

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

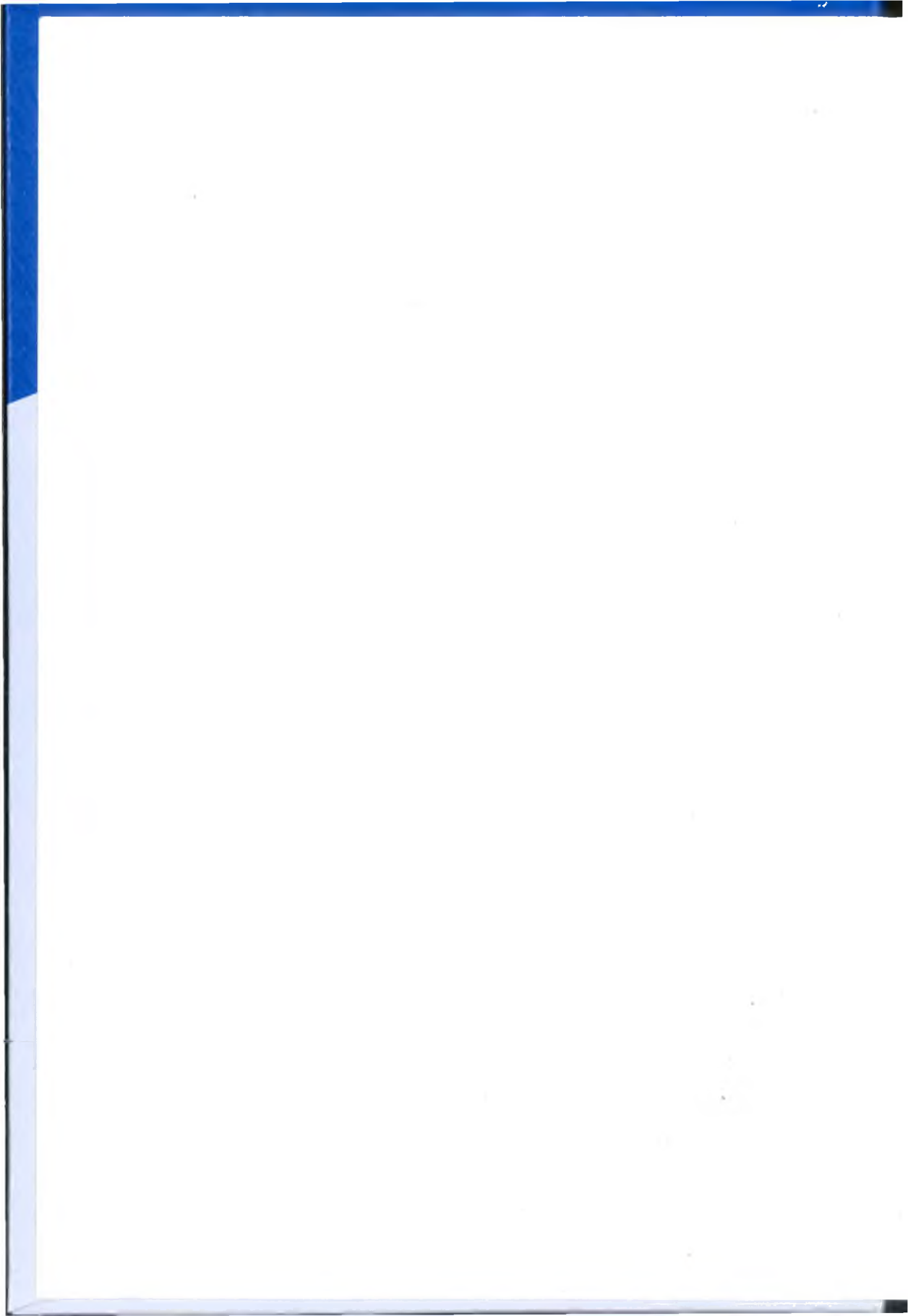
XI/1

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: XI, Sayı: 1
Vol. XI, No.1
Yıl / Year: 2014



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



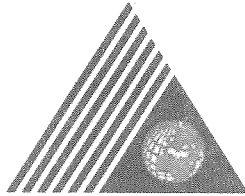
ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XI, Sayı: 1
Vol. XI, No. 1
Yıl / Year: 2014**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu
(Dekan)

On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu
(Dean)

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Ali Cem Budak (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address: <http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureli-yayinlar/you-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal published twice a year and it was recognised as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Basımcının Adı / Printed by

Üçer Ofset Matbaacılık Yayıncılık ve Ambalaj San. Ltd. Şti.
Yüzüncü Yıl Matbaacılar Sitesi 1. Cadde, No. 126,
Bağcılar / İstanbul. Tel.: (0212) 629 63 15

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / Istanbul

Basım Tarihi / Publication Date

Mayıs / May 2014

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
abudak@yeditepe.edu.tr

Editör Yardımcısı / Associate Editor

Yard. Doç. Dr. / Ass. Prof. Dr. Efe DİRENİSA
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.
For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:
*/ All correspondence concerning articles and other submissions should
be addressed to:*

E-posta / E-mail: efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi
34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contribu-
tors.*

Copyright © 2014

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve
sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored
in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior
expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergimiz Hakkında / *About Our Journal*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

- Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

- Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi Aral, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Zuhâl Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Efe Dırenisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Shabnam Majtahedi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. John Schmidt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jeffery P. List, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Elif Selin Cilo, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Amer Raja, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Tülay Özer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English Title, as well as a structured Abstract in Turkish (only for Turkish authors) and English.

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

All articles should be accompanied by a sufficient number of keywords in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged bibliography as well.

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır** olarak verildiği kabul edilir.

All submissions are regarded as ready to publish and already proof-read by the author himself or herself.

11. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

All articles submitted are subject to a blind peer review. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) Law Database Committee whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir PDF dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM'e** kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the Online Journal Watch System of **ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: XI, Sayı: 1, Yıl: 2014

İÇİNDEKİLER

İSBAT HUKUKU UYGULAMASINDA SIKÇA GÖRÜLEN VE DAVANIN UZAMASINA YA DA HÜKMÜN YANLIŞ ÇIKMASINA YOL AÇABİLEN BAZI YARGILAMA USULÜ HATALARI

Prof. Dr. Bilge UMAR.....1
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLEN DELİLLERE İLİŞKİN HMK 189/II HÜKMÜNÜN AİLE HUKUKU SORUNLARI BAKIMINDAN YANSIMALARI

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....8
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi;
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

e-posta: arpaci@europe.com

TARAFLARCA SEÇİLEN YABANCI MAHKEMENİN ADİL YARGILAMA YAPMAYACAĞI HUSUSUNDA KUVVETLİ ŞÜPHELERİN BULUNMASI HALİNDE DAVANIN TÜRK MAHKEMESİNDE GÖRÜLÜP GÖRÜLMEMEYECİĞİ MESELESİ

Prof. Dr. Nuray EKŞİ.....11
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

e-posta: nurayeksi@gmail.com

ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURULARDA SÜRE AŞIMINA İLİŞKİN KARAR BİLANÇOSU

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....34
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: suzelturk@superonline.com

ISO/IEC 29100 STANDARDI İLE ICT SİSTEMLERİNE GETİRİLEN MAHREMİYET ÇERÇEVESİ

Yard. Doç. Dr. Leyla KESER BERBER.....73
İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktörü

e-posta: leyla.keser@gmail.com

**ANONİM ŞİRKET TASFİYESİNDE SÜREGELEN İŞ VE YENİ İŞ
KAVRAMLARI VE BUNLARA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR**

Yard. Doç. Dr. Ertan DEMİRKAPI.....106

Balıkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

e-posta: ertan.demirkapi@gmail.com

ARDIGELEEN SUÇLAR

Yard. Doç. Dr. Uğur URUŞAK159

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: uurusak@hotmail.com

**ULUSAL SİBER GÜVENLİK STRATEJİLERİNDE YER ALAN TEKNİK VE
HUKUKSAL YAKLAŞIMLAR VE ULUSLARARASI STANDARTLARIN ROLÜ**

Yard. Doç. Dr. Leyla KESER BERBER.....213

İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktör

e-posta: leyla.keser@gmail.com

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BRYDA v. POLONYA
DAVASI'NDA VERDİĞİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN
25.03.2014 TARİHLİ KARARININ ÇEVİRİSİ**

Çeviren: Araş. Gör. Eda ERDEM231

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma
Görevlisi

e-posta: eda.erdem@yeditepe.edu.tr

TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Araš. Gör. Nazlı Hilal ÇELİK244

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

e-posta: ncelik@dogus.edu.tr

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XI, No: 1, Year: 2014

CONTENTS

PROCEDURAL LAW MISTAKES WHICH ARE FREQUENTLY SEEN IN THE PRACTICE OF LAW OF EVIDENCE THAT MAY CAUSE PROLONGING OF A LAWSUIT AND ALSO WRONGFUL DECISIONS

Prof. Dr. Bilge UMAR.....1
Yeditepe University Faculty of Law, Head of the Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: bumar@yeditepe.edu.tr

REPERCUSSIONS OF ARTICLE 189/II OF THE TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE ABOUT ILLEGAL EVIDENCES ON FAMILY LAW ISSUES

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....8
Yeditepe University Faculty of Law, Head of the Dept. of Private Law

e-mail: arpaci@europa.com

THE QUESTION OF WHETHER A TURKISH COURT ENTERTAINS JURISDICTION IN CASES WHERE STRONG DOUBTS EXIST AS TO THE FACT THAT THE FOREIGN COURT CHOSEN BY THE PARTIES WOULD NOT CONDUCT FAIR TRIAL

Prof. Dr. Nuray EKŞİ.....11
Yeditepe University Faculty of Law, Head of the Dept. of Private International Law

e-mail: nurayeksi@gmail.com

DECISIONS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT RELATED TO THE PROCEDURAL APPLICATION PERIOD REQUIRED FOR ACCEPTANCE OF INDIVIDUAL APPLICATIONS

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....34
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: suzelturk@superonline.com

PRIVACY FRAMEWORK OF ISO/IEC 29100 FOR ICT SYSTEMS

Asst. Prof. Dr. Leyla KESER BERBER.....73
Istanbul Bilgi University Faculty of Law, Director of Information and Technology Law Institute

e-mail: leyla.keser@gmail.com

**CONCEPTS OF CURRENT TRANSACTION AND NEW TRANSACTION
DURING LIQUIDATION STAGE OF A COMPANY AND RELATED LEGAL
CONSEQUENCES**

Asst. Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI.....106

Balıkesir University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of
Commercial Law

e-mail: ertan.demirkapi@gmail.com

CONTINUOUS OFFENCES

Asst. Prof. Dr. Uğur URUŞAK159

International Cyprus University Faculty of Law, of Criminal Law and Criminal Procedure
Law

e-mail: uurusak@hotmail.com

**TECHNICAL AND LEGAL APPROACHS IN NATIONAL CYBER SECURITY
STRATEGIES AND THE ROLE OF INTERNATIONAL STANDARDS**

Asst. Prof. Dr. Leyla KESER BERBER.....213

Istanbul Bilgi University Faculty of Law, Director of Information and Technology Law
Institute

e-mail: leyla.keser@gmail.com

**TRANSLATION OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS BRYDA v. POLAND ON THE RIGHT OF PROPERTY DATED
25.03.2014**

Translated by: Res. Asst. Eda ERDEM.....231

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

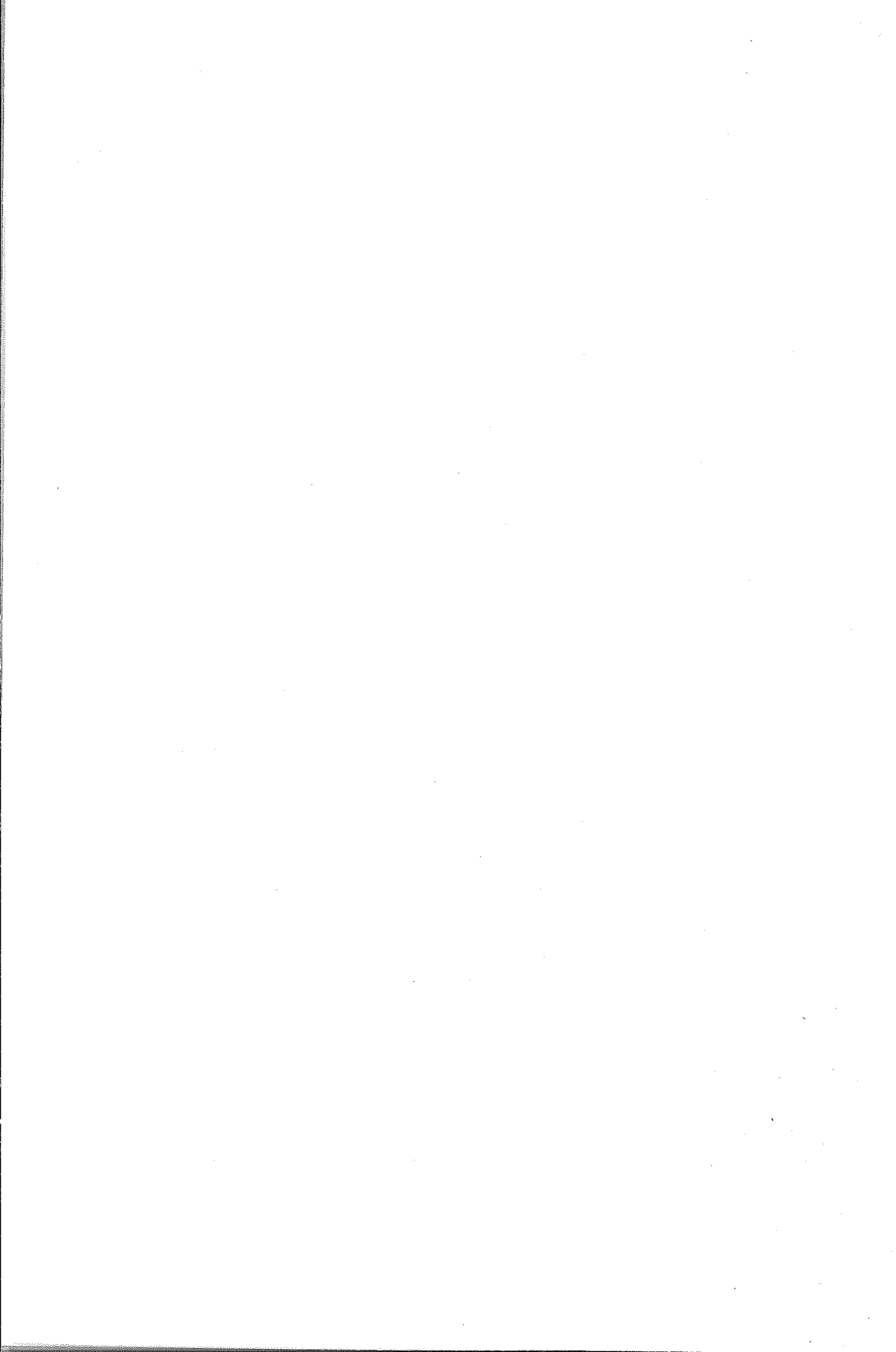
e-mail: eda.erdem@yeditepe.edu.tr

TERMINATION OF MEDICAL INTERVENTION CONTRACT

Res. Asst. Nazlı Hilal ÇELİK244

Doğuş University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: ncelik@dogus.edu.tr



İSBAT HUKUKU UYGULAMASINDA SIKÇA GÖRÜLEN VE DAVANIN UZAMASINA YA DA HÜKMÜN YANLIŞ ÇIKMASINA YOL AÇABİLEN BAZI YARGILAMA USULÜ HATALARI

(PROCEDURAL LAW MISTAKES WHICH ARE FREQUENTLY SEEN IN THE PRACTICE OF LAW OF EVINDENCE THAT MAY CAUSE PROLONGING OF A LAWSUIT AND ALSO WRONGFUL DECISIONS)

Prof. Dr. Bilge UMAR*

ÖZET

Bu makalede isbat hukuku uygulamasında sıkça karşılaşılan birtakım yargılama usulü hatalarına yer verilmiştir. Özel hukuk dâvalarında görev alan hâkimler ve avukatların dikkatine sunmak üzere uygulamada sıkça görülen yargılama hataları irdelenmiş ve çeşitli örnekler verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İsbat hukuku, yargılama usulü hataları, delil, isbat yükü.

ABSTRACT

In this article, some frequent civil procedural mistakes seen in the application of the law of evidence were discussed. Certain adjudication mistakes frequently observed in law practice were scrutinized and some examples were given to the attention of law practitioners in the field of civil and commercial laws.

Keywords: *Law of evidence, civil procedural mistakes, evidence, burden of proof.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, e-posta: bumar@yeditepe.edu.tr

Sözünü ettiğimiz nitelikteki yargılama usulü hatalarına pek çok örnek verilebilir. Bu yazımızda, özel hukuk dâvalarında görev alan yargıçlarımızla avukatlarımızın dikkatine sunmak üzere böylelerinin sıkça görülenleri arasından bazı örnekler üzerinde duracağız.

Bir vakıa iddiasının gerçeğini aydınlatmaya yeterli kanıt dosya içeriğinde bulunmakta ise, o vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğini aydınlatmak üzere bilirkişi görevlendirilmesi yolundaki istemi mahkemenin kabul etmemesi gerekir.

Bu doğrultudaki emsal içtihadı olarak Neuchâtel Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümünün 10.7.2000 günlü, kanton içtihatları resmî derlemesi RJN'da 2000 yılı cildinde s. 149-151'de yayınlanmış kararını anabiliriz. Olayda, kiracı, kiralanmış yerdeki aşırı rutubeti gerekçe göstererek, kira sözleşmesi sona ermeden o sözleşmeyi feshetmiş; kiralayan feshin haksızlığı iddiasıyla kiracıyı dâva etmiş; kiracı karşı dâva açmış ve zararının giderilmesi için tazminat istemişti. Kiralayan, evdeki rutubete, kiracı tarafından kullanılan (rutubet oluşturucu) katalitik sobanın yol açtığını iddia etmiş ve bazı tahkikat işlemleri yapıldıktan, tanıklar dinlendikten sonra, orada katalitik soba kullanılmasının mekândaki rutubete yol açmış bulunduğunu tesbit edecek bir bilirkişi incelemesinin yaptırılmasını istemişti. Oysa daha önce dinlenen tanıklar, mekândaki rutubetin, daha kiracı oraya taşınmadan önce dahi var olduğunu ifade etmiş bulunuyordu; demek ki rutubet kiracının katalitik soba kullanmasının yahut başka bir davranışının eseri değildi. Bu gerekçeyi göstererek yargıç, bilirkişi görevlendirilmesi talebini reddetmiş; nihaî kararında da feshin haklı sebebe dayandığını sâbit sayarak dâvacı kiralayanın istemlerini reddettikten başka, karşı dâva içinde dâvalı kiracının öne sürdüğü istemleri kabul etmişti. Kiralayan hükmü temyiz etmiş ve sunmak istediği bilirkişi delilinin sunulmasına haksız yere izin verilmediği gerekçesiyle bozma isteminde bulunmuştu. Bu istem, yüksek mahkemece reddolunmuştur.

Sunulmak istenen delil, tarafın iddia ettiği vakıayı isbatlamaya elverişli nitelikte değilse, bunun sunulmasına gerek görmemekle ve izin vermemekle yargıç yanlış hareket etmiş olmaz (Neuchâtel Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü kararı, 24.1.2001, RJN 2001 s. 65-70). Olayda, dâvacı, kendisine kullanılmış otomobil satan dâvalının bu otomobilin

sağlam olduğu konusunda garanti verdiğini iddia etmiş ve iddiasını tanıkla isbat etmek için de (senetle isbat gerekliliği kuralları Neuchâtel’de yoktur) dâvalının garanti verdiğini dâvalıdan değil de kendisinden (garanti verildi iddiacısı dâvacı taraftan) duyan birini tanık olarak dinletmek istemiş, mahkeme o kişinin tanık olarak vereceği ifadenin isbat değeri bulunmadığı gerekçesiyle istemi reddetmişti.

Tâcirlerin kendi istem veya savunma dayanaklarını isbat etmek için kendi düzenledikleri ticarî defterleri kullanabilmelerinin şartlarını düzenleyen 1956 tarihli TTK kuralları ve şimdi onların yerini almak üzere HMK’na son dakikada sokuşturulan m. 222 kuralı dahi, o tür kanıtın o şartlar dışında kullanılabilmesine cevaz vermez. Bu doğrultuda bir İçtBK dahi vardır (İçtBK 15.3.1950, E. 1945/28 K. 1950/6; RG 30.6.1950, No. 7546). Ancak söz konusu İçtBK ilkenin icra hukukunda, ilâmsız icra tâkibinde itirazın kaldırılması isteminin sunulduğu icra mahkemesinde uygulanması bakımından bir yanlışa düşmüş ve tâkip alacaklısı alacağını isbat için kendi tuttuğu ticarî defterleri kanıt diye kullanmak istediğinde icra mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerektiğini söylemiştir; oysa öyle bir olayda İİK’nda istenen türden kanıt sunulmayınca icra mahkemesi, “itirazın kaldırılması isteminin reddine” kararı ile süreci sonuçlandırmak zorundadır.

İsbat yükünün kime düştüğünü söyleyebilmek için, öncelikle, isbat konusu vakianın doğru belirlenmesi gerekir. Örneğin, bir yerdeki molozları belli bir süre içinde oradan kaldırmak ve bunu yapmazsa cezaî şart ödemek borcunu üstlenen kişiye karşı süre içinde o borcu ifa etmedi diye cezaî şart ödenmesi istemi öne sürülmüş ve tarafların ikisi de isbatta bulunamamış ise, ifayı isbat yükü borçludadır diyerek, yâni borçlu, “sözleşme gereğince ifada bulunmuş olma” vakiasını isbat edemedi diye, alacaklının istemi hükme bağlanmalıdır sonucuna varan 4. HD’nin 18.3.1965 günlü kararını eleştiren Postacıoğlu hocamız (Usul, s. 536 dn. 10) haklıdır. Çünkü borcun ifası borcu düşüren bir vakıadır ve bunu iddia ediyorsa isbatı yükü borçludadır ama, olaydaki cezaî şart ödenmesi isteminin istem temeli, *ifanın belirlenmiş süre içinde yapılmamış olması* idi; oysa ifanın kendisinde (yapılıp yapılmadığında) değil sadece zamanında çekişme varsa *ifanın süre geçtikten sonra yapılmış olması vakiası dâvacı için istem temelidir*; bu vakianın isbatı yükü o nedenle dâvacıdadır.

İnkâr edene isbat düşmez. İstem veya savunma temeli vakıa iddiasını hasım taraf inkâr edip o konuda başka anlatım veriyorsa, bu taraf, iddiasının doğruluğu konusunda isbat yükü taşımaz; tersine inkâr edilen vakıaya dayanmakta olan taraf o vakıa iddiasının doğruluğunu isbat yükü taşır. Örneğin dâvacı A, varlığını iddia ettiği ama yazılı metnini sunmadığı bir kira sözleşmesine dayanarak, kiracıdır dediği B'ye karşı dâva açmış, istem öne sürmüştü; B ise dâvacı ile kira sözleşmesi yapanın kendisi değil babası olduğunu iddia etmişse, ona bu v akıa iddiası için isbat yükü düşmez; dâvacı A, B'ye karşı istemini elde edebilmek için, kiracının B olduğunu isbat etme yükünü taşır (böyle: 9. HD 15.2.1999 E. 987 K. 974; Alangoya 4.bsl., s. 225 dn. 30).

İsbat yükünü taşıyan tarafın *hasmının*, iddianın gerçeklik derecesinin saptanmasına katkıda bulunmak yükümlülüğünün var olduğu istisnâî durumlar ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımını: İsbat yükünü taşıdığı halde isbatta bulunamamış tarafın isbatta bulundu sayılabilmesi. Konu, HMK Şerhi kitabımızda (güncellenmiş 2. bsl., Yetkin Yayınları Ankara 2014, s. 577-580) hayli ayrıntılı biçimde işlenmiştir.

Dâvalının karşı-delil sunmak istemesi, savunmanın genişletilmesi sayılamaz (8. HD 20.9.1963 E. 5153 K. 4614).; Rifat Ersoy, s. 544

Aksini isbat etkinliğinin zamanı. Dâva temeli yahut savunma temeli olan vakıa sabit olmadan ve dolayısıyla ilgili taraf hâlâ isbat yükü altındayken hasım tarafın, henüz yapılmamış isbatı çürütmek için şimdiden kanıt sunması aslında zamansız ve gereksizdir. Böyle durumda yargıç, o delillerin incelenmesine, tartışılmasına hemen girişilmesine kapıyı açmamalıdır. Çünkü isbat yükü taşıyan tarafın iddiası ileride dahi sabit olmazsa, hasım tarafın karşı-isbatta bulunmak için delil sunması, tanık dinletmesi, keşif ve/veya bilirkişi incelemesi için harcanan bütün zaman boşuna gitmiş olacaktır. Unutmamalı ki gereksiz acelecilik eden tarafın karşı-isbat çabası başarısız kaldı diye isbat yükü taşıyan taraf isbatta bulunmuş sayılacak değildir, onun kendi dayandığı vakıa için isbat yükü bâkidir.

Senetle isbat gerekliliğinin, daha doğrusu takdiri delille (o arada tanıkla) isbat yasağının geçerli olduğu konularda, bilirkişi görevlendirilerek onun verdiği raporla isbatın yapılmış sayılması yasaya aykırıdır çünkü bilirkişi raporu takdiri delillerdendir. Bu içerikte: 6. HD

24.1.2013, E. 2012/9424 K. 2013/987, Umar HMK Şerhi 2. bsl., s. 620. Bu karara yol açan olayda, kiracı, kararlaştırılan kira bedelini ödemesi için yapılan ilâmsız takibe itiraz etmiş, tâkip alacaklısı kiralayan itirazın iptal edilmesi istemiyle mahkemeye başvurduğunda mahkeme istemi kabul etmiş, bu karar Yargıtay özel dairesince bozulmuş ve daire, takip alacaklısının kira alacağı miktarını isbat etmek üzere yazılı kira sözleşmesi ibraz etmiş olmadığını, bu durumda mahkemece dâvacı tâkip alacaklısına kira miktarı konusunda dâvalıya yemin teklifinde bulunmak hakkının varlığı hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştı. Mahkemece bozmaya uyulacağı yolunda ara kararı verildikten sonra mahkeme, o doğrultuda yani bozma kararının istediği doğrultuda işlem yapılması gerekirken, emsal kira miktarı konusunda tahkikata girişmiş, bilirkişi atamış ve bilirkişinin verdiği raporda kabul edilmiş emsal kira miktarınca itirazın iptaline karar vermişti. Bu karar dahi temyiz edilmiş ve özel dairece bozulmuştur.

Sözleşmenin isbatının tanıkla isbat yasağı kapsamına girdiği durumlarda, sözleşmenin esaslı unsurlarından birinin içeriği konusunda uyumsuzluk ve dolayısıyla isbat gerekliliği varsa, bu isbat için tanık dinlenemez. 4 HD'nin 7.3.1967 günlü, E. 1966/1856 K. 1967/2110 sayılı kararı (Rifat Ersoy, s. 628) satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedel miktarının isbatı konusunda tanık dinlenmesini câiz gösterebilmek için "Çünkü kararlaştırılan mal parasının belirtilmesi satış sözleşmesinin unsuru olmayıp sözleşmenin şartı niteliğindedir" demek gibi bir yanlışı göze almıştır. Oysa gerek satılan malın kendisinin gerek bedel miktarının belirlenmiş olması hiç kuşkusuz satış sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurlarıdır (BK m. 207)

Bu örnek ve birazdan birkaçının sözünü edeceğimiz diğerleri bize göstermektedir ki, Yargıtayımız, takdirî delille isbat yasağının, keza tarafın iddia ve isbat hakkını sınırlayan "iddiayı genişletme yasağı" gibi yasakların, yararları yanında, çeşitli somut olaylarda yol açabildiği belirgin haksızlıkların farkındadır ve böyle durumlarda haksızlığı önlemek için o yasağı "dolanacak" çözümler üretmeyi göze almaktadır.

Sözünü ettiğimiz diğer örneklerden ilk anacağımız, Yargıtayın bir HGK kararında da (3.6.1953 E. 1/66 K. 79) ifade edilmiş olan, "tapusuz taşınmazın zilyedliğinin bedel karşılığında devri tanıkla kanıtlanabilir"

içeriğindeki içtihadıdır. Bu konu çok tartışılmıştır ve örneğin Kuru hocamızla (HMU c. II, 5. bsl., s. 1536; eski kürsüdaşımız Alangoya (4. bsl., s. 414 dn. 9b), içtihadı, yasa kuralına aykırılığını vurgulayarak eleştirmişlerdir. Gerçekten, zilyedlik bir hak değil, malı elinde tutmaktan ibaret bir fiilî durum olsa da, zilyedliğin devrinin bedel karşılığında yapılması bir sözleşmedir ve bütün sözleşmeler gibi hukuksal işlemidir; bu nedenle, kararlaştırılan bedelin miktarına daha doğrusu yapılan işlemin para olarak değerine göre, HMK m. 200 kapsamına girer. Ancak bütün köy halkının bildiği, yıllar önce yapılmış bir tarla zilyedliği devrini, yıllar sonra devredeninkâr ederek zilyedliği geri almak amacıyla mahkemede dâva açması durumunda devirden yararlanmış yeni zilyedin aslında zilyedliği gasbetmiş olmadığını isbat için asıl isbat konusu olayı (para karşılığı zilyetlik devri) doğrudan isbat için tanık dinletmemesi veya aynı olayı dolaylı yoldan, fiilî karineleri (hasmının bilgisiyle yıllardan beri devam edeen kendi zilyedliği vb.) kullanarak, onları isbat ederek mahkemeye kabul ettirmesi câiz olamaz demenin haksızlığını kör kadı dahi göreceği için Yargıtay böyle bir çözüme yandaş olamamaktadır.

Anacağımız ikinci örnek, Yargıtayımızın dâvalı tarafça ibra edilmiş olmak yahut borcu ödemiş olmak itirazlarının, savunmayı genişletme ya-sağıyla engellenmeksizin, dâvanın her aşamasında öne sürülebileceği ve öne sürülme de mahkemece re'sen göz önüne alınması gerektiği; bu nedenle de temyiz aşamasında dahi o iddiaların kanıtı olacak belgelerin Yargıtaya sunulabileceği ve söz konusu belgeleri inceleyip kararını da ona göre değiştirsün diye dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için ilk derece mahkemesi kararı hakkında Yargıtayın bozma kararı vermesi gerektiği yolundaki Yargıtay içtihadıdır (bu içerikte: 9. HD 26.5.1999, E. 8193 K. 9402, İstBD 1993 No. 3 s. 779). Görülüyor ki Yargıtayımız, dâvalının artık borçlu olmadığını yazılı kanıtı kanun yolu aşamasında sunulmuş bulunduğu halde dâvalıyı borcu ödemeye mahkûm eden bir hükmün, sırf usul hukuku kuralları böyle gerektirdi diye ayakta kalmasını içine sindirememektedir. Bu tutumun, aslında yasa koyucuya verilmiş bir mesaj olduğunu HMK Şerhimizde de (2. bsl., s. 449) belirtmiştik.

HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLEN DELİLLERE İLİŞKİN HMK 189/II HÜKMÜNÜN AİLE HUKUKU SORUNLARI BAKIMINDAN YANSIMALARI

(REPERCUSSIONS OF ARTICLE 189/II OF THE TURKISH CODE OF CIVIL
PROCEDURE ABOUT ILLEGAL EVIDENCES ON FAMILY LAW ISSUES)

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI*

ÖZET

Hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin mahkemelerde kullanılıp kullanılmayacağı hususu, hukukî alanda ciddi tartışmalara yol açan önemli bir meseledir. Bu meselenin hukuk usulü bakımından ve özellikle de boşanma davaları noktasında üzerinde durulması gerekmektedir. Aynı konutu paylaşmakta olan eşlerin ortak konutta diğersinin haberi olmadan ona ait kanıtlara ulaşması, bunları ele geçirmesi caiz görülmeli ve dolayısıyla bu şekilde ele geçirilen deliller mahkemede kullanılabilirdir. Aksi takdirde, aile ve giderek toplum bakımından ciddi sorunlar söz konusu olabilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu noktada değiştirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka aykırı deliller, aile hukuku sorunları, boşanma davası, hakkaniyet, delillerin değerlendirilmesi, kamu düzeni, ortak konut.

ABSTRACT

Whether illegal evidences are allowed to be adduced during a civil law suit is an important issue which may give rise to some serious legal

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, e-posta: arpaci@europe.com

discussions. It is especially essential to emphasize the importance of this issue in the area of civil procedure law and family law. When one of the spouses capture an evidence without knowledge of the other spouse; such an evidence should be regarded as admissible evidence, in case of a family law suit. Otherwise, some serious problems may occur for the "family" concept and further for the society. Turkish Code of Civil Procedure should be renovated in this sense.

Keywords: Illegal evidence, problems of the family law system, divorce suit, equity, evaluation of evidence, public order, dwelling house.

I-Genel Olarak

Bilindiği gibi, HMK mad. 189/II hükmü ile eski usul kanununda (HUMK'da) bulunmayan yeni bir düzenleme getirilmiş, böylece, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin ispat gücü bakımından ceza usulünde kabul edilen konuya ilişkin esas ile paralellik sağlanmıştır. Bu esasın, ceza muhakemesi alanında işkenceyi önlemeye yönelik olduğu ve ülkemizde insan hakları bakımından kendini gösteren yeni anlayışların ürünü olarak ithal edildiği de bilinmektedir.

Özellikle hukuk alanındaki her düzenlemenin olumlu sonuçları yanında olumsuz sonuçları da olacağı açıktır. Söz konusu düzen tarzı da, bu gerçeklikten nasibini almıştır.

Bu çalışmada, meseleyi sadece hukuk usulü açısından ve aile hukukuna ilişkin sorunlara özgü olarak ele alacağız. Aşağıdaki açıklama ve örnekler gösterecektir ki, konunun önemi büyüktür. Bu hususta, şâyet kanuni bir müdahale düşünülmeyecekse, doktrin ve uygulamaya önemli görevler düşmektedir.

II- Konuya İlişkin Kanunî Düzenleme ve Özellikle Boşanma Davalarına Etkisi

HMK mad. 189/II hükmü, aynen şöyledir:

"Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz".

Bu hükmün aile hukukuna ilişkin muhakemelere etkisi konusu, ilginç örnekler üzerinde ilginç tartışmalara yol açmıştır. Gerçekten de, söz konusu düzenleme eşler arasındaki hukuki ihtilâflar bakımından çoğu kez amaca uygun değildir. Meselâ, bir boşanma davasında eşinin zinaya karine teşkil eden mesajlarını ondan habersizce okuyup resmeden veya eşinin sevgilisiyle تنها bir yerde başbaşa yemek yediklerini gizlice görüntüleyen bir kimse, bu delilleri kullanamayacak mıdır? Acaba, bu noktada, eşlerin bir delili birlikte yaşadıkları evde ele geçirmeleri ile dışarıda elde etmeleri fark oluşturur mu? Bu örnek ve sorular çoğaltılabilir.

Yargıtay'ın, HMK'nın kabulünden önceki dönemde verdiği bir Hukuk Genel Kurulu kararında, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, boşanma davalarında kullanılabilacağı belirtilmiş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu kararında, söz konusu delillerin birlikte yaşanan ortak evde ele geçirilmesi halinde ele geçirilmenin hukuka aykırı sayılmayacağı, bu noktada özel hayatın gizliliğinin ihlâlinden bahsedilemeyeceği görüşünü dile getirmiştir. Bu kararın konuya ilişkin bazı kısımlarını aynen nakletmekte fayda görmekteyiz. Kararda şöyle denilmektedir: "... Davalı tarafından tutulan (günlük) defterinin delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusuna gelince; (zehirli ağacın meyveleri) olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır (...). Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın (mekân olacak) eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın (kadının olacak) gizli mekâna (mekânı olacak) kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz..." (YHGK. 26.3.2002, 61/648, Kazancı İçtihat Bankası, C. Akil, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yar-

gılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi, İnternette Yayımlanmış olan makale).

Yargıtay'ın başka bir kararında da, eşinin sadakatinden şüphelenen kimsenin, ortak konuta eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirmesinin, özel hayatın gizliliğinin ihlâli niteliğinde olmadığına hükmedilmiştir. (bkz., Y2HD., 20.10.2008, 17220/13614, aynı makaleden naklen).

Görüldüğü üzere, HMK mad. 189/II hükmünden önce de, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delil konusunda aile hukukuna ilişkin ihtilâflar bakımından özel bir tavır almak gerekmiştir. Bu çalışmayı teorik tartışmalardan uzak tutmak (teorik tartışmalarla boğmamak) istediğimiz için, doktrinde yer alan konuya ilişkin görüşlere yer vermeyeceğiz.

Şurası kesindir ki, boşanma davaları bakımından bu konuya, genel olarak, çok hoşgörülü bakıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasamızın 38. maddesine 2001 tarihinde eklenen 6. fıkra hükmünü de burada zikretmek gerekiyor. Bu hükmün “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” biçimindeki metninin, AY mad. 38 hükmünün “suç ve cezalara ilişkin esaslar” şeklindeki kenar başlığına bakılmaksızın medeni usul hukuku açısından da geçerli olduğu açıktır (bkz., AY mad. 176/II). Ayrıca, belirtelim ki, AY mad. 38/VI hükmünde geçen “kanuna aykırı” ibaresinin “hukuka aykırı” olarak anlaşılması dahi gereklidir. Şu halde, HMK mad. 189/II hükmünün kabulünden önce de, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ispat aracı olamayacağı bizzat Anayasa tarafından hükme bağlanmış bulunuyordu. Yeniden ifade edelim ki, buna rağmen, Yargıtay, haklı olarak, bu hususta aile hukuku alanı için daha özel tavır almayı gerekli buluyordu.

Fikrimizce de, bir kere, ortak konutta ele geçirilen deliller bakımından, delili ele geçiren eşin hukuken kınanması, yani elde ettiği delili muhakemede kullanamaması kolay kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Yukarıya alınan Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, özellikle boşanma davaları bakımından, bir kimsenin birlikte yaşadığı eşinin hatıra defterini gizlice ele geçirip incelemesi, evdeki eşine ait mektubu açması, yatak odasının kapısını kırmak suretiyle suçüstü yapması (yukarıda anılan Hukuk Genel Kurulu kararı), evdeki telefonun ahizesine kayıt cihazı koyması gibi eylemler sonucu elde edilen deliller hukuken muteber sayılmalıdır. Diğer bir deyişle, söz konusu elde edilmiş biçimleri, hukuka aykırı olarak telâkki

edilmemelidir. Eşlerin paylaştıkları ortak konutu, onların şahsi gizlilik alanı olarak kabul edilemeyecektir. Aksi takdirde, eşlerin, yekdiğerine tamamen yabancı olan, sadakat çerçevesi içindeki ortak mekânı âdeta müstakil iki mekân olarak kullanan kişiler olduğunun kabulü sonucuna varılır ki, bu sonucun yanlışlığı açıkça ortadadır.

Buna karşılık, meselâ haklarında ayrılık kararı verilmiş ve ayrı yerlerde oturmakta olan eşlerden biri, diğèrinin evine gizlice girip onun hatıra defterini veya ona gelen mektupları çalsa, bu durumu HMK mad. 189/II'nin kapsamı içinde görmek gerekecektir. Çünkü artık müşterek sır alanı gibi gerekçeler bu ihtimalde saf dışı kalacaktır. Aynı şekilde, ortak konutta yaşasalar bile, kanaatimizce, bir kimse dışarıda ve eşinden habersizce onun sevgilisi ile başbaşa oldukları pozisyonu resmederse, bu delilin hukuka aykırı yollara elde edildiğinin kabulü gerekecektir. Gerçi, bu sonuç, özellikle aldatılan eş bakımından hakkaniyete açıkça aykırıdır. Ne var ki, AY mad. 38/VI ve HMK mad. 189/II hükümleri karşısında, artık bu hareket tarzı da hukuken tolere edilemeyecektir.

Fikrimizce, hem AY mad. 38/V'nın, hem de HMK mad. 189/II'nin metinleri değıştirilmeli ve eşler arasındaki hukuki ihtilâflar, hatta belki de sadece boşanma davaları bakımından istisna getirilmelidir. Bu sâyede, işaret olunan ve hakkaniyet duygularını rencide eden sonuçlara set çekilmiş olacaktır.

Aile hukuku ihtilâfları dışındaki hukuki ihtilâflarda ise, HMK mad. 189/II hükmünün olduğu gibi (mutlak biçimde) uygulanması, kişilik hakkının korunması açısından doğru olacaktır. Demek ki, meselâ bir kimse diğèri ile konuşmalarını gizlice ses kaydedici cihazda kendi hâkimiyeti altına alsa, bu delil daha sonra mahkemede o kimse aleyhine kullanılamayacaktır.

Acaba bir kimse, başkası tarafından ve başka maksatla hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delili mahkemede eşi aleyhine kullanabilir mi? Meselâ, bir politikacının politik geleceğini karartmak maksadı ile bir hayat kadını kullanarak onun uygunsuz kasetleri daha sonra eşine yollansa eş bu kasetleri zina sebebiyle boşanma davasında kullanılabilir midir? Hemen söyleyelim ki, bu sorunun cevabı, hiç şüphesiz, olumsuz olmalıdır. Zira aksi takdirde, HMK mad. 189/II hükmü ihlal edilmiş olur. Gerçi, bu örnekte de hukuk vicdanı rahatsız olmaktadır. Ne var ki, hukuki metinlerin onları âdeta rafa kaldıracak biçimde zorlanmaları caiz sayılmayacaktır.

Bu son örnek vesilesiyle de yeniden kaydedelim ki, kanuni düzenleme yoluna gidilerek özellikle boşanma davaları bakımından istisnalar getirilmelidir. Aksi takdirde, eşinin zina ettiğini bilen, bunun delillerini elde eden bir kimsenin zinayı ispat edememesi gibi çok olumsuz bir sonuçla karşı karşıya kalınmasına ve giderek tedavisi imkânsız soysal yasaların oluşumuna ve kamu düzeninin bozulmasına yol açılmış olur. Şüphesiz, bir delilin kaba kuvvetle, tehditle, işkence ile veya hırsızlıkla ya da benzeri hukuk dışı yollarla elde edilmesi noktasında hiçbir tolerans gösterilmemelidir.

III-SONUÇ

Açıklandığı üzere, AY mad. 38/VI ve HMK mad. 189/II hükümleri yeniden ele alınmalı ve özellikle boşanma davaları bakımından, kaba kuvvet, tehdit, işkence veya hırsızlık gibi yöntemler müstesna olmak üzere, hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen deliller muteber kabul edilmelidir. Bu sâyede, hem hakkaniyet ilkesi örselenmemiş, hem de kamu düzeni zarar görmemiş olacaktır. Aksi takdirde, sadece, eşlerin müşterek konutu içindeki delilerin elde edilişi bakımından bir çıkış yolu bulunabilecek, ama bunun dışında kalan hallere ilişkin hukuki ve sosyal problemler çözümsüzlüğe mahkûm durumda olmayı sürdürecektir.

**TARAFLARCA SEÇİLEN YABANCI MAHKEMENİN ADİL
YARGILAMA YAPMAYACAĞI HUSUSUNDA KUVVETLİ
ŞÜPHELERİN BULUNMASI HALİNDE DAVANIN TÜRK
MAHKEMESİNDE GÖRÜLÜP GÖRÜLMEMEYECEĞİ MESELESİ**

*(THE QUESTION OF WHETHER A TURKISH COURT ENTERTAINS JURISDICTION
IN CASES WHERE STRONG DOUBTS EXIST AS TO THE FACT THAT THE FOREIGN
COURT CHOSEN BY THE PARTIES WOULD NOT CONDUCT FAIR TRAIL)*

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

ÖZET

Yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldırması için 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde yer alan şartları taşıması gerekir. Ancak bazı hallerde yetkilendirilen yabancı mahkemenin adil yargılama yapıp yapmayacağı hususunda kuvvetli şüphe bulunabilir. Yetkilendirilen yabancı mahkemenin, adil yargılama yapmayacağına ilişkin kuvvetli şüphelerin bulunması halinde Türk mahkemelerinin davaya bakıp bakamayacağı önemli bir mesele teşkil etmektedir. Çalışmamızın amacı, bu meseleye açıklık kazandırmaktır. Çalışmamızda, öncelikle 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde düzenlenen yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkisine ilişkin şartlar incelenecek; daha sonra yabancı mahkemeye yetki verilmesine rağmen Türk mahkemelerinin davaya bakacağı haller belirlenecek; son olarak taraflarca seçilen yabancı mahkemenin adil yargılama yapacağı ve savunma haklarına riayet edeceği hususlarında ciddi tereddütlerin olması halinde Türk mahkemesinin davaya bakıp bakamayacağı meselesi üzerinde durulacaktır.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, e-posta: nurayeksi@gmail.com

Anahtar Kelimeler: Yetki sözleşmesi, adil yargılanma, savunma haklarının ihlali

ABSTRACT

Subject to the conditions determined in Article 47 of the Private International Law and Procedural Law Act (PILA), conferring jurisdiction to a foreign court by a choice of court agreement deprives the Turkish courts of jurisdiction. However, in some cases there could be strong doubts about whether selected foreign court would conduct a fair trial. Therefore, it is an important issue to determine whether effect should be given to a choice of court agreement if there are strong doubts about getting fair trial in the foreign court chosen by the parties. This article aims to clarify this problematic issue. In this article, the conditions in Article 47 of the PILA for the effect of a choice of foreign court agreement on the international jurisdiction of Turkish courts will firstly be ascertained, and subsequently the circumstances where effect should not be given to the choice of agreement will be explained. Further, this article presents an assessment of whether a Turkish court may have jurisdiction if there is a strong doubt as to the fact that the foreign court selected by the parties would not respect to the right of defence and right to fair trial

Keywords: *Choice of agreements, fair trial, violation of right of defence.*

Giriş

Yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkisi, 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde düzenlenmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesine göre, Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz

sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. 5718 sayılı MÖHUK'un 44, 45 ve 46. maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.

5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesi, yabancı mahkemenin yetkisi konusunda taraflar arasında yapılan sözleşmenin hangi şartlar altında geçerli olacağını belirleyen bir madde görünümünü vermektedir. Bu niteliği itibariyle milletlerarası usul hukukuna hâkim olan "her devlet kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kendisi tayin eder" prensibine aykırı bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu maddedeki düzenlemeden amaç, tarafların hangi şartlarla yabancı mahkemenin yetkisini tesis edecekleri hususunu değil, böyle bir yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine olan tesirini açıklığa kavuşturmaktır. Çünkü yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren sözleşmenin iki sonucu vardır: Birinci sonuç, yabancı mahkemenin yetkisini testistir. Yetkilendirilen yabancı mahkeme, yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını ve bu sözleşme uyarınca yetki kazanıp kazanmadığını kendi milletlerarası usul hukukuna göre tespit edeceğinden bu sonuç Türk hukukunu ilgilendirmez. Yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin ikinci sonucu, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kaldırılmasıdır. İşte bu durumda, yetki sözleşmesine rağmen kendisinde dava açılan Türk mahkemesi, söz konusu sözleşme ile milletlerarası yetkisinin kalkıp kalkmadığını MÖHUK'un 47. maddesine göre inceleyecektir. Eğer yetki sözleşmesi bu maddedeki şartlara uygunsuzsa Türk mahkemesi milletlerarası yetkisizlik kararı verecektir. Aksi halde davanın esasına girecektir¹.

Yabancı mahkemeye yetki verilmesine rağmen, taraflardan biri Türk mahkemesine başvurabilir. Bu durumda Türk mahkemesi, yetki sözleşmesini re'sen dikkate alamaz. Davalının, yetki sözleşmesi yapıldığını ve yabancı mahkemenin yetkilendirildiğini ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekir. Bu itiraz üzerine, Türk mahkemesi, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde belirtilen şartları taşıdığını tespit ederse yetkisizlik kararı verecektir. Ancak uygulamada, sözleşme ile yetkilendirilen yabancı mahkemenin, taraflı davranacağı, adil yargılama yapmayacağı ve savunma haklarına riayet etmeyeceği öne sürülerek

¹ Nuray EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000, s. 179.

Türk mahkemelerinde davalar açılmaktadır. Yabancı mahkemeye yetki veren sözleşme, 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde belirtilen şartları taşısa bile seçilen yabancı mahkemenin AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma ilkesine aykırı davranacağı hususunda kuvvetli şüphe varsa yetki sözleşmesine etki tanınmayabilir.

Çalışmamızda, Türkmenistan örneği ışığında, taraflarca seçilen yabancı mahkemenin adil yargılama ilkesine ve savunma haklarına riayet edeceği hususlarında ciddi tereddütlerin olması halinde yetki sözleşmesine rağmen davanın Türk mahkemesinde açılıp açılmayacağı meselesi incelenecektir.

I. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Kapsamı ve Uygulama Alanı²

AİHS, milletlerarası özel hukuk alanında da etkili olan bir metindir³. AİHS'de yer alan hükümler, uygulanacak hukukun yanı sıra milletlerarası yetki, teminat ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında da dikkate alınmalıdır. *Kiestra*, AİHS'de yer alan kuralların, milletlerarası özel hukuka ilişkin davalarda bir nevi müdahaleci norm olduklarını ve bu kuralların, AİHS'e taraf olan devletlerin mahkemeleri tarafından milletlerarası özel hukuk davalarıyla bağlantılı oldukları ölçüde dikkate alınacaklarını ifade etmiştir⁴. AİHS'in, başta adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesi olmak üzere bazı maddeleri ve AİHS'e ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesiyle düzenlenen mülkiyet hakkı ile milletlerarası özel hukuk davaları arasında bağlantı kurulmaktadır. Çalışmamızda esas olarak,

² Bu başlık altında verilen bilgiler Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu, (2009)1-2 MHB, s. 122-124; Nuray EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 681-682'den aktarılmıştır.

³ AİHS'in milletlerarası özel hukuka etkileri konusunda bkz. EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 681 vd.; Nuray EKŞİ, Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evlilikler ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul 2012, s. 89 vd.; Zeynep ÇALIŞKAN, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, İstanbul 2013, s. 101 vd.. Ayrıca AİHS'in 6. maddesinin milletlerarası özel hukuka etkileri konusunda bkz. J.J. FAWCETT, The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, 56(2007) ICLQ, s. 1-48.

⁴ L.R. Kiestra, Article 1 ECHR and Private International Law, (2011)1 NIPR, s. 6. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)*

AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin, yetki sözleşmeleri üzerindeki etkisi incelenecektir⁵.

AİHS'in "adil yargılanma hakkı" başlığını taşıyan 6(1). maddesine göre, herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makûl bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm, açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

AİHS'in 6. maddesinin kapsamına, *medeni hak ve yükümlülükler/özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ile *suç isnadı* girmektedir. O halde medeni hak ve yükümlülükler/özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar veya suç isnadının⁶ olmadığı hallerde adil yargılanma hakkını teminat altına alan 6. madde uygulanmayacaktır⁷.

Mahkemelerin hukuka aykırı kararlarının sebep olduğu zararlardan devlet sorumludur. Nitekim haksız tutuklama ve hapis halinde, devlet tazminat ödemektedir. Mahkemelerin yaptıkları işlemlerin, AİHS'e aykırı olması, bu mahkemelerin bulunduğu devletin sorumluluğuna neden olabilmektedir. Dolayısıyla adil yargılanma ilkesine aykırı olan yetki sözleşmesine etki tanıyan bir mahkeme, bu mahkemenin ait olduğu devlet aleyhine, AİHS'in 6. maddesi uyarınca ihlâl kararı verilmesine yol açabilir.

⁵ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 681.

⁶ Medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. bası, İstanbul 2005, s. 11 vd..

⁷ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 682.

II. Yetki Sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Taraflarca Kaldırılması

A. Yabancı Mahkemeye Yetki Veren Sözleşmenin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Üzerinde Sonuç Doğurması İçin Gerekli Şartlar

5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldırması bazı şartlara bağlanmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde hem hukuki uyumsuzluğun hem de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden kuralların niteliği açısından yabancı mahkemenin yetkisini belirleyen sözleşmeye sınırlamalar getirmiştir. Yetki kurallarının niteliğine dayanan sınırlamaya göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin münhasır yetki esasına uygun olarak tayin edildiği hallerde taraflar yabancı bir mahkemeye yetki veremezler⁸. Hukuki uyumsuzluğun niteliği konusundaki sınırlama, yabancı devlet mahkemesine yetki tanıyan anlaşmanın Türk hukuku bakımından bir değer taşımasını, onun yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan ihtilaflara ilişkin olmasına bağlamaktadır.

5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesine göre, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşme, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Bu maddede, hem "ispat"tan hem de geçerlilikten söz edilmiştir. Diğer bir ifadeyle yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının "ispat şartı" mı yoksa "geçerlilik şartı" mı olduğu hususu madde metninde müphem bir şekilde ifade edilmiştir. Bununla beraber doktrinde MÖHUK'un 47. maddesinde öngörülen yazılılık şartının ispat şartı olduğu kabul edilmektedir⁹. İhtilaf halinde, yetki sözleşmesinin varlığını ileri süren tarafın bunu ispatlaması gerekir. Yetki sözleşmesine rağmen Türki-

⁸ Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 212-226; EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 190-234; Emre ESEN, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, 22(2002)2 MHB Ergin Nomer'e Armağan, s. 183-206.

⁹ Ergin NOMER, Devletler Hususî Hukuku, 20. bası, İstanbul 2013, s. 472-473; Vahit DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. bası, İstanbul 2013, s. 91; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. bası, İstanbul 2012, s. 563-564; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. bası, İstanbul 2014, s. 391; Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bası, İstanbul 2013, s. 94
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

ye’de dava açıldığında bu davada yapılan yetki itirazı üzerine Türk mahkemesinin yapacağı şey yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin şeklen geçerliliğini incelemek değil, var olup olmadığını tespit etmektir.

5718 sayılı MÖHUK’un 47. maddesi uyarınca yabancı mahkemeye yetki veren ve bu maddede öngörülen şartları taşıyan anlaşmalar, kural olarak, Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırır. Bununla beraber MÖHUK’un 47. maddesinin (2). fıkrasında, iş sözleşmelerinden (MÖHUK md. 44), tüketici sözleşmelerinden (MÖHUK md. 45) ve sigorta sözleşmelerinden (MÖHUK md. 46) doğan uyuşmazlıklarda taraflarca yabancı mahkeme yetkili kılınsa bile, yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmeyeceği ve söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin davaların Türk mahkemelerinde görüleceği ifade edilmiştir.

B. 5718 Sayılı MÖHUK’un 47. Maddesine Göre Yabancı Mahkemeye Yetki Verilmesine Rağmen Türk Mahkemelerinin Davaya Bakacağı Haller

5718 sayılı MÖHUK’un 47. maddesi, hangi hallerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bertaraf edilmeyeceğini düzenlemiştir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren uyuşmazlıkların yanı sıra 44, 45 ve 46. maddelerin konusuna giren uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ortadan kaldırılamaz. Buna karşın 5718 sayılı MÖHUK’un 47. maddesinde, yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın münhasır nitelikte olup olmadığına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte, 5718 sayılı MÖHUK’un 47/1. maddesindeki “*dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür*” hükmünden hareketle, kural olarak, yetki sözleşmesi ile yabancı bir devlet mahkemesi yetkili kılınmış ise, Türk mahkemelerinde doğrudan dava açılmayacağı sonucuna varmak gerekir. Kural bu olmakla beraber bazı durumlarda, yabancı mahkemeyi yetkili kılan sözleşme, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde etki etmez ve dava Türkiye’de görülebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, davalı tarafın itirazı olmaksızın mahkeme, yabancı mahkemeyi yetkili kılan sözleşmeyi resen dikkate alamaz. İtiraz yoksa, Türk mahkemesi, dava dosyasından anlaşılrsa bile, yabancı mahkemenin seçimine ilişkin yetki sözleşmesini dikkate alarak yetkisizlik kararı veremez.

MÖHUK'un 47. maddesinden hareketle, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine etki etmeyeceği halleri dört başlık altında toplamak mümkündür:

(1) Bu hallerin başında, yabancı mahkemede görülmesi kararlaştırılan uyuşmazlığın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmesi gelmektedir. Hangi hususların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği konusunda farklı görüşler vardır¹⁰. Bununla beraber, doktrin ve Yargıtay ittifakla Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî haklara ilişkin uyuşmazlıkların münhasıran Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine girdiğini kabul etmektedir.

(2) 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinin (2). fıkrasına göre, iş sözleşmesine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK'un 44. maddesi; tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK'un 45. maddesi ve sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK'un 46. maddesi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez. Diğer bir ifadeyle, yabancılık unsuru taşıyan tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri veya sigorta sözleşmelerinde yabancı bir mahkemeye yetki verilse dahi Türk mahkemesinde dava açılabilir. Söz konusu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda, yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmaya dayanılarak yetki itirazında bulunulsa bile Türk mahkemesi davaya bakmak zorundadır.

(3) Yabancı mahkemeyi yetkilendirmelerine rağmen, taraflardan birinin Türkiye'de dava açması halinde, davanın Türkiye'de görülmesi sonucunu doğuran diğer bir sebep, yetki itirazının yapılmamasıdır. Mahkeme, yetki sözleşmesinin varlığını re'sen araştıramaz. Ancak davalının mevcut sözleşmeye dayanarak yetki ilk itirazında bulunması halinde konuyu inceleyecektir.

(4) Yabancı mahkemenin yetkisi, sözleşme ile kabul edilmesine rağmen davanın Türk mahkemelerinde açılabileceği diğer bir durum MÖHUK'un 47. maddesinin üçüncü cümlesinde ifade edilmiştir. Buna

¹⁰ Hangi uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu hususunda bkz. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, 500-506; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, 489-497; ÇELİKEL/ERDEM, 631-636; EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 212-226; EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 190-234; ESEN, 183-206.

göre, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür.

C. Doktrin ve Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Mahkemeye Yetki Verilmesine Rağmen Türk Mahkemelerinin Davaya Bakacağı Haller

5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde düzenlenen hallerin yanı sıra diğer bazı durumlarda da yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldırmayacağı doktrinde kabul edilmektedir. Doktrinde, yabancı mahkemeye yetki verilmesine rağmen Türk mahkemelerinin davaya bakacağı kabul edildiği haller şunlardır:

(1) *Kuru*'ya göre, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayacağı önceden belli ise, Türk mahkemesi davaya bakacaktır¹¹.

(2) *Kuru*, yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan yabancı mahkemenin vereceği karar Türkiye'de tenfiz edilmeyecekse ve kararın yabancı memleketlerde infaz edilmesi imkânı yoksa Türk mahkemesinin yetki itirazını reddetmesi gerektiği görüşündedir¹².

(3) Doktrinde, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmaya rağmen, taraflardan herhangi biri Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alabilir. Bu karar alındıktan sonra davanın süresi içinde yabancı mahkemede açıldığına dair belgelerin dosyaya konulması yeterlidir¹³.

(4) *Kuru*'ya göre, davalının Türk mahkemesinde yaptığı yetki itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise¹⁴, Türk mahkemesi yetki itirazını reddederek davayı esastan incelemelidir. Özellikle de davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açılmasına rağmen, davalı yetki anlaşmasına istinaden itirazda bulunursa söz konusu itiraz TMK'nın 2. maddesinde yer alan iyi niyet kuralına aykırıdır. Çünkü davalı, kendisini, yerleşim yeri

¹¹ Baki KURU, Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması, (1986)2 MHB, s. 145.

¹² KURU, 145.

¹³ EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 227-229; ŞANLI, 105; NOMER; 469-470; ÇELİKEL/ERDEM, 469-571.

¹⁴ KURU, 145

mahkemesinde çok daha iyi savunabilir. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında tamamen aynı sonuca vararak doktrinde ileri sürülen bu görüşü benimsemiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15 Haziran 1988 tarihli kararında¹⁵, Yunan uyruklu şirketin, yetki anlaşmasından feragat ederek davasını, davalının Türkiye'deki ikametgâhı mahkemesinde açması sebebiyle davalının yetki itirazını TMK'nın 2. maddesine aykırı bulan yerel mahkeme kararının isabetli olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 15 Mayıs 1989 tarihli kararında yetki sözleşmesine istinaden yapılan yetki itirazının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde TMK'nın 2. maddesi uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15 Mayıs 1989 tarihli kararına konu olan olayda¹⁶, Japonya'dan Türkiye'ye yapılan taşımadan kaynaklanan uyuşmazlık için sigortacı tarafından taşıyanın İstanbul'da bulunan acentesine karşı ödeme ve rücu davası açılmıştı. İlk derece mahkemesi taraflar arasındaki yetki sözleşmesi nedeniyle davayı yetki yönünden reddetmişti. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne göre, yabancı davacının kendi mahkemesinde başka bir mahkemede yani acentenin bulunduğu yer olan Türk mahkemesinde dava açmış olması nedeniyle acentenin yetkisizlik itirazında bulunması iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararını eleştiren *Esen*, MÖHUK'un 47. maddesinin yok sayılması anlamına gelen bu yaklaşımın kabul edilemez olduğunu; dürüstlük kuralının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin itirazlarda da geçerli olduğu hususunda şüphe olmadığını; ancak yetki anlaşmasıyla yabancı mahkeme yetkilendirilmesine rağmen davalının ikametgâhı mahkemesinde dava açılması halinde davalının yetki itirazında bulunmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığını; tarafların yetki sözleşmesi yapmasına muhtelif sebeplerin etken olduğunu; taraflar arasında yapılan yetki sözleşmesine bağlı kalınmasının uluslararası ticaretin bir gereği olduğunu ifade etmiştir¹⁷.

¹⁵ HGK E. 1988/11-246, K. 1988/476, T. 15.6.1988: Nuray EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 136-139. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.6.1988 tarihli kararının eleştirisi için bkz. Hilmar KRÜGER/Ergin NOMER, Türk Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, 64(1990)1-3 İBD, s. 153-161.

¹⁶ 11. HD, E. 5757, K. 2881, T. 15.5.1989.

¹⁷ Emre ESEN, Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi, (2011)1 MHB, s. 203-204.

Yargıtay, bu görüşünü, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra da muhafaza etmiştir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 6 Mart 2009 tarihli kararına konu olan olayda, navlun sözleşmesi ile Bremen mahkemelerine yetki verilmesine rağmen Alman uyruklu taşıyanın Türk uyruklu davalının ikametgâhı mahkemesinde dava açmış ve davalı yetki anlaşması uyarınca Bremen mahkemelerinin yetkili olduğunu öne sürmüştü. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kendi ikametgâhı mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalının davaya bakmaya Bremen mahkemelerinin yetkili bulunduğu yolundaki itirazının TMK'nın 2. maddesi hükümleriyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır¹⁸.

(5) Yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın taraflara seçimlik bir yetki sağladığını kabul etmenin, yapılan yetki anlaşmasından beklenen sonuçlarla bağdaşmadığını belirten *Çelikel/Erdem*'e göre, "*Türk mahkemelerinin yetkisini tümüyle kaldırmak da Türk mahkemelerine güvensizlik ifade edebilecektir. Ayrıca bu sonuç, güçlü yabancı firmalarla iş yapan Türk firmaları için de olumsuz etkiler doğurabilecektir. Bu nedenle getirilecek çözümün, hem yetki anlaşmasının amacına uygun hem de belirli şartlarda Türk mahkemelerine yetki tanıyacak bir içerikte*" olması gerektiğini; 5718 sayılı MÖHUK'un bu dengeyi gözeten bir düzenleme getirdiğini; yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın mutlak olarak her halükârda Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırmadığını ve 47. maddede öngörülen hallerde Türk mahkemelerinin davaya bakabileceğini ifade etmişlerdir¹⁹.

(6) Doktrinde, 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesi anlamındaki yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf ettiğini, dolayısıyla münhasır nitelikte olduğunu kabul etmenin, hiçbir hal ve şart altında Türk mahkemelerinde dava açılmayacağı anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. Eğer yetki sözleşmesinin münhasır niteliğinin bu sonucu doğurduğu kabul edilirse Türk mahkemesi yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan anlaşma nedeniyle ihkâkı haktan kaçınmak zorunda bırakılacaktır. Bu ise kabul edilemez. *Nomer*'e göre, "*yabancı bir mahkemenin kendisini yetkisiz kabul etmesinde olduğu gibi, yabancı mahkemeden alı-*

¹⁸ Nuray EKŞİ, Pratik Çalışma Kitabı: Kanunlar İhtilâfi Kurallarına, Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, 3. baskı, İstanbul 2009, s. 73-75

¹⁹ ÇELİKEL/ERDEM, 564-565.

nan kararın Türkiye’de tanınma ve tenfizinin reddi halinde de, yetki sözleşmesinin varlığına rağmen Türk mahkemesine müracaat yolu açılmış olur. Kaldı ki, Türk mahkemesinin yerine yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan yetki anlaşması, neticede Türk mahkemesi için ihkaki haktan kaçınma sonucunu doğurmakta ise geçerli kabul edilemez”²⁰.

(7) Nomer, hukuki veya fiili sebeplerle yetki sözleşmesinde belirtilen yabancı mahkemede hak aranmasının mümkün olmayacağı hallerde de davanın Türk mahkemesinde görülebileceği görüşündedir. Nomer’e göre, “davacının, hukuki veya fiili sebeplerle, yetkili kılınan yabancı mahkemede hakkını elde edememe tehlikesi aşikâr şekilde mevcut ise, davalının yetki sözleşmesine dayanarak yapacağı yetki itirazı hukukî sonuç doğurmaz; Türk mahkemesinin davayı görme yetkisi ortadan kalkmaz”. Nomer, ayrıca iyi niyet kurallarının da yetki sözleşmeleri konusunda uygulama alanı bulacağı kanaatindedir²¹.

III. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 3.6.2010 Tarihli Kararı Işığında Taraflarca Seçilen Yabancı Mahkemenin Adil Yargılama Yapacağı ve Savunma Haklarına Riayet Edileceği Hususlarında Ciddi Tereddütlerin Olması Halinde Yabancı Bir Mahkemeye Yetki Verilmesine Rağmen Türk Mahkemesinin Davaya Bakıp Bakamayacağı Meselesi

Türk hukukunda, anlaşma ile yetkilendirilen yabancı mahkemenin “münhasır” yetkili olacağı genel olarak kabul edilmektedir²². Ancak Türk doktrininde, taraflar arasında yapılan anlaşmanın yabancı mahkemeye münhasır yetki veren (exclusive) veya münhasır yetki vermeyen (non-exclusive) bir anlaşma olup olmadığının nasıl belirleneceği üzerinde durulmamıştır. Hiç şüphesiz eğer taraflar, yabancı mahkemeye münhasır yetki verme niyetinde değillerse, yetkisini tarafların iradesinden alacak yabancı mahkemenin münhasır yetkili olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nitekim eğer seçilen mahkemenin münhasır (exclusive) yetkili olması isteniyorsa yetki anlaşmasına bu yönde bir kelime eklenmektedir. Ancak asıl sorun

²⁰ NOMER, 476-477.

²¹ NOMER, 475-476.

²² ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, 395-396; ŞANLI, 101; EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 183-189; Nuray EKŞİ, Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010, s. 153-158; ÇELİKEL/ERDEM, 565 vd.; NOMER, 474-475; Ergin NOMER, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 111-112; ŞANLI, 95 vd..

“münhasır” (exclusive) kelimesi yetki anlaşmasında yoksa nasıl bir yol izleneceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Elbette bu durumda, davanın açıldığı ülke mahkemesinin yorumuna göre farklı sonuçlara varılabilmektedir²³. Üstelik yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olup olmadığını ispat külfetinin hangi tarafa olduğuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır²⁴.

Yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemenin adil yargılama yapmayacağı veya savunma haklarına riayet etmeyeceği hususunda kuvvetli şüphelerin bulunması halinde, davanın Türk mahkemelerinde görülüp görülmeyeceği hususunda MÖHUK’un 47. maddesinde açık bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde *Nomer*, açıkça savuma haklarının ihlali ve adil yargılanmadan söz etmeksizin, “*davacının, hukukî veya fiili sebeplerle, yetkili kılınan yabancı mahkemede hakkını elde edememe tehlikesi aşikâr şekilde mevcut ise, davalının yetki sözleşmesine dayanarak yapacağı yetki itirazı hukukî sonuç doğurmaz; Türk mahkemesinin davayı görme yetkisi ortadan kalkmaz*” ifadesine yer vermiştir. Hiç şüphesiz, yetkilendirilen yabancı mahkemenin savunma haklarına riayet etmemesi veya seçilen mahkemede adil yargılama yapılmaması halinde hukuki sebeplerle yetkili kılınan yabancı mahkemede hakkını elde edememe tehlikesi aşikârdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 3 Haziran 2010 tarihli kararında ise, doktrinde yer verilmeyen bazı sebepler üzerinde durarak bu sebeplerden birinin varlığı halinde davanın Türk mahkemelerinde görüleceği sonucuna varmıştır. 5718 sayılı MÖHUK’un 47. maddesine ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen 3 Haziran 2010 tarihli karar oldukça önemli tespitler içermektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bugüne kadar hiçbir Yargıtay kararında üzerinde durulmayan bazı tespitlerde bulunmuştur. Burada, öncelikle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararının özeti verilecek ve daha sonra bu tespitler üzerinde durulacaktır.

“Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde, tarafların yetki anlaşması ile yabancı bir ülke mahkemesini yetkili kabul etmelerinin Türk

²³ Avril D. HAINES, Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to Which They Give Rise in the Context of the Interim Text, Preliminary Document No 18 of February 2002 for the attention of Commission I (General Affairs and Policy of the Conference) of the XIXth Diplomatic Session - April 2002, s. 8-10.

²⁴ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAINES, 10.

yetki hukuku açısından doğurduğu hukuki sonuçlar üzerinde durulması zorunludur. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun milletlerarası usul hukukunu düzenleyen bölümünde yer alan 47. madde; milletlerarası yetki sözleşmelerinin, hukuki, tanım ve kapsamını açık ve seçik bir biçimde çizmiştir. Yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren ve anılan maddenin öngördüğü koşullara uyan, geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, yetkisi kararlaştırılan yabancı devlet mahkemesi münhasıran yetkili bir mahkeme kimliğini kazanmış olur. Bu sonucu, maddenin ikinci cümlesinde yer alan “yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde, dava yetkili Türk mahkemesinde görülür” şeklindeki sözler açık ve kesin bir şekilde doğrulamaktadır. **Yetki anlaşması kamu düzenine açıkça aykırı olmamalı, ülkenin kamu düzenini bozmamalıdır. Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır.** Taraflar arasında düzenlenen 21.02.2008 günlü İş Sözleşmesinin “uygulanacak kanun ve yetkili mahkemeler” başlıklı 21. maddesindeki kararlaştırma aynen şu hükümleri ihtiva etmektedir. Bu sözleşme British Virgin Islands kanunları uyarınca ele alınacaktır. Sözleşmeden doğan anlaşmazlıklarda şirketin tescil edildiği ülkenin (British Virgin Islands) mahkemeleri yetkilidir. Taraflar yalnız bu mahkemelerin yetkili olacağı konusunda anlaşmaya varmışlardır. Somut uyuşmazlığa konu iş davasında, davalının ikametgâh mahkemesi ile işyeri mahkemesini yetkili kabul eden 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi; “işçiyi” korumak gayesiyle konulmuştur ve kamu düzeni düşüncesine dayanır. O nedenle bu iki yetkiyi bertaraf eden yetki sözleşmeleri geçerli değildir. Yabancılık unsuru ile sözleşmesel ilişki içeren ve yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanyan bu sözleşme “kamu düzenine” veya “münhasır” yetki esasına aykırı olduğu için Türk hukuku bakımından geçerli olmayacağı açıktır. Buna göre uyuşmazlığa bakmaya Türk mahkemeleri yetkilidir. Yazılı gerekçelerle yetkisizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”²⁵.

²⁵ 9. HD, E. 2010/7381, K. 2010/16168, T. 03.06.2010: Nuray EKŞİ, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 50-55.

Bu kararda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kural olarak, 47. maddenin öngördüğü koşullara uyan bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, yetkisi kararlaştırılan yabancı devlet mahkemesinin münhasır yetkili bir mahkeme kimliğini kazandığını kabul etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu sonucu, 47. maddenin (2). fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde, dava yetkili Türk mahkemesinde görülür” şeklindeki sözlerin açık ve kesin bir şekilde doğruladığını ifade etmiştir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemenin münhasıran yetkili hale gelmesinin mutlak bir kural olmadığını; bazı hallerde bu kuralın uygulanmayacağını ve yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmaya rağmen Türk mahkemesinde dava açılabilirliğini kabul etmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre, “yetki anlaşması kamu düzenine açıkça aykırı olmamalı, ülkenin kamu düzenini bozmamalıdır. Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasa’da yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır”.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 5 Ocak 2006 tarihli kararında, bağımsız yargının insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesi olduğunu; her şahsın adil yargılanma hakkı çerçevesinde tarafsız bir mahkeme tarafından davasının hakkaniyete uygun şekilde dinlenmesini isteme hakkına sahip olduğunu; mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyecek mahiyette olabilecek kanun hükümlerinin, hangi davada ve ne şekilde ortaya çıkabileceğini önceden tahmin etmenin mümkün olmadığını; bu ihtimalin dahi mahkemelerin bağımsızlık görüntüsünü ortadan kaldıracığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre:

“Yargı bağımsızlığı da, yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımsızlığından, yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılır. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal–ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasama, yürütme ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisine açık olan “yargı” bağımsız olamaz. Bağımsız

yargı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesidir. Çünkü hukuk devleti, özünü yargının bağımsızlığında bulur. Hakimlerin görevlerine ilişkin nesnel (objektif) bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Bağımsızlık, hakimin, çekinme ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hakimlik teminatı, hakimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hakimlerin bağımsızlığı, hakimlerin objektif bağımsızlığı olduğu halde, hakimlik teminatı hakimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hakimlik teminatı hakimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hakimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada söz konusu olan, hakimin kişisel yararı olmayıp, kamunun yararadır. Hakimlik teminatının amacı, bu görevi yürütenlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir"²⁶.

Anayasa Mahkemesi, 8 Ekim 2009 tarihli kararında ise aşağıdaki sonuca varmıştır:

"Her şahıs adil yargılanma hakkı çerçevesinde tarafsız bir mahkeme tarafından davasının hakkaniyete uygun şekilde dinlenilmesini isteme hakkına sahiptir. Yargının bağımsız olması, ancak bağımsız mahkemeler ve teminatlı hâkimler eliyle sağlanabilir. Hâkim teminatına kanunla bazı sınırlamalar getirilmiş ise bu hâkimlerin yer aldığı mahkemelerin bağımsızlığından söz edilemez. Mahkemelerin bağımsız olması kadar, mahkemelerin bağımsız ve hâkimlerin teminatlı görünmesi de bir o kadar önemlidir. Mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyecek mahiyette olabilecek kanun hükümlerinin, hangi davada ve ne şekilde ortaya çıkabileceğini önceden tahmin etmek mümkün değildir. Bu ihtimal dahi mahkemelerin bağımsızlık görüntüsünü ortadan kaldırır. Mahkemelerin bağımsızlığı görev alan hâkimlerin şahsi yapısına bırakılmayacak kadar önemlidir"²⁷.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2005/55, K. 2006/4, T. 05.01.2006: RG 20.11.2007/26706.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2006/105, K. 2009/142, T. 8.10.2009: RG 8.1.2010/27456.

Türk vatandaşı yatırımcılar dönem dönem yetki sözleşmesinde belirtilen yabancı mahkemelerin adil yargılama yapmayacağı iddiasıyla yetki sözleşmesine rağmen davalarını Türk mahkemelerinde açmaktadırlar. Adil yargılanma yapmayacağı öne sürülen yabancı devlet mahkemelerinin başında Türkmenistan mahkemeleri gelmektedir. Çalışmamızda, adil yargılanma ilkesinin yetki sözleşmeleri üzerindeki etkisi bakımından Türkmenistan örnek olarak alınmıştır. Zaten adil yargılanma ilkesinin ihlal edileceği hususunda kuvvetli şüphenin bulunup bulunmadığını her ülke bazında özel olarak incelemek gerekir. Böyle bir inceleme her şeyden önce bağımsız ve tarafsız kurumlar tarafından hazırlanan güncel raporların esas alınmasını gerektirdiğinden ve bir makalenin kapsamını aştığından değerlendirmelerimizde Türkmenistan örneği ile yetinilecektir. Türkmenistan’da yatırım yapan Türk vatandaşlarıyla devlet kurumları arasında yapılan sözleşmelerde Türkmenistan mahkemelerine yetki verilmektedir. Türk yatırımcıları, Türk mahkemelerinde açılan davalarda, Türkmenistan’da dava açmak isteseler bile kendilerini savunacak avukatların olmadığını; mahkeme üyelerini, Devlet Başkanın atadığını ve sebep göstermeden görevden alabildiğini, üstelik bu hükmün Anayasa’da yer aldığını; hakimlik teminatı bulunmayan bir mahkemede devlet kurumuna karşı dava açılması halinde adil yargılanma ilkesine ve savunma haklarına uyulmayacağını; Türkmenistan’ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaması sebebiyle AİHM’e başvuramayacağını öne sürmektedirler.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine 1954 yılından beri taraftır²⁸. Hiç şüphesiz AİHS’in, temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerinin yanı sıra “adil yargılanma”yı düzenleyen 6. maddesi; “etkili başvuru hakkı”nı düzenleyen 13. maddesi ve “hakların kötüye kullanılması”nı yasaklayan 17. maddesi, sadece Sözleşme’nin birer hükmü olarak taraf devletler için bağlayıcılığı olan kurallar olmayıp aynı zamanda Sözleşme’nin imzalandığı 1950 yılından beri sürekli ve bağlayıcı bir şekilde uygulandıklarından hukukun temel ilkeleri olarak da işlev görmektedirler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, bazı kurumlar tarafından hazırlanan raporlar da esas alınmaktadır. Bu kurumların başında Birleşmiş Milletler (BM), Birleşmiş Milletler Mülteciler Komiserliği (BMMYK), İnsan Hakları İzleme (Human Rights Watch) ve Avrupa Gü-

²⁸ RG 19.3.1954/8662.

venlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı İnsan Hakları Kurulu (US Department of State Human Rights Report) gelmektedir. Aşağıda raporları özetlenen kurumların yanı sıra Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme başta olmak üzere diğer uluslararası kurumlar tarafından hazırlanan raporlar, Türk yatırımcılarının Türkmenistan mahkemelerindeki yargılamayla ilgili olumsuz iddialarını teyit eder niteliktedir.

AGİT (Organization for Security and Cooperation in Europe–OSCE) adına Prof. Dr. Emmanuel Decaux tarafından hazırlanan Türkmenistan Raporunda (OSCE Rapporteur’s Report on Turkmenistan), Türkmenistan Anayasası’nın 102. maddesine göre, bütün mahkemelerin hakimlerinin Devlet Başkanı tarafından atandığı ve yine aynı maddede, hakimlerin, rızaları dışında, görev süresi dolmadan önce Devlet Başkanı tarafından görevinden alınabileceği belirtilmiştir. AGİT Raporu’nda ayrıca, Türkmenistan’da, kuvvetler ayrılığının bulunmadığı; bağımsız bir Anayasa Mahkemesi’nin olmaması sebebiyle kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerinin etkin şekilde korunmasının engellediği; milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğünü ve yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayacak mekanizmaların bulunmadığı ifade edilmiştir²⁹.

ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan Türkmenistan ile ilgili İnsan Hakları Raporunda³⁰, Türkmenistan’da yapılan 2008 milletvekilleri seçiminin uluslararası standartlara uygun olmadığı; seçimlerde sivil otoritelerin güvenlik kuvvetlerinin etkin kontrolüne maruz kaldığı ve insan hakları ihlallerinin had safhada olduğu belirtildikten sonra adil yargılanma hakkının bulunmadığı vurgulanmıştır. Rapora göre, Devlet Başkanı’nın, hakimleri, görev süresi dolmadan önce dahi görevden alma yetkisinin olduğu; adli yargılama sisteminin yetersiz olduğu, üstelik yargının rüşvet ve yolsuzlukla anıldığı; davalıları temsil edecek sadece birkaç bağımsız avukatın oluşu; mahkemeler adil yargılama yapmaya çalışsa bile hükümet adına hareket eden savcının, davalının adil yargılanmaya erişimini engellediği; mahkeme zabıtlarının yetersiz olduğu ve yanlı tutulduğu; tercümelemlerin taraflı yapıldığı; mahkeme kararının, yargılama ve hükümden önce

²⁹ OSCE Rapporteur’s Report on Turkmenistan By Prof. Emmanuel Decaux, 55 OSCE participating States, 12 March 2003 Original: ENGLISH (15.6.2014).

³⁰ 2009 Human Rights Report: Turkmenistan:

<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrprt/2009/sca/136095.htm> (15.6.2014).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

verildiği; özel hukuk yargılama sisteminin bağımsız ve tarafsız olmadığı; hakimlerin tamamının Devlet Başkanı tarafından atandığı; özel hukuk davalarında rüşvete ilişkin raporların bulunduğu; devletin menfaatlerinin olduğu ticari davalarda devlet menfaatlerinin üstün tutulduğu; kamu kurumlarından bilgi alınmasına olanak veren bir yasal düzenlemenin bulunmadığı; zaten uygulamada da buna izin verilmediği; devlet sırrı olduğu gerekçesiyle bilgi taleplerinin geri çevrildiği; hatta istatistiksel verilerin dahi devlet sırrı olarak kabul edildiği ifade edilmiştir.

Ayrıca Türkiye Aşkabat Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği, Türkmenistan'da işadamları için avukatlık, danışmanlık ya da müşavirlik hizmeti veren kurum ve kuruluşlar bulunmadığını ifade etmiştir³¹.

5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmeye rağmen Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin hangi hallerde ortadan kalkmayacağı belirtilmiştir. Ancak bu haller arasında taraflarca seçilen yabancı mahkemenin adil yargılama yapmayacağı konusunda kuvvetli şüphenin bulunması yer almamaktadır. Bununla beraber, 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde açık düzenlemenin olmaması, seçilen yabancı mahkemenin adil yargılama yapmayacağına ilişkin kuvvetli şüphelere rağmen Türk mahkemelerinin davaya bakmasını engellemez. Çünkü adil yargılanma, AİHS'in 6. ve Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan temel haklardan biridir.

Anayasanın 90. maddesinin IV. fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmaların, kanunlara nazaran öncelikle uygulanması sebebiyle adil yargılanma, etkin hukuki yollara başvuru ve savunma hakkının Türkmenistan mahkemelerinde ihlal edileceğine ilişkin kuvvetli şüphe varsa, bu durumda yetki anlaşmasına rağmen dava Türk mahkemesinde açılacaktır. Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'in özellikle 6. ve 13. maddelerinin yanı sıra

³¹ <http://www.musavirlikler.gov.tr/altdetay.cfm?AltAlanID=1045&dil=TR&ulke=TUR> (15.6.2014).

Anayasa mahkemesi kararları; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 3 Haziran 2010 tarihli kararındaki tespitler; AİHM kararlarında dayanılan ve güvenilir olduğundan tereddüt edilmeyen uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan raporlar dikkate alındığında, Türkmenistan mahkemelerine yetki verilse bile bu mahkemeler tarafından adil yargılama yapılacağı hususunda ciddi tereddütler bulunmaktadır.

Nitekim mukayeseli hukukta da bazı hallerde yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın göz ardı edilebileceği kabul edilmektedir. Alman hukukunda, taraflardan birinin ikametgâhının Almanya’da olması halinde yabancı mahkemeye yetki veren anlaşma, Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaz³². ZPO § 38’e göre, yabancılık unsuru taşıyan konularda yabancı bir mahkemenin yetkili kılınabilmesi için, yetki anlaşmasının taraflarından en az biri bakımından Almanya’da genel yetkili bir mahkeme yani ikametgâh mahkemesi bulunmamalıdır. Yetki anlaşmasının taraflarından en az biri Almanya’da ikametgâh sahibiyse, ancak taraflardan herhangi birinin Almanya’daki ikametgâhı mahkemesi yahut özel hükümlere göre yetkili bir Alman mahkemesi yetkili kılınabilir. Yabancı bir mahkemeye münhasıran yetki verilmesine rağmen Alman mahkemelerinde dava açılabilir. Alman mahkemelerindeki hakim görüş, böyle bir yetki verilmesine rağmen Alman mahkemelerinin yetkisinin olması yönündedir. Fakat aksi yönde verilmiş kararlar da mevcuttur. Ancak Alman Federal Mahkemesi (BGH-Bundesgerichtshof) II YR 286/97 sayılı kararıyla yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın Alman mahkemelerinin yetkisini kaldırmadığına ilişkin kararı tasdik etmiştir. Özellikle BGH’nın vermiş olduğu karara konu olan olayda, Türk ana ve yavru şirketleri İsviçre mahkemelerine münhasıran yetki vermiş ve böylelikle Almanya’da bulunmalarına rağmen Alman mahkemelerinin yetkilerini kaldırmışlardı. Bu kararda sadece davacının yararına olan “yetkili mahkeme anlaşması”nı BGH haksız bir anlaşma olarak değerlendirmiştir. Zaten ZPO § 38 uyarınca Almanya’da ikametgâhı olan davalılara karşı, yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeye yetki verilse bile dava açılabilir. Nitekim Yargıtay MÖHUK’ta bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen aynı sonuca TMK’nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralından hareketle varmaktadır.

³² Richard ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 22. Auflage, 2001, s. 163.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

Amerikan hukukunda, yetki anlaşmasının *prima facie* geçerli kabul edilmesi ve seçilen mahkemede davanın görülmesinin haksızlığa yol açacağı ispatlanmadığı sürece seçilen mahkemenin münhasır yetkili olması gerektiği kabul edilmektedir.

İngiliz mahkemeleri, uzun bir süre yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın kendi yetkilerini kaldırmayacağına karar vermiş ve yetki anlaşmasına rağmen davaya bakmışlardır. Daha sonra bu uygulama değişmişse de aslında İngiliz mahkemeleri yetki anlaşmasına etki tanıma konusunda sahip oldukları takdir yetkisini muhafaza etmektedirler³³. İngiliz hukukunda, davacı, yetki anlaşmasını ihlâl ederek davasını yabancı mahkeme yerine yetkisi anlaşma ile bertaraf edilen mahkemede açarsa davalı yetki itirazında bulunabilir³⁴. Bu itiraz üzerine mahkeme kural olarak yetkisizlik kararı verir. Fakat davacı, yapılan seçimin somut ihtilâf bakımından makul olmadığını ve seçilen mahkemede davanın görülmesinin haksızlık yaratacağını ispat ederse mahkeme yetki anlaşmasına rağmen davayı görmeye devam eder. İngiliz hukukunda, mahkemeler takdir yetkisini kullanırken tahdidi olmamakla beraber politik, ırk, din ve benzeri sebeplerle âdil bir yargılama yapamaması; seçilen mahkemenin vereceği kararın tenfiz edilmemesi; davacının seçilen mahkemede alacağını temin için gerekli tedbirlerden mahrum olması gibi faktörlerin etken olup olmadığına da bakmaktadırlar³⁵. Örneğin, *Fehmarn* kararında, SSCB mahkemelerine münhasır yetki verilmesine rağmen, yetkilendiren mahkemenin politik faktörlerden etkilenebileceği dikkate alınarak, İngiliz mahkemesi davaya bakmıştır³⁶.

³³ Trevor C. HARTLEY, *The Modern Approach to Private International Law International Litigation and Transactions from a Common-Law perspective*, Leiden 2007, s. 113.

³⁴ EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 184 dn. 710'de belirtilen yazarlar.

³⁵ EKŞİ, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 184 dn. 710'de belirtilen yazarlar; CHESHIRE and NORTH's *Private International Law*, 13th edition, London 2004, s. 351-352; John O'BRIEN Smith's *Conflict of Laws*, 2nd edition, Cavendish Publishing 1999, s. 208-210; HARTLEY, 114-115; Fügen SARGIN, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara 1996, s. 182; Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(may)acağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?*, 13(2011)2 DEÜHFD, s. 54.

³⁶ HARTLEY, 113-114.

Türkiye tarafından henüz onaylanmamış olan ve 30 Haziran 2005 tarihinde Lahey’de imzalanan Mahkeme Seçimi Anlaşmalarına İlişkin Konvansiyon’un (Convention on the Choice of Court Agreement) 3. maddesinin (b) bendine göre, seçilen mahkeme, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça münhasır (exclusive) yetkilidir. Eğer dava yetki anlaşmasına rağmen başka bir mahkemede açılırsa, kural olarak, bu mahkeme yetkisizlik kararı verecektir (md. 6/I). Ancak bazı hallerde, yetki anlaşmasına rağmen mahkeme davaya bakabilecektir. Bu haller şunlardır: (1) yetki anlaşmasının hükümsüz ve geçersiz olması, (2) yetki anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetinin bulunmaması, (3) seçilen mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi, (4) tarafların kontrolü dışında yetki anlaşmasının makul şekilde ifa edilememesi, (5) yetki anlaşmasına etki tanınmasının açıkça haksızlığa (a manifest injustice) yol açması veya yetki anlaşmasının, bu anlaşmaya rağmen kendisinde dava açılan mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı olması. Türkiye 2005 Lahey Konvansiyonu’na taraf olsaydı, uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan belgelere göre Türkmenistan’da adil ve tarafsız bir yargılama olmayacağı konusunda kuvvetli emarelerin olması sebebiyle (5). bent uyarınca yetki anlaşmasına etki tanınmayabilecekti. Ayrıca yetkilendirilen yabancı mahkemenin AİHS’in 6. maddesi ile teminat altına alınan adil yargılanma ilkesini ihlal edeceğine ilişkin kuvvetli emarelerin varlığı halinde, bu madde kamu düzeninin bir parçası olduğundan, yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmanın kamu düzenine aykırı olduğu da söylenebilecekti. Ancak yetki anlaşmasının kamu düzenine aykırılığı sebebiyle bu anlaşmaya etki tanınmaması, hem 2675 sayılı MÖHUK’un 31. maddesi hem de 5718 sayılı MÖHUK’un 47. maddesi açısından muhtelif Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 6.3.2010 tarihli kararında “yetki anlaşması kamu düzenine açıkça aykırı olmamalı ülkenin kamu düzenini bozmamalıdır” sonucuna varmıştır. Kamu düzeni hukukun temel ilkelerinden biri olduğundan bu ilkenin dikkate alınabilmesi için mutlaka bir kanunda yer almasına gerek yoktur. Üstelik adil yargılanma ilkesi de hukukun genel ilkelerinden biri olarak AİHS’e taraf olsun veya olmasın bütün devletlerin riayet etmek zorunda oldukları bir ilkedir ve kamu düzeninin bir parçasıdır.

Nitekim İngiliz mahkemeleri uzun zamandan beri ticari davalarda dahi AİHS’in özellikle 6. maddesini dikkate almaktadırlar. Bu zorunluluk

Birleşik Krallık 1998 İnsan Hakları Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Bu Kanun ile, İngiliz mahkemelerine iç hukuk hükümlerini ve müesseselerini, AİHS hükümlerini dikkate alarak yorumlama ve uygulama yükümlülüğü verilmiştir. Tatbikatta İngiliz mahkemelerinin davaya bakmaya reddetmesinin, AİHS'in 6. maddesinin ihlâli sayılıp sayılmayacağı üzerinde durulmuştur. AİHS'in 6. maddesine göre, herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. İngiliz Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi³⁷, *Kribi* davasında, AİHS'in 6. maddesi açısından önemli olanın, ceza ve özel hukuka ilişkin yargılamanın (1) herhangi bir yerdeki (ülkedeki) mahkemede ve (2) bu yargılamanın adil, kamuya açık, tarafsız (impartial) ve bağımsız (independent) bir mahkeme tarafından yapılması olduğunu; somut olayda taraflarca yapılan anlaşma uyarınca İngiliz mahkemelerine yetki verildiğini; sözleşmedeki yetki şartının taraflardan birinin diğerine dayatıldığına (imposed arbitrarily) veya İngiliz mahkemelerinin adil ve şeffaf yargılama yapmayacağına veya taraflı ya da bağımsız olmadıklarına ilişkin bir belirtinin bulunmadığına; bu sebeple İngiliz mahkemesinin davaya bakmasının AİHS'in 6. maddesini ihlal etmeyeceğine karar vermiştir³⁸.

Benzer uygulama Türk hukukunda mevcuttur. Anayasanın 90/IV. maddesi uyarınca, AİHS hükümleri iç hukukun üstündedir. Ayrıca hem 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445/11. maddesinde hem de 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³⁹ 375. maddesinde, kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde yargılamanın iadesinin talep edilebileceği ifade edilmiştir.

³⁷ *O.T. Africa Line Ltd. v. Hijazy and Others (The "Kribi")*, Lloyd's Rep., Yıl 2000, Vol. 1, s. 76-94.

³⁸ Karar sayfa 86-87 paragraf 42.

³⁹ RG 4.2.1011/27836.

Sonuç

AİHS'in 6. maddesi, milletlerarası özel hukuk açısından da uygulama alanı bulan bir maddedir. Adil yargılanma ilkesi, AİHS'in 6. maddesinin yanı sıra Anayasa'nın 36(1). maddesinde de düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin bu ilke gerek Anayasa'nın 90/V. maddesinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmaların öncelikle uygulanacağını belirtmesi gerekse Anayasa'nın 36. maddesinin bir hükmü olması sebebiyle MÖHUK'un 47. maddesine nazaran öncelikle uygulanacaktır. Bu nedenle taraflarca seçilen yabancı mahkemenin, bu ilkeye aykırı yargılama yapacağı hususunda kuvvetli şüphe varsa, 5718 sayılı MÖHUK'un 47. maddesinde yer alan şartlar gerçekleşmiş olsa bile, yabancı mahkemeye yetki veren sözleşme Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmamalıdır. Özellikle AİHM tarafından tarafsız ve güvenilir kurumlar olarak kabul edilen uluslararası kuruluşlar, hükümetlerarası örgütler ve sivil toplum kuruluşları tarafından hazırlanan raporlar uyarınca AİHS'de yer alan savunma hakkının ve adil yargılanma ilkesinin, yabancı mahkeme tarafından ihlal edileceğine ilişkin kuvvetli emarelerin varlığı halinde, yabancı mahkemeye yetki veren anlaşmaya rağmen davanın Türk mahkemesinde görülmesine izin verilmelidir.

KISALTMALAR

AGİT	:Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BGH	:Bundesgerichtshof
Bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
BMMYK	:Birleşmiş Milletler Mülteciler Komiserliği
dn.	:Dipnot
E.	:Esas
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
K.	:Karar
Lloyd's Rep.	:Lloyd's Law Report

MHB	:Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NIPR	:Netherlands International Law Review
OSCE	:Organization for Security and Cooperation in Europe
RG	:Resmi Gazete
T.	:Tarih
TMK	:Türk Medeni Kanunu
v.	:Versus
Vd.	:Ve devamı
Vol.	:Volume
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	:Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

CHESHIRE and NORTH's Private International Law, 13th edition, London 2004.

Zeynep ÇALIŞKAN, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, İstanbul 2013

Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. bası, İstanbul 2012.

Cemile DEMİR GÖKYAYLA, Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(a)mayacağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?, 13(2011)2 DEÜHFD.

Vahit DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. bası, İstanbul 2013.

Nuray EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000.

Nuray EKŞİ, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010.

Nuray EKŞİ, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu, (2009)1-2 MHB.

Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2013.

Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukukta Medenî Olmayan Evlilikler ve Adlî Olmayan Boşanmaların Tanınması*, İstanbul 2012.

Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, İstanbul 2007.

Nuray EKŞİ, *Pratik Çalışma Kitabı: Kanunlar İhtilâfî Kurallarına, Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları*, 3. bası, İstanbul 2009.

Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul 2010.

Emre ESEN, *Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi*, (2011)1 MHB.

Emre ESEN, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*, 22(2002)2 MHB Ergin Nomer'e Armağan.

J.J. FAWCETT, *The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law*, 56(2007) ICLQ.

Avril D. HAINES, *Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to Which They Give Rise in the Context of the Interim Text, Preliminary Document No 18 of February 2002 for the attention of Commission I (General Affairs and Policy of the Conference) of the XIXth Diplomatic Session - April 2002.*

Trevor C. HARTLEY, *The Modern Approach to Private International Law International Litigation and Transactions from a Common-Law perspective*, Leiden 2007.

—2009 Human Rights Report: Turkmenistan: <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2009/sca/136095.htm> (15.6.2014).

Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. bası, İstanbul 2005.

L.R. KUESTRA, *Article 1 ECHR and Private International Law*, (2011)1 NIPR

Baki KURU, *Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması*, (1986)2 MHB.

Hilmar KRÜGER/Ergin NOMER, Türk Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, 64(1990)1-3 İBD.

Ergin NOMER, Devletler Hususî Hukuku, 20. bası, İstanbul 2013.

Ergin NOMER, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.

John O'BRIEN Smith's Conflict of Laws, 2nd edition, Cavendish Publishing 1999.

—OSCE Rapporteur's Report on Turkmenistan by Prof. Emmanuel Decaux, 55 OSCE participating States, 12 March 2003 Original: ENGLISH (15.6.2014).

Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. bası, İstanbul 2014.

Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bası, İstanbul 2013.

Richard ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 22. Auflage, 2001.

**ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN BİREYSEL
BAŞVURULARDA SÜRE AŞIMINA İLİŞKİN KARAR
BİLANÇOSU**

*(DECISIONS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT RELATED TO THE
PROCEDURAL APPLICATION PERIOD REQUIRED FOR ACCEPTANCE OF
INDIVIDUAL APPLICATIONS)*

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

ÖZET

2010 Anayasa değişiklikleri ile kabul edilen bireysel başvuru 23.09.2012 tarihinden beri uygulanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyu kabul etmesinin usuli şartlarından biri olan süre prensip olarak başvuru yolları tüketildikten sonra 30 gündür. Anayasa Mahkemesi süre koşulunu başvurunun her aşamasında ve re'sen dikkate almaktadır. Anayasal ve yasal düzenlemelerde sürenin başlamasına ilişkin sorunlara yol açacak boşluklar bulunmaktadır. Bu sebeple her somut olay ve yol için Anayasa Mahkemesinin süre belirlemesi önem taşımaktadır. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin kurala ilişkin olarak verdiği kararlar değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, bireysel başvuru süresi, başvuru yollarının tüketilmesi.

ABSTRACT

The individual application adopted by 2010 Constitutional amendments has been implemented since 23rd of September 2012. The required procedural application period for the acceptance of individual applications by the Turkish Constitutional Court is after exhaustion of remedies in

principle 30 days. The application period requirements are taken into consideration, ex officio, at every stage of an individual application filed to the Constitutional Court. Concerning constitutional and legal provisions with respect to the commencement of the application period, there are some gaps which give rise to various problems. Therefore it is of importance for the Constitutional Court to determine the duration of the application period in each case separately. In this essay, some of the important decisions of the Turkish Constitutional Court related to the procedural application period required for acceptance of individual applications will be examined.

Keywords: *Turkish Constitutional Court, constitutional complaint, individual application period, exhaustion of remedies.*

Mevzuat

12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulan ve resmi sonuçların 23 Eylül 2010 tarihinde resmi gazetede yayınlanmasıyla yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi'ne "bireysel başvuru" kabul edilmiştir. Bireysel başvuru ile ilgili hükümlerin¹ iki yıllık süreye bağlanması nedeniyle Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru taleplerini almaya 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla başlamıştır. Geçen zaman dilimi içinde Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 sayılı Kanun² kabul edilmiş anayasa şikâyetine ilişkin hususlar ayrı bir kanunda düzenleme yerine bu genel kanunda düzenlenmiştir. Ni-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: suzelturk@superonline.com

¹ Geçici madde 18: Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir. Sağlam. Bavyera ve Makedonya anayasalarında da popüler dava yollarının bulunduğunu aktarmaktadır. F. Sağlam, Anayasa Şikâyeti, Demokratik Anayasa-Görüşler ve Öneriler Haz. E. Göztepe- A. Çelebi, Metis, İstanbul 2012, s. 420. 1946 Bavyera Anayasasınının 66. maddesi idarenin anayasal hakları ihlal etmesi şikâyetlerinin anayasa mahkemesi tarafından karara bağlanacağını ifade etmektedir. http://www.taxi-muenchen-online.de/programme/bavarian_const.pdf Erişim tarihi 5.12.2012.

² 6216 sayı ve 30.03.2011 tarihli Kanun, R.G. 03.04.2011-27894.

hayet Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü³ kabul edilerek daha ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

1982 Anayasasının 148/3. maddesinde yapılan düzenleme ile bireysel başvuru kabul edilmiş ve “Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır” ibaresi de hüküm altına alınmıştır. İfade bireysel başvurunun ikincil bir yol olduğunu göstermekte, ama aynı zamanda ne zaman yapılacağını da işaret etmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun hangi sürede yapılacağı 30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “Bireysel başvuru usulü” kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru yolunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.”

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Başvuru süresi ve mazeret” başlıklı 64. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk hali şöyledir:

“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.”

Yukarıdaki düzenlemeden daha sonra “ve buna ilişkin kararın kesinleştiği” kısmı çıkarılmıştır⁵. Anayasa Mahkemesine göre bireysel başvuruda bulunmak için hükmün kesinleşmesi şartı, başvuru yollarının tüketilmesi anlamında değerlendirilmelidir. Bu durumda karar kesinleşmeden de başvuru yolları tüketilmiş olabilecektir. İleride üzerinde durulacağı gibi

³ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, R.G. 12 Temmuz 2012, S. 28351.

⁴ Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi şu şekilde yorumlamıştır.” . Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün yukarıda anılan maddesinde, bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak 'başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği' tarihten söz edilmekte ise de bu ibarenin ihlale neden olduğu ileri sürülen nihai kararın öğrenildiği tarih olarak anlaşılması gerekir.” İçtüzük değişikliğinin temelinde de bu yorumun yattığı söylenebilir. İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1936, Karar Tarihi: 18.9.2013, pg. 23.

⁵ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, R.G. 5 Mart 2014-28932.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

Anayasa Mahkemesi bu yoruma, karar düzeltme yolunun etkisiz olduğunu düşünerek başvurmayanların bireysel başvuru süresinin karar düzeltme süresinin bitmesiyle kesinleşmenin beklenmeden yapılması gerektiği konusunda ulaşmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası:

“...Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul ya da reddeder.” ifadesine yer vermektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 64. maddesinin (2) numaralı fıkrası: “Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir. Komisyonlar raportörlüğünde mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünden karar taslağı hazırlanır. Komisyon öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder. (3) Başvurunun niteliğine uygun düştüğü takdirde mazeret ve kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte karara bağlanabilir.”

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59/3-d ise bireysel başvurunun ekleri arasında yer alması gereken belgeler arasında “nihai karar ya da işlem tebliğ edilmişse tebellüğ belgesi” ne de yer vermektedir.

Bireysel başvurunun öncelikle, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu yoksa ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü buna “kararın kesinleştiği” ifadesini eklemiş, ancak daha sonra yapılan bir değişiklik ile bu ibare kaldırılmıştır. Süre konusunun bu şekilde belirlenmesi alanın sorunsuz olduğunu göstermez. Süre bakımından yaşanan sorunlar hakka ilişkin ihlalinin ortadan kaldırılamamasına ve bireysel başvuru iç hukukta tüketilmesi gereken bir yol olduğu için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sistemine ulaşılmamasına da engel olacak sonuçlar yaratmaktadır.

Bireysel başvuruda süre, usule ilişkin kabul edilebilirlik şartlarındandır. Başvurunun süresine riayet edilmesi başvuru incelemesinin her

aşamasında ve re'sen dikkate alınması gereken bir koşuldur⁶. Kamu düzenindedir. 30 günlük süre de hak düşürücü süredir⁷. Bireysel başvurunun bir süreye bağlanması onun aynı zamanda istisnai bir yargı yolu olması ve yargı kararlarının kesinliğinin bu sayede korunarak hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşmesinin sağlanacağı da ifade edilmektedir⁸.

Süre anlık insan hakları ihlalleri bakımından işleyecek, ancak ihlal devam ediyorsa işlemeyecek, ihlal sona erdiğinde işlemeye başlayacaktır⁹.

A- Bireysel Başvurunun süresine ilişkin ön-sorunlar

Yukarıda ifade edilen düzenlemeler dikkate alınarak bireysel başvuru ne zaman yapılacağı sorulduğunda ilk yanıt aşağıdaki gibi olacaktır:

-Başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren 30 gün içinde.

-Başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren 30 gün içinde.

-Haklı bir mazereti nedeniyle süresinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren 15 gün içinde.

Hukuk sistemlerinde belirlenen sürelerin ne zaman başlayacağı önemlidir, çünkü sürenin başlangıç noktası belli olmadığı için hesaplanması da mümkün olmaz. Bu sebeple sürenin ne kadar olduğu kadar, ne zaman başladığı da belirleyicidir.

Başvuru yollarının tüketilmesi ile başvuru süresine ilişkin koşullar arasında sürenin başlangıcını tespit etmek bakımından yakın bir bağlantı vardır. 1982 Anayasası 148. maddesinde “olağan kanun yollarının“ tüketilmesini ararken, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun (Kuruluş Kanunu) “kanunda öngörülmuş idari ve yargısal” başvuru yollarının tamamının tüketilmesinden bahsetmektedir. (m. 45/2). Söz konusu yasal düzenlemenin “anayasa şikâyetinin önkoşulunu artırdığı, dolayısıyla hakkın kullanılmasını zorlaştırdığı”ndan

⁶ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1582, Karar Tarihi: 7.11.2013

⁷ 30 günlük sürenin hukuki niteliği konusundaki tartışma için bkz. T. Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti-Bireysel Başvuru, 12 Levha, İstanbul, 2013, s. 535 vd.

⁸ M. Sağlam, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu”, (Bir reform önerisi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-60-174>, erişim tarihi. 12.6.2014.

⁹ O. Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal, İstanbul, 2012, s. 106.

bahisle anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹⁰. Anayasa Mahkemesi önüne götürülen başvuru reddedilmiştir¹¹.

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi “bireysel başvuruda bulunulmadan önce, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği”ni belirtmektedir¹². “Yargısal ve idari yolların tümünün tüketilmesi” uygulamada 1 Mayıs Taksim başvurusunda somutlaşmıştır¹³. Anayasa Mahkemesi başvuruyu iç hukuk yolları tüketilmediği için reddederken sadece idari yargı yerlerine başvurulmadığından değil, aynı zamanda İstanbul Valiliği'nin bir işlemi ile toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak alanların belirlenmesi ve İstanbul İl Emniyet Müdürlüğünün resmî internet sitesinde yayınlanmasına karşı “idari bir yola” da başvurulmadığı ifade edilmektedir¹⁴. Ayrıca Anayasa Mahkemesine göre bu yolların sadece mevzuatta yer alması yeterli değildir, uygulamada da

¹⁰ E. Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 95, s. 25 vd. Sağlam, buradaki idari ve yargısal yollardan “dava açılabilmesi için zorunlu olan idari başvurular”ın anlaşılmasının anayasaya uygun bir yorum olacağını belirtmektedir. Ancak, Yazar’a göre sözel yoruma ağırlık verilip yolların “tamamı” anlaşılırsa bu durumun anayasaya aykırı olacağı kanaatindedir. F. Sağlam, “Anayasa Şikâyeti”, in Demokratik Anayasa- Görüşler ve Öneriler-Haz. E. Göztepe-A. Çelebi, Metis, İstanbul, 2012, s.451-452.

¹¹ Anayasa Mahkemesinin gerekçesi şu şekildedir: “Kanun’da yer verilen yargısal başvuru yollarıyla birlikte öncelikle idari başvuru yolunun da tüketilmiş olması gereği aslında olağan kanun yolunda gözetilmesi gereken bir sırayı ifade etmektedir. Kanun yoluna başvurmadan önce idari yollara başvurarak ihlalin giderilmesinin istenmesi, sürecin doğal yapısının gereği olduğu açıktır.” E. 2011/59, K. 2012/34, Karar Günü: 1.3.2012, R.G. 02.04.2013-28606 mükerrer.

¹² İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1582, Karar Tarihi: 7.11.2013.

¹³ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2014/5559, Karar Tarihi: 25.4.2014.

¹⁴ “2911 sayılı Kanun’un İstanbul Valiliğinin 18.1.2013 tarih ve 800 sayılı işlemiyle İstanbul İlinde toplantı alanları ve gösteri yürüyüşü güzergâhlarının belirlenerek İstanbul İl Emniyet Müdürlüğünün resmî internet sitesinde duyurulduğu, Taksim Meydanının söz konusu alanlar içerisinde yer alması gerektiğini düşünen başvuru sahibinin anılan işleme karşı da idari makamlara başvurmadığı gibi mahkemelerde dava da açmadığı anlaşılmıştır.”

etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmaması gerekir¹⁵.

Anayasa Mahkemesine göre söz konusu başvuru yollarının tüketilmesi mutlak olarak algılanmamalıdır. Aksi halde temel hak ve hürriyetlerin “**etkin kullanımı ve korunması**” mümkün olmayacaktır¹⁶.

Anayasa Mahkemesine göre başvuru yollarını tüketme kuralına uygunluğun denetlenmesinde her somut başvurunun koşulları dikkate alınacaktır. Anayasa Mahkemesi somut değerlendirmede hukuk sisteminde var olan bazı başvuru olanaklarının yanında bu yolların uygulanma şartları ve başvuru kişinin kişisel koşullarının gerçekçi biçimde ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda başvuru kişinin de başvuru yollarının tüketilmesi konusunda kendisinden beklenenleri yerine getirip getirmediği dikkate alınacak ve başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna yönelik istisnalar her başvurunun somut özellikleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır¹⁷.

Bireysel başvuru, süresi doğrudan, mahkemeler vasıtasıyla veya yurtdışı temsilcilikler aracılığı ile yapılabilmektedir. Anayasa Mahkemesine posta yoluyla bireysel başvuru yapılması mümkün değildir¹⁸.

a- Hangi yollar tüketilmelidir?

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmek için esas olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Olağan kanun yolları ceza yargılamasında itiraz, istinaf ve temyiz, olağanüstü yollar ise Yargıtay Cumhuriyet Savcısı'nın itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesidir. Medeni Usul Hukukunda olağan yollar temyiz, karar düzeltme iken; olağanüstü yol yargılamanın yenilenmesi olarak görülmektedir. İdari yargılamada ise, olağan yollar temyiz ve karar düzeltme iken; olağanüstü yol yargılamanın yenilenmesi olarak belirtilmektedir¹⁹.

¹⁵ Başvuru numarası: 2012/338, Karar tarihi: 2.7.2013.

¹⁶2. BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/12, Karar Tarihi: 17.9.2013, pg.33.

¹⁷ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2014/5559, Karar Tarihi: 25.4.2014

¹⁸ 2013/4821 sayı, 23.9.2013 tarihli idari ret kararı. Dilekçe ya da ek belge gönderilmesi de mümkün değildir.

¹⁹ E. Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 95, s.26-27.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

aa-Birden fazla yargısal yol varsa hepsinin tüketilmesi gerekir mi?

İHAS sisteminde iç hukukta birden fazla başvuru yolu varsa başvurucu bunların hepsini değil, kural olarak içlerinden kendisine en uygun olanı seçip, bu yolu tüketerek iç hukuk yollarını tüketmiş olmaktadır²⁰.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen somut olayda başvurucu, şahsına yapılan bir hakaret nedeniyle ceza kovuşturması yoluna başvurmuş, hukuk davası yoluna başvurmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre “ceza davası yolu, ulaşılabilir, telafi kabiliyetini haiz ve başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıyan tek başvuru yolu değildir... hukuk davası açarak da bu iddialarla ilgili olarak giderim sağlayabilmesi mümkündür”²¹.

Başvurucu tarafından üçüncü kişilerce şeref ve itibara karşı yapılan müdahaleler ile ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma imkânı kullanılmadan bireysel başvuru yoluna gidildiğinde başvuru yolları tüketilmediği için şikâyet kabul edilmemiştir²².

Kamulaştırmasız el atmada el koymanın önlenmesi davası veya taşınmazın değerinin tahsili davası açılması gereklidir: Anayasa Mahkemesine göre Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 10.4.2012 tarihli onama kararında da belirtildiği üzere, dava konusu taşınmaza el atıldığı iddiası olduğunda 16.5.1956 tarih ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca idare aleyhine el koymanın önlenmesi davası açılabilir gibi, bu eylemli duruma razı olduğu takdirde taşınmazın değerinin tahsili davası da açılabilirken başvurucu bu davaları açmamıştır. Bu sebeple başvuru yolları tüketilmemiştir.²³

Bir başka trajik olayda başvurucuların yakınlarının Hidro Elektrik Santrali (HES) göleti içinde yer alan enerji nakil hattı direklerinde meydana

²⁰ F. Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2007, s. 69. Yazar ifadelerini şu örneklerle somutlaştırmaktadır: İşkence ve insanlık dışı muamele karşısında birey suçluların cezalandırılması için ceza kovuşturması yapılmasını isteyebilir, ceza davasına müdahil olarak katılır ve tazminat da isteyebilir, kamu görevlisine tazminat davası açabilir veya hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluktan devlete karşı tam yargı davası açabilir.

²¹ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/514, Karar Tarihi: 2.10.2013, Aynı yönde; İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1123, Karar Tarihi: 2.10.2013.

²² BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/2355, Karar Tarihi: 7.11.2013.

²³ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/946, Karar Tarihi: 26.3.2013

na gelen arızanın onarımı için buz tutmuş gölete deniz bisikleti ile giren ve deniz bisikletinin devrilmesi üzerine buzlu suya düşerek kurtarılmayı bekleyen, ancak bir saatten fazla süre geçmesine rağmen kurtarılamayan ve hayatını kaybeden yakınları için kurtarma faaliyetinden sorumlu olanların cezalandırılmasına ilişkin izin verilmemiştir. Bunun üzerine yaşama hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesine göre, acil yardım faaliyetlerinden sorumlu kişiler aleyhine ceza soruşturması yürütülme zorunluluğu bulunmamaktadır ve hukuk ve idare mahkemelerine başvuru hakkı etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünü karşılamak adına yeterli olabilecektir. Ancak başvuru yollarının idari ve hukuki yollara başvurmadan sadece cezai yolları deneyerek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu kullanmaları başvuru yollarının tüketildiği anlamına gelmemektedir²⁴.

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesini kabul etmek son derece zordur. Bu tür bir yorum bireysel başvuruyu son derece zorlaştırma ve hatta etkisiz bir yol haline getirme potansiyeli taşımaktadır.

bb- Tüketilmesi gereken yollara ilişkin örnekler

İdari yargıda Karar Düzeltme yoluna başvurma: Anayasa Mahkemesi Danıştay kararından sonra karar düzeltme yoluna başvurulmamasını şu gerekçe ile kabul etmektedir: “Başvurucunun belirli bir hukuk yolunun etkililiği konusunda sadece bir kuşku duyması, kendisini o hukuk yolunu tüketme yükümlülüğünden kurtarmamakla beraber...somut başvuruda olduğu gibi, şikâyetini özü itibarıyla ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi önünde ileri sürmüş olan başvuru tarafından, usul hükümleri uyarınca olağan bir kanun yolu olduğu kabul edilmekle birlikte etkili görülmeyle karar düzeltme kanun yoluna başvurulmamışsa, temyiz onama kararıyla başvuru yolları tüketildiğinden onama kararının öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir”²⁵.

Yargılamanın yenilenmesi kararına itiraz: Anayasa Mahkemesine göre bir başvuru yollarının tüketilmesiyle başvuru yollarının tüketilmesiyle başvuru yolları tüketildiğinden onama kararının öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir”²⁵.

Yargılamanın yenilenmesi kararına itiraz: Anayasa Mahkemesine göre bir başvuru yollarının tüketilmesiyle başvuru yollarının tüketilmesiyle başvuru yolları tüketildiğinden onama kararının öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir”²⁵.

²⁴ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/2075, Karar Tarihi: 4.12.2013

²⁵ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1582, Karar Tarihi: 7.11.2013

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

takip etmek için gerekli özeni göstermek durumundadır²⁶. Somut olayda başvuru yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuş, talep reddedilmiş. Red kararına itiraz edilmiş ve itirazın sonucu beklenmeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmıştır. Bireysel başvuru yapıldıktan sonra yapılan itiraz da reddedilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi iç hukuk yollarının tüketilmediğinden hareketle başvuruyu reddetmiştir²⁷.

Olayda olduğu gibi, başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yolunun kullanılması durumunda, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesi yaparken diğer yargılama sona ermişse ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesi de bu tarihten itibaren 30 gün geçmesine rağmen sonuçlanmamışsa, artık Anayasa Mahkemesi'ne başvuru olanığı da kalmayacaktır. Bireysel başvuru kararı verildiğinde artık Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmak için kararın kesinleşmesinden itibaren 30 günlük süre geçtiği için başvurulamayacak, süresi içinde bireysel başvuru yolu kullanılmadığından iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi(İHAM) yolu da tehlikeye girecektir.

Sorunun çözümünde usule ilişkin yargılama sürecinin hızlandırılması etkili olabilirse de, Anayasa Mahkemesi önünde binlerce başvuru olması sebebiyle²⁸ bu çözüm gerçekçi görülmemektedir. Ancak bu süreçteki hak kayıplarını önlemek için yasal bir düzenlemeye, ya da en azından bir uyarı mekanizmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Şimdilik sorunu çözmek için Anayasa Mahkemesine nihai karardan sonra 30 gün içinde tekrar başvuru yapılması önerilebilir.

Hukuk yargılamasında karar düzeltme: Hukuk yargılamasında karar düzeltme yoluna başvurulmuşsa Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için bu yolun sonuçlanmasını beklemek gerekmektedir²⁹. **Anayasa Mahkemesinin daha sonraki bir kararında karar**

²⁶ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/254, Karar Tarihi: 6.2.2014, pg. 31.

²⁷ Somut olayda bireysel başvuru 17.10.2012 de yapılmıştır. Yargılamanın yenilenmesine ilişkin itiraz ise 12.11.2012 tarihinde sonuçlanmış, yani yargısal yollar bu tarihte tüketilmiştir. Ancak anayasa Mahkemesinin 6.2.2014 tarihliidir. Bu durumda başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvuru, anayasa mahkemesi bireysel başvuru incelemesi yaparken olayda olduğu gibi sona ermişse ve Anayasa mahkemesine söz konusu yol tüketildikten sonra ayrıca başvuru yapılmamış ise hakkın teslim edilmemesine yol açacak, hatta İHAM yolunu da kapatacaktır.

²⁸ Anayasa Mahkemesi önünde onbinin üzerinde başvurudan söz edilmektedir.

²⁹ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/403, Karar Tarihi: 26.3.2013.

düzeltilme sonucu başvurunun kabul edilebilirlik kararından önce gelmişse başvuru yolları tüketilmiş sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, Türk Hukukunda karar düzeltme idari yargı ve hukuk yargılaması açısından temyiz kanun yolundan sonra kullanılabilen ve temyiz aşamasında incelenen kararın aynı temyiz mercii tarafından tekrar gözden geçirilmesini ve dolayısıyla temyizden beklenen sonucu sağlamaya yönelik bir başvuru yoludur. Yine mahkemeye göre temyizden sonra karar düzeltme yoluna başvurma zorunluluğu bulunmamakla beraber, bu yola başvurulduğunda sonucu beklenmelidir. Ancak Anayasa Mahkemesi getirdiği bu sınırı yorumla yumuşatmıştır.

Buna göre, ancak bireysel başvuruda bulunmak isteyenler tarafından etkili ve sonuç almaya yeterli görülerek karar düzeltme kanun yoluna da başvurulması durumunda anılan kanun yolunun sonuçlanmasının beklenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesine başvurunun yapılmasından sonra, ancak başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verilmeden önce karar düzeltme başvurusu sonuçlanmış ise başvuru yollarının tüketildiği kabul edilecektir³⁰.

Yargısal ve idari yolların tüketilmesi aynı zamanda bireysel başvuruda bulunulan her husus için geçerlidir. Bu durumda olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önüne getirilemeyecektir. Bu çerçevede derece mahkemelerinde yapılan yargılama süresince faiz talebinde bulunulmamış ise bu talebin Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu edilmesi de tüm başvuru yolları tüketilmediğinden reddedilecektir³¹.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi: 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun'unun 63. maddesinde Daireler ve Daireler Kurulu kararlarının kesin olduğu, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hasıl edeceği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak, 1602 sayılı Kanun'un 66/1. Maddesi gereğince kesin olan bu karara karşı ilamın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yoluna başvurmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi bu yola başvurulması halinde karar düzeltme talebine

³⁰ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/852, Karar Tarihi: 6.3.2014.

³¹ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/7204, Karar Tarihi: 20.2.2014, aynı yönde Başvuru Numarası: 2012/946, Karar Tarihi: 26.3.2013, § 20
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

ilişkin karar verilene kadar olağan kanun yollarının tüketilmiş olmayacağı-
nı belirlemektedir.

1602 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre AYİM Daire ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Bu nedenle bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak anılan Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrası uyarınca AYİM kararlarına karşı ilamın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir³². Burada karar düzeltme kararının sonucunun da tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Somut olayda AYİM kararından sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuş ve ayrıca karar düzeltme yoluna gidilmiştir. Karar düzeltme talebi 15.5.2013 de reddedilmiş ve ilgililere 29.5.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucular 22 1 2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlar, karar düzeltme sonucunu da Anayasa mahkemesine 14.6.2013 tarihinde bildirmişlerdir. Karar düzeltme bireysel başvurudan önce kesinleşmiştir. Kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde başvurula-
bilecektir. Anayasa Mahkemesi başvuru hakkında karar verilmeden önce bu kanun yolunun da başvuru tarafından tüketilmiş olduğuna karar vermiştir³³.

b-Anayasa Mahkemesi uygulamasında başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin istisnalar

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru ikincil nitelikte olmasına rağmen, bazı hallerde başvuru yollarının tüketilmesi mümkün olmayabilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular için de iç yargı yollarının tüketilmesinin zorunlu olmadığı durumlar bulunmaktadır. İç yargı yollarının etkin ve elverişli, somut sonuç veren nitelikte olmaması hallerinde iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁴.

³² BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1177, Karar Tarihi: 26.3.2013.

³³ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/841, Karar Tarihi: 23.1.2014.

³⁴ S. Batum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram, 1996, s. 38. Yazar, bu yollara şu örnekleri vermektedir: İhlallerin bir devlette sistemli, yoğun ve sürekli nitelik göstermesi; ihlalin kaynağının bizzat ulusal düzenlemeler olması ve yargısal yolların ya kapalı ya da imkânsız olması; yargısal kararlar ihlali ortadan kaldıracak nitelik taşııyorsa ve iç yargı yolların denenmesi ve makul bir sürenin geçmesine rağmen herhangi bir sonuç elde edilememişse.

Alman hukukunda Anayasa Mahkemesi kuruluş kanunundan ve mahkemenin içtihatlarından kaynaklanan istisnalar da bulunmaktadır. Bunlar. Anayasa şikâyetinin genel bir öneme sahip olması, şikâyetçinin ağır ve telafi edilemez zararı ve başarı şansı olmayan başvuru yolları olarak sayılmaktadır³⁵. Türk Anayasa Mahkemesi de bu yönde kararlar vermektedir:

aa-Makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün ihlali. Anayasa Mahkemesine göre makul sürede yargılanma hakkının ihlalinde iç hukuk yollarının tüketilmesini aramak söz konusu aykırılığın sonuçlarını ortadan kaldırmayacak, aksine zararın artmasına neden olacaktır³⁶. Yine Anayasa Mahkemesine göre başvuru yollarının tüketilmesi için öncelikle “etkin bir başvuru yolu³⁷” nun bulunması gerekir³⁸.

bb- Karar düzeltme başvurusu sonuçlanmadan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılmış, fakat Anayasa Mahkemesi’nin başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermeden önce başvuru reddedilmişse: Anayasa Mahkemesine göre, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının temel hak ve özgürlükleri koruma bağlamında yer aldığı göz önünde

³⁵ T. Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti-Bireysel Başvuru, 12 Levha, İstanbul, 2013, s.521 vd.

³⁶ 1. BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/13, 2.7.2013, Karar Tarihi: 2.7.2013, Pg. 27.

³⁷ Anayasa Mahkemesi hangi başvurunun etkili olduğu sorusunu da yanıtlamaktadır. Mahkemeye göre başvurunun etkili olması için “yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan bir idari veya yargısal başvuru yolunun var olması” gerekmektedir. Mahkeme ayrıca hukuk sistemimizde bu tür bir yolun olmadığını da tesbit etmektedir. Somut olayda 1997 yılında açılmış bir hukuk davasının henüz ilk derece yargılamanın tamamlanmaması söz konusudur. Kararda ayrıca 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun uyarınca öngörülen yolların 23.9.2012 tarihi itibarıyla İHAM nezdinde kaydedilen başvurulara uygulanacağına ilişkin hüküm uyarınca somut olaya uygulanamayacağı da ifade edilmektedir. 1. BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/13, 2.7.2013, Karar Tarihi: 2.7.2013, Pg. 29.

³⁸ Aynı yönde, İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/403, Karar Tarihi: 26.3.2013. İdari yargılama yönünden Başvuru Numarası: 2012/1198, Karar Tarihi: 7.11.2013, 1960 yılından beri bitmeyen hukuk davası için. BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1115, Karar Tarihi: 5.12.2013, İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/6261, Karar Tarihi: 7.3.2014.

tutularak aşırı şekilcilikten uzak ve belirli bir esneklikte uygulanması gerektiğinden, somut olayın koşulları içerisinde anılan kuralın haklı görülebi-
lecek bazı istisnaları bulunabilir³⁹. Somut olayda Başvurucu kendisine
verilen kınama cezasının iptali istemiyle dava açmış, ancak davası süre
aşımı nedeniyle reddedilmiştir. Ardından temyize başvuran başvurucu
hakkındaki karar Danıştay 12. Dairesince karara düzeltme yolu açık olarak
onanmıştır. Başvurucu bu arda karar düzeltme yoluna da gitmiş, ancak
sonuç almadan bireysel başvuru yoluna da gitmiştir. Anayasa Mahkeme-
sinde dosya derdest iken Danıştay, başvurucunun karar düzeltme talebini
reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi karar düzeltme yoluna başvurulması halinde bu
yolun sonuçlanmasının beklenmesi gerektiğini tekrarlamaktadır. Ancak
yine Mahkeme başvuru yollarının tüketilmesi kuralını yukarıda ifade ettiği
“aşırı şekilcilikten uzak ve belirli bir esneklikte” yorumlayarak “Anayasa
Mahkemesine başvurunun yapılmasından sonra, ancak başvurunun kabul
edilebilirliği hakkında karar verilmeden önce karar düzeltme başvurusu
sonuçlanmış ise başvuru yollarının tüketildiği kabul edilmeli” sonucuna
varmaktadır.

**cc- Mahkemece verilen son karara karşı temyiz yoluna başvurulma-
dan yapılan başvuru:** Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Hukuk veya Ceza
Genel Kurulu kararlarına karşı ısrar yetkisi bulunmayan yargı mercilerinin
bozmaya uyma kararlarına karşı, başvurucuların tekrar temyiz yoluna baş-
vurması yükümlülüğü olmadığına karar vermiştir⁴⁰.

Somut olayda Anamuhalefet lideri olan Başvurucu'nun miting mey-
danında sarf ettiği sözler sebebiyle Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkeme-
sinde Başbakan'a hakaret iddiasıyla dava açılmış ve tazminat ödemesine
karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi baş-
vurucunun söylemlerinin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı gerekçesiyle
hükmü bozmuştur. Mahkemenin bozma kararına diremesi üzerine Yargıtay
Hukuk Genel Kurulunca direnme kararı yerinde bulunmuş, Yargıtay 4.
Hukuk Dairesinin bozma kararı kaldırılmış, tazminatın miktarı yönünden
değerlendirme yapılması için dosya Yargıtay 4. Hukuk Dairesine gönde-

³⁹ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/852, Karar Tarihi: 6.3.2014.

⁴⁰ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/7521, Karar Tarihi: 4.12.2013(Deniz
Baykal Kararı).

rilmiştir. Karar düzeltme talebi de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca reddedilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, tazminatın miktarı açısından hükümün bozulmasına karar vermiş, Mahkeme de bozma kararına uyararak, başvuru sahibinin ifadelerinin Başbakan'ın kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Başvurucu ise bu kararın temyizinde hukuki yarar görmediği için temyiz yoluna başvurmamış ve bireysel başvuru hakkını kullanmıştır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, tekrar temyiz yoluna başvuru-
nün tüketilmesi gereken bir yol olmadığına karar vermiştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne göre, son karara karşı temyiz yolunun, etkili bir başvuru yolu olduğu kabul edilemez. Anayasa Mahkemesine göre, Başvurucu ilk karara karşı olayın koşulları çerçevesinde kanun yollarını tüketmek için kendisinden bekleneni yapmıştır. Mahkemece verilen ilk karara karşı olayın şartları dâhilinde, olağan kanun yollarını tüketmek için kendisinden beklenen her şeyi yapmıştır. Bu aşamadan sonra son karar için temyiz yolunun tüketilmesini beklemek başvuru hakkının kullanılması önünde orantısız bir engel oluşturabilir⁴¹.

dd- İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararının yerine getirilmemesi ve başvuru yolunun etkili ve erişilebilir nitelikte olmadığı durumu: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının idari bir işlemi ile twitter.com isimli siteye erişimin engellenmesi söz konusudur. İhlal bireysel başvuru konusu yapılmıştır. Aynı işleme karşı Türkiye Barolar Birliğinin⁴² talebi ile Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararı yerine getirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçmeyeceğini belirtilmiş ise de⁴³, bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği de işaret etmektedir. Buradan hareketle Mahkeme, “yürütmesinin durdu-

⁴¹ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/7521, Karar Tarihi: 4.12.2013(Deniz Baykal Kararı).

⁴² Her ne kadar Türkiye Barolar Birliği başvuru olmasa da Anayasa Mahkemesinin kararına esas olan yürütmeyi durdurma kararını alan Türkiye Barolar Birliği'nin kamu tüzel kişi olmasından hareketle kişi yönünden başvuru alanının genişlediğine ilişkin “anayasaya uygun yorum” için bkz. B.E. Oder- K. Kanadoğlu, “Anayasa Mahkemesinin Twitter Kararı- Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar”, Güncel Hukuk, Haziran 2014, s. 52.

⁴³ Yürütmeyi durdurma kararı 25.3.2014 de verilmiş olup, Anayasa Mahkemesi Kararı ise 2.4.2014 tarihlidir. Yani yürütmeyi durdurma kararı verileli 8 gün olmuştur.

rulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır” tespitinde bulunmakta ve şu sonuca varmaktadır⁴⁴:

“Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru- ların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”

ee- Süregelen ihlal-mahkeme kararının uygulanmaması: Bireysel başvuru ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ve ihmâl (Kuruluş Kanunu m. 45/2) için söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesine göre, kural olarak “mahkeme kararlarının uygulanması, ilam zaman aşımı dolmadığı sürece, her zaman talep edilebilir. Bu yöndeki bir talebe rağmen mahkeme kararı uygulanmamışsa olumsuz kamu gücü işleminden kaynaklanan bir süregelen ihlalden söz edilebilir. Bu durumda başvuru mahkeme kararının uygulanması talebini müteakiben makul bir süre bekleddikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilir. Başvurucunun talebinden vazgeçtiği ya da takipsiz bıraktığı anlaşılmadıkça bu tür başvuruların süresinde yapıldığını kabul etmek gerekir...başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığının da bu çerçevede belirlenmesi gerekir⁴⁵.” Burada dikkate alınması gereken husus bizatihi mahkeme kararının yerine getirilmemesinin ortaya çıkardığı hak ihlalidir.

ff- Tutuklu yargılama halinde sadece maddi ve manevi zararların giderilmesini temin eden, ancak bireye serbest bırakılma imkânı tanımayan yol etkili olmadığı için tüketilmesi gerekmez. Bir suç isnadına bağlı olarak” özgürlüğünden yoksun bırakılma ile mahkûmiyet sonrası tutma durumları birbirinden farklıdır ve 30 günlük başvuru süresi bu fark-

⁴⁴ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası:2014/3986, Karar Tarihi: 2.4.2014 (Twitter Kararı).

⁴⁵ BİRİNCİ BÖLÜM,, Başvuru Numarası: 2012/144, Karar Tarihi: 2/10/2013.

lilik dikkate alınarak hesaplanmalıdır⁴⁶. “5271 sayılı Kanun'un koruma tedbirleri nedeniyle tazminata dair düzenlemelerine bu açıdan bakıldığında, başvuru kişinin şikâyetiyle ilgili bir çözüm getirilmediği görülmektedir. Başvurular hâlinde bu yol yalnızca maddi ve manevi zararların giderilmesini teminat altına almakta, fakat hukuka aykırı tutulduğu tespit edilse dahi kişiye serbest bırakılma imkânı sunmamaktadır. Bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece, kişinin bu yola gitmesi somut talebi açısından etkili sayılamaz, dolayısıyla tüketilmesi gerekmez⁴⁷.”

2- Her türlü nihai karar veya işlemin tebliği zorunlu mudur? Tebliği zorunlu olmayan karar ve işlemler için süre ne zaman başlayacaktır?

6216 sayılı kanun metni tebliğ konusunda açık değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi içtüzüğü'nün 59/3-d bendinde bireysel başvurunun ekleri arasında “tebellüğ belgesi” de sayıldığı için nihai karar ya da işlemin tebliği ile başvuru yollarının tüketildiği ve 30 günlük sürenin buradan hesaplanacağı anlaşılmaktadır. Öğretide yaygın olarak ifade edilen husus kararların tebliği zorunluysa sürenin tebliğ tarihinden başlayacağı yönündedir⁴⁸.

Kararın tebliğinin zorunlu olmadığı durumlarda kişi ne zaman öğrenmiş sayılacaktır? Bu sorunun yanıtı başvuru kişinin kararı en erken öğrenebileceği tarih olarak verilmektedir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi ise soruya bireyin kararı “öğrenebildiği tarih⁵⁰” yanıtını vermektedir. Bu yanıt sorunu her zaman çözememektedir.

Yargılama sürecinde her kararın taraflara tebliği zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesine göre, başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenmesi hususunda başvuru kişinin nihai karardan yete-

⁴⁶ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2014/912, Karar Tarihi: 6.3.2014, Aynı yönde; İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/6398, Karar Tarihi: 3.4.2014.

⁴⁷ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası:2012/1137, Karar Tarihi: 2.7.2013.

⁴⁸ O. Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal, İstanbul, 2012, s. 106. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 90 - 94. maddelerinde sürelerin taraflara tebliğ veya kanunda öngörülen hallerde tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir. İdari yargılama Usulleri Hakkında Kanun madde 50, tebliğden söz etmektedir.

⁴⁹ O. Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal, İstanbul, 2012, s. 106.

⁵⁰İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/99, Karar Tarihi: 20.3.2014.

rince bilgi sahibi olması aranmaktadır. Yüksek Mahkeme “nihai kararın tebliğinin öngörüldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörülme- yen hallerde ise başvuru kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin” bireysel başvuruda esas alınması gerektiğini belirtmektedir⁵¹.

Yargıtay ceza dairelerinde temyiz sonucunda verilen kararların sanıklara tebliğ edilmemesi nedeniyle İHAM altı aylık süreyi ilke olarak kararın hükmü veren ilk derece mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne dönüş tarihinden başlatmaktadır. Ancak; kararın ilk derece mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne ulaştığı tarihte başvuru cezaevinde ve temsilcisi yoksa İHAM altı aylık süreyi başvuru konusu hapis cezasına ilişkinse müddet-namenin, para cezasına ilişkinse cezaya ilişkin ödeme emrinin başvuru-ya tebliği ile başlatmaktadır⁵².

Tebliğ edilmeyen ceza kararları (5271 sayılı Kanun m.35/1) için başvuru kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarih esas alınmaktadır: Söz konusu yasada kararın ilgilinin yüzüne karşı açıklana- cağı ve istenirse bir örneğinin de verileceği ifade edilmeyen ceza kararları açısından Anayasa Mahkemesine başvuru süresinin başlangıcının, başvuru- rucunun ceza kararını öğrenme tarihi olarak kabul edilmesi gerekir. Somut olayda kararın UYAP sistemi üzerinden öğrenme tarihi 30 günlük sürenin hesabında dikkate alınmıştır⁵³.

3- Süre ne zaman biter?

Başlangıçtan itibaren 30 gün dolduğunda süre de bitecektir. Bu durum anlık ihlaller için geçerlidir. Süregelen ihlaller için ihlalin bitmesi halinde 30 günlük süre hesaplanabilecektir. İç hukukta hem idari yargılama usu- lü⁵⁴, hem de medeni yargılama usulünde⁵⁵ sürenin bitimi tatile denk geli-

⁵¹İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/99, Karar Tarihi: 20.3.2014.

⁵² H. Ekinci, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Bireysel Başvuru ed. M. Sağlam, Ankara, 2013, s. 137. Açık yasal düzenlemeye rağmen Yargıtay ceza dairelerinin sanıklara tebligat yapmadığı saptaması ve ilgili İHAM kararları için. Bkz. Ibid, s. 137 ve dipnotlar 106-107-108.

⁵³İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/99, Karar Tarihi: 20.3.2014.

⁵⁴ 2577 sayılı, 6.1.1982 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu-Sürelerle ilgili genel esaslar -Madde 8 – 1. Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar. 2. Tatil günleri sürelerle dahildir. Şu kadarki, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar.

yorsa süre tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar uzamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadı aksi yöndedir⁵⁶.

B- SÜRE AŞIMI KONUSUNDA ANAYASA MAHKEMESİ UYGULAMALARI

Bu kısımda Anayasa Mahkemesinin süre aşımı konusunda şimdiye kadar⁵⁷ verdiği kararlar esas alınarak bir bilanço çıkarılmaya çalışılacaktır. Kararlar sadece süre aşımı boyutu ile dikkate alınacaktır.

Öncelikle Anayasa mahkemesi başvurunun süresi içinde yapılmasını davanın ön-şartlarından biri olarak belirlemiş ve başvurunun her aşamasında re'sen dikkate alınacağını ifade etmiştir.

1-YARGITAY'IN ONAMA KARARININ TEBLİĞİNDEN İTİBAREN 30 GÜN İÇİNDE YAPILMAYAN BAŞVURU REDDEDİLMİŞTİR.

Başvurucu, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle satın aldığı taşınmazlara yönelik olarak farklı kişilere tescil davaları açmıştır⁵⁸. Anayasa Mahkeme-

3. Bu Kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır.

⁵⁵ **Sürelerin başlaması-MADDE 91-** (1) Süreler, taraflara tebliğ tarihinden veya kanunda öngörülen hâllerde, tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlar.

Sürelerin bitimi-MADDE 92- (1) Süreler gün olarak belirlenmiş ise tebliğ veya tefhim edildiği gün hesaba katılmaz ve süre son günün tatil saatinde biter.

(2) Süre; hafta, ay veya yıl olarak belirlenmiş ise başladığı güne son hafta, ay veya yıl içindeki karşılık gelen günün tatil saatinde biter. Sürenin bittiği ayda, başladığı güne karşılık gelen bir gün yoksa süre bu ayın son günü tatil saatinde biter.

Tatil günlerinin etkisi- MADDE 93- (1) Resmî tatil günleri, süreye dâhildir. Sürenin son gününün resmî tatil gününe rastlaması hâlinde, süre tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonunda biter. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-2.htm>, erişim tarihi 14.6.2014.

⁵⁶ Sabri Güneş v. Türkiye, Başvuru numarası:27396/06, 29 Haziran 2012, Büyük Daire, Kararın çevirisi için bkz. <http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2012/07/buyuk-daire-sabri-gunes-v-turkiye.html>, erişim tarihi, 14.06.2014.

⁵⁷ Çalışma, 14.6. 2014 e kadar verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını kapsamaktadır.

⁵⁸ **İKİNCİ BÖLÜM**, Başvuru Numarası: 2013/3351, Karar Tarihi: 18.9.2013. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yargıtay kararlarının tebliği başlığını taşıyan 372-(1). *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)*

si her bir onama kararının tebliği için başvuru sürelerini ayrı ayrı hesaplamıştır. Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinin onama kararlarının 26.12.2012 ve 8.3.2013 tarihlerinde başvurucuya tebliğ edildiği davalar için, 17.5.2013 tarihinde yani 30 günlük başvuru süresinin geçmesinden sonra yapılan başvuruyu süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

Sonuç olarak, birden fazla dava için yapılan başvurularda süreler her biri için ayrı ayrı hesaplanacaktır. Medeni yargılama hukukunda temyiz kararları tebliğ edildiği için süre tebligattan itibaren 30 gün olarak hesaplanmaktadır.

2- YARGITAY KARARININ TEBLİĞ TARİHİ BELLİ DEĞİLSE:

a- Ceza hukukunda tüketilmesi gereken son başvuru yolu kural olarak temyizdir. Eğer tebliğin ne zaman yapıldığı belirlenemiyorsa, hükümlü için Yargıtay'ın nihai kararını öğrendiği tarih müddetnamenin tebliğ tarihidir⁵⁹.

Başvurucu, kasten insan öldürme ve ruhsatsız silah bulundurma suçlarından Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmıştır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 17.10.2012 tarih ve E.2012/347, K.2012/7684 sayılı ilâmı ile karar onanarak aynı tarihte kesinleşmiştir Başvurucunun tutuklu olması sebebiyle Bandırma Cumhuriyet Savcılığı'nca, kesinleşen mahkeme kararı nedeniyle hükümlünün cezaevinde ne kadar süre kalacağını gösteren müddetname⁶⁰ düzenlenmiş ve kendisine 10.1.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu onama kararından 4.3.2013 tarihinde haberinin olduğunu iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre müddetnamede mahkûm olunan cezanın niteliği, cezanın hangi mahkeme tarafından verildiği, Yargıtay aşamasından geçmiş ise ilgili ilam hakkında bilgiler yer almaktadır. Anayasa Mah-

maddesi şu şekildedir: Yargıtay'ın bozma kararları ile onama kararları mahkeme yazı işleri müdürü tarafından derhâl taraflara tebliğ edilir.

⁵⁹ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/2470, Karar Tarihi: 17.9.2013.

⁶⁰ Müddetname 5275 sayılı Kanun'un 20. maddesinin (4). Fıkrası gereğince düzenlenmektedir.

kemesi⁶¹ başvurucular açısından müddetnamenin hükümlüye tebliğ edildiği tarihi nihai kararın en geç öğrenildiği tarih olarak kabul etmektedir⁶².

Anayasa Mahkemesi somut olayda başvuru yollarının 17.10.2012 tarihinde Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin, Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketildiğini saptamış, ancak kararın başvurucuya tebliğ tarihinin anlaşılmadığını belirtmiştir. Bu durumda başvurucunun hükmen tutuklu olması nedeniyle en son nihai karardan haberinin, müddetnamenin kendisine tebliğ edildiği 10.1.2013 tarihinde olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle başvuru yolunu tüketen nihai kararın başvurucu tarafından öğrenildiği tarihin, müddetnamenin tebliğ tarihi olan 10.1.2013, bireysel başvuru tarihinin de 3.4.2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Başvurunun "süre aşımı" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Sonuç olarak, ceza hukukunda kural olarak tüketilmesi gereken son başvuru yolunun temyizdir ve başvuru süresi kararın tebliğinden itibaren başlamaktadır. Eğer kararın ne zaman tebliğ edildiği anlaşılamiyorsa ve müddetname düzenlenmişse, tebliğ müddetnamenin tebliğ tarihinde yapılmış sayılacaktır.

b- Tebliğ tarihi belli değilse, beyan edilen esas alınmaktadır⁶³.

Başvuru konusu Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 4.4.2011 tarih ve E.2011/15 ve K.2011/62 sayılı kararı, Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından 8.11.2012 tarih ve E.2012/3138 ve K.2012/8035 sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir. Başvurucu nihai karardan 15.11.2012 tarihinde haberinin olduğunu belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi ceza muhakemesinde tüketilmesi gereken son başvuru yolunun kural olarak temyiz olduğunu tekrarlamıştır. Bu durumda

⁶¹ Anayasa Mahkemesi *Davran/Türkiye*, B. No: 18342/03, 3.11.2009 kararına referans vermektedir.

⁶² Somut olayda 10.1.2013 tarihinde müddetnamenin tebliğ edildiği, bireysel başvurunun ise 3.4.2013 tarihinde yapıldığı dikkate alınarak 30 günlük süre geçtiği için başvuru, süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.

⁶³ **BİRİNCİ BÖLÜM**, Başvuru Numarası: 2013/1267, Karar Tarihi: 13.6.2013. Başvurucu, kasten insan öldürme, yağma ve mala zarar verme suçlarından yargılandığı davada, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi sonucu mahkûmiyetine karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

somut olayda Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını 8.11.2012 tarihinde onaması ile başvuru yolları tüketilmiştir. Başvurucu karardan haberinin 15.12.2012 tarihinde olduğunu belirtmekte ve dosya kapsamından da kararın başvurucuya tebliğ tarihi anlaşılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi başvurucunun karardan en geç beyan ettiği 15.11.2012 tarihinde haberdar olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu durumda da 31.12.2013 tarihinde başvuru yapıldığı için 30 günlük süre geçmiş ve başvuru bu sebeple kabul edilemez bulunmuştur.

c- Onama kararına itiraz edilmişse en geç itiraz başvurusunun yapıldığı tarih tebliğ tarihi olarak kabul edilir⁶⁴.

Başvuru konusu Manavgat Ağır Ceza Mahkemesinin 12.11.2010 tarih ve E.2009/186, K.2010/305 sayılı kararı, Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 22.11.2012 tarih ve E.2012/10393, K.2012/11894 sayılı ilâmı ile onanmıştır. Başvurucu, 13.12.2012 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi uyarınca **onama kararı aleyhine itiraz yoluna başvurulması için talepte bulunmuş**, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 15.1.2013 tarih ve KD.2012/203545 sayılı kararı ile talebin reddine karar vermiş ve karar başvurucuya 12.2.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Kararda Anayasa Mahkemesi ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolunun kural olarak temyiz olduğunu tekrarlamıştır. Temyiz incelemesinden geçen kararlara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz karşı itiraz yolu⁶⁵, 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince re'sen veya istem üzerine mümkün olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın yetkisini olağan bir kanun

⁶⁴ **İKİNCİ BÖLÜM**, Başvuru Numarası: 2013/1610, Karar Tarihi: 13.6.2013, Aynı yönde **İKİNCİ BÖLÜM**, Başvuru Numarası: 2013/2001, Karar Tarihi: 16.5.2013. Başvurucu, irtikâp suçundan yargılandığı Manavgat Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/186 esas sayılı dosyasında, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi sonucu mahkûmiyetine karar verilmek suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Aynı yönde 2013/5039, 2013/5495, 2013/4519 sayılı İdari ret kararı.

⁶⁵ 5271 Sayılı 4.12/2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi başlıklı 308. Maddesi:- "(1) Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz."

yolu saymamış, dolayısıyla bireysel başvurudan önce tüketilmesi gereken bir yol olarak görmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, başvuru yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın takdirini harekete geçirmeye yönelik bir talep olarak kabul edilmiş ve bu yönde bir başvuru bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmemiştir. Sonuç olarak onama kararına itirazın bireysel başvuru süresi üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kararda ikinci olarak yanıtladığı soru da önemlidir. Dosya içeriğinden tebliğ tarihi anlaşılmadığından başvuru- nun en geç Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na itiraz tarihinde onama kararını öğrendiği kabul edilmiştir.

Somut olayda Başsavcılığa itiraz istemiyle başvuru yapılan başvuru tarihi 13.12.2012'dir. Bireysel başvurunun yapıldığı tarih ise 27.2.2013 dir. Bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük süre geçmiş ve başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

Sonuç olarak ceza yargılamasında kural olarak son başvuru yolu temyizdir ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru süresini bu kararın tebliği ile başlamaktadır. Ancak, dosya içeriğinden tebliğ tarihi anlaşılamiyorsa ve başvuru Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına onama kararına karşı itiraz etmişse bu tarih başvuru onama kararını tebliğ tarihi olarak kabul edilecektir. Ayrıca, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan itiraz bireysel başvurudan önce tüketilmesi gereken bir yol değildir.

3- İSTİNAF VEYA TEMYİZ İNCELEMESİNDEN GEÇMEKSİZİN KESİNLEŞEN KARARLARA KARŞI ADALET BAKANLIĞININ TAKDİRİNİ HAREKETE GEÇİRMEME YÖNELİK BİR TALEP OLAN KANUN YARARINA BOZMA BİREYSEL BAŞVURU ÖNCESİ TÜKETİLMESİ GEREKEN BİR YOL DEĞİLDİR. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA KARŞI KANUN YARARINA BOZMA YOLUNA MÜRACAAT ETMESİ BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİNİ DURDURMAZ ⁶⁶.

⁶⁶ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1751, Karar Tarihi: 13.6.2013. Başvuru, özel belgede sahtecilik suçundan yargılandığı davada, yasanın ve delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi sonucu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmek suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Aynı yönde 2013/5396 sayılı İdari ret kararı.

Bakırköy 33. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21.9.2012 tarih ve E.2011/630, K.2012/537 sayılı kararına, Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 30.10.2012 tarih ve 2012/994 Değişik İş sayılı kararıyla yapılan itiraz reddedilerek karar kesinleşmiştir. Başvurucu, 19.11.2012 tarihinde Adalet Bakanlığına yargılama sırasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının anlam ve sonuçlarının yeterince kendisine okunmadan karar verildiği iddiasıyla kanun yararına bozma⁶⁷ yoluna başvurulması için talepte bulunmuştur. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 24.12.2012 ta-

⁶⁷ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Kanun yararına bozma

MADDE 309. - (1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanı, o karar veya hükmün Yargıtay'ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.

(2) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir.

(3) Yargıtayın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar.

(4) Bozma nedenleri:

a) 223 üncü maddede tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir.

b) Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.

c) Davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez.

d) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder.

(5) Bu madde uyarınca verilen bozma kararına karşı direnilemez.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın kanun yararına başvurusu

MADDE 310. - (1) 309 uncu maddede belirtilen yetki, aynı maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendindeki hâllere özgü olmak üzere ve kanun yararına olarak re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir.

(2) 309 uncu madde gereğince Adalet Bakanı tarafından başvurulduğunda bu yetki, artık Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılamaz.

rih ve 2012/73157 sayılı kararı ile talebin reddine karar vermiş ve karar başvurusu 23.1.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre Kanun Yararına Bozma Adalet Bakanlığının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir ve bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol değildir.

Somut olayda Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 30.10.2012 tarihinde başvurusunun itirazını reddetmesi ile başvuru yolları tüketilmiş ve ret kararı başvurusu 14.11.2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bireysel başvuru yolunun tüketildiği tarih söz konusu kararın tebliğ tarihi olan 14.11.2012 olmalıdır. Oysa Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 22.2.2013 tarihinde yapılmıştır ve 30 günlük başvuru süresi geçtiği için başvuru süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.

Sonuç olarak, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı adalet bakanlığının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir talep olan kanun yararına bozma bireysel başvuru öncesi tüketilmesi gereken bir yol olmadığından süre bakımından etkisi yoktur.

4-KARAR DÜZELTME

Anayasa Mahkemesi hukuk davalarında olağan kanun yollarının temyiz ve karar düzeltme olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi karar düzeltme yolu açık olan bir hükmün kesinleşmesinin karar düzeltme istemi sonunda verilen ret kararıyla veya karar düzeltme yoluna başvurulmamışsa temyiz onama kararının tebliğinden itibaren karar düzeltme başvuru süresinin sonunda gerçekleşeceğini ilave etmektedir⁶⁸.

a- Medeni yargılamada karar düzeltmede bireysel başvuru süresi gerekçeli kararın tebliğinden değil, karar düzeltme talebinin sonucunun tebliğiyle başlar⁶⁹.

Söz konusu olayda Başvurucuların gayrimenkulüne İSKİ tarafından kamulaştırmasız el atma ve tapu kaydının iptal edilmesine ve bir karşılık öden-

⁶⁸ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1936, Karar Tarihi: 18/9/2013.

⁶⁹ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1557, Karar Tarihi: 16/4/2013. "Başvurucular, İSKİ Genel Müdürlüğüne taşınmazlarına kamulaştırmasız el konulmasına ve tapu kaydının iptal edilmesine rağmen, taşınmazın değerinin ödenmediğini belirterek mülkiyet hakları ile hak arama hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir."

memesine ilişkin olarak Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 16.2.2010 tarih ve E.2009/512, K.2010/42 sayılı kararı, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 15.5.2012 tarih ve E.2012/4531, K.2012/9858 sayılı kararıyla onanmıştır. Başvurucular karar düzeltme talebinde bulunmuşlar ve istem aynı Dairenin 26.11.2012 tarih ve E.2012/18721, K.2012/23812 sayılı kararıyla reddedilmiştir⁷⁰.

Karar düzeltme isteminin reddi kararından sonra Mahkeme tarafından başvurucuların vekiline “Mahkememiz dosyası Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 26.11.2012 tarih ve E.2012/18721-23812 sayılı ilamıyla karar düzeltme talebinin reddine gelmiştir. Tebliğ olunur” biçiminde bir ihtar içeren tebligat 7.1.2013 tarihinde başvurucuların vekiline yapılmış ve fakat karar düzeltme isteminin reddine ilişkin karar gönderilmemiştir.

Başvurucuların iddiaları kendilerine yalnızca dosyanın Yargıtay’dan döndüğü bildirimının yapıldığı, karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliğ edilmediği, yargılamada gerekçeli kararın tebliği esas olduğundan bu tür bir tebligatın yasal olmadığı ve nihayet karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliğ tarihinin, hükmü Mahkemeden aldıkları tarih olan 18.2.2013 tarihi olduğu ve bireysel başvuru için öngörülen sürenin bu tarih esas alınarak hesaplanması gerektiği yolundadır.

Medeni yargılamada karar düzeltme sürecinde karşılaşılan ilk sorun karar düzeltmenin reddine ilişkin kararın gerekçeli olarak tebliğ edilip edilmeyeceği noktasındadır. Anayasa mahkemesine göre karar düzeltmede red kararının aslı veya sureti tebliğ edilmemişse de kararın sonucunun tebliğ edilmesi bireysel başvuru için süreyi başlatacaktır. 1086 sayılı Medeni Yargılama Usulü Kanununun karar düzeltme halinde karar düzeltme talebinin sonucunun bildirilmesinin yeterli olduğunu da kararına dayanak yapan anayasa Mahkemesine göre söz konusu sonucun tebliği ile başvuru yollarının tüketildiği öğrenilmiştir.

⁷⁰ 1086 sayılı 18.6.1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu: Madde 442/A – (Ek: 16.7.1981 - 2494/32 md.) Yargıtayın karar düzeltme yolu açık olan bozma kararları, mahkeme başkâtibince onbeş gün içinde kendiliğinden taraflara tebliğ edilir.

Yargıtayın onama veya onamaya karşı başvuru karar düzeltme isteminin reddine ilişkin kararlarının sonucu da, mahkeme başkâtibince on beş gün içinde kendiliğinden taraflara bildirilir.

Tebliğ ve bildirme giderleri temyiz dilekçesi ile birlikte temyiz isteğinde bulunandan peşin olarak alınır. Bu gider de temyiz için gerekli giderlerden olup, ödenmemesi halinde 434 üncü madde hükmü uygulanır.

Somut olayda karar düzeltme sonucu 7.1.2013 tarihinde vekile tebliğ edilmiş, ancak anayasa mahkemesine 26.2.2013 tarihinde başvuru yapılmıştır. Süre aşımı nedeniyle başvuru kabul edilmemiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi karar düzeltmede sadece red sonucunun tebliğinin bireysel başvuru süresinin hesaplanmasında esas alınacağına karar vermiştir.

b- Karar düzeltme yolu açık olan bir hükmün kesinleşmesi ve karar düzeltme yoluna başvurulmaması durumunda bireysel başvuru süresi onama kararının tebliğinden itibaren başlayacaktır⁷¹.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesince verilen onama kararını 30.1.2013 tarihinde tebellüğ eden Başvurucu, etkili bir yol olarak görmediği için karar düzeltme isteminde bulunmamıştır. 5.3.2013 tarihinde de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi Komisyonlar Baş Raportörlüğü'ne yapılan başvurunun değerlendirilmesinde İHAS m. 35/1 'e referans yapılarak İHAM ne başvurmak için öngörülen 6 aylık sürenin iç hukuk yolunun bulunmaması veya etkin olmaması halinde “şikâyette bulunulan olay tarihinden” itibaren işlemeye başlayacağı hatırlatılmaktadır. Ancak başvuruyu etkisiz kılacak koşulların bulunduğu sonradan farkına varılması halinde de süre “bu durumun farkına varıldığı veya varılması gereken özel koşulların bulunduğu” andan hesaplanacaktır⁷².

Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeden, karar düzeltme yolunun etkisiz olduğunu düşünerek başvurmayanlar için bireysel başvuru süresinin onama kararının öğrenildiği tarihten başlayarak hesaplanacağı sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü' nün 64/1. Maddesinde yer alan “Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği ...” ibaresini yorumlayarak” kesinleşme” den “ihlale neden olduğu ileri sürülen nihai kararın öğrenildiği tarih” in anlaşılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu yorumun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 64/1. Maddesindeki değişikliğin sebebini oluşturduğu tahmin edilebilir. Bu durumda derece mahkemesi kararı karar düzeltme süre-

⁷¹ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1936, Karar Tarihi: 18/9/2013.

⁷² Kararda ayrıca iki karara da gönderme yapılmaktadır: *Bulut ve Yavuz / Türkiye*, no. 73065/01, 28/5/2002 ve *Hazar ve Diğerleri / Türkiye*, no. 62566/00, 10/1/2002.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

sinin sonunda kesinleşmekte ise de; başvuru bu yolu etkisiz görüp başvurmamışlar ve bireysel başvuru yolunu seçmişlerse kararın kesinleşmesi beklenmeyecek ve temyiz onama kararı ile ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrendikten itibaren 30 günlük süre içinde bireysel başvuru yolunu kullanacaklardır⁷³.

Somut olayda başvuru, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin verdiği onama kararını 30.1.2013 tarihinde tebellüğ etmiştir. Etkili bir yol olarak görmediği için karar düzeltme yoluna başvurmamıştır. 5.3.2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. 30 günlük süre geçtiği için süre aşımı nedeniyle başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi içtüzüğü m. 64/1 de yer alan “kararın kesinleştiği” ibaresinin açıkça yer aldığı dönem için bu yorumun zorlayıcı olduğu ve pozitif düzenlemeye de aykırı olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin en azından İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRA BU TÜR BİR YORUMA ULAŞMASI tutarlı olabilir. Ayrıca bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesinin birebir İHAS'ın dar çizgisini takip etmesi de eleştiriye açıktır. Bu durum bireysel başvurunun amacının sadece Strazburg'a filtre oluşturmak olarak algılanmasını güçlendirecektir.

c- Karar düzeltme yolu kapalı, temyiz yolu açık davada, temyize etkili olmadığı için başvurulmuyorsa kararın kesinleştiği tarihten değil, kararın başvurucuya tebliğ edildiği tarihten bireysel başvuru süresi hesaplanmalıdır⁷⁴.

Ana muhalefet liderinin Başbakan için miting meydanında sarf ettiği sözler kapsamında manevi tazminata mahkûm edilmesi söz konusudur. Somut olayda Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davada başvuru-cunun tazminat ödemesine karar verilmiş, temyiz üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce hüküm bozulmuştur. Ancak mahkeme bozma kararına direnmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da direnme kararını yerinde

⁷³ Anayasa Mahkemesinin bu konudaki gerekçesi şu şekildedir: “Aksi düşünüldüğü takdirde, davacı veya davalı sayısı çok olan dava dosyalarında temyiz onama kararının tüm taraflara tebliğinden sonra başvuru dışındaki karar düzeltme yoluna başvurulmuşsa bu istemin sonucunun beklenecek hükmün kesinleşmesi şartının dikkate alınması, başvuru için farklı ihlalleri gündeme getirebilir.”

⁷⁴ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/7521, Karar Tarihi: 4.12.2013 (Deniz Baykal Kararı)

bularak tazminatın miktarı konusunda yeniden değerlendirme yapmak üzere 4. Hukuk dairesine göndermiştir. Karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. 4. Hukuk Dairesi tazminatın miktarı bakımından hükmün bozulmasına, başvurucaunun ifadelerinin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğundan kısmen kabulüne karar vermiştir. Başvurucu bu kararın temyizinde hukuki yarar görmediği için anayasa mahkemesine bireysel başvuru hakkını kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "karar düzeltme yolu kapalı, temyiz yolu açık olan bir hükmün kesinleşmesi, temyiz istemi sonunda verilen ret kararıyla veya temyiz yoluna başvurulmamışsa mahkemece verilen kararın tebliğinden itibaren temyiz başvuru süresinin sonunda gerçekleşir". Ancak eğer temyize başvurmada hukuki yarar yoksa başvuru yolu etkili değilse, 30 günlük başvuru süresini verilen kararın tebliği ile ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrendiklerine göre, bu tarihten itibaren başlayacaktır.

Somut olayda Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davanın 4.6.2013 tarih ve E.2013/32, K.2013/360 sayılı kararla kısmen kabulüne karar verilmiştir. Karar başvurucauya 31.7.2013 tarihinde tebliğ edilmiş, bireysel başvuru yolu 9.10.2013 tarihinde kullanılmıştır. Bu sebeple süre aşımı sebebiyle başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

d- İdari yargı alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığa dair kararın şekli anlamda kesinleşmesi için olağan kanun yolları olan temyiz ve karar düzeltme⁷⁵ kanun yollarının tüketilmesi aranacaktır. Ancak etkili gö-

⁷⁵ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu- Temyiz: Madde 46 – (Değişik: 5.4.1990 - 3622/16 md.)

1. Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararları, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştay'da temyiz edilebilir.

2. (Değişik:10.6.1994-4001/20 md.) Özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir. Kararın düzeltilmesi:

Madde 54 – 1. (Değişik birinci cümle: 5.4.1990 - 3622/23 md.) Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava

Daireleri Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde taraflarca;

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

rülmeyerek karar düzeltme kanun yoluna başvurulmamışsa, bireysel başvuru süresi onama kararının öğrenilmesinden itibaren hesaplanmalıdır⁷⁶.

Başvuru konusu uyuşmazlık idari yargıda açılmış olan bir davaya ilişkindir. Anayasa Mahkemesi idari yargı alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığa dair kararın şekli anlamda kesinleşmesi için olağan kanun yollarının temyiz ve karar düzeltme olduğunu belirtmektedir.

Somut olayda başvuru Danıştay 2. Dairesinin 7.11.2012 tarih ve E.2012/5192, K.2012/6816 sayılı onama kararının 8.1.2013 tarihinde kendisine tebliğ edilmesine rağmen karar düzeltme yoluna etkili olmadığı için başvurmamıştır. Anayasa Mahkemesi hukuk yolunun etkililiğinden şüphe edilmesinin o yola başvurma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını vurgulamakla beraber başvuru yollarının Danıştay ilgili dairesinin onama kararı ile tüketildiği kanaatindedir. Bu durumda süre onama karardan itibaren hesaplanacaktır. Bu durumda 21.2.2013 tarihinde yapılan başvuru süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur⁷⁷.

a) Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılanmamış olması,

b) Bir kararda birbirine aykırı hükümler bulunması,

c) Kararın usul ve kanuna aykırı bulunması,

d) (Değişik: 5.4.1990 - 3622/23 md.) Hükümün esasını etkileyen belgelerde hile ve sahtekârlığın ortaya çıkmış olması, Hallerinde kararın düzeltilmesi istenebilir.

2. (Değişik: 5.4.1990 - 3622/23 md.) Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları ile bölge idare mahkemeleri, kararın düzeltilmesi isteminde ileri sürülen sebeplerle bağıdırlar.

3. (Değişik: 10.6.1994 - 4001/24 md.) Kararın düzeltilmesi istekleri esas kararı vermiş olan daire, kurul ve bölge idare mahkemesince incelenir. Dosyanın incelenmesinde tetkik hakimliği yapanlar, aynı konunun düzeltme yoluyla incelenmesinde bu görevi yapamazlar.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, erişim tarihi 10.6.2014.

⁷⁶ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1582, Karar Tarihi: 7.11.2013

⁷⁷ Kararda İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 50 ye göre tebliğ gereği vurgulanmaktadır: Temyizen verilen karar üzerine yapılacak işlem: Madde 50 – (Değişik: 5.4.1990 - 3622/19 md.) Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte kararı veren mahkeme veya Danıştay dairesine gönderilir. Bu karar, dosyanın mahkeme veya Danıştay dairesine geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara tebliğ edilir. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, erişim tarihi 10.6.2014.

Söz konusu kararda da, 2013/1936 başvuru numaralı kararda olduğu gibi içtüzük m. 64/1'deki "kararın kesinleştiği" ifadesi kaldırılmadan yapılan yorumun pozitif düzenleme ile uyumlu olmadığı yorumu geçerlidir.

e- İdari yargı ve hukuk yargılaması açısından karar düzeltme kanun yolu, temyiz kanun yolundan sonra kullanılabilen ve temyiz aşamasında incelenen kararın aynı temyiz mercii tarafından tekrar gözden geçirilmesini ve dolayısıyla temyizden beklenen sonucu sağlamaya yönelik bir başvuru yolu olup, bireysel başvuruda bulunabilmek için karar düzeltme kanun yolunun tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Karar düzeltme sonuçlanmadan anayasa mahkemesine başvuru⁷⁸.

Bireysel başvuru bakımından karar düzeltme ile ilgili bir başka sorun ise karar düzeltmeye başvurulması ve sonucu beklenmeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmasıdır.

Somut olayda başvuru, kınama cezasının iptali istemiyle açtığı davanın reddi üzerine temyiz yoluna başvurmuş ve karar Danıştay 12. Dairesi'nde onanmıştır. Başvuru aynı Danıştay Dairesine başvurarak karar düzeltme yoluna gitmiş, ancak başvurunun sonucunu beklemeden Anayasa Mahkemesine 24.1.2013 tarihinde bireysel başvuruda da bulunmuştur.

Bireysel başvuru dosyası Anayasa Mahkemesi'nde iken Danıştay 12. Dairesi 24.10.2013 tarih ve E.2013/2748, K.2013/7397 sayılı kararı ile başvurucağının karar düzeltme talebini reddetmiştir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru için hukuk yolları tüketilmiş midir? İkinci olarak, eğer anayasa mahkemesi bu sebeple başvuruyu reddederse ve bu süre zarfında da karar düzeltme kararının tebliğı ile başlayan 30 günlük süre dolmuşsa ne olacaktır?

Anayasa Mahkemesi öncelikle ilk soruya bireysel başvuruda bulunabilmek için karar düzeltme yolunun tüketilmesinin zorunlu olmadığını söyleyerek cevap vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "idari yargı ve hukuk yargılaması açısından karar düzeltme kanun yolu, temyiz kanun yolundan sonra kullanılabilen ve temyiz aşamasında incelenen kararın aynı temyiz mercii tarafından tekrar gözden geçirilmesini ve dolayısıyla temyizden beklenen sonucu sağlamaya yönelik bir başvuru yolu olup, bireysel

⁷⁸ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/852, Karar Tarihi: 6.3.2014. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)*

başvuruda bulunabilmek için karar düzeltme kanun yolunun tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.” Kararda ayrıca İHAM kararlarına da gönderme yapılarak kullanılan bir kanun yolundan sonra, aynı sonuca varmak için ikinci bir kanun yoluna gidilmesinin bu bağlamda zorunlu olmadığı hatırlatılmaktadır⁷⁹.

İkinci soru ile ilgili olarak ise eğer karar düzeltme yoluna başvurulmuşsa bu yolun sonuçlanmasının beklenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu yorumun ortaya çıkarabileceği sorunları yumuşatabilmek amacıyla Anayasa Mahkemesi başvurunun yapılmasından sonra, ancak başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verilmeden önce karar düzeltme başvurusu sonuçlanmış ise başvuru yollarının tüketildiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

5- VEKİL VASITASIYLA TAKİP EDİLEN İŞLERDE SÜRE TEBLİGATIN VEKİLE YAPILMASI İLE BAŞLAMAKTADIR⁸⁰.

Somut olayda Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 1.10.2012 tarih ve E.2012/7559, K.2012/10174 sayılı kararı başvuruçuların ortak müdafii'ne 8.2.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Tebligat Kanununa göre⁸¹ vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması yeterlidir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru süresi bu tarihten itibaren hesaplanmalıdır.

6-TUTUKLULUK DURUMUNDA BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİ

Anayasa Mahkemesi bir kişinin “suç isnadına bağlı olarak” özgürlüğünden yoksun bırakılması hali ile; “mahkumiyet sonrası tutma” halini birbirinden ayırmıştır. İlki İHAS nin 5/1-c kapsamında değerlendirilirken, ikincisi 5/1

⁷⁹ Kararda şu kararlara da gönderme yapılmıştır: *Patricia Raquel Real Alves/Portekiz*, B. No:19485/02, 9/11/2004; *İsmail Çınar/Türkiye*, B. No:28602/95, 13/11/2003.

⁸⁰ BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/1999, Karar Tarihi: 9.1.2014. Aynı yönde, BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/1075, Karar Tarihi: 12.2.2013.

⁸¹ 11/2/1959 tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu Madde 11: Vekile ve kanuni mümessile tebligat: (Değişik birinci fıkrası: 6/6/1985 - 3220/5 md.) Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır.

<http://mevzuat.meb.gov.tr/html/134.html>, erişim tarihi 11.6.2014.

a kapsamına sokulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmesini İHAM ve Yargıtay kararlarına dayandırmaktadır⁸².

Anayasa Mahkemesi'ne göre, tutuklu yargılanan kişi tahliye olmuş ya da hükümlü hale gelmiş ise bu takdirde serbest kalma ihtimali ortadan kalktığı için talebi hukuka aykırılığın tespiti ve gerekiyorsa tazminat ile sınırlı olacaktır. Bu tutukluluğa ilişkin ihlal iddialarının olağan kanun yolları tüketildikten sonra ve tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkün görülmektedir⁸³.

5721 sayılı Kanun m. 260 haksız tutuklamada sadece maddi ve manevi zararlar için başvuru olanağı sağlamakta, bireyin serbest bırakılmasını sağlayan bir yol içermemektedir. Bu sebeple tüketilmesi gereken bir yol değildir. 5271 sayılı Kanun'un koruma tedbirleri nedeniyle tazminata dair düzenlemelerine bu açıdan bakıldığında, başvurunun şikâyetiyle ilgili bir çözüm getirilmediği görülmektedir. Başvurulması hâlinde bu yol yalnızca maddi ve manevi zararların giderilmesini teminat altına almakta, fakat hukuka aykırı tutulduğu tespit edilse dahi kişiye serbest bırakılma imkânı sunmamaktadır. Bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece, kişinin bu yola gitmesi somut talebi açısından etkili sayılamaz, dolayısıyla tüketilmesi gerekmez⁸⁴.

a- Suç isnadına bağlı olarak tutuklu olma ile, mahkumiyet kararına bağlı olarak tutukluluk farklıdır. Suç isnadına bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılma iddialarına dayanan bireysel başvurunun ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra ve serbest bira-

⁸² Zikredilen kararlar: *Atalay Öztürk / Türkiye*, (KK) B. No: 54890/09, 7.1.2014, § 37-41 *Solmaz / Türkiye*, no. 27561/02, 16 Ocak 2007, §§ 23,24; *Şahap Doğan / Türkiye*, no.29361/07, 27 Mayıs 2010, § 26). Aynı yaklaşım Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da benimsenmektedir. Kurul, 12 Nisan 2011 tarihli ve E. 2011/1-51, K. 2011/42 sayılı karar.

⁸³ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/726, Karar Tarihi: 2.7.2013. Aynı yönde İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/5267, Karar Tarihi: 7.3.2014.

⁸⁴ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası:2012/1137, Karar Tarihi: 2.7.2013.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

kılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir⁸⁵.

Kişinin tutuklu yargılandığı davada mahkûmiyet kararının çıkması halinde artık “suç isnadına bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılma hali” sona erecektir. Mahkemeye göre bu durumda mahkûmiyet kararının kesinleşmesine de gerek bulunmamaktadır.

Bu ayırım çerçevesinde süreler nasıl hesaplanacaktır?

Anayasa Mahkemesine göre “bir suç isnadına bağlı olarak” tutuklulukta bireysel başvuru süresinin hesaplanmasına kişinin ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı tarihten başlanır. Kişi eğer doğrudan tutuklanmış ise süre tutuklama tarihinde başlamayacaktır. Sürenin sonu ise kural olarak, ya kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince mahkûmiyet kararının verildiği tarihtir. Anayasa Mahkemesine göre suç isnadına bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılma iddialarına dayanan bireysel başvurunun ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra ve serbest bırakılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir.

Somut olayda başvuru bir suç isnadına bağlı olarak tutuklanma tarihi 6.1.2012 dir. Mahkûmiyet tarihi ise 5.8.2013 tür. Anayasa mahkemesine bireysel başvuru ise 22.1.2014 tarihinde yapılmıştır. Başvuru bu yönü ile süre aşımı nedeniyle kabul edilmemiştir.

Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çekişmeli yargılama ve/veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak

⁸⁵ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2014/912, Karar Tarihi: 6.3.2014, Aynı yönde İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası:2012/1137, Karar Tarihi: 2.7.2013. İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/6398, Karar Tarihi: 3.4.2014. İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/5267, Karar Tarihi: 7/3/2014.

bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür.

Tutuklu yargılanan kişinin, henüz karar verilmeden tutukluluk halinin sona ermesi halinde, bu tarihten itibaren 30 günlük süre içinde bireysel başvuru yapması gerekmektedir⁸⁶.

Somut olayda başvuru 9.9.2009 tarihinde tutuklanmış, 6.2.2013 tarihinde tahliye edilmiştir. Bu tarih itibariyle başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrumiyet hali son bulmuştur. Derece mahkemesi ise 24.5.2013 tarihinde mahkûmiyet kararı vermiştir. Başvuru sahibinin Anayasa Mahkemesine başvurduğu tarih 14.8.2013'dir.

Anayasa Mahkemesine göre "derece mahkemesince hüküm verilmeden önce tutukluluk hali sona eren bir kişinin, en geç tahliye edildiği tarihten itibaren otuz günlük yasal süresi içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunarak tutuklulukla ilgili şikâyetlerini ileri sürmesi gerekmektedir". Başvuru sahibi, derece mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmeden önce serbest bırakıldığında tahliyeden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuru yapmak zorundadır. 6.2.2013 tarihindeki tahliye için 14.8.2013 tarihinde anayasa mahkemesine başvurulduğundan talep süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir.

Tutuklu yargılanan başvuru hakkında ilk derece mahkemesi mahkûmiyet kararı vermiş ve kararı kendisine tefhim etmiştir. Çok daha sonra gerekçeli kararın kendisine tebliğ edildiği tarih esas alınarak bireysel başvuru yapılamaz⁸⁷.

Somut olayda başvuru 19.5.2008 tarihinde tutuklanmış, mahkûmiyet kararı ise 30/11/2012 tarihinde verilerek, tefhim edilmiştir. Gerekçeli kararın kendisine 10.7.2013 tarihinde tebliğ edildiğini ifade etmektedir. Bireysel başvuru ise 13.8.2013 de yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi 30.11.2012 tarihinde suç isnadı sebebiyle tutukluluğun mahkûmiyetle sona erdiğinden bahisle sürenin bu tarihten hesaplanması gerektiğini belirtmiş ve başvuruyu süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Gerekçeli kararın tebliğ tarihini ise Mahkeme iki sebeple dikkate almamıştır. İlki zaten kararın 30.11.2012 tarihinde başvuruya tefhim edilmesidir. Diğeri ise başvuru sahibinin 22.4.2013 tarihinde biz-

⁸⁶ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/6572, Karar Tarihi: 20.3.2014.

⁸⁷ İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/6398, Karar Tarihi: 3.4.2014.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

zat yaptığı temyiz başvurusunda gerekçeli kararın esas ve karar numaralarını dilekçesinin başına yazmasıdır. Gerekçeli kararı bilmeden esas ve karar numarasının bilinmesi mümkün olmadığından Anayasa Mahkemesi de bu iddiayı dikkate almamıştır.

7- HAKLI MAZERET

6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası:

“...Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul ya da reddeder.” ifadesine yer vermektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 64. maddesinin (2) numaralı fıkrası: “Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir. Komisyonlar Raportörlüğü'nde mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünden karar taslağı hazırlanır. Komisyon öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder. (3) Başvurunun niteliğine uygun düştüğü takdirde mazeret ve kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte karara bağlanabilir.”

Her iki düzenlemenin de son derece soyut ifadelerle yer verdiği açıktır. Yasal düzenlemede sadece “haklı mazeret” terimi kullanılırken İçtüzük de mücbir sebep ve ağır hastalık örneği verilerek haklı mazeret ifadesi kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; “hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle Mahkemenin, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmesi gerekir⁸⁸”.

⁸⁸BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/1075, Karar Tarihi: 12.2.2013.

a-Başvurucunun başka bir şehirde çalışması haklı sebep değildir⁸⁹.

Başvurucu Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesinin 9.10.2012 tarih ve E. 2012/1257, K. 2012/1044 sayılı kararının avukatına 7.11.2012 tarihinde tebliğ edildiğini ve karardan haberdar olmadığını iddia etmektedir. 10.10.2012-11.12.2012 tarihleri arasında çalıştığı şirketin Eskişehir İli Sivrihisar İlçesinde olan çalışmasının başında bulunması nedeniyle süresi içinde başvuru yapmadığını, haklı sebebi nedeniyle hak ihlalinin giderilmesi talebinde bulunmuştur.

Mahkeme tebligat kanunu çerçevesinde kural olarak vekile yapılan tebligat ile başvuru süresinin hesaplanacağını hatırlatmaktadır. Ayrıca başvuru belirlenen tarihler arasında Eskişehir’de çalışıyor olmasının bireysel başvuru yapmasını engeller bir durum olmadığını belirtmiştir. Mahkeme böyle bir mazeretin çalışanların bireysel başvuru yapamayacağı noktasına götürebileceğini belirtmiştir.

Sonuç olarak süre aşımı nedeniyle başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

b- Temsil veya vekâlet yoluyla yapılan başvurularda temsilci veya avukatın da haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Akut bronşit rahatsızlığı nedeniyle avukata 10 günlük istirahat raporu verilmesi haklı mazeret değildir⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi haklı olarak Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanununda düzenlendiği gibi sadece başvuru için değil, aynı zamanda temsilci veya vekâlet yoluyla yapılan başvurularda temsilci veya avukatın da haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü yine Mahkemeye göre temsilci veya avukatın haklı mazeretinin dikkate alınmaması, başvuru süresinin kaçırılmasında hiçbir kusuru bulunmayan ve bu kişiler aracılığıyla bireysel başvuru yapan başvuru sahipleri açısından mahkemeye erişimi daha baştan engelleyebilecek, hakkın, telafisi imkânsız biçimde kaybına neden olabilecektir.

Somut olayda, nihai karar başvuru sahibinin önceki avukatına 17.6.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bireysel başvuru için son tarih 17.7.2013 dir. Başvuru, 12.7.2013 tarihinde yeni bir avukatı vekil tayin etmiş, avukat

⁸⁹BİRİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2012/1075, Karar Tarihi: 12.2.2013.

⁹⁰İKİNCİ BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/6325, Karar Tarihi: 15.4.2014.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 1 (2014)

da 17.7.2013 tarihinde akut bronşit rahatsızlığı nedeniyle 10 günlük istirahat raporu almıştır. Bireysel başvuru 12.8.2013 tarihinde yapılmıştır.

Avukat hakkında düzenlenen sağlık raporunda “akut bronşit hastalığı tanısı konulduğu ve 10 günlük istirahatın uygun görüldüğü, hastalığının ağır olup olmadığı hususunda bir tespit yapılmamakla birlikte hastalığın hastane veya sağlık kuruluşunda yatarak tedavisinin yapılmasını gerektirmemesi nedeniyle yatış işlemlerinin uygulanmadığı” anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu verilerden hareketle raporda “ağır hastalık” ibaresinin olmaması ve “yatarak tedavi gerektirmemesi” nden hareketle söz konusu mazereti “haklı” bulmamıştır.

Bu durumda başvuru süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir.

SONUÇ YERİNE

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi neredeyse kurulduğu günden beri birçok yol ile etkisiz⁹¹ hale getirilmeye çalışılan Anayasa Mahkemesi için oldukça önemli bir işlemdir. Bireysel başvuruya ilişkin olarak anayasal düzenlemeden, 6216 sayılı yasaya ve Anayasa mahkemesi içtüzüğüne kadar birçok sorun tespit edilebilir. Ancak, sadece on binleri aşan başvuru sayısının yüksekliğine bakılarak bile bu yolun zorunluluğunun açık olduğu söylenebilir.

Süre bakımından bireysel başvuru yoluna ilişkin olarak uygulamada önemli hususlardan biri sürenin başlangıcının belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme kararlarının tebliğ veya tefhiminin sürenin başlangıcında esas alınacağına ilişkin (İçtüzükteki dolaylı ifade dışında) açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Tebliğ zorunluluğu tüm yargısal yollarda açıkça getirilmekle kalmamalı fiilen de uygulanmalıdır.

Bireysel başvuru daha başında İHAH önünde bir filtre olarak görülüp, bu algı anayasa ve yasaya da yansıtılmıştır. Aynı yaklaşımı anayasa mahkemesi kararlarında da özellikle bireysel başvuruya konu teşkil eden hakların kapsamı belirlenirken, zaman zaman görmek mümkündür. Bu durum haklara olumlu yansiyabildiği gibi tersi de olabilmektedir.

Başvuru yollarının tüketilmesi bakımından bir yolu tüketmeden Anayasa mahkemesine bireysel başvuru yapılması durumunda Anayasa

⁹¹ S. T. Üzeltürk, “Yeni Anayasa Yapılırken Türk Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasının 30. Yıl Bilançosu, Ed. N. Yancı-S. Şirin, 12 Levha, İstanbul, 2014, s. 47 vd.

Mahkemesinin kabul edilebilirlik kararı verilinceye kadar başvuru yolu tüketilirse koşulun yerine getirilmiş sayılması bireysel başvurunun amacına hizmet eden önemli bir yorumdur.

Birden çok başvuru yolu olması hepsinin tüketilmesi gereğini işaret etmek bireysel başvuruyu etkisiz kılabilecek bir durumdur. Bu durumun somut başvurularda dikkate alınması gerekmektedir.

ISO/IEC 29100 STANDARDI İLE ICT SİSTEMLERİNE GETİRİLEN MAHREMİYET ÇERÇEVESİ

(*PRIVACY FRAMEWORK OF ISO/IEC 29100 FOR ICT SYSTEMS*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Leyla KESER BERBER*

ÖZET

ISO/IEC 29100 kişisel olarak tanımlanabilir bilgilerin (personally identifiable information (PII)), ICT sisteminde korunmasına yüksek seviyede bir çerçeve çizmektedir. Bu çerçeve doğası gereği genel olup, kapsamlı bir mahremiyet sisteminde kurumsal, teknik ve prosedürel açıları itibarıyla yer almaktadır. Bazı yargı sistemlerinde ISO/IEC 29100'un mahremiyet koruma isterlerine yaptığı atıflar, o yargılama sisteminde PII'ların korunmasına ilişkin yasal isterlerin tamamlayıcısı olarak anlaşılabilir. PII işleyen bilgi ve iletişim teknolojilerindeki göze çarpan artış yüzünden, PII'ların korunması için genel bir yaklaşım sunan bir uluslar arası bilgi güvenliği standardına sahip olmak önem taşımaktadır. Bu uluslar arası standart, mevcut güvenlik standartlarını, PII işlemeye ilişkin bir odaklanma ilave ederek güçlendirmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Mahremiyet, kişisel verilerin korunması, kişisel olarak tanımlanabilir bilgiler, ICT sistemleri, bilgi güvenliği, veri işleme.

ABSTRACT

This International Standard provides a high-level framework for the protection of personally identifiable information (PII) within information

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktörü, e-posta: leyla.keser@gmail.com

and communication technology (ICT) systems. It is general in nature and places organizational, technical, and procedural aspects in an overall privacy framework. In some jurisdictions, this International Standard's references to privacy safeguarding requirements might be understood as being complementary to legal requirements for the protection of PII. Due to the increasing number of information and communication technologies that process PII, it is important to have international information security standards that provide a common understanding for the protection of PII. This International Standard is intended to enhance existing security standards by adding a focus relevant to the processing of PII.

Keywords: *Privacy, data protection, personally identifiable information (PII), ICT systems, information security, data processing.*

1. ISO/IEC 29100 Mahremiyet Çerçevesi'nin Amacı

Mahremiyet çerçevesi, kurumlara;

- Genel bir mahremiyet terminolojisi belirleyerek,
 - PII'ların işlenmesinde görev yapan aktörleri ve rollerini belirleyerek,
 - Mahremiyet koruma isteklerini tanımlayarak ve
 - Bilinen mahremiyet ilkelerine atıf yaparak
- bir ICT ekosisteminde PII'lara ilişkin mahremiyet koruma isteklerinin belirlenmesinde yardımcı olmayı hedeflemektedir.

Bazı yargı sistemlerinde ISO/IEC 29100'ün mahremiyet koruma isteklerine yaptığı atıflar, o yargılama sisteminde PII'ların korunmasına ilişkin yasal isteklerin tamamlayıcısı olarak anlaşılabilir. PII işleyen bilgi ve iletişim teknolojilerindeki göze çarpan artış yüzünden, PII'ların korunması için genel bir yaklaşım sunan bir uluslar arası bilgi güvenliği standardına sahip olmak önem taşımaktadır. Bu uluslar arası standart, mevcut güvenlik standartlarını, PII işlemeye ilişkin bir odaklanma ilave ederek güçlendirmeyi hedeflemektedir¹.

¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 6.

PII'lerin giderek artan ölçüde ticari kullanımı ve değeri, bu bilgilerin farklı yargı çevreleri arasında gittikçe artan oranda paylaşımı ve ICT sistemlerinin artan karmaşıklığı, bir kurum için mahremiyeti sağlamayı ve uygulama alını bulan farklı hukuk sistemlerine uyumu gerçekleştirmeyi zorlaştırmaktadır. Bu standardın kullanımı,

- PII'ları koruyacak ve işleyecek ICT sistemlerinin tasarlanmasına, uygulanmasına, işletilmesine ve bakımına yardımcı olacak,

- ICT sistemleri içinde PII'ların korunmasını olnaklı kılacak inovatif çözümleri teşvik edecek ve

- Şirketlerin mahremiyet programlarının en iyi uygulama örnekleri ile geliştirmelerini sağlayacaktır.

Bu Uluslar arası Standart kapsamında ortaya konulan mahremiyet sistemi, aşağıdaki şu noktalarda, yapılacak diğer mahremiyet standardizasyon inisiyatifleri için bir temel olarak işlev görecektir:

- Teknik bir referans mimarisi,

- Spesifik mahremiyet teknolojileri veya genel mahremiyet yönetiminin uygulanması ve kullanımı,

- Mahremiyet risk değerlemesi veya

- Spesifik teknik özellikler.

Bu Uluslar arası Standardın global bir model policy veya yasal bir çerçeve oluşturmak gibi bir amacı mevcut değildir²³.

2. Mahremiyet Çerçevesinin Temel Unsurları

2.1 Mahremiyet Çerçevesine Genel Bakış

Aşağıdaki bileşenler ICT sistemlerinde PII işlenmesi ve korunması ile ilişkili olup, bu Uluslar arası Standartta belirlenen mahremiyet çerçevesini tamamlamaktadır⁴:

- Aktörler ve rolleri,

² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 6.

³ Farklı standart veya yasal düzenlemelere uyumun söz konusu olabileceği yargı sistemleri ve ilgili belgeler için bkz: http://www.jtc1sc27.din.de/sixcms_upload/media/3031/ISO-IECJTC1-SC27_N12552_WG5_SD2_V1.0_20130715.pdf.

⁴ Bu mahremiyet çerçevesinin geliştirilmesi için; diğer resmi kaynaklarda yer alan kavramlar, tanımlar ve öneriler de dikkate alınmıştır. Bu kaynaklar ISO/IEC JTC 1/SC 27 WG 5 Standing Document 2 (WG 5 SD2) — Official Privacy Documents References adlı belgede yer almaktadır: http://www.jtc1sc27.din.de/sixcms_upload/media/3031/ISO-IECJTC1-SC27_N12552_WG5_SD2_V1.0_20130715.pdf.

- Etkileşimleri,
- PII'ların tanınması,
- Mahremiyet koruma isterleri,
- Mahremiyet politika belgeleri, ve
- Mahremiyet kontrolleri.

2.2. Aktörler ve Roller

Bu standardın amacı doğrultusunda, PII işleme sürecine dahil olan aktörleri belirlemek önem taşımaktadır. Bu kapsamda karşımıza 4 aktör çıkmaktadır: PII öznesi, PII kontrolörü, PII işleyen ve üçüncü taraflar⁵.

2.2.1 PII öznesi

PII özneleri, kendi PII'larını işleme amacıyla PII kontrolörü veya PII işleyene sağlayan ve aksi uygulanacak hukuk tarafından öngörülmediği sürece, bu işmelere rıza veren ve PII'larının nasıl işlenmesi gerektiği konusunda kendi mahremiyet önceliklerini belirlemektedir. PII öznesi olarak bazen karşımıza bir şirketin insan kaynakları sisteminde yer alan bir işçi çıkabileceği gibi, bir kredi raporunda anılan bir müşteri ve bir e-sağlık kayıt sisteminde adı geçen bir hasta da söz konusu olabilir. PII öznesi olarak kabul edilmesi için, ilgili gerçek kişinin doğrudan ismi ile teşhis edilmesi her zaman gerekli değildir. Dolaylı olarak da bu kişinin teşhis edilebilmesi mümkünse (örneğin; sosyal güvenlik numarası, erişilebilir niteliklerin kombinasyonu gibi), bu kişi yine PII öznesi olarak kabul edilecektir⁶.

2.2.2 PII Kontrolörleri

PII Kontrolörü, PII işlemenin niçin (amaç) ve nasıl (yöntem) olacağını belirler. Kontrolör kendi kontrolü altında gerçekleşecek PII işleme sürecinin bu standartta yer alan çerçevede belirlenen mahremiyet ilkelerine uygun olarak yürütülmesini (örneğin; gerekli mahremiyet kontrollerini devreye sokarak) temin etmelidir. Aynı PII seti veya PII üzerinde gerçekleştirilen operasyon setleri (aynı veya farklı meşru amaçlar için) için birden fazla kontrolör söz konusu olabilir. Bu durumda farklı PII kontrolörlerinin birlikte çalışması ve PII işleme sürecinde mahremiyet ilkelerinin gözetilmesi-

⁵ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s.11.

⁶ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 11.

ni sağlanmaları gerekir. PII kontrolörü farklı bir mahremiyet paydaşı tarafından kendi adına gerçekleştirilen işleme operasyonlarının tamamını veya bir kısmını alma konusunda da karar verebilir. PII kontrolörleri, hassas PII işleyip işlemediklerini dikkatlice değerlendirmeli ve ilgili yargı düzeni tarafından ortaya konulan isterlere binaen makul ve uygun mahremiyet ve güvenlik kontrollerini uygulamalı ve aynı şekilde PII öznesi için mahremiyet etki değerlemesi sırasında tespit edilen olası yan etkileri gözönünde bulundurmalıdır⁷.

2.2.3 PII İşleyen

PII işleyen, bir PII kontrolör adına veri işleme işlemini gerçekleştiren, PII kontrolör namına veya onun talimatları doğrultusunda hareket eden, öngörülen mahremiyet isterlerini gözetken ve ilgili mahremiyet kontrollerini uygulayan süjedir. Bazı yargı çevrelerinde PII işleyen yasal bir sözleşme ile bağlıdır⁸.

2.2.4 Üçüncü Taraflar

A third party can receive PII from a PII controller or a PII processor. A third party does not process PII on behalf of the PII controller. Generally, the third party will become a PII controller in its own right once it has received the PII in question.

Üçüncü bir taraf, PII kontrolörü veya PII işleyenden PII alabilir. Üçüncü bir taraf, PII kontrolörü namına PII işleyemez. Genel olarak, üçüncü taraf, söz konusu PII alır almaz kendi çapında bir PII kontrolör olacaktır.

2.3 Etkileşimler

Yukarıda tanımlanan aktörler birbirleri ile farklı birçok şekilde etkileşimde bulunabilirler. PII'nın, PII öznesi, PII kontrolörü ve PII işleyen arasındaki olası akışı dikkate alındığında, aşağıdaki senaryolar gündeme gelebilecektir⁹:

⁷ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 11.

⁸ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 11-12.

⁹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 12.

a) PII öznesinin, PII kontrolöre PII'larını vermesi (örneğin; PII kontrolör tarafından sunulan bir hizmet için kayıt yapılması halinde;

b) PII kontrolörün, kendi adına PII işleyecek olan bir PII işleyene, PII'ları sağlaması (örneğin; bir dış kaynak sözleşmesinin bir parçası olarak)

c) PII öznesinin, PII kontrolörü adına PII işleyecek olan PII işleyene bu verileri sağlaması;

d) PII kontrolörün, PII öznesine ilişkin olan PII'ları PII öznesine vermesi (örneğin; PII öznesi tarafından yapılan bir talep üzerine);

e) PII işleyenin, PII öznesine PII'ları vermesi (örneğin; PII kontrolör tarafından yapılan bir yönlendirme üzerine); ve

f) PII işleyenin, PII kontrolöre PII'ları sağlaması (örneğin; atanmış olduğu hizmeti yerine getirdikten sonra)

PII işleyen ve üçüncü taraflar arasında bir ayırım yapma ihtiyacı mevcuttur. Çünkü; PII işleyene gönderilen ve üçüncü bir tarafın da söz konusu PII'leri aldığı PII kontrolör olabileceği bir faraziyede, PII'ların hukuki açıdan kontrolü PII kontrolöre ait olmaktadır. Örneğin; üçüncü bir taraf, PII kontrolörden aldığı PII'ları diğer tarafa transfer etme kararı aldığı anda, o artık kendi çapında PII kontrolör olarak hareket etmiş olacak ve üçüncü bir taraf olarak düşünülmeyecektir¹⁰.

Bir yandan PII'ların, PII kontrolörler ve PII işleyiciler arasındaki olası akışı ve diğer taraftan üçüncü taraflar arasındaki akışı dikkate alındığında, aşağıdaki senaryolar gündeme gelebilecektir:

g) PII kontrolörün, üçüncü tarafa PII'ları sağlaması (örneğin; ticari bir sözleşme kapsamında), ve

h) PII işleyenin, üçüncü bir tarafa PII sağlaması (PII kontrolör tarafından yönderildiği için).

	PII öznesi	PII kontrolörü	PII işleyen	Üçüncü taraf
Senaryo a)	PII sağlayan	PII alıcı	-	-
Senaryo b)	-	PII sağlayan	PII alıcı	-
Senaryo c)	PII sağlayan	-	PII alıcı	-
Senaryo d)	PII alıcı	PII sağlayan	-	-

¹⁰ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 12.

Senaryo e)	PII alıcı	-	PII sağlayan	-
Senaryo f)	-	PII alı	PII sağlayan	-
Senaryo g)	-	PII sağlayan	-	PII alıcı
Senaryo h)	-	-	PII sağlayan	PII alıcı

PII'ların; PII öznesi, PII kontrolörü, PII işleyen ve üçüncü bir taraf arasındaki akış senaryoları ve tarafların rolleri

2.4 Bir Verinin PII Olarak Kabul Edilmesi

Bir gerçek kişinin kimliği belirlenebilir olarak kabul edilebilmesi için çok sayıda faktörün dikkate alınması gerekmektedir. ICT sistemlerinin PII öznesini PII'lere karşı uyaracak mekanizmaları desteklemesi ve gerçek kişiye bu bilgilerin paylaşımına ilişkin uygun kontrol olanaklarını sağlaması gerekir. Aşağıdaki alt başlıklar bir PII öznesinin, teşhis edilebilir olarak kabul edilebilmesine nasıl karar verileceğine ilişkin açıklamalar içermektedir¹¹.

2.4.1 Tanımlayıcılar

Bazı durumlarda, PII öznesinin teşhis edilebilmesi son derece açık olabilmektedir (özellikle bilginin bir tanımlayıcı içerdiği veya PII öznesine yönlendirmek veya onunla iletişime geçmek için kullanılan bir tanımlayıcı ile bağlantılı olduğu hallerde). Bilgi, en azından aşağıdaki durumlarda PII olarak düşünülebilecektir¹²:

- bilginin, bir gerçek kişiye işaret eden bir tanımlayıcı ihtiva ettiği veya bu tür bir tanımlayıcı ile ilintili olduğu haller (örneğin; sosyal güvenlik numarası);

- bilginin bir gerçek kişiye ait olabilecek bir tanımlayıcı içerdiği veya bu tür bir tanımlayıcı ile bağlantılı olduğu haller (örneğin; pasaport numarası, bir hesap numarası);

- bilginin tanımlanmış (kimliği belirli) bir gerçek kişi ile iletişim tesis etmek için kullanılacak bir tanımlayıcı içerdiği veya böyle bir tanımlayıcı ile ilişkili olduğu haller (kesin coğrafi konum, telefon numarası); veya

¹¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 13.

¹² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 13.

- bilginin yukarıda belirtilen herhangi bir tanımlayıcıya yönlendirme yapan bir referansa sahip olması.

2.4.2 Diğer Ayırt Edici Özellikler

Bilginin PII olarak değerlendirilmesi için, bir tanımlayıcı ile ilişkili olması gerekli değildir. Bilginin, bir gerçek kişiyi diğer gerçek kişilerden ayırt edecek bir özellik içerdiği veya böyle bir özellik ile ilişkili olduğu durumlarda da, PII olarak değerlendirilmesi mümkündür (örneğin; biyometrik veriler). PII öznesini eşsiz olarak teşhis eden herhangi bir özellik, ayırt edici özellikler olarak değerlendirilecektir. Bir özelliğin bir gerçek kişiyi diğer gerçek kişilerden ayırt edip etmeyeceği, kullanım bağlamına bağlı olarak değişebilecektir. Örneğin; bir gerçek kişinin soyadı onu global ölçekte diğer gerçek kişilerden ayırt etmeye yeterli olmasa bile, bir şirket ölçeğinde onu ayırt etmeye yeterli olacaktır¹³.

Ayrıca; bir gerçek kişiyi eşsiz bir biçimde teşhis etmek için tek bir özelliğin mevcut olmadığı hallerde dahi, bazen bir kişinin yine de teşhis edilebileceği durumlar söz konusu olabilecektir. Örneğin; birden çok farklı özelliğin bir kombinasyonunun bir gerçek kişiyi diğer gerçek kişilerden ayırt etmesi mümkün olabilir. Bu tür bir kombinasyona istinaden bir gerçek kişinin teşhis edilebilir olup olmayacağı duruma göre değişebilecektir. Örneğin; “kadın”, “45”, “hukukçu” bir şirket içinde bir gerçek kişiyi diğerlerinden ayırt etmeye yeterli iken, şirket dışında yeterli olmayacaktır. Aşağıdaki tablo PII olabilecek özelliklere dair bazı örnekler vermektedir. Bu örnekler bilgilendirme amaçlıdır¹⁴.

Örnekler

Yaş veya korunmaya muhtaç gerçek kişilerin özel ihtiyaçları
Suç oluşturan davranış iddiaları
Sağlık hizmeti sunumu sırasında toplana her türlü bilgi
Banka hesap bilgisi veya kredi kartı numarası
Biyometrik tanıtıcılar
Kredi kartı özet bilgileri
Mahkumiyet veya işlenmiş suçlar

¹³ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 13.

¹⁴ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 14.

Ceza kovuşturma raporları
Müşteri numarası
Doğum tarihi
Tanısal sağlık bilgileri
Engellilik durumları
Doktor faturaları, çalışanların maaşları ve insan kaynakları dosyaları
Finansal profil
Cinsiyet
GPS konumu
GPS gezintileri
Ev adresi
IP adresi
Telekomünikasyondan çıkartılan konum
Tıbbi özgeçmiş
Ad
Ulusal tanıtıcılar (pasaport numarası gibi)
Kişisel e-mail adresi
Kişisel kimlik numarası veya parolalar
İnternet web siteleri izlenerek çıkartılan kişisel ilgi alanları
Kişisel veya davranışsal profil
Kişisel telefon numarası
Bir gerçek kişiyi teşhis edilebilir kılan fotoğraf veya video
Ürün ve hizmet öncelikleri
Irkı ve etnik köken
Dini veya felsefi inaçlar
Cinsel eğilimler
Sendika üyeliği
Hizmet faturası (elektrik, doğalgaz gibi)

Tablo 1. Gerçek kişileri teşhis edebilmek için kullanılacak özellik örnekleri

2.4.3 PII öznesi ile ilişkili veya ilişkilendirilebilecek Bilgiler

Bilginin bir PII öznesini teşhis etmediği durumlarda, bu bilginin bir gerçek kişinin kimliği ile ilişkili olup olmayacağına karar vermek gerekecektir. Teşhis edilebilir bir gerçek kişi ile bir kez ilişki kurulduktan sonra, bu bilginin bu gerçek kişi hakkında herhangi bir şey söyleyip söylemediğine, örneğin; bu kişinin özelliklerine veya davranışlarına atıf yapıp yapımadığı-

na karar vermek gerekecektir. Bu kapsamda verilebilecek örnekler; tıbbi kayıtlar, finansal profiller veya internet siteleri kullanımı izlenerek elde edilen kişisel ilgilere ilişkin olabilir. Bir gerçek kişinin yaşı veya cinsiyeti gibi bu kişi hakkındaki basit özellik ifadeleri bile ilişkili bilginin PII olarak nitelendirilmesini gerektirebilecektir. Teşhis edilebilir bir gerçek kişi ile ilişkinin kurulmasından bağımsız olarak bu bilgilerin PII olarak işlem görmesi gerekecektir¹⁵.

2.4.4 Takma Adlı (Pseudonymous) Veridata

PII kontrolörleri ve işleyenlerin PII öznesini teşhis etme yeteneğini sınırlamak için, kimlik bilgileri takma adlarla yer değiştirebilir. Bu değişim genel olarak PII sağlayıcı tarafından, PII'ları PII alıcısına iletilmeden önce gerçekleştirilir¹⁶. Özellikle Tablo 1'de yer alan a, b, c, g ve h senaryolarında olduğu gibi.

Belirli iş süreçleri görev dağılımı veya fonksiyon değişimi ve kontrolünü gerçekleştirme görevini atanmış veri işleyiciler aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Bu durum örnek olarak; hassas verilerin, bu verileri toplamamış olan mahremiyet paydaşları tarafından işlenmesi gerekli olduğunda karşımıza çıkacaktır.

The substitution is considered pseudonymization provided: Değişim, aşağıdaki şu hususları temin edecek bir takma adlandırma (pseudonymization) olarak değerlendirilecektir:

(a) takma adla ilişkili olan mevcut özelliklerin, bu özelliklerin sahihi olan PII öznesini teşhis etmeye yeterli olmaması gerekir; ve

(b) Takma ad dağılımı, bu işlemi gerçekleştiren kişiler dışında diğer herhangi bir mahremiyet paydaşı tarafından makul bir çaba sonucu geri çevrilebilir olmamalıdır.

Takma adlaştırma ilişkilendirilebilmeyi bünyesinde barındırmaktadır. Aynı takma bağlantılı olan farklı veriler ilişkilendirilebilir. Verilen takma adla ilişkili data setleri ne kadar büyükse, a) bendinde belirttiğimiz ihlalin gerçekleşmesi olasılığı da o kadar yüksektir. Ayrıca takma ad verilerinin ilişkili olduğu gerçek kişiler ne kadar küçük bir grubu oluşturuyorsa, PII öznesinin teşhis edilebilmesi olasılığı da o kadar yüksek olmaktadır.

¹⁵ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 14.

¹⁶ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 15.

Söz konusu bilginin ihtiva ettiği özellikler ve bu bilgi ile kolayca ilişkilendirilebilecek olan özelliklerin, bilginin teşhis edilebilir bir gerçek kişiye ait olup olmadığına karar verilirken dikkate alınması gerekir (örneğin; bir arama motoru kullanılarak elde edilen veriler veya diğer veri tabanlarına yapılacak çarpaz ilgi). Takma adlaştırma, anonimleştirme ile karşıttır. Anonimleştirme süreci a) ve b) bentlerinde belirtilen hususları yerine getirmesi gerekirken, ilişkilendirilebilir olmayı ortadan kaldırmaktadır. Anonimleştirme sırasında, kimlik bilgileri ister silinsin ister takma adlarla ikame edilsin, bu işlem görev dağılım işlevini veya tablosunu yok etmektedir. Bu nedenle anonimleştirilmiş veri artık PII değildir¹⁷.

2.4.5 Yardımcı Veri (Metadata)

PII'lar bir ICT sistemine, sistem kullanıcıları tarafından okunamayacak şekilde yerleştirilebilir. Örnek olarak; PII öznesinin adının yardımcı veri olarak bir dokümanın özellikler bölümüne ve yorumlara veya bir metin işleme dokümanına değişiklikleri izle şeklinde görülmesi verilebilir. Ancak PII öznesinin, PII'larının bu şekilde işlenmesini ve paylaşılmasını tercih etme olanağı her zaman mevcuttur¹⁸.

2.4.6 İstenmeyen PII

PII kontrolörü veya PII işleyen tarafından istenmeyen PII'lar (örneğin; yanlışlıkla elde edilen) da bir ICT sistemine kaydedilmiş olabilir. Örneğin; PII öznesi, normal olarak PII kontrolörü tarafından talep edilmeyen PII'ları kontrolöre vermiş olabilir. İstenmeyen PII toplama riski, daha sistem tasarlanırken minimize edilebilir (privacy by design konsepti)¹⁹.

2.4.7 Hassas PII'lar

Hassasiyet, kendisinden PII türetilebilecek bütün PII'ları kapsamaktadır. Örneğin; tıbbi reçeteler PII öznesinin sağlığı hakkında detaylı bilgiler açığa çıkarabilir. Bir PII, PII öznesinin cinsel tercihleri veya sağlığı hakkında doğrudan bilgiler içermese dahi, eğer bu tür bilgilerden anlam çıkarmak için kullanılıyorsa yine hassas veri sayılacaktır. Bu standardın amaçları

¹⁷ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 15.

¹⁸ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 15.

¹⁹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 15.

doğrultusunda, eğer bu tür anlam çıkarma veya bilgiler PII öznesinin kimliğinin teşhis edilmesini olanaklı kılıyorsa, PII'ler hassas olarak değerlendirilecektir²⁰.

Bazı yargı sistemlerinde nelerin hassas PII oluşturacağı açıkça yasal düzenlemelerde tanımlanmıştır. Örnek olarak; PII öznesinin ırk, etnik orijin, dini veya felsefi yaklaşımları, politik görüşleri, sendika üyeliği, cinsel yaşam veya eğilimleri veya fiziksel veya ruhsal sağlığını ifşa edecek bilgiler verilebilir. Diğer bazı yargı sistemlerinde hassas PII'ler, gerçek kişilere ilişkin kimlik hırsızlıklarını kolaylaştıracak veya önemli finansal zararlar ile sonuçlanabilecek bilgileri de ihtiva etmektedir (örneğin; kredi kartı numarası, banka hesap bilgileri veya devlet tarafından verilen pasaport, ehliyet veya sosyal güvenlik numaraları). Hassas PII'lerin işlenmesi özel önlemleri gerektirmektedir. Bazı yargı çevrelerinde hassas PII'lerin işlenmesi, PII öznesinin opt-in şeklindeki rızasına rağmen yürürlükteki mevzuat tarafından yasaklanmış olabilmektedir. Bazı yargı çevreleri ise işlenecek olan hassas PII'ların belirli çeşitleri için spesifik kontrollerin yapılmasını gerekli kılabilir (örneğin; herkese açık bir ağ'a transfer edilirken tıbbi PII'ların şifrelenmesi zorunluluğu)²¹.

2.5 Mahremiyet Koruma İsterleri

Kurumlar PII'ları çok farklı nedenlerle koruma konusunda motizyona sahiptirler: PII öznesinin mahremiyetini korumak, yasal ve düzenleyici istekleri yerine getirmek, kurumsal sorumlulukları hayata geçirmek, kullanıcı güvenini artırma gibi. Mahremiyet koruma istekleri, PII işlemenin birçok farklı aşamasına ilişkin olabilir. Örneğin; PII'ların toplanması ve saklanması, üçüncü kişilere transfer edilmesi, PII kontrolörler ve işleyenler arasındaki sözleşmesel ilişkiler, PII'ların uluslararası transfer edilmesi gibi. Mahremiyet koruma istekleri, özgüllüklerine göre de değişkenlik göstermektedir. Bu istekler, kurumların PII işlerken dikkate almayı planladıkları yüksek seviyeli mahremiyet ilkelerinin sıralanmasını ihtiva eden, oldukça genel nitelikte olabilecekleri gibi; belirli çeşit PII'ların işlenmesi bakımından oldukça spesifik kısıtlamaları içerebilir veya spesifik mahremiyet kontrollerini şart koşabilir²².

²⁰ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 15.

²¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 16.

²² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 16.

PII işlenmesini öngören bir ICT sisteminin tasarlanmasına, ilgili mahremiyet koruyucu isterlerin belirlenmesi karşısında öncelik verilmelidir. PII işlenmesini ihtiva eden yeni veya önemli ölçüde modifiye edilmiş ICT sistemlerinin mahremiyet açısından söz konusu olabilecek olası sonuçları, bu ICT sistemleri uygulamaya konulmadan önce çözümlenmelidir. Kurumların rutin olarak geniş çaplı risk yönetim aktiviteleri gerçekleştirmesi ve ICT sistemlerine ilişkin olarak risk profilleri geliştirmeleri gerekir.

Risk yönetimi “riske ilişkin olarak bir bir kurumu yönlendiren ve kontrol eden eşgüdümlü aktivitelerdir”²³. Mahremiyet risk yönetimi süreci aşağıdaki süreçlerden oluşur:

- Kurumu tanıyarak, genel çerçeveyi oluşturmak (örneğin; PII işleme, sorumluluklar), mahremiyet risk yönetimini etkileyecek teknik çevre ve faktörler (ayrıca yasal ve düzenleyici faktörler, sözleşmesel faktörler, iş faktörleri ve diğer faktörler);

- PII öznesine ilişkin olan risklerin tespit edilmesi, analiz edilmesi ve değerlendirilmesi yoluyla yapılacak risk değerlemesi;

- Mahremiyet koruma isterleri belirlenerek, PII öznesinin risklerini azaltacak veya önleyecek mahremiyet kontrolleri öngörerek ve uygulayarak riski ele almak;

- İlgili taraflardan bilgiler toplayarak, her bir risk yönetim süreci hakkında konsensus sağlamak ve PII öznesini riskler ve kontroller hakkında bilgilendirmek yoluyla iletişim ve istişare; ve

- Riskleri ve kontrolleri takip ederek ve süreçleri geliştirerek, izleme ve gözden geçirme.

Burada önem taşıyacak unsurlardan biri mahremiyet etki değerlemesi olacaktır. Mahremiyet etki değerlemesi; mahremiyet ve veri korumasına ilişkin yasal isterlere uyumu sağlamaya ve yeni veya önemli ölçüde modifiye edilmiş program veya aktivitelerin mahremiyet çıkarımlarının değerlendirilmesine odaklanan, risk yönetiminin bir bileşenidir. Mahremiyet etki değerlemesinin, bir kurumun geniş çaplı risk yönetim çerçevesi içinde altlanması gerekir²⁴.

²³ ISO Guide 73:2009.

²⁴ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 16.

Mahremiyet koruma isterleri, aşağıdaki faktörlerden etkilenen (yukarıdaki Şekil 1’de gösterilen ve aşağıda tanımlanan) genel mahremiyet risk yönetim sürecinin bir bölümü olarak tanımlanmaktadır²⁵:

- Gerçek kişilerin mahremiyetini ve PII’larını korumaya yarayan yasal ve düzenleyici faktörler;
- Sektör yönergeleri, mesleki standartlar, uyum policy’leri gibi sözleşmesel faktörler;
- Spesifik bir business uygulama veya spesifik bir kullanım durumu bağlamında önceden belirlenmiş iş faktörleri; ve
- ICT sistemlerinin tasarımını etkileyebilecek olan ve mahremiyet koruma isterleri ile ilişkili diğer faktörler.

2.5.1 Yasal ve düzenleyici faktörler

Mahremiyet koruma isterleri çoğunlukla; (1) uluslar arası, ulusal ve lokal yasalara, (2) düzenlemelere, (3) yargı kararlarına veya (4) yönetim kurulları veya diğer çalışma örgütleri ile müzakere edilen anlaşmalara yansıtılmıştır. Lokal ve ulusal yasal düzenleme örnekleri veri koruması yasalarını, tüketicinin korunmasına ilişkin yasaları, veri ihlali uyarı düzenlemelerini, veri saklama yasalarını ve iş yasalarını kapsamaktadır. İlgili uluslararası hukuk PII’ların sınır ötesi transferini etkileyebilecek kurallar ihtiva edebilir. PII kontrolörünün, yasal veya düzenleyici faktörlerden doğan ilgili tüm mahremiyet koruma isterlerinin farkında olması gerekir. Bu amacı temin etmek için hukukçularla yakın olarak çalışabilirler. Birçok yargı çevresinde uyumu sağlamakla easaen görevli olan bir PII kontrolörü bulunacağı için, PII işleme sürecine dahil olan tüm aktörlerin yasal veya diğer faktörlerden doğan ilgili mahremiyet koruma isterinin tespitinde proaktif bir yaklaşım göstermeleri gerekli olacaktır²⁶.

2.5.6 Sözleşmesel faktörler

Sözleşmesel yükümlülükler de mahremiyet koruma isterlerini etkileyebilir. Bu yükümlülükler; PII işleyenler, PII kontrolörleri ve üçüncü taraflar gibi farklı aktörler arasındaki anlaşmalardan kaynaklanabilir. Örneğin; bir mahremiyet paydaşı üçüncü taraflardan, spesifik bir mahremiyet kontrolü kul-

²⁵ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 17.

²⁶ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 17.

lanmalarını veya PII kendilerine teslim edilmeden önce spesifik bir PII yok etme isterleri üzerinde anlaşma yapılmasını isteyebilir. Mahremiyet koruma isterleri ayrıca şirket politikasının ve mahremiyet paydaşlarının kendileri için düzenledikleri bağlayıcı kurumsal ilkelerin de bir sonucu olabilir. Kural olarak; PII'lara erişim hakkı olan her bir tarafın, yükümlülüklerine ilişkin olarak, ilgili PII kontrolörü (veya kontrolörleri) tarafından, örneğin; üçüncü taraf anlaşmalarında resmi şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Bu anlaşmalar PII alıcısı olan üçüncü tarafın dikkate alması gereken bir dizi mahremiyet koruma isteri ihtiva edebilir. Belli yargı çevrelerinde ulusal ve bölgesel kurumlar, PII'lerin üçüncü taraflara transferini olanaklı kılacak yasal ve sözleşmesel araçları oluşturmuşlardır²⁷.

2.5.7 Sektörel faktörler

Mahremiyet koruma isterleri, öngörülen bir uygulama veya kullanımı bağlamında spesifik özellikler ihtiva eden sektörel faktörlerden de etkilenebilir. Sektörel faktörler, mahremiyet paydaşının türü ve işin niteliğine bağlı olarak değişiklik gösterebilecektir. Örneğin; bu isterler kurumun aktif olduğu sektöre ilişkin olabilirler (sektör yönergeleri, davranış kuralları, iyi uygulama kuralları, standartlar) veya iş modelinin niteliği (7/24 online hizmetler, bilgi paylaşım hizmetleri, bankacılık uygulamaları).

Birçok sektörel faktör, mahremiyet koruma isterleri üzerinde bu tür bir doğrudan etkiye sahip değildir. PII'ların öngörülen kullanımı bir kurumun mahremiyet politikalarının uygulanmasını ve aynı şekilde mahremiyet kontrollerinin seçimini etkileyecektir. Ancak bunlar kurumun bağlı olduğu mahremiyet ilkeleri üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Örneğin; belirli bir hizmeti sunmak bir servis sağlayıcının ek PII'lar toplamasını gerekli kılabilir veya daha fazla sayıda çalışanın belirli çeşit PII'lara erişimini olanaklı kılabilir. Ancak bu durum PII kontrolörün, söz konusu hizmetin sunulması için tam olarak hangi çeşit PII'lara ihtiyaç olduğunu (sınırlı toplama ilkesi) bu çerçevede değerlendiremeyeceği ve görevlerini yerine getirebilmek için bu PII'lara ihtiyacı olan çalışanların erişimlerini sınırlandıramayacağı (bilgi güvenliği ilkesi) anlamına gelmemektedir²⁸.

²⁷ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 17-18.

²⁸ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 18.

2.5.8 Diğer faktörler

Mahremiyet koruma isterlerinin tespitinde kurumlar için gözününe alınması gereken en önemli faktör, PII öznesinin mahremiyet önceliklerine ilişkindir. Mahremiyet karşısında bir gerçek kişinin kişisel eğilimi ve bir gerçek kişinin gözönünde bulundurulması gereken ne tür risklerinin olduğu, gerçek kişinin kullanılan teknolojiyi anlama yetkisi, geçmiş deneyimleri, sağlanan bilgi, işlemin amacı ve sosyo psikolojik etkenleri de kapsayan bir dizi faktöre bağlı olabilecektir. ICT sistem tasarlayıcıların, PII öznesinin mahremiyet endişelerini ve kendi sistemleri aracılığıyla işlenecek PII çeşitlerini anlamaya gayret etmeleri gerekir. ICT sistem tasarlayıcılar için, PII öznesine mahremiyet öncelikleri ile örtüşecek seçenekleri sunmak her zaman olanaklı olmamasına rağmen, bu husus önemli bir tasarım etmenidir²⁹.

Mahremiyet öncelikleri, anonimlik ve takma ad, spesifik PII'lara erişilecek olanları sınırlama yeteneği veya PII'ların işleneceği amacı kısıtlama yeteneği gibi hususları kapsayabilir. Mahremiyet dostu öncelikleri açıklama yeteneği, ICT sisteminin grafiksel kullanıcı arayüzleri kullanılarak sisteme uygulanabilir. Kullanıcı arayüzünü uygulamak işaret kutusu veya açılır menü gibi öğelere dayalı olabilir. Yukarıdaki bentlerde listelenen klostlara ek olarak, ICT sistemlerinin tasarımını etkileyebilecek olan ve mahremiyet koruma isterleri ile ilişkili olan başkaca faktörler de mevcuttur. Örneğin; mahremiyet koruma isterleri iç kontrol sistemleri veya kurumun kabul ettiği teknik bir standarttan etkilenebilir³⁰.

2.6 Mahremiyet Yönergesi

PII işleme sürecine dahil olan kurumun en üst düzey yönetimi, bir mahremiyet yönergesi oluşturabilir. Bu mahremiyet yönergesi:

- Kurumun amacına uygun olmalı,
- Belirlenen amaçlar için bir çerçeve sağlamalı,
- Uygulanabilir mahremiyet koruma isterlerinin yerine getirileceğine ilişkin bir taahhüdü ihtiva etmeli,
- Sürekli bir gelişim taahhüdünü ihtiva etmeli,
- Kurum kapsamında sirküle edilmiş olmalı, ve

²⁹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 18.

³⁰ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 18.

- Uygun olduğu ölçüde ilgili taraflarca erişilebilir olmalıdır³¹.

Kurumların mahremiyet yönergelerini yazılı olarak dokümente etmeleri gerekir. PII işleyen bir kurumun PII işleyen olduğu durumlarda, bu policyler geniş çaplı olarak PII kontrolör tarafından belirlenecektir. Mahremiyet yönergelerinin, PII işleme sürecine dahil olan farklı mahremiyet paydaşlarının detaylı kuralları ve yükümlülükleri ile tamamlanması gerekir (örneğin; spesifik bölümler veya çalışanlar için prosedürler gibi). Ayrıca mahremiyet yönergelerini belirli bir ortam için uygulamak için kullanan kontrollerin de (örneğin; erişim kontrolü, uyarı hükümleri, denetim gibi) açıkça dokümente edilmesi gerekir. Mahremiyet yönergesi terimi çoğunlukla hem iç hem de dış mahremiyet yönergeleri için kullanılır. Dahili bir mahremiyet yönergesi, bir kurumun, PII işlemesi ile ilişkili olan mahremiyet koruma isterlerini yerine getirmek için kabul ettiği amaçlar, kurallar, yükümlülükler, kısıtlamalar ve/veya kontrollerden oluşur. Harici bir mahremiyet yönergesi ise kurum dışındaki kişilerin, kurumun mahremiyet uygulamaları, aynı şekilde PII kontrolörün kimliği ve kurumsal adresi, PII öznesinin ilave bilgileri edinebileceği bağlantı kurulacak kişi bilgisi gibi bilgileri ihtiva eder. Bu standartta çizilen çerçeve bağlamında “mahremiyet yönergesi” terimi, bir kurumun dahili mahremiyet yönergesine atıf yapmak için kullanılmaktadır³².

2.7 Mahremiyet kontrolleri

Kurumların, mahremiyet risk değerlemesi ve yönetim süreçlerinin belirlediği mahremiyet koruma isterlerini yerine getirecek mahremiyet kontrollerini oluşturmaları ve uygulamaları gerekir. Bu şekilde oluşturulan ve uygulanan mahremiyet kontrollerinin kurumun mahremiyet risk değerlemesinin bir bölümü olarak dokümente edilmesi gerekir. Kurumların mahremiyet kontrollerini geliştirme işini, genel privacy by design yaklaşımlarının bir parçası olarak görmeleri ve bu yönde çaba harcamaları gerekli olacaktır. Örneğin; mahremiyet uyumu, PII işleyen sistemlerin tasarımı aşamasında dikkate alınmalıdır. Bilgi güvenliği kontrolleri söz konusu olduğu sürece, PII işlemenin aynı seviye ve çeşitte bir koruma gerektirdiğini belirtmek önem taşımaktadır. Kurumların ortaya koydukları spesifik risklere göre PII

³¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 19.

³² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 19.

işleme operasyonlarını, hangi bilgi güvenliği kontrolünün hangi aşamada uygun olduğu belirlemeye yardımcı olmak için ayrımlara tabi tutmaları gerekir. Risk yönetimi bu süreçte merkezi bir yöntemdir ve mahremiyet kontrollerinin belirlenmesi, bir kurumun bilgi güvenliği yönetim çerçevesinin ayrılmaz bir parçası olacaktır³³.

3. ISO/IEC 29100'ün Mahremiyet İlkeleri

3.1 Mahremiyet ilkelerine genel bakış

Bu standartta tanımlanan mahremiyet ilkeleri, mevcut ilkelere bir dizi ülke, eyalet ve uluslararası kuruluşlar tarafından türetilmiştir. Çerçeve, mahremiyet ilkelerinin ICT sistemlerine uygulanması ve kuruluşların ICT sistemleri kapsamında uygulanacak olan mahremiyet yönetim sistemlerinin geliştirilmesine odaklanmıştır. Bu mahremiyet ilkelerinin, mahremiyet yönergeleri ve mahremiyet kontrollerinin tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanmasına kılavuzluk etmesi amacıyla kullanılması gerekir. Söz konusu ilkeler ayrıca, kurum içindeki mahremiyet yönetim programlarının performansı, kıyaslaması ve denetlenmesini gözlemlemek ve ölçümlemek amacıyla da kullanılabilir. Bazı hallerde bu ilkelerin uygulanmasını sınırlandıran sosyal, kültürel, yasal ve ekonomik faktörler olmasına rağmen, bu Uluslararası Standartta tanımlanan tüm ilkelerin uygulanması tavsiye edilmektedir. Bu ilkelerin istisnalarının sınırlı olması gerekir³⁴.

Bazı hallerde bu ilkelerin uygulanmasını sınırlandıran sosyal, kültürel, yasal ve ekonomik faktörler olmasına rağmen, bu Uluslararası Standartta tanımlanan tüm ilkelerin uygulanması tavsiye edilmektedir. Bu ilkelerin istisnalarının sınırlı olması gerekir. Aşağıdaki mahremiyet ilkeleri bu Uluslararası Standardın temelini oluşturmaktadır³⁵:

1. Rıza ve seçim
2. Amacın meşruluğu ve açıklama
3. Sınırlı toplama
4. Veri minimizasyonu
5. Kullanım, saklama ve açıklama (ifşa) kısıtlaması
6. Doğruluk ve veri kalitesi

³³ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 19.

³⁴ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 20.

³⁵ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 20.

7. Açıklık, şeffaflık ve uyarı
8. Bireysel katılım ve erişim
9. Hesap verilebilirlik
10. Bilgi güvenliği
11. Mahremiyet uyumu

3.2 Rıza ve seçim

Rıza ilkesi şu anlama gelmektedir³⁶:

- PII öznesinin rızasını serbestçe veremeyeceği veya uygulanacak hukukun spesifik olarak gerçek kişinin rızası olmaksızın PII işlenmesini öngördüğü haller istisna olmak üzere, PII öznesinin, kendi PII'larının işlenmesine izin verip vermeyeceğine ilişkin olarak kendisine seçim hakkı sunulması,

- Uygulanacak hukukun, gerçek kişinin rızası olmaksızın hassas PII işlenmesine izin verdiği haller istisna olmak üzere, PII öznesinden hassas PII toplanması ve işlenmesi için opt-in şeklinde rızasının alınması,

- Rıza almadan önce PII öznesinin bireysel katılım ve erişim ilkesi kapsamındaki haklarına ilişkin olarak bilgilendirilmesi,

- Rıza alınmadan önce veri öznesinin, açıklık, şeffaflık ve bildirim ilkeleri ile ifade edilen hususlara ilişkin olarak bilgilendirilmesi,

- PII öznesine rıza verme veya vermemenin sonuçlarının açıklanması.

PII öznesine, PII'larının nasıl işlem göreceğini seçme ve verdiği rızayı kolay ve ücretsiz bir şekilde geri alabilme olanağı sunan hükümlerin oluşturulması gerekir. Bu talebin mahremiyet yönergesine uygun olarak ele alınması gerekir. Rıza geri alınmış olsa bile, PII kontrolörün yasal veya akdi yükümlülüklerine (örneğin; veri saklama, hesap verilebilirlik) uyum için belirli PII'ları belirli bir süre daha muhafaza etmesi gerekli olabilecektir. PII işlemenin rızaya değil de diğer yasal esaslara dayandığı hallerde, PII öznesinin her fırsatta bilgilendirilmesi gerekir. PII öznesinin rızasını geri alma hakkına sahip olduğu hallerde, rıza geri alındığında, bu PII'ın yasal olarak gerekçelendirilmeyen herhangi bir amaç için işlemeyen hariç bırakılması gerekir³⁷.

³⁶ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 20.

³⁷ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 20-21.

PII öznesine, PII'larının nasıl işlem göreceğini seçme ve verdiği rızayı kolay ve ücretsiz bir şekilde geri alabilme olanağı sunan hükümlerin oluşturulması gerekir. Bu talebin mahremiyet yönergesine uygun olarak ele alınması gerekir. Rıza geri alınmış olsa bile, PII kontrolörün yasal veya akdi yükümlülüklerine (örneğin; veri saklama, hesap verilebilirlik) uyum için belirli PII'ları belirli bir süre daha muhafaza etmesi gerekli olabilecektir. PII işlemenin rızaya değil de diğer yasal esaslara dayandığı hallerde, PII öznesinin her fırsatta bilgilendirilmesi gerekir. PII öznesinin rızasını geri alma hakkına sahip olduğu hallerde, rıza geri alındığında, bu PII'ın yasal olarak gerekçelendirilmeyen herhangi bir amaç için işlemekten hariç bırakılması gerekir.

Bir PII kontrolörü için seçim ilkesi şu anlama gelmektedir:

- PII öznesine, toplama, ilk kullanım veya mümkün olduğu ölçüde bundan sonra, PII'larının işlenmesine ilişkin olarak yapacağı seçim ve vereceği rızaya dair açık, belirgin, kolay anlaşılır, erişilebilir uygun mekanizmaları sağlamak,

- PII öznesinin önceliklerini rızasında açıkladığı şekilde uygulamak.

Ayrıca işleme için, rıza dışında ek başka hükümler de öngörülebilir (örneğin; bir sözleşmenin icrası, PII öznesinin yaşamsal çıkarları veya hukuka uyum gibi). Uygulanacak hukuk bazı durumlarda PII öznesinin rızasının işleme için yeterli yasal temeli oluşturamayacağını öngörebilir (örneğin; velisi veya vasisinin onayı olmadan bir küçüğün verdiği rıza). Ayrıca PII'ların uluslararası transferi açısından da ek isterlerin göz önünde bulundurulması gerekir. Verinin işlenmesi veya transferinden önce, bu ek hükümlere uyumu gözetmek PII kontrolörün sorumluluğundadır³⁸.

3.3 Amacın meşruluğu ve özellikler

Amacın meşruluğu ve özellikler ilkesi;

- Amacın veya amaçların uygulanacak hukuka uygun olduğu veya geçerli bir hukuki temele dayandığının temin edilmesini,

- PII öznesi ile amaç veya amaçların bilginin toplandığı veya yeni bir amaç için ilk kez kullanıldığı zamandan önce iletişime geçilmesini,

- Bu özellik için açık ve koşullara uygun bir şekilde uyarlanmış bir dil kullanmak, ve

³⁸ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 21.

- Uygulanabildiği ölçüde, hassas verileri işleme ihtiyacı için yeterli açıklamaların yapılmasını ifade etmektedir³⁹.

Hassas PII'lara ilişkin olarak; işleme amacı için daha sıkı kurallar uygulanabilecektir. Burada amaç ya hukuki bir temeli veya veri koruması kurumu veya bir devlet kurumu tarafından spesifik bir yetkilendirmeyi gerektirebilir. İşleme amacının uygulanacak hukuka uygun olmadığı hal-lerde, işleme gerçekleştirilmeyecektir⁴⁰.

3.4 Sınırlı toplama

Sınırlı toplama ilkesi,

- Sadece belirli bir amaç veya amaçların gerçekleştirilmesi için mutlaka gerekli olan ve uygulanacak hukukun sınırları içinde kalan PII'ların toplanmasının sınırlandırılmasını ifade eder⁴¹.

Kurumların PII'ları ayırım gözetmeden toplamaması gerekir. Toplanan PII'ların hem miktarı hem de çeşidinin PII kontrolör tarafından belirlenen meşru bir amaç veya amaçların yerine getirilmesi için gerekli olma ile sınırlı olması gerekir. Kurumların PII'ları dokümanete etmeleri ve aynı şekilde bunu yapmalarının gerekçesinin kendi bilgi işleme yönerge ve uygulamalarının bir parçası olması gerekir.

PII kontrolör, PII öznesi tarafından talep edilen belirli bir hizmet dışında, başka amaçlar için ek PII'lar toplamak isteyebilir (örneğin; doğrudan pazarlama amacıyla). Yargı çevresine bağlı olarak, bu tür ek bilgiler ancak PII öznesinin rızası ile toplanabilir. Belirli bilgilerin toplanmasının uygulanacak hukuk tarafından öngörülmesi de olasıdır. Mümkün olan en kısa süre zarfında PII öznesine bu tür bilgileri verip vermeyeceğine ilişkin seçme hakkının verilmesi gerekir. PII öznesinin ayrıca ek bilgilere yönelik olarak yapılan bu taleplere yönelik olarak verecekleri cevapların tamamen seçimlik olduğu konusunda açıkça bilgilendirilmesi gerekir⁴².

³⁹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 21.

⁴⁰ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 21.

⁴¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 21.

⁴² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 21.

3.5 Veri minimizasyonu

Veri minimizasyonu, sınırlı toplama ilkesi ile doğrudan ilintili olmakla birlikte onu aşan bir yanı da mevcuttur. Sınırlı toplama ilkesi, belirlenen amaç ile bağlantılı olarak sınırlı datanın toplanmasına atıf yaparken, veri minimizasyonu ilkesi ise PII işlenmesini katı bir şekilde minimize etmektedir⁴³.

Veri minimizasyonu ilkesi veri işleme süreçleri ve ICT sistemlerinin tasarım ve uygulamasının;

- İşlenen PII'ların ve kendilerine PII açıklanan veya bunlara erişim hakkı olan mahremiyet paydaşlarının ve kişilerin sayısını minimize edecek şekilde yapılması gerekir,

- "bilgi edinme hakkı" ilkesinin benimsenmesini temin etmesi gerekir (örneğin; PII işlemenin meşru amacı çerçevesinde görevini yerine getirmek için ihtiyacı olan PII'lara erişim hakkının sadece ilgili bu kişiye verilmesi)

- Standart seçeneklerin, mümkün olduğu ölçüde PII öznesinin teşhis edilmesini kapsamayan işlem veya etkileşimlerin sunulması veya kullanılması, PII öznesinin davranışlarının izlenmesinin azaltılması ve toplanan PII'larla ilişkilendirilmenin sınırlandırılması gerekir.

- İşleme amacı gerçekleştirildikten sonra PII'ların silinmesi ve yok edilmesi gerekir⁴⁴.

3.6 Kullanım, saklama ve açıklama (ifşa) kısıtlaması

Kullanım, saklama ve açıklama (ifşa) kısıtlaması ilkesi;

- Belirli, açık ve meşru amaçların yerine getirilmesi için gerekli olan PII'nın kullanım, saklama ve açıklanmasının (transfer de dahil olmak üzere) kısıtlanması,

- Farklı bir amaç açıkça uygulanacak hukuk tarafından öngörülmediği sürece, veri toplamadan önce PII kontrolör tarafından belirlenen amaçlar için PII'ların kullanımını kısıtlamak,

- Sadece belirlenen amacı yerine getirmeye yetecek süre zarfında PII'ların saklanması ve bu süre geçtikten sonra güvenli bir şekilde yok edilmesi veya anonimleştirilmesi,

⁴³ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 22.

⁴⁴ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 22.

- Öngörülen amaç gerçekleşir gerçekleşmez her PII'nin kilitlenmesini (bir daha işlenemeyecek şekilde PII'ların arşivlenmesi, korunması) ifade eder. Uygulanacak hukukun verilerin saklanması öngördüğü durumlar saklıdır⁴⁵.

PII'lar uluslar arası transfere konu teşkil edecekse, PII kontrolörün sınır ötesi transferlere spesifik ek herhangi bir ulusal veya lokal ister olup olmadığını farkında olması gerekir⁴⁶.

3.7 Doğruluk ve veri kalitesi

Doğruluk ve veri kalitesi ilkesi;

- İşlenen PII'ların doğru, tam, güncel, uygun ve kullanım amacı ile ilintili olmasının temin edilmesini,

- İşlenmeden önce veri öznesi dışında bir başka kaynaktan elde edilen PII'larm güvenilirliklerinin sağlanmasını,

- PII'larda herhangi bir değişiklik yapılmadan önce, uygun olduğu ölçüde PII öznesi tarafından yapılacak taleplerin geçerliliği ve doğruluğunun uygun araçlarla doğrulamasını,

- Doğruluk ve kalitenin sağlanmasına yardımcı olacak PII toplama süreçleri oluşturmak, ve

- Toplanan ve saklanan PII'ların doğruluğunu ve kalitesini periyodik olarak kontrol edecek kontrol mekanizmalarının oluşturulmasını ifade etmektedir⁴⁷.

3.8 Açıklık, şeffaflık ve uyarı

Açıklık, şeffaflık ve uyarı ilkesi;

- PII öznesine, PII kontrolörün PII işlemeye ilişkin olarak geliştirdiği policyler, prosedürler ve uygulamalar hakkında açık ve kolayca erişilebilir bilgiler sağlamak,

- PII işleme, hangi amaçla bu işlemenin yapıldığı, PII'ların açıklanacağı mahremiyet paydaşlarının çeşidi ve PII kontrolörle nasıl iletişime geçileceği bilgisi de dahil olmak üzere, PII kontrolörün kimlik bilgileri,

⁴⁵ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 22.

⁴⁶ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 22.

⁴⁷ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 22.

- PII kontrolör tarafından, işlemeyi kısıtlama amacıyla ve bilgilere erişim, düzeltme veya bilgileri kaldırma amacıyla PII öznesine sağlanan seçenekler ve araçların açıklanması, ve

- PII işlem sürecinde majör değişikliklerin olması durumunda, PII öznesine bir uyarı ile bunu bildirmeyi ifade etmektedir⁴⁸.

Temelde yatan PII işlemenin mantığı hakkında genel bilgileri de ihtiva eden şeffaflık, işlemenin PII öznesine bir karar impactingini kapsadığı durumlarda gerekli olmaktadır. PII işleyen mahremiyet paydaşlarının, PII yönetimine ilişkin policy ve uygulamalarına ilişkin spesifik bilgileri herkes tarafından okunabilir şekilde erişime hazır bulundurmaları gerekir. PII işlemeyi etkileyn tüm sözleşmesel yükümlülüklerin dokümante edilmesi ve uygun olduğu ölçüde kurum içinde sirküle etirilmesi gerekir. Ayrıca yükümlülüklerin gizli olmadığı durumlarda kurum dışında da sirküle ettirilmeleri gerekir⁴⁹.

Ayrıca işlemenin amacının PII öznesinin aşağıdaki şu hususları anlamasına izin verecek şekilde yeteri ölçüde detaylandırılması gerekli olacaktır⁵⁰:

- Belirlenmiş bir amaç için gerekli olan belirlenmiş PII'lar,
- Belirlenmiş işleme (toplama, iletişim ve saklama mekanizmaları dahil olmak üzere),
- PII'lara erişebilecek ve PII'lar kendisine transfer edilecek yetkili gerçek kişilerin çeşitleri, ve
- Belirlenmiş PII'lere ilişkin veri saklama ve yok etme istekleri.

3.9 Bireysel katılım ve erişim

Bireysel katılım ve erişim ilkesi;

- PII öznesine, uygun bir güvenlik seviyesinde ve uygulanacak hukuk tarafından bu tür bir erişim yasaklanmadığı sürece, PII'larına erişim ve inceleme yetkisi verilmesini,

- PII öznesine, PII'larının doğruluğu ve tam olup olmadıklarını kontrol etme, somut olayda uygun ve mümkün olduğu ölçüde değiştirme, düzeltme veya silme yetkisinin verilmesini,

⁴⁸ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 23.

⁴⁹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 23.

⁵⁰ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 23.

- PII işleyenlere ve kişisel verilerin kendisine açıklandığı üçüncü taraflara bu veriler üzerinde herhangi bir değişiklik, düzeltme veya yok etme yetkisinin verilmesini,

- PII öznesinin bu hakları, gereksiz masraf ve gecikmeye neden olmayacak şekilde basit, hızlı ve etkin olarak kullanabileceği prosedürlerin öngörülmesini ifade etmektedir⁵¹.

3.10 Hesap verilebilirlik

PII işleme, bu verilerin korunması için bir dizi somut ve pratik önlemin alınmasını gerektirmektedir. Hesap verilebilirlik ilkesi şu hususları kapsamaktadır⁵²:

- Uygun olduğu ölçüde mahremiyete ilişkin tüm policylerin, prosedürlerin ve uygulamaların dokümanite edilmesi ve paylaşılmasını,

- mahremiyete ilişkin tüm policylerin, prosedürlerin ve uygulamaların hayata geçirilmesi için kurum içinde belirli bir kişiyi görevlendirmesini,

- PII'lar üçüncü kişilere transfer edilirken, üçüncü taraf alıcının, sözleşmeler veya zorunlu iç policyler gibi araçlar ile uygun bir mahremiyet koruma seviyesi sunmakla yükümlü olmasının sağlanması (uygulanacak hukuk uluslar arası veri transferlerine ilişkin olarak ek istekler ihtiva edebilir),

- PII erişme hakkına sahip olacak PII kontrolörünün personeline uygun eğitimlerin verilmesi,

- PII öznesi tarafından gerçekleştirilecek kullanımlar için etkin dahili şikayetlerin halli ve tazminat süreçleri öngörmek,

- PII öznelerini büyük zarara yol açabilecek veri ihlalleri ve çözüm için alınan önlemler hakkında bilgilendirmek,

- Bazı yargı çevrelerinde gerekli olduğu için ve risk seviyesine bağlı olarak, ilgili tüm mahremiyet paydaşlarını, mahremiyet ihlalleri hakkında uyarmak,

- Mahremiyet ihlali gerçekleştiğinde, zarar gören PII öznesine; düzeltme, silme veya eski haline iade gibi uygun ve efektif yaptırım ve/veya çareleri kullanma olanağı vermek, ve

⁵¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 23.

⁵² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 24.

- Gerçek kişinin mahremiyet durumunu hiçbir şey olmamış gibi bir daha eskiye döndürmenin zor veya imkansız olacağı durumlar için tazminat süreçleri öngörmek.

Mahremiyet ihlalini düzeltmek amacıyla alınacak önlemlerin, ihlalle bağlantılı olan risklerle orantılı olması, ancak mümkün olduğu ölçüde çabuk uygulanabilir olması gerekir. Tazminat süreçlerinin oluşturulması hesap verilebilirliğin en önemli unsurudur. Tazminat, PII öznesine PII kontrolörü herhangi bir kötüye kullanım olasılığına karşı hesap verebilir bir şekilde tutmaya yarayan bir araçtır. Eski hale iade, mağdur olan PII öznesine tazminat ödenmesini de kapsayan, tazminat prosedürünün bir şeklidir. Bu husus sadece kimlik hırsızlığı, PII'ların kötüye kullanımı veya repütasyon anlamında zarar görülmesi durumunda değil, ayrıca ilgili PII'ın modifiye edilmesi veya değiştirilmesinde yapılan yanlışlıklar için de geçerlidir⁵³.

3.11 Bilgi güvenliği

Bilgi güvenliği ilkesi aşağıdaki hususları ifade etmektedir⁵⁴:

- PII'ları; gizlilik, bütünlük ve erişilebilirliklerini sağlamak ve yaşam döngüsü boyunca söz konusu olabilecek yetkisiz erişim, tahrip edilme, yok edilme, modifikasyon, ifşa edilme veya kayıplara karşı koruma sağlamak amacıyla, operasyonel, işlevsel ve stratejik seviyede uygun kontroller öngörerek kendi hakimiyeti altında korumak,

- PII işlenmesi için gerekli olan organizasyonel, fiziksel ve teknik kontrollere ilişkin olarak yeterli garantiler sunabilecek ve bu kontrollere uyumu sağlayacak bir PII işleyen seçmek,

- Bu kontrolleri yasal isterlere, güvenlik standartlarına, ISO 31000'de tanımlanan sistematik güvenlik risk değerlemesi sonuçlarına ve maliyet/fayda analiz sonuçlarına dayandırmak,

- Kontrolleri olasılıklarla orantılı olarak ve potansiyel sonuçların önem derecelerini, PII'ların hassasiyetini, PII öznelerinin sayısını ve bu durum içinde - PII'lara erişimi sadece görevlerini yerine getirmek için bu erişime ihtiyaç duyan kişilerle ve bu kişilerin yine sadece görevlerini yerine getirmek için ihtiyaç duydukları PII'lara erişimle sınırlamak,

⁵³ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 24.

⁵⁴ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 24-25.

- Mahremiyet risk değerlemesi ve denetim süreçleri sırasında tespit edilen riskleri ve zayıflıkları çözümlmek,
- Kontrolleri süregelen bir güvenlik risk yönetimi süreci kapsamında, periyodik inceleme ve yeniden değerlemeye tabi tutmak.

3.12 Mahremiyet Uyumu

Mahremiyet uyumu ilkesi:

- Periyodik olarak yapılan iç denetim ve güvenilir üçüncü taraf denetimi ile, veri işlemenin veri koruması ve mahremiyet koruma isterlerini karşıladığını doğrulamak ve göstermeyi,

- İlgili mahremiyet yasaları ve bunların güvenliği, veri koruması ve mahremiyet policy ve prosedürlerine uyumu temin etmek amacıyla, uygun iç ve bağımsız gözetim mekanizmalarına sahip olmayı, ve

- PII işlemeyi kapsayan program ve hizmet sunum inisiyatiflerinin, veri koruması ve mahremiyet isterlerine uyumlu olup olmadığını değerlendirmek için mahremiyet risk değerlemesi geliştirmek ve sürdürmeyi ifade etmektedir⁵⁵.

Uygulanacak hukuk, uygulanacak veri koruması yasal düzenlemele- rine uyumu kontrol etmekle sorumlu olacak bir veya daha fazla kontrol kurumu öngörmüş olabilir. Böyle bir durumda, mahremiyet uyumu ilkesi- ne sadık kalmak ayrıca bu otoritelerle de işbirliğini ve onların yönerge ve taleplerinin de gözetilmesini gerektirecektir.⁵⁶

4. ISO/IEC 29100 konsepti ile ISO/IEC 27000 konsepti arasındaki benzerlikler

ISO/IEC 27000 Uluslar arası Standartlar ailesinin, mahremiyet bağlamında kullanımı kolaylaştırmak ve ISO/IEC 27000 nağlamına mahremiyet konseptini entegre etmek için, aşağıdaki tabloda ana konseptler arasındaki ilişki açıklanmaktadır⁵⁷:

ISO/IEC 29100 konsepti	ISO/IEC 27000 konsepti ile benzerlikler
Mahremiyet paydaşı	Paydaş

⁵⁵ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 25.

⁵⁶ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 25.

⁵⁷ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 26.

PII	Bilgi varlığı
Mahremiyet ihlali	Bilgi güvenliği sorunu
Mahremiyet kontrolü	Kontrol
Mahremiyet riski	Risk
Mahremiyet risk yönetimi	Risk yönetimi
Mahremiyete koruma isterleri	Kontrol amaçları

5. Hukuki Düzenlemeler ile ISO/IEC 29100 Standardı Arasındaki İlişki

Aşağıdaki tablo, 95/46 sayılı AB Veri Koruma Direktifi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve ISO/IEC 29100 Standardındaki veri korumasının temel kavramlarını karşılaştırmaktadır:

95/46 sayılı AB Veri Koruma Direktifi	Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı	ISO/IEC 29100 Standardı
<u>Kişisel veri (personal data)</u> : Fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye ("veri öznesi) ilişkin herhangi bir bilgi	<u>Kişisel veri</u> : Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi	<u>Kişisel tanımlanabilir bilgi (personally identifiable information-PII)</u> : Veri öznesini tanımlamakta kullanılabilen ya da doğrudan veya dolaylı olarak veri öznesi ile bağlantı kurulabilen bilgi
<u>Kişisel verilerin işlenmesi (processing of personal data)</u> : Silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sırala-	<u>Kişisel verilerin işlenmesi</u> : Kişisel verilerin tamamen veya kısmen, otomatik olan veya olmayan yollarla	<u>Kişisel tanımlanabilir bilgilerin işlenmesi (processing of PII)</u> : PII üzerinde gerçekleş-

<p>ma, sağlama ya da dağıtma, iletmeye açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, danışma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisi</p>	<p>elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem</p>	<p>tirilen işlem veya işlemler dizisi</p>
<p><u>Veri sorumlusu (controller):</u> Kişisel verilerin işleme araçlarını ve amaçlarını tek başına ya da diğerleriyle ortaklaşa belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, devlet dairesi veya başka bir kuruluş; işleme amaçları ve araçları ulusal veya Topluluk hukuku veya yönetmelikleriyle belirlendiğinde, denetleyici veya atanması için özel kriterler, ulusal veya topluluk hukukuyla belirlenebilir</p>	<p><u>Veri sorumlusu:</u> Veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi</p>	<p><u>Kişisel tanımlanabilir bilgi sorumlusu (PII controller):</u> Veriyi kişisel amaçlarla kullanan gerçek kişiler hariç olmak üzere, PII'nin işleme amaç ve araçlarını belirleyen mahremiyet (privacy) paydaş veya paydaşları</p>
<p><u>Veri işleyen (processor):</u> Veri sorumlusu adına kişisel verileri işleyen bir gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, devlet dairesi veya diğer bir kuruluş</p>	<p><u>Veri işleyen:</u> Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak, onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi</p>	<p><u>Kişisel tanımlanabilir bilgi işleyen (PII processor):</u> PII sorumlusu adına ve onun talimatları doğrultusunda, kişisel tanımlanabi-</p>

		lir bilgi işleyen mahremiyet (privacy) paydaşı
<p><u>Anonimleştirme:</u> 95/46/EC sayılı Direktif anonimleştirmeyi tanımları içerisinde düzenlememiştir. Ancak Direktifin giriş bölümü 26. maddesi itibariyle; “koruma esasları, veri öznesinin artık tespit edilebilir olmadığı bir biçimde anonimleşmiş verilere uygulanmayacaktır” hükmü getirilmiştir.</p>	<p><u>Anonim hale getirme:</u> Kişisel verilerin, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmeyecek hale getirilmesi</p>	<p>Anonimleştirme (anonymization): PII sorumlusu tarafından tek başına veya başka bir taraf ile beraber gerçekleştirilen, veri öznesinin doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanamayacağı şekilde, PII'nin geri döndürülemez olarak değiştirilmesi işlemi</p>
<p><u>Özel nitelikli kişisel veri (special categories of data):</u> Üye Devletler, sağlık durumuna veya cinsel yaşama ilişkin verilerin işlenmesini ve sendika üyeliğini, dini veya felsefi inançları, siyasi görüşleri, ırk veya etnik kökeni açıklayan kişisel verilerin işlenmesini yasaklayacaktır...</p>	<p><u>Özel nitelikli kişisel veri:</u> Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasî düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı veya cinsel hayatıyla ilgili verileri, özel nitelikli kişisel veriler olup bunların işlenmesi yasaktır...</p>	<p><u>Hassas tanımlanabilir kişisel bilgi (sensitive PII):</u> Veri öznesi üzerinde önemli bir etkisi olabilecek ya da ilgili kişinin en özel alanına ait ve doğası gereği hassas olan PII kategorisi</p>
<p><u>Veri öznesinin rızası (the data subject's consent):</u> Kendisine dair kişisel verilerin işlenmesi için veri öznesinin kabulüne işaret eden, özgürce ve</p>	<p><i>Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı</i> “rıza” ve “açık rıza”ya tanımları arasında yer vermemiştir. <i>Tasarının madde ge-</i></p>	<p>Rıza (consent): Tanımlanabilir kişisel bilgisinin işlenmesi için, veri öznesinin özgürce verdiği spesifik ve</p>

bilgilendirilme yapıldıktan sonra alınan rıza	<i>rekçeleri bölümünde, 5. Maddenin gereğince, 95/46 sayılı AB Direktifine şu şekilde atıfta bulunulmuştur; “Kural olarak kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası ve maddede sayılan istisnalar dışında işlenmesi yasaktır. 95/46 EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine göre rıza, ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanıdır.”</i>	bilinçli mutabakat
---	---	--------------------

Tablodan görülebileceği üzere, 95/46 sayılı AB Veri Koruma Direktifi, ülkemizde tasarı aşamasında olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı ve ISO/IEC 29100 Standardı, yazım biçimleri farklı olabilese de, kişisel veri, veri sorumlusu, veri işleyen, rıza, anonimleştirme gibi temel kavramlara benzer bir yaklaşım içindedir.

Bir tarafta ISO 29100 Standardı ve diğer tarafta söz konusu Kanun/Direktif ve taslak halindeki yeni AB Veri Koruması Regülasyonu, birbirleri ile yarışan düzenlemeler değil; birbirlerini tamamlayıcı nitelikte düzenlemelerdir. ISO 29100 Standardı, daha Giriş bölümünde, açıkça, bir hukuki çerçeve yaratma amacıyla olmadığını belirtmektedir.⁵⁸ Bu anlayış, Standardın tanımlar bölümünde de devam etmektedir. Örnek olarak, Stan-

⁵⁸ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 6.

dart, “*PII principal*” (verisi işlenen kişi için Standartta yer verilen tanım) tanımını yaparken, veri koruması düzenlemelerine bağlı olarak bu tanımın değişkenlik gösterebileceğini; Standartta yer verilen bu tanım yerine Direktifte de yer verilen⁵⁹ “*data subject*” (veri öznesi) tanımına da yer verilebileceğini belirtmektedir.⁶⁰ Ülkemiz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında ise veri öznesi için “ilgili kişi” tanımına yer verilmektedir. Benzer bir şekilde, “kişisel verilerin işlenmesi”nin tanımını, Direktif ve Tasarı, hukuki düzenleme olmaları dolayısıyla oldukça detaylı bir şekilde yapmaktadır. Bu düzenlemeler, tanımlarının içinde ayrıntılı bir şekilde kişisel veri işlemesi sayılabilecek fiilleri - her ne kadar sınırlı sayıda olarak sayılmayarak “gibi” lafzı eklenerek sadece birer örnek oldukları belirtilse de - saymaktadır. Standartta ise bu örneklere tanımın içinde değil, tanımın altında “not” bölümünde yer verilmiştir.⁶¹

Bu tür farklılıklar, düzenlemelerin, doğaları gereği farklı yapıda olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu farklılık, düzenlemelerin birbiri ile yarışmasının önüne geçmekte ve bir bakıma, hukuki düzenlemelerde Standartta atıf yapılmasını da kolaylaştırmaktadır. Örneğin, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında, kişisel veri, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmaktadır. Benzer bir şekilde, tanım kendisine Direktifte, “doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye (“veri öznesi) ilişkin herhangi bir bilgi” olarak yer bulmaktadır. Standartta ise, kişisel veri tanımına ek olarak, kişiye ilişkin bilginin ne anlama gelebileceği, kişinin tanımlanmasının nasıl olabileceği, ayrıntılı bir şekilde ve kategorilendirilerek yapılmaktadır.⁶²

Hukuki düzenlemeler olan Direktif ve Tasarı, veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin çeşitli yükümlülükleri olduğunu ve veri işlemenin güvenliğinin sağlanması gerekliliğini düzenlemektedir.⁶³ Standart da “Mahremiyet Koruma İsterleri” başlıklı 4.5. maddesinde, kurumların kişisel veriyi niçin korumaları gerektiğinden bahsetmekte ve bir Mahremiyet Risk

⁵⁹ 95/46 sayılı Direktif, madde 2(a).

⁶⁰ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 8.

⁶¹ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, s. 10.

⁶² ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, ss. 13, 14.

⁶³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, m. 11; 95/46 sayılı AB Direktifi, m. 17; AB Genel Veri Koruması Regülasyon Tasarısı, m. 30.

Yönetimi Süreci öngörmektedir.⁶⁴ Standartta düzenlenen Mahremiyet Risk Yönetim Süreci, ilgili hukuki düzenlemelerde veri sorumlusuna yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin bir parçası olarak düşünülebilir. Hukuki düzenlemelerde Standarda yapılacak bir atıf ile, yalnızca hukuki düzenlemelerin detaylandırılması sağlanmayacak, aynı zamanda kurumlara, hukuki düzenlemelere uyum için yol da gösterilmiş olunabilecektir.

⁶⁴ ISO/IEC 29100:2011, Privacy Framework, ss. 16, 17.

ANONİM ŞİRKET TASFİYESİNDE SÜREGELEN İŞ VE YENİ İŞ KAVRAMLARI VE BUNLARA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

(CONCEPTS OF CURRENT TRANSACTION AND NEW TRANSACTION DURING
LIQUIDATION STAGE OF A COMPANY AND RELATED LEGAL CONSEQUENCES)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI*

ÖZET

Anonim şirketlerin sona ermesiyle birlikte tasfiye süreci ortaya çıkar. Tasfiye sürecinde tasfiye memurları görevlendirilir ve bunlar şirketin “süregelen işlerini” tamamlar. Tasfiye memurları ancak tasfiye amacına uygun olduğu takdirde “yeni iş” yapabilir. Bu çalışmada bu iki kavram ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlar değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tasfiye, anonim şirketin tasfiyesi, süregelen iş, yeni iş, tasfiye memuru.

ABSTRACT

Upon dissolution of a joint stock company, liquidation process shall take place. During the process of liquidation liquidators are appointed and they will complete all “current transactions” of the company. The liquidators may also enter into “new transactions”. In this study, these two concepts and their legal consequences are evaluated.

Keywords: *Liquidation, liquidation of a joint stock company, current transaction, new transaction, liquidator.*

* Balıkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ertan.demirkapi@gmail.com

Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

Herhangi bir sebeple sona eren ticaret şirketi, tüzel kişiliğini derhal kaybetmez. Sona erme ve tüzel kişiliğin kaybedilmesi arasında tasfiye adı verilen bir sürece¹ tabi tutulur ve tüzel kişiliği bu sürecin sonunda ortadan kalkar. Kendine has kurallara bağlı tutulmuş bu süreç, Kanunda ticaret şirketlerinden anonim ve kolektif şirketler bakımından ayrıntılı olmak üzere düzenleme altına alınmıştır.

Tasfiye kolektif şirketler bakımından TTK md. 267-303 hükümleri arasında, anonim şirket bakımından TTK md. 536-546 hükümleri arasında² düzenlenmiştir. Komandit ve limited şirket için TTK md. 328 ve md. 643'de birer maddeden oluşan atıflar bulunmaktadır. Komandit ve limited şirkete ilişkin hükümlerin birer maddeden ibaret olması, ilkinde kolektif, ikincisinde anonim şirket³ hükümlerine yapılan atıflarla yetinilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Kolektif ve komandit şirketlere ilişkin düzenleme farklılığı, ilk bakışta şahıs şirketlerine ve sermaye şirketlerine ilişkin iki ayrı tasfiye usulünün öngörüldüğü sonucuna varmayı sağlamaktadır⁴.

¹ Bu ifade için bk. **Pınar**, Hamdi: İçinde, **Karahan**, Sami: Şirketler Hukuku, Konya 2013, s. 751 ve 763. Prosedür ifadesi için bk. **Karahan**, Sami: Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, s. 15; **Şener**, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2013, s. 603. İşlemler bütünü ifadesi için bk. **İzmirli**, Yadiğâr: Türk Ticaret Kanunu'na göre Tasfiye Memurlarının Görev, Yetki ve Sorumlulukları, Ankara 2001, s. 4-5; **Bahtiyar**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012, s. 294.

² Tasfiye ile doğrudan bağlantılı olmasına rağmen ek tasfiyeye ilişkin TTK md. 548 ve tasfiyeden dönülmesine ilişkin TTK md. 549, "B) Tasfiye" başlığı altında değil, "C" ve "D" şeklinde iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

³ Anonim şirket hükümlerinin TTK md. 565, f. 2 gereğince, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve Kooperatifler Kanunu md. 98 gereğince Kooperatifler bakımından da uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir.

⁴ Anonim şirketlerde tasfiyeye ilişkin hükümlerin emredici olması, buna karşın kolektif şirkette ortakların iradesine uygun olarak tasfiye gerçekleştirilebilmesi, sermaye ve şahıs şirketleri açısından getirilen ayrıma bağlı olarak değerlendirilmektedir. Bu hususta genel olarak bk. **Karahan**, s. 16 ve 68-69; **İzmirli**, s. 7 vd.; **Bahtiyar**, s. 294; **Uçar**, Salter: Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, İstanbul 1996, s. 254; **İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 482. Kolektif şirket açısından bk. **Baştuğ**, İrfan: "Kolektif Şirketin Tasfiyesi, Tasfiye Memurlarının Seçimi ve Görevlerinin Son Bulması", Batider C. III, S. 3, s. 506-507. Aynı yönde bk. **Forstmoser**, Peter / **Meier-Hayoz**, Arthur/ **Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 849.

İnceleme konumuzu oluşturan süregelen iş ve yeni iş kavramları, anonim şirketler bakımından TTK md. 542'de ele alınmıştır. Bu hükümde tasfiye memurlarının süregelen işleri tamamlamak zorunda oldukları ve tasfiye amacına uygun olmayan yeni işleri yapamayacakları ortaya konulmaktadır. Benzer olarak kollektif şirketler açısından TTK md. 291 vd hükümlerinde süregelen ve yeni işe değinilmektedir. Ancak kolektif şirketlerde tasfiye amacına uygun olmayan yeni işlere izin verilebilirken, anonim şirketlerde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun bir sonucu olarak, yukarıda belirttiğimiz şahıs ve sermaye şirketleri ayrımının, özellikle yeni iş kavramına yaklaşım bakımından da geçerli olduğu söylenebilecektir.

Anonim şirketlere ilişkin düzenlememize kaynaklık eden Alman ve İsviçre hukuklarında da benzer olarak, anonim şirket tasfiye memurlarının, süregelen işleri tamamlamaları gerektiği yanında tasfiye amacına uygun yeni işlemler yapabilecekleri düzenlenmiştir (OR Art 743, Abs. 1 e 3 ve AktG § 268, Abs. 1, Satz. 1 ve 2).

Süregelen işlerin tamamlanması konusunda benzerlik gösteren düzenlemeler⁵, yeni iş konusundaki bir farklılık göstermektedir. Belirtilen düzenlemelerle TTK md. 542 hükmü arasındaki fark, bunlarda tasfiye memurlarının tasfiye amacına uygun yeni işler yapabilecekleri, hukukumuzda ise tasfiye amacına aykırı işlem yapmalarının yasaklanmasıdır.

Kanaatimizce anonim şirketlere ilişkin düzenlememizin İsviçre ve Alman sistemlerinden farklı kaleme alınmasının gerekçesi 6762 sayılı Kanun döneminde konunun kollektif şirket hükümlerine⁶ yapılan atıfla çö-

⁵ Karş. Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme Tür Değiştirme, (Anılış: Yeni), İstanbul 2013, s. 173-174. Yazar süregelen işlerin tamamlanması konusunda kaynak İsviçre hukukundan farklı esasların kabul edildiğini, bu anlamda İsviçre hukukunda süregelen işlerin mevcut hali ile sona erdirilmesi yönünde hüküm içerdiğini, hukukumuzda ise bunun tamamlanması gerektiğinin öngörüldüğünü ifade etmektedir. Bu yönde İsviçre hukuku ile aynı ifadenin kullanıldığı AG § 268 hükmünün ne şekilde yorumlandığına ilişkin aşa dn. 97 ile ilgili metin.

⁶ Alman ve İsviçre hukukları ile hukukumuz arasında kolektif şirket tasfiyesine ilişkin hükümler bakımından fark daha barizdir. İsviçre hukukunda kolektif şirket tasfiyesinde tasfiye memurlarının tasfiye amacına uygun yeni işlem gerçekleştirebilecekleri açık bir hükümle belirlenmiş (OR Art 585, Abs. 2), Alman hukukunda ise kolektif şirket tasfiye YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

zülmesidir. Kanun koyucu 6102 sayılı Kanunla getirdiği sistemin, eskisinden farklı olduğunu ortaya koymak amacıyla kolektif şirket ile farklılığı ortaya koyabilecek bir ifade kullanmıştır. Bunun sonucu Alman ve İsviçre hukuklarının “izin veren” sistemi yerine, “yasaklama” öngören bir düzenleme ortaya çıkmıştır. Alman ve İsviçre hukuklarının benzer sistemi çalışmamızda, bu hukuk sistemlerine ilişkin görüşlerinin de değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Şirketlerin sona ermesine sebep olan bazı hukuki kurumların kendine has özellikleri sebebiyle inceleme dışında tutulması gerekmektedir. Bu açıdan ilk belirtilmesi gereken husus, iflas halinde ortaya çıkan tasfiyedir. Bu tasfiye yolu özel hükümlere bağlandığından (İİK md. 208 vd), inceleme konumuz dışında bırakılmıştır⁷. Benzer olarak tasfiyesiz sona erme hallerinde de (tasfiyesiz infisah)⁸, bir tasfiye süreci ortaya çıkmayacağından, bu aşamada ortaya çıkan faaliyetler de çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁹ md. 86’da düzenlenen ve tedrici tasfiye olarak isimlendirilen düzenleme de inceleme kapsamı dışın-

memurlarına herhangi bir sınırlamaya gidilmeksizin yeni işlem yapma imkânı tanınmıştır (HGB § 149).

⁷ İnceleme konumuza yakın bir düzenleme İİK md. 210’da yer almaktadır. Bu hükme göre müflisin mağazaları, eşya depoları, imalathaneleri, perakende satış dükkanları ve buna mümasil yerleri kapatılıp mühürlenir ve iflas masası hakkında faydalı olacağı anlaşılırsa iflas dairesi, bu yerleri ilk alacaklılar toplanmasına kadar kontrolü altında idare edebilir. Bunun ardından İİK md. 224’de alacaklılar toplanması tarafından, bilhassa müflisin sanat veya ticaretinin devamı, imalathaneleriyle mağazalarının, perakende satış yerlerinin açılması konusunda karar verilebileceği hükme bağlanmaktadır.

⁸ Tasfiyesiz infisah hallerinin özelliklerine ve bunlarda tasfiye sürecinin gizli de olsa olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bk. Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, IV-V, Anonim Şirketin Hesapları ve Anonim Şirketin İnfisahi ve Tasfiyesi, İstanbul 1961, s. 241 vd; Karahan, s. 10 vd; İmregün, s. 477; Tekil, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 511 vd; Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuk Şerhi, C. II, Ankara 2014, s. 1990; Uçar, s. 256.

⁹ RG. 30.12.2012, S. 28513.

da tutulmuştur¹⁰. Son olarak TTK Geçici md.7 ile getirilen özel tasfiye usulü de¹¹ inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu kapsamda çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde tasfiyeye ilişkin kurallar içinde süregelen iş ve yeni iş kavramlarına ilişkin hükümler tanıtılacak, ikinci bölümde her iki kavram ayrı ayrı değerlendirilerek özellikleri ortaya konulacak, üçüncü ve son bölümde ise bu kavramlara bağlanan hukuksal sonuçlar incelenecektir.

I. Süregelen İş ve Yeni İş Kavramlarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Bunların Tasfiye İşleri Arasındaki Yeri

A. Süregelen İş ve Yeni İş Kavramlarına İlişkin Yasal Düzenleme

Anonim şirketlerin tasfiyesi ilişkin hükümler içinde yer alan ve bir torba hüküm olarak nitelendirilebilecek tek fıkradan oluşan TTK md. 542'de, tasfiye memurlarının görevlerine ilişkin açıklamalar, sekiz bent halinde yer almaktadır. Bunlardan ilk iki bent, süregelen işlerin tamamlanmasına ve yeni işlerin ancak tasfiye amacına uygunsu gerçekleştirilmesine ilişkindir.

Kollektif şirketlere ilişkin düzenleme de aynı şekilde tasfiye memurlarının şirketin faaliyette bulunduğu dönemde başlanmış olup da henüz sonuçlandırılmamış olan iş ve işlemleri tamamlamaya yetkili ve zorunlu oldukları gibi (TTK md. 291), tasfiyenin gereklerinden olmayan yeni bir işlem yapamayacakları (TTK md. 292) ortaya konulmuştur. Ancak anonim şirketlere ilişkin düzenlemeden farklı olarak, tasfiye memurlarının, şirketin işletme konusu kapsamındaki işlemlere, ancak, ortakların oybirliğiyle; feshe mahkemece karar verilmiş olan durumlarda, ortaklar oybirliğini sağlayamazlarsa, mahkemenin onay kararıyla devam edebilecekleri (TTK md. 293) düzenleme altına alınmıştır. Hükümde belirtilen işlemlerin "yeni" oldukları, hükmün başlığında yer alan "istisna" ifadesinden anlaşılmaktadır.

¹⁰ Bu yönde bk. Tekinalp, Yeni, s. 168.

Eski Sermaye Piyasası Kanunu döneminde de geçerli bulunan bu sistemin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilecek tasfiyenin özel bir türü olduğuna ilişkin bk. Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2009, s. 851.

¹¹ Bu tasfiye usulü doktrinde olağanüstü (Bu yönde bk. Tekinalp, Yeni, s. 168) ve istisnai tasfiye olarak isimlendirilmektedir (Bu yönde bk. Pınar, s. 776).

Anonim ve kollektif şirketlere ilişkin iki düzenleme karşılaştırıldığında süregelen işlerin tamamlanması konusunda ortak esasların öngörüldüğü, buna karşın yeni iş yasağına ilişkin olmak üzere konunun her iki şirket bakımından düzenleme altına alınmış olmasına rağmen, kollektif şirketler bakımından yeni iş yapılmasına olanak sağlayan ve anonim şirket hükümlerinde öngörülmeyen bir istisna tanındığı anlaşılmaktadır.

6762 sayılı Kanunla 6102 sayılı Kanun düzenlemesi arasındaki farkın bu aşamada ortaya konulması mümkün hale gelmektedir. Eski düzenlemede tasfiyede yeni iş konusunda hem kural hem istisna açısından kollektif şirket hükümlerine atıf bulunuyordu. Gerçekten ETK md. 450 hükmünde yapılan atıf, ETK 231 ve 231 hükümlerinin anonim şirketlerde de uygulama alanı bulacağını öngörmekteydi. Atıf yapılan bu hükümler TTK md. 291 ve 292'nin dayanağını oluşturmaktadır. Aynı düzenlemede ayrıca ETK md 232'de öngörülen ortaklar kararı bakımından, genel kurul tarafından ETK md. 372 ve 378 hükümlerine uygun bir kararın aranacağı da yer alıyordu. Böylece anonim şirket tasfiyesi sırasında genel kurulun izni ile yasağı aykırı faaliyetlerde bulunabilmesine olanak sağlanmış oluyordu.

6102 sayılı Kanunda anonim şirket tasfiyesinde tasfiye amacına aykırı yeni iş yasağının açık bir biçimde düzenlenmesi, buna karşılık kollektif şirkete ilişkin düzenlemede olduğu gibi bir istisnaya yer verilmemiş olması, önemli bir değişikliktir. Genel kurulun yeni iş yapılabilmesine ilişkin izin verme yetkisi bu şekilde ortadan kaldırılmış olmaktadır. Buna karşın kanun koyucunun bu değişikliği hangi amaçla gerçekleştirdiği hakkında kanun gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

6762 sayılı Kanun ve 6102 sayılı Kanun arasındaki geçiş döneminde tasfiye aşamasına giren şirketler bakımından hangi düzenlemenin uygulanacağı konusunda, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 2 hükmünün uygulanması gerekecektir. Bu hükmün ilk fıkrasında özel düzenleme bulunmaması halinde, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişlerse, o kanun hükümleri uygulanacağı öngörülmektedir. Hükmün geniş yorumlanması halinde, sona ermenin eski Kanun döneminde gerçekleşmesi halinde, eski Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu durumda eski kanuna tabi tasfiye işlemleri gerçekleştirilirken, tasfiye memurlarına yeni iş yapılması konusunda izin verilmesinin mümkün olduğu

benimsenmelidir. Buna karşın sona erme yeni kanun döneminde gerçekleşmiş olduğu takdirde, bu yönde bir izin verilmesi mümkün değildir. Çalışmada yeni kanun sistemi incelenecektir.

B. Tasfiye İşleri

1. Kavram

Tasfiyede süregelen iş ve yeni iş kavramlarına ilişkin düzenleme incelendiğinde, bunların “tasfiye işleri” olarak isimlendirilen üst kavram altında yer aldığı görülmektedir. Tasfiye işleri kavramı, TTK md. 540-544 hükümlerinin başlığını taşıdığından, yasal bir kavram niteliğindedir. İnceleme konumuzu oluşturan süregelen iş ve yeni iş kavramları, bu hükümler içinde “diğer tasfiye işleri” başlıklı TTK md. 542’de yer almaktadır.

Tasfiye işleri başlığı altındaki bu hükümlerde ilk envanter ve bilançonun düzenlenmesi (TTK md. 540), alacaklıların çağırılması (TTK md 541), tasfiye sonucunun dağıtılması (TTK md. 543) ve defterlerin saklanması (TTK md. 544) ilişkin hükümler bağımsız birer madde altında düzenlenirken, süregelen iş ve yeni iş kavramları ile birlikte birçok faaliyet ise TTK md. 542’de sayılmaktadır. Bu hüküm diğerlerine göre torba hüküm niteliğindedir. Burada sayılan hususlar ise sermaye koyma borçlarının tahsili, şirket borçlarının tespiti ve aktif yeterliyse borçların ödenmesi, şirket borca batıksa iflas başvurusunda bulunulması, uzun süren tasfiye halinde ara bilançoların düzenlenmesi, eldeki paraların bankada muhafazası¹², vadesi gelmemiş borçların iskontoya tabi tutularak ödenmesi ve pay sahiplerinin bilgilendirilmesi şeklinde özetlenebilir¹³.

Anonim şirketlere ilişkin bu düzenleme, Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun hükümleriyle uyumlu olmadığı gibi, Alman anonim şirketler

¹² Şirketin elinde bulunan tutarın, borçların ödenmesi için kullanılmayacaksa, gelir sağlayacak biçimde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bk. Kuster, Matthias: İçinde: Kostkiewicz, Jolanta Kren/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf. Stephan, OR Handkommentar, Zürich 2009, Art. 743, Anm. 2, s. 1649. TTK md. 542, f. 1, g bendi gereğince, hukukumuzda tasfiye memurları söz konusu nakdi ancak bir bankada değerlendirebileceklerdir.

¹³ Hirschmann, benzer hususların yer aldığı AG § 268’de sayılan faaliyetleri “klasik tasfiye işlemleri” (klassische Liquidationsgeschäfte) olarak isimlendirmektedir (Bu yönde bk. Hirschmann, Jörn: İçinde: Hölter, Wolfgang: Aktiengesetz Kommentar, München 2011, § 268, Anm. 1, s. 1952).

hukukuna ilişkin düzenlemelerle de uyumlu değildir. 6102 sayılı Kanun ile Anonim şirket tasfiyesine ilişkin getirilen hükümlerin hukukumuzda özgü olduğu söylenebilir. Diğer taraftan kanun içi uyum açısından bu düzenlemenin kolektif şirket hükümleri ile tam uyumlu olmadığı da belirtilmelidir. Bu anlamda anonim şirketin tasfiyesinde kollektif şirket hükümlerine atıf yapılması yerine kurumun özgün olarak düzenlendiği, TTK md. 542'nin gerekçesinde de ortaya konulmaktadır.

2. Tasfiye İşlerinin Kapsamı

Tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilecek faaliyetlerin hazırlık, net malvarlığının elde edilmesine yönelik olanlar ve net malvarlığının ortaklara dağıtılması şeklinde üç ana başlık altında incelenmesi mümkündür.

Hazırlık işlemleri kanunda sayılmış bulunmaktadır. Bunlar koruma önlemlerinin alınması (TTK md. 286 ve 542, f. 1, e bendi), başlangıç envanter ve bilançosunun hazırlanması (TTK md. 287 ve 540) ve defter tutulmasıdır (TTK md. 288 ve 542, f. 1, f bendi). Belirtilen işlemler, şirketin hâlihazır durumunun tespiti ile sonraki aşamalarda hangi iş ve işlemlerin yapılacağını anlamayı sağlamaktadır. Bu haliyle hazırlık işlemlerinin neler olduğu ve kapsamı kanunda açık bir biçimde ortaya konulmuştur.

Benzer olarak net malvarlığının ortaklara dağıtımına ilişkin hükümlerin de son derece açık bir biçimde kaleme alındığı görülmektedir (TTK md. 299-300 ve 543). Böylece gerçekleşecek olan iç tasfiyede¹⁴ şirketin ortaklarla hukuki ilişkisine son verilmekte ve tüzel kişiliğin sona ermesi önünde herhangi bir hukuki engel kalmamaktadır. Dağıtım faaliyeti¹⁵ esasen tasfiyenin amacı konusunda da bir fikir vermektedir. Bu anlamda tasfiyenin şirketin kalan malvarlığı varsa pay sahiplerine dağıtılması ile sona eren bir süreç olduğu ortaya konulmaktadır.

Bu iki aşama arasında kalan net malvarlığının elde edilmesine ilişkin işlemler sonucunda şirketin ise, üçüncü kişilerle hukuki bağları tamamen koparılmaktadır. Hazırlık ve dağıtım aşamaları arasında kalan, net malvarlığının belirlenmesine ilişkin sürecin kapsamı, diğer aşamalar kadar rahat belirlenememektedir.

¹⁴ İç tasfiye hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Karahan, s. 215 vd.

¹⁵ Tasfiyenin amacının bu olduğuna ilişkin bk. Uçar, s. 44-45.

Gerçi bu anlamda değerlendirilebilecek birçok hususta kanun koyucu düzenlemeler getirmiştir. Örneğin borçların ödenmesi ve malvarlığının paraya çevrilmesi hakkında kanunda ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Buna karşın TTK md. 542'de tasfiye memurlarına yüklenen bazı görevler bakımından, söz konusu belirlemenin yeterince açık yapılmadığı görülmektedir. Bu anlamda inceleme konumuzu oluşturan süregelen işler ve yeni işlerin kapsamı, yeterli biçimde ortaya konulmamıştır.

Kanunda tasfiye memurları tarafından yerine getirilmesi gereken tüm tasfiye işlerinin kanunda öngörüp öngörülmediği açık değildir¹⁶. Benzer esaslar getiren Alman hukukunda kanunda yer alan sayımın sınırlı olmadığı, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan ve mahiyeti gereğince tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilmesi gereken işlerin, kanunda sayılmış olmasalar da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁷. Kanaatimizce Alman hukukunda benimsenen bu fikrin hukukumuz bakımından da kabulü gerekmektedir. Bunun sonucu olarak tasfiye işleri olarak isimlendirilen faaliyetlerin sayma yoluyla belirlenmesinin mümkün olmadığı, tasfiye amacına uygun olan her tür iş ve faaliyetin tasfiye me-

¹⁶ İncelediğimiz hüküm olan TTK md. 542 dışında tasfiye memurunun yetkili ve görevli olduğu hususlara ilişkin bk. **Karahan**, s. 124. Ancak burada incelediğimiz, tasfiye memurlarının tasfiye işlemleri olarak isimlendirilen ve şirketin net malvarlığının ortaya konulmasına ilişkin olanlardır.

¹⁷ Alman doktrininde AktG § 268, Abs. 1'de öngörülen sayımın, tasfiye memurları tarafından yerine getirilmesi gereken görevlerin sadece asgari kapsamını ortaya koyduğu kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Teichmann**, Robert/ **Koehler**, Walter: Aktiengesetz, Heidelberg 1950, § 209, Anm. 1, s. 461; **Hüffer**, Uwe: Aktiengesetz, Beck's Kurz Kommentare, München 2012 (Anılış Beck's AktG), § 268, Anm. 1; **Hüffer**, MünchK AktG, § 268, Anm. 4; **Hirschmann**, § 268, Anm. 4, s. 1953; **Ott**, Wolfgang: İçinde **Wachter**, Thomas, Kommentar zum Aktiengesetz, Köln 2012, § 268, Anm. 1, s. 1425; **Paschke**, Marian: İçinde: **Schwerdtfeger**, Armin: Kompaktkommentar Gesellschaftsrecht, Luchterhand 2007, s. 1812). Aynı yönde açıklamalarda bulunan **Hoffmann-Becking** ise kanunda yer alan bu sayımın ekonomik gerçeklere uygun olmadığını belirtmektedir bk. **Hoffmann-Becking**, Michael: İçinde: **Hoffmann-Becking**, Michael Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band. IV Aktiengesellschaft, München 2009, § 65, Anm. 7, s. 1055. Benzer olarak Kanun hükümde tasfiye işlemlerine dair örnekler verildiğine ilişkin bk. **Schmidt**, Karsten: İçinde: **Hopt**, Klaus/ **Wiedemann**, Herbert: Aktiengesetz Großkommentar, Band. 7, Teil. 2, §§ 241-277, Berlin 2012, § 268, Anm. 6, s. 142. *YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)*

murlarının görevleri ve yetkileri¹⁸ kapsamında değerlendirilmesinin zorunlu olduğu söylenebilecektir¹⁹. Bu durumda tasfiye işlemlerinin kapsamının belirlenmesi açısından tasfiye amacı kavramının incelenmesi zorunlu hale gelmektedir.

3. Tasfiyede Amaç Değişikliği ve Tasfiye İşleri ile Bağlantısı

Bir şirketin tasfiye haline girmesi, onun tüzel kişiliğini ortadan kaldırmaz. Tüzel kişiliğe bağlanmış bulunan sonuçlar, diğer bir ifadeyle şirketin hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesi şeklinde ifadesini bulan hak ehliyeti tasfiye boyunca devam eder²⁰.

Şirketin tasfiye haline girmesi ile birlikte asıl amaç olan kar elde edilmesi ve bunun paylaşılması amacının yerini²¹, daraltılmış tasfiye amacı alır²² (TTK md. 269; 533, f. 2). Burada gerçekleşecek tasfiye süreci ile

¹⁸ Tasfiye memurlarının yetkisini belirleyen hususun, bunların yükümlülükleri olduğuna ilişkin bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 4.

¹⁹ Bu açıdan bk. Karahan, s. 124. Yazar her ne kadar bu açıklamaları tasfiye memurlarının yetki ve görev alanının belirlenmesi açısından ortaya koyuyorsa da, kanaatimizce yazarın bu değerlendirmeleri aynı zamanda tasfiye faaliyeti kavramının kapsamının belirlenmesi açısından da kullanılmalıdır.

²⁰ Tasfiye halindeki şirketin hak elde edebileceği ve borç altına girebileceğine ilişkin bk. Karahan, s. 18; Tekil, s. 505; Pulaşlı, s. 1976; Şener, s. 604; Pınar, s. 764; Bauen/Bernet, s. 219; Böckli, (2004), s. 1997; Stoffel, Walter A.: İçinde: von Büren, Roland/ Stoffel, Walter A./ Schneider, Anton K./ Christen-Westenberg, Catheriha: Aktienrecht, Zürich 2007, Kısaltma: Aktienrecht, s. 225; Stoffel, Walter A.: İçinde: von Büren, Roland/ Stoffel, Walter A./ Schneider, Anton K.: Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2007, Kısaltma: Grundriss, s. 280; Bürgi, Wolfard F/ Nordmann-Zimmermann, Ursula: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. 5b-III, Zürich 1979, Art. 739, Anm. 3, s. 851; Schlupe, wohlerworbenen Recht), s. 73; Alman hukuku bakımından bu yönde bk. Riesenhuber, Karl: İçinde Schmidt, Karsten/ Lutter, Marcus: Aktiengesetz Kommentar, Band. II, §§ 150-410, Köln 2008, AktG § 268, Anm. 2, s. 2525; Kraft, § 268, Anm. 1, s. 62; Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Zürich 2007, s. 538; von Steiger, Fritz: İsviçre'de Anonim Şirketli Hukuku, İstanbul 1968, (Çeviren: Çağa, Tahir), s. 400.

Tasfiyenin iflas usulüne göre yapılması halinde bunun kabul edilemeyeceğine ilişkin bk. Kraft, § 268, Anm. 1, s. 62

²¹ Sona erme ile birlikte amacın değişeceğine ilişkin bk. Karahan, s. 7; Pulaşlı, s. 1972; Pınar, s. 763.

²² Bu yönde bk. Karahan, s. 7 ve 22; İzmirli, s. 5; Pulaşlı, s. 1976; Uçar, s. 36, 125, 133, aynı yazarın şirketin yarı canlı şekilde işlemler yapabileceği ifadesi için bk. Uçar, s. 228; Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. Öcal, Akar: "Tasfiye Memur-

birlikte iç ve dış ilişkide mevcut hukuki bağların çözülmesi amaçlanmaktadır²³. Tasfiye amacı, tasfiye memurlarına tanınan özel yetkilerin bir gerekçesidir²⁴. Tasfiye faaliyeti, tasfiye memurlarına tanınan yetkilerin ve yükümlülüklerin bir bütünü olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. Diğer bir ifadeyle yetki sınırlarını belirleyen husus, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan ve niteliği gereği tasfiye memurları tarafından yapılması gereken işlerdir²⁶.

Tasfiye amacına uygunluk, tüm tasfiye işleri bakımından dikkate alınması gereken bir ilkedir. Bu husus kolektif şirketlere ilişkin düzenlemede, anonim şirket hükümleri ile kıyaslandığında çok daha açık bir biçimde ortaya konulmaktadır. Gerçekten ilk olarak TTK md. 269, f. 1'de şirketin ehliyetinin tasfiye amacıyla sınırlı olarak korunacağı öngörülmekte ve ardından tasfiye memurları tarafından yerine getirilmesi gereken tasfiye işlerinin bir kısmının sayıldığı TTK md. 291'de, başlık olarak "Tasfiyenin amacı" terimini kullanılmaktadır.

Anonim şirketlere ilişkin TTK md. 533, f. 2 düzenlemesiyle, şirket organlarının yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlanacağını belirtmesi ile yetinilmiş olmasına rağmen, kolektif şirketlere ilişkin anılan düzenlemelerin, anonim şirket tasfiyesi bakımından da geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Bu fikrin doğal sonucu olarak tasfiye işlerinin, tasfiye amacıyla gerçekleştirilen faaliyetler olduğu söylenebilir. Diğer bir ifadeyle tasfiye amacı tasfiye memurlarının gerçekleştirecekleri faaliyetler bakımından bir sınırlama oluşturmaktadır.

Bunun sonucu inceleme konumuz olan süregelen ve yeni işler bakımından da tasfiye amacı kavramı önemli bir sınırlama oluşturmaktadır. Bu husus üzerinde yeri geldikçe durulacaktır.

larının Kollektif Şirketin İşlerine Devam Etmeleri", Batider, C. XX, S. 4 s. 27-33, (Şirket İşlerine Devam), s. 29, dn. 13. Alman hukukunda bu yönde bk. Hoffmann-Becking, § 65, Anm. I, s. 1054; Meier, Robert: Die Aktiengesellschaft, Zürich 2005, s. 435.

²³ Bu yönde bk. Tekil, s. 505; Uçar, s. 38, 125. Tasfiye kavramının terimsel açıklaması ve farklı şirketler için tasfiyenin anlamı için bk. Baştuğ, s. 505

²⁴ Bu yönde bk. Arslanlı, s. 213. Tasfiye memurlarının şirketi özel yetkilerle idare edeceklerine ilişkin bk. Karahan, s. 123.

²⁵ Bu yönde bk. Karahan, s. 123.

²⁶ Bu yönde bk. Karahan, s. 124.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

II. Tasfiyede Süregelen İş ve Yeni İş Kavramları

A. Süregelen İş Kavramı

1. Tanım

Süregelen iş, 6762 sayılı Kanun'da "cari iş" olarak isimlendirilen bu kavramın, anonim şirketlere ilişkin hükümler içinde bu kavramın bir tanımı bulunmamaktadır. Buna karşılık kolektif şirkete ilişkin TTK md. 291'de bu terim kullanılmamakla birlikte, kavramın anlaşılmasını sağlayacak açıklamalar yer almaktadır. Hükme göre "Tasfiye memurları faaliyette bulunduğu dönemde başlanmış olup da henüz sonuçlandırılmamış olan iş ve işlemleri tamamlamaya, ... yetkili ve zorunludurlar". Belirtilen zorunluluk kapsamında yapılacak faaliyetlerin, anonim şirketlerde ifadesini bulan süregelen iş olarak anlaşılması gerekmektedir.

Doktrinde belirtilen düzenlemenin anonim şirketler bakımından süregelen işi tanımlamakta kullanıldığı görülmektedir²⁷. Bu fikrin kabulü ile eski Kanun'da cari, yeni Kanun'da süregelen iş olarak isimlendirilen kavramın anlamının tespiti açısından kolektif şirket düzenlemesinin dikkate alınması bir zorunluluktur. Bunun bir sonucu olmak üzere tüm ticaret şirketleri bakımından, TTK md. 291'de ortaya konan ilke geçerli olacak ve süregelen iş kavramının buna göre belirlenmesi gerekecektir.

Buna göre süregelen işler, şirketin faaliyette bulunduğu dönemde başlanmış ancak henüz sonuçlandırılmamış işlerdir.

2. Süregelen İş Kavramının Kapsamı

a. Süregelen İş Kavramının Zaman Açısından Kapsamı

Süregelen iş kavramının kapsamının belirlenebilmesi amacıyla ilk olarak, tanımda yer alan "şirketin faaliyette bulunduğu dönem" kavramının üzerinde durulmalıdır. Bu anlamda faaliyette bulunulan dönem kavramının

²⁷ Açık bir biçimde bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 869. Doktrinde başka bazı yazarlar ise doğrudan kolektif şirket hükümlerine atıf yapmamakla birlikte, kolektif şirketlere ilişkin hükümler içinde öngörülen esasın anonim şirketler bakımından geçerli olduğunu, "cari işlemler, şirketin sona ermesinden önce başlanmış olup henüz bitirilemeyen her türlü işlemi ifade eder" demek suretiyle zımnen ortaya koymaktadırlar (Bazı yazarların doğrudan kanun ifadesini kullandığı ve bazı yazarların ise özellikle başlanmış ifadesini vurguladıkları açıklamalar için bk **Arslanlı**, s. 218; **Karahan**, s. 191; **Bahtiyar**, s. 296; **Bozgeyik**, Hayri: Anonim Şirketlerin Tasfiyesinde Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, s. 156 ve 162).

şirketin tasfiye haline girmesinden önceki dönem olarak anlaşılması gerekmektedir²⁸.

Süregelen iş kavramının kapsamının belirlenmesi için zamansal sınıır, tasfiyeye başlamasıdır. Dolayısıyla şirketin tasfiye haline girmesi sonucunu doğuran sona erme, süregelen işlerin zamansal sınırının belirlenmesinde kilit rol oynamaktadır. İfadenin aksinden hareket edildiğinde, şirketin sona ermesinden sonra başlayan faaliyetlerin, süregelen iş olarak yorumlanması mümkün değildir. Bunlar her durumda aşağıda incelenecek olan yeni işler kapsamında değerlendirilebilecektir.

Diğer taraftan tanıtımda geçen “başlanmış” ifadesinin de açıklanması gerekmektedir. Kanaatimizce burada başlanmış ifadesi ile anlatılmak istenen, faaliyete fiilen başlanmış olunmasıdır. Şirketin ilgili kurullarında karar alınmasına rağmen herhangi bir faaliyete girililmeyen hallerde, süregelen işten söz edilemez.

Örneğin şirket yönetim kurulu tarafından yeni bir inşaata başlanmasına karar verilmiş olmasına rağmen, bu konuda bir başvuru yapılmamış, herhangi bir yükümlülük altına girilmemişse, başlanmış bir işin bulunduğu kabul edilemez. Özellikle bilgi toplama, fizibilite, ihale hazırlıkları, sermaye temini, kredi başvurusu gibi hazırlık olarak nitelendirilebilecek bazı işlemlerin yapılmış olması da, faaliyete başlanmış olduğunu göstermeyecektir. Bu tespitin doğal bir sonucu olarak, bir faaliyetin süregelen iş olarak değerlendirilebilmesi için, şirketin sona ermesinden önce şirketin idaresiyle görevli olanlar tarafından fiilen gerçekleştirilen faaliyetlerin incelenmesi ve değerlendirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkar²⁹. Tasfiye memurlarının bunu TTK md. 540 gereğince “şirketin tasfiyenin başlangıcındaki durumunu inceleme” kapsamında gerçekleştirmeleri gerekmektedir.

b. Süregelen İş Kavramının Faaliyet Açısından Kapsamı

Hukuki nitelik açısından incelendiğinde, şirketin faaliyetlerinin sınırsız çeşitliliği karşısında, süregelen işlerin de hukuki nitelik olarak kapsamının

²⁸ Bu yönde bk. Arslanlı, s. 218; Karahan, s. 191. Adi ortaklık bakımından aynı yönde bk. Uçar, s. 47.

²⁹ Fransız hukukuna ilişkin incelemelerinde bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 30.

belirlenmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Doktrinde de süregelen işlerin tamamlanması kavramının sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesinden, askıda işlemlerin tamamlanmasına kadar birçok kavramı içinde barındırabileceği vurgulanmaktadır³⁰. Bu anlamda süregelen iş kavramı değerlendirilirken sadece hukuki işlemlerin dikkate alınması da doğru olmaz. Devam eden davaların³¹, patent ve marka başvurularının takip edilmesi de bu anlamda değerlendirilmelidir³².

aa. Süregelen İşlerin Şirketin Mevcut Malvarlığı ve Yükümlülükleri İle Bağlantılı Olması

İlk olarak süregelen işlerin şirketin mevcut malvarlığı ile veya yükümlülükleri³³ ile bağlantı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

aaa. Süregelen İşlerin Şirket Malvarlığı ile Bağlantısı

Süregelen işlerin malvarlığı ile bağlantısı değerlendirildiğinde, şirketin bilançosunda görünen duran ve dönen varlıklarına bağlı olarak incelenebilir. Doktrinde konu öncelikle şirketin duran malvarlığı dikkate alınarak değerlendirilmekte süregelen faaliyetlerin bilançonun aktifinde duran veya dönen varlıkları konu almasını mümkün olduğu ifade edilmektedir³⁴. Dö-

³⁰ Bu yönde bk. **Bachmann**, Gregor: İçinde: **Spindler**, Gerald/ **Stilz**, Eberhard: Kommentar zum Aktiengesetz, München 2007, § 268, Anm. 4, s. 718.

³¹ Bu yönde bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 16; **Hirschmann**, § 268, Anm. 3, s. 1953; **Drescher**, İngo: İçinde: **Henssler**, Martin/ **Strohn**, Lutz: Gesellschaftsrecht, München 2011, § 268, Anm. 2; **Heidel**, Thomas: Nomos Kommentar Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Baden Baden 2011, AktG § 268, Anm. 3, s. 1495; **Kraft**, AktG § 268, Anm. 9, s. 64. Üçünü kişilerle süregelen hukuki ilişkilerin (laufende Rechtsbeziehungen) ifadesi için bk. **Ehricke**, Ulrich/ **Rotstege**, Jochen P.: İçinde **Bayer**, Walter/ **Habersack**, Mathias: Aktienrecht im Wandel, Band II, Grundsatzfragen des Aktienrechts, Tübingen 2007, s. 1131.

³² Bu yönde bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 16; **Hirschmann**, § 268, Anm. 9, s. 1954.

³³ Paraya çevrilebilir malvarlığı ile ilişkisi açısından bk. **Bachmann**, § 268, Anm. 4, s. 718; Özellikle yükümlülükleri ile bağlantı açısından bk. **Handschin**, Lukas/ **Cho** Han-Lin: İçinde: Kommentar zum Schweizerisches Zivilrecht (Zürher Kommentar), Bd. V/4b, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR, Zürich 2009, Art 585, Anm. 22, s. 477.

³⁴ Bu yönde ancak devamlı yatırım malları veya döner yatırım malları ifadeleri için bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 869-870; **Karahan**, s. 191; **Bozgeyik**, s. 156.

nen varlıklar içinde yer alan alacaklar da bu konuda ayrıca değerlendirilmelidir.

Şirketin duran varlıklarına ilişkin olmak üzere, başlayan bir inşaat işinin süregelen iş olarak tanımlanması ve buna bağlı olarak tamamlanmasına izin verilmesi doktrinde kabul gören bir husustur³⁵. Aynı konuda verilen bir diğer örnek, montajı tamamlanmamış bir tesisin montajının tamamlanmasıdır³⁶.

Dönen varlıklar bakımından hammadde veya yarı mamul madde olarak alınmış bulunan malların mamul hale getirilmesi örnek olarak verilmektedir³⁷. Şirketin elinde bulunan stokları eritmek amacıyla yeni yükümlülükler altına girmesi de mümkündür³⁸.

Şirketin alacaklarının da aynı kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Her ne kadar anonim şirketlere ilişkin hükümler içinde tasfiye memurlarının görevleri arasında şirket alacaklarının tahsiline ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa da, kollektif şirketlere ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanması gerekmektedir³⁹. Diğer taraftan tasfiyenin amacına uygunluk açısından da değerlendirildiğinde, şirket alacaklarının tahsili bir zorunluluk

³⁵ Bu yönde bk. Tekinalp/ Çamoğlu, s. 869; Karahan, s. 191; Uçar, s. 144; von Godin, Freiherr/ Wilhelmi Hans: Aktiengesetz von 6. September 1965, Band II, §§ 179-410, Berlin-Newyork 1971, § 268, Anm. 4, s. 1478; Bürgi/Nodrmann-Zimmermann, Art. 744, Anm. 32, s. 890. Adi şirket bakımından aynı yönde bk. Uçar, s. 47.

³⁶ Bu yönde bk. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 869; Karahan, s. 191; Tekinalp, Yeni, 174; von Godin/ Wilhelmi, § 268, Anm. 4, s. 1478; Bürgi/Nodrmann-Zimmermann, Art. 744, Anm. 32, s. 890.

³⁷ Bu yönde bk. Tekinalp/ Çamoğlu, s. 869; Karahan, s. 191; Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 31; Uçar, s. 43; von Godin/ Wilhelmi, § 268, Anm. 4, s. 1478; Bürgi/Nodrmann-Zimmermann, Art. 744, Anm. 32, s. 890.

³⁸ Belçika hukukuna bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 28, Fransız hukukuna ilişkin aynı yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 31-32).

Karş. Uçar, s. 47. Yazar şirketin yeni taahhütlere giremeyeceğini ileri sürmektedir. Bu fikrin mutlak olarak kabulü halinde, şirketin elinde bulunan malvarlığının satılması dahi mümkün olmaz. Zira bu malvarlığı üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirilebilmesi için öncelikle bir borçlandırıcı işleme (taahhüt işlemine) ihtiyaç bulunur.

³⁹ Anonim şirkete ilişkin hükümler içinde şirketin alacaklarının tahsili konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple kolektif şirkete ilişkin TTK md. 291, f. 1 düzenlemesi uygulanacak ve bu alacakları tahsil için gerekiyorsa tasfiye memurlarının yargı yoluna başvurma konusunda da yetkili oldukları kabul edilecektir.

olarak ortaya çıkmaktadır. Tasfiye aşamasında ortaya çıkan şirket alacaklarının, şirketin süregelen işlerinin bir sonucu olacağı açıktır.

Bu bağlantıdan olsa gerek, alacakların tahsili Alman hukukunda AktG § 268'de süregelen işlerin tamamlanmasına ilişkin açıklamanın hemen ardından ele alınmakta ve Alman doktrininde süregelen iş kavramı ile alacakların tahsili arasındaki bağlantı vurgulanmaktadır⁴⁰. Böylece alacakların tahsili olarak değerlendirilen hususlar ayrı bir faaliyet olarak belirtilmemiş olsa dahi, bunların süregelen işlerin tamamlanması zorunluluğu kapsamında kabulü mümkündür.

Alacakların tahsili kavramının geniş yorumlanması⁴¹ ve şirket tarafından ileri sürülesi mümkün tüm taleplerin ilgililerine karşı ileri sürülme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesi gereken bir ilkedir⁴². Bu konu aynı zamanda tasfiye memurlarına yüklenen koruma yükümlülüğüyle de (TTK md. 542, f. 1, e bendi) doğrudan bağlantı içerisindedir. Bu kapsamda, mülkiyete veya fikri haklara dayanan talepler ile rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan talepler örnek olarak verilebilir⁴³.

bbb. Süregelen İşlerin Şirket Yükümlülükleri İle Bağlantısı

Diğer taraftan süregelen iş kavramının kapsamını belirlemek bakımından ortaya konan ve bilançonun aktifinde yer alan malvarlığı değerleri ile sınırlı nitelendirme getiren bu açıklamanın eksik olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Şirketin yükümlülükleri de süregelen iş kavramı ile bağlantılı değerlendirilmelidir⁴⁴.

⁴⁰ Bu yönde bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 17; Hirschmann, § 268, Anm. 3, s. 1953.

⁴¹ Alacağın kaynağının sözleşme dışında tazminat da (haksız fiil) olabileceğine, bunların dahi tasfiye memurları tarafından tahsilinin gerektiğine ilişkin bk. Şener, s. 610.

⁴² Bu yönde bk. Schlegerberger, Franz/ Quassowsky, Leo: Aktiengesetz, Berlin 1937, § 209, Anm. 4, s. 921; Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 17; Hirschmann, § 268, Anm. 6, s. 1953, Kraft, § 268, Anm. 10, s. 62; Tasfiye memurlarının belirtilen taleplerin kaynağına ve içerisine ilişkin bir sınırlamaya gidilmeksizin bu yönde davranmaları gerektiğine ilişkin bk. Bachmann, § 268, Anm. 4, s. 718; Heidel, AktG § 268, Anm. 3, s. 1495.

⁴³ Bu yöndeki ve belirtilen taleplerle pay sahiplerinin yerine getirmedikleri sermaye koyma borçlarının talebine ilişkin düzenleme arasındaki ilişki için bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 17.

⁴⁴ Doktrinde evvelce girişilmiş taahhütlerin icrasının süregelen (cari) işlerden olduğu genel olarak kabul edilmektedir (Taahhütlerin icrası için bk. Karahan, s. 192; Bürgi/Nodrmann-Zimmermann, Art. 744, Anm. 32, s. 890; Wiedemann, Herbert:

Kanun koyucunun şirket alacaklıların tatminine verdiği önem, TTK md. 541'de ortaya konulmaktadır. Gerçi bu hükümde alacaklıların para alacağı dikkate alınarak belirlendiği görülmektedir. Oysa şirketin ürün teslim etme veya bir ürün ortaya koyma gibi yükümlülüklerinin bulunması da mümkündür. Böylece şirketin malvarlığında bulunan mamullerin, şirketin taahhütlerinin yerine getirilmesi için mamul haline getirilmesi gerekiyorsa, bunun tasfiye amacına uygun olduğu benimsenmelidir. Benzer olarak belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için bazı malların satın alınması gerekiyorsa, bunların alınması da aynı niteliktedir⁴⁵.

Bu tip faaliyetlerin süregelen iş kapsamında değerlendirilmesi, şirketin tasfiye haline girmiş olmasının, şirketin mevcut yükümlülüklerini sona erdirmeyeceği ilkesinin bir sonucudur⁴⁶. Şirketin sona ermeden önce ortaya çıkan yükümlülükleri, sona ermeden önceki yapısı sürmektedir. Dolayısıyla tasfiye memurları bunları yerine getirmekle yükümlüdürler. Şirketin yükümlülükleri doğrudan doğruya süregelen iş kavramı ile bağlantı içeri-

Aktiengesetz Grosskommentar, Berlin 1973, AktG § 268, Anm. 3, s. 526. Türk hukukunda da Pınar, şirketin süregelen işlerinin tamamlanmasını ve ödenebilecek borçlarının ödenmesini aynı başlık altında değerlendirmektedir (Bu yönde bk. Pınar, s. 769).

Satılan malların teslimi için bk. Karahan, s. 192). Belçika Hukukuna ilişkin açıklamaları bakımından aynı yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 28. Adi şirket bakımından aynı yönde bk. Uçar, s. 47; Karş. Uçar, s. 43.

⁴⁵ Bu yönde bk. Arslanlı, s. 218. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bk. Schucany, E.: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960, Art 743, Anm. 1, s. 188; Stäubli, Christoph: İçinde Honsell, Heinrich/ Vogt, Peter Nedim/ Watter, Rolf/ Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht II Art 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel; Genf; München 2008, Art, 743, Anm. 1, s. 1403; Meier, s. 437; Handstein/ Cho, Art 585, Anm. 40, s. 483; Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 33. Alman hukukunda bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530; Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 24. Uçar bu kapsamda bir makinenin dahi satın alınabileceğini ifade etmektedir (Uçar, s. 144).

⁴⁶ Bu ilke için bk. Arslanlı, s. 218; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 849; Karahan, s. 20; Pulaşlı, s. 1972; Sengir, Turgut: Anonim Ortaklıklarda Tasfiye İşlemlerinin Kapsamı, Batider 1968, C. IV, S. 4, 699-701, s. 699; İmregün, s. 483; Stäubli, Art 743, Anm. 1, s. 1403; Bürgi/ Nordmann-Zimmermann, Art. 739, Anm. 3, s. 850; von Godin/ Wilhelm, § 268, Anm. 4, s. 1478; von Steiger, (Çağa), s. 400.

Özellikle tasfiye haline girmiş olmanın, şirketin vadeli borçlarının muaccel olmasına sebep olmadığı da ifade edilmektedir Arslanlı, s. 149; Karahan, s. 20.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

sindedir⁴⁷. Diğer bir ifadeyle tasfiye memurlarının bu yükümlülükleri yerine getirmeleri, aynı zamanda süregelen işleri tamamlamaları anlamına gelmektedir. Doktrinde süregelen iş kavramı ile şirketin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi arasındaki bağlantı vurgulanmaktadır⁴⁸.

Şirketin yükümlülüğünü oluşturan hususların sözleşmeden kaynaklanması halinde ortaya çıkan ani veya sürekli edim niteliği, süregelen işlerin tamamlanması açısından farklı esaslar ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Ani edimli sözleşmeler bakımından süregelen işin tamamlanması, sözleşmenin ifası ile sağlanacaktır. Böylece şirketin yükümlülüğü sona ererken süregelen iş tamamlanmış olacaktır. Tasfiye memurları belirtilen yükümlülükleri öncelikle şirketin elinde bulunan imkânlardan yararlanarak yerine getirmelidir. Zira şirketin elinde bulunan imkânlardan yararlanılması, şirketin menfaatine olacaktır. Ancak bunun mümkün olmaması halinde, yükümlülüğün üçüncü kişilerden temin edilen hususların teslimi yoluyla sağlanması da mümkündür.

Ani edimli sözleşmelerin ifa dışında yöntemlerle sona erdirilmesi de mümkündür. Bu kapsamda takas⁴⁹,

Sürekli borç ilişkileri bakımında süregelen faaliyetin tamamlanması, iki şekilde gerçekleştirilebilir. İlk olarak belirli süreli sürekli borç ilişkisinin süresinin dolması ile birlikte, bu ilişki normal şartlar altında sona erdirilebilir. Ancak süresi belirli olmayan, diğer bir ifadeyle belirsiz süreli borç ilişkileri bakımından ilişkinin sona erdirilmesi ya bir takım önellere uyulmak suretiyle veya haklı sebeple gerçekleştirilebilir.

Diğer taraftan süregelen işlere devam edilmesi, Kanun tarafından tasfiye memurlarına yüklenen bir başka yükümlülükle de çatışma içerisindedir. Gerçekten TTK md.542, f. 1 e bendi ve TTK md. 286 gereğince tasfiye memurlarının tasfiyeyi olabildiğince kısa sürede bitirme zorunlulukları bulunmaktadır⁵⁰. Bu zorunluluk süregelen işlemlerle de bağlantı

⁴⁷ Belirtilen husus ve süregelen işlerin tamamlanması zorunluluğu arasındaki ilişki açısından bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 16.

⁴⁸ Bu yönde bk. Handschin/ Cho, Art 585, Anm. 22, s. 477

⁴⁹ Bu yönde bk. Şener, s. 610.

⁵⁰ ETTK md. 225'de de öngörülen bu husus, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 225'in gerekçesine göre eski Kanun (1926 tarihli TTK) döneminde tasfiye memurlarının tasfiye işlerini lüzumsuz yere uzatmalarının bir neticesi olarak kanuna geçirilmiştir.

içindedir. Tasfiyenin uygun sürede bitirilmesi, tasfiye memurlarının öncelikli görevleri arasındadır. Yargıtay bir kararında faaliyete başlamadıkları için azledilen tasfiye memurlarını sorumlu kılarken, tasfiyenin mümkün olan en kısa sürede bitirilmemiş olmasını sorumluluk sebeplerinden biri olarak öngörmüş bulunmaktadır⁵¹.

Süregelen işlemlerin tamamlanması ister istemez uzun sayılabilecek bir zamana ihtiyaç gösterecektir⁵². Bu durumda tasfiyenin biran önce bitirilmesi ile süregelen işlerin tamamlanması arasında bir dengenin sağlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁵³. Bunlardan birinden diğeri lehine tamamen vazgeçilmesi, mümkün değildir⁵⁴.

Bu husus doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre Kanunun tasfiye memurlarına verdiği süregelen işleri tamamlama yetkisinin kullanılması sırasında, işlem zamanlarının tasfiyenin⁵⁵ en kısa sürede⁵⁶ bitirilmesi ama-

Alman hukukunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen tasfiyenin mümkün olan en kısa sürede bitirilmesi gerektiği genel olarak benimsenmektedir (Bu yönde bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 3; Heidel, AktG § 268, Anm. 2, s. 1495; Bachmann, § 268, Anm. 8, s. 719; Servatius, Wolfgang: İçinde: Grigoleit, Hans Christoph, Aktiengesetz Kommentar, München 2013, § 268, Anm. 3, s. 1822).

⁵¹ TD. 14.03.1969, E. 4305, K. 1146 (Bozgeyik, s. 171, dn. 46; Aynı yönde bir başka karar için bk. TD. 16.03. 1964, E. 5560, K. 877, Eriş, Gönen: Açıklamalı İçtihatlı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 1372-1373).

⁵² Öcal'ın Belçika hukukundan aktardığı bir olayda, bir çok taşınmaz bulunan ve tasfiyesi on yılı bulan bir şirket hakkında mahkeme tarafından yapılan değerlendirmenin, tasfiye sonrasında yeni taşınmaz kazanımının bulunmaması ve aktiflerin en iyi değere ulaşması ve kira sözleşmelerinin sona ermesinin beklenmesi sebebiyle tasfiyenin uygun sürede yapıldığı sonucuna varıldığı görülmektedir (Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 29).

⁵³ İşlemlerin süresinden önce tamamlanmasının zorunlu olmadığına ilişkin bk. Kraft, § 268, Anm. 9, s. 62.

Yeni işlere başlanması sebebiyle tasfiyenin kötünüyetle uzatılabileceği endişesi için Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 28-29. Arada nazik bir denge oluşacağına ilişkin (Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 29).

⁵⁴ Öcal, tasfiyenin mümkün olan en kısa zamanda bitirilmesi konusunda getirilen yasal zorunluluk ve tasfiye memurlarının şirket işlerine devamına ilişkin düzenlemeler arasındaki bağlantıyı vurgulamaktadır (Bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 27).

⁵⁵ Koruma tedbirleri alınırken dahi tasfiyenin en kısa süre içinde bitirilmesi zorunluluğunun dikkate alınması gerektiğine ilişkin bk. Karahan, s. 151.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

cına yönelik olarak ayarlanmasına ilişkin bir zorunluluğun bulunduğu belirtilmektedir⁵⁷. Ancak çoğunluk süregelen işlemlerin bitirilmesinin ancak usulüne uygun (nizami) bir tasfiye ile sağlanabileceğini kabul etmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce süregelen işe devam edilmesi, tasfiyenin anlamsız bir biçimde uzamasına yol açacaksa, bunların tamamlanmaması daha doğru olacaktır. Bu açıdan Kanundan doğan tasfiyenin bir an evvel bitirilmesi zorunluluğu ile süregelen işlerin tamamlanması sonucu elde edilecek menfaatin değerlendirilmesi zorunludur. Tasfiyenin en kısa sürede bitirilmesine ilişkin düzenlemenin, tasfiyenin gereksiz olarak sürüncemede bırakılmaması zorunluluğu olarak anlaşılması gerektiğine gerekmektedir⁵⁹.

Bu konuda tasfiye memurlarının düzenli ve görevinin bilincinde yönetici ilkesine uygun hareket ederek bir karar vermeleri gerekecektir⁶⁰. Bu anlamda tasfiyenin şirketin, dolayısıyla pay sahiplerinin ve hatta alacaklılarının zararına bir faaliyet olarak ortaya çıkmasının da önüne geçilmesi gerekmektedir⁶¹. Bu sebeple tasfiye memurları kanun tarafından kendilerine verilen iki görev arasında bir denge kurmak zorundadır⁶².

⁵⁶ Tasfiye memurlarının şirketi “geçici bir süre için” idareyle yetkili olduklarına ilişkin bk. **Ehricke / Rotstegge**, s. 1131.

⁵⁷ Şirket işletmesini devri halinde uygulama alanı bulacak olan TBK md. 202 hükmü gereğince şirketin iki yıllık sorumluluğu da (Bu yönde bk. **Kuster**, Art. 743, Anm. 5, s. 1649) bu anlamda dikkate alınmalıdır.

⁵⁸ Bu yönde bk. **Bozgeyik**, s. 156. Süregelen (cari) işlemlerin bitirilmesinin ancak usulüne uygun (nizami) bir tasfiye ile sağlanabileceğine ilişkin bk. **Karahan**, s. 192; **von Godin/Wilhelmi**, § 268, Anm. 2, s. 1478; **Wiedemann**, AktG § 268, Anm. 3, s. 526; **Drescher**, § 268, Anm. 2; **Hirschmann**, § 268, Anm. 5, s. 1953; **Bachmann**, § 268, Anm. 8, s. 719.

Süregelen işlemlerin işin niteliklerine göre ortaya çıkan süreden daha kısa bir zamanda bitirilmesinin kolaylıkla mümkün olmadığına ilişkin bk. **Karahan**, s. 192; **Wiedemann**, AktG § 268, Anm. 3, s. 526.

⁵⁹ Bu yönde bk. **Bozgeyik**, s. 171.

⁶⁰ Bu yönde bk. **Bozgeyik**, s. 170.

⁶¹ Bu yönde bk. **Wiedemann**, AktG § 268, Anm. 3, s. 526.

⁶² Belçika hukukunda tasfiye memurlarının hazırladıkları yıllık raporlarda, tasfiyenin bitirilmesini engelleyen sebepleri de ortaya koyma zorunluluğu getirildiğini ve düzenlemenin tasfiye memurlarının denetlenmesi amacıyla kullanıldığı gibi tasfiyenin bir an önce bitirilmesine de hizmet edeceğine ilişkin bk. **Öcal, Akar**: “Kollektif Şirketlerin Tasfiyesinin Denetlenmesi”, **Tevfik Birsnel’e Armağan**, s. 303-318; **İzmir 2001, Anılış: Birsnel’e Armağan**, s. 305.

Bu ilke ışığında değerlendirildiğinde sürekli borç ilişkilerinin süresinden önce bitirilmesi, tasfiyenin en kısa sürede bitirilmesine hizmet edecek olmasına rağmen⁶³, bu yönde bir faaliyetin şirket menfaatine olup olmadığına da değerlendirilmesi zorunludur⁶⁴.

Ancak diğer taraftan sürekli borç ilişkisinin sona erdirilmesinin şirketin menfaatine kabul edildiği hallerde dahi, tasfiye memurlarının bunun süresinden önce sona erdirme imkânlarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmesi gereken bir hususu oluşturmaktadır. Özellikle sürekli borç ilişkilerinin, sona ermesini sağlayan haklı sebep kavramı ile bağlantılı incelendiğinde, taraflardan birini oluşturan ticaret şirketinin tasfiye haline girmiş olmasının, haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır.

Bu konuda çoğunluk tasfiye haline girmiş olmanın sürekli borç ilişkisini kendiliğinden sona erdiren bir sebep olarak nitelendirilemeyeceğini, buna karşın tasfiye haline girmiş olmanın başka bazı olgularla birlikte sürekli borç ilişkisinin sona ermesi bakımından haklı sebep oluşturabileceğini kabul etmektedir⁶⁵. Aksi fikirdeki yazarlar ise, şirketin tasfiye haline girmiş olmasının, haklı sebep oluşturabileceğini kabul etmektedirler⁶⁶.

⁶³ Bu yönde bk. **Handschin/ Cho**, Art 585, Anm. 22, s. 477.

⁶⁴ Bu yönde bk. **Hirschmann**, § 268, Anm. 3, s. 1953.

⁶⁵ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 20; **Bürgi/ Nordmann-Zimmermann**, Art. 739, Anm. 2, s. 850 ve Art. 744, Anm. 1, s. 889; **Handschin/ Cho**, Art 585, Anm. 26, s. 478; **Schleberger/ Quassowsky**, § 209, Anm. 3, s. 921; **Hirschmann**, § 268, Anm. 5, s. 1953; **von Godin/ Wilhelmi**, § 268, Anm. 4, s. 1478. Ayrıca bk. Geßler, AktG § 264, 9; **von Steiger**, (Çağa), s. 401. Sözleşme içeriğine göre süresinden önce fesih imkânı bulunduğu takdirde sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi gerektiğine ilişkin bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 16. **Böckli**'de sürekli borç ilişkilerinin mümkünse süresinden önce sona erdirilmesi, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmenin diğer tarafının da onayı ile üçüncü kişiye devrinin mümkün olduğunu ifade etmektedir (**Böckli**, (2004), s. 2008).

⁶⁶ Şirketin feshi ve infisahına bağlı bir ayrıma bağlı olarak infisah halinde sona ermenin haklı sebep oluşturacağına ilişkin bk. **Uçar**, s. 47 ve 126. Bu konuda somut bir olay bakımından değerlendirme yapan **Sengir**'de, bir bankanın verdiği teminat mektubu bedellerinin riskin gerçekleşmesinden önce, sadece bankanın tasfiye haline girmiş olmasına dayalı olarak defaten ödenmesi isteminin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğuna hükmeden Yargıtay kararı (TD. 26.09.1967, K. 3410, **Sengir**, s. 699-700) eleştirmekte ve bankanın alacaklı olduğu ilişkide bunun tasfiye haline girmesinin, kefaletin sona erdirilmesi bakımından haklı sebep oluşturması gerektiğini kabul etmektedir. İsviçre hukukunda **Stäubli**'nin de şirketin tasfiye haline girmesinin sürekli borç ilişkileri bakımından bir sona erme sebebi sayılması gerektiğini ileri sürdüğü belirtilmelidir (Bu yönde bk. **Stäubli**, *YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)*)

Kanaatimizce şirketin tasfiye haline girmesinin yükümlülüklerinde bir değişiklik yapmaması ilkesine bağlı olarak, sürekli borç ilişkilerinin sadece tasfiye haline girmiş olunması sebebiyle feshine imkân tanınması doğru olmaz. Ancak diğer taraftan somut olayın koşulları bu anlamda farklı düşünmeye olanak sağlayabilecektir. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasındaki ilişkinin niteliği, bundan kaynaklanan beklentilerin varlığı bu anlamda örnek olarak verilebilir. Gerçekten acentelik ilişkisi açısından bakıldığında, tasfiye haline girmenin tarafların gelecek konusundaki beklentisine uygun olmayacağı açıktır⁶⁷. Benzer olarak hizmet sözleşmesinin devam etmekle birlikte içeriği konusunda farklılık oluşması mümkündür⁶⁸. Sürekli bir ilişki oluşturan ticari temsilci ve ticari vekil ilişkisi bakımından ise tasfiye haline girmenin etkisi tartışmalıdır⁶⁹.

bb. Süregelen İşlerin Belirlenmesinde Şirket Konusu

Süregelen iş kavramının belirlenmesinde şirket konusunun bir sınırlandırma oluşturup oluşturmadığı açık değildir. Şirketin amacının değişmesi, artık kar elde etme amacının değişerek tasfiye amacının ortaya çıkması, kanaatimizce şirketin konusundan kaynaklanan her tür sınırlandırmanın ötesindedir. Ayrıca 6102 sayılı Kanun ile ultra vires ilkesinden vazgeçilmiş olması karşısında, şirket konusunun süregelen iş kavramının kapsamının belirlenmesinde bir önemi olmaması gerekir.

Süregelen iş kavramının belirlenmesinde tek ilke, şirketin başlanmış faaliyetlerinin tamamlanmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi bu hususta tasfiye amacına uygunluk yönünde bir karine de söz konusu olduğundan, tasfiye memurları şirket yönetim kurulu tarafından konuya aykırı olmakla

Art 743, Anm. 1, s. 1403). İşlemlerin süresinden önce tamamlanması zorunluluğunun bulunmadığına ancak tasfiye memurlarının sürekli borç ilişkilerini süresinden önce bitirme konusunda yetkili olduklarına ilişkin bk. Kuster, Art. 743, Anm. 2, s. 1649.

⁶⁷ Benzer olarak Karahan, s. 20.

⁶⁸ İşçiye yeni iş araması için süre verilmesi gerektiğine ilişkin bk. Karahan, s. 20. Yazar geçici nitelikteki tasfiye sonucunda işçinin işsizlikle ilgili karşı karşıya kalacağını, bu sebeple iş aramasına izin verilmesi gerektiği gibi, iş bulursa sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesine de izin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁶⁹ Tartışmalar için bk. Karahan, s. 21 vd. Özellikle Alman hukukunda şirketin şahıs ve sermaye şirketi olmasının bu konuda ayırım oluşturacağı görüşleri için bk. Karahan, s. 21, dn. 69.

birlikte başlanan faaliyetleri de tamamlamak zorundadırlar. Bu konuda tek sınırlama tasfiye amacına uygunluk karinesinin çürütülmüş olmasıdır⁷⁰.

B. Yeni İş Kavramı

1. Tanım

Yeni iş kavramı bakımından süregelen iş kavramında olduğu gibi yasadan kaynaklanan bir tanıma ulaşmak mümkün değildir. Ancak kavramın süregelen iş kavramının hareket edilerek, anlaşılması mümkündür. Buna göre yeni iş, şirketin sona ermesinden önce başlanmamış her türlü faaliyettir. Kapsamının bu derece geniş olması net bir tanımının verilmesini zorlaştırmaktadır.

2. Yeni İş Kavramının Kapsamı

a. Yeni İş ve Süregelen İş ilişkisi

Yukarıda da belirtildiği gibi süregelen iş ve yeni iş kavramları birbirini tamamlayan hususlardır. Eğer bir faaliyet süregelen iş olarak nitelendirilirse, bunun yeni iş olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle bir faaliyet hem süregelen hem yeni iş olarak görülemez. Bunun sonucu olarak yeni iş kavramının, şirketin süregelen işlerini oluşturmayan her türlü faaliyet olarak tanımlanması gerekmektedir. Süregelen işlerin zaman açısından kapsamına ilişkin yukarıda verilen açıklamalar bu aşamada dikkate alınmalıdır.

Tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilebilecek yeni işlerin, süregelen faaliyetlerle de bağlantı içinde olması mantıksal bir zorunluluktur⁷¹. Yeni iş olarak nitelendirilebilecek faaliyetler, şirketin sona ermesine kadar gerçekleştirilen faaliyetlerden çok farklı olamaz. Şirketin yapıların-

⁷⁰ Bu karine ve aksi ispat edilebilir niteliği için bk. aşa III, A.

⁷¹ Yeni işlerin şirketin şirket işletmesinin süregelen faaliyetleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bk. Hüffer, Beck's AktG § 268, Anm. 4; Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 2. Tasfiye aşamasında şirketin konusunun değiştirilmesine olanak bulunmadığına ilişkin bk. von Steiger, (Çağa), s. 401. Esasen kollektif şirketlerde TTK md. 293'ün şirketin işletme konusu kapsamındaki yeni işlere izin veren ifadesinden de aynı esasa ulaşılması mümkündür.

da, makinelerinde veya diğer üretim araçlarında tamirler gerçekleştirilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir⁷².

Doktrinde yeni iş konusunda verilen örnekler incelendiğinde, bahsettiğimiz sonuç daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda değerlendirilebilecek ilk örnek, şirketin atıl durumda bulunan malvarlıklarının kira sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesidir⁷³. Mevcut kira sözleşmesinin uzatılması da, süregelen iş kapsamında değerlendirilemeyeceğinden⁷⁴, yeni iş olarak nitelendirilmelidir⁷⁵.

Şirketin elinde bulunan kambiyo senetlerinin ciro edilerek devredilmesi de yeni iş niteliği gösterecektir⁷⁶. Zira kambiyo senedinin şirket tarafından tahsil edilmesi süregelen işin tamamlanması olarak yorumlanacağından bunun tekrar tedavüle sokulması yeni iş olarak nitelendirilmelidir. Şirketin gayrimenkul mükellefiyetleri oluşturması da, süregelen iş olarak nitelendirilemeyeceğinden, yeni iş olarak kabul edilmesi gerekir⁷⁷.

⁷² Bu yönde ve işletme kredisi alınmasının da yeni iş kavramı kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24. Benzer olarak şirketin ancak planlanan işletme devrine faydalı olması halinde kredi alabileceğine ilişkin bk. **Servatius**, § 268, Anm. 16, s. 1825. Buna karşın tasfiye halindeki şirketin bir gayrimenkul edinmek üzere kredi almasının uygun olmayacağı kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Servatius**, § 268, Anm. 16, s. 1825, dn. 25).

⁷³ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 194; **Pulaşlı**, s. 1987; **Handschin/ Cho**, Art 585, Anm. 40, s. 483; **von Godin/ Wilhelmi**, § 268, Anm. 6, s. 1479; **Bachmann**, § 268, Anm. 7, s. 719. Yargıtay da bir kararında (11. HD. 25.03.1980, E. 1496, K. 1545), bu hususu vurgulamış ve şirket malvarlığının satılana kadar kiralanmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir (Karar için bk. **Pulaşlı**, s. 1987, dn. 224).

Yeni iş niteliğindeki kira sözleşmelerinin, tasfiye gerekleri dikkate alınarak süreli veya şarta bağlı yapılması doğru olacaktır Bu yönde bk. **Bachmann**, § 268, Anm. 7, s. 719.

⁷⁴ Sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesi, süregelen işlerin tamamlanması kapsamında değerlendirilmektedir (Bu yönde bk. yuk. dn. 48 ile ilgili metin). Karş. **Karahan**, s. 194.

⁷⁵ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 194; **Bürgi/ Nordmann-Zimmermann**, Art 744, Anm. 32, s. 890.

⁷⁶ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 194; **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24; **Baumbach/ Hueck**; § 268, Anm. 7; **Kraft**, § 268, Anm. 14, s. 65.

⁷⁷ Yeni iş olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bk. **Karahan**, s. 194; **Baumbach/ Hueck**; § 268, Anm. 7.

Şirketin girişeceği faaliyetler için iş sözleşmesi yapması⁷⁸ veya mevcut iş sözleşmelerinin sürelerinin uzatılması da yeni iş kapsamında anılmaktadır⁷⁹. Ancak iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurması karşısında, bunların belirli süreli olarak aktedilmesi, tasfiye amacına uygun olarak kabul edilmelidir⁸⁰.

Alacakların tahsili için bir avukata ile vekalet sözleşmesi yapılması⁸¹ yeni iş olarak değerlendirilemeyecektir. Kanaatimizce böylesi bir sözleşme, tahsili gereken süregelen veya tamamlanmış bir işten doğması halinde yeni bir işlem olarak kabul edilemez. Zira bu durumda belirtilen alacağın tahsili doğrudan tasfiye işleri kapsamında değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle tasfiye memurları TTK md. 291 hükmüne dayalı olarak bir alacağın tahsilini sağlamak için vekalet sözleşmesi icra ediyorlarsa bu husus yeni bir iş olarak değerlendirilemez. Ancak alacak istisnai olarak tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilen yeni bir işten kaynaklanıyorsa, vekâlet sözleşmesi de yeni iş olarak değerlendirilebilir.

Şirketin sona ermesinden önce doğan alım hakkının tasfiye memurları tarafından kullanılması da, izin verilen yeni iş kavramı kapsamında değerlendirilebilir⁸².

Ayrıca şirket işletmesinin değerini arttırıcı faaliyetlere ilişkin örneklerde de⁸³, şirketin sona ermeden önceki faaliyet alanı ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı hususlarla karşılaşılmaktadır.

Bu durumda tasfiye memurlarının gerçekleştirebilecekleri yeni işlerin, doğrudan olmasa da süregelen işlerle bağlantısı bulunmaktadır. Zira

⁷⁸ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 194; **von Godin/ Wilhelmi**, § 268, Anm. 6, s. 1479; **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24; **Wiedemann**, AktG § 268, Anm. 8, s. 530; **Hirschmann**, § 268, Anm. 9, s. 1954; **Bachmann**, § 268, Anm. 7, s. 719.

⁷⁹ Buna karşın doktrinde yeni iş kapsamında sayılan gayrimenkul satışı (Bu yönde bk. **Karahan**, s. 194; **von Godin/ Wilhelmi**, § 268, Anm. 6, s. 1479) ve sigorta sözleşmelerinin feshi (Bu yönde bk. **Karahan**, s. 194) yeni iş olarak nitelendirilemez. Bunlardan gayrimenkul satışı aktiflerin paraya çevrilmesi (TTK md. 538), sigorta sözleşmelerinin feshi ile süregelen işlerin tamamlanması kapsamında değerlendirilmelidir.

⁸⁰ Benzer olarak **Bachmann**, § 268, Anm. 7, s. 719.

⁸¹ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 125; **Tekinalp, Yeni**, s. 170; **Şener**, s. 608.

⁸² Bu yönde bk. **Wiedemann**, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

⁸³ Şirket işletmesinin bir bütün olarak devrini sağlamak amacıyla işletmenin çalışması ve bir takım yatırımlar yapılmasına ilişkin bk. aşa dn. 118 ve 119 ile ilgili metin.

yeni iş olarak değerlendirilebilecek tüm faaliyetler, şirketin malvarlığı değerleri ve yükümlülükleri ile bağlantılıdır.

Buna karşın yeni iş ve şirket konusu arasında bu yönde bir bağlantı bulunmadığı söylenebilir. Şirketin tasfiye sürecine girmesi ile birlikte organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlandığı görülür (TTK md. 533, f. 2). Tasfiye amacı aynı şekilde tasfiye memurlarının temsil yetkileri bakımından da ele alınmakta ve TTK md. 539, f. 1'de incelenmektedir. Bu haliyle şirketin konusuna ilişkin sınırlandırmaların tasfiye haline girilmesi ile birlikte herhangi bir fonksiyonu kalmamış olmaktadır⁸⁴.

Kanunda şirketin konusunun tasfiye memurlarının faaliyetleri bakımından bir sınırlama oluşturacağına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Tasfiye durumunun ortaya çıkması ile birlikte tasfiye amacına uygun hareket etme yükümlülüğü, şirketin konusu kapsamında faaliyette bulunma zorunluluğunun önüne geçmiş olmaktadır. Ancak süregelen faaliyetlerin şirket konusu ile bağlantılı olmasından kaynaklanan dolaylı bir bağlantının bulunduğu kabul edilebilir.

b. Yeni İş ve Tasfiye İşi arasındaki ilişki

Yeni iş kavramının diğer tasfiye işleri içinde sayıldığı yukarıda belirtilmiştir. Kanunun tasfiye işleri kapsamında tasfiye memurları tarafından yerine getirilmesi gerektiğini ortaya koyduğu hususlar yeni iş olarak nitelendirilemez.

Örneğin bankada hesap açtırılması, TTK md. 542, f. 1 g bendi gereğince ortaya çıkan bir zorunluluğu sonucuysa burada yeni işlemde bahsedilmesi söz konusu olmaz. Bu düzenlemeye göre tasfiye sırasında elde edilen paralardan şirketin süregelen harcamaları için gerekli olan para dışında kalan paraların, bir bankaya şirket adına yatırılması, kanunda sayılan tasfiye işlemleri kapsamında değerlendirilir. Buna karşın söz konusu yükümlülük dışında ödemelerin yapılması amacıyla hesap açıldığı takdirde, bu yeni iş kapsamında kabul edilebilir⁸⁵.

Pay sahiplerinden sermaye koyma borçlarının talep edilmesi de bu anlamda, yeni iş olarak kabul edilemez. Kanuna göre sermaye koyma bor-

⁸⁴ Süregelen iş açısından konu kavramının bir sınırlandırma oluşturmayacağına ilişkin bk. yuk. II, A, 2, b, bb.

⁸⁵ Bankada hesap açılmasının yeni iş olarak kabul edileceğine ilişkin bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530; Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 24.

cunun ifası, gerekiyorsa istenmelidir. Burada belirtilen gerekliliğin şirket mevcut malvarlığının borçların ödenmemesine yetmemesi olduğu ifade edilmektedir⁸⁶. Bu gerekliliğin tespiti tasfiye memurlarına yüklenmiştir ve tasfiye faaliyeti kapsamında olmasına rağmen yeni iş niteliğinde değildir.

Buna karşın koruma tedbirleri kapsamında değerlendirilebilecek birçok faaliyet, yeni iş kavramı kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu açıdan şirket mallarının sigortalıması için sözleşme yapılması örnek olarak verilebilir⁸⁷. Belirtilen sebeple sadece devam eden yargılamaların sürdürülmesiyle yetinilmemesi, örneğin açılması gereken davaların açılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir⁸⁸. Şirket mallarında zilyetliğin korunması yönünde talepte bulunulması, ihtiyati tedbir istenmesi de bu anlamda değerlendirilmelidir⁸⁹. İşletmenin devamı sırasında ortaya çıkan patentler için başvuruda bulunulması da aynı kapsamda değerlendirilir ve tasfiye memurları tarafından yerine getirilmelidir.

Tasfiye işlemleri sırasında defter tutulması, diğer bir ifadeyle muhasebe kayıtlarının düzenlenmesi, esasen yeni iş olarak nitelendirilir. Özellikle şirketin faaliyetlerine devam edilmesi halinde, ortaya çıkan ekonomik sonuçların takip edilebilmesi için defter tutulması aynı zamanda şirket malvarlığına ilişkin koruma tedbirleri kapsamında da değerlendirilebilir. Bu sebeple yeni oluşan finansal duruma ilişkin kayıtların düzenlenmesi, yeni iş sayılmakla birlikte, tasfiye amacına uygun kabul edilmelidir⁹⁰.

⁸⁶ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 196. **Hoffmann-Becking**, § 66, Anm. 1, s. 1053; **Wiedemann**, AktG § 262, Anm. 5, s. 479. Aynı husus Yargıtay tarafından bir kararda vurgulanmıştır TD, 15.01.1945, K. 105; **Karahan**, s. 196, dn. 208. Haksız alınan kar payının iadesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bk. **Şener**. 610.

⁸⁷ Bu örnek için bk. **Arslanlı**, s. 214; **Karahan**, s. 151. İsviçre hukukunda aynı yönde bk. **Handschin/ Cho**, Art 585, Anm. 40, s. 483; **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24. Şirket işlerinin devam etmesi ve şirket malvarlığının korunması amacıyla gerçekleştirilmesi zorunlu olan bu nitelikteki yeni faaliyetlerin gerçekleştirilmesi doktrinde de yeni iş kapsamında ve tasfiye amacına uygun kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24).

⁸⁸ Bu yönde bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24. Bu yönde ve ayrıca yargılama aşamasında usule ilişkin özellikler hakkında bk. **Servatius**, § 268, Anm. 7, s. 1822. Şirket yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davasının tasfiye memurları tarafından açılabileceğine ilişkin bk. **Şener**, s. 608.

⁸⁹ Benzer olarak bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24.

⁹⁰ Bu yönde bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 24.

Bu anlamda bir ilke olarak ortaya konulması gerekirse, tasfiye amacına uygunluk değerlendirmesi sonucunda, gerçekleştirilmesi planlanan yeni iş eğer diğer tasfiye işleri ile bağlantılıysa, bunun gerçekleştirilmesi konusunda tasfiye memurlarının yetkili olmanın ötesinde görevli oldukları kabul edilmelidir⁹¹. Bu anlamda tasfiye memurlarının yeni işleri gerçekleştirme bakımından takdir yetkisi bulunduğuna ilişkin genel ilke uygulama bulmamalıdır.

c. Yeni İşin Hukuki Yapısı

Yeni iş hakkında üzerinde durulması gereken bir diğer husus, yeni iş sayılabilecek faaliyetin her durumda bir hukuki işlem olmasının gerekmemesidir. Ancak bu husus Kanundan açık bir biçimde anlaşılamamaktadır. Gerçekten kanuni düzenlemede tek bir terimin kullanılmadığı, aksine birbirinden farklı anlamlara gelen “işlem” ve “iş” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bundan hareket edildiğinde ilk bakışta tasfiye sırasında yeni “işlem”ler yapılmasının sınırlandığı benimsenebilir. Zira TTK md. 292’de, tasfiye memurlarının “yeni işlem” yapamayacaklarından ve aksi takdirde “bu tür işlemlerden dolayı” sorumlu olacakları belirtilmekte, TTK md. 293’de ise bunların “şirketin işletme konusu kapsamındaki işlemlere” ancak bazı şartlar altında devam edebilecekleri öngörülmektedir. TTK md. 542’de de tasfiye memurlarının “tasfiyenin gerektirmediği yeni bir işlem” yapamayacakları ifade edilmektedir.

Bu isimlendirme esasen eski düzenlemeyi oluşturan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri açısından da geçerlidir. Gerçekten TTK md. 292 ve 293 hükümlerinin kaynak 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu md. 231 ve 232 ile karşılaştırıldığında, sadece dilin sadeleştirildiği görülmektedir. Eski düzenlemede yer alan yeni (bir) muamele ibaresi yerine yeni işlem ibaresi kullanılmıştır. Muamele kavramı yerine işlem kavramının kullanılması, anlam farklılığına yol açmamaktadır. Diğer taraftan tasfiyenin amacı başlıklı TTK md. 291’de de her iki kavramın birlikte kullanıldığı görülmektedir.

⁹¹ Özellikle şirket malvarlığını korunmasına ilişkin bu yönde bk. *Wiedemann*, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

Bu düzenlemelerden hareket edildiğinde, tasfiye memurlarının tasfiyenin konusuna giren yeni hukuki işlemler ve bu kapsamda özellikle yeni sözleşmeler yapılması konusunda sınırlandıkları kabul edilebilecektir⁹².

Ancak diğer taraftan TTK md. 292 ve 293 hükümlerinin başlığının “yeni işler” olduğu da belirtilmelidir. Belirtilen düzenlemenin kaynağı ETK md. 231 ve md. 232’nin başlığında yer alan yeni işler ibaresidir. Oysa bu iki hükmün metninde “muamele” kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla başlık ve metin arasındaki farklılık hem eski hem yeni düzenlemelerde de ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan kenar başlıklarının metne dâhil olduğuna ilişkin TTK md. 1534, f. 1 hükmü dikkate alındığında (Aynı yönde ETK md. 1474), yeni iş kavramının dahi kanuni bir terim olduğu kabul edilmelidir.

İki kavram karşılaştırıldığında ilkinin hukuki işlem ile sınırlı bir anlam içerdiği, ikincisinin ise daha geniş anlamlı olduğu ve hukuki işlemleri de kapsayan faaliyeti ifade ettiği kabul edilmelidir. Bu açıdan tasfiye memurunun şirket malvarlığında bulunan bir değeri satması işlem, buna karşın aynı değer üzerinde üretim faaliyeti gerçekleştirmesi ise iş olarak nitelendirilebilir. İlkinde bir borçlandırıcı sözleşme ve ardından bir tasarruf işlemi yapılmakta ve böylece iki ayrı hukuki işlem ortaya çıkmakta, ikincisinde ise herhangi bir hukuki işlem bulunmamakta buna karşılık üretim şeklinde isimlendirilebilecek bir faaliyet gerçekleştirilmektedir.

Bu açıdan iki kavramın hangisinin tercih edileceği konusunda düzenleme ile korunan menfaatler dikkate alındığında, iş kavramının kullanılması doğru olacaktır. Buna bağlı olarak yeni olarak kabul edilecek işler, hukuki işlem niteliği göstermeseler bile, yasağın kapsamında kabul edilmelidir.

Diğer taraftan tasfiye memurlarının haksız fiillerinin yeni iş kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tasfiye memurlarının haksız fiillerinin şirketi bağlaması, Kanuni düzenlemenin bir sonucudur ve bunun yeni iş kavramı ile bağlantısı bulunmaz. Diğer taraftan haksız fiilin tasfiye memurlarının yetkilerini açık bir suretle aşması sonucu işlenmiş olması halinde, şirketin sorumluluğundan değil sadece tasfiye memurunun sorum-

⁹² Açıkça böyle bir sınırlama öngörmemekle birlikte yeni işlerin öncelikle sözleşmeler olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 24. Benzer olarak Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, s. 862.

luluğundan söz edilmesi⁹³ açıkladığımız bu ilkede bir farklılık oluşturmayacaktır.

Şirketin tasfiye sürecine girmesi ile birlikte organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlandığı görülür (TTK md. 533, f. 2). Tasfiye amacı aynı şekilde tasfiye memurlarının temsil yetkileri bakımından da ele alınmakta ve TTK md. 539, f. 1'de incelenmektedir. Bu haliyle şirketin konusuna ilişkin sınırlandırmaların tasfiye haline girilmesi ile birlikte herhangi bir fonksiyonu kalmamış olmaktadır⁹⁴. Kanunda şirketin konusunun tasfiye memurlarının faaliyetleri bakımından bir sınırlama oluşturacağına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Tasfiye durumunun ortaya çıkması ile birlikte tasfiye amacına uygun hareket etme yükümlülüğü, şirketin konusu kapsamında faaliyette bulunma zorunluluğunun önüne geçmiş olmaktadır.

III. Süregelen İş ve Yeni İş Kavramlarına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

A. Süregelen İşlerin Tamamlanması Zorunluluğu ve Bunun Tasfiye Amacına Uygun Olduğu Karinesi

Süregelen iş kavramı kanunda tasfiye işleri arasında sayılmıştır. Bunun tasfiye işleri arasında sayılması, süregelen işlerin tamamlanmasının tasfiye amacına uygun olduğunu ortaya koymaktadır. Buna bağlı olarak süregelen işlerin tamamlanmasının, tasfiye memurlarına verilen öncelikli görevlerden olduğu söylenebilir⁹⁵. Kanun koyucunun süregelen işlerin tamamlanmasına dair bu düzenlemesi, tasfiye haline girildiğinde şirket faaliyetlerinin zamanından önce bitirilmesinin arzulamadığını göstermektedir⁹⁶. Diğer bir ifadeyle şirketin tasfiye haline girmesinden önce başlamış olan işlerin, uygun sürede tamamlanması gerekmektedir⁹⁷.

Tasfiye amacına uygun kabul edilme, şirketin malvarlığının derhal satışa konu edilmeyerek, bu malvarlığının başlanmış işlerin tamamlanma-

⁹³ Bu yönde bk. **Karahan**, s. 308; **von Steiger**, (Çağa), s. 402.

⁹⁴ Süregelen iş açısından konu kavramının bir sınırlandırma oluşturmayacağına ilişkin bk. yuk. II, A, 2, b, bb.

⁹⁵ Süregelen işlerin tamamlanmasının, tasfiye memurlarının öncelikli görevi (primäre Aufgabe) olduğuna ilişkin bk. **Handschin/ Cho**, Art 585, Anm. 22, s. 477. Benzer olarak tasfiye memurlarının ilk aşamada (an erster Stelle) süregelen işleri tamamlamaları gerektiğine ilişkin bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 16.

⁹⁶ Bu yönde bk. **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 16; **Wiedemann**, AktG § 264, Anm. 3, s. 514; **Kraft**, AktG § 268, Anm. 9, s. 64.

⁹⁷ Bu yönde bk. **Hirschmann**, § 268, Anm. 5, s. 1953.

sında kullanılması ve böylece net varlığının sağlıklı ve muhtemelen aksi durumda ortaya çıkacak net değere göre yüksek bir biçimde ortaya çıkabilecek olmasının bir sonucudur⁹⁸. Bu açıdan şirketin sona ermesi öncesinde olduğu gibi kar elde etme amacıyla hareket edilmiyorsa da, ortaya bir kar çıkacağı düşünülmektedir. Ancak bu anlamda elde edilen kar açısından da bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Gerçekten sona erme öncesi dönemde faaliyet sonucu elde edilen kar, dağıtımına konu olurken, tasfiye faaliyetleri sırasında elde edilen kar, tasfiye sonucunda dağıtılacak tasfiye artığının belirlenmesinde önem taşıyacaktır⁹⁹. Dolayısıyla bu aşamada ortaya çıkan faaliyet karı, kar dağıtımını esaslarına değil, tasfiye artığı dağıtım esasları dikkate alınarak ortaklara verilecektir¹⁰⁰.

Tasfiye memurlarının süregelen işleri tamamlamak amacıyla gerçekleştirdikleri idare faaliyeti, bunların kaynaklanan yetkileri içindedir¹⁰¹. Bu anlamda özellikle temsil yetkilerinin¹⁰² sınırını oluşturan dahi tasfiye amacıdır¹⁰³. Bunun sonucu olarak gerçekleştirilen faaliyetin tasfiye amacına uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılması gereksiz hale gel-

⁹⁸ **Tekinalp**, kot üretimi yapan bir firmanın elinde bulunan kumaş ve diğer malzemeyi kullanarak üretimi gerçekleştirmesi ve bunların ham olarak satılmasına göre avantajlı bir durum ortaya çıkarılmasını yeni işler kapsamında örneklendirmektedir (Bu yönde bk. **Tekinalp**, Yeni, s. 174.

⁹⁹ Ortakların bu aşamada kar payı talep edemeyeceklerine ilişkin bk. **Karahan**, s. 19; **von Steiger**, (Çağa), s. 402; **Wiedemann**, AktG § 264, Anm. 3, s. 514. Bunun doğal sonucu, kar payına katılma hakkı veren intifa senetlerinin, tasfiye aşamasında elde edilen kardan pay talep etmeleri de mümkün değildir (Bu yönde bk. **Arslanlı**, s. 161; **Karahan**, s. 19.

¹⁰⁰ Tasfiyenin amacının dağıtımına tabi tutulacak malvarlığının mümkün olduğunca yüksek miktarda ortaya çıkarılmasını sağlamak olduğuna ilişkin bk. **Riesenhuber**, AktG § 268, Anm. 2, s. 2525.

¹⁰¹ Tasfiye memurlarının işletme idaresi yetkisine sahip olduklarına ilişkin bk. **Schleberger/Quassowsky**, § 209, Anm. 1, s. 920; **Kuster**, Art. 743, Anm. 7, s. 1650.

¹⁰² Alman doktrininde tasfiye memurunun yükümlülüklerini açıklayan düzenlemenin, tasfiye memuru ve şirket arasındaki iç ilişkide önem taşıdığı, dış ilişki bakımından AG § 269'da yer alan temsile ilişkin düzenlemelerle bunun bir bütün oluşturduğu belirtilmektedir (Bu yönde bk. **von Godin/Wilhelmi**, § 268, Anm. 1, s. 1477; **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 2; **Bachmann**, § 268, Anm. 1, s. 718; **Heidel**, AktG § 268, Anm. 1, s. 1494).

¹⁰³ Şirket genel kurulu ve yönetim kurulunun bunların yetkilerini sınırlamasının mümkün olmadığına ilişkin bk. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, s. 855; **Kuster**, Art. 743, Anm. 7, s. 1650.

mektedir. Kanaatimizce burada süregelen işlerin tasfiye amacına uygun olduğuna dair bir karineden söz edilebilecektir.

Buna karşın kanun koyucu süregelen işlerin tamamlanması konusunda açık bir emir ortaya koymakta ve tasfiye memurlarına bunların tamamlanmaksızın tasfiye faaliyetlerini yerine getirme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu husus süregelen işlerin tamamlanmasının tasfiye amacına uygun olduğu karinesinin doğal bir sonucudur.

Ancak diğer taraftan süregelen işlerin tamamlanmasının tasfiye amacına uygun olmaması da mümkündür. Diğer bir ifadeyle süregelen işlerin tamamlanması sonucu ortaya çıkacak olan net malvarlığı, aksi durumda ortaya çıkacak net malvarlığından düşük olabilir. Örneğin hammaddenin işlenerek mamul haline getirilmesi ve şekilde satılması, hammadde olarak satılmasından daha fazla masrafa sebep olabilecek¹⁰⁴ ve sonuç olarak elde edilecek net malvarlığı hammaddenin bu şekilde satılmasından daha düşük olabilecektir. Bu durum tasfiye amacına aykırıdır. Bu durumda ortaya çıkan karinenin aksi ispatlanabilir bir karine olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵.

B. Yeni İşler ve Tasfiye Amacına Uygunluk Ölçüsü

Kanun koyucu tasfiye memurlarının tasfiyenin gerektirmediği yeni işleri yapamayacaklarını ortaya koymaktadır¹⁰⁶. Bu durumda yeni iş olarak nitelendirilecek bir faaliyetin tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilebilmesi için, bunun tasfiye amacına uygun olduğunun belirlenmesi gerekecektir.

Tasfiye memurlarının tasfiye amacına uygun yeni işleri gerçekleştirmeleri için şirketin herhangi bir başka organının iznine ihtiyaçları bu-

¹⁰⁴ Geçici faaliyetlerde masrafların yüksekliği bilinen bir olgudur.

¹⁰⁵ Özellikle askıda işlemler bakımından ilişkin, bunların ne pahasına olursa olsun tamamlanmasının doğru olmayacağı, aksine işlemin tamamlanmasının anlamlı ve verimli (sinnvoll und rentabel) olması gerektiğine ilişkin bk. **Bachmann**, § 268, Anm. 4, s. 718. **von Godin/ Wilhelmi**, ise tasfiye memurlarının her bir işlemi tamamlama konusunda imkan sahibi olmadığını, bunlara verilen görevin şirket malvarlığının uygun bir biçimde iadesi olduğunu ifade etmektedir (Bu yönde bk. **von Godin/ Wilhelmi**, § 268, Anm. 2, s. 1478).

¹⁰⁶ **von Steiger** bu durumu tasfiye memurlarının prensip olarak süregelen işleri tamamlamaları gerektiği şeklinde ortaya koymaktadır (Bu yönde bk. **von Steiger**, (Çağa), s. 401). **Bahtiyar** ise, tasfiye amacı ölçüsünün şirket adına yeni işlem yapılması ve yeni faaliyete girişilemesinin kural olarak engellenmesi sonucunu verdiğini ifade etmektedir (Bu yönde bk. **Bahtiyar**, s. 295).

lanmamaktadır¹⁰⁷. Eski Kanunda kolektif şirket hükümlerine yapılan atfın sonucu olarak ortaya çıkan, tasfiye amacına aykırı yeni işlerin genel kurulun¹⁰⁸ izni ile gerçekleştirilebilmesi, yeni düzenleme bakımından mümkün değildir.

Tasfiye amacıyla yapılan temel faaliyetler yukarıda açıklanmıştır. Kanun koyucu belirtilen düzenlemelerde tasfiye amacına ilişkin ipuçlarını vermektedir. Bu haliyle şirket net malvarlığının ortaya konulmasını amaçlayan tüm faaliyetlerin tasfiye amacına uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹. Yeni işler yapılmasına dair imkânın sadece malvarlığının para çevrilmesini kolaylaştıracak hususlarla sınırlı olmadığı, aksine süregelen işlerden elde edilecek menfaatleri en yukarı seviyeye çıkaracak işlemlerin de, kanunun izin verdiği yeni işler kapsamında değerlendirileceği ve izin verileceği kabul edilmektedir¹¹⁰.

Ancak bu nitelendirme yeterli kabul edilemez. Tasfiye amacının belirlenmesinde, bu faaliyetlerin hangi menfaati koruduğu dikkate alınarak değerlendirme yapılması da bir zorunluluktur. Alman hukukunda özellikle

¹⁰⁷ Tasfiye amacına uygun işler bakımından tasfiye memurlarının izin almasına gerek bulunmadığına ilişkin bk. **Karahan**, s. 193. Aynı yönde **Bozgeyik**, s. 156. **Karahan**'a göre tasfiyenin icaplarından olan yeni işler, bu yasak kapsamında değerlendirilirse, tasfiyeye ilişkin hükümlerin ahengi bozulur ve bu sebeple tasfiyenin icaplarından olarak kabul edilecek olan yeni işlerin, yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

Buna karşın **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, tasfiyenin icabı işlerde dahi genel kurul onayının alınması gerektiğini belirten bir ifade kullanmaktadırlar (Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 869). Keza yazarlar başka bir yerde alınan kararın tasfiye amacına aykırılık oluşturacak seviyede yeni iş yapılmasına izin verilememesi şeklinde anlaşılması daha doğru olacağını da belirtmektedirler (Bu yönde bk. **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 870). Yazarlara göre bu görüşün dayanağını, organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlanmış olmasında bulmaktadır (ETTK md. 440).

¹⁰⁸ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde anonim şirketler bakımından yeni iş izni-ne ilişkin kararın adi toplantı ve karar yetersayılarına tabi olduğu görülüyordu (ETTK md. 450 atfı ile md. 372 ve 378).

¹⁰⁹ Süregelen işlerin tamamlanmasının bu ölçütten hareket edilerek tasfiye amacına uygun kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bk. yuk. III, A. Tasfiye memurlarının süregelen işleri tamamlayabilmeleri ve kanunu kendilerine yüklediği yükümlülükleri yerine getirebilmeleri için yeni bazı işler yapmak zorunda kalabileceklerine ilişkin bk. **Wiedemann**, AktG § 268, Anm. 3, s. 526. Yeni işler bakımından aynı yönde bk. **Drescher**, § 268, Anm. 3; **Bachmann**, § 268, Anm. 7, s. 719.

¹¹⁰ Bu yönde bk. **Drescher**, § 268, Anm. 3; **Bachmann**, § 268, Anm. 7, s. 719.

anonim şirketler bakımından, tasfiye işlemlerinin alacaklıların ve pay sahiplerinin menfaatlerini koruyucu işlemler olması gerektiği¹¹¹ ve bunların menfaatlerini koruyan işlemlerin tasfiye memurlarının yetkileri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna karşın İsviçre hukukunda **Stoffel** tasfiyenin amacının pay sahiplerine tasfiye hisselerinin dağıtılması olduğu ileri sürülmektedir¹¹². Kanaatimizce Alman hukukunda kabul edilen, tasfiyenin sadece pay sahiplerinin değil, alacaklıların da menfaatlerinin korunması gereken bir süreç olduğu görüşünün kabul edilmesi doğru olacaktır.

Böylece menfaat kıstasından hareket edildiğinde, şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin menfaatine uygun olduğu kabul edilen faaliyetler, tasfiye amacına da uygun olarak kabul edilebilecektir. Esasen belirtilen ölçü süregelen işin tasfiye amacına uygun olduğu ilkesi ile de bağlantılıdır. Süregelen işlerin konusu şirketin aktifinde yer alan değerler olduğu takdirde, bunlar üzerinde faaliyet gerçekleştirilmesinin, şirketin elinde bulunan ve tasfiyeye tabi tutulacak malvarlığının daha değerli hale getirilmesi sonucunu verdiği açıktır. Süregelen işlerin tamamlanması sonucu tasfiye artığının arttırılmasına ve buna bağlı olarak şirket alacaklıları ve ortaklarının menfaatine olan bir faaliyete izin verilmesi, tasfiye amacına uygundur.

Şirketin net malvarlığını arttırıcı faaliyetlerin tasfiye amacına uygun olduğu yukarıda ifade edilmişti. Şirketin işletme değerinin arttırılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir¹¹³. Bu husus şirketin elinde bulunan yatırım imkânlarının şirket işletmesine tahsis edilmesi sonucu ortaya çıkabilir¹¹⁴. Özellikle işletmenin¹¹⁵ bir bütün olarak satılması¹¹⁶ ihtimali söz

¹¹¹ Bu yönde bk. **Hüffer**, Beck's AktG § 268, Anm. 2; **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 3; **Hoffmann-Becking**, § 65, Anm. 7, s. 1055; ; **Riesenhuber**, AktG § 268, Anm. 2, s. 2525; **Drescher**, § 268, Anm. 2; **Hirschmann**, § 268, Anm. 1, s. 1952; **Bachmann**, § 268, Anm. 3, s. 718; **Heidel**, AktG § 268, Anm. 2, s. 1495; **Servatius**, § 268, Anm. 3, s. 1822; **Paschke**, s. 1812. Türk hukukunda aynı husus Şener tarafından ifade edilmektedir bk. **Şener**, s. 603.

¹¹² Bu yönde bk. **Stoffel**, (Aktienrecht), s. 224; **Stoffel**, (Grundriss), s. 280. Benzer olarak bk. **Kuster**, Art. 743, Anm. 1, s. 1648. Yazar tasfiye amacına uygunluğun, malvarlığı değerlerini arttırıcı veya tasfiye işlemlerinin yürütülmesi için gerekli işlemlerle sınırlı tuttuğu görülmektedir (Bu yönde bk. **Kuster**, Art. 743, Anm. 2, s. 1649).

¹¹³ Bu yönde bk. **Handschin/ Cho**, Art 585, Anm. 23, s. 477.

¹¹⁴ Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. **Öcal**, (Şirket İşlerine Devam), s. 28.

konusu olduğu takdirde¹¹⁷, işletmenin pazar payının azalmasını önleyici faaliyetler de bu kapsamda değerlendirilebilir¹¹⁸. Şirket işletmesinin bir bütün olarak satılmasına yönelik olarak, yeni mallar satın alınması¹¹⁹. Bu kapsamda şirket işletmesinde yönetim değişikliği yapılarak yeni yöneticilerin atanmasının da tasfiye amacına uygun olduğu benimsenmelidir¹²⁰. Ancak şirket işletmesinin bir bütün olarak satılmasına karar verilme ihtimalinin bulunduğu hallerde, bu kararın öncelikle verilmesi gerekmektedir.

¹¹⁵ İşletmenin sürekliliği ile tasfiye amacı arasında çatışma ve bu çatışmanın ne şekilde giderilebileceğine ilişkin bk. Kraft, § 268, Anm. 3, s. 62.

¹¹⁶ Bu yönde davranışın tasfiye amacına uygun olduğu incelemesi yapılması gerektiğine, aksi durumda işletme unsurlarının teker teker devrinin uygun olacağına ilişkin bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 4.

¹¹⁷ Bu ihtimalde yaşayan işletme değerinin elde edilebileceğine ilişkin bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 6, s. 528 ve Anm. 8, s. 530; Handschin/ Cho, Art 585, Anm. 23, s. 477. İşletmenin bir bütün olarak satılmasının müşteri çevresinin de (goodwill) paraya çevrilmesi anlamına geldiğine ilişkin bk. Böeli, (2004), s. 2007. Good will ve know how gibi işletme değerlerinin paraya çevrilebileceğine ilişkin bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 5. Alman hukukunda Hoffmann-Becking, işletmenin bir bütün olarak devrinin daha avantajlı olacağına anlaşılması halinde, işletme faaliyetlerine devamın, tasfiye faaliyetleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Bu yönde bk. Hoffmann-Becking, § 65, Anm. 7, s. 1055). İsviçre hukukunda von Steiger, fabrikaya müşteri bulunabilmesi için işler durumda tutulmasının faydalı olacağını belirtmektedir (Bu yönde bk. Von Steiger, (Çağa), s. 401). Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel'de benzer bir biçimde şirket işletmesinin bir bütün olarak devrine hizmet ediyorsa yeni işlemlere girişilebileceğini belirtmektedirler (Bu yönde bk. Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, s. 862. Benzer olarak Handschin/ Cho, üretim faaliyetlerine son verilmesinin işletmenin bir bütün olarak devrine engel olabilecek bir karar olduğunu vurgulamaktadır (Bu yönde bk. Handschin/ Cho, Art 585, Anm. 23, s. 477).

¹¹⁸ Fransız hukukunda işletmenin ve müşterinin korunması için yapılacak faaliyetlerin bu kapsamda olduğunun doktrinde kabul edildiğine ilişkin bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 30 ve 31.

¹¹⁹ Bu yönde bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

¹²⁰ Bu yönde bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530. Paschke, ise aynı husus tekrarlayarak, işletmenin yeniden organize edilmesinin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini ifade etmekte ve yeni bir şirket kurulmasının, yeni bir şirket ortaklığı edinilmesinin veya önemli ölçüde malvarlığı edinilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmektedir (Bu yönde bk. Paschke, s. 1812).

Zira işletmenin unsurlarının ayrı ayrı satışlarının gerçekleştirilmesi, bunun bir bütün olarak devrini engelleyecektir¹²¹.

Yeni işlemler yapılması, paraya çevrilmesi zor şirket malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesini sağlayacak olanak doğmasını da sağlayabilecektir¹²². Bu durumda da gerçekleştirilen faaliyetin, tasfiye amacına uygun olacağı kabul edilmelidir.

Yeni işin tasfiye amacına uygunluğu bakımından belirtilmesi gereken bir diğer husus, yeni işin şirket bakımından bir risk içermemesi gerektiğidir¹²³. Böylesi bir risk tasfiyenin başlangıcı ve sonu arasında oluşması muhtemel olumsuz sonuçları ifade etmektedir. Buna bağlı olarak pay sahiplerine dağıtılacak tasfiye artığında azalma veya tasfiyenin başlangıcındaki duruma göre alacakları karşılanan alacaklıların tatmin edilememesi durumu ortaya çıkmamalıdır. Faaliyet sonucunda şirket malvarlığının artırılması sağlanacak olsa da, tasfiye memurunun riskli bir faaliyette bulunması doğru görülmez¹²⁴. Zira tasfiye memurlarının yeni işe girişme açısından amacı, tasfiye artığını arttırmak değildir.

Diğer taraftan yeni işlere girilmesi, şirketin faaliyetlerini bir işletmenin işletilmesi faaliyetine dönüştürmesi halinde, bunun tasfiye amacına uygun olmayacağı da açıktır¹²⁵. Özellikle tasfiye amacından tamamen uzaklaşılması sonucunu doğuracağından, yeni işletme kurulması tasfiyenin amacına uygun bir faaliyet sayılamaz¹²⁶.

Buna karşılık devir yöntemi olarak bölünme gerçekleştirilmesi, bölünme suretiyle oluşan yavru şirket paylarının devri suretiyle işletmenin

¹²¹ Bu yönde bk. Kuster, Art. 743, Anm. 5, s. 1649. İşletmenin bir bütün olarak devrinin ancak faaliyetlere devam edilirse sağlanabileceğini ve bunun da bir süreyi gerektirdiğine ilişkin bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

¹²² Bu yönde bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

¹²³ Bu yönde bk. Bürgi/Nordmann-Zimmermann, Art. 744, Anm. 32, s. 890.

¹²⁴ Tasfiye memurunun her durumda yeni işlem gerçekleştirmeye yetkili olmayacağına ilişkin bk. Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

¹²⁵ Bu şekilde şirketin yeni vergi yükleri karşısında bırakılmasının doğru olmayacağı ve sona ermeye rağmen sürdürülen faaliyetlerin hukuki bir korumadan yararlanamayacağı hakkında Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 29.

¹²⁶ Belçika hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. Öcal, (Şirket İşlerine Devam), s. 29.

devrinin sağlanması mümkündür¹²⁷. Bu sebeple yeni bir şirket kurulması tasfiye amacına uygun kabul edilebilir¹²⁸. Ancak bu açıklamalarımız, belirtilen işlemlerin tasfiye memuru tarafından yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine bu işlemlerin tamamı şirket genel kurulunun devredilemeyen yetkileri içerisindedir. Sadece belirtilen işlemlerin tasfiye haline girmiş bir şirkette gerçekleştirilebileceği üzerinde durulmaktadır. Buna karşın iştirak niteliğinde yeni şirket kurulması konusuna dikkatli yaklaşılması gerekmektedir. Zira bu ihtimalde yeni bir şirket ile birlikte tasfiyenin uzamasına yol açacak uyumsuzlukların ortaya çıkması mümkündür.

Yeni işin tasfiye amacına uygun olup olmadığına karar verecek olan tasfiye memurlarıdır. Tasfiye memurlarının yeni işe girişmek yerine işletmenin faaliyetlerine son vermesinin tasfiyenin amacına uygun olacağı kabul edilebileceği gibi, bunun aksinin kabul edilmesi de mümkündür¹²⁹. Belirtilen husus objektif kriterlerle olmak üzere, şirket işletmesinin içinde bulunduğu durum dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

İşin niteliğine aykırı olacağı için, şirket adına bir borcun kabul edilmesinin tasfiye amacına uygun olmayan bir işlem olduğu kabul edilmekte-

¹²⁷ Alman hukukunda bu husus genel kabul görmektedir (Bu yönde bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 9; Kraft, § 268, Anm. 3, s. 62; Hirschmann, § 268, Anm. 3, s. 1953; Bachmann, § 268, Anm. 9, s. 719; Riesenhuber, AktG § 268, Anm. 6, s. 2526; Heidel, AktG § 268, Anm. 5, s. 1496. Karş. Kağıtçoğlu, Mutlu: Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012, 80. Yazar kısmi bölünen şirketin ve devralan şirketin/ şirketlerin sona ermemiş ve tasfiye edilmemiş olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın bu fikrinin tasfiye edilmiş şirketler bakımından kabul edilmesi mümkün olmakla birlikte, sona ermiş ancak tasfiyesi devam eden şirketler bakımından kabul edilemez. Tür değiştirmenin de mümkün olduğuna ilişkin bk. Hirschmann, § 268, Anm. 3, s. 1953; Bachmann, § 268, Anm. 9, s. 719; Riesenhuber, AktG § 268, Anm. 4, s. 2526; Heidel, AktG § 268, Anm. 5, s. 1496; Schmidt, § 268, Anm. 6, s. 142.

¹²⁸ Bu yönde bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 10; Bachmann, § 268, Anm. 9, s. 719; Hirschmann, § 268, Anm. 3, s. 1953; Heidel, AktG § 268, Anm. 5, s. 1495. Yazarlar özellikle işletmenin bir kısmının devrini sağlayacak yeni bir şirket kurulmasından söz etmektedir. Bu anlamda işletme devrine göre hisse devrinin avantajlı olması mümkündür (Bu yönde bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 12; Hirschmann, § 268, Anm. 3, s. 1953; Bachmann, § 268, Anm. 9, s. 719).

¹²⁹ Bu yönde bk. Bozgeyik, s. 170.

dir¹³⁰. Aynı esastan hareket edildiğinde, tasfiye memurlarının kefil sıfatıyla sözleşme yapmalarının da tasfiye amacına uygun olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşın bir alacağın tahsili kapsamında kefalet sözleşmesine alacaklı olarak katılmanın tasfiye amacına uygun olacağı kabul edilmelidir. Doktrinde şirketin ipotekle temin edilmiş bulunan alacağının tahsili amacıyla gayrimenkul edinilmesine izin verilebileceği ortaya konulmaktadır¹³¹. Benzer olarak tahsilâtı kolaylaştıracak tarzda şirketin bazı alacakları devralmasının da mümkün olması gerekir¹³². Ayrıca alacağın elde edilebilmesini sağlayacak şekilde faktöring işlemi yapılabileceği de benimsenmelidir¹³³. Şirketin alacaklarının temlik edilmesi de bu kapsamda kabul edilebilir¹³⁴.

Tüm bu açıklamalar ışığında, tasfiye memuru tarafından yapılacak sadece yeni iş niteliği taşıyan değil tüm tasfiye işlerinin, tasfiye amacı dikkate alınarak zorunlu veya ekonomik bakımdan anlamlı¹³⁵ olmalarının gerektiği kabul edilmelidir.

C. Tasfiye Memurlarının Özen Yükümlülüğü ile Süregelen ve Yeni İş Arasındaki İlişki

1. Tasfiye Memurlarına İlişkin Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

Tasfiye memurlarının tüm tasfiye işlemlerini gerçekleştirirken özenli hareket etmeleri gerekmektedir. Kanun tasfiye memurlarının faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar bakımından sorumluluk esaslarını TTK md. 553'de öngörmekte, ayrıca TTK md. 541, f. 4 ve TTK md. 546 f. 2 'de de TTK md. 553 hükmünün uygulanacağını vurgulamaktadır. Bu açıdan tasfiye memurlarının kusurları ile verdikleri zarardan sorumlu olacakları açık bir

¹³⁰ Bu yönde bk. Handschin/ Cho, Art 585, Anm. 40, s. 483. Ancak yazarlar aynı yerde kolektif şirketler bakımından ortakların bu işlem bakımından tasfiye memurlarını yetkilendirilebileceğini de ifade etmektedirler.

¹³¹ Bu yönde bk. Uçar, s. 46. Aynı yönde bk. von Godin/ Wilhelmi, § 268, Anm. 3, s. 1478; Wiedemann, AktG § 268, Anm. 8, s. 530.

¹³² Bu yönde bk. Kraft, § 268, Anm. 10, s. 64; Wiedemann, § 268, Anm. 4; Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 17; Drescher, § 268, Anm. 3.

¹³³ Bu yönde bk. Kraft, § 268, Anm. 10, s. 64; Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 17; Hirschmann, § 268, Anm. 6, s. 1953; Bachmann, § 268, Anm. 4, s. 718.

¹³⁴ Bu yönde bk. Şener, s. 610.

¹³⁵ Bu ifade için (notwendig oder wirtschaftlich sinnvoll) bk. Hüffer, MünchK, § 268, Anm. 10; Hirschmann, § 268, Anm. 3, s. 1953.

biçimde ortaya konulmaktadır. Bunların kusurlu olup olmadıklarının belirlenmesi açısından, kendilerinden beklenen özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi zorunludur.

Tasfiye memurlarının özen yükümlülüğü açısından kolektif ve anonim şirketlerde farklı bir şekilde ifade edilmektedir. TTK md. 286 tasfiye memurlarına “basiretli bir iş adamı gibi gerekli önlemleri alma” yükümlülüğü yüklemektedir¹³⁶. Anonim şirketlere ilişkin düzenleme içinde “basiretli iş adamı” ölçüsü değil, “düzenli ve görevinin bilincinde yönetici ilkesi” (TTK md. 542, f. 1, e bendi) öngörülmüştür. Kanunda her ne kadar şirketin bütün mal ve haklarının korunması için düzenli ve görevinin bilincinde yönetici gibi davranma yükümlülüğünden söz ediliyorsa da, tasfiye memurlarının kendilerine verilen tüm görevler ve buna bağlı yetkiler açısından belirtilen özen ilkesine uygun davranmaları zorunludur.

Özen yükümlülüğünü belirleyen kavramlar olarak “Düzenli ve görevinin bilincinde yönetici” ile “basiretli iş adamı”, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün kapsamını belirleyen TTK md. 369, f. 1’de kullanılan “tedbirli bir yönetici” kavramından farklıdır. Böylece dikkate alınabilecek üç farklı özen ölçüsü ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce kanun gerekçesi dikkate alınarak hareket edilmesi halinde, bu üç farklı açıklamaya ilişkin temel esaslara ulaşılabilmektedir. İlk olarak tasfiye memurunun özen yükümlülüğüne ilişkin hükmün gerekçesinde, TTK md. 542, f. 1, e bendi hükmünün, ETK md. 225 hükmünde yer alan ve kollektif şirket tasfiye memurunun özen yükümlülüğünü belirtilen düzenlemenin bazı değişikliklerle tekrarından ibaret olduğu belirtilmektedir. Aynı husus TTK md. 286 açısından da geçeridir. Bu durumda TTK md. 286 ile öngörülen “basiretli iş adamı” ölçüsünün, “düzenli ve görevinin bilincinde yönetici” ile aynı anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir¹³⁷.

İkinci olarak yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğüne ilişkin TTK md. 369 hükmün gerekçesinde, basiretli iş adamı ölçüsünün, yönetim

¹³⁶ Tasfiye memuruna yüklenen bu yükümlülüğün kapsamı açısından ayrıca bk. **Karahan**, s. 125; **Bozgeyik**, s. 168 vd.

¹³⁷ Benzer olarak bk. **Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 445. Yazar TTK md. 286’da öngörülen basiretli iş adamı ölçüsü ifadesi ile düzenli ve görevinin bilincinde yönetici kavramları arasındaki terimsel farkı vurgulamaktadır.

kurulu üyeleri bakımından ağır bir sorumluluk getirmesi sebebiyle eleştirildiği görülmektedir. Doğrudan gerekçede yer alan ifadeyle belirtilirse: “Nesnellikte, *diligentia quam in suis yeterli olamaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır. Tasarı hükmünde 6762 sayılı Kanunun 320 nci maddesinde öngörülmüş bulunan basiret ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta basiretli işadama ölçüsünden uzak durulmuştur. Çünkü, Yargıtay kararları basiretli işadama ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adaletsiz sonuçlar doğurabilirdi. Bu sebeple tedbirli yönetici ilkesinin, özen yükümlülüğü bakımından “basiretli iş adamı” veya aynı anlamda kullanıldığını kabul ettiğimiz “düzenli ve görevinin bilincinde yönetici” ilkesine göre daha dar kapsamda bir özen yükümlülüğü yüklediği kabul edilmelidir¹³⁸.*

Buna bağlı olarak tasfiye memurlarının faaliyetleri sırasında yönetim kurulu üyelerine göre daha fazla özenli davranmaları gerektiği kabul edilebilecektir. Esasen bu husus işin niteliğine de uygundur¹³⁹.

Bu anlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus tasfiye faaliyetlerinin, tasfiye memurları tarafından bizzat icra edilmesi gerekliliğidir. Bunlar tarafından ticari temsilci gibi yetkililer atanmış olmasının ve yeni işlemlerin bu temsilciler tarafından yapılması halinde dahi, işlemde kaynaklanan sorumluluk tasfiye memurlarına ait olacaktır¹⁴⁰.

2. Faaliyetin Süregelen İş ve Yeni İş Olması ve Özen Ölçüsü İlişkisi

Bu açıdan süregelen iş yeni iş kapsamında değerlendirilecek olan faaliyetler bakımından da farklı bir esas getirilmemiştir. Kanaatimizce bu husus

¹³⁸ Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün kapsamı ve 6102 sayılı Kanun uygulamasında ortaya çıkan özelliklere ilişkin bk. Akdağ-Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 81 vd; Akdağ-Güney, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 127 vd. Yazar her iki eserinde özen ölçüsünün belirlenmesi anlamında Avrupa hukukunda da kabul gören bir Amerikan hukuk kurumu olan “Business Judgment Rule” (Tedirli yöneticinin ölçüsü) ilkesinin kullanılacağını ifade etmektedir.

¹³⁹ Karş. Pulaşlı, s. 1982. Yazar tasfiye memurlarının görevlerini yaparken aynen yönetim kurulu üyelerinin gösterdiği özeni göstermek zorunda olduklarını, yani tedbirli yönetici gibi hareket etmeleri gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁴⁰ Bunun dayanağının yetkisiz tevkiye ilişkin TBK md. 508, f. 1 (EBK 391, f. 1) olduğuna ilişkin bk. Karahan, s. 126.

eleştirilmesi gereken bir husustur. Zira süregelen işlerin tamamlanması ve yeni işler bakımından bu açıdan önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Özellikle yeni iş niteliğindeki faaliyetler bakımından, tasfiye memurlarının çalışma şekillerinde değişiklik bulunmaktadır. Şöyle ki, yeni işlere başlamak, tasfiye memurunun şirketin tasfiyesi ile değil idaresi ile görevli yöneticilerinin¹⁴¹ yerine geçmesi anlamına gelecektir.¹⁴² Bu durumda tasfiye memurlarının bir idareciye yüklenen özen yükümlülüğü ile sorumlu tutulmaları doğru olacaktır.¹⁴³ Buna bağlı olarak yeni işlerin görülmesi sırasında özen yükümlülüğü daha dar, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ile paralel bir biçimde uygulanmalıdır. Zira bu aşamada tasfiye memurları adeta bir şirket yönetim kurulu üyesi gibi faaliyette bulunmaktadır.

Tasfiye memurlarının bu kapsamdaki özen yükümlülüğü, ancak yeni bir işe başlanmış olması halinde ortaya çıkacaktır. Bu açıdan faaliyete yeni faaliyete başlanmadan önceki dönem ile faaliyet dönemi birbirinden ayrı değerlendirilerek şu sonuç ortaya konulabilir:

Yeni iş olarak nitelendirilebilecek bir faaliyette bulunma konusunda karar verme aşamasında tasfiye memurları ağırlaştırılmış özen yükümlülü-

¹⁴¹ Alman hukukunda da tasfiye memurlarının yönetim kurulu fonksiyonlarını üstlendikleri durumlarda aynı esaslara tabi olacakları öngörülmüştür (AktG § 268, Abs. 2). Tasfiye memurlarının sorumluluğunun da bu hükme göre belirleneceğini kabul edilmektedir. İlke ve sorumluluk konusunda genel olarak bk. **Schlegerberger/ Quassowsky**, § 209, Anm. 13, s. 922; **von Godin/ Wilhelmi**, § 268, Anm. 7, s. 1479; **Hüffer**, MünchK, § 268, Anm. 26; **Drescher**, § 268, Anm. 5; **Hirschmann**, § 268, Anm. 10, s. 1954; **Kraft**, § 268, Anm. 20, s. 65; **Riesenhuber**, AktG § 268, Anm. 5, s. 2526; **Bachmann**, § 268, Anm. 20, s. 721; **Heidel**, AktG § 268, Anm. 6, s. 1496; **Ott**, § 268, Anm. 5, s. 1426. "Business judgment rule" ilkesinin tasfiye memurları bakımından da uygulanacağına ilişkin bk. **Schmidt**, § 268, Anm. 5, s. 142; **Servatius**, § 268, Anm. 14, s. 1824. Eski Alman hukuku düzenlemesi bakımından aynı yönde bk. **Teichmann / Koehler**, § 209, Anm. 4, s. 461.

¹⁴² Fransız hukukuna ilişkin açıklamaları içinde bu yönde bk. **Öcal**, (Şirket İşlerine Devam), s. 30. Bu hukuk sisteminde doktrin tarafından işe devam etmenin ilke olarak tasfiye etmek anlamına gelmeyeceğinin vurgulandığına ilişkin bk. **Öcal**, (Şirket İşlerine Devam), s. 31-32.

¹⁴³ Şahıs şirketlerinden yeni iş yapılabileceği yönünde bir karar verildiğinde, yöneticilerin olağan işlerle sınırlı bir yönetim yetkisine sahip olacakları kabul edilmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı, KKŞ**, s. 538; **İzmirli**, s. 57). Oysa tasfiye işlemleri bakımından tasfiye memurlarının olağan ve olağanüstü işlemleri gerçekleştirebilecekleri ifade edilmektedir (Bu yönde bk. **Arslanlı, KKŞ**, s. 536; **İzmirli**, s. 56).

ğüne tabi olacaklardır¹⁴⁴. Bu aşamada düzenli ve görevinin bilincinde bir yönetici veya kolektif şirket hükümlerinde öngörüldüğü şekli ile basiretli iş adamı gibi hareket etmelidirler. Özellikle yeni işin tasfiye amacına uygun olup olmadığı konusunda objektif kriterler dikkate belirlenmede bulunacaklardır¹⁴⁵. Bu anlamda objektif ölçü, benzer nitelikteki bir işletmenin tasfiyesinde yapılması mümkün olan yeni işlerin dikkate alınmasıdır. Tasfiye memurlarının subjektif değerlendirmeleri ile bir sonuca ulaşmaları, bunların sorumluluklarının ortaya çıkmasına sebep olabilecektir¹⁴⁶. Buna bağlı olarak şirket pay sahiplerinin ve alacaklılarının menfaatine olduğu objektif olarak saptanan faaliyetler, tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilebilecek faaliyetler olarak nitelendirilebilecektir. Tasfiye amacına aykırı yeni bir işe başlayan tasfiye memurlarının, özen yükümlülüğüne aykırı davrandıkları kabul edilebilecektir.

Yeni iş ile bağlantılı diğer husus ise, tasfiye amacına uygun olarak kabul edilen ve başlanan yeni işin yürütülmesinde özenli davranma zorunluluğudur. Böylece yeni işe başlanmasında olduğu gibi bunun sürdürülmesinde de tasfiye memurlarının özenli davranmaları bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu aşamada tasfiye memurlarının daha hafif olduğunu kabul ettiğimiz, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne tabi tutulmalıdırlar.

Özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilecek bir diğer husus şirket yönetim kurulunun durumudur. Tasfiye sırasında şirket adına işlemleri gerçekleştirme yetkisi tasfiye memurlarına yüklenmiştir. Bu husus kolektif şirketlere ilişkin TTK md. 292'de ve anonim şirketler için TTK md. 542'de açık bir biçimde ifade edilmektedir. Esasen anonim şirketler için öngörülen, tasfiye halindeki şirketin organların görev ve yetkilerinin, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan, ancak nitelikleri gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere özgüleneceği düzenlemesine de (TTK md. 535, f. 1) uygundur. Bu düzenlemeden hareket edildiğinde tasfiye sırasında diğer organların, özellikle yönetim kurulunun özellikle üçüncü kişilerle bir işleme girişmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple yeni iş konusunda faaliyette bulunma yetkisi tasfiye memurları ile sınırlı-

¹⁴⁴ Tasfiye memurlarının bu kararı verirken somut durumun şartlarını dikkatle değerlendirmek zorunda olduklarına ilişkin bk. Stäubli, Art, 743, Anm. 1, s. 1403.

¹⁴⁵ Arslanlı, KKŞ, s. 538; İzmirli, s. 57; Uçar, s. 43 ve 140.

¹⁴⁶ Arslanlı, KKŞ, s. 538; İzmirli, s. 57.

dır. Buna karşın özellikle yönetim kurulunun tasfiye memurları üzerinde bir gözetim fonksiyonunun bulunduğu kabul edilmelidir¹⁴⁷. Dolayısıyla tasfiye memurlarının yeni işlem yasağına aykırı faaliyetlerinden dolayı, bunların dahi sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Yönetim kurulu tasfiye memuru görevini üstlenmişse, bu durumda yeni iş yasağından kaynaklanan sorumluluk, anonim şirket yönetim kurulunda olacaktır. Bu durumda yönetim kurulunun tasfiye memuru olarak görev yapmasından değil, yönetim kurulunun tasfiye memurluğundan kaynaklanan görevleri yüklenmiş olduğundan söz edilmesi doğru olacaktır¹⁴⁸.

Yeni iş yasağına aykırı davranılması, tasfiye memurlarının sorumluluğuna sebep olan hallerden biridir¹⁴⁹. Yeni iş yasağına uymamak, tasfiye memuru bakımından haklı sebeple azil sebebi olarak da görülebilir.

D. Yeni İşlerin Tarafı Olan Üçüncü Kişilerin Durumu

Gerçekleştirilen faaliyet eğer bir hukuki işlem niteliğindeyse, bunun tarafları bakımından da bir ayırım gerçekleştirilebilir. Hukuki işlem şeklinde gerçekleşmeyen, aksine maddi fiil şeklinde gerçekleşen işlemler bakımından işlemin tarafından söz edilemeyecektir.

Eğer yeni iş hukuki muamele şeklinde gerçekleştiriliyorsa bu her zaman şirket ve üçüncü kişi arasında gerçekleşen bir faaliyet niteliği gösterir. Tasfiye memurları bu faaliyetler sırasında kanundan kaynaklanan yönetim ve temsil yetkilerini kullanırlar. Yönetim yetkisi kararların tasfiye memuru veya memurları tarafından alınmasını ifade eder¹⁵⁰. Tasfiye memurlarının yetkilerini ne şekilde kullanacakları hususu da Kanun'da açıkça ortaya konmuştur¹⁵¹.

¹⁴⁷ Bu yönde bk. Karahan, s. 48; Bürgi/ Nordmann-Zimmermann, Art 739, Anm. 31, s. 860; Funk, 739, 4; Schucany, Art. 739, Anm. 2, s. 183; Kuster, Art. 743, Anm. 4, s. 1649.

¹⁴⁸ Bu yönde bk. Karahan, s. 34-35.

¹⁴⁹ Bu yönde bk. Karahan, s. 290.

¹⁵⁰ Bu yönde bk. Karahan, s. 130.

¹⁵¹ Tasfiye memurlarının temsil yetkilerini bizzat kullanmaları gerektiği, yetki devrinin mümkün olmadığı, ancak belirli iş ve işlemler bakımından içlerinden birini, bazılarını veya üçüncü bir kişiyi yetkilendirmelerinin mümkün olduğuna ilişkin bk. Karahan, s. 125; von Godin/ Wilhelmi, § 268, Anm. 6, s. 1479; Kraft, § 268, Anm. 19. Temsil yetkisi konusunda geniş açıklamalar için ayrıca bk. Karahan, s. 130.

Yeni işin bu şekilde dış ilişki ile bağlantısı, tasfiye memurlarının bu kapsamda temsil yetkilerinin bulunup bulunmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Kanun tarafından yeni iş konusunda getirilen düzenlemenin doğal sonucu olarak, tasfiye memurlarının kanunun belirlediği kapsamda olmak üzere yeni işler bakımından temsil yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir¹⁵².

Ortaklarla ortak sıfatından kaynaklanan işlemlerin yeni işlem olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira safi malvarlığının ortaklara dağıtılması faaliyeti, esasen üçüncü kişilerle yapılan bir faaliyet değil, şirket içinde, şirket ve ortaklarla gerçekleştirilen bir faaliyettir.

Tasfiye memuru ile üçüncü kişi arasındaki işlemler, taraf şirket olmadığı için yeni iş kapsamında değerlendirilemez. Burada sorun olsa olsa tasfiye memurunun rekabet yasağına¹⁵³ tabi olup olmadığı açısından değerlendirilebilir¹⁵⁴.

Diğer taraftan tasfiye memurunun bir taraftan şirketi temsil ederken, sözleşmenin karşı tarafından kendisinin bulunduğu hallerde de konu temsil kurallarını ilgilendirir. Bu anlamda temsilci bu konuda kendisine özel yetki verilmişse veya sözleşmenin niteliği buna uygunsa kendisiyle işlem yapabilecektir.

İsviçre hukukunda tasfiye haline girilmesi halinde şirketin amacının kar elde etmekten çıkarak tasfiyenin gerçekleştirilmesi amacına dönüşmesinin, temsil yetkisinde sınırlama getireceği kabul edilmektedir¹⁵⁵. Ancak bu sınırlamanın üçüncü kişilere etkisi bakımından, eski Türk Ticaret Kanunu döneminde ileri sürülen geçersizlik yaptırımının söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. Kollektif şirketlere ilişkin incelemelerinde **Handschin/ Cho**, bir işlemin tasfiye amacına uygun olup olmadığının üçüncü kişi tarafından bilinebilir olmasının pratik anlamda mümkün olma-

¹⁵² Bu yönde bk. **Stäubli**, Art. 743, Anm. 17, s. 1405.

¹⁵³ Tasfiye memurunun rekabet yasağına tabi olmadığına ilişkin bk. **Karahan**, s. 311.

¹⁵⁴ Şahıs şirketlerinde rekabet yasağının kapsamının şirketin tasfiye haline girmesiyle birlikte daralacağına ilişkin bk. **İzmirli**, s. 25; **Tekil**, s. 214; **Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu**, s. 208. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı konusunda bk. **Arsılanlı**, s. 223; **Karahan**, s. 48-49.

¹⁵⁵ Bu yönde bk. **Bauen, Mark/ Bernet**, Robert: Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007, s. 219; **Kuster**, Art. 743, Anm. 7, s. 1650. BGE 117, III 9; BGE 123 III, 473.

diğini ifade etmektedir¹⁵⁶. Yazarlar buna bağlı olarak üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerektiğini kabul etmektedir.

Alman hukukunda tasfiye amacına uygunluk kriterinin sağlanmamış olmasının, yapılan işlemin geçersizliğine yol açmayacağı, sadece tasfiye memurunun sorumluluğuna gidileceği kabul edilmektedir¹⁵⁷.

1. Eski Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi ve Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 208 ve 439, f. 2’de yer alan tasfiye haline giren şirketin ehliyetinin tasfiye gayesi ile sınırlı olacağı ibaresi, yeni Türk Ticaret Kanunu’nda sadece kolektif şirketlere ilişkin hükümler içinde korunmuştur (TTK md. 269). Buna karşılık anonim şirket düzenlemesinde sadece organ yetkilerinin tasfiye amacı ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır (TTK md. 533, f. 2, c. 2).

Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde ehliyete ilişkin açıklamaların ne şekilde yorumlanacağı konusunda fikir birliği bulunmuyordu. Eski Kanun döneminde hâkim görüş, tasfiye haline giren şirketlerde tasfiye amacına aykırı faaliyetlerin hak ve dolayısıyla fiil ehliyeti sınırlandırması içinde kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁸. Yargıtay’ın 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu döneminde verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı esası kabul ettiği belirtilmelidir¹⁵⁹. Ortaya çıkan işlemin niteliği konusunda ise farklı görüşler ortaya çıktığı görülmektedir. Genel olarak değerlendirildiğinde, tasfiye haline girmiş şirket adına yapılan işlemlerin yokluk yaptırımı

¹⁵⁶ Bu yönde bk. Handschin/ Cho, Art 585, Anm. 14, s. 474.

¹⁵⁷ Bu yönde bk. von Godin/ Wilhelmi, § 268, Anm. 6, s. 1479; Ehrlicke / Rotstegge, s. 1131.

¹⁵⁸ Bu yönde bk. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 208; İmregün, s. 483; Karahan, s. 26 vd; İzmirli, s. 14 vd; Uçar, s. 36; Yokluk yaptırımı ortaya çıkacağına ilişkin bk. Bozgeyik, s. 167; Uçar, s. 133-134. Anonim şirkete ilişkin açıklamalar içerisinde aynı yönde bk. Uçar, s. 255. Limited şirkete ilişkin açıklamalarda aynı yönde bk. Uçar, s. 381.

Ancak Ansay bilahare tasfiye haline girmenin hak ehliyetine etkisinin bulunmayacağını, fiil ehliyetini sınırlayacağını kabul etmiştir (Ansay, Turgut: “İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1986, s. 200).

¹⁵⁹ YİBK, 14.5.1947, E. 2, K. 16., RG. 24.07.1947, S. 6666. Kararın değerlendirmesi için bk. İzmirli, s. 8-9.

rimına tabi tutulması gerektiği belirtilirken, bu sonucun üçüncü kişiler bakımından zarar verici niteliği dikkate alınarak sona ermenin tescilinden önce yapılan işlemler bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁶⁰.

Bu konuda eski Türk Ticaret Kanunu döneminde farklı görüş Tekinalp tarafından ileri sürülmüştür. Yazar tasfiye amacına girmiş olmanın, hak ehliyetinde değil fiil ehliyetinde sınırlandırmaya yol açacağını, yapılan işlemin şirketi bağlamayacağını ancak tasfiye memurlarının sorumluluğunun ortaya çıkacağını ifade etmektedir¹⁶¹. Yapılan işlem açısından değerlendirildiğine yazar, tasfiye gayesine aykırı işlemin, yokluk değil, askıda geçersizlik yaptırımına tabi tutulacağını ve şirketin yetkili organlarının onayı ile işlemin geçerli hale geleceğini kabul etmektedir.

Her iki görüş bakımından kabul edilen ortak ilke, üçüncü kişilerin korunmuyor olmasıdır. Bunun doğal sonucu olarak üçüncü kişilerin tasfiye memurları tarafından yapılan faaliyetleri iyi değerlendirmek zorunda oldukları ifade edilmektedir¹⁶².

Eski kanun döneminde tüm şirketler bakımından kabul edilmiş bulunan, alınacak kararlar yeni işlere girilebileceğine ilişkin düzenlemenin de değerlendirildiği görülmektedir. Bu açıdan özellikle kolektif şirketlerde oybirliği ile karar alınarak veya mahkeme tarafından bu yönde bir izin verilmek suretiyle işlere devam edilmesi halinde ortaya çıkan durum bakımından da, doktrinde farklı açıklamalar getirilmektedir. Hâkim görüşe göre izin kararı verilmesi ile birlikte, şirketin sınırlanmış bulunan ehliyeti geçici olarak genişler ve tasfiye memurlarının bu yönde işlem yapabilmelerinin önü açılmış olur¹⁶³. Buna karşın Tekinap'e göre alınan karar sadece tasfiye memurlarının sorumluluğunu ortadan kaldıracı nitelik gösterir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Bu yönde bk. Karahan, s. 28-29 ve ayrıca üçüncü kişinin tasfiye memurundan menfi zarar talebinde bulunabilmesi açısından bk. Karahan, s. 131-132.

¹⁶¹ Tekinalp, Ünal; "Ticaret Ortaklıklarında "Tasfiye Gayesi"nin Anlamı", İktisat ve Maliye Dergisi, 1974, C. XXI, S. 1, s. 23. Aynı yönde bk. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 848. Bu görüşün bir gerekçesini ETTK md. 231'de yer alan ve tasfiye memurlarının sorumluluğu esasını getiren düzenleme oluşturmaktadır. Aksi görüşteki yazarlara göre bu hüküm hatalıdır (Bu yönde bk. Karahan, s. 28).

¹⁶² Bu yönde bk. Uçar, s. 140.

¹⁶³ Bu yönde bk. Karahan, s. 28; İzmirli, s. 17.

¹⁶⁴ Bu yönde bk. Tekinalp, Tasfiye Gayesi, s. 25; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 848.

2. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Durum

TTK md. 539, f. 2 gereğince, tasfiye memurlarının iyiniyetli üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler şirketi bağlayacaktır¹⁶⁵. Ancak üçüncü kişilerin işlemin tasfiye amacına aykırı olduğunu bilmeleri ve bilmeleri gerekmesi halinde bu bağlilik söz konusu olmayacaktır. Hükmün ikinci cümlesine göre tasfiyenin sadece tescil ve ilan edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli delil değildir.

Bu düzenleme bazı farklılıklarla yönetim kurulunun temsil yetkisine ilişkin TTK md 371, f. 2 hükmüne benzemektedir¹⁶⁶. Yönetim kurulu bakımından işletme konusu dışında yapılan işlemlerin karşılığında, tasfiye memurları bakımından tasfiye amaçlarına aykırı işlemleri söz konusu olmakta, her durumda iyiniyetli üçüncü kişilere karşı işlemin şirketi bağlayacağı benimsenmektedir. Gereğe göre bu hüküm üçüncü kişileri korumaya amacıyla getirilmiştir. Düzenlemenin ticaret şirketlerinde ultra vires ilkesinin kaldırılmasıyla bağlantısı bulunmasına rağmen madde gerekçesinde bu yönde açıklama yer almamaktadır¹⁶⁷.

Belirtilen hüküm dikkate alındığında, tasfiye memurlarının tasfiye amacına aykırı işlem gerçekleştirmeleri halinde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı şirket bağlı olacak, buna karşılık tasfiye memurları da gerçekleştirdikleri işlemde kaynaklanan zararlar sebebiyle sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

SONUÇ

6102 sayılı Kanun tasfiyede tasfiye amacına aykırı yeni iş yapılmasını kesin olarak yasaklayan ifadesi ile bu konuda genel kurulun yetkisini tamamen ortadan kaldırmış bulunmaktadır.

Tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilecek faaliyetlerin hazırlık, net malvarlığının elde edilmesine yönelik olanlar ve net malvarlığının ortaklara dağıtılması şeklinde üç ana başlık altında incelenmesi mümkündür. Tasfiye memurlarının süregelen işleri tamamlamaları ve yeni iş yapabilmeleri, net malvarlığının elde edilmesine ilişkin faaliyetler kapsamında değer-

¹⁶⁵ Bu yönde bk. **Tekinalp**, Yeni, s. 170; **Şener**, s. 609.

¹⁶⁶ İki hüküm arasındaki paralellige ilişkin bk. **Tekinalp**, Yeni, s. 170.

¹⁶⁷ Oysa TTK md. 371, f. 2 hükmünün gerekçesinde doğrudan ultra vires ilkesinin kaldırılmasına ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

lendirilmelidir. Bu faaliyetlerin tümü tasfiye amacıyla yapılan faaliyetlerdir. Diğer tasfiye tasfiye işlerinden farklı olarak bunlar konusunda kanun koyucu yeterli açıklama yapmamışlardır. Her şirketin ayrı faaliyet alanına sahip olması karşısında bu yaklaşımın doğru olduğu kabul edilmelidir.

Süregelen iş kolektif şirkete ilişkin TTK md. 291 açıklanmaktadır ve bu açıklama anonim şirket bakımından da geçerlidir. Buna göre “Tasfiye memurları faaliyette bulunduğu dönemde başlanmış olup da henüz sonuçlandırılmamış olan iş ve işlemleri tamamlamaya, ... yetkili ve zorunludur”. Burada geçen “şirketin faaliyette bulunduğu dönem”, şirketin tasfiye haline girmesinden önceki dönem olarak anlaşılmalıdır. Diğer taraftan şirketin ilgili kurullarında karar alınmasına rağmen herhangi bir faaliyete girililmeyen hallerde, süregelen işten söz edilemez.

Süregelen işler, hukuken olmasa da mantıken şirketin mevcut malvarlığı ile veya yükümlülükleri ile bağlantı içerisindedir. Şirketin duran ve dönen varlıkları iel alacakları, süregelen işlerin tamamlanması kapsamında değerlendirilir. Şirketin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi de süregelen işlerin tamamlanması ile bağlantılıdır.

Süregelen işlerin tamamlanmasında sürekli borç ilişkileri özellik gösterir. Şirketin sona ermesi sürekli borç ilişkisinin haklı sebeple feshi için haklı sebep oluşturmaz. Ancak başka bazı olgularla birleştiği takdirde, süregelen işlerin haklı sebeple feshine imkan verilmesi gerekir.

Süregelen iş kavramının belirlenmesinde tasfiye amacına uygunluk, şirketin konusuna ilişkin her türlü sınırlandırmanın yerini alır. Tasfiye amacına uygunluk değerlendirmesi sonucunda, gerçekleştirilmesi planlanan yeni iş eğer diğer tasfiye işleri ile bağlantılıysa, bunun gerçekleştirilmesi konusunda tasfiye memurlarının yetkili olmanın ötesinde görevli oldukları kabul edilmelidir.

Süregelen iş ve yeni iş kavramları birbirini tamamlayan hususlardır. Eğer bir faaliyet süregelen iş olarak nitelendirilirse, bunun yeni iş olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Süregelen işlerin tamamlanması, tasfiye memurlarına verilen öncelikli görevlerdendir. Tasfiye amacına uygun kabul edilme, şirketin malvarlığının derhal satışa konu edilmeyerek, bu malvarlığının başlanmış işlerin tamamlanmasında kullanılması ve böylece net varlığının sağlıklı ve muhtemelen aksi durumda ortaya çıkacak net değere göre yüksek bir biçimde ortaya çıkabilecek olmasının bir sonucudur. Böylece süregelen işlerin ta-

mamlanmasının tasfiye amacına uygun olduğu bir karine olarak ortaya konulmuştur. Ancak süregelen işlerin tamamlanmasının tasfiye amacına uygun olmaması da mümkündür. Bu durumda ortaya çıkan karinenin aksi ispatlanabilir bir karine olduğu kabul edilmelidir.

Yeri iş olarak nitelendirilecek bir faaliyetin tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilebilmesi için, bunun tasfiye amacına uygun olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Tasfiye memurlarının tasfiye amacına uygun yeni işleri gerçekleştirmeleri için şirketin herhangi bir başka organının iznine ihtiyaçları bulunmamaktadır.

Tasfiyenin sadece pay sahiplerinin değil, alacaklıların da menfaatlerinin korunması gereken bir süreçtir. Bu ilkedden hareket edildiğinde, şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin menfaatine uygun olduğu kabul edilen faaliyetler, tasfiye amacına da uygun olarak kabul edilebilir.

Tasfiye memurlarının tüm tasfiye işlemlerini gerçekleştirirken özenli hareket etmeleri gerekmektedir. Özen yükümlülüğünü belirleyen kavramlar olarak “Düzenli ve görevinin bilincinde yönetici” ile “basiretli iş adamı”, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün kapsamını belirleyen TTK md. 369, f. 1’de kullanılan “tedbirli bir yönetici” kavramından farklıdır. Tasfiye memurlarının faaliyetleri sırasında yönetim kurulu üyelerine göre daha fazla özenli davranmaları gerektiği kabul edilmelidir.

Yeni işlere başlamak, tasfiye memurunun şirketin tasfiyesi ile değil idaresi ile görevli yöneticilerinin yerine geçmesi anlamına gelecektir. Bu durumda tasfiye memurlarının bir idareciye yüklenen özen yükümlülüğü ile sorumlu tutulmaları doğru olacaktır. Buna bağlı olarak yeni işlerin görülmesi sırasında özen yükümlülüğü daha dar, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ile paralel bir biçimde uygulanmalıdır. Zira bu aşamada tasfiye memurları adeta bir şirket yönetim kurulu üyesi gibi faaliyette bulunmaktadır.

Yeni iş olarak nitelendirilebilecek bir faaliyette bulunma konusunda karar verme aşamasında tasfiye memurları ağırlaştırılmış özen yükümlülüğüne tabi olacaklardır.

TTK md. 539, f. 2 gereğince, tasfiye memurlarının iyiniyetli üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler şirketi bağlayacaktır. Ancak üçüncü kişilerin işlemin tasfiye amacına aykırı olduğunu bilmeleri ve bil-

meleri gerekmesi halinde bu bağıllık söz konusu olmayacaktır. Hükmün ikinci cümlesine göre tasfiyenin sadece tescil ve ilan edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli delil değildir.

KAYNAKÇA

Akdağ-Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010.

Akdağ-Güney, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.

Ansay, Turgut: “İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1986, s. 200.

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, IV-V, Anonim Şirketin Hesapları ve Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, İstanbul 1961.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012.

Baştuğ, İrfan: “Kollektif Şirketin Tasfiyesi, Tasfiye Memurlarının Seçimi ve Görevlerinin Son Bulması”, Batider C. III, S. 3, s. 505-518.

Bozgeyik, Hayri: Anonim Şirketlerin Tasfiyesinde Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, s. 153-180.

Bachmann, Gregor: İçinde: **Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard:** Kommentar zum Aktiengesetz, München 2007.

Bauen, Mark/ Bernet, Robert: Schweizer Aktiengesellschaft, Zürich 2007.

Bürgi, Wolfard F/ Nordmann-Zimmermann, Ursula: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. 5b-III, Zürich 1979.

Drescher, İngo: İçinde: **Henssler, Martin/ Strohn, Lutz:** Gesellschaftsrecht, München 2011, (Kaynak Beck’s Online internet sitesi olduğundan, sayfa numarası bulunmamaktadır).

Ehricke, Ulrich/ Rotstegge, Jochen P.: İçinde **Bayer, Walter/ Habersack, Mathias:** Aktienrecht im Wandel, Band II, Grundsatzfragen des Aktienrechts, Tübingen 2007.

Eriş, Gönen: Açıklamalı İçtihatlı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, Anılış: AŞ.

Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Zürich 2007.

von Godin, Freiherr/ Wihelmi Hans: Aktiengesetz von 6. September 1965, Band II, §§ 179-410, Berlin-Newyork 1971.

Hirschmann, Jörn: İçinde: Hölter, Wolfgang: Aktiengesetz Kommentar, München 2011.

Handschin, Lukas/ Cho Han-Lin: İçinde: Kommentar zum Schweizerisches Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/4b, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR, Zürich 2009.

Heidel, Thomas: Nomos Kommentar Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Baden Baden 2011.

Hoffmann-Becking, Michael: İçinde: Hoffmann-Becking, Michael Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band. IV Aktiengesellschaft, München 2009.

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, Beck's Kurz Kommentare, München 2012 (Anılış Beck's AktG).

Hüffer, Uwe: İçinde: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, München 2011 (Anılış: MünchK), (Kaynak Beck's Online internet sitesi olduğundan, sayfa numarası bulunmamaktadır).

İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.

İzmirli, Yadigar: Türk Ticaret Kanunu'na göre Tasfiye Memurlarının Görev, Yetki ve Sorumlulukları, Ankara 2001.

Kağıtçıoğlu, Mutlu: Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012.

Karahan, Sami: Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998.

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.

Kraft, Alfons: İçinde: Zöllner, Wolfgang: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5/3, §§ 262-290 AktG, Köln 2005.

Kuster, Matthias: İçinde: Kostkiewicz, Jolanta Kren/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan, OR Handkommentar, Zürich 2009.

Meier, Robert: Die Aktiengesellschaft, Zürich 2005.

Ott, Wolfgang: İçinde **Wachter, Thomas**, Kommentar zum Aktiengesetz, Köln 2012.

Öcal, Akar: “Tasfiye Memurlarının Kollektif Şirketin İşlerine Devam Etmeleri”, Batider, C. XX, S. 4 s. 27-33.

Öcal, Akar: “Kollektif Şirketlerin Tasfiyesinin Denetlenmesi”, Tevfik Birsnel’e Armağan, s. 303-318; İzmir 2001.

Paschke, Marian: İçinde: **Schwerdtfeger, Armin:** Kompaktkommentar Gesellschaftsrecht, Luchterhand 2007.

Pınar, Hamdi: İçinde, **Karahan, Sami:** Şirketler Hukuku, Konya 2013.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2009.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuk Şerhi, C. II, Ankara 2014.

Riesenhuber, Karl: İçinde **Schmidt, Karsten/ Lutter, Marcus:** Aktiengesetz Kommentar, Band. II, §§ 150-410, Köln 2008.

Schlegerberger, Franz/ Quassowsky, Leo: Aktiengesetz, Berlin 1937.

Schmidt, Karsten: İçinde: **Hopt, Klaus J/ Wiedemann, Herbert:** Aktiengesetz Großkommentar, Band. 7, Teil. 2, §§ 241-277, Berlin 2012.

Schucany, E.: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960.

Sengir, Turgut: Anonim Ortaklıklarda Tasfiye İşlemlerinin Kapsamı, Batider 1968, C. IV, S. 4, 699-701.

Servatius, Wolfgang: İçinde: **Grigoleit, Hans Christoph,** Aktiengesetz Kommentar, München 2013.

Stäubli, Christopf: İçinde **Honsell, Heinrich/ Vogt, Peter Nedim/ Watter, Rolf/ Basler** Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht II Art 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel; Genf; München 2008.

von Steiger, Fritz: İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, (Çeviren: Çağa, Tahir).

Stoffel, Walter A.: İçinde: **von Büren, Roland/ Stoffel, Walter A./ Schneider, Anton K./ Christen-Westenberg, Catheriha:** Aktienrecht, Zürich 2007, Kısaltma: Aktienrecht.

Stoffel, Walter A.: İçinde: von Büren, Roland/ **Stoffel, Walter A./ Schneider, Anton K:** Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2007, Kısalma: Grundriss.

Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2013.

Teichmann, Robert/ Koehler, Walter: Aktiengesetz, Heidelberg 1950.

Tekil, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998.

Tekinalp, Ünal; “Ticaret Ortaklıklarında “Tasfiye Gayesi”nin Anlamı”, İktisat ve Maliye Dergisi, 1974, C. XXI, S. 1, s. 23-26.

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme Tür Değiştirme, (Anılış: Yeni), İstanbul 2013.

Uçar, Salter: Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, İstanbul 1996.

Wiedemann, Herbert: Aktiengesetz Grosskommentar, Berlin 1973.

ARDIGELEN SUÇLAR

(CONTINUOUS OFFENCES)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Uğur URUŞAK¹

ÖZET

Bu çalışmada kavram tanımlandıktan sonra ardıgelen suçların tarihesi ele alınmış; konu ile ilgili İtalyan-Türk ceza hukuku ile Alman ceza hukuku arasındaki farklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonrasında ardıgelen suçlar kavramının benzer kavramlardan farkı ortaya konulmuştur. Daha sonra konuya ilişkin kuramlar ile ardıgelenin koşulları irdelenmiş ve ardıgelen suçlara bağlanan sonuçlar incelenmiştir. Tüm bunlar yapılırken kullanılan çizelgelerle konu daha anlaşılır duruma getirilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise inceleme neticesinde varılan sonuçlar toplu halde sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zincirleme, ardıgelen, fikri içtima, eylem, sonuç, olgu, ihlal, suç.

ABSTRACT

In this study, firstly the concept of continuous offences is explained and general information about historical development of continuous offences is given. Secondly its place in the area of comparative law, differences between other (similar) legal institutions, and the conditions of continuous offences are examined. Later, results depending on continuous offences have been studied. As conclusion, outcomes obtained have been summarized and suggestions have been presented.

¹ Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: uurusak@hotmail.com

Keywords: *Successive, continuous, action, result, fact, criminal, crime, offence.*

GİRİŞ

765 sayılı mülga T. C. K.'de ardıgelen suçların kapsamının dar bir biçimde düzenlendiği kuşkusuz iken 5237 sayılı T. C. K.'de bu kapsamın daha da darlaştırılması, üstelik ardıgelen suçlara ilişkin düzenlemelerin kimi suçlar bakımından uygulanmayacağına ilişkin hükümler getirilmesi, yapılan bu düzenlemelerin gerisinde yatan düşünsel temellerin ne olduğu konusunda bizi bu çalışmaya yöneltmiştir. Buna ek olarak 5237 sayılı T. C. K.'de ve cezai hükümler içiren diğer kanuni düzenlemelerde gerçekleştirilen değişikliklerde de ardıgelen suçlara ilişkin düzenlemelerden sık sık söz edilince böyle bir çalışma yapma isteğimiz daha da artmıştır.

Çalışmamızda, kavram belirlendikten sonra ardıgelen suçların tarihçesi ele alınacak, konu ile ilgili İtalyan-Türk ceza hukuku ile Alman ceza hukuku arasındaki fark ortaya konulmaya çalışıldıktan sonra benzer kavramlardan farkı belirlenmeye çalışılacaktır. Daha sonra konuya ilişkin kuramlar ile ardıgelenin koşulları irdelenecek ve ardıgelen suçlara bağlanan sonuçlar ortaya konmaya çalışılacaktır. Tüm bunlar yapılırken kullanılan çizelgelerle konu daha anlaşılır duruma getirilmeye çalışılacaktır. Son bölümde ise çalışmadan çıkardığımız sonuçlar sıralanarak çalışma bittirilecektir.

I. KAVRAM

Bu suçlar için Türk ceza hukuku öğretisinde, kimi zaman müsel², kimi zaman müteselsil³, kimi zaman kesintili⁴, kimi zaman da zincirleme⁵ kav-

² Nurullah Kunter, Müsel² Suç ve Af, İHFM., C. XVII, sy. 3-4, s. 884-911; Öztekin Tosun, Müsel² Suçlar, İHFM, C. XXII, sy. 1-4, s. 124-149

³ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994,s.391vd.; Ayhan Önder,Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989, s. 540 vd.

⁴ Sami Selçuk, Karşıoylarım, Ankara 2001, s. 27

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

ramı kullanılmaktadır. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda müteselsil suç kavramı kullanılmışken, 5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanununda zincirleme suç kavramı kullanılmaktadır. Düşüncemize göre, müselsel kavramı, ardı ardına⁶(*İng.* successive *İt.* successivo), sürekli anlamına geldiğinden, bu kavram ile art arda gelme, bir başka deyişle ardışık anlatılabilir. Zincirleme kavramı da ardı ardına gelen⁷(*İng.* successive *İt.* successivo), birbirini izleyen anlamına gelmekte⁸ ve bu kavram ile de ancak ardışık anlatılabilmektedir. İleri de değinileceği gibi ardışık suç ile ardı gelen suç kavramları farklı olup, ardı gelen suçlar, ardışık suçların bir kısmını oluşturmaktadır. Bunun için müselsel ve zincirleme kavramların kullanılması uygun değildir. Kesintili kavramı da *İng.* non-continuous kavramı karşılığıdır ve anlatılmak istenenin tam tersi bir anlamı dile getirmektedir. Teselsül kavramı ise, diziliş (*İng.* sequence, *İt.* sequenza), süreklilik (*İng.* continuity, *İt.* continuita) eklemlilik (*İng.* filiation), izleyen (*İng.* consistency, *İng.* consequence, *İt.* conseguenza), süreç (*İng.* process, *İt.* processo), ilerleme (*İng.* progress, *İt.* progresso) anlamlarına gelmektedir⁹. Bu kavram, her ne kadar ardı gelme anlamına gelmekte ise de başka anlamları da oluşu ve kelimenin anlaşılabilir ve anlatılabilir kolaylığının bulunmaması ve özellikle de özel hukukta, ceza hukukunda sahip olduğu anlamından farklı anlamda¹⁰ kullanılması niçiniyle¹¹ uygun değildir. Biz, gerçekte her biri tek başına ve ayrı ayrı suç oluşturmalarına karşın, aynı suç işleme tasarımının uygulanması kapsamında işlenmeleri¹² niçiniyle, tümünün bir tek

⁵ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s.499 vd.

⁶ Şükrü Haluk Akalın, *Türkçe Sözlük*, TDK Yayınları, Ankara 2011, s. 1733

⁷ Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=cTDK.GTS.4faa2652142604.91286630>

⁸ Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&ara4faa18f186e9e0.08095444

⁹ Orhan Hançerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi*, İstanbul 1980, C.6, s. 301

¹⁰ Birlikte ve ayrı ayrı, ardışık (*İng.* joint and several, *İng.* severally, *İng.* consecutive, *İng.* successive) anlamlarına gelmektedir. Bkz. Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971, s. 35 v.d.

¹¹ Sebep (*İng.* reason *İt.* ragione) ve neden (*İng.* cause, *İt.* causa) kavramları farklı anlama geldiğinden ve anlatılmak istenileni daha iyi anlattığından, sebebi yerine niçini kavramını kullanmayı uygun bulduk.

¹² İleride konuya tekrar dönülecek olmakla birlikte yeri gelmişken ardı gelen suçların ögesinin suç işleme kararındaki birlik olduğu, hemen hemen tüm öğretinin tarafından kabul edildiği gibi, 5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanununun hem hükümet gerekçesinde "...suç işleme kararındaki birlik göz önüne alınarak içtima hükümlerinin uygulanmaması

ceza ile cezalandırılması biçiminde tanımlanabilecek bu suçlar için, İtalyancada kullanılan “reato continuato” karşılığı olarak (İng. continuous offence) “ardıgelen suç” kavramını kullanmayı uygun bulmaktayız. Böylelikle hem ardışık suç ile farklılığını ortaya koymakta hem de suç işleme tasarımındaki birliği anlatmış olmaktadır.

II. TARİHÇE

Roma Hukukunda, özellikle İmparatorluk devrinden önce suçların cezalandırılmasında, zarar gören kişilerin tatmini amacının güdülmesi ve bu yüzden “*kişisel dava ile kovuşturma esası*”nın benimsenmesi, yaptırımların, zararlı olguların nicelik ve niteliklerine göre belirlenmesi kuralım ortaya çıkarmıştır. Böylece kaç eylemin neden olduğuna bakılmaksızın, olguların sayısına göre hükmedilen cezalarda basit bir toplama işlemi ile yetinilmiş ve işlenen suç sayısınca ceza verilmesi gerektiği esası “*quot crimina, tot poenae*” biçiminde dile getirilerek benimsenmiştir. Avrupa’da ardıgelen suç kavramı Ortaçağda glassatörler ve özellikle postglassatörler tarafından, Roma hukukunu adeta yeniden kurmaları sırasında ortaya atılmıştır¹³. Üç defa hırsızlık yapanlara kollarının kesilmesi/ölüm cezası verilmesi kuralının şiddetini hafifletmek için¹⁴, aynı suç işleme tasarımı kapsamında olduğu belirtilerek, bu üç eylemin üç ayrı suçu değil, fakat gerçekte tek bir suçu oluşturduğu ileri sürülmüş, böylece bugün ardıgelen suç dediğimiz kavram ortaya atılmıştır¹⁵. Hırsızlık eylemleri bakımından, kanunun aşırı şiddetini azaltmak kaygısı ile ortaya atılan bu kavram, özellikle İtalyan hukukçuların ilgisini çekmiş ve ayrıntılı incelemelere konu olmuş, ancak 18. yüzyılın ikinci yarısında örneğin Almanya’da ilk olarak tanınmaya başlanmıştır¹⁶. Önceleri yalnızca hırsızlık bakımından benimsenen

sistemi benimsenmiştir...” biçiminde hem de komisyon gerekçesinde “... bu suçlar, aynı suç işleme kararı kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bu nedenle, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat cezanın miktarı artırılmaktadır...” biçiminde belirtilmiştir.

¹³ Kayıhan İçel, *Suçların İçtimalı*, İstanbul 1972, s. 46; Tosun, a.g.m., s. 126

¹⁴ Sahir Erman, *İşkence ve ötesi*, *Milliyet*, 26.05.1995; Tosun, a.g.m., s. 126

¹⁵ Öztekin Tosun, *Müselnel Suçlar*, *İHFM*, C. XXII, sy. 1-4, s. 124-149

¹⁶ Tosun, A.e.; Ayrıca Bkz. Ioannes Christophorus Koch, *Institvtiones Ivris Criminalis*, 9. Editio, Ianae, 1791, s. 35 (çevrimiçi) <http://books.google.com.tr/books?id=bUQUAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false>, 23.03.2012

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

bu kavram, sonradan bütün suçlar için benimsenmiştir. İtalya'da 1853 tarihli Sardunya Kanunu ardıgelen suçları benimsemiş, 1889 tarihli Zanardelli Kanununa da buradan geçmiştir¹⁷. Almanya'da ardıgelen suçlara ilişkin hükümler, İmparatorluk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden önce uygulanmakta olan, suçların çokluğu durumunda, cezanın belirlenmesinde eklenerek artma (*İng.* cumulation) ilkesinin, aşırı yüksek ve benimsenemez toplam ceza biçimindeki hukuki sonuçlarını yumuşatmak için oluşturulmuş ve 1813 tarihli Feuerbach Bayern Ceza Kanununun 110. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak kimi eski Alman ceza kanunlarında da yer alan ardıgelen suçlara ilişkin hükümler 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanununa alınmamıştır. Yürürlükteki bu Kanununda aspire etme ilkesinin benimsemesi ile ardıgelen suçların benimsenmesine yol açan niçin artık ortadan kalksa da, uygulama tarafından ardıgelen suçlar kavramı kullanılmaya devam edilmiştir¹⁸.

III. ARDIGELEN SUÇLAR BAKIMINDAN İTALYAN-TÜRK CEZA HUKUKU İLE ALMAN CEZA HUKUKU ARASINDAKİ FARK

Ardıgelen suçları benzer kavramlarla birlikte ele almadan önce Türk ceza hukuku öğretisinde şimdiye kadar ortaya konulmayan, konulsa da gözardı edilen, İtalyan-Türk ceza hukuku ile Alman ceza hukuku arasında dikkate değer bir farkı ortaya koymak gerekir. Bu fark Alman Ceza Kanunu tarafından benimsenmiş olan, içine alma (*aspire etme*, *Al.* asperationsprinzip) ilkesidir¹⁹. Bu ilkeye²⁰ göre, mahkeme birden çok suçu aynı anda yargılıyorsa ve fail hakkında birden çok cezaya hükmedilecekse, ceza, her bir suç için öngörülen cezalardan en ağır olanının ağırlaştırılması suretiyle belirlenmektedir. Bu ceza her bir suç için verilecek cezaların toplamından çok olmayacağı gibi, on beş yıldan çok da olamamaktadır.

¹⁷ Kunter, a.g.m., s. 884-911

¹⁸ Hakan Hakeri, Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç. *Khuka*, Ekim 99, s. 239-266

¹⁹ *Al.* C.K. m. 53 ve 54; Madde metinleri için bkz. Feridun Yenisey-Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, İstanbul 2009, s.42

²⁰ Bu ilkeyi yani içine alma (*aspire etme*, *Al.* asperationsprinzip) ilkesi ile içine alarak özümleme (*absorbe etme*, *Al.* absorptionsprinzip) ilkesinin ayırt edilmesi gerekir. İçine alma (*aspire etme*) da birden çok suç tekleşmeden toplaşır bir suçun içine alınır. İçine alıp özümleme (*absorbe etme*) de ise birden çok suç tekleşir ve bir suç durumuna gelir.

Faile hem özgürlüğü bağlayıcı ceza hem de para cezası verilecekse, tek ağırlaştırılmış özgürlüğü bağlayıcı ceza verilebileceği gibi, hem özgürlüğü bağlayıcı ceza hem de para cezası verilebilmektedir. Bu durumda para cezası her bir suç için öngörülen para cezasının toplamından çok olmayacağı gibi, yedi yüz yirmi günlük para cezasından çok da olamamaktadır.

Faile birden çok ömür boyu özgürlüğü bağlayıcı ceza ile bir veya birden çok süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza verilecekse, tek ömür boyu özgürlüğü bağlayıcı ceza verilir.

Alman ceza kanununda benimsenmiş olan bu ilke önemlidir. Çünkü ardışık suçlar, ardıgelen suçlar olarak benimsenmediği durumda bu suçlara, son olasılıkta bu ilke uygulanarak zaten tek ceza verilmektedir. Bu nedenle, bir takım suçların birbirleriyle ardıgelen suçlar oluşturmasının benimsenip benimsenmemesinin, uygulamada, verilecek ceza bakımından bir değeri bulunmamaktadır. Son olasılıkta içine alma (aspire etme) ilkesi gereğince, faile tek ama ağırlaştırılmış ceza verilmektedir.

Buna karşılık İtalyan-Türk ceza hukukunda içine alma (aspire etme) ilkesi veya benzer bir ilke benimsenmediğinden, ardıgelen suçlar içinde değerlendirilmeyen veya ardıgelen suçlar olarak benimsenmesi kanun tarafından yasaklanmış olan, mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suç veya ardışık suçlar söz konusu olduğunda, her bir suç için ayrı ayrı ceza verilmektedir. Türk Ceza Kanununda, eklenerek artma (*İng.* cumulation) ilkesi, bir başka deyişle gerçek içtima durumu kabul edilmediğinden, verilen cezalar eklenerek toplanmamaktadır. İster gerçek içtima ile toplam ceza, isterse ayrı ayrı verilen cezalar göz önüne alındığında, ortaya çıkan aşırı ağır ve benimsenemez ceza biçimindeki hukuki sonuçlar ise, cezaların içtimaı kuralları ile yumuşatılmaya çalışılmaktadır.

IV. ARDIGELEN SUÇLAR VE BENZER KAVRAMLAR

A. Genel Olarak

Konumuzla ilgili olarak öncelikle belirtilmesi gereken nokta, ardıgelen suçlar söz konusu olduğunda, birden çok eylemin, birden çok sonucun, birden çok olgunun, birden çok ihlalin, birden çok suçun bulunmasıdır. Birden çok eylemin, birden çok sonucun, birden çok olgunun, birden çok

ihlalin, birden çok suçun bulunmasının, diğer bir anlatım ile eylem tekliği-eylem çokluğu, sonuç tekliği-sonuç çokluğu, olgu tekliği - olgu çokluğu, ihlal tekliği - ihlal çokluğu, suç tekliği - suç çokluğu ayrımının önemini belirtmeden önce, işlem, eylem, sonuç, olgu, ihlal ve suçun tanımının yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Düşüncemize göre olgu (*Os. hadise, İng. fact, İt. fatto*), gerçekleşmiş olan her şey, olmakta olan her şeydir²¹. Her olam (*Os. vak'a, İng. event, İt. evento*) ve olay (*Os. vakıa, İng. phenemenon, İt. fenemeno*) birer olgudur. Olgu, olam ve olayı içerir. Olam, zaman ve yer özellikleriyle ele alınan olgu, olay ise, zaman ve yer özelliklerinden sıyrılmış olgudur²².

Eylem (yapma-yapmama, *İng. action-inaction, İt. azione-inazione*), etkide bulunmak için çaba harcamadır. İnsanın ortaya koyduğu bilinçli ve amaçlı etkidir. Eylem, İnsanın bilinçli ve amaçlı çabasıyla gerçekleşen olgudur²³. İşlem (*İng. act, İt. atto*) ise, eylemin bir evresidir²⁴. Kısaca işlem de, eylem de, sonuç da birer olgudur. Nedensellik ilişkisi içindeki olgular, sürekli birbirlerini etkilemektedir. Bu karşılıklı etki sürecinin belli bir anında süreç düşünsel olarak durdurulup, küçük bir parçası soyutlandığında, olgulardan biri neden (eylem, *İng. action, İt. azione*) diğeri sonuç (*İng. result, İt. risultare*) olarak görünür. Ancak hukuk, bu olguların kimilerine sonuç bağlar. İşte hukukun sonuç bağladığı bu olgudan önce gelen ve hukuk bakımından önemli olmayan, evre olarak nitelendirilebilen olgular, bağımsız birer eylem olarak sayılmazlar, o eylemin birer evresi sayılırlar ki biz buna işlem (*İng. act, İt. atto*) demekteyiz. Türk ceza hukuku öğretisinde genellikle eylem için hareket kavramı kullanılmakta, sonuç için netice kavramı kullanılmakta, hareket, netice ve aralarındaki nedensellik bağı için, hep birlikte eylem/fiil kavramı kullanılmaktadır²⁵.

Görüldüğü gibi gerçekleşmiş olan her şey, olmakta olan her şey olarak tanımlanan olgu (*İng. fact, İt. fatto*) bazen varolan bir durumun devam etmesi biçiminde de gerçekleşebilmektedir.

²¹ Orhan Hançerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi*, İstanbul 1980, C. 4, s. 300 ve 315

²² Hançerlioğlu, A.e.

²³ Hançerlioğlu, a.g.e., C. 2, s. 119

²⁴ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954, s. 19

²⁵ Kunter, a.g.e., s. 6

Öte yandan olgular, insan eseri olup olmamasına göre ikiye ayrılmakta, insan eseri olan olgulara insani olgular, insan eseri olmayan olgulara da doğal olgular denilmektedir²⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi tanımlamaya çalıştığımız işlem, eylem ve sonucun birer olgu olduğunu söylemek olanaklıdır. Evrensel nedensellik ilişkisi içindeki anılan olgular, sürekli birbirini etkilemektedir. Bu karşılıklı etki sürecinin belli bir anında süreç düşünsel olarak durdurulup, küçük bir parçası soyutlandığında, olgulardan biri neden, diğeri sonuç olarak görünmektedir. Ancak hukuk, bu olguların insan eseri olan kimilerine sonuç bağlamaktadır. İşte hukukun sonuç bağladığı insan eseri olan bu olgular için, biz Türk ceza hukuku öğretisinden ayrı düşerek eylem (yapma-yapmama), sonuç²⁷ ve eylem, sonuç ile aralarındaki nedensellik bağı için olgu (maddi unsur) kavramlarını kullanacağız.

İşlem, hareket, sonuç, eylem, olgu kavramları bu biçimde ortaya konulduktan sonra tanımlanması gereken iki kavram daha kalmaktadır. Bu kavramlardan suçu ele aldığımızda, suçun, biçimsel bakımdan bir cezai yaptırım öngören hukuk kuralının, yani hukuk düzenine ait cezai yaptırım öngören bir emir veya yasağın ihlali olduğunu, maddi bakımdan ise, sözü geçen hukuk kuralı tarafından korunan ve kişi veya topluma ait olan hakkın veya hakların ihlali veya tehlikeye maruz bırakılması olduğunu söyleyebiliriz²⁸. Bu bakımdan suçun koruduğu hakkın bir veya birden çok ol-

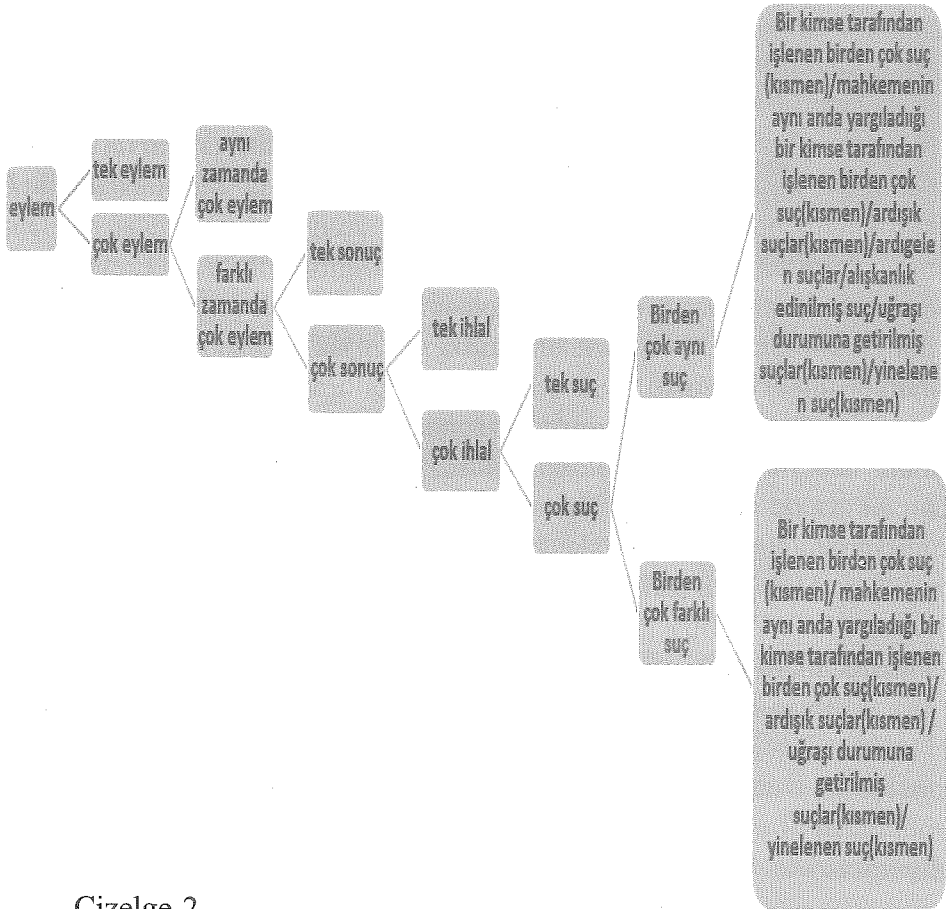
²⁶ Kunter, a.g.e., s. 8; Kunter, hadise karşılığı olarak olay kavramını kullanmıştır, ancak biz hadise karşılığı olarak olgu kavramının kullanılmasını doğru bulduğumuz için bu kavramı kullanmaktayız.

²⁷ Biz burada sonuç kavramını, ne bilinen önermelerden bilinmeyen önermeleri çıkarsama anlamında, “*İng. conclusion, İt. conclusione*” kavramı karşılığı olarak, ne belli önermelerden mantıksal sonuç çıkarma anlamında “*İng. consequence, İt. conseguenza*” kavramı karşılığı olarak, ne de birbirine bağlı iki önermeden tutarlı ikincisi anlamında “*İng. consequent, İt. conseguente*” kavramı karşılığı olarak değil, “*İng. result, İt. risultare*” karşılığı olarak, diğeri bir anlatımla insani bir olgu ya da süreçten meydana gelen olgu ya da süreç olarak, nedensellik ilişkisinin bir yanı olarak kullanmaktayız. Bilinen önermelerden bilinmeyen önermeleri çıkarsama, belli önermelerden mantıksal sonuç çıkarma ya da birbirine bağlı iki önermeden ikincisi anlamında kullansaydık o zaman netice kavramını kullanabilirdik.

²⁸ Bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 122

masına göre, biçimsel bakımından tek ihlal olmakla birlikte maddi bakımdan birden çok ihlal olabilir.

Bu biçimde ortaya konan işlem, hareket, eylem, sonuç, olgu, suç ve ihlal tanımı göz önüne alındığında, ardıgelen suçlara ilişkin olarak, makale sonunda yer alan Eylem Olasılık Uruşak Çizelgesi (bkz. Çizelge-1) nin ilgili kısmını, aşağıdaki gibi ortaya koyabiliriz (bkz. Çizelge-2). Burada da görüldüğü gibi, ardıgelen suçlar söz konusu olduğunda, birden çok eylem, birden çok sonuç, birden çok olgu, birden çok ihlal, birden çok suç ile karşı karşıyayız demektir.



Çizelge-2

Bu belirlemeden kimi sonuçlar ortaya çıkar. Bunlardan ilki, içtima konusu içinde ele alınan olasılıklardan yalnızca “farklı zamanlarda gerçek-

leştirilen birden çok olgunun, kanunun aynı hükmünü birden çok ihlal etmesi” olasılığını incelememiz gerektiğidir.

İkincisi, bu olasılık içinde yer alan, bir kimse tarafından birden çok suç işlenmesi, mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suç, ardışık suçlar, ardıgelen suçlar, alışkanlık edinilmiş (itiyadi) suç, uğraşı durumuna getirilmiş suçlar ve yineleme (tekerrür) arasındaki ilişkilerdir ki bu aynı zamanda ardıgelen suçun, ayrıca düzenlenmesinin niçinini de bulmamıza yardımcı olur.

Ancak bu konuya geçmeden önce, alışlageldiği gibi içtima konusu içinde incelenen, ardıgelen suçlar ile mütemadi suç ve fikri içtima durumunu karşılaştırmak gerekebilir. Mütemadi suç ile ardıgelen suçları karşılaştırdığımızda, mütemadi suçun dış dünyadaki varolan veya gerçekleştirilen bir durumun devam ettirilmesi biçiminde ortaya çıktığını görürüz. Burada tek eylem, tek sonuç ve tek suçun varlığı benimsendiğinden, ardıgelen suçlardan öncelikle çok eylem, çok sonuç ve çok suçun bulunmaması bakımından ayrılır²⁹.

Fikri içtima ile ardıgelen suçü karşılaştırdığımızda ise, fikri içtima durumunda tek eylem, tek sonuç, çok ihlal, çok suç ile karşılaşırız. Dolayısıyla fikri içtima, ardıgelen suçlardan, çok eylem ve çok sonuç bulunmaması yönünden ayrılır.

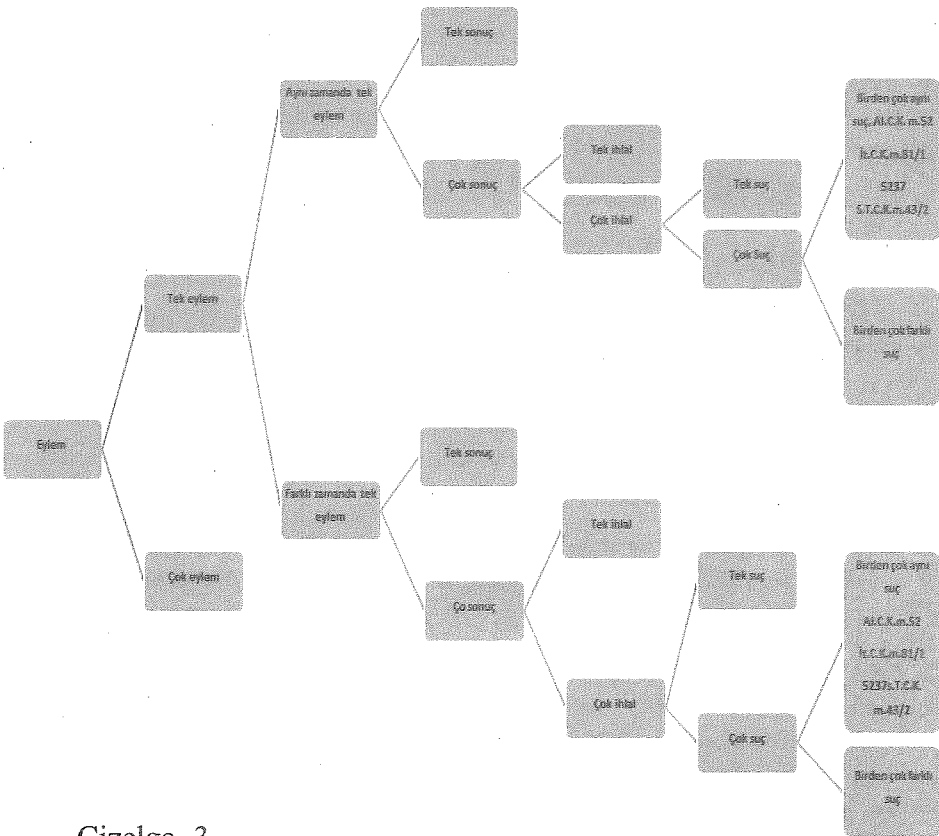
Burada belirtilmesi gereken konu, Alman öğretisinde, fikri içtima konusuna yabancı öğelerin, bu konu içinde, bir başka anlatımla Al. C. K. m. 52 içinde ele alınmasıdır. Ancak bir kez daha, konunun Al. C. K. m. 53’de yer alan içine alma (aspire etme) ilkesi çerçevesinde çözümlenebilecekken, Al. C. K. m. 52 içinde ele alındığını belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Konuyu daha iyi anlayabilmek bakımından Al. C. K.’nin 52., İt. C. K.’nin 81/1, 81/2., 765 sayılı T. C. K.’nin 79., 80. ve 5237 sayılı T. C. K.’nin. 41/1. ve 41/3. ve 44. maddelerini gözden geçirmekte yarar bulunmaktadır. Bunlardan Al. C. K. m. 52, İt. C. K. m. 81/1, 765 sayılı T. C. K. m. 79, 5237 sayılı T. C. K. m. 44 ve 43/2’ye baktığımızda, bütün bu hükümlerin düzenlediği durumları ikiye ayırmak gerekir.

²⁹ İçel, a.g.e., s. 99; Konunun tartışmalı birçok yönü bulunmakla birlikte makalenin sınırları dışında bulunduğundan ele alınamamıştır.

Birinci durum olan Alman Ceza Kanununun 52. maddesindeki “aynı eylem ile ceza kanunun... aynı hükmünün birden çok ihlal edilmesi”, İtalyan Ceza Kanununun 81/1. maddesindeki “bir eylem ile kanunun... aynı hükmünün birden çok ihlal edilmesi”, 5237 sayılı T. C. K.’nin 43/2. maddesindeki aynı suçun birden çok kişiye karşı tek bir eylemle işlenmesi” durumunda çok sonuç bulunmaktadır.

Bu durumlara ilişkin olarak Eylem Olasılık Uruşak Çizelgesinin³⁰, ilgili kısmını aşağıdaki gibi ortaya koyabiliriz (Bkz. Çizelge3).



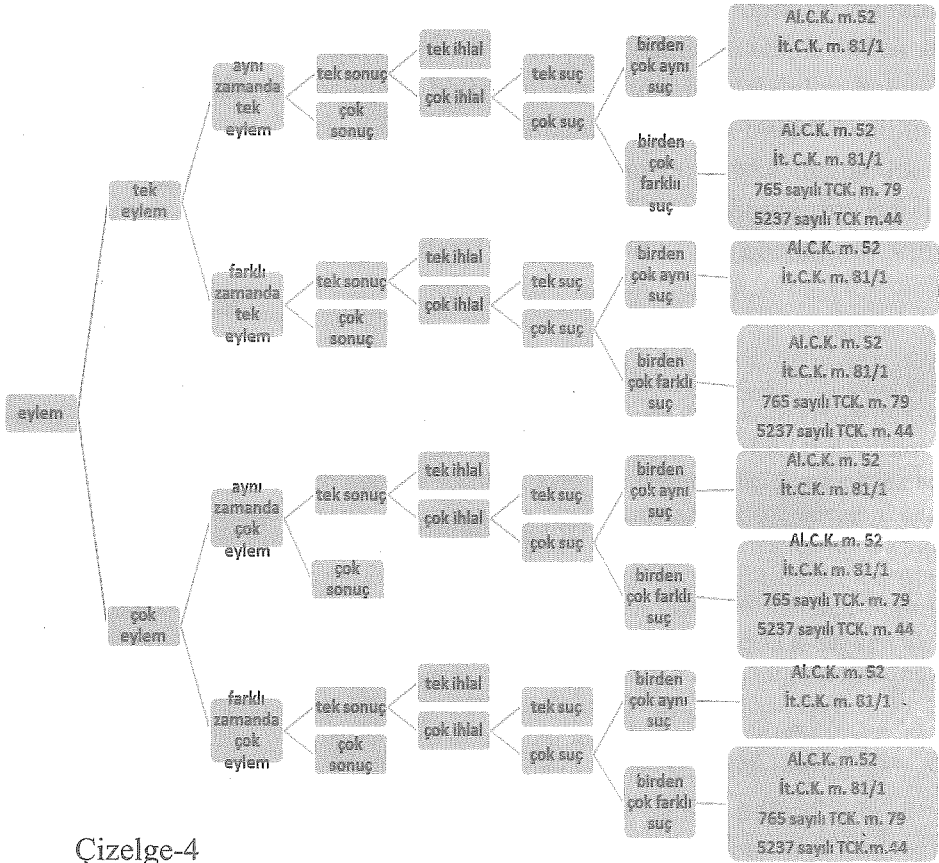
Çizelge -3

Bu “birden çok sonuç” eylem olasılık çizelgesinde de görüldüğü gibi aynı ya da farklı zamanlarda gerçekleştirilen tek eylem nedeniyle ortaya çıkmıştır.

³⁰ Bkz. Aşağıda Çizelge-1

İkinci durum olan Al. C. K.'nin 52. maddesindeki “aynı eylem ile kanunun birden çok hükmünün... ihlal edilmesi”, İt. C. K.'nin 81/1. maddesindeki “bir eylem ile kanunun farklı hükümlerinin...ihlal edilmesi”, 5237 sayılı T. C. K.'nin 44. maddesindeki “bir eylem ile birden çok farklı suçun oluşması”, 765 sayılı mülga T. C. K.'nin 79. maddesindeki “işlediği bir eylem ile kanunun çeşitli hükümlerinin ihlal edilmesi “ durumlarında tek sonuç bulunmaktadır.

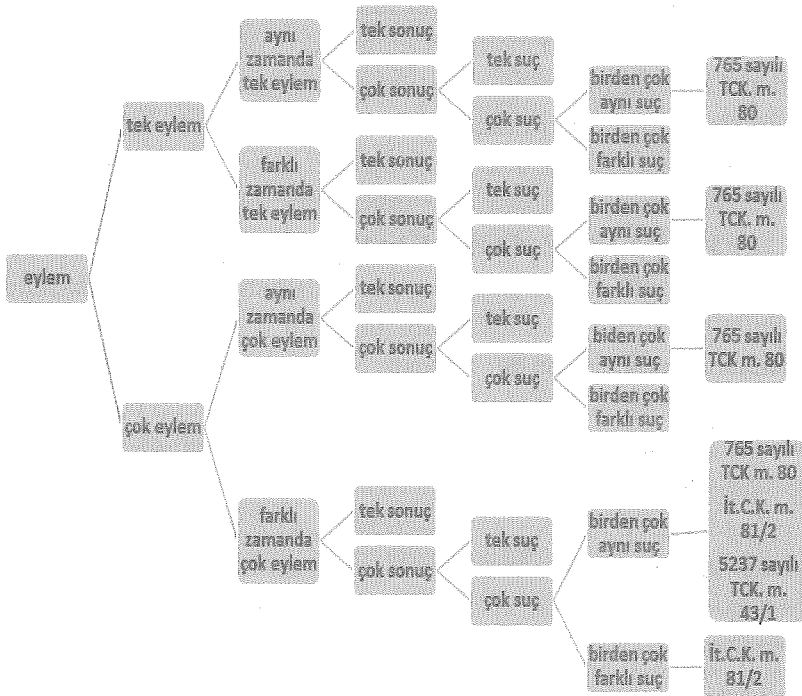
Bu durumlara ilişkin Eylem Olasılık Uruşak Çizelgesi³¹'nin ilgili kısmını aşağıdaki gibi ortaya koyabiliriz (bkz. Çizelge-4). Bu “tek sonuç” eylem olasılık çizelgesinde de görüldüğü gibi aynı ya da farklı zamanlarda gerçekleştirilen tek ya da birden çok eylem nedeniyle ortaya çıkmıştır.



³¹ Bkz. aşağıda Çizelge-1.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

İt. C. K. m. 81/2, 765 sayılı mülga T. C. K. m. 80 ve 5237 sayılı T. C. K. m. 43/1'e baktığımızda; İtalyan Ceza Kanununun 81/2. maddesi "bir suç tasarımının gerçekleştirilmesi kapsamında, kanunun aynı veya farklı hükümlerinin, farklı zamanlarda, birden çok ihlal edilmesi" durumunu, 765 sayılı T.C.K.'nin 80. maddesi "bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile, kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi" durumunu, 5237 sayılı T. C. K.'nin 43/1. maddesi "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı, aynı suçun birden çok işlenmesi" durumunu düzenlemiştir.

Bu üç hükmün düzenlediği durumların ortak yanı dış dünyada birden çok sonucun bulunmasıdır. Eylem Olasılık Urşak Çizelgesi³²'nin ilgili kısmını aşağıdaki gibi ortaya koyabiliriz (bkz. Çizelge-5). Bu "birden çok sonuç", eylem olasılık çizelgesinde de görüldüğü gibi aynı ya da farklı zamanlarda gerçekleştirilen tek ya da birden çok eylem nedeniyle ortaya çıkmıştır.



Çizelge 5

³² Bkz. aşağıda Çizelge-1

Bu anlatılanlar göz önüne alındığında fikri içtima ile ardıgelen suçlar arasındaki fark, dış dünyada gerçekleşen sonucun tekliği ya da çokluğu bakımındandır. Tek sonucun birden çok suçu oluşturması durumunda, oluşan birden çok suçun aynı suç veya farklı suç olmasına göre ikili bir ayırım yapılması gerekir. Birden çok suç, aynı suç ise bu durumun en azından 5237 sayılı T. C. K. (m. 43/2 ve 44) göz önüne alındığında fikri içtima durumundan ayrı biçimde ele alındığını, Alman Ceza Kanunu ve İtalyan Ceza Kanununda ise fikri içtima olarak düzenlendiğini, 765 sayılı T. C. K.'da ise bu durumun düzenlenmediğini, bu niçinle bu durumun ardıgelen suç kavramı (765 sayılı T. C. K. m. 80) içinde değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Ancak ardıgelen veya müselsel veya müteselsil kavramının bu durumu içine alması olanaklı değildir. 5237 sayılı T. C. K.'nin bu durumlara ilişkin üçlü (m. 43/2, m. 44, m. 43/1) düzenlemesi yerindedir. Bu niçinle de m.43/1'e ilişkin olarak ardıgelen suç kavramı, eksiklikleri olsa da yerli yerine oturmuştur.

Konuyla ilgili Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında ve buradan alıntıyla İtalyan ve Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında karşılaşılan “hukuki eylem (hareket) in tekliği” kavramı, yukarıda yapılan işlem, eylem, sonuç, olgu, ihlal ve suçun tanımı göz önüne alındığında benimsenebilir değildir. Birden çok sonucun, birden çok aynı suçu veya birden çok farklı suçu oluşturması durumunu düzenleyen ayrı bir hüküm olmaması niçiniyle, bu durumlar için ortaya konulmuş zorlama bir kavramdır. Ancak Alman ceza hukukunda 52. madde ve/veya hukuki eylemin tekliği kavramlarına başvurulmadan, üçlü bir ayırım yapılarak çözümlenmesi, bu yapılmadığı için de, konunun 53. madde kapsamında, diğer bir anlatım ile içine alma (aspire etme) ilkesi çerçevesinde çözümlenmesinin olanaklı ve doğru yaklaşımıdır.

Böylelikle ardıgelen suçlar ile mütemadi suç ve fikri içtima durumlarını karşılaştırdıktan sonra, “ardıgelen suçların benzer kavramlardan farkı” başlığı altında asıl incelememiz gereken konu, birden çok olgunun, kanunun aynı hükmünü birden çok ihlal etmesi olasılığı içinde yer alan, bir kimse tarafından birden çok suç işlenmesi, mahkemenin aynı anda yargılandığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suç, ardışık suçlar, ardıgelen suçlar, alışkanlık edinilmiş suç, uğraşı durumuna getirilmiş suçlar ve yineleme arasındaki ilişkilerdir.

B. Bir Kişi Tarafından Birden Çok Suç İşlemesi

Ardıgelen suçlar ardışık suçların bir kısmını, ardışık suçlar da bir kimse tarafından birden çok suç işlenmesi durumunun bir kısmını oluşturur. Bir başka deyişle bir kişi tarafından birden çok suç işlenmesi durumu, ardışık suçları, ardışık suçlar da ardıgelen suçları içine alır.

Bir kişi tarafından birden çok suç işlenmesi durumunda iki genel sorunla karşılaşılır. Birincisi yineleme (tekerrür), diğer bir anlatım ile, bir suç niçiniyle kesin bir biçimde mahkumiyet ve/veya cezanın çektirilmesinden sonra, yine bir suç işleyen kimsenin cezasının arttırılıp arttırılamayacağı veya çektirmenin koşullarının ağırlaştırılıp ağırlaştırılmayacağı sorunu, ikincisi ise kesin mahkumiyet ve/veya çektirme bulunsun veya bulunmasın bir kişi tarafından işlenen birden çok suçlarda sorumluluğun ne biçimde belirleneceği sorunudur³³.

Bu noktada yineleme durumunda cezanın arttırılmasının niçinlerine bakmakta yarar bulunmaktadır. İlk suçtan sonra, gerek mahkûmiyet gerekse cezanın çektirilmesi sonucunda, hükümlünün etkilenmesi ve bir daha hukuk düzenini ihlal eder bir eylemde bulunmaması gerekir³⁴. Çünkü günümüz anlayışında cezanın genel önleme-korkutma işlevinin insani ölçüler içinde gerçekleştirilmesi benimsenerek, cezanın başta gelen amacının, suçluyu topluma yeniden uyum sağlayabilecek duruma getirmek ve onun yine suç işlemesini önlemek olduğu kabul edilmektedir³⁵. Suçlu bakımından, uslandırıcı amaçların gerçekleşmesinde olanaksızlık bulunduğu durumlarda, toplumun korunması, cezanın başta gelen amacı durumuna gelir ve suçlunun toplumdan çıkarılması yoluna gidilir³⁶. İşte fail, ilk mahkumiyet ve bu mahkumiyetinin çektirilmesinden sonra, diğer bir anlatımla suç işlemeye yönelik iradesini azaltan, hatta ortadan kaldıran cezanın çektirilmesine karşın suç işlemişse, fail, azalan ya da kaybolan suç işlemeye yönelik çekingenliğini bir yana bırakmış ve suç işleme bakımından bir inat ve ısrar yoğunluğu içine girmiştir. Dolayısıyla yinelemenin özel olarak düzenlenmesinin niçini, kişinin kanuna karşı gelmede sahip olduğu yoğun irade, inat ve suç işleme enerjisinin etki ve baskı altına alınmasıdır³⁷.

³³ İçel, a.g.e., sh. 9

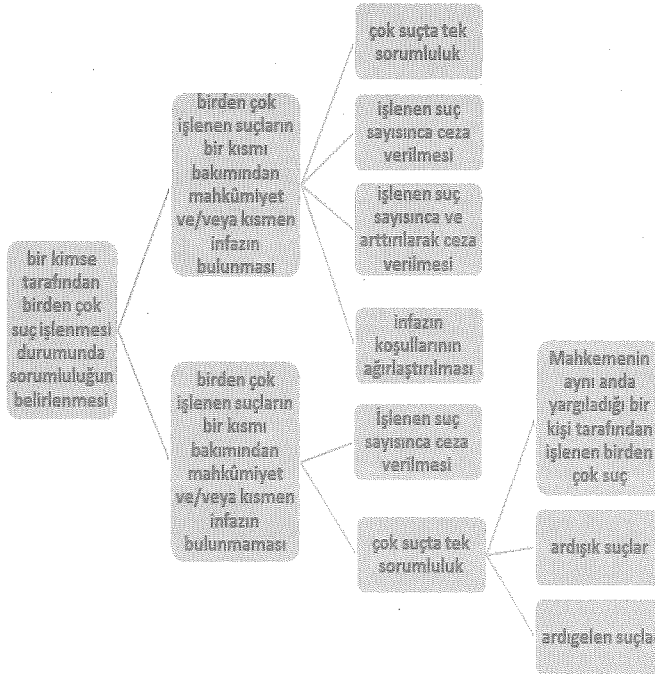
³⁴ Önder, a.g.e., C. III, s. 140

³⁵ Dönmezer - Erman, a.g.e., C. II, § 1338, 1339, s. 563, 564

³⁶ Dönmezer-Erman, a.g.e., C. II, § 1340, s. 565

³⁷ Önder, a.g.e., C. III, s. 140-141

Kesin mahkûmiyet ve/veya cezanın çektirilmesi bulunsun veya bulunmasın bir kimse tarafından birden çok suç işlenmesi durumunda sorumluluğun belirlenmesinde iki genel sorunla karşılaşılacağını yukarıda belirtmiştik. Ancak bu sorunların sistemleştirilmesi bakımından karşımıza çıkan olasılıkları aşağıdaki çizelgede (bkz. Çizelge-6) belirttiğimiz gibi göstermek olanaklıdır.



Çizelge-6

Bir kimse tarafından birden çok suç işlenmesi durumunda sorumluluğun belirlenmesi için, öncelikle birden çok işlenen suçların bir kısmı bakımından mahkûmiyet ve/veya kısmen cezanın çektirilmesinin bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Bulunuyorsa karşımıza dört olasılık çıkmaktadır. Bu olasılıklardan birincisi çok suçta tek sorumluluk ilkesi, ikincisi işlenen suç sayısına ceza verilmesi, üçüncüsü işlenen suç sayısına ve artırılarak ceza verilmesi, dördüncüsü ise cezanın çektirilmesi koşullarının ağırlaştırılmasıdır. Birden çok işlenen suçların bir kısmı bakımından mahkûmiyet ve/veya kısmen cezanın çektirilmesinin bulunmaması durumunda, karşımıza iki olasılık çıkmaktadır. Birincisi işlenen suç sayısına ceza verilmesi, ikincisi çok suçta tek sorumluluğun benimsenmesidir. Çok

suçta tek sorumluluğun benimsendiği durumlar ise ardıgelen suçlar, ardıgelen suçları kapsayan ardışık suçlar, ardıgelen ve ardışık suçlar ile T.C.K. m. 43/2'yi kapsayan mahkemenin aynı anda yargıladığı bir kişi tarafından işlenen birden çok suç bulunması durumudur.

Mahkemenin aynı anda yargıladığı bir kişi tarafından işlenen birden çok suç durumuna örnek olarak Alman Ceza Kanununun yukarıda sözü edilen 53 ve 54. maddeleri verilebilir. Bu maddelere göre, mahkeme birden çok suçu aynı anda yargılıyorsa ve fail hakkında birden çok cezaya hükmedilecekse, ceza, her bir suç için öngörülen cezalardan en ağır olanının ağırlaştırılması suretiyle belirlenir. Bu ceza her bir suç için verilecek cezaların toplamından çok olmayacağı gibi, on beş yıldan çok da olamaz. Faile hem özgürlüğü bağlayıcı ceza hem de para cezası verilecekse, tek ağırlaştırılmış özgürlüğü bağlayıcı ceza verilebileceği gibi, hem özgürlüğü bağlayıcı hem de para cezası verilebilir. Bu durumda para cezası her bir suç için öngörülen para cezasının toplamından çok olamayacağı gibi yedi yüz yirmi günlük para cezasından çok da olamaz. Faile birden çok ömür boyu özgürlüğü bağlayıcı ceza ile bir veya birden çok süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza verilecekse, tek ömür boyu özgürlüğü bağlayıcı ceza verilir.

Birden çok suçta tek sorumluluğun benimsenmesinin niçini, önceleri ceza hukukunun aşırı yüksek ve benimsenemez toplam ceza biçimindeki hukuki sonuçlarını yumuşatmak olsa da, özellikle günümüz anlayışında cezanın başta gelen amacının suçluyu topluma yeniden uyum sağlayabilecek duruma getirmek ve onun yine suç işlemesini önlemek olduğundan, henüz suç işlemeye yönelik iradesini azaltan, hatta ortadan kaldıran herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamış ve fakat birden çok suç işlemiş fail bakımından eğitim ve uslanmanın sağlanmasına yönelik tek sorumluluğun benimsenmesidir.

Bu durum özellikle genç suçlular bakımından daha da öne çıkmaktadır. Genç suçlular bakımından faile, kefaret amacıyla yaptırım uygulamasından, hatta işlenen eylemlerin cezalandırılmasından çok, failin uslanma ve eğitiminin sağlanmasına yönelik, hem toplum hem kendileri bakımından yararlı, koruyucu ve eğitici yaptırımlar uygulamaktadır.

Genç suçlular söz konusu olduğunda, özellikle fail bakımından, uslandırıcı amaçların gerçekleşmesinde olanaksızlık bulunmadığı durumlarda, failin eyleminden ortaya çıkan hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimlerinin eğitilmesi bakımından yeterli olmaları durumunda, kefaret amacı

değil, uslandırma-eğitim amacı güdüldüğünden, yetişkin suçlulara göre sınırları daha da genişletilmiş biçimde, çok suçta tek sorumluluk benimsenmektedir.

Bu duruma örnek olarak yine Almanya'dan Alman Genç Mahkemeleri Kanunu (Jugendgerichtsgesetz-JGG)³⁸ verilebilir. Anılan Kanuna göre, failin birden çok suç oluşturan eylemleri, bir bütün olarak değerlendirilmekte ve tek bir yaptırım söz konusu olmaktadır. Bir başka anlatımla, failin birden çok suç oluşturan eylemleri tekleştirilerek, tek bir yaptırıma hükmedilmektedir. Bu yaptırım çeşitli güvenlik önlem ve/veya cezaların birleştirilmesi suretiyle de olabilmektedir³⁹. Çok suçta tek sorumluluk, aynı kararda hüküm altına alınan birden çok suçta olduğu gibi, ayrı yargılamaların konusunu oluşturan birden çok suç hakkında da geçerli olmaktadır⁴⁰. Üstelik, failin işlediği suçlar niçiniyle kesin hüküm/ler olmakla birlikte, bu hüküm/ler henüz çektirilmemiş veya kısmen çektirilmişse, diğer suçlarla ilgili hüküm verilirken, daha önceki yargılama veya yargılamalara ilişkin kesinleşmiş hükümler göz önüne alınıp ve yalnızca tek bir yaptırıma hükmedilmektedir. Böylece önceki kesin hüküm yeni kararlar geriye yönelik olarak ortadan kaldırılmaktadır⁴¹. Diğer bir anlatımla suçlardan biri veya birkaçı hakkında kesinleşmiş ancak çektirilmemiş veya kısmen çektirilmiş bir hüküm olsa bile, bu eylemler ile tekleştirilebilmekte veya uslandırma-eğitim bakımından amaca uygunsuzsa, kesin hükme bağlanan ancak kısmen veya tamamen cezası çektirilmemiş suçlar yeni kararın içine alınmayabilmektedir. Bu gibi durumlarda cezaların tekleştirilmesi, fikri içtima, ardışık suçlar ya da ardıgelen suçlara ilişkin hükümler uygulanmamakta, yerlerini, çok suçta tek sorumluluk durumuna bırakmaktadır⁴². Çok suçta tek sorumluluk durumunda hükümde, failin işlediği suçlara ve bunlar arasındaki tek sorumluluk ilişkisine yer verilmekte ve buna göre yaptırımlar

³⁸ Kanun ile ilgili bkz. Kayıhan İçel, Federal Almanya'da Genç Suçlular İçin Ceza Hukuku, İHFM, C. 34, sy. 1-4, İstanbul 1969, s. 156-183; Mehmet Emin Artuk-Umran Selöz Tan, Federal Alman Genç Mahkemeleri Kanununda Çok Suçta Tek Sorumluluk İlkesi, *Argumentum*, Eylül 1992, Yıl: 3 Sy: 26, s. 405-411

³⁹ Artuk-Tan, *a.g.m.*, s. 405, 407, 408

⁴⁰ Artuk-Tan, *a.g.m.*, s. 405

⁴¹ Artuk-Tan, *a.g.m.*, s. 407

⁴² Artuk-Tan, *a.g.m.*, s. 405

belirlenmekte ve bireyselleştirilmektedir⁴³. Faile uygulanacak ceza yaptırımlarının konusu, bağımsız suçlar olmamakta, uslandırma-eğitim bakımından faile en uygun düşecek yaptırım olmaktadır. Bunun için fail, bir veya birden çok suç işlese de uslandırma-eğitim açısından ona en uygun yaptırım uygulanmaktadır. Bu doğrultuda fail, bir veya birden çok suç işlese de uslandırma-eğitim açısından kendisine uygun olan yaptırım için bir değerlendirmeye tabi tutulmakta, bu değerlendirme sonucunda faile tek bir yaptırım veya çeşitli yaptırımlar birleştirilerek uygulanabilmektedir. Fail bakımından tek bir yaptırıma hükmedilirken veya yaptırımlar birleştirilirken, kısaca bütün bunlar belirlenirken failin uslandırılma ve eğitiminin etkili bir biçimde sağlanması göz önünde tutulmaktadır⁴⁴. Eğitim önlemlerinin yeterli olmaması durumunda failin işlediği eylem disiplin araçları veya özgürlüğü bağlayıcı ceza ile karşılanmaktadır. Eğitim bakımından yeterli olmayan uslandırma-eğitim önlemleri veya disiplin araçları yerine, son çare olarak hükmedilen özgürlüğü bağlayıcı ceza, gerekli eğitimsel etkiyi olanaklı kılacak biçimde belirlenmektedir. Diğer bir anlatımla cezanın ölçüsü işlenen suçun ağırlığına göre değil, failin hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimleri göz önüne alınarak belirlenmektedir⁴⁵. Çok suçta tek sorumluluk durumunda özgürlüğü bağlayıcı veya özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin bir yaptırım uygulanırken kanunun öngördüğü üst sınır aşmamaktadır⁴⁶.

Yetişkin failer için, yukarıda sözü edilen Al. C. K. m. 53 ve 54 hükmü çerçevesinde, failin birden çok suç oluşturan olguları, bir bütün olarak değerlendirilmekte ve çok suçta tek sorumluluk, ancak, aynı kararda hüküm altına alınan birden çok suç hakkında da geçerli olmaktadır. Bunun için yetişkinler bakımından daha önce yargılanıp kesinleşmiş ancak çektirilmemiş veya kısmen çektirilmiş bir hüküm olduğunda, bu hükmün konusunu oluşturan olgular, yeni kararın içine alınmamaktadır. Dolayısıyla hakkında kesinleşmiş ama çektirilmemiş veya kısmen çektirilmiş hüküm bulunan olgular bakımından, cezaların tekleştirilmesi, fikri içtima, ardışık suçlar ya da ardıgelen suçlara ilişkin hükümler uygulanmamakta, yerlerini,

⁴³ Artuk-Tan, a.e.

⁴⁴ İçel, a.g.m., s. 165; Artuk-Tan, a.g.m., s. 406, 408

⁴⁵ Artuk-Tan, a.g.m., s. 408

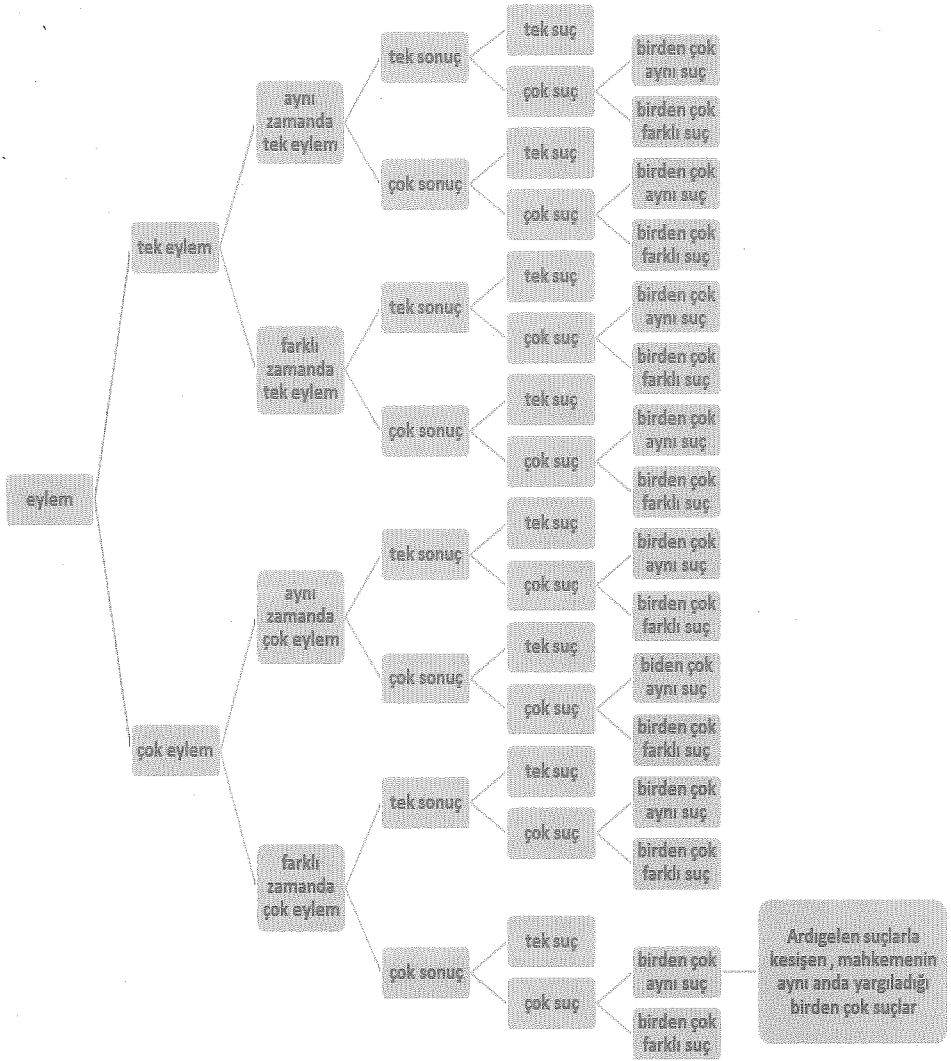
⁴⁶ Artuk-Tan, a.g.m., s. 406

kesin hükmün konusunu oluşturan olgu/lar için ayrı, kesin hükümden sonraki olgular için ayrı ceza verilmesi durumuna bırakmaktadır. Yetişkin failin bakımından, mahkeme birden çok suçu aynı anda yargılıyorsa, failin işlediği suçlara ve bunlar arasındaki tek sorumluluk ilişkisine yer verilmekte ve buna göre yaptırım/lar ağırlaştırılarak belirlenmektedir. Faile uygulanacak cezai yaptırımlarının konusu, failin işlediği ve en ağır cezayı gerektiren suç olmakta ve bunun cezası ağırlaştırılarak verilmektedir. Burada dikkat edilirse yetişkin fail bakımından uygulanacak yaptırım, uslandırma-egitim bakımından faile en uygun düşecek yaptırım olmamakta, failin uslandırılma ve eğitiminin etkili bir biçimde sağlanması göz önünde tutulmamaktadır. Bu çerçevede fail, mahkemece ıslah açısından kendisine uygun olan yaptırım için bir değerlendirmeye tabi tutulmamaktadır. Eğitim önlemleri hiç düşünülmeden, doğrudan işlediği suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının ağırlaştırılmış durumuna çarptırılmaktadır. Failin hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimleri de bu çerçevede göz önünde tutulmakta, uslandırılmaya ilişkin uygulamalar cezaların çektirilmesi hukukuna bırakılmaktadır. Son çare olarak başvuru özgürlüğü bağlayıcı cezaya öncelikle başvurulmakta, cezanın ölçüsü de işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun ağırlığına göre belirlenmektedir. Kısaca yetişkinler bakımından, onların uslanma ve eğitiminin sağlanması, hem toplum hem kendileri bakımından yararlı, koruyucu ve eğitici yaptırımlar yerine, kefaret amacını göz önüne alan, ancak ceza hukukunun aşırı yüksek ve benimsenemez toplam ceza biçimindeki hukuki sonuçlarını yumuşatmak için, ağırlaştırılmış tek ceza uygulamasına gidilmektedir.

C. Mahkemenin Aynı Anda Yargıladığı ve Bir Kişi Tarafından İşlenen Birden Çok Suç

Bu konu ile ilgili öncelikle belirtilmesi gereken nokta, mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suç kavramı içine, aynı zamanda veya farklı zamanda gerçekleştirilen tek ya da birden çok eylem nedeniyle oluşan bir ya da birden çok sonuç, birden çok suç ve birden çok suç içinde yer alan birden çok aynı ve farklı suçlar girmektedir. Bu suçlar ile ardıgelen suçlar, ancak aşağıdaki eylem olasılık çizelgesinin ilgili kısmında (bkz. Çizelge-7) da görüldüğü gibi yalnızca farklı zamanda

gerçekleştirilen birden çok eylem nedeniyle oluşan birden çok sonucun, birden çok aynı suç oluşturması durumu ile benzetilmektedir.



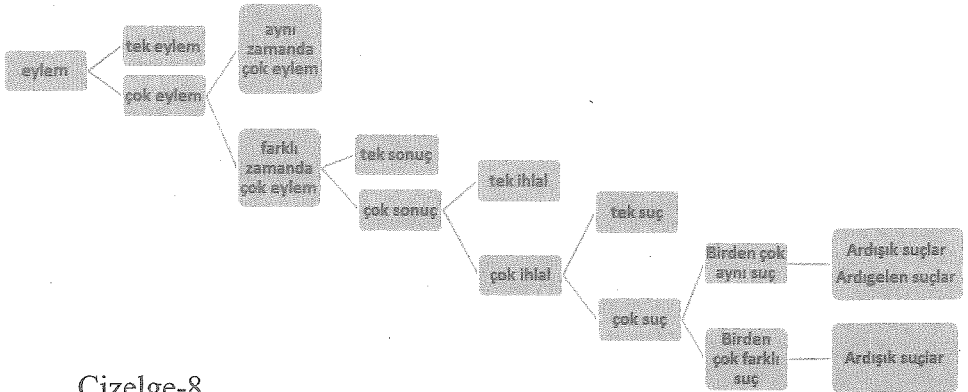
Çizelge 7

Mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suçlar dediğimizde, genç failler için öngörülen kimi ayrık durumları göz ardı edersek, bir kişi tarafından işlenen ve daha önce ceza yargılamasının konusu olmamış ve yargılamalarının birleştirilebilme olanağı bulunan birden çok suç anlaşılmaktadır. Bu suçlar aynı ya da farklı zamanlarda gerçekleştirilen tek ya da birden çok eylemin neden olduğu tek ya da

çok sonucun oluşturduğu birden çok aynı ya da farklı suç olabilir. Ardıgelen suç denildiğinde ise aynı suç işleme kararı ile bir kişi tarafından farklı zamanlarda gerçekleştirilen birden çok eylem ile işlenen birden çok aynı suç anlaşılmaktadır. Bu çerçevede iki durumda da birden çok suç olmakla birlikte, ardıgelen suçlar, mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suçtan, farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylemi içermesi ve bu farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylemin birden çok aynı suçu meydana getirmesi ve bu suçların aynı tasarımlar içinde yer alması yönünden ayrılmaktadır.

D. Ardışık Suç

Ardışık suçlar (*İng.* successive offence *İt.* reato successivo) içine, farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylem nedeniyle oluşan birden çok sonuç, birden çok suç ve birden çok suçlar içinde yer alan birden çok aynı ve farklı suçlar girmektedir. Bu suçlar ile ardıgelen suçlar (*İng.* continuous offence *İt.* reato continuato) ancak, aşağıdaki Eylem Olasılık Uruşak Çizelgesi⁴⁷'nin ilgili kısmında(bkz. Çizelge-8).de görüldüğü gibi, yalnızca farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylem nedeniyle oluşan birden çok sonucun, birden çok aynı suçu oluşturması durumu ile benzetilmektedir.



Çizelge-8

Ardışık suçlar, ardıgelen suçları içine almakla birlikte, aynı tasarımlar içinde yer almayabilmesi, farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylemi içermesi ve bu farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylemin

⁴⁷ Bkz. aşağıda Çizelge-1
YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

birden çok farklı suçu da oluşturabilmesi bakımından ardıgelen suçlardan ayrılmaktadır.

E. Alışkanlık Edinilmiş Suç

Alışkanlık edinilmiş suç kavramı içine de, farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylem nedeniyle oluşan birden çok sonuç, birden çok suç ve birden çok suç içinde yer alan birden çok aynı suç girmektedir. Birden çok aynı suçlar içinde yer alan alışkanlık edinilmiş (itiyadi) suç (*İng.* habitual offence *İt.* reato abituale) kavramı bize, failin suçu yineleyerek, o suça ilişkin bir eğilim oluşturmasını anlatmaktadır⁴⁸. Bu doğrultuda alışkanlık edinmenin varlığından söz edebilmek için, suç olarak tanımlanan aynı olguların yinelenmesi zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁹. Çünkü yalnızca bir olguyu gerçekleştiren kimsenin, suç işleme eğilimini gösterdiği, diğer bir anlatımla suçu alışkanlık edindiği söylenemez⁵⁰. Yinelemenin en az üç kez⁵¹ olması zorunlu görülmektedir⁵². Alışkanlık edinilmiş suçun ayırıcı niteliği, alışkanlık edinilmiş suç olarak tanımlanan olgunun, tek başına alındığında suç oluşturmamasıdır. Suç olarak tanımlanan bu olgunun cezalandırılabilmesi için, failin alışkanlık edindiğini gösteren yinelemeyi, aynı tanıma uyan olguyu en az üçüncü kez gerçekleştirerek ortaya koyması gerekir.

Bu çerçevede ardıgelen suçlarda, her bir olgu ayrı bir suç oluşturmalarına ve olgu sayısınca suç bulunmasına karşın, alışkanlık edinilmiş suçta, alışkanlık edinmeyi gösteren sayıdaki olguların tümü gerçekleştirildiğinde suç oluşmaktadır. Dış dünyada suç sayılan aynı olgu birden çok gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, bu birden çok olgu kural tarafından tek suç sayılır.

⁴⁸ Bkz. Kunter, Maddi, s. 18; Dönmezer-Erman, C.I, s. 375; İçel, a.g.e., s. 101.

⁴⁹ Dönmezer-Erman, a.g.e.

⁵⁰ İçel, a.g.e., s. 104.

⁵¹ Düşüncemize göre alışkanlık doğumdan sonra edinilmiş bir tutum olduğundan ve yinelemekle kazanıldığından, ikinci kez yineleme alışkanlık edinmeyi gösteren ölçü değildir. Bu niçinle mülga 765 sayılı TCK'nin 572/2. maddesinde de benimsendiği gibi en az üç kez yinelenmesi, alışkanlık edinmeyi gösterme açısından yeter ve zorunlu ölçü olmalıdır.

⁵² İki kez yinelemenin alışkanlık olacağı düşüncesi için bkz. İçel, a.e. (Biz iki kez yinelemenin alışkanlık olarak değerlendirilebileceği düşüncesine katılmamaktayız. İkinci kez yineleme, yinelenen(mükerrer) suç bakımından yeterli olmakla birlikte, alışkanlık edinilmiş suç için yeterli değildir.)

maktadır. Bu olguların aynı tasarım içinde gerçekleşip gerçekleşmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ardıgelen suçlarda ise, birden çok suç bulunmasına karşın, bu suçların aynı tasarım içinde yer alması niçiniyle faile tek ceza verilmektedir.

F. Uğraşı Durumuna Getirilmiş Suçlar

Uğraşı durumuna getirilmiş suçlar da tıpkı mahkemenin aynı anda yargılandığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suçlar gibi, aynı zamanda veya farklı zamanda gerçekleştirilen tek ya da birden çok eylem nedeniyle oluşan bir ya da birden çok sonucu, birden çok suçu ve birden çok suç içinde yer alan birden çok aynı ve farklı suçları kapsar. Bu suçlar ile ardıgelen suçlar ancak, yukarıda Eylem Olasılık Uruşak Çizelgesi'nin ilgili kısmında (bkz. Çizelge-7) görüldüğü gibi yalnızca farklı zamanda gerçekleştirilen birden çok eylem nedeniyle oluşan birden çok sonucun, birden çok aynı suçu oluşturması durumu ile benzetilmektedir.

Uğraşı durumuna getirilmiş suçlar denildiğinde, sürekli, kurumlaşmış ve uzmanlık konusu olan, bir kişi tarafından işlenen ve genç failler için öngörülen kimi ayrık durumları göz ardı edersek, daha önce ceza yargılamasının konusu olmamış ve yargılamalarının birleştirilebilme olanağı bulunan birden çok suç anlaşılmaktadır. Bu suçlar aynı ya da farklı zamanlarda gerçekleştirilen tek ya da birden çok eylemin neden olduğu, tek ya da çok sonucun oluşturduğu birden çok aynı ya da farklı suç olabilir. Ardıgelen suç denildiğinde ise aynı suç işleme kararı ile bir kişi tarafından farklı zamanlarda gerçekleştirilen birden çok eylem ile işlenen birden çok aynı suç anlaşılmaktadır. Bu çerçevede iki durumda da birden çok suç olmakla birlikte, ardıgelen suçlar, uğraşı durumuna getirilmiş suçlardan, bazen aynı tasarım içinde bulunmaması, bazen aynı zamanda gerçekleştirilmeleri, bazen farklı suçları oluşturmaları bakımından ayrılrsa da, uğraşı durumuna getirilmiş suçlar, ardıgelen suçları içine alabilmektedir. Ancak ardıgelen suçlar uğraşı durumuna getirilmiş suçlar içinde yer aldığına, ardıgelme hükümleri, bu suçlar için uygulanmamaktadır⁵³.

⁵³ "Suç işleme kararındaki birlik, suç işleme kastına bakılarak belirlenir, ancak aşırı bir genel birlik anlayışı da genel bir saik birliğine yol açabilir ki örneğin dolandırıcılık yapmayı meslek edinen, diğer bir deyişle geçimini bu suçlardan sağladığı yararları sürdürmeye karar veren bir kişinin işlediği ve işleyeceği tüm dolandırıcılık suçlarını aynı YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

V. ARDIGELEN SUÇLARA İLİŞKİN KURAMLAR

Ardıgelen suçlara ilişkin olarak yürürlükteki hukuki düzenlemelerinde hüküm bulunup bulunmaması ile ardıgelen suçların hukuki niteliğini açıklayan kuramlar ve ardıgelen suçların koşulları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır⁵⁴. Ceza kanunlarında ardıgelen suçlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmayan ülkelerde⁵⁵, ardıgelen suçlarda cezaların eklenerek artması kuralından ayrılmak için suç teklifi kavramına dayanılarak⁵⁶, ardıgelen suçlar fikri içtima içine sokulmaktadır. Suç teklifinin benimsenebilmesi için de, suç teklifini ortaya koyan öğeler belirlenmeye çalışılmakta, belirlenen bu öğeler bir yandan suç teklifini, diğer yandan ardıgelmenin koşullarının niteliğini ortaya koymaktadır⁵⁷. Suç teklifi benimsenirken, eylem, sonuç ve olgunun, doğal, hukuki ya da tipik teklifi düşüncelerine başvurulmakta, ardıgelme bakımından genellikle eylemin hukuki teklifi düşüncesine dayanılmaktadır⁵⁸. Yukarıda da belirttiğimiz gibi⁵⁹, “eylemin hukuki teklifi” kavramı, zorlama bir kavramdır. Dış dünyadaki değişiklikler ve ilişkiler göz önüne alınarak yaptığımız eylem, sonuç, olgu tanımları ile uyuşmamaktadır⁶⁰.

suç işleme kararı altında gerçekleştirdiğinin kabulünü gerektirir. Oysa bu ahvalde müteselsil suçtan söz edilemez. Bu nedenle kesin, belirli, somut suçların maddi ve sübjektif öğelerini kapsayan bir tasarlama karar birliği olduğunu kabul etmek gerekir...” (YCGK, 24.11.1998 gün ve 1998/6-280 E. ve 19998/359 K. sayılı kararı).

⁵⁴ İçel, a.g.e., s. 88.

⁵⁵ Bkz. yukarıda s. 8.

⁵⁶ İçel, a.g.e., s. 32 ve 88.

⁵⁷ İçel, a.g.e., s. 88.

⁵⁸ Hakeri, a.g.m. s.240 vd. ve 254 vd.; Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 406. Eylemin hukuki teklifi veya eylemin bir bütün halinde tek olduğu düşüncesi, kilise hukukunun “versari in re illicita” (hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün sonuçlarına katlanır) kuralına tepki olarak doğmuş ve 1810 tarihli mülga Fransız Ceza Kanununun 5. maddesinde de daha önce belirttiğimiz (bkz. dip not 20) absorbe etme ilkesinin bir görünümü olarak yer almıştır. Bu maddeye göre, tek kast ile zaman ve mekan bütünlüğünde art arda suçların işlenmesi durumunda, eylem bölünmez bir bütün olarak algılanıyor, en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kuruluyordu (Bkz. Sami Selçuk, a.g.e. s. 5 v.d. ve CGK 21.11.1995 tarih ve 307/338 sayılı kararına Sami Selçuk tarafından yazılan karşı oy yazısı).

⁵⁹ Bkz. yukarıda s. 8.

⁶⁰ Yukarıda Çizelge-2’de ortaya konulduğu gibi, fikri içtima durumunda tek eylem, tek sonuç, çok ihlal, çok suç ile karşı karşıya iken, ardıgelen suçlarda, çok eylem, çok sonuç,

Sonuç olarak bu kuramlar değerlendirilirken, hukuk düzenlerinde ardıgelen suçlar ile ilgili herhangi bir düzenleme olmayan ülkelerde, ardıgelen suçları fikri içtima kapsamı içinde sokma çabaları⁶¹ ve ardıgelen suçları fikri içtima kapsamı içine sokmak isteyenlerin düşünceleri ile bağımsız olarak açıklamaya çalışanların düşüncelerinin katkısı, dikkate alınmalıdır.

A. Varsayım Kuramı

Bu kurama göre ardıgelen suçlar, her bir suç için verilen cezaların toplanması sonucu ortaya çıkan aşırı yüksek ve benimsenemez toplam cezanın şiddetini azaltmak için kabul edilmiş bir varsayıma dayanmaktadır. Her biri bağımsız nitelikte ve birden çok suçtan oluşan bu suçlar, cezanın toplam cezaya göre daha az ölçüde belirlenmesi için, kanun koyucu tarafından tek suç sayılmıştır. Ardıgelen suçlar gerçekte birden çok suçları tanımlar, ancak kanun koyucu adalet, yarar ve görmezden gelme düşüncesi ile bunları ayrı ayrı cezalandırmak istememiştir. Çünkü uygulamada ardıgelen suçlar durumu sıklıkla gerçekleşmekte ve bu durumlarda cezaların toplanması kurallarının uygulanması, oldukça ağır sonuçlar doğurmaktadır. Oysa bu suçları, ardıgelen suçlar kavramı yardımı ile birleştirmek, çok daha benimsenebilir sonuçlar vermektedir. Bu doğrultuda ardı gelen suçlar, yapay olarak kanun tarafından birleştirilmiştir, bu birleşme yasal bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayım yalnızca cezaların toplanması kurallarını bir yana bırakmak için benimsenmiştir ve cezaların toplanması kurallarından ayrı tutulmuştur⁶².

Bu kuramı benimseyenler arasında, kanun tarafından hukuki varsayıma dayanılarak oluşturulan bu birleştirme sonucunda, ardıgelen suçların tek suç mu yoksa çok suç mu olduğu konusunda bir farklılık bulunmaktadır. Bu farklılık varsayım kuramına dayanan suç çokluğu (nispi/sınırlı varsayım) ve varsayım kuramına dayanan suç tekliği (mutlak/sınırsız varsayım) düşüncesi biçiminde ikiye ayrılabilir.

çok ihlal, çok suç ile karşı karşıya bulunmaktadır. Herhangi bir düşünsel niçin bu gerçeği ortadan kaldıramaz.

⁶¹ Bkz. yukarıda s. 6.

⁶² Bkz. Kunter, a.g.m., s.893; İçel, a.g.e., s. 93.

1. Varsayım Kuramına Dayanan Suç Çokluğu (Nispi/Sınırlı Varsayım) Düşüncesi

Varsayım kuramına dayanan suç çokluğu düşüncesini benimseyenlere göre, hukuki bir varsayım dayanan ardıgelen suçları oluşturan her suç, kanunda gösterilen durumlar dışında bağımsız niteliklerini korumaktadır. Dolayısıyla bu varsayım, yani birlik oluşturma durumu yalnızca kanunda gösterilen durumlarla sınırlıdır. Kanunda gösterilen durumlar dışında bu suçları birbirinden ayırmak kabul edilmelidir⁶³.

2. Varsayım Kuramına Dayanan Suç Tekliği (Mutlak/Sınırsız Varsayım) Düşüncesi

Varsayım kuramına dayanan suç tekliği düşüncesini benimseyenlere göre ise, ardıgelen suçların tek bir suç sayılması mademki kanundan kaynaklanmaktadır, o halde bu varsayımı bütün sonuçlarıyla benimsemek gerekir. Kanun ardıgelen suçları tek suç olarak kabul ettiğine göre, artık ardıgelen suçları, bölmeye ve kendisini oluşturan suçları ayırmaya olanak bulunmamaktadır. Ardıgelen suçların birliği, yaptırım ile sınırlandırılmaz. Çünkü yaptırım sorunu hukuki varsayımın sınırlarını belirlemez, yaptırım onun yalnızca bir sonucudur⁶⁴.

B. Gerçeklik Kuramı

Bu kurama göre, ortada, her biri bir tek suçun tamamlanmasının bir aşamasını oluşturan ve suç olarak tanımlanmış çeşitli olgular bulunmakla birlikte, bu olguların tümü tek bir suçu oluşturur. Bunun için ardıgelen suç, hukuki ve yapay bir bütün değil, gerçek ve doğal bir bütündür⁶⁵. Bu kuramı benimseyenler birden çok olguyu birbirine bağlamayı öznel ya da nesnel birliğe dayandırmalarına göre ikiye ayrılmaktadır.

1. Gerçeklik Kuramını Öznel Birliğe Dayandıran Görüş

Bu düşünceye göre, ardıgelen suçlar bir bütün oluşturur ve karşımızda ne kadar ihlal varsa o kadar suç değil, bir tek suç vardır. Çünkü her bir ihlal başlı başına suç oluşturmaya karşın, her biri tek bir suçun bir aşamasını

⁶³ Bkz. Kunter, a.g.m., s. 893-894.

⁶⁴ Bkz. Kunter, a.g.m., s. 894.

⁶⁵ Bkz. Kunter, a.g.m., s. 895.

oluşturmaktadır. Bu düşüncede olanlar bu bütünlüğü gerçek bir bütünlük olarak benimser. Bunlara göre varsayım, olmayan bir şeyi varsaymak, olan bir şeyi varsaymamak durumudur. Ardıgelen suçta, gerçekleşen ihlalleri birbirine bağlayan ortak bir bağ bulunmaktadır. Bu bağ suç işleme kararındaki birliktir. Bu kararın varsayıma dayandığı, kanun koyucunun olmayan bir kararı varsaydığı söylenemez. Suç işleme kararı bir gerçektir. Kanun ardıgelen suçu oluştururken bu psikolojik gerçekliği temel almıştır. Bunun için ardıgelen suç, çeşitli ihlallerin aynı kararlar birbirine bağlanması niçiniyle gerçek bir birliktir. Bu düşüncede olanlara göre ardıgelen suçta, fail bakımından daha iş bitmemiştir, daha yapılacak iş vardır. Eylemlerin ardı gelecektir. Burada görüldüğü gibi fail bakımından birden çok değil, bir suç vardır. Kanun koyucu burada failin görüşüne katılarak her bir ihlali suç saymaktan vazgeçmiş ve ardıgelen suçların tümünü bir suç saymıştır⁶⁶.

2. Gerçeklik Kuramını Nesnel Birliğe Dayandıran Görüş

Bu görüşten yana olan düşünürler, ardıgelen suçu yalnızca nesnel yönden tanımlamışlar ve ardıgelme ilişkisinin benimsenmesi için nesnel bakımdan birliği yeterli görmüşlerdir. Bunlara göre ardıgelen suçun tek suç sayılmasının niçini, kanuni tipler ve hukuki değerler arasındaki benzerlik, suçun işleniş biçimindeki aynılık ve gerçekleştirilen olgular arasında zaman itibarıyla ilişkinin bulunmasıdır. Böyle durumda çeşitli eylemler aynı suçun icra eylemi niteliğindedir. Bütün bu olguların öznel bakımdan aynı tasarıma bağlanmış olmalarına gerek yoktur. Öznel bakımdan aranılacak tek koşul olguların tümünün ya kasten ya da taksirle gerçekleştirilmeleridir⁶⁷.

3. Gerçeklik Kuramını Nesnel Birliğin Yanında Öznel Birliğe de Dayandıran Görüş

Bu görüşe göre ardıgelen suç, ancak aynı kanuni tipe uyan ve eşit hukuki değerleri ihlal eden, gerçekleştirilme biçimleri birbirine benzeyen olguların, başlangıçtan itibaren aynı kasta bağlı olmaları durumunda gerçekleştirilebilir. Bu öznel öge ardıgelen suçta, tek suç niteliğini kazandırır. Bu görüşün sonucu olarak sadece kastlı suçların ardıgelen suç biçiminde işlenebileceği

⁶⁶ Bkz. Tosun, a.g.m., s. 130.

⁶⁷ Bkz. İçel, a.g.e., s. 89.

benimsenmekte, buna karşılık sonuca yönelmiş bir irade bulunmadığı için taksirli suçlarda ardıgelme benimsenmemektedir⁶⁸.

Bu düşünce olanlardan kimilerine göre, baştan itibaren tüm sonuca yönelmiş bir kast, ardıgelme suçun gerçekleşebilmesi ve suç teklifi kavramına sokulabilmeleri için gerekli değildir; failin sonraki her kararının önceki kararlarının ardıgelme olarak gözükmemesi, yani bu kararların psikik bir doğrultu oluşturmaları öznel birlik için yeterlidir. Tüm olguları içine alan bir kastı aramak, ardıgelme suç kavramını çok daralttığı gibi, önceden plan kurmuş faile haksız bir ayrıcalık sağlamaktadır. Öznel birliği, psikik bir doğrultu biçiminde benimseyen düşünürler, görüşlerinin sonucu olarak, taksirli suçlarda ardıgelme suçu olanaklı görmekte, yine kasten işlenen suçlarda da failin başlangıçtan itibaren bütün sonuçlara yönelmiş bir iradesinin bulunmaması durumunda bile, ardıgelme suçun gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir⁶⁹.

4. Gerçeklik Kuramına Dayanan Suç Çokluğu Görüşü

Ardıgelme suçu gerçek bir bütünlük olarak benimseyenlerden kimilerine göre, ardıgelme suçta çeşitli ihlallerin aynı kararlarla birbirine bağlanması niçiniyle gerçek bir birlik bulunmaktadır. Ancak bunlar ardıgelme hükümlerinin kanunun açıkça gösterdiği durumlarla sınırlı olduğunu ileri sürmektedir⁷⁰.

5. Gerçeklik Kuramına Dayanan Suç Tekliği Görüşü

Suç düşüncesindeki birlik niçiniyle ardıgelme suçların, suçların içtimaî durumu olmadığını, bunların tek suç olduğunu ileri süren diğer bir düşünceye göre ise, ardı gelen suçun, genel af bakımından bile bölünemeyeceği ileri sürülmektedir⁷¹.

VI. ARDIGELMENİN KOŞULLARI

Yukarıda da belirttiğimiz gibi⁷², ülkelerin yürürlükteki hukuki düzenlemelerinde ardıgelme suçlara ilişkin hüküm bulunup bulunmaması ile ardıgelme

⁶⁸ Bkz. İçel, a.g.e., s. 90.

⁶⁹ Bkz. İçel, a.g.e., s. 91.

⁷⁰ Bkz. Kunter, a.g.m., s. 895.

⁷¹ Bkz. Kunter, a.g.m., s. 895.

⁷² Bkz. yukarıda s. 16.

suçların koşulları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır⁷³. Ceza kanunlarında ardıgelen suçlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmayan ülkelerde⁷⁴, ardıgelen suçlarda cezaların eklenerek artması kuralından ayrılmak için, suç teklifi kavramına dayanılarak⁷⁵, ardıgelen suçlar fikri içtima içine sokulmaktadır. Suç teklifinin benimsenebilmesi için de, suç teklifini ortaya koyan öğeler belirlenmeye çalışılmakta, belirlenen bu öğeler, bir yandan suç teklifini, diğer yandan ardıgelenmenin koşullarının niteliğini ortaya koymaktadır⁷⁶. Suç teklifi benimsenirken, eylem, sonuç ve olgunun, doğal, hukuki ya da tipik teklifi düşüncelerine başvurulmakta, ardıgelme bakımından genellikle eylemin hukuki teklifi düşüncesine dayanılmaktadır.

Bu niçinle, ardıgelen suçların hukuki niteliğini açıklayan kuramlarda olduğu gibi, ardıgelenmenin koşulları bakımından da, suç teklifi kavramına dayanılarak ardıgelen suçların fikri içtima içinde ele alınması, özellikle de hukuki anlamda eylem teklifi düşüncesine dayanılması göz ardı edilmemelidir.

Bu çerçevede ardıgelenmenin koşulları dile getirilirken, öncelikle hukuki anlamda eylem teklifinden söz etmekte yarar bulunmaktadır. Çünkü yürürlükteki düzenlemelerinde ardıgelen suçlara ilişkin hüküm bulunmayan kimi ülkelerde, ardıgelen suçların, hukuki anlamda eylem teklifinin özel bir görünüm biçimi olduğu benimsenmektedir⁷⁷. Buna göre, ardıgelen suçlarda çeşitli doğal eylemler, hukuki niçinlerle tek eylem kabul edilmekte ve hukuki birlik içindeki bu eylemler aynı kanun hükmünü ihlal ettiğine göre tek suçun bulunduğu sonucuna varılmaktadır⁷⁸. Bu çerçevede hukuki anlamda tek eylemin ne olduğunun ortaya konması gerekir. Doğal anlamda birden çok eylemin, hukuki niçinlerle birlik oluşturduğu, diğer bir anlatımla doğal anlamda birden çok eylemin bulunmasına karşın, hukuki anlamda tek eylemin bulunduğu benimsendiği durumlarda, hukuki anlamda eylemin teklifinden söz edilmektedir. Örneğin Alman Mahkeme İçtihatları

⁷³ İçel, a.g.e., s. 88.

⁷⁴ Bkz. yukarıda s. 8.

⁷⁵ İçel, a.g.e., s. 32 ve 88.

⁷⁶ İçel, a.g.e., s. 88.

⁷⁷ Bkz. Koca-Üzülmez, a.g.e., s. 406.

⁷⁸ İçel, a.g.e., s. 32.

ile oluşan ve doğal eylemin tekliği olarak isimlendirilen düşünceye göre, doğal anlamda birden çok eylemin hukuki anlamda tek eylem biçiminde birleşebilmesi için, çeşitli eylemlerin, tek iradi karara dayanması, aynı türden olması, zaman ve yer bakımından sıkı bir ilişki içinde bulunması ve sıkı ilişki içinde olan bu eylemlerin, nesnel olarak, dışarıdaki bir gözlemcinin gözüyle tek eylem olarak görülmesi gerekmektedir⁷⁹.

Diğer yandan ardıgelen suçların koşullarını ortaya koyarken göz önünde tutulması gereken bir nokta da ardıgelen suçların benimsenmesinin niçinleridir. Bu niçinler göz önüne alındığında özellikle TCK'nin 43. maddesinde yer alan ardıgelen suçların koşulları, ardıgelen suçların benimsenme niçinlerine uygun olan ve uygun olmayan koşullar olarak ikiye ayrılabilir. Biz bu çerçevede öncelikle ardıgelen suçların benimsenme niçinlerine uygun olan, değişik zamanlarda gerçekleştirilen birden çok eylem, birden çok sonuç, birden çok ihlal, birden çok suçun bulunması ve suç işlenmesine ilişkin bir tasarımının gerçekleştirilmesi kapsamında birden çok suçun işlenmesi koşullarını, daha sonra da ardıgelen suçların benimsenme niçinlerine uygun olmadığını düşündüğümüz, olguların her birinin aynı suçu oluşturması ve birden çok suçun aynı kişiye karşı işlenmesi koşullarını ele alacağız.

A- Ardıgelen Suçların Benimsenme Niçinlerine Uygun Olan Koşullar 1-Değişik Zamanlarda Gerçekleştirilen Birden Çok Eylem (Hareket), Birden Çok Sonuç, Birden Çok İhlal, Birden Çok Suçun Bulunması

Bu koşul ardıgelen suçları, fikri içtima, tek eylem ile birden çok kişiye karşı aynı suçun işlenmesi⁸⁰, tek eylem ile birden çok sonuç⁸¹, aynı zamanda birden çok eylem ve birden çok sonuç⁸², birden çok eylem ve birden çok sonuç ile tek suç⁸³ ayırmaya yarar⁸⁴. Nitekim Kanun "...değişik

⁷⁹ Bkz. Koca-Üzülmez, a.g.e., s. 406.

⁸⁰ Tek kurşun ile birden çok kişinin öldürülmesi, tek sözle birden çok kişinin aşağılanması gibi.

⁸¹ Tek taş atılması ile camın kırılması ve kişinin yaralanması gibi.

⁸² Birden çok kurşun atıp, birden çok kişinin öldürülmesi, birden çok eşyanın çalınması gibi.

⁸³ Tipik eylemin tekliği kapsamında içinde yer alan, birden çok eylemli suçlar, seçimlik eylemli suçlar, mürekkep suçlar, mütemadi suçlar, karma suçlar, müterakki suçlar.

⁸⁴ Benzer düşünce için Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1989, C. II, s. 543.

zamanlarda... suçun birden fazla işlenmesi durumu..." ndan söz etmiştir. Demek ki değişik zamanlarda işlenmiş birden çok suç ve diğer koşullar bulunuyorsa, ardıgelen suçlardan söz edebilmek olanaklıdır.

Bu koşul bakımından ortaya çıkan sorunlardan biri suçlar ile kabahatler bakımından ardıgelenin olanaklı olup olmadığıdır. Kabahatler ile kabahatler arasında ardıgelenin olamayacağına ilişkin Kabahatler Kanununun "içtima" başlıklı 15/2. maddesi "aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir" biçiminde kural koyduğundan, kabahatler arasında ardıgelenin olmayacağı söylenebilir. Nitekim maddenin gerekçesinde de "...Maddenin ikinci fıkrasında, Türk Ceza Kanununun zincirleme suça ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından uygulanamayacağı vurgulanmıştır. Bir kabahatin birden çok işlenmesi durumunda gerçek içtima hükümlerine göre, her bir fiil'e ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezasına karar verilecektir..." denilerek kabahatler bakımından ardıgelen suçlara ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir⁸⁵. Ancak bu düzenlemenin akla uygun bir niçini bulunmamaktadır. Suçlar bakımından benimsenen ardıgelenin, tüm koşulları gerçekleşmişse daha hafif olan kabahatler bakımından benimsenmesi gerekmektedir⁸⁶. Nitekim Mülga 765 sayılı TCK'nin uygulamasında kabahatler bakımından ardıgelenme olanaklı görülmektedir⁸⁷.

Ardıgelenme, yapma biçiminde gerçekleşen eylemlerle işlenebilen suçlar bakımından olabileceği gibi yapmama biçiminde gerçekleşen eylemlerle işlenen suçlar bakımından da olanaklıdır⁸⁸. Suçların bir bölümü yapma diğer bölümü yapmama eylemi ile işlendiğinde de ardıgelenme kabul edilmektedir. Kanunumuz da bir ayırım yapmadan yalnızca suçtan söz ettiğine göre, yapma, yapmama, yapmama yoluyla yapma eylemi ile işlenen suçlarda ardıgelenmeyi benimsediği söylenebilir.

Kalkışma durumunda da ardıgelenme olanaklıdır. Birden çok suçların tümünün kalkışma derecesinde kalması veya kimilerinin tamamlanmasına karşılık, diğerlerinin kalkışma derecesinde kalması durumunda da ardıge-

⁸⁵ Bkz. TBMM S. sayısı 840.

⁸⁶ İçel, a.g.e., s. 113.

⁸⁷ CGK, 18.06.1979, 2-255/294.

⁸⁸ Y.4.CD. 03.05.1994, 942/3887.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

len suçlar oluşabilir⁸⁹. Bu gibi durumlarda ceza belirlenirken cezası daha ağır olan suç göz önüne alınır. Ancak hükmedilen ceza her bir suç için öngörülen cezanın toplamından çok olamaz.

2- Birden Çok Suçun Bir Tasarımın Gerçekleştirilmesi Kapsamında İşlenmesi

Bu koşul ardıgelen suçları, bir kimse tarafından birden çok suç işlenmesi, mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suç, ardışık suçlar, alışkanlık edinilmiş suç ve uğraşı durumuna getirilmiş suçlardan ayırmaya yarar. Bu koşul Kanunda "...bir suç işleme kararı..."⁹⁰ biçiminde dile getirilmiştir. Suç işleme kararı, birden çok suç olarak tanımlanan olguyu gerçekleştirme tasarımıdır⁹¹. Tasarım önceden kurulan bir plan⁹² ve genel bir niyet⁹³ değildir. Çünkü plan belli bir amacı gerçekleştirmek için tutulması gereken yolu ve alınması gereken önlemleri önceden saptamaktır, bu niçinle de tasarımlamanın yanında düzenlemeyi de gerektirir. Bu anlamda kastın daha yoğun durumudur. Niyet ise bir işin yapılmasından önce onu amaçlayan düşüncedir ve tasarımdan önceki bir aşamadır.

⁸⁹ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s. 54; Dönmezer-Erman, a.g.e., C.I, s. 397, İçel, a.g.e., s. 114.

⁹⁰ TCK'nin 43. maddesinin yazımında kullanılan kavramlar özensiz bir biçimde belirlenmiştir. Maddeye dikkatlice bakıldığında "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında... suçun birden fazla işlenmesi..." gibi anlamsal öğeleri birbiriyle bağdaşmayan (saçma) bir anlatım ortaya çıkmaktadır. Nitekim Maddede kullanılan bir kelimesinin neyi nitelediği tartışmalara konu olmuştur. (Bkz. Mustafa Özen, *Zincirleme Suç - Fikri İltima - Bileşik Suç*(Yayımlanmamış Doktora Tezi),Ankara 2008, s. 186-187).

⁹¹ Bkz. Tosun, a.g.m., s. 136, tasarım yerine aynı anlama gelen tasavvur ve proje kavramlarını kullanmıştır. Yine Önder kararı şöyle tanımlamıştır... Failin baştan itibaren birden fazla suçu kısım işlemeye yönelik tasavvurudur. İşlenecek suçların adedini tespit etmiş olması önemli değildir. Bu kararda işlenecek suçların karakteristik özellikleri hakkında bir fikrin oluşması yeterlidir...", a.g.e., C.II, s. 546.

⁹² TCK'nin 76 ve 77. maddelerinde Kanun Koyucu "bir planın icrası suretiyle", "bir plan doğrultusunda" biçiminde plan kavramını kullanmıştır. Kanun Koyucunun 43. Maddede, bir suç işleme kararını kullanırken, 76 ve 77. Maddelerde bir planın icrasından, bir plan doğrultusundan söz etmiştir. Karar, plan anlamına gelseydi, bu maddede de plan kavramı kullanılirdi.

⁹³ Suç işleme kararının önceden kurulan bir plan, genel bir niyet olduğu konusundaki düşünceler için bkz. Dönmezer-Erman, a.g.e., C. I, s. 398; Tosun, a.e.; İçel, a.g.e., s. 130-132.

Tasarım ise önemsiz ayrıntıların bir yana bırakılıp, önemli özelliklerin dikkate alındığı imgelem⁹⁴ yoluyla oluşturulan projedir. İşlenen suçlardan hangilerinin tasarım içinde olduğu, hangilerinin olmadığı ise somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir⁹⁵.

Bu koşulun bir başka işlevi daha bulunmaktadır. Bir yandan ardıgelen suçları birden çok suç olarak kabul edenler, birden çok suça tek ceza verilmesinde, diğer yandan ardıgelen suçları tek suç olarak kabul edenler, birden çok suçun tek suç olarak benimsenmesinde bu koşulu da göz önüne alırlar. Yukarıda da belirttiğimiz gibi özellikle düzenlemelerinde ardıgelen suçlara ilişkin hüküm bulunmayan ülkelerde, ardıgelen suçlar fikri içtima içine sokulmaktadır. Bu çerçevede ardıgelen suçlar, hukuki anlamda eylem tekliğinin özel bir görünümü olarak ele alınmakta ve dış dünyadaki birden çok olgunun, hukuki anlamda tek olgu biçiminde birleşebilmesi için, bu olguların tek iradi karara da dayanması gerekmektedir⁹⁶. Durum böyle olunca bir yandan birden çok suça tek ceza verilmesinin niçinini oluşturan, diğer yandan birden çok olguyu, tek olgu durumuna getiren tek iradi kararın ne olduğu konusunda değişik düşünceler de ortaya çıkmaktadır.

Ardıgelen suçların öznel koşulu da denen ve Kanunda dile getirildiği biçimiyle bir suç işleme kararı; saikte birlik⁹⁷, amaçta birlik⁹⁸, iradede birlik⁹⁹, kararda birlik¹⁰⁰, kusurda birlik¹⁰¹, kastta birlik veya toplu kast¹⁰², devam veya ardıgelme kasti¹⁰³, biçiminde değerlendirilmektedir.

Düşüncemize göre; saik (güdü) (*İng.* motive, *İt.* motivo), kişileri bilinçli ve amaçlı eylemlerde bulunmaya yönelten niçin ya da niçinler bileş-

⁹⁴ Tasarım, önceden algılanmış olanın yeniden üretilen imgesi olduğundan, imgelem (imgeler yoluyla düşünme yetisi) yoluyla oluşturulanı dile getirmektedir.

⁹⁵ Aynı suç işleme kararının YCGK 01.06.1999, 6-122/145 sayılı kararında... şeklinde dile getirmiştir.

⁹⁶ Bkz. yukarıda dip. not 77 yakınçevresi.

⁹⁷ Saikte birlik düşüncesi için bkz. İçel, a.g.e.

⁹⁸ Bu düşünce için bkz. Kunter, a.g.m., s. 896; Özen, a.g.e., s. 189.

⁹⁹ İstekte birlik düşüncesi için bkz. Özen, a.g.e., s. 189.

¹⁰⁰ Kararda birlik düşüncesi için bkz. İçel, a.g.e., s. 109; Özen, a.g.e., s. 189.

¹⁰¹ Kusurda birlik düşüncesi için bkz. İçel, a.g.e., s. 109.

¹⁰² Toplu kast düşüncesi için bkz. Hakeri, a.g.m. s.244-245.

¹⁰³ Devam veya ardıgelme kasti düşüncesi için bkz. İçel, a.g.e., s.134; Hakeri, a.g.e.

kesi olarak tanımlanabilir¹⁰⁴. Saikin (güdü) kaynağı akıldır. Ceza hukuku bakımından suç olarak tanımlanan olguyu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmeye yönelten ve kaynağı akıl olan niçinlerdir. Dolayısıyla içgüdü (insiyak) (*İng.* instinct, *İt.* istinto) ve içtepi (tahrik) (*İng.* impulse, *İt.* impulso) den ayrılır¹⁰⁵. Öte yandan bu durumu ile saik, tasarımı ve karardan önce gelen bir aşamadır.

Amaç (*İng.* purpose, *İt.* scopo), niçinin içerdiği son veya bir şey yapılırken varılmak istenen sondur. Tasarımı ve karardan önceki bir aşamayı dile getirir.

İrade veya istenç (*İng.* will, *İt.* volonta) ise gerçekleştirilecek eylemi kararlaştırabileni ve uygulayabileni ifade ettiğinden tasarımı ve karar öncesi durumu anlatır.

Karar (*İng.* decision, *İt.* decisione), seçme ve belirleme ile anlamdaştır. Belirleme ile anlamdaş olarak karar, olabilirliği, olmayabilirliği veya başka türlü olabilirliği ortadan kaldırarak belli bir yönde oluşturmayı, seçme ile anlamdaş olan karar ise, birçok olabilirlikler arasından birini yeğ-

¹⁰⁴ Hançerlioğlu, a.g.e., Cilt II, s. 266.

¹⁰⁵ İçgüdü (insiyak), kişiyi sonuçlarını öngörmeden davranmaya zorlayan, kaynağı kısa süreli duygusal tepkiler olan ve insanın davranışı üzerindeki iradesini, denetimini azaltan ya da ortadan kaldıran dürtüden farklıdır. İçtepi (tahrik) (*İng.* impulse, *İt.* impulso) ise insanı gerekliliğe iten dürtü olarak tanımlanabilir. İçgüdü kalıntılarıdır. İçtepi iradenin denetimine girmeyen, karşı gelinmez bir istek olduğu ileri sürülmekle birlikte, gelişen insan zekâ ve iradesinin içtepileri denetleyebildiği ve onlara karşı gelebildiği anlaşılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki iradenin denetimi ve zekânın yönetimi, içtepinin doğumundan çok, eylem alanına geçip geçmemesinde etkindir. Örneğin sağlıklı bir insan, cinsellik içtepisi duymamazlık edemez, ama bu içtepiyi doyurup doyurmaması zekâ ve iradesiyle belirlenir. Öğrenme işlemiyle ters orantılı bulunan hayvansal içgüdü, gittikçe insanlaşan insanda tümüyle yok olmuş ve onun yerini içtepi almıştır. İçgüdü (insiyak) (*İng.* instinct, *İt.* istinto) ise belli bir olay karşısında belli ve türsel (türünün bütün bireylerinde ortak olan), fizyolojik (ruhsal değil), kendiliğinden (eğitimsel değil) gerçekleşen, düşüncenin ve bilincin hiçbir etkisinin olmadığı, öğrenilmeyen ve deneme yoluyla kazanılmayan davranıştır. Örneğin düşmanını gören tavşan kaçır, maymun ağaca tırmanır, aslan saldırır. İnsaninsa ne türlü davranacağı, o belli anda içinde bulunduğu töresel, toplumsal, anlıksal(...) vb. gibi birbiriyle kaynaşabilen koşullara bağlıdır. İnsan eğer koşullar gerektiriyorsa, düşmanını yanaklarından öpebilir. Oysa gene de içinde hoş olmayan bir duygu kıvrır ki işte bu duygu, zekâ ve iradenin denetimine girmiş pek güçsüz bir içtepinin ürünüdür. Örneğin yüzüne bir şey atılan insan içtepiyle yüzünü korur; ama ondan sonra ne türlü davranacağını içtepi değil, bilinci belirler (Hançerlioğlu, a.g.e., Cilt III, s. 13, 18).

lemeyi anlatır. Ayrıntıların seçimi ve belirlenmesi gerçekleştiğinden, karar, tasarımdan daha ileri bir aşamayı dilegetirir.

Kast (*İng.* intention, *İt.* intenzione), insanın ulaşmak için çabalarını üzerinde yoğunlaştırdığı bir hedef olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla bir şeye yönelmiş olanı dile getirir. Ceza hukukunda ise, yaşama geçirmek için çabalarını üzerinde yoğunlaştırdığı suç olarak tanımlanan olguyu gerçekleştirme hedefi olarak tanımlanabilir. Bu anlamda kast, karardan daha ileri bir aşamayı anlatır.

Plan ise, yukarıda¹⁰⁶ da belirttiğimiz gibi kastın daha yoğun durumunu dile getirir.

Kusur ise, kişinin yasak olguyu gerçekleştirmesine yönelik iradesi niçiniyle hukuk düzeni tarafından kınanabilirliğidir¹⁰⁷. Diğer bir ifade ile gerçekleştirdiği olgu nedeniyle failin kınanıp kınanamayacağına ilişkin değer yargısı olduğundan suç teorisi alanı dışındadır ve tümüyle suçlu teorisine ilişkin bir konudur¹⁰⁸.

Bu çerçevede kastta birlik düşüncesini ileri sürenlere göre, kastta birlik veya toplu kasttan söz edebilmek için, failin daha ilk eylemi gerçekleştirirken, diğer bir anlatımla ilk kısmi eylemi gerçekleştirmeye başladığı andan, o eylemin gerçekleştirilmesini bitirene kadar, ondan sonraki diğer eylemler açısından da yeri, zamanı ve nasıl gerçekleştirileceği konusunda en azından temel noktalarda bir düşünce sahibi olmalıdır. Kısaca kast bir bütünün kısmi eylemlerini ilk kısmi eylemin işlenmesi bitirene kadar içine almalıdır. Ve bunlar bir suçun bağımsız olmayan eylemleri şeklinde kendini göstermelidir. Diğer bir anlatımla failin, ilk kısmi eylemini bitirene kadar diğer kısmi eylemleri de işlemeye karar vermiş olması gerekmektedir¹⁰⁹.

Bu düşünce ardıgelen suçları, fikri içtima içinde ele alabilmek için ileri sürülmüş bir düşüncedir. Dolayısıyla ilk eylem başlamadan bir tasarım kapsamı içinde yer almayan bir eylemin, ilk eylem başladıktan sonra

¹⁰⁶ Bkz. yukarıda dip. not. 90 yakınçevresi.

¹⁰⁷ Kusurluluk ile ilgili düşünceler için bkz. Önder, a.g.e., C. II, s. 288-289; Uğur Uruşak, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, İstanbul 2010, s. 98 vd.

¹⁰⁸ Uruşak, a.g.e., s. 112.

¹⁰⁹ Hakeri, a.g.m. s. 244.

tasarımın değiştirilmesi veya genişletilmesi yoluyla tasarımın içine alındığı ileri sürülerek, ardıgelen suçlar içinde değerlendirilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki birden çok suçun, aynı tasarım içinde yer alması niçiniyle, birden çok suçun işlenmesine yönelik tasarıma kast adı verilmesi ve bu şekilde kast ile tasarımın bilinçli olarak karıştırılıp, birden çok suçun tek suç sayılması da olanaklı değildir.

Yine devam veya ardıgelme kastını ileri sürenlere göre, devam veya ardıgelme kastı, failin işlediği eylemlerden her birinin, önceki eylemlerin ardıgelenini oluşturduğu ve böylece failin iradesinin bütün eylemleri kapsadığı anlaşıldığı takdirde ardıgelme kastından söz edilebilir. Böylece baştan itibaren bütün kısmi eylemlere yönelik bir kasta sahip olmak koşulu gerekmeyip, her eylemden sonra kastın bir sonraki eylem için yenilenmesi, diğer bir anlatımla failin eylemlerine son vermeden önce eylemlerine devam kararı almış olması yeterlidir¹¹⁰. Bu düşünce de ardıgelen suçları, fikri içtima içinde ele alabilmek için ileri sürülmüştür. Failin eylemlerine son vermeden eylemlerine devam kararı alması niçiniyle gerçekleştirdiği eylemlerin aynı tasarım içinde kabul edilmesi ve ardıgelen suçlar içinde değerlendirilmesi olanaklı değildir. Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz gibi, birden çok suçun işlenmesine yönelik tasarıma kast adı verilmesi ve bu şekilde kast ile tasarımın bilinçli olarak karıştırılıp, birden çok suçun tek suç sayılması da olanaklı değildir.

Bu başlığın birinci paragrafında da belirttiğimiz gibi işlenen suçlardan hangilerinin tasarım içinde olduğu, hangilerinin olmadığı ise somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmek gerekir.

Taksirli suçlarda ardıgelmenin kabulü konusu tartışmalıdır. Bazı düşünürler taksirli suçlarda ardıgelmenin yeri olmadığını ileri sürerken, bazı düşünürler bunun olanaklı olduğunu ileri sürerler. Gerçekten de ardıgelen sular içinde yer alan birden çok suçlara tek bir cezanın verilmesinin sebebi, bu suçların bir tek suç işleme tasarımı ile birbirine bağlı olmasıdır. Bunların bu şekilde birbirine bağlı olması da, onların istenmiş olmaları ile olanaklıdır. Oysa taksirli suçların başlıca özelliği sonucun istenmemesidir¹¹¹.

Suç işleme tasarımı, önemli özelliklerin dikkate alındığı bir proje olduğundan, sonuçları da içinde bulundurmaktadır. Bu sebeple taksirli suçla-

¹¹⁰ İçel, a.g.e., s.134, 136; ayrıca bu düşünce için bkz. Hakeri, a.g.m., s. 245.

¹¹¹ Tosun, s. 133; Sancar, s. 117.

rın tasarım kavramıyla, dolayısıyla ardıgelme ile bağdaşmayacağı açıktır¹¹².

Aksini ileri süren düşünürler ise, “suç işleme kararında birlik” anlamının, sonucu da kapsayacak biçimde anlamamak gerektiğini ileri sürerler. Failin suç oluşturan sonuca yönelen bir iradesi olmaksızın, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturan bazı eylemler yapmaya karar vermesi ve bu eylemlerin aynı suç işleme kararına bağlı kabul edilmeleri olanaklıdır. Örneğin bir mimarın yapı tekniği kurallarına aykırı şekilde inşa ettiği binalardan bir kaçının çökmesi veya içtiği sigaraların yanan izmaritlerini aracının penceresinden yol kenarına atan sürücünün birden çok yangının çıkmasına yol açması durumunda ardıgelme suç söz konusu olur. Nitekim aynı gerekçelerle, aynı kimseye karşı işlenen taksirli yaralama suçlarında ardıgelme suç hükümlerinin uygulanabileceği de kabul edilmektedir¹¹³.

Öncelikle belirtilmesi gereken konu, taksirle işlenen suçlarda ardıgelmenin söz konusu olmayacağıdır. Zira suç işleme tasarımı, sonucu da içine alır. Dolayısıyla sonucun istenmediği taksirli suçlarda, ardıgelmenin söz konusu olması olanaklı değildir.

Bu konu ile ilgili bir başka tartışma konusu taksirli suçlar bakımından T. C. K. m. 43/2’de düzenlenen aynı suçun birden çok kişiye karşı bir fiille işlenmesi durumunun söz konusu olup olamayacağıdır. Kimi düşünürler¹¹⁴ tarafından bu konu “aynı nevi fikri içtima” olarak tanımlanmıştır. Örneğin bir kurşunla veya bir bomba ile birden çok kişinin öldürülmesi veya bir sözle birden çok kimsenin tahkir edilmesinde, bu düşünceye göre aynı neviden fikri içtima bulunmaktadır. Aynı nevi fikri içtimanın oluşabilmesi için bir diğer koşul da, mağdurların ve suçun maddi konusunun farklı olmasıdır. Bu nedenle çalınan bir malın birden çok kimseye ait olmasında bu durum gerçekleşmez. Ancak bir tek ateşleme ile sokaktaki bütün evlerin yanması durumu (T.C.K. m. 170-171), tek ihlalin bulunması nedeniyle tartışmalıdır.

Bir başka düşünceye göre ise bu durumda, kanunun aynı hükmünün ihlali söz konusu olduğu için her yönden tek suç görünüşü bulunmaktadır.

¹¹² Y. 9. C. D. 18.02.1999 2091/960, karar için bkz. Özen, a.g.e., s. 253).

¹¹³ Bkz. İçel, s. 148.

¹¹⁴ Bu düşünce için bkz. İçel, s. 77 vd.

Kanuni tanıma uygun sonuçların çokluğu, suç tekliğini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Beş tane yüz liralık banknotu çalan hırsız bakımından suç çokluğundan ve dolayısıyla fikri içtimadan nasıl söz edilemiyorsa, bir bomba ile birkaç kişinin öldürülmesi durumunda da, gerçekleşen sonuçlar sayısınca suçun bulunduğu söylenemez. Bu durumlarda kanunun aynı hükmünü ihlal eden insan eyleminin tek oluşu, suçun tekliğini sonuçlar ve dolayısıyla fikri içtima kuralının uygulanmasına olanak vermez¹¹⁵.

Bir başka düşünce ise, aynı suçu oluşturan eylemlerin tekrarlanması ile bir eylemin birden çok aynı suçu sonuçlaması durumları farklıdır. Gerçekten hırsızlık suçunda çeşitli malların çalınması veya yaralama suçunda aynı mağdura atılan tokatlar bir suçun icra hareketleri durumundadır. Patlatılan bir bomba ile birkaç kişinin öldürülmesinde ise, öldürülenlerin sayısınca fiil ve suç bulunmaktadır. Dolayısıyla bu son halde failin aynı suç işleme kararı ile hareket ettiği anlaşılabilirse, ardı gelen suçun gerçekleştiği kabul edilebilir¹¹⁶.

Düşüncemize göre en başta belirtilmesi gereken nokta, T. C. K. m. 43/2'de düzenlenen durumun, ne ardı gelen suçlarla ne de fikri içtima ile bir ilgisinin bulunmamasıdır. Bu nedenle bir yandan bu duruma aynı neviden fikri içtima gibi kafa karışıklığı yaratacak isimlerin verilmesi, diğer yandan konunun ardı gelen suçları düzenleyen madde içinde düzenlenerek niteliğinin bulandırılması kabul edilebilir değildir. Bize göre ardı gelen suçların ve fikri içtimanın öğeleri, konuyu çözümü bakımından en iyi ölçüttür. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ardı gelen suçların ilk ögesi, değişik zamanlarda gerçekleştirilen birden çok eylem, birden çok sonuç, birden çok ihlal ve birden çok suçun bulunmasıdır. Dolayısıyla ardı gelen suçlar, T. C. K. m. 43/2 kapsamında yer alan, bir eylemle birden çok kişiye karşı işlenen aynı suçtan; birden çok eylemin bulunması ve birden çok suçun bulunması bakımından ayrılır. Fikri içtima durumunda ise dış dünyada tek sonuç bulunmaktadır. Bir eylemle birden çok kişiye karşı aynı suçun işlenmesi durumunda ise birden çok sonuç bulunmaktadır. Bu nedenle T. C. K. m.43/2'deki durum ne ardı gelme ne de fikri içtima olarak nitelendirilebilir. Doğrusu, bu durumun, T. C. K.'nin yaptığı gibi ardı gelen suçların düzenlendiği madde içinde değil, ayrı bir maddede düzenlenmesidir.

¹¹⁵ Bu düşünce için bkz. İçel, s. 79.

¹¹⁶ İçel, s. 80.

Nitekim T. C. K. konuyu bu biçimde düzenlemekle çelişkili ve kabul edilemez sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Bu nitelikteki ilk konu, T. C. K. m. 43/2. hükmünün, yalnızca kasten işlenen suçlara mı yoksa taksirli suçlara da mı uygulanacağıdır. Burada ceza kanununun yorum kurallarından yola çıkılması gerekir. Failin lehine olan düzenlemeleri geniş, aleyhine olan düzenlemeleri dar yorumlamak ceza hukukunun temel ilkeleri gereğidir. T. C. K. m. 43/1’de kanun koyucu “bir suç işleme kararı icrası kapsamında” dediği halde, T. C. K. m. 43/2’de yalnızca “aynı suç”tan söz etmektedir. Dolayısıyla aynı suç kavramının taksirli suçları da kapsadığında kuşku bulunmamaktadır. İkinci konu TCK m. 43/3. maddenin T. C. K. m. 43/2. maddeye uygulanıp uygulanmayacağıdır. T. C. K. m. 43/3.’de; “bu madde hükümleri” denildiği için TCK m. 43/3.’de yer alan hükmün, T. C. K. m. 43/2. için de geçerli olduğu söylenebilecektir. Ancak bu sonuç karşımıza yukarıda sözü edilen çelişkili ve kabul edilemez sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin bir bomba ile birden çok kişinin öldürülmesi veya yaralanması, aynı sözlerle birden çok kişinin ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarla işkence edilmesi, aynı zamanda birden çok kişinin cebir ve tehdit ile mallarının alınması durumlarında, T. C. K.’nin 43/3. maddesi gereği, 43/2 uygulanmayacak, taksirle bir insanın ölümüne neden olma suçunda T. C. K. m. 85/3., taksirle bir insanın yaralanmasına neden olma suçunda T. C. K. m. 89/4. madde hükümleri uygulanacağı için 43/2. madde uygulanamayacak, ancak bunların dışındaki bir eylemle birden çok kişiye karşı işlenen tüm kasten ve taksirle işlenen suçlarda, örneğin bombanın patlamasına engel olmakla yükümlü veya bombayı haber vermekle yükümlü kişinin insan öldürme kastı veya yaralama kastı ile bombanın patlamasına engel olmaması veya bombayı haber vermemesi durumunda, toplu intihar vakalarında bir kişinin birden çok kişiyi intihara yönlendirmesi durumunda, birden çok kimseye, seksüel saikle cinsel organını teşhir etme veya imam nikahı adı altında aynı anda birden çok çocukla seksüel ilişkide bulunma durumunda, T. C. K. m. 43/3’de kasten öldürmenin ve yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi, intihara yönlendirme, cinsel saldırı ve istismar suçu yer almaması nedeniyle T. C. K. m.43/2 uygulanabilecektir. Dolayısıyla Kanunun tadadı olarak saydığı kimi suçlar açısından tek bir eylemle birden çok kişiye karşı aynı suçun işlenmesi durumunda, ortaya çıkan sonuç sayısınca ceza verilirken, kimi

suçlarda özel düzenleme olduğundan, sonuç sayısınca olmamakla birlikte daha ağır ceza verilebilecek, geri kalan suçlarda ise tek ceza verilip cezada artırım uygulanacaktır. Bu düzenlemelerin gerisinde yatan hiçbir makul niçin bulunmamaktadır. Yapılması gereken incelemenin sonuç bölümünde ayrıntılı olarak değineceğimiz, bu çelişkili ve kabul edilmez sonuçları ortadan kaldıran bütünlüklü ama ayrı ayrı maddeler ile konunun düzenlenmesidir.

Öte yandan T. C. K. ise, taksirle insan öldürme (T. C. K. m. 85/2) ve taksirle yaralama (T. C. K. m. 89/4) suçlarında mağdurların birden çok oluşunu ağırlatıcı sebep saymıştır.

B-Ardıgelen Suçların Benimsenme Niçinlerine Uygun Olmayan Koşullar

1- Olguların Her Birinin Aynı Suçu Oluşturması

Ardıgelen suçlara tek ceza verilmesinin niçini, bir tasarım çerçevesinde bu suçların işlenmesi olduğuna göre, tasarım kapsamına giren olguların tümünün aynı suç oluşturması veya 765 sayılı TCK'nin anlatımıyla, kanunun aynı hükmünü ihlal etmesi koşulunun niçinini başka bir yerde aramamız gerektiğini ortaya çıkarır. Bu koşul, yukarıda da belirttiğimiz¹¹⁷ kilise hukukunun "versari in re illicita" kuralına tepki olarak doğmuş, eylemin bir bütün halinde tek olduğu düşüncesini benimseyen ve 19. Yüzyılda ardıgelen suçlar bakımından ileri sürülen nesnel kuram tarafından aranan koşuldur. 1913 Bayern Ceza kanunu tarafından benimsenen bu kurama göre, "deliktum continatum" yani ardıgelen suçlar, aynı konuda tekrarlanmış suçlar biçiminde tanımlanmış ve başlıca öge olarak da "unitas rei" yani ihlal edilen değerlerin aynılığı kabul edilmişti. İhlal edilen hukuki değerlerin aynılığı, bir yandan aynı kanun hükmünün ihlali veya aynı suçun işlenmesi ile birlikte aynı mağdurun haklarının ihlali anlamını taşımaktaydı¹¹⁸.

Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz gibi¹¹⁹ ardıgelen suçları fikri içtima içinde ele alanlar bakımından, doğal anlamda birden çok eylemin hukuki anlamda tek eylem biçiminde birleşebilmesi için, çeşitli eylemlerin, tek iradi karara dayanması, aynı türden olması, zaman ve yer bakımından

¹¹⁷ Bkz. dip not 58.

¹¹⁸ Bu konu ile ilgili bkz. İçel, a.g.e., s. 107.

¹¹⁹ Bkz. yukarıda dip not 77 yakınçevresi.

sıkı bir ilişki içinde bulunması ve sıkı ilişki içinde olan bu eylemlerin, nesnel olarak, dışarıdaki bir gözlemcinin gözüyle tek eylem olarak görülmesi gerekmektedir. Ardıgelen suçlarla ilgili kanunlarında hüküm bulunmamasını, ardıgelen suçları fikri içtima içine sokmakla aşmaya çalışanların ileri sürdüğü bu koşul, birden çok suçun, hukuken bir tek suç sayılması ve bu suçların fikri içtima içine alınması için sarfedilen zorlama bir çabadan başka bir şey değildir.

Günümüzde ise ardıgelen suçların başlıca ögesi, bir tasarım çerçevesinde birden çok suçun işlenmesidir. Bu çerçevede ihlal edilen değerlerin veya suçların aynılığı veya benzerliği ardıgelen suçlar bakımından bir önem taşımamaktadır. Nitekim İt.C.K., yukarıda¹²⁰ da belirttiğimiz gibi ardıgelen suçlar bakımından böyle bir koşulu benimsememiştir.

2- Birden Çok Suçun Aynı Kişiyeye Karşı İşlenmesi

Ardıgelen suçları, hukuki anlamda eylem tekliğinin özel bir görünümü olarak ele alanlar bakımından, dış dünyadaki birden çok olguyu, hukuki anlamda tek olgu biçiminde birleştirebilmek için, her bir bağımsız olguda, farklı bir eylem ve sonuç haksızlığının bulunmaması gerekir¹²¹. Zira bu düşüncede olanlara göre fail hakkındaki yargı, fiil hakkındaki yargıyı gerektirir ve ona dayanır¹²². Failin ceza hukuku tarafından sorumlu tutulmasının niçini, onun tarafından gerçekleştirilen hukuki yararın ihlali olduğuna göre, hukuki yararın ihlalinde, her bir bağımsız eylem açısından farklı bir eylem ve sonuç haksızlığının bulunmaması gerekir¹²³. Yaşam, beden bütünlüğü, özgürlük, saygınlık gibi kişisel hukuki yararların söz konusu olduğu durumlarda, mağdurlar farklı ise, eylem ve sonuç haksızlığı farklı olacağından, ardıgelen suçların hukuki anlamda tek olgu olarak birleştirilebilmesi olanaklı değildir. Öte yandan bir başka düşünceye göre mağdurların farklı olması, suç işleme kararındaki birliği ortadan kaldırmaktadır¹²⁴. Bir diğer düşünce ise, bu koşulun konulup konulmamasının, kanun koyucunun takdirinde olduğunu ileri sürerek, kanunun koyucunun bu koşulu

¹²⁰ Bkz. yukarıda dip.not 29 yakınçevresi.

¹²¹ Hakeri, a.g.m. s. 242.

¹²² Koca-Üzülmez, a.g.e., s. 105.

¹²³ Hakeri, a.e.

¹²⁴ Bu düşünceler için bkz. Tosun, a.g.m., s. 137; Özen, a.g.e., s. 239-241.

kabul ederek, ardıgelen suçların kapsamının daraltıldığını, bunun da olanaklı olduğunu ileri sürmektedir¹²⁵.

Düşüncemize göre bu koşul, ardıgelen suçlarla ilgili, kanunlarında hüküm bulunmamasını, ardıgelen suçları fikri içtima içine sokmakla aşmaya çalışanların dile getirdiği ve birden çok suçun hukuken bir tek suç sayılması için ileri sürdükleri koşuldur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi¹²⁶, fikri içtima durumunda tek eylem, tek sonuç, çok ihlal, çok suç olmasına karşılık, ardıgelen suçlarda, çok eylem ve çok sonuç, çok ihlal, çok suç bulunmaktadır. Bu niçinle ardıgelen suçların fikri içtima içinde ele alınması olanaklı değildir. Öte yandan bir suç tasarımının bulunup bulunmadığı, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenebilir. Bu çerçevede mağdurlar birden çok olsa bile, bir tasarımın ve ardıgelmenin bulunması olanaklıdır. Ayrıca ardıgelen suçları belirleme konusunda kanun koyucunun takdiri, keyfilik değildir. 5237 sayılı TCK örneğinde olduğu gibi, yeterliliği kuşkulu kanun koyucunun keyfiliği hiç değildir¹²⁷. Kanun koyucu takdir hakkını kullanırken, ardıgelen suçların benimsenme niçinine uygun düzenleme yapmakla yükümlüdür. Aksi takdirde bankaya yatırılan para örneğinde olduğu gibi, mağdurların mudiler olmadığı, banka olduğu, oto-

¹²⁵ Özen, a.g.e., s. 241; Hamide Zafer, KKİS, s. 42.

¹²⁶ Bkz. yukarıda dip. not. 29 yakınyeri.

¹²⁷ Kanun koyucu ile ilgili göz önünde bulundurulması gereken bir ilke de “kanun koyucu abesle iştigal etmez” ilkesidir. Özellikle ceza kanunu bakımından kanunda kullanılan her sözcüğün özel bir değeri vardır. Kanun koyucunun, kanun yapma bilgi ve becerisine sahip olmaması nedeniyle bu ilkenin göz ardı edilmesi de olanaklı değildir. Bu çerçevede 5237 sayılı Ceza Kanununda, son günlerde yapılan değişiklikleri, “kanun koyucu tereddütleri gidermek için bu hükümleri getirdi” (Bkz. T. C. K. m. 43’ün 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesi) veya bu hüküm aslında “genel bölümde yer alan hükmün bir tekrarıdır”(Bkz. Nur Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2011, s.) veya “bu sözcüklerin hiçbir anlamı yoktur”(Bkz. Mehmet Cemil Ozansü, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s.120) gibi yorumlar yapmak, zaten büyük sorunlara ve adaletsizliklere yol açmış bir kanunun uygulamasını içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Kanun koyucu hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde kanunu kaleme almak zorundadır. Aksi halde her tereddüde sebep olan düzenlene için bir başka düzenleme yapmak gerektiğini kabul etmek gerekir. Yine hakimın genel bölümde yer alan bir hükmü dikkate alması için, kanun koyucunun ayrı bir hükümle bu hükme dikkat çekmesi gerekmez. Hakim uygulayacağı hükümleri belirleyip uygular. Bunu yaparken de bütün hükümleri göz önüne alır. Ayrıca ona bak bu hükmü de göz önüne al denmez. Daha da önemlisi kanun koyucu hiçbir anlamı olmayan sözcükleri kanuna koymaz. Koyuyorsa diğer sözcüklerin anlamı olduğu tartışmalı hale gelir.

parka park edilen araç örneğinde olduğu gibi, mağdurların araç sahipleri olmadığı, otopark işleteni olduğu gibi¹²⁸ zorlama yorumların önü açılır.

Bu koşulun ardıgelen suçların benimsenme niçinine uygun olmadığı TCK ve cezai hükümler içeren diğer kanunlarda yapılan değişikliklerle de ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birisi 5377 sayılı Kanun ile TCK'nin 43. maddesinde yapılan değişikliktir. Maddenin gerekçesi¹²⁹ göz önüne alındığında; rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, belirli bir kişi mağdur olmadığından, zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği dile getirilerek, hukuk uygulayıcılarında oluşan duraksamayı gidermek amacıyla mağduru belli olmayan suçlarda bu fıkra hükmü uygulanır tümcesinin eklendiği belirtilmektedir. Bir defa mağduru belli olmayan suçlar veya toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçların, hangi suçlar olduğunu tespit etmek olanaklı değildir. İkincisi mağduru belli olmayan suçları işleyenlere tek ceza verilerek, diğerlerine göre ayrıcalık sağlamanın niçinini ortaya koyabilmek olanaklı değildir. Maddede aynı kanunla yapılan bir başka değişiklik ise maddede yer alan çelişkili düzenlemelerin sınır bozucu örneğidir. Bu sınır bozucu değişikliğin gerekçesinde¹³⁰, cinsel saldırı ve çocukların cinsel

¹²⁸ Bkz. Koca-Üzülmez, s. 412.

¹²⁹ "Madde 6.- Zincirleme suç hâlinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak, bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Zincirleme suç halinde, ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağduru aynı kişi olması gerekir. Suçun mağduru farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanamaz. Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, 43 üncü maddenin birinci fıkrasına "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır." şeklinde bir cümle eklenmiştir." (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>, çevrimiçi 12.09.2012).

¹³⁰ Zincirleme suç halinde, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza artırılmaktadır. Ancak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hâkim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından ciddi YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

istismarı suçlarının aynı kişiye karşı birden çok işlenmesi durumunda, gerçek içtima yoluna gidildiğinde, ortaya çıkan ölçüsüz ceza miktarları ve ispat sorununu gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı" ibaresinin metinden çıkarıldığı belirtilmiştir. Aynı mağdura yönelik birden çok kasten yaralama, yağma ya da işkence suçu işlendiğinde, her bir suç için ayrı ayrı ceza verilirken, aynı mağdura karşı birden çok cinsel saldırı ve özellikle de çocuklara yönelik cinsel istismar suçu işlendiğinde, tek ceza verilmesinin akla uygun niçini bulunmamaktadır¹³¹. Kanun koyucu, herhalde, toplumun azınlık bir kesimde yaygın olan, anne ve babasının rızasıyla, evlilik adı altında, 14-15 yaşındaki kız çocuklarına yönelik cinsel saldırı suçu faillerine, yine yakın akraba arasındaki cinsel saldırı ve özellikle de çocuklara yönelik cinsel istismar suçu faillerine, yine evlilik içinde cinsel saldırı suçu faillerine, hatta genel olarak karşı cinsi seksüel obje olarak gören faillere ayrıcalık tanımak istememiştir. Ancak, aynı mağdura karşı işlenen birden çok kasten yaralama suçunda faile verilen cezanın ölçüsüzlüğünü dikkate almayan kanun koyucunun, aynı kız çocuğuna karşı işlenen birden çok tecavüz suçunda verilen cezanın ölçüsüzlüğünü göz önüne alması dikkat çekicidir. Tecavüzcü faillere tanınan bu ayrıcalığın akla uygun niçinini ortaya koymak olanaklı değildir.

VII-ARDIGELEN SUÇLARA BAĞLANAN SONUÇLAR

Ardıgelen suçlara bağlanan ilk sonuç, bu suçlara verilecek cezanın belirlenmesinde ortaya çıkar. Zira, ardıgelen suçlarda, ardıgelen suçlar içinde yer alan suçlardan cezası en ağır olan suçun cezası ağırlaştırılarak verilmektedir. Cezası en ağır olan suç ve cezadaki ağırlaştırma oranı belirlenirken, belirlenen somut temel ceza esas alınmaktadır. Ancak bu durumda

endişelere neden olmuştur. Bu endişeleri gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı" ibaresi metinden çıkarılmıştır." (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>, çevrimiçi 12.09.2012).

¹³¹ Bu konuda aynı yönde değişik düşünceler için bkz. Nevzat Toroslu-Yüksel Ersoy, *Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları Ankara 2004, s. 13; Duygu Yarsuvat-Köksal Bayraktar-Necmi Yüzbaşıoğlu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Görüşü, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları Ankara 2004, s. 300; Türkan Sancar, *Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç*, *TBB Dergisi*, Yıl 2007, Sy. 70, s. 256 vd.; Özen, , a.g.e., s. 227-228.

verilecek ceza, ardıgelen suçların cezalarının eklenerek toplanması sonucu ortaya çıkan cezadan çok olamayacaktır¹³². Yine bu ceza, cezası en ağır olan suçun cezasından daha az olamayacaktır¹³³. Ayrıca ardıgelme nedeniyle ceza ağırlaştırılırken ardıgelen suçların sayısı da dikkate alınmaktadır¹³⁴. Ardıgelen suçlarda belirlenecek cezanın üst sınırı da, verilecek ceza bakımından tek suç sayıldığı için, tek suçta verilecek cezanın üst sınırından çok olamamaktadır.

Bunun dışında ardıgelen suçlar bakımından dava zamanaşımı konusunda, sürenin başlayacağı zamana ilişkin, “zamanaşımı son suçun işlendiği günden başlar” şeklinde, Kanunumuzda hüküm bulunsa da, suç çokluğu düşüncesini benimsediğimiz için, ardıgelen suçlar içinde yer alan her bir suç açısından zamanaşımı ayrı ayrı değerlendirilecek, zamanaşımına uğramış suçlar bakımından zamanaşımı nedeniyle davaların düşürülmesine karar verilecek, zamanaşımına uğramamış suçlar, birden çok ise, bu suçlar bakımından, bu suçlar içinde somut olarak en ağır cezayı gerektiren suç göz önüne alınarak bir üst paragrafta belirtilen cezanın belirlenmesine ilişkin esaslar içinde, ceza ağırlaştırılarak belirlenecektir.

Genel bağışlama konusunda da, genel bağışlama kapsamına giren her bir ardıgelen suç, genel bağışlamadan yararlanacaktır. Yargılamanın soruşturma ya da kovuşturma aşamasında olması veya kesin hükümden sonra cezanın çektirilmesine başlanmaması veya kısmen cezanın çektirilmemesinin gerçekleşmiş olması durumu önem taşımaz.

Ardıgelen suçlar içinde yakınmaya bağlı suç ya da suçlar söz konusu olduğunda da, yakınmaya ilişkin hükümler her bir suç için ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.

Yine ardıgelen suçlar içinde uzlaşmanın, önödemenin, cezanın ertelenmesinin veya adli para cezasına çevrilmenin söz konusu olduğu suç ya da suçlar bulunmakta ise, uzlaşmaya, önödemeye, cezanın ertelenmesine veya adli para cezasına çevrilmeye ilişkin hükümler her bir suç için ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca, ardıgelen suçlardan biri veya birkaçı 19 yaşından gün almadan diğeri veya diğerleri 19 yaşından gün aldıktan sonra işlendiği durum-

¹³² Tosun, agm., s.141.

¹³³ Özen, age., s. 265.

¹³⁴ Tosun, agm., s. 141.

da, suçların çokluğu düşüncesinden hareketle, her bir suç için ayrı ayrı ceza verilip eklenerek toplandığında ortaya çıkan sonuç ile 19 yaşından gün aldıktan sonra işlenen suçun cezasının en ağırlığı olması halinde ağırlaştırılarak belirlenmesi sonucu ortaya çıkan sonuç karşılaştırılacak hangisi failin lehine ise ceza bu lehe duruma göre belirlenecektir.

Ardıgelen suçlar içinde yer alan her bir suç, kamu davasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından ayrı ayrı değerlendirilecek ve kamu davasının ertelenmesine veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler her bir suç için ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.

Yine ardıgelen suçlar içinde yer alan her bir suç, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık sebeplerinden birinin bulunması durumu bakımından ayrı ayrı değerlendirilecek ve kamu davasının açılıp açılmayacağına her bir suç için ayrı ayrı karar verilecektir.

Ardıgelme durumunda, ardıgelen suçlar bakımından görevli mahkeme, bu suçlar içinde en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının üst sınırı göz önüne alınarak belirlenecektir. Ardıgelen suçlar bakımından yetkili mahkemenin hangisi olduğu konusunda, son suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olduğunu ilişkin hüküm bulunsa da, suç çokluğu düşüncesini benimsediğimiz için, ardıgelen suçların işlendiği tüm yer mahkemelelerinin yetkili olması ve sorunun bağlantı kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Ardıgelen suçlardan dolayı verilen hüküm, ardıgelen suçlar içinde yer alan her bir suçu içine alır. Bu çerçevede hükümden önce işlenmiş olup da, yargılama içine alınmamış suç veya suçlar için kamu davası açıldığı takdirde, verilen hüküm bu suç veya suçları da içine aldığından mahkeme düşme kararı vermelidir.

SONUÇ

Öncelikle belirtmemiz gereken nokta, yukarıda¹³⁵ da niçinlerini ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz gibi ardıgelen suç söz konusu olduğunda birden çok eylemin, birden çok sonucun, birden çok olgunun, birden çok ihlalin, birden çok suçun bulunmasıdır. Bu niçinle ardıgelen suçları bir kişinin

¹³⁵ Bkz. dipnot 20 ve yakınçevresi.

birden çok suç işlemesi durumundan ayrı değerlendiremeyiz. Ardıgelen suçların öncelikle bu bakımdan ele alınması ve birden çok suç işlenmesi durumunda, konunun günümüz ceza hukuku anlayışı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirme, “*versari in re illicita*” kuralına tepki olarak doğmuş olan, eylemin bir bütün olarak algılanmasından farklı olmalıdır. Bilindiği gibi birden çok suçta tek sorumluluğun benimsenmesinin niçini, önceleri ceza hukukunun aşırı yüksek ve benimsenemez toplam ceza biçimindeki hukuki sonuçlarını yumuşatmaktı. Ancak günümüz anlayışında cezanın başta gelen amacının suçluyu topluma yeniden uyum sağlayabilecek duruma getirmek ve onun yine suç işlemesini önlemektir. Bu doğrultuda henüz suç işlemeye yönelik iradesini azaltan, hatta ortadan kaldıran herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamış ve fakat birden çok suç işlemiş fail bakımından eğitim ve uslanmanın sağlanmasına yönelik tek sorumluluk benimsenmelidir.

Özellikle fail bakımından, uslandırıcı amaçların gerçekleşmesinde olanaksızlık bulunmadığı durumlarda, failin eyleminden ortaya çıkan hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimlerinin eğitilmesi bakımından yeterli olmaları durumunda, kefaret amacı değil, uslandırma-eğitim amacı güdülmeli ve çok suçta tek sorumluluk benimsenmelidir.

Failin birden çok suç oluşturan eylemleri, bir bütün olarak değerlendirilmeli ve tek bir yaptırım söz konusu olmalıdır. Bir başka anlatımla, çok suçta tek sorumluluk benimsenmelidir. Tek sorumlulukta uygulanacak yaptırım çeşitli güvenlik önlem ve/veya cezaların birleştirilmesi suretiyle de olabilmelidir. Çok suçta tek sorumluluk, aynı kararda hüküm altına alınan birden çok suçta olduğu gibi, ayrı yargılamaların konusunu oluşturan birden çok suç hakkında da geçerli olmalıdır. Üstelik failin işlediği suçlar sebebiyle kesin hüküm/ler olmakla birlikte, bu hüküm/ler henüz çektirilmemiş veya kısmen çektirilmişse, diğer suçlarla ilgili hüküm verilirken, daha önceki yargılama veya yargılamalara ilişkin kesinleşmiş hükümler göz önüne alınıp ve yalnızca tek bir yaptırıma hükmedilmelidir. Böylece önceki kesin hüküm/ler yeni kararlar geriye yönelik olarak ortadan kaldırılmalıdır. Diğer bir anlatımla suçlardan biri veya birkaçı hakkında kesinleşmiş ancak çektirilmemiş veya kısmen çektirilmiş bir hüküm olsa bile, bu eylemler ile birlikte tek sorumluluk yoluna gidilebilmelidir. Ancak uslandırma-eğitim bakımından amaca uygunsuz, kesin hükme bağlanan ancak

kısmen veya tamamen cezası çektirilmemiş suçlar yeni kararın içine alınmamalıdır.

Bu gibi durumlarda cezaların tekleştirilmesi, fikri içtima, ardışık suçlar ya da ardıgelen suçlara ilişkin hükümler uygulanmamalı, yerlerini, çok suçta tek sorumluluk durumuna bırakmalıdır. Çok suçta tek sorumluluk durumunda, hükümde, failin işlediği suçlara ve bunlar arasındaki tek sorumluluk ilişkisine yer verilmeli ve buna göre yaptırımlar belirlenmeli ve bireyselleştirilmelidir. Faile uygulanacak ceza yaptırımlarının konusu, bağımsız suçlar olmamalı, uslandırma-egitim bakımından faile en uygun düşecek yaptırım olmalıdır. Bu doğrultuda fail, uslandırılma ve eğitim açısından kendisine uygun olan yaptırım için bir değerlendirmeye tabi tutulmalı, bu değerlendirme sonucunda, failin hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimleri de göz önünde tutularak, faile tek bir yaptırım veya çeşitli yaptırımlar birleştirilerek uygulanabilmelidir. Fail bakımından yaptırımlar belirlenirken failin uslandırılma ve eğitiminin etkili bir biçimde sağlanması göz önünde tutulmalıdır. Eğitim önlemlerinin yeterli olmaması durumunda failin işlediği eylem, disiplin araçları veya özgürlüğü bağlayıcı ceza ile karşılanmalıdır. Eğitim bakımından yeterli olmayan uslandırma-egitim önlemleri veya disiplin araçları yerine, son çare olarak hükmedilen özgürlüğü bağlayıcı ceza, gerekli eğitimsel etkiyi olanaklı kılacak biçimde belirlenmelidir. Diğer bir anlatımla yaptırımın ölçüsü işlenen suçun ağırlığına göre değil, failin hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimleri göz önüne alınarak belirlenmelidir. Çok suçta tek sorumluluk durumunda özgürlüğü bağlayıcı veya özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin bir yaptırım uygulanırken kanun tarafından bir üst sınır öngörülmesi ve bu üst sınır aşılamamalıdır.

Bu yapılamıyorsa, çok suçta tek sorumluluk, en azından aynı kararda hüküm altına alınan birden çok suç hakkında kabul edilmeli, hakkında kesinleşmiş ama çektirilmemiş veya kısmen çektirilmiş hüküm bulunan olgu/lar için ayrı, kesin hükümden sonraki olgular için ayrı ceza verilmesi durumuna bırakmalıdır. Burada da mahkeme birden çok suçu aynı anda yargıladığından, failin işlediği suçlara ve bunlar arasındaki tek sorumluluk ilişkisine yer verilmeli ve buna göre yaptırımlar belirlenmeli ve yukarıda belirtildiği şekilde failin hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimleri de göz önünde tutularak bireyselleştirilmelidir. Ancak özgürlüğü bağlayıcı veya özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin bir yaptırım uygulanırken kanun tarafından bir üst sınır öngörülmesi ve bu üst sınır aşılamamalıdır.

Uslandırma-egitim bakımından faile en uygun düşecek yaptırımın belirlenmesi yöntemi kabul edilmediğinde, failin uslanma ve eğitiminin sağlanması, hem toplum hem kendileri bakımından yararlı, koruyucu ve eğitici yaptırımlar yerine, kefaret amacı öne çıkarılarak, son çare olarak başvurulmuş özgürlüğü bağlayıcı cezaya öncelikle başvurulduğunda, en azından, cezanın ölçüsü, işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun ağırlığına göre ve ağırlaştırılarak belirlenmelidir. Faile uygulanacak cezai yaptırımların konusu, failin işlediği ve en ağır cezayı gerektiren suç olmalı ve bunun cezası ağırlaştırılarak verilmelidir. Failin hukuka aykırı eylemde bulunma eğilimlerinin göz önünde tutulması ve bu çerçevede uslandırılmaya ilişkin uygulamalar ise cezaların çektirilmesi hukukuna bırakılmalıdır.

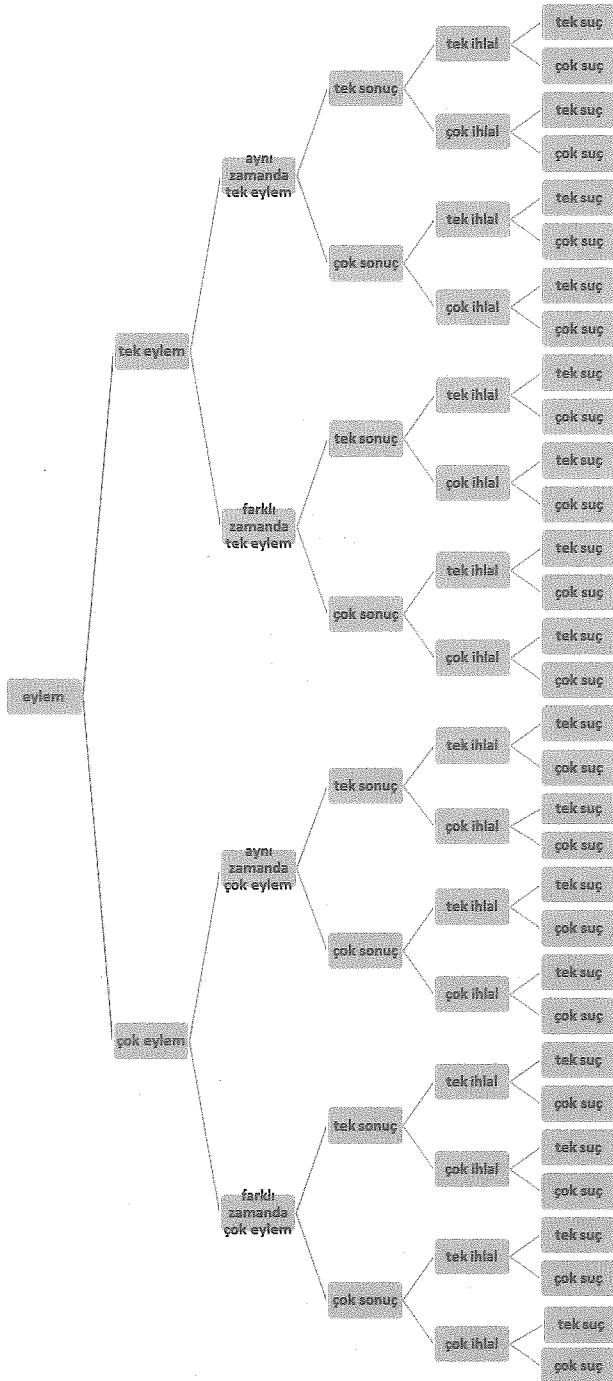
Ancak bu durumda, ardıgelen suçların, “fikri içtima”, “tek eylem ile birden çok kişiye karşı aynı suçun işlenmesi”, “aynı zamanda birden çok eylem ve birden çok sonuç”, “birden çok eylem ve birden çok sonuç ile tek suç”, “aynı zamanda veya farklı zamanda tek eylem, çok sonucun, birden çok aynı veya farklı suç oluşturması”, “bir kişi tarafından birden çok suç işlenmesi”, “mahkemenin aynı anda yargıladığı ve bir kişi tarafından işlenen birden çok suç”, “ardışık suç”, “alışkanlık edinilmiş suç”, “uğraşı durumuna getirilmiş suçlar” ve “yineleme” den farklı olduğu ve bu farklı durumun bir takım sonuçlarının da olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Yine bir yandan her bir olgu(maddi unsur)nun kanıtlanmasının ve her biri için özel bir cezanın belirlenmesinin ve daha sonra bu cezaların toplanması yoluyla ortak bir cezanın belirlenmesinin zorluğu göz önüne alındığında, ardıgelen suçlar kurumunun yargılamayı kolaylaştırması ve basitleştirmesi bu çerçevede hukukun uygulanmasını kolaylaştırmada bir araç olması düşünülse bile, çok sınırlı olarak kabul edildiğinde, muhakeme ekonomisi bakımından elde edilecek yararın çok sınırlı olması; uygulamada mahkemelerin olayın belirlenmesinde kolaycılığa kaçmaları, temyiz mahkemelerinin ardıgelmene koşulları konusunda kesin ve açık içtihat geliştirememesi ve içtihatlarında tutarlılık ve devamlılık olmaması, bu durumun yerel mahkemeleri kararsızlığa itmesi ve ardıgelen suçlarla ilgili hükümlerin temyiz mahkemelerince sıklıkla bozulması söz konusu olsa da, üstelik önceden tasarımlar yapan fail bakımından çok suçta tek sorumluluk kabul edilerek daha az ceza verilip, buna karşılık rastgele hareket eden

ama birden çok suç işleyen faile daha ağır ceza verilmesine yol açtığı ileri sürülse de ardıgelen suçlar kurumunun gerekliliği yadsınamaz.

Düşüncemize göre, ardıgelmenin iki koşulu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, “değişik zamanlarda gerçekleştirilen birden çok eylem(hareket), birden çok sonuç, birden çok ihlal, birden çok suçun bulunması”, ikincisi ise, bu birden çok suçun bir tasarımın gerçekleştirilmesi kapsamında işlenmesidir. Dolayısıyla ihlal edilen değerlerin veya suçların aynılığı veya benzerliği, yine mağdurların aynılığı veya farklılığı ardıgelen suçlar bakımından bir önem taşımamaktadır. İhlal edilen değerlerin veya suçların aynılığı veya benzerliği ve mağdurun aynı olması koşulu, ardıgelmenin varlığı için gerekli ve zorunlu olmayıp, yalnızca, ardıgelen suçları fikri içtima içinde ele alanların, doğal anlamda birden çok eylemi, hukuki anlamda tek eylem biçiminde birleştirebilmeleri için, ileriye sürdükleri koşuldur. Bu koşulun ileri sürülmesi, birden çok suçun, hukuken bir tek suç sayılması ve bu suçların fikri içtima içine alınması için sarfedilen zorlama bir çabadan başka bir şey değildir. Daha önce de birkaç defa belirttiğimiz gibi, fikri içtima durumunda tek eylem, tek sonuç, çok ihlal, çok suç olmasına karşılık, ardıgelen suçlarda, çok eylem ve çok sonuç, çok ihlal, çok suç bulunmaktadır. Bu niçinle ardıgelen suçların fikri içtima içinde ele alınması olanaklı değildir. Öte yandan bir suç tasarımının bulunup bulunmadığı, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenebilir. Bu çerçevede mağdurlar birden çok ve işlenen suçlar farklı olsa bile, bir tasarımın ve ardıgelmenin bulunması olanaklıdır.

Sonuç olarak ardıgelen suçlar benimsenme mantığı içinde ele alınarak, adaletsiz sonuçlara yol açan hükümler yeniden düzenlenmelidir.



Çizelge-1 (Eylem Olasılık Uruşak Çizelgesi)

Kaynakça

- Akalın Şükrü Haluk, **Türkçe Sözlük**, TDK Yayınları, Ankara 2011.
- Akıntürk Turgut, **Müteselsil Borçluluk**, Ankara 1971.
- Alacakaptan Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1970.
- Artuk Mehmet Emin - Tan Umran Selöz, Federal Alman Genç Mahkemeleri Kanununda Çok Suçta Tek Sorumluluk İlkesi, **Argumentum**, Eylül 1992, Yıl: 3 Sy: 26, s. 405-411.
- Centel Nur - Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 2011.
- Dönmezer Sulhi - Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- Erman Sahir, **İşkence ve ötesi**, **Milliyet**, 26.05.1995.
- Hakeri Hakan, Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç. **Khuka**, Ekim 99, s. 239-266.
- Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012.
- Hançerlioğlu Orhan, **Felsefe Ansiklopedisi**, İstanbul 1980, C. 4, 6.
- İçel Kayıhan, Federal Almanya'da Genç Suçlular İçin Ceza Hukuku, **İHFM**, C. 34, sy. 1-4, İstanbul 1969, s. 156-183.
- İçel Kayıhan, **Suçların İctimai**, İstanbul 1972.
- Koca Mahmut - Üzülmez İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012.
- Kunter Nurullah, Müselsel Suç ve Af, **İHFM.**, C. XVII, sy. 3-4, s. 884-911.
- Kunter Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul 1954.
- Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, Ankara 2007.
- Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul 1989.
- Özen Mustafa, **Zincirleme Suç - Fikri İctima - Bileşik Suç**(Yayımlanmamış Doktora Tezi),Ankara 2008.
- Sancar Türkan, Yeni Türk Ceza Kanununda Zincirleme Suç, **TBB Dergisi**, Yıl 2007,Sy. 70, s. 256 vd.
- Selçuk Sami, **Karşıoylarım**, Ankara 2001.
- Toroslu Nevzat - Ersoy Yüksel, Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları Ankara 2004, s. 13vd.

Toroslu Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara 1970.

Tosun Öztekin, Müselsel Suçlar, **İHF**M, C. XXII, sy. 1-4, s. 124-149.

Urşak Uğur, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul 2010.

Yarsuvat Duygun - Bayraktar Köksal - Yüzbaşıoğlu Necmi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Görüşü, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları Ankara 2004, s. 300 vd.

Yenisey Feridun - Plagemann Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, İstanbul 2009.

ULUSAL SİBER GÜVENLİK STRATEJİLERİNDE YER ALAN TEKNİK VE HUKUKSAL YAKLAŞIMLAR VE ULUSLARARASI STANDARTLARIN ROLÜ

(*TECHNICAL AND LEGAL APPROACHS IN NATIONAL CYBER SECURITY
STRATEGIES AND THE ROLE OF INTERNATIONAL STANDARDS*)

Yard. Doç. Dr. / *Asst. Prof. Dr.* Leyla KESER BERBER*

ÖZET

Siber güvenliğin sağlanmasında izlenecek adımları ihtiva eden ulusal strateji belgelerinin hayata geçirilmesi ve bu belgelerde belirlenen hedeflere ulaşılmasını, tüm ülkeler arasında ortak dil yaratan uluslararası standartlar kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle özellikle siber güvenliğe ilişkin olarak yapılacak yasal düzenlemelerde bu standartlara atıf yapılıyor olması önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siber güvenlik, siber güvenlik strateji belgesi, uluslararası standartlar, yasal düzenlemeler.

ABSTRACT

Creating common language between countries, International Standards make easier to reach determined targets and to put into practice of national strategies, which contain necessary steps in order to ensure cyber security. Therefore its essential to refer to these standards within legal regulations relating to cyber security.

Keywords: Cyber security, cyber security strategy reports, international standards, legal regulations.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktörü, e-posta: leyla.keser@gmail.com

Giriş

Siber uzay, dünya çapında dağıtık bilgi ve iletişim teknolojileri (information and communications technology-ICT) sistemleri ve birbirine bağlı ağlarla desteklenen internet üzerinden sunulan hizmetler, yazılımlar ve bireylerin etkileşimi sonucu karmaşık yapıda olan bir ortamdır. Ancak bu karmaşık yapı içinde henüz mevcut bilgi güvenliği, internet güvenliği, ağ güvenliği ve ICT güvenliğine ilişkin iyi uygulamalar tarafından çözüme bağlanmamış güvenlik sorunları, bu domain'ler arasında boşluklar aynı şekilde siber uzaydaki kurumlar ve servis sağlayıcılar arasında iletişim eksiklikleri söz konusudur. Bunun nedeni ise; siber uzayı destekleyen sistemler ve bağlı ağların, çoklu sahiplerinin olması, her birinin kendine özgü iş, operasyonel ve düzenleyici kaygılara sahip olmasıdır. İlgili güvenlik domainlerine ilişkin olarak her bir kurum ve servis sağlayıcının farklı odaklanmaları ve diğer kurum veya servis sağlayıcılardan çok az girdi temin etmeleri veya hiç girdi temin edememeleri, siber uzayda parçalanmış güvenlik durumları ortaya çıkarmıştır¹.

Siber güvenlik konusundaki ilk standart olan ISO/IEC 27032 Uluslararası Standardının odaklandığı ilk alan bu nedenle, siber uzaydaki farklı güvenlik domainleri arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmaktır. İkinci yoğunlaşma alanı ise; siber uzaydaki paydaşlar arasında etkin ve efektif bir bilgi paylaşımı, koordinasyon ve olay yönetimi ihtiyacı söz konusu olduğu için, "işbirliği"dir. Bu işbirliğinin bireylerin mahremiyet kaygılarını da giderecek şekilde güvenli ve güvenilir bir şekilde gerçekleşmesi gereklidir. Bu paydaşların çoğu farklı coğrafi mekanlarda ve zaman dilimlerinde bulunabilmekte ve muhtemelen farklı düzenleyici isterlerle yönetilmektedirler². Paydaşlar şunlardır:

- kullanıcılar (farklı çeşitteki kuruluşlar veya bireyler),
- servis sağlayıcılar da dahil olmak üzere sağlayıcılar.

¹ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 6.

² ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 6.

1. Siber Güvenliğin Yapısı

Siber uzayda paydaşların, kendi varlıklarını korumanın ötesinde, siber uzayın yararlılığı için daha aktif bir rol oynamaları gerekir. Siber uzaydaki uygulamalar iş dünyası-kullanıcı ve kullanıcı-kullanıcı modellerinin ötesinde çoklu-çoklu etkileşimler ve işlemlere kadar uzanmaktadır. Siber güvenlik, paydaşların siber uzayda güvenliği kurmak ve devam ettirmek için alması yapması gereken eylemlere ilişkindir. Siber güvenlik temel ilkeler olarak bilgi güvenliği, uygulama güvenliği, ağ güvenliği ve internet güvenliğinden oluşmaktadır. Siber güvenlik, kritik bilgi altyapılarının korunması için gerekli olan aktivitelerden birisidir ve kritik altyapı hizmetlerinin uygun bir şekilde korunması aynı zamanda temel güvenlik ihtiyaçlarına da katkıda bulunacaktır³.

Ancak siber güvenlik; internet güvenliği, ağ güvenliği, uygulama güvenliği, bilgi güvenliği veya kritik bilgi altyapılarının korunmasından farklı bir kavramdır. Siber güvenlik tüm paydaşların siber uzayın güvenilirliği ve faydalılığını devam ettirmek ve geliştirmek için aktif rol oynamalarını gerektiren benzersiz bir kapsama sahiptir⁴.

2. Yaklaşım

Siber güvenlik riskleri ile mücadele etmenin yollarından biri, farklı paydaşları dikkate alarak, çoklu stratejiler geliştirmektir⁵. Bu stratejiler;

- Siber güvenlik sorunları ve riskleri tespit etmek ve belirlemek için tüm paydaşlarla birlikte geliştirilecek sektörel iyi uygulama örnekleri,

- Kurum içinde ve aynı şekilde siber uzayda spesifik siber güvenlik risklerini belirlemek ve tespit etmeye hizmet edecek güvenilir bir kaynak sağlamak amacıyla kapsamlı çalışan ve kullanıcı eğitimleri düzenlemek, ve

- Bilinen siber güvenlik tehditlerine karşı kullanıcının korunmasına ve yeni tehditlere hazırlıklı olmasını sağlayacak yenilikçi teknolojik çözümleri kapsamaktadır⁶.

³ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 16.

⁴ Kavramların birbirinden farkları ve tanımlar için bkz. ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 16-17.

⁵ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 19.

⁶ ISO/IEC 27032 Standardı sektörel iyi uygulamalar ve kapsamlı çalışan ve kullanıcı eğitimlerine odaklanarak, siber güvenlikle ilgili güçlülere mücadelede aktif rol oynayan

3. Siber Uzayda Paydaşlar

Siber uzay sadece tek bir kişiye ait olmayan, bilakis katılınp paydaş olunabileck bir ortamdır. Bu ortamda yer alan gruplar şunlardır⁷:

- kullanıcılar
- bireyler
- kamu ve özel sektör kuruluşları,
- sağlayıcılar, ancak sınırlı olmamak üzere
- internet servis sağlayıcılar ve
- uygulama servis sağlayıcılar.

4. Siber uzayda varlıklar ve tehditler

Siber uzaydaki varlıklar şu iki sınıftan oluşmaktadır:

- Kişisel ve
- Kurumsal

Bu her bir başlık için, varlıkların tekrar alt sınıflandırılmaları yapılacak olursa karşımıza;

- Gerçek dünyada mevcut olan fiziksel varlıklar, ve
- Gerçek dünyada görülemeyen veya dokunulamayan, sadece siber uzayda mevcut olan sanal varlıklar çıkacaktır⁸.

Siber uzayda mevcut olan tehditler, yine siber uzaydaki varlıklarla ilişkili olarak değerlendirilmek gerekir. Bu tehditler başlıca iki alana ayrılmaktadır⁹:

- Kişisel varlıklara yönelik tehditler, ve
- Kurumsal varlıklara yönelik tehditler.

Kişisel varlıklara yönelik tehditler başlıca kimlikle ilgili olarak ve kişisel bilgilerin çalınması veya sızdırılması şeklinde gündeme gelmektedir. Kurumların online mevcudiyetleri ve faaliyetleri de sıkça, amacı sadece eğlenmek olmayan kötü niyetli kişiler tarafından hedeflenmektedir¹⁰.

tüm paydaşlara destek olmak amacıyla; roller, politikalar, yöntemler ve uygulanabilir teknik kontroller çerçevesinde rehberlik yapmaktadır. ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 19.

⁷ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 20.

⁸ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 21-22.

⁹ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 22.

¹⁰ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 23.

Başarılı bir saldırı halinde, yeteri ölçüde koruma sağlanamamışsa; çalışanların, müşterilerin, ortakların veya tedarikçilerin kimlik bilgileri elde edilebilmekte ve kuruma karşı kullanılabilir.

Ulusal güvenlik, stratejik, askeri, istihbarat amaçlı bilgiler dışında; bireyler, kurumlar ve genel olarak toplumun tamamına yönelik olarak oldukça geniş bir yelpazede bilgiye sahip olan devletlerin de, altyapılarını ve bilgilerini yetkisiz erişim ve kötüye kullanma olasılıklarına karşı korumaları gerekir. E-devlet hizmetlerini gittikçe artan ve gelişen ölçüde siber uzay aracılığıyla sunma eğilimiyle birlikte, diğer risklerin yanı sıra, bu yeni hizmet sunum kanalı yukarıda belirtilen bilgilere yönelik saldırıların ve yetkisiz erişim denemelerinin hedefleri arasına girmiştir. Bu bilgilere yönelik bir saldırı başarılı olduğunda toplum, devlet ve bireye yönelik ciddi riskler ortaya çıkarabilecektir¹¹.

5. Siber güvenlikte paydaşların rolleri

a) Kullanıcılar/Bireyler

Siber güvenliği geliştirebilmek için, siber uzaydaki tüm paydaşların internetin gelişiminde aktif rol oynamaları gerekmektedir. Bu roller bazen bu paydaşların kendi kişisel veya kurumsal ağlarındaki bireysel veya kurumsal rolleri ile geniş olabilir¹².

Paydaşlardan kullanıcılar bilgileri görebilir veya toplayabilir, aynı şekilde bir siber uzay uygulama alanı çerçevesinde spesifik bilgiler sağlayabilir veya uygulama alanı kapsamındaki sınırlı üye veya gruplara veya herkese bu bilgileri açabilirler. Bu rollerde kullanıcılar tarafından yapılan eylemler aktif veya pasif olabilir ve siber güvenliğe doğrudan veya dolaylı olarak etki edebilir¹³.

Siber uzayın bireysel kullanıcıları, farklı bağlam ve uygulamalarda farklı roller üstlenebilirler. Kullanıcı rolleri, sınırlı olmamakla birlikte aşağıdaki şu hususları kapsamaktadır¹⁴:

• Genel siber uzay uygulama kullanıcısı, veya oyuncu, anlık ileti kullanıcısı veya web gezgini gibi genel kullanıcı;

¹¹ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 23.

¹² ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 26.

¹³ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 26.

¹⁴ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 26.

- Alıcı/satıcı, ilgili alıcı veya satıcılar için Pazar yerlerine veya online açık artırma sitelerine mal veya hizmet sunanlar;

- Metin veya multimedya (örneğin; video klip) şeklindeki bilginin herkese veya sınırlı bir izleyici grubun kullanımı amacıyla yayımlandığı blog sahipleri veya diğer içerik sağlayıcılar (örneğin; wiki’de bir makalenin yazarı);

- Bir uygulama bağlamında veya genel olarak siber uzayda bağımsız uygulama sağlayıcılar (örneğin; bir online oyun);

- Bir kuruluşun üyeleri (bir şirket çalışanı veya bir şirketle diğer herhangi bir şekilde bağlantılı olma şekilleri);

- Diğer roller. Bir kullanıcının farkında olmaksızın veya kendi rızası olmaksızın bir rolü üstlenmiş olması da olasılıklar dahilindedir.

b) Kurumların rolleri

Kurumlar siber uzayı çoğu kez, şirket ve şirketle ilgili bilgileri ve aynı şekilde pazarla ilgili ürün ve hizmetleri duyurmak, ağlarının bir parçası olarak elektronik mesaj veya diğer dokümanları almak veya göndermek için kullanmaktadır¹⁵.

Kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda kurumların, kurumsal sorumluluklarını, proaktif bir şekilde kendi uygulama ve faaliyetlerinin siber uzayda başkaca bir güvenlik riski oluşturmayacağını öngören tedbirlerle siber uzay’a da yaymaları gerekmektedir. Bu proaktif önlemlere örnek olarak şunlar verilebilir¹⁶;

- Etketif bir bilgi yönetim sistemi uygulayarak ve işleterek uygun bilgi güvenliği yönetimi sağlamak;

- Uygun güvenlik gözetimi ve müdahalesi;

- Sistemlerin güvenlik seviyesinin, kurumun verilerinin kritikliği açısından belirlenmesi gereken hallerde, güvenliği, yazılım geliştirme yaşam döngüsünün bir parçası haline getirmek;

- Sürekli teknoloji güncellemeleri ve son teknolojik gelişmeleri takip ederek, kurumdaki kullanıcıların düzenli olarak güvenlik eğitimleri almalarını sağlamak; ve

¹⁵ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 27.

¹⁶ ISO/IEC 27001 bilgi güvenliği yönetim sistemleri isterlerini karşılamaktadır.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

• Kullanım sırasında keşfedilen güvenlik meseleleri ile ilgili olarak sağlayıcılar ve hizmet sağlayıcılar ile iletişimde uygun kanalları kullanmak.

Hükümet, kolluk ve düzenleyicilerin de aşağıdaki önemli rolleri söz konusu olabilmektedir¹⁷:

• Kurumlara siber uzayda rolleri ve sorumluluklarına ilişkin olarak tavsiyelerde bulunmak;

• Teknolojideki son eğilimler ve gelişmeler ile ilgili olarak diğer paydaşlarla bilgi paylaşmak;

• Mevcut güvenlik riskleri hakkında paydaşlarla bilgi paylaşmak;

• Siber uzaya ilişkin güvenlik risklerine ilişkin olarak, açık veya kapalı herhangi bir bilginin alımına aracılık etmek;

• Yoğun siber saldırılardan kaynaklanan kriz zamanlarında, ulusal veya kurumsal seviyede, bilginin dağıtımı için birincil koordinatör olmak ve gerekli kaynakları yönetmek.

c) Sağlayıcıların rolleri

Servis sağlayan kuruluşlar iki kategoride toplanabilir:

• Siber uzayın ortakları ve çalışanlara erişim sağlayanlar, ve

• İster kapalı bir topluluk olsun (örneğin; kayıtlı kullanıcılar) veya ister herkese açık olsun, siber uzay uygulamaları sunumu ile siber uzayın kullanıcılarına hizmet sağlayanlar¹⁸.

Hizmet sağlayıcılar aynı zamanda kullanıcı kuruluşlarıdır. Bu nedenle aynı rol ve sorumlulukları gözetmeleri beklenmektedir. Servis sağlayıcı olarak, siber uzayın güvenliğinin artırılması veya korunması hususunda ek sorumlulukları söz konusudur¹⁹:

• Güvenilir ve güvenli ürün ve hizmetler sunmak;

• Son kullanıcı için güvenlik ve güvenilirlik rehberliği yapmak; ve

• Diğer sağlayıcılara ve kullanıcılara ağırları ve hizmetlerindeki trafiğe ilişkin gözlem ve eğitimler hakkında güvenlik girdileri sağlamak.

¹⁷ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 27.

¹⁸ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 27.

¹⁹ ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity, s. 28.

6. Ulusal Siber Güvenlik Strateji Raporlarında Yer Alan Teknik ve Hukuksal Yaklaşımlar

a) Avrupa Birliği

Avrupa'da, hem AB çatısı altında hem de ülkelerin kendi ulusal düzenlemeleri bakımından oldukça sıkı ve detaylı bir siber güvenlik düzenleme alanı mevcuttur.²⁰Birçok Avrupa Komisyonu tebliği²¹, tek Avrupa siber uzamı yaratılabilmesi için ağ ve bilgi güvenliği ve dayanıklılığın önemini vurgulamaktadır. Yürürlükte olan ve yakın tarihlerde güncellenmesi önerilen DIRECTIVE 2009/140/EC sayılı Düzenleyici Çerçeve Direktifi ve Kritik Altyapı Koruma Hakkındaki Komisyon Tebliği²², kamusal iletişimin dayanıklılığı ve güvenliğin geliştirilmesi için somut ilke ve düzenleyici hükümler öngörmektedir.

Siber güvenlik gittikçe toplumun tüm kesimlerini etkileyen yatay ve stratejik ulusal bir sorun olarak değerlendirilmektedir. Ulusal bir siber güvenlik strateji raporu ise ulusal altyapılar ve hizmetlerin güvenlik ve dayanıklılığını geliştirmek için bir araçtır. Strateji raporları, siber güvenliğe ilişkin olarak üst düzey, yukarıdan aşağıya yaklaşımla hazırlanan ve belirli bir zaman dilimi içerisinde yerine getirilmesi gereken ulusal amaçlar ve öncelikleri belirlemektedir. AB üyesi ülkelere başarılı bir ulusal siber güvenlik stratejisi geliştirmek ve uygulamak şeklindeki bu önemli görevde ENISA, İyi Uygulama Rehberi²³ hazırlayarak yardımcı olmuştur.

Avrupa'da birçok ülke detaylı siber güvenlik stratejileri yayınlamış ve bu stratejiler doğrultusunda aksiyon planları belirleyerek bunları yürürlüğe koymuş ve koymaktadır. Almanya ve İsveç gibi ülkeler siber güvenlik ile ilgili çeşitli raporlar yayınlamış ve düzenlemeler yapmış olmalarına karşın, AB ülkeleri arasında, geniş çaplı bir siber güvenlik stratejisi yayın-

²⁰ "Europe and US Divide Once Again Over Cyber Security", *Privacy & Data Protection*, vol.13(4), 2013.

²¹ COM/2005/0229 final "i2010 – A European Information Society for growth and employment"; COM(2006) 251 "A strategy for a Secure Information Society"; COM(2010) 245 final/2 "A Digital Agenda for Europe"; COM(2009) 149 on Critical Information Infrastructure Protection.

²² COM(2011) 163 final "Achievements and next steps: towards global cyber-security" .

²³ <http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss>

layan ilk ülke Estonya olmuştur.²⁴ Estonya'nın 2008 yılında yayınladığı bu stratejiden sonra, AB ülkeleri arasından, Almanya, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İspanya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Polonya, Romanya, Slovakya da Estonya'ya katılmış ve ulusal siber strateji dokümanlarını yayınlamışlardır.²⁵

Bu strateji belgelerinde, Slovakya, Finlandiya kimi ülkeler siber güvenlik konusunda bilgi toplumunun gelişimine olan önemine vurgu yaparken; Almanya, Çek Cumhuriyeti gibi kimi ülkeler de ağ ve kritik altyapıların korumasının önemini vurgulamaktadır. AB ülkelerinin stratejileri kapsayıcı ve detaylı olarak değerlendirilebilse de, stratejiler arasında kusursuz bir uyumdan bahsetmek mümkün olmamaktadır. Gerçekten de, ENISA'nın raporunda belirtildiği gibi, ülkelerin "siber güvenlik", "siber alan", "siber saldırı" gibi temel kavramlar için tanımları arasında dahi bir uyum bulunmamaktadır.²⁶ Ancak, AB ülkelerinin siber stratejileri arasında kusursuz bir uyumdan bahsedilemeyecek olsa da, bu stratejilerin belirli benzer yaklaşımları bulunmaktadır. ENISA bu yaklaşımları şu şekilde belirtmektedir;

"- Siber güvenlik için bir yönetim yapısının belirlemek,

- Kamu ve özel sektör paydaşlarının farklı siber güvenlik politikalarına ve düzenleyici konularına ilişkin görüşüp anlaşma sağlayabileceği uygun bir mekanizma belirlemek,

- Kamu sektörünün ve özel sektörün açıkça belirlenecek rollerinin, sorumluluklarının, haklarının ve gerekli politika ile düzenleyici önlemleri tanımlamak ve ana hatlarıyla belirlemek (örneğin siber suçlarla savaşmak, ilgili vakaların mecburi raporlanması, minimum güvenlik önlemleri ve rehberler, yeni temin kuralları için yeni bir hukuki çerçevenin belirlenmesi) Örnek olarak, Slovakya'nın stratejisi siber güvenliğin korunması için hukuki bir çerçevenin belirlenmesi ihtiyacını açıklamıştır),

- Hollanda'da siber suçların soruşturulmasını ve kovuşturulmasını derinleştirmeyi hedefleyen gibi, ulusal şartların geliştirilmesi için hedefler ile yöntemlerin ve siber suçların etkilerinin hafifletilmesi için uluslararası

²⁴ ENISA, "National Cyber Security Strategies: Setting the course for national efforts to strengthen security in cyberspace", 2012, s. 5.

²⁵ <http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss/national-cyber-security-strategies-in-the-world>

²⁶ ENISA, "National Cyber Security Strategies: Setting the course for national efforts to strengthen security in cyberspace", 2012, s. 9.

girişimlerde bulunmaya dair gerekli hukuki çerçeveyi düzenlemek. Hollanda örneğine ek olarak, Fransa da bu noktayı vurgulamaktadır ve mevcut mevzuatının ve uluslararası yargı işbirliğinin bu yönde pekiştirilmesi desteklemek istemektedir,

- Temel varlıklar, değerler ve dayanışmalar dâhil olmak üzere kritik bilgi altyapılarını (CIIs) belirlemek,

- CIIs gibi yapıların korunması için hazırlık, müdahale ve kurtarma planlarının oluşturmak veya geliştirmek (Ulusal acil durum planı, siber alıştırmalar ve durum farkındalığı gibi). Litvanya stratejisi siber güvenliğin sağlanması için, olay yönetim sisteminin, erken uyarı, önleme, tespit, eleme ve soruşturma gibi tüm fazlarını kapsayan düzenli ve uygun bir yönetim sisteminin oluşturulması gerekmektedir demektedir. Bu husus ayrıca hazırlık, müdahale ve kurtarma planları ile önlemleri geliştiren, uygulayan ve test eden bütünleşmiş organizasyonel yapıları da kapsamaktadır. Aynı zamanda bu husus mevcut yapıların da bütünleşmesi anlamına gelebilir.

- Ulusal risk yönetimine sistematik ve bütünleşmiş bir yaklaşım belirlemek,

- Kullanıcıları çalışma modelini ve davranışlarında değişikliğe yönlerecek farkındalık kampanyaları için hedefler belirlemek ve düzenlemek,

- Bilgi teknolojileri ve güvenlik uzmanları için siber güvenliğe vurgu yapan yeni müfredat ve kullanıcıların becerilerini geliştiren eğitici program ihtiyaçlarını belirlemek. Örneğin, Birleşik Krallık Stratejisi daha güçlü bir siber güvenlik uzmanlığı yaratmak için güvenlik uzmanlarının eğitilmesini geliştirmeyi hedeflemektedir,

- AB ülkeleri ve diğer ülkeler ile uluslararası işbirliği,

- Mevcut ve gelecek sistem ve hizmetlere ilişkin yeni güvenlik ve direnç konularına odaklanan kapsamlı araştırma ve geliştirme programları (akıllı cihazlar gibi).²⁷

AB Üyesi ülkelerin siber güvenlik strateji raporlarında göze çarpan teknik ve hukuksal yaklaşımları aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür²⁸:

²⁷ ENISA, "National Cyber Security Strategies: Setting the course for national efforts to strengthen security in cyberspace", 2012, ss. 9, 10.

²⁸ National Cyber Security Strategies, Setting the Course for National Efforts to Strengthen Security in Cyberspace, <http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss/cyber-security-strategies-paper>, s. 5-6.

• **Estonya** (2008): Estonya strateji raporunda, genel olarak güvenli bir siber uzay gerekliliğini vurgulamış ve bilgi sistemlerine odaklanmıştır. Önerilen tüm önlemler sivil karakter taşımakta ve regülasyon, eğitim ve işbirliğine yoğunlaşmıştır.

• **Finlandiya** (2008): Stratejinin temelini siber güvenliği, bir veri güvenliği meselesi olarak ve bilgi toplumunun gelişimi ile yakından ilgili ekonomik öneme sahip bir konu olarak görme anlayışı oluşturmaktadır.

• **Slovakya** (2008): Bilgi güvenliğinin sağlanması, toplumun işlevleri ve gelişmesinin temel kriterlerinden biri olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle stratejinin amacı kapsamlı bir çerçeve oluşturmaktır. Stratejinin stratejik hedefleri esas itibarıyla önleme, aynı şekilde hazırlık ve sürdürülebilirliğe dayanmaktadır.

• **Çek Cumhuriyeti** (2011): Siber güvenlik stratejisinin başlıca amacı, bilgi ve iletişim sistemleri ve teknolojilerinin maruz kaldığı tehditlere karşı koruma ve ICT sistemlerine saldırı durumunda olası sonuçları hafifletmektir. Strateji esas itibarıyla Çek Cumhuriyetinin siber uzayının hizmetlerine engelsiz erişim, veri bütünlüğü ve gizliliği üzerine yoğunlaşmaktadır.

• **Fransa** (2011): Fransa, verinin erişilebilirliği, gizliliği veya bütünlüğünü tehlikeye düşürebilecek siber uzayda yaşanan olaylara karşı bilgi sistemlerinin dayanıklı olmasını sağlamaya odaklanmıştır. Fransa hem bilgi sistemlerinin güvenliğine ilişkin teknik çözümlerin hem de siber savunmanın oluşturulması ve siber suçlara karşı savaşın altını çizmektedir.

• **Almanya** (2011): Almanya, siber saldırıların önlenmesi ve kovuşturulması ve ayrıca kritik altyapıların söz konusu olduğu durumlarda rastlantısal IT çökmelerinin önlenmesine yoğunlaşmıştır. Strateji, kritik bilgi yapılarının korunması için temel oluşturmakta; mevcut düzenlemeleri Almanya'daki IT sistemlerinin güvenliğini sağlamak için ilave yetkilere ihtiyaç olup olmadığı noktasında açıklamaktadır.

• **Litvanya** (2011): Litvanya siber uzayda sunulan elektronik bilgi ve hizmetlerin gizliliği, bütünlüğü ve erişilebilirliğini sağlamak amacıyla, elektronik bilginin gelişimi için hedefleri ve görevleri belirlemeyi amaçlamaktadır. Elektronik haberleşme ağları, bilgi sistemleri ve kritik bilgi altyapılarını siber saldırı ve tehditlere karşı korumak, kişisel verileri ve mahremiyeti korumak stratejinin amaçları arasındadır. Strateji aynı za-

manda, uygulandığında siber uzayda ve o ortamda çalışan kuruluşların tam güvenliğini sağlayamaya yarayacak eylemleri de belirlemektedir.

• **Lüksemburg** (2011): ICT sistemlerinin yaygınlığını dikkate alarak strateji, sağlık, kamu güvenliği veya ekonomi üzerinde söz konusu olabilecek herhangi bir yan etkiyi önlemenin bir öncelik olduğunu vurgulamaktadır. Strateji aynı zamanda ICT sistemlerinin vatandaş, toplum ve ekonomik büyüme üzerindeki önemine de değinmektedir. Strateji şu beş temel eylem kümesinden oluşmaktadır. Bunlar; kritik bilgi altyapılarının korunması ve olaylara müdahale, yasal çerçevenin modernize edilmesi, ulusal ve uluslar arası işbirliği, eğitim ve farkındalık ve standartların teşvik edilmesi.

• **Hollanda** (2011): Hollanda güvenli ve güvenilir ICT sistemleri yaratmayı hedeflemekte, kötüye kullanımlardan ve geniş ölçekli hizmet kesintilerinden çekinmektedir. Ancak aynı zamanda internetin şeffaflığı ve internetteki özgürlüklerin korunması ihtiyacının da altını çizmektedir. Hollanda, strateji raporunda siber güvenliği şu şekilde tanımlamaktadır: “siber güvenlik, ICT sistemlerinin bozulması veya çökmesinin veya kötüye kullanılmasının sebep olacağı zarar veya tehlikelerden masun olmaktır”.

• **İngiltere** (2011): İngiltere'nin yaklaşımı, siber güvenliğin gelişimi ile ilişkili olan ulusal amaçlara yoğunlaşmaktadır. İngiltere'yi inovasyonun, yatırımların ve ICT alanındaki kalitenin en büyük ekonomisi haline getirmek ve bu sayede siber uzayın fayda ve olanaklarından maksimum ölçüde istifade etmektir. Stratejinin amaçlarından biri de siber uzayı vatandaş ve işletmeler için güvenli bir ortam haline getirmek için, siber uzaydaki suçluların, teröristlerin ve devletlerin yaptıkları siber saldırılar gibi risklerle mücadele etmektir.

b) Amerika Birleşik Devletleri

Siber güvenliğin ulusal güvenlik içerisindeki önemi ve kritik altyapıların korunması başta olmak üzere siber güvenliğin sağlanmasının ehemmiyeti, ABD'de uzun zamandır üzerinde durulan bir konudur. ABD'de 15 Temmuz 1996'da yayınlanan 13010 sayılı ABD Başkanlık emri ile siber tehditlerin Amerika'nın savunma ve ekonomik güvenliğini tehdit edebileceği açıklanmış ve “President's Commission on Critical Infrastructure Protection” (Başkanlık Kritik Altyapıyı Koruma Komisyonu) isminde bir komis-

yon kurulmuştur.²⁹ Bu komisyon hazırlamış olduğu raporda, telekomünikasyon, finans, enerji gibi kritik altyapıların korunmasının önemine dikkat çemiştir.³⁰

Amerika Birleşik Devletleri Mayıs 2011 tarihinde Siber uzay için Uluslararası Strateji³¹ adlı, birbirinden bağımsız 7 alanda eylemler öngören; devlet, uluslararası paydaşlar ve özel sektörün katılımını kapsayan işbirlikçi bir modele dayanan belgesini yayımlamıştır. Birbirinden bağımsız 7 temel alan şunlardır³²:

• Ekonomi: Uluslararası standartların ve inovasyonun ve açık pazarın teşvik edilmesi.

• Ağların korunması: Güvenlik, güvenilirlik ve dayanıklılığın artırılması.

• Hukuki yaptırımlar: İşbirliğini artırmak ve hukukun üstünlüğünü vurgulamak.

• Askeri alanda: 21. yüzyılın güvenlik güçlüklerine hazırlıklı olmak.

• İnternet Yönetişimi: Efektif ve kapsayıcı yapıların teşvik edilmesi.

• Uluslararası açılım: Kapasiteyi, güvenlik ve refahı artırmak

• İnternette özgürlük: Temel özgürlükleri ve mahremiyeti desteklemek.

c) Türkiye

Ulusal Siber Güvenlik Çalışmalarının Yürütülmesi, Yönetilmesi ve Koordinasyonu'na ilişkin Bakanlar Kurulu kararı³³, oldukça geniş paydaşlardan oluşan Siber Güvenlik Kurulu'nu oluşturmuş ve siber güvenliğin sağlanmasına ilişkin politika, strateji ve eylem planlarını hazırlama görevini Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na vermiştir. Söz konusu

²⁹ Executive Order No. 13,010, Critical Infrastructure Protection, 61 Fed. Reg. 37,347

³⁰ Daha fazla bilgi için, bkz. Sharp, W G "The Past, Present, and Future of Cybersecurity", *Journal of National Security Law & Policy*, vol.4(13), 2010.

³¹

http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf.

³² National Cyber Security Strategies, Setting the Course for National Efforts to Strengthen Security in Cyberspace, <http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss/cyber-security-strategies-paper>, s. 7.

³³ 11.6.2012 tarih ve 2012/3842 sayılı, 20.10.2012 tarihli 28447 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan karar.

Bakanlar Kurulu kararı doğrultusunda hazırlanan Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve 2013-2014 Eylem Planı, 20.6.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır³⁴. Strateji, Tanımlar bölümünde “siber ortam”ı³⁵, tüm dünyaya ve uzaya yayılmış bulunan bilişim sistemlerinden ve bunları birbirine bağlayan ağlardan oluşan ortam olarak tanımlamakta ve “siber güvenlik” kavramını ise, siber ortamı oluşturan bilişim sistemlerinin saldırılardan korunmasını, bu ortamda işlenen bilginin gizlilik, bütünlük ve erişilebilirliğinin güvence altına alınmasını, saldırıların ve siber güvenlik olaylarının tespit edilmesini, bu tespitlere karşı tepki mekanizmalarının devreye alınmasını ve sonrasında ise sistemlerin yaşanan siber güvenlik olayı öncesi durumlarına geri döndürülmesini ifade eder şekilde tanımlamaktadır.

Strateji, ulusal siber ortamı “kamu bilişim sistemleri ile gerçek ve tüzel kişilere ait bilişim sistemlerinden oluşan ortam” olarak tanımlayarak tanımın içine hem kamu sistemlerini hem özel sektör sistemlerini hem de gerçek kişilere ait sistemleri katmıştır. Benzer şekilde, ulusal siber güvenlik tanımını ise “ulusal siber ortamda bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla sağlanan her türlü hizmet, işlem ve verinin ve bunların sunumunda yer alan sistemlerin siber güvenliği” olarak yaparak, “ulusal siber ortam” tanımına atıfta bulunmuş ve kamu bilişim sistemlerinin yanı sıra gerçek ve tüzel kişilere ait bilişim sistemlerinin güvenliğini de ulusal siber güvenliğin bir parçası olarak belirlemiştir. Ancak Stratejinin amaç kısmında gerçek ve tüzel kişilere ait bilişim sistemlerinin korunmasına değinilmemiştir. Özel sektörün güvenliği konusunda değinilen nokta “özel sektör tarafından işletilen kritik altyapılara ait bilişim sistemlerinin güvenliğinin sağlanması” aşamasında kalmıştır. Benzer şekilde, Stratejinin kapsamı için “Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve 2013-2014 Eylem Planı, kamu bilişim sistemlerini ve kamu ya da özel sektör tarafından işletilen kritik altyapılara ait bilişim sistemlerini kapsar” denilerek özel sektör alanında kapsam içerisine özel sektör tarafından işletilen kritik altyapılara ait bilişim sistemleri alınmış, gerçek kişilere ait bilişim sistemleri ise alınmamıştır. Fakat, her ne kadar Stratejinin “amaç” ve “kapsam”ı içerisinde bunlar sayılmamış olsa da, 2013 – 2014 Eylem Planı içerisinde tüzel ve gerçek kişilerin bilişim

³⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130620-1-1.pdf>.

³⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130620-1-1.pdf>, s. 2-3.

sistemlerinin korunması ve özellikle gerçek kişiler nezdinde siber güvenlik ile ilgili bilinçlendirici aksiyonlara yer verilmiştir.

AB ülkelerinin siber stratejileri incelendiğinde, kamu sistemlerinin güvenliğinin yanı sıra, özel sektör için güvenli bir siber ortam yaratılmasının da ana amaçlar arasında olabildiği görülmektedir. Örnek olarak, İngiltere Siber Güvenlik Stratejisinde,³⁶ Stratejinin ana hedefleri olarak şunlar sayılmaktadır;

- Siber suçlar ile mücadele edilerek İngiltere'yi siber ortamda iş yapacak dünyanın en güvenli yerlerinden biri haline getirmek,
- İngiltere'yi siber saldırılar karşısında daha dirençli hale getirerek siber ortamdaki ulusal çıkarları koruyabilmek,
- Açık, enerjik ve istikrarlı bir siber ortam yaratarak İngiliz halkının siber ortamı güvenle kullanabilmesini sağlamak,
- İngiltere'nin bilgi, beceri ve kapasitesini siber güvenlik hedefleri için bir temel olarak kullanmak.³⁷

AB ülkelerinin siber stratejileri ile ülkemizin Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı karşılaştırıldığında, bazı farklı yönler olduğu gibi birçok benzer yönün de olduğu görülmektedir. Ülke çapında siber güvenlik çalışmaları ile ilgili koordinasyonun sağlanması için birçok ülkede Siber Güvenlik Kuruluna benzer kurullar kurulduğu gözükmektedir. Örneğin İngiltere'de Kabine Ofisinin içinde "Siber Güvenlik ve Bilgi Teminatı Ofisi" (Office of Cyber Security and Information Assurance) kurulmuş ve İngiliz Ulusal Siber Güvenlik Programını bu ofisin yürütmesi öngörülmüştür.³⁸ Benzer bir şekilde, Almanya'da "Ulusal Siber Güvenlik Konseyi" (National Cyber Security Council) kurulmuş ve federal hükümet içinde ve kamu-özel sektör arasında siber güvenlik ile ilgili işbirliğini sağlama görevi bu konseye verilmiştir.³⁹

18 başlıkta siber güvenlik risklerini belirleyen Siber Güvenlik Stratejisi, ulusal siber güvenliğin sağlanması için 13 temel ilke belirlemiştir. Söz

³⁶ The UK Cyber Security Strategy: Protecting and promoting the UK in a digital World, 2011

³⁷ The UK Cyber Security Strategy: Protecting and promoting the UK in a digital World, 2011, s. 3.

³⁸ The UK Cyber Security Strategy: Protecting and promoting the UK in a digital World, 2011, s. 25.

³⁹ Cyber Security Strategy for Germany, 2011, s. 5.

konusu ilkeler incelendiğinde, gerek AB’de olsun gerek Amerika Birleşik Devletleri’nde olsun siber güvenliğe ilişkin izlenecek yol haritalarının birbirleri ile birçok yönden kesiştiği görülecektir. Türkiye’nin Strateji belgesi de diğer ülkelerin strateji raporlarında olduğu gibi, siber güvenliğin sağlanmasında:

- Teknik boyutun yanı sıra, hukuki, idari, ekonomik, politik ve sosyal boyutların da dikkate alınmasını ve bütüncül bir yaklaşım benimsenmesini,

- Birey, devlet, kurum ve toplumdaki oluşun tüm paydaşların elbirliği ile hareket etmelerini,

- Kamu, özel sektör, sivil toplum örgütleri ve üniversiteler arasında yapılacak işbirliğinin yanı sıra uluslararası işbirliği ve bilgi paylaşımına da önem verilmesini,

- Hukuki düzenlemelerin siber güvenlikle ilgili gereksinimleri karşılayacak şekilde revize edilmesini veya yeni mevzuat çalışmaları yapılmasını,

- Hukukun üstünlüğü, temel insan hak ve hürriyetleri ile mahremiyetin korunması ilkelerinin temel esas olarak kabul edilmesini gerektirmektedir⁴⁰.

7. Strateji Raporları ve Uluslararası Standartlar Arasındaki İlişki ve Değerlendirme

Dünyadaki birçok ülkenin, birbiri ile aynı veya benzer yol haritalarına sahip olan strateji raporlarında öngörülen hedeflere ulaşılmasını sağlayacak eylemlerin hayata geçirilmesinde ve siber güvenliğin sağlanmasında, uluslararası standartlar oldukça önemli bir role sahiptir. Çalışmamızın Giriş bölümünde belirttiğimiz üzere siber uzayın paydaşlarının odaklandıkları konuların farklı olması şeklindeki tespiti, ülkelerin strateji raporları da doğrular niteliktedir. Farklı alanlara öncelik verilirken, uluslararası işbirliği eksikliği yüzünden diğer ülkelerin uygulamaları ve birikimlerinden istifade edilmemesi, ortak amaç olan siber güvenliğin sağlanmasında ülkeden ülkeye farklı yaklaşımlar ortaya konulması sonucunu doğurmuştur. Tüm bu farklı yaklaşımları ortadan kaldıracak ve ülkeleri ortak bir payda da

⁴⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130620-1-1.pdf>, s. 6-7.

birleştirecek olan çözüm, uluslararası standartlardır. Siber güvenliği, “bilgi güvenliği” standart ailesi altında ISO/IEC 27032:2012 sayılı standartla ifade eden ISO’nun bu standardı siber güvenliğe sağlanmasında atılacak adımlar ve izlenecek yol haritasını kapsamlı bir şekilde, ISO’nun ilgili diğer standartlarına atıfla belirlemektedir. ISO/IEC 27032, siber uzayın paydaşlarının ortak amaç olan “siber güvenliğin tesisi ve devamı” şeklindeki amaçlarına giden yolda aralarındaki yaklaşım farklarını ortadan kaldırarak, tüm ülkelerde ortak dil yaratacaktır. Bu nedenle hemen tüm eylem planlarında yer alan siber güvenlikle ilgili olarak yapılacak hukuksal düzenlemeler kapsamında, mutlaka ISO/IEC 27032 başta olmak üzere, ilgili diğer uluslararası standartlara atıf yapılması, ortaç amaçlara kısa sürede, güvenli ve uyumlu bir şekilde erişilmesini temin edecektir.

KAYNAKÇA

COM/2005/0229 final “i2010 – A European Information Society for growth and employment”

COM(2006) 251 “A strategy for a Secure Information Society”

COM(2010) 245 final/2 “A Digital Agenda for Europe”

COM(2009) 149 on Critical Information Infrastructure Protection

COM(2011) 163 final “Achievements and next steps: towards global cyber-security”

ISO/IEC 27032, Guidelines for Cybersecurity

ISO/IEC 27001 Information Security Management Systems

National Cyber Security Strategies, Setting the Course for National Efforts to Strengthen

Security in Cyberspace, <http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss/cyber-security-strategies-paper>.

http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130620-1-1.pdf>.

<http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss>

Europe and US Divide Once Again Over Cyber Security”, *Privacy & Data Protection*, vol.13(4), 2013.

Executive Order No. 13,010, Critical Infrastructure Protection, 61 Fed. Reg. 37,347.

Sharp, W G “The Past, Present, and Future of Cybersecurity”, Journal of National Security Law & Policy, vol.4(13), 2010.

The UK Cyber Security Strategy: Protecting and promoting the UK in a digital World, 2011

Cyber Security Strategy for Germany, 2011

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BRYDA v. POLONYA DAVASI'NDA VERDİĞİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN 25.03.2014 TARİHLİ KARARININ ÇEVİRİSİ*

(TRANSLATION OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS BRYDA v. POLAND ON THE RIGHT OF PROPERTY DATED 25.03.2014)

Çeviren / Translated by:

Araş. Gör. / Res. Asst. Eda ERDEM**

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararında, başvuran (başvurucu), dava konusu koşullar altında, elde etmiş olduğu emekli aylığının daha sonra kendisinden geri alınmasının mülkiyet hakkının haksız biçimde ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir. Mahkeme başvuruyu incelemiş ve somut olayda mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğuna Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin altıncı ve sekizinci maddeleri ile Sözleşme'nin Birinci Ek Protokolü'nün birinci maddesi uyarınca karar vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birinci Ek Protokol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet Hakkı, adil yargılanma hakkı, özel hayatın ve aile hayatının korunması.

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Dairesi Kararı, Başvuru no. 1902/05, 25.03.2014, Strazburg. Kararın İngilizce metni için bakınız:

<<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141915>>

(Erişim tarihi: 30.03.2014).

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: eda.erdem@yeditepe.edu.tr

ABSTRACT

Within the scope of her application before the European Court of Human Rights, the applicant complained that divesting her, in the circumstances of the case, of her acquired right to an early retirement pension amounted to an unjustified deprivation of property, and she asserted that her right to a fair trial was infringed during the domestic proceedings. These complaints are being examined by the Court and the Court hold that the complaints under Articles 6 and 8 of the Convention and under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention are admissible.

Keywords: *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 1 of the Convention, right of property, right to a fair trial, right to respect for private and family life.*

KARAR

(AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ DÖRDÜNCÜ DAİRESİ)

(Başvuru no. 1902/05; Karar tarihi: 25.03.2014, Strazburg)

Bryda v. Polonya Davası'nda,

Aşağıdaki üyelerden oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Dördüncü Daire) Kemitesi:

Ledi Bianku, *Başkan,*

Paul Mahoney, Krzysztof Wojtyczek, *hâkimler,*

ve Fatoş Aracı, *Yazı İşleri Müdürü Vekili,*

04 Mart 2014 tarihinde özel olarak gerçekleştirdiğı toplantı sonucunda,

Aşağıdaki karara hükmetmiştir:

USUL

1. İlgili dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri'nin Sözleşmesi'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: "Sözleşme") 34.

maddesine istinaden Polonya'ya karşı 1902/05 numaralı başvuru ile Polonya vatandaşı Bayan A. B. ("Başvuran") tarafından 24 Aralık 2004 tarihinde açılmıştır.

2. Polonya Hükümeti ("Hükümet") ise vekilleri Dışişleri Bakanlığı'ndan Bay J. W. tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, başlatılmasının kendisinin emekli aylığı alma hakkının feshedilmesi ile sonuçlanan erken emeklilik aylığı işlemlerinin re'sen yeniden Sözleşme'nin Birinci Ek Protokolü'nün 1. maddesinin ihlali anlamına geldiğini iddia etmektedir.

4. 20 Mayıs 2010 tarihinde şikâyet, Hükümet'e iletilmiştir.

I. UYUŞMAZLIĞIN DAYANAĞINI TEŞKİL EDEN MADDİ OLAYLAR

5. Başvuran 1962 yılında doğmuş ve *Strzyżów* şehrinde yaşamaktadır.

6. Erken emeklilikten önce aynı mobilya fabrikasında 21 yıl süre ile çalışmış ve devlete bütün sosyal güvenlik primlerin tamamını ödemiştir.

A. EWK Emekli Aylığı Tahsisi ve İptaline İlişkin İşlemler

7. 18 Aralık 2001 tarihinde başvuran, *Rzeszów* Sosyal Güvenlik Kurulu'na ("SGK") (*Zakład Ubezpieczeń Społecznych*), ciddi sağlık sorunları olan ve bakıma muhtaç çocukları olanlara verilmiş olan ve EWK emekli aylığı olarak adlandırılan erken emeklilik hakkını alabilmek için bir başvuruda bulunmuştur.

8. Emeklilik başvurusu ile birlikte başvuran, oğlunun sağlık durumuna ilişkin sunmuş olduğu diğer evrakın yanısıra uzman bir doktorun verdiği sağlık raporunu da sunmuştur. Bu rapor, 1989 yılında doğmuş olan çocuğun orta derecede zeka özürlü olduğunu ve ebeveynlerinin daimi bakımına ihtiyacı olduğunu göstermekteydi.

9. 21 Aralık 2001 tarihinde *Rzeszów* Sosyal Güvenlik Kurulu'nun ("SGK") başvurucuya aylık 730 Polonya zlotisi ("PLN") emeklilik aylığı verilerek erken emeklilik hakkının tanınmasına ilişkin kararı yayımlanmıştır.

10. Başvuranın çalışmaya devam etmesinden ötürü Sosyal Güvenlik Kurulu emeklilik aylığı ödemesini durdurmuştur. Ardından 1 Ocak 2002

tarihinde kişinin işinden istifa etmesinin ardından tekrar ödemeler başlamıştır.

11. 12 Temmuz 2002’de *Rzeszów* Sosyal Güvenlik Kurulu, Ana Sosyal Güvenlik Kurulu’nun doktorundan (*G.L.O.*) başvuranın oğlunun daimi bakıma muhtaç olup olmadığı konusunda bilgi vermesini istemiştir. Tıbbi raporlar temelinde doktor çocuğun bu şekilde bir bakıma ihtiyaçı olmadığının değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

12. 20 Ađustos 2002’de *Rzeszów* Sosyal Güvenlik Kurulu bařvurucu için eř zamanlı olarak iki karar yayımlamıřtır. İlk karar bařvurucunun emekli aylıđının o an itibariyle artık devam ettirilmeyeceđine iliřkin idi (1 Eylül 2002). İkinci kararda ise Kurul iřlemleri yeniden bařlatmıř, erken emeklilik verilmesine yönelik önceki kararı iptal etmiř ve bařvurana Kabine’nin 15 Mayıs 1989 tarihli bakıma muhtaç çocuk büyüten ebeveynlere erken emeklilik verilmesine iliřkin Tüzüđü’nde belirtilen řema uyarınca erken emeklilik hakkı verilmesini reddetmiřtir (*Rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 15 maja 1989 w sprawie uprawnień do wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki*) (“1989 tarihli Tüzük”).

13. Başvuran bu kararlara karşı kanun yoluna başvurmuştur. Başvuranın emeklilik aylığı için başvurusunda eklemiş olduğu tıbbi raporun da doğruladığı şekilde daimi bakıma ihtiyaç duyan oğlu sebebiyle kendisine bu hakkın verilmesi gerektiğini savunmuştur. Dahası, emeklilik aylığının kendisinden alınmasının kazanılmış haklarına aykırı olduğunu iddia etmiştir.

14. 27 řubat 2003 tarihinde *Rzeszów* Bölge Mahkemesi (*Sąd Okręgowy*) bařvuranın yerel mahkeme kararı aleyhine yapmıř olduđu itirazı reddetmiřtir.

15. Başvuran ilk derece mahkemesinin kararına karşı bu kez istinaf yoluna başvurmuştur.

16. 19 Eylül 2003 tarihinde *Rzeszów* İstinaf Mahkemesi başvuranın istinaf talebini reddetmiştir. Bundan sonra yerel mahkeme, başvuranın daimi bakım gerekliliğine ilişkin koşulları sağlamadığı için 1989 Tüzüğü’ne ilişkin olarak emeklilik hakkının haklı olarak geri alındığına hükmetmiştir.

17. Dört Mayıs 2004 tarihinde ise Temyiz Mahkemesi başvuranın temyiz talebini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi'nin kararı, 1 Temmuz 2004 tarihinde başvuranın avukatına tebliğ edilmiştir.

B. Başvuranın Finansal Durumu

18. Sosyal güvenlik muamelelerinin ardından EWK emekli aylığının geri alınmasına karşın başvuranın erken emeklilik nedeni ile aldığı aylıkların geri ödenmesi Sosyal Güvenlik Kurulu'nca talep edilmemiştir.

19. EWK aylığının verilmesinin ardından başvuran işinden istifa etmiş ve emekli aylığı kendisine ödendiği sürece de herhangi bir işte çalışmamıştır.

20. Emekliliğin geri alınmasının ardından başvuran 82 gün boyunca herhangi bir geliri olmadan işsiz kalmıştır. 22 Kasım 2002 ile 17 Haziran 2003 tarihleri arasında önceki işverenince istihdam edilmiştir.

21. 17 Haziran 2003 ile 1 Haziran 2004 arasında başvuran, herhangi bir geliri olmaksızın işsiz kalmıştır.

1 Haziran 2004 tarihinde başvuran yeniden eski işverenince yedi aylık bir süre ile çalışmaya kabul edilmiştir. Ardından başvuran kısa sürelerle iş bulma ajanslarınca istihdam edilmiştir. Ocak 2007 tarihinden sonra 1980 yılında çalışmaya başladığı mobilya şirketince yeniden işe alınmıştır.

22. Hükümet de başvuranın 2003 yılında brüt yıllık gelirinin ilgili tarihte Polonya'daki ortalama gelirin %19,17'sine tekabül eden 5.070 PLN (yaklaşık 1200 €) olduğunu beyan etmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

23. Konuya ilişkin kanun maddeleri *Moskal v. Polonya*, no. 10373/05, §§ 31-34, 15 Eylül 2009 ve *Antoni Lewandowski v. Polonya*, no. 38459/03, §§ 36-43, 02 Ekim 2012 kararlarında belirtilmiştir.

KANUN

I. SÖZLEŞMENİN EK BİRİNCİ PROTOKOLÜ'NÜN BİRİNCİ MADDESİNİN İHLAL EDİLMİŞ OLDUĞU İDDASI

24. Başvuran, dava konusu koşullar altında, elde etmiş olduğu emekli aylığının kendisinden geri alınmasının mülkiyet hakkından haksız şekilde mahrum bırakılması olduğundan başvuran olmuştur. Bu şikâyet

aşağıda belirtilmiş olan Sözleşme'nin Birinci Ek Protokolü'nün birinci maddesine göre incelenmektedir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

A. Kabul Edilebilirlik

25. Mahkemece belirtilmelidir ki Hükümet davanın kabul edilebilirliğine bir dizi itirazda bulunmuştur. Başvuranın altı ay koşulunu karşılamadığı ve başvurusunun bireysel başvuru hakkının kötüye kullanımı olduğunu iddia etmiştir.

26. Başvuran Hükümet ile uzlaşmamıştır.

27. Altı ay kuralına uymamaya ilişkin olarak Mahkeme diğer EWK davalarında halihazırda başvuranların davalarının Mahkeme tarafından tüm iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeni ile reddedilmesi riskinden kaçınmak için temyiz başvurusunda bulduklarından cezalandırılmayacaklarına hükmetmiştir (bkz., örneğin, *Frączek-Potęga v. Polonya*, no. 39430/04, § 55, 4 Aralık 2012). Buna göre başvuranın avukatına 1 Temmuz tarihinde tebliğ edilmiş olan Temyiz Mahkemesi'nin 4 Mayıs 2004 tarihli kararına ilişkin başvuran başvurusunu Mahkeme'ye 24 Aralık 2004 tarihinde yapmıştır. Yani Mahkeme, 35. maddede öngörülmüş olan altı ay kuralının başvuran tarafından yerine getirildiğini ve Hükümet'in itirazının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

28. Yine belirtmektedir ki, mahkeme bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin benzer itirazları daha önce de incelemiş ve *Moskal* (bkz., *Lewandowski*, yukarıda belirtilen, §§ 45-72 ve *Lew v. Polonya*, no. 34386/04, §§ 35-62, 4 Aralık 2012) davasından sonra reddedilmelerine karar vermiştir. Mahkeme, bu davayı onlardan ayrı tutmak için herhangi bir neden görmemiştir.

29. Mahkeme beyan etmektedir ki bu şikâyet Sözleşmenin 35. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine göre mesnetsiz şekilde gerçekleştirilmemiştir. Yine Mahkemeye göre diğer açılardan da bu dava kabul edilemez bir dava mahiyetinde değildir. Bu nedenle bu davanın kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

B. Esas

1. Tarafların Savunmaları

(a) Başvuran

30. Başvuran, davaya konu koşullar altında, edinilmiş haklarının geri alınmasının mülkiyet hakkından haksız şekilde mahrum bırakılması demek olduğunu iddia etmiştir.

(b) Hükümet

31. Hükümet, başvuranın mülkiyet haklarına müdahale etmenin haklı ve kanuna uygun olduğunu savunmaktadır. Özellikle de başvuranın erken emeklilik aylığı alma hakkının geri alınması kanun gereğidir ve kamu yararına uygundur. Aynı zamanda müdahale ve çıkarlar arasındaki makul orantılılık ilişkisi de gözetilmiştir. Dahası, başvuran emekliliğinin geri alınmasının ardından sadece 82 gün işsiz kalmıştır ve bu nedenle de yaşadığı sıkıntılar aşırı olarak nitelendirilemez.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

(a) Genel Prensipler

32. İlgili genel prensipler yukarıda detayları verilmiş olan *Moskal* Kararı'nın 49 ile 52. paragrafları arasında ortaya konmuştur. Bununla beraber Mahkeme, kamu otoritesinin mülkiyetin sulh içinde kullanımına müdahalesinin yasal olması ve (bkz. *Moskal*, yukarıda belirtilmiştir, §§ 49 ve 50) gerçekleştirilmesi istenen amaç ile makul ölçüde orantıyı sağlayacak şekilde meşru bir amacın izlenmesi gerektiğini anımsatmaktadır.

(b) Yukarıdaki Kuralların Mevcut Davaya Uygulanması

(i) Başvuranın Mülkiyet Hakkına Herhangi Bir Müdahalenin Olup Olmaması

20 Ağustos 2002 ilk derece mahkemesinin kararının ardından üç farklı yargı mercii de (yerel mahkeme, istinaf mahkemesi ve tamyiz mahkemesi) başvuranın emeklilik hakkını tanımamışlardır (yani ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı onamışlardır). Böylece başvuranın mülkiyet hakkına Sözleşmenin Birinci Ek Protokolü'nün birinci maddesinde öngörüldüğü üzere haksız bir müdahalede bulunulmuştur. Mahkeme mülkiyet hakkının ihlalinin bulunmadığına yönelik herhangi bir neden görememiştir.

(ii) Mülkiyet Hakkına Müdahalenin ve Meşru Amacın Kanuniliği

33. *Moskal* davasında da olduğu üzere Mahkeme, müdahalenin kanun tarafından açıkça öngörülmesini ve Sözleşmenin Birinci Ek Protokolü'nün birinci maddesinin gerektirdiği üzere makul bir amacın güdülmesi gerekliliğini dikkate almaktadır (bkz. *Moskal*, yukarıda belirtilmiştir, §§ 56, 57 ve 61-63 ve ayrıca *Iwaszkiewicz v. Polonya*, no. 30614/06, §§ 47, 48, 26 Temmuz 2011).

(iii) Orantılılık

34. Mevcut dava başvuranın emekli olmak için yaptığı başvuruya iyiniyetle eklediği ve Sosyal Güvenlik Kurulu'nun başvuranın lehine değerlendirme yapmasına yol açan dosyasına ilişkin mülkiyet hakkından doğmuştur (bkz. Yukarıdaki 7-9 paragraflar). Geçersiz kılınmadan önce 21 Aralık 2001 tarihli karar başvuran için şüpheye yer bırakmayacak derecede önemli etkiler yaratmıştır.

35. Yetkililerin başvuran sicilini incelemelerindeki gecikmelerinin oldukça uzun olduğu vurgulanmalıdır. 21 Aralık 2001 tarihli karar, yetkililerin hata yaptığını fark etmesine kadar sekiz ay geçerli kalmıştır. Diğer yandan, hata tespit edilir edilmez aylık ödemesinin durdurulmasına ilişkin karar derhal verilmiş ve hemen uygulanmaya başlamıştır (bkz. yukarıdaki 11-12. paragraflar). Her ne kadar başvuranın Sosyal Güvenlik Kurulu'nun 20 Ağustos 2002 tarihli kararına itiraz hakkı kanun yolu

inceleme aşamasında yapılmışsa da ardından kendisinin emeklilik hakkı mahkemenin yaklaşık iki yıl sonraki kararı ile elinden alınmıştır (bkz. 12-17. paragraflar).

36. Bu durumların Sözleşme'ye uyumluluğunu incelerken Mahkeme iyi yönetim prensibinin özel önemini anımsatmaktadır. Bu prensip, kamu yararına ilişkin bir konu ele alındığında, özellikle de mülkiyet hakkı da dahil olmak üzere temel insan haklarını etkiliyorsa, kamu otoritelerin acil duruma uygun şekilde ve yukarıdaki koşullara uygun biçimde hareket etmesini gerektirmektedir (bkz. *Beyeler v. İtalya* [GC], no. 33202/96, § 120, ECHR 2000-I; *Öneryıldız v. Türkiye* [GC], no. 48939/99, § 128, ECHR 2004-XII; *Megadat.com S.r.l. v. Moldova*, no. 21151/04, § 72, 8 Nisan 2008 ve *Rysovskyy v. Ukrayna*, no. 29979/04, § 71, 20 Ekim 2011). Kamu görevlilerinin özellikle bireyler hakkında sosyal güvenlik ödemeleri ve benzeri hakları ele alırken en yüksek itina ile hareket etmeleri beklenmektedir. Mevcut davada Mahkeme kamu yetkililerinin görevlerini ifa ederken en uygun tarzda hareket etmek noktasında hatalı davrandıklarını ortaya koymuştur (bkz. *Moskal*, yukarıda anılan § 72).

37. Dahası, Mahkeme'nin görüşüne göre, devletin başvurandan haksız yere ödenmiş olan (bkz. yukarıdaki 18. paragraf) emekli aylığını geri ödemesini istemediği gerçeğinin davaya konu müdahalenin sonuçlarını yeterince hafifletmemektedir. Mahkeme bu noktada başvuranın EWK emeklilik aylığı hakkını yetkililerin vermesinin ardından başvuran maaşlı işinden istifa etmeye karar vermiş olduğuna da dikkati çekmektedir (bkz. 10 ve 19. paragraflar).

38. Ayrıca şu da göz önüne alınmalıdır ki hatalı değerlendirmenin bir sonucu olarak yeni hukuksal durumu ile ilgili herhangi bir önlem alabilme imkânı olmadan, başvuran o dönemdeki tek gelir kaynağı olan erken emeklilik aylığını kaybetmiştir.

Şu da doğrudur ki başvuran, EWK aylığı kesildikten hemen sonra, kısa zaman içerisinde iş aramıştır ve bulmuştur (bkz. yukarıdaki 20 ve 21. paragraflar). Ancak bu noktada Mahkeme şuna dikkat çekmektedir ki istihdam sadece yedi ay sürmüştür. Ardından başvuran bir yıl boyunca herhangi bir gelir kaynağı olmadan işsiz kalmıştır. EWK aylığının kesilmesinin ardından ilk iki yıl başvuranın yıllık geliri, 2003 yılında Polonya'daki ortalama ücretin %19'u civarındaydı (bkz. 22. paragraf).

Sadece Ocak 2007’de başvuran eski işvereni ile kendi iş alanında kalıcı bir iş bulabilmiştir.

39. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında Mahkeme *Moskal v. Polonya* gibi eski davalarda verdiği kararlardan farklı karar vermek için herhangi bir neden görmemiş ve kamunun genel yararı ile temel bireysel hakların gereklilikleri arasındaki adil dengenin kurulmamış olduğunu ve başvuranın yaşamış olduğu olumsuzluğun aşırı olduğuna hükmetmiştir.

40. Bu da Sözleşmenin Birinci Ek Protokolü’nün 1. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.

II. SÖZLEŞMENİN ALTINCI MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ İHLALİ İDDİASI

41. Başvuran aynı zamanda re’sen yeniden açılan sosyal güvenlik incelemelerinin ki bunlar ona emeklilik hakkının verilmesi kararının feshedilmesi ile sonuçlanmıştır, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olduğunu iddia etmiştir.

Ayrıca Sözleşmenin 8. maddesine dayanarak kamu yetkililerinin EWK aylığını keserek onu tek gelir kaynağından; hayatını idame ettirmesi için kullanabileceği yegâne finansal kaynaktan mahrum bırakmasından başvuran olunmuştur.

42. Mahkeme şuna dikkat çekmektedir ki bu şikâyetler yukarıda bahsedilmiş olan şikâyetle ilgilidir ve bu nedenle de aynı şekilde kabul edilebilir olduğu sonucuna varılmalıdır.

43. Bununla beraber, Mahkemeyi Sözleşmenin Birinci Protokolü’nün 1. maddesinin ihlaline karar vermeye yönlendiren nedenlere ilişkin olarak Mahkeme, başvuranın Sözleşmenin 6. ve 8. maddelerine dayanan şikâyetlerini ayrı ayrı değerlendirmek için bir neden görmemiştir (bkz. *Moskal*, yukarıda belirtilen §§ 83 ve 94).

III. DİĞER ŞİKÂyetLER

44. Son olarak başvuran Sözleşmenin 14 ve 53. maddelerinin de ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiştir. Bununla beraber Mahkeme elindeki dava malzemesi ışında, yetkisi dairesinde şikâyet konusu yapılan diğer hususları birlikte değerlendirildiğinde (14 ve 53. madde ihlalleri), Sözleşme veya

protokollerinde belirtilmiş olan hak ve özgürlüklere ilişkin herhangi bir ihlal olmadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak geriye kalan başvurular Sözleşmeye aykırı şekilde yapılmıştır ve Sözleşmenin 35. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi ve aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca reddedilmelidir.

IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

45. Madde 41 şöyle bir hüküm içermektedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zararlar

46. Başvuran, maddi ve manevi zararına karşılık 80.000 Avro talep etmiştir.

47. Hükümet ise başvuranın talebini mesnetsiz olarak değerlendirmiştir. Başvuru kabul edilemez olduğu için adilane tazmin iddialarının reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

48. Mahkeme, ilgili ihlalle bağlantılı olarak başvuranın gelirinden mahrum bırakıldığına hükmetmiştir. Bu ihlal sonucu şüphesiz maddi ve manevi zararlar gördüğü gerçeğinin dikkate alınmak zorunda olduğunu ifade etmiştir (bkz. *Moskal*, yukarıda anılan § 105 bir diğer referans). Sözleşmenin 41. maddesinde de öngörüldüğü üzere Mahkeme hakkaniyet temelinde bir değerlendirme yaparak başvurana tüm zararlarının karşılanması için 2500 Avro ödenmesine karar vermiştir.

B. Giderler

49. Başvuran aynı zamanda mahkemelere gidiş geliş için yol masrafları ve ulusal mahkemelerde vekil ile temsil edilebilmek için avukatlık ücretleri ödemek zorunda kaldığını belirtmiştir. Ayrıca Strazburg celseleri için de maliyetlere katlandığını belirtmiştir.

50. Hükümet, başvuranın masraf ve giderlerinin geri ödenmesini talep etmediğini belirtmiştir.

51. Elindeki belgeler uyarınca ve kendi içtihat hukukuna da uygun olarak, Mahkeme tüm masraf ve gider kalemlerine ilişkin olarak toplam 300 Avro'nun Hükümet tarafından ödenmesine hükmetmiştir.

C. Temerrüt Faizi

52. Mahkeme temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borç faizi oranı temelinde olmasına ve o orana yüzde üçlük bir ekleme yapılmasını uygun görmüştür.

BU NEDENLERDEN DOLAYI MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE,

1. Sözleşmenin 6. ve 8. maddeleri ile Birinci Protokol'ün 1. maddesine dayanan şikâyetlerin kabul edilebilir olduğunu ve fakat bunun dışındaki (diğer maddelere dayanan) ihlal başvurularının mesnetsiz olduğunu beyan etmektedir;

2. Sözleşmenin Birinci Protokolü'nün 1. maddesinin bir ihlali olduğuna karar vermiştir;

3. Başvuranın Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerine dayanan şikâyetlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir;

4. Mahkeme;

(a) Davalı devletin aşağıdaki tutarları, ödeme anında geçerli kur üzerinden kendi yerel para birimine dönüştürerek üç ay içerisinde ödemesine;

(i) Tüm olası vergiler, maddi ve manevi zarara 2,500 Avro (ikibin beşyüz Avro);

(ii) Olası tüm vergiler ve giderlere istinaden 300 Avro (üçyüz Avro) ödenmesine;

(b) Yukarıda belirtilmiş olan üç aylık süreden ifanın gerçekleşmesine kadar Avrupa Merkez Bankasının marjinal borçlanma faiz oranına eşit bir basit faiz ve temerrüt süresince ilave %3 faiz oranının uygulanmasına;

5. Başvuranın adilane tazminat talebinin kalan kısmının reddine karar vermiştir.

Mahkeme Kuralları'nın 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca İngilizce dilinde hazırlanmış olup 25 Mart 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Fatoş Aracı
Yazı İşleri Müdür Vekili

Ledi Bianku
Başkan

TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

(TERMINATION OF MEDICAL INTERVENTION CONTRACT)

Araş. Gör. / Res. Asst. Nazlı Hilal ÇELİK*

ÖZET

Çalışmanın konusu, tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği ve buna dayalı olarak bu sözleşmenin nasıl sona ereceğidir. Bu bağlamda tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği incelenmiş, sona ermesi halinde meydana gelebilecek durumlar ve istisna haller değerlendirilmiş ve sona ermenin sözleşmeden doğan borçlar üzerine etkileri de ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Tıbbi müdahale sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi.

ABSTRACT

The subject of the study is the legal nature of medical intervention contract and based on such legal nature the question how medical intervention contract terminates. In this context, legal characteristic of medical intervention contract was examined, the issues that might occur in case the contract terminate and exceptional situations were evaluated and effects of the termination of the contract on contractual liabilities were also examined in detail.

Keywords: *Medical intervention contract, medicine contract, attorney agreement, contract of work.*

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
e-posta: ncelik@dogus.edu.tr

I. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Tıbbi müdahale sözleşmesi, serbest çalışan bir hekim ile¹, hasta² arasında kurulmuş bir iş görme sözleşmesidir³. Bu sözleşme ile hekim, tıbbi teşhis, tedavi ya da koruma edimini yerine getirme, hasta ya da hasta temsilcisi de belirli bir bedeli ödeme yükümlülüğü altına girer⁴.

Yapılan bu tanımdan hareketle, tıbbi müdahale sözleşmesinin unsurlarına ulaşmak mümkündür. Bunlar taraflar (hasta ve hekim), tıbbi amaçlı müdahale ve tarafların anlaşmasıdır. Tıbbi müdahale sözleşmesinde taraflar hekim ve hastadır. Hekim, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişidir⁵. Sözleşmenin diğer tarafı olan

¹ Bağımsız çalışan hekim ifadesi, bu sözleşmeye konu olan tıbbi faaliyeti gerçekleştiren hekimin, kendine ait bir klinik ya da muayenehaneye sahip olmasını ya da belirli bir kuruma bağlı olmakla beraber, hekimin mesai saatleri dışında gerçekleştirdiği tıbbi faaliyetlerdeki durumu için kullanılmıştır. Başka bir ifade ile burada belirtilen hekim kavramı, belirli bir kuruma bağlı olarak ve mesai saatleri içerisinde tıbbi faaliyetler gerçekleştiren hekimleri kapsamamaktadır. Atiye UYGUR, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2009, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5421>) Çevrimiçi, 01.11.2011, s. 57.

² Hastanın fiil ehliyetine sahip olmaması halinde bu sözleşme temsilcisi vasıtasıyla yapılacaktır. Ancak bu halde de sözleşme yine hasta ile hekim arasında kurulmuş olur.

³ Mehmet DEMİR, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>), Çevrimiçi, 01.11.2011, s. 232; Filiz Yavuz İPEKYÜZ **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 16; Hastanın özel hastaneye kabulü ile hasta ve özel hastane arasında akdi ilişki kurulmuş olur. Buradaki akdi ilişkinin dayanağı, hastaneye kabul sözleşmesidir. Özel hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerde akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu yarışmaktadır. Kamu hastanesine başvuran hasta ile kamu hastanesi arasında akdi bir ilişki kurulmaz. Burada kamu hizmetinden yararlanma söz konusudur. Mehmet AYAN, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991, s. 45, 46.

⁴ İPEKYÜZ, a.g.e., s. 16.

⁵ AYAN, a.g.e., s. 5; Hekimlik sıfatının şartları için bkz. İPEKYÜZ, a.g.e., s. 17-20; AYAN, a.g.e., s. 6-9.

hasta ise, Hasta Hakları Yönetmeliği⁶ m. 4/b'de "Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse" şeklinde tanımlanmıştır.

Hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin kurulmasını fiil ehliyetlerinin varlığı açısından değerlendirdiğimizde; kişinin tam ehliyetli olması halinde yapılan sözleşmenin geçerliliği ehliyet yönünden hiçbir problem taşımaz. Ancak taraflardan birinin sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olması halinde ne olacağı önemli bir konudur. Kişi tam ehliyetsiz ise, burada bu kişinin ayırt etme gücünün varlığından bahsedilemeyecek ve onun adına bu sözleşmeyi temsilcisi yapacaktır. Sınırlı ehliyetli olma durumunda ise, ehliyetlilik asıl, ehliyetsizlik istisna olduğu için, bu kişiler Türk Medeni Kanunu'nda⁷ sınırlı olarak sayılmış işlemlerden başka işlemleri kendileri yapabilirler⁸. Bu kişilerin taraf oldukları tıbbi müdahale sözleşmesi de kanunda belirtilen işlemler arasında bulunmadığından söz konusu sözleşmeyi kendileri yapabileceklerdir. Sınırlı ehliyetsizler açısından ise, ehliyetsizlik asıl, ehliyetlilik sınırlıdır. Bu kişiler sadece kanunda belirtilen işlemleri tek başlarına yapabilirler. Burada amaç sınırlı ehliyetsiz kişileri korumaktır. Bu nedenle de bu sözleşmenin sınırlı ehliyetsiz kişinin temsilcisi vasıtası ile yapılması yerinde olacaktır⁹.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin bir diğer unsuru da tıbbi amaçlı müdahaledir. Buna göre hekim, bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak, iyileşmesini çabuklaştırmak, hastalığın tehlikelerini azaltmak, meydana getirdiği acıları yok etmek ya da hafifletmek amacı ile bir müdahalede bulunmalıdır¹⁰. Kanımızca bu amaçların dışında kontrol ve hastalık varsa müdahale etmek amaçları ile yapılan check-up ve estetik kaygılarla yapılan estetik müdahaleler de bu sözleşmenin kapsamında olacaktır.

⁶ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

⁸ TMK. m. 429, sınırlı ehliyetlilerin kendi başlarına yapamayacakları işlemleri sınırlı olarak saymıştır. Bu işlemlerin yorum yolu ile çoğaltılması mümkün değildir.

⁹ AYAN, a.g.e., s. 57,58

¹⁰ Köksal BAYRAKTAR, *Hekimin Tedavi Nedeni İle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 149; Tıbbi amaçlı müdahalenin koşulları ve türleri için bkz. İPEKYÜZ, a.g.e., s. 23-45.

Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından ücret zorunlu olmamakla beraber¹¹ taraflar arasında kararlaştırılmış da olunabilir. TBK.¹² m. 502'ye göre (BK.¹³ m. 386) ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir¹⁴. Bu tür ilişkilerde ücretin kararlaştırılmaması, bu ilişkinin hukuki niteliğini etkilemeyecektir¹⁵.

Bunlar dışında bir diğer unsur da, tarafların anlaşmasıdır. Buna göre, tarafların birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamaları ile bu sözleşme kurulmuş olur¹⁶.

Her ne kadar tıbbi müdahale sözleşmesinin tanımı yapılırken hasta ile hekim arasında mevcut olan bir sözleşme olduğu belirtilmiş ise de, özel hastane ile hasta arasında da tıbbi müdahale sözleşmesi kurulması mümkündür. Hasta, özel hastaneye başvurduğunda, hasta ile hastane arasında bir kabul sözleşmesi kurulmuş olur. Kabul sözleşmesini "Tam hastaneye kabul sözleşmesi" ve "Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi" şeklinde ayırmak mümkündür¹⁷.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane işletmecisi, tıbbi tedavi dışında barınma, bakım, yemek vb. yükümlülükleri de taahhüt etmektedir. Tıbbi müdahale edimi ise hastane başhekimine ya da hastane dışında faaliyet gösteren başka bir hekim tarafından da yüklenilebilmektedir. Bu sebeple

¹¹ Ücretin bu sözleşmede zorunlu olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Haluk TANDOĞAN, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, Vedat Kitapçılık, 1989 Yılı Dördüncü Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, 2010, s. 364 vd. (C. II).

¹² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 11.01.2011 tarihinde kabul edilmiş ve 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı resmi gazetede yayınlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³ 818 sayılı Borçlar Kanunu, 08.05.1926 tarihli resmi gazetede yayınlanarak 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olduğu, bir sonraki bölümlerde incelendiğinden burada kanımızca bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığını belirtmekle yetiniyoruz.

¹⁵ Örneğin, bir hasta tedavi edilirken ücret alınmaması, bu işin niteliğini değiştirmeyecektir. Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 422.

¹⁶ Yargıtay bir kararında, hasta ile hekim arasındaki akdi ilişkinin, hasta muayene ve tedavi için hekime müracaat ettiğinde ve hekim muayene ve tedaviye başladığı anda kurulmuş olduğunu söylemektedir. Yarg. 9.HD. E. 1991/8375, K. 1991/14336, T.18.11.1991 (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

¹⁷ AYAN, a.g.e., s. 134.

de tam hastaneye kabul sözleşmesini, “Hekimlik sözleşmesi olmaksızın hastaneye tam kabul sözleşmesi” ve “ hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi” olmak üzere ikiye ayırmak gerekecektir¹⁸.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hasta doğrudan hastane işletmecisini muhatap almakta ve sözleşme hasta ile hastane işletmecisi arasında kurulmuş olmaktadır. Söz konusu ilişkinin içeriğine giren her türlü hizmetten hastane işletmecisi sorumlu olacaktır¹⁹. Hastanın tedavisinin yapılması hastane işleticisinin yükümlülüğüdür ve bu sebeplerle de hekim, TBK. m. 116 (BK. m. 100) kapsamında ifa yardımcısı olarak nitelendirilecektir²⁰. Burada hasta ile hekim arasında bir sözleşme mevcut olmadığından hekimden kaynaklanabilecek sona erme hallerinin uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinde ise hasta, hastane işleticisi ile aralarında yapılan “tam hastaneye kabul sözleşmesi” dışında, hekim ile de ayrı bir “hekimlik sözleşmesi” yapmaktadır. Bu sebeple de artık hekim ifa yardımcısı kapsamında olmayacaktır²¹. Hasta, hastane işletmecisi tarafından belirlenecek bir hekim tarafından değil, kendisinin seçtiği hekimin bu işlemi yapmasını istediği için bu yola başvurmakta ve hastane işletmecisi dışında bu hekim ile de ayrı bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır. Bu durumda hekimlik hizmeti hastanın taraf olduğu iki sözleşmeden de verilecektir. Bir yandan hastaneye tam kabul sözleşmesi ile bağlı olan hastane işletmecisi, diğer tarafta da hekimlik sözleşmesi ile bağlı olan hekimin böyle bir yükümlülükleri bulunmaktadır²².

“Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi”nde ise hasta, hastane işleticisi ile arasında yapılmış “hastaneye kabul sözleşmesi” ve hekim ile yapılmış “tedavi sözleşmesi” olmak üzere iki sözleşmenin tarafıdır. Ancak

¹⁸ AYAN, a.g.e., s. 134.

¹⁹ Halil AKKANAT, *Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni*, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 27, 28.

²⁰ AYAN, a.g.e., s. 135.

²¹ AKKANAT, a.g.e., s. 35 vd.; AYAN, a.g.e., s. 135-137.

²² Burada tıbbi müdahale neticesinde hem hastane işletmecisinin hem de hekimin akdi sorumluluk çerçevesinde müteselsil sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Zira edim her ikisinden de talep edilebilir, içeriği, kaynağı ve yöneldiği amaç aynıdır. AKKANAT, a.g.e., s. 36.

bu durumu hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinden ayrılması özellikle serbest çalışan hekimin, hastasını, hastane ile aralarındaki bir anlaşma gereği belirli bir hastaneye yatırıp ameliyat etmesi gibi durumlarda söz konusu olur²³.

B. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

Tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı bir konudur. Bu sözleşmenin kendine has bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünen yazarlara göre²⁴, sözleşmenin içeriği güven, anlayış, özen ve şevkatten oluşmaktadır ve bu yönüyle insana yönelik özelliklere sahiptir. Taraflar eşit imkanlara sahip değildir; hekim güç ve otorite sahibi, hasta ise zayıf ve bilgisizdir. Burada hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi önemli rol oynamaktadır. Kanımızca bu açıklama tıbbi müdahale sözleşmesinin kendine has bir sözleşme olduğunu ileri sürmek için yeterli değildir. Zira bir sözleşmenin hukuki niteliği açısından bu şekilde bir durumdan bahsedebilmek için, bu sözleşmenin unsurlarının kısmen ya da tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut olmaması gerekir²⁵.

Kimi yazarlar ise²⁶ tıbbi müdahale sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenen sözleşmelerden birine tabi tutulması gerektiğini ileri sürmüşler ancak bu sözleşmenin hukuki niteliği açısından hangi sözleşmeye tabi olacağı konusunda bir fikir birliğine varamamışlardır. Bu görüş çerçevesinde tıbbi müdahale sözleşmesini hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi ya da eser (istisna) sözleşmesi olarak nitelendirenler bulunmaktadır. Yargıtay'ın da kararlarında sözleşmenin eser sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi sayılması gerektiği şeklinde çeşitli kararları mevcuttur²⁷. Biz bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi, çalışmamızın ko-

²³ AKKANAT, a.g.e., s. 38, 39; AYAN, a.g.e., s. 138.

²⁴ WIETHOLTER, s. 104, AYAN, a.g.e., s. 618, dñn. 37'den naklen.

²⁵ Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, Beta Basım, İstanbul, 2011, s. 15; Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 13.

²⁶ İlerleyen bahislerde, bu yazarlara değinilerek anlatım yapılacağından burada isimleri zikredilmemiştir.

²⁷ Dñn. 41'de karar örnekleri verilmiştir.

nusu olan “tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi” ne uygulanacak hükümler açısından önemli olduğu için, bu bölümde tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği, çok ayrıntıya girilmeden ancak gerektiği ölçüde incelenecektir.

1. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE VEKALET SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Hizmet sözleşmesi, TBK. m. 393 vd.’nda (BK. m. 313 vd.) düzenlenmiştir. Buna göre, işçi, işverene bağlı olarak belirli ya da belirli olmayan bir süreyle hizmet vermeyi, işveren de bunun karşılığı olarak ücret ödemeyi taahhüt eder. Ayrıca işçi, bizzat çalışma, işi özenle yapma, bağlılık, hesap verme, rekabet yapmama, işverenin talimatlarına uyma, iş sahibinin denetimine katlanma gibi yükümlülükler altına da girer²⁸. Vekalet sözleşmesi ise, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi borçlandığı, vekilin ediminin kanun hükümleri ile düzenlenen başka bir sözleşmenin konusuna girmediği, ücret asıl olmamakla birlikte sözleşme ve teamül varsa ücret alacağına hak kazanılan bir sözleşme türüdür²⁹. Vekalet sözleşmesindeki vekil, hizmet sözleşmesindeki işçiye oranla nispeten bağımsız bir konuma sahiptir³⁰. Özel uzmanlık gerektiren konularda ise vekilin bağımsızlığının daha fazla olması gerekir³¹. Hizmet sözleşmesinin karakteristik unsuru olan bağımlılık, vekalet sözleşmesindeki vekile verilen talimattan farklıdır. Vekil de işçi gibi emir ve talimatlar alacaktır, ancak bu vekilin hukuken bağımlı bir süje olduğu anlamına gelmez. Hatta TBK. m. 505 (BK. m. 389) uyarınca belirli şartlarla müvekkil verilen talimat dışına da çıkabilir. Kaldı ki buradaki talimat doğrudan doğruya işin şekli ve işleyişine yönelik

²⁸ YAVUZ, a.g.e., s. 395 vd.

²⁹ YAVUZ, a.g.e., s. 522 vd.

³⁰ Vekalet sözleşmesinde vekil , amaçlanan sonuca ulaşmak için bazen belirli sınırlar içinde karar vermelidir. Bu nedenle de işçiye oranla bağımsız olmak zorundadır ancak buradaki bağımsızlık onun dilediği gibi davranması anlamına gelmez. Vekilin bağımsız alanı, onun sadakat ve özen yükümü sınır ile belirlenmiştir. Türker YALÇINDURAN, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara, 2007, s. 46.

³¹ YAVUZ, a.g.e., 550, 551.

değildir³². Müvekkil, vekilden hesap vermesini isteyebilse de, bu işlem işçinin denetim ve gözetim altında iş yapması halinde farklıdır. Hizmet akdi çerçevesinde ise işçi, işverenin denetim ve gözetimi altında işi ifa edecektir³³.

2. ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİ İLE VEKALET SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

TBK. m. 470 (BK. m. 355), eser sözleşmesinin tanımını yapmıştır. Buna göre, eser sözleşmesi ile taraflardan biri, bir eser meydana getirmeyi diğer taraf ise bir bedel ödemeyi üstlenmiştir. Vekalet sözleşmesi ise vekilin, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelmiş bir işi görmeyi, nispeten bağımsız bir yapma borcunu, sonucun elde edilmesi riski ona ait olmamak üzere yüklediği bir sözleşmedir³⁴. Tanımlara bakıldığında, eser sözleşmesi için “eser meydana getirme” ve “bedel” unsurlarının belirleyici olduğu, vekalet sözleşmesi için ise bu iki unsurun zorunlu olmadığı görülmektedir. Vekalet sözleşmesinde eser sözleşmesinden farklı olarak, belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, belli bir amaç için çalışmak taahhüt edilir³⁵.

İki sözleşme türünün ayrılması açısından sonuç taahhüdü de önemlidir. Eser sözleşmesinin özelliklerinden biride tarafların iradelerinin sonuç taahhüdü içermesidir. Diğer unsurlar tam olmakla beraber iradelerin sonuç taahhüdü içermemesi halinde, eser sözleşmesinden söz etmek mümkün olmayacaktır³⁶. Bunun tersi olarak, vekalet sözleşmesinde ise tarafların

³² Vekilin bağımsızlığı, vekilin çalışmalarının müvekkilin talimatları ile yönlendirilebilmesi yetkisi ile sınırlıdır. Ancak yine de bu nisbi bağımsızlık, vekili işçiden ayıracaktır. M. Argun KÖTELİ, *Hizmet Aktini İstisna ve Vekalet Akitlerinden Ayırıcı Kıstaslar Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul Barosu dergisi, 1985/1-3, s. 85.

³³ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, *Hizmet Sözleşmesi*, Ankara, 72 Tasarım-Dizgi-Fotokopi-Ofset, 1995, s. 30 vd.

³⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 522; TANDOĞAN, C.II, s. 355 vd.; YALÇINDURAN, a.g.e., s. 33 vd.; Şebnem AKİPEK, *Alt Vekalet*, Yetkin yayınları, Ankara, 2003, s. 33 vd.; Suat SARI, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 36.

³⁵ TANDOĞAN, C.II,s.39; YALÇINDURAN, a.g.e., s. 40,58 vd.; Aydın ZEVKLİLER, K. Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi Yayınları, 11. Bası, Ankara, 2010, s. 484.

³⁶ M. Turgut ÖZ, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 8 vd.

iradelerinde sonuç taahhüdü unsuru bulunmamaktadır. Burada önemli olan bir nokta da, sonuç taahhüdü unsurunun varlığının yeterli olmayıp, sonucun taahhüde de elverişli olması gereğidir³⁷. Sonuç taahhüdüne elverişli olmamasına rağmen, işi görecek kişinin sonuç taahhüdünde bulunması, bu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde etkili olmayacaktır³⁸. Bu açıdan değerlendirildiğinde estetik müdahalelerinde eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, zira estetik müdahalelerin insan vücudunun genel organizmasını etkilediği, bunların başarısının ameliyat olan kişinin genel bünyesine bağlı olduğu ve doktor açısından taahhüd edilemeyeceği açıktır³⁹.

Doktrinde özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesine konu olabileceği belirtilmiş olmasına rağmen⁴⁰, kanımızca tüm bu karşılaştırmalar neticesinde tıbbi müdahale sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi olduğu açıktır. Yargıtay da verdiği kararlarda estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri eser sözleşmesine konu etmekte, bunun dışındaki tıbbi müdahalelerin de vekalet sözleşmesine girdiğini belirtmektedir⁴¹.

³⁷ Zekeriya KURSAT, *Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü*, İÜHF. C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 151 vd.; Hekim her türlü özeni göstermesine karşın estetik sonucun gerçekleşmesini sağlayamayabilir. Zira burada her bir hastanın bünyesi farklılık gösterecektir. Çağlar ÖZEN, *Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği*, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu yayınları, Ankara, 2009, s. 250 vd.

³⁸ Üstlenen kişinin sonuç taahhüt etmediği hallerde, sonuç taahhüde elverişli olsa bile, buradaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu söylenemez. KURSAT, a.g.e., s. 164.

³⁹ KURSAT, a.g.e., s. 152,153.; Hasan PETEK, *Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/I, s. 177 vd.

⁴⁰ Battal YILMAZ, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.26 vd.; YALÇINDURAN, a.g.e., s.72,73; AYAN, a.g.e., s. 53 vd.; Hasan ERMAN, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998, s. 143.

⁴¹ "Devlet, üniversite, belediye ve SSK'na ait hastaneler ile doktor arasındaki ilişki ilke olarak kamusal bir ilişkidir. Ancak hastanede çalışan doktorun, hastane ile eylemli ilişkisi ne olursa olsun, tedavi söz konusu olduğu durumlarda, kurum mensubu veya kurumun tıbbi yardımında bulunan doktor arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı ilkeleri benimsemiştir." Yarg. HGK. E. 2003/21-95, K. 2003/113, T. 26.02.2003; Yarg. 9.HD. E. 1991/8375, K. 1991/14336, T.18.11.1991; Yarg. 4.HD. E. 1993/8557, K. 1994/2138, T. 04.03.1994, Yarg. 13.HD. E. 2002/13959, K. 2003/2380, T. 06.03.2003; Estetik amaçlı tıbbi YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

C. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEME

Tıbbi müdahale sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini daha evvel belirtmiştik⁴². Bu sebeple, tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanacak hükümler vekalet sözleşmesi hükümleridir.

Vekalet sözleşmesinin sona erme sebepleri TBK. m. 512 ve 513. maddelerinde (BK.'nın 396. ve 397) düzenlenmiştir. 512. madde sözleşme taraflarının tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi halini, 513. madde ise tarafların ölmesi, ehliyetini kaybetmesi ya da iflas etmesi durumlarında sözleşmenin sona ermesini düzenlemektedir. Vekalet sözleşmesinin sona ermesinin hükümleri ise TBK. m. 514'de (BK. m. 398) düzenlenmiştir.

II. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME HALLERİ

A. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNİN İŞ GÖRME BORCUNUN İFASI İLE SONA ERMESİ

Tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesinin ilk hali, borcun gereği gibi ifa edilmiş olmasıdır. Tıbbi müdahale sözleşmesinde ifa gereği gibi ve tam olarak gerçekleşmiş ve amaçlanan sonuç elde edilmiş ise bu sözleşmenin sona ereceğinde bir kuşku yoktur⁴³. Sözleşme, gereği gibi yapılan ifa ile sona erecek ve başkaca bir yolla sözleşmeyi sonlandırmaya gerek kalmayacaktır⁴⁴. Burada ayrıca hekimin özen borcunu yerine getirip getirmediğini araştırma gereği kalmayacaktır. Zira başarılı sonuç elde edilmiştir ve başarılı sonuç özen eksikliğini bertaraf eder⁴⁵. Elde edilebilecek bir sonuca ulaşılabilmesi, ifanın gereği gibi yapılmış sayılması için yeterlidir⁴⁶.

müdahalelerin eser sözleşmesi olarak belirtildiği bazı kararlar; Yarg. 15.HD. E. 1999/4007, K. 1999/3868, T. 03.11.1999; Yarg. 13.HD. E. 1993/131, K. 1993/2741, T. 05.04.1993; Yargıtay bir kararında ise, estetik amaçlı yapılan bir müdahaleyi vekillik sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Yarg. 13. HD. E. 2008/4519, K. 2008/10750, T. 18.08.2008, (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

⁴² Bkz. (B. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler)

⁴³ SARI, a.g.e., s. 38; AKİPEK, a.g.e., s. 74; TANDOĞAN, C.II, s. 617 vd.; YAVUZ, a.g.e., 563.

⁴⁴ TANDOĞAN, C.II, s. 617,618; YAVUZ, a.g.e., s. 563.

⁴⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 563; TANDOĞAN, C.II, s. 618.

⁴⁶ Tedavisi mümkün olmayan bir hastalıkta, yönelinen sonucun bu hastalığın tamamıyla tedavi edilmesi olamayacaktır. TANDOĞAN, C.II, s. 618.

Bazı hallerde, hastanın tedavisi belirli aralıklarla kontrolleri de gerektirebilir. Bu durumda sözleşmenin ne zaman sona ereceği konusu önemlidir. Kanımızca sözleşme kontrollerin tamamlanmasının ardından sona ermiş sayılmalıdır. Zira kontroller hastanın tedavi sürecinin kapsamındadır. İfanın gereği gibi yapılıp yapılmadığı da sürecin tamamında karar verilebilecek bir olgudur. Bu durumda sadece esas ifanın yapılması, sözleşmeyi sona erdirmeyecektir. Tarafların anlaşarak kontroller için ayrı bir sözleşme ilişkisi kurmaları da kanımızca mümkündür. Zira ilk yapılan sözleşmede hekim kontrolleri üstlenmedi ise artık kontrollerin bu sözleşme kapsamında değerlendirilmesi de beklenemez. Özellikle tedavisi uzun bir süreç arz eden hastalıklar açısından bunun varlığı kabul edilebilir.

Bazen, ifa gereği gibi gerçekleştirilmiş olmasına rağmen istenen başarılı sonuca ulaşılamamış olunabilir. Bu halde de, sözleşmenin gereği gibi ifa edildiğinin kabulü gerekir⁴⁷. Başka bir deyişle sonuca ulaşılamamış olması, ifanın gereği gibi yapıldığı gerçeğini değiştirmeyecektir. Burada önemli olan husus, sonucun gerçekleşmesi değil, ifanın tam ve gereği gibi gerçekleştirilmesidir⁴⁸.

Yönelinen sonucun borcun gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde⁴⁹, başarılı bir şekilde elde edilememesi durumunda da ifa borcu sona erer.

⁴⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 563; YILMAZ, a.g.e., s. 70-74; TANDOĞAN, C.II, s. 618; DEMİR, a.g.e., s. 239; "Vekil iş görürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatla ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilmemesinin rizikosu vekile yüklenemez." Yarg. 13. HD. E. 1990/7902 K. 1991/1070 T. 05.02.1991(www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

⁴⁸ TANDOĞAN, C.II, s. 617-619; "Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur." Yarg. 13. HD. T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380; "Davadaki ileri sürülmüşse göre, davanın temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK m. 386-390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur." Yarg. 13. HD. T. 19.10.2006, E. 2006/10057, K. 2006/13842. (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

⁴⁹ Hekimin çinko filtreyi röntgen cihazının içine yerleştirmemesi (BGE 53 II 424), hekimin tipik difteri belirtisine rağmen teşhis için gerekli araştırmaları ve koruyucu olarak bir tehlikesi de bulunmayan difteri serumu yapmaması sebebi ile iki çocuğun ölmesi YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

Ancak bu halde yeni bir borç olarak, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan bir tazminat sorumluluğu doğacaktır⁵⁰

Gereği gibi yapılmayan ifa halinde ayrıca azil ya da istifa beyanında bulunmanın mümkün ve ihtiyata uygun olacağını savunanlar da bulunmaktadır⁵¹. Ancak bizim de katıldığımız aksi görüşe göre gereği gibi yapılmayan ifa ile iş görme borcu sona ermiştir⁵². Zira burada hekim, özen borcuna aykırı davranış neticesinde borcu gereği gibi ifa etmemiştir. Artık azil ya da istifa beyanına gerek yoktur. Uyuşmazlık, sözleşmenin sona erdiği ya da ermediği değil, tazminat ödenmesinin gerekli gerekmedir.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamı, hastanın şikayetleri doğrultusunda hastalığı teşhis etmek, hastanın şikayetlerini azaltmak ve tedavisini yapmak şeklinde belirlenebilir. Bu durumda sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, sözleşmeye aykırılık meydana gelmiş

(BGE 57 II 196 vd., 203) Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 160.

⁵⁰ M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 446 vd.; Burada ifa borcunun tazminat borcuna dönüştüğü de ileri sürülmektedir. Bkz. YAVUZ, a.g.e., s. 563.

⁵¹ GAUTSCHI, Art.404, Nr. 4, a, TANDOĞAN, C.II, s. 618, dpn. 37'den naklen.

⁵² TANDOĞAN, C.II, s. 619; *"Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilinin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK. 321/1 md.) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır."* Yarg. 13. HD. T. 07.02.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728. (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

olacaktır⁵³. Burada hekim açısından iş görme borcu artık sona ermiş, bir tazminat borcu doğmuştur ve TBK. m. 112'ye (BK. m. 96) dayanan bir sorumluluk meydana gelmiştir. Buna göre, borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmez ise borçlu, kendisinin kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararlarını gidermek zorundadır.

B. SÖZLEŞMENİN TARAFLARDAN BİRİNİN TEK TARAFLI İRADESİ İLE SONA ERMESİ

TBK. m. 512/1 "*Vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı gibi, bu sözleşme herhangi bir nedene dayandırılmadan tek taraflı bir beyanla her zaman ortadan kaldırılabılır⁵⁴. Burada açıklanması gereken bir husus da, tarafların bu haklarından önceden feragat edip ede-

⁵³ AYAN, a.g.e., s. 63 vd.; DEMİR, a.g.e., s. 238; Hatalı bir tıbbi girişim şu hallerde meydana gelmiş olabilir; Meslek ya da sanatta acemilik, hastaya kasıtlı olarak zarar vermek, tıbbi müdahale sözleşmesine aykırı hareket etmek, yanlış ya da tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi, tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılması neticesinde hastanın zarar görmesi. Hekimlerin, meslekleri ve uzmanlıkları ili ilgili temel ve klasik bilgilere ve genel tıp kurallarına göre hareket etmeleri gerekir. Hekim, meslekte herkesin bildiği ya da bilmesi gereken bir konuda açık hata yaparsa sorumlu olur. Cemal ÖZTÜRKLER, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis-Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 6.

⁵⁴ Fahrettin ARAL, *Borçlar Hukuku zel Borç İlişikleri*, Genişletilmiş 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 395; Tek taraflı sona erdirmeye vekaletle özgü bir sona erme sebebidir. Bu hak kullanılırken haklı bir nedene dayandırılması ya da bir nele bağlanmasının gerekmemesi vekalet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırır. Tek taraflı sona erme hakkının iki tarafa da verilmesi, böyle bir hakkın kullanılması halinde diğer tarafın ifaya olan tüm menfaatlerinin tazmini ile yükümlü olunması da vekalet sözleşmesini, eser (istisna) sözleşmesinden ayırmaktadır. TANDOğAN, C.II, s. 620; Azil ve istifanın herhangi bir sebep olmaksızın vekalet sözleşmesini her zaman tek taraflı olarak sona erdirmesi, ahde vefa ilkesine aykırıdır. Bu ilkeye göre, kanundaki istisnalar hariç, tarafların iktisaden kötü duruma düşmelerine sebep olsa dahi, taraflar bağlı oldukları sözleşme ile belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar ancak Borçlar Hukuku'nda vekalet sözleşmesindeki bu hüküm istisna niteliktedir. Başka bir deyişle, ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturur ve herhangi bir sebebe dayanmak zorunluluğu bulunmadan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verir. YALÇINDURAN, a.g.e., s. 46,47; TBK. m. 512 (BK. m. 396) ile bu sözleşmenin temeli olan güven ilişkisi ve tarafların kişiliğinin korunması amacı ile ahde vefa ilkesini zayıflatan bir sona erme sebebine yer verilmiştir. Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku zel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 377.

meyecekleridir. Bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁵; bu hüküm emredici niteliktedir ve taraflar azil ya da istifa haklarından önceden vazgeçemezler. Zira TBK. m. 42/2'de (BK. m. 34) temsil olunanın, temsil yetkisini her zaman sınırlayabileceği ya da geri alabileceği ve bu haklardan önceden feragat edemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Karşı görüş ise⁵⁶; tipik-atipik vekalet ayırımına bağlı olarak TBK. m. 512'nin emredici niteliği olmayacağını ileri sürmektedirler. Buna göre vekalet sözleşmesi ivazlı ya da ivazsız ancak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir nitelik taşıyorsa (hekim, avukat vb.) tipik nitelik taşır ve serbestçe geri alınabilir. Eğer vekalet ilişkisi güven unsuruna bağlı değil ise atipik nitelik taşır ve taraflar sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiren haklarını sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği serbestçe ortadan kaldırabilirler. Kanımızca da ikinci görüşün kabulü gerekir.

Azil ve istifa beyanı herhangi bir şekle tabi değildir⁵⁷. Bir başka deyişle azil ya da istifa beyanı üstü kapalı olarak da yapılabilir⁵⁸.

Azil ya da istifa hakkının kullanılması ile daha önce peşin olarak ödenmiş ücretin geri alınamayacağı ya da bu hal için cezai şartın belirlendiği bir sözleşme, bu hakkın dolaylı olarak sınırlandırılmasını teşkil edecektir. Burada uygun olmayan bir zamanda azil ya da istifa hakkının kullanılması durumunda, karşı taraf yapılan masrafları, kısmi ücretini ve tazminat talep edebilir. Bu kalemler dışındaki ücretin alıkonulması hukuka uygun olmayacağı gibi daha önceden cezai şartın belirlenmesi de geçerli olmayacaktır⁵⁹.

TBK. m. 512/II ise uygun olmayan bir zamanda sözleşmeyi azil ya da istifa yolu ile sona erdiren tarafın, karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Buna göre zamanından önce so-

⁵⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 563; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 380; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 504.

⁵⁶ PEYER, s. 201 (TANDOĞAN, C. II, s. 628 vd.'dan naklen)

⁵⁷ Hastanın tek yanlı iradesi ile bu sözleşmeyi sonlandırmasına azil, hekimin tek yanlı iradesi ile sonlandırmasına ise istifa denir.

⁵⁸ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 378.

⁵⁹ TANDOĞAN, C.II, s. 624; "Azil ve istifada vekile, harcadığı emekle orantılı olarak ücret ödenmesi gerekir. Bunun aksini ve cezai şartı içeren anlaşmalar geçersizdir." Yarg. 3. HD. E. 1997/11339, K. 1991/12497, T. 29.12.1997. (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

na erdirilen bir sözleşme neticesinde, bu sebepten dolayı zarar gören karşı tarafın zararı karşılanmak istenmiştir. Buradaki zarar, menfi zarardır⁶⁰.

Azil açısından baktığımızda, hastanın bu sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak ortadan kaldırma hakkı vardır. Bu durumda karşı tarafın tazminatı açısından öne sürülen “uygun olmayan zaman” kavramının neye göre belirleneceği önemlidir. Önemli sebeplere dayanan, sözleşmeye devamın beklenemeyeceği ve objektif olarak gösterilebilen sebeplere dayanan azil, tazminata yol açmayacaktır⁶¹. Bunun tam tersi olarak önemli bir sebebe dayanmaksızın, sözleşmenin devamı beklenirken yapılan azil, uygun olmayan zamanda yapılmış azil sayılacak ve tazminat borcunu doğuracaktır. Burada tazminat borcunun doğabilmesi için ayrıca karşı tarafın bir zarara da uğraması gerekmektedir. Bunun dayanağı olarak doktrinde, hastanın hekimin menfaatini koruma borcu bulunmadığı ve ancak özel bir zararın bulunması halinde, keyfi azile bir müeyyide getirme hakkı doğacağı ileri sürülmüştür⁶². Bir başka görüşe göre ise, haklı bir sebebe dayanılmadan azledilen hekim, bu sözleşmenin varlığına güvenerek reddettiği işlerden dolayı yoksun kaldığı kazancı ya da bilimsel hazırlık için harcadığı zaman ve giderlerin TBK m. 510/I'e göre (BK. m. 394/I) karşılanmayan kısmının tazminini TBK. m. 512/II (BK. m. 396/II) hükmüne göre talep edebilecektir⁶³. Ancak kanaatimizce burada tıbbi müdahale sözleşmesi kapsamında, bu sözleşmeye güvenilerek başka işlerin reddedilmesi ile yoksun kalınan kazancın tazminat kapsamında olmaması gerekir. Zira hekim sadece bir hastaya bağlı değildir. Aynı anda birden çok hasta ile ilişki

⁶⁰ TANDOĞAN, C.II, s. 640; YAVUZ, a.g.e., s. 665; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, a.g.e., s. 437; ARAL, a.g.e., s. 419; SARI, a.g.e., s. 139; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 506; Bir görüşe göre, bu zarar menfi zarar değil bir güven zararı olarak nitelendirilmiştir. Buna göre bu sözleşmenin ifa edileceğine olan güvenin boşa çıkmasına bağlı olarak müspet zararın tazminine olanak tanınmıştır. TBK. m. 512/II (BK. m. 396/II) kapsamında ödenecek tazminat, istifa ya da azil olmasaydı karşı tarafın uğramayacak olduğu bütün olumsuz sonuçları kapsayacaktır. GÜMÜŞ, a.g.e., s. 385, 386; Bkz. (III-C.1. Azil ve İstifa Hallerinde Tazmin Borcunun Kapsamı).

⁶¹ GAUTSCHI, Art.404, Nr. 17, c; TANDOĞAN, C.II, s. 635'den naklen; TANDOĞAN, C.II, s. 638.

⁶² GAUTSCHI, Art.404, Nr. 17, d; TANDOĞAN, C.II, s. 637'den naklen.

⁶³ TANDOĞAN, C.II, s. 637.

içindedir ve sadece bir hastanın sebep olduğu yoğunluk nedeni ile diğer işlerin reddedildiği fikri ileri sürülemez.

Burada belirtmek gerekir ki, dayanağı bulunmayan azil, hakkın kötüye kullanımı değildir, ancak bu azil sebebi ile karşı tarafın zararını tazmin yükümü doğurur.⁶⁴

Uygun olmayan zaman kavramını istifa açısından değerlendirdiğimizde, hastanın başka bir hekim tayin etmesine olanak kalmayan bir zamanda yapılan istifa, uygun olmayan zamanda yapılmış sayılmalıdır.⁶⁵ Bir hekimin ameliyatı yarıda bırakması hali buna örnek olarak gösterilebilir.⁶⁶ Haklı bir sebebi olan örneğin, sağlık sebebi ile işi tamamlayamayacağını düşünen, avans verilmediği için işi yapmak istemeyen hekimin bu durumu hastaya uygun bir zamanda bildirmesi gerekir.⁶⁷ Aksi halde ameliyatı yarıda keserek bu sebeplerin ileri sürülmesi uygun zaman kavramı içine girmeyecektir. Vekalet sözleşmesi mantığı açısından vekil, işi görmesi sebebi ile zarara uğrayacaksa kendini korumak için istifası haklı ise de bunun tıbbi müdahale sözleşmesi açısından kabulü her durumda mümkün değildir.⁶⁸

Uygun olmayan zamanda kullanılan azil ve istifa hakları tazminat borcu doğursa da, bu hakkı kullanan taraf hukukun tanıdığı bir hakkı kullanmaktadır. Bu durumda borca aykırı bir davranışın var olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

Uygun olmayan zamanda azil ya da istifanın borca aykırılık teşkil ettiğini savunanlarda mevcuttur.⁶⁹ Bu sözleşme ile hekim, hastanın menfaat-

⁶⁴ GAUTSCHI, Art.404, Nr. 17, e; TANDOĞAN, C.II, s. 638'den naklen.

⁶⁵ GAUTSCHI, Art.404, Nr. 18, a; TANDOĞAN, C.II, s. 638'den naklen.

⁶⁶ Bir hekim herhangi bir gerekçe ile uygun olmayan bir zamanda istifa ederek, çok kötü bir durumdaki hastasını ölüme terk etmişse, ölen hastanın desteğinden yoksun kalanlar TBK. m. 53/III'e (BK. m. 45/III) dayanarak tazminat davası açabilirler.

⁶⁷ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 19. maddesi, hekimlerin ve dış hekimlerinin mesleki ya da şahsi sebeplerle tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabileceklerini, ancak bu gibi hallerde başka bir hekimin yada dış hekiminin tedavi ya da müdahalesi için gerekli zamanı düşünerek hastayı bu durumdan zamanında haberdar etmesi gerektiği, hastanın bırakılması ile hastanın hayatının tehlikeye düşmesi ya da bir zarara uğraması söz konusu ise başka bir hekim ya da dış hekimi temin edilmedikçe hekimin, hastayı terk edemeyeceğini belirtmiştir.

⁶⁸ TANDOĞAN, C.II, s. 639.

⁶⁹ GAUTSCHI, Art.404, Nr. 19, a, TANDOĞAN, C.II, s. 640'den naklen; FELIMANN, Art. 404, N. 59, SARI, a.g.e., s. 132'den naklen.

lerini koruma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu sebeple, uygun olmayan zamanda yapılan istifa borca aykırılık teşkil edecektir. Hastanın hekimin menfaatlerini koruma yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, akdin karşı tarafına göstermesi gereken ihtimamı göstermesi zorunluluğu sebebi ile uygun olmayan zamanda yapılan azil güven ihlali gereği borca aykırı hale gelecektir. Ancak bu görüş çerçevesinde, bir hakkın kullanılmasının neden bir borca aykırılık teşkil edeceği açıklanamamaktadır. Ayrıca hasta açısından, hekimin menfaatinin korunması gereği olmadığı belirtilmiş olmasına rağmen bu durumun belirli ölçülerle yine de var olduğunu ileri sürmekte doğru değildir⁷⁰.

Aksi görüşü savunanlarda bulunmaktadır.⁷¹ Bizim de katıldığımız bu fikre göre tazminat yükümlülüğü borca aykırılıktan dolayı değil, izin verilmiş bir sona erdirme imkanından faydalanmanın sonucudur. Uygun olmayan zamanda azil ya da istifanın borca aykırılık teşkil edeceğini savunan görüşe göre, bu halde kusurun olmadığı ispatlanması halinde tazminat ödemekten kurtulmak mümkün olacaktır⁷². Burada belirtmek gerekir ki, TBK. m. 512/II tazminat yükümlülüğünden bahsederken, kusurun varlığını aramamıştır. Bu sebeple ilk görüş çerçevesinde burada kusur aranması kanımızca doğru değildir. Ayrıca buradaki sorumluluğun bir sebep sorumluluğu olduğunu ve bu sebeple de sorumluluktan kurtulmak açısından kişinin kusurunun bulunup bulunmamasının yeterli olmayacağını da belirtmek gerekir⁷³.

Azil halindedeki olduğu gibi uygun olmayan zamanda istifa da, hakkın kötüye kullanılması söz konusu değildir; ancak böyle bir istifa sözleşmenin ihlali niteliği uygun olmayan zamanda yapılan azilden daha kuvvetlidir⁷⁴.

⁷⁰ SARI, a.g.e., s. 132, 133.

⁷¹ ARAL, a.g.e., s. 419; SARI, a.g.e., s. 131 vd.; GÜMÜŞ, a.g.e., s.383; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 503.

⁷² FELIMANN, Art. 404, N. 81, SARI, a.g.e., s. 133'den naklen.

⁷³ SARI, a.g.e., s. 133.

⁷⁴ GAUTSCHI, Art.404, Nr. 18, c; TANDOĞAN, C.II, s. 639'den naklen. *YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)*

Azil ve istifa bozucu yenilik doğurucu haklardır⁷⁵. Kural olarak yenilik doğurucu hakların hüküm ifade edebilmesi için, buna ilişkin beyanın karşı tarafa varması gerekir⁷⁶. Ancak doktrinde azil ya da istifa halinde, bu beyanların karşı tarafça öğrenilmesi anından itibaren sonuç doğurması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁷.

Azil ve istifa halinde sözleşmenin sona ermesi tartışılırken, tedaviyi red ve rızanın geri alınması gibi kavramların var olan sözleşmenin durumuna olan etkisinin de değerlendirilmesi gerekir. Rıza, hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. Bir başka ifade ile rıza olmaksızın yapılan müdahalelerde hekim, hukuka uygunluğu ileri süremeyecektir. Bu sebeple rızanın başta verilmesi ancak sonradan geri alınması halinde⁷⁸ hekim, sözleşme rızanın geri alınması sebebi ile sona erdiğinden, tedaviye devam edemez. Bu halde, sözleşmenin azil sebebi ile sona erdiğinin kabulü gerekir. Zira hasta rızasını geri almış ve sözleşme sona ermiştir. Kanımızca tedaviyi red halinde de aynı sonuca varmak mümkün olacaktır ancak tedavinin tümünden reddi değil sadece bir kısmı için red söz konusu ise artık burada sözleşmenin sona erdiğinden bahsetmek kanımızca doğru olmayacaktır.

⁷⁵ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 377; Bir hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi kural olarak tarafların iradelerinin uyuşması neticesinde meydana gelir. Ancak bazen hukuk düzeni taraflara bu işlemleri tek başına yapma yetkisi tanıyabilir. İşte burada kullanılmalari ile yeni bir hukuki durum meydana getiren haklara “yenilik doğuran haklar” denir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Mustafa DURAL, Suat SARI, **Türk Özel Hukuku C. I**, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 137 vd.; Vedat BUZ, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.55 vd.

⁷⁶ “...Davacı tarafından gönderilen 2.4.1970 günlü azilname sözleşme düzenlendikten sonra 9.4.1970 gününde vekile tebliğ edilmiştir. Satış vaadi azlin tebliğinden önce yani vekilin yetkili bulunduğu sırada yapılmış olması nedeniyle geçerlidir ve bu sözleşme müvekkili bağlar...” Yarg. 13. HD. E. 1978/2147, K. 1978/2297, T. 16.05.1978 (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

⁷⁷ TANDOĞAN, C.II, s. 631; Bu konudaki açıklama için Bkz. “Sona ermenin hüküm doğurmaya başladığı an”

⁷⁸ Rızanın her zaman, tıbbi müdahale gerçekleştiği sırada bile, geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması ileriye doğru bir etkiye sahip olduğundan buna ilişkin yapılan açıklama anına kadar yapılan fiillerin hukuka aykırılığından söz edilemez. Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 53,54; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 32.

C. SÖZLEŞMENİN TARAFLARINDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ, EHLİYETSİZLİĞİ YA DA İFLASI SEBEBİ İLE SONA ERMESİ

TBK. m. 513/I (BK. m. 397/I) , “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme vekilin veya vekalet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre bu sözleşme, taraflardan birinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona erecektir. Sözleşmeyi sona erdiren bu haller aşağıda ayrıntılı olarak işlenecektir.

Bu durumu düzenleyen kanun maddesinde açıkça “aksi, sözleşmeden ya da işin niteliğinden anlaşılmadıkça” şeklinde bir açıklama yapılması, tarafların ölümü, ehliyetsizliği ya da iflası hallerinde bu sözleşmenin sona ermesinin emredici olmadığını, aksinin mümkün olduğunu belirtmektedir.

1. TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ VE BENZERİ SEBEPLER İLE SONA ERME

Tarafların karşılıklı güvenine dayanan ve iş görme borcuna ilişkin hak ve borçların sıkı suretle tarafların kişiliğine bağlı bulunduğu vekalet sözleşmesinde müvekkil, güvenini taşıyan bir vekil seçmekle, ona her zaman talimat vermekle, vekil ise, işi kendisi yapmakla başka bir deyişle işi başkasına yaptırmamakla yükümlüdür⁷⁹. Burada tarafların karşılıklı güvenine dayanan ve iş görme borcuna ilişkin hak ve borçların kişiye sıkı sıkıya bağlı bulunduğu bir sözleşme söz konusudur⁸⁰.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde hastanın ölmesinin durumunda sona ermenin, imkansızlık sebebi ile olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre benzer şekilde hekimin ölmesi de iş görmeyi (şahsen ifayı) imkansız bırakacaktır. TBK. m. 136/I'e göre (BK. m. 117/I) bir borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansız hale gelirse, borç sona erecektir. Bu hususlar dikkate alındığında, taraflardan birinin ölümü halinde bu sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği söylenmelidir⁸¹. Ancak kanaati-

⁷⁹ YAVUZ, a.g.e., s. 564.

⁸⁰ TANDOĞAN, C.II, s. 646.

⁸¹ TANDOĞAN, C.II, s. 646; YAVUZ, a.g.e., s. 564.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

mizce, burada belirtilen ölüm imkansızlık sebebi ile değil, hastanın ölümü ile ilişki konusuz kaldığı için sona erme sebebidir⁸². Zira kanun hükmü ölümü bir sona erme sebebi olarak belirtmiştir.

TBK. m. 513/I'de vekalet sözleşmesinin sona ereceği haller belirtilirken, sözleşmeden ya da işin niteliğinden aksi anlaşılan durumlar saklı tutulmuştur. Buna göre bu hallerde sözleşme sona ermeyecektir. Burada sağ kalan tarafın diğer tarafın mirasçıları ile anlaşarak bu ilişkiyi devam ettirebilmesi olanağı da mevcuttur⁸³. Ancak kanımızca bu düzenleme tıbbi müdahale sözleşmesi açısından geçerli olamayacaktır. Zira taraflarının hekim ile hasta olduğu bir sözleşmede taraflardan birinin ölümü halinde artık bu sözleşmenin ifa edilme olanağı kalmayacaktır.

Taraflardan birinin ölümü, bu sözleşmeyi ileriye yönelik olarak sona erdirir⁸⁴. Hastanın ölümü halinde hekim, bunu öğrenene kadar yaptığı işlemler için olan alacağını talep edebilecektir. Ölen hastanın mirasçıları da, bu iş sebebi ile hekime verilen ve henüz kullanılmamış araç, gereç vb. şeyleri ya da peşin olarak hekime ödenen ücretin hak edilmeyen kısmını talep edebilirler. Hekimin ölümü halinde de mirasçıları, o zamana kadar yapmış işler için masraf ve ücret talep edebilirler⁸⁵.

Taraflardan birinin gaipliğine karar verilmesi halinde ise, yine ölüm haline benzer bir durum karşımıza çıkmakta ve tıbbi müdahale sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir⁸⁶. TBK. m. 513'de, gaiplik ilanının ayrı bir sona erme hali olarak sayılmamasına rağmen, ölüme kıyasen bu durumun da vekalet sözleşmelerini sona erdireceği kabul edilmiştir. Benzer durum ölüm karinesi ve tüzel kişilerde tüzel kişiliğin sona ermesi hallerinde de geçerlidir⁸⁷.

Hastanın hekimin müdahalesi sonucunda ölmesi halinde de sözleşmenin ölüm ile sona erdiğinin kabulü gerekir. Zira tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafları hasta ile hekimdir ve hastanın ölmesi halinde sözleşme

⁸² Evlilikte de ölüm halinde sona erer ancak burada imkansızlık sebebi ile sona erme düşünülemez.

⁸³ TANDOĞAN, C.II, s. 649.

⁸⁴ ARAL, a.g.e., s. 419, 420; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 507.

⁸⁵ TANDOĞAN, C.II, s. 663.

⁸⁶ İPEKYÜZ, a.g.e., s. 164; TANDOĞAN, C.II, s. 663; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, a.g.e., s. 438; SARI, a.g.e., s. 60; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 507.

⁸⁷ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 389; TANDOĞAN, C.II, s. 664; SARI, a.g.e., s. 60.

konusu müdahalenin bir başka kişi açısından söz konusu olması mümkün değildir.

2. TARAFLARDAN BİRİNİN EHLİYETSİZLİĞİ SEBEBİ İLE SONA ERME

Tıbbi müdahale sözleşmesi kurulurken tam ehliyetli olan sözleşme tarafları, daha sonra ehliyetsiz duruma düşebilirler. Burada üç hal mevcut olabilir. Taraflar sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz duruma düşmüş olabilirler. Aşağıda bu durum, hastanın ehliyetsizliği ve hekimin ehliyetsizliği olmak üzere iki başlık altında ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

a. HASTANIN EHLİYETSİZLİĞİ

TBK. m. 513'nci maddeye göre sözleşmenin kurulmasından sonra müvekkilin ehliyetsiz duruma düşmesi ile bu sözleşmenin sona ereceğini belirtmektedir. Ancak doktrinde ileri sürülen ve bizimde katıldığımız görüşe göre bu maddeyi tıbbi müdahale sözleşmesi açısından uygulamak mümkün değildir⁸⁸. Tedavi edilmekte olan bir hastanın ehliyetini kaybetmesi halinde, sözleşmenin sona erdiği gerekçesi ile tedavinin yarıda bırakılması tıp etiği ile de bağdaşmayacaktır. Aksinin kabulü halinde, ehliyetsiz kimselelerin tedavi olamaması gibi bir durum karşımıza çıkar ki bu da arzu edilen bir amaç değildir. Ehliyetsiz kişilerin haklarının kanuni temsilci ile kullanılabilmesi düşünüldüğünde, kanuni temsilci nasıl yeni bir tıbbi müdahale sözleşmesi yapabilecekse, zaten var olan mevcut sözleşmeyi de devam ettirebilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁸⁹.

TBK. m. 513/I'de "aksi sözleşmeden ya da işin niteliğinden anlaşılmadıkça" sözlerinin sadece ölüm hali için geçerli olduğunu ve sona erme hallerinde uygulanamayacağını ileri sürenlerin⁹⁰ yanında, bu sözlerin bütün haller için geçerli olduğunu ileri sürenler de vardır⁹¹. Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre, bazı hallerde ehliyetin kaybedilmesi açısından da

⁸⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 507; YILMAZ, a.g.e., s. 74; GAUTSCHI, Art. 405, Nr. 10, TANDOĞAN, C.II, s. 666'den naklen.

⁸⁹ TANDOĞAN, C.II, s. 666.

⁹⁰ GAUTSCHI, Art. 405, Nr. 10, a, TANDOĞAN, C.II, s. 666'den naklen.

⁹¹ BECKER, Art. 405, Nr. 3; TANDOĞAN, C.II, s. 666'den naklen; SARI, a.g.e., s. 61.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

sözleşmede bir karar alınması mümkün olabilir. Örneğin, hastanın hastalığının zamanla ilerleyeceğinin ve bir süre sonra ehliyeti kaybedeceğinin önceden bilindiği bir durumda bu halde sözleşmenin sona ermeyeceği ve temsilcisi ile devam edeceği kararlaştırılabilir.

b. HEKİMİN EHLİYETSİZLİĞİ

Hekimin, sonradan tam ehliyetsiz hale gelmesi durumunda, tıbbi müdahale sözleşmesi sona erecektir⁹². Sınırlı ehliyetsiz bir durumda iken ise hekim, belki sözleşme konusu ifayı yapmaya hala ehildir; ancak hekimin sınırlandırılması hasta açısından hekime olan güveni sarsabileceğinden, kural olarak sona erme sebebi sayılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁹³. Bu halde maddi eylemlere ilişkin vekalette sözleşmenin sona ereceği ancak izin ya da icazet ile işe devam edilebileceği ileri sürülmüştür⁹⁴.

Belirtmek gerekir ki, buradaki sona erme hali ileriye yönelik etkili olacağı için tarafların alacak ve taleplerinin varlığı zedelenmeyecektir. Ücret, iade, masraf gibi alacaklar bu kapsamda varlığını sürdüreceken, iş görme borcu sona erecektir⁹⁵.

3. TARAFLARDAN BİRİNİN İFLASI SEBEBİ İLE SONA ERME

İflas sebebi ile vekalet sözleşmesinin sona ermesinden bahsedebilmemiz için öncelikle taraflardan birinin tacir olması ve bu tacir tarafın iflas etmiş olması gerekmektedir. Aşağıda bu husus hasta ve hekim açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

a. HASTANIN İFLASI HALİNDE

Doktrinde hastanın iflas etmesi halinde sözleşmenin sona erip ermeyeceği konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁹⁶, maddi eylem-

⁹² "Borçlar Kanununun 397/1. maddesi gereği Medeni hakların kullanılması ehliyetinin yitirilmesiyle vekalet sona erer." Yarg. 2. HD. E. 1999/120, K. 1999/1933, T. 05.03.1999, (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

⁹³ TANDOĞAN, C.II, s. 668 dñn. 265'den naklen.

⁹⁴ TANDOĞAN, C.II, s. 668; Ayırt etme gücünü yitirmeyen fakat kısıtlanan vekil, gecikmesi sakıncalı olan maddi fiilleri vekalet veren adına yapabilmelidir. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 507, 508.

⁹⁵ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 390.

⁹⁶ GAUTSCHI, Art. 405, Nr. 12, a, TANDOĞAN, C.II, s. 669'den naklen.

lere ilişkin vekalet çoğu zaman, vekalet verenin iflas etmesine rağmen işin gereği olarak devam eder. Zira kişinin iflası, sadece malları üzerindeki tasarruf kudretini ortadan kaldıracaktır. Ayrıca İİK.⁹⁷ m. 206'ya göre iflas eden kişiye ya da bu kişinin aile fertlerini iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tedavi eden hekimin alacağı üçüncü sıradan imtiyaza sahiptir. Ancak iflasın açıklanması ile hekim tedaviye devam ettiği takdirde, artık imtiyazlı bir alacak elde edemeyecektir. Bu durumda, tahsili güç olan, imtiyazsız bir alacakla uğraşmak istemeyen hekimin vekaletten istifa etmesi gerekmektedir. Hekimin ücret almaksızın sözleşmenin tarafı olduğu tıbbi müdahale sözleşmesinde de, hastanın iflasından sonra sözleşmenin devamı konusunda hiçbir engel yoktur, ancak burada hasta tarafından bazı giderlerin yapılması gerekiyor ise, bunların tahsil edilemeyeceğini düşünen hekim, istifa ederek bu sözleşmeyi sonlandırmalıdır⁹⁸. Diğer taraftan iflas dairesi İİK. m. 216/2 uyarınca, emri altında tuttuğu müflise bir miktar yardımda bulunabileceğinden, hekimin ücreti de bu yardımdan karşılanabilecektir⁹⁹. Kanımızca da kişinin doğrudan tacir sıfatı ile yapmadığı sözleşmelerin, iflası halinde doğrudan sona ermemesi gerekir. Aksi halde iflas eden kişinin tedavi olma hakkı da elinden alınmış olacaktır.

Bir başka görüşe göre ise, ücret ya da masrafın söz konusu olduğu durumlarda hekimin, hastanın iflası ile sözleşmenin son bulduğunu ileri sürebilmesi gerektiğini, burada artık hekimin istifasına gerek olmadığını ve işin mahiyetinin bu sözleşmenin devamını gerektirdiğinin hasta tarafından kanıtlanması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰. Ancak kanımızca burada hekim, hastanın zarar görmemesi açısından, uygun süre, yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Aksinin kabulü, uygun olmayan zamanda istifa halinde meydana gelen zararlar açısından hekimi sorumlu tutan kanun uygulamasına ters düşecektir.

⁹⁷ 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, 09.06.1932 tarihinde kabul edilmiş ve 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹⁸ GAUTSCHI, Art. 405, Nr. 12, a; TANDOĞAN, C.II, s. 669'den naklen.

⁹⁹ TANDOĞAN, C.II, s. 669.

¹⁰⁰ TANDOĞAN, C.II, s. 669.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

b. HEKİMİN İFLASI

Maddi eylemlere ilişkin vekalet ilişkisinde, işin niteliği gereği bu ilişkinin sona ermeyeceği kabul edilmektedir¹⁰¹. Zira, İİK. m. 82/II hükmüne göre hekimin mesleği için gerekli aletleri haczedilemeyecektir.

Ancak hekimin iflas etmesi, hastanın ona karşı olan güvenini sarsabilir. Bu sebeple, hekimin iflas etmesi sözleşmeyi doğrudan sona erdirmese de hastanın onu azletmesi için haklı bir sebep olabilmektedir¹⁰².

D. SÜRELİ SÖZLEŞMENİN SÜRESİNİN BİTMESİ İLE SONA ERMESİ

Tıbbi müdahale de tedavinin kapsamını ve süresini önceden belirleyebilmek her zaman mümkün değildir. Bu sebeple de bu sözleşme türünün süreye bağlanamaması normaldir. Tıbbi müdahale sözleşmesi kural olarak belirli bir süreye bağlanabilen bir sözleşme olmasa da süresi belirli bir tedavi için bu durum istisna kabul edilebilecektir¹⁰³. Asgari olarak belirli bir sürenin öngörülebildiği fizik tedavi işlemi buna örnek olarak gösterilebilir.

III. SONA ERMENİN HÜKÜM DOĞURMAYA BAŞLADIĞI AN VE SONUÇLARI

A. SONA ERMENİN HÜKÜMLERİ DOĞURMAYA BAŞLADIĞI AN

Azil ve istifa haklarının kullanılması, bozucu yenilik doğuran haklardır. Bu sebeple de bu hakların kullanılmasına ilişkin irade beyanlarının, muhataba yöneltilmesi ve muhatabın irade beyanının içeriğini anlayacak şekilde açık olması gerekir¹⁰⁴.

Azil ya da istifa için yapılan irade beyanı hazırlar arasında yapıldı ise, bu irade beyanlarının derhal karşı tarafa ulaştığı söylenebilecektir. Bu

¹⁰¹ BECKER, Art. 405, Nr. 4; GAUTSCHI, Art. 405, Nr. 15, TANDOĞAN, C.II, s. 672'den naklen.

¹⁰² GAUTSCHI, Art. 405, Nr. 15, TANDOĞAN, C.II, s. 672'den naklen.

¹⁰³ İPEKYÜZ, a.g.e., s. 168 vd.

¹⁰⁴ Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 13. bs., 2011, s. 133(Borçlar); Andreas SCHWARZ, *Borçlar Hukuku Dersleri*, C. I, (Çev: Bülent Davran), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1948, s. 172; Necip KOCAYUSUPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 4. bs., 2008, s. 143.

durumda da, azil ya da istifa söylendiği andan itibaren hüküm doğuracaktır¹⁰⁵.

Bu beyanların hazır olmayanlar arasında yapıldığı hallerde de, bunların yenilik doğuran haklar olması nedeni ile karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ifade edeceklerdir. Bu beyanların sadece muhatabın hakimiyet alanına girmesi değil, içeriğinin de muhatap tarafından öğrenilmesi gereklidir¹⁰⁶. Bu irade beyanlarının içeriklerinin öğrenilmesinde karşı taraf (irade beyanı eline ulaşan taraf) kusurlu ise, bu durumda bu irade beyanlarının varması ile hüküm doğuracağı kabul edilir. TBK. m. 514 (BK. m. 398) ile vekalet sözleşmesindeki vekilin iyiniyeti de korunmuş olmaktadır. Buna göre vekil, karşı tarafın sözleşmenin sona ermesi yönündeki irade beyanını kendi kusurlu davranışından dolayı öğrenemediyse artık burada hak iddia edemeyecektir¹⁰⁷.

TBK. m. 514'e göre, vekalet ilişkisinde vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden evvel yaptığı işlerden, vekalet veren ya da onun mirasçıları, vekalet sözleşmesi devam ediyormuş gibi sorumludur. Buna göre, kanun koyucu vekalet ilişkisindeki vekili, bu sözleşmenin sona erdiğini bilmeden yaptığı işlemler dolayısı ile korumuş ve bu işlemler nedeni ile hak sahibi olduğunu belirtmiştir. Diğer bir ifade ile, vekil sona erme durumunu öğrenene kadar bu sözleşmenin hükümleri devam etmektedir.

Azil hakkı için kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen (TBK. m. 514) istifa hakkı için bir madde mevcut değildir. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından hasta, hekime oranla daha güç bir durumdadır ve hekimin istifası ile de zor durumlara düşmesi olağandır. Bu sebeple hekimin istifa

¹⁰⁵ Karşı tarafın özür ya da dikkatsizliği sebebi ile kendisine yapılan bu azil ya da istifa beyanını duymaması ya da yanlış duyması halinde, beyanda bulunan açısından beyanın anlaşılmadığına ya da yanlış anlaşıldığına dair bir şüphe oluşmadı ise, beyan karşı tarafa ulaşmış sayılır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, a.g.e., s. 146. Kanımızca tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bu hususun bu kadar net olarak söylenememelidir. Zira bu sözleşmenin tarafı olan hasta için özel durumlar söz konusu olabilecektir. Hekimin, hastanın durumunu iyice değerlendirip, şüpheye düşmeyecek derecede emin olması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁰⁶ TANDOĞAN, C.II, s. 641 vd.

¹⁰⁷ BECKER, Art. 406, N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 406, N. 2, SARI, a.g.e., s. 261'den naklen.

hakkını kullanırken daha duyarlı olması gerekmektedir. Bu durum hekimin özen yükümlülüğünün de bir sonucu olmalıdır.

Ayrıca kanunda istifa açısından bir hüküm bulunmamasına rağmen bu hakkın kullanımının azaldan daha az korunacağını kabul etmek mümkün olmayacaktır. İstifa hakkının hastaya ulaşması ile hüküm ifade edeceğinin kabul edilmesi halinde, hasta aleyhine sonuçlar doğması mümkündür. Bu sebeple de bu hakkın kullanımının sadece hastaya ulaşması ile değil, hasta tarafından öğrenilmesi anında hüküm doğurması gerekmektedir¹⁰⁸.

TBK. m. 513'e göre (BK. m. 397) ölüm halinde sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Ölüm halinde kanımızca, ölüm anında bu sözleşme sona ermiş olacak ve sona erme bu andan itibaren hüküm doğuracaktır.

Taraflardan birinin tam ehliyetli iken, tam ehliyetsiz bir hale gelmesi durumunda sona ermenin ehliyet kaybının yaşandığı an gerçekleşmesi gerekir. Zira kişi tam ehliyetsiz bir hale gelmiştir. Tam ehliyetli birinin sonradan sınırlı ehliyetsiz hale gelebilmesi için ayırt etme gücüne sahip kısıtlı olması gerekmektedir. Bu haldede kısıtlama kararının verilmesi anında hüküm doğurması gerektiğinin kabulü gerekir.

İİK. m. 165'e göre, iflas bu yöndeki mahkeme hükmüyle açılır. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından tarafların iflası ile bu sözleşmenin sona ereceği hallerde, iflas kararının verildiği andan itibaren bu sözleşme sona erecektir.

B. SONA ERMENİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR ÜZERİNE ETKİLERİ

Sözleşmenin sona ermesi ile, sözleşmeden doğan borçların ne olacağı konusu da açıklanması gereken bir konudur. Bu başlık altında; hekimin iş görme borcu, hastanın ücret ödeme borcu, hekimin bilgi verme yükümlülüğü, hekimin sözleşmenin yerine getirilmesi için hastadan aldıklarını geri verme borcu, hekimin sır saklama yükümlülüğü incelenecektir.

1. HEKİMİN İŞ GÖRME BORCU

Tıbbi müdahale sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi niteliğinde olması nedeni ile hekim, hastanın menfaatine iş görme yükümlülüğü altına gire-

¹⁰⁸ SARI, a.g.e., s. 264.

cektir. Bu iş görme yükümlülüğü açısından sadece gerekli ifayı yapmak ile sorumlu olacak, sonuçtan sorumluluğu bulunmayacaktır.

Daha önce saydığımız sona erme hallerinde kural olarak hekimin iş görme borcu da sona erecektir. Ancak uygun olmayan zamanda yapılmış istifa halinde hekim, hastanın bu sebeple uğradığı zararları karşılamak zorunda kalacaktır.

2. HEKİMİN BİLGİ VE HESAP VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TBK. m. 508'e göre (BK. m. 392) hekim, hastanın isteği üzerine, yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlüdür. Buradaki yürüttüğü işin hesabını verme yükümlülüğünün kaynağı, hekimin özenle iş görme borcudur. Bilgi ve hesap verme yükümlülüğü, iş görme kapsamında meydana gelen bir yan borç olup, asli borçtan ayrı bir şekilde talep edilmesi de mümkündür¹⁰⁹.

Sözleşmenin ifasına başlanılmadan sona erdiği durumlarda, bilgi ve hesap verme yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır. Zira iş görmeye henüz başlanmamış ve bilgi ya da hesap verilecek bir veri bulunmamaktadır.

Hekimin, iş görme sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte, hastanın talebi üzerine mevcut tıbbi müdahale sözleşmesi çerçevesinde bilgi ve hesap vermesi gerekir. Ancak hekimin bu aşamada hastaya bilgi ve hesap vermiş olması, hastanın bunu daha sonra tekrar istemesine engel teşkil etmeyecektir¹¹⁰.

Bilgi ve hesap verme yükümlülüğünün ne kadar süre ile bulunduğu belirlenmesi de önemli bir husustur. TBK. m. 147/5 (BK. m. 126/4) hükmüne göre vekalet sözleşmesi için zamanaşımı süresi beş yıldır. Buna göre kendisinden bilgi ve hesap istenen hekimin de beş seneye kadar bununla yükümlü olduğunu söyleyebiliriz. Her ne kadar hasta beş yıldan son-

¹⁰⁹ FELLMAN, Art. 400, N. 88; HOFSTETTER, s. 116; DERENDİNGER, N. 130, SARI, a.g.e., s. 286'dan naklen.

¹¹⁰ SARI, a.g.e., s. 288, 289; Sözleşmenin sona ermesinden sonra bilgi ve hesap verme isteğinin tekrarlanması halinde, hasta buna ilişkin masraflar var ise bunları ve ayrıca hekimin harcadığı emeği karşılamak zorunda kalacaktır. HOFSTETTER, a.g.e., s. 118, SARI, a.g.e., s. 289, dpn. 91.

ra da bilgi ve hesap isteyebilecekse de hekim zamanasını def'ini ileri sürebilecektir¹¹¹.

3. HEKİMİN SÖZLEŞME DOLAYISI İLE ALDIKLARINI GERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TBK. 508'e göre (BK. m. 392) hekim, vekalet sözleşmesi kapsamında hastadan aldıklarını geri vermelidir. Hekim bazen tedavinin özelliği gereği olarak hastadan bazı alet vb. şeyleri almış olabilir. Bu halde hekim mevcut tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi ile beraber aldıklarını iade etmelidir. Hekim ile hasta arasındaki vekalet ilişkisinin sona ermesi hekimin daha önce aldıklarını iade borcunu muaccel hale getirecektir¹¹².

4. HEKİMİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TBK. m. 506, bu hükmü karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 398/II hükmüne paralel olarak "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme denk gelen BK. m. 390/II'de ise "vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir" şeklinde bir düzenleme mevcuttu.

Sadakat yükümlülüğünün gereği olarak hekim her zaman hastanın menfaatine hareket etmelidir. Bu kapsamda hekim iş görme sırasında, amaca uygun olarak hareket etmek ve bunu tehlikeye düşürecek hareketlerden uzak durmak zorundadır¹¹³.

TBK.'da sır saklama yükümlülüğü ile ilgili açık bir düzenleme olmasa da, sadakat yükümlülüğü hekim açısından sır saklama yükümlülüğünü de beraberinde getirir¹¹⁴. Burada hekim, tıbbi müdahale sözleşmesi kapsamında öğrendiği sırları saklamak ve bu hususta gerekli tedbirleri almak zorundadır¹¹⁵.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermiş olması, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır¹¹⁶. Zira sır saklama yüküm-

¹¹¹ SARI, a.g.e., s. 289.

¹¹² TANDOĞAN, C.II, s. 489.

¹¹³ TANDOĞAN, C.II, s. 407; ARAL, a.g.e., s. 417.

¹¹⁴ SARI, a.g.e., s. 300 vd.

¹¹⁵ TANDOĞAN, C.II, s. 450; ARAL, a.g.e., s. 418.

¹¹⁶ Hakan HAKERİ, *Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları*, Ankara, 2012, s. 470.

lülüğü sadece sözleşmenin devamı ile sınırlı değildir¹¹⁷. Sözleşmenin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, hekimin mevcut sözleşme dolayısı ile öğrendiği sırları saklama yükümlülüğü devam edecektir¹¹⁸. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 4. madde hekimlerin, mesleklerinin icrası sebebi ile sahip oldukları sırları, kanuni mecburiyetleri olmadıkça açıklayamayacaklarını belirtmiştir. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği m. 21’de bu hususa deyinmiş ayrıca “ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez” demek suretiyle bu sözleşmenin sona ermesi halinde bile sır saklama yükümlülüğünün sona ermeyeceğini belirtmiştir.

5. HASTANIN ÜCRET ÖDEME BORCU

TBK. m. 512’ye göre vekil, bu konuda bir teamül ya da sözleşme ile belirlenmiş ise ücret var ise bu ücrete hak kazanacaktır. Vekilin ücret alacağı, aksine bir anlaşma ya da teamül yoksa iş görmenin tamamlanmasından sonra ödenecektir¹¹⁹. İş görme borcunun azil ya da istifa gibi sebeplerle sona ermesi halinde de vekilin ücret alacağı muaccel hale gelecektir¹²⁰.

Azil ya da istifa hakkı henüz tıbbi müdahale sözleşmesi ile ilgili hiçbir iş görme borcu yerine getirilmeden kullanıldı ise, burada hekimin iş görme borcunun karşılığı olarak bir ücret alacağının bulunduğu söylenebilir. Ancak peşin olarak alınmış bir ücret var ise, bu halde onun da iadesi gerekecektir. Azil ya da istifa hakkının, belirli bir iş görme borcunun ifasından sonra kullanılması halinde ise, hekimin bu ana kadar gerçekleştirmiş olduğu iş görme nedeni ile kazandığı ücret alacağından bahsedilecek-

¹¹⁷ Sır saklama yükümlülüğü genel itibari ile tıbbi müdahale sözleşmesi sırasında öğrenilen sırları kapsar. Sözleşmenin bitiminden sonra hekimin hasta hakkında öğrendiği bilgiler bu kapsamda sır niteliği taşımayacaktır. Ancak sonradan öğrenilen bu bilgiler daha önce bilinen bilgiler nedeni ile öğrenilmiş ya da daha önceki bilgilerle birleştirilerek anlam kazanan bilgiler ise bunların da hekim tarafından saklanması gerekecektir. HOFSTETTER, s. 114, SARI, a.g.e., s. 307’den naklen.

¹¹⁸ TANDOĞAN, C.II, s. 407; ARAL, a.g.e., s. 417.

¹¹⁹ SARI, a.g.e., s. 270.

¹²⁰ “...vekilin ücret alacağı, aksine sözleşme veya teamül olmadıkça vekalet konusu işin gereği gibi görülmesinin tamamlanmasıyla muaccellik kazanır.” Yarg. 13. HD. E. 1992/3412, K. 1992/3899, T. 27.04.1992; “ vekilin ücret alacağı, azil ile meydana gelmiş bir borç niteliğinde değildir. Çünkü ücret borcu aslında azilden evvel de vardı ve ancak azil onu muaccel hale getirmiştir.” Yarg. 4. HD. E. 1980/1600, K. 1980/6365, T. 15.05.1980, (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

tir¹²¹. Tıbbi müdahale sözleşmesi anlamında hekimin borcu, gereği gibi ifa olduğuna ve sonuç taahhüdü de bulunmadığına göre, yarım kalmış ifade yaptığı ölçüde ücret alacağı hakkı da kazanacaktır.

Ücret ödenmesi konusunda tarafların anlaşığı ya da teamül gereği ücretin ödenmesi gerektiği ancak ücretin miktarının belirlenmediği durumlarda anlaşmazlık halinde hakim, bu ücreti belirlemeye çalışacaktır. Ücretin belirlenmesinde meslek odalarının belirlemiş oldukları tarifeler hakime bu konuda yardımcı olacaktır¹²².

Hekimin amaca uygun olmayan hareketlerinin azile sebep olduğu hallerde hekimin ücret alacağında bir sınırlamaya gidilebilecektir. Bazı hallerde hekim, amaca uygun olmayan ya da özensiz faaliyetleri sebebi ile azledilebilir. İşte bu halde hekim açısından doğacak ücret alacağı kapsamına sadece amaca uygun faaliyetlerinin gireceği, bunun dışındaki faaliyetlerinin ücret alacağı kapsamına girmeyeceği ileri sürülmektedir¹²³. Kanımızca da bu fikir yerindedir. Zira burada ücret alacağı için sınırlama getirilen husus hekimin amaca uygun olmayan hareketleri olup sonuç odaklı değil, faaliyetin içeriği ile alakalıdır.

Hekimin iş görme karşılığında hak kazandığı ücretin belirlenmesinde en önemli kıstas daha önce hekim ile hasta arasında yapılmış sözleşmede belirtilen ücrettir. Burada hak edilen ücret hesaplanırken iş görme borcunun tamamı dikkate alınacak ve buna göre oran kurulacaktır. Ancak burada kısmi ifadan kaynaklanan değer azalmalarının da dikkate alınması gerekecektir¹²⁴.

Hekimin azile sebep olan davranışlarının aynı zamanda hasta açısından tazminat alacağı doğurması halinde, hekiminin ücret alacağı ile hastanın tazminat alacağının takas edilmesi mümkündür. Uygun olmayan zamanda istifa halinde de yine hasta lehine tazminat yükümlülüğü doğabilmektedir. Bu durumda da takas mümkün olabilecektir¹²⁵.

¹²¹ SARI, a.g.e., s. 272.

¹²² TANDOĞAN, C.II, s. 367.

¹²³ SARI, a.g.e., s. 272, 273.

¹²⁴ SARI, a.g.e., s. 274; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 381.

¹²⁵ SARI, a.g.e., s. 274; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 381.

6. HASTANIN, TIBBİ MÜDAHALE ÇERÇEVESİNDE HEKİMİN YAPTIĞI MASRAFLARI KARŞILAMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TBK. m. 510 (BK. m. 394), vekalet verenin karşı tarafın giderlerini ödemesi ve onu yüklediği borçlardan kurtarması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre hasta, hekimin aralarındaki sözleşme gereği iş ile ilgili olarak yaptığı masrafları karşılamalıdır. Hekimin, tedavi için aldığı her türlü araç gereç, yol giderleri vb. için ödedikleri, burada belirtilen masraf kavramı içine girecektir¹²⁶.

Bu kapsamda istenebilecek masraflar, hekimin iş görme borcu kapsamında yaptığı masraflardır. Hekimin tedavi amacı ile yaptığı ancak he-nüz tedavi amacı ile kullanılmamış olan aletlere ait masrafların kural olarak hazırlık masrafı olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda hekim azil halinde uygun olmayan zamanda azil neticesinde zarara uğradığını, hastanın borca aykırı davranışları neticesinde halinde ise borca aykırılığa dayanarak talep edebilecektir. Bunun dışındaki hallerde ise hekim zamanından önce yaptığı masrafların karşılıksız kalma riskini taşımak zorunda kalacaktır¹²⁷.

C. SONA ERME NETİCESİNDEKİ TAZMİN BORCUNUN KAP-SAMI

1. AZİL VE İSTİFA HALİNDE

TBK. m. 512/II uygun olmayan zamanda azil ya da istifa halinde, karşı akdin bundan doğan zararının giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Çalışmamızda daha evvel “uygun olmayan zaman” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamaya çalıştık¹²⁸. Kısaca belirtmek gerekirse, uygun olmayan zaman kavramının belirlenebilmesi için azil ya da istifanın, akdin karşı tarafını içine soktuğu duruma bakmak gerekir. Bir başka deyiş ile

¹²⁶ SARI, a.g.e., s. 278; İş görme sırasında aşırı derecede yıpranmış eşyalar için meydana gelen değer kaybının da masraf olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Ancak hekimin her hastası için kullandığı aletlerde, bu durumun masraf olarak belirlenebilmesi için kanımızca söz konusu aletin bu hasta açısından diğerlerine oranla kıyaslanamayacak kadar çok yıpranması gereklidir. Yıpranarak son noktaya gelmiş bir alet için son hasta da iyice kullanılmaz hale gelmesi neticesinde bunu o hasta için masraf sayılması olanağı bulunmamaktadır. ARAL, a.g.e., s. 430.

¹²⁷ SARI, a.g.e., s. 280; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 380.

¹²⁸ Bkz. II-B-Sözleşmenin taraflardan birinin tek taraflı iradesi ile sona ermesi.

karşı akdin, sözleşmenin sona ermesi ile arzu edilmeyecek bir durumun içine düşmesi ve bu sebeple de zarara uğraması gerekir¹²⁹.

Buradan yola çıkarak, “uygun olmayan zaman” kavramı ile zarar arasında bir bağlantının olduğunu söylemek mümkün olacaktır. TBK. m. 512/II kapsamında zarar kavramı “karşı tarafın bundan doğan zararı” şeklinde nitelendirilmiştir. Burada belirtilen zarar, sona ermenin gerçekleşmesi anının doğru olarak belirlenebilmesi halinde meydana gelmeyecek zararlardır. Diğer bir deyişle, sözleşmeyi azil ya da istifa ile sona erdiren kişi, doğru bir zamanda (karşı tarafın zarara uğramayacağı bir biçimde) bu işlemi yaparsa idi meydana gelmeyecek zararlar bu kapsamdadır¹³⁰. Azil ya da istifa hakkı ne zaman kullanılırsa kullanılsın ortaya çıkmasının önlenemeyeceği zararların tazmininin istenmesi mümkün olmayacaktır. Aksi halin kabulü halinde, kanunun taraflara tanıdığı azil ya da istifa hakkının hiçbir anlamı kalmayacaktır¹³¹.

a. AZİL SEBEBİ İLE

Uygun olmayan zamanda azil sebebi ile hekimin uğrayabileceği zararlar, ücret yönünden doğan zararlar, yapılan masraflar nedeni ile doğan zararlar ve başka sözleşme tekliflerinin kaçırılması neticesinde uğranılan zararlardır. Ancak bu zarar kalemlerinden hangilerinin, mevcut sözleşmenin sona ermesi ile talep edilebileceği önemli bir konudur.

Tıbbi müdahale sözleşmesi ile hekim, hastanın menfaatleri doğrultusunda bir iş görme, hasta da bunun karşılığı olan ücreti ödeme yükümlülüğü altına girer. Uygun olmayan zamanda azil gerçekleştiğinde, burada hekim lehine tanınan tazminatın kapsamına nelerin gireceğinin belirlenmesi gerekir. Azil halinde, hekimin iş görmesine engel olunmakta ve dolayısı ile

¹²⁹ SARI, a.g.e., s. 136; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 505.

¹³⁰ Akipek tarafından sözleşme ile öngörülmüş süreden ya da iş görmenin tamamlanmasından evvel azil ya da istifa hakkının kullanılmış olmasının uygun olmayan zaman olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu düşünce çerçevesinde TBK. m. 512 (BK. m. 396) ile akit taraflarına tanınan tek taraflı sona erdirme hakkının bir niteliği kalmayacaktır. Kanun taraflara böyle bir hak tanımış ve ancak bu hakkı “uygun olmayan bir zamanda” kullanmaları halinde karşı tarafın zararını karşılamasını söylemiştir. Artık burada sadece iş görmenin tamamlanmamasından evvel sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesini uygun olmayan zaman olarak nitelemek kanımızca da doğru olmayacaktır. Aksi görüş için bkz. AKİPEK, a.g.e., s. 76.

¹³¹ SARI, a.g.e., s. 137.

de ücret kazanma imkanı ortadan kaldırılarak kazanç kaybına yol açılmaktadır. Bu durumda hekimin başta anlaşılan tüm ücreti mi yoksa başka alacakların mı tazminata konu olacağı tartışılabilir. Belirtmek gerekir ki, hasta açısından her zaman kullanılabilen bir azil hakkının verildiği ve sadece bu hakkın uygun olmayan zamanda kullanılması halinde meydana gelen zararlar açısından tazminatın hükmedildiği düşünüldüğünde, artık başta anlaşılan tüm ücretin bu tazminatın kapsamına girdiğinin kabulü mümkün değildir¹³². Hekim, azil zamanına kadar olan ücret hakkını zaten alması gerektiği için, bu kısmi ücretin de tazminat kapsamında olmadığını düşünüyoruz.

Hekimin tedavisini üstlendiği hastanın rahatsızlığı hakkında bilimsel araştırmalar, deneyler gibi hazırlıklar yapması olağandır. Azil sebebi ile iş görmenin gerçekleştirilememesi halinde, hekimin yaptığı bu hazırlıklar faydasız kalacak ve hekim karşılığını alamayacaktır. Ancak bu karşılıksızlık halinin doğumunun sebebi uygun zamanda olmayan azil olduğuna göre, burada meydana gelen zararın tazmini gerekecektir¹³³.

TBK. 510/I uyarınca, vekalet ilişkisinde vekalet veren, vekaletin gereği gibi ifa edilebilmesi için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faizi ile birlikte ödemek zorundadır. Buna göre, eğer hekim tıbbi müdahale sözleşmesinin ifası açısından bir masraf yapar ise hastanın bunları karşılaması gerekir. Ancak bazı hallerde, hekim henüz yerine getirmediği iş görmeden önce, hazırlık vb. amaçlarla bazı masraflar yapmış olabilir. Bunun ardından gerçekleşen azil ile yapılan bu masraflar faydasız kalabilir. Burada yapılan bu masrafların faydasız kalmasının nedeni, uygun olmayan zamanda yapılan azildir. Bu sebeple de azil neticesinde faydasız kalan bu masrafların tazmini gerekir¹³⁴.

Hasta ile arasındaki sözleşmeye güvenen hekimin, diğer başvuruları reddetmesi ve azil sonucunda da hem ilk sözleşme ile güvendiği alacağını

¹³² SARI, a.g.e., s. 144; Hekimin, başarılı sonuca ulaşmasına çok az bir süre kala sırf onu tam ücret alacağından mahrum etmek amacı ile yapılan kötüniyetli azil halinde, azil olmasa idi hekimin elde edeceği kazancın da tazmini gerekecektir. Kemal OĞUZMAN, Nami BARLAS, *Medeni Hukuk*, 15. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008, s. 175.

¹³³ GAUTSCHI, Art. 404, Nr. 17; FELLMANN, Art. 404, N. 56, SARI, a.g.e., s. 147'den naklen.

¹³⁴ SARI, a.g.e., s. 150, 151.

alamaması neticesinde zararı, hem de reddettiği sözleşmeler açısından zararı doğacaktır. Burada tazminat açısından önemli olan husus, başka sözleşmelerin reddedilmesi ile meydana gelen kazanç kaybının tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Bu kaybın, uygun olmayan zamanda yapılan azil sebebi ile meydana geldiğini savunan yazarlar vardır¹³⁵. Bu fikri savunanlara göre, hekimin diğer sözleşmeleri reddetmesindeki amaç ilk sözleşmeye olan güvendir ve uygun olmayan zamanda yapılan azil neticesinde de zarara uğranmıştır. Burada ilk sözleşme olmaması halinde, reddedilen sözleşmenin yapılacağına ispat edilmesi halinde, meydana gelen zararın tazmininin istenebileceği ileri sürülmektedir.

Kanımızca ileri sürülen bu görüş doğru değildir. Zira tazminat yükümlülüğünün doğması için, mevcut sözleşmenin sona ermesi ile zarar arasında bir illiyet bağı gereklidir. Duruma uyarladığımızda, yapılan tekliflerin reddedilmiş olması ile mevcut sözleşmenin azil yolu ile sona ermesi arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu sebeple de reddedilmiş sözleşmeler açısından meydana gelen zararların tazmini mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan hekim sadece bir hasta ile sözleşme yapmış olmayacağı için, sadece bir hastanın sözleşmesinin varlığı nedeni ile ve bu sözleşmeye güvenerek başka sözleşmelerin reddedildiğinin savunulması olanaksız olacaktır¹³⁶. Zira bir hekim, aynı zamanda birden fazla hastaya hizmet verebilmektedir.

b. İSTİFA SEBEBİ İLE

Borçlar Kanunu vekile, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı tanımıştır¹³⁷. Ancak uygun olmayan zamanda yapılan sona erdirmede de, hastanın bundan doğan zararlarının tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun burada, vekaletin sona ermesinden kaynaklanan bütün zararların değil, sadece “istifa hakkının uygun olmayan zamanda kullanılması sebebi ile” meydana gelen zararların tazmin edilmesini gerektiğini vurgulamıştır.

¹³⁵ SARI, a.g.e., s. 151, dñn 55’de sayılan yazarlar.

¹³⁶ SARI, a.g.e., s. 152, 153.

¹³⁷ Sadece hastaya zarar vermek amacı ile yapılan istifa halinde, hekimin sorumluluğu sadece uygun olmayan zamanda istifa kapsamında değil, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecektir. SARI, a.g.e., s. 154.

Hasta ile hekim arasındaki tıbbi müdahale sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde, hastanın bu işi bir başka hekim ile yine yapması gerekeceği açıktır. Burada yeni hekim ile yaptığı sözleşmenin ücretinin, istifa sebebi ile sona eren sözleşmedeki ücretten fazla olması halinde, bu fazla kısmın tazminat kapsamına girip girmeyeceği düşünülebilir. Ancak burada meydana gelen zarar, sözleşmenin istifa sebebi ile sona ermesi neticesinde değil hastanın yeni bir sözleşme yapması neticesinde oluşmuştur. Diğer bir deyişle bu zarar hastanın ifa menfaatine ilişkin bir zarardır¹³⁸.

Diğer yandan, bu halde hastanın yeni bir hekim ile anlaşana kadar arada geçen zamanda uğradığı kayıplar tazminata konu olabilecektir. Zira burada uğranılan zarar, istifa hakkının kullanıldığı zamandan ileri gelmektedir¹³⁹.

Hekimin istifası ile hastanın iş görmeyi devamına güvenerek yaptığı masraflar açısından zararının olup olmadığı da tartışılabilir. Kanımızca, bu yapılan masraflar daha sonra başka bir hekimle sözleşme yapılması halinde kullanılacak aletler vb. için ise burada hastanın zarara uğradığını ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Ancak sadece mevcut sözleşme ile bağlı olan hekimin kullanacağı, başka hekimlerin kullanamayacağı tarzda yapılmış masraflar açısından zararın doğduğu söylenebilir ve bu zararlar da uygun olmayan zamanda istifa ile sona ermiş olan sözleşmeden kaynaklanan tazminat talebinde ileri sürülebilecektir.

2. HIÇ YA DA GEREĞİ GİBİ YAPILMAYAN İFA HALİNDE

Tıbbi müdahale sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, sözleşmeye aykırılık meydana gelmiş olacağını, hekim açısından iş görme borcunun artık sona erdiğini, yeni bir borç olarak tazminat borcunun doğduğunu, TBK. m. 112'ye (BK. m. 96) dayanan bir sorumluluk meydana geleceğini ve borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmez ise borçlunun, kendisinin kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararlarını gidermek zorunda olacağını daha önce belirtmiştik¹⁴⁰.

Kanun anlatımına bakıldığında tazminat borcunun doğabilmesi için, sözleşmenin var ve geçerli olması, sözleşme yükümlülüğünün ihlal edil-

¹³⁸ SARI, a.g.e., s. 154.

¹³⁹ SARI, a.g.e., s. 155.

¹⁴⁰ Bkz. (II-B- Tıbbi müdahale sözleşmesinin iş görme borcunun ifası ile sona ermesi) YÜHFD Cilt: X Sayı: 1 (2013)

mesi, kusurun varlığı, bir zararın meydana gelmesi ve nedensellik bağının bulunması gerekir.

Tıbbi müdahale sözleşmesinden kaynaklanan bir tazminat yükümünden bahsedebilmek için tıbbi meslek kusurunun varlığı gerekir¹⁴¹. Tıbbi meslek kusuru, kast ya da ihmâl biçiminde ortaya çıkabilir¹⁴². Tıbbin teorik ya da pratik alanında genel kabul gören objektif meslek kurallarına uyulmasında gerekli dikkat ya da özenin gösterilmemesi sonucunda huku-

¹⁴¹ Meslek kusuru adı altında yeni bir kavram oluşturmanın gereksiz olduğu da savunulmuştur. Buna göre, böyle özel bir kavram oluşturulmamış olsaydı da hekimi sorumlu tutmak mümkün olurdu. Zira bu kavram altında toplanan olaylar objektif bir şekilde değerlendirilirse özen yükümlülüğünün ihlalden başka bir şey değildir. AYAN, a.g.e., s. 107.

¹⁴² AYAN, a.g.e., s. 107 vd.; Kast halinde zararlı sonucun istenmesi söz konusudur. Bilerek sterilize edilmemiş bir iğne ile enjekte işleminin yapılması sonucu, enjekte edilen hastanın da ilk hastadaki mikrobu kapması buna örnektir. İhmalde ise kusurun yoğunluk derecesine göre ağır ihmâl ya da hafif ihmâl söz konusudur. Bir cerrahın ameliyat bölgesinde kompres ya da pens unutması ağır ihmale, operasyonda kullanılan aletin teknik işlevini görmez derecede bozuk olduğunun eğer dikkatli bir araştırma ile anlaşılabilmesi mümkün ise hafif ihmalden söz edilir. DEMİR, a.g.e., s. 254; "...davalı doktor tarafından davalı hastanede over kisti ameliyatı olduğunu, ameliyat sonrasında şikayetlerinin devam ettiğini, davalı doktorun bu duruma kayıtsız kaldığını, başka doktorlara muayene olduğunu ameliyat önerilmesi nedeniyle yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığını, ikinci ameliyat ile çıkartılan yabancı cisim üzerinde yapılan laboratuvar araştırmasında 4 adet pamuk elyafına rastlandığının tespit edildiğini, davalı doktorun kusuru nedeniyle ikinci ameliyatı olmak zorunda kaldığı..." Yarg. HGK. T. 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129; "Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK.390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) o nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini gözönünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır." Yarg. 13. HD. T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380; Benzer karar, Yarg. 13. HD. T. 08.07.2005, E. 2005/3645, K. 2005/11796; Yarg. 13. HD. T. 25.04.2002, E. 2002/2589, K. 2002/4560 (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

ka aykırı bir eylem meydana gelmiş olur ki, buna tıbbi kusurlu eylem de denilmektedir¹⁴³. Belirtmek gerekir ki, tıbbi komplikasyonlar¹⁴⁴ ile malpraktis¹⁴⁵ durumlar birbirinden farklıdır¹⁴⁶. Komplikasyonlarda, meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin, meydana gelen sonuçtan sorumluluğu olmayacaktır. Malpraktislerde ise, hekimin hukuki sorumluluğu bulunmakta ve tazminat borcu doğmaktadır¹⁴⁷.

Tazminat yükümünden bahsedebilmemiz için gerekli olan bir diğer şart ise, hekimin sözleşmesel borcuna aykırı eyleminden dolayı, hastanın zarar¹⁴⁸ görmüş olmasıdır. Örneğin, ilaçla tedavi edilmesi gereken bir hastanın bu durum hiç değerlendirilmeden hemen ameliyata alınmasında he-

¹⁴³ DEMİR, a.g.e., s. 246; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 147 vd.; “İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.” Yarg. 4. HD. T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541; “Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava doktorun mesleki kusuruna, diğer ifade ile özen hususuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil (Doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. (BK.386,390,321) bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz.” Yarg. 13. HD. T. 09.04.2003, E. 2003/711, K. 2003/4255 (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

¹⁴⁴ “Somut ve objektif ölçülerde önceden öngörülemeyen ve istenilmeyen olumsuz risklere bağlı tıbbi sonuçlar” DEMİR, a.g.e., s. 246; “Tüm hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk oluştururlar. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmazlık nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler, izin verilen risk çerçevesinde kaldığında bunun adı komplikasyondur. Komplikasyonun olduğu hallerde tıbbin yanlış uygulanmasından yani hekim hatasından (malpraktisten) söz edilemez.” Ahmet ÇOLAK, **Hizmet Kusurundan Malpraktis**, Türk Nöroşirürji Derneği Bülteni, s. 50 vd. (<http://www.turknorosirurji.org/pdf/hizmetkusuru.pdf>) Çevrimiçi, 01.12.2011.

¹⁴⁵ “Tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği” DEMİR, a.g.e., s. 246.

¹⁴⁶ ÇOLAK, a.g.e., s. 50 vd.

¹⁴⁷ DEMİR, a.g.e., s. 247.

¹⁴⁸ Zarar, hastanın kişisel ya da malvarlıksal değerlerinde meydana gelen ve tazmin edilmesi gereken maddi ya da manevi azalmalardır. DEMİR, a.g.e., s. 247; Tıbbi müdahalelerden doğabilecek zarar türleri için bkz. ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 103 vd.

kimin teşhis hatası ve tedavi kusuru sonucu gereksiz yere yapılan ameliyata ilişkin masraflar hastanın uğradığı zarar olarak nitelendirilir ve tazminatın konusunu oluşturur¹⁴⁹.

Tıbbi müdahale sözleşmesine dayanan tazminat yükümlülüğünde bahsedilebilmesi için ayrıca, nedensellik bağının da varlığı gerekir¹⁵⁰. Burada hekimin kusurlu eylemi ile hastanın zararı arasında bir neden sonuç ilişkisinin kurulması, tazminat yükümünün doğması için zorunludur. Diğer bir deyişle meydana gelen zarar, hekimin sözleşmeye aykırı ve kusurlu bir eylemi sonucunda meydana gelmelidir¹⁵¹.

Çalışmamızın ana konusu tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi olduğu için, bu sözleşme çerçevesinde yapılması gereken ifanın hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumu ile ilgili olarak bu kadar bilgi verilmekle yetinilmiştir.

1) SONUÇ

Tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği açısından çeşitli tartışmaların bulunduğunu belirtmiştik. Bu tartışmaların toplandığı alanı ise eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi olmuştur. Çalışmamızda da belirttiğimiz gibi kanaatimizce bu sözleşme, bir vekalet sözleşmesidir. İki sözleşme türünün ayrılması açısından en önemli unsur sonuç taahhüdüdür. Eser sözleşmesi sonuç taahhüdü, vekalet sözleşmesi ise sonuç değil sonuç odaklı çalışma taahhüdü içermektedir. Tıbbi müdahale sözleşmesi açısından özellikle estetik ameliyatların eser sözleşmesi niteliği taşıyacağı ileri sürülmüşse de bu müdahalelerin insan vücudunun genel organizmasını etkilediği, bunların başarısının ameliyat olan kişinin genel bünyesine bağlı olduğu ve

¹⁴⁹ DEMİR, a.g.e., s. 248; “Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.” Yarg. 13. HD. T. 14.03.1983, E. 1982/7237, K. 1983/1783; Benzer karar, Yarg. 13. HD. T. 18.03.2008, E. 2007/14545, K. 2008/3803 (www.kazanci.com) çevrimiçi, 01.12.2011.

¹⁵⁰ Nedensellik bağı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Fikret EREN, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 52 vd.

¹⁵¹ DEMİR, a.g.e., s. 248.

doktor açısından taahhüd edilemeyecekleri gerekçeleri ile kanımızca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir.

Bu çalışmada tıbbi müdahale sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi olduğunun belirlenmesinden sonra bu sözleşmenin sona ereceği halleri de belirledik. Buna göre, tıbbi müdahale sözleşmesinin sona erebilmesi için dört durum vardır. Bu sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi, sözleşme taraflarından birinin tek taraflı iradesi ile sözleşmenin sona erdirilmesi, taraflardan birinin ölümü, ehliyetsizliği ya da iflası ve süreli sözleşmelerde sürenin bitmesi ile sözleşmenin sona ermesi halleridir.

Borcun gereği gibi ifa edilmiş olması halinde bu sözleşmenin sona ereceği açıktır. Bazı hallerde borç gereği gibi ifa edilmiş olmasına rağmen, sözleşme ile yönelinen sonuca ulaşılmamış olabilir. Ancak, tıbbi müdahale sözleşmesinde hekimin bir sonuç taahhüdü bulunmamaktadır. Hatta böyle bir sonuç taahhüdü olsa bile bunun kabulü mümkün değildir. Bu sebeple de borç gereği gibi ifa edildi ise yönelinen sonuca ulaşıp ulaşılamamasının bir anlamı olmayacak ve sözleşme sona ermiş olacaktır.

Borçlar Kanunu'na göre vekalet sözleşmesinde taraflar her zaman tek taraflı iradeleri ile bu sözleşmeyi sona erdirebilirler. Ancak uygun olmayan zamanda sona erdirilen sözleşme neticesinde karşı tarafın uğradığı zararın karşılanması gerekmektedir. Burada “uygun olmayan zaman” kavramından ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Kanımızca “uygun olmayan zaman” kavramından anlaşılması gereken, sözleşmenin karşı tarafı için zarar meydana getirebilecek zamandır. Zira buradaki uygun olmama hali karşı taraf açısından irdelenecek bir husustur. Tazminata konu olacak zarar ise kanımızca menfi zarardır. Zira burada sözleşmenin sona erme neticesinde karşı tarafın uğradığı zararların giderilmesi amaçlanmıştır.

Tıbbi müdahale sözleşmesi hasta ile hekim arasında kurulan bir sözleşmedir. Buna göre taraflardan birinin ölümü ile bu sözleşmenin sona ereceği açıktır. Ölüme benzer hallerin de (örneğin gaiplik) bu şekilde değerlendirilmesi gerekir. Ancak vekalet sözleşmesinde taraflardan birinin ehliyetsizliği ya da iflası halinde de sözleşmenin sona ereceği hükmünün tıbbi müdahale sözleşmesi açısından bazı istisnaları olması gerektiğini düşünmekteyiz. Tedavi edilmekte olan bir hastanın ehliyetini kaybetmesi halinde, sözleşmenin sona erdiği gerekçesi ile tedavinin yarıda bırakılması tıp etiği ile de bağdaşmayacaktır. Aksinin kabulü halinde, ehliyetsiz kim-

selerin tedavi olamaması gibi bir durum karşımıza çıkar ki bu da arzu edilen amaca uygun olmaz. Ehliyetsiz kişilerin haklarının kanuni temsilci ile kullanılabilirdiği düşünüldüğünde, kanuni temsilci nasıl yeni bir tıbbi müdahale sözleşmesi yapabilecekse, zaten var olan mevcut sözleşmeyi de devam ettirebilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Hekimin, sonradan tam ehliyetsiz hale gelmesi durumunda, tıbbi müdahale sözleşmesi sona erecektir. Sınırlı ehliyetsiz bir durumda iken ise hekim, sözleşme konusu ifayı yapmaya hala ehil bile olsa, hekimin sınırlanması hasta açısından hekime olan güveni sarsabileceğinden, kural olarak sona erme sebebi sayılması gerekir. Hastanın iflası halinde bu sözleşmenin sona ermesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira iflas ile birlikte hasta bu sözleşme için var olan yükümlülüklerini yerine getiremeyecektir. Ancak işin mahiyetinin bu sözleşmenin devamını gerektirdiğinin hasta tarafından kanıtlanması halinde sözleşmenin sona ermeyeceği söylenebilecektir. Hekimin iflası halinde ise, işin niteliği gereği bu ilişkinin sona ermeyeceği kabul edilmektedir, ancak bu açıdan değerlendirdiğimizde hekimin iflas etmesi, hastanın ona karşı olan güvenini sarsabilir. Bu sebeple de hekimin iflas etmesi hali, sözleşmeyi doğrudan sona erdirmese bile hastanın onu azletmesi için haklı bir sebep oluşturabilmektedir. Tedavinin kapsamının ve süresinin önceden belirli olduğu tıbbi müdahalelerde (fizik tedavi vb.) ise, bu sözleşme, sürenin bitimi ile sona erecektir.

Sona ermenin hüküm doğurmaya başladığı an açısından da bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre, sözleşmenin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesinde, bu irade beyanının karşı tarafa ulaşması ve karşı tarafın bu beyanın içeriğini öğrenmesi gerekir. Karşı taraf bu beyanın öğrenilmemesi hususunda kusurlu ise karşı tarafa varan beyan sona erme için yeterli olacaktır. Ölüm halinde ise, ölüm anının sözleşmenin sona ermesi anı olarak kabul etmek gerekecektir. İflas açısından, bunun hüküm doğurması iflasın kararının verildiği anda mümkün olacaktır.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi ile tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan borçlarının da ne olacağı hususu önemlidir. Hekimin bu sözleşme ile yüklendiği ana borç, iş görme borcudur. Sözleşmenin sona ermiş olması ile birlikte hekimin iş görme borcu da sona erecektir. TBK. m. 508'e göre hekim, hastanın isteği üzerine, yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlüdür. Hekimin, iş görme sözleşmesini sona ermesi ile birlikte, hastanın talebi üzerine mevcut tıbbi müdahale sözleşmesi çerçevesinde

bilgi ve hesap vermesi gerekir. Ancak hekimin bu aşamada hastaya bilgi ve hesap vermiş olması, hastanın bunu daha sonra tekrar istemesine engel teşkil etmeyecektir. Bunun sınırını TBK. m. 147/5 hükmüne göre vekalet sözleşmesi için zamanaşımı süresi belirler. Bu süre beş yıldır. TBK. m. 508'e göre hekim, vekalet sözleşmesi kapsamında hastadan aldıklarını geri vermelidir. Hekim bazen tedavinin özelliği gereği olarak hastadan bazı alet vb. şeyleri almış olabilir. Bu halde hekim mevcut tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi ile beraber aldıklarını iade etmelidir. Tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermiş olması, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Zira sır saklama yükümlülüğü sadece sözleşmenin devamı ile sınırlı değildir. Hekimin bir iş görme borcunu belli bir süre ifa etmesi halinde bir ücret alacağının doğacağı açıktır. Buna göre sözleşmenin sona ermesi ile hekim o ana kadar olan iş görmesinden doğan bir ücret alacağı bulunmaktadır. Ayrıca hasta, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte hekimin tedavi amaçlı olarak yaptığı masrafları da karşılamak zorundadır.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde bazı hallerde tazmin borcu doğacağı çalışmamızda açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, sözleşmenin azil ya da istifa neticesinde sona ermesi halinde kanun "uygun olmayan" zamanda yapılan azil ya da istifada karşı tarafın uğradığı zararın karşılanması gerektiğini belirtmektedir. Burada "karşı tarafın uğradığı zarar" kavramından ne anlaşılması gerektiği, diğer bir deyişle tazmin kapsamına hangi zararların gireceğinin belirlenmesi gerekecektir. Hekimin iş görme borcunun karşılığı olarak elde edeceği ücret kanımızca bu tazminat alacağının içine girmeyecektir. Zira hekim, azil ya da istifa anına kadar olan ücret alacağına zaten hak kazanmıştır. Bunun dışında hekimin yaptığı bilimsel araştırmalar, deneyler olması halinde bunların faydasız kalması neticesinde bir tazmin hakkı olacaktır. Eğer hekim tıbbi müdahale sözleşmesinin ifası açısından bir masraf yapar ise hastanın bunları karşılaması gerekecektir. Bu tür masraflarda tazmin borcu kapsamında değerlendirilecektir. Hekim hasta ile arasındaki ilişkiye güvenerek başka sözleşmeleri reddetmiş olabilir. Ancak kanımızca bu sözleşmelerin reddedilmesinden dolayı bir tazminat hakkı doğmayacaktır. Zira tazminat açısından önemli olan husus, başka sözleşmelerin reddedilmesi ile meydana gelen kazanç kaybının tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Tıbbi

müdahale sözleşmesi kapsamında yapılan tekliflerin reddedilmiş olması ile mevcut sözleşmenin azil yolu ile sona ermesi arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu sebeple de reddedilmiş sözleşmeler açısından meydana gelen zararların tazmini mümkün olmayacaktır. Ayrıca, hastaya yoğun bir bağlılığı bulunmayan hekim açısından sadece bir sözleşmenin varlığı nedeni ile diğer sözleşmelerin reddedildiği fikrinin ileri sürülebilmesi de kanımızca doğru olmayacaktır. Zira bir hekim, aynı zamanda birden fazla hastaya hizmet verebilmektedir.

Kanun hekimin uygun olmayan zamanda istifası halinde de hastanın bundan doğan zararlarının tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun burada, vekaletin sona ermesinden kaynaklanan bütün zararların değil, sadece istifa hakkının uygun olmayan zamanda kullanılması sebebi ile meydana gelen zararların tazmin edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Burada hastanın, yeni hekim ile yaptığı sözleşmenin ücretinin, istifa sebebi ile sona eren sözleşmedeki ücretten fazla olması halinde, bu fazla kısım tazminat kapsamına girmeyecektir. Zira, burada meydana gelen zarar, sözleşmenin istifa sebebi ile sona ermesi neticesinde değil hastanın yeni bir sözleşme yapması neticesinde oluşmuştur. Ancak, bu halde hastanın yeni bir hekim ile anlaşana kadar arada geçen zamanda uğradığı kayıplar tazminata konu olabilecektir. Zira burada uğranılan zarar, istifa hakkının kullanıldığı zamandan ileri gelmektedir. Hekimin istifası ile hastanın iş görmenin devamına güvenerek yaptığı masraflar açısından da zararının meydana geldiği düşünülebilir. Kanımızca, bu yapılan masraflar daha sonra başka bir hekimle sözleşme yapılması halinde kullanılmayacak aletler vb. için ise burada hastanın zarara uğradığını söylemek mümkündür.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde hekimin iş görme borcu sona erecek ve yeni bir tazminat borcu meydana gelecektir. Artık burada TBK. m. 112'ye dayanan bir tazminat borcu söz konusu olacaktır.

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası

C.	: Cilt
ev.	: Çeviri
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İK.	: İcra İflas Kanunu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFEÖYVY. :	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eği- tim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını.
K.	: Karar
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
Vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

AKİPEK, şebnem: Alt Vekalet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

AKKANAT, Halil: Hastaneye Kabul Sözlüşmesinin Görünüm Tarz-
ları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 25-41.

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş
7. bs. ,Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk,
Ankara, Kazancı Yayınları, 1991.

BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeni İle Cezai Sorumlu-
luğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

ÇOLAK, Ahmet: Hizmet Kusurundan Malpraktise, Türk Nöroşirürji Derneği Bülteni, s. 50 vd.

(<http://www.turknorosirurji.org/pdf/hizmetkusuru.pdf>) Çevrimiçi, 01.12.2011.

DEMİR, Mehmet: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>), Çevrimiçi, 01.11.2011.

DURAL, Mustafa, Suat SARI: Türk Özel Hukuku, C. I, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Basım Yayın, 13. bs., 2011. (Borçlar)

ERMAN, Hasan: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, İÜHFÖYVY., 1998, s. 143-155.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

HATEMİ, Hüseyin, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

İPEKYÜZ, Filiz Yavuz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

KAZANCI İçtihat Programı: www.kazanci.com, Çevrimiçi, 01.12.2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 4. bs., 2008.

KÖTELİ, M. Argun: Hizmet Aktini İstisna ve Vekalet Akitlerinden Ayırıcı Kıstaslar Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Barosu dergisi, 1985/1-3, s. 80-88.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr