



Yıl: 47 Sayı: 120

Nisan-Mayıs-Haziran 2022

Bursa Barosu

DERGİSİ

AVUKATSIZ ADALET OLMAZ



ADALET
DEVLETİN
TEMELİDİR

Bağımsız
Yargı, Özgür
Savunma

Geleceğin Modern Bursa'sında **bizim harcımız var**



BURSA BETON

444 16 22

www.bursabeton.com.tr

[bursabeton](https://www.facebook.com/bursabeton)

[bursabeton](https://www.instagram.com/bursabeton) [bursabeton](https://www.youtube.com/bursabeton)

Genel Müdürlük: Hacı İsmail Mah. Gökbaşı Hanın B10/106 BURSA
FAX: 224 210 84 84 GSM: 534 570 87 7001 7402



HAZİRAN 2022

içindekiler

3 Başkan'dan...

6 Gurur Tablosu - 25 yıllık avukatlara plaket verildi

10 5 Nisan Avukatlar Günü etkinlikleri
Kokteyllle coşkulu kutlama
Öztoşun: Düşme iliklmeyeceğiz, boyun eğmeyeceğiz

15 19 Mayıs ruhu geleceğimizi aydınlatıyor

16 Barolardan, avukatlık asgari ücret ve CMK ücret tarifleriyle ilgili ortak açıklama

19 Bursa Barosu'ndan yüzde 9'luk yasal faize iptal davası

20 Gezi Davası kararı, yargının utancıdır

21 Bursa Valiliği'nin hertürlü etkinliği 7 gün yasaklaması temel insan hakları ihlalilidir



22 Cumhurbaşkanı, ayrımcı nefret söylemiyle suç işlemiştir

24 Anayasa ve insan haklarına aykırı sansür yasasına hayır

26 Adil, demokratik, laik hukuk düzeni kurulana kadar mücadeleyi sürdüreceğiz

27 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü: Hukukun egemen olduğu, eşit, özgür, adil bir Türkiye umuduyla...

28 İstanbul Sözleşmesi Davası: Sizin vicdanınızdan başka sığınacak yerimiz yok

30 Soma'yı unutmayacağız, unutturmayacağız

31 Marmara Denizi'ne hançer girişimine dava

32 Baro Orkestrası Esas'dan muhteşem konser

33 Türk Müziği Korosu pandemi sonrası coşturdu

34 Rafting heyecanı

36 Satranç Turnuvası şampiyonlarına kupa
Gazeteci-Yazar, Milletvekili Ahmet Şık, söyleşi konuğuydu

37 Ressam avukatlar yeteneklerini sergiledi

38 DENEME: Manasız iç çekişler girdabı - Av. İlker Güner

39 ŞİİR: Papatya Sahili - Av. Semih Kılıç
BaharYosma - Av. Temindar Hasanhanoglu

26 ŞİİR: Umut doktoru - Av. Oğuzhan Seymen
Ümitsizlik - Av. Mehmet Yaşar



Bursa Barosu

Yıl: 47 Sayı: 120
Nisan-Mayıs-Haziran 2022
Yerel Süreli Yayın (3 Aylık)

İmtiyaz Sahibi
Bursa Barosu adına
Av. Metin ÖZTOSUN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Nazlı Ceren Şendoğan

Editör-Sayfa Tasarımı
İhsan Bölük

Baskı
Dizgi Ofset
Matbaacılık ve Cilt Sanayi
Matbaacılar Sitesi, Dizgi Cad.
No. 6 - KONYA
Tel: 03323420742
Faks: 03323420005
dizgioffset@yahoo.com

Yayıncı / Yönetim
Bursa Barosu Başkanlığı

Kıbrıs Şehitleri Cad.
Adalet Sarayı
G-Blok Kat: 1
Osmangazi
BURSA

Tel: 444 50 99
0224 251 66 06

Faks: 0224 251 62 49

basin@bursabarusu.org.tr

Bursa Barosu Dergisi, Bursa Barosu Başkanlığı tarafından T.C. yasalarına uygun olarak yayımlanmaktadır. Bursa Barosu Dergisi'nin isim ve yayın hakkı Bursa Barosu Başkanlığı'na aittir. Yayımlanan yazı, fotoğraf ve konuların her hakkı saklıdır ve tüm sorumluluğu eser sahiplerine aittir. İzin alınmadan alıntı yapılamaz. Reklamların sorumluluğu reklam verenlere aittir. Bursa Barosu Dergisi, Basın Meslek İlkeleri'ne uymaya söz vermiştir.

makaleler

41

MAKUL SÜREDE YARGILAMA
Av. Ali HASDEMİR

45

"TAKİBİN KESİNLEŞMESİNDEN SONRAKİ
DÖNEMDE"

ZAMANAŞIMI NEDENİYLE ALACAĞIN GERİ
BIRAKILMASINA KARAR VERİLMESİ HANGİ
KOŞULLARDA MÜMKÜN OLUR?

Av. Talih UYAR

57

ANONİM ORTAKLIKLARDA PRİMLİ PAYLAR
Av. Rabia ÇAPUTCU

62

YENİ BİR VERGİ UYUŞMAZLIĞI ÇÖZÜM YÖNTEMİ
OLARAK İZAHA DAVET

Av. Mehmet YILDIRIM

70

MARKA UYUŞMAZLIKLARINDA GEÇİCİ HUKUKİ
KORUMALARDA İSPAT ÖLÇÜSÜ

Av. Abdüssamed KAHRAMAN

83

TEHİRİ İCRA ALABİLMEK İÇİN İCRA DAİRESİNE
YATIRILAN NAKİT TEMİNATIN NEMALANDIRILMASI

Av. Sedat GÖKDEMİR

85

ULUSLARARASI HAVA YOLU İLE YOLCU TAŞIMA
SÖZLEŞMELERİNDE MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ
VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNE GÖRE
YORUMU

Av. Duygu APAYDIN

94

FLÖRT EYLEMLERİNİN CİNSEL TACİZ SUÇUNDAN
AYRIMININ YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Asya AKIN ÇELİKER

98

BOŞANMANIN ÇOCUKLAR AÇISINDAN
SONUÇLARI - BOŞANMADA VELÂYET VE ORTAK
VELÂYET HUSUSUNUN OLAN VE OLMASI GEREKEN
HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Funda ŞAHİN

115

BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR
PROGRAMLARINDA ARAMA, KOPYALAMA VE EL
KOYMA (CMK MADDE 134)

Stj. Av. Aykut YAVUZ

Başkan'dan...

Av. Metin Öztosun

*İnsanlarda tek sıcak kanun,
üzümden şarap yapmaları,
kömürden ateş yapmaları,
öpücüklerden insan yapmalarıdır.*

*İnsanlarda tek zorlu kanun,
savaşlara, yoksulluğa karşı
kendilerini ayakta tutmaları,
ölüme karşı yaşamalarıdır.*

*İnsanlarda tek güzel kanun,
suyu ılık yapmaları,
düşü gerçek yapmaları,
düşmanı kardeş yapmalarıdır.*

*Hep var olan kanunlardır bunlar,
bir çocukcağzın tâ yüreğinden başlar,
yayılır, genişler, uzar gider
tâ akla kadar.*

Paul Eluard



Değerli meslektaşlarım;

Hukukun üstünlüğüne yönelik hiç bitmeyen itiraz ve mücadelemizi biliyorsunuz.

Yüzyıllardır devam eden ve bizim de sürdürdüğümüz bu mücadele tüm insanlarımız, dünyamız ve elbette meslektaşlarımız için...

Hukuk hepimizin üstüne tüm yaşamımızı kurduğumuz sosyal bir zemin. Sabah kalkıp musluğu açtığımızda, ocağı yaktığımızda, elektrik düğmesini çevirdiğimizde, cep telefonu ile internete bağlandığımızda, orada bir şey paylaştığımızda, bakkalda alışveriş yaptığımızda, arabamıza veya metroya bindiğimizde vs vs... Her gün farkında olarak veya olmadan onlarca hukuki işlem ve eylem yapıyoruz. Ve bizler de her anımıza yayılmış bu hukuka ait alanlarla ilgili karşılaşılan sorunları çözmekle uğraşan bir meslek dalıyız.

Mesleğimizi yaparken de genellikle yasama ve yürütme organı tarafından yaratılan hukuk metinlerinin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili faaliyetlerde bulunuyoruz.

Hukuk yaratan bu alanların politik yerler olduğu malumunuz... O sebepten hukuk yaratan tüm

metinler aslında politik metinler... Onu yaratanların politik bakış açılarını da yansıtıyor bu metinler...

Bizler biliyoruz ki, yasalar, hukuku gerçekleştirme aracı... Ancak bu yasalar her zaman hukuka uygun olmayabiliyor veya hukuka uygun yorumlanmayabiliyor. Yasalar bazen belirli kişi ve grupları koruyabiliyor. Ya da yasalar belirli kişiler ve gruplar lehine yorumlanıp onlar lehine uygulanabiliyor. Yani kısacası hukuk zemini dediğimiz alan "bağımsız ve tarafsız yargı" tarafından hukukun üstünlüğü çerçevesinde kontrol edilmezse o zaman hukuk dediğimiz şey gücün elinde araçsallaşıyor...

O yüzden tüm hukuksal işlemlerinin insan onuruna, özgürlüğüne, emeğe, anayasal ve evrensel haklara uygun olması, yani hukukun üstünlüğünü sağlamak için yargının tek bağımsız ayağı olan avukatların örgütü barolar olarak çabalıyoruz.

Peki hukuk üstün olmazsa mesleğimizi yapabilir miyiz? Mesleğimize ait tüm haklarımızı koruyabilir miyiz? Buna vereceğimiz yanıt elbette olumlu olamaz.

Hukukun üstün olmadığı "üstünlerin" kendi hukuklarını yarattığı bir yerde hukuku koruma

MAKALE

mücadelesi veren, gerektiğinde devletin de hukuka uygun davranmasını sağlamaya çalışan hukukçuların da bir değeri ve etkinliği olmayacaktır.

Zaten bunun için de "efendisi olmayan avukatların" boyun eğmesi için son 20 yılda artan bir şekilde mesleğin aleyhine onlarca gelişme yaşanmıştır. Bu gelişmelerin en büyük amacı avukatların salt meslek alanına sıkıştırılarak çıkartılan "yasa" neyi emrediyorsa ona uymaları ve üstünlerin yarattığı hukuka ses çıkarmamalarıdır. Bunu gerçekleştirmek için de 2002'de 24 civarı olan hukuk fakültesi, 2021 itibarıyla 84'e çıkartılmış, bu sayede 2002 yılında 46.552 olan avukat sayısı 2021 yılı sonunda 160.651'e çıkmıştır.

Türkiye nüfusunun 2002'de 66 milyon, 2021 sonunda 84 milyon olduğu dikkate alındığında, yıllık milli gelir ve büyüme oranlarına bakıldığında, bu gelişmelere sessiz kalınmamasına ve sürekli itiraz edilmesine rağmen, bu itirazları sürekli "politik" diye nitelendiren iktidar sahiplerinin bu itirazlara kulak tıkanmasının da bu savımızı desteklediği aşikardır.

İtiraz ettiğimiz tüm bu hukuk politikaları sonucunda; Avukatlara yönelik saldırılar vahim boyutlara ulaştı. Bağımsız savunmayı temsil eden avukatlar yok sayılmaya, yargının kurucu unsuru olduğu unutturulmaya çalışıldı. Gerek yasal düzenlemeler gerekse fiili uygulamalarla meslek artık icra edilemez hale getirildi...

Baroların büyük çoğunluğunun muhalefetine rağmen hiç kimseye sormadan bir gece yarısı kararnamesi ile açılan hukuk fakültelerinin yarattığı nicelik sorununa eklenen nitelik sorunları ile beraber mesleğimiz büyük bir maddi ve sosyal kriz içine sürüklendi. Bağlı çalışan avukatlar düşük ücretlere mahkum edildi, iş güvencesinden yoksun bırakıldı.

Stajını bitiren meslektaşlarımızın büyük çoğunluğu ofis açamaz, açsa da yürütemez hale geldi. (Bursa

Barosu'nda Barohan gibi projelerle gençlerimize umut ve destek olmaya çalışmaktayız. Ancak sorununun büyük ve bu sorunu yaratanların da bu kadar hukuk fakültesi açanlar olduğu için, çözüm bulması gereken de bizatihi bu sorunu yaratanlarda olduğu da gözden kaçmamalıdır.)

Yıllardır tüm çabalarımıza rağmen biriken sorunlara çözüm bulmak yerine avukatı iş yaparken daha da etkisizleştiren, gerek adliye gerekse tapu, nüfus müdürlüğü gibi kamu makamlarında kısıtlamalar ve uygulamalarla avukatı adliye ve işlev dışı alana iten bir anlayışla mücadele etmek zorunda kalmaktayız.

Avukatlık asgari ücret tarifesinin 9'da biri gibi ücretlere CMK zorunlu müdafiliği yapmak durumunda bırakılan meslektaşlarımız, bir de tek duruşmaya giremedi diye soruşturma ve kovuşturma baskısı altında bırakılmaktadır.

Üstelik devlet tarafından barolara gönderilen adli yardım ve CMK ödeneklerinin yeniden değerlendirme oranında artmasını beklerken pandemi gerekçe gösterilerek % 5 kısıntıya gidilmiş, avukatlık ücretlerinin % 25 artması sebebiyle avukatlar geçen yıla göre % 30 daha işsiz, vatandaşımız da hak arama güvencesinden daha çok yoksun bırakılmıştır.

Öte yandan avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği de gün geçtikçe aşındırılmaktadır. Temelinde "savunma hakkı" ve "hak arama özgürlüğü" olan avukatlık, toplumsal sorunlar ve etik değerlerden daha çok piyasa kuralları öne çıkarılarak yeniden yapılandırılmaktadır. Halkın yargıya erişim ve adil yargılanma hakkı da bu şekilde ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

Benzeri birçok sorun, bunları yaratan siyasi irade tarafından yasal ve ekonomik düzenlemelerle çözülemediği veya çözülmek istenmediği boğucu ve yakıcı bir ortam sebebiyle her ay bir meslektaşımıza yapılan saldırı veya bir meslektaşımızın intihar haberi



ile karşı karşıya kalmaktayız.

Avukatlar; hak arama özgürlüğünün, savunma hakkının ve hukuk devletinin en temel güvencesidir. Her fırsatta dillendirdiğimiz üzere bağımsız savunma, halkın savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının güvencesidir. Avukatların tam bir özgürlük, bağımsızlık ve geçinme kaygısı olmadan mesleğini icra edemediği, yargılama faaliyetine katılamadığı bir ortamda bağımsız ve tarafsız yargıdan, adil bir yargılamadan ve adil bir devlet düzeninden söz edilemez.

Ancak herkes bilmelidir ki tüm bunlara rağmen hukukçu-avukat, adaletsizliğe, hukuksuzluğa tüm gücüyle itiraz eden kişidir. Onun karakteri uzlaşsı üzerine kurulamaz. Çünkü "haksızlıkla uzlaşsı" adaletsizliğe kısmen de olsa boyun eğmektir.

Bu haksızlıklara boyun eğmemek ve haklarımıza sahip çıkmak için 7 Temmuz 2022 günü eyleme hazırlanırken meslektaşımız Av. Servet Bakırtaş'ın ofisinde katledilmesi üzerine yönetim kurulumuzun çağrısı ve meslektaşlarımızın yoğun katılımı ile "duruşmalara girmeme" ve adliye bahçesinde oturma eylemi yaptık. İki gün süren bu eylemlerde CMK OCAS'da pasif konuma geçerek CMK'da iş yavaşlatan ve ilgili makamlara sorunlarımıza bizzat sahip çıkıldığını göstermeleri sebebiyle meslektaşlarımıza teşekkürlerimi sunarım. İlk gün % 90 civarı olan bu pasife alma durumu ikinci gün % 100 oranına ulaşmıştır. Bu aşamada gözaltı sürelerinin uzamaması için yönetim kurulu üyelerimizle birlikte gönüllü ve ücretsiz olarak benzer durumlar ile sınırlı olmak üzere görevlendirmeleri bizzat üstlendik.

Bu eylemlerimizden hemen önce Adalet Bakanlığı'nda yapılan ve TBB başkanı ve bazı baro başkanlarımızın yer aldığı görüşmede; CMK ücret tarifesini ve Av.K.168. madde kapsamında yılda bir kez

açıklanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi başta olmak üzere birçok yakıcı problemlerimiz konuşulmuş ve çözüm önerilerimiz dile getirilmiştir. 1 Eylül'e kadar sorunlarla ilgili müzakere süreci yürütülmesine karar verilmiştir.

Müzakere sürecinde TBB adına müzakereleri yürütecek olan temsilcilerimize destek olmak için de TBB de Baro başkanları ile ortaklaşacağımız kademeli eylemler planlamaktayız.

Müzakere sürecinin lehimize veya aleyhimize seyrine göre değişiklik gösterecek ve en son kullanılacak olan CMK ve Adli yardım görevlendirmelerinin tamamen ve süresiz durdurulması dahil tüm demokratik tepkiler başkanlığımızca hiç bir çekinme olmadan kullanılacağından da hiç kimsenin şüphesi olmasın.

Meslektaşlarımız emin olsunlar ki bizlere reva görülen bu kadere boyun eğmeyeceğiz, hiçbir adaletsizliğe karşı susmayacağız, bizi itibarsızlaştırmaya çalışanlarla, kriminalize edenlerle uzlaşmayacağız, geri adım atmayacağız. Hepimiz biliyoruz ki bazıları bu cübbelere ilik açmaya çalışsa da biz cübbelerimizi kimsenin önünde iliklemeyeceğiz.

Şimdiye kadar bizim ne efendimiz oldu ne de kölelerimiz... Bundan sonra da olmayacak. Tüm bu sebeplerle "Avukatsız adalet olmaz" diyoruz. Avukatların tüm haklarını alıncaya kadar, ülkemizde gerçek bir adalet düzeni, gerçek bir hukuk devleti kuruluncaya kadar da mücadelemizi sürdüreceğimizi bir kez daha tekrarlıyor, "hak kuvvetten üstündür" diyoruz.

Bu mücadeleyi sürdürürken gereken desteği bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da vereceğinizi biliyor, sizlere bir nefeslik yürek, bir telefon mesafesinde olduğumuzu hatırlatarak hepinize saygılarımı sunuyorum.



GURUR

25 yıllık avukatlar



Bursa Barosu, avukatlık mesleğinde 25 yılını dolduran avukatlara plaket verdi. Podyum Davet'te düzenlenen törene, Bursa Barosu önceki başkanları Av. İsmail Hakkı Acar, Av. Ali Arabacı ve TBB Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun da katıldı.

Törende plaketleri Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri ve baro önceki başkanları verirken, Başkan Öztosun meslektaşlarına hitaben konuşmasına, Melih Cevdet Anday'ın "Sis Çanı" şiiriyle başladı. -->

TABLOSU

yemin tazelediler



**"Uyuyamayacaksın
Memleketin hali
Seni seslerle uyandıracak
Oturup yazacaksın
Çünkü sen artık o sen değilsin
Sen şimdi ıssız bir telgraphane gibisin
Durmadan sesler alacak
Sesler vereceksin**

**Uyuyamayacaksın
Düzelmeden memleketin hali
Düzelmeden dünyanın hali
Gözüne uyku giremez ki...
Uyuyamayacaksın
Bir sis çanı gibi gecenin içinde
Vakur, metin, sade
Çalacaksın..."**



25 yılı aşkın bir süredir. Bir sisi çanı gibi adalet talep eden siz sevgili meslektaşlarım. Meslekteki 25. yılınızı en içten duygularımla kutluyorum.

Dünyanın en onurlu mücadelesiyle, hak arama savaşıyla geçen çeyrek asırlık tecrübelerinizi saygı ile selamlıyorum.

Güçsüzlerin gücü, dilsizlerin dili, hak ve adalet yolunun yorulmaz yolcusu avukatların her günü, her dosyası birbirinden zorlu, birbirinden sıkıntılı... Buna rağmen her defasında yenilenen mücadele ruhuyla sadece bireylerin haklarını elde etmesinde değil bu sayede ülkemizin çağdaş hukuk normlarına ulaşması yolunda verdiğiniz mücadele dolu 25 yıl her türlü takdirin üzerindedir.

Bursa Barosu'nun, ülkemizin her döneminde hukukun üstünlüğünden ödün vermeden yürüttüğü mesleki mücadelenin de bir üyesi, yürütücüsü ve icracısı olduğunuz için sizi ayrıca kutluyor;

Şimdi 25. yılınızda, mesleğe yeni başladığınız günlerdeki heyecan, umut ve bu kez değeri hiç bir şeyle ölçülemeyecek tecrübenizle yeni mücadelelere hep beraber sağlıklı huzurla devam etmeyi arzu ediyorum. İkinci 25 yılda tekrar bir arada olmak dileğiyle hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.







Avukatlar Günü'ne coşkulu kutlama

5 Nisan Avukatlar Günü kutlamaları Bursa Barosu'nda erken yapıldı. 31 Mart'ta meslekte 25 yılını dolduran avukatlara plaket töreninin ardından düzenlenen kokteylde pasta kesildi, Cumhuriyet Marşı okundu.





Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Avukatlar Günü pastasını, TBB Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun, yönetim kurulu üyeleri ve kokteyle katılan sivil toplum örgütlerinin temsilcileriyle birlikte kesti.

Hakimlerin de katıldığı kokteylede meslektaşlarına hitap eden Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, "Balık için su ne ise savunma için özgürlük odur demiş Sokrates... Evet o sebeple adaletin sağlayıcılarından olan bizlerin savunma yapabiliyor olması bizim özgürlüğümüzdür. Bu özgürlüğü kullanmıyor veya kullanılmıyorsa, giydiğimiz cübbelerin içine hapsolmuş vicdanlardan başka bir şey değildir" dedi. Öztosun şöyle devam etti: "Bu özgürlüğümüz aslında temsil ettiğimiz halkımızın da özgürlüğüdür. Eğer mahkemelerde yeterince ve özgür savunma yapabiliyorsak o zaman adil bir yargılamadan söz edilebilir ve o zaman gerçek manada adalet tesis edilebilir. Eğer savunma haklarımız kısıtlanır ve bu haklarımızı güvence altına alan hukuk kuralları hiçe sayılırsa adil bir yargılamadan ve sonuçta adaletten söz etmemiz mümkün olmaz.

Çünkü evrensel hale gelmiş, anayasamızda ve yasalarımızda da yer alan bu kurallar insanlığın ortak acıları üzerine kurulmuş ve bu acılar bir daha yaşanmasın diye oluşmuş ve kabul görmüş kurallardır. Bu kuralların hiçe sayılması aynı acıların bir daha yaşanmasını sağlar. Ve eğer bu kurallar hiçe sayılırsa vatandaşın hakkını arayan yargılama dosyaları içine insan kokusunu iliştiirmeye çalışan avukatlar vatandaşın hakkını arayamaz hale gelir. Avukatlar da duruşmalarda sadece duran, dikilen adamlara dönüşür. O yargılamalar da adaletten uzaklaşır.

Her yerde mahkemeler vardır ancak özgür bağımsız savunma varsa ve ona kulak kabartılıyorsa orada

gerçek adalet vardır. Ve adalet ortadan kalkmaya başlarsa şafağı bir türlü sökmeyen bir gece çöker. Ama avukatlar böyle adaletsiz gece karanlıklarında da adalet için ortalıklarda olmalıdır.

Avukatlar adalet aranan her yerde olmalıdır. Adalet aç insanların adalet duygusunun doyurulacağı bir kavga nerede ise avukatlar orada olmalıdır. Nerede kolluk birini dövse, eziyet etse avukat orada olmalıdır. Nerede devlet dersinden yara almış biri varsa avukatlar orada olmalıdır. Nerede hukuksuz, vicdansız bir yargılama izi varsa avukatlar orada olmalıdır. İnsanların tüm haksızlığa haykırıışlarında avukatlar orada olmalıdır. Mücadeleden sonra adalet kavuşmuş insanların gülüşlerinin yanı başında avukatlar olmalıdır. İşte bu mücadeleyi veren tüm meslektaşlarımın hukuk ve hak mücadelesini ve avukatlar gününü kutluyorum. Ve sözlerimi Bertolt Brecht'in çok sevdiğim bir şiiri ile bitirmek istiyorum. *Böylesi çok iyi değiştirmeyelim hiçbir şeyi Bunu mu diyelim güle oynaya?*

Bardağı görelim de ölmeyi mi seçelim susuzluktan? Boşunu mu alalım dururken dolu bardak? Soğukta oturup kalmışlar vardır hani hani bir şey istemeyen kişiler onlar gibi mi yapalım onlar gibi

Biz dışarda kalsak mı diyelim hoş olsun diye şu bayların gönlü bize günlük nafakamızı veren hani şu... Bizce en iyisi kalkmak yeter artık demektir vazgeçmemek için kırıntısından bile yaşamının karşı çıkmaktır var gücümüzle acıyı doğuranlara yaşanır hale getirmektir dünyayı bütün insanlara. Katılımınız için tüm konuklara teşekkür ediyor sevgi ve saygılarımı sunuyorum."

Kokteylde, Bursa Barosu Orkestrası da konser verdi.

"DÜĞME İLİKLEMEDİ"



5 Nisan Avukatlar Günü, Bursa Barosu'nca Adalet Sarayı bahçesindeki Atatürk Anıtı önünde düzenlenen törenle kutlandı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, "Avukatsız adalet olmaz. Ülkemizde gerçek bir adalet düzeni, gerçek bir hukuk devleti kuruluncaya kadar da mücadelemizi sürdüreceğimizi bir kez daha haykırıyor, dün olduğu gibi bugün de hak kuvvetten üstündür diyoruz" dedi.

Avukatlar Günü kutlamasına Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Gökhan Şen, Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanı Ömer Gülmüş, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun ile Bursa Barosu kurul üyeleri ile katıldı. Saygı duruşunun ardından Bursa Büyükşehir Belediye Bandosu eşliğinde İstiklal Marşı'nın okunmasından sonra Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, genç yönetim kurulu temsilcileriyle birlikte Atatürk Anıtı'na çelenk koydu.

Daha sonra kürsüye gelen Öztosun, insanın, insana itaat etmemek için hukuku icat ettiğini, avukatların yüzyıllardır hukukun üstünlüğü ve adalet için mücadele ettiğini söyledi. "Adaletin amacı insanların birliğini sağlamaktır. Adaletin amacı birilerine üstünlük sağlamak diğerlerini ezmek değildir. Adalet birlikteliği oluşturma, herkesin adalet karşısında eşit olduğunu göstermek ve bunu korumaktır. Adalet, çobanla kralı eşitlemek, adalet karşısında ikisinin de boynunun kıldan ince olduğunu bilmektir. Adalet, kim olursa olsun fikrini hiç beğenmesek hatta nefret etsek de düşüncesini özgürce ifade edebilmesidir. Adalet birbirimize ve geleceğimize güvenmektir. O yüzden de adalet devletin temelidir" diyen Öztosun şöyle devam etti:

GEREKTİĞİNDE DEVLETİ DE UYARIRIZ

"Hukukçunun işi ise; hukuku korumaktır. Gerektiğinde devletin de hukuka uygun davranmasını sağlamaya çalışmaktır. Devlet neticede hepimizin ortak iradesi ve



CEĞİZ, BOYUN EĞMEYECEĞİZ"

sözleşmesi ile kurulan veya devam eden bir yapıdır. Hukuk denen şey ise adalet amacına yönelmiş yazılı veya yazılı olmayan, insan ihtiyaçlarını karşılamak için toplumda düzeni, güvenliği sağlamaya yönelik kurallar bütünüdür.

Gelişmiş devlet aygıtları, seçimlerde verdiğimiz vekaletimizle hukuk yaratır ve uygular. Hukuku yaratma, uygulama ve denetleme kuvvetini yasama, yargı, yürütme diye üçe bölerek birbirini denetleyen ve destekleyen bu fonksiyonların işlevlerini yerine getirmesini en üst seviyede sağlar. Bu kuvvetlere modern devlette; düşünce, ifade özgürlüğünü ve bunun somut ve uygulanma hali olan toplanma, gösteri özgürlüğü ile basın özgürlüğünü ve sivil toplumu dengeleyici ve denetleyici unsurlar olarak ekliyoruz.

BİR VÜCUDUN ORGANLARI GİBİ

Devletin bu kuvvetlerini beyin, kalp, akciğer, bağırsak gibi nitelersek, birinin görevini diğerinin yapamayacağını ancak birbiriyle uyumlu çalışmaları halinde fonksiyonlarını yerine getirebileceği benzetmesini de yapabiliriz.

Ancak geçmiş yıllardaki tüm itirazlarımıza rağmen 2017 Anayasa değişikliği ile devletin bu kuvvetlerinin örtülü olarak yürütmede birleştiğini ve hukukun ülkemizde ağır bir fonksiyon kaybı yaşadığını görmekteyiz. Özellikle son dönemlerde bu fonksiyon kaybının sonuçları daha da acı bir şekilde ortaya çıkmakta...

Halen devam eden şekilde gazetecilerin, akademisyenlerin, milletvekillerinin, öğrencilerin, yurttaşlarımızın adil yargılanma hakları ihlal edilmekte, çevre ve doğa katliamları devam etmektedir. Çocuk istismarı, kadına yönelik şiddet ve kadın cinayetleri her geçen gün artmaktadır.

Toplumsal cinsiyet eşitliğini öne çıkaran ve kadını koruyan İstanbul Sözleşmesi'nden bir gece yarısı kararnamesiyle Meclis iradesi hiçe sayılarak Anayasa'ya aykırı bir şekilde çekilme kararı verilen bir sosyal, hukuksal ve siyasal iklimin yansımalarını mesleğimizde de görüyoruz...

SALDIRILAR VAHİM BOYUTLARA ULAŞTI

-Maalesef ki bu yıl da 5 Nisan Avukatlar Günü'nü, "avukatlara yönelik saldırıların vahim boyutlara ulaştığı, bağımsız savunmayı temsil eden avukatların yok sayılmaya, yargının kurucu unsuru olduğunun unutturulmaya çalışıldığı, gerek yasal düzenlemeler gerekse de fiili uygulamalarla mesleğin icra edilemez hale getirildiği;

-Cumhuriyet kazanımlarının, laik demokratik hukuk devletinin temelleri aşındırılarak ortadan kaldırılmak istendiği;

-Hukuk güvenliğinin kalmadığı, AİHM kararlarının tanınmadığı, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının tartışılmaya açıldığı, hatta mahkemenin kapatılmasının dahi dillendirilebildiği bir ortamda karşılıyoruz.

Avukatlık mesleği bugün;



-Baroların büyük çoğunluğunun muhalefetine rağmen hiç kimseye sormadan bir gece yarısı kararnamesi ile açılan hukuk fakültelerinin yarattığı nicelik sorununa eklenen nitelik sorunları ile beraber büyük bir maddi ve sosyal kriz içindedir.

-Stajını bitiren meslektaşlarımızın büyük çoğunluğu ofis açamaz, açsa da yürütemez haldedir. Baromuzca açılan Barohan gibi sosyal projelerle gençlerimize umut olmaya ve bu sorunlara çare bulmaya çalışmaktayız. Ancak hatırlatmak gerek ki bu görev aslında bu kadar hukuk fakültesi açan devletin sorumluluğunda olan bir görevdir.

AVUKATLAR YÜZDE 30 DAHA İŞSİZ

-Halen bağlı çalışan avukatlar düşük ücretlere çalışmakta ve iş güvencesinden yoksun bulunmaktadır.

-Yıllardır tüm çabalarımıza rağmen biriken sorunlara çözüm bulmak yerine avukatı iş yaparken daha da etkisizleştiren, gerek adliye de gerekse tapu, nüfus müdürlüğü gibi kamu makamlarında kısıtlamalar ve uygulamalarla avukatı adliye ve işlev dışı alana iten bir anlayışla mücadele etmek zorunda kalmaktayız.

-Avukatlık asgari ücret tarifesinin 9'da biri gibi ücretlere CMK zorunlu müdafiliği yapmak durumunda bırakılan meslektaşlarımız, bir de tek duruşmaya giremedi diye soruşturma ve kovuşturma baskısı altında bırakılmaktadır.

-Üstelik devletimiz tarafından Barolara gönderilen adli yardım ve CMK ödeneklerinin yeniden değerlendirilme oranında artmasını beklerken pandemi gerekçe gösterilerek % 5 kısıntıya gidilmiş, avukatlık ücretlerinin yüzde 25 artması sebebiyle de avukatlar geçen yıla göre % 30 daha işsiz, vatandaşımız da hak arama güvencesinden daha çok yoksun bırakılmıştır.

-Öte yandan avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği de gün geçtikçe aşındırılmaktadır. Temelinde 'savunma hakkı' ve 'hak arama özgürlüğü' olan avukatlık, toplumsal sorunlar ve etik değerlerden daha çok piyasa kuralları öne çıkarılarak yeniden yapılandırılmaktadır. Halkın yargıya erişim ve adil yargılanma hakkı da bu şekilde ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

AVUKATLAR HAK ARAMANIN GÜVENCESİDİR

Bu ve benzeri birçok sorun ve bunların siyasi irade



tarafından yasal ve ekonomik düzenlemelerle çözülmediği veya çözülmek istenmediği boğucu ve yakıcı bir ortam sebebiyle her ay bir meslektaşımıza yapılan bir saldırı veya bir

meslektaşımızın intihar haberi ile karşı karşıya kalmaktayız.

Avukatlar; hak arama özgürlüğünün, savunma hakkının ve hukuk devletinin en temel güvencesidir. Her fırsatta dillendirdiğimiz üzere bağımsız savunma, halkın savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının güvencesidir.

Avukatların tam bir özgürlük, bağımsızlık ve geçinme kaygısı olmadan mesleğini icra edemediği, yargılama faaliyetine katılamadığı bir ortamda bağımsız ve tarafsız yargıdan, adil bir yargılamadan ve adil bir devlet düzeninden söz edilemez.

Ancak herkes bilmelidir ki tüm bunlara rağmen; Hukukçu-avukat adaletsizliğe, hukuksuzluğa tüm gücüyle itiraz eden kişidir. Onun karakteri uzlaşmaz üzerine kurulamaz. Çünkü "haksızlıkla uzlaşmaz" adaletsizliğe kısmen de olsa boyun eğmeaktır.

ASLA BOYUN EĞMEYECEĞİZ

O yüzden Bursa Barosu olarak tekrar ediyoruz ki bizlere ve halkımıza reva görülen bu kadere ve hiçbir haksızlığa boyun eğmeyeceğiz, hiçbir adaletsizliğe karşı susmayacağız, hukuksuzluklar ve bizi itibarsızlaştırmaya çalışanlarla, kriminalize edenlerle uzlaşmayacağız.

Hepiniz biliyoruz ki bazıları bu cübbelere ilik açmaya çalışsa da biz cübbelerimizi kimsenin önünde iliklemeyeceğiz...

Şimdiye kadar bizim ne efendimiz oldu ne de kölemiz... Bundan sonra da olmayacak.

İşte bu sebeplerle;

'Avukatsız adalet olmaz' diyoruz ve ülkemizde gerçek bir adalet düzeni, gerçek bir hukuk devleti kuruluncaya kadar da mücadelemizi sürdüreceğimizi bir kez daha haykırıyor, dün olduğu gibi bugün de "hak kuvvetten üstündür" diyoruz.

Daha adil yarınlara kavuşmak dileği ile kutsal savunma mesleğinin temsilcisi olan meslektaşlarımızın, 5 Nisan Avukatlar Günü'nü kutluyorum."

19 MAYIS RUHU GELECEĞİMİZİ AYDINLATMAYA DEVAM EDİYOR

Bursa Barosu, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma, Gençlik ve Spor Bayramı'nı, Bursa Adalet Sarayı tören alanında kutladı.

Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri ve avukatların katıldığı törende, Atatürk Anıtı'na çelenk sundu. Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk ve şehitler için saygı duruşunda bulunulmasının ardından meslektaşlarına hitap eden Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun şöyle konuştu:

"19 Mayıs 1919, işgal altında ve yok oluş tehdidi ile karşı karşıya kalmış bir ulusun, Mustafa Kemal Atatürk'ün önderliğinde bağımsızlık ve özgürlük umutlarının mutlak bir inanca dönüştüğü, kurtuluş savaşı ateşinin yakıldığı günün adıdır. 19 Mayıs 1919, emperyalizme sadece tüfekle değil önce koca bir yürek ve inançla kafa tutulabileceğini gösteren günün adıdır. 19 Mayıs 1919, onca yoksulluğa, imkansızlığa rağmen her zaman bir kurtuluş çaresi vardır diyerek umudu taşımayı ve örgütlemeyi gösteren günün adıdır. 19 Mayıs 1919, kurtuluşun ancak kadın ve erkek el ele omuz omuza verirse gerçekleşebileceğini gösteren günün adıdır. 19 Mayıs 1919, 'geldikleri gibi giderler' diyen büyük bir önderin sonradan bir Anadolu ihtilali ile Cumhuriyet devrimine dönüşecek olan yolun başlangıcındaki attığı ilk adımdır. 19 Mayıs 1919, emperyalizm altında ezilen ulusların fikir rahimlerine bağımsızlık ve özgürlük tohumunun atıldığı günün adıdır. 19 Mayıs 1919, ne kadar unutturmayla çalışırlarsa çalışsınlar ufkumuzu göz kamaştıran ışığıyla aydınlatmaya devam eden günün adıdır. Tüm bu sebeplerle 19 Mayısı kendine de doğum günü olarak belirleyen ve bugünü geleceğimizin teminatı ve umudu olan gençlere armağan eden Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ü şükranla anıyor, 19 Mayıs ve mücadele arkadaşlarını kutluyorum. 19 Mayıs Atatürk'ü Anma, Gençlik ve Spor Bayramınızı kutluyorum."



AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET VE CMK ÜCRET TARİFELERİNİN GÜNCELLENMESİNE İLİŞKİN;

ORTAK AÇIKLAMA

Ülkemizde son dönemdeki olumsuz ekonomik gelişmeler, paranın alım gücündeki azalma ve değişen piyasa koşulları nazara alındığında meslektaşlarımızın ekonomik durumlarının muhafaza edilmesi için 20 Kasım 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile 25 Kasım 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere ilişkin 2022 Yılı Tarifesi'nde hiç vakit kaybetmeksizin en az % 45'lik yeni bir artış yapılması bir zorunluluktur. Nitekim, TCMB verileri ve TCMB internet sitesinde bulunan "Enflasyon Hesaplayıcısı" aracı kullanıldığında, 2021 yılı Kasım ayındaki 100 TL'nin 2022 yılı Nisan ayı güncel karşılığı 149,59 TL olduğu görülmektedir. Bu durumda her iki tarifiedeki ücretlerin de meslektaşlarımızın emeklerini

karşılamadığı ve mağduriyetlerine sebep olduğu açıktır.

Ayrıca, Asgari Ücret Tarifesi'nin üçüncü kısmında düzenlenen, "Konusu Para Olan Veya Para ile Ölçülebilen Yardımlarda Ödenecek Ücret" tablosu da mutlaka güncellenmelidir. Nitekim hepimizin malumu olduğu üzere konusu para ile ölçülebilen davalarda, harca esas değer dava tarihine göre hesaplanmakta, fakat kararın kesinleşmesi ortalama 4-5 yılı bulabilmektedir. Mevcut ekonomik işleyiş ve enflasyon oranları dikkate alındığında avukatların zararının faizle karşılanamayacağı tartışmasızdır. Bu sebeple, tabloda da düzenleme yapılarak matrahların ve yüzdelerin de artırılması gerekmektedir. Bu kapsamda, TC Adalet Bakanlığı'nı konu ile ilgili ivedilikle bir çalışma başlatarak artışları uygulamaya davet ediyoruz.

Adana Barosu, Adıyaman Barosu, Afyonkarahisar Barosu, Ağrı Barosu, Aksaray Barosu, Amasya Barosu, Ankara Barosu, Antalya Barosu, Ardahan Barosu, Artvin Barosu, Aydın Barosu, Balıkesir Barosu, Bartın Barosu, Batman Barosu, Bayburt Barosu, Bilecik Barosu, Bingöl Barosu, Bolu Barosu, Burdur Barosu, Bursa Barosu, Çanakkale Barosu, Çankırı Barosu, Çorum Barosu, Denizli Barosu, Düzce Barosu, Edirne Barosu, Elazığ Barosu, Erzincan Barosu, Erzurum Barosu, Eskişehir Barosu, Gaziantep Barosu, Giresun Barosu, Gümüşhane Barosu, Hakkari Barosu, Hatay Barosu, Iğdır Barosu, Isparta Barosu, İstanbul Barosu, İzmir Barosu, Kahramanmaraş Barosu, Karabük Barosu, Karaman Barosu, Kars Barosu, Kastamonu Barosu, Kayseri Barosu, Kırıkkale Barosu, Kırklareli Barosu, Kilis Barosu, Kocaeli Barosu, Konya Barosu, Kütahya Barosu, Malatya Barosu, Mardin Barosu, Manisa Barosu, Mersin Barosu, Muğla Barosu, Muş Barosu, Nevşehir Barosu, Niğde Barosu, Ordu Barosu, Osmaniye Barosu, Sakarya Barosu, Samsun Barosu, Siirt Barosu, Sinop Barosu, Sivas Barosu, Şanlıurfa Barosu, Şırnak Barosu, Tekirdağ Barosu, Tokat Barosu, Trabzon Barosu, Tunceli Barosu, Uşak Barosu, Van Barosu, Yalova Barosu, Yozgat Barosu, Zonguldak Barosu



45. BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI TBB'DE YAPILDI

Baro başkanları, 12 Nisan'da 45. kez Türkiye Barolar Birliği'nde toplandı. TBB yönetimiyle birlikte gerçekleştirilen toplantıda, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulan 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile avukatlık mesleğinin sorunları ve çözüm önerileri konuşuldu.

Saygı duruşu ve İstiklal Marşı'nın okunmasının ardından toplantının açış konuşmasını yapan Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Av. R. Erinç Sağkan, ilk olarak Şırnak Barosu mensubu Av. Serkan Karakaş'ın uğradığı şiddeti kınayarak, TBB'nin, Şırnak Barosu ile birlikte hukuki sürecin takipçisi olacağını söyledi.

Avukatların içinde bulunduğu sosyoekonomik sorunlar ve bu sorunların tekabül ettiği şiddet ve intihar vakalarına ilişkin bilgi veren Sağkan, 4 Nisan 2022 tarihinde, bu konuların araştırılması talebiyle, TBMM'de grubu bulunan partilerin temsilcilerini ziyaret ettiklerini hatırlattı. "Hiçbir tarafı siyasete dayanmayan, tamamen avukatın yaşam hakkını ilgilendiren sorunda dahi Meclis'te bir araştırma komisyonu kurulması önerisi reddedildi" diyen Sağkan, bununla birlikte 5 Nisan'da Türkiye Barolar Birliği ve baroların görüşleri alınmadan oluşturulan bir teklifle karşı karşıya kaldıklarını kaydetti.

Daha sonra teklifle ilgili olarak TBB'nin görüşünü aktaran Sağkan, sözü, görüş ve önerilerini almak üzere baro başkanlarına bıraktı.

Yapılan kapsamlı değerlendirmelerin ardından, kanun teklifinin gerek stajyer avukatların sorunlarını çözmekten uzak olduğu gerekse adli yardım bütçesinin dağıtımında adaletsizlik yaratacağı yönünde çoğunluk iradesinin net şekilde oluştuğunu

belirten Sağkan, Türkiye Barolar Birliği ve baro başkanlarından oluşan komisyonun, toplantıda oluşan ana fikirleri Adalet Komisyonu toplantısında dile getireceğini kaydetti.



TBB'DE 6 AY DEĞERLENDİRMESİ

Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile Bursa Barosu TBB delegeleri Av. Asude Şenol, Av. Mefharet Öztürk Ceylantepe ve Av. Hüsnüye Altın Yeşil, Ankara'da TBB'nin 6 aylık faaliyetlerinin değerlendirildiği toplantıya katıldı. Toplantıda söz alan Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, ülkenin içinde bulunduğu hukuk durumu ile acil mesleki sorunlar olan avukatlık asgari ücret tarifesinin güncellenmesi, CMK asgari ücret tarifesinin avukatlık asgari ücret tarifesine yükseltilmesi, KVKK'na avukatlık

faaliyeti ile ilgili istisna hüküm konulması, avukat emekli maaşlarına iyileştirme başta olmak üzere mesleki sorunlarla ilgili Bursa Barosu adına yazılı olarak verilen gündem önerileri ile ilgili yaptığı konuşmasında "hukukun üstünlüğü mücadelesinden asla taviz verilmeden buna acil ve haklı mesleki tüm taleplerimizi de ekleyerek eylemselliğe geçmemiz, Baroların bu konularda seslerinin ortak ve daha gür çıkması gerekiyor" ifadelerini kullandı.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

— ALTI AYLIK DÖN
I. DEĞERLENDİRME TO

04 - 05 Haziran 2022 / Ankara



YÜZDE 9'LUK YASAL FAİZE İPTAL DAVASI

BURSA BAROSU, YARGILAMAYA KONU ALACAKLARA YILLIK % 9 ORANINDA İŞLETİLEN KANUNİ FAİZ DÜZENLEMESİNE KARŞI DAVA AÇTI.

2006 yılından beri % 9 olarak sabit tutulan kanuni faiz oranlarının iptaline ilişkin Bursa Barosu tarafından Danıştay'da dava açıldı. Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin, Türkiye Barolar Birliği Emek Komisyonu Yürütme Kurulu Üyesi Av. İsmail İşel ve komisyon üyesi Av. Murat Kaya Kılıç tarafından hazırlanan dava dilekçesinde; Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan, Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği'nin, yasal faiz ve temerrüt faiz oranlarını 1.1.2020 tarihinden itibaren günümüze kadar yıllık % 9 olarak belirleyen 13. maddesi gereği düzenlenen Ek VI sayılı tablosunda yer alan hükümlerinin dava yoluyla iptali ve yürütmesinin durdurulması ile ilgili dayanak 3095 sayılı kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılması talep edildi.

Açılan davada; yıllık enflasyonun % 61'lere ulaşmasına, kur korumalı mevduatın sadece 3 ayda % 27'lik getiriye aşmasına karşın hakkını alamadığı için zaten mağdur durumda olan vatandaşın bir de yıllarca adaleti beklerken yıllık % 9'luk faiz üzerinden mağdur edilmesinin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu, bu durumun aynı zamanda adalete güven duygusunu zedelediği, hakkın ifasından kaçınan tarafı ise teşvik edip adeta zenginleştirdiği vurgulandı. Yasal faiz ve temerrüt faizini yıllık % 9 olarak belirleyen hükümlerin Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına, Anayasa'nın 2. maddesi ile güvence altına alınan sosyal hukuk devleti ilkesine, Anayasa'nın 5. maddesinde belirlenmiş olan devletin temel

amaç ve görevleri başlıklı düzenlemelerine, yine Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti düzenlemesine ve yine Anayasa'nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkelerine açık şekilde aykırı olduğu iddia edilerek ilgili düzenlemelerin iptali istendi.

DANIŞTAY'DAN ANAYASA MAHKEMESİ'NE ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENİYLE BAŞVURU YAPILMASI DA TALEP EDİLDİ

Dava dilekçesinde, mahkeme tarafından "Anayasaya aykırılık" gerekçesiyle 3095 sayılı Kanunun 1. maddesinin iptali için AYM'ye başvuru yapılması da istendi. "...3095 sayılı Yasanın Kanuni Faiz başlıklı 1. maddesinde yıllık kanuni faiz kural olarak yıllık % 12 olarak belirlenmiş, ancak idareye 1 katına kadar bu oranı arttırma yetkisi de verilmiştir. Fakat geline durum itibarıyla % 24'lük yıllık faiz oranı da mağduriyeti gidermemekte, Anayasa kural ve ilkelerinin ihlalleri bu durumda da devam etmektedir. Bu nedenlerle yıllık % 24'e kadar faiz oranı iş bu davadaki iptal ile karşılaşırsa da bu oranı aşan faiz oranının tesis edilmesi için 3095 sayılı Kanunun 1. maddesinin iptali ve yeniden düzenlenmesi gerektiği açıktır. Bu ay açıklanan enflasyon oranı ise yıllık % 61'i geçmiş, sadece 3 ayda kur korumalı mevduata ödenen getiri % 27'yi aşmıştır. (Yıllığı % 100'ü aşmaktadır.) Bu durumda 3095 sayılı Kanun'nun sınırlayıcı nitelikteki 1. maddesinin Anayasaya açıkça aykırı olduğu anlaşılmakta olup, Yüksek Mahkemenizce iş bu kanun maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmasını da talep etmekteyiz..."

GEZİ DAVASI KARARI YARGININ UTANCIDIR

Bilindiği üzere Gezi Eylemleri 2013 yılı Mayıs ayında Taksim Gezi Parkı'na hukuka aykırı bir şekilde Topçu Kışlası yapılmak istenmesine tepki olarak başlamış, daha sonra bu protestolar tüm Türkiye'ye yayılmıştır.

Milyonlarca yurttaş bu kitlesel gösterilere katılarak "adalet, özgürlük, eşitlik, yaşanabilir bir çevre" gibi demokratik taleplerini barışçıl bir şekilde dile getirmişlerdir.

Gezi eylemlerinde birçok yurttaşımız kolluğun orantısız güç kullanımı neticesinde hayatını kaybetmiş, yüzlercesi de yaralanmıştır. Bu eylemlerin failleri hakkında etkili soruşturmalar yürütülmemiş, ihmali olan kamu görevlileri yargılanmamış, açılan davalarda da sanıklar hakkında göstermelik cezalar verilmiştir.

Bu barışçıl eylemlere katılarak demokratik hakkını kullananlar hakkında ise birçok dava açılmıştır.

Demokratik ve çoğulcu bir hukuk düzeninin olmazsa olmazı olan, Anayasal güvence altındaki "Toplantı ve gösteri yürüyüş hakkı"nın kullanımı niteliğindeki bu eylemler "darbe girişimi", "kalkışma" vb söylemlerle kriminalize edilmeye çalışılmıştır.

Bu yargılamalardan biri olan ve kamuoyunda "Gezi Davası" olarak bilinen İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davada dün karar verilmiştir.

Aralarında meslektaşımız Av. Can Atalay'ın da bulunduğu 7 sanık hakkında 18 yıl hapis cezası, Osman Kavala hakkında da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmiş, hükümle birlikte meslektaşımız ve diğer 6 sanık tutuklanmıştır.

Hukuka aykırı bir yargılama faaliyeti sonucunda, somut hiç bir delil bulunmamasına ve daha önce beraat kararı verilmesine rağmen hukuka aykırı delil niteliğinde olan bir kısım tape kayıtlarına dayanarak verilen hükmün hukuka aykırı olduğu açıktır.

Maalesef ülkemizde bugün AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarının dahi tanınmadığı, siyasallaşmış bir yargı pratiği ile karşı karşıyayız. Gezi Davası da bunun son örneği olmuştur.

Bursa Barosu olarak, demokratik hukuk devletini, adil yargılanma hakkını ve yargı bağımsızlığını her koşulda savunmaya devam edeceğimizi kamuoyu ile paylaşıyoruz.

Bursa Barosu Başkanlığı

BURSA VALİLİĞİ'NİN HER TÜRLÜ ETKİNLİĞİ 7 GÜN YASAKLAMASI, TEMEL İNSAN HAKLARI İHLALİDİR

Bursa Valiliği tarafından alınan 26.05.2022 tarihli karar ile il sınırları içerisinde gerçekleşebilecek eylem/etkinlikler 7 (yedi) gün süre ile YASAKLANMIŞTIR.

Anayasamızda düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı, ifade özgürlüğü, çalışma hakkı, bilim ve sanat hürriyeti bu karar neticesinde hukuka aykırı bir şekilde askıya alınmış olup; ilimizde gerçekleştirilecek olan Mem Ararat ve Aynur Doğan konserleri ile diğer birçok sanatsal etkinlik iptal edilmiştir. Yine tüm Türkiye genelinde Apolas Lermi, Ceza, Ediz Hafızoğlu, Metin-Kemal Kahraman, Matthaios Tsahouridis, Melek Mosso, Niyazi Koyuncu konserleri ve AnadoluFest etkinliği de hukuka aykırı ve dayanağı olmayan çeşitli gerekçelerle yasaklanmış ve/veya iptal edilmiştir.

Belirtilen konserlerden önceki tarihlerde ilimizde birçok konserin ve sanat etkinliğinin sorunsuzca gerçekleştirildiği ve gelecek dönemde ilimizin birçok kültürel etkinliğe, konsere ve festivale ev sahipliği yapacağı göz önüne alındığında, Bursa Valiliği'nin ilgili iptal kararlarının eşitliğe, özgürlüğe karşı ayrımcı bir tavır ortaya koyduğu ortadadır. Gerek ilimizde gerçekleştirilecek Aynur Doğan konseri gerekse ülke genelinde çeşitli üniversite festivallerinin ve Ece Seçkin, Melek Mosso gibi ekseriyetle kadın sanatçıların gerçekleştireceği konserlerin, kamu güvenliği ve gençlerin ahlakının zarar göreceği gibi dayanaksız bahaneler ile iptal edilmesini kabul etmiyoruz.

İfade ve düşünceleri açıklama özgürlüğünün toplu bir kullanım biçimi olan "Toplantı ve Gösteri ve Yürüyüş hakkı" Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunan bir temel hak ve özgürlüktür. Anayasa, AİHS ve yasalarımız uyarınca "Herkes önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir." Gerek AİHM içtihatları gerek Anayasa Mahkemesi kararları ve yüksek yargı içtihatları uyarınca; barışçıl toplanma hakkı demokratik bir toplumun gereği olup, bu toplantı ve gösteriler amaç ve şekil bakımından sınırlandırılmayacağı

gibi şiddet içermeyen her türlü açıklama, toplantı ve gösteri özgürlüğünün kullanımının sağlanması gerekmektedir. AİHM kararlarında da "Devletlerin yalnızca barışçı yöntemlerle toplanma özgürlüğünü güvence altına almakla yükümlü olmadığını, aynı zamanda bu hakka dolaylı yoldan getirilecek aşırı kısıtlamalardan da kaçınmaları gerektiğini, bireyin güvence altına alınan haklarına keyfi müdahalesine karşı korumayı amaçlamakla birlikte, ayrıca bu hakların etkili bir şekilde kullanılması için pozitif yükümlülüğünün de bulunduğu" vurgulanmaktadır.

Anayasanın 27. maddesi gereğince, sanatsal faaliyet devletin her tür müdahalesinden korunmuş, 64. maddesi ile de devletin bu alanda sanatı ve sanatsal faaliyetleri koruyacağı, sanatçılara destek olacağı öngörülmüştür. Anayasanın Bilim ve Sanat Hürriyeti başlıklı 27. maddesinde yer alan "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir" düzenlemesi kişiye, sanatsal yaratım süreci içerisinde bulunurken herhangi bir sınırlamaya maruz kalmamanın yanında sanat eserini tamamladıktan sonra, onu sergileme, yayma gibi özgürlükler de sağlar. Sanat özgürlüğü 27. madde gereği devletin müdahale etmemesi gereken bir hak olduğu için negatif statü hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de sanat özgürlüğü, düşünceleri açıklama özgürlüğünün içinde değerlendirilmiştir.

Keza insanın varoluşunun en temel göstergelerinden biri kendini ifade etmesidir. Bu bağlamda yaşam hakkı ne kadar elzem bir haksız ifade hürriyeti de aynı minvalde elzem bir insan hakkıdır. İnsanlık tarihinden bu yana, insanlar türküler ve şarkılar söyleyerek bir araya gelmiş; hikayelerini, acılarını ve mutluluklarını bu şekilde ifade etmişlerdir. Bu yasaklamalar ile sanatçıların şarkılarını, türkülerini söylemesi engellenerek aslında yurttaşın da en temel haklarından biri olan ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

Anayasanın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler yalnızca kanunla sınırlandırılabilir. Ancak Anayasaya aykırı bir şekilde, Bursa Valiliği'nin ilgili kararı neticesinde sanatçıların ve tüm yurttaşların en temel hakları kanuni dayanağı olmayan idari bir işlemle sınırlandırılmıştır.

Bursa Barosu olarak her zaman olduğu gibi engellenmeye çalışılan tüm hak ve özgürlüklerimiz için mücadele etmeye devam edeceğimizi, bu mücadeleden asla vazgeçmeyeceğimizi, hiçbir cinsiyet, din, dil, ırk ve yaşam tarzı temelli ayrımcılığa boyun eğmeyeceğimizi, ayrımcılığa uğrayan tüm sanatçılarımız ile dayanışma içerisinde olduğumuzu ve sanata, kadınlara ve yaşam tarzlarına açıkça bir saldırı niteliğinde olan bu haksız kararları kınadığımızı buradan tüm kamuoyuna duyuruyor, yetkilileri; Anayasaya ve kanunlara aykırı olan bu idari kararlardan dönmeye davet ediyoruz.

Bursa Barosu Başkanlığı

BURSA BAROSU: "CUMHURBAŞKANI, AYRI

Bursa Barosu, son günlerde artan hukuka aykırı söylem ve eylemler, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, yasaklamalar ve son olarak Cumhurbaşkanı'nın yurttaşları ve özellikle kadınları hedef alan açıklamaları nedeniyle basın açıklaması yaptı.

Bursa Adalet Sarayı önünde yapılan basın açıklamasına, avukatların yanı sıra sivil toplum örgütleri, akademik meslek odaları ve sendikaların temsilcileri de katıldı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile önceki baro başkanların Av. Yahya Şimşek'in de bulunduğu basın açıklamasını Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin okudu. "Ülkemiz; Cumhuriyet kazanımlarının, demokratik, laik hukuk devleti ilkelerinin aşındırılarak ortadan kaldırılmak istendiği, hukuka aykırı düzenleme ve fiili uygulamalarla temel hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığı, hukuk güvenliğinin ortadan kalktığı bir süreçten geçmektedir" diye başlayan Yetkin, şöyle devam etti:

ANAYASAL GÜVENCE

"Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan; Demokratik toplum düzeni ve çoğulcu bir hukuk devletinin temeli olan, düşünce ve ifade özgürlüğü ile bu hakkın bir tezahürü olan toplantı ve gösteri hakkı artık kullanılamaz hale getirilmiştir. Son günlerde Bursa da dahil olmak üzere, çeşitli illerde bir çok festival, toplantı, basın

açıklaması, konser gibi etkinlikler, dayanaksız iddialar ile yasaklanmış, bu hukuka aykırı uygulamalarla ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüş hakkı ile bilim ve sanat özgürlüğü askıya alınmıştır.

Anayasa uyarınca 'Herkes önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.' Gerek AİHM içtihatları gerek Anayasa Mahkemesi ve yüksek yargı içtihatları uyarınca da; barışçıl toplantı ve gösteriler amaç ve şekil bakımından sınırlandırılmayacağı gibi şiddet içermeyen her türlü açıklama, toplantı ve gösteri özgürlüğünün kullanımının sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasaya aykırı bir şekilde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan bu uygulamaları, yasaklamaları kabul etmediğimizi bir kez daha ifade ediyoruz.

YARGI YÜRÜTMENİN KOLU GİBİ

Bağımsız ve tarafsız yargı; hukuk devletinin ve demokrasinin olmazsa olmazıdır. Bugün bağımsız ve tarafsız bir yargıdan söz edebilmek maalesef mümkün değildir. Mahkemelerce verilen 'adil' olmaktan uzak kararlar, hukuksuz ve siyasi saiklerle açılan davalar, hukuka aykırı gözaltı ve tutuklama gibi birçok uygulama ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarının dahi tanınmadığı bugünkü mevcut yargı pratiği; Mahkemelerin ve yargı sisteminin, siyasal etki ve baskı altında olduğunu, hatta



MCI NEFRET SÖYLEMİYLE SUÇ İŞLEMİŞTİR"

yürütmenin bir kolu gibi davrandığını açıkça ortaya koymaktadır.

Kamuoyunda 'Gezi Davası' olarak bilinen davada; somut hiç bir delil bulunmamasına ve daha önce verilen beraat kararlarına rağmen verilen mahkumiyet hükmü ile aralarında meslektaşımız Av. Can Atalay'ın da bulunduğu 7 kişinin tutuklanması da siyasallaşmış yargı pratiğinin örneklerinden biri olmuştur.

'EŞKIYA, TERÖRİST, ÇÜRÜK, SÜRTÜK, TERÖR SEVİCİ'

Son olarak Cumhurbaşkanı ve Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan; TBMM'deki grup toplantısında; Gezi protestolarının yıldönümü nedeniyle yaptığı konuşmasında; bu eylemlere katılmış yurttaşlara ve özellikle de kadınlara hitaben, burada söylemekten hicap duyduğumuz, ancak ifade etmek zorunda kaldığımız 'eşkiya, terörist, çürük, sürtük, terör sevicisi' gibi hakaret ve ayrımcılık içeren nefret içerikli söylemlerde bulunmuştur.

2013 yılında Taksim Gezi Parkı'ndan başlayarak tüm Türkiye'ye yayılan kitlesel gösterilere katılarak Anayasal güvence altındaki demokratik bir hak olan barışçıl gösteri ve yürüyüş hakkını kullanan, 'adalet, özgürlük, eşitlik, yaşanabilir bir çevre' gibi demokratik taleplerini dile getiren milyonlarca yurttaşla yönelen ve özellikle kadın

bedeni ve cinsiyeti üzerinden yapılan bu hakaretleri ve nefret söylemlerini asla kabul etmiyoruz.

YEMİNE AYKIRI HAREKET

Yine Cumhurbaşkanı'nın açıklamalarında geçen ve Gezi protestolarında caminin içinde gerçekleştiği söylenen olaylarla ilgili iddiaların gerçek olmadığı; bizzat cami müezzini tarafından açıklanarak ortaya konulmuştur. Buna rağmen, bu ithamların sürekli olarak gerçekmiş gibi dile getirilmesi, yine Cumhurbaşkanı'nın son konuşmasında da bu ithamların tekrar edilerek; halkın bir kesimini bu eylemlere katılan yurttaşlara karşı tahrik ve nefret unsuru oluşturan sözlerle hedef göstererek, ayrımcılık yapmasını da esefle karşılıyoruz.

Cumhurbaşkanının Anayasanın 103. maddesindeki yeminine aykırı bir şekilde hareket ederek Anayasal demokratik haklarını kullanan tüm yurttaşlara ve kadınlara ağır hakaret içeren ayrımcı nefret söylemi nedeniyle hukuki ve cezai sorumluluğunun bulunduğunu hatırlatıyoruz.

Avukatlar, tarih boyunca cübbelerini iliklememiş, hiç kimsenin önünde eğilmemişlerdir. Bursa Barosu olarak hukukun üstünlüğünü, demokratik, laik, sosyal hukuk devletini savunmaya devam edeceğiz. Gerçek bir demokratik hukuk devleti idealiyle hukuksuzluklarla mücadele kararlığımızı sürdürdüğümüzü kamuoyu ile paylaşıyoruz."



ANAYASAYA VE İNSAN HAKLARINA AYKIRI SANSÜR YASASINA HAYIR



Bilindiği üzere Anayasamızın 25. maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz” demektedir.

Aynı zamanda 26. maddede “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar” denilmiştir. Bunları tamamlayan maddeler olan “Bilim ve Sanat Hürriyeti” başlıklı 27. maddede ise “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” denilmektedir. Son olarak düşünce ve ifade özgürlüğünün somut ve yaygınlaşmış hali olan “Basın Hürriyeti” başlıklı 28. maddede de “Basın hürdür, sansür edilemez” denilerek basın özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

TBMM’ne getirilen, kamuoyunda “basına ve sosyal medyaya sansür yasası” olarak da yansıyan yasa ile tüm bu haklar “dezenformasyon” bahanesi ile Anayasa ve AİHS’ne aykırı sınırlayıcı kavramlar ve düzenlemeler ile ortadan kaldırılmak istenmektedir.

Cumhuriyet tarihine baktığımızda 1950’lerin 2. yarısında iktidarda bulunan hükümet 1956’da

radio ve yayın yoluyla işlenen suçlar kanununa “Kötü niyetle ya da özel maksada dayanan yayında bulunmak, hükümetin dışarıdaki itibarını mübalağalı ve özel maksada dayanan haberlerle sarsmak” gibi muğlak ifadelerle getirdiği yasaklara, 1958’de ABD Doları’nın 2,8 TL’den 9,0 TL’ye çıkmasıyla yaşanan devalüasyondan sonra ağır ekonomik bunalımı örtmek ve basın tarafından verilen haberleri sansürlemek için özel bir kanunla Meclis’te bir de Tahkikat Komisyonu kurmuş, komisyon her gün yeni yasaklar koyarak basın özgürlüğünü neredeyse yok olma noktasına getirmişti.

Maalesef ki geçen iki sene içinde üç katına çıkan döviz, altı ay içinde dört katına çıkan enerji fiyatları ve bunun yarattığı ağır yoksulluk sebebiyle tarih, 60 yıl sonra tekerrür etmektedir. İfade ve düşünce özgürlüğü, bilim özgürlüğü, basın özgürlüğü 60 yıl önceki şekilde; “Gerçeğe aykırı bilgi, haber saiki, kamu barışını bozmaya elverişlilik” gibi önceden öngörülemez, belirlenemez kavramlarla kısıtlanmaya çalışılmaktadır.

Bu yasaya baktığımız zaman; bilginin gerçeğe aykırı olduğuna kimin karar vereceği belli



Gazetecilere Baro'dan destek



Çağdaş Gazeteciler Derneği Bursa Şubesi'nde düzenlenen basın açıklamasına Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin, İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Av. Kemal Özgür Yetkin ile Av. Gamze Pamuk Ateşli de katıldı. ÇGD Bursa Şubesi Başkan Yardımcısı Ozan Kaplanoğlu'nun okuduğu basın açıklamasında, yasa teklifinin geri çekilmesi istendi. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ise Anayasanın 25, 26, 27, 28. maddelerindeki düşünce ve ifade hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti ile basın hürriyetine "Gerçeğe aykırılık" gibi muğlak yasa maddeleri ile sınırlama getirilmek istendiğini, gerçeğin sadece "yürütmenin gerçeği" olarak belirlenerek Anayasadaki tüm bu özgürlüklerin ihlal edileceğini, Anayasaya ve AİHS'ne aykırı bu düzenlemenin TBMM'den geri çekilmesini ve reddedilmesi talep ettiklerini söyledi.

değildir. Gerçek muhtemeldir ki "yürütmenin gerçeği" olacak, yürütmenin gerçek dediğinin dışındaki gerçekler gerçek sayılmayarak kanun kapsamında sansüre uğrayacak, üstelik bu bilgiyi veren ve yayan örneğin; bir twit atan ve bunu retwit eden ceza tehdidine maruz kalacaktır.

Aynı muğlaklık "haber ya da bilginin hangi saikle yayımlandığı" hususun da ortaya çıkacak "Kamu barışını bozmaya elverişlilik" gibi diğer muğlak bir kavramın eklenmesi ile de; örneğin TÜİK rakamlarından ayrı ve hepimizin gerçek olduğunu adımız gibi bildiğimiz, ancak yürütmenin resmi gerçek kabul etmeyeceği bilim adamlarının yaptığı araştırmalar bu kapsamda kabul edilecek, çarşı pazar dolaşan basın muhabirlerinin yaptığı haberlerden, kamuyu ilgilendiren tüm haberler bu kapsama sokularak yukarıda bahsettiğimiz en temel anayasal özgürlüklerimiz askıya alınmış olacaktır.

TBMM'ne hatırlatmak isteriz ki, Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında "Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, devlete veya kişilere, anayasayla tanınan temel hak ve

hürriyetlerin yok edilmesini veya anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz" hükmüne amirdir.

Bu sebeplerle TBMM yasama yetkisini Anayasa'daki sınırlar içinde kullanmalı "Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı" mümkün kılacak bu yasaı reddetmelidir. Yoksa ağır bir anayasa ihlali gerçekleşmiş olacaktır.

Açık, erişilebilir, öngörülebilir olmayan, bireyin yaptığı bir eylemin sonuçlarının ne olacağını önceden açıklıkla görebilmesi anlamını taşımayan, hukuk devletinin ve demokrasinin temel taşı olan ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü ve bilim özgürlüğünü ortadan kaldıracak, hakikati iktidarın belirlediği, mutlak bir rejimi çağrıştıran, anayasanın temel niteliklerine aykırı, açıkça halkın bilgi alma hakkını engelleyebilecek, bir yıl sonra yapılması planlanan genel seçimi etkileyerek, seçimin de manipüle edilebileceği kaygılarını arttıran ve seçimin meşruiyetine de gölge düşürebilecek olan yasa teklifine en yüksek perdeden tarih önünde itiraz ediyor ve yasa teklifinin geri çekilmesini talep ediyoruz.

Bursa Barosu Başkanlığı





ADİL, DEMOKRATİK, LAİK HUKUK DÜZENİ KURULANA KADAR MÜCADELEYİ SÜRDÜRECEĞİZ

Pandemi nedeniyle kesintiye uğrayan Adalet Nöbeti, 27 Mayıs'ta Gaziantep'te yeniden başladı. Adalet Nöbeti'ne Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin, Yönetim Kurulu Üyesi Av. Yasemin Reçber ve İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Av. Kemal Özgür Yetkin de katıldı.



Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Gaziantep Adliyesi önünde düzenlenen Adalet Nöbeti'ne katılan meslektaşlarına hitaben bir konuşma yaptı. Öztosun şunları söyledi:

"İstanbul Çağlayan'da başlayan, 2019 Şubatı'nda Bursa'dan Anadolu'ya çıkan, tutuklu avukatlar, siyasetçiler, gazeteciler ve halk için başlayan, çevre için, kadınlar için, çocuklar için tuttuğumuz Adalet nöbetleri, pandemi sebebiyle şehir şehir dolaşmaya ara vermişti.

Ancak pandemi günlerinde de Bursa Kirazlıyayla'da jandarma engelinde, Ankara girişindeki polis barikatlarında, Kazdağları'nda, Çorlu'da tren kazası davasında, Silivri'de ÇHD Kozağaçlı ve arkadaşlarının davasında, Ankara'da Tabipler Birliği ve Ankara Barosu duruşmalarında, Sakarya Havai Fişek davasında, İzmir'de Deniz Poyraz, Diyarbakır'da Tahir Elçi, Çağlayan'da Zeycan Balcı, Kocaeli'nde Ersin Aslan, Trabzon'da Metin Lokumcu, Gezi davası gibi onlarca davada adalet aramaya devam ettik. Ancak bu süre zarfında hak ihlalleri ve adaletsizlikler devam etti. Son 4 ayda 120 barışçıl toplantı ve gösteriye kolluk kuvvetlerince müdahale edildi. Yüzlerce insan haksız yere gözaltına alındı. 84 kadın daha öldürüldü. Cezaevlerinde 909 kişi hak ihlaline uğradı.

Ve yine son günlerde Anayasal bir hak olan toplantı ve gösteri hakkı askıya alınarak; Apolas Lermi, Aynur Doğan, Ceza, Ediz Hafızoğlu, Metin-Kemal Kahraman, Matthaios Tsahouridis, Melek Mosso, Mem Ararat ve Niyazi Koyuncu konserleri ile AnadoluFest çeşitli gerekçelerle

yasaklandı ve/veya iptal edildi.

Dün de (26 Haziran) Bursa Valiliği, Bursa'da yaklaşan bir konser öncesi aldığı bir kararla, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11'inci maddesinin (c) fıkrasında; 'İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır' hükmünü gerekçe göstererek Bursa'da 1 hafta süre yasaklama kararı verdiğini duyurdu. Aslında bu yasa maddesi barışçıl tüm toplantı, basın açıklaması ve gösterilerde emniyetin güvenlik önlemi alması için valiye talimat yetkisi verdiği bir madde olmakla beraber, tam aksi bir yorumla yasaklamaya karar verildi ve bu suretle Anayasanın 34. maddesindeki toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı idari bir kararla tam kanunsuz bir şekilde askıya alındı.

Aslında bununla birlikte düşünce ve ifade hürriyeti de askıya olunmuş oldu. Biz bu hukuka aykırı tam kanunsuz hürriyetleri askıya alan tüm bu kararları buradan protesto ediyoruz. Ve bugün de Gaziantep Adliyesi önünden adalet arayışımız ve çılgılığımızı yineliyor ve ülkemize adil demokratik laik bir hukuk düzeni kurulana kadar bu mücadeleyi sürdüreceğimizi belirterek 'Kahrolsun istibdat yaşasın hürriyet' diyoruz."



HUKUKUN EGEMEN OLDUĞU, EŞİT, ÖZGÜR, ADİL BİR TÜRKİYE UMUDUYLA

1 MAYIS EMEK VE DAYANIŞMA GÜNÜ'NÜ KUTLUYORUZ

1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü'nde alanlara çıkan Bursa Barosu'ndan yapılan yazılı açıklamada, pandeminin ardından işçilerin birlik, mücadele ve dayanışma günü olan 1 Mayıs'ın büyük bir ekonomik kriz ortamında karşılandığı belirtildi.

Emekçilerin, işsizlerin, yoksulların ve avukatların sosyal ve ekonomik sorunlarının daha da ağırlaştığı, son 30 yılın en büyük ekonomik krizinin yaşandığı bu süreçte enflasyonun tarihi bir zirveye ulaştığı belirtilerek, "Asgari ücretle çalışan emekçilerin, tüm ücretliler içindeki oranı % 70'lere ulaşırken, TÜİK verilerine göre Türkiye'de kayıt dışı çalışanların oranı % 29, genç işsizlik oranı ise % 21,60'dır. Yine ülkemizde sendikalı çalışan işçilerin oranı ise sadece % 14,3 dür. Türkiye ölümlü iş kazalarında yine Avrupa birincisi olmuş, İSİG verilerine göre; Maalesef 2022 yılının ilk üç ayında (Ocak ayında 120, Şubat ayında 109, Mart ayında ise 118

olmak üzere) en az 347 işçi hayatını kaybetmiştir. Meslektaşlarımızın mesleki, ekonomik ve sosyal sorunları da yurttaşlarımızın sosyal ve ekonomik koşullarından bağımsız olmayıp, özellikle emekçi, bağlı çalışan ve genç meslektaşlarımız için durum vahamet arz etmektedir. Yargının kurucu unsuru, bağımsız savunmanın temsilcisi avukatların özgür ve bağımsız bir şekilde mesleğini icra edemediği, hemen her gün mesleğin icrası sırasında sözlü ve fiili saldırılara maruz kaldığı bu süreçte, kronikleşen mesleki ve ekonomik sorunların çözümüne yönelik kalıcı hiçbir adım atılmamaktadır. Bursa Barosu olarak meslektaşlarımızın sorunlarının çözümü için mücadele kararlılığımızı sürdürüyoruz. Bursa Barosu emekten yana taraftır. Emekçilerin yaşam ve iş güvencesinin sağlandığı, insan onuruna yaraşır ücretlerle çalıştığı, kadınların ayrımcılığa, mobbinge maruz kalmadığı, Anayasal hakların ve sendikal haklarının tanındığı bir çalışma düzeni talep ediyoruz" denildi.

"SİZİN VİCDANINIZDAN BAŞKA SİĞİNACAK YERİMİZ YOK"



Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesine ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın iptali için Bursa Barosu'nca da açılan dava Danıştay'da görüldü. Bursa Barosu'ndan Başkan Av. Metin Öztosun, Sayman Av. Gonca Gülçin ve yönetim kurulu üyesi Av. Nazlı Ceren Şendoğan'ın savunma yaptığı duruşma sonunda Danıştay Savcısı, İstanbul Sözleşmesi ile ilgili Erdoğan'ın kararının iptali talebini yinelledi. Heyet başkanı, kararın adli tatil öncesi açıklanacağını bildirdi.

Bursa Barosu Adli Yardım Merkezi Sorumlusu Av. Aynur Çiğdem Ünel, Kadın Hakları Merkezi Sorumlusu Av. Özlem Gürgen Eldem, Av. Gamze Pamuk Ateşli, Av. Jülide Arıkan, Kadın Hakları Merkezi Sekreteri Av. Tuğçe Adıgüzel, Av. Neslihan Acar, Av. Kübra Önder, Av. Sena Melül, Av. Nilay Tenekeci, Av. Büşra Tangül'ün de izlediği duruşmada Öztosun şu şekilde savunma yaptı:

"Önce bir erkek olarak özürüm var tüm kadınlara, çocuklara, kırılgan gruplara... Onlara karşı şiddeti ve cinayetleri önleyemediğimiz için suçluluk

duyuyorum. Bu nedenle özür diliyorum.

İkinci özürüm de şu! Size 'sürtük' denilecek bir siyasal ve sosyal zeminin oluşmasına engel olamadık diye hepimizden özür diliyorum.

Sözlerime Attila İlhan'ın Cinayet Saati şiirinden bir kaç dize ile başlayacağım, sabrınıza sığınarak!

**'haliç'te bir vapuru vurdular dört kişi
demirlemişti eli kolu bağlıydı ağılıyordu
dört bıçak çekip vurdular dört kişi
yemyeşil bir ay gökte dağılıyordu
deli cafer ismail tayfur ve şaşı
maktulün onbeş yıllık arkadaşı
üçü kamarot öteki aşçıbaşı
dört bıçak çekip vurdular dört kişi
cinayeti kör bir kayıkçı gördü
ben gördüm kulaklarım gördü
vapur kudurdu kuduz gibi böğürdü
hiç biriniz orada yoksunuz'**

Sayın Heyet;

İstanbul sözleşmesi'nden çıkılmasındaki, hepimizin gördüğü, tüm salonun, sizin de gördüğünüz, kör kayıkçın bile gördüğü hukuka aykırılığı zaten Sayın Başsavcılık tekrar etmiş. O mütalaaya katılıyor. Ancak eksik kalan bazı şeyler var orada. Onları tamamlamak ve hatırlatmak için buradayız.

Sayın Heyet;

Her gün gözümüzün önünde kadın cinayetleri işleniyor. Kör kayıkçıların ve kulaklarımızın bile gördüğü. Uyuyamıyoruz gerçekten, uyuyamıyoruz. Ben uyuyamıyorum, uykularımız kaçıyor. O yüzden o uykusu kaçan buradaki tüm meslektaşlarımla beraber, Bursa Barosu'ndan meslektaşlarımla beraber Bursa'dan 400 km yol yapıp geldik, bir sis çanı gibi gecenin karanlığının içinden geçerek... Burası dikey adaletin sağlandığı bir mahkeme... Güçlü ile güçsüz arasındaki, devlet ile birey arasındaki dengeyi sağlayacak olan yerlerden biri burası... Biri de ceza mahkemeleri. Yani hukuk devleti miyiz, yoksa güçlünün haklı çıktığı yerde miyiz, buna siz karar vereceksiniz! Ve gerçekten tarihi bir karar vereceksiniz.

Ben ceza davalarına bakan CMK ile ilgili bir avukatım. O davalarda, ki medeni usulde de bu var. Hakim önündeki dosyayı delilere göre ama sonunda vicdanına danışarak karar verir.

İdari yargılama usulüne baktım. CMK veya HMK gibi mi diye, sonuçta neye göre karar veriyor hakimler diye... İdari yargılama usulünde vicdanla ilgili bir hüküm bulamadım ben... Bunun üzerine bir ürperdim. Eğer varsa da cahilliğime verin...

Ancak sonra, hakim savcı yemininde vicdan olduğunu hatırladım, içim rahatladı. O yüzden yetki, şekil, sebep, konu ve özellikle de amaç açısından karar verirken vicdanınızın da size rehberlik edeceğine inanıyorum. Gözlerinizde bunu görüyorum. Bu davayla ilgili karar verdiğiniz akşam başınızı yastığa koyduğunuzda sadece 2021 yılında öldürülen 281 kadının ruhlarının işte bu nedenle sizlerin vicdanını rahatsız etmeyeceğine inanıyorum. İnanmak istiyorum.

Bizim sizin vicdanınızdan başka gideceğimiz yer yok. Gerçekten yok! Nereye gidebiliriz. O yüzden sizin vicdanınıza sığıyoruz sayın heyet...

Bizi her gün bir kadının katledildiği bu yerde sizlerin vicdanınıza sığıyoruz sayın heyet...

Annesi yanında boğazından kesilerek öldürülen bir genç kızın çığlıklarını artık duymamak için; Evladının önünde bıçaklanan bir annenin neden diye son bakışından;

Öldürüldükten sonra kesilip parçalara ayrılan kadın bedenlerinin üzerimizde kalan ve hiç çıkmayan kan kokusundan kurtulabilmek için sizin vicdanınıza sığıyoruz sayın heyet...



Kadınli erkekli varoluş mücadelemizin Başkomutanı Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün kurduğu bu Cumhuriyet'te kadınlarla ve toplumda yaşayan tüm bireylerle beraber el ele aydınlık ve umutlu bir geleceğe yürüyebilmek için sizin vicdanınıza sığıyoruz sayın heyet...

Daha şehzade yaveri iken gittiği Almanya'da krallıktan kalan sarayın bahçesindeki değirmeni seyretmeye gidip, kralla değirmenciye eşitleyen ve değirmencinin 'kralsan kralsın, hakkımı yedirmeyecek olan Berlin'de hakimler var' diyen adil bir hukuk düzeninin düşünüyün kuran ve 'adaletle hüküm icra etmeyen bir hükümet çok fenadır' diyen Atatürk'ün sözüne kulak verip bizi hükümetin yaptığı bu fenalıktan kurtarmanız için yine sizin vicdanınıza sığıyoruz sayın heyet...

Bugün Kocaeli Barosu'ndan bir meslektaşımız duruşmada bizimle, yaşadığı çok özel şeyleri paylaştı. Arkada ben gözyaşlarına hakim olamadım. Birikmiş zaten, taşacak yer arıyor. Halen de ağlamaklıyım aslında, ama yakışmaz diye tutuyoruz. 'Erkekler ağlamaz' diye bir şey uydurmuşlar çok saçma...

Akıtacak gözyaşımız kalmadı. Yüreğimiz kanıyor artık. Acil kanamalı hastayız. Bu kanamanın durdurulması sizin vereceğiniz bir iptal kararına bağlı sayın heyet... Bizler öldürülen onca kadının katline engel olamadık. Belki bu vereceğiniz iptal kararı ile de hemen engel olamayacağız. Ama bizler bu umuda tutunduk, bu umudumuzu da kırmayın sayın heyet...

Gerçek cehennem nerede biliyor musunuz sayın heyet? Her gün bir kadın cinayetinin yaşandığı ve adaletin olmadığı yerdir asıl cehennem...

O cehennem ateşlerini söndürecek olanlara buradan vereceğiniz kararla, koca bir deniz vereceksiniz sayın heyet...

'Bu kadar önemli mi' demeyin, bu kadar önemli bir karar bu sayın heyet...

Davamızın kabulüne karar verilmesini talep ediyorum ve sözlerimi Pınar Gültekin'in babasının söyleyemediği ama içinden geçirdiği cümlelerle bitiriyorum

'sizin hiç kızınız yandı mı?

benim bir kere yandı kör oldum!'

Son sözüm; İstanbul Sözleşmesi yaşatır...'"

SOMA'YI UNUTMAYACAĞIZ, UNUTTURMAYACAĞIZ



301 madencinin hayatını kaybettiği Soma maden faciasının 6. yıldönümü nedeniyle Bursa Akademik Odalar Birliği Demokrasi Meydanı'nda anma ve basın açıklaması yapıldı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin'in de katıldığı basın açıklamasını, TMMOB İl Koordinasyon Kurulu Sekreteri Feridun Tetik okudu. Bursa Barosu Başkanı Öztosun da, kısa bir konuşma yaparak 301 madencinin ölümünün

mesleklerinin fitratından kaynaklanmadığını, katliamdan iş güvenliği önlemleri almayan, insan hayatını hiçe sayan işveren ve emek sömürsüne göz yumup kollayan siyasilerin sorumlu olduğunu söyledi. Öztosun, Soma'da madenci ailelerinin savunmasını üstlenen ve halen tutuklu bulunan avukatlar Selçuk Kozağaçlı ve Can Atalay'ı da anarak "Soma'yı unutmayacağız, unutturmayacağız" dedi. Basın açıklamasına katılanlar, baretlerle Soma yazılan yeşil alana ölen madenciler anısına karanfil bıraktı.

SENDİKALI OLDUKLARI İÇİN İŞTEN ÇIKARILAN İŞÇİLERLE OMUZ OMUZA



Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin, İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Av. Kemal Özgür Yetkin ve komisyon üyesi Av. Sibel Gündüz, Bursa Demirtaş Organize Sanayi Bölgesi'ndeki bir tekstil fabrikasında sendikalı oldukları gerekçesiyle işten çıkarılan işçilere destek verdi. Fabrikanın karşısında yapılan basın açıklamasına, çeşitli sendikalar ve sivil toplum örgütlerinin temsilcileri de katıldı. Açıklamada, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü, Atatürk Stadi-Kent Meydanı güzergahında gerçekleştirilecek yürüyüşe davet yapıldı.

MARMARA DENİZİ'NE HANÇER GİRİŞİMİNE DAVA!



Bursa Barosu, Mimarlar Odası Bursa Şubesi, DOĞADER, Gemlik Belediye Başkanı Mehmet Uğur Sertaslan, Başkan Yardımcısı Mert Dimili ve vatandaşlar adına Av. İsmail İşel, Gemlik'te kurulu Marmara Kimya Sanayii'nin derin deşarj projesinin iptali için dava açtı.

Davacılar ve akademik meslek odalarının temsilcileriyle Bursa milletvekilleri Nurhayat Altaca Kayışoğlu, Erkan Aydın ve Yüksel Özkan'ın da katıldığı basın açıklaması BAOB Demokrasi Meydanı'nda yapıldı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin

Öztosun'un okuduğu basın açıklaması "Marmara Denizi can çekişiyor, felaket müslajla su üstüne çıktı, kıyıları kapladı ve aylarca içimiz acıyarak izledik. Bu acı tabloya rağmen önlem alması gerekenler, aksine girişimlerle Marmara Denizi'ne bir hançer daha saplamak için çalışıyorlar" sözleriyle başladı. Marmara Kimya'nın derin deniz deşarjı projesine ilişkin ÇED başvurusunun Çevre, Şehircilik ve İklimlendirme Bakanlığı tarafından kabul edildiği ve plan değişikliklerinin hızlı bir şekilde onaylandığı kaydedildi.

BARO ORKESTRASI ESAS'DAN MUHTEŞEM KONSER

Bursa Barosu Orkestrası ESAS, BAOB Oditoryum'da konser verdi. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile yönetim kurulu üyelerinin de izlediği konserde, orkestrayı oluşturan avukat müzisyenler başarılı bir performans sergiledi. Başkan Öztosun, konser sonunda orkestranın tüm üyelerine ayrı ayrı çiçek verdi.





TÜRK MÜZİĞİ KOROSU COŞTURDU

Bursa Barosu Türk Müziği Korusu, "Şarkılar Sizi Özledi" temasıyla gerçekleştirdiği konseriyle izleyenleri coşturdu. Filiz Başıbüyük şefliğine BAOB Oditoryum'da verilen konseri Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile Sayman Av. Gonca Gülçin de izledi. Türk Sanat Müziği ve Türk Halk Müziği'nin sevilen hareketli eserlerini seslendiren koro ve solistler, izleyenlerden bol alkış aldı. Konser sonunda Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Şef Filiz Başıbüyük'e çiçek takdim etti. Öztosun, pandemi nedeniyle sıkıntılı bir süreç yaşandığını, ancak bu konserlere kulakların pasının silindiğini söyledi.



ETKİNLİK

rafting g heyecanı



Bursa Barosu Sosyal Etkinlikler Komisyonu ve Bursa Arama Kurtarma Derneği BAKUT işbirliği ile düzenlenen rafting etkinliği keyifli bir şekilde tamamlandı. Bursa Barosu üyeleri 3 saat kadar süren rafting ve mağara gezisinden sonra Keles Kadın Köy Kooperatifi üyelerinin hazırladığı gözleme ve çayla yorgunluk giderdi.



SATRAŇ TURNUVASI ŖAMPİYONLARINA BAŖKAN'DAN KUPA

Bursa Barosu Sosyal Etkinlikler ve Spor komisyonlarınca ortaklaŖa dzenlenen Satranç Turnuvası, Baroevi'nde geręekleŖtirildi. 30 oyuncunun katıldığı turnuvada Av. Onur Özdiğer birinci olurken, ikinciliği Av. Engin Köseoğulları, üçüncülüğü de Av. Burak Battal elde etti. Kazananların kupalarını Bursa Barosu BaŖkanı Av. Metin Öztosun verdi.



"YaŖananlar BoŖuna Değil-ÇađdaŖ SöyleŖiler"

GAZETECİ-YAZAR, MİLLETVEKİLİ AHMET ŖIK İLE GÜNCEL KONULAR ÜZERİNE

Bursa Barosu ve ÇađdaŖ Gazeteciler Derneği Bursa Ŗubesi'nce ortaklaŖa dzenlenen "YaŖananlar BoŖuna Değil-ÇađdaŖ SöyleŖiler"ın konuğu, Gazeteci-Yazar, TİP İstanbul Milletvekili Ahmet Ŗık oldu.

ÇGD Bursa Ŗubesi Lokali bahęesinde dzenlenen söyleŖiyi Bursa Barosu BaŖkanı Av. Metin Öztosun,

baŖkan yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin ve yönetim kurulu üyesi Av. Umut Mısırd izledi. Öztosun ve ÇGD Ŗube BaŖkanı Rabia Deniz'in söyleŖi sonunda plaket verdiği konuk konuŖmacı Ahmet Ŗık, son çıkan kitabı "Duvar"ı okurları için imzaladı.

Avukatlar yeteneklerini sergiledi



Bursa Barosu Resim Atölyesi Karma Resim Sergisi, Bursa Akademik Odalar Birliği Yerleşkesi giriş salonunda Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ve yönetim kurulu üyelerinin katılımıyla 9 Haziran'da açıldı. Dr. Şerife Karamüftüoğlu'nun öğretmenliğinde Ahmet Çavdar, Deniz Yağmur, Ebru Piri Kaya, Elif Çavdar, Emrah Kaya, Eylül Yağmur, Fedime Çam, Hilal Kübra Bilgin, Merve Ersöz, Mesude Önal, Nagihan Balekoğlu, Pelin Özge Bayraktar ve Suna Timuçin'in eserlerinden oluşan sergi 17 Haziran'da sona erdi.

mânâsız iç çekişler girdabı

Zamanın hızına yetişemiyorum. Ömrüm de tıpkı bu sayfalar gibi tükeniyor. Oysa her sayfasını eksiksiz yaşamak istiyorum. Hiçbir şeyi atlamak istemiyorum. Yıldızlara bakarken bile çıplak gözle geçmişe baktığımı hatırıma getirmek istiyorum daima. Bütün yıldızları aynı anda görmek istiyorum. Karanlığın içinde bir parça ışık olduğunu bilmek beni bir parça rahatlatıyor. Oysa ışıktan çok karanlığı sevdiğimi biliyorum.

Bir çelişkiler yumağı içindeyim. Belirsizlik, belirsizlik... Ne zaman, artık düşünmek zorunda olmadığımı tam anlamıyla hissedebileceğim? Ölümü tatmadan da tam anlamıyla düşüncesiz bir varlığa dönüşemez mi insan? Hiçbir şeyin umurumda olmadığını daha kaç kez daha kendime söyleyeceğim? Daha kaç kez daha kendimi kandıracağım? Ne zaman göğe telaşsız bakacağım? Artık boş duvara bakınca yalnızlığı hatırıma getirmek istemiyorum. Boyası dökülmüş, eskimiş bir betonu ruhumun yıkılmışlığına kurban etmek istemiyorum. Yalnızca diğer insanlar gibi düşüncelerim olsun istiyorum. Ama elimde değil. Beceremiyorum. Yapamıyorum. Baktığım her nesnede bir anlam arayışı içerisine sokuyorum kendimi. Anlamsızlığın kudreti altında eziliyorum. Üstümdeki yüklerden kurtulamıyorum.

Gittiğim her yerden kovuluyorum. Tüm kapılar kapanıyor üzerime. Hiçbir yerde hiçbir kalpte tutunmayı beceremiyorum. Oysa bazen gerçekten de başarılı olacağımı sanıyorum. Hiçbir şeye inancım kalmadı artık. Ne aşka, ne sevgiye, ne umuda, ne de Tanrıya. Bana ayrılan sürenin bittiği gibi bavullarımı toplayıp apar topar terk edeceğim kendimi. Ne insanların arasında yaşamayı başarabildim ne de onların istediği bir kişi olabildim. Onların kafasındaki yerin dışına çıktığımda bana anında müdahale ediyorlar. Yerini bil diyorlar inceden inceye. Senin duyguların ve senin düşüncelerin sende kalsın. Ne olur beni rahat bırakın. Benim sizinle bir derdim yok. Sizden bir şey istemiyorum, anlamıyor musunuz? Hayalinizi bile kurmuyorum artık. Korkmayın, insan eti yemiyorum. Mutluluk denen şeyin benden çok uzakta bir his olduğundan çokça emin oldum artık. Diğer her şey gibi bu "artık"lardan da kurtulmayı başaramadım. Belki, bir gün kendimden de kurtulmayı başarak herkese bir sürpriz yaparım.

Hayatın, payıma ayırdığı mutlulukları yaşamak istiyorum bazen. Hiç mutluluk kalmadı dedi birisi. Sen hüzün prensisin. Gülmekten ne anlarsın, bu dünyaya ait değilsin. Anlamalısın. Hiçbir şeyi hak etmiyorum aslında. Her şeyin en güzelini hak ediyorsun diyenler oluyor bazen. Onlara da ne diyeceğimi bilemiyorum. Hiç kimseyi kafamın içinde bir yere koyamıyorum. Kim neredeydi, karıştırıyorum. Onlar da yerlerini bilseler ne olurdu ki?

Sizden hiçbir şey istemiyorum. Uzak da dururum, ama ne olur bana bir çöp yığını gibi davranmayın artık. Ya da bir canavar gibi. Oysa asıl canavarları baş üstünde tutan da siz değil misiniz? Tüm zamanımızı sizi mutlu etmek için harcıyoruz. Neden bir parçada olsa, neyse... Ben istemez miydim etliye sütlüye karışmadan yaşayayım. Ama insan sevmek istiyor. Hayır, onlar istemiyorlar. Hatta bunu hissedince hemen netleştirmek istiyorlar. Oysa ben onları bu kalıplara sokmadan yalnızca seviyorum. Zaaflarımdan faydalanıyolar.

Bizim gibi insanların sevmeye hakkı yoktur. Gülmeyi bile beceremez bizim gibiler. Dinletemezler kendilerini, anlatamazlar. Anlatmayı beceremezler. Hayatta hiçbir şeyi başaramamışlardır. Daima bir tarafa itilen olmuşlardır. Unutulup gideceklerdir. Tarihin tozlu sayfalarında ebediyen kalmaya mahkum olacaklardır. Kendilerini sorgulayacaklardır. Yaşamının tadına hiçbir zaman varamayacaklardır. Yazdıklarını kimse okumayacaktır. Kimse onları takdir etmeyecektir. Küçük bir gülümsemeye kanacaklardır. Yaşamak, onlara ağır gelecektir. Kaldıramayacakları bu yükün altında ezileceklerdir. İnsanları mutlu etmeyecektir kurdukları cümleler ebediyen...

Av. İlker GÜREŞ



papatya sahili

Adımlarınla yoğrulurken kumsal
Uçuşuyor belinden kırmızı şal
Al topuğundan düşüyor apansız
Rengarenk taşlarla süslenmiş halhal

Vazgeçiyoruz yitene bulmaktan
Güzel bir sabah doğacak birazdan
El eleyiz, sıcak avuçlarımız
Zamandan ilk defa alacaklıyız

Yel değişiyor yüzümüze sedasız
Yağmura gebe hava, gök yıldızsız
Dökülürse damlalar bulutlardan
Nihayet bulacak adımlarımız

Yakasız açık gömleklerimizin
Meltemler doluyor içimize
Kenarındayız kükreyen denizin
Patlarken dalgaları biteviye

Karanlığı bozulmadan gecenin
Sarılmayı dilerken ikimiz de
Bir yer arıyoruz oturmak için
Şu kimsesiz; Papatya Sahili'nde...

Av. Semih KILIÇ

bahar yosma

Kuru çeşme Balta limanı
Sardunya kokusu
Aydınlıkta
Çatapat uğultusu
Simitçi baloncu çalgıcı
Kahve tütsülerinde koz helva
Paşa konağına nazire
Esmerinden orta boy kemancı
Ah güzel yosma
Sokakta yine
Eteği kırmızı
Onca oynaş arasında
Ağzında arap kızı sakızı
Ah güzel yosma
Geceden kalma
Belli oynaşmış
Günah almış
Kana girmiş yine
Ah güzel yosma
Eteği kırmızı kısa
İnce topuk siyah rugan
Yürüyor kırta kırta
Takmış takıştırmış
Sürmüş sürüştürmüş
Kırıtıyor sırta sırta
Ah be Nihal abla
Seni gidi güzel yosma...

Av. Temindar Hasanhanoglu

umut doktoru

Dörtnala koşarken özgür beyaz atlar ile
Evren hep aydınlığı çekerdi ışık ışık...
Vaha misali, serap misaliydi zira "medeniyet".
Romanlarda yasak aşk, demeçlerde sansürdü.
İşkambil fallarına inanmak gibi bi'seydi,
Mavi yolculuklarda okşaması hürriyet rüzgarının

Çalkalanıyorken insanlık delik ceplerden, kaygılı gözlerden mustarip,
Asi bir sıçrayış lazımdı içtimai sancılara.
Gurbet kolaydı vatandaşlığına Dünya'nın,
Işıksa parıldayan özlük haklarındandı "umut doktorunun"

Alev alev, duman dumandı ormandan nefeslerim,
Naralar atıyorken gözyaşlarında Manavgat sincabı,
Lisanı kanunsuz emrolmuştur tek zatın oysa en antidemokratından...
Ayak sesleri gelir yükselir yine de kardeşimin candaşımın,
Muradına ermiş gibi slogan atar polis devletsiz protestoları.
Ah o yok mu gözlerinden öptüğüm emekçi yoldaşım,
Kömür gibi yana yana evladını okutan o madencimiz yok mu?
Tuba dalları yeşerecek Gezi'de sana söz candaşım, sana söz...
Ilık bir mayıs rüzgarında kucaklasın bizi,
Resmini bulutlara çizdiğimiz o "emek değer kardeşliği..."

Av. Oğuzhan SEYMEN

ümitsizlik

Nerde, ne zaman, nasıl kaybettim yaşama sevincimi
Hangi gönül yarasında, hangi esmerin bakışında
Hangi mutluluğun burcunda, hangi zaferin gururunda
Hangi geleceğin hayalinde, hangi başlangıcın tereddüdünde

Annemin hangi duası değmedi hayatımın kalbine
Hangi günahın utancında vazgeçtim düş kurmaktan
Hangi yolun karanlığında, hangi sabahın ayazında
Hangi alışkanlığın koynunda terk ettim ümitleri
Hangi kışın telaşında, hangi yazın rahatında

Hangi bahar yeşertmedi içimde ilk kez çiçekler
Hangi günün hangi vaktinde vazgeçtim düşünmekten seni
Hangi tenin kokusunda, hangi yalanın sorgusunda

Hangi gerçeğin acısında uyandım rüyalarından
Hangi vedanın hüznünde, hangi hasret türküsünde
Hangi kıskançlığın ateşinde, hangi öfkenin lezzetinde

Hangi yolculuğun yalnızlığında unuttum çocukluğumu
Hangi yağmurun altında, hangi toprağın karasında
Hangi arzusun tutkusunda, hangi şaşkınlığın ortasında

Hangi şehrin ısıltısında kamaştı gözlerim
Hangi gecenin tenhasında, hangi sıcakın kucağında
Hangi isyanın korkusunda tutuklu ellerim
Hangi pişmanlığın kapısında

Hangi denizin mavisinde kaybolsam şimdi
Hangi geminin batığında, hangi dümenin sancağında
Hangi balığın karnında, hangi avcının sabrında

Cennet hangi inanmışlığın sırrında
Cehennem hangi şüphenin insafında
Tüm ümitleri tüketmişse eğer bu dünya
Ölüm hangi ihtimalin uzağında...

Av. Mehmet YAŞAR

MAKUL SÜREDE YARGILAMA

Av. Ali HASDEMİR

“Makul sürede yargılanma hakkı”nın ihlali nedeniyle **Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu** nezdinde yapmış olduğum müracaat sonucu verilen 30.06.2021 tarih ve 2021/1554 karar sayılı kararı ile makul sürede yargılama hakkının ihlali nedeniyle müracaat eden lehine tazminata hükmedilmiştir.

Karar şöyledir:

9 Ocak 2013 tarih ve 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun” ile kurulmuş İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun (Komisyon) Özlem Kırıcı ismiyle 23/03/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) yapılan 2015/5181 nolu bireysel başvuruya ilişkin karardır.

I. USÛL

1. Müracaat eden, yukarıda belirtilen AYM önündeki başvurusunu Komisyonumuza vekili aracılığıyla sunarak tazminat talebinde bulunmuştur.
2. Dilekçe ve eklerinin yapılan ön incelenmesi sonunda anılan Kanun’un Geçici Madde 2 kapsamında usulüne uygun bir müracaatın olduğu, Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.
3. Dosya, Komisyon üyesi Hakim Alpay GENÇER tarafından incelendikten ve varsa eksiklikleri tamamlandıktan sonra aşağıda isim ve imzaları bulunan Komisyon heyetine sunularak karar altına alınmıştır.

II. OLAY VE OLGULAR

4. Müracaata konu olay ve olgular, dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre şöyledir:
5. Müracaat eden, 29/12/2004 tarihinde meydana gelen trafik kazasında, davalı B.Z’nin kullandığı ve diğer davalı şirkete sigortalı olan 16 L plakalı aracın çarpması sonucu yaralandığını belirterek davalılar aleyhine, 01/01/2015 tarihinde, Bursa 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır.
6. Mahkeme, 24/12/2014 tarih, 2005/16 - 2014/652 E/K sayılı kararı ile davanın kabulüne karar vermiştir. Karara karşı kanun yoluna başvurulmadığından yargılama aynı tarihte son bulmuştur.

Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu nezdinde yapmış olduğum müracaat sonucu verilen 30.06.2021 tarih ve 2021/1554 karar sayılı kararı ile makul sürede yargılama hakkının ihlali nedeniyle müracaat eden lehine tazminata hükmedilmiştir.

7. Müracaat eden AYM önünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve T.C Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahisle, davasının makûl sürede sonuçlandırılmadığından şikâyet etmiştir.

8. AYM, bahse konu başvuru hakkında, yargılama sürecinin uzun sürmesiyle ilgili şikâyet hususunda başvuranın 6384 sayılı Kanunla kurulan Tazminat Komisyonuna başvurması gerektiğinden kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

9. Müracaat eden son olarak, Komisyona vekili aracılığıyla sunduğu dilekçesinde davasının makûl sürede sonuçlandırılmadığından tazminat talebinde bulunmuştur.

III. MÜRACAAT EDENİN ŞİKÂyetİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

a) Kabul Edilebilirliğe İlişkin Hukukî Değerlendirme

10. Dosyanın incelenmesinden, müracaat edenin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin şikâyeti AİHS'nin 35. maddesi ile T.C Anayasası'nın 36. maddesinde öngörülen kabul edilebilirlik koşullarını karşıladığı saptanmış olup, 6384 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan bir ret sebebinin de bulunmadığı anlaşılarak işin esasına geçilmiştir.

b) Esasa İlişkin Hukukî Değerlendirme

11. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

12. Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı 141. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

13. Sözleşme'nin (AİHS) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

14. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36.

maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır (AYM B. No: 2012/13, 02/07/2013, § 38).

15. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıdır. Hukuki uyuşmazlıkların çözüm sürecini uzatarak çoğu zaman elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıran bir yargılama, adaletin yerine getirilmesindeki etkililiğe ve güvenliğe zarar verecektir. Ancak, makul sürede yargılanma hakkı bakımından uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması önemli olmakla beraber, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi B. No: 2012/13, 02/07/2013, § 40).

16. Hukuk sistemimiz açısından taraflarca hazırlanma ilkesi ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalar arasında tarafların etkinliği noktasında farklılıklar bulunmakla beraber, genel olarak tarafların tutumunun yargılama sürecinin uzamasındaki etkisi, yargılama süresinin makul olma niteliğinin değerlendirilmesinde nazara alınması gereken önemli bir unsurdur. Zira tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik davranışlardan kaçınması ve kendisine tanınmış olan usuli hakları kullanırken dikkat ve özen göstermesi gereklidir. (Anayasa Mahkemesi B. No: 2012/13, 02/07/2013, § 43).

17. AİHM bir yargılama süresinin makul olup olmadığını değerlendirirken; her olayın kendine özgü koşulları, özellikle davanın karmaşık olup olmadığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların yargılama sürecindeki davranışları ve başvurusunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği, kamu otoritelerinin ve özellikle de yargılama organlarının tutumları, davanın başvuru açısından taşıdığı önem ve eğer söz konusu yargılama bir ceza yargılaması ise, başvurusunun tutuklu olup olmadığı gibi ölçütleri dikkate alarak karar vermektedir (özellikle bkz. Pélissier ve Sassi / Fransa [BD], no. 25444/94, 25 Mart 1999, § 67; Frydlander / Fransa [BD], no.30979/96, 27 Haziran 2000, § 43; Kalachnikov / Rusya, no. 47095/99, 15/07/2002, §§ 125 ve 132, Ezel Tosun/Türkiye, Başvuru No:33379/02, 10/1/2006, §21,; Namli ve Diğerleri/ Türkiye, Başvuru No: 51963/99, 23/5/2007, § 24; Alhan/Türkiye, Başvuru No: 8163/07, 2/4/2013, § 21; Danespayeh/Türkiye, Başvuru No: 21086/04, 16/7/2009, § 28).

Ancak her dava konusu ve her olay için geçerli, her ihtimali kapsayan standart bir "makul süre" belirlemek oldukça zordur. Her olay kendi içinde ele alınıp, makul sürenin somut duruma göre tespit edilmesi gerekmektedir. (Dobbertin/Fransa, 25.02.1993, § 39)

18. Bir yargılamanın adil olabilmesi için sadece verilen hükmün isabetli olması değil, aynı zamanda yargılamanın da makul sürede bitirilmesi gerekir. Uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi hakkın gerçek sahibine bir an önce teslimini sağladığı gibi diğer tarafın da mağdur olmasını engeller. Makul sürede yargılanma hakkı, AİHS'nin 6/1. maddesinde "Herkes davasının ... bir mahkeme tarafından ... makul bir süre içerisinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." ifadeleriyle, T.C. Anayasası'nın 141. maddesinde ise "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiştir.

19. Başvuru konusu davada Komisyon, 01/01/2005 tarihinde açılan tazminat davasının 24/12/2014 tarihinde kesin hükümle sonuçlandığını belirlemiş, ayrıca Anayasa Mahkemesinde bireysel başvurunun inceleme işlemleri sırasında 15/07/2016 tarihine kadar geçen süreyi de dikkate alarak başvuruya konu hukuk yargılamasının tek dereceli olarak 11 yıl 6 ay 14 gün sürdüğünü tespit etmiştir.

20. Komisyon, TC. Anayasasının 148. ve 6216 sayılı Kanunun 45 ve devamı maddeleri gereğince bireysel başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesinin, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurularda, şikayet edilen yargılama sürecinin devam ettiği bir yargı makamı olarak nitelemeyeceği kanaatindedir.

21. AİHM Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının, Sözleşmeciler Devletleri bu hükmün gerekliliklerini, özellikle makul süre gerekliliğini karşılayacak şekilde kendi yargı sistemlerini düzenlemekle yükümlü tuttuğunu hatırlatmaktadır. (Sürmeli /Almanya [BD], no. 75529/01, § 129)

Mahkeme, adaletin etkinliğini ve güvenilirliğini zedeleyebilecek gecikmelerle yönetilemeyeceğinin önemini yeniden teyit etmek ister (Bottazzi /İtalya [BD], no. 34884/97, § 22, AİHM 1999-V).

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının, Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruların incelemesi sırasında geçen süre için de uygulaması gerektiği kanaatindedir. (Çevikel/Türkiye, 23/05/2017, § 44)

Komisyon, söz konusu bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesinde aşırı iş yükünün oluştuğu 15/07/2016

tarihinden önce yapıldığını gözönüne alarak, AİHM'in, Çevikel/Türkiye kararı doğrultusunda, Anayasa Mahkemesinde bireysel başvurunun inceleme işlemleri sırasında 15/07/2016 tarihine kadar geçen süreyi, hakkaniyet ilkelerini gözeterek, müracaat edenler lehine yargılama süresinin tespitinde ve takdir edilen tazminat miktarında dikkate almıştır.

22. Komisyonun, müracaatın esası hakkındaki kararını, onaltı ay içinde gerekçeli olarak vereceği, 6384 sayılı Kanunun Geçici Madde 2'nin 4. fıkrası gereğince hüküm altına alınmıştır. Ancak tüm dünyayı ve ülkemizi etkileyen Covid-19 salgını nedeniyle, 20/03/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Kanunun Geçici Madde 1 hükmü ve 30/04/2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı uyarınca, yargıya ilişkin sürelerin durduğu yine bu süreçte personelin nöbet usulü çalışma sistemine geçtiği hususları dikkate alındığında, dosya inceleme işlemleri uzamıştır. Dolayısıyla bu süreç, bireysel başvurular hakkında, AYM ve AİHM dosyaları hakkında karar veren Komisyon başvuruları için de 6384 sayılı Kanunun Geçici Madde 2'nin 4. fıkrasında öngörülen karar verme süresinin hesabında dikkate alınmıştır.

23. Müracaata konu iş bu dosyadaki bilgi ve belgeler ışığında: AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin yerleşik içtihatları, olayın kendine özgü koşulları, yargılamanın uzamasında müracaat edene yüklenilebilecek herhangi bir kasıt veya kusurun bulunmaması, davanın müracaat eden açısından taşıdığı önem birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu yargılama süresinin uzun olduğu anlaşılmış olup, somut olayda müracaat edenin "makul sürede yargılanma hakkı" ihlal edilmiştir.

24. Bahse konu davanın, maluliyetle sonuçlanan (% 20) trafik kazasına istinaden açılan tazminat davası olması, bu davanın müracaat eden için taşıdığı önem ile söz konusu davanın makul süreyi aşması nedeniyle müracaat edenin duyduğu elem ve ızdırabın ağırlığı dikkate alınarak müracaat eden lehine takdir edilen tazminat belirli bir oranda arttırılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle müracaat edenin talebinin kabul edilerek tazminata hükmedilmesine ilişkin aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

IV. KARAR

Tarafı olduğu hukuk yargılamasının süresinin uzun olduğu anlaşıldığından, AİHS'nin 6. maddesi ile

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilen müracaat sahibine;

1- AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin uzun yargılama konusundaki yerleşik içtihatları göz önüne alınarak, hakkaniyet ölçüsünde ve takdiren 32.725-(otuzikibinyediyüzyirmibeş) TL'nin 6384 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince TAZMİNAT OLARAK ÖDENMESİNE,

2- Müracaat edenin iş bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz hakkının bulunduğu,

3- Hükmedilen tazminat miktarının, kararın

kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenmesine,

4- Komisyonun kesinleşen kararının bir örneğinin 6384 sayılı Kanun'un 8/1 maddesi gereğince müracaata konu işlemin yapıldığı Bursa 5. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine, 30.06.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Muhammet ACAR Hâkim-42139 Komisyon Başkanı

Murat SEKMEN Hâkim-37244 Üye

Alpay GENÇER Hâkim-42595 Üye

Emine YILDIRIM Hâkim-124808 Üye

Barış EREL Vergi Müfettişi-66123 Üye



"TAKİBİN KESİNLEŞMESİNDEN SONRAKİ DÖNEMDE" ZAMANAŞIMI NEDENİYLE ALACAĞIN GERİ BIRAKILMASINA KARAR VERİLMESİ HANGİ KOŞULLARDA MÜMKÜN OLUR? (İİK.m.71;33/a)

Av. Talih UYAR*

Mahkemece icra dosyası üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, alacaklı tarafından, alacağın bağlı olduğu zamanaşımını kesecek -masrafları da yatırılarak haciz talebinde/ satış talebinde vb. bulunup bulunulmadığı araştırılarak- 'takip işleminde' bulunup bulunulmadığı tespit edilip, sonucuna göre bir karar verilmesi isabetli olacaktır.

I. Genel haciz yolu ile ilamsız takiplerin iptalini, ertelenmesini ve icranın geri bırakılmasını gerektiren sebepler, İİK. md. 71'de gösterilmiştir.¹ Burada öngörülen "iptal" ve "erteleme" sebepleri, icra takibinin kesinleşmesinden sonraki dönemde doğmuştur. Takibin kesinleşmesinden önceki dönemde doğmuş olan "iptal" ve "erteleme" sebeplerinin "ödeme emrine itiraz" yöntemi içinde -takibin şekline göre 7 gün içinde icra dairesine veya 5 gün içinde icra mahkemesine-² ileri sürülmesi gerekir.³ Yani, bu aşamada gerçekleşmiş olan "iptal" ve "erteleme" sebeplerine dayanılarak İİK. 71 uyarınca "takibin iptaline", "icranın geri bırakılmasına" ya da "takibin ertelenmesine" karar verilmesi için icra

*İzmir Barosu Avukatlarından (Yaşar Üniv. Huk. Fak. Öğr. Görv.

1- UYAR, T. İcra Takibinin Kesinleşmesinden Sonraki Dönemde Doğmuş Olan "İptal" ve "Erteleme" Nedenlerine Dayanarak Takibin İptali ve Ertelenmesi "İİK. mad. 71" (Legal Huk. Der. Eylül/2006, s:2721-2734) - BORAN, N. İcra Takibin İptali ve Taliki, 2005

2- Bknz: 22.03.2011 T. 23773/4196 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

3- UYAR, T. İcra Hukukunda İtiraz, 2. Bası, 1990, s:2 vd. - UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 3.Baskı, 2014, s:1241 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:3, 2006, s:4037 vd.;4104 vd.

mahkemesine başvurulamaz.⁴

Bu madde, ilamlı takiplerde aynı konuyu düzenleyen İİK. mad. 33/II ve 33/a'nın ilamsız takiplerdeki karşılığını teşkil etmektedir.⁵

Takip kesinleştikten sonra borçlu; **a- «Borcunu -icra dairesi dışında- ödememiş ya da borcunu sona erdiren herhangi bir hukuki sebepten yararlanıyor»** olabilir. **b- «Alacaklıdan -icra dairesi dışında- borcunu ödemek için süre almış»** olabilir. **c- «Borcun zamanaşımına uğradığını»** kesinleşmeden sonraki dönemde kanıtlama olanağı bulabilir. Bu durumlarda borçlu, icra mahkemesine başvurarak, takibin ertelenmesini (icranın geri bırakılmasını) ya da iptalini isteyebilir. Bu başvurunun hukuki niteliği "itiraz"dır. **Yüksek mahkemenin kimi kararlarında bundan "şikayet" olarak bahsetmesini⁶ bu nedenle isabetli bulmuyoruz.**

Hakkındaki icra takibi kesinleşen borçlu, takip konusu borcunu icra dairesine başvurup ödeyerek ya da icra dairesinde alacaklı ile taksit sözleşmesi yaparak, icra takibini durdurabilir. Birinci olasılıkta takip tamamen sona erer, ikinci olasılıkta ise, takip "taksit sözleşmesi"nde öngörülen süre kadar ertelenmiş olur.

Hakkındaki icra takibi kesinleşen borçlu, icra dairesi dışında (haricen) alacaklı ile anlaşmış borcunu kendisine (ya da vekiline) ödeyerek veya kendisinden (ya da vekilinden) -haricen yaptığı taksit sözleşmesi gereğince- borcunu ödemek için süre (mehil) almış olabilir. Bütün bu durumlarda alacaklının (ya da vekilinin) yapılan anlaşma gereğince, icra takibine devam etmemesi gerekir. Eğer alacaklı, kötü niyetli davranıp, borçlusu ile yaptığı anlaşmaya rağmen, icra takibine devam ederse, borçlunun da burada açıklamaya çalışacağımız şekilde yürütülen takibi durdurmak için -icra mahkemesine- başvuruda bulunması gerekir.

II. Kanunda, borçlunun üç sebeple, hakkında gerçekte kesinleşmiş bulunan "icra takibinin iptalini veya geri bırakılmasını" isteyebileceği öngörülmüştür.

Bunlar;

a) «Borcun sona ermesi (i t f a)» nedeni ile takibin

4- Bknz: 12. HD. 19.01.2012 T. 13676/872; 26.12.2011 T. 14606/30568; 24.05.2011 T. 29259/10202; 01.06.2010 T. 12003/13429; 19.02.2010 T. 22647/3782; 11.01.2010 T. 18613/26; 3.6.2004 T. 10093/14136; 10.5.2004 T. 7184/11759; 9.3.2004 T. 118/5397 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

5- UYAR, T. İcra Hukukunda İlamlı Takipler, 2. Bası, 1991, s:439.

6- Bknz: 12. HD. 13.5.2004 T. 7887/12336 - HGK. 20.3.2002 T. 12-166/196 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

iptali

b) «Süre verme (imhal)» nedeni ile takibin ertelenmesi (tâliki)

c) «Zamanaşımı» nedeni ile icranın geri bırakılması⁷ «Takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde», alacağın zamanaşımına uğraması mümkündür. Alacağın bağlı olduğu zamanaşımı, takiple ilgili son işlem tarihinden itibaren işlemeye başlar.⁸

III. Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

↓ "Tedbir kararı verilmeden yetkiye ve imzaya itiraz edilmiş olması zamanaşımını kesmeyeceği gibi, itirazın satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmayaacağı (İİK. 170/1)- İbrahim süresi 03/02/2012 tarihinden önce dolan çeklerin altı aylık zamanaşımı süresine tâbi olduğu- Alacaklının taşınmaz haczi talebi ile menkul haczi talebine kadar zamanaşımını kesen ya da durduran hiçbir işlem bulunmadığı görüldüğünden zamanaşımının gerçekleştiği- Borçlunun zamanaşımı şikayetinin kabulü ile, şikayetçi borçlu yönünden icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerektiği (İİK. 71/son, 33/a)- "Aciz vesikasının düzenlediği tarihe kadar altı aylık zamanaşımı süresinin dolmadığı ve aciz vesikasının düzenlediği tarihten itibaren de 20 yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığı" gerekçesiyle "şikayetine reddine" karar verilmesinin hatalı olduğu"⁹

↓ "Takibe dayanak çekin, keşide tarihi 27/12/2008 olup, ibraz süresi 03/02/2012 tarihinden önce dolduğundan, altı aylık zamanaşımı süresine tâbi olduğu, o halde, mahkemece, borçlunun zamanaşımı şikayetinin kabulü ile İİK.nun 71/son maddesi göndermesi ile uygulanması gereken aynı yasanın 33/a maddesi gereğince şikayetçi borçlu yönünden icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekeceği"¹⁰

↓ "Örnek 10 ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği ve takibin kesinleştiği, takibin kesinleşmesinden sonra alacaklı vekilinin en son 03/01/2014 tarihinde satış talebinde bulunduğu, 06/01/2014 tarihinde de avansını yatırdığı ve zamanaşımının kesilmiş olduğu,

7- Doktrinde, "İİK. mad. 71/II ile 33a maddesi hükmünün tamamına yollama yapıldığı, bu maddede ise açıkça icra mahkemesinin 'icranın geri bırakılması' kararı verebileceğinin öngörüldüğü" belirtilerek, burada "zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması" deyimini kullanmanın daha doğru olacağı belirtilmiştir (KURU, B. age. s:456)

8- Bknz: 12. HD. 24.5.2004 T. 8239/13110; 12.10.1995 T. 12858/13522

9- Bknz: 12.HD. 30.06.2020 T. E:2019/10910, K:5973 (EK-1) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

10- Bknz: 12. HD. 03.10.2019 T. E: 11261, K: 14023 (EK-2) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

bu tarihten şikayet tarihi olan 09/01/2017 tarihine kadar dosyanın işlemsiz bırakıldığı ve yeniden başlayan 3 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşıldığından, yerel mahkemece, İİK'nun 71/son maddesi göndermesiyle uygulanması gereken aynı Kanun'un 33/a maddesi uyarınca, borçlu yönünden icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekeceği¹¹

↓ "Şikayete konu icra takip dosyasının incelenmesinde; borçlu hakkında 07/10/2009 tarihinde başlayan takibin kesinleşmesi üzerine, alacaklının 2009 ve 2010 yılları içerisinde haciz taleplerinin bulunduğu, en son 14/06/2010 tarihli haciz talebi üzerine zamanaşımının kesildiği anlaşılmış ise de; bu tarihten sonra 06/05/2014 tarihli yenileme talebi ve 13/05/2014 tarihli haciz talebine kadar, borçlu yönünden zamanaşımını kesen hiç bir işlem bulunmadığı görüldüğünden, adı geçen borçlu yönünden 3 yıllık bono zamanaşımı süresinin dolduğunun kabulü gerekeceği, o halde; mahkemece, İİK'nun 71/son maddesi göndermesiyle uygulanması gereken aynı Kanun'un 33/a maddesi uyarınca, şikayetin kabulü ile icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekeceği¹²

↓ "İcra takibinin tarafı olmayan şirketin, icra takibine ilişkin zamanaşımı şikayetinde bulunması mümkün olmadığından istemin aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, adı geçen yönünden de zamanaşımı gerçekleştiği gerekçesiyle şikayetin kabulüne karar verilmek suretiyle icranın geri bırakılmasına dair hüküm tesisinin isabetsiz olduğu¹³

↓ "Alacaklının dosyadan hacizli bulunan gayrimenkullerin, İİK. 100. md. malumatlarına esas olmak üzere takyidat listesinin ... Tapu Sicil Müdürlüğünden istenmesini talep etmiş ise de, alacaklının bu talebi gibi, taşınmazın son imar durumu ile üzerindeki hacizlerin devam edip etmediğinin sorulmasına yönelik talepler takibi ilerletmeye yönelik takip işlemleri olmadığından zamanaşımını kesmeyeceğinden, şikayetçilerin murisi ... yönünden zamanaşımını kesen herhangi bir işlem yapılmadığından itirazın kabulü ile İİK'nun 71/son maddesi göndermesiyle aynı Kanun'un 33/a maddesi gereğince icranın geri bırakılmasına karar verilmesi

gerektiği¹⁴

↓ "Bonoya dayalı icra takibine başlanması ile 3 yıllık zamanaşımı kesilmişse de, zamanaşımının ilk kesilme tarihi olan takip tarihi ile ödeme emrinin tebliğ edildiği tarih arasında zamanaşımını kesen bir takip işlemi yapılmadığından bonoya ilişkin zamanaşımı itirazının kabulü ile "takibin durdurulmasına karar verilmesi" gerektiği bu durumda "icranın geri bırakılmasına" karar verilemeyeceği¹⁵

↓ "Adres kapalı. İşyerinin penceresinden (vitrininden) bakıldığında adresin kapalı ve boş olduğu haciz kabil bir malın bulunmadığı görüldü. Mahallinde başkaca yapılacak işlem kalmadığından tutanağa son verildi." şeklindeki haciz tutanağının, kesin aciz vesikasının sonuçlarını doğurmayacağı- Alacaklının, haciz talebinden sonra yenileme talebine kadar zamanaşımını kesen bir işlemi bulunmadığından, bonolar için öngörülen 3 yıllık zamanaşımının dolmuş olduğu, mahkemece; "borçlu şirket adına kayıtlı menkul ve gayri menkullerin tespit edilemediği, borçlu şirketin haczi kabil malının bulunmaması nedeniyle haciz tutanağının İİK. nun 143. maddesindeki aciz vesikası hükmünde olduğu ve İİK. nun 105/1. maddesi kapsamında muvazaa nedeniyle açılan tasarrufun iptali davasının zaman aşımını keseceği" gerekçesi ile icranın geri bırakılmasına yönelik şikayetin reddine karar verilmesinin isabetsiz olduğu¹⁶

↓ "İİK'nun 71. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken aynı yasanın 33/a maddesi gereğince, zamanaşımı şikayetin kabulü halinde, "icranın geri bırakılmasına" karar verilmesi gerekirken, "takibin iptaline" hükmolunması isabetsiz olduğu gibi, anılan kanun maddesinde tazminata yer verilmediği halde, borçlu lehine tazminata hükmedilmesi de doğru olmayıp kararın belirtilen nedenlerle bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığı¹⁷

↓ "Takip dayanağı çekin ibraz süresinin bitim tarihi 03/02/2012 tarihinden önce olduğundan 6 aylık zamanaşımı süresine tabi olduğu- Hükme esas alınan her iki işlem aralığında da 6 aylık sürelerin son gününün pazar gününe denk geldiği, bu nedenle sürelerin son gününün takip eden ilk iş gününe kadar

11- Bknz: 12. HD. 13.06.2019 T. E: 2018/1628, K: 10272 (EK-3) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

12- Bknz: 12. HD. 04.10.2018 T. E: 11259, K: 9200 (EK-4) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

13- Bknz: 12. HD. 10.05.2018 T. E: 2016/32771, K: 4651 (EK-5) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

14- Bknz: 12. HD. 30.04.2018 T. E:2016/32531, K:3901 (EK-6) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

15- Bknz: 12. HD. 08.02.2017 T. E: 2016/9590, K: 1524 (EK-7) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

16- Bknz: 12. HD. 26.01.2017 T. E: 2016/8967, K: 1070 (EK-8) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

17- Bknz: 12. HD. 01.12.2016 T. E:5508, K:23501 (EK-9) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

uzayacağı ve pazartesiye denk gelen ilk iş gününde alacaklı vekilince işlem yapılmış olduğundan zamanaşımının kesildiği, icranın geri bırakılması yönünde hüküm tesisinin isabetsiz olduğu"¹⁸

√ Bonolar için 3 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olup zamanaşımını kesen sebeplerin "dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesi" şeklinde sınırlı olarak sayıldığı- Ödeme emrinin bila tebliğ iade edilmesinden sonra yenilme tarihine kadar geçen sürede borçlu hakkında yeniden ödeme emri çıkarılmadığı gibi borçlu yönünden zamanaşımını kesen başka bir işlem de yapılmadığından ve ödeme emri tebliğ edilmediğinden itirazın süresinde olduğu"¹⁹

√ "Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile çeke dayalı yapılan takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde borçlu hakkında işlem yapılmayarak altı aylık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşıldığından, borçlunun zamanaşımı şikâyetinin kabul edilerek İİK. mad. 71/son göndermesi ile uygulanması gereken aynı yasanın 33/a maddesi gereğince 'icranın geri bırakılmasına' karar verilmesi gerekeceğini"²⁰

√ "Borçlular hakkında genel haciz yolu ile yapılan ve kesinleşen icra takibinde İİK. mad. 71/2. maddesinin göndermesi ile uygulanması gereken aynı kanunun 33/a-1. maddesi gereğince, takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde borcun zamanaşımına uğradığının belirlenmesi halinde icranın geri bırakılmasına karar verileceğini ve bu şikâyetin süresiz olarak yapılabileceğini, takip dayanağı çekler hakkında zamanaşımını kesen sebeplerin Ticaret Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmış olduğunu, alacaklı tarafından geçici aciz vesikasına dayalı açılan tasarrufun iptali davasının zamanaşımını kesmeyeceğini, ancak borçlu hakkında kesin aciz vesikası düzenlenmesi halinde bu tarihten itibaren 20 yıl geçmesiyle borcun zamanaşımına uğrayacağını, açılan tasarrufun iptali davası sırasında, icra dosyasında zamanaşımını kesen başkaca hiçbir işlem yapılmaması halinde borçlunun zamanaşımı şikâyetinin kabul edilmesi gerekeceğini"²¹

√ "Alacaklının sadece haciz talebinde bulunması veya sadece taşınmazın satışını istemesi yeterli olmayıp işlemin zamanaşımının kesilmesi için İİK. mad. 59.

maddesi uyarınca masrafın da yatırılmış olması gerekeceği"²²

√ "Borçlunun maaşına haciz konulmasının talep edilmesinden sonra şikâyet tarihine kadar zamanaşımını kesecek bir icra takip işleminin yapılmaması ve TTK'da zamanaşımına ilişkin sayılan sebeplerin de bulunmaması karşısında, zamanaşımı gerçekleştiğinin kabul edileceğini, maaş haczi konusunda müzekkere yazılması ve maaştan kesintilerin icra dosyasına girmesinin beklenmesinin, zamanaşımını kesmeyeceğini"²³

√ "Ticaret Kanunu'nda bonolar hakkında zamanaşımının hangi sebeplerle kesileceği sınırlı bir şekilde açıklanmış olduğunu, borçlular vekilinin icra mahkemesinde ileri sürdüğü 'meskeniyet şikâyetinin' TTK. mad. 662'de belirtilen dava kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğini ve bu şikâyetin yapıldığı tarihten mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçen sürede zamanaşımının kesilmeyeceğini"²⁴

√ "İcra dosyasındaki 'son işlem'in üzerinden, takip dayanağı çekin bağlı olduğu altı aylık (şimdi; 3 yıllık) zamanaşımı süresinin geçmiş olması halinde, İİK. 71/II uyarınca yapılan başvuru sonucunda, icra mahkemesince 'icranın geri bırakılmasına' karar verilmesi gerekeceğini"²⁵

√ "Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe geçilen icra dosyasında, son işlem yapıldıktan sonra haciz talep edilmiş ise de masrafın yatırılmaması halinde, İİK. mad. 59 uyarınca geçerli bir talebin varlığından söz edilemeyeceğini- Borçlu tarafından açılan menfi tespit davasında, alacaklı durumundaki davalının itirazını defi yolu ile ileri sürmesi halinde, borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davasının da bu nedenle zamanaşımını keseceğinin kabul edileceğini, ancak menfi tespit davası açılmadan önce, çekin ibraz süresinin dolduğu tarih itibarıyla uygulanması gereken TTK. mad. 726'da öngörülen altı aylık zamanaşımı süresi dolduğundan, mahkemenin icranın geri bırakılmasına dair kararının uygun olduğunu"²⁶

√ "Haczedilen taşınmazın iki yıl (şimdi; bir yıl) içinde

22- Bknz: 12. HD. 19.03.2013 T. 746/10168 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

23- Bknz: 12. HD. 05.03.2013 T. 30852/7335 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

24- Bknz: 12. HD. 01.11.2012 T. 20506/31099 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

25- Bknz: 12. HD. 17.9.2004 T. 15319/19499; 16.2.2004 T. 2558/2922; 28.1.2003 T. 28167/1266 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

26- Bknz: 12. HD. 03.06.2013 T. 14067/20489 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

18- Bknz: 12. HD. 04.05.2016 T. E: 407, K: 13189 (EK-10) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

19- Bknz: 12. HD. 27.04.2016 T. E: 9943, K: 12427 (EK-11) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

20- Bknz: 12. HD. 28.03.2013 T. 1989/11966 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

21- Bknz: 12. HD. 18.03.2013 T. 1461/9776 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

satışının istenmemesi halinde haczin düşeceği- İİK mad. 106 gereğince satış isteme süresinin duracağı durumların tahdidi olarak sayıldığı, sürenin durması durumunda, satış talebinin reddi ya da ihalenin alıcı çıkmaması nedeniyle düşmesi ya da feshedilmesi halinde düşme veya fesih kararının kesinleştiği tarihten sonra kalan sürenin kaldığı yerden işlemeye devam edeceği, zamanaşımının kesilmesinde olduğu gibi yeni bir sürenin işlemeye başlamayacağı- İcra müdürünün, alacaklının satış talebini -henüz kıymet takdiri yapılmadığı, aracın yakalanmamış olduğu vb. gerekçeleriyle- reddetmesi halinde, bu ret kararının şikayet yoluyla boz durulmamış olması halinde reddine karar verilmiş olan bir talep, yasaya uygun bir talep olarak (satış talebi olarak) kabul edilemeyeceğinden alacaklının süresinde satış talep etmemiş sayılacağı ve konulmuş olan haczin düşeceği²⁷

↓ "İcra mahkemesinde açılan imzaya itiraz davasının, istihkak davasının, kıymet takdirine itiraz davasının, sulh hukuk mahkemesinde açılan izale-i şuyu davasının, asliye hukuk mahkemesinde açılan tasarrufun iptali davasının zamanaşımını kesmeyeceğini, imzaya itiraz davasında mahkemece tedbiren takibin durdurulmasına karar verilmişse, bu süre içinde zamanaşımının işlemeyeceğini, icra mahkemesi kararının temyizinin zamanaşımını kesmeyeceği"²⁸

↓ "Çeke dayalı kambiyo takibinde borçlunun, takibin kesinleşmesinden sonra 6 aylık zamanaşımı süresinin geçtiğini ve takibin zamanaşımına uğradığını belirterek, İİK'nun 71 ve 33-a maddeleri uyarınca icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasına karar verilmesini talep ettiğini, İİK'nun 71/2. maddesinde; borçlu takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürecek olursa, 33/a maddesi hükmünün kıyasen uygulanacağını, İİK'nun 33/a-1 maddesinde de zamanaşımı gerçekleşmişse icranın geri bırakılacağı hususunun düzenlendiğini, o halde, borçlunun isteminin kabulü ile İİK'nun 71/2. ve 33/a maddeleri gereğince icranın geri bırakılmasına karar verilmesinin gerekeceğini"²⁹

↓ "Zamanaşımını kesen işlemin, her kim hakkında vaki olmuşsa ancak ona karşı hüküm ifade edeceğini, icra takibinin diğer borçlusu hakkında yapılan zamanaşımını kesen işlemlerin şikayetçi borçlu yönünden hüküm ifade etmesi mümkün

olmadığından, TTK'nın 726. maddesinde yazılı 6 aylık zamanaşımı süresinin dolduğunu, müşteki borçlunun zamanaşımı şikayetinin kabul edilerek hakkındaki icranın geri bırakılmasına karar verilmesinin gerekeceğini"³⁰

↓ "Davanın, çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe karşı borçlunun, takibin işlemsiz bırakılması nedeniyle zamanaşımı oluştuğunu belirterek icranın geri bırakılması istemi olduğu, çekte keşide yerinin D.BAKIR şeklinde yazıldığı, dolayısıyla çek vasfı bulunmadığının görüldüğü, bu belgenin on yıllık zamanaşımına tabi olduğu, zamanaşımı itirazının reddedilmesinin gerektiğini, ayrıca borçlu tarafından açılan menfi tespit davasında, alacaklı bu davaya katımlı ve alacak iddiasını ileri sürmüş ise borçlunun açtığı menfi tespit davasının da zamanaşımını keseceği, söz konusu davanın zamanaşımını kesecek nitelikte olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesinin de doğru olmadığını"³¹

↓ "Kambiyo senedi vasfını taşımayan adi havale niteliğindeki belgeye istinaden başlatılıp kesinleşen takipte, İİK'nun 71/2. maddesi gereğince takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde işleyecek zamanaşımı süresinin TTK'nun 726. maddesine göre hesaplanamayacağını"³²

↓ "Alacağın, alacaklının sadece haciz talebinde bulunması ile değil, ayrıca haciz masraflarının da yatırılması halinde zamanaşımının kesileceğini"³³

↓ "Takibin kesinleşmesinden sonra oluşan zamanaşımı nedeniyle, İİK'nun 71/son maddesinin göndermesi ile aynı kanunun 33/a maddesi uyarınca icranın geri bırakılması' istemini içeren başvuruyu inceleme görev yetkisinin, takibin kesinleştiği icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine ait olduğunu"³⁴

↓ "İİK. 78 uyarınca dosyanın işlemiden kaldırılmış olmasının, borçlunun İİK. 71 uyarınca borcun zamanaşımına uğradığı yönünde itirazda bulunmasına engel teşkil etmeyeceğini"³⁵

↓ "İcra dosyasındaki son işlem olan haciz talebinden itibaren takip dayanağı çeke ilişkin altı aylık

30- Bknz: 12.HD. 04.06.2012 T. 1820/18946 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

31- Bknz: 12.HD. 05.04.2012 T. 25570/11155 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

32- Bknz: 12. HD. 19.01.2012 T. 13676/872 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

33- Bknz: 12. HD. 25.11.2011 T. 18420/24410 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

34- Bknz: 12. HD. 16.03.2007 T. 2186/5037 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

35- Bknz: 12. HD. 1.6.2004 T. 10355/13952; 28.10.2003 T. 17217/21115 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

27- Bknz: 12. HD. 09.07.2012 T. E: 16781, K: 24213 (EK-12) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

28- Bknz: 12. HD. 19.06.2012 T. E: 2464, K: 21280 (EK-13) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

29- Bknz: 12. HD. 14.06.2012 T. 12824/20510 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

zamanaşımı süresinin geçmiş olması halinde, İİK. 71 uyarınca 'icranın geri bırakılmasına' karar verilmesi gerekeceğini"³⁶

√ "Takibin kesinleştiği tarih ile alacaklı vekilinin '89/1 haciz ihbarnamesi çıkarılması' talebi arasında, takip dayanağı çekin bağlı olduğu altı aylık zamanaşımı süresinden fazla bir sürenin geçmiş olması halinde, İİK. 71 uyarınca 'icranın geri bırakılmasına' karar verilmesi gerekeceğini"³⁷

√ "Takip dayanağı belgenin 'çek' sayılmaması halinde, Ticaret Kanunundaki çeklere ait zamanaşımı hükümlerinin değil, TBK. mad. 146'daki on yıllık zamanaşımının uygulanacağını"³⁸

√ "İcra dosyasındaki alacaklının son işlem tarihinden, yenileme talebinde bulunulan tarihe kadar 'bono'lara ilişkin üç yıllık zamanaşımı süresinin doğmamış olması halinde İİK. 71'e göre 'icranın geri bırakılması'na karar verilemeyeceğini"³⁹

√ "Kıymet takdirine ilişkin talep edilen kıymete itirazın, İİK'nun 106. maddedeki süreleri kesmeyeceğini"⁴⁰

√ "Zamanaşımı süresinin, alacaklının -'satış talebinde bulunmak' gibi- son işleminden itibaren işlemeye başlayacağını (icra müdürlüğünün 'dosyanın işleminden kaldırılmasına' ilişkin kararından itibaren işlemeye başlamayacağını)"⁴¹

√ "Yenileme bildirisi' gönderilen borçlunun, daha önce başlatılan takibe itiraz edemeyeceğini ancak, İİK. 71'de öngörülen koşullar çerçevesinde -'takibin kesinleşmesinden sonraki döneme ilişkin- 'itfa', 'imhal', 'zamanaşımı' itirazında bulunabileceğini"⁴²

√ "Yenileme bildirisi'nin (dilekçesinin) usulsüz tebliğ edildiğine ilişkin şikayet ile borca itirazın, icra mahkemesine birlikte yapılabileceğini (ve birlikte incelenebileceğini)"⁴³

√ "Takipteki 'son işlem' tarihi ile 'yenileme' tarihi

36- Bknz: 12. HD. 24.5.2004 T. 8239/13110 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

37- Bknz: 12. HD. 18.5.2004 T. 8418/12784 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

38- Bknz: 12. HD. 05.04.2012 T. 25570/11155; 19.01.2012 T. 13676/872; 6.11.2003 T. 22568/21781; 23.9.2003 T. 14267/18278; 24.2.2003 T. 14267/18278 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

39- Bknz: 12. HD. 12.6.2003 T. 11322/14045; 19.1.1995 T. 123/313 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

40- Bknz: 19. HD. 17.1.2003 T. E: 2002/5442, K: 272 (EK-14) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

41- Bknz: 12. HD. 12.10.1995 T. 12858/13522 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

42- Bknz: 12. HD. 7.10.1994 T. 11142/11919 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

43- Bknz: 12. HD. 16.11.1990 T. 4464/11640; 13.11.1989 T. 3929/13760 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

arasında, alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresinin geçmemiş olması halinde, 'zamanaşımı nedeniyle takibin iptaline' karar verilemeyeceğini"⁴⁴

√ "Açıkça «satış talebi» olmadıkça, «taşınmaza kıymet takdirinin yapılması»na ilişkin istem ve işlemlerin, satış isteme süresini kesmeyeceğini"⁴⁵

√ "Takibin kesinleşmesinden sonraki zamanaşımı iddiası hakkında, İİK'nun 16/son değil, 71/son hükmünün uygulanacağını"⁴⁶ belirtmiştir...

IV. Tekrar belirtelim ki, borçlu ancak «takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde» takip konusu alacağın zamanaşımına uğradığını, bu maddeye göre -icra mahkemesine- bildirebilir.⁴⁷ Eğer takip konusu alacak, takip talebinden önce zamanaşımına uğramışsa, borçlunun bu hususu «ödeme emrine itiraz» olarak -icra dairesine veya takibin şekline göre; icra mahkemesine-⁴⁸ bildirmesi gerekir.

İcra mahkemesi, borçlunun "zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması" (İİK. mad. 71/II; 33a) istemini evrak üzerinde değil d u r u ş m a l ı olarak inceler.⁴⁹

«Zamanaşımı nedeniyle icra takibinin iptali» (ya da icranın geri bırakılması), borçlu tarafından takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine bildirilir.⁵⁰

Bu başvuru bir süreye bağlı mıdır? Yoksa -az önce incelediğimiz- «itfa nedeniyle takibin iptali» istemi gibi «her zaman» istenebilir mi? **Yüksek mahkeme**⁵¹⁻ özellikle 4.11.1998 tarih ve 12-763/797 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararından sonraki; yeni kararlarında- "bu istemin her zaman (süreye

44- Bknz: 12. HD. 23.5.1989 T. 13310/7639 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

45- Bknz: HGK. 17.5.1989 T. E: 12-226, K: 368 (EK-15) (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

46- Bknz: 12. HD. 26.11.1984 T. 9096/12188 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

47- Bknz: 12. HD. 26.12.2011 T. 14606/30568; 24.05.2011 T. 29259/10202; 01.06.2010 T. 12003/13429; 19.02.2010 T. 22647/3782; 11.01.2010 T. 18613/26; 10.12.2009 T. 15639/24842; 06.10.2008 T. 13372/16574 vb. (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

48- Bknz: 12. HD. 22.03.2011 T. 23773/4196 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

49- Bknz: 12. HD. 17.05.2011 T. 29212/9659 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

50- Bknz: 12. HD. 16.03.2007 T. 2186/5037 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

51- Bknz: 12. HD. 27.02.2012 T. 19473/5124; 19.01.2012 T. 13640/376; 19.12.2011 T. 14322/29527; 31.10.2011 T. 4774/20669; 02.06.2011 T. 30069/11416; 28.11.2011 T. 7817/24670; 22.3.2011 T. 23973/4266; 31.10.2011 T. 4774/20669; 19.12.2011 T. 14322/29527; 2.6.2011 T. 30069/11416; 10.9.2004 T. 14667/18913; 18.3.2004 T. 1121/6429; 16.3.2004 T. 998/6175 vb. (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

bağlı olmadan) ileri sürülebileceğini” belirtmeye başlamıştır. Daha önce⁵² “İİK. 71/II uyarınca takibin kesinleşmesinden sonraki devrede, borcun zamanaşımına uğradığı itirazının yedi gün içinde bildirilmesi gerektiğini” belirtiyordu...

Doktrinde⁵³ «ilamsız icrada, zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması talebi (İİK. mad. 71/II; 33a) için kanunda hiçbir süre öngörülmediği, kanunun öngörmediği bir hak düşürücü sürenin içtihat yolu ile kabul edilmesinin hak arama hürriyetine (Anayasaya) aykırı düşeceği, ilamlı icrada dahi icra emrinin tebliğinden sonraki dönemde gerçekleşmiş zamanaşımına dayanan icranın geri bırakılması istekleri her zaman yapılabilirken, ilamsız icradaki zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması talebinin yedi gün süreyle sınırlandırılmasının hatalı olacağı» belirtilmiştir.

Maddenin son fıkrasındaki yollama gereğince, borçlunun «zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılmasını» icra mahkemesinden istemesi halinde, İİK. mad. 33a hükmü uygulanacağından, borçlu «zamanaşımı savunu (defini)» İİK. mad. 71/I’de sayılan belgelere dayanmaksızın doğrudan doğruya takip dosyası ile, alacaklı da «zamanaşımının kesildiğini» (TBK. mad. 154, 157; TTK. mad. 750) ya da «tatile uğradığını» (TBK. mad. 153) aynı şekilde «resmi belge»lerle kanıtlayabilir.

V.Bu vesile ile uygulamadaki önemi nedeniyle hemen belirtelim ki; Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanununda gerek zamanaşımı süreleri ve gerekse zamanaşımını kesen sebepler birbirinden farklı biçimde düzenlenmiştir. Ticaret Kanununa göre -kambiyo senetlerine dayalı takipler bakımından- zamanaşımı süreleri şu dört halde kesilir:

- 1- Dava açılması,
- 2- İcra takibinde bulunulması,
- 3- Davanın ihbar edilmesi,
- 4- Alacağın iflas masasına bildirilmesi (TTK. mad. 750).

TTK. mad. 750’de öngörülen bu zamanaşımını kesen sebepler sayılarak (sınırlı olarak) belirtilmiş olduğundan, bu maddede öngörülen sebepler dışında -örneğin; TBK. mad. 153, 154, 155, 156’da

öngörülen sebeplerle- zamanaşımı kesilmez.⁵⁴

VI. Yüksek mahkeme de çeşitli içtihatlarında aynı gerekçe ile yani; “TTK. mad. 750’de öngörülme-yen nedenlerle zamanaşımının kesilmeyeceği gerekçesiyle”;

√ “İİK’nun 100. maddesi ile ilgili yazışmaların yapılmasının takibin devamına yönelik işlem niteliğinde olmaması nedeniyle, zamanaşımını kesen işlemlerden sayılmayacağını”⁵⁵

√ “Takip konusu alacağın bağlı olduğu zamanaşımının kesilebilmesi için; alacaklının sadece haciz talebinde bulunmasının yeterli olmayıp, ayrıca haciz masrafını da yatırmış olması gerekeceğini”⁵⁶

√ “Borçlu tarafından açılan ‘kıymet takdirine itiraz davasının’ zamanaşımını kesmeyeceğini”⁵⁷

√ “İcra mahkemesine borçlu tarafından ‘icra takibinin iptali’ amacıyla itirazda bulunulmuş olmasının, zamanaşımını kesmeyeceğini”⁵⁸

√ “Borçlunun borcunu ikrar etmesinin ya da borcuna mahsuben ödemede bulunmasının zamanaşımını kesmeyeceğini”⁵⁹

√ “Borçlunun icra dosyasında borcu kabul etmesinin”⁶⁰

√ “Üçüncü kişinin açtığı istihkak davasının”⁶¹

√ “Takip konusu alacağa ilişkin temliknamenin icra dosyasına ibraz edilmesinin”⁶²

√ “Borçlu hakkında ceza davası açılmasının”⁶³

√ “Alacaklının asliye hukuk mahkemesinde -BK. 18’e (şimdi; TBK. 19’a göre- tapu iptali ve tescil davası açmasının”⁶⁴

54- Bknz: 12. HD. 10.6.1988 T. 10473/7682; 20.10.1986 T. 574/10840; 13.3.1986 T. 9294/2778; 27.1.1983 T. 10634/431; 20.10.1981 T. 5801/7642 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
55- Bknz: 12. HD. 23.12.2011 T. 29439/30265 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
56- Bknz: 12. HD. 25.11.2011 T. 18420/24410 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
57- Bknz: 12. HD. 03.05.2011 T. 472/8221 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
58- Bknz: 12. HD. 18.04.2011 T. 22694/6829 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
59- Bknz: 12. HD. 13.3.1986 T. 9294/2778 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
60- Bknz: 12. HD. 21.10.1982 T. 6933/7501 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
61- Bknz: 12. HD. 25.2.1992 T. 10091/2047 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
62- Bknz: 12. HD. 27.2.1987 T. 8687/2251 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
63- Bknz: 12. HD. 3.3.1988 T. 14289/2441 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)
64- Bknz: 12. HD. 20.1.2004 T. 23745/778 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

52- Bknz: 12. HD. 11.10.1990 T. 7199/9836; 29.5.1990 T. 13896/6557; 1.3.1990 T. 463/1903 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

53- KURU, B. age. C:1, s:457 - KURU, B. İlamsız İcra-da Zamanaşımının İleri Sürülmesi (BATIDER, 1986/C:XIII, S:3-4, s:91 vd.)

√ "Borçlunun sonradan Cumhuriyet Savcılığına başvurarak ceza davası açtırıp mahkumiyet kararı almasının (HUMK. 317 "şimdi; HMK. 209" dışında)"⁶⁵

√ "Karşılıksız çek düzenleme suçundan dolayı açılan ceza davasının"⁶⁶

√ "Senet alacaklısı hakkında ağır ceza mahkemesinde dava açılmasının"⁶⁷

√ "İcra mahkemesinde borca (ya da imzaya) itirazda bulunulmasının -İİK. mad. 169a/II uyarınca- tedbir kararı verilmiş olmadıkça"^{68 69}

√ "Sonradan icra mahkemesi tarafından iptal edilmiş olan takiplerin"⁷⁰

√ "İcra mahkemesi tarafından verilen 'ödeme emrinin iptaline' ilişkin kararının"⁷¹

√ "Takip talebinde bulunulmadıkça, takip dayanağı senet hakkında ihtiyati haciz kararı alınıp uygulanmasının"⁷²

√ "Borçlunun bonoyu kaybettiğinden bahisle aldığı iptal kararının iptali için alacaklının açtığı davanın"⁷³

"takip dayanağı senedin bağlı olduğu zamanaşımı süresini kesmeyeceğini" belirtmiştir.

Buna karşın borçlu hakkında, alacaklı tarafından yapılan haciz işlemi ile takip konusu alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresi kesilir...⁷⁴

VII. Borçlunun lehtar ya da yetkili hamil aleyhine senet iptali "(olumsuz tespit) davası açması"nın zamanaşımını kesip kesmeyeceği" hususu gerek uygulamada ve gerekse doktrinde farklı görüşlere neden olmuştur. Gerçekten; **Yargıtay 12.**

Hukuk Dairesi ö n c e ⁷⁵ "borçlunun açtığı olumsuz tespit davasının zamanaşımını kesmeyeceğini" belirtmişken, **son kararlarında**⁷⁶ -**Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun** da benimsediği görüş doğrultusunda⁷⁷ "borçlunun açtığı olumsuz tespit davasının zamanaşımını keseceğini" belirtmeye başlamıştır. Ancak hemen belirtelim ki; bu dava eğer "davanın açılmamış sayılmasına" şeklinde sonuçlanmışsa, olumsuz tespit davasının açılmasıyla zamanaşımı kesilmiş olmaz.⁷⁸

Doktrinde de kimi yazarlar⁷⁹ "borçlunun açtığı davanın zamanaşımını kesmeyeceğini" açıkça belirtmişken, kimi yazarlar⁸⁰ "borçlunun fiillerinin zamanaşımını kesmeyeceğini" belirterek üstü kapalı olarak aynı görüşü savunmuşlardır. Buna karşın **kimi hukukçular**⁸¹ da açıkça "borçlunun açtığı davanın zamanaşımını keseceğini" ifade etmişlerdir...

VIII. Buraya kadar ayrıntılı olarak yaptığımız açıklama ve atıfta bulunduğumuz içtihatlar açıkça gösteriyor ki; ancak gerek Borçlar ve gerekse Türk Ticaret Kanununda öngörülen nedenler takip konusu alacağın bağlı olduğu zamanaşımını kesmektedir. Bu nedenler dışında borçlunun icra memurunun herhangi bir işlemini şikayette bulunması -örneğin; hesap tablosunun düzeltilmesi, konulan haczin kaldırılması için şikayet yoluna gitmesi- ya da-kambiyo senedine dayalı takiplerde- takip konusu borca veya senetteki imzasına icra mahkemesine başvurarak itirazda bulunması, icra mahkemesince "takibin durdurulma-sı" konusunda

65- Bknz: 12. HD. 25.2.2000 T. 2364/3155 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

66- Bknz: 12. HD. 9.12.1991 T. 5337/12878 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

67- Bknz: 12. HD. 12.2.1990 T. 7629/978 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

68- Bknz: 12. HD. 14.9.2004 T. 14514/19239; 12.6.2000 T. 9252/9700; 7.3.2000 T. 2901/3957; 10.12.1999 T. 14218/16167 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

69- Karş: 12. HD. 11.11.1998 T. 11838/12501; 21.10.1996 T. 11128/12779 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

70- Bknz: 12. HD. 30.6.1998 T. 7077/7977 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

71- Bknz: 12. HD. 9.12.1997 T. 13448/13687 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

72- Bknz: 12. HD. 12.6.2000 T. 9295/9741; 14.11.1996 T. 14279/14370 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

73- Bknz: 12. HD. 21.6.1993 T. 5424/11201 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

74- Bknz: 12. HD. 20.06.2011 T. 31032/12432 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

75- Bknz: 12. HD. 16.9.1993 T. 9401/13469; 22.9.1992 T. 3438/10610; 8.6.1992 T. 802/7968; 22.4.1991 T. 13876/4908 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

76- Bknz: 12. HD. 12.5.2011 T. 28072/9321; 3.5.2011 T. 472/8221; 3.5.2011 T. 472/8221; 22.3.2004 T. 2412/6700; 05.04.2012 T. 25570/11155; 13.2.2004 T. 24669/2652; 30.10.2003 T. 19341/21210 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

77- Bknz: HGK. 20.11.1996 T. 12-654/805 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

78- Bknz: 12. HD. 22.3.2004 T. 909/6632; 26.2.2004 T. 27151/4078; 23.6.2003 T. 12041/14955 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

79- ÖZTAN, F. Kıymetli Evrak Hukuku, s:891 vd.
- GÖZÜBÜYÜK, A. H. T. Ticaret Kanununun 662. Maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser mi? (ABD. 1965/4, s:439 vd.)

80- KARAYALÇIN, Y. Ticari Senetler, s:256 - KALPSÜZ, T. Kıymetli Evrak, s:130 - DOĞANAY, İ. Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C:2, s:2031

81- DOMANIÇ, H. Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, s:413 - OKÇUOĞLU, Y. Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Dava Açmasıyla Zamanaşımı Kesilir mi? (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, III, 1986, s:16 vd.) - ERİŞ, G. Kıymetli Evrak ve Taşınma, s:552

bir tedbir kararı verilmedikçe⁸² alacaklının takibi yürütmesini engellemez ve dolayısı ile alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresinin de işlemlerini durdurmaz. Fakat uygulamada; borçlunun bu tür şikayet ve itirazları üzerine kimi alacaklılar kendiliğinden takibe devam etmemekte ve yapılan bu başvuruların sonuçlanmasını "hatalı olarak" beklemektedirler. Bunun sonucu olarak da, borçlunun şikayet ya da itirazının reddedilmesinden sonra, takiplerine devam etmek istediklerinde, borçluların İİK. mad. 71/II'ye dayalı olarak yaptıkları başvuru (itiraz) ve icra mahkemelerinin "zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması kararı" ile karşılaşmaktadırlar. Alacaklıların böyle bir sürprizle karşılaşmamak için, borçlunun hangi başvurularının "itiraz ve şikayetlerin" (açtıkları davaların) ve bunlar üzerine icra mahkemesince verilecek kararların zamanaşımını keseceğini, hangi başvurularının "itiraz ve şikayetlerin" (açtıkları davaların) ve bunlar üzerine icra mahkemesince verilecek kararların⁸³ ise zamanaşımını kesmeyeceğini araştırarak, buna göre takiplerini sürdürmeleri veya yapılan başvurunun sonucunu beklemeleri gerekir. Örneğin, uygulamada çok kez yapıldığı gibi, borçlunun takip konusu alacağı karşılayacak malları bulunmadığını belirten -ve "geçici aciz belgesi" niteliğinde bulunan- haciz tutanağına dayanarak İİK. mad. 277 vd.na göre "tasarrufun iptali" davası açan alacaklı, eğer dava devam ederken icra takibine devam etmemiş -örneğin, hiç değilse borçlunun mevduatının bulunup bulunmadığını öğrenmek ve varsa haciz koydurmak için bankalara "haciz ihbarnamesi" (İİK. mad. 89) göndertmemişse, davanın durumlarda, sonuçta davasını kazansa bile borçlusunun İİK. mad. 71/II'ye göre icra mahkemesine başvurması halinde, aleyhine "icranın zamanaşımı nedeniyle geri bırakılması" kararı verilmesini önleyemez. Çünkü; alacaklının borçlusu hakkında "tasarrufun iptali davası" açmasının, takip konusu alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresini keseceği, kanunlarımızda öngörülmemiştir. Aynı şekilde; borçlu çeke dayalı borcu için icra takibi yapıldıktan sonra, alacaklısı ile icra dairesi, dışında anlaşma (protokol) yaparak, takip konusu borcunu "altı ay (şimdi; 3 yıl) sonra" ödemeyi taahhüt etse ve alacaklı borçlu ile yaptığı anlaşma çerçevesinde takibi durdurup, bu süre içinde icra dosyasında hiçbir işlem yapmasa, borçlunun taahhüt ettiği tarihte borcunu ödememesi üzerine takibe kaldığı yerden

devam etmek istese, borçlu İİK. mad. 71/II uyarınca icra mahkemesine başvurarak "icranın zamanaşımı nedeniyle geri bırakılması"na dair karar alarak, hakkındaki takibi durdurabilir...

IX. "Zamanaşımı süresi kesilince, süresi aynı olan yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar" (TBK. mad. 156/I, TTK. mad. 751/(2)). Bu durumda işlemeye başlayacak olan yeni zamanaşımı süresinin, Ticaret Kanunu hükümlerine göre mi, yoksa Borçlar Kanununun 156/2 hükmüne göre -on yıl- mı olacağı konusunda beliren uyuşmazlık 23.2.1944 Tarih, 10/5 sayılı İçt. Bir. K. ile "olaya BK. 135 (şimdi; TBK. mad. 156) hükmünün uygulanmayacağı" şeklinde çözümlenmiştir. Böylece yapılan icra takibinde üç yıllık zamanaşımı süresi kesilen bono/çek⁸⁴ keşidecisi hakkında yeniden üç yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

İcra takibi ile zamanaşımı kesildikten sonra, alacaklı takibi sürdürmez ve dosya işlemiden kaldırılırsa (İİK. mad. 78/II, IV, V) son işlem tarihi ile alacaklının yenileme talebinde bulunduğu tarih arasında takip dayanağı kambiyo senedinin bağlı olduğu zamanaşımı süresinin geçmemiş olması gerekir. Eğer bu süre geçmişse, "borçlunun zamanaşımı itirazı"nda bulunması üzerine icra mahkemesince "zamanaşımı nedeniyle takibin iptaline" karar verilir.⁸⁵

X. Zamanaşımının hangi durumlarda kesileceğini düzenlemiş olan Ticaret Kanunu zamanaşımının hangi durumlarda duracağını ayrıca düzenlememiştir. Böylece Ticaret Kanunumuzun birinci maddesindeki yollama nedeniyle Türk Borçlar Kanununun "zamanaşımının hangi durumlarda duracağını düzenleyen hükümlerinin -mad. 152, 153, 157, 158, 159, 160 ve 161- ticari senetler hakkında da örneksemeye (kıyasen) uygulanması gerekeceği" gerek doktrinde⁸⁶ ve gerekse Yargıtay içtihatlarında⁸⁷ kabul edilmiştir.

XI. Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki; bir kambiyo senedini birlikte keşide edenlerin paylarından fazla ödedikleri miktar için birbirleri hakkında yapacakları takip, artık kambiyo senedine dayanan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip olmayıp genel haciz yoluyla takip olduğundan ve Borçlar Kanununa dayandığından, bu tür takipler on yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.

XII. Yüksek mahkeme, borçlunun isteminin (itirazının)

82- Hemen belirtelim ki; genel mahkemelerce "takibin durdurulması", "satışın yapılmaması" doğrultusunda verilen tedbir kararları da, zamanaşımını durdurur (Bknz: 12. HD. 9.7.1992 T. 671/9473; 6.7.1992 T. 6712/9267; 26.3.1992 T. 10495/3838)

83- Bknz: 12. HD. 20.5.2003 T. 8298/11417 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

84- Bknz: 12. HD. 27.02.2012 T. 19473/5124 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

85- Bknz: 12. HD. 12.6.2003 T. 11322/14045; 19.1.1995 T. 123/313 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

86- ÖZTAN, F. age. s:888 - DOMANIÇ, H. age. s:472

87- Bknz: 11. HD. 29.12.1977 T. 5787/5946 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

kabul edilmesi halinde, icra mahkemesince "icranın geri bırakılmasına" karar verilmesi gerekeceğini, bunun yerine "takibin geçici olarak durdurulmasına"⁸⁸, "takibin zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına"⁸⁹ "takibin iptaline"⁹⁰ "ödeme emrinin iptaline"⁹¹ karar verilemeyeceğini belirtmiştir. İcra mahkemesince "icranın geri bırakılmasına" karar verilince, daha önce yapılmış olan haciz işlemlerinin de iptali gerekir.⁹²

İcra mahkemesi «istemine reddine ve takibin devamına» karar verirse, borçlu «olumsuz tespit» veya «geri alma» davası açabilir (mad. 71/II'deki yollama nedeniyle, İİK. mad. 33a/III ve 33/IV).

İcra mahkemesi, «zamanaşımı nedeniyle takibin iptaline (geri bırakılmasına)» karar verirse, alacaklı, «bu kararın kesinleştiğinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde» mahkemede alacak davası açabilir. Eğer açmazsa, «alacağın zamanaşımına uğradığı» hususu, kesin hüküm teşkil eder (mad. 71/II; 33 a/II) (HMK. mad. 303).

Bir olayda;

• **Davacı vekili** 03.02.2022 tarihli "dava dilekçesi"nde özetle;

– Açtıkları davanın konusunun "alacağın, icra takibinden sonra zamanaşımı nedeniyle (... 15.İcra Müdürlüğünün... sayılı ve yenileme sonrası ... sayılı dosyasının) 'icranın geri bırakılması' talebiyle, davanın kesinleşmesine kadar 'icranın durdurulması, hacizli taşınmaz satışının durdurulması' olduğunu,

– Davalı tarafından, ... 15.İcra Müdürlüğünün ...sayılı ve yenileme sonrası ...sayılı icra takibinden kaynaklanan, müvekkili şirket üzerine kayıtlı ... ili, ... ilçesi, 854 ada 34 parseldeki taşınmazın haczedildiğini, taşınmazın satışına yönelik alacaklının 'kıymet takdirine itiraz davası' açtığını, bu davanın sonuçlandığını ve taşınmazın hâlihazırda satış tehdidi altında bulunduğunu, davanın kesinleşmesine kadar icra dosyasında hacizli bulunan müvekkil şirkete ait

taşınmazın satışının gerçekleşmemesi gerektiğinden, taşınmaz satışının bu nedenle durdurulması için bu davanın icra dairesine bildirilmesini,

– Müvekkil aleyhine, icra takibine konu edilmiş olan bonoların, icra takibinin kesinleşmesinden sonra alacaklı tarafından zamanaşımına uğratılmış olduğunu, çünkü 'vade tarihinden itibaren üç yıl geçmekle poliçeye(bonoya) bağlı alacağın zamanaşımına uğrayacağı'nın yasa hükmü olduğunu,

– Müvekkil ve temsilcisi olduğu şirket hakkında 26.02.2008 tarihinde... 15. İcra Müdürlüğünün ...sayılı dosyası ile iki adet 30.04.2006 ödeme tarihli ve 239.500,00 TL'lik ve 250.000,00 TL'lik toplamda 489.500,00 TL'lik ve 22.926,95 TL işlemiş faiz ve takip çıkışı olarak 717.428,95 TL bedelle icra takibi yaptığını,

– İcra takibinin 26.02.2008 tarihinden bu yana sürmekte olduğunu, 19.01.2012 tarihinde dosyanın yenilendiğini ve dosyasının yeni numarasının ...olduğunu,

– Takip tarihinden buna, icra takibinin kesinleşmesinden itibaren bugüne kadar defalarca zamanaşımına uğradığını,

– Dosyanın 10.01.2012 tarihinde yenilendiğini, bu yenilemenin müvekkile tebliğ edilmeden yani harçsız olduğunu,

– Dosyanın 19.01.2012 talebine kadar ve sonrasında da zamanaşımının gerçekleştiğini,

– İlişikte sunduğu Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 01.12.2016 T. ve 5508/23501 sayılı kararında da açıkça 'yenileme talebi öncesinde herhangi bir takip işlemi yapılmadığı ve zamanaşımı gerçekleştiği iddiasına dayalı olarak takibin iptaline' karar verilmesi gerekeceğinin belirtildiğini,

– Dosyada müvekkili şirkete ait taşınmazın haczedilmesinden sonra defalarca kıymet takdiri yapıldığını, kıymet takdiri yapılmasının İİK.m.106 hükmünde öngörülen süreleri kesmediğini, yani bu anlamda zamanaşımını kesen bir olayın söz konusu olmadığını, dolayısıyla kıymet takdirine şikâyetin, satışın istenmesine engel teşkil etmediğini, Yargıtay 19.HD. 17.01.2003 T. ve 5442/272 sayılı kararda bu hususun açıkça ifade edildiğini,

– Yargıtay kararlarına göre; 'dava açılmasının, takip talebinde bulunmasının, davanın ihbar edilmesinin veya alacağın iflas masasına bildirilmesinin zamanaşımını keseceğini, aciz vesikası alınmışsa, aciz vesikasının düzenlenmesinden itibaren bunun 20 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını, senet borçlusunun açtığı senet iptal davasının zamanaşımını kesmeyeceği, borçlu tarafından açılan menfi tespit davasında, alacaklının savunmasını bildirmesi

88- Bknz: 12. HD. 29.3.2004 T. 1720/7373 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

89- Bknz: 12. HD. 23.9.2004 T. 14137/20122 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

90- Bknz: 12. HD. 28.6.2011 T. 32500/13475; 07.06.2011 T. 13296/11939; 05.10.2010 T. 9671/22298; 15.06.2010 T. 2901/15366; 19.01.2010 T. 19621/1054; 06.11.2008 T. 15941/19293; 03.11.2008 T. 15947/19058; 03.11.2008 T. 15946/19047; 25.09.2008 T. 13000/16309; 01.07.2008 T. 11181/14014; 16.06.2008 T. 10209/12622; 29.05.2008 T. 6958/10890; 21.9.2004 T. 15389/19808; 29.6.2004 T. 12522/17197 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

91- Bknz: 12. HD. 2.7.2004 T. 12595/17579 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

92- Bknz: 12. HD. 16.1.2003 T. 27331/207 (www.e-uyar.com E.T.23.03.2022)

durumunda, anılan davanın da zamanaşımını keseceğini, istihkak, izaleyi şüyu, kıymet takdirine itiraz, senet iptali, tasarrufun iptali davası gibi davaların zamanaşımını kesmeyeceği (12.HD.26.01.2017 T. 8967/1070)

– Yargıtay 12.HD. 27.04.2016 T. 9943/12427 sayılı kararında ‘borçlu hakkında yapılan takip ve çıkartılan ödeme emrinin tebliğinden, yenileme emri tebliğ tarihine kadar geçen sürede hiçbir işlem yapılmadığına göre zamanaşımı süresi itirazının kabulüyle, itiraz eden borçlu yönünden takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği’nin belirtilmiş olduğunu,

– Taşınmaza kıymet takdirine dair istem ve işlemlerin satışa hazırlık mahiyetinde olduğundan İİK.106. maddesindeki süreyi durdurmayaacağını (HGK..17.05.1989 T. 12-226/368, 12.HD.09.07.2012 T. 16781/24213),

– İcra takibinden sonra, icra takibine dayanak iki adet bononun son işlem tarihinden itibaren icra dosyasında zamanaşımını kesen herhangi bir işlem yapılmaması nedeniyle İİK.m.71,33/a ve TTK.m.778/d-h maddelerinin atfıyla TTK.732/4 ile 749/1 maddeleri uyarınca ... 15.İcra Müdürlüğünün ... sayılı ve yenileme sonrası ...sayılı dosyası hakkında ‘icranın geri bırakılması kararı’ verilmesini taleplerinin kabulüne karar verilmesini” talep etmiştir.

• **Davalı vekili** 11.02.2022 tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle;

– “Borçlunun ‘alacağın zamanaşımına uğradığı’ iddiasının dosya kapsamına aykırı olduğunu,

– ... 5.İcra Müdürlüğünde ...dosyada alacaklı olarak yaptığı işlemleri kronolojik olarak ilişikte belirttiğini,

- Takibin 26.02.2008 tarihinde bonoya dayalı olarak başlatıldığını, dosya numarasının ...olduğunu, 22.08.2008 tarihinde borçlunun menkul ve gayrimenkul malları ile alacaklarının haczinin talep edildiğini, 11.07.2008 tarihli taleple kıymet takdiri raporunun borçlu vekiline tebliğinin talep edildiğini, 21.10.2008 tarihli taleple kıymet takdiri raporunun borçlulara tebliğinin istendiğini, 20.07.2009 tarihinde satış talep edildiğini, 07.09.2009 tarihinde taşınmaz takyidatının istinabe edilen icra dairesince yapılmasının talep edildiğini, 05.02.2010 tarihinde satış ilanının alacaklılara tebliğinin istendiğini, 14.05.2010 tarihli taleple satışın düşürülmesinin talep edildiğini, 06.07.2010 tarihinde tekrar satış talep edildiğini, 14.07.2010 tarihinde taşınmazın son takyidatlarının istendiğini, 15.07.2010 tarihinde borçluya ödenecek harcın haczinin talep edildiğini, 17.09.2010 tarihinde satış ilanının ilgililere tebliğinin istendiğini, 28.09.2010 tarihinde ‘harcın haczi için’

... Vergi Dairesi’ne müzekkere yazılması istendiğini, 08.03.2010 tarihinde satış için gerekli giderleri yatırması hususunda Av. ...’a yetki verildiğini, 14.04.2011 tarihli taleple birinci haciz ihbarnamesi gönderilmesi istendiğini, 01.06.2011 tarihinde tekrar satış talep edildiklerini, 24.08.2011 tarihinde taşınmaza yeniden kıymet takdiri talep ettiklerini, 26.10.2011 tarihinde 100.maddeye yarar bilgiler istendiğini, 19.01.2012 tarihinde harçsız yenileme talebinde bulunulduğunu, 27.03.2013 tarihinde satış talimatı yazılmasının talep edildiğini, 29.07.2013 tarihinde satış işlemlerine bir an önce başlanmasının talep edildiğini, 11.12.2013 tarihinde kıymet takdirinin yapılmasını talep ettiklerini, 30.01.2015 tarihinde taşınmazın son takyidatlarının istendiğini, 27.02.2015 tarihinde taşınmaz haczi talep edildiğini, 14.04.2015 tarihinde kıymet takdirinin tebliğinin talep edildiğini, 29.09.2015 tarihindeki taleple satış işlemlerinin devam edilmesinin talep edildiğini, 20.10.2015 tarihinde satış ilanı tebliğ edilerek ilgililerin talimat icra dairesine bildirilmesinin istendiğini, 03.05.2016 tarihinde tekrar taşınmazın satışının talep edildiğini, 10.10.2017 tarihinde kıymet takdirinin yapılmasının istendiğini, 15.01.2019 tarihinde tekrar haciz talep edildiğini, 15.12.2019 tarihinde tekrar kıymet takdirinin yapılmasını istendiğini, 21.01.2021 tarihli taleple haciz talep edildiğini, 16.04.2021 tarihinde kıymet takdiri raporunun ilgililere tebliğinin talep edildiğini, 28.06.2021 tarihli taleple taşınmazın k...da haczi bulunan icra dairelerinden ‘haczin devam edip etmediğinin’ sorulmasının talep edildiğini” bildirmiştir.

Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta;

Buraya kadar yaptığımız ayrıntılı açıklama ve atıfta bulunduğumuz içtihatlardan anlaşıldığı gibi; alacaklının yaptığı takipte ‘her talep ve işlemi’nin değil sadece ‘takibi ilerletmeye yönelik, alacaklıyı alacağına kavuşturan’ haciz talebi, satış talebi gibi sınırlı sayıdaki talep ve işlemler, alacağın bağlı olduğu zamanaşımını keser. Nitekim **yüksek mahkeme** çeşitli kararlarında;

√ “Alacaklının satış talebinin (satış masraflarının da İİK. 59 uyarınca yatırılmış olması koşuluyla)”⁹³,

√ “Alacaklının haciz talebinin (haciz masraflarının yatırılmış olması koşuluyla)”⁹⁴

‘zamanaşımını keseceğini’ belirtmişken,

√ “Taşınmazın son imar durumu ile üzerindeki hacizlerin devam edip etmediğinin sorulmasına yönelik taleplerin, takibi ilerletmeye yönelik işlemler

93- Bknz: Yuk. dipn. 11

94- Bknz: Yuk. dipn. 33-56

olmadığından, zamanaşımını kesmeyeceğini"⁹⁵,

√ "Maaş haczi konusunda müzekkere yazılmasının ve maaştan yapılan kesintilerin icra dosyasına girmesinin beklenmesinin, zamanaşımını kesmeyeceğini"⁹⁶

√ "İİK.'nun 100. maddesiyle ilgili yazışmaların yapılmasının, takibin devamına yönelik işlem niteliğinde olmaması sebebiyle, zamanaşımını kesen sebeplerden sayılmayacağını"⁹⁷,

√ "Borçlu tarafından açılan kıymet takdirine itiraz davasının, zamanaşımını kesmeyeceğini"⁹⁸

√ "Borçlunun borcunu ikrar etmesinin ya da borcuna mahsuben ödemede bulunmasının, zamanaşımını

kesmeyeceğini"⁹⁹ belirtmiştir.

Somut olayda; mahkemece icra dosyası üzerinde bilirkşi incelemesi yaptırılarak, alacaklı tarafından, alacağın bağlı olduğu zamanaşımını kesecek - masrafları da yatırılarak haciz talebinde/satış talebinde vb. bulunup bulunulmadığı araştırılarak- 'takip işlemi' bulunup bulunulmadığı tespit edilip, sonucuna göre bir karar verilmesi isabetli olacaktır.

95- Bknz: Yuk. dipn. 14

96- Bknz: Yuk. dipn. 23

97- Bknz: Yuk. dipn. 55

98- Bknz: Yuk. dipn. 57

99- Bknz: Yuk. dipn. 59

ANONİM ORTAKLIKLARDA PRİMLİ PAYLAR

Av. Rabia ÇAPUTCU

1 PRİMLİ PAYIN TANIMI, PRİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Primli payın tanımına geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla; pay, itibari değer, gerçek değer gibi kavramları açıklayacak daha sonrasında çalışmamın asıl konusunu teşkil eden primli pay kavramı üzerinde durarak tanımını yapmaya ve primli payın hukuki niteliğine ilişkin görüşleri belirterek görüşümü açıklamaya çalışacağım.

Öncelikle payın Anonim Şirketin merkezinde bulunan bir kavram olduğu görülmektedir. Gerçekten de TTK 329. maddesinde anonim şirketin tanımı yapılırken pay kavramı merkeze alınmıştır. Söz konusu durum "Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan,....şirkettir." şeklindeki lafzından da anlaşılmaktadır. Bu bağlamda **pay**, esas sözleşmede yer alan sermaye miktarının belirli sayıda birim değere bölünmüş kısmıdır¹. Her bir pay için esas sözleşmede belirlenmiş olan değere ise **itibari değer** adı verilmektedir. TTK da itibari değerli pay sistemi benimsenmiş ve itibari değerden yoksun paylara izin verilmemiş, TTK m. 347/1 uyarınca itibarî değer altında pay ihracı açıkça yasaklanmıştır. (Halka açık AO da SPK m.12/2, 18/5 gereği itibarsız pay çıkarılması mümkündür.) İtibari değere ise TTK m. 476/1 hükmünde "Payın itibari değeri en az bir kuruştur." Şeklinde düzenlenmek suretiyle asgari sınır belirlenmiştir. Bununla birlikte payın itibari değeri ile gerçek değerinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. İtibari değer payın gerçek değerini ancak şirket faaliyete başlayana kadar gösterir. Şirket faaliyette bulundukça, kazanç ve kayıplar yaşaması kaçınılmaz olduğundan bir süre sonra itibarî değer payın gerçek değerini göstermekten uzak kalır ve bu sebeple de sadece esas sözleşmede yer alan sayısal bir değer olmaktan öteye gidemez.

TTK m. 347 hükmünde itibari değerinden aşağı bedelle pay çıkarılamayacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen itibari değer üzerinde pay çıkarılmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama getirilmediği görülmektedir. Buna göre payların itibari değerinin üzerindeki bir bedelle çıkarılmasının mümkün olduğu açıktır. İşte payın itibari değerinden

İlk bölümde primli payın tanımı hukuki niteliği aktarılmış, ikinci bölümde primin tek borç ilkesinin istisnasını teşkil edip etmeyeceği sorunu üzerinde durulmuş, üçüncü bölümde İngiliz, Alman ve İsviçre hukukunda primli pay kavramı kısaca incelenmiş, dördüncü bölümde primli payın çıkarılmasının zorunlu olup olmadığı açıklanmış, beşinci bölümde TTK m. 456 hükmü irdelenmiş, altıncı bölümde gündeme bağlılık ilkesi kapsamında primli pay çıkarılma durumu incelenmiş, yedinci bölümde TTK m. 461/2 son cümle incelenmiş ve en nihayetinde sekizinci bölümde prim borcunun ayın olarak ödenip ödenemeyeceği üzerinde durulmuştur.

¹ - Yargıtay'ın payın 3 farklı anlamı olduğuna ilişkin bakınız: YHGK, 12.11..2014, 2014/11-801E. 2014/891K. Sayılı ilamı

fazla bir bedelle satışa sunulan paylara **primli pay**, itibari değeri aşan kısmına ise **prim** adı verilmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse 5-TL itibari değere sahip bir payın ihraç bedeli 50-TL olarak belirlenirse, itibari değeri aşan 45-TL lik tutar prim; 50-TL değerindeki pay ise primli paydır.

Primli pay esas sözleşmede hükümle veya genel kurul kararı ile kuruluşta ya da sermaye artırım sırasında şirket tarafından çıkarılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Öncelikle kuruluşta primli pay çıkarılacaksa genel kurul kararı alınamayacağı için esas sözleşme ile yapılabilecektir. İkinci önemli husus ise primli payın şirket tarafından çıkarılabileceğidir. Pay sahipleri paylarını itibari değerinde bir bedelle üçüncü kişilere satması durumunda dahi primli paydan söz edilemeyecektir.

Primin hukuki niteliği konusu ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre prim kar niteliğindeki¹ hakim görüşe göre prim kar niteliğinde değildir². Ancak hakim görüşün kar niteliğinde olmamasına karşın primin niteliği konusunda birlik bulunmamaktadır.

Tekil'e göre, değer artışlarının primli pay ihracı suretiyle bilanço'ya geçmesi aktif artırıcı olmakla beraber, yalnızca aktifin artması gelen fazlanın kendiliğinden kâr olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Yazar bunun yanında pay sahiplerinin tasfiye payını çoğaltacak biçimde etkilememesi ve kâr gibi pay sahiplerine dağıtılamamasından bahisle primin kâr olmadığı yönündeki İsviçre doktrini görüşünü yerinde bulmaktadır. Bu sebeple primin katılma payı çerçevesinde yer aldığını ve ancak aktif yükseltici bir unsur olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir³.

Yıldız, Kanun'da primin dağıtılma unsuruna yer verilmediği ve nerelerde harcanabileceğinin sınırlı olarak sayıldığından bahisle, primin kazanç olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmekle birlikte prim için hukukî bir nitelendirme yapmamaktadır⁴.

Özcan ise, primi kâr gibi serbestçe tasarruf edilemeyen, Kanun'da belirtilen şekillerde kullanılabilen, sermayenin korunması ilkesine tâbi yedek akçe kaynağı olarak nitelendirmektedir⁵.

Kesan'a göre ise, primin sermaye hesabı yerine

yedek akçelere eklenmesi sadece şeklî bir unsur olmakla beraber, primin kâr olarak kabul edilmesi için yeterli bir sebep sayılamaz. Dolayısıyla, yazara göre prim sermaye niteliğindedir⁶.

Primin hukuki niteliğine ilişkin benim görüşüm de Özcan hocamıza benzer niteliktedir. TTK m. 519.2.a hükmünün açık lafzı karşısında prim, sermayenin bir parçası olarak nitelendirilemeyecektir. Bununla birlikte primin kar olarak nitelendirilmesi de olanaklı değildir. Her ne kadar sermaye artırımlarında şirket primli pay ihraç ettiği takdirde, şirketin aktif artsa da primin ortaklara dağıtılamaması, primin kâr olarak nitelendirilebilmesine engeldir. Hal böyleyken primin **kendine özgü bir yedek akçe** olduğu söylenebilir.

2. TEK BORÇ İLKESİ KAPSAMINDA PRİM

Pay sahipleri bakımından tek borç ilkesinin anlamı, pay sahiplerinin ana sözleşme veya genel kurul kararı ile dahi sermaye koyma borcunun dışında ek bir yükümlülük altına sokulamamasıdır. Bu bağlamda prim borcunun tek borç ilkesinin istisnasını teşkil edip etmediği doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre prim bedelinin ödenmesinin sermaye borcunun kapsamı dışında kalan, ya sözleşmeden ya da genel kurul kararından doğan ek bir yükümlülük olarak kabul edilmesi ve sermaye koyma borcunun yaptırımı olan ıskata tabi tutulmaması gerektiğini kabul ederek, prim bedelinin ödenmesini tek borç ilkesinin kanuni bir istisnası olarak değerlendirmektedir⁷.

Bir diğer görüşe göre ise, prim bedellerinin pay sahipliğinden doğan hakların kazanılması bakımından ödemesi zorunludur. Pay sahipliğinden doğan hakların kazanılabilmesi için hem payın itibari değerinin bedelinin hem de prim bedelinin ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla da prim bedelinin pay sahibinin tek borcu olan sermaye koyma borcu kapsamında düşünülmesi gerekmektedir. Bu bedel ödenmediği takdirde ıskat yaptırımının uygulanacağını savunan görüşler de bulunmaktadır⁸. Buna göre; primli pay ya da primin doğrudan doğruya sermaye borcuna dahil bir unsur niteliği taşıması dolayısıyla tek borç ilkesinin istisnası sayılabilecek bir durum da bulunmamaktadır⁹.

Benim görüşüm de primin tek borç ilkesinin

1- Çevik, Arslanlı

2- Tekil, Yıldız, Özcan, Kesan

3- Tekil, Fahiman: *Şirketler Hukuku*, C.2, Anonim Şirketler, İstanbul 1974 s.618-619

4- Yıldız, Şükrü: *Anonim Ortaklıklarda İhraç Primleri*(Agi) AÜEHFD 2000C.4 s 562

5- Özcan, Fatma: *Türk Hukukunda Primli Hisse Senetleri*, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000 s.367

6- Kesan, Nevzat: "Emisyon Primlerinin Vergi Hukuku Muvacehesindeki Durumu", İkt. ve Mal. Derg. 1971, C. 18, S. 6, s. 239.

7- Tekinalp (Poroy/Çamoğlu): *Ortaklıklar Hukuku* N.1020

8- Göle s.54-55

9- Sevi, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Ankara 2013, s. 117

istisnasını teşkil etmediği yönündedir. Primli pay çıkartarak payın itibari değerini gerçek değerine ulaştırmaya çalıştığımız hususu dikkate alınınca primin, payın değeri içinde yer alan bir olgu olduğu dolayısıyla da sermayenin primi kapsadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu durum da bizi prim borcunun tek borç ilkesinin istisnası olmadığı sonucuna ulaştırır.

3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA PRİMLİ PAY KAVRAMI

3.1. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda prim pek çok bakımdan sermaye gibi değerlendirilmekte ve şirket tarafından sadece Kanun'da sayılan hâllerde kullanılabilir¹⁰.

3.2. Alman Hukuku

Kanunî yedek akçe hesabına aktarılan ihraç primleri sermaye artırımında kullanılmak dışında pay sahiplerine dağıtılamaz. Bu sebeple Alman doktrininde primin sermaye değerine dahil olduğu ve şirketin devamı sürecinde korunması gerektiği ifade edilmektedir¹¹.

3.3. İsviçre Hukuku

İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Obligationenrecht) 624. maddesinin 1. fıkrasında itibarî değeri aşan bir bedelle pay ihraç edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak primin ne zaman ve ne şekilde ödeneceğine ilişkin Kanun'da açık bir hükme yer verilmemiştir.

4. PRİMLİ PAY ÇIKARILMA ZORUNLULUĞU OLUP OLMADIĞI SORUNU

Payın itibari değeri ile gerçek değeri arasında fark ortaya çıktığında şirketin primli pay çıkarmak zorunluluğu bulunup bulunmaması doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre ortaklığın öz kaynaklarının esas sermayesini aştığı durumlarda sermaye artırımı suretiyle ihraç edilecek yeni payların primli çıkarılması zorunludur¹².

Arslanlı, soruna pay sahibinin tasfiye bakiyesi üzerinden yaklaşmaktadır. Yazara göre, esas sermayenin 500.000 TL, öz kaynakların 1.000.000 TL olduğu bir anonim şirkette, pay sahipleri sahip oldukları her payın itibarî değerinin iki katı tutarında bir tasfiye bedeli alacaktır. Ancak, pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanamadıkları 500.000 TL'lik bir

sermaye artırımında, payların itibarî değer üzerinden ihraç edilmesi, pay sahiplerinin tasfiye bakiyesinin

%50 oranında azalmasına yol açacak ve eski pay sahipleri zarara uğrayacaktır. O hâlde, pay sahiplerinin rüçhan hakkının kaldırıldığı hâllerde payların itibarî değer üzerinde bir bedelle ihracı ve pay sahiplerinin zararının bu şekilde telafi edilmesi gerekmektedir¹³.

Domaniç de benzer şekilde, üçüncü kişilere yeni pay alma hakkının tanındığı hâllerde, mevcut pay sahiplerinin kâr ve tasfiye payı gibi mali haklarının zarar görmemesi açısından, payların itibarî değerden yüksek bir bedelle çıkarılması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴. Akünal ise, konuyu şirket kazancı bağlamında incelemiştir. Yazara göre, şirket kazancının artması, şirketin sermayesinin artmasının yanı sıra yedek akçelerin de artmasına bağlıdır. Bu sonucu sağlayabilmek için de öz kaynakları esas sermayesini aşan anonim şirketlerde payların itibarî değeri aşan bir bedelle ihracı gerekmektedir¹⁵.

Nihayet Kırcı, sorunu hakların sakınılarak kullanılması ilkesi bağlamında değerlendirmiş, anonim şirketlerin yapacağı sermaye artırımlarında haklı sebeplerin bulunması hâli istisna kalmak kaydıyla, rüçhan hakkı mevcut olsun yahut olmasın payların gerçek değerden çıkarılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, payların gerçek değer altında bir bedelle ihracına ilişkin genel kurul kararı, hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden iptal edilebilir nitelikte bir karardır¹⁶.

Bununla birlikte birtakım yazarlar ise primli pay çıkarılmasının zorunlu olmadığı görüşündedir. Bu görüşün taraftarları kanunda anonim şirketler için primli pay ihracını mecburi kılan hiçbir hüküm bulunmadığını bunun yanı sıra, pay sahiplerinin zarara uğramalarını engellemenin tek yolu payların itibarî değer üzerinde bir bedelle ihraç edilmesi olmadığını, pay sahiplerinin rüçhan haklarını kullanmak suretiyle zarara uğramaktan kurtulabileceklerini savunmaktadırlar. Ödeme gücü yahut başka herhangi bir sebeple rüçhan hakkını kullanamayan pay sahipleri ise uğrayacakları zararları rüçhan hakkını devretmek (satmak) suretiyle telafi edebileceklerdir. Bu bakımdan öz kaynakları esas

10- Hannigan, Brenda: *Company Law, Fourth Edition*, Oxford 2012, s.458

11- Lutter, Marcus: "Legal Capital of Public Companies in Europe- Executive Summary of Considerations by the Expert Group on 'Legal Capital in Europe'", ECFR 2006, Special Vol. 1, s. 8

12- Arslanlı, Domaniç, Akünal, Kırcı

13- Arslanlı, Halil: *Anonim Şirketler C. I, Umumi Hükümler*, 3. Baskı, İstanbul 1960 s. 111-112,

14- Domaniç, Hayri *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulanması TTK Şerhi II İstanbul 1988 s. 1022-1023*

15- Akünal, Teoman *Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı*, İÜMHAD 1969 s. 265.

16- Kırcı, İsmail: *Halka Açık Olmayan Anonim Şirketler İle Limited Şirketlerin Paylarını Gerçek Değerinden İhraç Etmeleri Zorunlu Mudur?*, BATİDER 2020,C.36 s. 26.

sermayesini aşan anonim şirketlerde mevcut pay sahiplerinin hakları da ihlal edilmiş olmayacaktır.

Yargıtay kararları da incelendiğinde payların gerçek değerinin itibarî değerinin üzerinde olduğu hâllerde, payların primli olarak çıkarılmamasının kanuna ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir¹.

Bir başka kararda ise rüçhan hakkını satmak suretiyle zararın telafi edilebileceği gerekçesiyle primli pay çıkarılmasının zorunluluk teşkil etmediği ifade edilmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 6.1.1966 tarih, E. 1965/2583, K. 1966/57 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "[...] Gerçekten, bir anonim ortaklığın safi mamelekinin esas sermayesinden fazla olduğu, yani pay senedinin itibarî değerinin yazılı değerinden yüksek bulunduğu hallerde, yeni pay senedi çıkarmak suretiyle esas sermayenin artırılmasında, her şeyden önce tasfiye sonucuna yeni ortaklar da katılacağından eski ortaklar için bir zarar söz konusu olur. Ancak, Kanunumuz 394. maddesinde, işte böyle bir zararı karşılamak amacı ile, eski pay sahiplerinden her birine yeni pay senetlerinden ortaklık sermayesindeki payı ile oranlı miktarını alabilmek imkânına yer vermiştir. Eğer Mahkemenin düşündüğü gibi, eski ortaklardan bazıları yeni pay senedi alamayacak bir malî güçte iseler, bunlar rüçhan haklarını satmak suretiyle bu zararlarını telâfi yoluna gidebilirler. [...]"

5. PRİMLİ ARTIRIMDA ÖN ŞART OLAN PAY BEDELLERİNİN TAMAMININ ÖDENMİŞ OLMASINI İSTİSNASI VE TTK M. 456 HÜKMÜNÜN İNCELENMESİ

TTK M. 456 hükmünün açık lafzı karşısında primli pay ihracı yoluyla sermaye artırımı yapılabilmesi için payların nakdi bedellerinin ödenmiş olması gerekmektedir. Bu hüküm;

"İç kaynaklardan yapılan artırım hariç, payların nakdi bedelleri tamamen ödenmediği sürece sermaye artırılamaz. Sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olması sermaye artırımını engellemez."

Şeklinde hüküm altına alınmıştır. Burada dikkat çeken hususun ikinci cümle olduğu görülmektedir. Gerçekten de sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarın ne olduğu hükümde belirtilmemiştir. Bu durum ise doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir kısım yazarlar "sermayeye oranla önemli sayılmayacak tutarlar" ölçütünü belirsiz olması sebebiyle eleştirmekte, hükümde %95 gibi kesin bir oranın belirlenmesinin daha isabetli olacağını ileri

sürmektedir².

Tekinalp, yüzde beşe kadar olan aralıkta, her somut olayın özelliklerine göre artırıma engel olmayacak tutarın belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir³. Pulaşlı ise, önemli sayılmayan tutarın belirlenmesinde, oranın en fazla yüzde beş olduğunu belirtmekle beraber, sermaye miktarının yüksek olduğu şirketlerde söz konusu oranın yüzde üç veya yüzde ikiye kadar azaltılmasının yerinde olacağı görüşündedir⁴.

Bununla birlikte Yargıtay kararına baktığımızda belli bir oran verilmemekle birlikte yerel mahkemenin %10 oranının önemsiz olmadığına dair kararı onamıştır⁵.

6. GÜNDEME BAĞLILIK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE PRİMLİ PAY ÇIKARMA

Primli pay çıkarılabilmesi için esas sözleşmede hüküm veya genel kurul kararı olması gerektiği TTK 347 hükmünde açıkça ifade edildiği belirtilmişti. Burada açıklanması gereken bir sorun da genel kurul kararı alınması sırasında gündeme bağlılık ilkesinin kapsamı hususudur.

Genel kurulda bir konunun görüşülebilmesi için toplantıdan önce gündemin belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum TTK 413/2 hükmünde ; "Gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz." Şeklinde düzenlenmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Hal böyleyken gündemde sermaye artırımı yapılacağına ilişkin bir madde bulunmasına karşın bunun açıkça primli pay çıkarılmak suretiyle yapılacağı belirtilmemişse genel kurul primli pay çıkarma konusunda karar alabilecek mi sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Gündeme bağlılık ilkesi çerçevesinde gündem maddesinde belirtilen konuyla doğrudan bağlantı olmayan konularda genel kurul karar alamayacaktır. Bu bağlamda Payların itibarî değeri aşan bir bedelle çıkarılması ve sermaye artırımı arasında "doğrudan bağlantı" mevcuttur. Nitekim pay sahipleri, dış kaynaklardan bir sermaye artırımı yapılacağı gündemde belirtildiği takdirde payların ya itibarî değer üzerinden ya da itibarî değeri aşan bir bedelle ihraç edilebileceğine ilişkin iki ihtimalin

2- Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı İstanbul 2018 s. 49; Bahtiyar, Mehmet Ortaklıklar Hukuku, 14. Baskı İstanbul 2020, s. 354.

3- TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015, s.102

4- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.III, 3. Baskı, Ankara 2018, s.2226

5- Y. 11. HD, 30.3.2015, E. 2014/18871, K. 2015/439

1- YHGK, 11.10.1978, 1977/11-1013E. 1978/824K. sayılı ilamı

bulunduğunu göz önünde tutmalıdır. Dolayısıyla gündemde sermaye artırımına ilişkin madde yer almasına karşın, artırımın primli yapılmasına ilişkin bir açıklık olmamasına rağmen, genel kurulun primli sermaye artırımına karar verebileceği ve verilen bu kararın gündeme bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

7. YÖNETİM KURULUNUN PRİMLİ PAY ÇIKARMADA RAPOR HAZIRLAMA ZORUNLULUĞU BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU VE TTK M. 461/2 HÜKMÜNÜN BU BAĞLAMDA İNCELENMESİ

TTK 461/2 hükmünün son cümlesi; "Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilan edilir. Şeklinde hükme bağlayarak yönetim kuruluna bir rapor düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir.

Doktrinde söz konusu raporun, primli pay ihraç edilen her durumda mı yoksa sadece rüçhan hakkının sınırlandırıldığı yahut kaldırıldığı hâllerde mi düzenlenmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, yönetim kurulunun keyfi davranışlarını önleme işlevine sahip bu raporun primli pay ihraç edilen her durumda düzenlenmesi gerekmektedir⁶. Diğer bir görüşe göre, söz konusu raporun rüçhan hakkının sınırlandırılmadığı yahut kaldırılmadığı hâllerde düzenlenmesine gerek yoktur⁷.

Söz konusu rapor "Rüçhan hakkı" kenar başlıklı TTK m. 461'de düzenlenmiştir. TTK m. 1534 hükmü kenar başlıkların metne dahil olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Bu durum göz önüne alınınca söz konusu rapor hazırlama yükümlülüğünün "rüçhan hakkı" kenar başlığı altında düzenleme alanı bulması, rüçhan hakkının kaldırılmadığı yahut sınırlandırılmadığı hâllerde, yönetim kurulunun söz konusu raporu hazırlama ve payların primli yahut primsiz çıkarılmasının gerekçelerini açıklama yükümlülüğünün olmadığı görüşündeyim.

8. PRİMİN AYIN OLARAK ÖDENİP ÖDENEMEYECEĞİ SORUNU

Primin ayın olarak ödenip ödenemeyeceği hususu doktrinde tartışılmaktadır. Bir grup yazarlar primin sadece nakden ödenebileceğini savunurken diğer görüşteki yazarlar ise prim borcunun ayın yoluyla

ödenebileceği görüşündedir.

Uygulamada nakden ödeme yöntemi sıklıkla görülüyor olsa da kanaatimce ayın yoluyla ödemede de bir engel bulunmamaktadır. Kanunda primin tescilden önce ödeneceği ifade edilmektedir. Ayın yoluyla tescilden ödenmesi durumunda kanuna aykırılık oluşmayacağı kanaatindeyim.

9. SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Söz konusu makalede primli paylar konusu işlenmiş doktrinde tartışma bulunan konular açıklanmaya çalışılmış ve nihayetinde kendi görüşüm aktarılmaya çalışılmıştır. Buna ilişkin olarak ilk bölümde primli payın tanımı hukuki niteliği aktarılmış, ikinci bölümde primin tek borç ilkesinin istisnasını teşkil edip etmeyeceği sorunu üzerinde durulmuş, üçüncü bölümde İngiliz, Alman ve İsviçre hukukunda primli pay kavramı kısaca incelenmiş, dördüncü bölümde primli payın çıkarılmasının zorunlu olup olmadığı açıklanmış, beşinci bölümde TTK M. 456 hükmü irdelenmiş, altıncı bölümde gündeme bağlılık ilkesi kapsamında primli pay çıkarılma durumu incelenmiş, yedinci bölümde TTK M. 461/2 son cümle incelenmiş ve en nihayetinde sekizinci bölümde prim borcunun ayın olarak ödenip ödenemeyeceği üzerinde durulmuştur.

KAYNAKÇA

-Tekil, Fahman: *Şirketler Hukuku, C.2, Anonim Şirketler, İstanbul 1974*

-Yıldız, Şükrü: *Anonim Ortaklıklarda İhraç Primleri(Agio) AÜEHFD 2000C.4*

-Özcan, Fatma: *Türk Hukukunda Primli Hisse Senetleri, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000*

-Kesan, Nevzat: *"Emisyon Primlerinin Vergi Hukuku Muvacehesindeki Durumu", İkt. ve Mal. Derg. 1971, C. 18*

-Sevi, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara 2013,*

-Arslanlı, Halil: *Anonim Şirketler C. I, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960*

-Akünal, Teoman: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı, İÜMHAD 1969*

-Görmez, Onur: *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, İstanbul 2017,*

-Özelci, Yasin Barış, *Anonim Şirketlerde Primli Paylar Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020*

6- Cenkci, Esra: *Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul 2015, s.261*

7- Görmez, Onur: *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması, İstanbul 2017, s. 144- 145 , Soykan, İsmail Cem: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2018, s. 361 vd. ve 433.*

Eşitlik ilkesiyle birlikte hukuki güvenlik ilkesini ihlal eden, vergilendirmeye etki eden hususların açıklığa kavuşmasından ziyade, -sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullandığından şüphelenilenler dahil- yakalanan kötü niyetli mükellefleri beyanname verme ya da beyannamelerini tamamlama veya düzeltme karşılığında indirimli vergi ziyai cezasıyla ödüllendirmeye hizmet eden, dürüst mükellefleri ise -inceleme ya da takdire sevk edilme tehdidi altında daha fazla vergi ödemeye zorlayan bir aracın yatırım ortamını iyileştireceğine inanmak güçtür.

YENİ BİR VERGİ UYUŞMAZLIĞI ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK İZAHA DAVET

Av. Mehmet YILDIRIM¹

ÖZET

Devletlerin vergi idaresi aracılığıyla kamusal harcamalarını mükelleflerden finanse etmesine vergilendirme işlemi denir. Vergilendirme işlemi, iki taraflı işlem olup tarafları mükellefler ve devlettir. Toplumsal hayatın her alanında iki taraflı işlemler sonucu uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Vergi uyuşmazlıkları da mükelleflerin ve devletin tutumları arasındaki farklılıklar sebebiyle ortaya çıkmakla birlikte, devletin mali amaçlarını gerçekleştirmesine engel olmaktadır. Bu kapsamda, uyuşmazlıkların çözümünde idari ve yargısal olmak üzere çeşitli çözüm yolları bulunmaktadır. İdari çözüm yolları avantajları da gözetilerek uyuşmazlıkların giderilmesinde gerek vergi dairesi gerekse mükellefler tarafından öncelikli olarak tercih edilmektedir. İzaha davet kurumu da vergi uyuşmazlıklarının alternatif olarak çözülmesine imkân tanıyan idari bir çözüm yolu olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada vergi uyuşmazlığı kavramı açıklandıktan sonra vergi uyuşmazlıklarının çözümünde izaha davet kurumunun hukuki niteliği, süreci ve sonuçları özelinde değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimler; Vergi Uyuşmazlığı, İzaha Davet, Ön Tespit, İdari Çözüm

GİRİŞ

Devletler kamusal hizmetlerini gerçekleştirmek, mali ve mali olmayan amaçlarını yerine getirmek için gereken kaynakları sağlamak amacıyla vergilendirme işlemleri tahsis etmektedir. Vergilendirme işlemi, iki taraflı bir ilişki barındırmaktadır. Bu ilişkinin taraflarından biri mükellef olup diğer taraf ise vergi idaresi dolayısıyla devlettir. Vergiyi doğuran olayın mükellef nezdinde gerçekleşmesiyle başlayan

¹- Bursa Barosu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Mali Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

vergileendirme işlemleri, devletin kanunlar tarafından kendisine tanınan imkanlar vasıtasıyla vergiyi tahsil etmesiyle son bulur. Vergileendirme işlemleri sürecinde, mükellefin ve devletin (vergi idaresi) tutumu birbirleri nazarında görece farklılıklar içermektedir.

Devlet mükelleflerle olan vergileendirme ilişkisi içerisinde mümkün olduğu kadar çok vergi alma eğilimi içerisinde iken mükelleflerin tercihi mümkün olan en az vergiyi ödemektir. Bu birbirine zıt çıkarların varlığı, vergileendirme alanında çok sayıda uyuşmazlığın doğmasına sebep olan temel etkeni oluşturmaktadır. Söz konusu tutum sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar için idari(barişçıl) çözüm yöntemleri bulunmakla birlikte, uyuşmazlıkların yargısal yöntemle nihai olarak çözüme kavuşturulması da mümkündür. Türk Vergi Hukukunda vergileendirme işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkların idari olarak çözüm yöntemleri; uzlaşma, düzeltme, pişmanlık ve ıslah, kanun yolundan vazgeçme ve izaha davet olarak kabul edilmiştir. Ancak konumuz özelinde, izaha davetin hukuki niteliği hakkında doktrinde uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığı şekline görüşler de bulunmaktadır. İzaha davet, kanun yolundan vazgeçme gibi yeni bir idari çözüm yolu olarak vergi hukuku mevzuatı arasına dahil edilmiştir. İzaha davet kurumunun uygulamaya geçirilebilmesi için Vergi Usul Kanunu'nun 370 inci maddesinde düzenlemeler yapılmış ve bu maddenin Hazine ve Maliye Bakanlığına verdiği yetkiyle 482 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği çıkarılmış daha sonra aynı yetkiyle 519 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği yayınlanmıştır. Bu çalışmada vergi uyuşmazlığı kavramı açıklandıktan sonra vergi uyuşmazlıklarının çözümünde izaha davet kurumunun hukuki niteliği, süreci, sonuçları ve vergi kaçakçılığı suçları özelinde değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. VERGİ UYUŞMAZLIĞI KAVRAMI

Uyuşmazlık birden fazla kişinin bulunduğu her ortamda ortaya çıkabilmekte, bu yönüyle de toplumsal yaşamın ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Uyuşmazlık gündelik hayatta daha çok kişilerin kendi aralarında yaşadıkları anlaşmazlık olarak kabul edilmekle birlikte, kişilerin devletle olan ilişkilerinde de çok sayıda uyuşmazlığın yaşandığı bir gerçektir. Zira devlet yasaların kendisine tanıdığı egemenlik yetkisini kullanarak vatandaşlarına çeşitli ödevler yüklemektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 73. Maddesine göre "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve*

dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir." Anayasa'da bulunan bu hüküm idarenin vatandaş-kışı ayrımı yapmadan herkesin mali gücüne göre vergi ödevi altında bulunduğunu düzenlemektedir. Yine madde kapsamından anlaşılacağı üzere, devletin vergileendirme işlemlerinde eşitlik ilkesine, kıyas yasağı ilkesine, kanunilik ilkesine ve hukuk devleti ilkesine uygun hareket etmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda, devletin Anayasa'dan ve vergi kanunlarından aldığı yetkiyi uygulaması sonucu, devletle vergi mükellefi arasında çıkan anlaşmazlıklar vergi uyuşmazlığı olarak kabul edilir. Daha geniş bir tanıma göre; vergi uyuşmazlığı, kişilerin vergi hukuku kurallarına ilişkin hukuka aykırılık iddialarından ve bireysel vergileendirme işlemlerinden doğan her türlü anlaşmazlıktır.²

Vergileendirme işlemlerinin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar daha çok bireysel vergileendirme işlemlerinden oluşmaktadır. Zira, Türk vergi sistemi beyan esasına dayanır. Beyan esasına göre, vergi mükellefi tarhiyata esas teşkil eden matrahı kendisi beyan eder. Kanuni zeminde idari bir işlem sayılan vergi tarhiyatı ise idare tarafından yapılır. Bireysel vergileendirme işlemlerine ilişkin olarak çıkabilecek uyuşmazlıklar verginin tahakkuku aşamasına ilişkin olabileceği gibi tahsili aşamasına ilişkin de olabilir.

a. Vergi Uyuşmazlığını Doğuran Sebepler

Devletin Anayasa'dan ve kanunlardan aldığı yetkiyle kamusal harcamalarını finanse etmek, mali ve mali olmayan amaçlarını gerçekleştirmek için tesis ettiği ilişki vergileendirme ilişkidir. Devlet, bu iki taraflı ilişki özelinde mükelleflerden olabildiğince çok vergi almak isterken, mükelleflerin yönelimi mümkün olan en az vergiyi ödeyerek bu ilişkiyi sürdürmektir.³ Bu birbirine zıt çıkarların varlığı, vergileendirme alanında çok sayıda uyuşmazlığın doğmasına sebep olan temel etkeni oluşturmaktadır.

Vergi Hukukunu oluşturan kurallarının miktarının fazlalığı, sıklıkla değişikliğe uğraması, anlaşılmasının ve uygulanmasının karmaşıklığı gibi gerekçeler de vergi uyuşmazlığını oluşturan sebepler arasında yer

2- Yusuf Ziya Taşkan, *Türk Vergi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s.309

3- Taşkan, s. 309

almaktadır.

Yargı kararıyla çözümlenen vergi uyuşmazlıkları, idari yollara göre daha uzun zaman ve emek gerektirdiğinden uygulamadaki vergi uyuşmazlıklarının büyük bir bölümü uzlaşma yöntemi ile çözümlenmekte geriye kalan kısmı ise mükellefler tarafından yargıya taşınmaktadır.⁴ Ön uzlaşma niteliğindeki izaha davet müessesesi ile yargıya taşınan uyuşmazlıklarının %20 oranında azalacağı öngörülmektedir.⁵

Vergi sistemimizde, mükelleflerin kazançlarını en iyi şekilde kendileri bilebileceği yaklaşımından hareketle uygulanan beyan esasında, vergilendirme işleminin uygulaması büyük ölçüde mükelleflere bir yükümlülük olarak devredilmiştir.⁶ Diğer taraftan vergi idaresinin uygulamaya dönük işlemleri daha çok mükellef beyanlarının doğruluğunun tespit ve denetlenmesine yöneliktir. Bu kapsamda, vergi idaresinin genel olarak yetki, şekil, konu, sebep ve amaç unsurlarından tahsis ettikleri vergilendirme işleminde hukuka aykırılık barınabileceği gibi, mükelleflerin vergiyi doğuran olayları idarenin bilgisi dışında tutmaları, matrah aşındırmaları, doğan vergi borcundan kaçınmaları gibi bireysel vergilendirme işlemleri ortaya çıkan vergi uyuşmazlıklarında büyük çoğunluğu oluşturmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, vergi uyuşmazlıklarını öncelikli olarak vergi hukuku kurallarına ilişkin uyuşmazlıklar ve bireysel vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak iki ayırmak mümkündür.

II. İZAHA DAVET KURUMU

Mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunu artırmak ve vergi uyuşmazlıklarının idari aşamada çözümlenmesi amacıyla hizmet eden izaha davet kurumu, 2016 yılında yapılan düzenleme ile uygulama hayatına başlamıştır. İzaha davet kurumu VUK'un mülga 370. maddesinde değişiklik öngören 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla "İzaha Davet" başlığı altında düzenlenmiştir.⁷ Bu düzenlemeden önce 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda izaha davet kurumuna ve buna benzer bir kuruma yer verilmemesine rağmen 193 sayılı Gelir Vergisi

Kanunu⁸ izaha davet kavramına yer vermiştir.

İzah kelime anlamıyla "açıklama yapma" olarak tanımlanmaktadır.⁹ Vergi Hukuku özelinde izaha davet kısaca, vergi idaresinin vergi ziyasına sebebiyet verdiği ile ilişkin emareler bulunan mükelleften vergi cezası uygulanmadan açıklama talep edilmesidir. Bu husus Vergi Usul Kanunun 370. maddesinde "Vergi incelemesine başlanılmadan veya takdir komisyonuna sevk edilmeden önce verginin kayba uğradığını gösteren belirtiler bulunduğu yönünde yetkili merciler tarafından yapılmış ön tespitler hakkında tespit tarihine kadar ihbarda bulunulmamış olması şartıyla mükellefler izaha davet edilebilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Yetkili merci tarafından yapılan değerlendirme sonucunda mükelleflerin vergi ziyasına neden olmadıklarının anlaşılması halinde vergi incelemesine ya da takdir komisyonuna sevk edilmeyecek, şayet vergi ziyasına neden olduğu tespit edilmesi durumunda ise indirimli cezalar uygulanarak, mükellefler daha ağır mahiyetteki yaptırımlara maruz kalmamış olacaktır.¹⁰

482 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği'nde izaha davet müessesinin amacı, "vergi idaresi ile mükellefler arasındaki uyuşmazlıkların azaltılması, vergi idaresinin zamanını daha etkin ve verimli alanlara verebilmesi, olayların gerçek mahiyetinin tespit edilmesine

8- Gelir Vergisi Kanunun 111. maddesi "Kısmen veya tamamen perakende satış yapan ticaret erbabı ile imalatçıların gösterdikleri gayrisafi kazançlar, Vergi Usul Kanununa göre tespit olunan ortalama kar hadlerinin perakende satılan emtianın maliyet bedeline uygulanması suretiyle bulunacak miktarlara göre düşük olduğu takdirde, beyan edilen gayrisafi kazançlar yerine, bu suretle bulunan miktarlar ikmalen vergi tarhına esas alınır. Perakende satıştan maksat; satışı yapılan madde veya malzemenin aynen veya işlendikten sonra satışını yapan kimseler dışındakilere satılmasıdır. Otel, motel, tatil köyü, pansiyon, bar, pavyon, dansing, gazino, lokanta, kahvehane, kır bahçesi, plaj, hamam, kuaför salonu, erkek berberi, güzellik salonları, tamirhaneler ve emsali hizmet işletmeleri sahiplerinin ve her nevi taşıma işiyle uğraşanların gösterdikleri gayrisafi hasılat, inceleme elemanlarınca yıl içinde yapılan tespitler esas alınarak hesaplanacak asgari gayrisafi hasılatı göre düşük olduğu takdirde, beyan olunan gayrisafi hasılat yerine, bu suretle tespit edilecek asgari gayrisafi hasılat vergi tarhına esas tutulur. Şu kadar ki, bu suretle bulunacak safi kazanç, mükelleflerce tevsik edilen mutad giderler toplamının %20'sinden düşük olduğu takdirde, vergi tarhına esas alınacak miktar, bu giderler toplamının %20'sidir. Bu maddeye göre tarhiyat yapılabilmesi için tespit olunacak farkın 1.000.000 lirayı aşması ve tespit edilen bu farklılık nedeniyle mükelleften izahat talep edilmesine rağmen, mükellefin süresi içinde izahat vermemiş olması veya verdiği izahatın yeterli görülmemesi şarttır."

9- [https://sozluk.gov.tr/ Erişim tarihi: 23.04.2022](https://sozluk.gov.tr/Erisim tarihi: 23.04.2022)

10- Çiçek & Güneş, s. 16

4- Şükrü Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2007, s.45

5- Hilmi Çiçek & Burcu Güneş, "Vergi Uyuşmazlıklarını Önlemeye Yönelik Yeni Bir Yöntem: İzaha Davet Müessesesi" *G ÜmrükveTicaretDergisi* 6(17), s.14

6- Çiçek & Güneş, s. 14

7- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160809.htm> Erişim tarihi: 22.04.2022

mükelleflerce daha çok katkıda bulunulması ve vergiye gönüllü uyumun artırılması" ifade edilmiştir.

Vergi hukukunda yer alan mevcut idari çözüm yolları yelpazesine eklenen izaha davet, kendine özgü yapısıyla idarenin yaptığı tespit nedeni ile pişmanlık fırsatını kaçırmış olan mükelleflerin doğrudan inceleme veya takdire sevki yerine bu işlemlerden önce kendilerini izah edebilmelerine imkân veren bir kademe veya basamak oluşturmuştur.

İzaha davetin hukuki niteliğine ilişkin öğretide bulunan bir görüşe göre; izaha davet belli şartlar altında vergi ziyai cezasının daha düşük oranda kesilmesini sağlamakla birlikte Kanun metninde bu uygulamanın "... vergi incelemesi yapılmasına ve gerekirse tarhiyatın ikmaline engel teşkil..." etmeyeceği ifade edildiğinden tam anlamıyla uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilerek, bu yöntemin ancak uyuşmazlık çözümünde bir yardımcı yöntem olarak nitelendirilmesi mümkün olarak kabul edilmektedir.¹¹

Bir başka görüş ise izaha davet kurumunu mükelleflere tanınan seçimlik bir hak olarak kabul etmektedir. Zira, izaha davet edilen mükellefin 30 gün içerisinde izahat bulunmamasına ilişkin olarak Vergi Usul Kanunu'nda ne de izaha davete ilişkin olarak çıkarılan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Dolayısıyla izahat bulunmayanlar hakkında usulsüzlük veya özel usulsüzlük yaptırımları uygulanmayacaktır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; izaha davet kurumu düzenlemelerinde izahat bulunmayan kişi hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemesi sebebiyle, izaha davet müessesesi, kendilerine izaha davet yazısı tebliğ edilen mükellefin yararlanabileceği seçimlik bir hak, diğer bir deyişle bir mükellef hakkı olarak değerlendirilebilir.¹²

III. İZAHA DAVET SÜRECİ

Vergi Usul Kanunu'nun 370. maddesinde, *"Vergi incelemesine başlanılmadan veya takdir komisyonuna sevk edilmeden önce verginin ziyaa uğradığına delalet eden emareler bulunduğu dair yetkili merciler tarafından yapılmış ön tespitler hakkında tespit tarihine kadar ihbarda bulunulmamış olması kaydıyla mükellefler izaha davet edilebilir"* hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre yetkili merci tarafından yapılan ön tespitlere ilişkin

olarak mükellefin izaha davet edilmesine ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yetkili mercilere burada geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. İzaha davet kurumu vergi idaresi ile mükellefler arasındaki uyuşmazlıkların azaltılması, vergi idaresinin zamanını daha etkin ve verimli kullanabilmesi, vergiyi doğuran olayların gerçek mahiyetinin tespit edilmesine mükelleflerce daha çok katkıda bulunulması ve vergiye gönüllü uyumun artırılması gibi çeşitli amaçlara hizmet etmekle birlikte, idareye sunulan geniş takdir yetkisi bu amaçlara ulaşmaya engel teşkil etmektedir. Öte yandan, anayasal koruma altında olan vergilendirmede eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için vergi idaresince yapılan tüm ön tespitlerde mükelleflerin izaha davet edilmesi zorunlu olmalıdır.¹³

a. Ön Tespit

Vergi Usul Kanunu 519 Sıra Nolu Genel Tebliği uyarınca; Vergi Usul Kanunu'nun 370 inci maddesinde düzenleme altına alınan indirimli cezanın izaha davet kurumu vasıtasıyla uygulanması, yetkili merciler tarafından verginin ziyaa uğradığına delalet eden emareler bulunduğu dair ön tespit yapılmış olduğu hallerde mümkündür. Yine 519 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği'nde ön tespit; vergi kanunlarının verdiği yetki kapsamında vergi incelemesi yapmaya ve/veya mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişilerden bilgi toplamaya yetkili kılınanlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen bilgi, bulgu veya verilerin Ön Tespit ve İzah Değerlendirme Komisyonuna intikal ettirilmesi sonucunda, bu komisyon tarafından verginin ziyaa uğramış olabileceği yönünde yapılan tespit olarak ifade edilmiştir.

b. Ön Tespitin Şartları

Ön Tespit ve İzah Değerlendirme Komisyonu tarafından ön tespit işleminin yapılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan ilki, vergi incelemesine başlanılmamış veya takdir komisyonuna sevk işleminin yapılmamış olmasıdır. Kümülatif olarak aranan ikinci şart ise ile yetkili merciler tarafından yapılmış ön tespitle ilgili konu hakkında, tespit tarihine kadar ihbarda bulunulmamış olmasıdır.

Vergi İncelemesine Başlanılmamış veya Takdir Komisyonuna Sevk İşleminin Yapılmamış Olması

Vergi Usul Kanununun 370 inci maddesinde bahsi

11- Taşkan, s. 323

12- Turan Ceyhan, "Kayıt Dışılığı ve Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde İzaha Davet ile Pişmanlık ve İslah Müesseselerinin Karşılaştırmalı Analizi" Vergi Raporu, 2019, 235, s. 35

13- Selçuk Buyrukoğlu & Ekrem Toparlak, "Avantaj ve Dezavantajlarıyla İzaha Davet Müessesesi" Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, 5(1), 2018, s.58

geçen “vergi incelemesine başlanılmamış olması” ile “takdir komisyonuna sevk edilmemiş olması”, ön tespitin ilgili olduğu konuya ilişkin olarak; tespit tarihine kadar mükellef nezdinde bir vergi incelemesine başlanılmamış olmasını veya mükellefin takdir komisyonuna sevk edilmemiş olmasını ifade eder.

İhbarda Bulunulmamış Olması

Vergi Usul Kanunun 370 inci maddesinde kullanılan “ihbarda bulunulmamış olması” ibaresi, yetkili merciler tarafından yapılmış ön tespitle ilgili konu hakkında, tespit tarihine kadar ihbarda bulunulmamış olmasını ifade etmektedir. Ayrıca 519 Sıra No’lu VUK Genel Tebliği’nde haklarında ön tespit konusuyla ilgili ihbar bulunan mükelleflere izaha davet yazısı ya da sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılmasına ilişkin ön tespit yazısının (SMİYB ön tespit yazısı) tebliğ edilmeyeceği, ön tespit konusu ile ilgisi bulunmayan ihbarların ise izaha davete veya sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılmasına ilişkin ön tespit yazısının tebliğ edilmesine engel teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

Genel tebliğde sayılan bu şartları taşımayan bir ön tespitten sonra mükellefin izaha davet edilmemesi gerekir.

c. Ön Tespit ve İzah Değerlendirme Komisyonu

Yetkili merci, ön tespiti ve izaha daveti yapacak, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanımına ilişkin ön tespit yazısını tebliğ edilmek üzere gönderecek, kendisine yapılmış olan izahı değerlendirecek ve izahın konusu ile ilgili olarak nihai kararı verecek olan GİB ya da Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde kurulan komisyonu ifade etmektedir.

Yetkili merciinin belirlenmesi ile ilgili olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bakanlığın sahip olduğu bu yetkiye istinaden, belirtilen Başkanlıklar bünyesinde yeterli sayıda “Ön Tespit İzah Değerlendirme Komisyonu” oluşturulmuştur.¹⁴

d. Mükellefin İzaha Davet Edilmesi

Komisyon ön tespit yapılan mükelleflere, izaha davet yazısı tebliğ eder. İzaha davet yazısının hakkında ön tespit yapılan mükellefe tebliğ edilmesi, mükellefin eksik veya yanlış beyanı sonucunda oluşan matrah aşınmasının ortadan kaldırılması ve verginin gerçek mahiyetine ulaşılmasına yönelik bir çağrı niteliği taşımaktadır.¹⁵

İzaha davet yazısında izaha davet müessesesine ilişkin gerekli açıklamalar yer almalıdır. Bu açıklamalar kapsamında; izahta bulunma süresi, ilgili komisyon tarafından izahın değerlendirilmesinin sonuçları, indirimli ceza kesilmesi halinde diğer idari çözüm yolları olan uzlaşma ve cezalarda indirimden faydalanabileceği hususu, yapılacak izahı desteklemek için, sunabileceği delillerin kapsamı, izaha davete konu olan ön tespite ilişkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamayacağı hususuna da yer verilmelidir.

Ayrıca 519 Sıra No’lu VUK Genel Tebliği’ne göre izaha davet yazında; ön tespite ilişkin olarak yapılan izahın; izaha davet yazısında yer verilen ziyaa uğramış olabilecek vergi tutarını doğrular nitelikte olması veya yeterli bulunmaması halinde, bu yöndeki değerlendirme sonucunu içeren yazının tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde, hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin verilmesi, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının tamamlanması veya düzeltilmesi ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamlı (izah zammı) aynı sürede ödenmesi şartıyla vergi ziyayı cezasının ziyaa uğratılan vergi üzerinden %20 oranında (indirimli olarak) kesileceği hususlarının bulunması zorunlu tutulmuştur.

Mükellef pişmanlık müessesesinden sadece izaha davete konu olan ön tespite ilişkin olarak yararlanamayacaktır. Dolayısıyla bunun dışında bir vergi ziyayı söz konusu ise bu durumlara ilişkin olarak pişmanlık müessesesinden faydalanabilir.

İzahta bulunacak kişiler hem sözlü hem de yazılı izahta bulunabilirler. Ayrıca izaha davet kapsamında izahta bulunulması, İnteraktif Vergi Dairesinde yapılabilecek işlemler arasında yer almaktadır.

IV. İZAHIN DEĞERLENDİRİLMESİ

17.12.2019 tarihli Resmî Gazete ’de yayımlanan Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca daha önce 15 gün olarak düzenlenen mükelleflere tanınan izahta bulunma süresi 30 güne çıkarılmıştır. Bu kapsamda, kendisine izaha davet yazısı tebliğ edilen mükellefler 30 günlük süre içerisinde izahta bulunabilirler. Belirtilen yasal süre içerisinde izahta bulunmayan mükellefler izaha davet hükümlerinden yararlanamazlar. Süresinde yapılan izah, komisyon tarafından 45 gün içinde değerlendirilerek sonuca bağlanır.

İzahın değerlendirilmesi sonucu izaha davet edilen

14- Selçuk Buyrukoğlu & Ekrem Toparlak, s. 59

15- Kamuran Çağlar, “Tüm Yönleriyle İzaha Davet Müessesesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, 29, 2019, s.208

mükellefin izahta bulunup bulunmamasına göre ve izahta bulunan mükellefin vergi ziyasına neden olup olmadığı yönünde yapılan tespite göre yapılacak işlemler farklılık gösterecektir.¹⁶

a. İzahın Değerlendirilmesi Sonucu Vergi Ziyasına Neden Olunmadığının Tespit Edilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler:

Haklarında yapılan ön tespite ilişkin vergi ziyasına neden olunmadığı yönünde mükellefçe izahta bulunulması üzerine, mükellefin izahının komisyonca yeterli bulunması ve beyanname verilmesini veya vergi beyanının tamamlanmasını gerektirir bir durumun olmadığına değerlendirilmesi halinde, değerlendirme sonucunu içeren yazı mükellefe tebliğ edilir ve mükellef hakkında söz konusu tespitle ilgili olarak vergi incelemesine ve takdir komisyonuna sevk işlemi yapılmaz.¹⁷

b. İzahın Değerlendirilmesi Sonucu Vergi Ziyasına Neden Olunduğunun Tespit Edilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler

Haklarında yapılan ön tespite ilişkin olarak, mükelleflerce yapılan izahın, izaha davet yazısında yer verilen ziyaa uğramış olabilecek vergi tutarını doğrular nitelikte olduğunun veya söz konusu ön tespite ilişkin yapılan izahın yeterli bulunmayarak beyanname verilmesini gerektiren bir durumun bulunduğu komisyonca değerlendirilmesi halinde, değerlendirme sonucunu içeren yazının tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin verilmesi, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının tamamlanması veya düzeltilmesi, ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranındaki izah zammıyla ödenmesi şartlarıyla vergi ziyai cezası, ziyaa uğratılan vergi üzerinden %20 oranında kesilir.¹⁸ Bu düzenlemelerden çıkarılacak sonuca göre, izaha davet edilen mükellef, izahı kabul edilmemesine karşın, %80 oranında daha az vergi ziyai cezası ile cezalandırılmaktadır.

Yine 17.12.2019 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanan Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca; daha önce 15 gün olarak düzenlenen izahatının idarece yeterli bulunmaması halinde, zamanında yerine getirilmeyen ödevlerin

tamamlanması için mükelleflere tanınan süre 30 güne çıkarılmıştır.

İzahı kabul edilmeyen mükellef hakkında bu işlemlerin yapılması, onun incelemeye alınmasına ve ek vergi tarhiyatı yapılmasına engel olmaz. Önemle belirtmek gerekir ki, re'sen araştırma ilkesi gereği vergi ziyasına neden olduğuna ilişkin emareler bulunan mükellef hakkında vergi idaresi tarafından ön tespite ilişkin hususların araştırılarak incelenmesi gerekir.

Ayrıca, mükellef tarafından Vergi Usul Kanunun 370 inci maddesinde öngörülen izaha davete ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmemesi veya izahta bulunulmaması durumunda incelemeye veya takdir komisyonuna sevk işlemleri yapılır.¹⁹

c. İzah Değerlendirme Sonucunda Yapılan Tarhiyata İlişkin Olarak Dava Yoluna Gidilmesi

İzah değerlendirmesi sonucunda yapılan tarhiyata ilişkin olarak dava yolunun açık olup olmadığı, hususunda gerek Vergi Usul Kanunun 370. maddesinde gerekse 519 Sıra Nolu VUK Genel Tebliğinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Anayasanın 125. maddesi kapsamında, idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, vergi tarhiyatının idari bir işlem olması özelliğiyle, idari işlemin unsurları bakımından hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle vergi tarhiyatına ilişkin dava yoluna gidilebileceğinin kabulü gerekir.²⁰ Mükellef kendisine tanınan yasal süre içerisinde yaptığı izahatın yeterli olduğunu ve beyannamenin hukuka uygun olduğunu dolayısıyla vergi ziyasına neden olmadığı düşüncesinde ise, ihtirazı kayıtlı beyanname verebilir ve bu beyannameye ilişkin yapılan tarh ve tahsile karşı dava açabilir.²¹

V. SAHTE VE MUHTEVİYATİ İTİBARIYLA YANILTICI BELGE KULLANIMINDA İZAH DAVET UYGULAMASI

İzaha davet uygulamasına ilişkin olarak çıkarılan ilk düzenlemede, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanımına ilişkin olarak yapılan ön tespitlerin izaha davet kurumu kapsamında olduğu yer almıştır.²² Ancak 519 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde önemli bir değişikliğe gidilerek; Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde yer alan kaçakçılık fiilleriyle verginin ziyaa uğratılmış

16- Çiçek & Güneş, s. 15

17- Selçuk Buyrukoğlu & Ekrem Toparlak, s. 61

18- Özgül Sarılı, "Türkiye'de Vergi Uyuşmazlıklarında İdari Çözüm Yolu Olarak İzaha Davet Uygulaması" Gümrük ve Ticaret Dergisi, 7(22), 2020, s.79

19- Selçuk Buyrukoğlu & Ekrem Toparlak, s. 61

20- Özgül Sarılı, s. 81

21- Funda Başaran Yavaşlar, "İzaha Davet, Saptanabilenler, Sorular ve Sorunlar", Vergi Dünyası, 433(37), 2017, s. 13

22- Özgül Sarılı, s. 82

olabileceği hallerde haklarında ön tespit yapılanların izaha davet edilmeyecekleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma fiilleriyle verginin ziyaa uğratılmış olabileceği hallerde haklarında ön tespit yapılanların izaha davet edilmemesi esastır. Bununla birlikte, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma fiilinin işlenmiş olabileceğine dair yapılan ön tespitlerde;

- Kullanılan sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge tutarı, bir takvim yılında 100.000 Türk Lirasını geçmeyen veya
- Bu tutarı geçse dahi ilgili yıldaki toplam mal ve hizmet alışlarının %5'in aşmayan mükelleflere sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanımına ilişkin ön tespit yazısı tebliğ edilebilecektir. Genel Tebliğde 100.000 TL olarak düzenlenen parasal sınırın belirlenmesinde, vergiler hariç tutarlar dikkate alınacaktır. Başka bir ifadeyle, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma fiilinin işlenmiş olabileceğine dair belge tutarının tespiti ile mal ve hizmet alış tutarının hesaplanmasında vergiler hariç tutarlar dikkate alınacaktır.

Yine 519 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde yukarıda belirtilen ön tespit şartlarının her yıl için ayrı ayrı değerlendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre; mükellefler hakkında tek bir vergi tekniği raporunda birbirinden farklı yıllara ilişkin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılmış olabileceğine dair bulguların mevcut olması durumunda, söz konusu 100 bin Türk lirası sınırının veya %5'lik oranın aşılmamış olması şartları her bir yıl itibarıyla ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Herhangi bir yıla ilişkin bu şartların sağlanmamış olması, diğer yıllarda bu şartları sağlayan mükelleflere bu şartların sağlandığı yıla ilişkin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma ön tespit yazısı tebliğ edilmesine engel teşkil etmeyecektir.²³

a. SMİYB Ön Tespit Yazısının Tebliği Üzerine Beyanname Verilmesi ve Ödemede Bulunulması Halinde Yapılacak İşlemler

519 No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'ne göre; haklarında yapılan ön tespiti ilişkin yazı tebliğ edilen mükellefler tarafından, bu yazının tebliğinden itibaren 30 gün içinde hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin verilmesi, eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının tamamlanması veya düzeltilmesi, ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak

gecikme zammı oranındaki izah zammıyla ödenmesi şartlarıyla, ziyaa uğratılan vergi üzerinden % 20 oranında vergi ziyai cezası kesileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma ön tespit yazısının tebliği tarihinden itibaren 30 günlük süre içerisinde tespit edilen hususa yönelik beyanname verilmemesi halinde mükellef hakkında söz konusu tespitle ilgili olarak vergi incelemesine ya da takdir komisyonuna sevk işlemi de yapılacaktır.

Bu kapsamdaki mükellefler için düzeltme beyanname vererek ilgili % 20 oranındaki vergi ziyai cezasına razı olarak bu cezayı ödemek ya da konunun vergi incelemesine sevk edilmesi tercih etmek seçeneklerine sahiptir.²⁴

VI. İZAHA DAVET KURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

09.08.2016 tarihinde yayımlanan Resmî Gazete ile yürürlüğe girmiş olan izaha davet kurumu, vergiye gönüllü uyumu artırmayı amaçlamaktadır. Yapılan düzenlemeyle birlikte yetkilendirilen Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından Gelir İdaresi Başkanlığında ve Vergi Denetim Kurulunda kurulan İzah Değerlendirme Komisyonlarınca, mükelleflere izaha davet yazıları tebliğ edilmesiyle birlikte, izaha davet uygulaması aktif olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Mükellef hakkında olumsuz bir işlem yapılmadan önce mükellefin idare tarafından dinlenilmesi, ona açıklama imkânı sunulması, bir yandan anayasal teminat altına alınmış mükellef haklarına da saygılı olan hukuk devletinin bir gereğidir, diğer yandan usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi, mükellefle gönüllü uyumun artırılması ve böylece kıt kamu kaynaklarının verimli şekilde kullanılması açılarından izaha davet uygulaması hem idarenin hem de mükellefin yararına hizmet eden bir düzenlemedir.

²⁵ Ayrıca, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde bir alternatif olarak yer alarak, vergi yargısının iş yükünün azaltılmasına fayda sağlayacaktır.

Yeni bir düzenleme olması hasebiyle izaha davet kurumu bazı eksiklikleri ve eleştiri de bünyesinde barındırmaktadır. Buna göre; Vergi Usul Kanunu madde 370'de, vergi mükelleflerinin haklarını ve genel olarak vergi sisteminin işleyişini olumsuz şekilde etkileyecek bazı hususlar bulunmaktadır. Bunların en başında, izaha davet edilecek mükelleflerin tespiti konusunda, idareye sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi gelmektedir. İzaha

23- Özgül Sarılı, s.83

24- Kamuran Çağlar, s.209

25- Funda Başaran Yavaşlar, s. 13



davet kurumu da uzlaşma gibi spekülâtif bir araç olarak vergi idaresi tarafından kullanması kuvvetle muhtemeldir.

İzaha davet kurumunda eleştirilmesi gereken bir başka husus ise mükellef yeterli bir izahta bulunmamış olmasına rağmen kendisine % 80 indirimli vergi ziyâi cezasının kesilmesidir. Vergi ziyâina yol açtığına işaret eden emareye rağmen yeterli bir açıklama yapmayan/yapamayan mükellefe indirimli vergi ziyâi cezası kesmek, kötü niyetli mükellefleri vergi yasaklarına uygun davranmama konusunda daha fütursuz hale getirecektir.²⁶ Çünkü kötü niyetli bir mükellef yakalanmış olsa bile en fazla %20 vergi ziyâi cezası ile kurtulma şansına sahiptir.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, eşitlik ilkesiyle birlikte hukuki güvenlik ilkesini ihlal eden, vergilendirmeye etki eden hususların açıklığa kavuşmasından ziyade, -sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullandığından şüphelenilenler dahil- yakalanan kötü niyetli mükellefleri beyanname verme ya da beyannamelerini tamamlama veya düzeltme karşılığında indirimli vergi ziyâi cezasıyla ödüllendirmeye hizmet eden, dürüst mükellefleri ise -inceleme ya da takdire sevk edilme tehdidi altında daha fazla vergi ödemeye zorlayan bir aracın yatırım ortamını iyileştireceğine inanmak güçtür.

26- Funda Başaran Yavaşlar, s. 13

KAYNAKÇA

- Funda Başaran Yavaşlar, "İzaha Davet, Saptanabilenler, Sorular ve Sorunlar", *Vergi Dünyası*, 433(37), 2017,
- Hilmi Çiçek & Burcu Güneş, "Vergi Uyuşmazlıklarını Önlemeye Yönelik Yeni Bir Yöntem: İzaha Davet Müessesesi" *Gümrük ve Ticaret Dergisi* (17), 2019
- Kamuran Çağlar, "Tüm Yönleriyle İzaha Davet Müessesesi", *Mali Cözüm Dergisi*, 29, 2019,
- Özgül Sarılı, "Türkiye'de Vergi Uyuşmazlıklarında İdari Çözüm Yolu Olarak İzaha Davet Uygulaması" *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, 7(22), 2020,
- Selçuk Buyrukoğlu & Ekrem T., "Avantaj ve Dezavantajlarıyla İzaha Davet Müessesesi" *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 5(1), 2018,
- Şükrü Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2007,
- Turan Ceyhan, "Kayıt Dışılığı ve Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde İzaha Davet ile Pişmanlık ve Islah Müesseselerinin Karşılaştırmalı Analizi" *Vergi Raporu*, 2019, 235,
- Yusuf Ziya Taşkan, *Türk Vergi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021

Marka uyuşmazlıklarında geçici hukuki korumalar incelendiğinde dava sonucunun öne çekilmesi etkisinin oluşabildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda zaten önemli olan geçici korumalarda yargılama hususu daha da hayati bir boyut kazanmaktadır.

MARKA UYUŞMAZLIKLARINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALARDA İSPAT ÖLÇÜSÜ

Av. Abdüssamed KAHRAMAN

Giriş

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiştir. Bundan önce marka haklarının korunması 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Marka KHK) ile sağlanmaktaydı. Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler SMK 149. maddede düzenlenmiştir. Yine ilgili kanunun 159. maddesinde sınai haklarının korunması için dava açacak kişilerin başvurabilecekleri ihtiyati tedbirler belirtilmiştir. Her ne kadar bu maddede başvurulabilecek ihtiyati tedbir türleri belirtilmiş ise de ilgili tedbirlerin uygulanmasına dönük taleplerin kabulünde ispat yüküne ilişkin bir düzenleme bu kanun kapsamında bulunmamaktadır. SMK'nın 159. maddesinin atfı ile başvurduğumuz Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) ihtiyari tedbirlere ilişkin 390. maddenin 3. fıkrasında ihtiyati tedbirlerde haklılığın yaklaşık ispatı zorunlu tutulmuştur. Gerçek şu ki bu kadar spesifik bir hususun ayrıntısının kanunla düzenlenmesi de bir ihtiyaç olarak görülmemelidir. Bununla birlikte doktrin ve içtihadın bu hususta değerlendirmelerinin yönlendirici olarak kabul edilerek mahkemelerce ilgili muhakemenin doğru yapılması büyük önem arz etmektedir.

Dava neticesinde ortaya çıkacak sonuç nispeten kapsamlı bir değerlendirme ve çoğu durumda birçok delille desteklenecek olmasına rağmen ihtiyati tedbire ilişkin değerlendirmenin hatalı yapılması halinde taraf çok yakın ve çok güçlü bir tehlikeyle yüz yüze kalmaktadır. Verilmesi gereken bir ihtiyati tedbirin verilmemesi halinde uzun yargılama süreçleri zarfında mağduriyeti sürececek hakkı ihlal edilen tarafın zararların katlanılabilecek seviyeyi aşması suretiyle çıkacak mahkeme kararının anlamsızlaşacağı bir durum oluşabilir. Bununla birlikte verilmemesi gereken bir ihtiyati tedbir kararının verilmesi ile de marka ihlali oluşturmayan

bir kişi ya da kurumun işinin bu nedenle sona ermesi gayet mümkündür. Bu minvalde verilecek kararların doğru değerlendirme ile verilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmanın belirtilen hususta verilecek kararlarda değerlendirme yapılırken ne ölçüde bir ispatın bekleneyeğine ilişkin soruya cevap oluşturması hedeflenmektedir.

Marka Uyuşmazlıklarında Geçici Hukuki Koruma

Devletin sorumluluğunda olan hakkı yerine getirmenin tam manada sağlanarak kişilerin ihkak-ı hakka yönelmelerini önlemek adına hukukun sadece görünürde değil esasta da kâmilan sağlanması gerekliliğinden geçici hukuki korumaların tesis edilmesi gerekliliği muhakkaktır¹.

Hakkı ihlal edilen kişi dava yoluyla hakkını aramaya çalışsa da bazı durumlarda dava süreçlerinin uzunluğu veya kısa sürecek bile olsa davalının alabileceği önlemler ile dava neticesini etkisiz hale getirebileceği ihtimali söz konusu olduğundan bu durumlarda adaletin sağlanabilmesi adına fazladan bir koruma sağlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda dava neticesinde verilen kesin hükümle ortaya çıkan kesin hukuki koruma ile birlikte dava sırasında ve hatta bazen de öncesinde verilen geçici kararlar ile geçici hukuki korumanın sağlanması gündeme gelmektedir. Geçici hukuki korumalar HMK'nın 10. kısmında 389 vd. maddelerinde "ihtiyati tedbir", "delil tespiti" ve "diğer geçici hukuki korumalar" olmak üzere üç başlık altında düzenlenmektedir². Ancak geçici hukuki düzenlemeler yalnızca HMK'da düzenlenmediğinden HMK m. 406/2'de diğer kanunlardaki özel hükümler saklı tutulmuştur.

Geçici hukuki korumalar HUMK döneminde kanun yoluna tabi olmayıp gerektiğinde kararı veren mahkemede tekrardan değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle hukuki dinlenilme imkân sağlanmış olurken HMK m. 341/1 "İlk derece mahkemelerinin aşağıdaki kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir:(...) (b) "İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar." hükmü ile bu kararlara ilişkin istinaf

kanun yolu açılmıştır.

Medeni Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Olarak İhtiyati Tedbir ve Türleri

Yukarıda da belirtildiği üzere uzun sürebilecek bir davada davalının davranışından ötürü tehlikeye girebilecek olan dava konusunu korumak adına dava sırasında veya öncesinde güvence altına almak için kullanılan hukuki korumalara ihtiyati tedbir denir³. HMK m. 389'a göre hakkın elde edilmesinin zorlaşması veya imkânsız hale gelmesi endişesi, hakkın elde edilmesindeki gecikme nedeniyle bir sakınca yahut ciddi bir zararın doğacağı endişesi varsa ihtiyati tedbir kararı verilebilir. HMK 393/1'e göre ihtiyati tedbir kararlarının icrası 1 hafta içerisinde talep edilmek zorundadır, aksi halde tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Burada zorunlu olan talep olup kararın uygulanması tarafın iradesinden bağımsız olduğundan bu sorumluluk tarafa yüklenmemiştir⁴.

İhtiyati tedbirler amaçlarına yahut göstereceği etkilere göre teminat, düzenleme ve eda olmak üzere üç başlıkta sınıflandırılabilir⁵. Aslında bu sınıflandırma teorik olup konunun kolay anlaşılmasına yöneliktir. Kanunda böyle bir sınıflandırma yoktur⁶. Burada tedbir türlerinin genel özellikleri belirtilecek olup marka hukukunda ne şekilde karşımıza çıkacağı ilgili bölümde ayrıca değerlendirilecektir.

Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler

Para haricindeki alacakların korunarak dava sonunda hakkı gerçekleştirmeyi temin için konulan ihtiyati tedbirler bu grupta yer alır. Teminat tedbirlerinde alacaklı tatmin edilmez, yalnızca dava konusunun uğrayabileceği zarar önlenir. Yahut dava konusunun devri önlenerek kararın etkinliği sağlanmış olur⁷. Daha çok taşınırın zarar verilmemek ve devrini önlemek adına yedimeine tevdi ile taşınmazların devrini önlemek adına tapu siciline şerh konulması şeklinde gerçekleşen bu tedbir türü eşya hukuku ile bağlantılı olduğundan ilgili hükümler de göz önünde bulundurulmalıdır⁸.

3- ARSLAN, YILMAZ VE TAŞPINAR AYVAZ, s. 563.

4- GÖKSU, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 16, 2014, ss. 1253-1273, s. 1263.

5- GÖKSU, s. 1260 vd.

6- GÖKSU, s. 1261.

7- ÖZEKES, s. 61.

8- MİSTAÇOĞLU, Yasemin: Medeni Yargılama Hukuku'nda İhtiyati Tedbir Yargılaması, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 21-22.

1- ÖZEKES, Muhammet: Medeni Yargılama Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar, XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi (XVth International Association Of Procedural Law World Congress), İstanbul, 2015, ss. 57-75, s. 57.

2- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 561-562.

Düzenleme Amaçlı İhtiyati Tedbirler

Daha çok sürekli ilişkilerde ortaya çıkan bu tedbir türü dava süresinde de devam eden ilişkinin dava sonunda karar verilene kadar geçici olarak düzenlenmesidir. Taraflar arasında davanın esası hakkında hüküm kuruluncaya kadar ilişkinin nasıl süreceği belirtilir. Aradaki ilişkinin düzenlenmesi konusunda olduklarından inşâ niteliktedirler. Ortaklıklar, kira ilişkileri, evlilikle alakalı davalarda ilişkinin tesisi durumlarında ortaya çıkar⁹.

Eda Amaçlı İhtiyati Tedbirler

Eda amaçlı tedbirlerde tarafın bir şeyi vermesine, bir şeyi yapmasına veya yapmamasına geçici olarak karar verilir. Bu haliyle davanın esasına ilişkin hüküm kurulmuş gibi görünse de kurulan hüküm geçici olup davacının tam tatmini amaçlanmaz. Bu kapsamdaki kararlar cebri icra yoluyla uygulanabilir. Bazı durumlarda eda amaçlı verilen ihtiyati tedbirler ile davanın esasına yönelik kurulacak etkinin tamamı tedbir aşamasında doğmaktadır. Bu etkiye asıl dava sonucunun öne çekilmesi etkisi denmektedir¹⁰. Bu tedbir türünün en tipik örneği olarak tedbir nafakası gösterilebilir¹¹.

Marka Uyuşmazlıklarına İlişkin İhtiyati Tedbirler

Yukarıda geçici hukuki korumalar ve ihtiyati tedbirler genel olarak incelenmiş olup bu başlık altında ihtiyati tedbirlerin marka davalarında ne şekilde karşımıza çıktığı hususu incelenecektir.

Marka davalarına ilişkin ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümler SMK'nın 159. maddesinde düzenlenmiştir. Birinci fıkrada ihtiyati tedbir sebep ve ispatından bahsedilirken ikinci fıkrada verilebilecek ihtiyati tedbirler ta'dadi olarak sayılmış, son fıkrada da HMK'daki genel hükümlere atıf yapılmıştır. "Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi"nin ve DTÖ(Dünya Ticaret Örgütü)'nün kuruluş anlaşmasının eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS)¹² 3. bölümünde de fikri haklara ilişkin geçici hukuki koruma önlemlerine yer verilmiştir.

9- MİSTAÇOĞLU, s. 23-24.

10- MİSTAÇOĞLU, s. 24-26.

11- ÖZEKES, s. 61.

12- TRIPS DTÖ'nün kuruluş anlaşmasının ekidir. Türkiye DTÖ kuruluş anlaşmasına 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 244 sayılı kanunun 3. Maddesine göre 03.02.1995 tarihinde 1995/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır. Anlaşmayla Türkiye de dünyadaki fikri mülkiyete ilişkin güncel mevzuatı takip etmektedir. İlgili anlaşma fikri mülkiyete ilişkin; hakların tanınması, koruma standartları, anlaşmazlık çözüm süreçlerini ve cezai çözümleri konu edinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEŞ, İlhami: Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, İzmir, Adalet Yayınevi, 2021, s. 3-5.

İhtiyati Tedbir Sebebi

SMK m. 159, mülga Marka KHK'dakiler ile benzer hükümler içermektedir. SMK ilgili maddesine göre "dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.". Burada belirtildiği üzere tecavüz fiilinin gerçekleşmekte olduğu yahut gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığı davacı tarafından ispatlanmalıdır. Yani ihtiyati tedbirin sebebi tecavüz yahut tecavüze yönelik bir çalışmadır. Marka ihlali davalarında asıl davanın sebebi de genelde bunu kapsamaktadır. İhtiyati tedbirin öncelikli sebebi ihtiyati tedbire esas olan haktır¹³. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere ihtiyati tedbirin amacı dava neticesinde verilecek hükmün etkinliğini sağlamaktır. Yargılama neticesinde verilecek karar yargılama sürelerinden ötürü anlamsızlaşabileceğinden yargılamanın amacına ulaşmasını sağlamak adına ihtiyati tedbirler önem taşımaktadır¹⁴.

Davaya konu markanın davalı tarafından ürün üzerine konulması, ilgili ürünün satışa sunulması yahut stoklanması veya satış teklifi verilmesi gibi durumlar ilgili tecavüzün gerçekleşmekte olduğunu gösterir. Markanın birine çizdirilmesi yahut ürün üzerine basılmak üzerine anlaşma yapılması ise ciddi ve etkin bir çalışma bağlamında değerlendirilebilir¹⁵.

İhtiyati Tedbir Örnekleri

SMK m. 149/1'de sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin, mahkemede bulunabileceği

13- ERDOĞAN, Ersin: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, c. 3, 1 2017, ss. 47-65, s. 50.

14- KAVLAK, Bengül: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi-The Consideration of Provisional Injunctions in Trademark Law in the Light of ode of Civil Procedure, No.6100, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, c. 8, 2013, ss. 1525-1553, s.1529.

15- YÖRDEM, Yılmaz: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, c. 6,21, 2007, ss. 331-348, s. 333.

talepler belirtilmiştir¹⁶. SMK m. 159/1'de belirtildiği üzere verilecek ihtiyati tedbir kararları *"verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere"* verilmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere eda amaçlı ihtiyati tedbirlerde bazı durumlarda dava sonucunun öne çekilmesi sonucu doğabilir. Marka uyuşmazlıklarında uygulanan ihtiyati tedbirler ile uyuşmazlıklarda ileri sürülebilecek tedbirler kıyaslandığında da bu husus dikkati caliptir. 149/1'deki (b) ve (c) bentleri ile tecavüzün önlenmesi ve durdurulması, 159/2(a) bendi ile ihtiyati tedbir ile de koruma altına alınmıştır. 149/1(ç) bendindeki tazminat da 159/2(c) ile teminat koruması altına alınmıştır. 149/1(d) bendindeki el konma 159/2(b)'deki tedbir ile aynen sağlanabilirken 149/1'deki (e) ve (f) bentlerinde sayılan taleplerde yine 159/2(b)'deki tedbir ile koruma altına alınmaktadır.

SMK m. 159'da düzenlenen sınai mülkiyet davalarında ihtiyati tedbirler ilgili maddenin 2. fıkrasında *"özellikle belirtilenleri kapsamak üzere"* denerek belirtilmiştir. Buna göre mahkemenin takdirinde olmak üzere başka şekilde ihtiyati tedbirlere de karar verilebileceği düşünülmelidir¹⁷. Marka davalarında verilecek ihtiyati tedbirler genelde esas hükümle verilecek kararlarla aynı kapsamda olmaktadır. Bu açıdan ihtiyati tedbire ilişkin verilecek kararların tedbir şartlarının değerlendirilmesi ve buna ilişkin teminatların doğru belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Yine bu bağlamda ihtiyati tedbir kararları verildikten sonra değişen şartlara göre ihtiyati tedbirin de

16- SMK m. 149/1: *"Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:*

a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.

b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.

c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.

ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.

d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması.

e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.

f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası.

g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi."

17- KAVLAK, s. 1544, ALBUZ, Nilüfer: Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 131.

değiştirilmesi yahut kaldırılması söz konusu olabilir. Yukarıda bahsedilen düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler de marka uyuşmazlıklarında karşımıza çıkabilir. Her ne kadar SMK ilgili maddesinde belirtilmemişse de farklı tür ihtiyati tedbirlere mahkeme tarafından hükmedilmesi mümkündür. Bu bağlamda marka hakkının sözleşme ile kullandırıldığı durumlarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda mahkeme düzenleyici ihtiyati tedbirler ile sözleşmenin yürüyüşüne müdahale edebilir¹⁸.

Tecavüz Teşkil Eden Fiillerin Önlenmesi ve Durdurulması

SMK m. 159/2(a)'da belirtilen ilk ihtiyati tedbir kararı örneği *"Davacının sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması"*dır. Bu ihtiyati tedbir yukarıda bahsedilen ihtiyati tedbir türlerinden eda amaçlı ihtiyati tedbirlere girmektedir¹⁹. Bu hüküm bağlamında tecavüz teşkil eden eylemin devam etmesi hâkim tarafından yasaklanmaktadır. Bu ihtiyati tedbir şeklinin uygulanması için tecavüzün başlamış olması da şart değildir. Hak ihlali hazırlıkları aşamasındayken de ihtiyati tedbir ile eylemler durdurulabilir²⁰. Tecavüz teşkil eden fiillere ilişkin akla gelen ilk örnekler; markanın amblemini veya markayla iltibasa yol açabilecek nitelikte olan başka bir markayı taşıyan malların üretimi, ambalajlanması, satılması, önerilmesi, sipariş alınması, ithali, ihracı, ilanlara ve reklamlara konulması olarak sayılabilir. Bu ihtiyati tedbir önleme ve durdurmaya ilişkin olduğundan yapmama ve men edimleri şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda mahkemenin kararını verirken yapılmayacak fiili net bir şekilde belirtmesi önem arz etmektedir²¹.

Ürün ve Üretim Vasıtalarına El Konması ve Saklanması

SMK m. 159/2(b)'de belirtilen ikinci ihtiyati tedbir örneği *"Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması"*dır. Bu ihtiyati tedbir yukarıda bahsedilen ihtiyati tedbir türlerinden eda amaçlı ihtiyati tedbirlere

18- GÜNEŞ, s. 443.

19- GÜNEŞ, s. 443.

20- KAVLAK, s. 1547.

21- ALBUZ, s. 132.

girmektedir²². Maddede belirtildiği üzere ihlale konu ürünler ve bunların üretimine ilişkin materyallere el konulabilecek olup bunların gümrük veya serbest liman gibi yerlerde bulunmaları da ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını engellemeyecektir. Ayrıca transit geçişler söz konusu olsa dahi bu ihlali ortadan kaldırmamış olacağından ihtiyati tedbir kararı ihlale konu malların transit geçişi halinde de uygulanabilecektir. Malların satılmış olması da ihtiyati tedbirin uygulanmasını engellemeyecekse de ticari olmayan kullanım için zilyesinde bulunduran son tüketici olması durumunda uygulanmayacaktır²³. Bu ihtiyati tedbirin uygulanması karşı tarafça önlenmek istenebileceğinden HMK m. 393/3'e göre uygulanmasında cebir kullanılması söz konusu olabilir. Uygulanması icra yoluyla gerçekleşecektir ancak bu şekilde karar verilmesi halinde mahkeme kalemi tarafından da icra edilebilir²⁴.

Teminat Gösterilmesi

SMK m. 159/2(c)'de belirtilen ilk ihtiyati tedbir örneği *"Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi"*dir. Bu ihtiyati tedbirin yukarıda bahsedilen ihtiyati tedbir türlerinden teminat amaçlı ihtiyati tedbirlere girdiği açıktır. Mevcut veya muhtemel bir ihlale ilişkin doğabilecek zararlar alakalı olarak davalı taraftan teminat istenmesi ihtiyati tedbir konusu olabilecektir. Bununla birlikte mevcut değil de muhtemel ihlal durumunda ihlal fiilinin başlamaya yakın olması gerekir²⁵. Bu tedbir bağlamında gösterilecek teminatın para yahut kolayca paraya çevrilebilecek şeylerden olması gerekir²⁶.

İhtiyati Tedbir Yargılaması

İhtiyati tedbir dava açmadan önce bağımsız bir dosya yahut dava dilekçesinde belirtilmek suretiyle aynı davada istenebilir. İhtiyati tedbir kararı verilmesinde de taleple bağıllık ilkesi geçerli olduğundan mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunulmadan mahkemenin re'sen ihtiyati tedbire

karar vermesi mümkün değildir²⁷. İhtiyati tedbire ilişkin yargılamada işin mahiyeti gereği derhal ve karşı tarafın önlem alarak dava sonucunun ortaya çıkmasını önleyici bir işlem yapmadan ihtiyati tedbir gerçekleşmesi gerektiğinden davalı tarafın delillerini sunmasını beklemeden, karşı tarafa tebligat yapılmadan ve dinlenilmeden ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün ve hatta çoğu durumda zorunludur. Bu durumda Anayasa'da düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının zedelendiği düşünülebilir. Ancak ilgili hükümlerin istisnasız ve sert olarak uygulanması yine aynı hüküm gereği karşı tarafın hakkının tamamen ortadan kalkması manasına gelebilecektir. Bu durumda ihtiyati tedbir aşamasında tebligat, delil sunma vs. bazı işlemlerin gerçekleşmemesini bu hakların mutlak olarak kullanılmaması değil ancak geciktirilmesi olarak nitelemek gerekecektir²⁸. Çünkü nihayetinde yargılama gereği verilecek kesin hükümde davalı tarafın dinlenmemesi söz konusu olmayacağı gibi yargılama süresince de verilen ihtiyati tedbir kararı karşı tarafın sunduğu deliller ve savunmalarla da gözden geçirilebilecektir. Ayrıca hak kaybı ihtimaline binaen teminat alınması da mümkün olduğundan davalının hakları korunmaktadır²⁹.

Hukuk Yargılamasında İspat ve Sübut Dereceleri

Genel olarak ve marka davaları özelinde geçici hukuki korumalardan bahsettikten sonra asıl konumuz olan marka davalarında ihtiyati tedbir taleplerin ispatına geçmeden önce ispat kavramı ve sübut derecelerinin incelenmesi gerekecektir.

Genel Olarak İspat ve İspat Standardı

İspat kelimesinin manası TDK'da bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma olarak tanımlanmıştır³⁰. Aslında daha çok bir iddiaya ilişkin ilgiliyi inandırmaya çalışmak olarak da tanımlanabilir. Davada ise ispat tarafların taleplerinin dayanağını oluşturan olayların doğruluğu/gerçekliğine ilişkin

22- GÜNEŞ, s. 443.

23- KAVLAK, s. 1549.

24- ALBUZ, s. 133-134.

25- KAVLAK, s. 1550.

26- ALBUZ, s. 144.

27- Her ne kadar ihtiyati tedbirin taraflarca talep edilmesi şart olarak görülmüşse de talep edilen ihtiyati tedbir şeklinin yani talep sonucunun belirtilmesi gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmıştır. Taraflarca ihtiyati tedbir talebi iletildikten sonra hangi ihtiyati tedbirin ne şekilde uygulanacağına hâkimin karar verebileceğini savunan bir görüş olsa da taleple bağıllık ilkesinin bu hususta da işleyeceği dolayısıyla talep edilen ihtiyati tedbirin belirtilmesi gerekliliği daha akla yatkındır. (KAVLAK, s. 1535; ERDOĞAN, s. 60; KAPLAN, Mikail Bora: Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 91 vd.)

28- KAPLAN, s. 18 vd.

29- KAVLAK, s. 1543.

30- <https://sozluk.gov.tr/>

hâkimi ikna çabasıdır³¹. Herkes tarafından bilinen, çekişmesiz yahut ikrar edilmiş vakıalar HMK m. 187'ye göre çekişmesiz kabul edildiğinden ispatın konusunu oluşturmazlar. Bununla birlikte davada uygulanacak hukuk normu da hâkim tarafından re'sen belirleneceğinden bu da ispatın konusunu oluşturmaz. Bu bağlamda ispatın konusu HMK m. 187'de belirtildiği üzere uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmaz³². İspat ve kanaatin oluşumuna ilişkin hukuk sistemlerinde ve hatta farklı ülkelerde³³ de temelden farklılıklar³⁴ vardır. Hukuk düzenimiz bakımından AY m. 138'e göre "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.". Aşağıda bahsedileceği üzere hukukumuzda Kıta Avrupası ile bağdaşır şekilde hâkimin kanaati³⁵ ön planda iken, Anglo-Amerikan hukukunda ise kanıtların üstünlüğü önemlidir. Her ne kadar hâkimin kanaatinin oluşumunda kanıtların önemi sorgulanamayacaksa da bu durum Kıta Avrupası sistemini daha sübjektif ve insancıl, Anglo-Amerikan sistemini ise objektif ve

belki biraz daha katı kılmaktadır³⁶.

Davada maddi vakıaların doğru/gerçek olup olmadığını anlama dava için esas olduğundan davada ispat çok önemlidir. Davada her zaman gerçek manada hakikate³⁷ ulaşılması³⁸ mümkün değildir. Bu bağlamda davada mutlak kesinlik mümkün olmadığından³⁹ hâkimin kanaati önemli olup hâkimin ilgili vakıanın gerçekleştiğine ilişkin bir vicdani kanaata ulaşması gerekir. Hâkim kanaatini

36- Sistemler arasındaki farkların ayrıntısı için bkz. ENGEL, Christoph: *Preponderance of the Evidence Versus in Time Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict between American and Continental European Law*, Vermont Law Review, c. 33, 2009, ss. 435-467. Yazar aşırı basitleştirme ile espi mahiyetinde "Kıta Avrupası sistemi irrasyonel, Anglo-Amerikan sistemi ise sorumsuzdur." demektedir. Yine yazar iki sistemi karşılaştırırken iki sistem arasındaki farkları teorik olduğunu ve uygulamada farklılık yaratmadığını ileri sürünlere şiddetle karşı çıkmaktadır. Yazara göre iki sistem arasındaki farklar çok temelden olup yargılama sistemlerini derinden etkilemektedir. Bunun da özellikle iki sistem arasındaki delil kavramına yaklaşım farkından kaynaklandığını işaret etmektedir. Delil üstünlüğünü önceleyen Anglo-Amerikan sisteminde delillerin salt karar kriteri olarak değerlendirilmesindeki objektivitenin hata payını artırdığını işaret eden yazar, Kıta Avrupası sisteminde de hâkimlerin karar vermedeki serbestisinin sübjektiviteyi artırdığı ve dolayısıyla aynı konuya ilişkin verilecek yargılamalarda çıkabilecek farklı kararların olabileceğini işaret etmektedir. Dolayısıyla bu durum da adalete duyulan inancı zedeleyebilecektir. Kıta Avrupası sisteminin yargılamaları bazı objektif unsurlar ekleyerek yargılamayı güçlendirdiğini de işaret etmektedir. Bununla birlikte yazarın Kıta-Avrupası sistemine ilişkin yazının genelinde işaret ettiği hâkimlerin vicdanî kanaatinin oluşumuna ilişkin eleştirdiği husus bu vicdani kanaatin oluşumunun açıklanmak zorunda olunmamasına ilişkindir. Yine sonuç kısmında yazar hakimlerin kanaatlerinin oluşumunda gerekçelendirmenin yazılmasının objektiviteye ilişkin atılabilecek büyük adımlardan biri olduğunu işaret etmektedir. Ancak bu husus kararların gerekçelendirilmesi ile zaten korunmaktadır. Aslında hakimler vicdanî kanaatlerinin oluşumu hususunda serbest olmakla beraber verilen kararlarda bunu gerekçelendirmeleri gerekmektedir. Bu husus gerek AİHS m. 6, gerek AY m. 141/3, gerekse de HMK m. 27/2(c) ve 297/1(c) hükümlerince de korunmaktadır. Hakimlerin kanaatlerinin oluşumunda serbest olmaları mutlak bir sübjektivite ile hakimlerin istedikleri kararı verebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır.

37- Hakikat kavramı da belli ölçüde sübjektivite içermektedir. Doğruya ulaşma amacıyla "Hangi doğru/Kimin doğrusu" soruları da gündeme gelebilecektir. Nesnel bir hakikatten bahsedilemeyeceği üzerinde doktrinde tartışılmıştır (TARUFFO, s. 677).

38- Hakikate ulaşma kavramı da kendi içinde izaha muhtaç olup bu husus doktrinde çokça tartışılmışsa da bu hususta ayrıntılı bilgi konumuzun kapsamı dışında kaldığından çalışma kapsamında değerlendirilmeyecektir. Medeni usul hukukunda hâkimin kanaati ve hakikat kavramına ilişkin olarak bkz. (YILDIRIM, Mehmet Kamil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s. 44 vd.).

39- SCHWEIZER, s. 2.

31- ARSLAN, YILMAZ VE TAŞPINAR AYVAZ, s. 370.

32- TORAMAN, Barış: *Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 16, 2014, ss. 1483-1523, s. 1500.

33- Kıta Avrupası sisteminde farklı ülkelerdeki ispat ölçülerini bir tutan görüşleri eleştiren bir makale için bkz. TARUFFO, Michele: *Rethinking the Standards of Proof*, The American Journal of Comparative Law, c. 51, 3, 2003, ss. 659-677.

34- İlgili farkların teoride kaldığı ve pratikte arada herhangi bir fark olmadığı da ileri sürülmüştür (SCHWEIZER, Mark: *The Civil Standard of Proof- What Is It, Actually?*, The International Journal of Evidence & Proof, c. 20, 3, 2016).

35- Fransız hukukunda da hukukumuzdaki vicdani kanaatin karşılığı olarak "intime conviction" kavramı vardır. Hukukumuzda bu yazılı olarak mevcutken Fransız hukukunda Fransız İhtilali'nden beri kullanılan bu kavram yazılı mevzuatta yazılı olarak yer almamaktadır. Fransız hukukunda da maksat hâkimin şahsi kanaatine göre karar vermesidir. Taruffo Fransız Hukukunda hakim'in şahsi kanaatinin oluşumu hususunda değinmiş ve bunun her ne kadar "gerçek" ve "kesinlik" ibareleri kullanılsa da hakim'in kanaatinin neden ilgili yönde oluştuğunu açıklama zorunluluğu da bulunmadığından bir ispat standardı getirmediği ve hakim'in vicdanını sorgulanamaz bir kara kutu haline getirdiğini belirtmiştir (TARUFFO, s. 667). Alman Hukukunda ise objektif olarak delillerin değerlendirilmesi kavramı belirlenmiştir. Alman Hukukunda bir ekol delillerin değerlendirilmesinde "baskın ihtimal" kavramını önerip desteklese de genel olarak ilgili yaklaşım, bu ihtimale sayısal ve istatistikî bir karşılık vermenin mümkün olmadığından, kabul görmemiştir (TARUFFO, s. 668). Diğer ülkelerdeki konuya yaklaşım için bkz. TARUFFO, s. 668 vd.

edinirken delilleri değerlendirmede HMK m. 198'e göre kural olarak serbest olmakla birlikte senetle ispat zorunluluğu gibi bazı durumlarda kanun belirli deliller ile ispat zorunluluğu getirdiğinden hâkimin kanaati oluşumu kanun koyucu tarafından sınırlandırılmaktadır⁴⁰. Delilleri değerlendirmek gibi delilleri sunmak da birtakım kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Taraflarca getirilme, teksif, usul ekonomisi gibi bazı ilkeler doğrultusunda hâkimin kanaatini oluştururken inceleyeceği deliller de sınırlandırılmıştır⁴¹. Kanun koyucu hâkimde doğru kanaatin oluşması ve maddi gerçekliğe önem vermekle birlikte hukuki süreçlerin sürdürülebilirliğini de sağlamak zorunda olduğundan bu ilkeler ortaya çıkmıştır.

Hâkimin kanaatinde matematiksel bir kesinlik aranmayacağından bu kanaatin oluşumu kişilere göre değişebileceksin de hâkimin kanaatinin keyfi olmadığı objektif bulgu ve deliller üzerinden gerçekleşmesi gerektiği bilinmelidir⁴². Hâkimin kanaatinin oluşmasında ispat ana etken olduğundan ispat ölçüleri büyük önem arz eder. Davada hâkimin karar vermesi için vakıaların tam ispat ile ispatı gerekmektedir. Bununla birlikte geçici hukuki tedbirlere ilişkin değerlendirmeler gibi bazı durumlarda yaklaşık ispat ile yetinilebilir⁴³.

İspat-Sübut Dereceleri⁴⁴

Hukuk sistemimizde ispat faaliyetinin amacına yönelik olarak yapılacak sınıflandırmaya göre, Kıta

Avrupası'nı takiben, tam ispat⁴⁵ ve yaklaşık ispat olmak üzere iki farklı ispat derecesi mevcuttur⁴⁶. Tam ispat yaklaşık ispat ayrımı doktrinde farklı şekillerde yapılmıştır. Albayrak sübut dereceleri arasındaki farkı hâkimin oluşan kanaatinin ne düzeyde gerçekleştiğinden ziyade kanaatin ne kadar delille desteklendiği üzerinden değerlendirir⁴⁷. Bununla birlikte doktrinde aradaki farka yaklaşım genelde hâkimin kanaatinin ne kadar kesin olduğuna ilişkindir⁴⁸. Albayrak'ın görüşü olayı anlamada pratik fayda sağlasa da yaklaşık ispat ile tam ispat arasındaki fark diğer görüşte daha net ortaya konulabilmektedir. Kural olarak ispat aranan durumlarda tam ispat yapılması gerekir⁴⁹. Ancak yaklaşık ispatın arandığı durumlar kanunda özellikle belirtilmiştir.

Tam İspat

Davada taraflar kural olarak ileri sürdükleri maddi vakıaları ispatlamalıdır. Bu bağlamda davacı tarafın ileri sürdüğü iddiaya ilişkin maddi vakıaları davalı tarafın da savunmasını dayandırdığı maddi vakıaları ispat etmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi iki farklı görüşten biri olan Albayrak'ın görüşüne göre iddia ve savunma haklarının tam kullanım

45- Kıta Avrupası sisteminde tam ispata yaklaşım hâkimin kanaati ile ilişkilendirilmiştir. Buna rağmen bu husus farklı ülkelerde farklı şekillerde ifade edilmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi konuya yaklaşımda tam kanaatin oluşumuna ilişkin şüpheli durumlarda hâkim kararını verirken şüpheyi tamamen ortadan kaldıracak kanaati değil şüpheyi susturacak kanaati araması gerektiği ifade etmiştir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi ise benzer yönde kanaatin oluşumunda tam kesinlik aranmasının gerekmediğini, ortada ciddi şüphe olmamasının kalan yahut mevcut şüphenin arızı olmasının yeterli olacağını işaret etmiştir. İki ülkedeki kararlarda da kararın oluşumundaki kanaate sayısal bir atıfta bulunulmamıştır. Ancak ilgili ülkelerde doktrinde yapılan atıflarda %90, %95 ve %99,8 şeklinde sayısal yaklaşımlarda bulunulmuştur(SCHWEISER, s. 4). Tam ispatın oluşumunun Kıta Avrupası sisteminde Anglo-Amerikan sistemine göre daha zorluğu ileri sürülmüştür. Gerçekten de incelendiğinde görülecektir ki delillerin üstünlüğü üzerinden yapılan değerlendirmede açıkça ifade edilebilecek %50 üzeri bir kanaat hâkimin vicdani kanaatini önceleyen Kıta Avrupası sisteminde yukarıda belirtildiği üzere daha yüksek oranlar telaffuz edilmektedir. Kıta Avrupası sisteminde ifade edilen sayısal oranlar tam olarak hesaplanabilir veriler üzerinden olmasa da farkı anlamak adına önem ifade etmektedir(SCHWEISER, s. 5.).

46- BAŞÖZEN, Ahmet: Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 18.

47- ALBAYRAK, Hakan: Medeni Usul ve İcra İspat Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 29 vd.

48- ARSLAN, YILMAZ VE TAŞPINAR AYVAZ, s. 565; SCHWEISER, s. 2-5.

49- BAŞÖZEN, Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlere "Yaklaşık İspat" ve "İhtimal" Kavramı, s. 656-657.

40- KALE, Serdar / KESER, Salih: Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 21, 2, 2015, ss. 701-726, s. 708 vd.

41- KAYA, Mert: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Gösterilmesi, Mersin, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 5 vd.

42- BAŞÖZEN, Ahmet: Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlere "Yaklaşık İspat" ve "İhtimal" Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 16, 2014, ss. 653-694, s. 661.

43- ARSLAN, YILMAZ VE TAŞPINAR AYVAZ, s. 371.

44- Sübut/İspat dereceleri, ispat ölçüsü ve delillerin değerlendirilmesi kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. İspat ölçüsü bir maddi vakıanın hangi aşamada ispatlanmış sayılacağına hâkim tarafından kabul edileceğidir. Delillerin değerlendirilmesi ise hâkimin ispat faaliyetinin başarısı ve vakıanın ispatlanmış olup olmadığına ilişkin faaliyetidir (ATALAY, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı. İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 37 vd.).

ve tüm delillerin değerlendirilmesi ile yapılan ispat tam ispat bu bağlamda oluşacak hâkimin kanaati ise tam kanaat olacaktır. Bu görüşe göre tüm delillerin incelenmesi neticesinde varılacak kanı -her ne kadar rakamsal olarak ifade etmek doğru olmayacaksa da⁵⁰- %51⁵¹ de %90 da olabilir. Hâkim karar vermek zorunda olduğundan hâkimin kanaati ispatın gerçekleştiği yönüne döndüğü anda oluşan kanaat tam dolayısıyla ispat da tamdır⁵². Hâkimin karar vermek zorunda olması izaha muhtaç olabilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36/2 maddesinde geçen *"Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."* hükmü ve TMK m. 1/2 *"Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."* hâkimin karar verme zorunluluğu düzenlemiştir. Bu bağlamda hâkimin herhangi bir davada olayın karmaşıklığı, anlaşılabilirliği, uygulanacak kanunun belirsizliği yahut yokluğu gibi durumlarda karar vermekten çekinemeyeceği açıktır. Fransız medeni kanununda da durum özellikle düzenlenmiş olup hâkimin karar vermektan çekinmesi halinde adaleti tanımama ile yargılanacağı belirtilmiştir⁵³. Belirsizlik durumunda gerçeğe aykırılık ihtimaline rağmen mahkeme karar vermek zorundadır. Bununla birlikte diğer görüşte zayıf veya kuvvetli bir ihtimal tam kanaat oluşması için yeterli değildir. Tam kanaatin oluşması için kesinlik sınırına yakın bir ispatın ortaya konmuş olması gerekmektedir⁵⁴. Belirtilen şekilde tam kanaatin oluşması her zaman sağlanamayacağından bazı durumların kanıtlanmasında kolaylaştırıcı araçlar devreye girmektedir⁵⁵. İlk görünüş ispatı bunlara örnek verilebilir. İlk görünüş ispatı belirsizlik

veya ispat güçlüğü durumlarında⁵⁶ hâkimin hayat tecrübelerinden faydalanarak belli bir olayın varlığının diğer bir olayın varlığına ispat olarak değerlendirmesidir⁵⁷.

Dava neticesinde nihai bir karar ile hüküm tesis edildiğinden hâkimde tam bir kanaat oluşması ve bu bağlamda tam ispatın gerçekleşmiş olması gerekir. Belirtildiği üzere burada -her ne kadar deliller açısından taraflarca getirilme ilkesi ile bağlı olursa da- delillerin tamamının toplanıp değerlendirilmesi ile bir kanaate ulaşılır⁵⁸.

Yaklaşık İspat

Yaklaşık ispat hâkimin acele karar vermesi gereken, tüm delillerin toplanarak kesin yargıya varmanın mümkün olmadığı hallerde karşımıza çıkan bir ispat derecesidir⁵⁹. HMK'nın 390. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

Yaklaşık ispat geçici hukuki koruma tedbirleri ve reddi hâkim gibi durumlarda karşımıza çıkan bir ispat derecesidir. Buna göre -yine yukarıdaki görüş ayrılığını hatırlayacak olursak- Albayrak'ın görüşüne göre tam ispattan daha düşük bir kanaat ile oluşan bir ispattan ziyade daha az delilin değerlendirilmesi ile oluşan bir ispat söz konusudur⁶⁰. Hem yaklaşık ispatta hem de tam ispatta hâkimde maddi vakianın gerçekleştiğine ilişkin bir kanaat oluşması gerekmektedir. Yaklaşık ispatta ise özellikle zaman baskısından ötürü tam ispattan farklı olarak tüm delillerin toplanması beklenmeden eldeki deliller ve belki hemen getirilebilecek deliller üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır⁶¹. Bununla birlikte diğer görüşe göre burada hâkimde oluşacak kanaatte bir derece farkı bulunmakta olup yaklaşık ispatta; tam ispatta aranan kesin kanaat aranmamakta, ağır basan ihtimal şeklinde yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Burada yaklaşık kanaatle verilecek ara kararlarda aksi ihtimal her zaman göz önünde bulundurulmakta ve bu bağlamda aleyhine işlem yapılan taraf da çoğu zaman teminat ile koruma altına alınmaktadır⁶². Yargıtay 1975 senesinden bir kararında tedbir talebinin kabulü bakımından istekte haklı olma ihtimalinin yeterli olduğu, ispata elverişli delilin bulunmasının zorunlu olmadığını

50- TARUFFO, s. 659.

51- Anglo-Amerikan hukukunda da durumun bu görüşe daha yakın olduğu söylenebilir. Farklı kaynaklarda ifade edildiği üzere Amerikan sisteminde bir vakianın ispatına dair kanaat çok ufak dahi olsa gerçekleştiğine döndüyse burada ispat yapılmış kabul edilmelidir. Ancak ispat çabasına rağmen ihtimaller hala eşit kabul ediliyorsa burada ispatın varlığı kabul edilemez(SCHWEIZER, s. 2; ENGEL, s. 439).

52- ALBAYRAK, s. 32.

53- RABELLO, Alfredo Mordechai: Non Lique: From Modern Law to Roman Law, Annual Survey of International & Comparative Law, c. 10, 1, 2004, ss. 1-25, s. 1.

54- ARSLAN, YILMAZ VE TAŞPINAR AYVAZ, s. 565.

55- Kıta Avrupası sisteminde daha ağır gibi görünen bu ispat standardında tam kanaatin oluşmasının zor olduğu durumlarda ise ilk görünüş ispatı ortaya çıkar. Bu durumda olayın gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimalinden daha fazla olması gibi bir ihtimal yeterli görülmektedir(SCHWEIZER, s. 5).

56- KESER, Leyla: İlk Görünüş İspatı, Prof. Dr. Mahmut Birselle Armağan, 2001, ss. 231-253, s. 248.

57- KESER, s. 231.

58- ALBAYRAK, s. 29 vd.

59- BAŞÖZEN, MEDENİ USUL HUKUKUNDA İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI, s. 19; KAPLAN, s. 22.

60- ALBAYRAK, s. 29 vd.

61- ÖZEKES, s. 66-68.

62- ARSLAN, YILMAZ VE TAŞPINAR AYVAZ, s. 565.

belirtmiştir⁶³. Her ne kadar yaklaşık ispatta daha düşük bir ispat zorunluluğu öngörülmüşse de ispat zorunluluğunun bu şekilde kaldırılmasının hukuken doğru olmayacağı ve uygulamada da birçok sorun doğurabileceğinden ötürü bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Marka Uyuşmazlıklarına İlişkin İhtiyati Tedbir Taleplerinin İspatı

Marka uyumsuzluklarında ihtiyati tedbire hükmedilebilmesi için yukarıda da bahsedildiği üzere ilk şart ortada bir hakkın bulunduğu ispatıdır. Bununla birlikte ihlalin ve ihtiyati tedbir gerekliliğinin de ispat edilmesi gerekmektedir. Başka davalarda daha ciddi bir sorun teşkil edebilecek bu ispat durumu markalar tescile tabi olduğu için daha az uyumsuzluk konusu oluşturacaktır⁶⁴.

İhlalin varlığı yahut ihtimal dâhilinde olması da ihtiyati tedbir alınması için ispatlanmalıdır.

İhlal veya ihlal tehdidi ile birlikte acil önlem alınması zorunluluğu da ihtiyati tedbir şartlarından olduğundan ispata muhtaçtır. Marka hakkı gibi fikri mülkiyet haklarının hızlı tükenebilir ve kopyalanabilir özellikleri ve günümüz dünyasındaki genel hız da göz önünde bulundurulduğunda ivedi müdahale gerekliliğinin genel olarak mevcut olduğu düşünülebilir⁶⁵.

İspatın Konusu

Genel Olarak

SMK m. 29/1'de marka hakkına tecavüz halleri sayılmıştır. Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin ortak özellikleri; üçüncü kişi tarafından ekonomik amaçla, koruma kapsamına giren alanda ve Türkiye'de kullanımdır. Marka tescilinin sahibinin yasaklama hakkı karşı tarafın kötü niyet yahut kusuru ile alakalı değildir. Ekonomik amaç salt ilgili ürünü satarak kâr elde etme olarak düşünülmemelidir. Ürünün promosyon olarak dağıtılması da bu bağlamda ekonomik neden olarak sayılabilir. Koruma kapsamı ise kanunlarca belirlenir. Marka hakkı sahibinin yasaklayamayacağı bir alanda kullanma bu bakımdan tecavüz teşkil etmeyecektir. Örneğin tescilli bir marka için tekrardan tescil başvurusu yapılması durumunda tecavüz durumu söz konusu değildir. Çünkü tescil başvurusunu yasaklamak bir hak olarak kanunda korunmamıştır. Tecavüzün gerçekleşmiş sayılması için bir diğer ortak özellik de kullanımın Türkiye'de gerçekleşmesidir. Tecavüz fiili markanın tescil edildiği ülkede ihlal edilebilir

durumdadır⁶⁶.

İspatın Başlıca Konusu Olarak Tecavüz Halleri

SMK m. 29/1(a) bendine göre "*Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7'nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.*" tecavüz hallerinden biridir. Buna göre marka hakkının kapsamının belirleyen SMK 7. maddenin belirtilen hakları tescil sahibinin izni olmadan kullanan kişi tecavüz fiilini işlemiş sayılacaktır. İzinsiz kullanım izin almadan kullanım, izin talebinin reddine rağmen kullanım yahut izin süresinin sona ermesine rağmen kullanım şeklinde gerçekleşmiş olabilir. İhlalin gerçekleşmesi markanın iktibası yani aynen kullanımı ile gerçekleşebileceği gibi iltibası yani marka ile ilişkilendirme ve karıştırılma ihtimali olacak bir işaretin kullanılması şeklinde gerçekleşebilir. SMK 11/4'e göre mal ve hizmetlerin aynı sınıfta yer almaları benzer oldukları, farklı sınıfta yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmeyeceğinden her ihlal iddiası bilirkişi marifetiyle incelenerek hüküm kurulmalıdır. Tanınmış marka olması halinde ise aynı, benzer veya farklı mal veya hizmet alanında kullanıldığına bakılmaksızın ihlal oluşturacaktır⁶⁷.

SMK m. 29/1(b) bendine göre "*Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.*" de tecavüz hallerinden sayılmış olup SMK m. 7/2(b) ile korunduğu halde tekrardan belirtilmesinin gereksiz olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁶⁸.

SMK m. 29/1(c) bendine göre "*Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak.*" da maddeye göre bir diğer tecavüz halidir. Bu maddedeki önemli nokta ürünün ticari faaliyete tabi tutulmasıdır. Tüketicilerin kullanım amaçlı olarak malı ellerinde bulundurmaları bu madde bağlamında ihlal oluşturmaz. Ayrıca bu madde bağlamında tecavüzün oluşması için failin taklit durumunu bildiği veya bilmesi gerektiği de bir şarttır⁶⁹.

SMK m. 29/1(ç) bendine göre "*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz*

63- Yargıtay 2. HD., 09.1.1975, 8686/131(ALBUZ, s. 114.).

64- KAPLAN, s. 62-63.

65- KAPLAN, s. 90-91.

66- UZUNALLI, Sevilay: Marka Hukuku, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2021, s. 161-163.

67- KAPLAN, s. 68-71.

68- SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 221.

69- KAPLAN, s. 73.

genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.” de bir diğer tecavüz hali olarak sayılmıştır.

İspat için Başvurulabilecek Deliller

Hukuk muhakemesinde kanaatin oluşumu için olağan olarak taraflarca getirilme ilkesine tabi yargılamada kesin deliller ve tanık, bilirkişi, keşif ve HMK m. 192’ye göre kanunda düzenlenmemiş diğer takdiri deliller kullanılabilir. Ancak tanık, bilirkişi, keşif olduğu gibi diğer birçok delilin de -ihtiyati tedbirin ivedi mahiyeti düşünüldüğünde- ihtiyati tedbir yargılamasında kullanılması mümkün olmayacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere ihtiyati tedbir yargılamasında üç ayrı hususun ispatı gerekmektedir. Bunlardan birincisi hakkın varlığı, ikincisi tecavüzün varlığı ve sonuncusu ise ihtiyat tedbirin gerekliliğidir. İspat yükü açısından genel kural olan HMK m. 190 ve TMK m. 6 gereği kendine hak çıkaranın ispat yükü altında olması esas geçerlidir⁷⁰. Yukarıda belirtildiği üzere HMK m. 390/3’e göre ihtiyati tedbirlerde yaklaşık ispat ölçüsünde bir ispat aranacaktır. SMK m. 159 özel hükmünde ispata ilişkin *“tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla”* ibaresi özellikle ikinci kısımdaki *“ciddi ve etkin çalışma”* pekiştirme lafzı dolayısıyla ispatın tam ispat gibi düşünülmesi hatasına düşülebilir. Ancak burada tam ispat aranacağı özellikle belirtilmediğinden HMK genel hükmündeki yaklaşık ispat ölçüsünden ayrılmayı gerektirici herhangi bir durum bulunmamaktadır⁷¹. Yargılamanın ivedi mahiyeti gereği ihtiyati tedbir yargılamasında derhal getirilebilecek deliller ile ispat yapılabilir.

Hakkın Varlığının İspatı Yönünden

Yukarıda da belirtildiği üzere her ne kadar ihtiyati tedbirde öncelikli olarak tedbire konu hakkın ispatı önem taşısa da tescile konu marka tecavüzlerinde hakkın varlığı tescil ile ispat edileceğinden bu husus büyük bir sorun teşkil etmemektedir. Bu bağlamda marka tecavüz davalarında hakkın varlığının marka tesciline ilişkin belge ile kanıtlanabileceği açıktır. Bununla birlikte yaklaşık ispat yükümlülüğü bağlamında hakkın varlığının marka tesciline işaret etmeyen bir belge ile kanıtlamasının kabulü de mümkün olmamalıdır. Tescil gibi hakkın varlığını doğrudan kanıtlayacak bir belgenin varlığı halinde tescile işaret etmeyen bir belge ile ispat yapılmaya çalışıldığı takdirde yaklaşık ispat ölçüsünün de

sağlanmadığı düşünülmelidir. Her ihtimalde tescilin teyidinin TPE’den yapılabileceğinin de işaret edilmesi gerekmektedir. Ancak ihtiyati tedbir yargılamasının ivedi mahiyeti gereği hak iddia eden tarafça belgenin sunulması önem arz etmektedir. Dava sürerken TPE’den gelen teyit doğrultusunda ihtiyati tedbir kararı tekrardan değerlendirilebilecektir.

Hakkın sahibi her zaman tescil eden olmayabilir. İnhisarî lisans sahibi de ilgili maddelerde sağlanan korumalardan faydalanabileceği gibi ihtiyati tedbir korumasından da doğal olarak faydalanabilecektir. Bu takdirde lisans sözleşmelerinde yazılılık SMK m. 148/4 gereği geçerlilik şartı olduğundan tescil ile beraber bu hak tescil sahibi ile hak sahibi arasındaki taraflarca imzalanmış yazılı lisans sözleşmesi ile ispatlanmak durumundadır⁷².

Markanın hükümsüzlüğüne ilişkin bir itiraz yahut dava varsa karşı tarafça ileri sürülmelidir.

Tecavüzün Varlığının veya İhtimal Dâhilinde Olduğunun İspatı Yönünden

Hak ile beraber karşı tarafça yapılan yahut ihtimal dâhilinde olan bir tecavüzün varlığının da ispatı ihtiyati tedbir için gereklidir. Tecavüz varlığının ispatı kesin deliller yahut takdiri deliller ile yapılabilir. Yukarıda belirtildiği üzere SMK m. 29’da marka hakkına tecavüz fiilleri sayılmıştır. Bu maddenin (a) bendi Marka tescilinden doğan hakların kapsamını düzenleyen SMK m. 7 atfı ile buradaki hakların izinsiz kullanımını tecavüz hali saymıştır. SMK m. 7/1 hakların kullanımının tescile bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. 2. fıkrada ise marka hakkı sahibinin önleyebileceği kullanımlar belirtilmiştir⁷³. Burada önlenebilecek eylemler markanın veya benzeri bir işaretin mal veya hizmetlerde kullanımına ilişkindir. Bu hususların kanıtlanması için ihlal konusu kullanımın üzerinde mevcut olduğu malların aslının

72- ALBUZ, s. 113

73- SMK m. 7/2 *“Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır: a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması. b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması. c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.”*

70- ALBUZ, s. 107-108.

71- KAVLAK, s. 1538-1539.

yahut fotoğraflarının delil olarak kullanımı söz konusu olabilir.

İhtiyati tedbir yargılamasının ivedi mahiyeti gereği kullanılması güç olsa da özellikle SMK m.159/3'ün uygulamasında daha ziyade kullanılabilecek diğer ihtiyati tedbirlerde ise tekrar değerlendirmede fayda sağlayabilecek bir delil de SMK m. 150/3 *"Hak sahibi, sınavi mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınavi mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir."* hükmü ile sağlanan tazminat yükümlüsünden talep edilebilecek hakkın kullanımına ilişkin belgelerin sunulması hakkıdır⁷⁴.

Marka uyuşmazlıklarında sık kullanılan bir delil de keşif delilidir. Marka uyuşmazlıklarında ihlal durumunun tespiti teknik bilgi gerektirdiğinden bilirkişi delili ile birlikte kullanılmaktadır. Yine ihtiyati tedbir yargılamasının ivedi mahiyeti gereği ihtiyati tedbirin değerlendirilmesine ilişkin kullanımı daha uygun bir delildir. Keşif incelemesi ile tecavüzün varlığı veya ihtimal dâhilinde olduğu bilirkişi raporu ile beraber daha net bir şekilde ispatlanmış olacaktır. Ancak bu süreç zarfında ihtiyati tedbir korumasından faydalanmak için başka delillerle de talep güçlendirilmelidir.

Bilirkişi incelemesi yalnızca keşif incelemesinde değil taraflarca sunulan delillerin incelenmesinde de gündeme gelecektir. Bilirkişi incelemesi teknik bilgi gerektiren marka uyuşmazlıklarında hâkimin sübjektif kanaatinden ziyade durumun objektif değerlendirilmesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁵. İhtiyati tedbir yargılamasında da diğer bahislerde tekraren belirtildiği gibi ivedi niteliğinden ötürü bilirkişi delilinin kullanılması da ihtiyati tedbirin değerlendirilmesi aşamasında daha mümkün olacaktır.

Marka uyuşmazlıklarında ayrı bir dava yahut değişik iş dosyası ile delil tespitine gidilebileceğinden burada yapılan tespit de ihtiyati tedbir incelemesinde kullanılabilecektir. Karşı tarafın durumdan haberdar olması ihtiyati tedbir yargılamasından beklenen sonucun doğmasını engelleyebilecekse de bu kural ilgili delilin kullanılabilmesi imkanını ortadan kaldırmayacaktır.

74- Bu maddede tanınan hak ile "kimse kendi aleyhine olan belgeleri mahkemeye ibrazla yükümlü tutulamaz." İlkesine bir istisna getirildiği doktrinde ileri sürülmüştür (ALBUZ, s. 114.).

75- ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 440 vd.

İhtiyati Tedbir Gerekliliğinin İspatı Yönünden

İhtiyati tedbirin gerekliliğinin ispatında iki unsur öne çıkacaktır. Bunlardan biri ihtiyati tedbire ihtiyaç olmasıdır. Yani gecikmesinde sakıncalı bir hâlin varlığı veya ortaya çıkma tehlikesi yahut telafisi güç veya imkânsız zararın uyuşmazlık konusu olması gerekir. Bununla birlikte SMK m. 159'da geçen *"verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere"* ibaresi dolayısıyla uygulanması istenen ihtiyati tedbirin menfaatler dengesi de gözetilerek verilmesi bağlamında talep edenin daha hafif bir ihtiyati tedbirin yeterli olmayacağını talep ettiği ihtiyati tedbirin ağırlığının gerekli olduğunu da ispat etmesi gerekir.

İhtiyati tedbirin ve verilecek tedbirin gerekliliğine ilişkin ispatın çok ağır olarak beklenmesi halinde bunu sağlamanın zor olacağı aşikârdır. Özellikle de hızlı yargılama gerektiren bir böyle bir hususta bu ispata muhtaç konu zararın ortaya çıkması "ihtimali" ve "menfaatler dengesi" üzerinden olduğu için burada ispata ilişkin çok ağır bir yükümlülük yüklenmemelidir. Öğretide tecavüz veya tecavüz tehdidinin bulunmasının ihtiyati tedbir kararı verilmesi için yeterli olduğunu savunan bir görüş vardır⁷⁶. Bu bağlamda SMK m. 159'da özel bir ihtiyati tedbir sebebine yer verilmediği belirtilmiştir. Diğer bir görüşe göre ise SMK m. 159'daki HMK atfından ötürü HMK m. 389/1 gereği bir ihtiyati tedbir sebebi de ispat edilmelidir⁷⁷. Yargı kararlarında birinci görüşe⁷⁸ de ikinci görüşe⁷⁹ de yakın kararlar bulunmaktadır. İki görüş arasındaki farkı netleştirmek gerekirse şöyle ifade edilebilir. İlk görüşe göre ihlalin varlığı ihtiyati tedbir için gerekli ve yeterli bir şarttır. İkinci görüşte ihlalin varlığı ihtiyati tedbir kararı verilmesi için gerekli olmakla beraber yeterli değildir. İkinci görüşe göre, ihlalin varlığı sabit de olsa ihtiyati tedbir kararı verilmesi HMK 389/1 genel hükmündeki *"Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde"*

76- KAPLAN adı geçen eserinde; Ünal Tekinalp'in Fikrî Mülkiyet Hukuku eserinde, Hakan Karan ve Mehmet Kılıç'ın Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat eserinde yer alan bu görüşe atıf yapmıştır (KAPLAN, s. 64).

77- KAPLAN, s. 64.

78- İstBAM 16. HD., E. 2017/4335 K. 2017/3054 T. 11.10.2017 "... davacının iddia ettiği şekilde bir kısım haklarına tecavüz olduğu kanaatine ulaşırsa mahkemece gerekli etkin tedbirlerin alınması gerekli olup, ..." (KAPLAN, s. 64).

79- AnkBAM 20. HD., E. 2017/1001 K. 2017/840 T. 9.10.2017 "somut uyuşmazlıkta da ihtiyati tedbir talep eden tarafından ihlal iddiasının ciddi olduğunun ve aciliyet taşıdığıının bu aşamada ispat edilememiş olmasına (...) göre, (...) esas yönünden reddine dair hüküm kurmak gerekmiştir." (KAPLAN, s. 64).

zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâlleri” varlığının yine de ispatı gerekecektir.

Her ne kadar ikinci görüşe katılsak da ticari hayatın hızlılığı ve fikri mülkiyet ihlallerinin hızlı ve büyük etki doğurabilecek mahiyette olmasından burada aranacak ispatın ihtimalin ispatı ve menfaatler dengesine ilişkin olduğundan tedbirin niteliğine uygun bir ispat aranması gerekir. Hâkim tarafından ihtiyati tedbire karar verilirken ihtiyati tedbirin ağırlığına uygun bir ispat aranması makuldür. Bu bağlamda daha ağır bir ihtiyati tedbirin talep edilmesi halinde daha ağır bir ispat yükü ve teminat ile karar verebilecek olan hâkim ihtiyati tedbir kararını vermekten de çekinmemelidir⁸⁰.

Sonuç

Marka uyuşmazlıklarında geçici hukuki korumalar incelendiğinde dava sonucunun öne çekilmesi etkisinin oluşabildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda zaten önemli olan geçici korumalarda yargılama hususu daha da hayati bir boyut kazanmaktadır. Dava neticesinde tüm delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi ile oluşacak hâkimin tam vicdani kanaati ile ortaya çıkacak etkinin benzerinin hızlı bir yargılamayla ve yaklaşık ispat ölçüsünde de söz konusu olması hâkime büyük bir sorumluluk yüklemektedir. Bu bağlamda hâkimin ispatın gerçekleşmesi hususunda incelemesini dikkatli yapmakla beraber geçici hukuki korumalara hükmetmekten çekinmemesi de gerekmektedir. Talep sonucunun etkinliğinin korunması yargılamanın önemli unsurlarındandır. Bundan ötürü, gerekirse, daha ağır sonuçlar doğuracak geçici hukuki korumalara ilişkin yargılamada daha ağır bir ispat ölçüsü aranıp teminat yükseltilebilecek olduğundan geçici hukuki koruma kararı vermekten çekinilmemesi gerekmektedir.

KISALTMALAR

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY : 18.10.1982 tarihli 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (RG., 09.11.1982, 17863(Mükerrer))
bkz. : bakınız
c. : cilt
DTÖ : Dünya Ticaret Örgütü(World Trade Organization)
HD : Hukuk Dairesi

HMK : 12.01.2011 tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG., 04.02.2011, 27836)
HUMK : 18.06.1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu(RG., 02-03-04.07.1927, 622-623-624)
m. : madde
Marka KHK : 24/6/1995 tarihli 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname(RG., 27.06.1995, 22326)
RG. : Resmi Gazete
s. : sayfa
SMK : 22.12.2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (RG., 10.01.2017, 29944)
ss. : sayfa sahası
TMK : 22.11.2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG., 08.12.2001, 294607)
TPE : Türk Patent Enstitüsü
TRIPS : Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması(Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
vd. : ve devamı

Kaynakça

ALBAYRAK, Hakan: Medeni Usul ve İcra İspat Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
ALBUZ, Nilüfer: Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
ATALAY, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı. İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
BAŞÖZEN, Ahmet: Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 16, 2014, ss. 653-694.
–. Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
ENGEL, Christoph: Preponderance of the Evidence Versus in Time Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict between American and Continental European Law, Vermont Law Review, c. 33, 2009, ss. 435-467.
ERDOĞAN, Ersin: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, c. 3, 1, 2017, ss. 47-65.

80- KAPLAN, s. 97.

GÖKSU, Mustafa: *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 16, 2014, ss. 1253-1273.

GÜNEŞ, İlhami: *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, İzmir, Adalet Yayınevi, 2021.

KALE, Serdar / KESER, Salih: *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 21, 2, 2015, ss. 701-726.

KAPLAN, Mikail Bora: *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

KAVLAK, Bengül: *Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi-The Consideration of Provisional Injunctions in Trademark Law in the Light of Code of Civil Procedure, No.6100*, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, c. 8, 2013, ss. 1525-1553.

KAYA, Mert: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Gösterilmesi*, Mersin, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

KESER, Leyla: *İlk Görünüş İspatı*, Prof. Dr. Mahmut Birsal'e Armağan, 2001, ss. 231-253.

MISTAÇOĞLU, Yasemin: *Medeni Yargılama Hukuku'nda İhtiyati Tedbir Yargılaması*, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Yargılama Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi (XVth International Association Of Procedural Law World Congress), İstanbul, 2015, ss. 57-75.

RABELLO, Alfredo Mordechai: *Non Lique: From Modern Law to Roman Law*, Annual Survey of International & Comparative Law, c. 10, 1, 2004, ss. 1-25.

SCHWEIZER, Mark: *The Civil Standard of Proof- What Is It, Actually?*, The International Journal of Evidence & Proof, c. 20, 3, 2016.

SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

TARUFFO, Michele: *Rethinking the Standards of Proof*, The American Journal of Comparative Law, c. 51, 3, 2003, ss. 659-677.

TORAMAN, Barış: *Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 16, 2014, ss. 1483-1523.

UZUNALLI, Sevilay: *Marka Hukuku*, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2021.

YILDIRIM, Mehmet Kamil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990.

YÖRDEM, Yılmaz: *Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir*, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, c. 6, 21, 2007, ss. 331-348.

TEHİRİ İCRA ALABİLMEK İÇİN İCRA DAİRESİNE YATIRILAN NAKİT TEMİNATIN NEMALANDIRILMASI

Av. Sedat GÖKDEMİR

Son zamanlarda yüksek enflasyon nedeniyle tehiri icra kararı alabilmek için İcra dosyasına yatırılan nakdi teminatların nemalandırılması taleplerinin arttığı görülmektedir.

Bu talepler konusunda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi 2018/1749 E. sayılı dosyasında oyçokluğu ile vermiş olduğu olumlu istinaf kararı var ise de Yargıtay ve diğer bir kısım istinaf mahkemeleri aksi görüştür.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD. 2018/2404 E. 2019/30 K. sayılı kararı ile nemalandırma isteğinin reddine ilişkin karar Yargıtay 12. HD 2019/5605 E. 2020/3590 K. sayılı kararı ile onanmıştır.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. HD. 2019/829 E. 2019/2569 K. sayılı kararı ile verilen nemalandırma isteğinin reddine ilişkin karar Yargıtay 12. HD 2019/13345 E. 2020/6743 K. sayılı kararı ile onanmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nda paraların nemalandırılmasına ve nemalandırılan paraların hak sahiplerine ödenmesine yönelik hüküm sadece söz konusu kanunun 134. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ihalenin feshi davası açılması haline münhasırdır. Teminat için yatırılan paraların nemalandırılmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında diğer bir düzenleme ise 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan "...icra ve iflas daireleri tarafından adli ve idari işlemlerle takip işlemlerinden dolayı herhangi bir sebeple alınmış olan paraların bankaya yatırılması halinde bu paralara ait faiz, ikramiye ve sair menfaatleri devlete aittir" hükmüne amirdir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2015/4678 E., 2015/14165 kararında özetle: "Genel haciz yoluyla ilamsız icra takibinde, hacizli taşınmazın satıldığı ve ihalenin kesinleştiği, düzenlenen sıra cetveline itiraz edilmesi üzerine satış bedelinin

Nemalandırma talebinin kabulü mevcut yasalar karşısında mümkün olmamakla birlikte nemalandırma talebi kabul edilse dahi nema var ise bu para Hazine'ye aittir.

alacaklılara ödenmediği ve icra müdürlüğünce bankaya yatırılarak nemalandırıldığı anlaşılmıştır. İİK'nun 140 vd. maddelerinde sıra cetveline itiraz edilmesi halinde icra müdürlüğünce alacaklılara ödenmeyen paranın nemalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. İİK'nun 134/5. maddesinde yer alan nemalandırmaya yönelik düzenleme ise ihalenin feshi davası açılması halinde ihale bedelinin icra müdürlüğünce nemalandırılması hakkında olup, ihalenin kesinleşmiş olduğu somut olayda uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Buna göre sıra cetveline itiraz edilmesi nedeniyle alacaklıya ödenmeyen paranın icra müdürünce banka hesabına yatırılması sonucu elde edilen faiz gelirinin alacaklıya ödenmesinin yasal dayanağı olmayıp, nemalandırma sonucu elde edilen para hazineye aittir. O halde, mahkemece şikayetin reddi yerine kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2016/9057 K. 2016/12280 T. 26.4.2016 kararında: "...İcra dosyasına yatırılan ihale bedelinin nemalandırılması İİK'nun 134. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesinde düzenlenmiş olup buna göre; İhalenin feshine

dair şikayetin kabulüne veya reddine dair kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir" hükmüne yer verilmiştir. İhaleden önce ihaleye katılmak için yatırılan teminatın nemalandırılmasına dair bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Şu halde İİK'nun 134/5. maddesi dışında nemalandırmaya dair bir düzenleme olmadığından, icra müdürlüğünce buna rağmen elde edilen nema var ise, bu para Hazine'ye aittir. Somut olayda, hükme esas alınan 10.11.2014 tarihli bilirkişi raporunda, satış avansından artan bedel dışında ihale nedeni ile dosyaya yatırılan paraların nema gelirinin olduğu, 8.150 TL ihale teminat bedelinin de dosyada bekletildiği ve nema elde edildiği belirtilmiş ise de, yargılama sırasında paranın gönderildiği talimat dosyası getirilmediğinden sadece taranarak UYAP ortamına eklenen evrak üzerinden inceleme yapıldığı görülmektedir."

Dolayısı ile nemalandırma talebinin kabulü mevcut yasalar karşısında mümkün olmamakla birlikte nemalandırma talebi kabul edilse dahi nema var ise bu para Hazine'ye aittir.

ULUSLARARASI HAVA YOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNE GÖRE YORUMU

Av. Duygu APAYDIN (LL.M.)¹

Giriş

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ve Varşova/Lahey Sözleşmesi, dünyadaki en yaygın taşıma şekillerinden biri olan uluslararası hava taşımalarını düzenleyen uluslararası metinlerdir. Bu uluslararası metinler, her ne kadar pek çok konuda sınırlı sorumluluk, tazminat miktarları gibi çok kesin düzenlemeler içerse de farklı ülkelerde farklı hukuk sistemlerinin geçerli olması nedeniyle kimi içtihat farklılıklarına yol açmaktadır. En tartışmalı konulardan biri ise manevi tazminat talepleridir. Özellikle Common Law sistemi ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin genel prensipleri nedeniyle farklı ülkelerde farklı uygulamalar görülmektedir. Tüm bu farklı uygulamaların, özellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi açısından nasıl yorumlanması gerektiği tüketici konumunda olan yolcunun haklarının korunması açısından önem arz etmektedir.

1. Uluslararası Hava Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmeleri

Uluslararası hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle ilk önce uluslararası hava taşıma sözleşmelerinin kısaca açıklanması yerinde olacaktır. 1999 tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme yani *Montreal Sözleşmesi* ve uluslararası hava taşımalarını düzenleyen bir diğer çok önemli uluslararası sözleşme olan *Varşova/Lahey Sözleşmesi* incelendiğinde açık ve net bir hava taşıma

Günümüzde, artık güçlü hava taşıma şirketlerinin karşısında tüketici konumunda bulunan yolcunun özellikle uluslararası hava taşıma sözleşmeleri tarafında korunmaya alınması, güvende hissettirilmesi havacılığın gelişmesi ve daha çok tercih edilmesi açısından çok önemli bir uygulama olacaktır. Hakimlerin, karar verirken hakkaniyete uygun bir denge içerisinde tarafları mağdur etmemesi çok önemlidir.

¹ - Avukat, Bursa Barosu; LL.M. Westfälische Wilhelms-Universität Münster & İstanbul Aydın Üniversitesi.

sözleşmesi tanımına rastlanmamaktadır². Elbette bilinçli olarak bırakılan bu boşluk, uluslararası nitelik taşıyan bu sözleşmelerin pek çok farklı ülkede, farklı hukuk sistemi çerçevesinde uygulanacağı düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır. Zira, kanun koyucuların bu boşluğu bırakırken her ülkenin hava taşıma sözleşmesinin tanımını kendi yerel kanunları çerçevesinde yapmasını ve bu çerçevede uluslararası nitelik taşıyan sözleşmeleri uygulamasını amaçladığı açıktır. Bu nedenle, bir uluslararası hava taşıma sözleşmesinin tanımını 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) çerçevesinde, Türk hukuku uyarınca yapmakta bir sakınca bulunmamaktadır. Gerçekten de TTK madde 850/2'de "Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır." hükmü mevcuttur.

Bu tanımdan yola çıkarak Türk hukuku ve dolayısıyla Kıta Avrupası Hukuk Sistemi açısından taşıma sözleşmesinin tanımını yapmak mümkün olacaktır. Taşıma sözleşmesi, taraflardan biri olan taşıyıcının yolcu veya eşya taşımayı, diğer tarafın da bunun karşılığında bir ücret ödemeyi kabul ettiği ivazlı bir sözleşmedir³. Hava taşıma sözleşmesi ise tarafların taşıma işinin aynı zamanda hava yolu ile yapılmasını kararlaştırdıkları sözleşmedir⁴.

Tüm bu açıklamalar ışığında, bir uluslararası hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin de "uluslararası hava yolu ile yolcu taşıma taahhüdü" ile kurulabileceği görülmektedir. Gerçekten de bir uluslararası hava yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde taahhüdün konusu, yolcu ve bagaj taşınmasıdır⁵. Doktrindeki genel görüşe göre yolcu, taşıyıcı ile yaptığı taşıma sözleşmesi uyarınca uçakta bulunan ve uçuş personeli dışında kalan kişi olarak tanımlanmaktadır⁶. Taşıyıcı ile bir sözleşme yapmış olmak yolcu sıfatını haiz olmak için yeterli

sayılmaktadır. Burada önemle belirtilmelidir ki, yolcunun yanında bulunan bagajı ayrı bir taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturmamakta, yolcu taşıma sözleşmesinin içinde değerlendirilmektedir. Yolcudan bağımsız bir şekilde hava yolu ile yük taşınması ise hava kargo taşıma sözleşmelerinin konusunu oluşturmakta ve artık yolcu taşımalarına yönelik hükümler burada uygulanmamaktadır.

2. Uluslararası Hava Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Halinde Taşıyıcının Sorumluluğu

Uluslararası hava taşımalarını düzenleyen temel özel hukuk metinleri olan 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ve Varşova/Lahey Sözleşmesi hükümlerine göre taşıyıcı, yolcunun ölmesi veya cismani zarara uğraması durumunda meydana gelen zarardan sorumludur⁷. Bu sorumluluğun kaynağı ise taşıyıcının aralarındaki sözleşme doğrultusunda yolcuyu gideceği yere dek sağ salim götürme borcudur⁸. Sağ salim götürme borcu, genel hatları ile yolcunun güvenliği açısından her türlü önemli almak, ilgili mevzuata uymak, sefere elverişli uçak tayin etmek şeklinde tanımlanabilmektedir⁹.

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi madde 17 ve Varşova/Lahey Sözleşmesi madde 17'ye göre yolcunun ölümü veya yaralanması halinde doğacak zararlardan taşıyıcı sorumludur. Yine aynı maddeye göre, bu sorumluluk için zararın bir kaza sonucunda ve kazanın da yolcunun hava aracında bulunduğu, hava aracına bindiği veya indiği esnada gerçekleşmesi gerekmektedir. Burada önemli olan, yolcunun zarara uğradığı anda taşıyıcının talimatları doğrultusunda hareket ediyor olmasıdır¹⁰.

Son olarak belirtilmelidir ki, bir uluslararası hava taşıması esnasında yolcular arasında çıkan bir kavgada, örneğin bir yolcunun diğerine yumruk atması gibi bir olayda genel olarak uluslararası hava hukuku düzenlemelerine gidilmemektedir. Böyle bir durumda, kazanın havacılığın karakteristik risklerini¹¹ taşımadığı ve söz konusu olaya uygun ölçütlere göre ceza hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak, uçak içerisinde gerçekleşen cinsel taciz vakalarında bu durum değişmektedir. Gerçekten de, uluslararası içtihatlarda bu durumlarda yolcunun aynı zamanda bir tüketici olduğu da

2- APAYDIN, Duygu: *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Yük ve Yolcu Taşıma Sözleşmelerinden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 9.

3- KANER, İnci: *Hava Hukuku Dersleri (Hususi Kısım)*, İstanbul, 1994, s. 43; APAYDIN, s. 9.

4- CANBOLAT, *Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, 2009, s. 3; GÖLCÜKLÜ, İlyas: *Hava Hukuku*, İstanbul, 2018, s. 9; Daha fazla bilgi için bkz. APAYDIN, s. 9 vd.

5- ÜLGEN, Hüseyin: *Hava Taşıma Sözleşmesi*, Ankara, 1987, s. 48; APAYDIN, s. 13.

6- ÜLGEN, 48.

7- APAYDIN, s. 93.

8- ÜLGEN, s. 161; KIRMAN, Ahmet: *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, 1990, s. 59.

9- ÜLGEN, s. 161.

10- Detaylı bilgi ve örnek kararlar için bkz. APAYDIN, s. 103 vd.

11- "the risks inherent in air travel". Detaylı bilgi ve tanım için bkz. APAYDIN, s. 97 vd.

kabul edilerek korunmasız halde bırakılmasına izin verilmemekte, kaza kavramı geniş yorumlanarak hava taşıyıcısının sorumluluğunun doğduğuna karar verilmektedir¹².

3. Uluslararası Hava Taşımalarında Manevi Tazminat Talepleri ve Common Law Sistemindeki Yansıması

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi madde 17 ve Varşova/Lahey Sözleşmesi madde 17'ye göre uluslararası hava yolu taşıyıcısı, yolcunun yaralanması ya da herhangi bir bedensel zarara uğraması durumunda oluşan zararlardan sorumludur.

Burada, yaralanma kelimesi ise ifade edilen, vücuda dışarıdan gelen herhangi bir darbe yahut temas sebebi ile meydana gelecek kırık, ezilme, kopma, incinme, kanama gibi hasarlardır¹³. Bu gibi hasarlardan doğacak tazminat taleplerinin ayrıntıları, bağlama kurallarına göre tespit edilecek ulusal hukuk kuralları doğrultusunda belirlenecektir. Uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi durumunda ise 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 54 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

TBK madde 54 hükmüne göre, bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak belirlenmiştir. Ancak burada sayılan fiziki hasarların yanı sıra manevi hasarlar da söz konusu olabilmektedir. Uluslararası hava yolu ile yolcu taşımalarının en tartışmalı konularından biri de işte burada karşımıza çıkan manevi tazminat meselesidir.

Manevi tazminat, en yalın tanımına göre, kişinin yaralanması sonucu yaşadığı üzüntü ve elem sebebi ile kendisine verilen tazminat çeşididir¹⁴. Yargıtay ise manevi tazminatı şu şekilde tanımlamaktadır "...ne bir ceza ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmemektedir, sorumlu olana hukukun ihlaliinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği için de gerçek manasında bir tazminat, mağdurda veya zarar uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevli

etmelidir..."¹⁵.

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi madde 17 ve Varşova/Lahey Sözleşmesi madde 17 düzenlemesinde, uluslararası hava taşıyıcısının yolcunun yaralanması sonucunda uğradığı manevi zararlardan sorumlu olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Doktrinde tartışma yaratan durum ise yolcunun bedensel bir hasara uğramadığı halde manevi tazminat talep etmesi durumunda ne olacağıdır. Zira, doktrin ve içtihat uzun bir süre boyunca popüler olmuş bir görüşe göre yolcu, bedensel zarara uğramaması halinde uluslararası hava taşıyıcısından manevi tazminat talep edememektedir¹⁶.

Bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerinin kabul edilemeyeceği görüşü esasen Common Law yani Anglo-Sakson Hukuk Sistemi kurallarına dayanmaktadır. Zira, bu hukuk sisteminde esas olarak bedensel bir zararla ilişkilendirilemeyen salt manevi tazminat taleplerine yer verilmediği görülmektedir¹⁷.

Örneğin, Common Law sisteminin geçerli olduğu ülkelerden biri olan Birleşik Krallık'ta mahkemelerin kişiye veya mala verilen bir zarar söz konusu olduğunda zararı sınırlandırırken, manevi zararlar veya salt malvarlığı zararlarında zararın ispatını güçleştirdiği görülmektedir¹⁸. Yine bir Common Law sistemi ülkesi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde ise bir Kıta Avrupası Hukuk Sistemi hukukçusunun anlayacağı türden maddi-manevi zarar terimleri bulunmamaktadır. Gerçekten de Amerikan mahkemeleri, tazminat anlamına gelen *damages* kelimesini zarar görenin kayıp veya hasarını ifade etmek için kullanmaktadır¹⁹. Tüm bu kavram farklılığının sebebi ise elbette dünyadaki farklı hukuk sistemlerinin tarihsel gelişimleri çerçevesinde farklı uygulamalar ortaya çıkarmış olmasıdır.

4. Common Law Sistemindeki Emsal Niteliği Taşıyan Manevi Tazminat Kararları

Common Law uygulamalarının daha iyi anlaşılması

12- Brandi Wallace v. Korean Air, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 214 F.3d 293 (2d Cir. 2000). Kararın tamamı için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/214/293/533443/>

13- KIRMAN, s. 84; APAYDIN, s. 112.

14- SULU, Muhammed: Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2739-2740.

15- YİBK.22.06.1966 T. 1966/7 E.; 1966/7 K.

16- SÖZER, Bülent: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 2009, s. 174; BİRİNCİ UZUN, Tuba: Uluslararası Hava Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 2015, s. 78; APAYDIN, s. 113.

17- KIRMAN, s. 86-87; BOZKURT BOZABALI, Banu: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2013, s. 111-112.

18- ÖZDEN MERHACI, Selin: Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, s. 192.

19- ÖZDEN MERHACI, s. 193.

adına, özellikle manevi tazminat talepleri konusunu açıklığa kavuşturan *Burnett v. Trans World Airlines* kararından bahsedilmelidir²⁰. Manevi tazminat konusunda bir emsal teşkil eden bu karara konu olay, bir uçağın teröristlerce Ürdün'ün Amman kentinde bir çöle kaçırılmasıyla başlamaktadır. 1970 yılında gerçekleşen bu uçak kaçırma olayında manevi tazminat talep eden davacılar, yaşadıkları olaylar esnasında hayatlarından endişe duydukları, düzenli yiyecek ve içecekten mahrum kalarak çöl sıcağında günler geçirmelerini ileri sürmektedirler. Olayı inceleyen Amerikan mahkemesi, içtihat ile paralel yönde bir karar alarak uluslararası hava taşımalarında manevi tazminat taleplerinin ancak bedensel bir hasarın devamı olarak duyulan ıstıraba karşılık kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. Bu nedenle, olayda bedensel bir hasara uğramamış olan davacıların manevi tazminat taleplerinin kabulünün Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin yapıma amacına aykırı düşeceğini belirtmiştir²¹.

Manevi tazminat konusunda oldukça bilinen bir başka karar ise yine bir uçak kaçırma olayını konu edinen *Rosman v. Trans World Airlines* kararıdır²². 6 Eylül 1970 tarihinde *Trans World Airlines*'a ait Tel Aviv- New York seferi yapması beklenen uçağın teröristler tarafından Amman'da bir çöle kaçırılması ile davacı Edith Rosman, iki çocuğu ve diğer rehineler çölde altı gün boyunca uçağın içinde tutulmuş, kısıtlı yemek ve suya erişebilmiş ve çölün yüksek sıcaklıklarına maruz kalmışlardır. Söz konusu olayda davacılar, uçağta tutuldukları süreçte özellikle Yahudi olmaları nedeniyle hayatlarından endişe duyduklarını, yüksek stres altında kaldıklarını iddia etmektedirler. Kurtarılmalarından sonra da bazı psikolojik sorunlar yaşadıklarını, kilo verme, az uyuma, deride döküntüler gibi sağlık problemleri yaşadıklarını, psikolojik tedavi gördüklerini ve bu bağlamda sakinleştirici ilaçlar da kullandıklarını belirtmişlerdir. Bu ifadeleri de dikkate alarak değerlendirme yapan Amerikan mahkemesi, Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin yorumlanırken içeriğindeki terimlerin, metnin bağlamı göz önünde

bulundurularak tespit edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır²³. Buradan hareketle, davacıların yaşadıkları psikolojik travmanın birtakım bedensel zararlara yol açtığına ve bunun da tazmin edilebilir bedensel zarar şeklinde görülen bir manevi zarar olduğu kanaatine varmıştır.

Bu iki örnek olayda görüldüğü gibi, uluslararası hava taşımalarında yolcunun manevi tazminata hak kazanabilmesi için asıl olarak bedensel zarara bağlı bir psikolojik zararın tespit edilmesi aranmaktadır. Ancak, *Rosman v. Trans World Airlines* kararında da görüldüğü gibi bunun tersine kararlar da mevcuttur.

Bir tüketici olarak yolcu hakları açısından oldukça önemli bir başka karar ise Amerikan mahkemesinin kendi iç yasaları doğrultusunda vermiş olduğu *Polansky v. Trans World Airlines* kararıdır²⁴. Söz konusu olayda, davalı havayolu şirketi *Trans World Airlines* ve davalı seyahat acentesi *Melia Tours* tarafından organize edilen bir Avrupa seyahatine katılan davacılar, kandırıldıklarını, birinci sınıf olması gereken otel konaklamalarının düşük maliyetle sağlanan turistik konaklamalardan daha düşük olduğunu, önceden ayarlanmış rezervasyonların yerine getirilmediğini ve söz verilen tur rehberlerinin müsait olmadığını iddia etmektedirler. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda bedensel bir hasar olmamasına rağmen, olaydaki bağımsız manevi zararın tazmin edilebilir olduğu sonucuna varmıştır.

Bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat talepleri açısından bir emsal karar olan *Floyd v. Eastern Airlines*²⁵ kararında ise Miami- Bahamalar arası uçuşunu gerçekleştirmek üzere havalanan *Eastern Airlines* uçağının üç motoru da teknik bir arıza sebebi ile aynı anda durmuş ve Atlantik Okyanusu'na acil iniş kararı alınmıştır. İniş yapılmadan hemen önce motorlardan biri tekrar çalışmış ve uçak güvenli şekilde Miami'ye indirilmiştir. Olaydan sonra, Floyd adlı yolcu bedensel bir hasarı olmamasına karşın olaylardan dolayı duyduğu korku nedeniyle manevi tazminat davası açmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bedensel zararın kapsamını belirlemeye

20- *Burnett v. Trans World Airlines*, 368 F. Supp. 1152, 1155 (D.N.M. 1973). Kararın tamamı için bkz. <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c6c5add7b049347dda4d>.

21- "...Brief reflection allows one to pose many instances in which a bodily injury may result without any physical contact whatsoever. Such a sterile interpretation would surely do violence to the intent of the Warsaw framers." - US District Court for the District of New Mexico - 368 F. Supp. 1152 (D.N.M. 1973), December 13, 1973.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/368/1152/1802493/>.

22- <https://casetext.com/case/rosman-v-trans-world-airlines>.

23- "...Looking to the language of the Convention's liability provisions, we are cognizant that, in interpretation of an international agreement, the object is to ascertain the meaning intended by the parties for the terms in which the agreement is expressed, having regard to the context in which they occur and the circumstances under which the agreement was made." - Court of Appeals of the State of New York, 34 N.Y.2d 385 (N.Y. 1974), Jun 13, 1974. <https://casetext.com/case/rosman-v-trans-world-airlines/case-summaries>.

24- <https://casetext.com/case/polansky-v-trans-world-airlines-inc>.

25- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/530/>.

çalışmış ve bedensel zarardan bağımsız manevi zararın Varşova Sözleşmesi'nin amacına göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, taşıyıcının sorumluluğunun kapsamında bedensel zarardan bağımsız manevi zararlar bulunmamaktadır²⁶. Ayrıca, Varşova Sözleşmesi'nin hazırlanma amacı yolculuğu korumaktan ziyade taşıyıcının sorumluluğunu ve bunun sınırlarını belirlemektir. Dolayısıyla, bedensel zarardan bağımsız bir manevi zararın da taşıyıcıya yüklenmesi bu amaca uygun düşmemektedir. İşte, mahkemenin varmış olduğu bu sonuç, bedensel zararlardan bağımsız manevi zararların Varşova Sözleşmesi kapsamında talep edilemeyeceği sonucunu doğurmuş ve bir emsal karar haline gelmiştir²⁷.

Bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat talepleri uygulamasında yine bir Common Law sistemi ülkesi olan İrlanda mahkemelerinin vermiş olduğu Geraldine Howe v. Cityflyer Express Limited²⁸ kararına göre ise Varşova Sözleşmesi'nde sadece bedensel zarardan söz edildiği, manevi zarardan bahsedilmediği gerekçesi ile bedensel zarara bağlı olmayan manevi zararın giderilmesi talebi reddedilmiştir²⁹.

2002 tarihli Morris v. KLM Royal Dutch Airlines³⁰ kararında ise, 15 yaşındaki kız çocuğunun uçakta istismara uğraması sonucu depresyon yaşaması nedeni manevi tazminat talebi, her ne kadar söz konusu olay kaza olarak değerlendirilse de depresyon olgusu fiziksel bir zarara dayanmadığından İngiliz Avam Kamarası tarafından reddedilmiştir. Görüldüğü üzere uçaktaki cinsel taciz vakaları daima kaza sayılmakla birlikte³¹, tüketici haklarının son yıllardaki kadar gelişmemiş olduğu yakın geçmişte manevi tazminata hükmedilmediği örnekler de mevcuttur.

5. Manevi Tazminat Taleplerinde Post Travmatik

26- APAYDIN, s. 114-115.

27- Benzer yönde kararlar için bkz. Adler v. Malev Hungarian Airlines, WL 15144 S.D.N.Y. 1992; Jack v. Trans World Airlines, U.S. District Court for the Northern District of California- 854 F. Supp. 654, April 25, 1994, kararın tamamı için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/854/654/1954886/>.

28- <https://www.dilloneustace.com/uploads/files/Bodily-Injury-and-the-Montreal-Convention.pdf>.

29- GÖLCÜKLÜ, İlyas: Hava Hukuku, İstanbul, 2018, s. 179; APAYDIN, s. 115.

30- <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71460d03e7f57ea7373>.

31- Varşova/Lahey Sistemi ve 1999 Montreal Sözleşmesi hükümlerince uluslararası hava taşıyıcısının sorumluluğuna gidilebilmesi için söz konusu olayın "kaza" sayılması gerekmektedir. Kaza yoksa sorumluluk da yoktur. Detaylı bilgi için bkz. APAYDIN, s. 94.

Stres Sendromu (PTSD) Etkisi ve Örnek Kararlar

Özellikle Common Law sisteminin uygulandığı ülkelerdeki manevi tazminat davalarında sıklıkla karşımıza çıkan PTSD rahatsızlığı kısaca, ölüm ya da ölüm tehdidi, bireyin fiziksel bütünlüğünü tehdit eden bir durumla karşılaşması gibi travmatik olaylardan sonra ortaya çıkabilen ve kişiyi aşırı uyarılma haline sokan bir mental bozukluktur³². Genel uygulamaya göre Common Law sistemindeki mahkemeler, davacı yolcuların kilo kaybı, uykusuzluk, bulantı gibi fiziksel rahatsızlıklarını mental bir hastalığa dayandırarak bulundukları manevi tazminat taleplerini reddetmektedir³³.

PTSD konusunda önemli olan Carey v. United Airlines kararına konu olan olayda, davacı Gordon T. Carey, Kosta Rika- Los Angeles uçuşu için kendisi ve üç çocuğu için United Airlines şirketine ait uçakta dört bilet almıştır. Check-in esnasında çocukların yaşlarından dolayı babaları Carey Business Class'ta, çocuklar ise ekonomi bölümünde seyahat etmek zorunda kalmışlardır. Seyir esnasında çocukların kulak ağrısı yaşamaları ve babaları Carey'nin oturduğu bölüme sık sık gidip gelmeleri nedeni ile Jachnik adlı kabin görevlisi, yaşlarından dolayı çocukların Business Class kısmına Federal Havacılık İdaresi³⁴ kuralları gereği giriş yapamayacağını söylemiştir. Çocukların bu uyarıya aldırış etmeyerek gidip gelmeyi sürdürmeleri üzerine kabin görevlisi, uçakta bir Federal Havacılık İdaresi görevlisi bulunduğunu ve çocuklarının kuralları çiğnemesi halinde bu kişinin babaları Carey'i tutuklayacağını belirtmiştir. Davacı Carey, kendisine tutuklama yetkisi bulunan bir Federal Havacılık İdaresi personeli olarak tanıtılan kişiden kimliğini göstermesini istemesi üzerine, şahıs bunu reddetmiş ve tartışma yaşanmıştır. Carey, uçuş sonrası bu şahıs hakkında araştırma yapmış ve aslında federal görevli olmadığını öğrenmiştir. Bu nedenle de United Airlines şirketine sanığın eylemlerinin kendisinde ciddi zihinsel ve duygusal problemlere neden olduğu iddiası ile manevi tazminat davası açmıştır. Davacı Carey, mide bulantısı, kramplar, terleme, sinirlilik, gerginlik ve uykusuzluk gibi PTSD belirtileri yaşadığını belirtmiştir. United Airlines şirketi ise davacının bedensel zararı olmadığından bağımsız manevi tazminata da hak kazanamayacağını ileri sürmüştür. Bu olayda mahkeme, Varşova Sözleşmesi

32- https://jag.journalagent.com/kpd/pdfs/KPD_2_1_34_41.pdf.

33- BOZKURT BOZABALI, s. 120; GÖLCÜKLÜ, s. 180-181; APAYDIN, s. 115-116.

34- Federal Aviation Administration. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.faa.gov/>.

madde 17'nin bedensel zarardan bağımsız manevi zararları kapsamadığını açıkça belirtmiştir. Ayrıca, davacının fiziksel bir hasara uğradığını ispat etmesi halinde manevi tazminat isteyebileceğini de belirtmiştir. Olayda, davacının yaşadığı sıkıntıları fiziksel bir zarar olarak değerlendirmemiş ve bu sıkıntılar nedeniyle manevi tazminata hükmedilemeyeceği kararı verilmiştir³⁵.

Bu kararın aksi yönünde PTSD sebebi ile manevi tazminat talebinin kabul edildiği tek örnek karar ise Weaver v. Delta Airlines kararıdır³⁶. 7 Kasım 1996 tarihinde Londra'dan Billings'e uçan Delta Airlines havayolu şirketi uçağının bir arıza sonucu Ohio'da acil iniş yapması nedeni ile yolcu Randall Weaver, kendisinde duygusal ve fiziksel problemler meydana geldiğini iddia etmektedir. Yolcu, olay sonrası travma sonrası stres bozukluğu tanısı almış ve tedavi de görmüştür. Mahkemeye konu ile alakalı pek çok yeni tarihli bilimsel makale ve araştırma sunmuş olan Weaver, manevi tazminat talep etmektedir. Mahkeme, söz konusu olayın önceki vakalardan farklı olduğuna kanaat getirmiş ve burada PTSD'nin beyin hücreleri yapılarında gerçek bir travma yarattığını kanıtlayan bilimsel araştırmalara dayanarak yolcunun bedensel zarara uğradığı kararını almıştır. Mahkeme kararında, korkunun tek başına tazmin edilemeyeceğini ancak korkudan kaynaklı beyin hasarının tazmin edilmesi gerektiğini de özellikle vurgulamıştır³⁷. Elbette gelişen teknolojinin delillerin inandırıcılığına ve bu kararın sonucuna etkisi de unutulmamalıdır.

2002 yılında İngiliz Lordlar Kamarası tarafından

verilen King v. Bristow Helicopters³⁸ kararı da önemli bir PTSD örneğidir. Bu olayda davacı, kötü hava koşullarında Kuzey Denizi'nde yüzen bir platformdan Bristow Helicopters şirketine ait helikoptere binmiştir, helikopter havalandıktan hemen sonra motorlardaki bir arıza nedeniyle kalkış yaptığı piste sert şekilde geri iniş yapmıştır. İçinde bulunan yolcular ise motorlardan gelen duman nedeni ile denize düştüklerini sanmışlar ve çok korkmuşlardır. Olaydan sonra yolcu King, travma sonrası stres bozukluğu yani PTSD yaşamış ve buna bağlı olarak peptik ülser hastalığına yakalanmıştır. Lordlar Kamarası, olayı değerlendirirken Weaver v. Delta Airlines kararını da göz önünde bulundurmuş ve davacının yaşadığı ülser hastalığının olay ile alakalı bedensel bir zarar olduğu kanaatine varmıştır. Common Law uyarınca, fiziki uzantısı olmayan zararların manevi tazminata hak kazandırmayacağı kararını vermiştir. Davacı, fiziksel rahatsızlığı olan ülser sebebi ile manevi tazminat talep edebilecek, ancak sahip olduğu PTSD hastalığı sebebiyle tazminat talep edemeyecektir³⁹.

Sonuç olarak, PTSD nedeniyle manevi tazminat taleplerinde hem Amerikan hem İngiliz mahkemelerinin birbirine atıflarda bulunarak kararlar verdikleri ve genelde yeknesak uygulamalar ortaya çıkardığı görülmektedir⁴⁰. Bu durum da aslında 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ve Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin yapılma amacı olan yeknesaklık gayesine Common Law kuralları içerisinde uygundur. Elbette bu kararların Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne uygunluğu ise tartışmalıdır.

6. Yolcunun Manevi Tazminat Taleplerinde Ulusal Hukukun Durumu

Bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerinde 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi madde 17 ve Varşova/Lahey Sözleşmesi madde 17 çerçevesinde manevi tazminat talep edilemediği noktalarda yolcunun ulusal hukuka başvurmak sureti ile tazminat talep edip edemeyeceğinden de bahsedilmelidir.

Elbette ki, dava madde 17 kapsamında açılmış ve mahkeme burada manevi zararı tazmin etmeme kararı vermiş ise artık ulusal hukuka

35- Carey v. United Airlines, U.S. District Court for the District of Oregon- 77 F. Supp. 2d 1165, December 8, 1999. Kararın tamamı için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/77/1165/2308634/>.

36- Weaver v. Delta Airlines, U.S. District Court for the District of Montana- 56 F. Supp. 2d 1190, June 30, 1999. Kararın tamamı için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/56/1190/2449343/>.

37- "...However, no floodgates of litigation will be opened by allowing for claims such as Weaver's, which are based on a definite diagnosis of a disorder that arises from a physical injury that is medically verifiable. Fright alone is not compensable, but brain injury from fright is." - U.S. District Court for the District of Montana - 56 F. Supp. 2d 1190 (D. Mont. 1999), June 30, 1999.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/56/1190/2449343/>.

38- King v. Bristow Helicopters Ltd., Lord Nicholls of Birkenhead Lord Mackay of Clashfern Lord Steyn Lord Hope of Craighead Lord Hobhouse of Wood-borough, 28 February 2002. Kararın tamamı için bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020228/king-1.htm>. Ayrıca bkz. <http://eala.aero/wp-content/uploads/2017/11/EALA-Paper.pdf>.

39- GÖLCÜKLÜ, s. 181; APAYDIN, s. 117.

40- BOZKURT BOZABALI, s. 122-123; APAYDIN, s. 118.

başvurulamayacağı açıktır⁴¹. Fakat, söz konusu olayın madde 17 kapsamında kaza sayılmadığı durumlarda ne olacağı konusu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu konunun bir örnek üzerinden anlatılması gerekirse Tseng v. El Al Israel Airlines⁴² kararından mutlaka söz edilmelidir. 22 Mayıs 1993'te gerçekleşen bu olayda kadın yolcu Tsui Yuan Tseng, New York- Tel Aviv uçuşu için havaalanına gitmiştir. Pasaport kontrolü sırasında seyahat nedenleri hakkında kendisine bazı sorular sorulmuş ve arama yapılmak üzere özel bir odaya götürülmüştür. Özel odada, bavulundaki tüm eşyalar boşaltılarak ayrı bir alanda kontrol edilmiş, yolcunun üzeri de hem elle hem de elektronik kontrol cihazı ile aranmıştır. Bir saat kadar süren arama işlemi sonucunda, yolcunun eşyaları bavula karışık şekilde doldurulmuş ve uçağa binmesine müsaade edilmiştir. Davacı Tseng, yolculuk sırasında gergin hissetmiş, baş ağrısı çekmiştir. Ayrıca bavulunu da birkaç defa kontrol etmek istemiş ancak çok dağınık olması sebebi ile hiçbir eşyasını bulamamıştır. Davacı Tseng, Tel Aviv'deki otele ulaşip bavuluna bakabildiğinde Rolex marka saatinin, yeşim taşından yapılmış yüzüğünün, birkaç parça kıyafetinin ve bin dolar nakit parasının kaybolduğunu fark etmiştir. Derhal El Al Airlines'ın Tel Aviv temsilciliğini aramış ancak kendisine Amerika'ya dönünceye dek bir şey yapılamayacağı söylenmiştir. 20 Haziran 1994 tarihinde Amerika'ya dönen davacı, baş ağrısı, mide rahatsızlığı, kulaklarında çınlama, sinirlilik ve uykusuzluk şikayetleri ile doktora gitmiş ve tedaviye başlanmıştır. Havayollarından kendisine dönüş yapılmaması üzerine de şirket aleyhine dava açmıştır. Davacı Tseng, havayolları tarafından maruz bırakıldığı muamelenin kaza değil, aksine kasıtlı bir davranış olduğunu savunmuş ve uğradığı kişisel zararının sözleşme kapsamında kalamayacağı için ulusal hukuka dayanarak tazmin edilmesini talep etmiştir. İkinci Derece Mahkemesi, olayın kaza olmadığına kanaat getirerek ulusal hukukun uygulanacağına kanaat getirmiştir. Yüksek Mahkeme ise Varşova Sözleşmesi'nin amacını incelemiş ve sözleşmenin yapılaş amacının taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırmak olduğuna; eğer yolcuya böyle bir durumda ulusal hukuka başvurma olanağı tanınırsa taşıyıcı ve yolcu arasındaki çıkar dengesinin taşıyıcı aleyhine bozulacağına kanaat getirmiştir⁴³. Yolcunun

mağduriyetine sebep olan arama işleminin kasıtlı olarak yapıldığına dair bir kanıt bulunmadığına, arama işlemlerinin uluslararası uçuşlarda sıklıkla gerçekleştirildiğine, bu nedenle bu olayın da bir kaza niteliği taşıdığına karar vermiştir⁴⁴. Sadece valizindeki eşyaların hasar görmesi ve kaybolması nedeniyle davacının 1034,90 ABD Doları tutarında tazminat ve faiz talep etme hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir.

Yine aynı konudaki bir diğer ünlü karar ise Lordlar Kamarası tarafından İngiltere'de verilmiş bir emsal karar olan Sidhu v. British Airways⁴⁵ kararıdır. 2 Ağustos 1990 tarihinde gerçekleşen olayda, Londra-Kuala Lumpur seferini gerçekleştiren uçak, Irak ve Kuveyt arasında Körfez Savaşı'nın başlamasından beş saat sonra Kuveyt Havaalanı'na yakıt ikmali için iniş yapmıştır. Havaalanına Iraklı askerlerin el koyması ile uçak içindeki yolcular ve mürettebat da esir alınmışlardır. Yaklaşık yirmi gün esir tutulan yolcular, serbest bırakıldıktan sonra stres ve kaygı, bunun sonucunda kalıcı psikolojik hasar ve kilo kaybı, egzama gibi rahatsızlıklar yaşamışlar ve varış yerlerine de zamanında ulaşamamışlardır. British Airways şirketini dava eden yolcular, şirketin yolcuların güvenliği açısından makul özen göstermediği, Kuveyt ile Irak arasındaki düşmanca durumu, savaşın başlama ve Kuveyt'in işgali olasılığını bilmesi ve yakıt ikmali için uçağı daha güvenli bir havaalanına yönlendirmesi gerektiği halde bunu yapmadığı nedenleri ile dava açmışlardır. İngiliz Lordlar Kamarası, Varşova Sözleşmesi'ni incelemiş ve bu sözleşmenin her iki taraf için de bir denge kurduğunu belirterek yolcuların ulusal hukuka dayanan taleplerini reddetmiştir⁴⁶.

Bu emsal kararlardan da anlaşılabileceği üzere, maddi olayın madde 17 kapsamında kaza sayılmadığı durumlarda da yolcuya ulusal hukuka başvurarak manevi tazminat talep etme hakkının tanınması 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ve Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin amaçladığı sınırlı

44- "...It may have been a mistake. There may have appeared a basis for El Al's suspicions, although they ultimately proved groundless. However, there is no evidence and no basis for inferring that it was anything more than a mistake. Even if such a mistake can be characterized as misconduct, there is no basis for inferring that it was wilful." - US District Court for the Southern District of New York - 919 F. Supp. 155 (S.D.N.Y. 1996), March 13; 1996. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/919/155/1581151/>.

45- Sidhu and Others v. British Airways, 12 December 1996, Session 1996-97, House of Lords. Kararın tamamı için bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd961214/abnett01.htm>.

46- APAYDIN, s. 119.

41- BOZKURT BOZABALI, s. 123; APAYDIN, s. 118.

42- Tseng v. El Al Israel Airlines, U.S. District Court for the Southern District of New York- 919 F. Supp. 155, March 13, 1996; Kararın tamamı için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/919/155/1581151/>.

43- BOZKURT BOZABALI, s. 127.

sorumluluk ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Elbette yolcu, uğradığı maddi zararın tazminini talep edebilir, ancak her durumda manevi tazminat taleplerinin kabulü de uluslararası antlaşmalarla tüketici ve taşıyan arasında kurulmuş dengeyi büyük oranda bozacaktır. Hakimin somut olayın özelliklerine göre bu dengeyi çok iyi gözetmesi ve bu şekilde bir karar vermesi gerekmektedir.

7. Yolcunun Manevi Tazminat Taleplerinin Kıta Avrupası Hukuk Sistemine Göre Yorumlanması

Bir uluslararası hava taşıması esnasında gerçekleşen bir olay nedeniyle yolcunun manevi tazminat talebinde bulunması elbette mümkündür. Zira, 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi madde 17 ve Varşova/Lahey Sözleşmesi madde 17 düzenlemeleri bedensel zarar ile bağlantılı manevi zararların da tazminine olanak tanımaktadır. Ancak, bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerinde Common Law sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi uygulamaları arasında bariz bir fark gözlemlenmektedir.

Türkiye'nin de tabi olduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde, Common Law sisteminin aksine, bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerinin kabulü mümkündür. Yani, mağdurun herhangi bir bedensel hasara uğramaması halinde dahi manevi tazminata hak kazanma olasılığı bulunmaktadır. Ancak bu durum, yukarıda açıklanan örnek emsal kararlardan da anlaşılabileceği gibi genel uygulama ile oldukça ters düşmektedir. Zira, uluslararası kararların geneline bakıldığında mahkemelerin bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerinin kabul edilmesinin 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ve Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin amaçlarına aykırı olduğu yorumlarına rastlanmaktadır.

Unutulmamalıdır ki, bir Türk hakimi uluslararası bir olay hakkında karar verirken uluslararası antlaşmaları, uluslararası emsal kararları elbette dikkate alacaktır. Ancak bu durum, Türk hakiminin kendi hukuk sistemini tamamen bir kenara bırakması anlamına da gelmemektedir. Gerçekten de Türk hakimi, uluslararası doktrini Türk hukuk sistemine uygun olarak yani Kıta Avrupası Hukuk Sistemi çerçevesinde yorumlayarak içtihadı oluşturmalıdır.

Türk hakiminin bir uluslararası olayı yorumlarken Türk kanun koyucuların iradesini de dikkate alması gerekmektedir. Dünyanın en önemli uluslararası özel hukuk metinlerinden biri olan Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin Türk hukukundaki tezahürü 14.10.1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) olarak kabul edilmelidir. Bu

nedenle, TSHK hükümleri, Türk hukuku bağlamında uluslararası hava taşımaları açısından da kanun koyucunun iradesinin en açık şekilde anlaşılabilirdiği hükümlerdir⁴⁷. Yani, uluslararası hava taşımalarıyla ilgili bir olayın değerlendirilmesinde uygulanacak olan uluslararası sözleşmenin TSHK çerçevesinde, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne uygun bir yorumunun yapılması en doğru yöntem olacaktır.

Türk hukukunda gerek TBK gerekse TSHK hükümleri doğrultusunda bedensel zarardan bağımsız manevi tazminata hükmedilme imkanı elbette vardır. Bilindiği üzere Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dahil olan Türk hukukunda kişiliğin korunması esasına dayanılarak salt manevi tazminat talepleri kabul görmektedir. TSHK hükümleri incelendiğinde kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğu açıktır. Yargıtay'ın pek çok kararında da yolcunun bedensel zararı olmadığı halde manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir.

Uluslararası hava hukukunu düzenleyen ana metinler olan 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi ve Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin amacının bedensel zarardan bağımsız manevi tazminat taleplerinin önüne geçmek olduğu yönünde bir yorum, sadece Common Law sistemine göre doğrudur. Zira bu metinlerin düzenlenme amacı, bilerek bazı boşluklar bırakmak yoluyla taraf devletlerin kendi hukuk sistemlerine de uygulayabilecekleri kuralları oluşturmaktır. Amaç zaten farklı hukuk sistemlerinin aynı hukuk düzenlemesini kullanabilmesidir. Bu nedenle sadece Common Law çerçevesinde bir yorumu kabul etmek son derece sığ ve daraltıcı bir görüş olacak, uluslararası hukukun farklı ülkelerdeki tezahürünü görmek açısından da olumsuz sonuçlara yol açacaktır.

Sonuç olarak, Türk hakiminin Montreal Sözleşmesi veya Varşova/Lahey Sözleşmesi kapsamında olan bir hava taşıma sözleşmesinden doğan manevi tazminat taleplerini değerlendirirken göz önünde bulundurması gereken bazı Türk hukuku prensipleri vardır. Türk hakimi, Montreal Sözleşmesi veya Varşova/Lahey Sözleşmesi'ni uygularken elbette ki yeknesaklık gayesine bağlı kalmalıdır. Ancak, vereceği karar taşıyıcıyı aşırı bir sorumluluk yükü altında bırakmamakla birlikte yolcuyu da hakkaniyete aykırı derecede bir manevi korumasızlık içerisine sokmamalıdır⁴⁸. Zira, burada Montreal Sözleşmesi kapsamında manevi tazminat alamayan yolcunun artık iç hukuka başvurma imkanı da kalmamaktadır. Günümüzde, artık güçlü hava taşıma şirketlerinin karşısında tüketici konumunda

47- BOZKURT BOZABALI, s. 230; APAYDIN, s. 157.

48- GÖLCÜKLÜ, s. 199; APAYDIN, s. 158.

bulunan yolcunun özellikle uluslararası hava taşıma sözleşmeleri tarafında korunmaya alınması, güvende hissettirilmesi havacılığın gelişmesi ve daha çok tercih edilmesi açısından çok önemli bir uygulama olacaktır. Hakimlerin, karar verirken hakkaniyete uygun bir denge içerisinde tarafları mağdur etmemesi çok önemlidir.

KAYNAKÇA

APAYDIN, Duygu, (Danışman: Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY): *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Yük ve Yolcu Taşıma Sözleşmelerinden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.

BOZKURT BOZABALI, Banu: *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2013.

CANBOLAT, Ayşe Gül: *Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, 2009.

GÖLCÜKLÜ, İlyas: *Hava Hukuku*, İstanbul, 2018.

KANER, İnci: *Hava Hukuku Dersleri (Hususi Kısım)*, İstanbul, 1994.

KIRMAN, Ahmet: *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, 1990.

ÖZDEN MERHACI, Selin: *Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller*, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4.

SÖZER, Bülent: *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*, İstanbul, 2009.

SULU, Muhammed: *Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016.

ÜLGEN, Hüseyin: *Hava Taşıma Sözleşmesi*, Ankara, 1987.

YİBK.22.06.1966 T. 1966/7 E.; 1966/7 K.

Elektronik Kaynaklar

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/214/293/533443/>

<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c6c5add7b049347dda4d>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/368/1152/1802493/>

<https://casetext.com/case/rosman-v-trans-world-airlines>

<https://casetext.com/case/rosman-v-trans-world-airlines/case-summaries>

<https://casetext.com/case/polansky-v-trans-world-airlines-inc>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/530/>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/854/654/1954886/>

<https://www.dilloneustace.com/uploads/files/Bodily-Injury-and-the-Montreal-Convention.pdf>

<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71460d03e7f57ea7373>

https://jag.journalagent.com/kpd/pdfs/KPD_2_1_34_41.pdf

<https://www.faa.gov/>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/77/1165/2308634/>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/56/1190/2449343/>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/56/1190/2449343/>

<https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020228/king-1.htm>

<http://eala.aero/wp-content/uploads/2017/11/EALA-Paper.pdf>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/919/155/1581151/>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/919/155/1581151/>

<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd961214/abnett01.htm>

Cinsel taciz suçunun kanunda düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki değer “kişilerin cinsel özgürlüğü” olmalıdır ve böyledir. Bu kriterin uygulanması ile ise, korunan hukuki değer “toplum ahlakı” olmaktadır.

FLÖRT EYLEMLERİNİN CİNSEL TACİZ SUÇUNDAN AYRIMININ YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Asya AKIN ÇELİKER¹

Cinsel taciz suçunun flört eylemlerinden farkını Yargıtay Kararlarına dayanarak değerlendireceğimiz makale kapsamında öncelikle cinsel taciz suçunun ne olduğunun tanımlanması gerekecektir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cinsel tacizin ne olduğu tanımlanmamışsa da maddenin gerekçesinde bu tanıma yer verilmiştir.

“Taciz”in sözlük anlamı “Tedirgin etme, rahatsız etme” olarak açıklanmıştır.² Bu suçu işleyen açısından verilecek ceza 5237 sayılı TCK’nın 105. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya

1- Av. Asya Akın Çeliker, Bursa Barosuna kayıtlı avukat. İnegöl’de mesleğini icra etmektedir. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni 2018 senesinde bitirdikten sonra, 2020 senesinde İstanbul Bilgi Üniversitesinde Ekonomi Hukuku alanındaki yüksek lisansını tamamlamıştır. Makale ile ilgili görüş ve önerileriniz için: av.asyaakin@gmail.com

2- Türk Dil Kurumu, 2022.

ailenden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

İlgili maddenin gerekçesinde cinsel tacizin anlamı şu sözcüklerle açıklanarak:

“Kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen ve cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” olarak tanımlanmıştır. Ancak, gerekçede cinsel tacizin hangi tür eylemlerle gerçekleşebileceğine yer verilmemiştir.

Cinsel taciz suçunun kanun düzenlemesi ile korunan hukuki değer, doktrinde kişinin cinsel dokunulmazlığı ve bütünlüğü olarak ifade edildiği gibi, kişilerin cinsel özgürlüğü olarak da tanımlanmıştır.³

Madde gerekçesinin, cinsel yönden ve ahlak temizliği kelimeleri ile tanımlanması doktrinde anlamların belirsizliği sebebi ile eleştirilmiştir.

Öncelikle, **Ceza Genel Kurulu 2020/63E., 2020/258K. Sayılı, 04.06.2020 tarihli** ⁴ kararında kararlarında “cinsel taciz”in tanımının somut olay üzerinde nasıl değerlendirildiğini inceleyelim:

İlgili kararda öncelikle cinsel taciz suçunun tanımı şu şekilde yapılmış: “Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK’nın 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza ceza sorumluluğunu kaldıracaktır. Rızanın varlığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Cinsel taciz oluşturacak davranışlar, mağdurun vücuduna temasta bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi, devamlı nitelikte de gerçekleşebilir. Cinsel yönden rahatsız edici söz, yazı, işaret veya her hangi bir davranışla işlenmesi mümkün olduğu için serbest hareketli bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için, failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli kişi ya da kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması gerekir.”

Sonrasında ise, bu tanımı şu şekilde somut olaya uygulamıştır:

“Sanığın beyaz eşya alım, satım ve tamir işleriyle uğraştığı, katılan mağdurenin 4 yıl önce sanıktan çamaşır makinesi aldığı, makinenin arızalanması üzerine ikamet ettiği dairenin alt katında oturan ve sanığın akrabası olan komşusundan sanığın telefon

numarasını alarak olaydan bir gün önce saat 18.00 sıralarında telefonla sanığı aradığı, sanıktan makineyi tamir etmesini istediği, sanığın ise müsait olmadığını ancak ertesi gün gelebileceğini söylediği, olay günü sanığın katılan mağdurenin evine gittiği, arızalı olan çamaşır makinesini inceleyip 70 TL karşılığında tamir edebileceğini belirttiği, katılan mağdurenin sanığa makineyi ondan aldıklarını, maddi durumlarının iyi olmadığını, eşinin başka bir yerde çalıştığını söyleyerek sanıktan indirim yapmasını istediği, sanığın ise makinenin parçalarını dolara endeksli temin ettiğini, tamir ücretini hemen vermesi gerektiğini belirttiği, katılan mağdurenin sanığa, eşini arayıp para isteyeceğini ifade ettiği sırada sanığın “Para vermene gerek yok. Yataкта ödeşiriz.” dediğini iddia ettiği, sanığın ise suçlamayı kabul etmediği olayda;

Aralarında daha önce yaşanan bir husumet bulunmayan ve imam nikâhlı eşi başka bir şehirde çalıştığı için 5 yaşındaki kızıyla birlikte yaşayıp sanığın akrabasıyla komşuluk ilişkisi bulunan katılan mağdurenin sanığa iftira atmasını gerektirecek bir nedenin bulunmaması, katılan mağdurenin soruşturma ve kovuşturma aşamasında verdiği beyanlarının istikrarlı olması ve uyumluluk göstermesi, sanığın katılan mağdureyle aralarında geçen konuşmaları cinsel taciz eylemi dışında tamamen katılan mağdurenin anlattığı şekilde ifade etmesi, bu çerçevede sanığın soruşturma aşamasındaki savunmasında katılan mağdureye söylediğini belirttiği «Abla paran yoksa yapamam. Senin niyetin ne? Beni neden çağırdın? Bu işler parayla olur. Eskicilik yapan birisi seni Güney Sanayi civarında görmüş. Neden dışarı çıkıyorsun?» şeklindeki sözlerin aralarında akrabalık veya bir yakınlık bulunmayan bir kadına hayatın olağan akışı içerisinde söylenecek türden sözler olmaması, katılan mağdurenin olayın gerçekleşmesinin hemen ardından ilçe emniyet amirliğine giderek şikâyetini bildirmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa atılı cinsel taciz suçunun sabit olduğunun kabulü gerekir.”

Yargıtay’ın cinsel taciz suçunun flört eylemlerinden ayrılabilmesi için her somut olayın özelliklerini inceleyerek belli başlı kriterler ışığında değerlendirdiği söylenebilir. Bu kriterler, özellikle mağdurun rızasının olup olmaması, yapılan eylemin yahut sarf edilen sözün ısrarla yapılıp yapılmadığı, sırnaşık bir hal alıp almadığı, kaba olup olmadığı ve eylemin kurulmasına hukuku ve ahlaki bir engelin bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Cinsel taciz suçu ve flört eylemlerinin farkı ile ilgili, **Ceza Genel Kurulu 2017/244E., 2018/601K. Sayılı,**

3- TUNÇ Kübra., YARGITAY KARARLARINDA FLÖRT GİRİŞİMİNİN CİNSEL TACİZ SUÇUNDAN AYIRIMI., Ceza Hukuku Dergisi, 2021, C.16 S.45

4- Sinerji Mevzuat, karar son erişim tarihi: 16.03.2022

04.12.2018 tarihli kararında,⁵

“Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle **mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur**. Açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, **cinsel taciz eylemlerine TCK’nın 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza ceza sorumluluğunu kaldıracaktır**. Rızanın varlığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Cinsel taciz oluşturacak davranışlar, **mağdurun vücuduna temasta bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi, devamlı nitelikte de gerçekleşebilir**. Suçun oluşabilmesi için, failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli kişi ya da kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması gerekir.”

Bu karar incelendiğinde, cinsel taciz suçundan bahsedebilmek için **mağdurun rızasının olmaması şartı** üzerinde durulmuştur. Eğer mağdur, bu eylemlere karşı rızası olursa TCK m.26 kapsamında failin ceza sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.

Ceza Genel Kurulu’nun 2013/ 14-429E., 2015/34K. sayılı, 10.03.2015 tarihli kararında ise,⁶

“Sanığı tanımayan, aralarında önceye dayalı herhangi bir husumet ya da kendi şeref ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için sebep bulunmayan katılanın aşamalarda birbiriyle uyum gösteren samimi, ısrarlı ve herhangi bir tereddüde mahal bırakmayan beyanı, bu beyanları doğrulayan tanık anlatımı, **sanığın katılanın evini birkaç kere aradığı ve “çarşıda buluşalım, geçerken uğrarım” dediği yönündeki, tevilli ikrar olarak değerlendirilen savunması ve tüm dosya muhtevası göz önünde bulundurulduğunda, katılanın telefonunu değişik zamanlarda ısrarla arayarak söylediği; “Evde misin canım seni çok özledim, eve geliyorum” şeklindeki sözlerin cinsel amaç taşıdığı ve eyleminin bir bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.**”

Aynı kararda cinsel taciz suçunun olası kast veya taksirle işlenmesinin mümkün olmadığı da belirtilmiştir. Yani bu durumda, cinsel taciz suçunun yalnızca kastla işlenmesinin mümkün olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yargıtay’ın flört girişiminin cinsel tacizden ayrılması noktasındaki bir diğer ölçütü ise eylemin **“sırnaşık bir hal alması”** kriteridir. **Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin bir kararında** “... sanığın aralarındaki gönül ilişkisini bitiren katılan S.’i telefonla birden çok arayarak yeniden birlikteliklerini sağlamaya çalıştığı, sırnaşık

hal alan bu eylemlerinin sarkıntılık uçuunu oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi...” bu kriteri değerlendirerek eylemin cinsel taciz suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.⁷

Yargıtay’ın bir diğer kriteri ise, **ilgili eylemin kaba olup olmamasıdır**. Tek seferlik olsa dahi, yani ısrarlı ve sırnaşık bir hal almasa dahi yapılan eylem kaba ise, bu durum somut olayın özelliklerine göre cinsel taciz suçunun oluşmasına zemin hazırlar. Mahkeme, bir flört girişimi olarak düşünülebilecek sokakta cinsel ilişki teklifini tek seferlik olmasına rağmen cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirmiştir: “Sanığın evine gitmekte olan mağdura sokak üzerinde hiçbir bedensel temas olmaksızın cinsel ilişki teklifinde bulunmaktan ibaret olan eyleminin TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun oluşturduğu gözetilmeden...”⁸ bu durumda mahkemenin verdiği karar kanaatimce ilgili kriter ile paraleldir. Açık alanda, mağdur ile hiçbir tanışıklığı olmadığı birine cinsel ilişki teklifinde bulunmak nezaket dışıdır ve flört eylemleri çerçevesinde kalmamıştır.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 2012/5731 E., 2012/1824 K. Sayılı ve 16.02.2012 Tarihli Kararında; “Güneş herkes için doğar ay ise gece uyumayanlar için, sen bu gece uyuma o gözlerine ben bu gece ay olacağım ve yalnız senin için doğacağım birtanem” şeklindeki mesajın cinsel içerikli olduğu belirtilmiş ve failin eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir.⁹

Ancak kanaatimce bu kararda sanık üzerine isnat edili eylemin flört eylemi kapsamında kaldığıdır. Salt sevgi amacı ile söylenen sözün cinsel amaç taşımadığı ve bu düşünce ile yapılmadığı dolayısıyla kast ile işlenmediği de göz önüne alınmalıdır.

Yargıtay’ın kararları doğrultusunda yapılan bu çalışmada da görüleceği üzere, cinsel taciz suçunun flört girişiminde bulunulan eylemlerden ayrımı için bazı kriterler öngörülmüştür. Bunlardan ilki mağdurun rızasının bulunup bulunmamasıdır. Bir diğer kriter ise, ilgili eylemin ısrarla ve sırnaşıkça yapılıp yapılmadığı, veya ısrarla ve sırnaşıkça yapılmasa dahi kaba olup olmaması ve kriterlerin en önemlisi ise, “Taraflar arasında bir ilişki kurulmasında hukuki ve ahlaki bir engelin bulunup

7- TUNÇ Kübra., YARGITAY KARARLARINDA FLÖRT GİRİŞİMİNİN CİNSEL TACİZ SUÇUNDAN AYIRIMI., Ceza Hukuku Dergisi, 2021, C.16 S.45

8- A.g.e.

9- TAVLAN, Nur Nihal., FLÖRT/ARKADAŞLIK TEKLİFİ İLE CİNSEL TACİZ SUÇU ARASINDAKİ FARKIN YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ, www.hukuki.net, son erişim: 16.03.2022

5- Sinerji Mevzuat, karar son erişim tarihi: 15.03.2022

6- Sinerji Mevzuat, karar son erişim tarihi: 15.03.2022



bulunmadığı" kriteridir. Örneğin, taraflardan birinin evli olması halinde bu kriter devreye girecektir. Ancak, kanaatimce Yargıtay'ın bu kriteri hukuki olarak anlamsızdır zira cinsel taciz suçunun kanunda düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki değer "kişilerin cinsel özgürlüğü" olmalıdır ve böyledir. Bu kriterin uygulanması ile ise, korunan hukuki değer "toplum ahlakı" olmaktadır. Bu durumda bir diğer hukuki problem LGBT bireylerle ilgili olacaktır. Eşcinsel evliliklerin ahlaka aykırı olarak düşünüldüğü ve kişilerin bu toplum içinde aynı cinsiyetten biri ile gerçekleştirmiş olabileceği flört eylemlerinin "cinsel taciz" kapsamında değerlendirilmesi, öncelikle insan haklarına ve sonrasında bireylerinin Cinsel Haklar

Bildirgesi'nde (WAS) ¹⁰ cinsel hakları kapsamında koruma altına alınan bireylerin cinsel yönelimlerine aykırı olacağından bu kriterin Yargıtay'ın değerlendirilmesinden çıkarılması gerektiği kanaatindeyim.

10- Bireylerin cinsel yönelimleri, cinsel kimlikleri, cinsel kimliklerini ifadeleri ve bedensel farklılıklarının, insan hakları kapsamında korunması gereklidir.

Not: Cinsel haklar, uluslararası ve bölgesel insan hakları belgeleri, ulusal anayasalar ve kanunlar, insan hakları standartları ve ilkeleri tarafından da kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ndeki insan haklarına ve bunlara ilişkin bilimsel bilgilere dayanır.

Boşanma, ebeveynler arasında evlilik birliği devam ederken doğan ortak çocuğun soyadında değişikliğe yol açma gerekçesi olamaz; çocuk, anne ve babasının evli olduğu sırada sahip oldukları aile soyadını, evlilik sona erdikten sonra da taşımaya devam eder. Zira, çocuğun soyadı, mevcut yasal düzenlemelere göre; velâyete göre değil, soybağına göre belirlenir.

BOŞANMANIN ÇOCUKLAR AÇISINDAN SONUÇLARI- BOŞANMADA VELÂYET VE ORTAK VELÂYET HUSUSUNUN OLAN VE OLMASI GEREKEN HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Consequences of Divorce in Terms of Children- Evaluation of Custody and Joint Custody in Divorce in Terms of the Law That is and Should Be

Av. Funda ŞAHİN¹

ÖZET

Bu çalışma, boşanmanın çocuklar üzerindeki hukuki sonuçları temel alınarak hazırlanmıştır. Bilindiği üzere, boşanmış ailelerin çocukları, boşanmadan, en az ayrılan çiftler kadar etkilenmekte ve boşanmanın gelecekleri üzerindeki sonuçları genellikle olumsuz olmaktadır. Boşanma sonrası çocuklara ilişkin düzenlenmesi gereken bazı hukuki meseleler, Türk kanun koyucusu tarafından istem dışı muğlak bırakılmış, ayrıca zamanla ortaya çıkan bazı grift hukuki problemler sebebiyle yargıda uygulama farklılıkları ile karşı karşıya kalınmıştır. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar, kimi zaman doktrinel görüşler muvazenesinde, kimi zaman ise Yüksek Yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamız, esas itibarıyla dört ana başlıktan oluşmaktadır. İlk olarak boşanma sonrası çocuğun velâyeti ve yakın zamana kadar Türk yargısında uygulamasına karşı katı bir tutum takınılan ortak velâyet konusunun Türk Medeni Hukukuna entegre edilme süreci ele alınmış; ardından çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğa iştirak nafakası bağlanması ve boşanma sonrası çocuğun soyadı konuları, çeşitli yargı kararları ve doktrinde dile getirilen farklı görüşler çerçevesinde ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ortak Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Boşanma Halinde Çocuğun Soyadı.

¹ - Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

ABSTRACT

This study has been prepared on the basis of the legal consequences of divorce on children. As it is known, children of divorced families are affected by divorce at least as much as separated couples, and the consequences of divorce on their future are generally negative. Some legal issues that need to be regulated regarding children after the divorce were left unintentionally ambiguous by the Turkish legislator, moreover, due to some complicated legal problems that arose over time, differences in practice were encountered in the judiciary. The problems that arise in practice have been tried to be solved, sometimes in line with doctrinal views, and sometimes with Supreme Court decisions.

Our study mainly consists of four main titles. First of all, the process of integrating the custody of the child after the divorce and the issue of joint custody, which has been a strict approach in the Turkish judiciary until recently, into Turkish Civil Code has been discussed; Then, the issues of establishing a personal relationship with the child, child support and the surname of the child after the divorce were tried to be discussed within the framework of various judicial decisions and different opinions expressed in the doctrine.

Key Words: Joint Custody, Establishing a Personal Relationship with the Child, Child's Surname After Divorce.

1. Velâyet

1.1. Genel Olarak

Boşanma kararının fer'i bir sonucu olarak velâyetin düzenlenmesi gerekir. Hâkim, bu düzenlemeyi 4721 sayılı TMK m. 182/1 uyarınca re'sen yapar. Velâyetin kendisine bırakılmadığı eş bakımından, her ne kadar sırf anne ve baba olmaya bağlı olan hak ve görevler devam etse de, velâyete bağlı olan hak ve görevler sona erer².

1.2. Velâyetin Tevdiinde Göz Önünde Bulundurulması Gereken Hususlar

Hâkim velâyeti düzenlerken her ne kadar TMK m. 182/1 uyarınca takdir hakkında sahip olsa da, bu hakkını TMK m. 4'e uygun şekilde kullanması yani hukuka ve hakkaniyete uygun bir karar vermesi gerekir. Hâkimin burada sıkı sıkıya takip etmesi gereken ilke ise, çocuğun yararı ilkesidir³.

2- Yücel, Yeliz: *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 82-83.

3- YHGK 26/02/2016 T., 2014/2-1088, 2016/188 K. sayılı ilâmında bu ilkeye vurgu yapılarak şu ifadelerle yer verilmiştir: «...velâyetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.» Karar için bkz. <https://www.kazanci.com.tr/>; E. T. 04/05/2021.

Çocuğun yararı kavramı ise yazarlarca şu şekilde tanımlanmaktadır: "Çocuğun uyum sağlayabileceği ve gelişimini sürdürebileceği velâyet ve/veya kişisel ilişki düzenlenmesinde ihtiyaç duyduğu etkenlerin bileşimidir."⁴

Yargıtay kararlarında çocuğun yararı kavramı şu şekilde tanımlanmakta ve somutlaştırılmaktadır: "...Velâyet düzenlenmesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar veren makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır."⁵ Ayrıca hâkim, karar vermeden önce, imkân varsa anne ve babayı dinler; çocuk vesayet altında ise vasi ve vesayet makamının düşüncesini alır. Ancak hâkim bunlarla bağlı değildir⁶. Hâkimi bağlayan tek husus, çocuğun menfaatidir. Bu konuda anne ve babanın anlaşmaları da hâkimi bağlamaz (TMK m. 184/5). Bu anlaşma sadece hâkime yok gösterebilir; hâkim, yalnızca çocuğun menfaatine uygun görürse bu anlaşmaya göre karar verir⁷.

Hâkim velâyet konusunda karar vermeden önce çocuğu da dinlemeli ve onun da isteklerini göz önünde bulundurmalıdır⁸. Nitekim, velâyetin tevdiinde, bizatihi çocuk hak süjesi olarak kabul edildiği için, onun kendi geleceği hakkında görüşünü belirtmesi ve bu hususta dinlenmesi gerektiği hususları, yapılan bütün hukuki düzenlemelerde temel bir ilke olarak vurgulanmaktadır⁹. Örneğin, Türkiye tarafından 09/06/1999 tarihinde imzalanan

4- Kelly, Joan B./Birinci Uzun, Tuba: "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Anlamını Arayan Bir Kavram", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 147, Kasım 2016, s. 182.

5- Yargıtay 2. HD., 09/03/2021 T., 2020/6385 E.-2021/2039 K.; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilistemciWeb/>; E.T. 04/05/2021.

6- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku-Cilt III-Aile Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2021, s. 145.

7- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 145.

8- Gençcan, Ömer Uğur: "Çocuk ve Hukuk: Üçüncü Oturum: Aile Hukuku ve Çocuk : Boşanma ve Velâyet Hukukuna İlişkin Sorunlar", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 20, Temmuz 2011, s. 8.

9- Oktay Özdemir, Saibe: *Boşanma Davalarında Çocuğa İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt: 2, İstanbul 2009, s. 1219 vd. (naklen; Öztan, Fırat/Öztan, Bilge: "Boşanmada Velayetin Tevdi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2016, s. 474 vd.).

ve 01/02/2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddeleri uyarınca yeterli idrak gücünü haiz olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen çocukların kendilerini ilgilendiren davalarda bir karar alınmadan önce görüşlerini ifade etmelerine müsaade edilmesi gerektiği; yine Türkiye tarafından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/01/1995 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesi uyarınca görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren davalarda ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Ancak "çocuğun yararı" kavramı, çocuğun isteği (sübjektif iradesi) ile eş kavram olarak algılanmamalıdır. Hâkim çocuğun irade beyanının gerçekçi olmadığı, etki altında verildiği veya çocuğun açıkladığı iradenin onun sağlıklı gelişimi için fayda sağlamayacağı kanaatine varırsa, farklı bir karar verebilir ¹⁰. Çocuğun isteği, çocuğun olgunlaşması ile kendi geleceğini, kendi kaderini kendisinin tayin etme iradesi olarak değerlendirilmelidir ¹¹. İdrak yeteneğine sahip çocukların velâyetle ilgili olarak dinlenmeden karar alınması Yargıtayca bozma sebebi olarak kabul edilmektedir ¹². Çocuk, boşanma davasında dinlenmek istemiyorsa, bu yola zorla başvurulamaz. Çünkü, bu, çocuğa tanınan bir kişilik hakkıdır; yükümlülük değildir ¹³. Ayrıca, dinleme, çocuğun sağlığının veya ruh âlemindeki dengesinin bozulmasına yol açacaksa, dinlemeden vazgeçilebilir. Aynı şekilde çocukta var olan ağır psikolojik rahatsızlıklar ve engeller de dinlemeden vazgeçme nedenidir ¹⁴.

Hâkim, velâyet konusunda karar vermeden önce gerekli görürse, psikiyatrist, psikolog, pedagog gibi uzmanların görüşlerine de başvurabilir. Taraflar da uzmanlardan görüş alarak bunu hâkime sunabilirler ¹⁵.

Velâyetin verilmesinde, çocuk kimin yanında olursa daha iyi yetişir sorusu belirleyici olduğu için, eşlerin mâli durumları ya da boşanmadaki kusurları, hâkimin kararının belirlenmesinde çok büyük rol

oynamaz ¹⁶. Hâkim, çocuğun daha iyi yetişeceği kanaatinde ise, velâyetini, mâli durumu iyi olmayan ya da boşanmada kusurlu olan tarafa da verebilir ¹⁷. Örneğin, Yargıtay 2. HD., bir kararında, mahkemece annenin zinası sabit bulunmasına rağmen, babanın durumu ve çocukların yaşını göz önünde bulundurarak velâyeti anneye vermiştir ¹⁸.

Velâyetin tevdi, bir süre ile sınırlanamaz. Örneğin, velâyetin çocuk belli bir yaşa gelince velâyet hakkına sahip olmayana devredileceği yolunda hüküm kurulamaz ¹⁹. Çocuğun ruh dengesinin bozulmaması için, velâyetin tevdiinde çocukla velâyet kendisine bırakılan taraf arasındaki ilişkinin sürekli, istikrarlı ve güvenilir olması esas alınmalıdır ²⁰. Velâyet bir bütün olarak verilmelidir. Hâkim çocuğun eğitimini anaya, mallarının yönetimini babaya bırakamaz ²¹. Velâyet bir şarta bağlı olarak sınırlandırılmaz ²².

Boşanma kararından sonra bir çocuğun doğması halinde, bu çocuğun velâyetinin kime verileceğinin tespiti için ayrı bir dava açılması gerekir. Yoksa, velâyet kendiliğinden boşanma kararında diğer çocukların velâyetinin verildiği anne ya da babaya geçmez ²³.

TMK m. 183'e göre; "Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır." Bu hükümden de anlaşılacağı üzere çocuğun velâyetine ilişkin karar, nihai değildir. Hâkim, durumun değişmesi üzerine re'sen ya da talep üzerine velâyetin tevdi hususunda yeni bir karar alabilir. Özellikle, çocuk kendisine bırakılmış olan anne ya da baba ölecek olursa velâyet, kendiliğinden diğer tarafa geçmez; bu hususta hâkimin bir karar vermesi gerekir ²⁴. Hâkim, bu durumda, gerekli görürse çocuk vesayet altına da alınabilir ²⁵. Bunun gibi, velâyet kendisine verilmiş olan anne ya da babanın yeniden evlenmiş olması da, tek başına velâyetin ondan alınmasını gerektirmez. Bunun yanında başka olguların da velâyetin alınmasını haklı göstermesi gerekir ²⁶.

16- Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, B. 2, Ankara 2019, s. 178.

17- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146.

18- Yargıtay 2. HD., 06/03/1962 T., 1961/646 E.-1962/1497 K.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146.

19- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 485; Gençcan, s. 20.

20- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 485.

21- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 485.

22- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 485; Yücel, s. 83.

23- Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. II, 13. Baskı, İstanbul 2011, s. 331 (naklen; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146).

24- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146.

25- Akıntürk, s. 312 (naklen; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146).

26- Yargıtay 2. HD., 01/12/1980 T., 1980/7422 E.-1980/8596 K.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146.

10- Elçin Grassinger, Gülçin: Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2005, s. 837 (naklen; Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 483).

11- Elçin Grassinger, s. 837 (naklen; Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 483).

12- Yargıtay 2. HD., 08/06/2017 T., 2016/1802 E.-2017/186 K.; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; E.T. 04/05/2021.

13- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 490.

14- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 490.

15- Yücel, s. 83.

Örneğin, yeni eşin çocuğa kötü davranması, velâyete sahip olan anne ya da babanın sonraki evliliğinden olan çocuklarına öncelik tanınması gibi ²⁷. TMK m. 183'te sayılan durumlar tahdidi değildir. Dolayısıyla, velâyet konusunda yeni bir karar alınması gereken ve TMK m. 183'te sayılmayan yeni durumların ortaya çıkması halinde de hâkimin re'sen harekete geçmesi gerekir.

Yukarıda sayılan durumlar dışında hâkim, velâyetin tevdiinde özellikle şu hususları göz önünde bulundurmalıdır ²⁸:

- Çocuk küçükse, anne ile çocuk ilişkisine öncelik verilmelidir. Zira, anne ile küçük çocuk arasındaki duygusal ilişkilerde yoğunluk vardır. Üç yaşına kadar çocuk ile anne arasında sıkı bir duygusal alışverişi olduğu görüşü bilimsel araştırmalara göre tartışmasızdır. Ancak altı yaşından itibaren çocuk ile anne-baba eşit konumdadır. Bu nedenle bu yaş grubuna kadar anne yanında kalması Yargıtay'ın yerleşik kararlarında bir ilke kararı olarak benimsenmiştir. Nitekim, Yargıtay, verdiği kararlarda bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: "*Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği, 01.04.2016 tarihli uzman raporunda da velâyetin anneye bırakılması yönünde görüş bildirildiği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 15/11/2013 doğumlu ...'nın Türk Medeni Kanununun 182. ve 336/3. maddeleri uyarınca velâyetinin anneye verilmesi gerekirken, babanın velâyetine bırakılması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*" ²⁹.

- Velâyet hakkı kendisine bırakılacak tarafın sosyal ilişkilerinde ve ruhsal yaşamında istikrar olmalıdır. Çocuğun gelişiminde onun aile, okul ve serbest zaman ortamının istikrarlı olması önemlidir. Özellikle üç yaşına kadar çocuğun içinde yaşadığı ortamın değiştirilmemesi önerilmektedir. Kişisel ilişkide bu ilişkinin kalitesi ve mahiyeti göz önünde bulundurulmalıdır. Velâyetin tevdiinde çocuk ile velâyetin bırakıldığı taraf arasındaki ilişkide istikrar olmalıdır. Güvenli bir bağın varlığı, çocuğun yararı için temel teşkil eder.

- Velâyet hakkına sahip tarafın çocuğu üçüncü kişiye bırakmadan kendisinin doğrudan eğitebilme, bakımını üstlenme imkânının olması da önemli faktörlerden biri olarak kabul edilir. Bu nedenle velâyet hakkı tevdi edilirken, anne-babanın meslekleri göz önünde tutulmalıdır. Zira, velâyetin tevdi edileceği tarafın mesleği, çocukla yeterince ilgilenmesine imkân vermeyebilir.

- Velâyet hakkı, bu hak kendisine bırakılacak tarafın kişisel ve ekonomik durumu birlikte değerlendirilerek, çocuğa bakabilecek, eğitebilecek durumda olduğu sonucuna ve çocuğun yaşına göre fikren, bedenen, ruhen en iyi gelişeceği kanaatine varılan tarafa verilmelidir.

- Anne-babasından ayrılan, bu nedenle kendisini güvensiz hisseden çocuk, mümkün olduğunca bir de kardeşlerinden ayrılmamalıdır. Çünkü, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaları, onları ruhsal bakımdan olumsuz etkileyebilir, kardeşler arasındaki dayanışmanın yok olmasına sebebiyet verebilir ³⁰.

- Boşanma davasında velâyet düzenlenirken çocuğun sağlık durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu amaçla, tedavi olanakları belirlenerek, velâyet, buna uygun olan tarafa verilmelidir ³¹.

- Velâyet hakkının anne-babadan birine verilmesinde çocuğun kiminle yaşamak istediği, göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, çocuğun bu isteğinin, onun gerçek isteği mi olduğu, yoksa anne-babadan birinin kendisine daha fazla serbestiyet vermesinden, daha çok maddi imkânlar tanınmasından mı kaynaklandığı, hâkimce araştırılmalıdır. Çocuğun görüşünü açıklamasında, kendisinin yaşı ve olgunluğu da göz önünde tutulmalıdır.

- Velâyet hakkının tevdiinde her iki tarafında da taşıdığı özelliklerin aynı olması halinde (örneğin, her iki tarafın da ikamet ettiği yerin çocuğun okuluna eşit uzaklıkta olması, her iki tarafın da tam gün çalışıyor olması, her iki tarafın da çocukla ilişkisinin çok iyi olması gibi), hâkim, çocuğun yaşını, cinsiyetini, o zamana kadarki hayatında hangi tarafın daha ağır bastığını dikkate almalıdır.

- Velâyetin kendisine verilmesini her iki tarafın da istediği ve her iki tarafın imkânlarının ve özelliklerinin aynı olması durumunda, çocuğun sosyal çevreye uyum sağlaması, yaşının ilerlemesi halinde hangi tarafla olan ilişkisinin daha güvenilir ve daha istikrarlı olacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

- Velâyetin tevdi edileceği tarafın yaşı, eğitimi ve bakımı konuları da nazara alınmalıdır. Yaş farkının ilerde çocuğun yararını olumsuz etkileyip etkilemeyeceği değerlendirilmelidir. Yaş nedeniyle, ilerde, velâyeti talep eden tarafın hareketlerinde, zihni ve fizikî faaliyetlerinde bir azalmanın ortaya çıkması, yeniliklere açık olmaması ve buna istekli görülmemesi gibi durumların ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmelidir.

- Çocuğun cinsiyeti de, çocuğun velâyetinin kime bırakılacağına belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuş bir ölçüttür. Kız çocuklarının anneye,

27- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146.

28- Öztan/Öztan, Boşanmada Velayetin Tevdii, s. 486 vd.

29- Yargıtay 2. HD., 10/09/2018 T., 2016/21866 E.- 2018/8731 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; E. T. 05/05/2021).

30- Yargıtay 2. HD., 27/02/2019 T., 2019/235 E.- 2019/1847 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; E. T. 05/05/2021).

31- Gençcan, s. 8-9.

erkek çocukların babaya bırakılması somut duruma göre makul bir düzenleme olabilir. Zira cinsel kimliğin oturması ve ergenlik sürecinin kolay atlatılması bakımından bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi, yerinde olabilir ³².

• Anne ve baba arasında din veya mezhep farkı olması, ancak çocuğun belli bir din veya mezhep doğrultusunda yetiştirilmeye başlanmış olması durumunda, çocuğun dini veya mezhebi de, velâyetin tevdiî açısından göz önünde bulundurulması gereken ölçüttür. Bu durumda çocuğun, onunla aynı din veya mezhebe mensup ebeveyne bırakılması uygun gözükmemektedir. Zira, çocuğun sonradan başka bir din veya mezhebe göre eğitilmeye başlanması, çocukta kafa karışıklığına, fiktisel ve psikolojik açıdan zedelenmeye yol açabilir ³³.

Sonuç olarak; hâkim, somut olayı iyi bir şekilde analiz etmeli, gerekirse, bilirkişiden de yardım alarak hem çocuğa hem de anne ve babaya ilişkin yukarıda örnek kabilinde sayılan ölçütleri bir arada değerlendirerek, çocuğun velâyetinin kime bırakılacağına karar vermelidir.

1.3. Boşanmadan Sonra Ortak Velâyet

Boşanma sonrası birlikte velâyet kavramı, çocuğun boşanma yüzünden yaşadığı travmayı azaltmak ve zaten parçalanmış olan ailenin bir kez daha parçalanmasının önüne geçmek için ileri sürülen bir düşünce olup, 20. yüzyılda tek başına velâyete en iyi alternatif olarak ortaya çıkmıştır ³⁴. “Anne-babanın velâyet hakkını birlikte ve eşit hakka sahip olarak kullanmasına birlikte (ortak) velâyet denilmektedir” ³⁵. Boşanma, sadece eşleri etkileyen bir süreç olmayıp, çocukları da ciddi olarak etkileyebilecek bir dizi değişikliği beraberinde getirdiği, özellikle çocuğun artık kiminle yaşayacağı, velâyetinin kime ait olacağı gibi sorunları ortaya çıkardığı için, çocuk için en uygun çözümü bulmak gerekmiştir ³⁶. Birlikte velâyet uygulaması, başlangıçta şüphe ile karşılandığı için çok seyrek başvurulan bir çözüm olmasına rağmen, zaman içinde pek çok ülkede çocuğun yararı açısından en iyi tercih olarak görülmeye başlanmıştır ³⁷.

Ortak velâyet AB devletleri, ABD ve Avustralya gibi ülkeler tarafından yasal olarak kabul edilmiştir.

32- Gençcan, s. 8; Yücel, s. 85-86.

33- Yücel, s. 87-88.

34- Kahraman, Süheyla: Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, İstanbul 2019, s. 16 (naklen; Reyhani Yüksel, Sera: Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, B. 2, İstanbul 2020, s. 72).

35- Dönmez, Ünsal/Barın, Taylan: “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 35, Temmuz 2018, s. 183.

36- Reyhani Yüksel, s. 72.

37- Kahraman, s. 17 (naklen; Reyhani Yüksel, s. 72).

İsviçre Medeni Kanunu’nun 133/3. maddesinde; Alman Medeni Kanunu’nda 16/12/1997 tarihli düzenlemeyle 1626. paragrafında, Belçika Medeni Kanunu’nda 03/06/1995 tarihinde yürürlüğe giren 302. maddeyle, Fransız Medeni Kanunu’nda 08/01/1993 tarihinde yapılan değişiklikle 287. maddesinde, 1998 yılında Hollanda Medeni Kanunu’nda ve 2006 yılında Avustralya Medeni Kanunu’nda yapılan değişikliklerle boşanma sonrasında velâyet hakkının anne-baba tarafından birlikte kullanılması yasal olarak mümkün hale gelmiştir ³⁸.

Türk hukukunda, boşanmadan sonra ortak velâyetin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışmanın temel çıkış noktası, TMK m. 363/3 hükmüdür. Söz konusu hükme göre; “Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” Öğretideki tartışmalar, bu hükmün nasıl yorumlanacağına ilişkindir. Bu konuya ilişkin ilk görüş TMK m. 363/3 ve TMK m. 182/2 hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle boşanmadan sonra ortak velâyetin mümkün olmayacağını ileri sürmektedir ³⁹. Doktrindeki ikinci görüş ise, anılan hükümlerden velâyetin mutlaka taraflardan birine bırakılmak zorunda olduğu anlamının çıkarılamayacağı, söz konusu hükümlerde açık bir yasak hükmü bulunmadığına göre, “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşten” bahsedilmesi veya “velâyetin kendisine bırakılan tarafa ait olduğunun” öngörülmüş olmasının, hâkimin velâyeti her iki tarafa veremeyeceği şeklinde yorumlanmasını gerektirmeyeceği yönündedir ⁴⁰.

TMK’da boşanmada ortak velâyet hususunda örtülü bir boşluk olduğu ve hâkimin bu boşluğu takdir

38- Kiremitçi, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı, B. 1, İstanbul 2015, s. 13-14.

39- Dural/Öğüz/Gümü, s. 144-145; Kurt, Leyla Müjde: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 172 vd.; Öztürk Almaç, Tuğçe: “Aile Arabuluculuğunda Ortak Velayetin Tesis Edilebilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 159, Kasım 2019, s. 2189-2190.

40- Erdem, s. 173; Öztan, Bilge/Öztan, Fırat: “Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 2602 vd.; Apaydın, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9 Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 473; Aybay, M. Erdem/Şen, C. Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakışı Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 592; Gülgösteren, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 171; Bingöl, Ediz: “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Mart 2014, s. 278; Yücel, s. 123.

yetkisini kullanarak doldurabileceği, bu kapsamda çocuğun yararı gerekli kılıyorsa boşanmadan sonra ortak velâyete hükmetmesinin mümkün olduğu da doktrinde dile getirilen bir diğer görüştür ⁴¹.

Türkiye'nin 14/03/1985 tarihinde imzaladığı İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokolün 10/03/2016 tarihli ve 6684 sayılı Kanun ile onaylanmasının uygun bulunması ve 01/08/2016 tarihinde yürürlüğe girmesi, ortak velâyete ilişkin tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır. Söz konusu protokolün 5. maddesi hükmüne göre; *"Eşler evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittirler. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almasına engel değildir."* Öğretide bazı yazarlarca dile getirilen ve tarafımızca da benimsenen bir görüşe göre, bu hükmün Anayasanın 90/5 maddesi hükmündeki *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* düzenlemesi ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde, TMK m. 336/2 hükmünün ters anlamından, boşanma halinde velâyetin birlikte kullanılamayacağı sonucuna ulaşılsa bile, AİHS'e Ek 7 no'lu protokol karşısında, bunun bir öneminin kalmayacağı savunulmaktadır ⁴².

Ortak velâyete ilgili olarak gündeme gelen bir diğer uluslararası metin; BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde mahkemeler tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde *"çocuğun yararı"*nın temel düşünce olacağı belirtilmiştir (m. 3/1). Sözleşmede çocuğun mümkün olduğu ölçüde anne-babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğu da belirtilmiştir (m. 7/1). Öte yandan Sözleşmede taraf devletlerin çocuğun yetiştirilmesi bakımından anne ve babanın beraber sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her tür çabayı gösterecekleri hükmüne (m. 18/1) yer verilmiştir. Bu hükümlerden, çocuğun yararına aykırı düşmedikçe, boşanma halinde birlikte velâyete

imkân tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır ⁴³.

Ayrıca Türkiye olarak üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi, ortak velâyete ilişkilendirilebilecek Avrupa Konseyi Eşitlik ve Ortak Ana Baba Sorumluluğu Babaların Rolü Üzerine 2079 Sayılı ve 02/10/2015 tarihli bir tavsiye kararı almıştır. Bu kararda, anne ve baba arasındaki eşitliğin sağlanmasının, çocuğun büyüme döneminde anne ve babanın birlikte rol almasının çocuğun gelişimine olumlu yönde katkı sağlayacağı, küçük yaştaki çocukların gelişimi açısından annenin yanı sıra babanın da önemli bir faktör olduğu ve babanın rolünün resmen tanınması gerektiği ifade edilmiştir ⁴⁴.

Yargıda ise ortak velâyete kurumu yakın zamana kadar adeta bir tabu olarak algılanmış; bunun sonucunda, yabancı mahkemelerin ortak velâyete ilişkin kararlarının tenfizine dair talepler dahi, kamu düzenine aykırı bulunarak reddedilmiş ⁴⁵ ve bu kararların temyiz talepleri de Yargıtay tarafından aynı gerekçelerle reddedilmiştir ⁴⁶. Ancak İzmir 4. Aile Mahkemesi, 2009 yılında verdiği bir kararda, boşanmadan sonra velâyeti birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin talebini kabul etmiş ve böylece boşanmadan sonra ortak velâyetin Türk hukukunda uygulamada da hayata geçmesini sağlayacak ilk adım atılmıştır ⁴⁷.

2017 senesinde ise Yargıtay, somut olaya uygulanması gereken yabancı hukuk sistemindeki ortak velâyete düzenlenmesinin ve ortak velâyete çözümünü öngören yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine *"açıkça"* aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısını ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığı yönünde kararlar vererek önceki içtihadından ayrılmıştır ⁴⁸. Bu gelişmelerden sonra Türk hukukunun uygulandığı ihtilaflarda da ortak velâyetin önünü açan kararlar verilmeye başlanmıştır ⁴⁹. Artık velâyete ilişkin ihtilaflarda Bölge Adliye Mahkemeleri'nin ortak velâyete çözümünü de ihtimaller arasında değerlendirdiği görülmektedir ⁵⁰. Bu kararlarda ortak velâyetin gönüllülük esasına dayandığı, eşlerin anlaşmasına dayalı olarak kabulünün mümkün

41- Öztan/Öztan, Boşanmada Birlikte Velâyete ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, s. 2603; Apaydın, s. 459 vd.; Gülgösteren, s. 179. TMK m. 336/3 hükmünde açık veya örtülü bir kanun boşluğunun bulunmadığı yönünde görüş için bkz. Kurt, s. 183

42- Gençcan, Ömer Uğur: "Ortak Velayet", İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 26; Erdem, s. 174; Kurt, s. 183; Reyhani Yüksel, s. 75-76; Dönmez/Barın, s. 206.

43- Kurt, s. 164; Gülgösteren, s. 175-176; Aybay/Şen, s. 596.

44- Apaydın, s. 470-471.

45- Çelebi, Özgün: "Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 1, 2021, s. 62.

46- Yargıtay 2. HD., 10/10/2006 T., 2006/6824 E.-2006/13638 K. (<https://www.kazanci.com.tr/>; E.T.06/05/2021).

47- Yücel, s. 124.

48- Yargıtay 2. HD., 20/02/2017 T., 2016/15771 E.-2017/1737 K.; <https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi: 06/05/2021.

49- Çelebi, s. 62.

50- İstanbul 38. BAM, 12.04.2019 T., 2733/537; İstanbul 10. BAM, 07.01.2019 T., 226/9; Ankara 2. BAM, 05/02/2019 T., 3530/158, İzmir 2. BAM, 05/02/2019 T., 3781/179; kararlar için bkz. Çelebi, s. 63, dn. 185.

olduğu fikrinin benimsendiği görülmektedir. Söz konusu kararlarda ortak velâyetin hukukumuzda uygulanabilirliğine dayanak olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı protokolün 5. maddesi ve eşler arasında eşitliği öngören bu hükmün Anayasa m 90 marifetiyle doğrudan uygulanabilir olması gösterilmektedir ⁵¹.

Öğretide ortak velâyetle ilişkin son gelişmeler ve bu müesseseye ilişkin uluslararası düzenlemelere paralel olarak TMK'nın velâyetle ilişkin hükümlerinde revizyona gidilmesi görüşü, ağırlıklı olarak dile getirilmektedir ⁵². Bununla birlikte, boşanmadan sonra ortak velâyetle ilişkin en ideal uygulamanın nasıl olması gerektiği ile ilgili doktrinde görüş ayrılıkları vardır. İlk görüş, boşanmadan sonra ortak velâyetin asıl, tek başına velâyetin ise istisna olması gerektiği yönündedir ⁵³. İkinci görüş ise boşanmadan sonra ortak velâyetin istisnaî olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır ⁵⁴. Bizim de katıldığımız son görüşe göre ise, ortak velâyet-tek başına velâyet arasında kural-istisna ayrımı yapılmadan hâkim, çocuğun yararını dikkate alıp, çocuğun velâyetinin anne ve baba tarafından birlikte mi, yoksa tek başına mı kullanılacağına karar verebilmeli; kural-istisna düzenlemesi ile hâkimin takdir yetkisi sınırlandırılmamalıdır ⁵⁵. Bunun dışında ortak velâyetin seçimlik hak olarak düzenlenmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır ⁵⁶.

Türkiye'de 120 kişinin katıldığı bir anket çalışmasında boşanma durumunda çocuğun velâyeti kimde olmalıdır sorusuna 55 kişi anneye, 17 kişi babaya yanıtı verirken 48 kişi ortak velâyetten yana görüş belirtmişlerdir ⁵⁷. Bu da, toplumun boşanma sonrası ortak velâyeti azımsanmayacak bir oranda onayladığını göstermektedir.

Hâkim şu durumların varlığı halinde birlikte velâyetle karar vermemelidir:

- Ebeveynler arasında sürekli çatışma durumu varsa ⁵⁸,
- Ebeveynlerin birbirleri ile işbirliğinde bulunma ve iletişim kurma istek veya yetenekleri bulunmuyorsa ⁵⁹,
- Ebeveynlerin ortak istekleri, velâyetin taraflardan birine verilmesi yönünde ise ⁶⁰,
- Hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda (örneğin, ebeveynlerden birinin birlikte velâyeti sırf diğer ebeveyni kontrol altında tutmak, onun üzerinde otorite, güç kurmak için istemesi hali) ⁶¹,
- Ebeveynler arasında daha evlilik birliği devam ederken ağır ve sürekli bir çatışma varsa ⁶²,
- Velâyetin ebeveynlerden birine verilmesi çocuğun yararına ise hâkim ortak velâyetle karar vermemelidir ⁶³.

2. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması

2.1. Çocukla, Kendisine Velâyet Verilmemiş Olan Anne ya da Baba Arasındaki Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi

Velâyet hakkına sahip olmayan veya velâyet hakkına sahip olmakla birlikte, çocuğu fiilen yanında bulunduramayan anne-baba ile çocuk arasında hukuk düzenince bir ilişki kurulması söz konusu olmazsa, anne-baba ve çocuk yaşam içindeki sevinçleri, hüzneleri paylaşamayacağı için zaman geçtikçe birbirlerine yabancı olacaklardır. Bunun oluşmaması için anne-baba ile çocuk arasındaki duygusal paylaşımın devam etmesi gerekir. Bu ise, hukuken anne-baba ile çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması ile gerçekleştirilebilir ⁶⁴. Bu bakımdan, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocukla görüşmek ve onunla vakit geçirmek, çocuğun hayatındaki gelişmelerden haberdar olmak; kısacası onunla iletişim halinde olmak anlamına gelir ⁶⁵. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinde kişisel ilişki, çocuğun mutlak olarak birlikte yaşamadığı, anne ve babasının veya anne ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar yanında sınırlı bir süre için birlikte kalması veya görüşmesini; çocukla söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şeklini; söz

51- Çelebi, s. 62-63.

52- İnce, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi", Cilt: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s. 220-221; Apaydın, s. 472; Kurt, s. 174; Dönmez/Barın, s. 206.

53- Apaydın, s. 472; Bingöl, s. 278 vd.

54- Karaca, Hilal: Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, s. 81 (naklen; Yücel, s.132).

55- Uzun Kazmacı, Özge: "Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2018, s. 184; Kurt, s. 175; Öztan/Öztan, Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, s. 2604; Aybay/Şen, s. 596-597; Birinci Uzun, Tuba: "Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2016, s. 158; Yücel, s. 132; Erdem, s. 173-174.

56- Dönmez/Barın, s. 206; Aybay/Şen, s. 597.

57- Kiremitçi, s. 40.

58- Kurt, s. 179.

59- Kurt, s. 180.

60- Kurt, s. 181.

61- Öztan/Öztan, Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, s. 2584.

62- Öztan/Öztan, Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, s. 2584.

63- Öztan/Öztan, Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller, s. 2585.

64- Serdar, İlknur: "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, Yıl: 2007, s. 778.

65- Yücel, s. 134.

konusu kişiye çocuk hakkında ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımını ifade edecek şekilde kullanılmış ve tanımlanmıştır ⁶⁶. Çocukla kişisel ilişki kurulması sayesinde, çocuk ve velâyet hakkını elinde bulundurmeyen anne ve/veya babanın birbirine yabancılaşması önenebilir ⁶⁷. Bu hakkın öncelikli amacı ise, çocuğun yararının sağlanmasıdır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, anne ve babasından ya da bunlardan birinden ayrı yaşayan çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne veya babasıyla kurallara uygun şekilde kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Kişisel ilişki kurma hakkına Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda da (m. 24/3) yer verilmiştir. Anne ve baba açısından bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile güvence altına alınmıştır. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde de bu hakkın uygulamaya geçirilmesi ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Anayasa m. 41/f. 3 uyarınca, "*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*" Bu anlamda çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurması anayasal bir hak olarak varlığını göstermektedir. Çocuk ile kişisel ilişki kurulması, velâyet hakkına sahip olmayan ya da çocuğun kendilerinden alındığı anne ve/veya baba bakımından TMK m. 323-324 hükümlerinde; üçüncü kişiler açısından ise TMK m. 325 hükmünde düzenlenmiştir.

Çocuğun, velâyeti kendisine bırakılmamış ancak TMK m. 323 vd. hükümleri uyarınca çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyn ile arasında kişisel ilişki, çoğunlukla çocuğun velâyet hakkına sahip olan ebeveyninden teslim alınarak, haftanın belli günleri ve tatil günlerinin hâkim tarafından belirlenmiş olan sürelerle riayet edilerek çocukla birlikte geçirilmesi şeklinde gerçekleşir ve bu durumda ziyaret hakkından söz edilir ⁶⁸. Ancak çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, ziyaret hakkından ibaret değildir. Çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde, ana veya babasıyla telefon veya diğer gelişmiş iletişim araçları ile bağlantı kurulabilmesi şeklinde gerçekleşen çocukla iletişim kurma hakkı da, kişisel ilişki kurma

hakkının bir diğer türünü oluşturmaktadır ⁶⁹. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveyn ile çocuğun farklı şehirlerde yaşadıkları veya kişisel ilişki kurma hakkına sahip ebeveynin sağlık sorunları nedeniyle ziyaret hakkını gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı hallerde, kişisel ilişki kurma hakkının bir diğer şekli olan çocukla iletişim kurma hakkı gündeme gelir ⁷⁰. Ancak bu şekilde kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği takdirde, bunun kararda açıkça belirtilmesi gerekir ⁷¹.

Kişisel ilişki kurma hakkı, anne ve baba için görev-hak niteliğindedir. Zira, anne ve baba için evladı ile kişisel ilişki kurmak bir hak olmakla beraber, bu hak anne ve babaya, çocuğu zamanında geri getirmek, çocuğu alıkoymamak gibi bazı yükümlülükler de getirmektedir ⁷². Çocuk içinse kişisel ilişki kurmak, bir görev değil, sadece bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, bu hakkın çocuğa yüklediği herhangi bir görev olmadığı gibi bu hak esasen çocuğun yararının sağlanması için vardır ⁷³.

Çocukla kişisel ilişki kurulup kurulmayacağı hususunda mahkemenin henüz karar vermediği aşamada bu hak, ancak TMK m. 326/3 uyarınca, velâyetle sahip olan tarafın ya da çocuğun bırakıldığı kişinin rızası ile kullanılabilir.

Anne-baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin TMK'daki düzenlemelere baktığımızda karşımıza çıkan ilk düzenleme, TMK m. 182/1 hükmüdür. Anılan hüküm uyarınca, hâkim, velâyetin kendisine bırakılmadığı ebeveyn ile çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi re'sen düzenler. Yine bu konuya ilişkin olarak ele alınması gereken bir diğer düzenleme, TMK m. 324/1'dir. Söz konusu hüküm uyarınca, "*Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.*" Yine TMK m. 324/2 uyarınca, "*Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkra da öngörülen*

66- https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020090202192_tur.pdf; E.T. 06/05/2021.

67- Demir, Remzi: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 42, Yıl: 2020, s. 172.

68- Erlüle, Fulya: "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, Yıl: 2018, s. 263.

69- Erlüle, Fulya: "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3-4, Yıl: 2010, s. 227; Elçin, Evgen Gülçin: "Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 35, Sayı: 1, 2015, s. 100; Yılmaz, Canan: "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 35, Sayı: 1, 2015, s. 118; Yücel, s. 134; Reyhani Yüksel, Sera: "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1541.

70- Erlüle, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı, s. 263-264; Demir, s. 180-181.

71- Erlüle, s. 228; Yücel, s. 168.

72- Yücel, s. 139; Demir, s. 174.

73- Yücel, s. 139; Demir, s. 175.

yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddî olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir." Çocuğun huzurunun bozulması veya bozulma tehlikesine maruz kalması durumuna örnek olarak, kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveynin diğer ebeveyni kötüleyerek çocuğu bu ebeveyni karşı doldurması; kişisel ilişkinin çocuğun sağlığını bozması veya çocuğun sosyal ilişkilerini zedelemesi; kişisel ilişki kurulması sırasında çocuğun şiddete maruz bırakılması veya duygusal açıdan terk edilmesi; çocuğun kişisel ilişki kurulmasının ardından içine kapanması veya konuşma zorluğu çekmesi gibi olumsuzluklar yaşaması gösterilebilir ⁷⁴.

Yine TMK m. 324/2'de geçen "*çocukla ciddi olarak ilgilenilmemesi*" ibaresinden, çocukla kişisel ilişki kurmama veya bunun için gerekli özeni göstermeme, bu kapsamda kişisel ilişki kurmayı aksatma veya kişisel ilişki kurulması için belirlenen zamanda çocukla ilgilenmeme durumları anlaşılır ⁷⁵. Örneğin, ziyaret hakkını kullanmaktan sebepsizce kaçınma, çocuğun bakımına ilişkin masraflara katılmaktan kasten kaçınma, yahut çocuğu kişisel ilişki kurmak için alıp sonra başkasına bırakma gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilebilir ⁷⁶.

TMK m. 324/2'de geçen "*diğer önemli sebeplere*" ise, şu durumlar örnek verilebilir: çocuğa bulaşıcı bir hastalığın geçmesi ihtimalinin olması, madde bağımlılığı veya kötü yaşam tarzına sahip olma ⁷⁷, çocuğun kaçırılma tehlikesinin olması ⁷⁸.

Boşanma davası sonucunda çocuk vesayet altına alındığı takdirde, hem anne hem de baba yönünden çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekir ⁷⁹. Çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde re'sen araştırma ilkesi geçerli olup, hâkim, tarafların getirdiği delillerle bağlı değildir ⁸⁰. Ayrıca hâkim, pedagog, psikolog gibi uzmanlardan yardım alabilir ⁸¹.

Hâkimin çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar vermeden önce dikkat etmesi gereken hususlar, TMK m. 182/2'de düzenlenmiştir. Buna göre; hâkimin dikkate alması gereken ilk ölçüt, çocuğun yararadır. Bu amaçla, hâkimin çocuğun görüşlerini açıklamasına imkân vermesi, çocuğun isteklerini ve görüşlerini dikkate alması gerekir. Ayırt etme gücü olan ve anne veya babası ile kişisel ilişki kurmak istemediğini beyan eden bir

çocuğun, bu ebeveyni ile kişisel ilişki kurmaya zorlanmaması gerekir ⁸². Ayırt etme gücü olmayan bir çocuğun kişisel ilişki kurulmaması yönünde açıklamaları da göz ardı edilmemelidir; zira bunun arkasında yatan önemli bir sebep olabilir ⁸³. Ancak çocukların görüşlerine başvurulması, usuli bir şart olarak ve mutlak uygulanması gereken bir kuralmışçasına uygulanmamalıdır. Her hâlükârda çocuk dinlenilecektir şeklinde bir kanı yanlıştır ⁸⁴. Çocuğun dinlenilmesinin amacı, şekli bir usul hukuku kuralı değildir; çocuğun korunması, onun yararı için konulmuş bir hükümdür. Dolayısıyla eğer çocuğun konuşması için uygun bir yer yoksa, ortam ve koşullar uygun değilse, çocuk korktuğu, tedirgin olduğu için konuşma yapmaktan kaçınıyorsa çocuk hiç dinlenmeyebileceği gibi dinlenmesi ertelenebilmelidir.

Çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda ebeveynlerin menfaatleri ile çocuğun menfaatlerinin çatışması olasılığında "*çocuğun menfaatleri*" korunarak, çocuğun menfaatlerine üstünlük tanınmalı, ana babanın menfaatleri ikinci planda gündeme gelmelidir ⁸⁵.

Hâkim, çocuk ile ebeveynleri arasında kişisel ilişki kurulmasına karar vermeden önce, çocuğun fizikî ve psikolojik özelliklerini de dikkate almalıdır. Örneğin, velâyeti babaya bırakılan küçük yaşta bir çocuğun anne sevgisi ve bakımına muhtaç olduğu düşünüldüğünde, annesi ile olabildiğince çok vakit geçirmesinin sağlanması gerekir ⁸⁶.

Ayrıca çocuğun beden ve ruh sağlığı, cinsiyeti, eğitimi, kişisel ilişki kurulacak ebeveynle olan ilişkisinin derinliği, kişilik özellikleri ve ihtiyaçları da, dikkate alınması gereken diğer unsurlardır ⁸⁷.

TMK m. 182/1 uyarınca hâkimin kişisel ilişkiyi düzenlerken, imkân buldukça anne ve babayı da dinlemesi gerekir. Ayrıca, çocuk vesayet altındaysa vasi ve vesayet makamının da görüşlerine başvurulması gerekir ⁸⁸. Eğer velâyetin bırakılmadığı ebeveyn, çocukla kişisel ilişki kurmak istemediğini beyan etmişse, bu kişi ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yararına olduğu söylenemez ve bu durumda kişisel ilişki düzenlenmemelidir ⁸⁹.

Velâyetin bırakılmadığı ebeveynin yaşı ve sağlık durumu, annelik ve babalık duygularının tatmini, anne ve babanın yaşadığı yerler arasındaki mesafe, anne ve babanın yaşam tarzları ve ahlaki değerleri, meslekleri ve yıllık izinleri, yaşadıkları çevreler ve bu çevrelerin koşulları, kişilik özellikleri ve çocuğa karşı

74- Erlüle, s. 237; Yılmaz, s. 127; Yücel, s. 150-151.

75- Yücel, s. 151.

76- Erlüle, s. 238; Yılmaz, s. 129; Yücel, s. 151.

77- Erlüle, s. 240; Yılmaz, s. 129-130; Yücel, s. 151.

78- Erlüle, s. 240; Serdar, s. 776; Yücel, s. 152.

79- Yücel, s. 155.

80- Serdar, s. 760; Yücel, s. 156.

81- Serdar, s. 760; Keskin, Alper: *Boşanma Davaları*, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 119; Yücel, 156.

82- Erlüle, s. 230; Yılmaz, s. 114; Yücel, s. 157.

83- Yücel, s. 158.

84- Elçin, s. 101.

85- Yılmaz, s. 111; Serdar, s. 763.

86- Yücel, s. 158.

87- Yücel, s. 157 vd.

88- Yücel, s. 161.

89- Yücel, s. 161-162.

olan tutum ve davranışları gibi ölçütler de hâkim tarafından, kişisel ilişkinin düzenlenmesinde dikkate alınmalıdır ⁹⁰.

Hâkim kurulacak kişisel ilişkinin şeklini, görüşmenin başlangıç ve bitiş tarih ve saatini, çocuğun geceleyip gecelemeceğini, çocukla kişisel ilişki kurulması sebebiyle yapılacak masraflara kimin katlanacağını ve diğer detayları da kararında düzenlemelidir ⁹¹.

Hâkim tarafların talepleri ile bağlı olmamasına rağmen, öncelikle ebeveynleri uzlaştırmaya çalışmalı, sonuç alamazsa kendisi karar vermelidir. Zira, taraflar ne kadar çok husus üzerinde uzlaşırsa, kişisel ilişki kurulması da o kadar sorunsuz olur ve böylece çocuğun yararı da zedelenmez ⁹².

Kişisel ilişki tesisinde, bütün hafta sonları, bütün tatiller ve bütün bayramlarda çocuğun kendisine bırakılmayan tarafta kalması yönünde bir düzenleme, özellikle çocuk okul çağında ise, çocuğun kendisine bırakıldığı tarafın onunla böyle zamanlarda ilişki kuramaması anlamına geleceğinden, böyle bir duruma da izin verilmemelidir ⁹³.

Kişisel ilişki ne ana-babalık duygusunu yaşamayı engelleyecek kadar kısa, ne de velâyet hakkını kullanmayı engelleyecek kadar uzun süreli olmamalıdır ⁹⁴. Ayrıca hâkim yapacağı düzenlemenin açık ve net olmasına, infaz sırasında tereddüt ve güçlük yaratmamasına, tartışma ve yoruma açık olmamasına dikkat etmelidir. Özellikle görüşmenin başlangıç ve bitiş tarih ve saati, çocuğun geceleyip gecelemeceği, vb. ayrıntılara, kararda net bir şekilde yer verilmelidir ⁹⁵.

Kişisel ilişki kurulmasına dair verilen karardan sonra TMK m. 324 ve 183 hükümleri uyarınca, çocuğun yararını tehlikeye sokan bir durum ortaya çıktığı takdirde, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi gündeme gelir. Değişen durum ve koşullara göre kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi her zaman mümkündür ⁹⁶. Yeniden düzenleme hâkim tarafından re'sen ya da talep üzerine yapılabilir.

Türk hukukunda çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra daireleri tarafından yerine getirilmekte iken, 24/11/2021 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 30/11/2021 tarihinde 31675 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32. maddesi ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına

ilişkin tüm maddeler (İİK m. 25, 25/a, 25/b, 341) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunundan çıkarılmıştır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası, artık İİK hükümlerine göre değil, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa 7343 sayılı Kanun ile eklenen maddelere göre gerçekleştirilecektir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yerine getirilmesinde icra dairesinin ve icra mahkemelerinin herhangi bir görevi kalmamış olup denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi aile mahkemesine verilmiştir. Yıllardır eleştirilen, doktrinde kaldırılması gerektiği hep dile getirilen ve uygulamada da birçok soruna yol açan bu konu, çocuğun yararına hizmet etmeye daha elverişli bir düzenlemeye kavuşmuştur ⁹⁷. Yeni sistemle çocuğun teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasında görevli merci, icra müdürlükleri değil; Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri olacaktır.

Yeni düzenleme ile teslim mekânları düzenlenmiş ve bu icraların yerine getirilmesinde sembolik rolü olan uzmanlar, kararın icrasını gerçekleştiren esas kişi konumuna getirilmiştir. Bu değişiklik, çocuğun üstün yararının gerçekleştirilmesi ve çocuğun teslim sürecinden olumsuz etkilenmemesi için atılmış olumlu bir adımdır ⁹⁸. Yeni hükümlerin ara karar ve tedbirlere de uygulanabilir oluşu, ara kararların icrasının hangi usul ile yerine getirileceği konusundaki tereddütleri gidermiştir ⁹⁹.

7343 sayılı Kanunun 37. ve 38. maddeleri ile TMK'nın 182. ve 324. maddelerine eklenen fıkralar ile çocukla kişisel ilişki kurmanın engellenmesi halinde çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak velâyetin değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu değişiklikten önce de kanunda açıkça yazmasa da doktrin ve uygulama, çocukla kişisel ilişki kurmanın engellenmesini, eğer çocuğun menfaatine aykırı ise, velâyetin değiştirilmesi sebebi olarak kabul etmekteydi ¹⁰⁰.

2.2. Çocukla Üçüncü Kişi Arasındaki Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi

Çocuk, yalnız ana babası ile değil bunların dışında kalan diğer kişilerle de, anne-baba, çocuk ilişkisi benzeri sosyal bir ilişkiye sahip olabilir. Bu durumun

90- Yücel, s. 161 vd.

91- Yılmaz, s. 121; Yücel, s. 167.

92- Yücel, s. 167.

93- Yargıtay 2 HD., 13/12/2016 T., 2016/5880 E.-2016/15883 K.; <https://www.kazanci.com.tr/>; E.T. 08/05/2021.

94- Demir, s. 185.

95- Yılmaz, s. 121.

96- Yücel, s. 184.

97- Belgin Güneş, Derya: "7343 Sayılı Kanun" da Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Geçiş Hükümleri", <https://blog.lexpera.com.tr/7343-sayili-kanunda-cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliski-kurulmasina-dair-ilamlarin-ve-tedbir-kararlarinin-yerine-getirilmesine-iliskin-gecis-hukuklari/>, E. T. 01/06/2022.

98- Gayretli Aydın, Seda: "7343 Sayılı Kanun" un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 187, Mart 2022, s. 32.

99- Gayretli Aydın, s. 32.

100- Gayretli Aydın, s. 32.

çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimindeki önemini göz önünde bulunduran kanun koyucu, Medeni Kanunun 325. maddesinde olağanüstü hallerin bulunması ve çocuğun yararına uygun düşmesi koşuluyla, üçüncü kişilerin özellikle çocuğun hısımlarının da çocukla kişisel ilişki kurmasına imkân tanımıştır¹⁰¹. Mezkur hüküm uyarınca, anne ve baba dışında kalan kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulabilmesi için ilgililerin talepte bulunması gerekir.

Mülga TMK'da üçüncü kişilerle çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak boşanma durumunda çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının sadece anne ve babaya tanınması eleştirilmiş ve Türk toplumunda anne-baba dışında en az onlar kadar çocukla yakın kan bağı ve aile ilişkisi içinde bulunan büyük anne ve büyükbabalara da, Türk toplumunun sağlam ve sıkı aile bağlarını göz önünde tutarak, torunla kişisel ilişki kurma hakkının tanınması gerektiği Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilmişti^{102 103}.

Hısımlar kavramı altında başta büyük ana ve büyükbabalar olmak üzere çocuğun ayrı yaşadığı kardeşleri, amca hala, dayı, teyze gibi çocuk ile yakın ilişkisi bulunan diğer hısımlar anlaşılmaktadır. Üçüncü kişi kavramı sadece hısımlarla sınırlı değildir. Hısımlar dışında kalan özellikle üvey ana baba, koruyucu anne ve baba, biyolojik baba "üçüncü kişiler" çerçevesinde gösterilmektedir¹⁰⁴.

Üçüncü kişilere bu hakkın verilebilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; olağanüstü bir durumun bulunması ve kişisel ilişkinin çocuğun yararına hizmet etmesidir. Olağanüstü halden kasıt; çocukla üçüncü kişi arasında, (özellikle büyük ana-baba, koruyucu ana baba, üvey ana veya üvey baba gibi) anne-baba ve çocuk ilişkisine benzer bir bağlılığın varlığıdır¹⁰⁵.

Hangi durumların olağanüstü haller kapsamına gireceğini, somut olayın özelliklerini dikkate alarak hâkim takdir edecektir (TMK m. 4). Öğretide olağanüstü halin çocukla kişisel ilişki kurulmasını gerektirmesine örnek olarak, birbirinden ayrı yaşayan kardeşler arasında; çocuğun uzun süre yanlarında yetiştirdiği bakıcı aile ile arasında; anne ve/veya babası ölen çocuğun büyük anne veya büyük babası ile arasında; öz anne veya babasıyla boşandıktan sonra çocuğun üvey babası, üvey annesi ile arasında ilişki

kurulması halleri gösterilmektedir¹⁰⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; eğer anne-baba sağ ise ve içlerinden biri çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını kullanmışsa ayrıca üçüncü bir kişinin de bu haktan yararlanması mümkün değildir¹⁰⁷. Ancak Türk Medeni Kanununun 325. maddesi ve bu hükmün getiriliş amacı ile Türk Medeni Kanununun 326. maddesinin gerekçesinde yer alan "Böylece örneğin çocuğun hısımları, mahkemece bir karar verilmeye kadar, velâyet hakkına sahip ana ve babanın rızası olmadıkça... çocukla ile kişisel ilişki kuramayacaklardır." ifadesinden de anlaşılacağı gibi, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakları, ana babanın sağ olup olmamasına veya ana ve/veya babanın kişisel ilişki kurma hakkını kullanmış olup olmasına bağlanmamıştır¹⁰⁸.

Olağanüstü bir durumun bulunmasının yanı sıra kişisel ilişkinin çocuğun yararına hizmet etmesi de gerekir. Üçüncü kişi ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulup kurulamayacağının veya bu ilişkinin kapsamının belirlenmesinde çocuğun yararı göz önünde tutulur¹⁰⁹. Üçüncü kişiyle çocuk arasındaki ilişkinin sürdürülmesinde yarar varsa; çocuk bu kişilerle ilişkilerini sürdürme gereksinimi duyuyor, bu ilişkiler ona güven duygusu veriyorsa ya da bu duyguyu güçlendiriyorsa, kişisel ilişki hakkı çocuğun yararına hizmet ediyor demektir. Örneğin; büyük ana baba ile torunları arasında duygusal ve psikolojik bağlar var ve onlar çocuk için psikolojik anne-baba niteliğini haiz olmuşlarsa, onlarla kişisel ilişki hakkının tanınması çocuğun yararına uygun olur¹¹⁰.

Kurulacak kişisel ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığını değerlendirecek olan hâkim, kişisel ilişkinin kurulması halinde çocuğun içinde bulunacağı yeni koşulları, özellikle kişisel ilişkinin çocuğun temel ihtiyaçlarını giderip gidermediğini, üçüncü kişilerin kuracakları kişisel ilişkinin çocuğun mevcut ilişkileri üzerindeki etkisini, söz konusu ilişkileri zedeleyip zedelediğini ya da engelleyip engellemediğini özellikle göz önünde bulundurmalıdır¹¹¹.

Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı açısından da, anne ve babanın kişisel ilişki kurma hakkı için öngörülen sınırlamalar kıyasen uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 325/2).

3. Çocuğa İştirak Nafakası Bağlanması

İştirak nafakası, velâyet hakkı kendisine bırakılmayan eşin, velâyet hakkını elinde bulunduran eşe çocuğun

101- Erlüle, s. 241.

102- Reyhani Yüksel, Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı, s. 1545.

103- YİBK, 18/11/1959 T., 1959/12 E.-1959/29 K. sayılı ilam için bkz. <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 08/05/2021.

104- Yılmaz, s. 133; Reyhani Yüksel, Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı, s. 1546; Demir, s. 176-177; Erlüle, s. 241-242; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148.

105- Yılmaz, s.134.

106- Reyhani Yüksel, Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı, s. 1547-1548; Serdar, 755; Yılmaz, s. 134.

107- Keskin, s. 117.

108- Reyhani Yüksel, s. 1548; Serdar, s. 756; Yücel, s. 147.

109- Serdar, s. 756; Erlüle, s. 244.

110- Serdar; s. 756.

111- Erlüle, s. 244.

bakımı ve eğitim giderleri için mali gücü oranında yaptığı katkıdır (TMK m. 182/2) ¹¹². İştirak nafakası, niteliği itibarıyla bir bakım nafakasıdır ¹¹³. İştirak nafakasının miktarı belirlenirken, ödeme yapacak olan kişinin ödeme gücü, çocuğun ihtiyaç giderleri, anne ve babanın hayat koşulları, bakmakla yükümlü oldukları başka kişilerin varlığı ve çocuğun gelirleri dikkate alınır ¹¹⁴. Çocuk kendisine bırakılmayan taraf, çalışmayacak durumdaysa ve başka bir geliri de yoksa, iştirak nafakası ödemez. Zira, onun TMK m. 182/2 anlamında *mali gücü* yoktur ¹¹⁵. Yine lehine yoksulluk nafakası takdir edilen kişinin iştirak nafakası ile sorumlu tutulamayacağı yönünde Yargıtay kararları vardır ¹¹⁶.

Anne-babanın iştirak nafakası borcu, kural olarak boşanma kararının kesinleşmesi ile başlar ve çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Ancak çocuk, edindiği meslek ve sanatı ile kendisini geçindirebiliyorsa veya elde ettiği sanat ve meslekle kendisini geçindirebilecek bir durum söz konusu ise, iştirak nafakası yükümlüsünün istemi üzerine çocuk erginliğe ermeden de iştirak nafakası kesilebilir ¹¹⁷. Ayrıca çocuk, ergin olmakla birlikte eğitimi devam ediyorsa, durum ve koşullara göre eğitimi sona erene kadar anne ve baba çocuğa bakmakla yükümlüdür (TMK m. 328/2).

İştirak nafakasının miktarının belirlenmesinde taraflar serbestçe anlaşma yapabilir. Bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için hâkim tarafından onaylanması gerekir. Tarafların bu konuda anlaşma yapmadıkları durumda ise hâkim, iştirak nafakasını hakkaniyet ilkesine göre tayin eder ¹¹⁸.

Anlaşmalı boşanmalarda eşlerin anlaşma metninde iştirak nafakasını da düzenlemeleri gerekir. Bu anlamda iştirak nafakası, protokolün zorunlu içeriğine dahildir ¹¹⁹. Hâkim eğer tarafların üzerinde uzlaştığı iştirak nafakasına ilişkin şartları uygun bulmazsa, gerekli gördüğü değişiklikleri yapar. Eğer tarafların mahkemeye sundukları anlaşma metninde iştirak nafakasına ilişkin bir hüküm yoksa, hâkimin iştirak nafakasına ilişkin düzenlemeleri

re'sen yapması gerekir ¹²⁰. Taraflar boşanma sonucu iştirak nafakası talep edilemeyeceğine dair sözleşme imzalamış olsalar dahi, hâkim çocukların menfaatinin zarar göreceğine dair kanaate vardığı takdirde, protokolde değişiklik yapmaları gerekliliği hususunda taraflara açıklamada bulunarak protokolü onaylamaktan kaçınmalıdır ¹²¹.

Hâkim iştirak nafakasına talep olmadan da karar verir. Yargıtay'ın aksi yöndeki uygulamasına rağmen ¹²², çocuk kendisine bırakılan eş, çocuk için nafaka talep etmediğini beyan etmiş olsa bile, çocuğun menfaati gerektiriyorsa, hâkim re'sen iştirak nafakasına hükmeder ¹²³.

TMK m. 182/3'te, irat biçiminde, genellikle aylık olarak ödenmesine karar verilen nafakanın, talep edilmesi halinde, hâkim tarafından sonraki yıllarda ne miktarda ödeneceğine de karar verebileceği hükmü bağlanmıştır. Başlangıçta belirlenen nafaka miktarı, sonradan değişen koşullara bağlı olarak arttırılabilir, azaltılabilir veya tamamen kaldırılabilir. İştirak nafakasının boşanma davasında talep edilmemiş olması, daha sonra ayrı bir dava ile ileri sürülmesine engel değildir ¹²⁴.

TMK m. 328/2 hükmü, istisnai bir düzenlemedir. Anılan düzenlemeye göre; "*Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.*" Doktrinde bu nafakaya eğitim nafakası da denilmektedir ¹²⁵. Bu ifadenin Yargıtay tarafından da benimsendiği görülmektedir ¹²⁶. TMK m. 328/2 uyarınca ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için çocuğun eğitime devam ediyor olması ve nafaka ödemenin anne ve babadan beklenebilir olması gerekmektedir. Beklenebilirliğin tespiti, yalnızca anne-babanın ekonomik güçleri değil, onların çocukla olan kişisel ilişkileri de dikkate alınmalıdır ¹²⁷. Bundan başka çocuğun aldığı eğitimin türü, niteliği ve süresinin de anne-baba tarafından nafaka ödenmesinin beklenebilir

112- Ceylan, Ebru: "İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 133, Kasım 2017, s. 301.

113- Sonat, K. Ali: "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 243; Ceylan, s. 301.

114- Ceylan, s. 323; Erdem, s. 184.

115- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 149.

116- Yargıtay 2. HD., 09/05/2011 T., 2010/7445 E.-2011/7958 K.; Ceylan, s. 309, dn. 38.

117- Ceylan, s. 310.

118- Ceylan, s. 323.

119- Atmaca, Ülkü Hande: "Boşanma Protokolünün Zorunlu İçeriği (Kurucu Unsurlar)", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 11, Haziran 2020, s. 69.

120- Keskin, s. 147.

121- Atmaca Ülkü, s. 70.

122- Yargıtay 2. HD., 23/12/2013 T., 2013/18180 E.-2013/30359 K.; (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 149, dn. 319a.

123- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 149.

124- Yargıtay 2. HD., 10/01/2005 T., 2004/14860 E.-2005/176 K.; Erdem, s. 184.

125- Türkmen, Ahmet: "Eğitim Nafakası (TMK md. 328/II)", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Cilt:8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 2709.

126- Yargıtay 2. HD., 10.7.2014 T., 2013/5850 E.-2013/16116 K.: "...hükmedilen nafakanın "yardım nafakası" değil, "eğitim nafakası" (TMK md. 328/2) olduğunun anlaşılmasına göre..."; Birinci Uzun, Tuba: "Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 93, dn. 8.

127- Türkmen, s. 2725.

nitelikte olması gerekir¹²⁸. Durum ve koşulların hâkim tarafından takdiri, her somut olay bakımından farklı özellik gösterecektir¹²⁹. Beklenebilirlik koşulu, açılan davada hüküm tarihine en yakın tarihteki duruma göre belirlenmelidir. Bu anlamda, anne-babanın ekonomik durumunun kendilerinden nafaka ödemesinin beklenebilir olup olmadığının tespitinde veya çocuğun ana babasıyla olan kişisel ilişkilerinde bu zaman esas alınmalıdır¹³⁰.

Çocuğun makûl süre içinde meslekî eğitimini tamamlayamaması halinde, eğitim nafakası, anne-baba tarafından nafaka ödenmesi beklenebilir nitelikte olmadığından kaldırılabilir. Böyle bir durumda koşulları varsa, ergin çocuk ancak yardım nafakası talebinde bulunabilir¹³¹.

Eğitim gerekçesine dayanan nafaka davası, bizzat eğitime devam eden ergin çocuk tarafından açılabilir. Eğitime devam eden ergin çocuğa ekonomik olarak destek olan anne veya babadan biri, diğerine karşı bu davayı açamaz¹³². Bu dava, anne veya babadan yalnızca birine karşı açılabilir gibi, her ikisine karşı da açılabilir¹³³.

Önemle belirtmek gerekir ki; ergin olmayan çocuk için ödenen iştirak nafakasının, çocuğun ergin olması halinde, kendiliğinden eğitim nafakasına dönüşmesi ve eğitim nafakası olarak devam etmesi mümkün değildir^{134 135}. İştirak nafakası ayrıca bir mahkeme kararı olmaksızın çocuğun ergin olmasıyla kendiliğinden ortadan kalkar; eğitimi devam eden ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi içinse, mutlaka ergin çocuk tarafından bir nafaka davası açılmış olması gerekir¹³⁶.

4. Boşanma Halinde Çocuğun Soyadı

Öğretide hâkim olan ve tarafımızca da benimsenen görüşe göre; boşanma, ebeveynler arasında evlilik birliği devam ederken doğan ortak çocuğun soyadında değişikliğe yol açmaz; çocuk, anne ve babasının evli olduğu sırada sahip oldukları aile soyadını, evlilik sona erdikten sonra da taşımaya devam eder. Zira, çocuğun soyadı, mevcut yasal düzenlemeler uyarınca velâyete göre değil,

soybağına göre belirlenir¹³⁷. TMK m. 321 hükmünün öngördüğü kural, evlilik herhangi bir sebeple sona erdikten sonra da uygulama alanı bulur. Buna göre, boşanma sonrası çocuk üzerindeki velâyet hakkı kendisine bırakılan anne, çocuğun soyadını velâyet hakkına dayalı olarak açacağı bir soyadı değiştirme davasıyla kendi soyadıyla değiştiremez¹³⁸.

Buna karşılık azınlıkta kalan diğer görüşe göre; TMK m. 321'in boşanma sonrasına ilişkin bir menfi çözüm öngörmediğini ve bu nedenle boşanma durumunda çocuğun soyadının ne olacağı konusunda örtülü bir kanun boşluğunun var olduğunu ve boşanma sonrası velâyet hakkını elinde bulunduran annenin, çocuğun soyadını velâyet hakkına dayalı olarak açacağı bir soyadı değiştirme davası ile kendi soyadı ile değiştirebileceğini savunmaktadır¹³⁹.

Öğretide ilk görüşü savunan yazarlardan bazılarınınca TMK m. 27'de düzenlenen soyadı değişikliğini talep hakkının nispi şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hak

137- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150-151; Oktay Özdemir, Saibe: "Soyadı İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk 2019 Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2032; Özen, Burak: "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması (Çocuğun Soyadı)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı: 3-4, 2010, s. 185; Işıntan, Pelin: "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Ocak 2012, s. 277 vd.; Acabey, M. Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 500; Yücel, s. 231-232; Başoğlu, Başak: "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 2017, s. 360-361; Öcal Apaydın, Bahar: "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2015, s. 454-455; Birinci Uzun, Tuba: "Aile Soyadı Çıkmazı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2016, s. 117; Yıldız, Ceren/Demir, Nazlı Hilal: "Ayten Yıldırım Başvurusu Işığında Babanın veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yararı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 434; Doğan, Büşra: "Çocuğun Soyadı Meselesine Dair Verilen Güncel Yargı Kararları Üzerine Bir İnceleme", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 1081-1082; Germeç, Mahir Ersin: "Çocuğun Soybağı ve Soyadı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 67, Mart 2012, s. 68.

138- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150.
139- Baş Sözel, Ece/Kurtulan, Gökçe: "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 135, Kasım 2015, s. 85; Pehlivan, Mehmet Gökhan: "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, 2016, s. 826.

128- Türkmen, s. 2725.

129- Türkmen, s. 2725; Birinci Uzun, Yardım Nafakası, s. 97; Sonat, s. 262.

130- Türkmen, s. 2725.

131- Türkmen, s. 2758.

132- Yargıtay 2. HD., 23.1.2007 T., 2012/12505 E.-2013/233 K.; Yargıtay 2. HD., 22.10.2013 T., 2013/10251 E.-2013/23928 K. sayılı ilâmlar için bkz. Birinci Uzun, Yardım Nafakası, s. 98, dn. 39.

133- Birinci Uzun, Yardım Nafakası, s. 98.

134- Birinci Uzun, Yardım Nafakası, s. 99-100.

135- Yargıtay 2. HD., 17/02/2016 T., 2015/447 E.-2016/2843 K.; <https://www.kazanci.com.tr/>; E.T. 08/05/2021.

136- Birinci Uzun, Yardım Nafakası, s. 100.

olduğu; bu nedenle ayırt etme gücüne sahip olan velâyet altındaki çocuk adına, velâyet hakkını elinde bulunduran annenin mekzur hükme dayanarak soyadı değişikliği davası açma hakkının bulunmadığı, boşanma sonrası velâyete sahip olan annenin, ancak haklı bir sebebin bulunması halinde, ayırt etme gücü olmayan küçük çocuk adına yasal temsilcisi sıfatıyla soyadı değiştirme davası açabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰. Buna karşılık, ilk görüşü savunan yazarlardan diğer bir kısmı, velâyet altındaki çocuğun ayırt etme gücü olup olmadığı hususunda herhangi ayırım yapmaksızın, velâyet hakkını elinde bulunduran annenin, TMK m. 27'ye dayalı olarak soyadı değişikliği davası açabileceğini savunmaktadır¹⁴¹. Biz de, soyadı değişikliği davasının nispi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması münasebetiyle, ilk görüşün daha isabetli olduğunu, bu anlamda varılacak olan sonucun, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına göre değişeceğini düşünmekteyiz.

Öğretideki tüm bu tartışmalar bir yana, uygulamada da boşanma sonrası velâyet altındaki çocuğun soyadı meselesi, tam olarak netliğe kavuşmuş değildir. Bu konuya ilişkin olarak ele alınması gereken ilk karar, Anayasa Mahkemesinin 08/12/2011 Tarih ve 2010/119 E.-2011/165 K. sayılı kararıdır¹⁴². Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla yaptığı inceleme sonucunda: "... Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velâyet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velâyet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir." gerekçesiyle 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı, soyadının velâyete bağlı bir hak olarak kabul edilmiş olması ve uygulama alanı kalmamış olan bir hükmün Anayasaya aykırı bulunarak iptali yönleriyle

öğretide yoğun eleştirilere uğramıştır¹⁴³. 2015 yılında bu konu, Anayasa Mahkemesi önüne tekrar (bu sefer bireysel başvuru yoluyla) getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 25 Haziran 2015 tarihli ve 2013/3434 başvuru sayılı kararında¹⁴⁴, velâyet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velâyet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velâyet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velâyet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velâyet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vererek çocuğun soyadının velâyete bağlı bir hak olduğu yönündeki tavrını devam ettirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası Yargıtay, annenin, çocuğu üzerindeki velâyet hakkına dayanan soyadı değişikliği taleplerini uzun süre reddetmiştir. Yargıtay HGK, 13.3.2015 T., 2013/18-1755 E.-2015/1039 sayılı ilâmında¹⁴⁵ özetle şu hususlara işaret edilmiştir: "Uyuşmazlık; eşinden boşanan kadının, evlilik birliği içerisinde doğan ve velâyeti kendisine ait olan küçük çocuğunun; boşandığı kocasının değil kendisinin soyadını kullanmasına ya da her iki soyadını birlikte kullanmasına izin verilip verilemeyeceğine ilişkindir. Somut olayda soyadının değiştirilmesi istenen çocuğun doğum günü olan tarihte çocuğun anne ve babası resmen evlidir. Çocuk evlilik içinde doğmuştur ve Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre babanın soyadını almıştır. Çocuk reşit oluncaya kadar veya baba Türk Medeni

140- Özen, s. 193-194; Acabey, s. 500; Birinci Uzun, Aile Soyadı Çıkmazı, s. 117; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 151.

141- Yücel, s. 235-236; Ayan, Serkan: "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 16, Yıl: 2012, s. 30.

142- Anayasa Mahkemesi'nin 08/12/2011 Tarih ve 2010/119 E.-2011/165 K. sayılı kararı için bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/165?Donemler_id=2&EsasNo=2010%2F119&KararAramaRaporu=1; E. T. 09/05/2021.

143- Işıntan, s. 277-278; Germeç, s. 69; Yıldız/Demir, s. 100; Ayan, s. 68; Öcal Apaydın, s. 454; Oktay Özdemir, Soyadı, s. 2032; Başoğlu, s. 355.

144- Karar içi bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3434>; E. T. 09/05/2021.

145- Karar için bkz. <https://www.kazanci.com.tr/>; E. T. 09/05/2021.

Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulları kanıtlayarak soyadını değiştirmedikçe soyadı değiştirme mümkün değildir. Sadece boşanma ve velâyet hakkı anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermez.¹⁴⁶ Ancak Yargıtay son dönemde verdiği kararlarında Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlarına ve 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 nolu Protokol"ün 5. maddesine atıfla içtihat değişikliğine giderek velâyet hakkına sahip olan annenin çocuklarının soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesine ilişkin taleplerini çocuğun üstün yararının var olması halinde kabul etmiştir¹⁴⁷.

Uygulamadaki tüm bu farklılıklar ve doktrinindeki görüş ayrılıkları karşısında biz de, bazı yazarlarca dile getirilen, mevcut yasal düzenlemelerin velâyet altındaki çocuğun soyadına ilişkin hukuki ihtilafları çözmekten oldukça uzak olduğu, bu nedenle bu düzenlemelerin kanun koyucu tarafından acilen tekrar kaleme alınması gerektiği kanaatini paylaşmaktayız¹⁴⁸.

SONUÇ

Boşanma kararının fer'i bir sonucu olarak velâyetin düzenlenmesi gerekir. Hâkim, bu düzenlemeyi 4721 sayılı TMK m. 182/1 uyarınca re'sen yapar. Velâyetin kendisine bırakılmadığı eş bakımından, her ne kadar sırf anne ve baba olmaya bağlı olan hak ve görevler devam etse de, velâyete bağlı olan hak ve görevler sona erer¹⁴⁹.

Boşanma sonrası birlikte velâyet kavramı, çocuğun boşanma yüzünden yaşadığı travmayı azaltmak ve zaten parçalanmış olan ailenin bir kez daha parçalanmasının önüne geçmek için ileri sürülen bir düşünce olup, 20. yüzyılda tek başına velâyete en iyi alternatif olarak ortaya çıkmıştır¹⁵⁰. Yargıda ortak velâyet kurumu yakın zamana kadar adeta bir tabu olarak algılanmış; bunun sonucunda, yabancı mahkemelerin ortak velâyete ilişkin kararlarının tenfizine dair talepler dahi, kamu düzenine aykırı bulunarak reddedilmiş ve bu kararların temyiz talepleri de Yargıtay tarafından aynı gerekçelerle

reddedilmiştir. Ancak İzmir 4. Aile Mahkemesi, 2009 yılında verdiği bir kararda, boşanmadan sonra velâyeti birlikte kullanmak isteyen ebeveynlerin talebini kabul etmiş ve böylece boşanmadan sonra ortak velâyetin Türk hukukunda uygulamada da hayata geçmesini sağlayacak ilk adım atılmıştır. Ardından 2017 senesinde Yargıtay, somut olaya uygulanması gereken yabancı hukuk sistemindeki ortak velâyet düzenlenmesinin ve ortak velâyet çözümünü öngören yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısını ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığı yönünde kararlar vererek önceki içtihadından ayrılmıştır. Bu gelişmelerden sonra Türk hukukunun uygulandığı ihtilaflarda da ortak velâyetin önünü açan kararlar verilmeye başlanmıştır¹⁵¹.

Kaatimizce; boşanma, ebeveynler arasında evlilik birliği devam ederken doğan ortak çocuğun soyadında değişikliğe yol açma gerekçesi olamaz; çocuk, anne ve babasının evli olduğu sırada sahip oldukları aile soyadını, evlilik sona erdikten sonra da taşımaya devam eder. Zira, çocuğun soyadı, mevcut yasal düzenlemelere göre; velâyete göre değil, soybağına göre belirlenir. TMK m. 321 hükmünün öngördüğü kural, evlilik herhangi bir sebeple sona erdikten sonra da uygulama alanı bulur. Buna göre, boşanma sonrası çocuk üzerindeki velâyet hakkı kendisine bırakılan anne, çocuğun soyadını velâyet hakkına dayalı olarak açacağı bir soyadı değiştirme davasıyla kendi soyadıyla değiştiremez¹⁵².

KAYNAKÇA

Acabey, M. Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 493-512.

Apaydın, Eylem: "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı:1, Yıl: 2018, s. 445-476.

Atmaca, Ülkü Hande: "Boşanma Protokolünün Zorunlu İçeriği (Kurucu Unsurlar)", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 11, Haziran 2020, s. 57-89.

Ayan, Serkan: "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 16, Yıl: 2012, s. 19-90.

Aybay, M. Erdem/Şen, C. Bülent: "Madeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velâyet Sorunu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 589-615.

Baş Süzel, Ece/**Kurtulan**, Gökçe: "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", Bahçeşehir

146- Bu doğrultudaki diğer Yargıtay kararlarından bazıları şunlardır; HGK, 19/06/2015 T., 2013/18 -2352 E.-2015/1710 K.; HGK, 25/12/2013 T., 2013/18-464 E.- 2013/1698 K.; <https://www.kazanci.com.tr>, E.T. 09/05/2021.

147- Yargıtay 2. HD., 11/03/2021 T., 2021/1042 E.-2021/2206 K.; Yargıtay 2. HD., 18/02/2021 T., 2020/5434 E.-2021/1492 K.; Yargıtay 2. HD., 27/01/2021 T. 2020/6302 E.-2021/641 K.; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> YargıtayBilgiBankasıIstemciWeb, E.T. 09/05/2021.

148- Yücel, s. 250; Başoğlu, s. 373; Öcal Apaydın, s. 457; Ayan, s. 81; Birinci Uzun, Aile Soyadı Çıkmazı, s. 123.

149- Yücel, s. 82-83.

150- Kahraman, s. 16 (naklen; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, s. 72).

151- Çelebi, s. 62.

152- Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 135, Kasım 2015, s. 77-90.

Başıoğlu, Başak: "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 2017, s. 351-378.

Belgin Güneş, Derya: "7343 Sayılı Kanun'da Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Geçiş Hükümleri", <https://blog.lexpera.com.tr/7343-sayili-kanunda-cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliskiler-kurulmasinadair-ilamlarin-ve-tedbir-kararlarinin-yerine-getirilmesine-iliskin-gecis-hukumleri/>, E. T. 01/06/2022.

Bingöl, Ediz: "Boşanmış Çiftlerin Ortak Velâyet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Mart 2014, s. 276-312.

Birinci Uzun, Tuba: "Aile Soyadı Çıkması", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2016, s. 97-137.

Birinci Uzun, Tuba: "Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 89-125.

Birinci Uzun, Tuba: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2016, s. 135-166.

Ceylan, Ebru: "İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 133, Kasım 2017, s. 299-324.

Çelebi, Özgün: "Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 1, 2021, s. 27-77.

Demir, Remzi: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 42, Yıl: 2020, s.169-195.

Doğan, Büşra: "Çocuğun Soyadı Meselesine Dair Verilen Güncel Yargı Kararları Üzerine Bir İnceleme", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 1043-1085.

Dönmez, Ünsal/**Barın**, Taylan: "Boşanma Sonucunda Birlikte Velâyetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 35, Temmuz 2018, s. 175-210.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku-Cilt III-Aile Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2021.

Elçin, Evgen Gülçin: "Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 35, Sayı: 1, 2015, s. 97-102.

Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, B. 2, Ankara 2019.

Erlüle, Fulya: "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3-4, Yıl: 2010, s. 217-248.

Erlüle, Fulya: "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velâyetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret

Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, Yıl: 2018, s. 259-284.

Gayretli Aydın, Seda: "7343 Sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velâyetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 187, Mart 2022, s.15-34.

Gençcan, Ömer Uğur: "Çocuk ve Hukuk: Üçüncü Oturum: Aile Hukuku ve Çocuk : Boşanma ve Velâyet Hukukuna İlişkin Sorunlar", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 20, Temmuz 2011, s. 6-15.

Gençcan, Ömer Uğur: "Ortak Velâyet", İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 24-30.

Germeç, Mahir Ersin: "Çocuğun Soybağı ve Soyadı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 67, Mart 2012, s. 65-70.

Gülgösteren, Zeynep Ayza: "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 157-180.

İşintan, Pelin: "Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velâyet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Şeçme Hakkı Mevcut Mudur?", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Ocak 2012, s. 265-279.

İnce, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 34, Nisan 2018, s. 189-230.

Kelly, Joan B./**Birinci Uzun**, Tuba: "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Anlamını Arayan Bir Kavram", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 147, Kasım 2016, s. 181-192.

Keskin, Alper: Boşanma Davaları, 1. Baskı, Ankara 2017.

Kiremitçi, Müge: "Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velâyet ve Toplumsal Bakış Açısı", B. 1, İstanbul 2015.

Kurt, Leyla Müjde: "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 157-186.

Oktay Özdemir, Saibe: "Soyadı İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk 2019 Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2017-2032.

Öcal Apaydın, Bahar: "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2015, s. 425-458.

Özen, Burak: "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması (Çocuğun Soyadı)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı: 3-4, 2010, s. 171-194.

Öztan, Bilge/Öztan, Fırat: "Boşanmada Birlikte Velâyet ve Birlikte Velâyetin Uygulanmasına İlişkin Modeller", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 2569-2608.

Öztan, Fırat/Öztan, Bilge: "Boşanmada Velâyetin Tevdii", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Ekim 2016, s. 473-495.

Öztürk Almaç, Tuğçe: "Aile Arabuluculuğunda Ortak Velâyetin Tesis Edilebilirliği", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 159, Kasım 2019, s. 2188-2193.

Pehlivan, Mehmet Gökhan: "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velâyet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, 2016, s. 793-829.

Reyhani Yüksel, Sera: "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1539-1556.

Reyhani Yüksel, Sera: Velâyet Hakkı ve Anayasal Sınırları, B. 2, İstanbul 2020.

Serdar, İlknur: "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, Yıl: 2007, s. 739-781.

Sonat, K. Ali: "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 235-291.

Türkmen, Ahmet: "Eğitim Nafakası (TMK md. 328/II)", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt:8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 2707-2764.

Uzun Kazmacı, Özge: "Evlilik Dışında Velâyetin Birlikte Kullanılması", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2018, s. 171-186.

Yıldız, Ceren/**Demir**, Nazlı Hilal: "Ayten Yıldırım Başvurusu Işığında Babanın veya Annenin Soyadı Karşısında 'Çocuğun Üstün Yararı' Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, Mart 2018, s. 429-435.

Yılmaz, Canan: "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni", Cilt: 35, Sayı: 1, 2015, s. 103-141.

Yücel, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velâyet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, 1. Baskı, İstanbul 2018.

Diğer Kaynaklar

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020090202192_tur.pdf

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3434>

<https://www.kazanci.com.tr/>

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/165?Donemler_id=2&EsasNo=2010%2F119&KararAramaRaporu=1



BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA ARAMA, KOPYALAMA VE EL KOYMA (CMK MADDE 134)

Stj. Av. Aykut YAVUZ

I. Giriş

Makalemin ilk bölümde bilgisayar, dijital veri, dijital delil, bilgisayar kütükleri kavramları kısaca açıklanarak değinilecektir. İkinci bölümde ise makalemin temel konusu olan Türk hukukunda bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma koruma tedbirine ilişkin kanun maddesi üzerinde durulacak, maddenin uygulama alanı ve hangi durumlarda kanun koyucu bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine el konulmasına izin verdiğini ve Türk hukukunda düzenlenmiş bu maddenin Fransız hukuku kaynaklarında nasıl ele alındığı husususun da kısa bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134'üncü maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nun 134'üncü maddesinde düzenlenen bu koruma tedbiri, CMK'nun 116 ve 123'üncü maddelerinde düzenlenen "arama" ve "el koyma" koruma tedbirlerinin özel bir şeklini oluşturmaktadır.¹

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda ve başta türlü delil etme imkanının bulunmaması halinde, hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılabilir, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılabilir ve bu kayıtlar çözülerek metin haline getirilebilir (CMK 134/1)²

1- YAŞAR /DURSUN "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Koruma Tedbiri" MÜHF - HAD, C. 19, s.1-2

2- ÜNVER /HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Ankara 2018.s.409

Maddi gerçeğe ulaşmak için CMK 134 maddesi cumhuriyet savcısına maddenin belirttiği koşullar çerçevesinde şüphelinin bilgisayarına, bilgisayar programlarında arama, kopyalama ve elkoyma hakkı vermektedir. Bu koşullar gerçekleşmezse bilgisayarda herhangi bir işlem yapılmasına, el konulmasına izin vermemektedir.

Teknoloji bu kadar gelişmediği ve bilgisayarın bu kadar kullanılmadığı dönemlerde deliller daha çok kağıt üzerindeydi ancak günümüzde Bilgisayar ve çeşitli ara birimleri olsun veya kütükleri olsun buna benzer platformlar da suç delili barındırdığı artık günümüzde aşikardır.

Önceki dönemlerde delil araştırmalarında kağıt dokümanlar talep edilmekteydi, muhakeme sürecinde soruşturma ve kovuşturma görevi yapan hakim ve savcılar da, bu "kağıt sistemi"ni uygulamaktaydılar. Fakat teknoloji geliştikçe ve suç işlenmesinde bilişim sistemlerinin de yoğun bir biçimde kullanılmasından dolayı artık sadece kağıt değil, bilişim sistemlerinde ve bunların parçalarında yapılacak incelemeler gündeme gelmiştir.³

II. Temel kavramlar

A- Bilgisayar ve Bilgisayar kütükleri

Bilgisayar'ın İngilizce de karşılığı "computer", Fransızca da ise "ordinateur" olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle bilgisayarın tanımını yapmakta yarar buluyoruz, şöyle ki "Bilgisayar, kendisine işlediğimiz bilgileri istediğimizde saklayabilen, istediğimizde geri verebilen cihaza denir."⁴

CMK'nun 134. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapabileceğinden bahsediyor, peki bilgisayar kütüğünden kastedilen ne olduğuna açıklık getirmek adına İngilizce "database" olarak bilinen kavramın karşılığı olan "veri tabanı" olduğunu, verilerin saklandığı yerler kastedilmektedir.⁵

Veri tabanı kavramı belki yetersiz kalabilir, bilindiği gibi artık günümüzde bulut sistemleri de var, Google Drive gibi bilgilerin bulut alanları da var, Google sunucusu, taşıyıcı bellekler de bu kapsama girdiği kanaatindeyiz. Bilindiği gibi artık tüm veriler sadece bilgisayarda saklanmamaktadır, kilometrelerce uzakta olan 'server'lerde de muhafaza edilmektedir, ayrıca elektronik posta ile başka bir posta kutusuna gönderilmektedir. O nedenle bilgisayar kütüğü tüm bu kavramları kapsamı gerektiğini düşünmekteyiz ve hakim ve savcıların bu alanlara da erişim yetkisi ve suç barındıran dijital delillerde arama ve el koyma hakkı olması gerektiğini düşünmekteyiz.

3- ÖZEN, ÖZÖK "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)", HAKEMLİ, s.1

4- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar>

5- <http://fatihberber.com/bilgisayar-kutugu-ne-demektir/>

B- Dijital Delil ve CMK'daki yeri ve önemi

Dijital Delil kavramı incelediğimizde şöyle bir tanım karşımıza çıkmaktadır; "Bilişim sistemlerinin veya bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutma yetisine sahip elektronik cihazların veri depolama medyaları üzerinde bulunan yahut bu medyalar üzerinden geçen, suç ile ilgili delil niteliği taşıyabilecek ve suçun aydınlatılmasını sağlayacak verilerdir."⁶

Paris Hukuk Fakültesi'nde (Faculté de droit de Sceaux) meydana gelen bir hukuk panelinde dijital verilerin gerekliliğine vurgu yapmaktadır ve sayısal bir ortamda ihlallerin kanıtlanması hem soruşturma hizmetleri hem de yargı için yeni zorluklar doğurduğundan bahsedilmiş ve dijital kanıtlarda adalet ilkesi, bilgisayar incelemelerinin artık akıllı telefonlara, USB belleklere, dijital veri barındıran tüm aygıtların, cihazların önemini altını çizmektedir ve stoklanan verilerin uzakta bulunan 'server'ler de olabileceği ihtimaline de değinmektedir.⁷

CMK madde 134/5 'de aslında söz edilen "sistemdeki veriler"den kastı bu dijital delillere ulaşılmasını sağlayacak veriler olduğu kanaatindeyiz "Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir." (CMK 134/5). Ancak bu kanun koyucunun bu kavramı biraz daha detaylandırması belki uygulama alanını daha da genişletebilir düşüncesindeyiz.

Kanun koyucu bu verilere el koyma yetkisi de veriyor bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi durumunda

"Bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereklere el konulabilir." (CMK 134 /2). O nedenle gerçeğe ulaşmak için bu veriler, dijital deliller büyük önem arz etmektedir ancak hangi koşullarda kanun bu verilere ulaşılmasına, el konulmasına izin verdiğini üçüncü başlığın inceleme konusu olacaktır.

III. CMK 134'üncü maddenin incelenmesi

A- CMK 134 'de anlatılan Koruma Tedbirine ilişkin Genel Bilgiler

CMK 134'de yasa koyucu bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli suç sebeplerinin varlığı ve başka surette delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin mevcudiyeti

6- <http://fatihberber.com/dijital-delil-nedir/>

7- <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/penal/procedure-penale/23385/la-preuve-numerique-penale-a-l-epruve-de-la-loyaute>

ve başka surette delil etme imkanının bulunmaması halinde Cumhuriyet savcısının istemi ile şüphelinin kullandığı bilgisayar ve programlarına ile bilgisayar kütüklerine arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların incelenerek, çözülerek metin haline getirilmesine karar verilebileceğini anlatıyor.⁸

Hakimin res'en araştırma yükümlülüğü bulunduğu için yargılama devam ederken bilgisayarda arama, kopyalama, el koyma yaptırmasına engel olunamaz.⁹

Fransız Hukuku Ceza Muhakeme Kanunu madde 56 fıkra 1 ve 2 'de dijital kanıtlardan söz etmektedir ve bir değişiklik ile dijital kanıtların da kağıda yazılı kanıt gibi ele alınması gerektiğinden söz etmektedir ve aynı kanun maddesinin 3 üncü fıkrasında ise adli kolluk kuvvetinin bu verilere el koyma yetkisi veriyor ¹⁰ Yine aynı maddede suçüstü halinden de bahsetmektedir (Perquisitions en flagrant délit -Article 56 du Code Pénale)

B- Şüphelinin bilgisayarında arama, kopyalama ve el koyma koşulları 1- Şüphelinin varlığı

CMK 134 ancak kuvvetli şüphe olduğunda, yani mevcut delillere göre muhakeme sonunda sanığın mahkûm olma ihtimali çok kuvvetli olma durumu mevcut ise " kuvvetli şüphe "den söz edilmektedir. ¹¹ Suçüstü de kuvvetli şüphe durumuna girmektedir, örneğin şüphelinin kaçarken bilgisayarındaki verileri yedeklerden, taşıyıcı belleğine (usb belleği) aktarırken yakalanması durumunu gösterebiliriz veya o an elektronik posta ile dijital delili dosya halinde başka bir kişiye veya bulut alanına yedeklerden yakalanma durumu gibi.

"CMK md.116'da aranan makul şüpheden farklı olarak daha katı ve sert bir şartın var olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Yasa Koyucu, CMK md.134'ün uygulaması bakımından kuvvetli şüphe aranması gerektiği yönünde tercihinin açık bir şekilde ortaya koymuştur."¹²

2- Bilgisayarın şifresinin çözülmemesi

"Araç ve gereçlerin kural olarak el konularak

bulunduğu yerden alınması mümkün değildir."¹³

Fakat bilgisayarın şifrelenmesinden dolayı içindeki verilere ulaşılamaması durumunda yasa koyucu şüphelinin bilgisayarına, araç ve gereçlerine el koyma yetkisi vermektir (CMK 134/2) ancak şifre çözülebilirse ve gerekli verilerin kopyalanması sağlanırsa bilgisayar zaman kaybetmeden iade edilmesi gerekmektedir. (CMK 134/2).

Bu verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir (CMK 134/5) ve şüphelinin de istemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak kendisine veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.(CMK 134/4).

3- Başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması

Yasa koyucu CMK 134 /1'de bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinden söz etmektedir. Ancak bu koşulda şüphelinin bilgisayarına ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyabilmektedir.

Maddenin bu birinci fıkrası Anayasa ve Siber Suçlar Sözleşmesi'ne uygun hazırlanmış ve "başka bir delil elde etme imkânının bulunmaması" ön şart olarak düzenlenmiştir.¹⁴

Bilgisayarın üçüncü kişiye ait olması durumunda veya kovuşturma aşamasında bilgisayarda inceleme yapılması mümkün müdür, değildir midir? Anayasa md.13'e göre kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getirilebilmesi ancak kanunla mümkün olabileceğinden, CMK m.134'de üçüncü kişiye ait bilgisayarda inceleme yapılabilmesi ve kovuşturma aşamasında bilgisayarın aranıp kopyalanması öngörülüyor fakat bilgisayara soruşturma aşamasında el konulması durumunda buradan elde edilen verilerin kovuşturma aşamasında tartışılıp incelenmesi ve bunun için bilirkişiden delil değerlendirme raporunun alınması mümkün olmaktadır.¹⁵

4 - Kararın verilmesi

Şüphelinin bilgisayarına ve gereçlerinde arama, kopyalama yapılabilmesi ve el konulması belli şartlara bağlı olduğunu yukarıda inceledik ancak bu kararın verilmesi süresi ne şekilde işlediğini

8- Gökçen/ Balcı/Alşahin/ Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 16.Ankara 2017. s. 149

9- Gökçen/ Balcı/Alşahin/ Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 16.Ankara 2017. s. 150

10- <https://www.senat.fr/rap/a02-351/a02-35114.html>

11- Gökçen/ Balcı/Alşahin/ Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 16.Ankara 2017. S.11

12- ÖZMESTİK "Bilişim sistemleri üzerine arama ve El koyma tedbirine ilişkin mevzuat ve uygulamada yaşanan sorunlar", s.69

13- Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 5.İstanbul 2017 s. 351

14- YAVUZCAN "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve El Koyma (CMK 134)" s.1

15- <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2075545-bilgisayarda-arama-kopyalama-ve-elkoyma>

anlamamız için yine CMK 134 /1 bize yol göstermektedir.

CMK 134 'de söz edilen koruma tedbirine yalnızca soruşturma evresinde başvurulabilecektir hakim veya mahkeme tarafından resen tedbirin uygulama alanı bulması mümkün olmayıp, Cumhuriyet savcısının istemi gerekmektedir. Özel hayata gizliliğe doğrudan müdahale edilen bu yönetime başvurulabilmesi, diğer tüm olanaklara başvurulmuş olması ve fakat son çare olarak bu yola başvurulmasının zorunlu olmasına bağlı olup, tedbirin konulmasına ancak hakim tarafından karar verilebilmektedir.¹⁶

Dosyada soruşturması tamamlanmış ve kovuşturma aşamasında gelmiş ise, kanaatimizce CMK 134/1 gereğince arama ve el koyma kararı verilemez.

Diğer taraftan, Özel hayatın gizliliği ile ilgili 1982 Anayasası'nın 20. maddesini unutmamamız gerekiyor:

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

O nedenle hakim kararı usulüne göre verilmiş olmalıdır, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve el konulamaz.¹⁷

Bu tedbirle birçok kişisel veriye ulaşılması da mümkün olmaktadır ve kişinin kendisine ait olan bilgiler hakkında karar verme ve belirleme yetkisi bulunmaktadır.¹⁸

Unutulmaması gereken önemli bir husus ise Anayasanın 13. maddesine göre, kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getirilebilmesi ancak kanunla mümkün olabileceğidir.

Göz ardı edilmemesi gereken diğer bir husus ise Kişisel Verileri Koruma Kanunundaki hükümlerdir ve bu çizgiye de dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyoruz çünkü dijital veri araştırılırken şüphelinin ailesine ait mahrem bilgilere, özel resimlere de ulaşılabilir.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Maddi gerçeğe ulaşmak için CMK 134 maddesi cumhuriyet savcısına maddenin belirttiği koşullar

çerçevesinde şüphelinin bilgisayarına, bilgisayar programlarında arama, kopyalama ve elkoyma hakkı vermektedir. Bu koşullar gerçekleşmezse bilgisayarda herhangi bir işlem yapılmasına, el konulmasına izin vermemektedir.

Kanun maddesi gayet açık bir şekilde kuvvetli şüphe oluştuğunda yapılacak işlemleri anlatmıştır ancak kanaatimce bazı noktalar açıklığa kavuşturulması gerekiyor özellikle de uygulama alanı bakımından ve kişisel hakların ihlali bakımından biraz daha açıklık getirilmeliydi veya 6698 nolu Kişisel Veri Koruma Kanunun bu alandaki maddelerine atıfta bulunulabilirdi yasa koyucu.

Uygulama alanı bakımından değerlendirmek gerekirse özellikle CMK 134 fıkra 2'de söz edilen "bilgisayar kütükleri" kavramına açıklık getirilmesini düşünmekteyim. Hakkında kuvvetli şüphe oluşan kişinin suç delili oluşturacak dijital verileri sadece kullandığı bilgisayara kayıt etmemiş olabilir ve başka ülkede bulunan sunucuda saklıyor olabilir veya Google Drive gibi bulut sistemine kayıt etmiş olabilir veya elektronik posta ile kendisine ait olmayan başka bir kişinin posta kutusuna göndermiş olabilir. Sosyal medya hesaplarından (Facebook, Whatsaap, Viber vb..) gönderilen mesajlar silinse de sunucuda saklandığı unutulmamalıdır ve uzman kişiler bu verilere ulaşabilmektedir.

Diğer taraftan şüpheli bilgisayarda tarihi de değiştirebilir ve kayıt edilen verilerin çok daha eski tarihe aitmiş gibi gösterebilir, bilişim suçu işleyenlerin sorgulanacak verilerin bilincinde olup gereken tedbiri çok önceden alabilirler ve izleri silebilirler.

Elbet hakim bu süreçte alanında uzman şirket ve teknik kişilerden destek almalıdır ve yasaların bu konuda maddi gerçeğe ulaşmak adına hakim in önünü açmalıdır. Kanun maddesi ne kadar açık olursa suç yoluna girmiş ve o yönde hareket eden şüpheli ile ilgili gerekli dijital verilere ulaşmasına imkân sağlayacağı kanaatindeyim.

Bu hareket alanını genişletirken 6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'na (KVKK) da atıfta bulunarak yapılabileceği düşüncesindeyim.

KAYNAKÇA:

Gökçen/ Balcı/Alşahin/ Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 16.Ankara 2017.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Ankara 2018. Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 5.İstanbul 2017

Fehmi Ünsal ÖZMESTİK "Bilişim sistemleri üzerine arama ve El koyma tedbirine ilişkin mevzuat ve

16- YAVUZCAN "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve El Koyma (CMK 134)"s.1

17- YAVUZCAN "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve El Koyma (CMK 134)"s.1

18- Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, s. 352

uygulamada yaşanan sorunlar", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015

Yusuf YAŞAR, İsmail DURSUN "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri" MÜHF - HAD, C. 19, s. 1-2

Muharrem ÖZEN, Gürkan ÖZOCAK "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)", HAKEMLİ,

Emrah YAVUZCAN "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma (Cmk 134)"

Ersan ŞEN "Bilgisayarda Elkoyma Sorunları" Hukukihaber.net, 2016

ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ:

<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2075545-bilgisayarda-arama-kopyalama-ve->

[elkoyma](#)

<https://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3242>

<https://www.hukukihaber.net/bilgisayarda-elkoyma-sorunlari-makale,4987.html>

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar> https://tr.wikipedia.org/wiki/Dijital_veri

<https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2017-4-page-659.htm>

<https://www.senat.fr/rap/a02-351/a02-35114.html>

<http://fatihberber.com/bilgisayar-kutugu-ne-demektir/>

<https://cahitcengizhan.com/adli-bilisim-forensics-dijital-delilerin-elde-edilmesi-ve-hukuka-uygunlugu/#3>

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/penal/procedure-penale/23385/la-preuve-numerique-penale-a-l-epreuve-de-la-loyaute>

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ordinateur/56358>

BURSA BAROSU İLE ANLAŞMALI ŞİRKETLER

SAĞLIK



- *Acıbadem Sağlık Hizmetleri Ve Tic. AŞ
- *Dünya Göz Hastanesi
- *Pembemavi Tedavi Hizmetleri San. Tic. Ltd.
- *Hayat Hastanesi
- *Medical Park Sağlık Hizmetleri AŞ
- *Medicabil Hastanesi
- *Özel Bursa Anadolu Hastanesi
- *Özel Biyotıp Laboratuvarları
- *Özel Doruk Hastaneleri
- *Romatem Fizik Tedavi Ve Rehabilitasyon Hastanesi
- *Rommer Fizik Tedavi Ve Rehabilitasyon Tıp Merkezi
- *Tham İyi Yaşam Çözümleri Merkezi
- *Vita Fizyoterapi ve Egzersiz Danışma Merkezi

EĞİTİM



- *Bursa Bahçeşehir Koleji
- *Bursa Mentora Özel Dil Okulları
- *Bursa Murat Özel Eğitim Yayıncılık
Gıda San Ve Tic. Ltd.Şti.
- *Özel Ataevler Koleji
- *Özel Ertuğrulkent Öğretim Kurumları
- *Özel İdea Fen Ve Anadolu Lisesi
- *Yoyo Anaokulu



ÇEŞİTLİ

- *Artıç Otel
- *Chillbox Parkora Bursa Şubesi
- *Çiçek Izgara Özlüce Şubesi
- *Ezgi Kitabevi
- *Kafkas Kestane Şekeri&Pastane&Cafe&Restorant
- *Mng Kargo Yurt İçi Ve Yurt Dışı Taşımacılık AŞ
- *Nettel İletişim Elektronik İnşaat Ltd.Şti.
- *www.tazminatonline.com
- *Orient Sigorta AŞ
- *Rüzgar Sportif Yatırımlar Ltd.Şti.
- *Uzay Gıda Pasta Şekerleme Tic.San.AŞ
- *Yurtiçi Kargo
- *Suit Ofis Sistemleri Ltd. Şti.

Bursa Barosu

DERGİSİ



DERGİMİZİN
ÖNCEKİ SAYILARINI
www.bursabarosu.org.tr
ADRESİNDEN
OKUYABİLİRSİNİZ!

47 YIL
119 SAYI



bursabarosu



Kır Çiçeklerimiz Solmasın

Çağdaş Eğitim Kooperatifi “Kır Çiçekleri Okusun Diye...” sosyal sorumluluk projemize yapacağınız her bağış kızlarımızın eğitimine destek olacaktır.



HALK BANKASI

ŞUBE	BURSA
ŞUBE KODU	278
IBAN NO	TR61 0001 2009 2780 0043 0001 44

İŞ BANKASI

ŞUBE	BURSA TİCARİ ŞUBE
ŞUBE KODU	2198
IBAN NO	TR30 0006 4000 0012 1980 0261 79

GARANTİ BANKASI

ŞUBE	GÖRÜKLE
ŞUBE KODU	687
IBAN NO	TR89 0006 2000 6870 0006 2947 67

YAPI KREDİ BANKASI

ŞUBE	CUMHURİYET
ŞUBE KODU	452
IBAN NO	TR52 0006 7010 0000 0068 6525 75

