Yıl: 82 • Mayıs 2017 • Sayı: 2
Dört ayda bir yayımlanır
ISSN 1305-757X
HAKEMLİ BİR DERGİDİR

TÜBİTAK ULAKBİM

İZMİR BAROSU 1908

Hakemli Makaleler

Ar. Gör. Esma KIRAÇ
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Av. Fatih KARAMERCAN
Aile Konutunun Özgülenmesi Davasının Haksız İşgal Tazminatına Etkisi (Yorum Yöntemleri Çerçevesinde Y. 1. HD. 25.09.2014, 10603/14850 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)

Remzi DEMİR
Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde Benimsenen Özerklik İlkesini Tıp, Hukuk ve Edebiyat ile Yorumlamak

Doç. Dr. Cenk AKİL
Ar. Gör. Barış MIDIK
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Manevi Tazminat Talebinin Islah Yoluyla Davaya Dahil Edilemeyeceğine İlişkin 15.06.2016 Gün ve 2014/4-1193, 2016/800 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler

Av. Elce TUTAR
Aşırı İfa Güçlüğü

İZMİR BAROSU DERGİSİ

YIL.82 | 2

Makaleler

Prof. Dr. Hasan PETEK
Av. Burak KEÇECİOĞLU
İntörn Hekimlerin Tıbbî Müdahaleleri Sebebiyle Hukukî Sorumluluk

Beyza AKA
Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Hukukî Korunma Yolları

Yargı Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları
Yargıtay Hukuk Dairesi Kararları
Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları
Yargıtay Ceza Dairesi Kararları

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 82 • Mayıs 2017 • Sayı: 2 • Dört ayda bir yayımlanır • ISS N 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ
İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Aydın ÖZCAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ
Av. Nilay ERTEM DURLU

YAYIN KURULU

Av. Sinem TOP
Av. Buket YALÇIN
Av. Sinem HACIEMİNOĞLU
Av. Mehrigül KELEŞ
Av. Alper UYAR
Av. Ali BULUT
Av. A. Şakir UZUN
Av. M. Hakan ERİŞ
Av. Mutlu ÇAKIR
Av. Hakan DİMDİK
Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ

YAYINA HAZIRLAYAN
Umut Fırat GEÇGİL

DANIŞMA KURULU
(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Faruk ACAR (Marmara Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (LefkeAvrupaÜ. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (Ankara Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Mustafa ALP (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA (Marmara Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Murat ATALI (Türk Alman Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR (Yeditepe Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Ü. Hukuk Fak. Mali Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Hacı CAN (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Mesut Hakkı CAŞIN (Özyeğin Ü. Kamu Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Selma ÇETİNER (Girne Amerikan Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Fevzi DEMİR (Yaşar Ü. Hukuk Fak. Kamu Hukuku Bölümü)
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ (Yaşar Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU (Girne Amerikan Ü. Hukuk Fak. Anayasa Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Bahattin Bahadır ERDEM (İstanbul Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yakın Doğu Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ (İstanbul Şehir Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Yaşar GÜRBÜZ (Yeditepe Ü. Kamu Hukuku A.B.D)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (Yaşar Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul Ü. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İstanbul Ü. Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi A.B.D.)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Mali Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Yusuf KILDİŞ (Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Mali Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (Yakın Doğu Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU (Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Serkan ODAMAN (Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Ü. Hukuk Fak. Anayasa Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (Marmara Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN (Ankara Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Meral ÖZKAN (Yaşar Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	(Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL	(Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Bütçe ve Mali Planlama A.B.D.)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Suat SARI	(İstanbul Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI	(Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	(Yaşar Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Melda SUR	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Hukuk ile İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER	(İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	(İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İdare Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Ahmet TÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKOĞLU	(Yaşar Ü. Hukuk Fak. Roma Hukuku ile Hukuk Tarihi A.B.D.)
Prof. Dr. Bilge UMAR	(Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Ayfer UYANIK	(MEF Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	(Yaşar Ü. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Yener ÜNVER	(Özyeğin Ü. Hukuk Fak. Kamu Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT	(Özyeğin Ü. Hukuk Fak. Kamu Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	(Marmara Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER	(Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Müslüm AKINCI	(Kocaeli Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Cenk AKİL	(Antalya Bilim Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Mine AKKAN	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Mustafa AVCI	(Anadolu Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Özge AYAN	(Manisa Celal Bayar Ü. Uygulamalı Bilimler Y.O. Uluslararası Ticaret Bölümü)
Doç. Dr. Serkan AYAN	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Musa AYGÜL	(Ankara Yıldırım Beyazıt Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Gaye BAYCIK	(Ankara Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Herdem BELEN	(Kocaeli Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN	(Akdeniz Ü. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Sezer ÇABRİ	(Kocaeli Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Serkan ÇINARLI	(Manisa Celal Bayar Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Hukuk Bilimleri A.B.D.)
Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	(TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ	(Yaşar Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Rifat ERTEN	(Ankara Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Emel HANAĞASI	(Ankara Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA	(Anadolu Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Nedim MERİÇ	(Akdeniz Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Sevtap METİN	(İstanbul Ü. Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi A.B.D.)
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN	(Ankara Ü. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Cumhur RÜZGARESEN	(Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Anayasa Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ	(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku A.B.D.)
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU	(Hacettepe Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	(Ankara Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Beşir ACABEY	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Özlem ACAR	(İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK	(Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fak. Hukuk Bilimleri A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN	(Kocaeli Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT	(Selçuk Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)

Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	(Kırıkkale Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN	(İstanbul Ü. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Nur BOLAYIR	(Galatasaray Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Ramazan DURGUT	(İstanbul Ü. İşletme Fak. Ticaret Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR	(İstanbul Bilgi Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ	(Akdeniz Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Cemil GÜNER	(Selçuk Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Nalan KAHVECİ	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI	(Anadolu Ü. Hukuk Fak. Roma Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU	(Muğla Sıtkı Koçman Ü. Fethiye İşletme Fak. İşletme A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ	(Maltepe Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. İdare Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN	(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR	(Dokuz Eylül Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fak. Hukuk Bilimleri A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Anayasa Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA	(Çankaya Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER	(Afyon Kocatepe Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fak. Medeni Hukuk A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK	(MEF Ü. Hukuk Fak. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku A.B.D.)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM	(İstanbul Kemerburgaz Ü. Hukuk Fak. Milletlerarası Özel Hukuk A.B.D.)
Dr. Tuba KUTOĞLU	(Medeni Hukuk)
Dr. Meltem ÖZTÜRK	(İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Dr. Hüsnü TURANLI	(Ticaret Hukuku)
Av. Serkan CENGİZ	(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılaması ile İnsan Hakları Hukuku)
Av. Talih UYAR	(İcra-İflas Hukuku)

İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Izmir Bar Association is being permanently indexed in

TÜBİTAK
ULAKBİM

hukuk veritabanında taranmaktadır.
law database.

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI

YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 IŞIKKENT / İZMİR
Tel: 0232 472 21 22 (Pbx) Fax: 0232 472 24 54

Baskı Tarihi
04.12.2017

Yazı Gönderim Kuralları

1. Dergimizin"hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde"hakemli" ve"hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlemeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

7. Makalelerin en fazla 100 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

8. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, sadece yıldız ile işaretlenmeli, bununla ilgili numaralandırma yapılmamalıdır.

9.Yazar adı ve varsa ikinci adı ilk harfi kısaltılmış olarak, soyadı aynen yazılmalıdır. Tümü bold olmalıdır.

10. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının"hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

11. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **"biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk"** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir.**" yayımlanması uygundur"," yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir"," yayımlanması uygun değildir"**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında"yazar nüshası", yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

12. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul'a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

13. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgilisine en kısa sürede bildirilecektir.

14. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

15. Dergi'ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına"olur" verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

16. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Halinde Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi
Ar. Gör. Esma KIRAÇ 11

Aile Konutunun Özgülenmesi Davasının Haksız İşgal Tazminatına Etkisi (Yorum Yöntemleri Çerçevesinde Y. 1. HD. 25.09.2014, 10603/14850 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)
Av. Fatih KARAMERCAN 49

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde Benimsenen Özerklik İlkesini Tıp, Hukuk ve Edebiyat İle Yorumlamak
Remzi DEMİR 107

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Manevi Tazminat Talebinin Islah Yoluyla Davaya Dahil Edilemeyeceğine İlişkin 15.06.2016 Gün ve 2014/4-1193, 2016/800 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler
Doç. Dr. Cenk AKİL - Ar. Gör. Barış MIDIK 127

Aşırı İfa Güçlüğü
Av. Elce TUTAR 159

MAKALELER

İntörn Hekimlerin Tıbbî Müdahaleleri Sebebiyle Hukukî Sorumluluk
Prof. Dr. Hasan PETEK - Av. Burak KEÇECİOĞLU 195

Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Hukukî Korunma Yolları
Beyza AKA 231

YARGI KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI 291
YARGITAY HUKUK DAİRESİ KARARLARI 317
YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI 409
YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI 425

HAKEMLİ MAKALELER

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE AĞIR BEDENSEL ZARAR HALİNDE YAKINLARIN UĞRADIĞI MANEVİ ZARARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

▪ **Esma KIRAÇ***

Özet: 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan (BK) farklı olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 56/II hükmüyle, ağır bedensel zarar görenin yakınlarına manevi tazminat talep hakkı tanımıştır. Bu hükmün kabulüyle, yakınların manevi tazminat talep hakkı sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zararın varlığı halinde de kabul edilmiştir. Böylece ağır bedensel zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep edip edemeyeceği yönündeki tartışmalar sona ermiştir. Hal böyle olmakla beraber, ağır bedensel zarar görenin yakınlarının uğradığı manevi zararın hukuki niteliği konusundaki tartışma sürmektedir. Bu çalışmada ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının manevi zararının hukuki niteliği tespit edilecektir. Böylece TBK m. 56/II'nın fonksiyonu da belirlenmiş olacaktır. Bu yapılırken, "ağır bedensel zarar" ve "yakın" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği de açıklanacaktır.

Anahtar Sözcükler: Manevi zarar, ağır bedensel zarar, Yakın, Doğrudan doğruya Zarar, Yansıma Zarar.

Abstract: In contrary to Turkish Obligations Code Law No. 818 (BK m. 47), with Turkish Obligations Code Law No. 6098 (TBK m. 56/II) provides the right to compensation for relatives suffering severe bodily harm. With the acceptance of this article, relatives' right to claim moral compensation has been accepted not only in death but also in the presence of severe bodily harm.

Thus, the debate over whether or not the relatives of person suffering severe bodily harm can claim moral compensation has come to an end. However, the debate on the legal basis of the moral damages suffered by relatives of those who suffered severe bodily harm continues. In this work, the legal basis of the non-pecuniary damages of the relatives of the person suffering severe bodily harm will be determined. Thus, function of TBK m. 56/II will also be determined. While this is done, it will explain what should be understood from the concepts of "severe bodily harm" and "close".

Key Words: Non-pecuniary damage, severe bodily harm, relatives, direct damage, reflection damage.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, avesma_6793@hotmail.com

GİRİŞ

818 sayılı BK 47. maddesiyle, cismani zarara uğrayan kimseye ve ölenin yakınlarına manevi tazminat talep hakkı tanımıştı. Kanunun bu düzenlemesi, cismani zarara uğrayanların yakınları bakımından bir manevi tazminat talep hakkı öngörmemiş, bu durum ise öğreti ve uygulamada fikir ayrılıklarının doğmasına yol açmıştı. Bu fikirlerden biri, ağır cismani zarara uğrayan zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat talep hakkı tanınması gerektiğinden söz ederken, bir diğeri ise, bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme olmamasını gerekçe göstererek, bu fikre karşı çıkmaktaydı. Nihayet 6098 sayılı TBK m. 56 ile yakınların manevi tazminat talep hakkı sadece ölümle sınırlı tutulmamış, ağır bedensel zarara uğranılması halinde de bu kimselerin manevi tazminat talep etmelerinin yolu açılmıştır. Hal böyle olmakla beraber, bu hükmün getiriliş amacı ve bu hükümle öngörülen manevi tazminatın giderdiği manevi zararın hukuki niteliği konusunda öğretide bir görüş birliğine varılamamıştır. Biz bu makaleyle, TBK m. 56'nın tazmini amaçladığı manevi zararın niteliği üzerindeki tartışmalara değineceğiz. Bunu yaparken, bu hükümle ağır bedensel zarar görenden kaynaklı bir yansıma zararın mı, yoksa yakınların zarar verici eylem dolayısıyla kendi bünyelerinde uğradıkları doğrudan doğruya zararın mı tazmin edildiği konusunda bir sonuca varacağız. Makalenin asıl konusu bu olmakla beraber ayrıca, yeni bir hüküm olması ve anlaşılma ihtiyacının bulunması sebebiyle, TBK m. 56/II düzenlemesinde geçen *"ağır bedensel zarar"* ve *"yakın"* kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinden de kısaca bahsedeceğiz.

AĞIR BEDENSEL ZARAR HALİNDE YAKINLARIN UĞRADIĞI MANEVİ ZARARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ (TBK m. 56/II)

I) MANEVİ ZARAR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Manevi zarar (immaterieller Schaden), mevzuatımızda tanımı ol-

mayan, öğretide ise üzerinde tam olarak tanım birliğine varılamayan bir kavramdır. Bununla beraber bir manevi zarar tanımı yapmak gerekirse, manevi zararın kişinin kişiliğinde meydana gelen istemsiz kayıplar olduğunu söylemek yanlış olmaz[1]. Böyle bir tanım yapılmakla beraber, öğretide manevi zararı farklı açılardan ele alan çeşitli görüşler ve bu görüşler neticesinde ortaya çıkan başka tanımlar da bulunmaktadır. Aşağıda manevi zararı açıklayan teoriler ve bu teorilerin manevi zarar kavramına yaklaşımı incelenecektir.

B. MANEVİ ZARARI AÇIKLAYAN TEORİLER VE TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Sübjektif Teori

Kişilik hakkı, kişinin kişi olmasından ötürü sahip olduğu ve hayat, beden bütünlüğü, isim, ticari itibar ve özgürlükler gibi sayısız değeri içeren mutlak bir hakkıdır. Manevi zararı açıklayan teorilerden biri olan sübjektif teori yanlılarına göre, manevi zararın oluşması için kişinin bu hakkının kapsamındaki değerlerin ihlal edilmesi gerekir, fakat bu yeterli değildir. Bunun yanında, sübjektif unsur olarak adlandırılan kişinin bu ihlali hissetmesi de gerekir[2]. Başka bir ifadeyle, kişinin bu ihlal netice-

[1] KESKİN, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016, s. 66; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2015, s. 148; ÇAKIRCA, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, İstanbul, 2012, s. 27; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 288. Manevi zarar, kişilik hakkının ihlalinin, kişi üzerindeki etkisidir (ARAT, Ayşe: "*6098 Sayılı Borçlar Kanunu M. 58'e Göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine 818 Sayılı Borçlar Kanunu M. 49/II'nın Kaldırılmasının Etkisi*", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3-4, s. 187; ATLAN, Hülya: Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul, 2015, s. 47; GENÇ ARIDEMİR, Arzu: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul, 2008, s. 177; TAŞATAN, Caner: "*Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği*", Sorumluluk Hukuku Seminerler (Ed.: Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 475).

[2] Sübjektif teoriyi benimseyen yazarlara örnek olarak bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2012, s. 39; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 182-185; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: "*Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)*", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul, 1980, s. 145, 148; SAYMEN, Ferit Hakkı: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul, 1940, s. 16 vd.; AĞACIKOĞLU, Nejat: "*Manevi Zararın Tazmini*", Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 1974, s. 928; BREHM, Art. 41-61 OR. Allgemeine Bestimmungen: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Berner Kommentar Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen: 3. Teilband 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR, Bern 2013, Art. 47, n. 21;

sinde acı, elem, ıstırap gibi olumsuz duygulara maruz kalması ve bunları hissedebilmesi gerekmektedir[3]. Bu ihlal neticesinde kişinin psikolojik ve ruhsal alemi bozulmalı, kişinin iç dengesi sarsılmalı ve kişi yaşama sevincini yitirmelidir[4]. Bu bir nevi, yaşadığı acının bilincinde olmayı ifade eder[5]. Bu kabule göre, sübjektif teori benimsendiğinde ayırt etme gücünden yoksun olanların manevi zarara uğramaları, dolayısıyla manevi tazminat istemeleri söz konusu değildir. Zira ayırt etme gücünden yoksun olanlar, kendilerine verilen zarar nedeniyle acı hissetme bilincinde değillerdir[6]. Aynı durum tüzel kişiler için de söz konusudur. Şöyle ki, tüzel kişiler insan olmadıkları için duyma ve hissetme yetisine sahip değillerdir. Bundan ötürü manevi zararın sübjektif unsuru olan *"hissetme"* şartını sağlayamazlar. Bu kabulden hareketle, sübjektif görüşün benimsenmesi halinde tüzel kişilerin hissetme yetilerinden mahrum olmaları

KILIÇOĞLU, Ahmet: "*Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 1983, s. 288; OĞUZMAN, M. Kemal: "İsviçre ve Türkiye'*de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler*", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 39; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku–Manevi Tazminat, İstanbul, 2002, s. 65 vd.; KÖYSÜREN GENÇ, Sultan: "*Manevi Tazminat Davalarının Genel Esasları ile İş Kazası veya Meslek Hastalığı Hallerinde Uygulama Şekli*", Terazi Hukuk Dergisi, S. 91, 2014, s. 72.

[3] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s. 532; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 153; ATLAN, s. 47; TAŞATAN, s. 475; OĞUZMAN, s. 39; KIRCA, Çiğdem: "*Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği*", Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 3, 1999, s. 243; KESKİN, s. 99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

[4] ATLAN, s. 48; ARAT, s. 186; EREN, Genel Hükümler, s. 532; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 153; OĞUZMAN/ÖZ, s. 40; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 177; KESKİN, s. 100; TAŞATAN, s. 475; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

[5] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 147; EREN, Genel Hükümler, s. 532; ATLAN, s. 48; KESKİN, s. 100.

[6] Yazar daha sonraki eserlerinde fikrini değiştirmiştir ancak bu makalesinde ayırt etme gücünden yoksunların manevi tazminat isteyemeyeceğini savunmuştur (SEROZAN, Rona: "*Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 14, Y. 11, 1977, s. 108, 109). Öğretide bir görüş, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin maruz kaldığı ihlal ile ihlal sonrası ayırt etme gücünün kaybını ayrı değerlendirmektedir. Şöyle ki; kişi haksız eyleme uğradığı esnada ayırt etme gücünden yoksun ise, acı ve elem duyamayacağı için manevi zarara uğradığı söylenemez. Ancak kişi haksız fiilin ikasından sonra ayırt etme gücünü yitirmişse, kişi fiil esnasında ayırt etme gücüne sahip olduğu için manevi zarara uğramıştır. Bu nedenle ayırt etme gücünü yitirdikten sonra, yasal temsilcisi onun adına dava açabilir (OĞUZMAN/ÖZ, s. 255; OĞUZMAN, s. 40). Ayırt etme gücünden yoksun olanlar, fiziken acı hissettikleri halde manevi tazminat isteyebileceklerdir. Şöyle ki, özellikle beden bütünlüğünün ihlal edildiği hallerde, kişinin ayırt etme gücü olmasa dahi, bu fiziki acıyı hissetmesi mümkündür. Bu halde kişinin adına manevi tazminatı yasal temsilcisi talep ve dava edecektir. Ancak kişinin yaşam sevincini yitirmesine yol açacak ihlallerde, ayırt etme gücü olmayan kişi bunu hissedemeyeceği için, manevi zarar da doğmayacaktır (GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 194).

dolayısıyla manevi zarara uğrayamayacakları kabul edilmektedir[7]. Bununla beraber, tüzel kişilerin de kişilik değerlerine sahip olduğu ve bu değerlerin eşitlik ilkesi gereğince korunması gerektiği düşüncesinde olan bazı sübjektif görüş yanlılarına göre, tüzel kişinin organlarında yer alan kişilerin duyduğu acı ve elem, tüzel kişilerin acısı ve elemi olarak kabul edilebilir. Böylece tüzel kişi organları vasıtasıyla manevi tazminat isteyebilmelidir[8].

Sübjektif teoriye göre hükmedilen manevi tazminat, kişilik hakkı ihlal edilen kimsenin acısını katlanılabilir hale getirmeyi amaçlar. Bu suretle hâkim, somut olayda objektif bazı ölçütlerden yararlanarak, ortalama bir insanın duyduğu acı ve elemi, davacı bakımından esas alır[9].
Türk hukukunda Yargıtay'ın sübjektif teoriyi esas aldığı kararlarına rastlanmaktadır. Buna göre; Yargıtay bazı kararlarında[10] manevi zararı, kişinin mal varlığında gerçekleşen eksilme değil, kişi varlığına yapılan haksız bir saldırı neticesinde duyduğu cismani ve manevi acılar ile yaşam sevincinin yokluğu olarak kabul etmiştir.

Açıklanan esasları içeren sübjektif teori, manevi zarara duygu zararları açısından yaklaşması yönüyle eleştirilebilir[11]. Zira manevi zarar sadece kişinin manevi âleminde, duygu dünyasında meydana gelecek acı, elem ve ıstırap gibi duyguları kapsamakla kalmaz. Manevi zararın esaslı unsuru, kişinin kişiliğinde meydana gelen eksilmedir. Örneğin, bir kişinin bacaklarını yitirmesi başlı başına onun kişiliğinde bir eksilmeye yol açacaktır. İşte manevi zararın oluşması için kişinin bacaklarını kay-

[7] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 150. Acı, elem ve ıstırap duyma, gerçek kişilere ait bir özelliktir. Bu sebeple, tüzel kişilerin bu duyguları hissetmesi mümkün değildir. Böylece tüzel kişilerin manevi zarara uğraması ve manevi tazminat istemesi söz konusu değildir (KILIÇOĞLU Ahmet, Tüzel Kişi, s. 293, 294).

[8] GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 200; OĞUZMAN/ÖZ, s. 56; OĞUZMAN, s. 41.

[9] GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 183; ATLAN, s. 49; KESKİN, s. 100.

[10] Yargıtay 6. H.D., E. 2013/15173, K. 2014/7459, T. 05.06.2014. Kişinin kişiliğinin ihlali objektif eksilmedir. Ancak manevi tazminata hükmedilebilmesi için sübjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir. Bu da, kişinin bu ihlal sonucunda, acı ve elem duyması, bunu hissetmesidir (Yargıtay 3. H.D., E. 2013/19752, K. 2014/4559, T. 24.03.2014; Yargıtay 3. H.D., E. 2013/20270, K. 2014/1180, T. 29.01.2014) – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (04.04.2017).

[11] EREN, Genel Hükümler, s. 532; ATLAN, s. 55; KESKİN, s. 101; ERLÜLE, Fulya: Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat, Ankara, 2015, s. 56; KIRCA, s. 257.

betmesi nedeniyle uğradığı zararı hissetmesinin aranması, çeşitli adaletsizliklere yol açabilecektir.

Öğretide ileri sürülen bir başka eleştiri[12], sübjektif teorinin kabulü halinde ayırt etme gücünden yoksun olanların ve tüzel kişilerin manevi zarara uğramayacakları düşüncesine yöneliktir. Bu kabule göre, geçirdiği ağır bir kaza neticesinde bir ömür yatağa bağlı hale gelen ayırt etme gücünden yoksun bir gerçek kişinin, sırf bilinçten yoksun olması sebebiyle, duygu dünyasının sarsılmadığı varsayımına dayanılarak tazminattan mahrum kılınması, Anayasadaki eşitlik ilkesine de aykırıdır. Aynı durum tüzel kişiler için de söz konusudur. Tüzel kişinin, insana özgü duyulardan mahrum olması, kişilik hakkına sahip olmadığı anlamına gelmez. En basitinden bir tüzel kişi anonim şirketin ticari itibarının ihlali, onun manevi zarara uğramasına yol açacaktır.

Sübjektif teorinin temeline duygu zararlarını yerleştirmesinin sonucu olarak öğretide ileri sürülen başka bir eleştiriye göre[13], bu şekilde meydana gelen manevi zararların tazmini için hükmedilecek tazminatın belirlenmesi her olayda farklılık gösterir. Zira bir olaya bir kişinin ne derece üzüldüğünü, bir kişinin o olay sebebiyle neler hissettiğini tespit etmek güç olduğu gibi[14], kişilerin olaylara verdiği tepkiler de farklı olabilir. Başka bir deyişle, oğullarını bir tren kazasında yitiren bir annenin başka

---

12 SEROZAN, Rona: "*Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 95; ATLAN, s. 55; KESKİN, s. 102; KIRCA, s. 258; ARAT, s. 186; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 154. Ayırt etme gücünden yoksun bir kişi ağır bir beyin sarsıntısı geçirdiğinde, sübjektif teoriye göre manevi tazminat alamayacakken, ayırt etme gücüne sahip olan ancak daha hafif bir ihlale uğrayan kişi tazminat alacak, bu da eşitliğe aykırı olacaktır (EREN, Genel Hükümler, s. 535). Sübjektif teoriyi benimsemekle beraber ayırt etme gücünden yoksun tam ehliyetsiz kişilerin, ileride bu zararı hissedeceği söylenebiliyorsa, bu kişilere de manevi tazminat verilebileceği savunulmuştur (OĞUZMAN/ÖZ, s. 256). Manevi tazminat hakkı tanıyan yasal düzenlemelerde, bu hakkın gerçek kişilere ait olduğunu işaret eden bir ifade yoktur (SAYMEN, Ferit Hakkı: "*Kimler Manevi Tazminat İsteyebilir*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 6, S. 1, 1940, s. 126; GÖNEN, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul, 2011, s. 195).

13 KIRCA, s. 257; KESKİN, s. 101; EREN, Genel Hükümler, s. 533; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 154; ATLAN, s. 55; SEROZAN, Değişik Bir Yaklaşım, s. 82. Sübjektif teoriyi savunan GENÇ ARIDEMİR'e göre, aynı olayda farklı acılar hisseden kişilere aynı tazminata hükmedilmesi adaletsizdir (GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 183).

14 ARAT, s. 187; EREN, Genel Hükümler, s. 533; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 154; KIRCA, s. 257; ATLAN, s. 55; KESKİN, s. 101; SEROZAN, Değişik Bir Yaklaşım, s. 82.

bir anneye kıyasen daha fazla veya daha az acı çektiğinin iddia edilmesi söz konusu olabilir.

Bir başka eleştiriye göre[15], kişinin uğradığı manevi zararın tazmini için mahkemede zararın ve tazminatın belirlenmesine yönelik olarak yapılan her işlem, kişinin acısını katlayacaktır. Gerçekten de, kişinin olayı tekrar anlatması, tutanakların tutulması, bilirkişinin ve psikologların olaya dâhil olması, çeşitli adli tıp işlemlerinin gerçekleştirilmesi, olayın hem dağılmasına hem de tekrar tekrar yaşanmasına neden olacaktır. Bu ise, kişinin veya yakınlarının yeniden acı duymasına, mevcut acılarının depreşmesine neden olacaktır[16]. Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bu eleştiriler sebebiyle, manevi zarar kavramını sübjektif teori ile açıklayamıyoruz.

b- Objektif Teori

Objektif teori esaslarına göre, bir kişinin kişilik hakkının ihlali manevi zararın oluşması için yeterlidir[17]. Başka bir ifadeyle, kişinin bu ihlal sonucunda acı, elem veya ıstıraba uğramasına ve bunu hissetmesine ihtiyaç yoktur. Kişinin bu ihlal dolayısıyla ruh âleminin sarsılması ve akabinde yaşama sevincini yitirmesi şartı bu teoride aranmaz[18]. Objektif teoriye göre, kişilik değerleri ihlal edilen kişinin bu durumun bilincinde olması ve bunu hissetmesi gerekmez[19]. Sübjektif teorinin temeline

[15] EREN, Genel Hükümler, s. 533; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 154; KESKİN, s. 101; KIRCA, s. 258.

[16] KIRCA, s. 258; EREN, Genel Hükümler, s. 533; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 154. Öğretide sübjektif teoriyi savunan GENÇ ARIDEMİR'e göre, kişinin acı elem ve ıstırabını gidermek için açtığı manevi tazminat davasında, kişinin kişilik hakkını ihlal eden fiilin mahkeme ortamında ortaya konması ve durumun değerlendirilmesi, kişinin kendi rızasına dayanan, onun hakkının kullanımından kaynaklanan bir durumdur. Ayrıca, manevi tazminat davasında meydana gelen bu durum, objektif teorinin benimsendiği durumda, manevi zararın belirlenmesinde de söz konusu olacaktır (GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 183).

[17] GÖNEN, s. 195; KESKİN, s. 103; EREN, Genel Hükümler, s. 533; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 154; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 43; ATLAN, s. 50; KIRCA, s. 253; ARAT, s. 187, 188; TAŞATAN, s. 476; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

[18] ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 43; KESKİN, s. 103; EREN, Genel Hükümler, s. 533; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 155; KIRCA, s. 253; TAŞATAN, s. 476; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

[19] KIRCA, s. 253; KESKİN, s. 103; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 155; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145.

duygu zararlarını yerleştirmesine bir tepki olarak ileri sürülen objektif görüşün temelini, kişilik hakkı ihlalinin objektifleştirilmesi düşüncesi oluşturmaktadır[20]. Buna göre tıpkı maddi zararda olduğu gibi, manevi zararın belirlenmesinde de kişinin içinde bulunduğu sübjektif durumun dikkate alınmaması gerekir[21]. Objektif teoriye göre duygu zararları[22] tek başına tazmini gereken zararlar değildir. Bunlar ancak bir hastalık boyutuna ulaşıp, sağlık bütünlüğü ihlal edildiği takdirde bağımsız bir zarar olarak tazmin edilebilir[23].

Objektif teorinin duygu zararlarının tazminini reddettiği bu sert tutumu dolayısıyla, bu görüş yanlıları kendi içinde ayrılma ihtiyacı duymuştur. Buna göre objektif teoriyi benimsemekle beraber, duygu zararlarını da manevi tazminat kapsamına dâhil eden bir objektif teori görüşü de vardır. Bu görüşe göre, belli yoğunluktaki duygu zararlarının tazmini mümkün olabilir, zira manevi zarar iki kalemden oluşmaktadır[24]. Günlük hayatta yaşanan olağan acı ve üzüntünün dışında, sıra dışı ve daha olağanüstü acı ve elem, tazmini gereken duygu zararı olarak kabul edilmektedir. Ancak burada, duygu zararının bir hastalık boyutuna ulaşması gerekmez[25]. Böylece, bir kişinin kişilik hakkının ihlali başlı başına bir manevi zararı oluştururken, kişinin uğradığı acı, elem ve ıstırap ikinci bir manevi zararı oluşturabilir. Bu halde birden fazla manevi zarar kalemi-

---

[20] ATLAN, s. 50; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 44; KESKİN, s. 104. Bu görüş yanlılarına göre, kişiliğin objektif olarak eksilmesi yeterlidir. Ayrıca manevi zararın oluştuğunun ispatına gerek yoktur (ANTALYA, Genel Hükümler, s. 155).

[21] KIRCA, s. 256; KESKİN, s. 104; ATLAN, s. 51.

[22] Duygu zararları, haksız eylem sonucu kişinin duygu âleminde meydana gelen acı, elem, ıstırap ve yaşama sevincinin yitirilmesi gibi hislerdir. Bu zararlar, tıbben teşhis edilmesi ve tedavi edilmesi gereken boyutlarda bir ihlali oluşturmaz (STİEGLER, Anita Maria: Schmerzengeld für Schock und Trauerschaden, Wien-, Köln-, Weimar 2009, s. 12; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 284; KESKİN, s. 82).

[23] KIRCA, s. 256; KESKİN, s. 105; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 44, 48; ATLAN, s. 51.

[24] Öğretide bu görüşün savunucusu olan EREN, manevi zararı kalemlere ayırmıştır (EREN, Genel Hükümler, s. 533). KESKİN, s. 105; ATLAN, s. 53.

[25] EREN, Genel Hükümler, s. 533; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 50.

nin varlığından söz edilebilir[26]. Bunların her biri bireysel manevi zarar olarak adlandırılır ve bunların toplamı tüm manevi zararı oluşturur[27].

Objektif teoriye duygu zararlarını dâhil eden bir başka görüşe göre ise, kişilik hakkının ihlali manevi zararı oluşturur. Bu görüş, duygu zararlarını tamamen yadsımak yerine, bunların manevi tazminatın miktarını arttıran bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir[28].

Yargıtay'ın manevi zararın tanımında, objektif teoriyi kabul ettiği kararları da vardır. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme bazı kararlarında[29] manevi zararı, kişinin kişiliğinde oluşan objektif eksilme olarak tanımlamış, acı ve elemin ise manevi zararın kendisi değil, manevi zararın bir görünümü olduğunu belirtmiştir.

Objektif teoriye de öğretide bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Bunlardan ilki teorinin manevi zararı kişilik hakkı ihlaline indirgemesidir. Şöyle ki, salt kişilik hakkı ihlalinin, sonucuna bakılmaksızın manevi zarara yol açtığının kabulü, manevi tazminatın telafi edici özelliği ile bağdaşmadığı gibi, kanun koyucunun iradesiyle de örtüşmez[30]. Objektif teoriye yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, objektif teorinin duygu zararlarını yok saymasıdır. Buna göre, kişinin bir ihlal neticesinde hissetmiş olduğu duygular, elem acı ve ıstıraplar, manevi zararın belirlenmesinde hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Bir kişilik ihlali neticesinde ortaya çıka-

[26] Bilgi için bkz. KESKİN, s. 104; EREN, Genel Hükümler, s. 535; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 51; ATLAN, s. 53.

[27] Bilgi için bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 534; KESKİN, s. 105; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 51.

[28] ATLAN, s. 56. Duygu zararlarının manevi tazminatın kapsamına dâhil edildiği objektif görüşün kabulünün, yakınların manevi zararının giderimi bakımından da elverişli görüldüğü yönünde bkz. ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 64.

[29] Yargıtay 4. H.D., E. 2015/3146, K. 2016/2376, T. 04.04.2016; Yargıtay H.G.K., E. 2014/4-1225, K. 2016/1078, T. 24.11.2016. Yargıtay objektif teoriyi benimsediği kararlarda, ayırt etme gücünden yoksun olanlar ile tüzel kişilerin de manevi tazminat hakkına dikkat çekmiştir (Yargıtay H.G.K., E. 2009/4-346, K. 2009/394, T. 15.07.2009) – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (18.04.2017).

[30] KESKİN, s. 106; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 183.

bilecek bu tür duyguların yadsınması manevi zararın anlamı ile bağdaşmaz[31].

Bize göre, objektif teorinin duygu zararlarını, manevi tazminatın miktarına esas aldığı görüş katılmaya değerdir. Gerçekten de, zarar verici eylem sebebiyle kişinin ruh bütünlüğünün ihlali sonucu oluşan duygu zararları, genel yaşam riski kapsamının dışında kaldığı sürece manevi tazminatın kapsamına dâhil edilmelidir[32]. Zira duygu zararlarının yoğunluğu, meydana gelen ihlalin ağırlığını gösterir.

c- Karma Teori

Karma teoriye göre[33], kişinin kişiliğinde gerçekleşen objektif eksilme manevi zararın bir unsuru iken, bu eksilmenin kişinin bilincine yansıması diğer bir unsurdur[34]. Bu teori esaslarına göre ortaya çıkan manevi zararın belli bir ağırlığının olması gerekir. Daha doğru bir ifadeyle ortaya çıkan zarar, nitelikli zarar olmalıdır[35]. Bu teori yanlıları, ayırt etme gücünden yoksunlar ile tüzel kişiler açısından sübjektif unsurun, yani ihlalin bilince yansımasının gerekliliğinin aranmamasını kabul ederek, sübjektif teorinin doğurduğu olumsuz sonuçtan sıyrılmayı amaçlamışlardır[36].

---

[31] ANTALYA, Genel Hükümler, s. 155; KESKİN, s. 107; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 183.

[32] Meydana gelen her ihlalin, kişilerin duygu dünyasında bir eksilmeye yol açacağı şüphesizdir. Sosyal bir çevrede başka insanlarla iletişim halinde yaşamanın getirdiği ve günlük yaşam riskinin kapsamına dâhil olan hayal kırıklığı, üzüntü, korku gibi olağan duyguların manevi tazminat namıyla giderilecek olması, kişilerin kendilerine acımaları sonucunu doğurur (ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 287, 288).

[33] Karma görüşü benimseyen yazarlar için bkz. ANTALYA, Genel Hükümler, s. 157 vd.; ANTALYA, O. Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, 2017, s. 19.

[34] ANTALYA, Genel Hükümler, s. 157; ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 19. Bilgi için bkz. ATLAN, s. 53; KESKİN, s. 107; ARAT, s. 187; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 182.

[35] ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 19; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 158. Bilgi için bkz. ATLAN, s. 53; KESKİN, s. 108.

[36] ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 19; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 158. Bilgi için bkz. KESKİN, s. 108; ATLAN, s. 54.

Karma teori, kişinin kişiliğindeki objektif eksilmenin yanında, acı ve elem duymasını da manevi zararın bir şartı olarak görmesi sebebiyle sübjektif teoriye oldukça benzetilmiştir[37]. Bu nedenle, sübjektif teoriye yöneltilen eleştiriler, ayırt etme gücünden yoksunlar ve tüzel kişilerle ilgili olanlar hariç olmak üzere, karma teori için de geçerlidir. Bu gerekçeyle, karma teoriye de katılamıyoruz.

II) AĞIR BEDENSEL ZARAR HALİNDE MANEVİ ZARARA UĞRAYAN YAKINLAR ÇEVRESİ

A. AĞIR BEDENSEL ZARAR HALİNİN TESPİTİ

TBK m. 56 ile yakınlara tanınan manevi tazminat talebi bakımından, 6098 sayılı kanun *"ağır bedensel zarar"* ön şartını getirmiştir. 6098 sayılı TBK m. 56/II uyarınca ağır bedensel zarara uğrayanın veya ölenin yakınları manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. 818 sayılı EBK'ndan farklı olarak, yakınların manevi tazminat talep edebileceği haller sadece ölümle sınırlandırılmamıştır. TBK, beden bütünlüğü ihlal edilen zarar görenin yakınlarının da bu olay nedeniyle manevi zarara uğrayabileceklerini kabul etmiş ve bu doğrultuda onlara manevi tazminat talep hakkı tanımıştır. Ancak bunun gerçekleşmesi için, TBK m. 56/I uyarınca beden bütünlüğü ihlal edilenin uğradığı bedensel zararın *"ağır bedensel zarar"* olması gerekir. Ağır bedensel zarardan ne anlaşılması gerektiği yönünde, Kanun kavramı tanımlamadığı gibi, kavrama ilişkin bir izahat de getirmemiştir. TBMM adalet komisyonu raporunda ise, ağır bedensel zararın tayininde zarara uğrayan organların niteliğinin, meydana gelen iş göremezlik oranının, uğranılan ruhsal zararın niteliğinin ve diğer durumların esas alınacağı belirtilmiştir[38]. Görüldüğü gibi son derece kısa bu açıklamadan ağır bedensel zarara ilişkin yeterli bir çıkarım yapılamamaktadır. Hal böyle olmakla beraber, şu söylenebilir

[37] KOCAYUSUPAŞAOĞLU, s. 150; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 182.

[38] ANTALYA, O. Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul, 2011, s. 112.

ki, ağır bedensel zarar fiziki bütünlüğün ihlalinden[39] kaynaklanıyorsa zarar gören organın durumu, eğer ki ruh bütünlüğünün ihlalinden[40] kaynaklanıyorsa meydana gelen ruhsal sarsıntının boyutları ve diğer haller ağır bedensel zararın tespitinde esas alınmalıdır. Tüm bunların üzerine Kanun'un *"ağır bedensel zarar"* kavramının tespitini öğreti ve uygulamaya bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Ağır bedensel zarar görenin yakınlarına tanınan manevi tazminat talep hakkına ilişkin İsviçre hukukunda yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ancak federal mahkeme ağır bedensel zararın varlığı halinde, yakınlar lehine manevi tazminata hükmettiği kararlar vermektedir. İsviçre'de ağır bedensel zararın takdiri yönündeki uygulamaya baktığımızda, ilk olarak meydana gelen zararın kişinin yakınlarını, zarar görenin ölümünde olduğu kadar veya ölümündekinden daha fazla etkilemesi gerektiği belirtilmiştir[41]. Bu kriter, hiç şüphesiz meydana gelen zararın en az kişinin ölümü kadar ağır olması gerektiğini göstermektedir. Bu durum, yakınların uğradığı manevi zarar sonucu oluşan ruhsal sarsıntının sürekli olmasıyla da ilgilidir[42]. Bunun yanında örneğin kişinin vücut fonksiyonlarını yitirerek tamamen başkasının bakımına muhtaç olduğu haller[43], HIV virüsünün bulaşması, koma ve cinsel iktidarsızlık gibi haller, ağır bedensel zarar olarak kabul edilmektedir[44]. Görüldüğü gibi mehaz hu-

---

[39] Fiziki bütünlüğün ihlali, kişinin vücudun anatomisinin mekanik ya da psişik bir etkiyle istemsiz şekilde değişmesidir. Bu yönde bkz. EREN, Fikret: "*Türk Borçlar Hukukunda Kişiye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)*", Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C. 1, (Eds. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN/Necdet BASA), Ankara, 2016, s. 60. Kişinin vücudunu oluşturan iç ve dış yapıları, onun fizik bütünlüğünü oluşturur. Bunlar organ, kemik, kas, lif, kıkırdak, doku gibi yapılardır (ANTALYA, Genel Hükümler, s. 187; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 106).

[40] Ruh bütünlüğü bir kişinin, akıl, irade, zekâ, duygu ve psikoloji unsurlarının toplamından oluşur. Bu unsurlardan birinin ihlale uğraması, ruh bütünlüğünü de ihlal eder (ANTALYA, Genel Hükümler, s. 188; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 116; EREN, Genel Hükümler, s. 744; ATLAN, s. 22; KESKİN, s. 210; GENÇ ARIDEMİR, Arzu: "*Türk Borçlar Kanunu'nun Manevi Tazminat ile İlgili Hükümlerinin (TBK m. 56 ve m. 58) Değerlendirilmesi*", Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan, İstanbul, 2015, s. 47).

[41] BREHM, Berner Kommentar, Art. 49, n. 67a; STİEGLER, s. 78.

[42] BREHM, Berner Kommentar, Art. 49, n. 67c.

[43] BREHM, Berner Kommentar, Art. 49, n. 67.

[44] ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 324; KESKİN, s. 222; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 194; ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 229.

kukta ağır bedensel zararlar bakımından bu zararın sürekliliği, kalıcılığı ve yakınları en az ölüm kadar etkilemesinin yanında, zarar görenin iletişim yeteneğini kaybetmesi (koma) gibi haller esas alınmıştır. Türk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, kişiyi öldürmeye teşebbüs, kişinin işkenceye maruz bırakılması, kişiyi sakat bırakma, kişinin görüntüsünün değişmesi (örneğin yüzünde sabit iz kalması), kişinin kaçırılarak cinsel bütünlüğünün ihlal edilmesi (ırza geçme) gibi haller ağır bedensel zarar olarak kabul edilmelidir[45]. Başka bir görüşe göre ise, kişinin başkasının bakımına muhtaç olacak şekilde omurilik felci geçirmesi, bilincini yitirmesi veya cinsel fonksiyonunu yitirmesi ağır bedensel zarara örnek teşkil eder[46]. Ayrıca yakınların manevi tazminat talebi bakımından, kişinin ağır bedensel zarara uğraması sonucu hayatında ciddi bir değişikliğin meydana gelmesi, başka bir ifadeyle zarar verici eylemden önceki durumdan farklı bir hale gelmesi gerekir[47]. Kanaatimizce ağır bedensel zararın tespiti bakımından bu kriterlerin kabulü kural olarak yerinde olur. Gerçekten de ağır bedensel zarar halinin, yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilmesi bakımından bir ön şart olarak kabul edilmesinin temelinde, zarar görenin gördüğü zarar nedeniyle, yakınları ile arasındaki ilişkinin sürekli şekilde etkilenecek ve değişecek olması yatar. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda, sürekli şekilde yakınlarının bakımına muhtaç kalan zarar görenin[48], felç olan veya bilinç kaybı yaşayan kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerini kabul etmiştir[49]. Bunun yanında Yargıtay, kural olarak % 40 ve üstü oranda sürekli iş göremezliğe maruz kalan kimselerin yakınlarının da manevi tazminat talebini kabul etmiştir[50]. Yargıtay'ın bu kararlarının yanında, ağır beden-

[45] KILIÇOĞLU Ahmet, Genel Hükümler, s. 429.

[46] ÇAKIRCA, Seda İrem: "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi*", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergi, 2013, s. 796, 797; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 343.

[47] ANTALYA, Genel Hükümler, s. 195.

[48] Yargıtay, geçirdiği kaza sonucu ömür boyu bakıma muhtaç hale gelen zarar görenin eşinin manevi tazminat talebini kabul etmiştir (Yargıtay 21. H.D., E. 2004/8116, K. 2004/9009, T. 27.10.2004) – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (04.06.2017).

[49] Yargıtay 21. H.D., E. 2002/2873, K. 2002/4377, T. 14.05.2002; Yargıtay 21. H.D., E. 2004/1754, K. 2004/2769, T. 23.03.2004 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (04.06.2017).

[50] Yargıtay % 40 üzerinde sürekli iş göremezliğe uğrayan zarar görenin zararını ağır bedensel zarar kabul eder-

sel zararı geniş yorumlamak suretiyle çok daha hafif yaralanmaları ağır bedensel zarar kabul ederek, yakınlar lehine manevi tazminata hükmettiğini görmekteyiz[51]. Bize göre bedensel zararın ağır olma niteliği, bu zararın zarar gören ile yakınlar arasındaki ilişkiyi radikal ve sürekli bir biçimde değiştirmesini ifade eder. Bu yönüyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilen yaralanmalar, yüzde süreklilik arzeden sıyrık ve izler ağır bedensel zarar teşkil etmeyeceği gibi, salt hayati tehlike geçirilmesi de ağır bedensel zararın mutlak olarak varlığına işaret etmez. Bu bakımdan hastanede kalma süresi ve geçirilen tedavi süreci de önemlidir. zira bu sürenin uzunluğu ve sürecin yoğunluğu, zararın ağırlığı yönünde kuvvetli delil teşkil edecektir[52].

B. YAKIN KAVRAMI VE YAKINLAR ÇEVRESİ

Türk Borçlar Kanunu, 56. madde ile öngördüğü düzenlemede, ağır bedensel zararlarda veya ölüm halinde zarar görenin ya da ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanıyarak *"yakın"* kavramını sorumluluk hukukunda manevi tazminat taleplerine yasal olarak dâhil etmiştir[53]. Ancak Kanun bunu yaparken, *"yakın"* kavramını açıklamaktan kaçınarak, bu kavramın kapsamının ve içeriğinin belirlenmesini öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Benzer durum mukayeseli hukukta da söz konusudur. Şöyle ki; *"yakın"* kavramından Türk hukukuna benzer şekilde açıkça söz eden İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 47, ölenin yakınlarına manevi tazminat talep hakkı tanımış ancak bu kavram hakkında

---

ken (Yargıtay 21. H.D., E. 2014/10693,, K. 2014/23947, T. 17.11.2014; Yargıtay 21. H.D., E. 2013/16178, K. 2014/3088, T. 25.02.2014); % 40 oranının altındaki iş göremezlik durumunda ağır bedensel zararın oluşmaması gerekçesiyle yakınların manevi tazminat talebini reddetmiştir (Yargıtay 21.H.D., E. 2016/6064, K. 2016/9255, T. 06.06.2016; Yargıtay H.G.K., E. 2013/212215, K. 2015/1487, T. 05.06.2015) – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (04.06.2017).

[51] Yargıtay 4. H.D., E. 2012/1528, K. 2013/176, T. 14.03.2013 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (04.06.2017).

[52] ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 228; ŞENOCAK, Zarife: "*Ağır Bedensel Zarar veya Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi*", Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, (Eds. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN/Necdet BASA), Ankara, 2016, s. 605.

[53] Hukuki bir nitelik arz eden *"yakın"* kavramı TBK m. 56'nın yanında, TBK m. 295/I'da (EBK m. 245'in birinci bendinde, TMK m. 151 ve 510. maddelerinde, ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun korkutmanın şartlarını düzenleyen 38. maddesinin birinci fıkrasında da yerini almıştır.

bir açıklamaya yer vermemiştir. Bunun yanında Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 823, Avusturya Medeni Kanunu m. 1325 ile Fransız Medeni Kanunu m. 1382 (yeni 1241) hükümleri, oldukça genel şekilde formüle edilmiş ve bu düzenlemelerde *"yakın"* kavramından söz edilmemiştir[54]. Sözlük anlamı itibariyle[55], *"aralarında sıkı ilişki bulunan arkadaş, dost veya akraba"* anlamına gelen *"yakın"* kavramı öğretide izah edilmeye çalışılmıştır. Bu yönde bazı yazarlar, zarar gören ile arasında yoğun ve sıkı ilişki bulunan, başka bir ifadeyle zarar gören ile derin gönül bağı içerisinde olan kişileri yakın kapsamına dâhil etmiştir[56]. Buna göre, zarar gören ile manevi tazminat talep eden kişi arasındaki bu tip bir ilişkinin varlığının somut olayda değerlendirilmesi gerekir. Öğretide başka yazarlarca ifade edildiği üzere, yakınlar, zarar görenin annesi, babası, kardeşi, eşi ve nişanlısı gibi aralarında yakın ilişki bulunan kimselerdir. Ancak bu örneklerden, yakının illa ki aile bağlarına sahip kişiler olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır[57]. Başka bir ifadeyle, *"yakın"* sayılacak kişilerin zarar gören ile kan bağı içinde olma zorunluluğu yoktur.

Yargıtay, ağır bedensel zarara uğrayanların yakınları bakımından manevi tazminata hükmettiği kararlarında, yakınlardan bahsederken genellikle *"zarar görenin ana, baba, karı, koca ve çocukları gibi çok yakın-*

---

54 STİEGLER, s. 34.

55 Tanım için bkz. Büyük Türkçe Sözlük : https://www.tdk.gov.tr/büyük türkçe sözlük - erişim tarihi (14.05.2017).

56 ANTALYA, Genel Hükümler, s. 191; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 264; ÇAKIRCA, Yakınlar, s. 803. TBK m. 56'nın adalet komisyonu raporunda da, yakınlığın zarar gören ile ilişki içinde olması ve meydana gelen zararın kişide ağır bir teessür bırakması gerekliliği üzerinde durulmuştur (ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 112). ÜNAL, Mehmet: "*Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 416. Zarar gören ile yakın arasındaki hissi ilişkinin yokluğu veya gevşekliği, yakın sıfatıyla manevi tazminat talep eden kişi için ret kararı verilmesine neden olabilir (GÜRSOY, Kemal Tahir: "*Manevi Zarar ve Tazmini*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1973, s. 20). GENÇ ARIDEMİR, TBK m. 56 ve m. 58, s. 49; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 114; OĞUZMAN/ÖZ, s. 271.

57 KESKİN, s. 223. Bu savdan hareketle, kişinin sevgilisinin veya iş ve ev arkadaşının da yakın olabileceğinin kabulü gerekir (ANTALYA, Genel Hükümler, s. 191; YENİOCAK, Umut: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2012, s. 66). KILIÇOĞLU, Mustafa: "*Cismani Zarar ve Ölüm Halinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat*", Kamu İş, C. 7, S. 3, 2004, s. 14; GENÇ ARIDEMİR, TBK m. 56 ve m. 58, s. 49; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 114; ORHUNÖZ, Ergun: Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat, Ankara, 1999, s. 27; ŞENOCAK, s. 605; ÇAKIRCA, Yakınlar, s. 803; OĞUZMAN/ÖZ, s. 271.

ları" ibaresini tercih etmektedir. Yargıtay ayrıca yakınlar lehine manevi tazminata hükmederken ilk zarar görenin uğradığı zararın ağır olmasına ve yakın sıfatıyla manevi tazminat talep eden kişinin, aynı eylem sebebiyle ruhsal ve sinirsel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olmasına dikkat çekmiştir. Ayrıca Yargıtay, yakınlık ilişkisini değerlendirirken, kişiler arasındaki bağın kuvvetini, sürekliliğini ve duygusallığını da göz önünde tutmuştur[58]. Yüksek mahkemenin verdiği kararlardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay yakınların çevresini net bir şekilde çizmemiş, örnekleme suretiyle zarar görenin çok yakınlarına işaret etmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki; Yargıtay'ın özellikle 818 sayılı kanun döneminde altını çizerek belirttiği, *"yakınların ruh ve sinir bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edilmesi"* hali, başka bir deyişle aynı eylemden yakınların bu denli etkilenmesi, zarar gören ile yakın arasındaki sıkı, düzenli ve temeline sevgiyi oturtmuş bir duygusal bağı gerektirir. Tüm bu açıklamalardan sonra, *"yakın"* sıfatını haiz kişinin, zarar gören ile yoğun, sıkı ve düzenli bir ilişki içerisinde olması gerektiği kabul edilmelidir[59]. Nitekim mehaz İsviçre hukukunda da bu düşünce dile getirilmiştir[60]. Tüm bunların yanında bir *"yakın"* tanımı yapabilmek için, *"yakın"* kavramının benzer kavramlarla olan ilişkisinin de ortaya konması gerekir.

---

[58] Yargıtay 21. H.D., E. 2015/21735, K. 2017/1516, T. 28.02.2017; Yargıtay 21. H.D., E. 2016/6064, K. 2016/9255, T. 06.10.2016; Yargıtay 21. H.D., E. 2015/2544, K. 2015/18250, T. 13.10.2015.
Manevi zararın oluşumu bakımından, ölen ile yakın arasındaki saygı ve bağlılığın, duygu birliğinin derecesinin, bu kişilerin sağlıkta birbirlerine gösterdikleri koruma, sevgi, düşkünlüğün göz önünde tutulması gerekir (Yargıtay 21. H.D., E. 2009/1603, K. 2009/4320, T. 24.03.2009).
Yargıtay, korkutma nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilirliğini ele aldığı bir kararında, korkutmanın yöneldiği *"yakınların"* sadece kişinin yakın akrabalarını değil, kişiye yakından bağlı olanları da kapsadığını belirtmiştir (Yargıtay 1. H.D., E. 2014/3673, K. 2015/3079, T. 02.03.2015). Kararlar için bkz. https://www.kazancı.com – erişim tarihi (15.05.2017).

[59] ANTALYA, Genel Hükümler, s. 190; ERLÜLE, Fulya: "*6098 Sayılı TBK'nda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi*", Cevdet YAVUZ'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Hukuk Semineri Özel Sayısı), 2011, s. 157; ŞENOCAK, s. 602, 605; ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 69; ÇAKIRCA, Yakınlar, s. 803; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 114. Zarar gören ile *"yakın"* sıfatıyla manevi tazminat talep eden arasındaki duygusal ilişki, tek taraflı değil karşılıklı olmalıdır (ÜNLÜTEPE, Mustafa: "*Yargıtay Kararları Doğrultusunda Hukuka Aykırı Fiil Nedeniyle Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Talebi*", Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, Filiz, 2013, s. 1260).

[60] LANDOLT, Hardy: Art. 45-49 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Zürich, 2007, Art. 47, n. 408.

Yakın kavramı ile ilişkilendirilebilecek kavramların başında *"aile"* gelir. *"Yakın"* kavramı ile sıkı ilişkide bulunan *"aile"* kavramı arasındaki sınırın çizilmesi gerekliliğinin en temel sebebi, 818 sayılı BK'nın 47. maddesinde, ölenin *"ailesine"* manevi tazminat talep hakkı tanınmış olmasıdır. Bu ise, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) aynı konuyu düzenleyen Art. 47'den yapılan çeviri hatasından kaynaklanır. Şöyle ki, Art. 47 ölüm halinde tazminat isteyebilecek kişiler için mensuplar anlamına gelen *"angehörigen"* ifadesini Almanca metninde tercih ederken, Fransızca metninde aile anlamına gelen *"la famille"* ibaresini tercih etmiştir[61]. Bu ise 818 sayılı kanun döneminde, ölen kişinin *"aile üyelerine"* manevi tazminata hükmedileceği düzenlemesini doğurmuştur. Hal böyle olmakla beraber, manevi tazminat talepleri bakımından kavram genellikle bu anlamıyla algılanmamış, *"aile"* kavramının esasında *"yakınları"* ifade ettiği genel kabul görmüştür[62].

İsviçre hukukunda da, *"angehörigen"* olarak kabul edilen ifadenin aileden ibaret olmadığı ve Fransızca metinde yer alan ve *"aile"* anlamına gelen *"la famille"* ifadesinin tercüme hatası olduğu belirtilmiştir. Ayrıca *"angehörigen"* olarak kullanılan ifadenin akrabaları da ifade etmediği söylenerek, buna dayanak olarak federal mahkemenin nişanlı veya birlikte yaşayan partner lehine manevi tazminata hükmettiği kararları gösterilmiştir[63].

---

61 (BREHM, Berner Kommentar, Art. 47, n. 133) yazar da buradaki açıklamasında, Fransızca metinde tercih edilen *"la famille"* ifadesinin hatalı bir çeviri olduğunu belirtmiştir.

62 TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akti Mesuliyet), İstanbul, 2010, s. 335; KARAHASAN, s. 191; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 190; ERLÜLE, Manevi Tazminat, s. 144; GENÇ ARIDEMİR, Sözleşmeye Aykırılık, s. 111. Ölüm halinde manevi tazminat isteyecek kimseler, ölüm nedeniyle son derece elem ve üzüntü duyan kimselerdir. Ölümden hakikaten elem duyacak kimseler ölenin *"yakınlarıdır"* (Yargıtay 21. H.D., E. 2012/7665, K. 2012/8520, T. 14.05.2012). Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde yer alan "aile" kavramının *"yakınlar"* olarak anlaşılması gerekir. Ancak bu kavramın *"yakın"* olarak anlaşılması için, söz konusu kişiler aralarında eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Kişinin *"yakın"* sayılabilmesi için, yakın bir ilişkinin varlığı yeterlidir (Yargıtay 21. H.D., E. 2008/8297, K. 2009/1773, T. 11.02.2009). 47. maddede yer alan *"aile"* sözünün, aralarında eylemli ve gerçek bir ilişki bulunan yakınları kapsadığı, öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir (Yargıtay 21. H.D., E. 2006/19239, K. 2007/7812, T. 08.05.2007). Yargıtay 21. H.D., E. 2007/24225, K. 2008/7973, T. 26.05.2008 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (16.05.2017).

63 Açıklamalar ve kararlar için bkz. BREHM, Berner Kommentar, Art. 47, n. 133.

Yakın ile benzer nitelikteki bir diğer kavram *"destek"* kavramıdır. Destek, bir başkasının ya da başkalarının geçimini, kısmen ya da tamamen sağlayan ya da yaşasaydı sağlayacak olan kimsedir[64]. Bu kimsenin gözetimini üstlendiği kişi veya kişiler ise, destek görendir. Destek görenin bünyesinde doğan bu zarar, bir kişinin ölümü dolayısıyla üçüncü kişiler nezdinde oluşan bir yansıma mal varlığı zararı olup, tazmini TBK m. 53 ile sağlanmaktadır[65]. Destek ilişkisinde, destek (ölen) kişi, tazminat talep edebilecek destek gören (geride kalan) kişi ile iktisadi bir bakım ve gözetim ilişkisi içindedir. Başka bir ifadeyle, ölen sağlığında, bu kişiye maddi anlamda bakıyorsa veya ona ayni, nakdi veya bedeni yardımda bulunuyorsa yahut ileride bakacağı kuvvetliyse iktisadi bağın varlığının kabulü gerekir[66]. Ancak sadece bakım ve gözetim ilişkisi yeterli değildir. Bu ilişkinin aynı zamanda, düzenli ve sürekli olması gerekir. Gerçekten de, ölen kişi sağlığında, baktığı kişiye bir defalık değil sürekli yardımda bulunuyor ya da ileride bulunacak olmalıdır[67]. Destek ile desteğin yardım ettiği, bakım ve gözetimini üstlendiği kişi arasında bir aile bağı olma zorunluluğu olmadığı gibi, bu kişilerin akraba ya da mirasçı olmasına da lüzum yoktur[68]. Öğretide destek olarak, anne baba, eş, kar-

---

64 GÖKYAYLA, K. Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004, s. 98; ÇELİK, Çelik Ahmet: Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Ankara, 2014, s. 47; BULUT, Harun: Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul, 2006, s. 60; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 120; AYDIN ÖZDEMİR, Elif: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Adalet, Ankara, 2013, s. 90; KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Hukuku, s. 189; NARTER, Sami: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, Ankara, 2014, s. 3; OĞUZMAN/ÖZ, s. 97; EREN, Genel Hükümler, s. 755; ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 168; EREN, Kişiye İlişkin, s. 69.

65 HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2015, s. 162; GÖKYAYLA, s. 64; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 118; KILIÇOĞLU, Kumru: Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara, 2012, s. 36; ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 166; YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 180; ÖZEL, Çağlar: "*Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2002, s. 89; OĞUZMAN/ÖZ, s. 41, 97; KILIÇOĞLU Ahmet, Genel Hükümler, s. 291. Yazar destekten yoksun kalanların zararını *"dolaylı (yansıma) zarar"* olarak nitelendirmiştir (EREN, Genel Hükümler, s. 753).

66 NARTER, s. 4; KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Hukuku, s. 189; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; EREN, Genel Hükümler, s. 755; ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 168; GÖKYAYLA, s. 106.

67 KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Hukuku, s. 189; NARTER, s. 4; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; EREN, Genel Hükümler, s. 755; ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 168; GÖKYAYLA, s. 104.

68 ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 176; NARTER, s. 4; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; KILIÇOĞLU Ahmet, Genel Hükümler, s. 407; EREN, Genel Hükümler, s. 754; KILIÇOĞLU Kumru, s. 37; EREN, Kişiye İlişkin, s. 69.

deş, nişanlı ve birlikte yaşayan çiftler kabul edilmektedir[69]. Ölenin desteğindeki kişiler için tanınan bu tazminat talep hakkı, yakınların ki ile benzer nitelikte olmakla beraber, yakın ile destek aynı kavramlar değildir[70]. Şöyle ki; öncelikle destek ile destek gören arasındaki ilişki sürekli, fiili ve düzenli olması itibariyle yakın ile zarar gören arasındaki ilişkiye benzese de[71], destek ile destek görenin arasındaki ilişkinin temelinde maddi anlamda bir gözetim yer alır. Oysa zarar gören ile yakın arasındaki ilişki yoğun ve duygusal bir bağdır.

İsviçre hukukunda da, *"yakın"* ile *"destek"* kavramına dâhil kişilerin her zaman aynı olma zorunluluğu olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin bir kocanın ölümü halinde, eş ve çocuklar ölüm nedeniyle hem destekten yoksun kalma tazminatı, hem de manevi tazminat isteyebilirken, ölen kocanın sürekli yardım ettiği eski bir çalışan veya komşu manevi tazminat isteyemez[72].

Son olarak yakın ile *"mirasçı"* ilişkisinin de ortaya konması gerekir. Hiç şüphesiz yakın ile mirasçı da birbirleriyle kesişse de, bu kavramlar özdeş değildir. Gerçekten de, bir kişinin nişanlısı kanuni mirasçı değildir. Ancak bir nişanlı, somut olay çerçevesinde *"yakın"* sayılabilir[73]. Nitekim Yargıtay da, yakınlara tanınan manevi tazminat talep hakkının, mirasçılıktan bağımsız olduğunu belirtmiştir[74].

Tüm bu açıklamalardan sonra bir *"yakın"* tanımı yapmak gerekirse, Yakın, zarar görenle arasında kan bağı, kayın hısımlığı, desteklik ilişkisi

[69] KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Hukuku, s. 189; NARTER, s. 5; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; EREN, Genel Hükümler, s. 756 vd.; KILIÇOĞLU Kumru, s. 37; GÖKYAYLA, s. 108 vd.

[70] ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 243; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 191; ANTALYA, Manevi Zararın Belirlenmesi, s. 70.

[71] Desteklik ilişkisi ile yakınlık ilişkisi, fiili duruma dayanmaları ve fiili durumun incelenmesi suretiyle tespit edilmeleri yönüyle birbirlerine benzemektedir (ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 245).

[72] BREHM, Berner Kommentar, Art. 47, n. 135.

[73] KESKİN, s. 223.

[74] Yargıtay bir kararında, manevi tazminat isteyebilecek yakınları açıklarken, yakınlık ilişkisinin varlığı için, kan bağının ve mirasçılık şartının aranmayacağını açıkça belirtmiştir (Yargıtay 11. H.D., E. 1997/10577, K. 1998/1167, T. 24.02.1998 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (21.05.2017).

veya mirasçılık statüsü şartı aranmaksızın, zarar görenle arasında, meydana gelen olay sebebiyle genel yaşam standartları dışında etkilenecek kadar yoğun, sıkı ve düzenli ilişki bulunan gerçek kişilerdir[75]. Uygulamada Yargıtay anne, baba, çocuklar, kardeşler ve eş için bir yasal yakınlık karinesi kabul ederek onları m. 56'nın açık hükmü karşısında yakın olarak kabul etmiş[76], bunun yanında büyük anne ve babaları, amca, hala, teyze, dayı, nişanlı ve birlikte yaşayan kişileri de yakın sıfatına dâhil ettiği kararlar vermiştir[77].

III. YAKINLARIN UĞRADIĞI ZARARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A) İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Borçlar Kanunu OR Art. 47, beden bütünlüğü ihlal edilene ve ölenin yakınlarına manevi tazminat talep hakkı tanımıştır. Ağır bedensel zarara uğrayanların yakınlarına ise bu hakkı tanıyan yasal bir düzenleme yoktur[78]. Bundan ötürü İsviçre Federal Mahkemesi uzun süre ağır bedensel zarara uğrayanların yakınlarının manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Ancak daha sonra fikir değiştiren mahkeme, ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının manevi tazminat talebini kabul etmeye başlamıştır. Mahkeme buna gerekçe olarak, zarar gören ile yakını arasındaki bağın İsviçre Borçlar Kanunu OR Art. 49[79] kapsamında korunan bir kişilik değeri olduğunu kabul etmiş, ağır bedensel zarar

[75] Öğretide ORHUNÖZ'e göre; yakın kimse, zarar görenle yakından ilgilenmiş olan, başka bir ifadeyle onunla samimi münasebetler kurmuş olan kişilerdir (ORHUNÖZ, s. 40).

[76] Yargıtay 4. H.D., E. 2003/9750, K. 2004/3601, T. 22.03.2004; Yargıtay 4. H.D., E. 2012/17630, K. 2013/15520, T. 02.10.2013; Yargıtay 21. H.D., E. 2010/11453, K. 2011/3411, T. 12.04.2011; Yargıtay 4. H.D., E. 2012/13929, K. 2012/17683, T. 22.11.2012 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (05.06.2017). İsviçre federal mahkemesi, kardeşlerin yakınlığı bakımından kural olarak aynı evde yaşama kriterini göz önünde bulundurmaktadır (BREHM, Berner Kommentar, Art. 47, n. 154, 154a).

[77] Yargıtay 17. H.D., E. 2013/16699, K. 2015/3270, T. 16.03.2015; Yargıtay 17. H.D., E. 2013/16699, K. 2015/3270, T. 16.03.2015; Yargıtay 11. H.D., E. 2005/5601, K. 2006/2143, T. 02.03.2006 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (05.06.2017).

[78] BREHM, Berner Kommentar, Art. 47, n. 188.

[79] İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 49, 6098 sayılı TBK m. 58'in karşılığıdır. Başka bir ifadeyle, Art. 49, kişilik hakkının ihlali halinde, zarar görene manevi tazminat talep hakkı tanıyan bir hükümdür. Madde için bkz. (BREHM, Berner Kommentar, Art. 49, s. 581).

halinde yakınların kişilik değerlerinin doğrudan ihlale uğradığını ifade etmiş ve yakınlar lehine tazminatı bu hükmü esas alarak kabul etmiştir[80]. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, babasının geçirdiği kaza sonucu mental olarak tamamen işlevsiz hale geldiği bir olayda, çocuğun manevi tazminat talebini Art. 49'a göre kabul etmiştir[81]. Görüldüğü gibi Federal Mahkeme, ağır bedensel zararlarda yakınların uğradığı manevi zararı, onların zarar görenle olan ilişkisini, kişilik değeri olarak kabul etmiş ve böyle bir durumda kişilik hakkının ihlalinden hareketle yakınlar lehine hükmettiği manevi tazminatı genel norm olan OR Art. 49'a (TBK m. 58) dayandırmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, yakınların uğradığı zararı, onların doğrudan doğruya ve bağımsız zararı olarak kabul etmiştir. Böyle bir tercihe gidilmesine, İsviçre Borçlar Kanununda (OR) ağır bedensel zararlarda yakınlara manevi tazminat hakkı tanıyan bir hükmün bulunmaması neden olmuştur.

B. TÜRK HUKUKUNDA

6098 sayılı TBK m. 56/II hükmü, ağır bedensel zarara uğrayanın veya ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanımıştır. Ağır bedensel zarara uğrayanların yakınları bakımından getirilen bu değişiklik, sadece normatif bakımdan yeni bir düzenlemedir. Zira 818 sayılı Kanun döneminde de ağır bedensel zarara uğrayanların yakınları lehine manevi tazminata hükmediliyordu. 6098 sayılı Kanun döneminde bu durum yasal bir dayanağa kavuşsa da, yakınların uğradığı manevi zararın hukuki niteliği konusunda 818 sayılı kanun döneminden beri süregelen tartışmalar varlığını sürdürmektedir. Bu doğrultuda öğretide yakınların zararının hukuki niteliğine ilişkin, doğrudan doğruya zarar ve yansıma zarar görüşleri ileri sürülmüştür.

[80] BREHM, Berner Kommentar, Art. 47, n. 190 ve Art. 49, n. 67.

[81] BGE 117 II 50/57: BREHM, Berner Kommentar, Art. 49, n. 67a.

1- Doğrudan Doğruya Zarar Görüşü

Ağır bedensel zarar görenin yakınlarına tanınan manevi tazminat talep hakkının dayandığı manevi zararın hukuki niteliğine ilişkin öğretide savunulan bir görüşe göre, yakınların manevi zararı onların doğrudan doğruya uğradıkları zarardır. Bu görüşün dayandığı esaslar, iki kanun döneminde farklılık arz etmiştir. Şöyle ki; 818 sayılı kanun döneminde, madde hükmünde ağır bedensel zararlarda yakınların uğradığı manevi zararın tazminine ilişkin bir düzenlemenin olmaması karşısında, yakınların bu durumda uğradıkları manevi zararın doğrudan doğruya zarar olduğu ve EBK m. 47 uyarınca tazmin edilmesi gerektiği savunulmaktaydı[82]. Bu görüşe göre; EBK m. 47 hükmü ile korunan cismani bütünlük, hem fiziki bütünlüğü hem de ruhi bütünlüğü kapsar. Bu kabulden hareketle, bir kişinin beden bütünlüğü ihlal edildiğinde, bu ihlal dolayısıyla bu kişinin yakınlarının ruh âleminde bir sarsıntı meydana gelmişse, bu durumdan doğan zararın giderilmesi gerekir[83]. Bu suretle, EBK m. 47 hükmü, yakınların beden bütünlüklerini de koruma altına alan bir normdur. Buna göre, meydana gelen ağır bedensel zarar dolayısıyla ruh bütünlüğü ihlal edilen yakının manevi zararı ile zarar verici fiil arasında uygun illiyet bağı da var olduğu takdirde, yakınların manevi tazminat talebinin EBK m. 47 uyarınca kabulü gerekir[84]. Bu bir yansıma zarar değil, yakınlar bakımından doğrudan doğruya zararın tazminidir[85]. Ancak bunun için meydana gelen ihlalin, yakınların beden bütünlüğünü ihlal edecek seviyede ağır olması gerekir[86]. Görüldüğü üzere bu görüş, EBK m. 47'nin koruma kapsamına kişinin fiziki ve ruhi bütünlüğünün dâhil

[82] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2009, s. 764; KARAHASAN, s. 77.

[83] KARAHASAN, s. 76, 77.

[84] M. 47'nin kapsamına, ruh bütünlüğünün girmesinden ötürü, bu hükmün ihlali yakınların zararının tazmini bakımından şart olan hukuka aykırılık bağının kurulmasını sağlamış olacaktır (EREN, Genel Hükümler, 2009, s. 764, 765). KARAHASAN, s. 77; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1985, s. 882

[85] Kişilik hakkım mutlak hak olup, bu hakkın ihlali yakınlar bakımından manevi tazminatın temelini oluşturur. Şöyle ki, bir hukuki değerin korunması için ihdas edilen norm, sadece o kişinin doğrudan zararını değil, uygun illiyet bağının erişebildiği diğer dolaylı zararların da tazminini kapsar (KARAHASAN, s. 77). EREN, Genel Hükümler, 2009, s. 765.

[86] KARAHASAN, s. 80.

olduğu kabulünden hareketle, yakınların uğradığı ruhi sarsıntıların da EBK m. 47 normunun koruma kapsamında olduğunu savunmaktadır. Yargıtay 1995 tarihli ilke kararıyla, bedensel zarara uğrayan kişinin çok yakınlarının ruh bütünlüklerinin ihlal edilmesinin, BK m. 47 normunun koruma amacı kapsamında olduğunu kabul etmiş ve bu hükme dayanarak yakınların doğrudan doğruya zarara uğradığı sonucuna varmıştır[87]. 818 sayılı kanun döneminde, bedensel zarara uğrayanın yakınlarına da manevi tazminat verilmesi gerektiğini öngören bir başka görüş, bu savına dayanak olarak TBK m. 49 hükmünü almıştır. Buna göre, m. 49 hükmünün şartları somut olayda gerçekleşmişse, yakınların manevi zararının tazmini açısından m. 49 uyarınca hareket etmek gerekir. Şöyle ki; zarar verici olay sebebiyle yakınların uğradığı manevi zarar, artık doğrudan kendi kişilik değerlerinin ihlalinden doğmaktadır. Bu nedenle, yakınların uğradığı bu zararın genel norm olan EBK m. 49 uyarınca tazmini gerekir[88].

Yakınların manevi zararının tazminini m. 49'a dayandıran başka bir görüşe göre ise, ilk zarar gören ile ailevi bağ içerisinde olan yakının, zarar verici eylem dolayısıyla uğradığı manevi zararın tazmini m. 49'a göre olacaktır. Gerçekten de, aile bağları m. 49 uyarınca korunan kişilik hakkının kapsamına dâhil bir değerdir. Buna göre EBK m. 49, kişilik haklarının ihlali halinde manevi tazminatı öngören bir hüküm olarak, kişisel değerleri koruma altına almaktadır. Bu kişisel değerler, kişilik hakkının kapsamına dâhildir ve kişilik hakkı mutlak hak niteliğindedir. Bu hakkın kapsamına giren kişilik değerlerinden biri de, aile bağları ve aile ilişkileridir. Aile, kendini oluşturan aile bireyleri ile bir arada bulunma ve aile bağlarını koruma hakkına sahiptir. Bu halde bu aile üyeleri, beden bütünlüğü ihlal edilen aile ferdinin maruz kaldığı ihlal sebebiyle uğradıkları

[87] Yargıtay H.G.K., E. 1995/11-22, K. 1995/430, T. 26.04.1995. Benzer kararlar için : Yargıtay H.G.K., E. 2010/4-453, K. 2010/476, T. 06.10.2010; Yargıtay 21. H.D., E. 2002/286, K. 2002/1057, T. 14.02.2002 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (10.04.2017).

[88] ORHUNÖZ, s. 44; ÖZEL, s. 103.

manevi zararın tazminini isteyebilir[89]. Ancak EBK m. 49 hükmü gereği yakınlara manevi tazminata hükmedilebilmesi için, bu tazminatı gerektirecek ağırlıkta bir ihlalin somut olayda varlığı gerekir. Bu da ancak kişinin beden bütünlüğünün ağır şekilde ihlali ile olacaktır. Yargıtay da bazı kararlarında bu esasa dayanmıştır. Şöyle ki; Yargıtay bir kararında; köy kahvesi önünde bıçaklanmak suretiyle yaralanan kişinin anne ve babası lehine EBK m. 49'a dayanarak manevi tazminata hükmetmiştir[90].

6098 sayılı TBK m. 56/II, ağır bedensel zarar görenin yakınlarına manevi tazminat isteme hakkını açıkça tanımıştır. Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre hükmedilecek manevi tazminatın giderdiği bu manevi zarar, yakının uğradığı doğrudan doğruya zarardır[91]. Buna göre; manevi zarar kişinin kişilik hakkının ihlali sonucunda meydana gelen eksilme olarak kabul edildiğinde, kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi zararın tazmini için özel bir norma ihtiyaç duyulmamaktadır. Zira kişilik hakkının ihlali sonucu oluşan manevi zararların tazminini öngören bir hüküm (TBK m. 58) hâlihazırda mevcuttur. Bu hüküm tam anlamıyla, mutlak bir hak olan kişilik hakkının ihlalini sonuca bağlamıştır. Bunun anlamı diğer şartların gerçekleşmesi halinde, hukuka aykırılık bağı şartı da m. 58'in ihlaliyle gerçekleşmiş

89 ŞAHİN, Ayşenur: "*Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 149; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 659, dpn. (3). Kişinin maddi duygusal değerlerinin kapsamına aile bağları girer ki, bu da bir kişilik değeri olarak korunmaya muhtaçtır (ACABEY, Mehmet Beşir: "*Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı*", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergi, 2013, s. 17).

90 *"Kişinin kişilik değerleri, hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı ile toplum içindeki yerini koruyan değerlerden oluşur. Bu kapsama, kişinin sosyal ve duygusal kişilik değerleri de yer almaktadır. Bu değerler, kişinin toplum içindeki yeri, aile hayatı ve yakınlarının değer alanına dâhildir. Bu değerler, doğrudan doğruya kişilik hakkıyla değil de, aile hukukuyla alakalı değerlerdir. Bu değerler m. 49 uyarınca korunmaktadır. Sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zedelenmesi, somut olayın ağırlığı haklı kıldığı takdirde, m. 49 uyarınca kişinin yakınlarının ve aile birliğinin kapsamına dâhil olan değerlerin ihlal edildiğini gösteriyorsa, ailenin sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin ihlalinin kabulü gerekir. Bu durumda da, çocuklarının kahve önünde göğsünden yaralandığı olayda, yaşam tehlikesi geçiren kişinin anne ve babası lehine m. 49 uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi gerekir"* (Y 4. HD, E. 2009/7006, K. 2010/3708, T. 31.03.2010). Benzer yönde : Yargıtay 4. H.D., E. 2008/9803, K. 2009/4737, T. 01.04.2009; Yargıtay 4. H.D., E. 2003/16422, K. 2004/6002, T. 05.05.2004 – https://www.kazancı.com – erişim tarihi (01.04.2017).

91 KESKİN, s. 219; KÖYSÜREN GENÇ, s. 74.

olacaktır[92]. Gerçekten de, hâlihazırda kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi zararın tazminini öngören temel bir normun olması, sorumluluğun şartlarından olan hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi için yeterli olacaktır[93]. Bunun anlamı, TBK m. 56/II hükmü olmasaydı dahi, yakınların TBK m. 58 uyarınca manevi tazminat istemesi mümkün olacaktı[94]. Bu açıdan da, TBK m. 56/II hükmünde tanınan manevi tazminat talep hakkının dayanağı olan manevi zarar, yansıma zarar olmayıp, doğrudan doğruya zarardır. Başka bir ifadeyle, bu hüküm yansıma zararın tazminini öngören özel bir norm değil, doğrudan doğruya zararın tazminini öngören bir normdur.

2- Yansıma Zarar Görüşü

Öğretide çoğunluğun benimsediği görüş uyarınca, ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin ya da ölenin yakınlarının uğradığı zarar yansıma zarardır. Yansıma zarar genel itibariyle; hukuka aykırı fiilin doğrudan muhatabı olan mağdur dışında, bu hukuka aykırı fiil nedeniyle ve doğrudan zarar görene bağlı olarak üçüncü kişilerin uğramış olduğu zarardır[95]. Yansıma zararın mevcut olduğu durumda, en az iki zarar gören vardır. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı fiilin yöneldiği doğrudan doğruya zarar gören ile doğrudan kendisine yönelmemekle beraber haksız eylem nedeniyle zarar gören üçüncü kişinin varlığı söz konusudur[96]. Yansıma zararın hukukumuzda edindiği yere gelince, öğretide bu zararın zarar gören üzerinde bırakılması eğilimi hâkimdir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı bir eylem neticesinde sadece bu eyleme maruz

92 EREN, Genel Hükümler, s. 586; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 52, 53; KOÇYİĞİT, Pınar: "*Türk Hukukunda Yansıma Zarar ve Yansıma Zararın Tazmin Edilebilirliği*", Sorumluluk Hukuku Seminerler (Ed. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 267; ŞEN ÖZÇELİK, Nesli: "*Salt Mal Varlığı Zararı ve Bu Zararın Tazmin Edilebilirliği*", Sorumluluk Hukuku Seminerler (Ed. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 427.

93 KÖYSÜREN GENÇ, s. 74; KESKİN, s. 220.

94 KESKİN, s. 220.

95 KOÇYİĞİT, s. 253; KILIÇOĞLU Kumru, s. 21; YURTMAN, Hazalcan: "*Fransız Hukukunda Yansıma Zararların Tazmini*", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (Ed. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 494; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 97; ÖZEL, s. 85; GÖKYAYLA, s. 60; TOPUZ, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, 2011, s. 85; ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 69; KESKİN, s. 76.

96 KOÇYİĞİT, s. 257; KILIÇOĞLU Kumru, s. 25, 27; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 316; ÖZEL, s. 81.

kalan, doğrudan doğruya zarar gören kişinin zararının tazmin edilmesi gerektiği savunulmaktadır[97]. Üçüncü kişilerin uğradığı yansıma zararların tazminine temkinli yaklaşılmaktadır. Bu yaklaşımın temelinde yatan sebep, yansıma zararın tazmini ile sorumluluğun fazlaca genişletilecek olması kaygısıdır[98]. Bundan ötürü, hukukumuzda yansıma zararlarının tazmininin, ancak özel bir koruma normunun varlığı halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bunun sebebi, mutlak hakların ihlali hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için yeterli olsa da, nispi haklar bakımından hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için ancak özel bir koruma normunun ihdası ve bu normun ihlali gerekir[99].

818 sayılı EBK döneminde, bedensel zarara uğrayanların yakınlarına manevi tazminat verileceğine dair bir hüküm yoktu. Bedensel zarara uğrayanların yakınlarının manevi zararının yansıma zarar olduğunu kabul eden bir görüş, bu zararın tazmini için özel bir koruma normunun gerekliliğine dikkat çekmekteydi. 818 sayılı kanunun 47. maddesi, sadece ölenin yakınlarına manevi tazminat talep hakkı tanımış, bedensel zarara uğrayanların yakınlarına bu hakkı tanımamıştı. Bu sebeple, bu görüş sahipleri, özel bir koruma normunun bulunmaması sebebiyle, bu yansıma manevi zararın tazmin edilemeyeceğini savunmaktaydı[100]. Bunun temelinde ise, ağır bedensel zarar görenin yakınları bakımından bir özel norm olmaması sebebiyle, sorumluluğun genel şartlarından biri olan "hukuka

97 ÖZEL, s. 83; KOÇYİĞİT, s. 258.

98 KOÇYİĞİT, s. 258; YURTMAN, s. 498; KILIÇOĞLU Kumru, s. 28; ÖZEL, s. 84; KESKİN, s. 78, dpn. (118).

99 ANTALYA, Genel Hükümler, s. 456; KOÇYİĞİT, s. 260; OĞUZMAN, s. 38; ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 75; ÖZEL, s. 104. Yansıma zararın tazmini için hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesi zorunludur (ÇELEBİ, Funda: "*Haksız Fiil Sorumluluğu (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zaman Aşımı, Yargılama)*", Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul, 28-29 Nisan 2012, s. 19.

100 OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 683; TANDOĞAN, s. 336. EBK döneminde madde 49 uyarınca yakınların manevi tazminat talebinin kabulü, zorlama bir uygulamadır. Zira madde 49, kişinin maddi kişilik değerlerini değil, resim, onur, şeref gibi kişilik değerlerini korumaktadır. Bu suretle madde 49, yakınlar bakımından korunan bir değer içermemektedir (KILIÇOĞLU Kumru, s. 48, 49). EBK döneminde sadece ölenin yakınlarına manevi tazminat verilmesi gerekecektir. Zira diğer durumlarda tazminat verileceğini öngören özel bir hüküm yoktur (ÇAKIRCA, Yansıma Zarar, s. 190).

aykırılık" unsurunun gerçekleşmeyeceği düşüncesi yatıyordu[101]. Bu hususa dayanılarak, bedensel zarara uğrayanların yakınları lehine manevi tazminata hükmedilmesinin yerinde olmadığı savunulmuştu.

Yargıtay da eski tarihli bazı kararlarında, sadece ölenin yakınlarının manevi tazminat talebini kabul etmiş, beden bütünlüğü ihlal edilenin yakınlarının manevi tazminat taleplerini reddetmişti[102].

6098 sayılı Kanun döneminde ise, ölenin yakınlarının uğradığı manevi zararın tazmini prensibi korunurken, buna ilave olarak ağır bedensel zarara uğrayanların yakınları lehine de manevi tazminata hükmedileceği esası benimsenmiştir. Bu kabulle beraber, bedensel zarara uğrayanların yakınlarının uğradığı manevi zararın tazmin edilip edilemeyeceği sorunu çözümlenmiştir. Ancak öğretideki çoğunluk görüş[103], bu düzenlemenin yakınların uğradığı yansıma zararın tazminini mümkün kılan bir özel norm olduğunu kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle, ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin bu zararı sebebiyle, yakınlarının uğradığı zarar, yakının doğrudan doğruya zararı olmayıp, ilk zarar görenin uğradığı zarara bağlı olarak ortaya çıkan ve tazmini için özel bir norma ihtiyaç duyulan yansıma zarardır. İşte TBK m. 56/II hükmünün düzenlenmesi, bu ihtiyacı gidererek, mevcut bir yansıma zararın tazminini mümkün kılmıştır[104].

3- Görüşümüz

Ağır bedensel zarar görenin yakınlarının uğradığı manevi zararın tazmininin kabulü, yakınların manevi tazminat talep hakkının var olup olmadığı hususunu bir tartışma konusu olmaktan kurtarmıştır. Ancak bunu öngören yasal düzenlemenin temelini oluşturan yakınların mane-

101 OĞUZMAN/ÖZ, s. 258; OĞUZMAN/ÖZ, 2005, s. 683.

102 Yargıtay 4. H.D., K. 1819/1969, T. 21.02.1969; Yargıtay 4. H.D., K. 1733/1966, T. 14/02/1966 : GÜRSOY, s. 31.

103 KILIÇOĞLU Kumru, s. 39; ANTALYA, Genel Hükümler, s. 456; ÇAKIRCA, Yakınlar, s. 794; EREN, Kişiye İlişkin, s. 73; ERLÜLE, Bedensel Bütünlük, s. 315.

104 ÇAKIRCA, Yakınlar, s. 794; EREN, Genel Hükümler, s. 790; GENÇ ARIDEMİR, Değerlendirmeler, s. 51.

vi zararının hukuki niteliği üzerinde görüş birliği yoktur. Kanaatimizce, ağır bedensel zarar görenin yakınlarının uğradığı manevi zararın niteliği, doğrudan doğruya zarardır. Başka bir ifadeyle, ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının uğradığı zarar, ağır bedensel zarar görenin uğradığı ihlalden uzanan bir yansıma zarar değildir. Bu görüşümüzü temellendirmek gerekirse; işe manevi tazminatı öngören TBK hükümlerinin değerlendirmesiyle başlamak gerekir. Şöyle ki; TBK konumuzu doğrudan ilgilendiren ve manevi tazminatı öngören iki hüküm içermektedir. Bunlardan temel norm niteliğinde olan TBK m. 58 hükmü, kişilik hakkı zedelenene, manevi tazminat talep hakkı tanımıştır. Hüküm bunu yaparken koruma alanını kişi açısından da konu açısından da özel bir sınırlamaya tabi tutmamıştır. Başka bir deyişle, bu hükümden kişilik hakkı ihlal edilen herkes şartları dâhilinde faydalanabilecektir. Bu noktada, TBK m. 58 hükmü sadece manevi kişilik değerlerine yönelik bir koruma sağlamaz, maddi kişilik değerlerini de aynı şekilde koruma altına almaktadır. Zira madde metni kişilik hakkından bahsetmiştir. Bu açıdan ilgili hüküm kişilik hakkının içeriğindeki hangi değerleri koruduğuna dair özel bir belirtme içermemektedir. TBK m. 56'nın beden bütünlüğünü açıkça koruması karşısında, TBK m. 58'in beden bütünlüğü dışındaki değerleri koruduğu söylenemez. Daha açık bir ifadeyle, TBK m. 58 ile m. 56 arasındaki ilişki, genel hüküm – özel hüküm ilişkisinden başka bir şey değildir. Bu suretle, TBK m. 58 kişinin beden bütünlüğü de dâhil tüm kişilik değerlerini kapsayan bir koruma içermekle beraber, TBK m. 56'nın varlığı sebebiyle, beden bütünlüğü ihlallerinde kendisine başvurulmaya ihtiyaç kalmamıştır. Kişilik hakkını genel şekilde koruyan böyle bir hüküm, yakınların kişiliğinin korunması bakımından temel norm niteliğini taşır. Kişilik hakkı mutlak bir hak olup, sayısız kişilik değerini bünyesinde barındırır. Bu hakkın ihlali mutlak bir hakkın ihlali anlamına gelir ve bu da TBK m. 58'e aykırılığı doğurur. Böylece, ağır bedensel zararın varlığı halinde yakınların uğradığı kişilik hakkı ihlali açısından hukuka aykırılık şartının sağlanmış olduğu kabul edilmelidir. Geriye sorumluluğun diğer şartlarının gerçekleşmesi kalır ki, bu şartların gerçekleşmesi halinde, TBK m. 56 olmasaydı dahi, yakınların TBK m. 58'e göre manevi tazminat istemeleri mümkün olabilecekti. Şunu da belirtmek gerekir ki; her ne kadar ortaya çıkış şekli olarak ağır bedensel

zarar görenden uzanan bir yansıma zarar gibi görünse de, kişinin yakınının meydana gelen ağır bedensel zarar nedeniyle kendi kişilik hakkında (mutlak hak) objektif bir eksilmenin varlığı ve bu hakkın temel bir norm ile korunuyor olması (TBK m. 58) hukuka aykırılık bağını kuracaktır.

Yakınların uğradığı manevi zararın doğrudan doğruya zarar olduğunun ve TBK m. 56 olmasaydı dahi, m. 58'e göre tazmin edilebileceğinin kabulü, akla *"kanun koyucunun hangi maksatla TBK m. 56/II hükmünü öngördüğü"* sorusunu getirebilir. Kanaatimizce bunun iki sebebi vardır. İlki, yakınların uğramış olduğu manevi zararın niteliği üzerinde bir görüş birliğinin olmamasıdır. Şöyle ki, bu zararın doğrudan doğruya zarar olduğunun kabulü, bu zararın tazminini mümkün kılarken, yansıma zarar olduğu düşüncesi ise aksine neden olmaktaydı. Bu durum ise uygulamada farklılıklara ve adaletsizliklere yol açacaktı. İkinci sebep ise kanun koyucunun, yakınların uğradığı bu doğrudan zararın sadece ağır bedensel zarar halinde oluşacağı düşüncesinde olmasıdır. Başka bir ifadeyle, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin uğradığı manevi zararın tazminine ilişkin talebini dayandırabileceği bir hüküm zaten vardı (EBK m. 47, TBK m. 56/I). Ancak yakınların doğrudan doğruya zararları için bu hükme veya TBK m. 58'e dayanmaları, ağır olmayan bedensel zararlar bakımından da yakınların manevi zarara uğrayacakları kabulüne yol açabilir, bu da sorumluluğun sınırlarını genişletebilirdi. Zira iki hüküm de, kusurun veya zararın özel ağırlığından söz etmemektedir. Kanun koyucu TBK m. 56/II düzenlemesini getirerek, sadece ağır bedensel zarar görenin yakınlarının uğradığı manevi zararı tazmin edilebilir gördüğünü belirtmiştir. Bu hükmün getirilmesindeki amaç, yansıma zararın tazmini lehine gerçekleştirilen bir özel norm ihdası olmayıp, sorumluluğun sınırlarını çizebilmektir. Nitekim kanun koyucu da bu yönde düşünmüştür ki, ağır bedensel zarar görenin yakınlarına hükmedilen manevi tazminatı düzenlemiş, ancak maddi zararlar konusunda bir hüküm getirmemiştir. Kanaatimizce eğer ki yakınların manevi zararını tazmin eden bu norm bir yansıma zarar tazmini işlevini üstlenseydi, kanun koyucu aynı tutumu ağır bedensel zarar görenin yakınlarının uğradığı maddi zararlar bakımından da öngörürdü.

SONUÇ

TBK m. 56 hükmü, ağır bedensel zarar görenin yakınları lehine manevi tazminata hükmedilebileceği düzenlemesini öngörmüş, fakat metinde geçen *"ağır bedensel zarar" ve "yakın"* terimlerine bir izahat getirmemiştir. Buna göre ağır bedensel zararın, zarar gören ve yakınları arasındaki ilişkiyi sürekli, kalıcı ve önemli ölçüde değiştirmesi gereken bir zarar olduğu söylenebilir. Bu kapsamda, örneğin başkasının bakımına muhtaç olan bir kişinin hali ile haksız bir eylem sonucu felç olan, bilincini kaybeden, ayırt etme gücünü yitiren veya sakat kalan kişilerin durumu ağır bedensel zarar sayılmalıdır. Bunun yanında kısa süren ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilen yaralanmalar ağır bedensel zarar teşkil etmeyeceği gibi, kişinin yüzünde kalan yara izi de ağır bedensel zarar değildir.

Ağır bedensel zarar görenin manevi tazminat talep edebilecek yakınlarına gelince, bu kişilerin zarar görenle sürekli, düzenli ve temeline sevgiyi oturtmuş bir ilişki içerisinde olması gerekir. Ayrıca *"yakın"* sayılacak kişinin bir aile ferdi olması gerekmediği gibi, bir akraba, destek veya mirasçı olması şartı da aranmaz. Bu çerçevede yakın olabilecekler bakımından anne, baba, çocuklar, eş ve kardeş gibi çok yakınların yakınlık karinesine sahip olduğu kabul edilebilir. Bunun anlamı, ağır bedensel zarar nedeniyle sayılan kişilerin manevi tazminat talep ettikleri davada, onların yakın olmadıklarını davalı ispatlayacaktır. Yakın olduğunu iddia eden partner, nişanlı, büyükanne ve büyükbaba gibi kişiler bakımından ise kuralın aksi geçerlidir. Nitekim Yargıtay uygulaması da kural olarak bu yöndedir.

TBK m. 56/II'ya göre manevi tazminat talep edebilecek yakınların, bu taleplerinin kaynağını oluşturan manevi zararın hukuki niteliğine gelince, doğrudan doğruya zarar görüşünün benimsenmesi uygun olacaktır. Zira bu madde ile yakınlara tanınan manevi tazminat talep hakkı, yakınların kendi kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan zararın tazminine yönelik olup, bu hak mutlak hak sıfatıyla temel norm olan TBK m. 58 ile halihazırda koruma altına alınmıştır. Bu bakımdan sorumluluğun

genel şartları TBK m. 58 ile sağlanmıştır. Ancak TBK m. 56 özel hüküm olması sebebiyle öncelikle uygulanmakta olup, bu hüküm bir yansıma zarar tazminini değil mutlak bir hakkın ihlalinden doğan zararların tazminini öngören ve sorumluluğu sınırlandırıcı bir hüküm işlevindedir.

Son olarak şu hususu da belirtmek gerekir ki; kanun koyucu TBK m. 56/II düzenlemesini, yakınların uğradığı yansıma zararın tazminini mümkün kılan bir özel normun sağlanması maksadıyla getirseydi, aynı tutumu yakınların uğradığı maddi zararlar için de sergilerdi.

KAYNAKÇA

ACABEY, Mehmet Beşir, "*Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı***",** Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergi, 2013, s. 1-54.

AĞACIKOĞLU, Nejat, "*Manevi Zararın Tazmini*", Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 1974, s. 928-935.

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2015.

ANTALYA, O. Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul, 2011.

ANTALYA, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, 2017**.**

ARAT, Ayşe, "*6098 Sayılı Borçlar Kanunu M. 58'e Göre Manevi Tazminatın Belirlenmesine 818 Sayılı Borçlar Kanunu M. 49/II'nın Kaldırılmasının Etkisi*", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3–4, s. 185-206.

ATLAN, Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul, 2015.

AYDIN ÖZDEMİR, Elif, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Ankara, 2013.

BREHM, Roland, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band IV, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR, 2. Aufl, Bern, 2013.

BULUT, Harun, Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul, 2006.

ÇAKIRCA, Seda İrem, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, İstanbul, 2012.

ÇAKIRCA, Seda İrem, "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi*", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergi, 2013, s. 785-807.

ÇELEBİ, Funda, "*Haksız Fiil Sorumluluğu (Unsurlar, Tazminat, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller, Zaman Aşımı, Yargılama)*", Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul, 28-29 Nisan 2012, s. 13-28.

ÇELİK, Çelik Ahmet, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Ankara, 2014.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009.

EREN, Fikret, "*Türk Borçlar Hukukunda Kişiye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)*", Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C.1 , (Eds. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN/Necdet BASA), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2016, s. 57-76.

ERLÜLE, Fulya, Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat, Ankara, 2015.

ERLÜLE, Fulya, "*6098 Sayılı TBK'nda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Manevi Tazminat Talebi*", Cevdet YAVUZ'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Hukuk Semineri Özel Sayısı), 2011, s. 141-162.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul, 2008.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, "*Türk Borçlar Kanunu'nun Manevi Tazminat ile İlgili Hükümlerinin (TBK m. 56 ve m. 58) Değerlendirilmesi*", Prof. Dr. Hasan ERMAN'a Armağan, 2015, s. 45-59.

GÖKYAYLA, K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004.

GÖNEN, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul, 2011.

GÜRSOY, Kemal Tahir, "*Manevi Zarar ve Tazmini*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1973, s. 7-56.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2015.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku–Manevi Tazminat, İstanbul, 2002.

KESKİN, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet, "*Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 1983, s. 287-294.

KILIÇOĞLU, Kumru, Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara, 2012.

KILIÇOĞLU, Mustafa, Tazminat Hukuku, Ankara, 2010.

KILIÇOĞLU, Mustafa, "*Cismani Zarar ve Ölüm Halinde Manevi Zarar ve Manevi Tazminat*", Kamu İş, C. 7, S. 3, 2004, s. 1-30.

KIRCA, Çiğdem, "*Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği*", Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 3, 1999, s. 242-265.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "*Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)*", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul, 1980, s. 141-180.

KOÇYİĞİT, Pınar, "*Türk Hukukunda Yansıma Zarar ve Yansıma Zararın Tazmin Edilebilirliği*", Sorumluluk Hukuku Seminerler (Eds. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 253-286.

KÖYSÜREN GENÇ, Sultan, "*Manevi Tazminat Davalarının Genel Esasları ile İş Kazası veya Meslek Hastalığı Hallerinde Uygulama Şekli*", Terazi Hukuk Dergisi, S. 91, 2014, s. 71-81.

LANDOLT, Hardy, Art 45-49 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Zürich, 2007.

NARTER, Sami, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, Ankara, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal, "İsviçre ve Türkiye'*de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler*", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 7-54.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, İstanbul, 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005.

ORHUNÖZ, Ergun, Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat, Ankara, 1999.

ÖZEL, Çağlar, "*Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2002, s. 439-452.

ÖZSUNAY, Ergun, "Çeşitli Hukuk Çevrelerinde 'Manevi Zarar' Kavramı ve 'Manevi Zararın' Giderilmesine İlişkin Çözümler", Prof. Dr. Selahattin Sulhi TEKİNAY'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 483-508.

SAYMEN, Ferit Hakkı, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul, 1940.

SAYMEN, Ferit Hakkı, "*Kimler Manevi Tazminat İsteyebilir*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 6, S. 1, 1940, s. 126-145.

SEROZAN, Rona, "*Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 14, Y. 11, s. 93-112.

SEROZAN, Rona, "*Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 67-101.

STİEGLER, Anita Maria, Schmerzengeld für Schock und Trauerschäden, Wein-Köln-Weimar, 2009.

ŞAHİN, Ayşenur, "*Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 123-165.

ŞENOCAK, Zarife, "*Ağır Bedensel Zarar veya Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi*", Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C. 1, (Eds. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN/Necdet BASA), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2016, s. 599-606.

ŞEN ÖZÇELİK, Nesli, "*Salt Mal Varlığı Zararı ve Bu Zararın Tazmin Edilebilirliği*", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (Ed. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 413-444.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akti Mesuliyet), İstanbul, 2010.

TAŞATAN, Caner, "*Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği*", Sorumluluk Hukuku Seminerler (Eds. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 471-485.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1985.

TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, 2011.

ÜNAL, Mehmet, "*Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 397-437.

ÜNLÜTEPE, Mustafa, "*Yargıtay Kararları Doğrultusunda Hukuka Aykırı Fiil Nedeniyle Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Talebi*", Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, 2013, s. 1229-1289.

YENİOCAK, Umut, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2012.

YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

YURTMAN, Hazalcan, "*Fransız Hukukunda Yansıma Zararların Tazmini*", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (Ed. Başak BAYSAL), İstanbul, 2016, s. 487-522.

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

www.kazancı.com

www.tdk.gov.tr

AİLE KONUTUNUN ÖZGÜLENMESİ DAVASININ HAKSIZ İŞGAL TAZMİNATINA ETKİSİ

(Yorum Yöntemleri Çerçevesinde Y. 1. HD. 25.09.2014, 10603/14850 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)

The Impact of the Allocation of the Family Home Case to the Unfair Occupation Compensation (Evaluation of The Decision of the Case of Court of Appeal (Department Nr. 1) Dated 25.09.2014, Nr. 10603/14850 in the frame of Interpretation Methodology)

▪ **Av. Fatih KARAMERCAN ***

Özet: Sağ kalan eşe, TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükümleri uyarınca ve belli şartlar altında, muris eşi ile birlikte yaşadıkları konut için özgüleme davası açma hakkı verilmiştir. Sağ kalan eşe, bu haklar ilk önce mehaz kanunumuz olan İsviçre Medenî Kanunu'nun m. 219 ve m. 612a hükümleri ile tanınmıştır. Çalışmada, sağ kalan eşin, özgüleme davası açmasının, mirasçıların kendisine karşı TMK m. 995 (İsviçre Medenî Kanunu m. 940) hükmü uyarınca açmış oldukları haksız işgal tazminatı davasındaki rolü irdelenecektir.

Çalışmanın anlamlanabilmesi için ilk olarak temel kavramlara yer verilmiştir. Devamında, hukuk normlarının tahlilinde genel kabul görmüş yorum yöntemlerine ve çeşitlerine değinildikten sonra çalışmaya konu olmuş örnek yerel mahkeme ve Yargıtay Kararı'nın yorum yöntemleri ile analizi yapılarak hukukî sonuç belirtilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Sağ kalan eş, özgüleme davası, TMK m. 240, TMK m. 652, Art. 219 ZGB, Art. 612a ZGB, haksız işgal tazminatı, TMK m. 995, Art. ZGB 940, amaca uygunluk yorumu.

Abstract: The surviving spouse has been given the right to suit an appeal for the allocation of the home where s/he lived with his/her spouse who is inherited, under certain circumstances in accordance with the Turkish Civil Code Art. 240 or Art. 652. These rights have been recognized for the surviving spouse initially in accordance with the Swiss Civil Code Art. 219 and Art. 612a which is our origin Code. In this study, the surviving spouse has the right to appeal against the heirs of the Turkish Civil Code Art. 995 (Swiss Civil Code, Article 940), as well as the versus case of unfair occupation compensation.

In order to make sense of the work, the basic concepts were explained initially. In the following, the legal result was given by analyzing the interpretation methods of the local court and the Supreme Court of Appeals which has been the subject of this study after the methods and types of the generally accepted interpretation in the analysis of the legal norms were mentioned.

Key Words: The surviving spouse, the allocation case, Turkish Civil Code Art 240, Turkish Civil Code Art. 652, Swiss Civil Code Art. 219, Swiss Civil Code Art. 612a, unjust occupation compensation, Turkish Civil Code Art. 995, Swiss Civil Code Art. 940, purposeful interpretation.

* İzmir Barosu, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, fatihkaramercan@gmail.com

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Dil ve Hukuk Dili

Dil bir anlam, düşünce, muhakeme ve yaratıcılık ortamıdır[1]. Başka bir tanıma göre ise dil, insanlar arasında anlaşmayı sağlayan, kendine özgü kuralları olan ve bu kurallar çerçevesinde gelişen, seslerden örülmüş bir sistemdir[2]. Dil, aslında düşünmenin kılıfıdır[3]. Dil olmadan bilinçten ve akıldan söz edilemez[4]. Bu yüzden, dilin kendisi de düşünce olmaksızın oluşup gelişemeyecektir[5]. Sözlü hukuktan yazılı hukuka geçildiğinden beri hukukun içeriği de dilsel olarak ortaya çıkmış olup anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak kullanılan dil, hukuk normunun da taşıyıcısı ve iletişim aracı olmuştur[6].

Dilin, genel bir tanımı ve işlevi anlatıldıktan sonra hukuk dilinin ne anlama geldiği ve işlevinin belirtilmesinde de fayda bulunmaktadır. Hukuk dili, normatif bir dildir. Burada dil, yaptırma göreviyle, yani başkalarının davranışlarını etkilemek amacıyla kullanılır. Dilin yaptırma görevi için daha çok emir kipinden cümleler kullanılır[7]. Hukuk dili, hukukî düzenlemelerde veya hukuk uygulaması ve öğretisinde kullanılan bir uzmanlık dilidir[8]. Mevzuat dili ise yürürlükteki tüm hukukî düzenlemelerde kullanılan dili ifade eder. Bu yüzden, hukuk dili, mevzuat dilinin yanı sıra hukukçunun da dilini kapsayan bir üst kavramdır[9]. Ayrıca, belirtmek gerekir ki; hukukun kalitesi, dilin kalitesine bağlıdır[10]. Hukuk, dil ile ya-

[1] SÖZER, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, 5. Baskı, İstanbul, 2015, s. 1.

[2] GÜNEŞ, Ahmet M., Hukuk Metodolojisi, Ankara, 2016, s. 8.

[3] DEMİR, Abdullah, Hukuk Metodolojisi, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 22.

[4] IŞIKTAÇ, Yasemin; METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2016, s. 55.

[5] IŞIKTAÇ/METİN, s. 59.

[6] IŞIKTAÇ, Yasemin, Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi, ABD, S: 2001/1, s. 24.

[7] GÖZLER, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998, s. 30.

[8] GÜNEŞ, s. 11.

[9] GÜNEŞ, s. 11.

[10] SÖZER, s. 10.

pılan bir sanattır[11]. Halbuki, mevzuat metinlerindeki dil karmaşası normal bir durum olarak kabul görmekte olup[12] bilimsel tutarlılık ve terim birliğinin sağlanması için başta hukuk bilimciler olmak üzere değişik alanlardaki uzmanlardan yararlanılması gerekmektedir[13]. Türk Hukuk Sistemi'nin şu an içinde bulunduğu durumun en büyük günahkârı, ana dile karşı yeteri kadar önemi göstermeyen hukuk fakülteleri gösterilmektedir[14].

B. Yorum

Geniş anlamı ile yorum, anlama veya dilde kullanılan bir ifadenin kavranmasıdır[15]. Başka bir tanımla, yorum yapmak demek her şeyden önce bir kimsenin söylediği sözlerindeki anlama bağlanmak demektir[16]. Çalışmada, yorum konusu ele alınırken, hukukî yorum üzerinde durulacağından geniş anlamdaki yorum ile ilgili genel açıklamalar kısa tutulmuştur.

Hukukî yorum, bir hukuk kuralına[17] ilişkin metnin objektif yani gerçek anlamının ortaya çıkarılmasına yönelik düşünsel faaliyettir[18] şeklinde tanımlanabilir. Hukukî yorum, devamlılık gösteren bir süreç[19] olduğu gibi hukuk biliminin de başlangıcı ve temelidir[20]. Yorum konusu genelde hukuk eğitimi ve uygulamada pek önemsenmese de bir hukukçunun en çok dikkat etmesi gereken bir konudur[21]. Hukuk öğren-

11 IŞIKTAÇ/METİN, s. 62.

12 SÖZER, s. 7.

13 GÜNEŞ, s. 13.

14 SÖZER, s. 7.

15 GÖZLER, s. 149; DEMİR, s. 169.

16 IŞIKTAÇ/METİN, s. 193.

17 ÖZTAN, Bilge, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 41. Bası, Ankara, 2016, s. 133.

18 GÜNEŞ, s. 113.

19 GÖZLER, s. 152.

20 SÖZER, s. 15.

21 KAYA, Asım, Amaçsal Yorum, ABD, Y: 72, S: 2014/4, s. 381.

cilerinin mantıki muhakeme hakkındaki bilgileri, lisans öncesinde veya lisans düzeyinde almadıkları ve doktrinin de ilgili yerlerde yeterince bu konuları ele almadığı düşünüldüğünde, faaliyetlerinin büyük bir kısmı argümanları kullanmak olan hukukçuların işinin gerçekten zor olduğu sonucuna varmak mümkündür[22].

Hukukta yorum zorunlu bir hukukî faaliyettir. Zira, hukukî metinlerin anlamı ve kapsamı her zaman açık ve net olmaz[23]. Aslında, bir hükmün açık olup olmadığı dahi başlı başına bir yorum sorunudur[24]. Kanunlar kural olarak soyut ve genel olup ayrıntıya girmemekle birlikte somutlaşabilir bir nitelik de taşırlar[25]. Her olay için çözüm üretmeye çalışan kazuistik kanunlar yaşamın hızı karşısında yetersiz kaldıkları gibi olaya uygun kanunu bulmadaki güçlük ve buna bir birinin tıpa tıp benzeri olan iki davanın bulunamayacağı gerçeği de eklendiğinde durum gittikçe içinden çıkılmaz bir durum ile karşı karşıya kalınmıştır. Bunun yerine üretilen soyut ve genel kanun anlayışı bugün için de en rasyonel çözüm olmakla birlikte yine de hem dile ilişkin sorunların hem de yoruma ilişkin sorunların çözümlenmesinde başlı başına yeterli olamamıştır. Çünkü kanunlar genelleşip soyutlaştıkça yorum kaçınılmaz olmaktadır. Dahası, somut olay adaletinin sağlanması olanakları araştırıldıkça bu genel ve soyut kanunlar zorunlu olarak yorumlanacaktır[26]. Böylelikle, soyut kavramlardan öğrenilenler somut olarak en uygun şekilde uygulandığında iyi bir hukukçu olunabilir. Bazen teorinin uygulama ile uyumsuzluk gösterdiği zamanlar olabilir. Hukukçu, yorum faaliyeti ile çelişkili ve anlamsız durumların önüne geçerek teori ve uygulamanın uzlaşısını sağlayabilir[27]. Yorum, somut olayda menfaatlerin araştırılarak

[22] UZUN, Ertuğrul, Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi, HFSA, (Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına) Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V, 25. Kitap, İstanbul, 2012, s. 95.

[23] DEMİR, s. 169.

[24] ALTAŞ, Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2014, s. 198.

[25] SÖZER, s. 14.

[26] IŞIKTAÇ, s. 33; GÜNEŞ, s. 115; IŞIKTAÇ/METİN, s. 180; DEMİR, s. 170.

[27] KAYA, s. 381.

adaletin sağlanması suretiyle söz konusu normun içeriğinin belirlenmesi ve somut olayda uygulanmasından başka bir şey değildir[28].

Her metnin birden fazla yoruma açık olması, yorumun doğruluğu sorununu doğurur. Yorum oynaktır, kaygandır; ele avuca gelmez. Yorum öldürebilir, hakkı elinden alabilir, özgürlüğünü kısıtlayabilir, iflas ettirebilir, çocuğundan ayırabilir ve bunların dolaylı etkileri ile hayat altüst olabilir. Bu sonuçlara ancak, yorum doğru olduğunda katlanılabilir[29].

Kanun koyucunun bize hangi yorumu benimsememiz gerektiğini açık olarak söylememesi nedeniyle, hangi yorum tarzının ne zaman kullanılabileceği kesin bir biçimde bilinmemekle birlikte[30] bu yorum yöntemlerinin her biri yorum yaparken kullanabileceğimiz yöntemler olabilir[31]. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, 26.02.2013 tarihinde verdiği bir kararda[32] *"... Kanunun yorumlanması, normun lafzının değil, daha ziyade somut olayın anlaşılmasına ve kanunun somut olaya uygulanmasına dayalı düşüncenin rehberliğinde olmalıdır. Gerekli olan, normatif yapı içerisinde, kanunun ruhunun amaçladığı tatminkâr sonuca uygun olarak, somut olaya en doğru çözümü getirmektir.* ***Burada Mahkeme, faydacı metodolojik çoğulculuğu takip eder ve yorum unsurları arasında hiyerarşik bir sıralamanın öngörüldüğü düşüncesini reddeder.***" görüşünü benimsemiştir[33]. Hukuk metinlerinin yorumlanması, bazı hukukçuların ele alıp geliştireceği yöntem ve araçlara bağlanamaz. Her hukukçu, bu yöntem ve araçların peşine kişisel olarak düşmek durumundadır[34]. Yo-

[28] PICHONNAZ, Pascal, İçtihat Değişikliğinin Geçmişe Etkisi: Metodolojik Çoğulculuk Açısından Bazı Düşünceler, İÜHFD, C: 7, S: 2, Y: 2016, s. 10. (Çev.: KAHRAMAN, Zafer)

[29] UZUN, Ertuğrul, Hukuk Yorumdur, İÜHFM, C: LXXII, Y: 2014, S: 1, s. 103.

[30] IŞIKTAÇ, s. 30.

[31] KAYA, s. 367.

[32] BGE 139 III 201. Aktaran: PICHONNAZ, s. 10. (Çev.: KAHRAMAN, Zafer)

[33] PICHONNAZ, s. 10.

[34] UZUN, Ertuğrul, Yorumu Hukuktan Kurtarmak, ABD, Y: 74, S: 2016/2, s. 257.

rumcu arzu etmemiş de olsa, her yeni yorum yeni bir uygulama getirebilir[35].

Yorum görevi, takdir yetkisi ile karıştırılmamalıdır. Yorumda, hâkim, olayın çözümü için belirlenen bir kuralın anlamının bulunması için çaba gösterir. Kuralın anlamı bilinen yorum yöntemleri kullanılarak bulunmaya çalışılır. Takdir yetkisinde de bağlı olunan bir kural vardır. Ancak, söz konusu kuralın içi bilerek boş bırakılmış olup onun doldurulması gerekmektedir[36]. Hukukî takdir, eşit olarak tatminkâr olan birçok yasal hükümden birinin kullanımıdır[37]. Ayrıca, hâkimin özellikle özel hukuktaki hukuk yaratma rolü, belirli sınırlar içerisinde kendisine verilmiş olup bunun nasıl uygulanması gerektiği de belirli sınırlar içerisinde belirtilmektedir. Yorum ise, hukuk yaratmadan farklı olarak zaten mevcut bir hukukî normun olduğu durumlarda o normun uygulanabilirliğini sağlamak için kullanılmaktadır[38].

C. Mantık

Kısa bir tanımla, mantık, doğru düşünmenin kurallarını belirleyen bir ilimdir[39]. Daha geniş bir ifadeyle ise mantık, kişileri doğruya ulaştırmayı amaçlayan ve doğru düşünmenin kural ve biçimlerini belirleyen bir araştırma disiplini olarak[40] tanımlanabilir. Bu bağlamda da, doğru düşünerek yanlış sonuçlara ulaşmamak isteyen bir hukukçu mantık bilmek zorundadır[41]. Bilinçli bir mantıksal düşünme olmaksızın hukuk bilimi olanaklı değildir[42]. Mantık, önermelerin içerikleriyle ilgilenmez.

---

35 SÖZER, s. 15.

36 SÖZER, s. 27, 28; KAYA, s. 366.

37 TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Böyle Yazıldı, Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği, Hukuk Kurultayı 2006, C: II, Ankara, 2006, s. 565.

38 KAYA, s. 369.

39 DEMİR, s. 19.

40 GÜNEŞ, s. 47.

41 GÜNEŞ, s. 49; IŞIKTAÇ/METİN, s. 104.

42 IŞIKTAÇ/METİN, s. 104.

Şekil kuralları açısından önerme ve kıyasların doğru olup olmadığıyla ilgilenir[43].

İki hukuk kuralı birbiriyle çatışıyor ise onlardan biri hukuken geçerli olarak varlığını devam ettirecek diğeri ise geçersiz olduğuna hükmedileceğinden uygulanmayarak ortadan kalkmış olacaktır. Bunlardan hangisinin geçerli olacağı hususunda, kuralların ötesindeki düşünce ve akıl yürütme etkin bir rol oynayacaktır[44].

Biçimsel mantık açısından üç temel ilke benimsenmiştir. Bunlardan ilki, özdeşlik ilkesidir. Özdeşlik, her bir olgunun tekliği ve onun başka bir şey olamaması demektir. "Bitki bitkidir; hayvan olamaz"[45]. Mantığın diğer bir ilkesi olan çelişmezlik ilkesi, bir şeyin aynı zamanda hem kendisi hem de kendisinden başka bir şey olamayacağını ifade eder. "A, A olmayan değildir." Daha açık bir örnek vermek gerekirse, "Ali hem evli hem de bekârdır" cümlesi çelişmezlik ilkesi gereği olanaksızdır[46]. Üçüncü ve son ilke ise olasılığın olanaksızlığı ilkesidir. Aslında, bu ilke çelişmezlik ilkesinin özel bir halidir[47]. "Her X, ya A veya A olmayan olmak zorundadır, üçüncü bir hal düşünülemez" biçiminde formüle edilebilir[48].

Ayrıca, dil ile mantık arasında da yakın bir ilişki vardır. Dilbilgisinin hatasız konuşma kurallarını koyduğu gibi mantık da hatasız düşünmenin kurallarını belirler. Dilbilgisinin kullandığı malzeme kelimeler, mantığın kullandığı malzeme ise kavramlardır[49]. Gerçek hayattan örnek

---

[43] DEMİR, s. 23. Yazar, bu konu ile ilgili şu örneği vermektedir. "Kuşlar kanatlı oldukları için uçarlar. Anka kuşu da kanatlıdır. O halde Anka kuşu da uçar" önermeleri ve kıyası klasik mantığa göre doğru ve geçerlidir. Ancak gerçek hayatta Anka kuşu olmadığı için içerik olarak da bu önermeler gerçek değildir.

[44] METİN, Sevtap, Ronald Dwork'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, C: LXI, Y: 2003, S: 1-2, s. 69.

[45] SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015, s. 11; IŞIKTAÇ/METİN, s. 90; DEMİR, s. 39, 40; GÜNEŞ, s. 53.

[46] GÜNEŞ, s. 53, 54; SEROZAN (Yöntem), s. 11; IŞIKTAÇ/METİN, s. 90, 91; DEMİR, s. 40, 41.

[47] DEMİR, s. 41.

[48] IŞIKTAÇ/METİN, s. 91; SEROZAN (Yöntem), s. 11; GÜNEŞ, s. 54-56; DEMİR, s. 41.

[49] DEMİR, s. 23.

vereceksek olursak, İzmirli kızlar için yazılmış popüler kültüre ait bir şarkının sözlerinde ***"yangınlar yanıyor"*** kelimesi mantığa aykırıdır. Yangın, sözlük anlamı ile zarara yol açan büyük ateş[50] olarak tanımlanmaktadır. Yangın, bir nesnenin yanması sonucu ortaya çıkan bir sonuçtur. Bu yüzden, yangının yanması söylemi, bir mantık hatasıdır.

D. Yöntem (Metot)

1. Genel Olarak

Yöntem, bir hedefe ulaşmak için izlenmesi gereken yol, usul anlamına gelmektedir[51]. Dar anlamda yöntem, sadece hukuk kuralları oluşturma ile ilgilidir[52]. Özel olarak hukuk bilimi açısından yöntem ise, akılcı, sorgulanabilir, denetlenebilir ve aynı zamanda adaletli çözümler üretmenin mantıksal yolunu, hukuksal akıl yürütmenin (argümantasyonun)[53] teknik enstrümanlarını gösteren bilimdir[54].

Hukuk normunun içerdiği anlamın ortaya konulmasına yönelik zihinsel bir faaliyet olarak yorumun, herhangi bir yöntem ve kurala uyulmadan gelişi güzel yürütülmesi mümkün değildir[55]. Çalışmalarında gerekli doğru yolu bilmeyen ve aramayan, mantık kurallarını uygulamasını bilmeyen hukukçunun mesleğinde başarılı olması imkânsızdır[56]. Bu yüzden de hukuk bilimi açısından bir sorunun tespiti ve çözümlenmesinde bir yöntem çerçevesinde hareket edilmesi, hem doğru hem de zamandan tasarruf edici bir hamle olacaktır.

---

[50] www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.04.2017)

[51] DEMİR, s. 131; GÜNEŞ, s. 1.

[52] SÖZER, 18.

[53] GÜNEŞ, s. 42. Yazar tarafından argümantasyon, bir görüşün doğruluğuna veya yanlışlığına ilişkin gerekçeleri bilimsel verilere dayanarak ortaya koyup açıklamak şeklinde tanımlanmıştır.

[54] SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem, YÜED, Özel Sayı - 2013 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), C: I, s. 2425.

[55] GÜNEŞ, s. 123.

[56] KARAYALÇIN, Yaşar, Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1981, s. 40.

2. Yöntembilim (Metodoloji)

a. Genel Olarak

Bir hedefe varmak için takip edilecek yolların tümünü inceleyen bilgi alanına yöntembilim adı verilmektedir[57]. Kimi zaman herhangi bir yöntem olmadan da bir araştırmada önemli sonuçlara ulaşmak mümkündür. Fakat, yöntemine uyulan araştırmalar daha kolay yapılır, daha doğru ve güvenli sonuçlar doğurur[58]. Yöntembilim, doğru ve güvenilir bilgilerin üretilmesinde esas alınacak metotları konu edinmektedir[59]. Bilimsel yöntemler ise, analitik bir bakış açısına sahip olmayı gerektirir ve şekilci (şabloncu) yaklaşımların uzağında kalmayı öngörür[60]. Hukukçu ise, hukuk kurallarını yöntembilimin mantık kurallarına uyarak rasyonel tarzda yorumlayıp uyguladığı ölçüde baştan aşağı bilimsel bir etkinlikte bulunur[61]. Hukukçuyu zor durumda bırakabilecek olan mantık yanlışlarına düşmemenin çaresi de, hukuksal akıl yürütmeleri mantığın süzgecinden geçirmektir; yöntembilimin kurallarına uymaktır[62].

Yukarıda belirtilen düşüncelerden sonra hukukta yöntembilim kavramına ve hukukta yöntembilimin işlevlerine geçebiliriz.

b. Hukukta Yöntembilim (Hukuk Metodolojisi)

Hukukta yöntembilim, hukukun konusu ve amacı ile ilgili gerçekleri bulmaya yöneliktir. Bu nedenle, hukuk düzeninde ortaya çıkan problemleri belirlemek, çözüm üretmek ve benimsenen çözümlerin doğru ve adalete uygun olup olmadığını tespit etmek için kullanılan yöntemleri

---

57 KARAYALÇIN, s. 40; DEMİR, s. 131.

58 DEMİR, s. 136.

59 GÜNEŞ, s. 2.

60 ÇAL, Sedat, Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi, TBB Dergisi, Y: 2010, S: 90, s. 59.

61 SEROZAN (Armağan) s. 2429.

62 SEROZAN (Armağan) s. 2439.

ifade ettiği[63] belirtilmiştir. Başka bir tanıma göre[64], hukukta yöntembilim, belli hedeflere varmak veya belli amaçları gerçekleştirmek için hukukun takip etmesi gereken yol, usul ve araçları ele almasıdır. Hukukî yargı veya hüküm, hukukta yöntembiliminin önemli konularından birisi olup diğer önemli konusu ise hukukî yargının gerekçelendirilmesidir[65]. Bu yüzden herhangi bir hukukî sorun hakkında tespitte bulunurken veya bu soruna hukuk kurallarını uygularken mutlaka gerekçe belirtilmelidir. Ulaşılan sonuç doğru olsa bile, gerekçelendirilmemiş, eksik gerekçelendirilmiş veya yanlış (hatalı) gerekçelendirilmiş yargısal kararların doğruluğundan bahsetmek elbette mümkün değildir[66]. Öğretide de sözgelimi yargı kararında ele alınan bir konunun öğreti tarafından sadece tasvir edici bir şekilde akademik çalışmalara aktarıldığı ve fakat ilgili yargı kararının eleştirisine gidilmediği, keza yazarın kendi görüşünün hiçbir biçimde ortaya konulmadığı gibi hususlara ziyadesiyle rastlanabilmektedir[67]. Bu yüzden, hukuk fakültelerindeki tüm sınavlarda sınav kağıtlarının üstüne "gerekçesiz cevaplar değerlendirilmeyecektir" ibaresi yazılarak hukuk öğrencisinin bu şekilde gerekçeye dayalı düşünce tarzını benimsemesi ve hukuk nosyonunu kazanması hedeflenmektedir.

Uygulamalı hukukta yöntem; daha teknik özellikler taşımaktadır. Kendine özgü özellikleri olan bu yöntem belirli aşamalar içermektedir:

- Olayın saptanması,
- Olayın hukukî niteliğinin belirtilmesi,
- Hukukî niteliği belirtilmiş olay hakkında uygulanacak hukuk kaynaklarının saptanması,
- Bu hukuk kaynaklan hakkında gerekli açıklamalar, incelemeler ve bilgilerin elde edilmesi,
- Hukuk kaynağının olaya uygulanması,
- Sonuçlandırma aşamasıdır[68].

[63] SÖZER, s. 17.

[64] GÜNEŞ, s. 4.

[65] DEMİR, s. 133.

[66] GÜNEŞ, s. 43.

[67] ÇAL, s. 45.

[68] DÜNDAR, Durmuş, Bilim, Araştırma ve Uygulamalı Hukukta Yöntem, İKÜHFD, C: 1, S: 1-2 (2002), s. 63; SÖZER, s. 37; KARAYALÇIN, s. 85-89.

Hukukta yöntembilimin işlevi ise, yedi grup altında toplanabilir.

1. Kurala ve yasaya bağlılık ayrıca, yeterli ölçüde açık olma olanağı sağlar[69].
2. Hukukî istikrarı sağlar[70].
3. Karar vericilerin keyfi davranmasını engeller[71].
4. Kazai kararlarda açıklık ve şeffaflık oluşturur[72].
5. Yetkili makamın nasıl karar verebileceği önceden kestirilebilir.[73]
6. Kanun önünde eşitlik gerçekleşir.[74]
7. Yöntemin daha iyi bir hale getirilmesine ilişkin tartışmaların önünü açar.[75]

II. YORUM YÖNTEMLERİ

Yorum yöntemleri, anlamı konusunda şüpheler olan bir hukuk kuralının nasıl yorumlanması gerektiği sorusuna yanıt olarak çıkmıştır.[76] Yorum yöntemlerinden bazıları hukuk kuralının sözlerine öncelik vermekte, bazıları hukuk kuralının özüne ve amacına öncelik vermektedir[77]. Aynı hukuk metninin sistematik, amaçsal ve tarihi olmak üzere çok katmanlı yorumundan kaynaklanan, duruma göre farklı yorumlanan çözümlerin de olabilir[78]. **Kanımızca da,** yorumla, kurallarının doğru (gerçek) anlamlarını bulmayı amaçlayacaksak, bu amaca ulaşmak için yorumlama faaliyetinde bir yöntemi her zaman diğerine üstün kabul etmek yerine, yöntemleri birbirini tamamlayan araçlar olarak görmek gerekir[79].

69 SÖZER, s. 19; GÜNEŞ, s. 5.

70 KARAYALÇIN, s. 53; SÖZER, s. 19; GÜNEŞ, s. 5.

71 GÜNEŞ, s. 5; SÖZER, s. 19.

72 SÖZER, s. 19; GÜNEŞ, s. 5.

73 GÜNEŞ, s. 5; SÖZER, s. 19.

74 SÖZER, s. 19; GÜNEŞ, s. 6.

75 GÜNEŞ, s. 6; SÖZER, s. 19.

76 GÜNEŞ, s. 123.

77 DEMİR, s. 172.

78 PICHONNAZ, s. 9.

79 AKTAŞ, Suuri, Hukukta Yorum Çabaları, EÜHFD, C: XV, Y: 2011, S: 3-4, s. 33.

A. Lâfzî Yorum

Lâfzî yorum, "metne dayalı yorum" veya "kelimesel yorum" isimleri ile de ifade edilmektedir[80]. Lâfzî yorum, hukuk kurallarının yorumlanması bağlamında karşımıza ilk çıkan yöntem olup[81] bir hukuk kuralında yer alan sözcük ve terimlerin taşıdığı anlamın tespit edilmesi suretiyle söz konusu kuralın gerçek anlamını ortaya konmaya çalışıldığı bir yorum yöntemidir[82]. Bu yorum yöntemine göre her metnin yorumunda onun lafzından yani sözünden hareket etmek zorunludur. Zira, kanun koyucu anlatmak istediğini kelime ve cümlelerle ifade etmiştir[83]. Kanunun her yorumunda lâfzî yorum yöntemi her zaman kaçınılmaz olarak kullanılır[84]. Diğer yorum yöntemleri de lâfzî yorum yöntemi gibi kelimelerden hareket ederek yorum yaparlar[85]. Lâfzî yorum yönteminin ayırt edici özelliği, kanunun sözlerinden hareketle yorum yapılması değil, kanunun sözleri ile bağlı kalınması ve onun dışına çıkılmamasının istenilmesidir[86]. "Her metin kendini, kendi adına konuşur" fikri, lâfzî yorum yönteminin bir ifadesidir[87].

TMK m. 1 *"Kanun,* ***sözüyle*** *ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır"* hükmünü içermektedir. Hükümde, sözüyle uygulanır denilerek lâfzî yorum yönteminin benimsendiği görülmektedir[88]. Lâfzî yorum yöntemine yöneltilen eleştiriler ise, kanun koyucunun kullandığı kelimelere aşırı bir değer tanıması ve kanundaki bütün kelimelerin titiz bir denetimden geçirildikten sonra kullanıldığı varsayımı yanlışına yol

---

[80] SÖZER, s. 40.

[81] DEMİR, s. 174; ALTAŞ, s. 203; GÜNEŞ, s. 125.

[82] GÜNEŞ, s. 124, 125.

[83] IŞIKTAÇ/METİN, s. 194; SÖZER, s. 41.

[84] GÖZLER, s. 166.

[85] DEMİR, s. 175.

[86] GÖZLER, s. 166.

[87] IŞIKTAÇ/METİN, s. 194.

[88] SÖZER, s. 42.

açmasıdır[89]. Diğer bir eleştirisi ise, kanunun sadece sözüne bakarak ve amacını göz önüne almaksızın yorum yapılmasına neden olmasıdır.[90]

B. Tarihi Yorum

Tarihi yorumda, içeriği konusunda şüpheler söz konusu olan bir hukuk kuralının anlamı tespit edilirken ilgili kuralın oluşum süreci esas alınmaktadır[91]. Bir kanunun yayımı ve uygulanması tarihleri arasında zaman farkı olduğunda, ilgili düzenlemenin yorumu, doğduğu dönem mi, yoksa şimdiki zaman mı göz önüne alınarak yapılacaktır sorusu ortaya çıktığında bu yorum yöntemi kendi arasında ikiye ayrılmaktadır[92].

Subjektif görüş, kanun koyucunun iradesinin tespiti için kanunu hazırlarken geçmişte yaptığı çalışmalar göz önüne alınarak tarihsel bir yoruma tabi tutulması gerektiğini savunurken[93] objektif görüş ise kanunun yayımlanması ile birlikte kanun koyucudan, kanunun bağımsız bir hâl aldığı ve bundan dolayı bugünün ihtiyaçlarına göre yorum yapılması gerektiğini savunmaktadır[94]. Her iki görüş de eleştiriye uğramış olduğundan, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu iki yorum teorisinin birlikte ele alınarak karma bir teorinin oluşturulmuş olduğu ve bu karma teoriye göre, normların, kanun koyucunun iradesi gözardı edilmeksizin günün değişen şartlarına uygun bir biçimde yorumlanması gerektiğinin kabul edilmekte olduğu belirtilmektedir[95]. Bu yöntem, "Zamana Uygun Objektif Yorum" veya "Objektif Teleolojik Yöntem" olarak isimlendirilmektedir[96].

---

89 GÖZLER, s. 167; SÖZER, s. 63; IŞIKTAÇ/METİN, s. 198; GÜNEŞ, s. 130, 131.

90 SÖZER, s. 63; IŞIKTAÇ/METİN, s. 198; GÜNEŞ, s. 130, 131; DEMİR, s. 176.

91 GÜNEŞ, s. 131.

92 SÖZER, s. 69.

93 IŞIKTAÇ/METİN, s. 202; SÖZER, s. 70; GÜNEŞ, s. 131, 132; GÖZLER, s. 168; ALTAŞ, s. 201.

94 SÖZER, s. 72; IŞIKTAÇ/METİN, s. 206; ALTAŞ, s. 201.

95 GÜNEŞ, s. 117; SÖZER, 75.

96 SÖZER, s. 75.

C. Sistematik Yorum

Sistematik yöntem, tek tek hukuk kurallarının anlamlandırılmasından ziyade, tüm hukuk kurallarının tutarlı bir bütününü oluşturacak şekilde yorumlanmasını önerir[97]. Sistematik yorumun temelinde, hukuk sisteminin, normların gelişi güzel bir araya gelmesi değil, birbiriyle tutarlı bir bütün oluşturması gerekçesi yatmaktadır[98]. Sistematik yorum yapılırken, ilgili normun içinde bulunduğu bağlam, diğer normlar karşısındaki durumu, yer aldığı düzenlemenin sistematiği ve bağlantılı olduğu diğer düzenlemeler bütüncül bir bakış açısı ile ele alınmalıdır[99].

D. Amaca Uygun (Teleolojik) Yorum

Bir normun içerdiği anlamın saptanmasında metin ve hazırlık çalışmalarının önem taşımakla birlikte tek başına yeterli olmadığından hareket eden amaçsal yorum, yorumda metin ve hazırlık çalışmalarının yanında ilgili normun amacının yanı sıra günün koşul ve gereksinimlerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini öngörmektedir[100]. Bu yorum yöntemi; sosyal gerçeklik, somut gerçeklik ve eşyanın tabiatı kavramlarına önem verir[101]. Amaca göre yorum veya zamana göre (güncel) objektif yorumda ise, kanunun amacını belirleyen güncel ihtiyaçlardır[102]. Kanunun amacının, kanunun yapıldığı koşullara göre değil, yorum sorununun ortaya çıktığı andaki koşullara göre belirlenmesi gerektiğini ve bu anlamda amaçsal yorumun, sistematik yorumu yani kanunun sistematik bütünlüğü içinde yer alan maddeler arasındaki bağlantıyı aşan bağımsız bir yorum türü olduğunu da belirtenler yazarlar da[103] bulunmakta-

97 GÖZLER, s. 169; SÖZER, 101.

98 AKTAŞ, s. 23; IŞIKTAÇ/METİN, s.198; GÜNEŞ, s. 144, 145; DEMİR, s. 176.

99 GÜNEŞ, s. 146.

100 GÜNEŞ, s. 137, SÖZER, s. 81, 82, DEMİR, s. 177.

101 ÜSTÜNDAĞ, Mustafa Emir, Hukukta Yorum Metodları, İzBD, Y: 76, S: 2 (2011 - Nisan), s. 172.

102 AKTAŞ, s. 17.

103 SAĞLAM, Fazıl, Anayasanın ve Yasaların Yorumlanmasındaki Sorunlar, Hukuk Kurultayı 2008, C: I, Ankara, 2008, s. 154.

dır. Sözün anlamı araştırılırken sistematik olarak durum incelenmelidir. Yani o normun tüm metinde bulunduğu yer ve diğer normlarla olan ilişkisi anlatmaya çalıştığı durum ele alınmalı daha sonra ise amaçsal yorum ile normun amacı üzerinde durulmalıdır. Böylelikle normun uygulanmasında aynı kanun metnindeki diğer normlarla çelişik durumlar oluşmamış olacaktır[104]. Amaçsal yorumu önemli kılan bir diğer husus da onun eleştirel bir bakış açısıyla konuya yaklaşmasıdır. Bunun önemi, bir normdan birden fazla yorum çıkarabildiğimiz hâllerde ortaya çıkar[105].

Amaca uygun yorum çerçevesinde ayrıca "Sosyolojik Yorum" yapılır. Bu yorumda toplumsal değer yargılarına ve onlarda meydana gelen değişmelere değer atfedilmektedir[106]. Bu yüzden, kanun koyucular, belli normlarla somut bir takım hedeflere ulaşabileceklerini tahmin ederler veya belli toplumsal olgu ve olayları pozitif hukuk kurallarının dayanağı olarak görürler[107].

TMK m. 1 *"Kanun, sözüyle ve* özüyle *değindiği bütün konularda uygulanır"* hükmünü içermektedir. Hükümde, sözü ve özü birlikte uygulanır denilerek amaca bağlı yorum yönteminin de benimsendiğini görmekteyiz[108]. Yargıtay da, amaca uygun yorum yöntemini bazı kararlarında benimsemiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında[109], *"… Oysa Medeni Hukukta yorum Ceza Hukukundan farklıdır. TMK 1. maddesine göre Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir.* ***Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve ka-***

104 KAYA, s. 369; SÖZER, s. 82.

105 KAYA, s. 369.

106 SÖZER, s. 84; KAYA, s. 377.

107 ALDANMAZ, Orhan, Normlara Hayat Veren Gerçeklik Ve Realiteyi Dönüştüren Normlar, TAAD, Y: 6, S: 21 (Nisan 2015), s. 268.

108 KAYA, s. 370; SÖZER, s. 79.

109 Y. HGK. 25.2.2004/4-40/113 sayılı Kararı.

nun kuralının amacına göre yorum denir. *Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK'nun 1. maddesine uygun düşmez"* şeklinde ifade edilmektedir.

Devamında ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu gibi Yargıtay Hukuk Daireleri de, amaca uygun yorumu benimseyen bazı kararlar vermiştir.

"... Öncelikle mahkemece davacı mirasçıların kooperatif ortağı olmadıklarından bahisle de ret kararı verilmişse de kooperatif *anasözleşmesinin 16. maddesi uyarınca, ölen ortağın kanuni mirasçılarının 3 ay içerisinde temsilci tayin ederek kooperatife bildirmeleri halinde ortaklık hak ve yükümlülüklerinin kanuni mirasçılar lehine devam edeceğinin hüküm altına alınmasına rağmen hükmün emredici nitelik taşımaması ve* ***amaçsal yorum yapılarak bu hükümde belirtilen hakkın özünün gözetilmesi gerekeceği,*** *o nedenle mirasçıların ortaklığa devam edip etmeyecekleri konusunda usulüne uygun olarak uyarılmadığı, üyeliklerinin sona erdiğinden bahsetmenin mümkün olmayacağının kabulü gerekir. Nitekim Dairemizin 09.09.2015 tarih ve 2015/5788 E., 5720 K; Yargıtay Yüksek 11. HD'nin 26.02.2009 tarih ve 2007/13129 E., 2009/2208 K. sayılı içtihatları da aynı yöndedir.* Şu hali ***ile, davalı kooperatifin az yukarıda belirtilen şekilde bir uyarısının bulunmadığı anlaşılmakla davacıların ortaklıklarının sona erdiğinden söz edilemez.*** *Kaldı ki, mahkemece hem davacıların artık ortak olmadıkları kabulü hatalı olduğu gibi bu durumda davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerekirken, işin esasına dair gerekçelerle de ret kararı verilmesi yerinde olmamıştır."*[110]

"65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki 2022 Sayılı Kanuna göre bağlanmış aylıklar, bu kanunun salt başlığındaki anlatımla dahi belirgin amacı nedeniyle İİK.nun *82. maddesinin 1. fıkrasının 10. bendinde yazılı maaşlar niteliğindedir. Sözcüklere dar ve sınırlı bir anlam vererek, devletin ve aracı olarak görevlendirilen T.C Emekli Sandığı'nın bir "Muavenet sandığı veya cemiyet"*

[110] Y. 23. HD. 07.03.2016, 2015/5549 E. - 2016/1393 K.

niteliğinde olmadıklarına ve bu nedenle bu aylıkların İİK.nun *82/1-10. bendi kapsamına giremeyeceğini düşünmek* ***amaçsal yorum önceliği ilkesi ile bağdaşmaz****. Önemli olan, bu aylığı hangi kuruluşun bağladığı değil, niçin bağladığıdır. Karar tarihi itibarı ile bu aylıklar için, benzeri yasaların aksine, 2022 sayılı Yasada özel bir haczedilmezlik kuralının öngörülmemiş olması, aksinin öngörüldüğüne değil, aynı doğrultuda bir genel hükmün varlığına bağlanmalıdır.*

Kaldıki Dairenin bu yöndeki görüşü, karar tarihinden sonra 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununda 6353 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile eklenen Ek Madde 2 ile "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince verilen yaşlılık ve özürlü aylıkları, kişinin rızası olsa bile haczedilemez, başkasına devir ve temlik edilemez" hükmü getirilerek yasal mevzuatta da açıkça belirtilmiştir. O halde mahkemece borçlunun 2022 sayılı Kanuna göre bağlanmış aylığı üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken istemin tümden reddi isabetsizdir."[111]

E. Sezgisel (Duygusal) Yorum

Anayasanın 138/1 maddesi, *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak* ***vicdanî kanaatlerine göre*** hüküm verirler." hükmünü içermektedir. İlk olarak, hâkim bir insan olarak aklının yanında duygularıyla da hareket edecektir. İkinci olarak, kelimelerin de akli anlamının dışında duygusal yönü de bulunmaktadır. Üçüncü olarak, yargılama ortamı fevkalade duygusaldır[112].

Sezgisel yorumun önemine işaret eden Yargıtay tarafından verilmiş bazı kararlar vardır. Örneğin, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'ne göre, *"... Hâkim, insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa «insan kokusu» taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır."*[113]

---

[111] Y. 12. HD. 26.02.2013, 2012/29490 E. - 2013/5915 K.

[112] SÖZER, s. 137.

[113] Y. 1. HD. 31.12.1976, 9370/13138 sayılı Kararı (YKD C:3, S: 5, Mayıs - 1977, s. 626)

III. YARGITAY KARARININ YORUM YÖNTEMLERİ İLE İRDELENMESİ

Herhangi bir yorum yöntemi ile hukukî bir uyuşmazlığın çözümü yapılacak ise çalışmanın "Hukukta Yöntembilim (Hukuk Metodolojisi)" kısmında da belirtildiği üzere belirli aşamalar izlenerek işlem yapılmalıdır.

Bu doğrultuda öncelikle yargı makamlarının kararları özetlenmelidir. Çalışmada Yargıtay Kararı'na konu yerel mahkeme kararına ulaştığımız için öncelikle yerel mahkeme kararı ve sonrasında Yargıtay Kararı özetlenmektedir. Sonrasında, Yargıtay denetimine tabi tutulan olaya ilişkin hukukî uyuşmazlığın tespiti yapılacaktır. Hemen devamında, çözümde kullanılacak hukuk kuralları tespit edilecek ve bu kurallar uygulanacaktır. En sonunda ise hukukî sonuç belirtilecektir.

Çıkarsama aşamasında ise, 6 kademeli bir değerlendirme yapılmaktadır. Bunlar sırasıyla; lâfzî yorum, tarihi yorum, sistematik yorum, amaca uygun yorum, sosyolojik yorum ve eşyanın tabiatına uygunluk değerlendirmesi şeklindedir[114].

A. Yerel Mahkeme Kararı

TÜRK MİLLETİ ADINA

T.C.
İZMİR
1. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ
GEREKÇELİ KARAR

ESAS NO : 2012/237
KARAR NO : 2014/63

[114] SÖZER, s. 87.

DAVA : Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil)
DAVA TARİHİ : 24/07/2012
HÜKÜM TARİHİ : 07/02/2014

Taraflar arasındaki davanın mahkememizde yapılan açık yargılaması sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili, müvekkilinin murisi Ali Ö.'un maliki olduğu İzmir ili Konak İlçesi G. Mah 6 … 4 ada 10 parsel sayılı A Blok mesken niteliğinde 8 nolu bağımsız bölümde miras yolu ile intikal eden 3/4 oranında pay sahibi olduğunu, 1.0/4 sok no 4 d 8 Göztepe İzmir adresinde bulunan taşınmazı muris Ali Ö.'un vefat tarihi olan 18/12/2011 tarihinden sonra davalının tek başına kullanmaya başladığını, davalının tek başına kullanmasına rızanın bulunmadığına dair İzmir 6. Noterliğinin 02/01/2012 tarihli 55 y. nolu ihtarnamesinin davalıya tebliğ edildiğini, davalının taşınmazı tek başına kullanması ve müvekkilinin 3/4 oranındaki paydan yararlanamaması nedeniyle toplam 6.825,00 TL kira bedeli karşılığı ecrimisilin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, İzmir 5. Aile Mahkemesinin 2012/62 esas 2012/600 karar sayılı kararı ile dava konusu taşınmazın muris Ali Ö.'un ve müvekkilinin aile konutu olduğunun tespitine karar verildiğini, İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/1145 esas sayılı dosyası ile bu taşınmazın müvekkilinin miras hakkından mahsuplanmak kaydıyla müvekkiline özgülenmesi davası açıldığını, davacı tarafından infitadan men koşulunun yerine getirilmediğini, müvekkilinin haksız işgalci olmadığını, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

İzmir ili Konak ilçesi G. mah 6..4 ada 10 parsel sayılı A Blok mesken niteliğinde 8 nolu taşınmazın 22/10/1984 tarihine satış yolu ile edinme sebebine dayanılarak malikinin Ahmet oğlu Ali Ö. olduğu celbedilen tapu kaydından; malik muris Ali Ö.'un 18/12/2011 tarihinde vefatı ile

mirasının 4 pay üzerinden 1 payının eşi davalı Yasemin Ö.'a 3 payının çocuğu davacı Saffettin Levent Ö.'a aidiyetine karar verildiği ibraz olunan İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/1431 esas 2012/1521 karar sayılı mirasçılık belgesinden anlaşılmıştır.

İzmir 5. Aile Mahkemesinin dava konusu taşınmazın Yasemin Ö. ile muris Ali Ö.'un aile konutu olduğunun tespitine ilişkin 12/07/2012 tarih 2012/62 esas 2012/600 karar nolu kesinleşmeyen kararı ile dava dosyası içinde bulunan tutanak ve belgelerin örneği İzmir 5. Aile Mahkemesince cevaben gönderilmiştir.

Aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi istemli 20/07/2012 tarihinde İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/1145 esasına kayıtlı olarak açılan davanın derdest olduğu incelenmesinden anlaşılmıştır.

Davacı tarafından keşide olunan dava konusu taşınmazın tek başına davalı tarafından kullanılmasına rıza gösterilmediğine ilişkin İzmir 6. Noterliğinin 02/01/2011 tarihli 55 y. nolu ihtarnamesi ibraz olunmuştur.

Mahallinde inşaat mühendisi bilirkişi aracılığı ile keşif icra edilmiş, bilirkişi keşif sonucunu yansıtan raporunda; ihtarname tebliğ tarihi ile dava tarihi olan 24/07/2012 tarihi arasında geçen toplam 6 ay 22 günlük sürede dava konusu taşınmazda davacının 3/4 oranındaki payına isabet eden ve kira geliri üzerinden hesap olunan ecrimisil miktarının 5.051,00 TL olduğunu belirtmiştir.

Dava, tarafların müşterek murisi Ali Ö.'un maliki olduğu ve davacının 3/4 oranında miras yolu ile intikal eden pay sahibi bulunduğu mesken niteliğindeki taşınmaz ile ilgili ecrimisil istemine ilişkindir. Muris Ali Ö.'un 18/12/2011 tarihinde vefat ettiği, davalının keşide edilen ihtarnameye göre 02/01/2012 tarihinde intifa hakkından men olunduğu, davacının 3/4 oranında ki pay karşılığının alınan ve benimsenen bilirkişi raporuna göre kira geliri üzerinden hesap edilen 5.051,00 TL ecrimisile hak kazandığı, bu ecrimisili 02/01/2012 tarihi ile dava tarihi

olan 24/07/2012 tarihi arasındaki dönemi kapsadığı, davanın niteliği itibariyle aile konutunu sağ kalan eşe özgülenmesi istemli sulh hukuk mahkemesinde görülen dava ile aile konutu şerhi konulması istemli aile mahkemesinin davasının kesin sonuca bağlanmasının beklenmesinin gerekmediği, yapılan yargılama ile toplanan delillerden anlaşılmakla davanın kısmen kabulü ile 5.051,00 TL ecrimisilin dava tarihi olan 24/07/2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazla istemin reddine dair aşağıdaki hükmün tesisi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Davanın kısmen kabulü ile 5.051,00 TL ecrimisilin dava tarihi olan 24/07/2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazla istemin reddine,

2- Harçlar Tarifesi uyarınca hesap edilen 345,03 TL karar ve ilam harcından peşin alınan karar ve ilam harcının mahsubu ile bakiye 243,63 TL karar ve ilam harcının davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,

3- Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca kabule göre 1.500,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, redde göre 1.500,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
Dair tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar taraf vekillerinin yüzlerine karşı açıkça okunup usulen anlatıldı. 07/02/2014

B. Yargıtay Kararı

1. Temyiz Sonucu Verilen Karar

T.C.
YARGITAY
1. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/10603
KARAR NO : 2014/14850

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : İZMİR 1. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ
TARİHİ : 07/02/2014
NUMARASI : 2012/237 - 2014/63
DAVACI : SAFFETTİN LEVENT Ö.
DAVALI : YASEMİN Ö.
DAVA TÜRÜ : ECRİMİSİL

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, ortak muristen intikal eden 6..4 ada 10 parsel sayılı taşınmazdaki 8 nolu bağımsız bölümün, intifadan men iradesini içeren ihtarın tebliğine rağmen davalı tarafından kullanılmaya devam edildiğini ileri sürerek, ecrimisil isteğinde bulunmuştur.

Davalı, çekişmeli taşınmazın aile konutu olduğunu ve miras payına karşılık olarak tescil edilmesi için davacı aleyhine İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde 2012/1145 E., sayılı dava açtığını belirtip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddianın sabit olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi Nurdan Beyoğlu'nun raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

-KARAR-

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle davalı tarafından TMK 652. maddesine dayalı olarak açılan İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/1145 E. sayılı davası so-

nucunda; davanın kabulü halinde TMK'nun 705/2 maddesi uyarınca tescile ilişkin mahkeme ilamı ile davalının taşınmazın mülkiyetini edineceği dolayısı ile, miras yolu ile taşınmazda hak sahibi olan davacının, mahkeme ilamının kesinleştiği tarihe kadar taşınmazda zilyet olarak bulunan davalıdan ecrimisil talep edebilme hakkının bulunduğu anılan yasal düzenlemelerin bir sonucu olarak ortaya çıktığına göre; davalının temyiz itirazı yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı 258.53.-TL. bakiye onama harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 25.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

2. Karar Düzeltme Sonucu Verilen Karar

T.C.
YARGITAY
1. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/752
KARAR NO : 2015/5612

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : İZMİR 1. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ
TARİHİ : 07/02/2014
NUMARASI : 2012/237 - 2014/63
DAVACI : SAFFETTİN LEVENT Ö.
DAVALI : YASEMİN Ö.
DAVA TÜRÜ : ECRİMİSİL

Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 1. Asliye Hukuk Hakimliğinden verilen 07.02.2014 gün ve 2012/237 - Esas 2014/63 Karar sayılı hükmün onanmasına ilişkin olan 25.09.2014 gün ve 10603-14850 sayılı kararın düzeltilmesi süresinde davalı vekili tarafından istenilmiş olmakla, dosya incelendi gereği görüşülüp düşünüldü:

-KARAR-

Dava, 24.07.2012 günlü dilekçe ile 6.825.00.-TL. değer gösterilerek açılmış ve 5.051.00-TL. üzerinden 07.02.2014 tarihinde nihai karara bağlanmıştır.

Yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyizinin ve temyiz incelenmesi sonucunda Yargıtay Daireleri ya da Hukuk Genel Kurulu'nca verilen kararlara karşı miktar itibariyle karar düzeltme yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenirken; temyiz ya da karar düzeltme istemi hangi karara yönelik ise, o karar tarihinde yürürlükte bulunan Kanun hükmü esas alınmalıdır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.4.2005 gün ve 2005/4-295-287 sayılı ilamı) Bu durumda, temyiz veya karar düzeltme incelemesinde kesinlik, dolayısı ile kanun yoluna başvurulabilirlik sınırı belirlenirken talep hangi karara yönelik ise o karar tarihinin esas alınması gerekir.

Talep karar düzeltme istemine ilişkin olduğu ve 25.09.2014 günlü Daire kararının düzeltilmesi istendiği için kesinlik sınırı Daire karar tarihine göre belirlenmelidir.

Bilindiği üzere, 1086 sayılı HUMK'un 440/III-1 maddesi 21.7.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, ayrıca 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı Kanunun 19. maddesi ile HUMK.'na ilave edilen Ek Madde 4'e göre de; 01.01.2014 tarihinden itibaren değeri 11.530.00.-TL.'den az olan davalara ait hükümlerin onanmasına veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararları hakkında karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği öngörülmüştür.

Bu nedenle, (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) davalı vekilinin karar düzeltme istemine ilişkin 05.12.2014 günlü dilekçesinin **REDDİNE,** 16.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

C. Yerel Mahkeme ve Yargıtay Kararı'nın Özetlenmesi

1. İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Kararı

Muris, Ali Ö., 18.12.2011 tarihinde vefat etmiş ve geride yasal mirasçıları olarak sağ kalan eşi davalı Yasemin Ö. ve davacı oğlu Saffettin Levent Ö.'u bırakmıştır.

Davacı Saffettin Levent Ö., davalı Yasemin Ö.'un murise ait taşınmaz niteliğindeki dairede rızası haricinde tek başına oturmakta olduğunu ve bu taşınmazın kullanılmasına rızasının bulunmadığına dair noterlik vasıtası ile keşide edilen 02.01.2012 tarihli ihtarnamenin davalıya tebliğ edildiğini belirterek söz konusu taşınmaz için yasal miras payı olan 3/4 oranında haksız işgal tazminatı (ecri misil) bedelinin faizi ile birlikte tahsilini talep etmiştir.

Davalı Yasemin Ö. ise, söz konusu taşınmazın İzmir 5. Aile Mahkemesi'nce aile konutu olduğunun tespitine karar verildiği, İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde de bu taşınmaz için miras payına mahsup edilmek kaydıyla kendisine özgülenmesi için dava açtığını belirterek haksız işgalci olmadığını ve davanın reddini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, davacının noterlik vasıtası ile davalıya keşide ettiği 02.01.2012 tarihli ihtarname neticesinde davalının intifa hakkından men edildiğini belirterek 02.01.2012 tarihi ile işbu davanın açılma tarihi olan 24.07.2012 tarihi arasındaki dönem için kira geliri üzerinden bilirkişi tarafından hesaplanan 5.051 TL.- üzerinden davayı kısmen KABUL etmiştir.

2. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin Kararı

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de, davalı Yasemin Ö. tarafından İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde TMK 652. maddesine dayalı olarak açılan sağ kalan eşe aile konutunun özgülenmesi davasının kabulü durumunda bile miras yolu ile taşınmazda hak sahibi olan davacı Saffettin

Levent Ö.'un, özgüleme davasının kesinleştiği tarihe kadar taşınmazda zilyet olarak bulunan davalıdan ecrimisil (haksız işgal tazminatı) talep edebilme hakkının bulunduğu hususunu da hatırlatarak yerel mahkeme kararını oybirliği ile **ONAMIŞTIR.**

Ardından, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi tarafından verilen onama kararına karşı yapılan **KARAR DÜZELTME** başvurusu dava konusu miktarın, karar düzeltme sınırının altında kalmasından dolayı **REDDEDİLMİŞTİR.**

3. Olayların Kronolojik Olarak Sıralanması[115]

TARİH	OLAY
01.12.2008	Saffettin Ö.'un annesi Memnune Ö. ile Ali Ö.'un evlilikleri, Memnune Ö.'un ölümü ile son bulmuş ve Memnune Ö.'un yasal mirasçıları Ali Ö. ile Saffettin Levent Ö. olmuştur.
12.06.2009	Ali Ö. ile Yasemin Ö. evlenmişlerdir.
18.12.2011	Ali Ö. ile Yasemin Ö.'un evlilikleri, Ali Ö.'un ölümü ile son bulmuş ve Ali Ö.'un yasal mirasçıları Yasemin Ö. ile Saffettin Levent Ö. olmuştur.
18.12.2011 ve devamı tarihler	Ali Ö.'un bir dairesi vardır ve bu dairede sağ kalan eşi Yasemin Ö. oturmaktadır.

[115] İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi Kararı'nda adı geçen ve onunla bağlantılı olan başka mahkemelerin dava dosyalarına ilişkin bazı bilgilere UYAP üzerinden ulaşılmıştır.

02.01.2012	Saffettin Ö., **noterden ihtar çekerek** Yasemin Ö.'un bu daireye kullanmasına rıza göstermemiştir.
23.01.2012	Yasemin Ö., İzmir 5. Aile Mahkemesi'nde bu dairenin **aile konutu olduğunun tespiti için** dava açmıştır.
12.07.2012	Yasemin Ö., İzmir 5. Aile Mahkemesi'nde bu dairenin **aile konutu olduğuna dair karar almıştır.**
20.07.2012	Yasemin Ö., İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde bu daireye ilişkin **TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası** açmıştır.
24.07.2012	Saffettin Levent Ö., İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açarak bu daire için davalı Yasemin Ö.'dan **ecrimisil (haksız işgal tazminatı)** talep etmektedir.
08.02.2013	İzmir 11. Sulh Hukuk Mahkemesi, dosyanın işbölümü nedeniyle yetkili ve görevli İzmir Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

03.06.2013	**TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası**, İzmir 3. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde esas almış olup 04.02.2017 tarihi itibarı ile derdesttir.
06.06.2013	İzmir 5. Aile Mahkemesi'nin **aile konutunun tespitine dair hükmü**, Y. 2. HD. 2012/23090 E. - 2013/15880 K. sayılı ilamı ile **ONANMIŞTIR.**
07.02.2014	İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, davayı **kısmen KABUL** ederek davalıdan **ecrimisil (haksız işgal tazminatı)** alınmasına karar vermiştir.
25.09.2014	İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin hükmü, özgüleme davasının kesinleştiği tarihe kadar Levent Ö.'un ecrimisil (haksız işgal tazminatı) talep edebilme hakkı bulunduğu hatırlatılarak Yargıtay tarafından **ONANMIŞTIR.**
16.04.2015	Yargıtay 1. Hukuk Dairesi tarafından verilen onama kararına karşı yapılan **KARAR DÜZELTME** başvurusu, dava konusu miktarın karar düzeltme sınırının altında kalmasından dolayı **REDDEDİLMİŞTİR.**

D. Çözümü Gereken Hukukî Uyuşmazlığın Tespiti

Yukarıda ayrıntılı olarak özetlenen kararlar çerçevesinde çözümü gereken uyuşmazlık;

➢ Sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmazda hangi andan itibaren haksız işgalci sayılmalı ve bu kapsamda haksız işgal tazminatı (ecrimisil) ödemesi gerekir mi?

➢ Haksız işgal tazminatına bakan mahkeme açısından, sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmaz için TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası açması durumunda, özgüleme davası bekletici sorun yapılmalı mıdır?

➢ Sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmaz için TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası açması, kendisini haksız işgalci konumundan kurtarabilir mi?

➢ Son olarak, TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükmüne dayalı olarak açılabilen özgüleme davası, sonuçlarını hangi andan itibaren doğurmalıdır?

1. Lâfzî Yorum

a. İlgili Mevzuat

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

Dürüst davranma

MADDE 2.- Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

İyiniyet

MADDE 3.- Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.

Artık değer

Madde 231.- Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır.

Değer eksilmesi göz önüne alınmaz.

Artık değere katılma

Kanuna göre

Madde 236.- Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir.

Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.

Aile konutu ve ev eşyası

MADDE 240.- Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.

Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.

Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi

MADDE 652.- Eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.

İyiniyetli olmayan zilyet bakımından

MADDE 995.- İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır.

İyiniyetli olmayan zilyet, yaptığı giderlerden ancak hak sahibi için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir.

İyiniyetli olmayan zilyet, şeyi kime geri vereceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur.

aa. Genel Kelimelerin Anlamlarının Çözümlenmesi

Düzenlemelerde anlamı açık olmayan herhangi bir genel kelime bulunmamaktadır.

bb. Mesleki ve Teknik Kavramların Çözümlenmesi

Aile konutu, doktrindeki bir tanıma göre, resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, bu olgunun dışarıdan bakıldığında da üçüncü kişiler tarafından rahatlıkla anlaşılabildiği ve kaybı halinde barınma hakkının zarar göreceği ortak konut[116] olarak ifade edilmektedir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, ailenin kullanımına özgülenmiş, dolayısıyla ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve bu bağlamda konut işlevine sahip, genellikle sabit nitelikte[117] mekan[118] olarak tanımlanmaktadır. Doktrindeki başka bir tanıma göre ise, eşlerin TMK m. 186/1 hükmü gereği, ortak iradeleri ile belirledikleri, ailenin barınmasına sürekli olarak özgülenen, ailenin yaşam merkezi sayılan üstü kapalı mahal[119] olarak ifade edilmektedir.

---

116 NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara, 2014, s. 11.

117 GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008, s. 66. Yazar, bu tanımlamalara yaklaşık olarak, taşınmazların yanı sıra taşınır yerleri de aile konutunun içerisinde ifade etmektedir.

118 ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 18. Benzer bir tanım için bkz. ŞEKER, Muzaffer, Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejimi Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları (MK m. 240, 652), MÜHFD, Y: 2007, S: 1, s. 438 dn. 8.

119 ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011, s. 321.

Miras (tereke), bir kimsenin ölümü ile mirasçılarına geçen özel hukuk ilişkilerinin tümünü ifade eder[120].

Mirasbırakan (muris), kendisine ait özel hukuk ilişkilerinin akıbetinin düzenlendiği kişiyi ifade eder[121].

Mirasçı, mirasbırakanın ölümü üzerine, terekenin bir bütün halinde geçtiği kişi veya kişilerdir[122].

İyiniyet, kişideki bir hakkın doğumuna engel olan bir durumun olayda varlığı veya hakkın doğumu için gerekli unsurlardan birinin yokluğu konusunda, gerekli özenin gösterilmesine rağmen, mazur görülebilen bir bilgisizlik veya yanlış bilgi olarak tanımlanmaktadır[123].

Evlenme, nişanlıların evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan bir hukukî işlemdir[124].

Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır[125].

Katılma alacağı, eşler arasında aksi kararlaştırılmadığı sürece her eşin, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde alacak hakkı sahibi olmasıdır.

---

120 DURAL, Mustafa; ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, Yenilenmiş Yedinci Bası, İstanbul, 2013, s. 5.

121 DURAL/ÖZ, s. 5.

122 İMRE, Zahit; ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Basım, İstanbul, 2016, s. 12.

123 ALTAŞ, s. 312, 313. Hukukî anlamda iyiniyetli olmak, gerçekte doğru olmayan bir şeyin doğruluğuna inanmak, başkasının beyanına veya olayların dış görünüşüne (şüphe doğurmayan verilere) güvenildiği için, aslında hukuka uygun olmayan bir olguyu, hukuka uygun olarak değerlendirmektir. (AKKANAT, Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul, 2010, s. 35)

124 DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C: III - Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 46.

125 ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 218.

Haksız işgal tazminatı (ecri misil), haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelenen özel bir zarar giderim biçimidir[126].

İntifadan men, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlı olma koşuludur[127].

cc. İmla Kurallarının Yardımıyla Cümlelerin Çözümlenmesi

TMK 240. maddesinin 1. fıkrasında, sağ kalan eşin, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle *"... intifa **veya** oturma hakkı tanınmasını ..."* isteyebileceği ve aynı maddenin 2. fıkrasında, aynı koşulların varlığı halinde sağ kalan eşin *"... ev* eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını" isteyebileceği ancak aynı maddenin 3. fıkrasında ise *"Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin **veya** ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa **veya** oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı ..."* tanınabileceği belirtilmiştir.

TMK m. 240 düzenlemesini, ilk duruma göre analiz edersek, sağ kalan eş öncelikle katılma alacağına sahip olmalıdır. Sonrasında ise, ev eşyası üzerinde, "veya" bağlacından dolayı, isterse intifa isterse de oturma hakkını isteyebilecektir.

TMK m. 240 düzenlemesini, ikinci duruma göre analiz edersek, sağ kalan eş öncelikle yine katılma alacağına sahip olmalıdır. Sonrasında ise, haklı sebeplerin varlığı halinde, "veya" bağlacından dolayı, kendisinin ya da ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle konut üzerinde mülkiyet hakkının tanınması istenebilecektir.

TMK m. 652. maddesi ise, sağ kalan eşin, *"tereke malları arasında ev eşyası **veya*** eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; bunlar üzerinde

[126] ÖZAYKUT, Salih, Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 753.

[127] Y. 1. HD. 01.03.2016, 2015/1089 E. - 2016/2387 K.

kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını …" isteyebileceği ve aynı maddenin 2. fıkrası da *"haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa **veya** oturma hakkı tanınmasına da karar …"* verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

TMK m. 652 düzenlemesini ilk duruma göre analiz edersek, sağ kalan eş öncelikle miras hakkına sahip olmalıdır. Sonrasında ise, sağ kalan eş, "veya" bağlacından dolayı, ister ev eşyası isterse de birlikte yaşanılan konut üzerinde mülkiyet hakkının tanınması isteyebilecektir.

TMK m. 652 düzenlemesini ikinci duruma göre analiz edersek, sağ kalan eş öncelikle yine miras hakkına sahip olmalıdır. Sonrasında ise, haklı sebeplerin varlığı halinde, "veya" bağlaçlarından dolayı, kendisinin ya da ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle birlikte yaşanılan konut üzerinde intifa veyahut oturma hakkı tanınması da istenebilecektir.

dd. Müessese

Dava konusu olayda tartışılan temel sorun, özgüleme müessesesidir[128]. Sağ kalan eşin, murise ait[129] bir taşınmaz üzerinde, TMK m. 240

[128] Müessese, metinlerden (parçalardan) ve varlığın doğasından yola çıkarak bütüne ulaşma yoluyla bulunan ve olayın çözümünde kullanılacak olan formüldür. (SÖZER, s. 59 dn. 260)

[129] Doktrindeki hâkim görüşe göre, aile konutunun edinilmiş veya kişisel mal olmasının bir önemi yoktur. Hâkim görüş için bkz. DOĞAN, Murat, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, EÜHFD, C: VII, Y: 2003, S: 3-4, s. 659; ZEYTİN, s. 245; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007, s. 285; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 238; GÜMÜŞ, s. 414; ŞEKER, s. 442; YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007, s. 99; ACAR, s. 377; ÖZTAŞ, İlker, MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı, EÜHFD, C: XIII, Y: 2009, S: 3-4, s. 233, 234; ŞIPKA, s. 321; NEBİOĞLU ÖNER, s. 89, 90. Ancak, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi aksi görüştedir. *"… 01.01.2002 tarihinden önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 170. maddesi uyarınca geçerli olan mal ayrılığı rejiminde katılma alacağına yer verilmemiştir. Dairemiz uygulamalarına göre, aile konutu ölen eşin kişisel malı ise sağ eş lehine mülkiyet hakkı tanınmamaktadır.*
Somut olayda; davacı ile eşi H.P. evli iken 27.09.2010 tarihinde H.P. ölmüş davacı sağ eş ile davalı çocuklarını mirasçı olarak bırakmıştır. Mal rejimi ölüm tarihi itibarıyla sona ermiştir (TMK'nun 225/1. m). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 sayılı TKM'nun 170.m), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 sayılı yasanın 10, TMK'nun 202/1.m). Katılma alacağına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması istemine konu 3 nolu mesken, eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 13.07.1992 tarihinde satın alınarak, ölen eş adına tescil edilmiştir.

hükmüne göre özgüleme davası açarak mülkiyet hakkı tanınması talep etmesinin koşulları şunlardır:

1- Ölen eşe ait bir aile konutunun olması,
2- Sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesi,
3- Sağ kalan eşin katılma alacağının bulunması[130],
4- Haklı sebeplerin varlığı,
5- Sağ kalan eşin talebinin olması şartlarının bir arada olması gerekir[131].

Sağ kalan eşin, murise ait bir taşınmaz üzerinde, TMK m. 652 hükmüne göre özgüleme davası açabilmesinin koşulları ise şunlardır:

1- Ölen eşe ait bir aile konutunun olması,
2- Sağ kalan eşin miras hakkının bulunması,
3- Sağ kalan eşin talebinin olması şartlarının bir arada olması gerekir.

İki hüküm de dikkatli okunacak olursa, TMK m. 240 hükmünde, sağ kalan eş için konut üzerinde mülkiyet hakkının tanınmasını isteyebilmesi haklı sebeplerin varlığına bağlıdır. Haklı sebebin varlığını ispat yükü, sağ kalan eşe aittir. Ancak, TMK m. 652 hükmünde, sağ kalan eş için birlikte yaşanılan konutun mülkiyetini talep edilmesinde böyle bir ispat

---

Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK'nun 179.m). Az yukarıda açıklanan aile konutu ölen eşin kişisel malı ise sağ eş lehine mülkiyet hakkı tanınmadığına yönelik Dairemiz uygulamaları göz önüne alınarak; 3 nolu mesken eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 13.07.1992 tarihinde satın alınıp ölen eş adına tescil edilmiş olması nedeniyle ölen eşin kişisel malı olduğundan Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından bozmayı gerektirmiştir." (Y. 8. HD. 19.01.2017, 2016/21737 E. - 2017/427 K.)

[130] Doktrinde, TMK. m. 240 hükmü ile edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklı alacakların, aile konutu veya ev eşyaları üzerinde talepte bulunduğu hakların sürüm değerini karşılamadığı durumlarda, aradaki farkın "bedel eklenmek suretiyle" yani para ile denkleştirilmesi, TMK. 240. maddesinin açık lafzı nedeniyle olanaklı görülmektedir. (GÜMÜŞ, s. 410, ZEYTİN, s. 246; SARI, 286. Yazarlar, sağ kalan eşin, eksik kalan bedel için değer artış payı alacağının ve/veya kendisine düşen miras payının da mahsup edilmesini talep edebileceğini belirtmektedirler.)

[131] KARAMERCAN, Fatih, Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 356.

yükü bulunmamaktadır[132]. Bu yüzden, ispat yükü açısından (yani haklı sebebin varlığını kanıtlamak için) sıkıntı yaşanabilecek durumlarda, sağ kalan eşin, miras hakkının da bulunması kaydı ile TMK m. 652 hükmünde yer alan özgülemeye dayalı dava açması daha doğru bir hamle olacaktır[133].

TMK m. 240 hükmüne dayalı olarak sağ kalan eşin, konut üzerinde mülkiyet hakkı talep edebilmesi için katılma alacağının olması gereklidir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'ne[134] ve doktrindeki bir görüşe

[132] AVCI, Mehmet Özgür, Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, İstanbul, 2014, s. 184.

[133] KARAMERCAN, s. 354.

[134] *"... TMK'nın 240/1. maddesinde; katılma alacağı dışında herhangi bir alacak türünden ve bu arada değer artış payından söz edilmemekte ise de, TMK'nın 240. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen amaç ve düzenleme sistematiği, sağ kalan eşin korunması, geçmişte aynı evde yaşadıkları anılar ve geleceğe yönelik aynı duyguların yaşanması vb. durumlar gözetildiğinde katılma alacağına mahsuben herhangi bir alacak hakkının bulunmaması halinde değer artış payı alacağına mahsuben sözü edilen maddede belirtilen isteklerden birinin tanınması mümkündür. Çünkü bunu engelleyen herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır.*
Somut olayda; kanunun (maddenin) lafzından ziyade amacına bakmak ve bunu geniş yorumlamak gerekir. Bu nedenle maddenin lafzı önemli olmakla birlikte, yorum yapılırken üst başlıkların da gözönünde tutulması, kabul edilmesi gereken ilkelerdendir. Yorum yapılırken kanunların lafzı ile birlikte amacının da aynı ölçüde değerlendirilmesi aynı zamanda TMK'nın 1. maddesinin emri gereğidir. Yararlar dengesi de bunu öngörmektedir. Kanun koyucunun, her ikisi de evliliğin sona ermesine bağlanmış, iki alacak isteği olan katılma alacağı ile değer artış payı alacağının yerine getirilmesini (ifasını) tamamen farklı yöntemlere tabi tutması, bu bağlamda katılma alacağına ölüm halinde sağ kalan eşin yararlarını koruyacak biçimde mahsup imkanı vererek, ev ve eşya üzerinde hak sahibi olma hakkını tanırken, değer artış payı için bu yolu yasaklamasının yararlar dengesi yönünden haklı sayılabilecek bir gerekçesi bulunmamaktadır. Gerçekten de, katılma alacağı ve değer artış payı alacağının bir alacak hakkı olarak, gerek doğumları (evliliğin sona ermesini gerektirmesi) ve gerekse nitelikleri yönünden birbirinden farklı görülmesi olanaklı değildir. İfaları yönünden bu iki alacağın, aralarında fark yaratılmasını haklı kılacak bir yarar görülmemektedir. Kanun maddesinin amacı ve düzenleme sistematiği gözetilerek TMK'nın 240. maddesinin değer artış payı alacakları bakımından da uygulanması hakkaniyete ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkelerine de uygun düşecektir. Sağ kalan eşin yararı da bunu gerektirmektedir. Bu konuda doktrindeki hakim görüş; aynı hakkın tanınmasını sadece artık değer alacağına (katılma alacağına) mahsup edilerek değil, değer artış payı alacağına mahsup edilerek de tanınmasının mümkün olduğu, Kanunun (maddenin) lafzına bağlı kalan azınlık görüşü ise; madde metninde açıkça katılma alacağına mahsuben TMK'nın 240. maddesinde belirtilen isteklerin tanınmasını öngördüğünden değer artış payı alacağına mahsuben bu hakların tanınmaması yönündedir. Yapılan araştırma ve inceleme de, İsviçre doktrinindeki ağırlıklı görüşün de açıklanan birinci görüş doğrultusunda olduğu anlaşılmıştır. Her ne kadar, TMK'nın 652. maddesinde; "eşlerden birinin ölümü halinde, tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerden birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben, mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir" hükmü yer almakta ve içerik itibariyle TMK'nın 240. maddesine benzerlikleri öngörmekte ise de, birinde, miras hakkına mahsuben, diğerinde ise katılma alacağına mahsuben maddelerde öngörülen hakların tanınması söz konusudur. Ne var ki, TMK'nın 240 ve 652. maddelerinde yer alan hakların tanınması bakımından öngördükleri unsurlar birbirlerinden farklıdır. Söz konusu farklılıklar ve ortak noktalar Dairenin 1.6.2010 tarih ve 2010/1695 E, 2010/2923 Karar sayılı kararında açık bir biçimde ortaya konulmuştur (Yargıtay Kararlar Dergisi, C:36, Sayı:8, Ağustos 2010, S:1428'de yayımlanmıştır). Bu nedenle, TMK'nın 240. maddesi uyarınca sağ kalan eşin katılma alacağı yok ise, değer artış payı karşılığında anılan maddede öngörülen hakların tanınması yönündeki istek yerine TMK'nın 652. maddesindeki haklardan yararlanılması mümkündür

göre[135] tek başına değer artış payı alacağına sahip sağ kalan eşin de TMK m. 240 hükmünden faydalanabileceği belirtilmiştir.

Doktrinde, TMK m. 240 hükmünde aranan ihtiyaç şartının, çok ciddiye alınmamasının gerektiği[136] belirtilmekle birlikte söz konusu hakkın kullanıldığı an itibarıyla varlığının yeterli olduğu[137] daha sonra bunun ortadan kalkmasının TMK m. 240 çerçevesinde elde edilen hakları etkilemeyeceği yani mülkiyetin iadesi veya tanınan intifa veya oturma hakkının sona ermesi sonucunu doğurmayacağı[138] ifade edilmektedir. Özel durumlar dışında, sağ kalan eşin aile konutunda eski yaşantısına devam edeceği, fiili bir karine olarak kabul edilmelidir[139].

Konuya maddi hukuk alanından çıkarak medeni yargılama hukuku açısından bakarsak, HMK sistematiğinin "vakıalara dayandırma" teorisini benimsediği[140] söylenebilir. Vakıalara dayandırma teorisi açısından, dava şartları kural olarak davanın açıldığı anda var olmalıdır[141]. 6100 sayılı HMK 115. maddesinin 2. fıkrası, *"Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre*

---

denilebilir. Nitekim, doktrinde bu yönde de, çok az da olsa bazı görüşlere rastlanılmıştır. Az önce de açıklandığı gibi gerek TMK'nın 240 ve gerekse 652. maddeleri kapsamları birlikte göz önünde bulundurulduğunda, değer artış payı alacağı karşılığında TMK'nın 240. maddesindeki hakların tanınmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı gibi miras hukuku kapsamında yer alan aynı Kanunun 652. maddesi de buna engel oluşturmamaktadır. Maddenin lafzından ziyade içeriğindeki amaç önemlidir. Amaç ise sağ kalan eşin hukuki yararını öngörmektedir. Yerel mahkemece de, sağ kalan eşin hukuki yararı göz önünde bulundurularak değer artış payı karşılığında davacıya mülkiyet hakkının tanınmasına karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı bir yön bulunmamıştır." (Y. 8. HD. 25.12.2012, 7105/13069 sayılı Kararı - Aktaran: KARAMERCAN, s. 370, 371)

135 ACAR, s. 376.

136 ZEYTİN, s. 243.

137 SARI, s. 287.

138 ZEYTİN, s. 244; SARI, s. 287. Kanaatimizce, burada ifade edilmek istenen, hükmün kesinleşmesinden sonra kazanılan durumun hiçbir şekilde etkilenmeyeceği hususudur.

139 ŞIPKA, s. 324; ZEYTİN, s. 243.

140 TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C: I, Ankara, 2016, s. 480-484; BÖRÜ, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara, 2016, 82.

141 ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967, s. 59; ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İÜHFM, C: LXX, S: 2, Y: 2012, s. 187.

verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder." hükmünü içermektedir. "Ferdileştirme teorisi" açısından ise dava şartları, hükmün verilmesi anına kadar var olmalıdır[142]. Daha önce HMUK'da yer almayan HMK 115. maddesinin 3. fıkrası ise, *"Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez."* hükmünü içermektedir. HMK'da yer alan bu yeni hüküm, ferdileştirme teorisini benimseyen düzenlemesiyle kuralın istisnasını öngörmektedir[143].

Sağ kalan eşin, TMK m. 240 hükmündeki eski yaşantısını devam ettirebilmesi şartı **kanımızca,** özgüleme davası açısından dava şartıdır. Sağ kalan eş için aranan bu dava şartı, mahkemeden talep edildiği anda olmasına rağmen sonradan yargılama sırasında (veya istinaf ve temyiz kanun yolu aşamasında) ortadan kalkarsa ya da bu dava şartı, mahkemeden talep edildiği anda olmamasına rağmen sonradan yargılama sırasında (veya istinaf ve temyiz kanun yolu aşamasında) ortaya çıkarsa ne olacaktır?

İlk ihtimal açısından, maddi hukuk doktrinin görüşleri ve HMK sistematiğinin "vakıalara dayandırma" teorisini benimsediği göz önüne alındığında, sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmündeki eski yaşantısını devam ettirebilmesi şartının, mahkemeden talep edildiği anda olmasına rağmen sonradan yargılama sırasında (veya istinaf ve temyiz kanun yolu aşamasında) ortadan kalkması, davanın usulden reddi sonucunu doğurmalıdır[144].

İkinci ihtimal açısından ise, sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmündeki eski yaşantısını devam ettirebilmesi şartı, mahkemeden talep edildiği anda olmamasına rağmen sonradan yargılama sırasında (veya istinaf ve

142 ÜSTÜNDAĞ (İddia), s. 59; ÖZMUMCU, s. 187.

143 ÖZMUMCU, s. 187.

144 HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Ankara, 2009, s. 331, 332.

temyiz kanun yolu aşamasında) ortaya çıkarsa HMK m. 115/3 hükmü gereği, davanın görülmesine devam edilerek dava sonuçlandırılmalıdır[145].

Doktrinde ayrıca, sağ kalan eşin katılma alacağının fazla olup ölen eşin mirasçıları ile intifa veya oturma hakkı sebebiyle ilişkisini sürdürmek istememesi[146], konutun geçmişten bu yana sağ kalan eş tarafından beri kullanılıyor olması[147], ölen eş ile sağ kalan eşin mirasçılarının aynı olup olmadığı[148], mirasçıların kişisel durumları[149] gibi sebeplerin, haklı sebebin tayininde birer ölçüt olabileceği belirtilmektedir.

Ara Sonuç :

Somut olaya uygulanabilecek yukarıdaki hükümler ışığında, lafzî yorum yapıldığında çözüme ulaşılamamaktadır.

Somut olay açısından, sağ kalan eşin, **TMK m. 652 hükmüne göre açtığı davanın kabul edilmesi durumunda bile,** Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, özgüleme davasının kesinleşme tarihine kadar sağ kalan eşi

145 *"... HMK'nin 115. maddesinin 2. fıkrasında da ifade edildiği gibi giderilmesi mümkün bir dava şartı noksanlığının bulunması halinde dava hemen reddedilmeyip giderilmesi için süre verilmesi gerekmektedir. İşte giderilebilecek nitelikte bir dava şartının varlığı halinde öncelikle dava şartının tamamlanması için süre verilmesi, bu süre içerisinde eksikliğin giderilmesi halinde davanın esasına girilerek karar verilmesi, aksi halde ise davanın usulden reddine karar verilmesi sözkonusu olabilecektir."* (Y. HGK. 30.03.2016, 2014/17-843 E. - 2016/433 K.); aynı yönde; *"... Öğretide ve Yargıtay'ın devamlılık gösteren uygulamalarında, taşınmaz hakkında derdest ortaklığın giderilmesi davasının, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması gibi istisnai durumlarda muhdesatın tespiti davasının açılmasında güncel hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir.*
Mahkemece, eldeki davanın açıldığı tarihte derdest bir ortaklığın giderilmesi davasının olmadığı ve bu nedenle de hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; HMK'nun 115/3. maddesine göre; ".... Dava şartı noksanlığı hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez". Somut olayda tespit davasının açılmasından sonra Bursa Sulh Hukuk Mahkemesi'nde 18.12.2013 tarihinde ortaklığın giderilmesi davası açıldığı ve açılan davada eldeki tespit davasının bekletici mesele yapıldığı anlaşılmaktadır. Hukuki yarar yönünden HMK'nun 114/h maddesinde belirtilen dava şartı eksikliği aynı Kanun'un 115. maddesi uyarınca giderilmiş olmaktadır. O halde yapılması gereken, yargılamaya devam edilerek davanın esası ile ilgili işlemleri yürütmek ve oluşacak duruma göre bir karar vermek olmalıdır." (Y. 8. HD. 03.03.2016, 2240/3834 sayılı Kararı)

146 DOĞAN, s. 664.

147 AVCI, s. 196.

148 NEBİOĞLU ÖNER, s. 150.

149 AVCI, s. 196.

haksız işgalci olarak kabul ettiğinden ve de Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararı'nda özgüleme davasının sonucundan bahsedilmediği için sağ kalan eş için TMK m. 652 hükmünün unsurlarını tespit edebilmek mümkün olmadığı gibi zorunlu da değildir.

2. Tarihi Yorum

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde, 4721 sayılı TMK m. 240 ve TMK m. 652 düzenlemesine ilişkin[150] veya bu düzenlemeleri karşılayan bir hüküm yoktu[151].

1984 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi'nde[152],

"**Madde 200**-

Yürürlükteki Kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur.

Bu madde ile, eşlerden birinin ölümünden sonra sağ kalan eşin hayat şartlarının imkân ölçüsünde muhafaza edilmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple sağ kalan eşe, katılmadan doğan alacağına mahsuben diğer eşe ait olan ev ve içindeki eşyaları talep hakkı tanınmıştır. Bu eşyaların ölen eşin kişisel veya edinilmiş malı olmasının önemi yoktur.

İkinci fıkra, aynı şartlarla, sağ kalan eşe mülkiyet yerine ev üzerinde intifa veya sükna hakkı tanınmasını düzenlemektedir. Bu durumda değer, hakkın sermaye bedeline göre biçilecek ve eşin mahsup edeceği miktar buna göre belirlenecektir.

Evin bir tarım işletmesi içinde bulunabileceği ve bu hakkın kullanılması her zaman elverişli olamayacağı düşünülerek üçüncü fıkrada tarım arazilerine ilişkin miras hukuku hükümleri saklı tutulmuştur."

TMK m. 240 düzenlemesinin gerekçesi,

[150] ACAR, s. 378.

[151] NEBİOĞLU ÖNER, s. 74, 192; AVCI, s. 179; İMRE/ERMAN, s. 503.

[152] 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul, 1984, s. 304.

"Madde İsviçre Medenî Kanununun 219 uncu maddesini karşılamaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağı istemi, ilke olarak belirli malların özgülenmesi hakkını kapsamaz.

Maddenin birinci fıkrasında buna bir istisna getirilmiş ve ölüm nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi hâlinde sağ kalan eşe, o ana kadarki yaşantısını koruyabilmek amacıyla, ölen eşiyle birlikte yaşadıktan konut üzerinde kendisine, katılma alacağına mahsup edilmek üzere, bu yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteme imkânı getirilmiştir. Maddede eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle aksine düzenlemeleri yapabilecekleri öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkradaki koşulların mevcudiyeti hâlinde sağ kalan eşe, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını isteme yetkisini tanımıştır. Maddenin üçüncü fıkrası, birinci fıkradaki intifa veya oturma hakkı yerine, haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölenin yasal mirasçıların istemiyle, ölen eşiyle birlikte yaşadıktan konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını hükme bağlamıştır. Maddede bu haklı sebeplerin neler olabileceği belirlenmemiştir. Her somut olaya göre bu sebeplerin haklı olup olmadığı hâkim tarafından değerlendirilecektir.

Maddenin son fıkrasında sağ kalan eşin, ölen eşin meslek ve sanatını icra ettirecek olan altsoylarının varlığı hâlinde, bu meslek ve sanatın icra edileceği bölümlerde intifa, oturma ya da koşulları varsa mülkiyet hakkını, kullanamayacağı ifade edilmiştir. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri, ilgili maddelere yollama yapılarak saklı tutulmuştur." şeklindedir.

TMK m. 652 düzenlemesinin gerekçesi ise,

"Yürürlükteki Kanunda maddeyi karşılayan bir hüküm yoktur. Madde İsviçre Medenî Kanununa 1984 yılında eklenen 612a maddesinden esin-

lenerek kaleme alınmıştır. Bu maddeyle sağ kalan eşin korunması amacı güdülmektedir. Kaldı ki mal rejimiyle ilgili 240 inci maddede benzer bir hüküm mevcuttur. Burada, sağ kalan eşe konut ve ev eşyasıyla ilgili olarak tanınmış olan mülkiyet ya da haklı sebeplerin varlığı hâlinde istem üzerine intifa ya da oturma hakkı tanınmasının olanağı getirilmektedir." şeklindedir.

Mehaz kanun olan İsviçre Medenî Kanunu'nda ise bu düzenlemeler, 11 Temmuz 1979 tarihli İsviçre Medenî Kanun'unda değişiklik öngören kanun ile oluşturulmuştur[153].

Ara Sonuç :

Lafzî yorumdan farklı olarak tarihi yorumda da çözüme ulaşılamamaktadır.

3. Sistematik Yorum

İlke ve kanun ilişkisi açısından hukukun yorumlanması sırasında antinomi kavramı karşımıza çıkmaktadır. Antinomi, aynı konu hakkındaki bir ilke ya da kanunun kendi kendisiyle çelişkili olma durumudur. Hukuk çok boyutlu olarak kavrandığında, TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükümleri ile TMK m. 995 hükmü arasındaki, antinomi daha da belirginleşir. Günümüz anlayışları, hukukun ne sosyal fonksiyonunun yani pratik yararının, ne normatif yanının yani hukuk güvenliği ve formal yanının, ne de hukukun belirli bir değer gerçekleşmesi olduğunu söyleyen adalet yanının ihmal edilemez olduğunu kavramış durumdadır. Hukuk bunların hepsidir. Salt bir fonksiyondan çıkarak hukuku değerlendirmek elbette eksik bir fotoğraf olacaktır[154].

[153] BBI 1979 II 1191 (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979. https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1979/index_43.html (Erişim Tarihi: 10.04.2017)

[154] IŞIKTAÇ, s. 31.

Ara Sonuç :

TMK m. 995 hükmü, genel kurallar çerçevesinde gerçekleşmiş hukukî olaylar bakımından uygulanabilir. Ele aldığımız hukukî sorunun tespiti ve çözümlenmesinde ise TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükümlerinin getirilmiş amaçları ve madde başlıkları göz önüne alındığında başka bir ifadeyle sürekli olarak "aile konutu" kavramının tekrar edilmesi ve TMK sistematiği açısından aile konutu kavramının ayrı bir öneme sahip olmasından dolayı daha özel normlar olan TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükümleri, somut olayın özelliğine göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle, özgüleme davasının açılması ile (kabul edilmesi ve kesinleşmesi şartıyla) sağ kalan eş, haksız işgalci olamaz.

4. Amaca Uygunluk Yorumu

Doktrinde, TMK m. 240 düzenlemesinin İsviçre Medenî Kanunu'ndan esinlenerek kanuna dâhil edildiği[155] ve amacın da diğer eşin ölümü sonrasında, sağ kalan eşin yeni bir yere yerleşmek ve yeni bir çevre edinmek[156] ve ölen eşiyle birçok anılarını paylaştığı konutu terk etmek durumunda kalmak suretiyle, o ana kadar mevcut olan müşterek hayat tarzının önemli ölçüde değişmesinin sakıncalarından korunmasının gerekli olduğu belirtilmiştir[157]. Özetle, kanun koyucunun amacı, sağ kalan eşin korunmasıdır[158]. Zira, TMK m. 652 hükmü de İsviçre Medenî Kanunu'ndan esinlenerek kanunumuza girmiş olup[159] bu hükümde de, kanun koyucunun amacı, sağ kalan eşin ölüm sonucunda yaşam şartlarının düşmesinin engellenerek korunmasıdır[160]. Ayrıca, **kanımızca,** kanun koyucunun katılma alacağı hakkı sahibi olamayan sağ kalan eşe TMK m. 652 hükmünden faydalanarak miras hakkına dayalı olarak aile

[155] NEBİOĞLU ÖNER, s. 63.

[156] ZEYTİN, s. 243.

[157] NEBİOĞLU ÖNER, s. 74, 75.

[158] ACAR, s. 379.

[159] NEBİOĞLU ÖNER, s. 192; AVCI, s. 179; İMRE/ERMAN, s. 503.

[160] CANARSLAN, Gökçe, İntifa Hakkının Sona Ermesi, Ankara, 2016, s. 80.

konutu üzerinde özgüleme talep etmesi veya miras hakkı bulunmayan sağ kalan eşe TMK m. 240 hükmünden faydalanarak katılma alacağına dayalı olarak aile konutu üzerinde özgüleme talep etmesi hakkını tanıması, sağ kalan eşe bulunacağı duruma göre seçimlik (alternatif) durumlar yaratarak bulunduğu konutta hayatını sürdürmesine imkân tanıdığına ilişkin başka bir kanıt olabilir. Böylelikle, sağ kalan eşin, alternatif sayılabilecek bu haklarını kullanması ile sağlanacak menfaati, meşru bir menfaate dayandığından, hakkını kötüye kullandığı ilk bakışta iddia edilemez[161].

Doktrinde ayrıca, taksim kuralı niteliği taşıyan TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükümlerinin sağ kalan eşe sadece miras şirketine ileri sürebileceği şahsi bir talep hakkı (öncelik hakkı) tanımakta olduğu[162], bu hakkın kullanılması üzerine taraflar arasında bir anlaşma meydana gelmediği takdirde, hak sahibi mahkemeye bir yenilik doğuran dava açma imkânını kazanacağı ve hukukî durumda ancak mahkeme kararı ile birlikte bir "yenilik" meydana geleceği de ifade edilmektedir[163]. Doktrindeki başka bir görüşe göre ise, hak sahibi eş hakkını kullandığında, yükümlü taraf talebini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Yükümlü olan taraf, talebinin yerine getirmekten kaçınırsa, sözgelimi; özgülemeyi de içeren bir paylaşım (taksim) yapmazsa, hak sahibi eş mahkeme yoluyla onu böyle bir sözleşme yapmaya zorlayabilmektedir. Kanun, hak sahibi eşe böyle bir imkân tanıdığı için, burada kanundan doğan bir sözleşme yapma mecburiyetinin varlığından söz etmek mümkündür[164]. Görüleceği üzere, kanun koyucunun amacı ve taraflar arasındaki menfaat ilişkisindeki seçtiği tarafın sağ kalan eş olduğu gözönüne alındığında, sağ kalan eşin durumu, murisin diğer mirasçılarına nazaran daha önem arz etmektedir.

---

[161] OĞUZMAN, M. Kemal; BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, 21. Bası, İstanbul, 2015, s. 268.

[162] GÜMÜŞ, s. 406.

[163] BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 149, 150.

[164] YAĞCIOĞLU, s. 84; GÜMÜŞ, s. 406 dn. 630.

Amaçsal yorum, toplumdaki menfaatler dengesine önem vermektedir. Kanun koyucu, normla bir düzenleme getirirken bir menfaati diğerine üstün kılmaya çalışmaktadır. Bunu yaparken de belirli bir amaçla hareket eder. Buna kanunun amacı, Ratio Legisi denmektedir. Kanunun amacını araştırırken kanunu uygulayacağımız toplumun özellikleri, ihtiyaçları, değer yargıları, olayın özelliği, gerekçeler göz önüne alınarak bir sonuca varılmaya çalışılır[165]. Kanun koyucunun bu varsayımsal amacı (niyeti), aynı zamanda kanunun yeni şartlara göre yorumlanıp kendisine bir amaç atfedilmesi anlamına geldiği için, kanun koyucuya atfedilen varsayımsal/farazî amaç (niyet), teleolojik (amaca göre) yorum yönteminin amaç anlayışıyla uyuşmaktadır[166].

Ara Sonuç :

Bir hakkın, hak sahibine meşru bir menfaat sağlamak için değil de sırf başkasına zarara sokmak, onu güç duruma düşürmek üzere kullanılması halinde, hak ancak o zaman kötüye kullanılmış olur[167]. Hukuk kurallarının âdil olmayan sonuç verecek şekilde uygulanması düşünülemez. O halde hâkim, aşırı ölçüde geniş tutulmuş bir kuralı, somut olaya uygulaması adaletsiz sonuçlar doğuracaksa sınırlar[168]. Bu anlamda, TMK m. 995 hükmü, somut olayın özelliklerine göre, TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükümleri karşısında sınırlanmalıdır. Başka bir ifadeyle, özgüleme davasının açılması ile (kabul edilmesi ve kesinleşmesi şartıyla) sağ kalan eş, haksız işgalci olamaz. Sağ kalan eş, iyiniyetin korunmasını öngören hükmün getirdiği avantajlı durumdan istifade etmek istiyorsa, hal ve şartların gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermeli ve yapmak istediği hukukî işleme dair herhangi bir hukukî eksikliğin mevcut olup olmadığını araştırmalıdır. Başka bir ifadeyle, özgüleme davası açmalıdır. Bunu yapmadığı yani özgüleme davası açmadığı takdirde, ilgili hükmün getirdiği korumadan yararlanamayacak ve söz konusu hukukî eksikliğin

165 KAYA, s. 368.

166 AKTAŞ, s. 22.

167 OĞUZMAN/BARLAS, s. 267.

168 ALTAŞ, s. 254.

müeyyidesi ne ise, o müeyyidenin (haksız işgalci sayılmanın ve haksız işgal tazminatı ödemenin) bu ilişkiye de uygulanması gerekecektir[169].

Hemen şu husus da akla gelebilir. Davacı da, davalı konuttan çıkmadığı, konuttan faydalanamadığı veya gelir elde edemediğinden dolayı, davasını açtığı için haksız konuma sokulamaz denilebilir. Ancak bu durumda da, davalı tarafa davasını daha önce açması külfeti getirilecektir ki bu düşünce tarzı, açıkça HMK 24/2 maddesindeki *"hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz"* hükmüne aykırı olacaktır.

Sosyolojik Değerlendirme :

Amaca uygun (teleolojik) yorumu ele alırken, amaca uygun yorum yapıldığında sosyolojik yorumdan da faydalanıldığını belirtmiştik. Aşağıda, olay bu açıdan da değerlendirilmektedir.

TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükümleri ile sağ kalan eşlere aile konutu üzerinde belli şartların gerçekleşmesi durumunda mülkiyet hakkı tanınması sağlanmıştır. Çekirdek aile tipinin yaygınlaşması ile ailede eşlerin önemi daha da artmış olduğundan, aile hukuku ve miras hukuku alanlarında, özellikle evliliğin ölümle sona erdiği durumlarda, sağ kalan eşi daha fazla koruyan düzenlemeler yapılmasına sebep olmuştur[170]. Aslında, kanun koyucunun bu tercihinin Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aldığımız verilerle doğrulanması mümkündür.

Türkiye'de yaş gruplarının toplam nüfus içindeki dağılımı (1935 - 2015)[171]

[169] AKKANAT, s. 76 dn. 32.

[170] DOĞAN, s. 652.

[171] Yukarıdaki istatistikler, Türkiye İstatistik Kurumu'ndan alınan verilere göre hesaplanmıştır. Erişim Tarihi: 05.02.2017.

YIL	TOPLAM NÜFUS	0 - 14 YAŞ (%)	15 - 65 YAŞ (%)	65 + YAŞ (%)
1935	16.158.385	41.4	54.7	3.9
1945	18.790.174	39.5	57.1	3.3
1955	24.064.763	39.3	57.3	3.4
1965	31.391.421	41.9	54.1	4.0
1975	40.647.719	40.6	54.8	4.6
1985	50.664.458	37.6	58.2	4.2
1990	56.473.350	35.0	60.7	4.3
2000	67.803.927	29.8	64.5	5.7
2007	70.586.256	26.4	66.5	7.1
2011	74.724.269	25.3	67.4	7.3
2012	75.627.384	24.9	67.6	7.5
2013	76.667.864	24.5	67.7	7.6
2014	77.695.904	24.2	67.7	7.9
2015	78.741.053	23.9	67.7	8.2

Türkiye'de evlilerin kendi toplam nüfusları içindeki dağılımı (2008 - 2015)

YIL	TOPLAM NÜFUS	0 - 44 YAŞ (%)	45 - 65 YAŞ (%)	65 + YAŞ (%)
2008	33.874.987	46.2	41.1	8.6
2009	38.851.499	51	41.1	7.8
2010	39.875.607	49.6	42.4	7.9
2011	40.660.906	48.9	42.9	8
2012	41.280.494	48.6	43.1	8.2
2013	41.925.187	48.1	43.4	8.3
2014	37.228.272	54.3	35.6	10
2015	47.318.153	42.7	48.9	8.3

Yukarıdaki verilerden anlaşılacağı üzere, doğurganlığın azalması ve daha iyi yaşam şartlarının oluşması ile birlikte ülkemizde yetişkin nüfus yaşlanmakta ve biz de yaşlanan bir ülke konumuna gelmekteyiz. Türkiye'de 65 yaş ve üzeri nüfusun tüm nüfusa oranı 2015 yılı sonu itibariyle % 8.2'ye (6 Milyon 495 Bin 239 kişiye) ulaşmıştır. Bu oranın 2023 yılında %10,2'ye ve 2050 yılında ise %21'e ulaşması beklenmektedir[172]. Zira, 2000 ve sonrasında, 65 yaş üstü nüfus ve 65 yaş üstü evli nüfusu artma eğilimindedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın hazırladığı rapora göre huzurevlerinde kalan yaşlı sayısı 10 yılda yüzde 100 artmıştır. Bakanlığa bağlı huzurevlerinde 2002'de 4 bin 952 yaşlı barınırken, 2012'de bu rakam 10 bin 590'a çıkmıştır[173]. Bu husus da, evli çiftler arasında evliliklerin ölümle sona ereceği ihtimalini yüksek tutmaktadır. Sonuç olarak, ülkemizde yaşlı nüfusun daha da artacak olması, özgüleme müessesesinin daha güncel olmasına neden olacaktır.

Eşyanın Tabiatına Uygunluk Değerlendirmesi :

Amaçsal yorumda sonuca varmak için eşyanın (öznenin) özelliklerini de dikkate almak gerekir.

6100 sayılı HMK m. 115/1 hükmü gereği, mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. Bu hükümler gereği, özellikle TMK m. 240 hükmüne göre sağ kalan eşin özgüleme davası açması için hükümde öngörülen "eski yaşantısını devam ettirebilmesi" şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için konutta oturması zorunludur. Pozitif hukuk kuralları, insan onurunu zedeleyecek ve haklarını yok sayacak bir tarzda yorumlanamaz. Her olayda birkaç kişinin farklı hakları çatışabilir. Yorumcuya düşen, bu ihtilafları, hukukun genel ilkeleri ve adaletin temel kurallarıyla tutarlı bir yorum tarzıyla çözmektir[174].

[172] http://eyh.aile.gov.tr/duyurular/turkiyede-yaslilarin-durumu-ve-yaslanma-ulusal-eylem-plani-uygulama-programinin-guncel-maddeleri (Erişim Tarihi: 10.04.2017)

[173] http://www.memurlar.net/haber/423109 (Erişim Tarihi: 10.04.2017)

[174] AKTAŞ, s. 33.

Ara Sonuç :

Bu yüzden, normatif tespitler dahi, temelde deneysel bir takım gerçeklerle iç içe geçmektedir. Anılan durumda, hukuk normları oluşurken, toplumsal olayların belli sosyal kanunlara göre gerçekleştiği, belli olay ve olguların nedensellik ağı ile birbirine bağlı oldukları gerçeğinden etkileneceklerdir[175]. Aslında hukukî sorunun diğer bir yüzü de burada kendisini göstermektedir. Kanun koyucu, sağ kalan eşe bu hükümden faydalanması için hem bir şart koymuş ve hem de o şart haksız bir eylem olarak nitelendirilecek ise yani sağ kalan eşin konutta oturabilmesi için haksız işgal tazminatı ödemesi gerekiyorsa, bu değerlendirme, eşyanın tabiatına aykırı olduğu gibi "kanun koyucu abesle iştigal etmez" ilkesine de aykırı olacaktır. Kaldı ki, sağ kalan eşin haksız işgal tazminatı adı altında maddi bir bedeli ödeme durumu yoksa (ayrıca mahkeme masrafları ve vekalet ücreti ile bu masraflar daha da artacağından) kanun koyucunun kendine tanıdığı imkânları kullanamadan veya kullanmak isterken konuttan çıkartılarak kendisini dış dünyada yapayalnız da hissedecektir[176]. Bu durum ne formel mantık ile ne de hukukî mantık ile izah edilebilir.

F. Hukukî Sonuç

Yukarıda değerlendirmeler ışığında,

Sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmazda, mirasçılardan herhangi birisinin intifadan men şartını yerine getirmesinden sonra oturmaya devam edip oturduğu konut ile ilgili herhangi bir özgüleme davası açmaması durumunda sağ kalan eş, haksız işgal tazminatını ödemesi gerekir.

---

[175] ALDANMAZ, s. 280.

[176] İyiniyetin, gerçek hukukî durum karşısında iyi vicdanlı olmanın bir tezahürü olduğu söylenebilir. (AKKANAT, s. 38)

Haksız işgal tazminatına bakan mahkeme açısından, sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmaz için TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası açması durumunda, özgüleme davasının, HMK m. 165/1 hükmü gereği, bekletici sorun yapılması zorunludur.

Kanunun getiriliş amacı, hukukî düzenlemelerin mahiyeti ve doktrindeki görüşler uyarınca, sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmaz için TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası açması durumunda (kabul edilmesi ve kesinleşmesi şartıyla) haksız işgalci olmamalıdır.

Her ne kadar, doktrinde TMK m. 240 ve TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davaları, yenilik doğuran bir dava türü olarak görülse de hukukî düzenlemelerin mahiyeti ve doktrindeki görüşler uyarınca, sağ kalan eşin, aile konutu niteliğindeki murise ait taşınmaz için TMK m. 240 veya TMK m. 652 hükmüne dayalı özgüleme davası açması neticesinde, özgüleme davasının sonuçlarını (kabul edilmesi ve kesinleşmesi şartıyla) açıldığı anda meydana getireceği kanaatine varılmıştır.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD : Ankara Barosu Dergisi
Art. : Article (madde)
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BBI : Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
bkz. : bakınız
C : Cilt
Çev. : Çeviren
dn. : dipnot
E. : Esas
EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD. : Hukuk Dairesi
HFSA : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 sayılı)
HMUK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1086 sayılı)
İKÜHFD : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD : İzmir Barosu Dergisi
K. : Karar
m. : madde
MÜHFD : Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S : Sayı
s. : sayfa
TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TMK : Türk Medenî Kanunu (4721 sayılı)
UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Y : Yıl
Y. : Yargıtay
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
YÜED : Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi
ZGB : Schweizeriche Zivilgezetzsbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

KAYNAKÇA

2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca kurulan komisyon tarafından hazırlanan Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul, 1984.

ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2016.

AKKANAT, Halil, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul, 2010.

AKTAŞ, Suuri, Hukukta Yorum Çabaları, EÜHFD, C: XV, Y: 2011, S: 3-4.

ALDANMAZ, Orhan, Normlara Hayat Veren Gerçeklik Ve Realiteyi Dönüştüren Normlar, TAAD, Y: 6, S: 21 (Nisan 2015).

ALTAŞ, Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2014.

AVCI, Mehmet Özgür, Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, İstanbul, 2014.

BÖRÜ, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara, 2016.

BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.

CANARSLAN, Gökçe, İntifa Hakkının Sona Ermesi, Ankara, 2016.

ÇAL, Sedat, Hukukta Bilimsel Yaklaşımın Önemi, TBB Dergisi, Y: 2010, S: 90.

DEMİR, Abdullah, Hukuk Metodolojisi, 1. Baskı, Ankara, 2016.

DOĞAN, Murat, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, EÜHFD, C: VII, Y: 2003, S: 3-4.

DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C: III - Aile Hukuku, İstanbul, 2016. (Kısaltma: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ)

DURAL, Mustafa; ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, Yenilenmiş Yedinci Bası, İstanbul, 2013. (Kısaltma: DURAL/ÖZ)

DÜNDAR, Durmuş, Bilim, Araştırma ve Uygulamalı Hukukta Yöntem, İKÜHFD, C: 1, S: 1-2 (2002).

GÖZLER, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008.

GÜNEŞ, Ahmet M., Hukuk Metodolojisi, Ankara, 2016.

HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Ankara, 2009.

IŞIKTAÇ, Yasemin, Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi, ABD, S: 2001/1.

IŞIKTAÇ, Yasemin; METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2016. (Kısaltma: IŞIKTAÇ/METİN)

İMRE, Zahit; ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Basım, İstanbul, 2016. (Kısaltma: İMRE/ERMAN)

KARAMERCAN, Fatih, Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2016.

KARAYALÇIN, Yaşar, Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 1981.

KAYA, Asım, Amaçsal Yorum, ABD, Y: 72, S: 2014/4.

METİN, Sevtap, Ronald Dwork'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, C: LXI, Y: 2003, S: 1-2.

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal; BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, 21. Bası, İstanbul, 2015. (Kısaltma: OĞUZMAN/BARLAS)

ÖZAYKUT, Salih, Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar, 2. Baskı, Ankara, 2015.

ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İÜHFM, C: LXX, S: 2, Y: 2012.

ÖZTAN, Bilge, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 41. Bası, Ankara, 2016.

ÖZTAŞ, İlker, MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı, EÜHFD, C: XIII, Y: 2009, S: 3-4.

PICHONNAZ, Pascal, İçtihat Değişikliğinin Geçmişe Etkisi: Metodolojik Çoğulculuk Açısından Bazı Düşünceler, İÜHFD, C: 7, S: 2, Y: 2016. (Çev**.: KAHRAMAN,** Zafer)

SAĞLAM, Fazıl, Anayasanın ve Yasaları Yorumlanmasındaki Sorunlar, Hukuk Kurultayı 2008, C: I, Ankara, 2008.

SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007.

SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015. (Kısaltma: Yöntem)

SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem, YÜED, Özel Sayı - 2013 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), C: I. (Kısaltma: Armağan)

SÖZER, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, 5. Baskı, İstanbul, 2015.

ŞEKER, Muzaffer, Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejimi Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları (MK m. 240, 652), MÜHFD, Y: 2007, S: 1.

ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C: I, Ankara, 2016.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Böyle Yazıldı, Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği, Hukuk Kurultayı 2006, C: II, Ankara, 2006.

UZUN, Ertuğrul, Hukuk Yorumdur, İÜHFM, C: LXXII, Y: 2014, S: 1.

UZUN, Ertuğrul, Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi, HFSA, (Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına) Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V, 25. Kitap, İstanbul, 2012.

UZUN, Ertuğrul, Yorumu Hukuktan Kurtarmak, ABD, Y: 74, S: 2016/2.

ÜSTÜNDAĞ, Mustafa Emir, Hukukta Yorum Metodları, İzBD, Y: 76, S: 2 (2011 - Nisan).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967. (Kısaltma: İddia)

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007.

ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara, 2008.

AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİ'NDE BENİMSENEN ÖZERKLİK İLKESİNİ TIP, HUKUK VE EDEBİYAT İLE YORUMLAMAK

▪ **Remzi DEMİR***

Özet: Biyoetik, tıpta ve biyolojideki değişimlerin, hızına erişilemez teknolojik çabalara bağlı olan sonuçların etik alanda oluşturduğu kapsamlı sorunların çözüme bağlanması ile gelişen etik alanı ya da bölümüdür. Sözleşmenin temel amacı, insan onuru ile insan kimliğinin korunması ve ayırım yapılmaksızın herkesin vücut bütünlüğü ile diğer tüm temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Bu nedenle biyotıp uygulamaları ve araştırmaları bu temel ilkelere uygun olarak yürütülmelidir.

Özerklik ilkesi, özellikle, herhangi bir baskı ve nüfuz olmadan kişinin özgürce karar alabilmesi ve içinde bulunduğu durum hakkında anlayacağı bir şekilde bilgilendirildikten sonra, yapılacak herhangi bir tıbbi uygulamaya ya da girişime izin vermesini kapsar. Kişi, aydınlatılıp, bilgilendirildikten sonra, tıbbi müdahale için verdiği onamı, herhangi bir anda, geri alabilir. Hastanın özerkliği, hastanın aydınlatılması ile başlayan ve özgür iradesi ile tıbbi müdahaleye rıza göstermesi ya da kabul etmemesi ile yaşanan süreçtir. Hastanın aydınlatılmış rıza ile tercihini ortaya koyması etik, hukuksal ve psikolojik açıdan önem taşır.

Anahtar Sözcükler: Biyoetik, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, Özerklik İlkesi, Yaşama Hakkı, Kan Nakli, Aydınlatılmış Onam.

Abstract: The term Bioethics is defined as the portion of the impacts in the changes which are currently encountered in medicine and biology that are related with the unbelievably rapid developments in the related technological efforts in order to finalize the related comprehensive consequences which it created in ethical scope. The basic objective of the European Bioethical Convention is to protect human dignity and human identity and to secure the physical integrity of the individuals without making discrimination among them and to secure all of the other fundamental rights and freedoms. Therefore, the biomedical applications and research should be carried out in conformity with these fundamental principles.

The principle of autonomy enables the individuals to take decisions freely without under any pressure or any other kind of personal influence in order to give permission for a medical application or an initiative after having informed about a medical consequences of a condition in which he or she has encountered in a comprehensive manner. After the individual is enlightened and thoroughly acknowledged about a condition, he or she may withdraw his or her consent which is granted about a certain specific condition at any time. The autonomy of the patient is a process starting from his or her enlightenment and to grant consent for a medical intervention by his or her free will or abstaining from such an intervention. The expression of the patient's will or preference after having enlightened about the medical condition, is significant as for ethical, legal and psychological aspects..

Key Words: Bioethics, European Biomedicine Convention. Autonomy Principle, Right to Live, Blood Transfusion, Enlightened consent.

* Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı, Çankaya Üniversitesi SBE Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, remzidemir60@hotmail.com

GİRİŞ

Hukuk devrimiyle birlikte temel hak ve özgürlüklere kavuşan Türk Ulusu, süreç içerisinde ulusal yasal düzenlemelerin ötesinde evrensel ve uluslararası metinlerin de saptadığı haklara da kavuşmuştur. Anayasamız başta olmak üzere kişilik haklarımızın korunmasında iç hukuk düzenlemeleri ile Anayasamızın 90. maddesine göre " ... Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır." ilkesi getirilmiştir. Aynı anayasal normun son fıkrasında ise benimsenen norma göre :

" Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) 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."

Biyoetik, konusu insan olan tıp ve hukuk alanlarının kriz noktalarında, bilimsel ilerlemeye engel koymaksızın 'bireyi ve insan onurunu' korumanın bilimsel, etik ve siyasal ilkelerini ortaya koymaya çalışmaktadır.[1]03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun'la uygun bulunan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"[2] ülkemizi bağlayıcı bir hukuksal düzenlemedir[3]. Çalışmamızda Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafa-

[1] Çoban Funda, "Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar",İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 34, 2016, s 23

[2] Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nden ' Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ' olarak söz edilecektir.

[3] Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015 ,s. 161,Gürbüz Nagehan, Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, İstanbul 2014,s. 28

kat etmesinden sonra yapılabilmesini içeren özerklik ilkesinin tıp, etik, hukuk ve edebiyatla yorumlanarak varılacak sonucun ortaya konulması amaçlanmaktadır.

I. AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİ'NİN GENEL HÜKÜMLERİ, AMAÇ VE KONUSU

A. GENEL HÜKÜMLER

İnsanın sırf insan olması sebebiyle elde ettiği vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılamaz, anayasalar ve uluslararası düzenlemelerle güvence altına alınmış haklar arasında en önemlisi yaşama hakkı ve kişinin kendi geleceğini belirlemek (özerklik) hakkıdır.[4] Tıp ile etiğin, insan bedeninin daha çok medikal bir konu olmasının yol açtığı hukuki ve felsefi sorunları çözmek zorunda kalması, ulusları ortak ilkeler etrafında toplanmaya çağırmaktadır. Böylesi ortak ilkelerin başında ise biyotıpla da ilişkilendirildiği oranda insan haklarına ilişkin çeşitli düzey ve zamanlarda yapılmış sözleşmeler bulunmaktadır.[5] Bu çabaların ürünü olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi Kasım 1996'da Strasbourg'daki toplantıda bir tasarı olarak kabul edilmiş, 04 Nisan 1997'de İspanya'nın Asturias özerk bölgesinin başkenti Oviedo'da, "Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Ek-4) "olarak ilan edilmiştir.[6] İnsanlık tarihinde çok sayıda olumsuzluklarına karşın küreselleşme olgusu, tıp etiği ve biyoetik alanında bazı ortak ilkelerin kabul edilmesini gerekli kılmaktadır.[7]

---

[4] Yıldız Pervin, " Rıza ve Rıza Formlarının Hukuksal Niteliği ", Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2017,s. 62

[5] Çoban Funda, a.g.m, s.31

[6] Güvercin Hüseyin Cemal, Türkiye'deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Üniversitesi, Ankara 2007

[7] Oğuztürk Burcu K., Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul, 2011,s. 96

Biyoetik kapsamı ve alanları, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hızı arttıkça gelişmektedir. Gen teknolojisi, ilaç sanayi, klonlama, doğum, ölüm, ötenazi, insan deneyleri, yapay üreme, kürtaj ve bunlarla birlikte canlılarla ilgili bilimsel ve teknolojik gelişmelerin sonuçları, sınırları ve kullanım ilkeleri biyoetiğin belli başlı konu başlıklarıdır. Tıp biliminde ortaya çıkan birey hakları karşısında kamu yararı; eşitlik, adalet ve hakkaniyet karşısında bireysel özgürlükler, bireysel tercihler karşısında çoğunluğun iradesi gibi etik ikilemlerde, etik hukuka daha insancıl, insani bir bakış açısı kazandırmıştır. Bu nedenle biyoetik, başından beri insan hakları kavramını merkeze almaktadır.[8]

Biyoetik, tıpta ve biyolojideki değişimlerin, hızına erişilemez teknolojk çabalara bağlı olan sonuçların etik alanda oluşturduğu kapsamlı sorunların çözüme bağlanması ile gelişen etik alanı ya da bölümüdür.[9] Biyoetiğin küreselleşmesi ile, Batı kültürü dışındaki etik değerlendirmelerin[10] de dikkate alınmaya ve tartışılmaya başlanması bir gerçekliktir. Kültürel sınırlar aşan biyoetik ayrıca insan hakları hareketinin, biyotıbbı, insan onuru ile temel hak ve özgürlüklerin korunacağı yeni bir alan olarak kabul etmesinin sonucudur. Bu çerçevede, insan hakları savaşımının yeni alanları arasına tıp ve genetik araştırmalar da katılmıştır. Bu alandaki hızlı gelişmeler yeni, karmaşık etik sorunlar yaratırken, yeni tekniklerin kötüye kullanılması bakımından hukuktan beklentiler artmaktadır.[11]

B. SÖZLEŞMENİN AMAÇ VE KONUSU

Anayasamızın 17-40 maddeleri arasında bulunan haklara koruyucu haklar denilir. Kişisel kamu hakları, kişinin serbestçe gelişmesini amaç-

[8] Sarıkaya Mevlüd, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Yükseklisans Tezi, Kayseri, 2011,s. 9

[9] Zengin Mehmet A., Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012,s.61

[10] Oğuztürk Burcu K., a.g.e.,s.96

[11] Katoğlu Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:55, Sayı:1, 2006, s.159

lamakta ve bu alana kamu otoritesine hukuka aykırı olarak müdahale etmesini önler. Devlet'e kişiye karışmama ödevi yükleyen bu haklar arasında , özel yaşamın gizliliği, düşünce ve vicdan özgürlüğü olarak sayılabilir.[12]

Kişilik hakkı konusunda ülkemiz yazılı hukuk düzeninde kişilik hakkı tanımlanmamıştır. Her tanımlama aynı zamanda sınırlandırmayı da beraberinde getirmesi sebebiyle " kişilik hakkı" gibi hukukun varoluş kavramlarından birinin kanun yerine öğretide ve yargısal kararlarda tanımlanması isabetlidir. Kişilik haklarının neler olduğu konusunda sınırlı sayı (numerus clasus) ilkesi benimsenmemiştir. Kişilik hakkını geniş tanımlamakta yarar vardır.[13] Kişiye kişi olması sebebiyle tanınan kişilik haklarına örnek olarak şeref ve haysiyet hakkı, isim hakkı, vücut tamlığı ve sağlık hakkı verilebilir.[14]

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin ilk bölümünde yer alan genel hükümlerden birinci maddede sözleşmenin amaç ve konusu belirtilmiştir. Biyotıbbın insan onuru ve insan hakları kapsamına yerleştirildiğinin önemli bir belirtisi[15] olan bu maddeye göre :

" Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.

Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe sokulması bakımından kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaklardır."

---

[12] Öztan Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 15. Bs., Ankara 2004,s. 59

[13] Canbolat Ferhat , "Güncel Gelişmeler Işığında Kişilik Hakları ve Korunması", Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016,s.226; Kılıçoğlu Ahmet M., "Türk Medeni Kanunumuzda İnsan Hakları", Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016,s.45

[14] Öztan Bilge, a.g..e.,s. 71;Kılıçoğlu Ahmet M., a.g.m.,s.50;Özbilen Arif B., İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler , İstanbul, 2011,s. 128

[15] Gojayeva Alvina, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku'na Etkileri" Sağlık Hukuku Digestası, Ankara, 20, s. 29

Bu sözleşmenin temel amacı, insan onuru ile insan kimliğinin korunması ve ayırım yapılmaksızın herkesin vücut bütünlüğü ile diğer tüm temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Bu nedenle biyotıp uygulamaları ve araştırmaları Avrupa Biyotıp Sözleşmesinde yer alan temel ilkelere uygun olarak yürütülmelidir[16]. Yargıtay da en son tarihli kararlarından birinde Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukukumuz bakımında önemini açıkça vurgulamıştır. Bu karara[17] göre :

"Önemli bir diğer düzenleme de "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi" dir. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler." Sözleşmenin 4. maddesinde ise, "Meslek Kurallarına Uyma" başlığı altında; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi onayını her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimin Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzen-

[16] Gojayeva Alvina, a.g.m., s.29

[17] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 15.03.2017 tarih ve 2015/15331 Esas, 2017/3251 Karar sayılı kararı

leme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir[18]. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır." Bu düzenlemelerde aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir."

II. AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZERKLİK İLKESİ

Özerkliğe saygı ilkesi, kişinin kendisi hakkında seçimler yapmasını, meşru bir hak ve yetki olarak tanımakla başlar. Özerklik ilkesi, özellikle, herhangi bir baskı ve nüfuz olmadan kişinin özgürce karar alabilmesi ve içinde bulunduğu durum hakkında anlayacağı bir şekilde bilgilendirildikten sonra, yapılacak herhangi bir tıbbi uygulamaya ya da girişime izin vermesini kapsar. Bu niteliği taşıyan kişi, eylemde bulunurken, kararını şekillendiren, yönlendiren, baskı kuran bir başka gücün etkisinden uzak kalabilir. İki yüzlü bir aynaya benzetebileceğimiz özerkliğin bir yüzünde hayat için amaçlar yaratma, öbür yüzünde de kendi yasasını ortaya koyma kapasitesini görebiliriz.[19]

Tıpta özerkliğe saygı ilkesinin hayata geçirilmesi aydınlatılmış onam[20] ile mümkündür. Aydınlatılmış onam, bir hastanın kendisine uy-

[18] Metin Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010,s.127

[19] Metin Sevtap, a.g.e.,s.115

[20] Yıldız Pervin, a.g.m.,s.67; Özbilen Arif B., a.g.e.,s.287;Kapsamlı bir çalışma için Bknz. Yılmaz Battal, " Aydınlatılmış Rıza ", Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2017,s. 37-59.

gulanacak teşhis ve tedavi yöntemlerinin kapsamını, yararlarını, risklerini varsa seçenek yöntemlerini bilerek bir uygulamayı kabul etmesidir[21]. Kişi, aydınlatılıp, bilgilendirildikten sonra, tıbbi müdahale[22] için verdiği onamı, herhangi bir anda, geri alabilir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde özerklik ilkesi somutlaşmıştır. Bu maddeye göre :

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."

Özgür seçim hakkı olarak da adlandırılan özerklik ilkesine 2002 yılında Roma'da kabul edilen " Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü"nde de yer verilmiştir. Her bireyin ayrı tedavi yöntemleri ve tedaviyi verecek kişiler arasında tercih yapma hakkına sahip olduğunu belirten statüde, hastanın yeterli bilgiyle donatılmasını şart koşmaktadır. Hastanın hangi teşhis ve tedavi yöntemini kullanacağını, doktor, hastane ya da uzman seçiminde karar verme hakkına sahip olduğu özerklik ilkesine göre, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması baş koşuldur[23]. İnsan onuruna uygun bu çözümün başta Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde yer alan özerklik ilkesi ve biyotıp etiğinin diğer ilkeleriyle de değerlendirilmesi gerekir[24].

---

[21] Çobanoğlu Nesrin, " Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam ", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara, 20, s. 79

[22] Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, a.g.e ,s. 162

[23] Poroy Mehmet Akif, "Avrupa Birliği'nde Hasta Hakları", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Kasım 2013, Ankara 2014, s.: 150

[24] Gürbüz Nagehan, a.g.e.,s. 115

III. HUKUK'U EDEBİYATLA KAVRAMAK

A. "Çocuk Yasası" Romanı

Yüksek Divan Aile Hukuku Dairesi yargıçlarından Fiona Maye, kocası Jack tarafından genç bir kadın için terk edilmiştir. Onyedi yaşında lösemi hastası olan Adam Henry davasını karara bağlamak zorunda olan Fiona Maye, bu davanın getirdiği hukuksal sorun ve açamazlar karşısında özel hayatını ötelemekle karşılaşmıştır. Yazar anlatısında dilini ve roman tekniğini okurlarına alabildiğine cömert sunmuştur. Romanın her satırının her sözcüğüne duygu yüklü bulutlarını yağmur olarak yağdıran Ian Mcewan, okuru, duygu ve düşünceden sırılsıklam etmiştir.

Fiona ile kocası Jack çocuk sahibi olamamışlardı. Bu özlemlerini ve hislerini, her ikisinin anne ve babası , kocasının üç kız kardeşi, kendisinin iki erkek kardeşi, bunları önceki ve şimdiki eşleri, onbir yeğen ve birlikteliklerinden doğmuş onüç çocukla giderdikleri aile toplantıları ile renklenen yaşantılarından ayrılış kolay olmayacaktı.[25] Sağlam kurgulu Çocuk Yasası romanında sadece yüksek gelir ve sosyo kültürel düzeyine sahip bir çiftin, aşklarını ve birbirlerini terk ediş sürecinin anlatılması beklenemezdi.

B. Sadece Bir Roman Değil

Çocuk Yasası yapıtı, insanlık ve uygarlık tarihinde sadece bir roman değildir. Eşsiz biçeminin yanı sıra kişilik hakkı, yaşama hakkı, insanın kendi geleceği hakkında özerk karar verebilmesi, din ve vicdan özgürlüğü gibi kavramların ortaya dökülüp kolayına kaçmaksızın tartışılması romanda yer almaktadır. Tıp, hukuk, etik ve edebiyatın harmanlandığı yapıt, Yargıç Fiona ve Adam Henry ile birlikte okuru da sabır ve sağduyu eşliğinde, evrensel kavramlar arasındaki birliktelik ve çatışmada yan tutuculuğa zorlamaktadır.

[25] Mcewan Ian, Çocuk Yasası, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2017,s. 24

Onyedi yaşında bir lösemi hastası çocuğun, tedavisi için gerekli olan kan naklini günah olduğu gerekçesiyle kabul etmemesi sonucunda, Yargıç Fiona için iki tür karar vardır. İlki küçüğün kararına saygı gösterecek ama Adam Henry ölecek ya da ikinci seçenek gerçekleşecekti ; Hastanın özerkliği ile din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edilmemesi ya da her iki evrensel ilkeye uyma karşılığında yaşama hakkının sona ermesi ikilemi…

C. Sadece Bir Yargıç Değil

Sosyal hayatta insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini yasal bir zemine oturtan ve toplumda düzeni sağlayan kurumlardan birisi hukuktur. Hukukun olmadığı yerde kaos ve anarşinin doğacağı kesindir. Hasta ile hastalıkların tedavisinde etkin öznelerin arasındaki ilişkileri tıp hukuku düzenler. Tıp etiğinin de katkılarıyla somut olaya hukuk kuralını uygulamak yargıçların görevidir. Sadece hukukumuzda ve romanın geçtiği İngiliz Hukuku'nda değil, Alman Hukuku da özerklik ilkesini somutlaştırmıştır. Aydınlatmanın hiç ya da gereği gibi yapılmadığı tıbbi müdahaleler[26], hekimin sözleşmeden doğan edimini gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle sorumluluğunu gerektirir.[27]

Hukuk yargılamamızda ise davacının dava dilekçesi ile başlayan yargılamada, yargıçların derdest dava dosyasını karara bağlamalarında hukuka ve vicdana göre karara vardıkları bilinen bir gerçekliktir. Çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği hallerde yargıç, dava dosyasını bilirkişiye tevdi edebilir. Çeşitli hukuk sistemlerinde tarafların beyanına da başvurabilen yargıçlar için, Yargıç Fiona verdiği kararla öncü ve örnek bir uygulamada bulunmuştur. Yargılama konusu olayın öznesi olan Adam Henry'i hastanede görmek istemesi ve uyuşmazlığı çözmek için tüm veri ve kanıtları vicdanına göre değerlendiren Yargıç Fiona, sadece roman kahramanı bir yargıç olmadığını sergilemiştir.

---

[26] Özgül Mehmet E., Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010,s.5

[27] Temel Erhan, " Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza ", KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hukuku Kurultayı 8-9 Kasım 2013, Ankara, 2014,s. 36;Özgül Mehmet E., a.g.e,s.179

D. Kan Naklinde Rıza

Çocuk Yasası romanının kahramanı Adam Henry seküler devlet yapısına, askerlik yapmaya, kan, kan ürünleri ve organ aktarımına karşı olan Yehova Şahitleri inanç topluluğuna mensuptur. Bu inanç topluluğu, inançları gereğince kanın bir kutsallık içerdiği ve yaşamın özünü oluşturduğu kanaatiyle, kan nakline karşı çıkmakta ve kan nakli yapan ya da yaptıran kişiyi en ağır yaptırım olan topluluktan çıkarma yaptırımına maruz bırakmaktadır[28]. Kendi kanlarının depolanıp, sonra yine kendilerine aktarılmasını bile kabul etmeyen inanç topluluğu üyeleri, bilinçlerinin kapalı olması olasılığında bile kan nakli yapılmaması için " kan naklini kabul etmiyorum " anlamına gelen yazılı kağıtları üzerlerinde taşımaktadırlar[29].

Badur'a göre çocuğun yaşamını tehdit eden sağlık sorunlarına ilişkin tıbbi müdahalelerde, ana babanın din ve vicdan özgürlüğünün karşısında konumlanan, çocuğun yaşama hakkının ve üstün yararının[30] gözetilmesi gerekir. Böyle durumlarda ana babanın dini inancı küçüğün önünde bir engel olarak görülmemelidir[31]. Gerçekten de insancıl hukuk anlayışına uygun bu görüş, insanın önceliği ilkesi ile de örtüşmektedir.

E. Hakim'in Özerklik İlkesi ile Çocuk Yararı İkilemi

İngilizcede özerklik anlamında kullanılan "autonomy" kavramı, eski Yunancada "kendi-kendine" anlamına gelen "autos" ile yönetim ya da yasa anlamlarına gelen "nomos" sözcüklerinin birbirine ulanmasıyla oluşmaktadır. Özerklik kavramı, Yunan şehir devletlerinin, herhangi bir dış baskı altında kalmadan kendi kural ve yasalarını yapabilmeleri ya da kendi-kendini yönetebilmeleri anlamında kullanılmaktaydı.

---

[28] Metin Sevtap, a.g.e.,s.119, Doğramacı Yakup Gökhan / Erkol Zehra Zerrin, " Çocuklarda Kan Naklinin Reddi : Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri ", Tıp Hukuku Dergisi, Sayı: 10, İstanbul 2016,s. 257

[29] Badur Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017,s. 138

[30] Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, a.g.e.,s. 204,Doğramacı Yakup Gökhan / Erkol Zehra Zerrin, a.g.m.s. 267

[31] Badur Emel, a.g.e,s. 139

Özerklik, kişinin özgür ve herhangi bir baskı altında kalmadan, bağımsız olarak kendi başına düşünebilme, kendi hakkında karar verebilme ve bu karara dayanan bir eylemde bulunabilme yeterliliği anlamına gelmektedir[32].Bir kişinin özerk olması için serbestçe ve kendi iradesiyle seçme ve davranışta bulunabilme olanağının varlığı gerekmektedir. Kısacası otonomi, kişinin geçmişini, şimdisini ve geleceğini ilgilendiren her konuda bilgi ve yetki sahibi olmasını kapsamaktadır.[33]

Yunanca ethos sözcüğünden gelen etik, ahlak kuramı olarak basite indirgenebilir. Binlerce yıldır iyi ya da kötü kavramlarının ne olduğu, evrensel iyi, evrensel doğru bulunup bulunmadığı ve bunlara varılıp varılamayacağını araştıran zihinsel çaba olan etik, felsefe etkinliğinin temel alanlarındandır. Binlerce yıldan beri iyi ve doğru kavramlarının ne olduğunu, evrensel iyi ya da evrensel doğru bulunup bulunmadığını ve bunlara ulaşılma sorunsalını araştıran bir düşünsel çabadır. Ahlak felsefesi olan etik, doğru eylem için ilkeler anlamına gelse de, kültürel değerlerden çok evrensel ahlaki değerlere ulaşmayı hedefler. Bu nedenle etiği, bir kişinin davranışlarının " iyilik-kötülük", " doğruluk-yanlışlık" boyutlarında değerlendiren değerler sistemi olarak yapılan tanımda isabet bulunmaktadır. [34]

Tıp etiği de tıp uygulaması içinde etkinlik gösteren ve tıptaki değer sorunlarını ele alındığı alandır.[35] Bireyin kendi kendisini yönetmesi, özgürlüğü, özel yaşamının korunması, kişisel yeğlemelerde bulunabilmesi, kendi eyleminden ya da eylemsizliğinden sorumlu olması ve kişinin kendisini geliştirirken yenilemesi anlamlarında kullanılan bu kavramın bugün kullanım alanlarından biri "hasta özerkliğine saygı" ilkesi çerçe-

[32] Emir Murat, Hukuki ve Etik Yönleri İle Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2013, s. 52

[33] Çoban Funda, a.g.m, s 27,Doğramacı Yakup Gökhan / Erkol Zehra Zerrin,. a.g.m.s. 261

[34] Bond Tim, Standards And Ethics For Counselling İn Action, Çev. Binnur Yeşilyaprak, 2. Basım, Ankara, 2016,s.8

[35] Arda Berna, " Etik Nedir? Tıp Etiği, Temel İlkeleri, Etik Değerler ve Kural Önerme Üzerine ", Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012,s. 18

vesinde tıp etiğidir.[36] Tıp'ta etiğin bittiği yer olarak, hukukun başlangıç noktası kabul edilir. Hukukun yaptırımlarının yazılı normlar sayesinde gerçekleştiği, bu nedenle de hukuka aykırı olmayan bir eylemin etik dışı olarak değerlendirilebileceği de mümkündür.[37] Hukukun toplumsal barışı ve eşitliği sağlamaya yönelik bir değer olarak ortaya çıkması yani adaleti gerçekleştirmeye yönelmesi, hukuku doğrudan ahlak alanına bağlamaktadır. İşte özerkliğe saygı ilkesi, hasta haklarına saygı göstermekle birlikte, hastaya tedavi sağlamak için ön bilgiler vererek hasta aydınlatılmalı ve rızası alınmalıdır.[38] Ancak bu rıza beyanı için, hastanın serbest ve kendi iradesiyle özgür beyanı gerekir. Aydınlatılmış rıza, hekimlerin hastaya gösterdiği saygının yansımasıdır. [39]

Çoğunlukla Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan özerklik ilkesinde olduğu gibi evrensel olmakla birlikte her ülkenin kendine özgü yaşam koşullarını, kültürel birikimini ve anlayışını yansıtacak biçimde etik kurallarına, ulusal hukuk sistemlerinde değinilmektedir.[40] Anayasamızın 17. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin birlikte değerlendirilmesi ile kişinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü ile hastanın karar verme özgürlüğü bütünselleşmiştir. Günümüz tıbbının tanımını ve sınırlarını anlamaya çalışmak, büyük bir bilgi birikimini, teknolojiyi, başta edebiyat olmak üzere bir o denli sanatsal yaklaşımı ve iletişim becerileri bütününü gerektirir. Hekim hasta ilişkisinin üzerine kurulduğu güven unsurunun yerine aydınlatılmış bir onamın geldiği söylenebilir. Hastanın hastalığına ve buna yönelik tedaviye ilişkin yeterince bilgi almasından sonra, kendisine uygulanacak tedaviler hakkında rıza göstermesi ile birlikte hekimlerin etik ve hukuksal sorumlulukları yeniden değerlendirilmektedir[41]. Örneğin ABD'de görülen bir

[36] Emir Murat, a.g.e.,s.44

[37] Üstün Çağatay, "Tıp'da Etiğin Yerini Belirlemek" Sağlık Hukuku Digestası, Ankara, 2009, s. 115

[38] Doğramacı Yakup Gökhan / Erkol Zehra Zerrin, a.g.m.,s. 264

[39] Doğan Cahid, " Tıp Etiği ve İdare Hukuku İlişkisi ", Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012, s. 66

[40] Üstün Çağatay, a.g.m., s. 116

[41] Arda Berna, a.g.m.,,s. 22

davada, kemik iliği nakline ihtiyaç duyan bir hastaya uygun ilik sadece kuzeninden temin edilebilmekteyken ve uygun iliğin sağlanamaması halinde hasta ölecekken, ilik naklinin donörün rızası olmadan mümkün olmadığına karar verilmiştir.[42]

Yargıç Fiona iyi bir entelektüel ve hukukçu olmasının yanı sıra başarılı bir hukuk uygulayıcısıdır. Hakim olarak bir meslek sahibi olması, O'nu sadece bir teorisyen ya da uygulayıcı olarak nitelendirmemize engeldir. Bir kimsenin hayatını kazanmak için yaptığı öbür insanlara yararlı bir hizmet ya da ürün temin etmeye yönelik, kuralları toplumca belirlenmiş ve belli bir eğitimle kazanılan bilgi ve beceriye dayalı etkinlikler bütünü meslektir. Meslek etiği ise, belirli bir meslek üyelerini o mesleğin uygulanmasına ilişkin belli bir biçimde davranmaya zorlayan yönlendirici kurallar bütünüdür.[43] Tıbbi etiğin bir yansıma alanı olan hastanın özerkliği, hastanın aydınlatılması ile başlayan ve özgür iradesi ile tıbbi müdahaleye rıza göstermesi ya da kabul etmemesi ile yaşanan süreçtir. Hastanın aydınlatılmış rıza ile tercihini ortaya koyması etik, hukuksal ve psikolojik açıdan önem taşır. Otonomiye saygı etik, kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi hukuksal ve yapacağı denetim de psikolojik önemi haizdir[44].

F. Yargıç'ın Erdemli Kararı

17 yaşında lösemi hastası olan Adam'ın, Yehova'nın Şahitleri inancına göre günah olduğu gerekçesiyle reddettiği kan nakli yüzünden ölmek üzere oluşu yargıcı etkiler. Bir çocuk sahibi olmayan Yüksek Yargıç, çocuğun babasına kan naklinin kabul edilmemesinin ölüme yol açması durumunda ölebileceğini anımsatması üzerine Adam'ın babası çocuğunun inancına uygun olarak "gelecekteki yeryüzü cenneti krallığında" yerini alacağını ve oğullarının Tanrı'nın emrine uyması sebebiyle adeta

[42] Çoban Funda, a.g.m, s.35

[43] Bond Tim, a.g.e.,s.9

[44] Doğan Cahid, a.g.m., s. 66

mutlu olacaklarını bildirmişlerdir.[45]Yargıç Fiona tarafları dinledikten ve özellikle çocuğun ebeveyninin bu beyanından sonra duruşmaya ara vererek küçük Adam Henry ile görüşmek için hastaneye gitmiştir.[46]

Yargıç Fiona, onsekiz yaşından küçük Adam Henry'e uzman hekimin görüşünü aktarır. Uzman hekime göre kan nakli yapılmasının kan sayımını artıracağını ve ilaç tedavisiyle tamamen iyileşebileceğini, aksi takdirde ölebilecek olan küçük çocuk için üçüncü olasılık bölümsel iyileşmedir. Hastanın tercihine bırakılan bu üç seçenek hakkında, hakimin yapacağı seçimin bir çocuğu, aileyi ve toplumu ilgilendirmekle kalmayıp, emsal olay oluşturacağı kesindir.

Alışılmış giriş cümlelerinden sonra Fiona, kararını belirleyenin çocuğun refahı olduğunu, refah kapsamına çocuğun mutluluğu ve yararının dahil olduğunu belirtmiştir. Yargıç kararında, tıbbi tedaviyi kabul etmemenin her yetişkinin hakkı olduğunu, aksinin suç oluşturacağını, çocuğun kendisinin ve anne babasının sahip oldukları dini inançlarına ölümüne bağlı olduğunu, çocuğun ölmesinin bizzat kendi refahına zarar vereceğini, Adam Henry'nin yaşına, inancına gösterilmesi gereken saygıya ve tedaviyi reddetme hakkıyla ayrılmaz bütün oluşturan birey onuruna önem vererek, hastaya kan ve kan ürünleri aktarımını içeren tıbbi tedavinin uygulanmasını hükmetmiştir.

SONUÇ

Çocuk Yasası adlı romanın sadece roman olduğunu sanmak hem yazarına hem de hukuk dünyasına haksızlık olacaktır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan evrensel özerklik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerden olan düşünce, inanç ve vicdan özgürlüğünün yaşama hakkı ile karşıtlaştığında, hukukçunun var olması gereken tercihinin sorgulandığı bu roman, binlerce ciltlik hukuk kütüphanesini 148 sayfalık bir romana sığdırmıştır.

[45] Mcewan Ian, a.g.e.,s. 59

[46] Mcewan Ian, a.g.e.,s. 67

Etik ilkelerden hukuksal düşünüşe, tıbbi gerçeklikten edebiyata dek her şeyin değiştiği ve dönüştüğü insanoğlunun uygarlık savaşımında, kavramların ve öznelerin insan için olması gerektiği evrensel ve çağcıl düşüncedir. İnsancıl yaklaşımların tıp ve bilim dünyasında, özellikle insan geni üzerine yapılan incelemelerin hukukla çevrelenmesi insanlık için kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Çalışmamızda iç hukuk kaynağımız olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin özerklik ilkesinin etik ve hukuksal yönlerinin yanı sıra şimdiden klasikleşen, yaşama hakkının evrenselliği ve vazgeçilmezliği karşısında sadece roman kahramanı olmayan bir yargıcın akıl ve hukuk dolu kararı irdelenmeye çalışılmıştır. Akademisyen Badur ile dünyaca ünlü bir yazarın, bir hukuksal sorunun çözümünde edebiyatçı ve hukukçu bakış açılarıyla görüş birliğine vardıkları nokta, uluslararası bir sözleşmenin hukukla olduğu kadar edebiyatla da yorumlanabileceği gerektiğini perçinlemektedir. Bu sebeple, bilimin insanlığın mutluluğu ve yararı için bir araç olduğunun unutulmaması ve bilimsel gelişmelerin insan zararına kullanılmaması için ulusların evrensel normlarda uzlaşıya varmalarının ne denli önem taşıdığının gerekçesi uygarlık tarihinde yazılıdır.

KAYNAKÇA

Arda Berna, " Etik Nedir? Tıp Etiği, Temel İlkeleri, Etik Değerler ve Kural Önerme Üzerine ", Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012,s. 18-23.

Badur Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017.

Bond Tim, Standards And Ethics For Counselling İn Action, Çev. Binnur Yeşilyaprak, 2. Basım, Ankara, 2016.

Canbolat Ferhat, "Güncel Gelişmeler Işığında Kişilik Hakları ve Korunması", Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016,s.225-231.

Çoban Funda, "Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 34, 2016, s 21-42.

Çobanoğlu Nesrin, " Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam ", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara, 2009, s. 70-86.

Doğan Cahid, " Tıp Etiği ve İdare Hukuku İlişkisi ", Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2012, s. 54-87.

Doğramacı Yakup Gökhan / Erkol Zehra Zerrin, " Çocuklarda Kan Naklinin Reddi : Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri ", Tıp Hukuku Dergisi, Sayı: 10, İstanbul 2016,s. 255-300.

Emir Murat, Hukuki ve Etik Yönleri İle Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2013.

Gojayeva Alvina, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku'na Etkileri" Sağlık Hukuku Digestası, Ankara, 2009, s. 28-70.

Gürbüz Nagehan, Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, İstanbul 2014.

Güvercin Hüseyin Cemal, Türkiye'deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Üniversitesi, Ankara 2007.

Katoğlu Tuğrul, " Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:55, Sayı:1, 2006, s.157-193.

Kılıçoğlu Ahmet M., "Türk Medeni Kanunumuzda İnsan Hakları", Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016 Çankaya Üniversitesi, Ankara 2016,s.45-59.

McEwan Ian, Çocuk Yasası, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 2017.

Metin Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015 .

Oğuztürk Burcu K., Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul, 2011.

Özbilen Arif B., İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler , İstanbul, 2011.

Öztan Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 15. Bs., Ankara 2004 .

Özgül Mehmet E., Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010.

Poroy Mehmet Akif, "Avrupa Birliği'nde Hasta Hakları", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Kasım 2013, Ankara 2014, s.: 147-155

Sarıkaya Mevlüd, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Yükseklisans Tezi, Kayseri, 2011

Temel Erhan, " Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza ", KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hukuku Kurultayı 8-9 Kasım 2013, Ankara, 2014,s. 31-45.

Üstün Çağatay, "Tıp'da Etiğin Yerini Belirlemek" Sağlık Hukuku Digestası, Ankara, 2009, s. 115-119.

Yıldız Pervin, " Rıza ve Rıza Formlarının Hukuksal Niteliği ", Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2017,s. 59-111.

Yılmaz Battal, " Aydınlatma ve Rıza ", Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2017,s. 37-59.

Zengin Mehmet A., Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN ISLAH YOLUYLA DAVAYA DAHİL EDİLEMEYECEĞİNE İLİŞKİN 15.06.2016 GÜN VE 2014/4-1193, 2016/800 SAYILI KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

▪ **Cenk AKİL***
▪ **Barış MIDIK****

Özet: Yargıtay, haksız fiile dayanan maddi tazminat davalarında ıslah yoluyla manevi tazminat talebinin ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir. Bu Yargıtay içtihadının gerekçesi ıslahın; hakkında usulüne uygun şekilde dava açılmış hususlarda mümkün olacağı, bu nedenle davanın başında ileri sürülmemiş manevi tazminat talebinin ıslaha konu oluşturamayacağıdır. Buna karşın Yargıtay, başka bazı davalarda aksi yönde kararlar vermekte, davanın başında ileri sürülmemiş farklı taleplerin ıslah ile davaya dâhil edilmesini kabul etmektedir. Yargıtay'ın manevi tazminat talebinin ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceğine ilişkin kararları kanımızca usul ekonomisi ilkesine ve ıslahın amacına aykırıdır. Bu çalışmada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat davasında ıslah ile manevi tazminat ileri sürülemeyeceğine dair 2016 tarihli bir kararı incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Medeni Usul Hukuku, Islah, İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi Yasağı, Objektif Dava Birleşmesi, Usûl Ekonomisi İlkesi.

Abstract: For many years, the Court of Cassation held that a claim of non-pecuniary compensation cannot be submitted through the amendment of pleadings. The reason for these precedents is that the amendment of pleadings is possible for certain issues against which the action has been brought in a proper manner; so that the claim of non-pecuniary damages, which is not submitted at the very beginning of the action, cannot be a subject to the amendment of pleadings. On the other hand, the Court of Cassation, in some other cases, hold just the opposite viewpoint and decides that the claims that have not been filed at the beginning of the action are included in the action through the amendment of pleadings. The author is of the opinion that decisions of the Court of Cassation, with respect to nonpecuniary damages are contrary to the principle of procedural economy and the purpose of the amendment of pleadings. This article examines a decision of the General Assembly of the Court of Cassation dated 2016 regarding the refusal of claims for non-pecuniary damages through the amendment of pleadings in tort claim.

Key Words: Civil Procedure Law, Amendment, Prohibition of Amendment of Claim and Defence, Joinder of Claims, Judicial Economy.

* Doç. Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, akilcenk@yahoo.com
** Araştırma Görevlisi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, baris.midik@kocaeli.edu.tr

I. DAVA KONUSUNUN ÖZETİ

Karara konu olan somut olayda, davalılardan Ali E.'nin kurban kesimi sırasında kullandığı kompresör patlamış, bunun üzerine küçük Fırat .T'nin sağ eli zarar görmüştür. Fırat .T'nin kanuni temsilcisi H.T tarafından Ali E. ve E. Gıda Oto Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. aleyhine 24.03.2004 tarihinde fazlaya dair haklar saklı tutularak maddi tazminat istemli dava açılmıştır. Tahkikat aşamasında alınan bilirkişi raporu üzerine davacı, gerekli harcı yatırarak 25.01.2006 tarihinde ıslah ile maddi tazminat talebini 1000 TL'den 53.966,40 TL'ye çıkarmış ayrıca davalıların 25.000 TL manevi tazminattan da sorumlu tutulmasını talep etmiştir.

II. YEREL MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ

Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi, ıslahın ancak dava dilekçesinde yer alan taleplerin değiştirilmesi ya da genişletilmesi şeklinde olabileceği, baştan usulüne uygun şekilde davaya konu edilmeyen bir talebin ıslah ile davaya dâhil edilemeyeceğini ifade ederek davayı maddi tazminat yönünden kabul etmiş, manevi tazminat hakkında ise karar vermemiştir.

Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi, ıslah talebini reddederken, manevi tazminat bakımından başvuru harcı yatırılarak usulüne uygun bir dava açılmadığı gerekçesini de ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin görüşüne göre hakkında dava açılmayan bir talep sonucunun daha sonra ıslah ile davaya dâhil edilmesi mümkün değildir. Mahkeme bu gerekçeye uygun olarak dava dilekçesi ile talep edilen maddi tazminat talebinin ıslah ile artırılmasını kabul etmiş, manevi tazminat bakımından ise bu artırıma olanak tanımamıştır.

III. YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ'NİN GÖRÜŞÜ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından HMK m. 176 vd. hükümlere atıf yapılarak, olayda tahkikat sona ermeden, gerekli harç yatırılarak dava dilekçesinin usulüne uygun şekilde ıslah edildiği ifade edilmiştir.

Ayrıca 4. Hukuk Dairesi başvuru harcının dava dilekçesindeki talep sayısınca alınmadığını, bu harcın maktu nitelikte olduğunu ve dava açılırken tahsil edildiğini belirterek, yerel mahkeme tarafından başvuru harcı bakımından yapılan değerlendirmelerin yerinde olmadığı vurgulanmıştır. Daire anılan gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

IV. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN GÖRÜŞÜ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bozma kararına karşı ilk derece mahkemesi direnmiştir. İlk derece mahkemesinin verdiği direnme kararı üzerine uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ilk derece mahkemesinin direnme kararını doğru bularak onamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına karşı iki karşı oy yazısı yazılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6100 sayılı HMK m. 448 hükmü gereği olayda 1086 sayılı mülga HUMK'un ıslaha ilişkin hükümlerinin uygulanacağını saptamış ve değerlendirmelerini buna göre yapmıştır. Islah hakkında genel nitelikte açıklamalar yapıldıktan sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da dava dilekçesi ile talep edilmeyen bir hususun ıslah ile davaya dâhil edilemeyeceği sonucuna varılmış ve kararda bu kapsamda örneklere yer verilmiştir. Karara göre "*…kısmî bir dava açılmışsa, bu davanın kalan kısmı yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde ıslaha konu olabilecektir.*" ve "*… bir dava konusu bizatihi kendisi davayı oluşturuyor ise, burada kısmî dava bulunmadığından ıslah edilebilecek bir dava…"* bulunmamaktadır. Bu kapsamda örneğin, bir taşınmaz hakkında tapu kütüğünün iptali ve tescil amacıyla açılan davada bu taşınmaz bizzat dava konusunun kendisini oluşturmaktadır. Dolayısıyla ıslah yoluyla bir başka taşınmazın da bu davaya dâhil edilmesi söz konusu olamayacaktır. Fakat bir taşınmazın bir bölümü dava konusu edilmiş ise ıslah yoluyla taşınmazın tamamı davaya dâhil edilebilecektir. Kararda ayrıca HUMK m. 185/2 hükmüne de değinilmiş, bu hüküm gereği davacının, davalının rızası olmaksızın ıslah yoluyla "*davasının mahiyetini tebdil edebileceği"*; fakat ıslahın geçerli olabilmesi için ıslah talebinin dava konusu edilen hususların genişletilmesi veya değiştirilmesine yönelik olması ge-

rektiği; haksız fiile dayalı maddi tazminat davasında, davanın konusunu bizatihi maddi tazminat talebi oluşturduğu; manevi tazminat talebinin ise yeni bir dava konusu niteliğinde olması hasebiyle haksız fiil hukuki nedenine dayalı maddi tazminat davasında, ıslah yoluyla manevi tazminat talep edilemeyeceği ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yukarıda yer verilen gerekçelerle ilk derece mahkemesinin direnme kararını oyçokluğuyla onamıştır[1].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına karşı iki karşı oy yazısı yazılmıştır. Bunlardan birinde, yedi üye tarafından yazılan karşı oy yazısında Anayasa m. 36[2], m. 141/son[3] ve HMK m. 30'a[4] değinilmiş, ıslahın iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnası olduğu ifade edilmiştir. Buna göre ıslah yoluyla talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesi mümkündür. HMK ıslah kurumuna yer vererek, davacıya yeni bir talep ileri sürmek bakımından, ek dava ve ıslahtan birini seçme hakkı ta-

[1] Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın manevi tazminat talebinin ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülemeyeceği konusundaki görüşü istikrarlı değildir. Yargıtay'ın ıslah yoluyla manevi tazminat talebinin ileri sürülebileceğine ilişkin (istisnai) nitelikte kararlarına rastlamak da mümkündür. Bu konuya çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarının çoğunda manevi tazminat talebinin ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceğinin kabul edildiği söylenebilir. Öte yandan, Yargıtay, sadece manevi tazminat değil, maddi tazminat taleplerinin de sonradan ıslah yoluyla ileri sürülmesine cevaz vermemektedir. Örneğin: *"Davacı vekili davalı G AŞ'ne ait işyerine bıraktığı aracının çalınması Y tarafından kullanılması sırasında kaza meydana geldiğini, onarımının uzun süre yapılmadığını, arabasız kaldığını belirterek manevi tazminat talep etmiştir… . Davacı vekili ıslah dilekçesi ile davalının aracını gereği gibi tamir etmemesi sebebiyle daha sonra ödemek zorunda kaldığı 345 TL tamirat bedelini de talep etmiştir. Mahkeme ıslah dilekçesi ile talep edilen bu miktarının da kabulüne karar vermiştir… Usûle ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usûlüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Bu hale göre yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir talepte bulunma olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusu değiştirebilirse de, yeni davaya konu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Somut olayda, dava değer kaybı araç mahrumiyeti ve manevi tazminat talebi ile açılmış olup davacının dava dilekçesinde ayıplı ve eksik ifadan kaynaklanan maddi tazminat talebi olmadığından ıslah dilekçesi ile davaya konu olmayan bir talebin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Açıklanan sebeplerle dava dilekçesinde talep edilmeyen onarım bedeli hakkında da karar verilmesi doğru görülmemiştir."* Y. 17. HD, 8.3.2011, 8999/2025, Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınları, 4. B., 2013 Ankara, s. 248-249.

[2] Anayasa m. 36 : *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*
Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

[3] Anayasa m. 141/son fıkra: *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."*

[4] HMK m. 30: *"(1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."*

nımaktadır. Islah yoluyla yeni bir talep ileri sürülmesi halinde, davanın sonradan objektif dava birleşmesine dönüştürülmesi söz konusudur[5]. Bu halde davacı, davasına yeni talepler ekleyerek kısmen ıslahta bulunur. Objektif dava birleşmesi ve kısmen ıslah hükümleri ile usûl ekonomisi ve adil yargılanma hakkı nazara alındığında çoğunluk görüşü yerinde değildir.

Diğer karşı oy yazısında ise, HMK m. 141/2 gereği ıslahın, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının meşru bir istisnası olduğu ifade edilmiştir. Islah yoluyla ilave bir talep ileri sürülmesinin önünde yasal bir engel bulunmadığı belirtilerek çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

V. HUKUKİ SORUN

Somut olay bakımından tartışılması gereken hukuki sorun, dava dilekçesinde yer almayan manevi tazminat talebinin, ıslahla davaya dâhil edilip edilmeyeceğidir. Bu konuda kanaatimizi belirtmeden önce, ıslah kurumunun kısaca tanıtılması yerinde olacaktır.

1. Genel Olarak Islah

Islah, Kanun'da, "Tarafların yapmış oldukları usûl işlemlerini kısmen veya tamamen düzeltmeleri" olarak tanımlanmıştır[6]. Hukuk yargılamamıza hakim olan teksif ilkesi gereği, medeni usûl hukukunda iddia veya savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kabul edilmiştir[7]. Buna göre, taraflar, iddia ve savunmaları ile bunların ispatına yaraya-

[5] Objektif dava birleşmesini düzenleyen HMK m. 110 şu şekildedir: *" (1) Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır."*

[6] Bkz. HMK m.176/1

[7] Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. B., 2013 Ankara, s. 368; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku (Medeni Usûl Hukuku) , Legal Yayınevi, 2016 İstanbul, s. 266-284; Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6. B., 1975 İstanbul, s. 427-452; Karslı, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, 3. B., İstanbul 2012, s, 673 vd; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usûlleri, AÜHF Yayınları,

cak vasıtaları yargılamanın belirli bir aşamasına kadar mahkemeye sunmak zorundadırlar[8]. Aksi takdirde bunlar mahkeme tarafından dikkate alınmaz.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflar iddia ve savunmalarını dilekçeler aşamasında serbestçe genişletip değiştirebilirler. Ön inceleme duruşması ve devamında ise ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah ile bu yasağın aşılması mümkündür (HMK m. 141/2). Fakat taraflardan biri ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemişse diğer taraf iddia veya savunmasını serbestçe genişletip değiştirebilir (HMK m. 141/1). Islahın temel fonksiyonu, davanın değiştirilmesi yasağının bir istisnasını teşkil etmesidir[9]. Buna göre iddia veya savunmasını değiştirmek isteyen ve fakat karşı tarafın rızasını alamayan taraf, ıslah yoluna başvurarak davasını veya savunmasını bir defaya mahsus değiştirebilecektir (HMK m. 141/2, m. 176/2).

Islahın hüküm ve sonuç doğurması karşı tarafın veya mahkemenin iznine bağlı değildir. Bir usûl işlemini ıslah etmek isteyen tarafın, bu isteğini mahkemeye sözlü veya yazılı olarak bildirmesi ile ıslah gerçekleşmiş olur (HMK m. 177/2). Islahın konusunu yalnızca taraf usûl işlemleri oluşturabilir. Bu nedenle karşı tarafça yapılan usûl işlemleri ile mahkeme usûl işlemleri ıslah yoluyla geçersiz kılınamaz. Bu çerçevede ıslah yoluyla ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi raporu, keşif ve isticvap tutanakları gibi hususlar geçersiz hale getirilemez (HMK m. 179/2).

---

7. B., 1960 Ankara, s. 156-158; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama Hukuku), 7. B., 2000, s. 525-527; Yılmaz, s. 39-44; Muşul, Timuçin, Medeni Usûl Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. B., 2012 Ankara, s. 297-306; Deynekli, Adnan, Medeni Usûl Hukukunda Islah, Bilge Yayınevi, 2013 Ankara, s. 15-17; Ulukapı, Ömer, Medeni Usûl Hukuku, Mimoza Yayınları, 3. B., 2015 Konya, s. 311; Alangoya, Yavuz, Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, 1979 İstanbul, s. 4; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usûl Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 8. B., 2011 İstanbul, s. 237-242; İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı (Yasak), 1967 İstanbul.

[8] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 554-556; Alangoya, s. 4; Muşul, s. 301-302; Yıldırım, M. Kamil: Teksif Ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınevi, 2003 İstanbul, s. 480; Yılmaz, s. 45; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 185-186.

[9] Yılmaz, s. 50; Deynekli, s. 15; Karslı, s. 676; Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, AÜHF Yayınları, 3. B., 1978 Ankara, s. 359; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 1. B., 2016 Ankara, s. 520; Postacıoğlu, s. 458; Ansay, s. 187; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 267.

Islah, hukukumuza 6100 sayılı HMK ile dâhil olan bir düzenleme olmayıp 1086 sayılı mülga HUMK m. 83-90 arasında da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. HUMK ile HMK arasında ıslahın düzenlenişi, özellikle ıslahın iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının istisnası olması bakımından esaslı bir fark yoktur. HUMK m. 185/2'ye göre de davacı, davalının rızası veya ıslah hariç olmak üzere davasını genişletemez veya değiştiremez[10].

Islah, kapsamına göre tam ve kısmî ıslah olmak üzere ikiye ayrılır[11].

2. Tam Islah

Tam ıslah, davanın tamamen ıslah edilmesi anlamına gelmektedir. Buna göre taraflar tam ıslah yoluyla talep sonucunu ve dava sebebini değiştirebilirler. Örneğin, tapu iptali ve tescil davası, tazminat davasına[12], taşınmaz malın bedeline ilişkin dava, el atmanın önlenmesi davasına[13] (TMK m. 683); itirazın iptali davası (İİK m.67), alacak davasına[14] tam

[10] HUMK m. 185/2'nin ilk hali şu şekildeydi: "*Müddei, müddeialeyhin rızası olmaksızın davasını tevsi veya mahiyetini tebdil edemez. Aşağıdaki madde hükmiyle davadan feragat veya ıslah bu hükümden müstesnadır.*"

[11] Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü (Usûl), C. IV, Demir Yayıncılık, 6. B., 2001 İstanbul, s. 3990 vd; Yılmaz, s. 71-74; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 619; Tutumlu, Mehmet Akif, Kuram Ve Uygulama Işığında Medeni Usûl Hukukunda Islah, Seçkin Yayınevi, 2015 Ankara, s. 20-21; Üstündağ, Yargılama Hukuku, s. 554; Üstündağ, Yasak, s. 119; Postacıoğlu, s. 459.

[12] *" Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, husumet yokluğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerde; çekişmeli 3 no'lu parsel üzerindeki bağımsız bölümlerin 15.1.1990 ve 28.2.1990 tarihlerinde davalılara ve davadan önce de 31.12.2003 tarihinde dava dışı Y'a temlik edildiği anlaşılmaktadır. Davanın açıldığı tarih itibariyle, davalıların çekişmeli taşınmazla kayden ilgilerinin bulunmadığı kuşkusuzdur. Ancak, davacı vekili 15.4.2004 tarihli cevaba cevap dilekçesiyle, iptal talebinin dinlenme olanağı bulunmadığı takdirde taşınmazın bedelinden payları oranında tazminat isteğini ileri sürmüştür. Bilindiği ve yargısal uygulamada kararlılıkla ifade edildiği üzere ayın istekli bir davanın ıslah yoluyla bedele dönüştürülme olanağı mevcuttur. Davacı yukarıda sözü edilen ıslah nitelikli 15.4.2004 tarihli dilekçesinde, bedel istediğine göre, bu isteğin incelenip, karara bağlanması gereklidir."* Y. 1. HD, 17.9.2004, 6754/9312, Yılmaz s. 211.

[13] *"Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz malın bedelinin alınması istemine ilişkin olarak açılmıştır. Daha sonra davacı bu isteğini ıslah yolu ile men'i müdahale davası olarak değiştirmiştir. 16.5.1956 gün, 1-6 sayılı Tevhidi İçtihat Kararına Göre; mal sahibine men'i müdahale veya el konulan yerin bedelinin alınması davası açmak hakkı tanınmıştır. Davacı, ıslah yolu ile men'i müdahale davasını bedel davasına dönüştürebileceği gibi, bedel davasını da sonradan men'i müdahale davasına çevirebilir."* Y. 5. HD, 12.6.1995, 9592/11199, Kuru, Usûl, s. 4025.

[14] *"Davacı vekili itirazın kaldırılmasını ve %40 oranında icra inkâr tazminatına hükmedilmesini, ıslah dilekçesi ile bu alacağın tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili … davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, alacak*

ıslah yoluyla dönüştürülebilir. Yine ıslah yoluyla ödünç sözleşmesi sebebi değiştirilip sebepsiz zenginleşme sebebine dayanılabilir[15]. Bu hallerde dava dilekçesinde yer alan ilk talep veya dava sebebi ortadan kalkmakta, dava ıslah dilekçesi ile değiştirilen talep ve/veya talep veya sebep üzerinden görülmektedir.

Tam ıslahta dava dilekçesi de dâhil olmak üzere bütün usûl işlemleri yapılmamış sayılır (HMK m. 179/1). Davasını tamamen ıslah eden taraf, ıslah dilekçesi ile birlikte yeni bir dava dilekçesi vermişse dava, bu dilekçe üzerinden görülmeye devam eder. Islah dilekçesi ile birlikte yeni bir dava dilekçesi vermeyen taraf, mahkemeye yaptığı ıslah bildiriminden itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır. Aksi halde, ıslah hakkı kullanılmış sayılır ve sanki hiç ıslah yapılmamış gibi davaya eski hali üzerinden devam edilir (HMK m. 180).

Davasını ıslah eden tarafın yeni iddialarına, karşı taraf cevap verebilir[16]. Bu bağlamda, davacı tam ıslah yoluyla dava dilekçesini ıslah etmişse, davalı da mahkemeye yeni bir cevap dilekçesi sunabilir.

---

davasının kabulüne dair verilen karar davalı vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizin 30.11.2011 tarih ve 4045/2197 sayılı ilamıyla bozulmuştur. Davacının itirazın iptali olarak açtığı davasını alacak davası olarak ıslah ettiği ve yerel mahkeme kararı yerinde olduğundan kararın onanması gerekirken maddi hata sonucu bozulmakla, bu kez yapılan incelemede davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile hükmün onanması gerekmiştir." Y. 23. HD, 6.4.2012, 1156/2677, http://www.hukukturk.com/.

15 *"Buna göre, davacı dava dilekçesinde belirttiği dava sebebini değiştirebileceği gibi, örneğin; daha önce belirttiği ödünç sözleşmesi sebebini değiştirip, sebepsiz zenginleşme sebebine dayanabilecektir."* HMK m. 176'nın Hükümet Gerekçesi'nden. Gerekçede kastedilen, hakimin ödünç sözleşmesine ilişkin hükümleri değil de sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulayabilmesi için davada yeni vakıaların ileri sürülmesi gereken hallerdir. Vakıalarda bir değişikliğe gidilmeksizin davada sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması talep ediliyorsa, hakim hukuku re'sen uygular kuralı gereği ıslaha başvurmaya gerek yoktur (HMK m. 33).

16 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 628; Kuru, Usûl, s. 4002; Deynekli, s. 65.

3. Kısmî Islah

Kısmî ıslahta davanın tamamen ıslahı değil; dava açılırken unutulan bir vakıanın davaya eklenmesi[17], talep sonucunun artırılması[18], asıl alacak için açılan davada faiz istenmesi[19] gibi durumlar söz konusudur[20]. Kısmî ıslahta, tam ıslahın aksine dava dilekçesi geçersiz hale gelmemektedir[21]. Yalnızca mevcut davaya birtakım başka talep veya vakıalar ilave edilmekte ya da talep sonucu artırılmaktadır[22].

---

[17] Postacıoğlu bu konuda şunları söylemiştir: *"Kısmen ıslah halinde davacı daha ziyade evvelki iddia sebeplerini olduğu gibi muhafaza etmekle beraber, bunlara yeni maddi vakıalar ve bu yeni maddi vakıalara kaabili tatbik yeni hukuki sebepler ilave etmektedir. Yine iddianın genişletilmesine müteallik serdettiğimiz misalleri ele alırsak, davacı bedeli icarın ihtara rağmen müddetinde ödenmediği sebebine binaen tahliye davası ikame ettiği halde, dava dilekçesini ıslah ederek bu sebebe zamimeten tahribat ve buna müsteniden de ayrıca tahliye talebinde bulunabilir veyahut bu sebepler dava dilekçesinde mevcut ise 6570 sayılı kanuna tabi yerler hakkında özel bir tahliye sebebi olan müstecirin ayni şehirde gayrimenkul sahibi olduğu iddiasını dava dilekçesini kısmen ıslahsuretile, diğer tahliye sebeplerine ekleyebilir."* Bkz. Postacıoğlu, s. 459-460. Postacıoğlu burada muhtemelen, dava sebebini hukuki sebep olarak kabul eden yaklaşımından dolayı, ıslah yoluyla davaya yeni vakıaların yanı sıra yeni hukuki sebeplerin de ilave edileceğini ayrıca ifade etmektedir. Fakat günümüzde dava sebebi olarak maddi vakıalar kabul edilmektedir. Dolayısıyla hukuki sebebin değiştirilmesi için ıslah yoluna başvurmaya gerek yoktur. Hâkim hukuku re'sen uygular (HMK m. 33).

[18] *"Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabihin) ıslah yolu ile artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmî ıslahı niteliğindedir."* Y. 4. HD, 20.12.2011, 2010/11974, 2011/13758, http://www.hukukturk.com/.

[19] *"… Davacılar, ilk davada manevi tazminat ile fazlaya dair haklarını saklı tutarak destekten yoksun kalma tazminatı alınması isteminde bulunmuşlar ancak, bu istekleri için faiz yürütülmesini istememişler; saklı tuttukları fazlaya ilişkin haklarını istemek amacıyla verdikleri ıslah dilekçesinde tüm tazminatlara olay gününden itibaren faiz yürütülmesini istemişlerse de, o güne kadar işlemiş olan faiz miktarını açıkça gösterip harcını da ayrıca yatırmadıklarından ilk davada istenilen tazminatlara faiz yürütülemez…"* Y. 4. HD, 14.7.2005, 13247/8190, http://www.hukukturk.com/. Kanımızca bu kararda, ıslah dilekçesinde talep edilen faiz miktarı belirtilmediği için faize hükmedilemeyeceğinin savunulması doğru değildir. Bu durumda hâkim, davayı aydınlatma ödevi gereği (HUMK m.75/HMK m. 31) tarafa talep ettiği faiz miktarını açıklattırıp, buna göre karar verebilir.

[20] HUMK zamanında çoğunlukla, fazlaya dair hakların saklı tutulması yoluyla açılan kısmî davalarda mahkemece alınan bilirkişi raporu üzerine kısmî ıslah ile talep sonucu artırılırdı. Gerek alacak miktarının açıkça belirli olduğu durumlarda kısmî dava açılmasını yasaklayan HMK m. 109/2 hükmü, gerekse alacağın miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerde belirsiz alacak davası açma imkânı getiren HMK m. 107 hükmü ile birlikte yeni kanun döneminde bu uygulamanın azalması bekleniyordu. Fakat 6444 sayılı Kanun ile HMK m. 109/2 yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca hangi hallerde belirsiz alacak davası açılabileceği ile ilgili de çelişkili yargı kararları bulunmaktadır. Bu nedenler dolayısıyla söz konusu uygulamanın yeniden yaygınlaşacağı öngörülebilir. Fakat artık kısmî davada ıslah yapılabilmesi için HMK m. 109/3 gereği fazlaya dair hakların saklı tutulması gerekmez.; HMK m. 109/3 hakkında bkz. Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'n Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/5, s. 12.

[21] Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Şerh), Yetkin Yayınları, 2. B., 2013 Ankara, s. 1022.

[22] Yılmaz, Şerh, s. 1022; Deynekli, s. 68; Tutumlu, s. 20-21. Ulukapı s. 316.

Davasını kısmen ıslah etmek isteyen taraf, ıslah dilekçesi ile ıslah ettiği usûl işlemini ve bu işlem yerine ikame etmek istediği işlemi bildirirse kendisine yeni bir süre verilmez. Fakat ıslah dilekçesiyle yapılmak istenen yeni işlem bildirilmezse tarafa bir haftalık süre verilmelidir. Bu bir haftalık süre içinde işlem yapılmazsa ıslah hiç gerçekleşmemiş gibi yargılamaya devam olunur (HMK m. 181).

Davanın kısmen ıslahı etkileri bakımından tam ıslahtan farklılık gösterir. Tam ıslahta dava dilekçesi ve devamındaki tüm usûl işlemleri geçersiz hale gelirken kısmî ıslahta yalnızca düzeltilmesi istenen usûl işlemi geçersiz olmaktadır. Islah ile geçersiz hale gelen işlemleri tespit ederken, her bir dava bakımından ıslah talebinde bulunan tarafın, ıslahı hangi usûl işlemlerine teşmil ettiğine bakmak gerekir (HMK m. 179/1).

4. Davada Islah Yoluyla Yeni Bir Talep İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Hakkında Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Davada ıslah yoluyla yeni bir talebin ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Ansay ıslah yoluyla davaya yeni talep eklenip eklenemeyeceği meselesini özel olarak ele almamakla birlikte genel açıklamalarından ve bazı Yargıtay kararları hakkındaki eleştirilerinden konuya olumlu yaklaştığı sonucuna varılması mümkündür. **Ansay** ıslahla ilgili olarak *"… ıslah… Bundan maksat dâvadaki taraflardan birinin bilhassa dâvada **eksik bıraktığı** veya yanlış bildirdiği vakaları, **talep neticelerini** tahkikat bitinceye kadar düzeltebilmesidir."* ifadelerine yer vermiştir[23]. Söz konusu tanımda açıkça belirtildiği üzere, **Ansay**, ıslah yoluyla tarafların eksik bıraktıkları talep sonuçlarını ileri sürebileceklerini kabul etmektedir. Buna göre, haksız fiile dayalı maddi tazminat davasında davacının ıslah yoluyla manevi tazminat talep etmesi de eksik bırakılan talep sonucunun "düzeltilmesidir."

[23] Ansay, Sabri Şakir: Islah (Islah), AÜHFD 1950, C. VII/1-2, s. 123.

Yazar, eserinde, ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülemeyeceğine ilişkin bir Yargıtay kararını da kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Her ne kadar, zamanaşımı def'i ile davalı yeni bir talep değil, yeni bir savunma ileri sürmekte ise de, Yazarın eleştiri konusu yaptığı kararda geçen ifadeler, inceleme konumuzu oluşturan kararda gerekçeyle örtüşmektedir: *"Usulün 83 üncü maddesinde iki taraftan her biri usule müteallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen ıslah edebilir diye yazılı ise de ıslah ile takip olunan gaye taraflardan birinin dâvaya müteallik bir muamele yaparken düştüğü bir hatayı düzeltmek ve hususî bir sebeple zamanında yapamadığı bir iddiayı dermeyan etmekten ibaret olup* ***mücerret iddia ve müdafaa sebeplerinin tevsii maksadiyle dâvanın ıslahı caiz bulunmamış olduğundan*** *mahkemece hata ve hususî sebebin neden ibaret olduğu araştırılmaksızın ıslah talebinin kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olmakla…"*[24].

Ansay, söz konusu kararı *"ıslah müessesinin mahiyetini büsbütün tanımamak yolunda"* bir karar olarak nitelemiştir[25]. Görüldüğü üzere karar "*mücerret iddia ve müdafaa sebeplerinin*" ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceği şeklinde bir kabule dayanmaktadır. Yargıtay bu görüşünü, kazanılmış hakkın korunması gerekçesine dayandırarak uzun yıllar sürdürmüş, bu çerçevede birçok kez ıslah ile zamanaşımı def'inin ileri sürülemeyeceğini içtihat etmiştir[26]. Nihayet HMK m. 176'nın gerekçesinde zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla ileri sürülebileceği açıkça ifade edilmiş ve bu

[24] Y. 4. HD, 14.6.1949- 3098/3548, Ansay, Islah, s. 128-129.

[25] Ansay, Islah, s. 128-129.

[26] Bu yönde bir karar şu şekildedir: *"HUMK.'nun 83. ve devamı maddelerinin hükümlerine göre davalının da usule ilişkin olarak yapmış olduğu muameleyi tamamen ıslah edebilme hakkı vardır. Ancak genel usul kurallarına göre ıslah yoluyla da olsa kazanılmış haklar ortadan kaldırılamaz. Esasen davalının yapmış olduğu işlem HUMK.'nun 83. maddesine uygun bir ıslah da değildir. Çünkü ıslahla ancak usule ilişkin bir işlemin düzeltilmesi amaçlanabilir. Somut olayda davalının bu istemi usule ilişkin olmayıp buradaki amacı savunmanın niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece cevap dilekçesinde ileri sürülmesi unutulmuş bulunan zamanaşımı def'ini eklenmek suretiyle savunmayı genişletip davanın bu nedenle reddini sağlamak ve böylece davacı yararına oluşmuş bulunan kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaktır. Buna usulen olanak yoktur. Bu doğrudan doğruya savunmanın genişletilmesi olup kazanılmış hakkı ortadan kaldırmaya yönelik bir davranıştır."* Y. 4. HD, 30.09.2002, 2002 / 5913, 2002 / 10502, https://www.hukukturk.com/; Aksi yönde kararlar için bkz. Yılmaz, s. 432 vd.

konudaki tereddütlere son verilmiştir. İnceleme konumuzu oluşturan kararda da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun temel gerekçesi; hakkında dava açılmamış bir talebin ıslah yoluyla davaya dâhil edilemeyeceği, ıslahın başlangıçta usulüne uygun şekilde dava konusu edilmiş talepler hakkında mümkün olabileceğidir. Bu gerekçe, **Ansay**'ın zamanaşımına ilişkin eleştirdiği kararda yer alan "*mücerret iddia ve müdafaa sebeplerinin tevsii maksadıyla* **dâvanın ıslahının caiz bulunmaması**" şeklindeki gerekçenin daha sade bir Türkçe ile ifade edilmesinden ibarettir. Sonuç itibarıyla, Yargıtay, HMK m. 176'nın gerekçesinde açıkça ifade edildiği için artık *"mücerret bir müdafaa sebebi"* niteliğinde olan zamanaşımının ıslah yoluyla ileri sürülmesine izin vermesine karşın, *"mücerret bir iddia"* niteliğinde olan, yeni bir talebin ıslah yoluyla davaya dâhil edilmesi konusunda ise **çoğunlukla çekimser** kalmaktadır. HUMK döneminde Yargıtay'ın zamanaşımına ilişkin uygulaması da eleştiriliyordu ve bu uygulamanın pozitif hukuk bakımından bir dayanağı yoktu. Aynı durum, hem HUMK hem de HMK açısından ıslah yoluyla manevi tazminatın ileri sürülmesi bakımından da geçerlidir.

Postacıoğlu'na göre, her ne şekilde olursa olsun; talep sonucun değiştirilmesi, genişletilmesi, mevcut talebin yanı sıra yeni taleplerin ileri sürülmesi iddianın değiştirilmesi anlamına gelmektedir ve yasaktır[27]. Bu durumlardan birinin varlığı halinde ıslah yoluyla söz konusu yasağın aşılması mümkün olduğundan ıslah ile yeni bir talep de ileri sürülebilir[28].

[27] Postacıoğlu, s. 430.

[28] Postacıoğlu'nun iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı ve bu yasağın istisnası olan ıslaha bakışını anlamak için onun dava sebebi hakkındaki görüşünü incelemek gerekir. Postacıoğlu'na göre -günümüzde Türk hukukunda benimsenen görüşün aksine- dava sebebi, maddi vakıalar değil, hukuki sebeptir. Bu yüzden dava sırasında, hukuki sebebin gerçekleştiğini ortaya koymak adına ileri sürülen yeni vakıalar davanın değiştirilmesi yasağına takılmaz. Bu vakıalar, ıslah veya karşı tarafın rızasına ihtiyaç olmadan ileri sürülebilir. Fakat ileri sürülmek istenen vakıa, farklı bir hukuki sebebin uygulanmasına yol açacaksa bu durumda davanın değiştirilmesi yasağı söz konusu olacaktır. Postacıoğlu, dava sebebinin hukuki sebep olduğu sonucuna varırken, HUMK bakımından mehaz kanun olan Nöşatel Usûl Kanunu'un iddia ve savunmanın değiştirilmesi ile ilgili 160 ve 177. maddelerinde yer alan "conclusion" ifadesinden yola çıkmaktadır. Bu kelime, dar manada yalnızca netice-i talep anlamına gelirken, geniş anlamda "hukuki sebebe bağlı ve hukuki sebeple birlikte" netice-i talep anlamına gelmektedir. Postacıoğlu, netice-i talep bakımından ikinci anlamın daha doğru olduğunu savunmakta, bu görüşünü desteklemek için Fransız hukukunda hukuki sebebin değiştirilmesinin netice-i talebin de değiştirilmesi şeklinde anlaşıldığını ifade etmektedir. Dolayısıyla Yazara göre, hukuki sebep ve bu hukuki sebebe dayanılarak ileri sürülen talep sonucu açısından meydana gelecek değişiklikler,

Ü**stündağ**'a göre, ıslah, medeni usûl hukukumuza hakim olan katı teksif anlayışını yumuşatmaya yönelik bir hukuki kurumdur ve ıslaha dava değiştirmenin yasak olduğu hallerde başvurulabilir[29]. Dava sebebi ve talep sonucunda yapılmak istenen değişiklikler, iddia ve müdafaanın değiştirilmesi yasağı ile karşılaşır. Bu durumda davanın her iki tarafı da ıslah yoluna başvurarak, davaya yeni vakıa ekleyebilir veya dava sebebini oluşturan vakıaları tamamen değiştirebilirler[30]. Ayrıca taraflar, talep sonucunu değiştirebilir veya mevcut talebin yanı sıra başka bir talepte de bulunabilirler[31]. Diğer yandan, ıslah yoluyla davaya eklenen yeni vakıalar, yeni bir talep sonucunun ileri sürülmesine de neden olabilir. Bazı durumlarda ise talep sonucunun değiştirilmesi, bu talep sonucunun haklı kılınabilmesi adına yargılamaya yeni vakıalar sokulmasını gerektirir[32]. Bu son iki halde, yeni vakıalar ve talep sonucu için yapılan ıslah, bu ıslah işleminden kaynaklanan yeni talep ve vakıaların da davaya eklenebilmesini sağlar. Davalı taraf da ıslah yoluyla yeni müdafaa sebepleri ileri sürebilir.

Ü**stündağ**, "İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı" adlı eserinde[33] tartışma konumuzla ilgili ulaştığı sonuçları şu şekilde ifade etmektedir: *" Netice-i talebin değiştirilmesi davanın değiştirilmesi olduğu kadar, yalnız asli netice-i talebin değil yan, tali netice-i taleplerin değiştirilmek istenmesi dahi davanın değiştirilmesidir. Bazı hallerde yeni vakıaların usûle sokulmasına ihtiyaç kalmaksızın, sırf netice-i talebin değiştirilmesi istenir. Bu hallerde davacı ya mahkemeye arz etmiş olduğu vakıaların kendisini hangi netice-i talebe götürdüğünde yanılmıştır. Yahut da onun getirdiği vakıalar dermeyan etmiş olduğu netice-i talep yanında başka bir takım edala-*

iddia veya savunmanın değiştirilmesi yasağı ile karşılaşacaktır. Hukuki sebebin değiştirilmesi, yeni bir talep sonucuna yol açmasından bağımsız olarak yasaktır. Fakat çoğu zaman hukuki sebep ile ilgili meydana gelecek değişiklikler, talep sonucunda da genişlemeye veya ek talep sonuçlarının ileri sürülmesine yol açacaktır. Bu durumlarda da yasak geçerlidir. Bu konuda bkz. Postacıoğlu, s. 435-448.

29 Üstündağ, Yasak, s. 118; Üstündağ, Yargılama Hukuku, s. 549-550.

30 Üstündağ, Yasak, s. 119.

31 Üstündağ, Yasak, s. 151-152; Üstündağ, Yargılama Hukuku, s. 552.

32 Üstündağ, Yasak, s. 152.

33 S. 152.

ra da vücut vermektedir. İşte davacı bunların dahi hüküm altına alınmasını ancak yasak hakkındaki hükümlere uyarak isteyebilecektir. Bu son durumda davacı objektif dava veya talep yığılması yoluna başvuruyor demektir. Başlangıçta hiçbir itiraza uğramayacak olan bu müteaddit taleplerin birleştirilerek dava edilmesi keyfiyeti, muhakemenin seyri esnasında yapılmak istenince dava değiştirme hakkındaki prensiplere tabi olacaktır."

Üstündağ'ın yukarıda aktarılan görüşleri çerçevesinde, ıslah ile manevi tazminat talebinin davaya dâhil edilebileceği kanısında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Umar'a göre maddi tazminat talepli bir davada, manevi tazminatın ıslah yoluyla ileri sürülmesi mümkündür[34.] Davacının tam ıslah yoluyla dava sebebini ve/veya talep sonucunu tamamen değiştirebildiği bir yargılama sisteminde ıslah yoluyla manevi tazminatın ileri sürülmesine izin vermemek tutarlı bir yaklaşım değildir[35]. Ayrıca ıslah yoluyla yeni vakıalar ileri sürülmesi caizken, bu vakıalara dayanan yeni talep sonuçlarının davaya dâhil edilemeyeceğini kabul etmek de kendi içinde çelişkilidir[36].

Yargıtay kararlarında ifade edilen, ıslahın usulüne uygun şekilde açılmış davalarda mümkün olacağına yönelik gerekçe **Umar** tarafından şu şekilde eleştirilmektedir[37]: " *… Diğer yandan, hukuksal gerekçe diye gösterilmek istenen dayanakların da anlamı yoktur. Açılmış dava bulunması şarttır ne demek? Dava yokken ıslah yapılabilir mi? Islah yapılmışsa demek ki dava da var. Taraf, kendi usul işlemi olan dava dilekçesini ıslah etmiyor mu? Onu ediyor, başka şeyi değil; eskiden dilekçede x istemini öne sürmüş, şimdi yanında y istemini de öne sürüyor. İkinci dava açmıyor; yeni istem için de harç ödeyeceği doğru ama bu, istemin hasım tarafın muvafakatiyle veya ıslahla arttırılmasında da yerine getirilmesi gereken bir zorunluluk; ek harç ödenmesi yeni dava açılması demek değildir.*"

---

[34] Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2. B., 2014 Ankara, s. 518.

[35] Umar, s. 513.

[36] Umar, s. 513.

[37] Umar, s. 513.

Kuru tartışma konumuzla ilgili olarak açıkça görüş beyan etmekte; davacının davasını ıslah ederek yeni talepler ileri sürebileceğini kabul etmektedir[38]. Buna göre davacı, ıslah yoluyla manevi tazminat talebini de ileri sürebilir[39]. Ayrıca davacı, tam ıslah yoluyla talep sonucunu tamamen değiştirebilir[40]. Tam ıslah halinde, ıslah edilmek istenen dava ile yeni dava arasında bir bağlantı bulunmasına gerek yoktur[41]. **Kuru**, Kanun'un herhangi bir bağlantı şartına yer vermeden, davanın tamamen ıslahına izin verdiğini ifade etmektedir[42]. Mevcut davaya ıslah yoluyla yeni talep eklenmesi halinde söz konusu olan ıslah türü ise kısmî ıslahtır[43].

Yılmaz, ıslah yoluyla talep sonucunun tamamen değiştirilebileceği gibi davaya ilave bir talep de eklenebileceği kanaatindedir[44]. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin yaklaşımının tutarlı ve istikrarlı olmadığı eleştirisinde bulunan **Yılmaz**, kararlardan somut örnekler vermektedir[45]. **Yılmaz** tarafından, ıslah yoluyla davaya yeni bir talep dâhil edilemeyeceğine ilişkin verilen örneklerin önemli bir kısmını manevi tazminata ilişkin kararlar oluşturmaktadır. **Yılmaz** bu kararları, usûl ekonomisi ilkesine, ıslahın amacına ve Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 günlü ve 1/33 sayılı iptal kararının[46] ru-

[38] Kuru, Medeni Usûl Hukuku, s. 598; Kuru, Usûl, s. 4015.

[39] Kuru, Medeni Usûl Hukuku, s. 598.

[40] Kuru, Medeni Usûl Hukuku, s. 602.

[41] Kuru, Usûl, s, 4027; Kuru, Medeni Usûl Hukuku, s. 602.

[42] Kuru, Medeni Usûl Hukuku, s. 603.

[43] Kuru, Medeni Usûl Hukuku, s. 598; Kuru, Usûl, s. 4015.

[44] Yılmaz, s. 236.

[45] Yılmaz, s. 236-262.

[46] Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, "Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez." şeklindeki HUMK m. 87/son hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Kararda özetle şu görüşlere yer verilmiştir: *"A- Anayasa'nın 141. Maddesi Yönünden İnceleme*
Mahkeme, itiraz konusu kuralın davacıyı ikinci bir dava açmaya zorlayarak mahkemelerin iş yükünü gereksiz şekilde artırdığını, bu nedenle de Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa'nın 141. maddesinin usûl ekonomisini düzenleyen son fıkrasında, "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmektedir. Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usûl işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi "ıslah" olarak tanımlanmaktadır. HUMK'nun 84. maddesine göre ıslah, tahkikata tâbi olan davalarda tahkîkat bitinceye kadar ve tâbi olmayanlarla mahkemenin sonuna kadar yapılabilir. İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

huna aykırı olduğu gerekçesiyle doğru bulmamaktadır[47]. **Yılmaz**'a göre, ıslah ile davaya dâhil edilmek istenen manevi tazminat talebi hakkında en iyi kararı verebilecek mahkeme, maddi tazminat davasına bakan mahkemedir. Taleplerin her ikisine de kaynaklık eden hukuki ilişki bakımından, maddi tazminat davasının görüldüğü mahkeme diğer mahkemelere göre daha yetkindir. Ayrıca **Yılmaz**, Yargıtay'ın manevi tazminata ilişkin ıslah talebini *"birleştirme istemli ek bir dava dilekçesi"* olarak yorumlayan kararlarını sonuçları itibariyle doğru fakat zorlama yorumlara dayanan, usûl ekonomisine aykırı kararlar olarak nitelendirmektedir[48]. Böylesi zorlama bir yorum yerine ıslah talebinin kabul edilmesi **Yılmaz** tarafından daha pratik bulunmaktadır[49]. Nihayet, **Y**ılmaz, asıl alacak için

B- Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddeleri Yönünden İnceleme

Mahkeme, itiraz konusu kuralla davacıların ikinci kez dava açmak zorunda bırakılmalarının Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan "hukuk devleti" Anayasa'nın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılmıştır. Kişilerin devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleşebilir. Bu nedenle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edilebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi "ıslah" yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır. Ayrıca, Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kural, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla sınırlanabilir" denilmekte, ancak bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılamayacağı belirtilmektedir. Buna göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makûl ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makûl ve adaletli bir denge kurulmalıdır. İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." AYM, 20.7.1999, 1/33, https://www.hukukturk.com/.

[47] Yılmaz, s. 260.

[48] Yılmaz, s. 261.

[49] Yılmaz, s. 261.

açılan davada ıslah yoluyla faiz de istenebileceğini, Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğunu belirtmektedir[50].

Pekcanıtez/Atalay/Özekes'e göre ıslah yoluyla talep sonucunun genişletilmesi ve değiştirilmesi mümkündür[51]. Talep sonucu, davanın kurucu bir unsuru olarak iddia ve savunmanın değiştirilmesine ilişkin kurallara tabidir. Davacı ıslah yoluyla talep sonucunu tamamen değiştirebileceği gibi davaya yeni talepler de ekleyebilir[52]. Talep sonucunun tamamen değiştirilip yeni bir istemin davaya dâhil edilmesi halinde tam ıslah, mevcut talebe ek olarak yeni bir talebin ileri sürülmesi halinde ise kısmî ıslah söz konusudur[53]. Islah ile davaya eklenen talep sonucunda dava, objektif dava birleşmesi veya terditli dava haline gelebilir[54]. Dolayısıyla davaya ilave edilen yeni talep, asıl taleple aslilik-fer'ilik ilişkisi içinde ileri sürülebileceği gibi bu talebin asıl talebin yanı sıra, müstakil bir dava olarak ileri sürülmesi de mümkündür.

Pekcanıtez/Atalay/Özekes'in ıslah yoluyla davaya eklenebilecek yeni talepler hakkında önerdiği kriter, davaya eklenecek talep ile mevcut talebin başlangıçta objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürülüp sürülemeyeceğidir[55]. Buna göre, ıslah ile davaya eklenmek istenen yeni talep ile mevcut talep, HMK m. 110'da yer alan şartları taşıyorsa bu iki talebin ıslah yolu ile aynı davada yer alması mümkündür. Bu kriter, yargılamaya hakim olan usûl ekonomisi (HMK m.30) ilkesine de uygundur. Yeni talebin ıslah ile davaya dâhil edilmesine izin verilmezse çoğunlukla davacı, ek bir dava açarak bu davayı önceki dava ile birleştirme yoluna

[50] *"Dava, destekten yoksunluk ve manevi tazminatın istemine ilişkindir. Asıl ve ek davalarda davacı yan faiz istеminde bulunmamış, daha sonra davayı ıslah ederek müddeabihi artırmış ve tazminata ilk dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesini istemiştir. HUMK'nun 87. maddesinin son cümlesi ile Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 tarih ve 1/33 sayılı kararı ile iptal edildiğinden ıslah ile sonuç istemin değiştirilmesine yasağına yönelik düzenleme ortadan kalmıştır. Bu nedenle müddeabihin artırılması mümkün olduğu gibi, alacağın fer'ilerinden olan faize yönelik istemin de değiştirilmesi mümkün hale gelmiştir."* Y. 11. HD, 11.2.2002, 8917/1123, Yılmaz, s. 264.

[51] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 620.

[52] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 623.

[53] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 620.

[54] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 620.

[55] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 623.

gidecektir. Çünkü genelde ıslah ile ileri sürülmek istenen talep, mevcut davayla HMK m. 166/4 anlamında bağlantılı olmaktadır. Bu durumda ıslah taleplerini geri çevirmek, hem mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere artıracak hem de davacı bakımından zorluklar doğuracaktır. Hatta bu durum medeni usûl hukuku kurumlarının kötüye kullanılmasına da yol açabilecektir. Uygulamada, ıslah talebinin reddedilmesinden çekinen davacıların, ek davayı adli yardım talepli açtıkları ve sonra bu iki davanın birleştirilmesini istedikleri haller söz konusu olmaktadır. Bu ise adli yardım kurumunun amacına aykırı kullanılmasıdır. Islah yoluyla davada ileri sürülmek istenilen talep ile asıl talep arasında bağlantı ve bu iki talebe dayanan davaların birleştirilmesi ihtimali söz konusu olmasa bile ıslahla yeni talep ileri sürülmesine izin verilmemesi usûl ekonomisine yine aykırıdır. Çünkü HMK bir dava türü olarak, objektif dava birleşmesini düzenlemiştir. Bu düzenleme, birden fazla talebin aynı dava dilekçesinde ileri sürülmesini sağlayarak usûl ekonomisine hizmet etmektedir.[56] Islah ile yeni bir talep ileri sürülmesi halinde ise yalnızca, davanın sonradan objektif dava birleştirilmesine dönüştürülmesi söz konusudur.

Objektif dava birleşmesi halinde, ileri sürülmek istenen birden fazla talep arasında hukuki veya ekonomik bir bağın olması gerekmez[57]. Bu yüzden **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**'in önerdiği bakış açısına göre, ıslah yoluyla davaya dâhil edilmek istenen yeni talep ile mevcut talep arasında bir bağlantının varlığı şart değildir. Fakat böyle bir bağlantının varlığı halinde söz konusu ıslah talebinin evleviyetle kabul edilmesi gerekir[58]. HMK m.166/4'e göre davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmuş olması veya biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda davalar arasında bağlantı var sayılır. Aynı haksız fiile dayalı maddi ve manevi tazminat talepleri arasında, maddede ifade edildiği şekilde bir bağlantının bulunduğu açıktır. Öncelikle iki talep de aynı maddi vakıadan kaynaklanmaktadır. Sonra; bu taleplerden biri hakkında verilecek hüküm, kanun yolların-

[56] Pekcanıtez/Atalay/Özekes , s. 476.

[57] Pekcanıtez/Atalay/Özekes s. 477.

[58] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 624.

dan geçerek kesinleştiği takdirde, haksız fiilin meydana gelme şekliyle ilgili olarak diğer davada delil teşkil edebilecektir. Dolayısıyla bu taleplerin arasında HMK m.166/4 anlamında bir bağlantı bulunmaktadır. Bu yüzden, söz konusu taleplerin ıslah yoluyla aynı davada görülebilmesi mümkün olmalıdır. Aksi takdirde yukarıda da ifade ettiğimiz gibi taraflar ve mahkeme için gereksiz külfetler ortaya çıkacaktır.

Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz'a göre ise, ıslah yoluyla dava konusunda değişikliğe gidilebilir[59]. Dava konusundaki değişiklik, talep sonucunun tamamen değiştirilmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi davaya yeni bir talep eklenmesi şeklinde de olabilir[60]. Dolayısıyla ıslah ile yeni talep ileri sürülebilmesi mümkündür.

Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım'a göre de talep sonucunun değiştirilmesi veya genişletilmesi, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı kapsamındadır[61]. Bu yasak gereğince, talep sonucu genişletilemez, değiştirilemez ve mevcut talebin yanı sıra yeni talepler ileri sürülemez[62]. Örneğin asıl alacak için açılan davada faiz istenmesi davanın değiştirilmesi yasağı kapsamındadır[63]. Islah söz konusu yasağın istisnası olduğundan, bu yola başvurularak yeni bir talep de ileri sürülebilecektir[64].

Karslı'ya göre kısmen ıslah yoluyla talep sonucu artırılabilir ve genişletilebilir[65]. Ayrıca dava dilekçesindeki talep sonucuna yeni talepler eklenebilir[66]. **Karslı**, doktrinde kısmî ıslah yoluyla davaya yeni talep sonuçları eklenebileceği veya terditli dava açılabileceğinin kabul edildiğini

[59] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 521.

[60] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 522.

[61] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 240.

[62] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 240.

[63] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 240.

[64] Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 241-242.

[65] Karslı, s. 698.

[66] Karslı s. 698.

ifade etmekle birlikte, yargı kararlarının çoğunlukla aksi yönde olduğunu belirtmektedir[67]. **Karslı**'ya göre de asıl alacak için açılan davada kısmî ıslah yoluyla faiz istenebilmesi mümkündür[68].

Tanrıver'e göre ıslah yoluyla davaya yeni talepler eklenebilir[69]. Bu durumda söz konusu olan ıslah türü, tam ıslah değil kısmî ıslahtır. Çünkü talep sonucu değiştirilmemekte yalnızca genişletilmektedir[70]. Talep sonucunun değiştirilmeyip artırıldığı veya genişletildiği hallerde kısmen ıslah vardır.

Tanrıver ıslahın uygulama alanının belirlenmesi bakımından yargılamada, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının işlerlik kazandığı ana ve hallere bakılması gerektiğini ifade etmiştir[71]. Islah, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnası olduğuna göre sözü edilen yasağın başladığı andan itibaren bu yasak kapsamında bulunan hususlar için ıslaha başvurulabilir[72]. **Tanrıver**'in ifade ettiği çerçeve içerisinde inceleme konumuzu oluşturan kararı değerlendirecek olursak; gerçekten de maddi tazminat talepli bir davada manevi tazminatın ileri sürülmesi iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı nedeniyle mümkün değildir. Islah, bu yasağın bir istisnası olduğuna göre maddi tazminat talepli bir davada ıslah yoluyla manevi tazminat istenmesi mümkündür.

Deynekli'ye göre ise karşı taraf iddia ve savunmanın değiştirilmesine muvafakat etmemişse kısmî ıslah yoluyla dava sebebi genişletilebilir, cevaba cevap dilekçesi yenilenebilir ve mevcut talep (sonucu) yanında yeni talepler ileri sürülebilir[73].

---

[67] Karslı , s. 698.

[68] Karslı , s. 703.

[69] Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, C.1, Yetkin Yayınları, 1. B., 2016 Ankara, s. 731.

[70] Tanrıver, s. 731

[71] Tanrıver, s. 729.

[72] Tanrıver, s. 729.

[73] Deynekli, s. 68.

Ulukapı, davada ıslah yoluyla yeni vakıalar ileri sürülebileceği, bu vakıalardan kaynaklanan yeni taleplerin de aynı ıslah işlemi kapsamında yargılamaya dahil edilebileceği görüşündedir[74]. Ayrıca yargılamada ıslah yoluyla talep sonucunun miktarı artırılabileceği gibi aynı vakıalara dayanan yeni talep sonuçlarının da ileri sürülmesi mümkündür. Hatta ıslah ile mevcut dava sebebi veya talep sonucu tamamen değiştirilerek, yeni talep sonuçları ileri sürülebilir[75].

Muşul, davanın üç temel unsuru olan taraflar, dava konusu ve talep sonucunda meydana gelecek değişikliklerin davanın değişmesi anlamına geleceğini ve dava değiştirmenin yasak olduğunu ifade etmektedir[76]. Dava konusu ve talep sonucu ıslah ile değişikliğe uğratılabilirken, ıslahla taraf değişikliği mümkün değildir. Islah ile talep sonucunun artırılmasını ve genişletilmesi mümkündür[77].

5. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Diğer İçtihatları

Yargıtay ıslah yoluyla yeni bir talep (örneğin manevi tazminat) ileri sürülmesi konusunda incelememize konu oluşturan karardan farklı istikamette kararlar da vermiştir. Boşanma davalarında verilen kararlar bu duruma iyi bir örnektir. Şöyle ki; Yargıtay, HUMK döneminde boşanmadan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerinin, boşanma davasının fer'i niteliğinde olduğu ve bu nedenle bu taleplerin iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağına tâbi olmadan ileri sürülebileceği görüşündeydi[78]. Fakat Yargıtay, son dönemde verdiği kararlarında görüş değiştirmiş ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı başladıktan sonra davacının tazminat taleplerini ancak ıslah veya karşı tarafın rıza-

[74] Ulukapı, s. 314.

[75] Ulukapı, s. 315.

[76] Muşul, s. 298.

[77] Muşul, s. 298.

[78] *"Boşanma davası içinde vaki ve boşanmanın feri niteliğinde olan Türk Medeni Kanununun 174. maddesinde yazılı maddi ve manevi tazminat istekleri harca tabii değildir. İsteğin karar verilinceye kadar davanın her safhasında yazılı veya sözlü olarak yapılması yeterlidir."* Y. 2.HD, 23.06.2005, 2005 / 7318, 2005 / 9803, http://www.hukukturk.com.

sıyla ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Bu yönde bir Yargıtay kararı şu şekildedir: "*Davalı-davacı koca, davacı-davalı kadının açtığı boşanma davasında manevi tazminat isteğinde bulunmamıştır. Davalı-davacı koca, 19.12.2011 tarihinde açtığı boşanma dava dilekçesinde de manevi tazminat isteğinde bulunmamış. 23.3.2012 tarihli ön inceleme duruşmasında da manevi tazminat talep etmemiş, 15.6.2012 tarihli oturumda manevi tazminat istemiştir. Taraflar cevaba cevap ve 2. cevap dilekçeleriyle serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın muvafakatiyle iddia ve sunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise diğer tarafın açık muvafakati ve ıslah dışında iddia ve savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. (H.M.K. madde 141/1) Davalı-davacı kocanın cevap ve birleşen dava dilekçesinde yer almayan, ilk defa tahkikat duruşmasında ileri sürülen manevi tazminat isteği, talep sonucunun genişletilmesi niteliğindedir. Aynı oturumda hazır bulunan davacı-davalı kadın vekilinin bu isteğe açık muvafakati yoktur. Bu durumda ıslah da söz konusu olmadığına göre, davalı-davacı kocanın manevi tazminat talebi hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir*"[79].

Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararında görüldüğü gibi boşanma davalarında ıslah yoluyla manevi tazminat talep edilmesi kabul görmekte, ıslah yoluyla yeni dava açılamayacağı gibi bir gerekçeye başvurulmamaktadır. Yargıtay'ın bu yaklaşımının, az yukarıda değinilen, maddi ve manevi tazminat taleplerinin boşanma davasının fer'i niteliğinde olduğu düşüncesiyle uyumlu olduğu söylenebilir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi Yargıtay, HUMK döneminde bu gerekçeden yola çıkarak, maddi ve manevi tazminat taleplerinin boşanma davasının her aşamasında ileri sürülebileceğini kabul ediyordu. HMK döneminde ise boşanmadan

[79] Y. 2. HD, 13.02.2014, 2014 / 729, 2014 / 2641, http://www.hukukturk.com; Bu yönde bazı başka kararlara şunlar örnek gösterilebilir: Y. 2. HD, 09.05.2013, 2012 / 27205, 2013 / 12906, Y. 2. HD, 20.06.2016, 2015 / 16945, 2016/ 11964, Y. 2. HD, 01.10.2014, 2014 / 6840, 2014 / 19033, Y. 2. HD, 02.12.2015, 2015 / 16677, 2015 / 22919, http://www.hukukturk.com.

kaynaklanan tazminat taleplerinin iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı (HMK m. 141) çerçevesinde ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Fakat bu taleplerin ayrı bir dava olduğundan bahisle ıslaha konu oluşturamayacağı görüşü savunulmamaktadır.

Yargıtay, maddi tazminat davalarında ıslah yoluyla manevi tazminat talep edilmesine cevaz vermemekle beraber, bazı kararlarında ıslah dilekçesini "birleştirme istemli ek bir dava dilekçesi" olarak yorumlamakta ve ek davanın asıl dava ile birlikte görülerek sonuçlandırılması gerektiğini içtihat etmektedir. Örneğin: *"Öte yandan harca tabi davalarda her dava açılırken davalıdan başvurma harcı ile nispi harca tabi davalarda nispi karar ve ilâm harcının dörtte biri peşin olarak alınır. Gerekli harçlar alındıktan sonra dava dilekçesi esas defterine kaydedilir ve dava, dava dilekçesinin esas defterine kayıt edildiği tarihte açılmış sayılır. Islah dilekçesinin nispi harç ve başvuru harcı yatırılarak mahkemeye verilmesi halinde bu dilekçenin ek dava dilekçesi olarak kabulü gerekir. Somut olayda manevi tazminat istemine dair 06.01.2011 tarihli ıslah dilekçesinin nispi ve başvuru harçları yatırılmak suretiyle mahkemeye verildiği anlaşılmaktadır. Dilekçenin bu haliyle birleştirme talepli ek dava olarak kabulü ile sonuca gidilmesinin hem usul ekonomisine hem de davaların en çabuk ve en az masrafla bitirilmesine yarayacağı açıktır. Hal böyle olunca da mahkemece ıslah dilekçesi ile manevi tazminat talep edilemeyeceğinden bahisle manevi tazminat talebi hakkında bir karar verilmemesi isabetsizdir."*[80] Yargıtay bu tür kararlarında, bir yandan ıslah yoluyla yeni dava açılamaz diyerek manevi tazminat talebinin ıslah yoluyla davaya dâhil edilemeyeceği görüşünü benimsemekte, diğer taraftan bu içtihadın sakıncalarını azaltmak için gerekli harçların yatırılmış olması kaydıyla, bu dilekçeyi hem ek dava dilekçesi hem de birleştirme dilekçesi olarak kabul etmektedir. Islah dilekçesi ile manevi tazminat talep edildiği ve yalnızca ıslah harcının yatırıldığı bir olayda ise Yargıtay, davacının manevi tazminat davası açma hakkı saklı olmak üzere talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: *"Yukarıda da belirtildiği üzere ıslah ile ikinci bir davanın açılması usulen mümkün değildir. Fakat davacının ıslah dilekçesi ile*

[80] Y. 21. HD, 13.11.2012, 2011 / 11187, 2012 / 19811, http://www.hukukturk.com.

usulünce açılan davasına konu etmediği yeni bir talebi olur ve nispi oranda alınan ıslah harcı yanında dava açılış zamanında ödenen başvuru harcını da ayrıca yatırırsa bu kez ıslah dilekçesinin mevcut hali ile birleştirme istemli ek dava dilekçesi olarak kabulü gerekir. Somut olayda ise 2.2.2015 tarihli ıslah, ıslah dilekçesinin Mahkemeye sunulması sırasında yalnızca ıslah harcı ödenip ayrıca ödenmiş başvuru harcının bulunmadığı açık olup ıslah dilekçesinin bu hali ile birleştirme istemli ek dava olarak nitelendirilmesi imkânı bulunmamaktadır. Hal böyle olunca Mahkemece, davacının ıslah dilekçesi ile talep ettiği manevi tazminat istemine dair olarak usulünce açılmış bir dava olmadığından dolayı davacının ayrıca manevi tazminat davası açma hakkı saklı kalmak üzere isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bu istemin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır" [81]. Yargıtay benzer nitelikteki başka bir kararında ise, adli yardımdan yararlanan tarafın ıslah dilekçesinin ek dava dilekçesi olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumda, adli yardımdan yararlandığı için davacının başvuru harcı ile nispi karar ve ilam harcını yatırmış olması aranmamıştır[82].

Yargıtay, çoğunlukla dava dilekçesiyle talep edilmeyen faizin ıslah yoluyla davada ileri sürülebileceğini kabul etmektedir[83]. Nitekim bir Yargıtay kararında, ıslah yoluyla hangi taleplerin ileri sürülebileceği tartışılırken talepler arasında bir bağlantının bulunması gerektiği şu sözlerle ifade edilmiştir: *"Mahkemece bir kısım Yargıtay içtihatlarına dayanılarak davacının ıslah dilekçesiyle davaya eklediği faiz alacağı istemi, dava konusu olmayan yeni talebin ıslahla davaya eklenemeyeceği, ayrı dava açılıp birleştirme talep edilmesi gerektiği gerekçeleriyle reddedilmiş ise bu yöndeki uygulama ve görüşler mutlak nitelikte değildir. Her şeyden önce, faiz alacağı ile ilgili olarak ıslah dilekçesiyle miktarı (dava değeri) gösteril-*

[81] Y. 21. HD, 26.04.2016, 2015 / 12472, 2016 / 7441, http://www.hukukturk.com.

[82] *"Islah ile manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı hususu açık olmakla birlikte aynı zamanda Adli müzaheretten yararlanan taraf harç ödemekten de bağışık tutulur. Ayrıca mahkeme yargılama aşamasında taleple bağlı ise de nitelendirme kendisine aittir. Davacı her ne kadar 12.4.2010 tarihli ıslah talebidir konulu dilekçesi ile davayı ıslah etmek istediğini belirtmişse de adli yardımdan yararlanmasına karar verilip harçtan muaf olan davacının manevi tazminat talebine ilişkin dilekçesinin ek dava olarak nitelendirilmesi gerekir."* Y. 21. HD, 05.03.2012, 2010 / 8636, 2012 / 2908, http://www.hukukturk.com.

[83] Bu konuda bkz. Yılmaz, s. 263-266'daki kararlar.

mek ve harcı yatırılmak suretiyle usulen bir dava açılmış olduğu şüphesizdir. Anayasa'nın 141/IV. maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.", 6100 Sayılı HMK'nın "Usul Ekonomisi İlkesi" başlıklı 30. maddesinde "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." düzenlemelerine yer verilmiştir. Islah kurumu yukarıdaki maddelerle birlikte değerlendirildiğinde; davada yer almayan bir talebin ıslahla davaya eklenip eklenemeyeceği konusunda bir ayrım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Şayet, ıslahla eklenen yeni talep ile davadaki talepler arasında bir bağlantı varsa talep sonucunun yeni talep eklenmek suretiyle genişletilmesi mümkün, bağlantı yoksa talep sonucunun yeni talep eklenmek suretiyle genişletilmesinin mümkün olmadığının kabul edilmesi gerekecektir. Davada talep edilen asıl alacak ile ıslahla davaya eklenen faiz alacağı arasında doğrudan bir bağlantı vardır. Zira faiz alacağı anapara alacağına bağlı ek bir alacaktır. Faiz alacağının doğması ve çoğalması asıl alacağın varlığına ve devamına bağlıdır. Asıl alacak doğmamış veya sona ermişse faiz de doğmaz veya işlemesi durur. Asıl alacak ifa veya başka bir nedenle sona erince isteme hakkı saklı tutulmamışsa faiz de sona erer (BK.md. 113/II)" [84]. Yargıtay bu kararda yaptığı değerlendirmede, faiz alacağı ile dava konusu asıl alacak arasında maddi hukuk bakımından bağlantı bulunmasını faizin ıslah ile davaya dâhil edilebilmesi için yeterli saymıştır. Ayrıca bu çözüm tarzının, usul ekonomisi ilkesine (HMK m. 30) daha uygun olacağı düşünülmüştür.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat davalarında ıslah yoluyla manevi tazminat ileri sürülebileceğine dair kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 4. HD'nin 14.03.2013 tarihli kararı buna örnek gösterilebilir: *"Dava, trafik kazasından kaynaklanan ölüm nedeni ile tazminat istemine ilişkindir… Yargılama sırasında 22/02/2011 günlü ıslah dilekçesi vererek her bir davacı için manevi tazminata* hükmedilmesini talep etmiştir… *Islah ile taraflar dava sebebini, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilirler… Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında davacılar tarafından usu-*

[84] Y. 15. HD, 28.12.2011, 2011 / 196, 2011 / 8015, http://www.hukukturk.com.

lüne uygun olarak açılmış maddi tazminat istemli davada ıslahla manevi tazminat istemelerinde hukuken bir engel yoktur. Mahkemenin başlangıçta talep edilmeyen bir hakkın yargılama aşamasında ıslah ile talep edilemeyeceği değerlendirmesi doğru değildir. Mahkemece manevi tazminata yönelik istemin esası incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir" [85]. Yargıtay'ın ıslah yoluyla manevi tazminat ileri sürülebileceğine dair bu tür kararları, hakim uygulama olmayıp istisnai niteliktedir.

VI. KANAATİMİZ

Kanaatimizce incelememize konu olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında varılan sonuç isabetli sayılamaz. Gerçekten de açılmış bulunan maddi tazminat davasında davacının daha sonra ıslah yoluna başvurmak suretiyle manevi tazminat talebinde de bulunması önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında baştan dava konusu edilmemiş bir talebin daha sonra ıslah yoluyla davaya dâhil edilemeyeceği yönündeki gerekçe hatalıdır. Her şeyden önce bunu engelleyen bir usûl hükmü bulunmamaktadır. Tam ıslah yoluna başvurarak, davasını tamamen değiştirip, eski dava yerine yeni bir dava ikame etme hakkına sahip olan davacının, ıslah yoluyla davaya yeni talepler de ilave edebilmesi gerekir. Davacı müstakil talepleri nasıl aynı dava dilekçesine ileri sürebiliyorsa[86], karara konu olan olayda olduğu gibi aynı haksız fiilden kaynaklanan birden fazla talebi daha sonra ıslah yoluyla birleştirebilmelidir. Haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat davasında, manevi tazminatın ileri sürülmesine iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı engel olduğuna göre manevi tazminat talebi, bu yasağın istisnası olan ıslah yoluyla ileri sürülebilmelidir. Ayrıca, **Umar**'ın haklı olarak belirttiği gibi ıslaha başvurulabilmesi için usulüne uygun bir dava açılmış olması gerektiği yönündeki gerekçe isabetli değildir. Islaha başvuruluyorsa açılmış bir davanın varlığı söz konusudur. Mevcut bir dava olmaksızın ıslahtan bahsetmek mümkün değildir.

[85] Y. 4. HD, 14.03.2013, 2012 / 5120, 2013 / 4672, http://www.hukukturk.com.

[86] Bkz. HMK m. 110.

Kaldı ki, Yargıtay'ın ıslah yoluyla yeni talep ileri sürülmesi hakkındaki görüşü değişken olabilmekle birlikte, asıl alacak için açılan davada ıslah yoluyla faiz istenebilmesi çoğunlukla caiz görülmektedir[87]. Oysa Yargıtay'ın incelememize konu oluşturan kararına dayanak teşkil eden görüşünü baz alacak olursak bu duruma da izin verilmemesi gerekir(di). Faiz alacağı, maddi hukuk yönünden asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir hak olmasına rağmen medeni usûl hukuku bakımından müstakil bir talebe vücut verir. Dolayısıyla incelediğimiz karardaki gerekçeler nazara alındığında, ıslah yoluyla faizin de istenememesi gerekirdi. Fakat bu sonuç, ıslah kurumunun varlık sebebine aykırıdır. Bu yüzden, tutarlılık sağlamak adına manevi tazminat talebinin de ıslah yoluyla davaya dâhil edilmesine izin verilmelidir.

Faiz yönünden yapılan değerlendirme, boşanma davalarında maddi ve manevi tazminat talep edilmesi bakımından da geçerlidir. Maddi ve manevi tazminatın boşanma davasının fer'i niteliğinde olması bu durumu değiştirmez. TMK m. 174 uyarınca, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. Görüldüğü gibi TMK m. 174 hükmünün HMK ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Aynı şey, boşanma davalarında yargılama usulünü düzenleyen TMK m. 184 için de söylenebilir[88].TMK m. 184 haricinde boşanma davalarında HMK hükümleri uygulanacağından, inceleme konumuzu oluşturan kararda benimsenen yaklaşımdan farklı bir içtihadın benimsenmesinin makul bir gerekçesi kalmamaktadır. Dolayısıyla tutarlılık sağlamak adına maddi tazminat davalarında da ıslah yoluyla manevi tazminat talep edilmesine izin verilmesi gerekir.

---

87 Bu konuda bkz. Yılmaz, s. 263-266'daki kararlar.

88 TMK m. 184:*"Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir: 1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz. 2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. 3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. 4. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder. 5. Boşanma veya ayrılığın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. 6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir."*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında temsil edilen görüşün kabulü yargılamanın uzaması sonucunu doğurması hasebiyle usûl ekonomisi ilkesine de aykırı düşmektedir (Anayasa m. 141/son, HMK m. 30). Ayrıca bu noktada, AYM'nin HUMK m. 87, I, son cümleye dair verdiği iptal kararının gerekçesine de değinmek gerekir[89]. AYM, HUMK m. 87, I, son cümleyi, AY m. 2, 13, 36 ve m. 141, IV'e aykırı bularak iptal etmiştir. Buna göre, görülmekte olan bir davada talep sonucunun ıslah yolu ile artırılamaması hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmuştur. Hukuk devleti ilkesi gereğince devlet, kişilerin haklarına en kolay ve güvenli şekilde ulaşmasını sağlamakla yükümlüdür. Talep sonucunun ıslah yoluyla artırılması engellenerek davacının hakkına kavuşması gereksiz yere güçleştirilmekte, davacı ikinci bir dava açmak zorunda bırakılmaktadır. Yine söz konusu hüküm, davacının meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunma hakkını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak, orantısız şekilde sınırlamaktadır. Bu bakımdan HUMK m. 87, I, son cümle, AYM tarafından hak arama özgürlüğüne (AY m. 36) aykırı bulunmuştur. Bu gerekçeler çerçevesinde bakıldığında Yargıtay'ın manevi tazminatın ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceğine dair uygulaması da hak arama özgürlüğüne ve usul ekonomisine aykırıdır. Bu içtihat sonucunda, davacı gereksiz yere yeni bir dava açmak zorunda bırakılmakta, görülmekte olan dava içinde çözülebilecek bir sorun usul ekonomisine aykırı şekilde başka bir davada ele alınmaktadır.

Yargıtay'ın ıslah yoluyla ileri sürülmek istenen yeni talep bakımından bağlantı şartı araması da herhangi bir dayanağa sahip değildir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, faiz, maddi hukuk bakımından asıl alacağa bağlı bir fer'i alacak olsa bile medeni usul hukuku bakımından bağımsız bir talebe vücut verir. Dolayısıyla faiz alacağı başlı başına bir dava konusudur. Ayrıca bu yaklaşım doğru kabul edilse dahi haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat davası ile manevi tazminat davası arasında bağlantı bulunmadığı söylenemez. Maddi tazminat davasında, haksız fiil ile ilgili ulaşılan sonuç manevi tazminat davasını doğrudan etkileyecektir. Ayrıca usul hukuku bakımından ayrı bir davaya vücut verebilen faiz,

[89] Bkz. dn. 46.

ıslah yolu ile davaya dâhil edilebiliyorsa, manevi tazminat talebinin de ıslah yoluyla ileri sürülmesi mümkün olmalıdır.

Son olarak değinmek gerekir ki, Yargıtay'ın maddi tazminat davalarında manevi tazminata ilişkin ıslah dilekçesini *"birleştirme istemli ek dava dilekçesi"* olarak yorumlaması da isabetli değildir. Islah yoluyla manevi tazminatın ileri sürülmesine izin verildiği takdirde bu tür zorlama yorumlara başvurma gereği de kalmayacaktır.

Bu noktada akla, her türlü talebin daha sonradan ıslah yoluyla derdest davaya dâhil edilip edilemeyeceği sorusu gelmektedir. Kanaatimizce bu, mümkün değildir. Islah yoluyla daha sonra yeni bir talebin davaya dâhil edilmesine cevaz verilmesinin sebebi, uyuşmazlıkların bir an önce halledilebilmesidir; başka bir deyişle, usûl ekonomisinin hayata geçirilmesidir. Yeni taleplerin tamamının hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın davaya dâhil edilmesi ise yargılamanın daha da uzamasına yol açabilecektir. Bu nedenle biz de bu konuda **Pekcanıtez**/**Atalay**/ Ö**zekes**'in görüşünü benimsemekteyiz. Buna göre, mevcut davaya ıslah ile yeni bir talebin eklenip eklenemeyeceği konusunda, yeni talebin eski taleple birlikte baştan objektif dava birleşmesi (HMK m. 110) şeklinde dava edilebilmesinin mümkün olup olmadığı esas alınmalıdır. Bu itibarla, her ne kadar sonradan eklenen talep ile eski talep arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantı aranmayacaksa da, söz konusu taleplerin aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tamamı bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması gerekmektedir.

Davaların birleştirilmesi (HMK m. 166/4) ile terditli dava açılmasının mümkün olduğu hallerde (HMK m. 111/1) ise, ıslah yoluyla davaya yeni bir talep eklenebilmesinde tereddüt edilmemelidir.

Sonuç itibarıyla, incelememize konu teşkil eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında oyçokluğuyla savunulan görüş isabetli olmayıp, manevi tazminat talebinin derdest davada sonradan ıslah yolu ile ileri sürülmesi caizdir. Dolayısıyla biz de ilk karşı oy yazısında savunulan görüşü isabetli bulmaktayız.

KAYNAKÇA

ALANGOYA, **Yavuz**, Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, 1979 İstanbul.

ALANGOYA, **Yavuz/YILDIRIM**, **M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis**, Medeni Usûl Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 8. B., 2011 İstanbul.

ANSAY, **Sabri Şakir**, Hukuk Yargılama Usûlleri, AÜHF Yayınları, 7. B., 1960 Ankara.

ANSAY, **Sabri Şakir, Islah,** AÜHFD 1950, C. VII/1-2, s. 122-129.

ARSLAN, **Ramazan/YILMAZ**, **Ejder/TAŞPINAR AYVAZ**, **Sema**, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 1. B., 2016 Ankara.

BİLGE, **Necip/ÖNEN, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, AÜHF Yayınları, 3. B., 1978 Ankara.

DEYNEKLİ, **Adnan**, Medeni Usûl Hukukunda Islah, Bilge Yayınevi, 2013 Ankara.

KARSLI, **Abdürrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayınları, 3. B., 2012 İstanbul.

KURU, **Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku, Legal Yayınevi, 2016 İstanbul.

KURU, **Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, Demir Yayıncılık, 6. B., 2001 İstanbul.

KURU, **Baki/BUDAK**, **Ali Cem**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'n Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/5, s. 3-43.

MUŞUL, **Timuçin**, Medeni Usûl Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. B., 2012 Ankara.

PEKCANITEZ, **Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. B., 2013 Ankara.

POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 6. B., 1975 İstanbul.

TANRIVER, **Süha**, Medeni Usul Hukuku Temel Kavramlar Ve İlk Derece Yargılaması, C.1, Yetkin Yayınları, 1. B., 2016 Ankara.

TUTUMLU, **Mehmet Akif**, Kuram Ve Uygulama Işığında Medeni Usûl Hukukunda Islah, Seçkin Yayınevi, 2015 Ankara.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usûl Hukuku, Mimoza Yayınları, 3. B., 2015.

UMAR, **Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2. B., 2014 Ankara.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., 2000.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, 1967 İstanbul.

YILDIRIM, M. Kamil, Teksif Ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınevi, 2003 İstanbul, s. 467-491.

YILMAZ, **Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin Yayınları, 4. B., 2013 Ankara.

YILMAZ, **Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2. B., 2013 Ankara.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

▪ **Elce TUTAR***

Özet: Sözleşmeler Hukukunun en önemli ilkesi olan sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen hal ve şartlar ne olursa olsun taraflar, sözleşme ile üstlendikleri edimleri yerine getirmekle yükümlüdürler. Ancak günümüzde yaşanan ekonomik krizler sözleşmenin ifasını katlanılmaz duruma getirebilir. Böyle bir durumda sözleşmenin ifasında ısrar etmek, büyük adaletsizliklere yol açacaktır. Bu sebeple, bazı durumlarda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da sona erdirilmesi mümkün olmaktadır.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için yasal düzenleme 6098 sayılı TBK.'nın 138. maddesinde yer alan yeni bir düzenlemedir. Buna göre; aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin kurulması sırasında tarafların öngöremeyecekleri, öngörülmesinin de beklenemeyeceği olağanüstü durumların ortaya çıkmasıyla sözleşmenin esaslı şekilde değişmesini, sözleşmede edimler arasında kurulan dengenin bozulmasını ve borçlu için sözleşme koşullarında borcun ifasının dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde değişmesini ifade etmektedir.

Anahtar Sözcükler: Aşırı ifa güçlüğü, beklenmeyen hal, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması.

Abstract: In accordance with the principle of loyalty to the contract, which is the most important principle of the Contract Law, the parties are obliged to fulfill the obligations under the contract regardless of the circumstances and circumstances after the contract is established. However, today's economic crises can make the contracting process unbearable. In such a situation, insisting on the act of the contract will lead to great injustices. For this reason, in some cases it is possible for the contract to be adapted to the changing circumstances or to be terminated.

The legal arrangement for adapting the contract to changing circumstances is a new regulation in Article 138 of the TBK numbered 6098. According to this; the hardship means that the parties will not be foreseen or expected to be foreseen during the establishment of the contract and that the contract will change substantially due to the emergence of extraordinary circumstances and that the balance established between the act of the contract will be deteriorated and the contractual conditions for the debtor will be changed in a manner contrary to the rule of honesty.

Key Words: Hardship, unexpected case, clausula rebus sic stantibus.

* Öğretim Görevlisi, Kapadokya Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü Adalet Programı, Avukat, İzmir Barosu, elcetutar@hotmail.com

GİRİŞ

Hukuki işlemin en önemli türü olan sözleşmeler gündelik yaşamımızda her an karşımıza çıkmaktadır. Bir sözleşme yapılırken taraflar, genellikle var olan şartların etkisi altında kalırlar ve durumlarını buna göre belirlerler. Var olan şartların taraflarca değişebileceği pek düşünülemez. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen önemli değişiklikler sebebi ile borcun yerine getirilmesi borçlu açısından aşırı derecede güçleşebilir.

Tüm hukuki sorunlara rağmen sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifa edilmesi ve verilen söze bağlı kalınması gerekir. Zira Borçlar Hukukunda kural ahde vefa ilkesidir. Sözleşmeler Hukukunun en önemli ilkesi olan sözleşmeye bağlılık ilkesi uyarınca, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen hal ve şartlar ne olursa olsun tarafların sözleşme ile üstlendikleri ifaları etkilememelidir. Ancak bu kurala hiçbir sınır getirilmemesi kabul edilemez. Özellikle günümüzde ekonomik krizlerin sıklıkla yaşanması, sözleşmenin ifasını son derece katlanılmaz kılabilmektedir. Yine beklenmedik bir olay sonucu pek çok kişi hukuki ilişkide mağdur olabilir. Böyle bir durumda da mağdur olan tarafa sözleşmenin o şekildeki ifasında ısrar etmek büyük adaletsizliklere yol açacaktır. Bu sebeple, bazı durumlarda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da sona erdirilmesi imkanının tanınması yerinde olacaktır.

Çalışmamızda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında genel ilkeler kapsamında yer verilen; sözleşme serbestisi ilkesi, ahde vefa ilkesi (pacta sunda servande), işlem temelinin çökmesi teorisi, hakimin sözleşmeye müdahalesi, hakimin müdahalesinin sınırı, sözleşmenin uyarlanmasının TBK.'da özel olarak düzenlendiği haller; sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının unsurları, sözleşmenin uyarlanmasında hakimin gözönünde tutması gereken esaslar ile hakim tarafından yapılan uyarlamanın sonuçları incelenmiştir.

I. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ KAVRAMI

GENEL OLARAK

Zaman içinde değişen koşulların sözleşmeye nasıl bir etkisinin olacağı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda aşırı ifa güçlüğü başlığı altında düzenlenmiştir. Bu konuya, "Borçların ve borç ilişkisinin sona ermesi, zamanaşımı" başlıklı üçüncü bölüm altında yer verilmiştir.

Taraflar, sözleşmenin yerine getirileceğine inanarak sözleşme yapmaktadırlar. Ancak sözleşme yapıldıktan sonra şartların beklenmedik bir şekilde değişmesi, sözleşmenin bir tarafı için katlanılmaz bir hal alıyorsa, yine de edimin aynen ifasını istemek dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır[1]. Zira sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan şartlarla sonradan ortaya çıkan şartlar artık birbirine uymamaktadır[2]. TBK. m. 138'e göre de, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen, öngörülmesi de beklenmeyen savaş, yüksek enflasyon, deprem, sel gibi doğal afetler[3], para değerinin büyük ölçüde düşmesi gibi olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları borçlu aleyhine değiştirir ve bu şartlarda aynen ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşerse borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir[4]. Böyle durumlarda edimin ifası, çok zorlaşmış ve sözleşme sonucu gerçekleşecek edimden çok daha ağır mali külfet getirecek bir hal almış olabilir ama TBK. m. 136 anlamında bir imkansızlık söz konusu değildir. Objektif imkansızlık söz konusu olmadığı için, sözleşme geçerli olarak

[1] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. B. , Ankara, 2012, s. 1039.

[2] GÜLEKLİ, Yeşim, "Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:18, İstanbul, 1990, s. 45, www.journals.istanbul.edu.tr/iumhad/article/view/1023002478, e.t.: 15.04.2017.

[3] GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1945, s. 18 vd.

[4] EREN, s.1040; DOĞAN, Gülmelahat, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", s. 10, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358, e.t.: 25.04.2017; ACAR, Hakan, "Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü", EÜHFD. , C. XII, S. 1-2, 2008, s. 119-120, http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2008_XII_6.pdf, e.t.: 25.04.2017.

kurulmuştur[5]. İfa hala mümkün olmakla birlikte sözleşmenin değişen koşullar altında ifası, karşı edimle dengesini yitirmiş ve borçlunun ekonomik durumunu aşırı derecede ağırlaştırmıştır[6]. Bu durumda borçlu, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını, bu mümkün olmadığı takdirde kendisine sözleşmeden dönme hakkının tanınmasını isteyebilir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için yasal düzenleme 6098 sayılı TBK.'nın 138. maddesinde yer almakta olup, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda var olmayan yeni bir düzenlemedir. Buna göre; aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin yapılmasına temel olan olguların, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların öngöremeyecekleri, öngörülmesinin de beklenemeyeceği olağanüstü durumların ortaya çıkmasıyla esaslı şekilde değişmesi, sözleşmede edimler arasında kurulan dengenin bozulması, borçlu için sözleşme koşullarında borcun ifasının dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde ağırlaşmasını ifade eder[7].

Maddeye göre uyarlamanın yapılabilmesi için şu şartların olması gereklidir:

• Aşırı ifa güçlüğüne neden olan durum, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olmalı.

• Taraflarca öngörülmeyen, öngörülmesi beklenmeyen bir olay olmalı.
• Olağanüstü bir durum olmalı.
• Borçludan kaynaklanmayan bir sebep olmalıdır.

Bu şartlar varsa hakimden sözleşmenin uyarlanması istenilebilecek, ancak bu mümkün olmazsa ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dön-

[5] EREN, s. 331.

[6] DOĞAN, s. 10; TUNÇER, Polat, Borçlar Hukuku Temel Bilgiler, 1. B. , Ankara, Şubat 2016, s. 38.

[7] HAVUTCU, Ayşe, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar" Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 335; KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. B. , Ankara, 2017, s. 1069-1070, (KILIÇOĞLU, 2017); KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, SEROZAN, Rona, İfa/İfa Engelleri/Haksız Zenginleşme, 6. B. , İstanbul, 2014, s. 20.

me, sürekli edimli sözleşmelerde ise sözleşmenin feshi suretiyle sözleşme sona erdirilecektir[8].

Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, uyarlamayı talep edebilmek için borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak yani çekince koyarak ifa etmesidir[9]. Her iki durumda da -ifaya rağmen- uyarlama istenilebilecektir. Halbuki çekince koyarak aşırı ölçüde ifası güçleşenin uyarlama istemesi, uyarlamanın temelindeki düşünce ile bağdaşmayacaktır[10].

II. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASINDA GENEL İLKELER

A. Sözleşme Serbestisi İlkesi

Özel Hukukta bireylerin irade muhtariyeti esastır[11]. Özel Hukuk, eşit düzeydeki kişilerin hukuki ilişkilerini düzenlemeyi amaçlar ve belli sınırlar içinde tarafların hukuki ilişkilerini hukuki işlemler özellikle söz-

[8] HAVUTCU, s. 336; Yargıtay 6. HD. , 07.04.2016 tarih, 2015/7802 E. , 2016/2888 K. , "Özet: Dava, kira bedelinin dava tarihinden itibaren uyarlanması istemine ilişkindir. Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Mahkemece, sözleşme koşullarının kiracı aleyhine ağırlaştığı ekonomik şartlar ve mecurun niteliği sebebiyle edim dengesinin bozulduğu gerekçesiyle kira bedelinin kısmen uyarlanmasına karar verilmiş ise de; davacının davadaki talebi kira bedelinin uyarlanmasına dair olup mahkemece yasal ilkeler ışığında uyarlama koşullarının varlığı hususunda araştırma yapılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ve hüküm kurmaya elverişli ve yeterli görülmeyen bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulmuş olması doğru değildir.", www.kazanci.com, e.t.: 26.04.2017.

[9] ERDOĞAN, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B. , Ankara, Ocak 2017, s. 241.

[10] HAVUTCU, s. 337.

[11] EREN, s. 297; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.B. , İstanbul, 2009, s. 19; NOMER, N. Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. B. , İstanbul, 2013, s. 23 vd. ; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 2. B. , İstanbul, 2017, s. 53; NART, Serdar, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Hükümler, Ankara, 2014, s. 2; KILIÇOĞLU, 2017, s. 109.

leşmeler yoluyla düzenleme imkanı tanır[12]. Özel hukuk düzeninin, bu çerçevede hak sahiplerine kendi serbest, özgür iradeleriyle hukuki işlemler yapabilme yetkisine "irade muhtariyeti" denilmektedir[13]. Sözleşmeler hukuku alanında ise bu ilke, karşımıza sözleşme serbestisi (özgürlüğü) ilkesi olarak çıkmaktadır[14]. Buna göre, taraflara hukuk düzeninin sınırları içinde kalarak sözleşmenin içeriğini diledikleri şekilde düzenleme imkanı tanınmıştır (TBK. m. 26). Bu sınırlar ise, sözleşme içeriğinin kanunun emredici hükümlerine, hukuka aykırı olmaması, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve imkansız olmamasıdır[15] (TBK. m. 27).

Sözleşme serbestisi ilkesi, kişilere hukuk düzeninin sınırları içinde irade beyanlarıyla hukuki ilişkiler kurma, bu sınırlar içerisinde kalarak diledikleri şekilde sözleşmenin içeriğini değiştirme, dilediği kimseyle sözleşme yapma, şeklini serbestçe tayin etme, muhtevasını belirleme, var olan sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma konusunda imkan sağlar[16].

B. Ahde Vefa İlkesi (Pacta Sund Servanda)

Sözleşme serbestisi, herkese sözleşme yapıp yapmamak konusunda özgürlük tanımıştır. Geçerli bir sözleşme yapıldıktan sonra artık tarafların buna uyma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Bu mecburiyet, verilen söze sadakat dolayısıyla sözleşmenin bağlayıcılığını, ahde vefa (pacta sund servanda) ilkesini oluşturur[17].

---

[12] ERDOĞAN, s. 10-11.

[13] KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. B. , Ankara, 2007, s. 19.

[14] ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 2. B. , Bursa, 2005, s. 17-18; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Ocak 1993, s. 97 vd. ; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. B. , Ekim 2016, s. 32.

[15] ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s. 30.

[16] KAPLAN, s. 19-20.

[17] ARAT, s. 51.

Türk Hukukunda, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden olan ahde vefa (pacta sund servanda) ilkesi geçerlidir[18]. Bu ilkeye göre, sözleşmeye yapıldığı şekliyle uymak gerekir. Yani borçlu, borcunu her durumda yerine getirmek zorundadır[19].

Taraflar, sözleşmenin kuruluşu sırasında, ifanın daha sonraki bir zamanda gerçekleşeceği hususunu bilmekte ve gelecekteki şartların kesin olarak önceden öngörülemeyeceğini baştan kabul etmektedirler. Dolayısıyla ileride ortaya çıkabilecek riskler ve tahmin edilemeyen hususlar, taraflarca sözleşmenin kuruluşu sırasında hesaba katılmaktadır. Bu sebeple, sonradan ortaya çıkan durumlar, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifasını etkilememelidir. Sözleşme kurulduğu gibi uygulanmalıdır. Zira irade serbestisi ilkesi de tarafların sözleşmeyi aynen uygulamalarını gerektirir[20]. Ancak belli şartlar altında sözleşmeye bağlılık ilkesine dayanmak doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı düşebilir. Bu gibi durumlarda sözleşmenin aynen ifa edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Nitekim TMK. m. 2'ye göre; "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Madde metninde düzenlenen dürüstlük ilkesi ile sınırlı olarak "ahde vefa ilkesi" uygulanmalıdır[21]. Sözleşmenin ifası sırasında hal ve şartların değişmesi durumunda, TMK. m. 2'de yer alan doğruluk ve güven kurallarından hareketle, ahde vefa ilkesinin aksine sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına karar verilebilecektir[22].

C. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi

Ahde vefa ilkesinin istisnasını, işlem temelinin çökmesi teorisi oluşturur. Uluslararası Hukukta, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması

[18] ARAT, s. 52; TOPUZ, Seçkin, Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara, 2009, s. 64.

[19] BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 1. B. , İstanbul, Şubat 2009, s. 5.

[20] KAPLAN, s. 118.

[21] DOĞAN, s. 10.

[22] KILIÇOĞLU, Ahmet M. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B. , Ankara, 2003, s. 159.

kavramını belirtmek için "clausula rebus sic stantibus", "emprevizyon", "mücbir sebep", "zımni şart", "beklenmezlik", "aşırı güçlük" gibi terimler kullanılmaktadır[23].

Türk hukukunda ise, doktrin ve Yargıtay kararlarında bu kavramı belirtmek için çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bunlar arasında; "clausula rebus sic stantibus", "beklenmeyen hal şartı", "sözleşmenin değişen şartlara uydurulması veya uyarlanması", "işlem temelinin çökmesi", "öngörülemeyen haller", "aşırı güçlük", "emprevizyon", "umulmazlık", "fevkalade hal" ve "mücbir sebep" sayılabilir[24].

6098 sayılı TBK.'da yer alan madde gerekçesinde; "*Bu yeni düzenleme,* öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanunu*'nun ikinci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır.*" şeklinde belirtilmiştir. BAYSAL; Türk Hukukunda da Alman Hukukundaki gelişmelere paralel olarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda, en tutarlı ve doyurucu çözümleri veren işlem temelinin çökmesi teorisinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[25].

İşlem temelinin çökmesi altında değerlendirilen aşırı ifa güçlüğü, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durumların sonradan ortaya çıkmasıyla sözleşme şartlarının esaslı şekilde değişmesini, edimler arasındaki eşitlik ve dengenin önemli ölçüde bozulmuş olmasını, borçlu için borcun ifasının dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde aşırı derecede ağırlaşmasını ifade etmektedir[26].

[23] AYAN, s. 242; TEZCAN, Mehmet, "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 30.

[24] TEZCAN, s. 30; EREN, s. 480 vd. ; KAPLAN, s. 117 vd. ; KILIÇOĞLU, s. 157 vd; YHGK. , 19.02.1997 tarih ve 1996/11-762 E. , 1997/77 K. ; Yargıtay 13. HD. , 13.06.2014 tarih, 2013/16898 E. , 2014/18895 K. ; YHGK. , 17.09.1997 tarih, 1997/11-460 E. , 1997/651K. , www.kazanci.com, e.t.: 28.04.2017; YHGK. , 19.02.1997 tarih, 1996/11-762 E. , 1997/77 K. , www.yargidunyasi.com.tr, e.t.: 28.04.2017.

[25] BAYSAL, s. 94.

[26] HAVUTCU, s. 335; EREN, s. 486.

İşlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile imkânsızlık müessesesi birbirinden farklıdır[27]. Çünkü söz konusu kavramlara uygulanacak hükümler yanında ortaya çıkan hukukî sonuçlarda da farklılıklar vardır. Öncelikle gerek işlem temelinin çökmesinde gerekse sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında edimin ifası mümkündür. Burada borçlunun edim yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Ancak, borcun ifası borçludan beklenemeyen bir hal almıştır. TMK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına göre, hâkim sözleşmenin uyarlanmasına veya sona ermesine karar verebilir. Yani borçlu, işlem temelinin çökmesinde kusurlu olmasa da sorumlu olabilir. Buna karşılık, imkânsızlık halinde, özellikle objektif imkânsızlıkta edimin ifası ne borçlu ne de bir başkası tarafından yerine getirilebilir. Yani edimin ifası, hiçkimse için mantıken, fiilen ya da hukuken mümkün değildir. Oysa sübjektif imkânsızlık kavramında, edim sadece borçlu açısından imkânsızdır[28].

Aşırı ifa güçlüğünü de, imkansızlık kavramından ayırmak gerekir. Aşırı ifa güçlüğünde edimin ifası yine de mümkündür. Sadece ifa, borçlunun ekonomik durumunu aşırı derecede ağırlaştırmaktadır ve borçluyu büyük bir fedakarlık altına sokmaktadır.[29]. Aşırı ifa güçlüğünde, objektif imkansızlık söz konusu olmadığı için, sözleşme geçerli olarak kurulmuştur. Ancak borçlu dürüstlük kuralına dayanarak, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını, bu mümkün olmadığı takdirde de sözleşmeden dönme ya da fesih hakkını kullanabilir. Dolayısıyla, aşırı ifa güçlüğü hallerine imkânsızlık hükümlerini uygulayamayız. Aksi halde böyle bir durumda, borçlu borçtan hukuken kurtarılmış olur. Halbuki burada borçlunun borcu devam etmektedir.

Objektif imkânsızlıkta bazen sözleşme bâtıl olur veya borç ilişkisi sona erer; bazen de TBK. m. 112 gereğince borçlunun sorumluluğu or-

[27] BAYSAL, s. 125.

[28] ALTUNKAYA, Mehmet, "Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı", Doktora Tezi, Konya, 2004, s. 80; GÜLEKLİ, s. 55.

[29] EREN, s. 330; GÜLEKLİ, s. 55; ARAT, s. 90; İNAL, Tamer, "Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s. 25-26; TEZCAN, s. 55.

taya çıkar. Sübjektif imkânsızlıkta ise, genellikle sözleşme sona ermez ve borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Buna karşılık aşırı ifa güçlüğünde her ne kadar "ahde vefa (pacta sunt servanda)" ilkesine göre, borçlu hangi durumda olursa olsun, borcu yerine getirmek zorunda olsa da, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması imkanı TBK. m. 138 ile mümkündür[30].

Aşırı ifa güçlüğü ile edimler arasındaki dengenin bozulması şeklinde işlem temelinin çökmesi halleri ise birbirine yakındır. Aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıktığı pek çok durumda da edimler arası denge de bozulmuş olacaktır. Ancak bu iki kavram her zaman birbiri ile örtüşmez. Aşırı ifa güçlüğü, sadece borçlunun başvurabileceği bir işlem temelinin çökmesi halidir. Oysa, edimler arasındaki dengenin bozulması halinde hem borçlu hem de alacaklı sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilmektedir. TBK. m. 138, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması imkanını sadece borçluya tanımıştır[31].

Sözleşme ile ifası kararlaştırılan ama sözleşmenin kurulmasından önce göle düşen yüzük örneğinde, yüzüğün ifasının aşırı derecede güçleşmesinden mi yoksa imkânsızlaşmasından mı bahsedilecektir? Gölü boşaltarak ve detektör kullanarak yüzüğün bulunması fazlasıyla güç olsa bile teknik açıdan mümkündür. § 275 (1) BGB (Alman Medeni Kanunu) açısından, sözleşmenin ifası imkansız değildir. Ancak, gereken çaba fedakarlık, yüzüğün değerine ve alacaklının sözleşmede aynı kalan çıkarına göre oldukça orantısızdır. Dolayısıyla alacaklının yüzüğü elde etmesindeki menfaati arka planda kalmalıdır. İfa imkansız olmamakla birlikte ifa için gereken çaba, alacaklının sözleşmenin ifasındaki çıkarıyla tamamen orantısız ise işlem temelinin çöktüğü varsayılır[32].

Aşırı ifa güçlüğünün uygulanma olasılığı, işlem temelinin çökmesi-

30 ALTUNKAYA, s. 82.

31 BAYSAL, s. 154.

32 ROSLER, Hannes, "Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar", Çeviren: Tülay Aydın Ünver, İÜHFM. , C. LXVI, S. 1, 2008, s. 358, www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/issue/archive, e.t.: 26.03.2017.

nin diğer hallerine göre daha düşüktür. Aşırı ifa güçlüğünde, ifanın güçleşmesi aranırken, edimler arası dengenin bozulmasında veya sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkmasında ifanın güçleşmesi aranmaz, edimler arası dengenin ne derece bozulduğuna ve amacın ne derece boşa çıktığına bakılır[33].

D. Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi

1. Dar Anlamda Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi

Türk Hukukunda uyarlama, dar anlamda uyarlama ve geniş anlamda uyarlama olmak üzere ikiye ayrılır[34].

Dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi, hakimin kendi yarattığı kurucu etkili bir kuralla mevcut sözleşmeyi değiştiren veya ortadan kaldıran kararıdır. Diğer bir ifadeyle, hakimin sözleşmeden doğan uyuşmazlığı, sözleşmenin dışında kendisinin koyduğu bir kuralla çözmesine "dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi" denir[35].

EREN, sözleşmenin içeriğinin değişiklere uyarlanmasını "dar anlamda uyarlama"; sözleşmenin hem içeriği hem de süresi yönünden yeni şartlara uyarlanmasını ise "geniş anlamda uyarlama" olarak ifade etmekte ve uyarlama kavramının geniş anlamda uyarlama olarak algılanması gerektiğini belirtmektedir[36].

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması, çeşitli şekillerde olabilir. Edimin konusunun değiştirilmesi, yükseltilmesi veya azaltılması, ifa zamanının veya yerinin değiştirilmesi gibi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesine, muacceliyet tarihinin ertelenmesi, taksitlerin yeniden düzenlenmesi, kısmi ifaya izin verilmesi

[33] BAYSAL, s. 155.

[34] EREN, s. 482.

[35] KAPLAN, s. 25.

[36] EREN, s. 482; ARAT, s. 190-191.

veya ifa yerinin yeniden tespiti örnektir. Uygulamada en çok karşılaşılan ise taraflardan birinin ediminin düşürülmesi ya da yükseltilmesidir. Örneğin; kira sözleşmelerinde, kiralanan yerin değişen koşullar sonucu aşırı değerlenmesi sonucunda, kira bedelinin yükseltilerek giderilmeye çalışılması. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanabilmesi için ifanın konusunun mutlaka para borcu olması gerekmez[37].

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması, her zaman mağdur tarafın mağduriyetini ortadan kaldıracak şekilde olmalıdır. Örneğin edimin indirilmesi durumunda, indirim hiçbir zaman edimin konusunu ortadan kaldıracak boyutta olmamalıdır[38]. Türk Hukukunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 07.05.2003 tarih, 2003/13-332 E. , 2003-340 K. sayılı yabancı para üzerinden belirlenen kira bedellerinin nasıl uyarlanacağına ilişkin bir kararında bu konuda somut ölçütler getirmiştir[39]: "Sözleşmenin kurulduğu günden dava tarihine kadar geçen süre içinde, ülkemizin yerleşmiş ekonomik koşullarının etkisiyle sözleşmedeki yabancı paranın (dövizin) Türk parası karşısında normal artışlarla ulaşması gereken değeri bulunmalı, bulunan bu değer sözleşme gereği kiralayan yararına kabul edilmeli, daha sonra 2001 yılı Şubat ayında başlayan ve aralıksız şiddetini artıran umulanın üstündeki dolardaki artış ve buna bağlı ekonomik krizin tabii sonucu ortaya çıkan, sözleşmedeki yabancı paranın Türk parası karşısındaki dava tarihi itibariyle değer artışı tespit edilmeli, böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümler, kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve *amortisman giderlerindeki artışlar ile somut olayda görülebilen objektif etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmeli, sonuçta işlem temelinin çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı aleyhine bozulduğunun benimsenmesi halinde, kiracının ne miktar kira parasından sorumlu olacağı belirlenmeli, böylece sözleşmedeki kira parası, tarafların amacına uygun*

37 BAYSAL, s. 254.

38 BAYSAL, s. 255.

39 YHGK. , 07.05.2003 tarih, 2003/13-332 E. , 2003-340 K. , www.lexpera.com.tr, e.t.: 29.04.2017.

objektif iyiniyet, hak ve nesafet kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanmalıdır".

Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkünken, sözleşmenin sona erdirilmesi yolu tercih edilmemelidir. Çünkü, sözleşmenin sona erdirilmesi ancak dar anlamda uyarlamanın münkün ya da amaca uygun olmaması halinde söz konusu olur[40]. Sözleşmenin dar anlamda uyarlanması için, sözleşme taraflarının her ikisinin de iradelerinin uyarlama yönünde olması gerekmektedir. Aksi takdirde, uyuşmazlık hakimin önüne gelmiş de olsa, hakim dar anlamda uyarlamaya karar verememektedir[41].

2. Geniş Anlamda Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi

Hakimin taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin yorumlanmasına, tamamlanmasına veya değişen şartlara uyarlanmasına yani değiştirilmesine ilişkin her kararı, geniş anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi olarak nitelendirilir[42].

Dar anlamda uyarlama, sözleşmenin içeriğindeki tarafların hak ve borçlarındaki değişiklikleri ifade ederken; geniş anlamda uyarlama sona erme de dahil olmak üzere sözleşmenin hem süresinde hem de içeriğinde değişiklik yapılmasını ifade eder[43].

E. Hakimin Müdahalesinin Sınırı

Hakim, kendi koyduğu kurallarla sadece sözleşmede boşluk arzeden noktaları tamamlayabilir ve tarafların sözleşmenin kuruluşu sırasında istedikleri ancak karşılıklı anlaşmaya varamadıkları hususlara yeni bir biçim verebilir[44]. Hakim, uyarlama kriterlerinin oluştuğunu görürse

[40] BAYSAL, s. 257-258.

[41] GÜLEKLİ, s. 65; BAYSAL, s. 256-257.

[42] KAPLAN, s. 21; EREN, s. 482.

[43] ARAT, s. 190; BAYSAL, s. 252-258; KAPLAN, s. 122.

[44] KAPLAN, s. 107.

sözleşmeyi ya sona erdirerek taraflar arasındaki ilişkiye son verir ya da değişen şartlara uyarlayarak ifa güçlüğündeki tarafın yükünü hafifletir[45].

Uyarlama talebi önüne gelen hakim, bu talebin haklı olup olmadığını araştırmalı; gerek kriterlerin oluşup oluşmaması gerekse uyarlama yapılıp yapılmaması bakımından dikkatli ve özenli davranmalıdır. Çok sıkı bir şekilde sözleşmenin her şart altında uygulanmasına yol açmaması gerektiği gibi uyarlama yoluna başvurmayı sözleşmeden kurtulma haline getirecek kadar da gevşek davranmamalıdır[46]. Hakim uyarlama yaparken, tarafların farazî iradelerini araştırmaz; dürüstlük kuralının objektif ölçüsünden yararlanır[47]. Diğer bir deyişle; hakim, tarafların iradesi gibi sübjektif bir ölçüye değil; hakkaniyet gibi objektif ölçülere dayanmak durumundadır.

Hakim, ancak var olan ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi uyarlayabilir. Eğer taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususu ihtilaflı ise, artık sözleşmenin tamamlanmasından bahsedilemeyeceği için uyarlama yoluna da gidilemeyecektir[48].

Hakimin, kural olarak taraflardan birini kanunda öngörülmemiş yan yükümlülüklerin tamamlanması yoluyla yükümlü kılmaması gerekir. Yine hakim kararı ile karşı taraf lehine hak yaratıp sözleşmedeki risk dağılımını onun lehine çevirmek mümkün olmamalıdır[49].

Şekle bağlı sözleşmelerde, sözleşme şekle uygun değilse bu durumun hakim tarafından re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine dikkate alınması gerekiyorsa, bunun uyarlanmasından da söz edilemeyecektir[50].

---

45 ARAT, s. 187.

46 ARAT, s. 187.

47 ARAT, s. 190.

48 KAPLAN, s. 109-110.

49 KAPLAN, s. 111.

50 KAPLAN, s.112.

Hakim uyarlama ile adil bir sonuca ulaşamayacağına kanaat getirirse sözleşmeyi sona erdirir. Zira sözleşmenin sona erdirilmesi de bir tür uyarlamadır. Ancak bu kararı vermesinde tarafların iradeleri de bir dereceye kadar önemlidir. Eğer taraflar, sözleşmenin uyarlanmasını istiyorlarsa, hakim sona erdirme kararı veremez. Ancak taraflardan biri uyarlama talebinde bulunuyor diğeri ise istemiyorsa hakim, borçlar hukukunda sözleşmenin ayakta tutulması esas olduğu için, önce uyarlama yoluna gidecektir[51].

F. Sözleşmenin Uyarlanmasının TBK.'da Özel Olarak Düzenlendiği Haller

1. Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması ve İfadan Kaçınma (TBK. m. 296)

Bağışlama sözü verme bir sözleşmedir ve bununla söz veren kişi, bağışlanan kişiye karşılıksız bir kazandırmada bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak, söz veren kişinin ekonomik durumu sonradan değişse bile, kural olarak sözleşmeden doğan edimini yerine getirmesi gerekir. Ancak TBK. m. 296'ya göre; *"bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir:*

Elden bağışlanılan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa.

Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse.

Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaşmışsa.
Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar".

[51] ARAT, s. 194-195.

Sözleşmenin kurulmasından sonra bağışlama sözü verenin, mali durumu önceden öngörülmesi mümkün olmayacak şekilde -sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için ağır kılacak ölçüde- bozulursa, değişen bu ağır koşullar karşısında ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.

2. Yabancı Para ile Kira Bedeli Kararlaştırılması Halinde (TBK. m. 344 vd.)

TBK.'nın 344. maddesinin dördüncü fıkrasında, sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı; ancak, TBK.'nın, "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138. maddesi hükmünün saklı olduğu düzenlenmiştir.

Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise "Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır." şeklindedir. TBK. m. 138 / f. 2'de tesis edilen bu açık hüküm uyarınca, döviz kurundaki ani değişikliklerin de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gerektiği söylenebilir. Fakat ilgili hükmün uygulanması için gerekli koşullardan birisi olan "öngörülemezlik" koşulu nedeniyle, gerek eski kanun gerekse yeni kanun döneminde de, uygulamada bu hususta Yargıtay'ın farklı kararlar verdiği görülmektedir.

Yargıtay, verdiği kararlar ile bu konuda birbirine zıt iki farklı görüş geliştirmiştir. Yargıtay, "birinci görüş"e göre verdiği kararlarda, döviz kurundaki ani değişikliğin "öngörülemez" olması durumunda, TBK. m. 138'in açık hükmünün uygulanacağını ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabileceğini söylerken; "ikinci görüş"e göre verdiği kararlarda ise, Türkiye'nin ekonomik yapısı ve dinamikleri göz önüne alındığında, döviz kurundaki ani değişikliklerin "öngörülemez" olmasının mümkün olmadığını, dolayısıyla yabancı para borcu altına giren kişinin döviz kurundaki değişikliklerin riskini de almış olduğunu söylemektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 28.10.2013 tarihli ve 2013/11149 E. , 2013/26086 K. sayılı kararında şu ifadelere yer vermiştir[52]:

[52] www.kararara.com, e.t.: 01.05.2017.

"Ülkemizde 1994 ve 2000 yıllarında yaşanan ekonomik krizlerden sonra yabancı para kurlarındaki değişkenlik herkesçe bilinir ve öngörülebilir bir hale gelmiştir. Esasen ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük çoğunluğu tarafından bilinen bir olgudur. Ortalama bir tüketici için kurdaki dalgalanma öngörülemez değildir. Türkiye'de belli aralıklarla milli paranın döviz karşısında değer kaybettiği, son 10 yılda en çok kullanılan Dolar ve Euro karşısında toplumun tüm kesimlerinin katlanamayacağı bir devalüasyon yaşanmadığı kabul edilmekte olup diğer ülkelerde dahi döviz paritelerinin günlük değiştiği de keza herkesçe bilinmektedir. Kaldı ki son yıllarda ekonomi uzmanlarının milli paraya güven telkin eden yaklaşımlarına itibar edilmeyerek sözleşme tarihinde TL. ile konut kredisi kullanmak yerine uzun süredir kur artışı yaşamayan Japon yenine endeksli konut kredisine yönelmek, sözleşmede yer alan "kur artışının müşteriye ait olacağı" yolundaki kaydın haksız şart olmadığı gerçeği karşısında davacının dövizdeki dalgalanmayı öngörmeyeceği söylenemez."

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 09.06.2005 tarihli ve 2005/1874 E. , 2005/9749 K. sayılı kararında da; ülkemizdeki ekonomik krizlerin öngörülebilir olduğu gerekçesiyle, dövize endeksli kredi sözleşmelerinin uyarlanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir[53]:

"Ülkemizde yıllardır süren enflâsyon eşya fiyatlarında beklenilenin üzerindeki artışlar Türk Parasının yabancı paralara karşı sürekli değer kaybetmesi toplumun yaşamını ağırlaştırmakta ve huzursuzluk kaynağı olmaktadır, işte bu açık olgu karşısında kredi veren bankaların enflâsyonun rizikolarından korunmak amacıyla dövize endeksli kredi sözleşmeleri düzenledikleri bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, belli ekonomik dar boğazlardan sonra meydana geldiği de bilinen bir gerçektir. Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına girenlerin ülkedeki geçmişte yaşanan yüksek enflâsyon ve ekonomik krizler karşısında dövizle borçlan-

53 YILMAZ, Süleyman, "Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı", AÜHFD. , 59 (1) Ankara, 2010, s. 143, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1504/16589.pdf, e.t.: 01.05.2017.

mada bu tür artışların yaşanabileceğini öngörmesi, dövizin seyri karşısında davalının bunu tahmin etmesi gerekir. Kaldı ki davanın dayandırıldığı olaylardan sonra dövizin seyri karşısında da işlem temelinin de çökmesinden bahsedilmesi mümkün değildir."

Öte yandan; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2014 tarihli, 2013/16898 E. , 2014/18895 K. sayılı bir başka kararında ise,

"Davacı, 22/05/2008 tarihinde İsviçre Frangı'na (CHF) endeksli konut finansman kredisi kullandığını, krediyi kullandığı tarih ile gelinen tarih arasında aşırı derece kur farkı oluştuğunu bu nedenle kredi taksitlerini ödemede zor duruma düştüğünü ileri sürerek öncelikle sözleşmenin geçerli olup olmadığının tespitini, şayet geçerli olduğu tespit olunur ise sözleşme şartlarının mevcut duruma uyarlanmasını istemiştir. Dava tarihi itibariyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte bulunup, dövizle borçlanmalarda uyarlama istenebileceği gözetilmelidir. Mahkemece, dövizle borçlanmalarda Türk Lirasının değer kaybettiğinin kolayca bilinebilecek ve öngörülebilecek bir husus olduğu vurgulanmıştır. Ancak, bu sonuca varılırken, hangi objektif kriterlerin bulunduğu açıklanmamış, sadece önceki krizler gösterilmiştir." şeklinde önceki kararına zıt olarak, birinci görüş doğrultusunda bir karar verdiği görülmektedir[54].

Döviz kurundaki ani değişiklerin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını gerektirip gerektirmeyeceği, "öngörülemezlik" koşulu hakkındaki Yargıtay'ın farklı görüşleri sebebiyle; eski Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi, TBK. m. 138'de düzenlenen açık hükme rağmen, Yargıtay kararları ışığında da kesin olarak cevap bulamamaktadır.
Kanaatimizce, döviz kurundaki değişikliklerin, Türkiye'de her zaman öngörülebilir olduğunu kabul etmek yerine, her somut olay üzerinde inceleme yapmak daha isabetli bir karar olacaktır.

[54] www.kazanci.com, e.t.: 25.04.2017; ayrıca bkz. Yargıtay Kararları, "Yargıtay 6. HD. , 19.01.2015 tarih, 2014/13531 E. , 2015/415 K." , İBD. , Mayıs-Haziran, 2015, C. 89, S. 2015/3, s. 363, http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20153.pdf, e.t.: 01.05.2017.

3. Olağanüstü Durumlarda Kira Bedelinden İndirim (TBK. m. 363 vd.)

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra, koşullar ne kadar olumsuz bir şekilde değişirse değişsin, kiracı kira bedelini ahde vefa ilkesi uyarınca aynen ifa ile yükümlüdür. Ancak TBK. m. 363 ürün kirasında, sözleşmenin kurulmasından sonra olağanüstü felaket veya doğal olaylar yüzünden tarımsal taşınmazdan ürün elde edilmesi önemli ölçüde azalmışsa, kiracıya kira bedelinden orantılı bir miktar indirim yapılmasını isteme hakkı tanımıştır. Görüldüğü gibi, sözleşmenin akdedilmesinden sonra, önceden öngörülemeyen sebeplerle koşulların değişmesi sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına olanak vermiştir[55].

4. Eser Sözleşmesinde Götürü Bedel (TBK. m. 480)

Eser sözleşmesinde, bedelin götürü olarak kararlaştırıldığı hallerde (anahtar teslimi ya da sabit olarak) başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar dolayısıyla, işi aynı ücrete yapmak mümkün olmazsa yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir[56]. Kanuna göre, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilmektedir.

Eser sözleşmesinde ifanın aşırı derecede güçleşmesi, masraf artışından başka bir nedenden meydana gelmişse de, genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 138 hükmüne dayanılarak uyarlama talep edilebilecektir[57]. TBK.'nın 480. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, götürü bedelin belirlenmesinden sonra eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş

55 KILIÇOĞLU, s. 158; Bilgi Bankası, İstanbul Barosu Yargıtay Karar Arşivi, YHGK. , 27.01.2010 tarih, 2010/14-14E. , 2010/15 K. , http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/karar/kira-uyarlamasi-o-felaketli-vakalarda-tenzil-o-clausula-rebus-sic-stantibus-ilkesi-o-yargicin-mudahalesi/NXjJ, e.t.: 02.05.2017; (Kısaltma; BAYSAL, TBK. m. 480 değerlendirmesi).

56 OĞUZMAN/ÖZ, s. 449.

57 BAYSAL, Başak, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. maddesinin Değerlendirilmesi", İÜHFM. , C. LXIX, S. 1-2, İstanbul, 2011, s. 481, http://www.journals.istanbul.edu.tr, e.t.: 02.05.2017.

olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür. Bu düzenleme karşısında, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen durumlar sonucu belirlenen götürü bedel, harcanan emek ve masraftan çok daha yüksek kalmışsa, doktrindeki görüşe göre, TBK. m. 480/f. 3 iş sahibinin uyarlama talebine engel teşkil etmemeli, iş sahibi genel hüküm niteliğinde olan TBK.'nın 138. maddesine dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmelidir[58].

III. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASININ UNSURLARI

A. Kanunda ve Sözleşmede Değişen Koşullara İlişkin Herhangi Bir Hükmün Bulunmaması

Sözleşmede veya kanunda uyarlama kuralları bulunmadığı takdirde, sözleşmede uyarlama boşluğu söz konusu olur. Hakim, uyuşmazlık halinde bu boşluğu doldurmak ve sözleşmeyi değişen şartlara kendi koyduğu kuralla uyarlamak zorundadır. Bu tür uyarlamaya yargısal uyarlama denir[59].

Uyarlama boşluğu karşısında hakim, TMK. m. 2/f. 1'de düzenlenen dürüstlük kuralı kapsamında tarafların menfaatini ve diğer her türlü hal ve şartları göz önünde tutarak somut olayı çözümlemelidir. TMK. m. 2/f. 1'e göre; "*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*". Sözleşmenin yerine getirilmesinde kural ahde vefa ilkesidir; ancak bu ilkenin sınırını dürüstlük kuralı çizer. Dolayısıyla dürüstlük kuralı, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanıp uyarlanmaması veya nasıl uyarlanması gerektiği konusunda hakime yol gösterici temel bir ilkedir[60].

58 BAYSAL, TBK. m. 480 değerlendirmesi, s. 482.

59 EREN, s. 484-485.

60 ARAT, s. 187.

Sözleşmedeki şartların öngörülemeyecek biçimde ve edimler arası dengeyi bozarak sonradan değişmesi durumunda, karşı tarafın ifayı hâlâ sözleşmede kararlaştırılan haliyle talep etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır[61].

Hakimin sözleşmeye yönelik karar vermesinde, "tarafların farazi iradesi" önemli bir yardımcı kaynak olacaktır[62]. Hakim tarafların farazi iradesini; sözleşmenin kuruluşu sırasında düzenlemiş olsalardı nasıl bir hüküm koymak isteyebileceklerini araştırarak tespit edecektir. Yani hakim, dürüst, ortalama, makul kişilerin benzer durumlarda alışılmış objektif değer ölçüsüne göre neyi kararlaştıracaklar ise, sözleşmedeki risk boşluğunu da buna göre doldurmak suretiyle uyarlama yapmalıdır[63]. Bu kapsamda hakim, tarafların edim yükümlülüklerinin artırılması veya azaltılması şeklinde veya sözleşmenin taraflarına dönme veya fesih hakkı tanımak suretiyle sözleşme boşluklarını doldurmalıdır[64].

B. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Taraflarca Öngörülmeyen ve Öngörülmeside Beklenmeyen Olağanüstü Bir Durum Değişikliğinin Varlığı

Sözleşme koşullarında meydana gelen değişiklikler savaş, ekonomik kriz, devalüasyon, doğal afetler gibi öngörülemez nitelikte olmalıdır. Ayrıca sadece şartların değişmesi yeterli değildir; bu değişikliklerin ilgili taraf üzerinde ciddi ve ağır sonuçlar da doğurmuş olması gerekir. Bir değişikliğin ne zaman ve nasıl etkili olduğu konusunda genel bir tanımlama yapmak yanlış olacaktır. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine bakılarak karar verilmelidir[65].

---

[61] ARAT, s. 170.

[62] KAPLAN, s. 156.

[63] TOPUZ, s. 324; KAPLAN, s. 156-157.

[64] TOPUZ, s. 322.

[65] ARAT, s. 95.

ARAT'a göre; şartlarda sonradan meydana gelen değişikliklerin olağanüstü nitelikte olması gerekli değildir. Bu nitelikte olmayan değişikliklerin de diğer kriterlerin bir arada bulunması şartıyla uyarlanmasına imkan verilmelidir. Ancak bu durum olağanüstü nitelikteki değişikliklerin sözleşmeye etkisini ortadan kaldırmaz. Bu sebeple hangi hallerin olağanüstü nitelikte olduğunun ve bu nitelikte olmayan değişikliklerin de hangi hallerde sözleşmeyi etkileyeceğinin tespit edilmesi gerekir[66]. Yargıtay ise birçok kararında sözleşmenin değişikliği için olağanüstü koşulların varlığını aramaktadır[67].

C. Uyarlama İsteyen Tarafın (Borçlunun) Kusurunun Bulunmaması

TBK. m. 112 ve m. 136 gereği, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da imkansız olması hallerinde borçlu borcundan ancak hiçbir kusuru yoksa kurtulabilmektedir.

Bir sözleşme için uyarlama talebinde bulunan tarafın, kusurunun bulunmaması gerekir. Uyarlamada kusur iki şekilde değerlendirilmelidir. Birincisi şartların değişmesinde, ikincisi edimin ağırlaşmasında ortaya çıkar[68].

Şartların değişmesine kendi kusuruyla sebep olan taraf, uyarlama talep edemez. İkinci olarak kusur, edimler arasındaki dengesizliğin aşırı bozulmasında ortaya çıkar. Burada özellikle tarafların davranışları önem taşır[69]. Örneğin, durumun daha fazla ağırlaşmasını önlemek için gereken her türlü tedbir alınmamışsa, ifa hazırlıkları ihmal edilmişse, alacaklı borçlunun vaktinde ifasına imkan vermemişse kusur unsuru oluşmuştur[70].

66 ARAT, s. 96 vd.

67 Yargıtay 13. HD. , 28.10.2013 tarih, 2013/11149 E. , 2013/26086 K. ; Yargıtay 6. HD. , 07.04.2016 tarih, 2015/7802 E. , 2016/2888 K. , www.kazanci.com, e.t.:26.04.2017.

68 ARAT, s. 135-136.

69 EREN, s. 486.

70 ARAT, s. 136.

Kanunda sadece "borçlu" ifadesinin geçmesi, alacaklının sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyeceği gibi yanlış bir yoruma yol açabilir. Kaldı ki kanun koyucu, TBK. m. 344 hükmü ile TBK. m. 138'e açıkça atıf yapmıştır. TBK. m. 344, hem kiracı hem de kiraya veren açısından düzenlenirken, 138. maddedeki düzenlemenin ise sadece "borçlu" açısından düzenlendiğini söylemek ya da bu şekilde anlamak yanlış olacaktır. Bu nedenle TBK. m. 138'de yer alan düzenlemeyi, sadece bir ifade hatası olarak görmek ve alacaklının da (mağdur tarafın) uyarlama talep edebileceğini kabul etmek gerekir[71].

D. Tarafların Yüklendikleri Edimler Arasındaki Dengenin Dürüstlük Kuralına Aykırı Şekilde (Borçlu Aleyhine) Aşırı Ölçüde Değişmiş Olması

Sonradan gerçekleşen ve sözleşmenin şartlarını değiştiren olay, edimler arasındaki eşitlik ve dengeyi önemli ölçüde bozmuş olmalı ve objektif yönden ağır bir oransızlık meydana getirmelidir. Edimler arasındaki denge, önemli ölçüde değişmiş veya ifa güçlüğü aşırı derecede ağırlaşmışsa, hakim uyarlamaya karar verebilir[72].

Edimler arasındaki dengenin ağır şekilde bozulup bozulmadığı belirlenirken tarafların sübjektif durumu dikkate alınmaz. Yani tarafların ekonomik durumu, iflasa düşecek olmaları ya da gabine maruz kalmaları önem taşımaz. Sayılan bu haller, uyarlama yapılabilmesi için aranan birer şart değildir. Aksi takdirde, ekonomik durumu iyi olan birinin uyarlama talep edemeyeceği gibi adil olmayan bir sonuç çıkar[73].

E. Edimin Henüz İfa Edilmemiş veya İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Haklar Saklı Tutularak İfa Edilmiş olması

TBK. m. 138'e göre; edimler ifa edilmiş, özellikle borçlu borcunu yerine getirmiş veya ifanın aşırı derecede güçleşmesinden doğan hakla-

71 DOĞAN, s. 23.

72 EREN, s. 486.

73 ARAT, s. 114-115.

rını saklı tutmadan ifada bulunmuşsa uyarlama söz konusu olmayacaktır. Çünkü ifa, borcun ve sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Dolayısıyla mevcut olmayan bir borç için uyarlama söz konusu olamaz[74].

Ancak kısmi ifada ve çekince konularak yapılan ifada uyarlama talep edilebilir. Nitekim TBK. m. 138, ifanın aşırı derecede güçleşmesinden doğan hakların saklı tutulmak kaydıyla yerine getirilmesi halinde uyarlama istenebileceğini öngörmektedir[75].

Yargıtay ise verdiği kararlarda bu kritere dikkat etmekte ve herhangi bir kayıt konulmadan edim, ifa edilmişse uyarlama talebini reddetmektedir[76].

F. Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağı aslında her sözleşmede aranan bir kriterdir. Eğer edimler arasındaki dengenin bozulmasının nedeni, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen öngörülemeyen değişiklik ise -illiyet bağının varlığı halinde- sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün olacaktır[77].

Tüm bu şartların varlığı halinde, hakimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması talep edilebilecek; ancak bu mümkün değilse ani edimli borç doğuran sözleşmelerde "sözleşmeden dönme", sürekli edimli borç doğuran sözleşmelerde ise "sözleşmenin feshi" hakkı kullanılarak sözleşme sona erdirilecektir[78].

---

[74] ARAT, s. 123.

[75] EREN, s. 486.

[76] TEZCAN, s. 115; Yargıtay 13. HD. , 26.09.2012 tarih, 2012/3259 E. , 2012/21304 K. , www.kazanci.com, e.t.:06.10.2017.

[77] ARAT, s. 124.

[78] HAVUTCU, s. 336.

IV. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASINDA HAKİMİN GÖZÖNÜNDE TUTMASI GEREKEN ESASLAR

A. Kararın Yedek Çözüm Niteliğinde Olması

Doğruluk ve dürüstlük kuralı gereğince, taraflar değişen koşulların sözleşmeye etkisini karşılıklı anlaşarak çözmelidir. Dolayısıyla taraflar anlaşamadıkları takdirde, hakimin uyarlama yoluyla müdahalesi, devreye girecek yedek bir çözüm olmalıdır[79].

Taraflardan birinin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması talebi karşısında hakim, önce sözleşmede ve kanunda hüküm bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Eğer hüküm yoksa, o zaman hakim uyarlamanın gerekip gerekmediğini tespit etmelidir. Bu nedenle, değişen koşullar karşısında hakimin sözleşmeye müdahalesi, ikinci dereceden yardımcı – yedek çözüm olarak nitelenmektedir[80].

B. Kararın Sözleşmedeki Boşluğu Dolduracak Nitelikte Olması

Hakim sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin kararında, sadece sözleşme ile bağlantılı hususları göz önünde tutmalı; tarafların ekonomik durumları gibi genel nitelikteki durumlarını dikkate almamalıdır. Hakimin vereceği karar, sözleşmedeki boşluğu dolduracağından, söz konusu karar da sözleşmeye yönelik olmalıdır[81].

C. Tarafların Farazi İradelerinin Alınması

Öncelikle, "tarafların farazi iradesi" hakimin sözleşmeye yönelik karar vermesinde yardımcı bir kaynak olmalıdır. Burada tarafların farazi iradeleri, hakimin uyarlama yaparken kararına esas teşkil etmemelidir. Çünkü tarafların farazi iradelerini araştırmak sübjektif bir ölçüdür. Oysa uyarlamada dürüstlük kuralının objektif ölçüsü söz konusudur[82].

[79] KAPLAN, s. 156; ARAT, s. 192.

[80] KAPLAN, s. 145; ARAT, s. 188.

[81] DOĞAN, s. 26; KAPLAN, s. 156.

[82] ARAT, s. 190.

Hakim tarafların farazi iradesini, taraflar sözleşmede boşluk kalan hususu, sözleşmenin kuruluşu sırasında düzenlemiş olsalardı, nasıl bir hüküm koymak isteyebileceklerini araştırarak tespit edecektir. Yani hakim, tarafların gerçek iradelerini ölçü olarak kabul etmeyecek, doğru ve makul düşünen kimselerin ne amaçlamış olabileceğinin dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirmesini yapacaktır[83].

D. Kararın Hakkaniyet Esasına Göre Verilmesi

Sözleşmenin uyarlanmasının hukuki dayanağı, TMK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Hakim, şartlar oluşmuşsa öncelikle sözleşmeyi tarafların menfaatine en uygun şekilde uyarlamaya çalışır; ancak bunu yaparken de hakkaniyet gibi objektif ölçülere dayanmalıdır. Başka bir deyişle, hakim hem tarafların menfaatlerini hem de diğer her türlü hal ve şartları göz önünde tutarak hak ve nesafete göre kararını vermelidir[84].

E. Örf ve Adetin Dikkate Alınması

Kanunda uyarlayıcı normlar yanında istisnai bazı örf ve adet kuralları da bulunabilir. Böyle bir durumda hakim, bu normlarla bağdaştıkları oranda uyarlama boşluğunu örf ve adet kuralları ile doldurur[85].

Hakim uyarlama yaparken sözleşmenin içeriği ile uyumlu örf ve adet kurallarını dikkate alacaktır[86].

F. Kıyas Yoluna Başvurabilmesi

Hakim bazı durumlarda, sözleşmedeki boşluğu doldurmak için genel ve soyut nitelikte kural yaratırken, kıyas yoluna başvurabilir[87]. Bu

[83] KAPLAN, s. 156-157.

[84] ARAT, s. 192; KAPLAN, s. 157.

[85] EREN, s. 484.

[86] DOĞAN, s. 27; KAPLAN, s. 157.

[87] KAPLAN, s. 157.

boşluk, TMK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket edilerek doldurulacaktır[88].

V. HAKİM TARAFINDAN YAPILAN UYARLAMANIN SONUÇLARI

A. Sözleşmenin Uyarlanması

Sözleşmenin uyarlanması, sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını fiilen ya da hukuken imkansız hale getiren sebeplerle, sözleşmenin yeni koşullara uygun hale getirilmesini ifade eder[89].

TBK. m. 138'de yer alan düzenleme ile, sözleşmenin ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi halinde borçluya sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ya da sözleşmeden dönmeyi talep hakkı tanınmıştır. Madde metni açıkça "… hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir." şeklindedir. Bu nedenle, borçlunun burada bir seçimlik hakka sahip olduğu söylenememelidir.

Hakim nasıl bir uyarlama yapacağı konusunda serbesttir; ancak somut olayın özelliklerini dikkate alarak hakkaniyete en uygun uyarlamayı yapmak ve kararını sözleşmenin içeriğiyle uyumlu sebeplere dayandırmak zorundadır[90].

Hakim, kendi koyduğu kurallarla uyarlamayı yaparken ya sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına, örneğin satış, eser veya kira bedelinin artırılmasına, sözleşme süresinin uzatılmasına ya da kısaltılmasına yahut sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesine (feshine) veya aynen muhafazasına karar verir. İlk halde, olumlu uyarlama yani sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması; ikinci halde ise olumsuz uyarla-

[88] TOPUZ, s. 85-86.

[89] KILIÇOĞLU, s. 157.

[90] ARAT, s. 192.

ma yani sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının reddi söz konusu olur[91].

Doktrinde, uyuşmazlık durumunda, hakimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararının ne olacağı konusunda bir fikir birliği mevcut değildir[92]. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, uyarlama hakkının mahkemeye başvurulup dava açılarak kullanılması gerekir. Böylece, en baştan hakimin denetimi sağlanmış olacaktır. Bu nedenle, uyarlama hakkı, hakim kararı ile kullanılacağından her durumda inşai, yenilik doğuran bir karar olmalıdır.

B. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Sözleşmenin sona erdirilmesi de bir tür uyarlamadır. Sona erme, sürekli borç doğuran sözleşmelerde fesih; ani edimli sözleşmelerde ise dönme şeklinde sonuç doğurur.

Hakim, sözleşmenin uyarlanmasında, taraflar uyarlama talep ediyor ve bunun sonuçlarına razı olduğunu, sözleşmeyi yeni şartlarla da ifaya hazır olduğunu ifade ediyorsa, "tarafların iradesi söz konusu olduğundan" sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermemek gerekir[93]. Taraflardan biri uyarlama isterken diğer taraf sözleşmenin sona erdirilmesini istiyor ise hakim, Borçlar Hukukunda sözleşmenin ayakta tutulması esas olduğundan, öncelikle sözleşmeyi uyarlamaya çalışır[94]. Fakat sözleşmenin her iki tarafı da sona erdirilmesini seçmişse, hakim uyarlama yoluna gidemeyecektir. Yine aynı şekilde taraflar, sözleşmenin devam etmesini, ayakta kalmasını istiyorlarsa hakim, sözleşmenin sona erdirilmesi yoluyla uyarlama yapamayacaktır. Zira hakimin tarafların talepleriyle bağlı olması gerekmektedir[95].

91 EREN, s. 486; ayrıca bkz. ARAT, s. 193.

92 Bu konuda farklı görüşler için bkz. TOPUZ, s. 326 vd. ; BAYSAL, TBK. m. 480 değerlendirmesi, s. 483; KAPLAN, s. 154.

93 EREN, s. 486-487.

94 ARAT, s. 195.

95 KAPLAN, s. 155.

Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler (TBK. m. 125/f. III). Dolayısıyla sözleşme, geriye etkili olarak ortadan kalkar[96].

Sözleşmenin feshinde ise, fesih hakkının kullanılmasından önce tarafların yerine getirdikleri edimlerin iadesi gerekmeyecek; aksine fesihten sonra yerine getirilmiş bir edim varsa iade talebi mümkün olacaktır. Bu nedenle, fesihte ise kurulmuş olan bir sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkar[97].

C. Tazminat

Sözleşmenin sona erdirilmesi, ağır bir durumdur. Sözleşmedeki riskin bir taraftan alınıp diğer tarafa yüklenmesi yerine dengeli bir şekilde paylaştırılması amacıyla tazminata hükmedilmektedir. Çünkü amaç, sözleşme adaletini sağlamak ve krizden doğan zararı taraflar arasında hakkaniyete uygun bir şekilde paylaştırmaktır. Kural olarak tazminatın doğabilmesi için kusur şarttır. Ancak burada sözleşme, tarafların kusuru nedeniyle değil; kendi iradelerinin dışında meydana gelen bir olay sonucu ifa edilememektedir. Sözleşme adaletini koruyabilmek için yapılan sona erdirme, yine aynı sebeple ödeme yükümlülüğü doğurmaktadır. Bu yükümlülük de, şartların değişmesi sonucunda meydana gelen zararın taraflarca paylaşılması gereğinden ortaya çıkmaktadır[98].

Her somut olayı kendi içinde şartlarıyla değerlendirmek gerekir. Bu bakımdan, her olayda tazminata hükmetmek gerekmeyebilir. Tazminata hükmedilmesi halinde, söz konusu borçlunun ödeyeceği tazminat, alacaklının sözleşmenin ifasına yönelik olarak yaptığı masrafları karşılamalıdır. Örneğin, vergi ya da harç yatırması, ifa hazırlıkları, hazırlıklar çerçevesinde işçi alımı, proje yapımı gibi. Ancak borçlunun yaptığı masraflar da tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır[99].

[96] EREN, s. 1120.

[97] KILIÇOĞLU, s. 52.

[98] ARAT, s. 195.

[99] ARAT, s. 196.

SONUÇ

Tüm hukuk sistemlerinde ahde vefa esastır. Buna göre; taraflar her ne şart altında olursa olsun sözleşmeyle kararlaştırılan edimlerini ifa etmekle yükümlüdürler. Sözleşme ilişkisinde asıl kural sözleşmeye bağlı kalmaktır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra uyarlama ya da dönme istisnadır. Ancak şartların değişmesi, kanunda ve sözleşmede herhangi bir hükmün bulunmaması durumunda, tarafların uyarlama yoluna gidebileceği kabul edilmektedir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflarca öngörülemeyen, öngörülmesi de beklenmeyen savaş, yüksek enflasyon, deprem, sel gibi doğal afetler, para değerinin büyük ölçüde düşmesi gibi olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları borçlu aleyhine değiştirir ve bu şartlarda aynen ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşerse borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır.

Öncelikle, her zaman sözleşmenin ayakta tutulması esasından hareket edilmeli; şayet bu mümkün olmazsa sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidilmelidir. Sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda, sürekli borç doğuran sözleşmelerde fesih; ani edimli sözleşmeler ise dönme söz konusu olacaktır.

Hakim, her somut olayın koşulları içerisinde hak ve nesafete göre en uygun uyarlamayı yapmalıdır. Sona erdirme, uyarlamaya göre daha ağır bir tedbir olduğundan meydana gelen zararı bir tarafa yüklememek için hakim bazen tazminata da hükmedebilir. Bu durumda da sözleşme adaletini sağlamak ve krizden doğan zararı taraflar arasında hakkaniyete uygun bir şekilde paylaştırmak en adaletli çözüm olacaktır.

KAYNAKÇA

ALTUNKAYA, Mehmet: "Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı", Doktora Tezi, Konya, 2004.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 2. B. , İstanbul, 2017.

ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. B. , Ekim 2016.

BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, 1. B. , İstanbul, Şubat 2009.

ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B. , Ankara, Ocak 2017.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. B. , Ankara, 2012.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1945.

HAVUTCU, Ayşe: "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar" Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 317-337.

İNAL, Tamer: "Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s. 13-53.

KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. B. , Ankara, 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B. , Ankara, 2003.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. B. , Ankara, 2017, (**KILIÇOĞLU,** 2017).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, SEROZAN, Rona, İfa/İfa Engelleri/ Haksız Zenginleşme, 6. B. , İstanbul, 2014.

NART, Serdar: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler - Özel Hükümler, Ankara, 2014.

NOMER, N. Haluk: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. B. , İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.B. , İstanbul, 2009.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Ocak 1993.

ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 2. B. , Bursa, 2005.

TEZCAN, Mehmet: "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.

TOPUZ, Seçkin: Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara, 2009.

TUNÇER, Polat: Borçlar Hukuku Temel Bilgiler, 1. B. , Ankara, Şubat 2016.

YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR

ACAR, Hakan: "Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü", EÜHFD. , C. XII, S. 1-2, 2008, s. 111-135, http://eski.erzincan.edu.tr /birim/HukukDergi/makale/2008_XII_6.pdf, e.t.: 25.04.2017.

BAYSAL, Başak: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. maddesinin Değerlendirilmesi", İÜHFM. , C. LXIX, S. 1-2, İstanbul, 2011, s. 477-484, http://www.journals.istanbul.edu.tr, e.t.: 02.05.20-17; (Kısaltma; BAYSAL, TBK. m. 480 değerlendirmesi).

Bilgi Bankası: İstanbul Barosu Yargıtay Karar Arşivi, YHGK. , 27.01.2010 tarih, 2010/14-14E. , 2010/15 K. , http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/karar/kira-uyarlamasi-o-felaketli-vakalarda-tenzil-o-clausula-rebus-sic-stantibus-ilkesi-o-yargicin-mudahalesi/NXjJ, e.t.: 02.05.2017.

DOĞAN, Gülmelahat: "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", s. 9-36, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358, e.t.: 25.04.2017.

GÜLEKLİ, Yeşim: "Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No:18, İstanbul, 1990, s. 43-69, www.journals.istanbul.edu.tr/iumhad/article/view/1023002478, e.t.: 15.04.20-17.

ROSLER, Hannes: "Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar", Çeviren: Tülay Aydın Ünver, İÜHFM. , C. LXVI, S. 1, 2008, s. 353-363, www.journals.istanbul.edu.tr /iuhfm/issue/archive, e.t.: 26.03.2017.

Yargıtay Kararları: "Yargıtay 6. HD. , 19.01.2015 tarih, 2014/13531 E. , 2015/415 K." , İBD. , Mayıs-Haziran, 2015, C. 89, S. 2015/3, s. 307-

492, http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20153.pdf, e.t.: 01.05.2017.

YILMAZ, Süleyman: "Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı", AÜHFD. , 59 (1) Ankara, 2010, s. 131-172, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1504/16589.pdf, e.t.: 01.05.20-17.

www.kararara.com
www.kazanci.com
www.lexpera.com.tr
www.yargidunyasi.com.tr

MAKALELER

İNTÖRN HEKİMLERİN TIBBÎ MÜDAHALELERİ SEBEBİYLE HUKUKÎ SORUMLULUK

▪ **Hasan PETEK***
▪ **Burak KEÇECİOĞLU****

Özet: İntörn hekimler, tıp fakültelerinin son sınıfında olan ve 12 ay boyunca öğretim elemanlarının gözetiminde tıbbî müdahalelere katılan, bazı tıbbî müdahaleleri bizzat yapan öğrencilerdir. Bu süreç, onların mezun olabilmeleri ve hekim sıfatını kazanabilmeleri için zorunludur. Bu sırada hastalara zarar vermeleri de mümkündür. Verilen bu zarardan idare olarak üniversite tüzel kişiliği sorumludur; fakat tazminatı ödedikten sonra, kusuru oranında intörn hekime rücu edebilir. İntörn hekimin korunabilmesi için, zorunlu meslekî sorumluluk sigortası kapsamına dâhil edilmesi gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: İntörn, hekim, tıbbî müdahale, üniversite hastanesi, sorumluluk, rücu, sigorta.

Abstract: Intern medical doctors are students who, have been attending medical responses for twelve months under supervision of instructors, are at the last year of medical faculty. This process is compulsory for graduation and to gain the title of a medical doctor. During this process it's possible to cause harm to the patients. From administrative perspective, the university's legal entity is responsible for the harm given by the intern medical doctors but after paying the compensation, university can recourse the compensation to the intern medical doctor according to the degree of the fault. In order to protect the intern medical doctor, it's necessary to add intern medical doctors to the scope of professional liability insurance.

Key Words: Intern medical doctor, medical doctor, medical attention, university hospital, liability, recourse, assurance.

* Prof. Dr., hpetek@yahoo.com
** Avukat, İzmir Barosu, burak.kececioglu@gmail.com

GİRİŞ

İntörn hekimler, tıp fakültelerinin son sınıfında (6.sınıfta) olan öğrenci statüsündeki kişilerdir. Hekim olarak mesleğe başlamadan önce bir yıl boyunca çeşitli alanlarda son eğitimlerini almak üzere, intörn hekim olarak görev yapmaktadırlar. İntörn hekimlerin hastanelerde kan alma, kan şekeri ölçme, tansiyon ölçme, damar yolu açma, laboratuvara hasta numunesi taşıma, ameliyatlarda ekartörlük yapma, serum takma, enjeksiyon yapma, dikiş atma, alçı yapma, sonda takma gibi birçok iş yaptığı görülmektedir. Henüz hekim olmadıklarından, öğretim elemanlarının gözetiminde yaptıkları tıbbî müdahaleler sebebiyle kendilerinin (veya öğretim elemanlarının) ya da görev yaptıkları tıp fakültelerinin (üniversitelerin) sorumlu olup olmadıkları veya hangi hükümlere göre sorumlu olacakları çalışmamızda incelenecektir. Bu soruya basit olarak, intörn hekimlerin henüz hekim olmamaları sebebiyle, yaptıkları tıbbî müdahalelerin hukuka uygun olmayacağı ve sorumluluk doğuracağı şeklinde cevap verilebilir. Fakat genel olarak, öğrencilerin pratik yaparak öğrenmelerini mümkün kılabilmek için, tıbbî müdahalelerine de belirli şartlarda izin verilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. İNTÖRN HEKİM KAVRAMI

İntörn kavramı İngilizce *"intern"* kelimesinden gelmektedir; Türkçe'de *"stajyer, asistan"* anlamlarını taşımaktadır.

İntörn hekimler, hekim unvanına sadece görevli oldukları (eğitim aldıkları) hastanede sahip olduklarından, dışarıda hekim sayılmadıklarından *"intern"* olarak adlandırılmaktadır. Aslında *"intern"* kelimesi *"stajyer"* anlamında olmasına rağmen, farklı bir ifade gibi kullanılmaktadır. Gerçekten de, tıp fakültesi dördüncü ve beşinci sınıf öğrencilerine stajyer denilmesine rağmen, altıncı sınıf öğrencilerine *"intern"* denilmektedir[1];

[1] Türkiye'de bir tıp fakültesinden mezun olabilmek için, altı yıl eğitim görmek gerekmektedir. Eğitimin ilk üç yılında öğrenciler tutum ve davranış hedefleriyle ilgili tıp tarihi ve etik, iletişim becerileri gibi sosyal konuların yanı sıra anatomi, histoloji, biyokimya, fizyoloji, tıbbî biyoloji ve genetik, farmakoloji, halk sağlığı gibi temel tıp bilimleri alanlarında teorik eğitim almakta, laboratuvar uygulamalarına katılmaktadır; bu süreçte, kliniklerdeki eğitimlere hazırlık olması amacıyla, eğitim programının yatay ve dikey entegrasyonuna ve

aslında bu öğrenciler de stajyer statüsündedir. Tıp fakültesi öğrencileri beş yıl boyunca öğrendiklerini, altıncı yılda gözden geçirerek, uygulama, artırma ve yoğunlaştırma imkânı bulmaktadır. İntörn eğitiminin amacı, öğrencinin beş yılda edindiği teorik ve pratik bilgileri tecrübeli öğretim üyeleri ve uzman hekimler denetiminde ve gözetiminde uygulayabilmesini ve geliştirmesini sağlamaktır; böylelikle intörn hekimler, poliklinik deneyimlerini artırma fırsatı bulurlar[2].

İntörn hekimler, anabilim dallarına bağlı olarak serviste yapılan vizitlere, anabilim dalı genelinde yapılan eğitim toplantılarına ve nöbet görevlerinin tamamına katılmakta; bunun dışında görevli olduğu servisteki hastanın, hastaneye başvurusundan çıkışına kadar tüm muayene, tedavi, klinik uygulama, bakım ve yönetimine sorumlu asistan, uzman hekim veya öğretim üyesi eşliğinde ve denetiminde bizzat katılmakta; hastanın poliklinik kartı ve dosyasının düzenlenmesi, anamnezi, fizik muayenesi, hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması, istenilen tetkiklerin takibi ve sonuçlarının hasta dosyasına ya da otomasyon programına kaydedilmesi, hastalığın seyir bilgilerinin dosyaya konması, hastanın alması gereken ilaçların hasta tabelasına yazılması, taburcu iş-

---

hekimlik becerilerine yönelik uygulamalara, simülasyon uygulamalarına yer verilmektedir. Öğrenciler, 4. ve 5. sınıfta kliniklerdeki stajlarda teorik eğitimin yanı sıra ağırlıklı olarak polikliniklere başvuran ve kliniklerde yatan hastalarla karşılaşmakta, öğretim elemanları eşliğinde tanı ve tedavi süreçlerini izlemektedir. İntörn hekimlik dönemi olan 6. yılda ise iş başında gözetim altında uygulamalı eğitim yürütülmektedir. İntörn hekimler eğitim sürecini ve bu kapsamdaki uygulamalarını eğiticilerin denetimi altında sürdürmekte, onların gözetiminde tıbbî bilgi ve becerilerini, klinik sorunlara çözüm getirme becerilerini, mesleksel değerlerini geliştirmeleri hedeflenmektedir (**Özan, Sema / Tımbıl, Sevgi / Bilgin, Ahmet Can / Şemin, Salih**: Hekimliğe Son Adım: İntörnlerin Çalışma ve Eğitim Ortamı, Eğitim ve Bilim 2015, Cilt 40, Sayı 180, s.290).

[2] Örneğin Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde intörn hekimler, on bir aylık süreçte stajlarını başta fakülte hastanesi olmak üzere çeşitli sağlık kuruluşlarında uygulamalı eğitimle yapmaktadır. Altı blok şeklinde düzenlenen rotasyonlarda, a) İç hastalıkları/kardiyoloji/göğüs hastalıkları, b) Çocuk sağlığı ve hastalıkları c) Kadın hastalıkları ve doğum d) Acil tıp/genel cerrahi e) Toplum sağlığı ve psikiyatri/nöroloji/kulak-burun- boğaz/seçmeli stajları yer almaktadır. Stajlarda intörn hekimlerden, geçmiş eğitim yıllarında edindikleri bilgi ve becerileri staj sorumlusu/danışman öğretim üyesi ya da öğretim elemanı sorumluluğunda uygulaması beklenmektedir. Uygulamalı eğitimde hem ayaktan gelen hem serviste yatan hastalara verilen tanı, tetkik, izlem, tedavilerin planlanması/uygulanması vb. etkinlikler yer almaktadır. Bu amaçla, intörn hekimler tarafından uygulanması hedeflenen beceriler/girişimler staj karnelerinde listelenmektedir. İntörn hekimlerin her bloktaki başarıları, hazırladıkları staj dosyaları, staj karneleri ve devam durumlarıyla değerlendirilmektedir. Staj karnesinde listelenen becerilerin uygulandığının intörn hekim tarafından beyanı ve danışman tarafından gözlenmesi ya da ilgili öğretim elemanının görüşü alınarak onaylanması gerekmektedir (**Özan/Tımbıl/Bilgin/Şemin**, s.290-291).

lemlerinin yapılması süreçlerine sorumlu asistan, uzman hekim veya öğretim üyesi eşliğinde ve denetiminde olmak üzere katılmakta; hastasını, sorumlu olduğu öğretim üyesine hazırlamakta; hasta ile öğretim üyesi ya da uzman hekim arasında bir köprü vazifesi görmekte; anabilim dalındaki ve bilim dalındaki tüm eğitim faaliyetlerine katılıp adeta bir asistan gibi hizmet vermekte; bulundukları kliniğin çalışma saatlerine uymaktadırlar. Bu bakımdan intörn hekimin neredeyse gerçek bir hekimden hiç bir farkı bulunmamaktadır. İntörn hekimin gerçek hekimden bir farkı, doğrudan reçete imzalama yetkisine sahip olmamasıdır; bir intörn hekim ancak yazdığı reçeteyi sorumlu öğretim üyesi ya da kıdemli servis asistanına imzalatarak yürürlüğe koyabilir. Bu sebeple intörn hekimleri, yetkileri kısıtlanmış hekimlere benzetmek mümkündür[3].

---

[3] http://www.nedir.com/int%C3%B6rn (Erişim Tarihi: 15.3.2017).
Birçok üniversitenin yönergelerinde, intörn hekimlerin görev ve yetkileri belirtilmiştir. Örneğin Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Doktorluk Yönergesi'nin 22. maddesine göre:
"(1) İntörn doktorun görev, yetki ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir.
a) İntörn doktor görevli olduğu servisteki hastanın, hastaneye başvurusundan çıkışına kadar tüm muayene, tedavi, klinik uygulama, bakım ve yönetimine sorumlu asistan, uzman doktor, öğretim üyesi eşliğinde ve denetiminde bizzat katılır. Bu nedenle hastanın poliklinik kartı ve dosyasının düzenlenmesi, tıbbî öyküsü, fizik muayenesi, hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması, istenilen tetkiklerin takibi ve sonuçlarının hasta dosyasına/otomasyon programına kaydedilmesi, hastalığın seyir bilgilerinin dosyaya konması, hastanın alması gereken ilaçların hasta tabelasına yazılması, taburcu işlemlerinin yapılmasına sorumlu asistan, uzman doktor veya öğretim üyesi eşliğinde ve denetiminde katılır. Bu görevlerin tam olarak yürütülmesi, ilgili öğretim üyesinin sorumluluğundadır.
b) İntörn doktor, hastanın sorumlu asistanının eşliğinde, hastasını sorumlu olduğu öğretim üyesine sunmak zorundadır. Bunun için serviste yapılmakta olan tüm vizitlere Anabilim Dalı Başkanlığının belirlediği program dâhilinde katılır.
c) İntörn doktor, hastanın takibinde gerekli olan tüm tetkikleri, ancak sorumlu asistan, uzman doktor veya öğretim üyesine onaylatarak isteyebilir.
ç) İntörn doktor doğrudan reçete imzalama yetkisine sahip değildir.
d) İntörn doktor, bulundukları kliniğin çalışma düzenine uygun olarak nöbetlere yukarıda belirtilen kriterlere göre katılır.
e) İntörn doktor hastane içindeki çalışmalarında kalite dokümanlarına uymak zorundadır.
f) İntörn doktor hasta ve yakınlarının haklarını bilmek; bunlara saygılı olmak ve hasta bilgileri gizliliği ilkesine uymak zorundadır.
g) İntörn doktor hiçbir şekilde hastaya, hasta yakınlarına ve diğer şahıslara hasta ile ilgili sorumlu asistan, uzman doktor veya öğretim üyesi bilgi ve denetimi dışında açıklama yapamaz, hasta hakkında tıbbî bilgileri aktaramaz.
ğ) İntörn doktor hasta ve yakınlarına sorumlu asistan, uzman doktor veya öğretim üyesi bilgi ve denetimi dışında eğitim veremez.
h) İntörn doktor acil durumlar haricinde hasta taşıyamaz. Ancak hasta bir personel tarafından taşınır iken ona eşlik edebilir.
ı) İntörn doktor (acil durumlar dışında) hiç bir şekilde hastaya ait numuneleri (kan, idrar, gaita, vs.) laboratuvarlara taşımakla yükümlü değildir.
i) Nöbetlerdeki çalışma görev ve sorumluluğu, günlük çalışmalardakine benzer şekilde yürütülür.
j) İlgili Anabilim Dalı çalışma karnelerinde belirtilen invaziv işlemleri hastadan sorumlu hekimin izniyle araştırma görevlisinin eşliğinde yapabilir. Yapılan invaziv işlemle ilişkili ortaya çıkacak tüm komplikasyon ve problemlerden hastanın uzman hekimi sorumludur."

II. İNTÖRN HEKİMİN TIBBÎ MÜDAHALEDE BULUNMA YETKİSİ VE HUKUKÎ STATÜSÜ

A) TIBBÎ MÜDAHALEDE BULUNMA YETKİSİ

Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kimseye hekim adı verilmektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hekimlik yapabilmek ve ne şekilde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.

Tıbbî müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade etmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[4] 4/g hükmüne göre de tıbbî müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder. Bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet bu kavrama dâhildir. Bu kapsamda, insan vücudunda gerçekleştirilen ve hastalıkları (patolojik ve fiziksel veya psikolojik nitelikli hastalıkları), acıları (fiziksel ve ruhsal duruma zarar veren uzun süren etkileri), vücuttaki zararları (hastalık olmayan şaşılık gibi durumları), vücuttaki şikâyetleri (mutlaka hastalıktan kaynaklanmayan menopoz veya hamilelik gibi durumları) veya ruhsal bozuklukları tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olarak hekimin yaptığı bütün müdahale ve tedavi amaçlı tedbirler tıbbî müdahale olarak ifade edilebilir. İyileştirme amacıyla yapılmasa bile, örneğin annenin sağlığını koruma amacına yönelik olmayan rahim tahliyeleri (kürtaj), suni döllenmeler, organ nakli ve cinsiyet değişiklikleri de tıbbî müdahale sayılmaktadır. Kişinin yaşamına, sağlığına ve cismani bütünlüğüne zarar vermesi muhtemel bazı anomalilerden kişileri uzak tutmak amacıyla yapılan müdahaleler de (örneğin bulaşıcı hastalıklara

[4] RG., 1.8.1998, S.23420.

karşı koruyucu aşı yapılması) tıbbî müdahale kapsamındadır. Hastaya ilaç yazılması, laboratuvar tahlilleri yapılması, röntgen filmi çekilmesi, hastanın gözlem altında tutulması, bir psikoloğun hastayla tedavi amacıyla konuşma yapması, hastanın tansiyon ya da ateşinin ölçülmesi, pansuman yapılması, damar yolu açılması gibi faaliyetler de tıbbî müdahale niteliğindedir. Görüldüğü gibi tıbbî müdahale faaliyetleri, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden, en ağır cerrahi müdahalelere (ameliyatlara) kadar uzanmaktadır[5].

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da[6], hekim ve diş hekimi olarak tıbbî müdahalede bulunabilmek için diploma sahibi olma şartı aranmaktadır. Bununla birlikte, henüz öğrenci statüsünde olan intörn hekimlere, belirli şartlar altında tıbbî müdahale yapma yetkisi verilmiştir (hatta tıp fakültesi öğrencilerine, mezun olabilmeleri bakımından tıbbî müdahalede bulunma zorunluluğu getirilmiştir)[7]. Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik'in[8] 3. maddesinin üçüncü fıkrasının (ç) bendinde, tıp eğitimi sonunda mezun olan hekimlerin, yetkililerin gözetiminde, hastanelerde gerçekleştirilecek yeterli klinik deneyime sahip olmaları

[5] Petek, Hasan: Sağlık Hukuku, 2.Bası, Ankara 2015, s.59, 87-88.

[6] RG., 14.5.1928, S.863.

[7] Avcı, Gökhan / Yılmaz Avcı, Kübra: İntörn Hekimler ve Diğer Stajyer Sağlık Personelinin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yetkisi (içinde: I.Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Editörler: Prof.Dr.Dr.h.c.Hakan Hakeri / Av.Cahid Doğan, İstanbul 2016), s.496.

[8] RG., 2.2.2008, S.26775. Yönetmeliğin 1. maddesine göre, bu Yönetmeliğin amacı; doktorluk, hemşirelik, ebelik, diş hekimliği, veteriner hekimlik, eczacılık ve mimarlık mesleklerine ilişkin yükseköğretim ön lisans ve lisans diplomalarının ve bu mesleklere sahip kişilerin meslekî yeterliliklerinin Avrupa Birliği üyesi ülkelerde tanınabilmesi için, bu alanlarda yürütülen yükseköğretim programlarının eğitim müfredatlarının ve eğitim sonunda kazanılması gereken bilgi ve beceri düzeylerinin belirlenmesidir.
Yönetmeliğin 3. maddesine göre ise, tıp eğitimine kabul edilebilmek için asgari lise mezunu olmak gerekir. Tıp eğitimi tıp fakültelerinde verilen asgari altı yıl ya da 5500 saatlik teorik ve pratik eğitimden oluşur. Tıp eğitimi sonunda mezun olan doktorların; a) Tıbbın dayandığı bilimler hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları; biyolojik fonksiyonların ölçülmesi, bilimsel olarak kanıtlanmış verilerin değerlendirilmesi ve data analizi prensipleri de dâhil olmak üzere bilimsel yöntemleri yeterli düzeyde anlayabilmeleri, b) Sağlıklı ve hasta bireyin yapısı, fonksiyonları ve davranışları ile bireyin fiziksel ve sosyal çevresi ile sağlık arasındaki ilişkiyi yeterli düzeyde anlayabilmeleri, c) Ruhsal ve fiziksel hastalıkların belirlenmesini sağlayabilecek ölçüde klinik disiplinleri ve uygulamaları hakkında ve hastalıktan korunma yöntemi, teşhis ve tedavi açısından ilaçlar ve üreme sistemi hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları, ç) Yetkililerin gözetiminde hastanelerde gerçekleştirilecek yeterli klinik deneyimine sahip olmaları, gerekmektedir.

gerektiği belirtilmektedir. Bu hüküm, hekimlerin eğitim sürecinde de bazı klinik uygulamaları gözetim altında yapmalarına yetki vermektedir. Görüldüğü üzere, henüz hekim olmamış kişiler bakımından bazı işlemlere sınırlı ölçüde izin verilmekte ve ayrıca mutlak olarak denetim altında yaptırılması şartı getirilmektedir. Üniversitelerin yönetmelik ve yönergelerinde de buna uygun şekilde hükümler yer almaktadır.

Bu sebeple, belirtilen düzenlemelere uymak şartıyla, intörn hekimlerin yaptığı tıbbî müdahaleler de hukuka uygun kabul edilmelidir. Fakat gözetim sorumluluğu olan kişiler intörn hekimin durumunu, eğitimini ve yeteneğini göz önünde bulundurmalı; intörn hekim de yapamayacağı bir görevi üstlenmemelidir. Aksi takdirde intörn hekim bakımından üstlenme kusurundan, gözetim yükümlülüğü olanlar bakımından ise tıbbî uygulama hatasından söz edilebilir[9]. Burada intörn hekim bakımından da hatalı tıbbî uygulama (malpraktis) sayılması gerektiği iddia edilebilir. Gerçek bir hekim tarafından yapılması hâlinde tıbbî uygulama hatası sayılan fiiller, intörn hekim tarafından yapıldığında bu şekilde değerlendirilmemektedir; çünkü intörn hekim bir meslek icra etmediğinden, bu fiilin kendisi için (meslekî anlamda) bir tıbbî uygulama hatası olarak değerlendirilebilmesi henüz mümkün değildir[10]. Gözetim yükümlülüğü bulunan öğretim elemanı ise, gözetimindeki intörn hekimin hatalı müdahalesini önlemediği için meslekî faaliyeti sonucu oluşan (kendi) tıbbî uygulama hatası sebebiyle sorumludur. Bununla birlikte, üstlenme kusurunun da bir tıbbî uygulama hatası türü olduğu[11], hekimlerin de üstlenme kusuru şeklinde bir tıbbî uygulama hatası işleyebileceği, intörn hekimlerin tıbbî uygulama hatası değil ancak üstlenme kusuru işleyeceklerinin kabulünün pratik yönden farklı bir sonuç yaratmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, üstlenme kusuru-tıbbî uygulama hatası ayırımının fazla bir öneminin bulunmadığı belirtilmelidir. Kanaatimizce intörn hekimler, adına üstlenme kusuru denilse bile, öğretim elemanı

---

[9] Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, s.197.

[10] Malpraktis, Latince *"Male"* ve *"Prakxis"* kelimelerinden türetilmiş olup, *"kötü, hatalı uygulama"* anlamına gelmekte, bir meslek mensubunun mesleğini uyguladığı sırada ortaya çıkan hatalı, kusurlu hareketleri ifade etmektedir (**Petek**, s.27-28).

[11] Hakeri, s.684 vd.

gözetiminde yaptıkları hatalı tıbbî müdahaleler sebebiyle[12] -aynı hekimlerin hatalı tıbbî uygulamaları gibi- idarenin sorumluluğuna sebep olmaktadır.

Doktrindeki bir başka görüş, her ne kadar yönetmeliklerde henüz öğrenci olan kişiler için tıbbî müdahale yapabilme yetkisi, hatta zorunluluğu getirilmiş olsa da, Anayasa gereği bu konunun yönetmelikle düzenlenemeyeceğini; kişinin vücut bütünlüğüne ve bununla bağlantılı diğer hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisinin ancak kanunla verilebileceğini, bu yüzden söz konusu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz."* hükmü, kişilerin vücut bütünlüğünü koruma altına aldığından, bu hakka sadece kanunda düzenlenmiş hâllerde müdahale edilebilir. İntörn hekimlerin staj eğitimi veya klinik uygulamalarında yaptıkları tıbbî müdahalelere imkân tanıyan düzenlemeler Yönetmelikle getirildiğinden, kanunlarla açıkça yetki verilmemiş kişilere yönetmeliklerin verdiği tıbbî müdahale yetkileri Anayasaya aykırılık sebebiyle geçersizdir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da, tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler arasında intörn hekimler sayılmamaktadır; bu konuda başka bir kanunda da düzenleme bulunmamaktadır. Bu kişilerin tıbbî müdahaleleri hukuka aykırı olduğundan, öğrenciler hukukî sorumluluk riskiyle karşı karşıya bırakılmaktadır; bu kişilerin tıbbî müdahalede bulunma yetkilerine ilişkin bir kanuni düzenleme çıkarılmalıdır. Bu şekilde hem öğrencilerin eğitimi için gerekli olan tıbbî müdahalelere imkân sağlanmış ve hem de bu öğrenciler karşı karşıya kaldıkları bu sorumluluk tehlikesinden kurtulmuş olacaktır[13].

---

[12] Hakeri (s.687), intörn hekimlerin kanunî olarak hekim sıfatına henüz sahip olmamaları sebebiyle, hekim tarafından yapılacak bir tıbbî müdahalenin hiçbir zaman öğrencilere yaptırılamaması gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce de intörn hekimler yalnız başlarına ve sorumluluğu kendilerine ait olmak üzere tıbbî müdahale yapamazlar; fakat sorumlu öğretim elemanının gözetiminde bir hekim tarafından yapılabilecek her türlü tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilmelidirler. Aksi takdirde (tıbbî müdahale yapmaksızın öğretim elemanının -tıbbî müdahale dışında- verdiği görevleri yapmak) intörnlük sürecinin anlamını kaybetmesine sebep olur.

[13] Avcı/Yılmaz Avcı, s.497, 499-500.

Kanaatimizce bu görüş, Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasını *"Kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz."* olarak okumaktadır. Hâlbuki hüküm, *"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz."* şeklinde olduğundan, *"Tıbbî zorunluluklar … dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz."* ve *"… kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz."* olarak okunmalıdır; eğer tıbbî zorunluluklarda da mutlaka kanunla düzenlenme gereği olsaydı, hükmün başında *"Tıbbî zorunluluklar ve"* ifadesinin yer almaması gerekirdi. Bu bakımdan, eğer bir tıbbî zorunluluk varsa, kanunda, tüzükte veya yönetmelikte düzenlenmiş olması farketmeksizin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunma yetkisi söz konusudur[14]. Eğer tıbbî bir zorunluluk yoksa, bu durumda vücut bütünlüğüne dokunulabilmesi için mutlaka kanuni bir düzenleme bulunması gerekmektedir. İntörn hekimler de sorumlu öğretim üyesi veya asistan gözetiminde tıbbî zorunluluk (onları sağlıklarına kavuşturma) gereği hastalara müdahalede bulunduğundan, bu yetki ve zorunlulukları da öğrencisi oldukları üniversitelerin (veya tıp fakültelerinin) yönetmelik veya yönergelerinde düzenlenmiş olduğundan, öğrencilerin yaptığı tıbbî müdahaleler de (öngörülmüş şartlar çerçevesinde) hukuka uygun kabul edilmelidir.

Hekimler bakımından bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi ve bu sebeple müdahaleyi yapanın herhangi bir hukukî sorumluluğunun bulunmaması için bazı şartlar aranmaktadır. Buna göre,

1. Müdahaleyi yapanın hekim olması,
2. Müdahale konusunda endikasyonun (tıbbî bakımdan gerekliliğin) bulunması,
3. Hastanın rızasının bulunması,
4. Tıbbî müdahalenin hekimliğin gerektirdiği özenli bir şekilde uygulanması gerekir.

[14] Hatta tıbbî bakımdan gerekliliğin olduğu ıztırar hâllerinde, yetkili bir sağlık personeli olmasa bile herkesin tıbbî müdahalede bulunabilme (örneğin kalp masajı yapma) yetkisi söz konusudur. Bu tür hâllerde kişinin vücut bütünlüğüne dokunuluyor olsa da, tıbbî zorunluluk sebebiyle hukukun izin verdiği bir durum bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen şartlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmayacak olmakla birlikte[15], hastanın rızasının geçerli olabilmesi için hastanın aydınlatılması gerekliliği özellikle belirtilmelidir. Aydınlatma yapılmadığında hastanın rızası geçersiz olur ve bu durum da tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olması ve hekimin hukukî sorumluluğu sonucunu doğurur[16]. Aydınlatma esas itibarıyla hekimin görevidir; hekim bu görevini intörn hekimlere devredemez. Burada hekimin bizzat edim yükümlülüğü söz konusudur. İntörn hekimlerin (hemşirelerin aksine) kendi alanları içinde (başkasına bağlı olmadan) tıbbî müdahalede bulunma yetkisi bulunmadığından, aydınlatma yükümlülüğünden de söz edilemez[17]. Bununla birlikte, Türkiye'de bu hususa gerekli özenin gösterilmediği ve intörn hekimlere gerek aydınlatma ve gerekse tıbbî müdahalede bulunma yetkisinin hekimler tarafından devredildiği görülmektedir. Böyle bir yetki devrine rağmen intörn hekimlerin, hekim gibi kabul edilerek sorumlu tutulması (gözetim borcu olan kişilerin sorumluluğunun bertaraf edilmesi) mümkün değildir.

Bununla birlikte, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[18] 31. maddesinin ikinci fıkrasında *"Hastanın verdiği rıza, tıbbî müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar."* denildiğinden, hekimin tıbbî müdahaleye ilişkin aydınlatması sonucu hastanın verdiği rıza, hekimin gözetiminde bazı tıbbî müdahaleleri gerçekleştiren intörn hekim bakımından da yeterlidir; onun ayrıca aydınlatması ve rıza alması gerekmez. Bununla birlikte, asıl tedaviye ilişkin hekimin aydınlatması dışında, rutin işlemlere ilişkin intörn hekim tarafından aydınlatmada bulunulmasına bir engel de yoktur.

---

[15] Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Petek, s.59 vd.

[16] Aydınlatmayı yapan hekimin, kendisine tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin öğrenci olduğu konusunda da hastaya aydınlatmada bulunması gerekir (Hakeri, s.197).

[17] Örneğin, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Doktorluk Yönergesi'nin 4. maddesinde "*İntörnler; Hiçbir şekilde hastaya, hasta yakınlarına ve diğer şahıslara hasta ile ilgili açıklama yapamaz, hasta hakkında tıbbî bilgileri aktaramazlar.*" şeklinde, hem intörn hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün olmaması (hatta, aydınlatmama yükümlülüğü) hem de sır saklama yükümlülükleri düzenlenmektedir.

[18] RG., 1.8.1998, S.23420.

B) HUKUKÎ STATÜSÜ

Yukarıda da belirtildiği üzere, intörn hekimler aslında hekim değildir; tıp fakültesi lisans eğitiminin poliklinik aşamasına bulunan öğrencilere *"intörn hekim"* adı verilmektedir. İntörn hekimler, asıl hekimin denetim ve gözetimi altında hareket etmek zorunda olduklarından, intörn hekimleri bağımsız birer hekim olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu yüzden, intörn hekimlerin katıldıkları tıbbî müdahaleler bakımından asıl hekimin yardımcı şahsı sayılmaları ve sorumluluklarının bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir[19].

İntörn hekimler tıp fakültelerinin hastanelerinde görev yaptıklarından[20], idare (üniversite tüzel kişiliği), asıl hekim veya intörn hekim ile hasta arasında -kural olarak[21]- sözleşme ilişkisi bulunmadığından, zira

---

19 Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.6.
Yardımcı kişilere bırakabilecek faaliyetler hastaya enjeksiyon yapılması, ameliyata hazırlanması, kan alınması, kan veya serum verilmesi, ilaç uygulanması, ameliyathaneye ilişkin temizlik ve sterilizasyon hizmetlerinin gerçekleştirilmesi, röntgen çekilmesi gibi hekimin şahsen (bizzat) ifa etmekle yükümlü olmadığı, niteliği bakımından yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli işlerdir. Hemşire, röntgen teknisyeni, laborant gibi çalışanlar idarî anlamda ayrı bağımsız meslek sahipleri de olsalar, ceza ve tazminat hukuku bakımından yardımcı kişi sayılırlar. Asistan hekimler de bağlı bulundukları hekimler bakımından yardımcı kişi durumundadırlar; aynı şekilde, hizmetlerinden yararlanılan tıp öğrencilerinin (intörn hekimlerin) de yardımcı kişi oldukları kabul edilmektedir. Hekimin stajyer veya asistan hekimin yardımından yararlanması, hekimin ifa yükümlülüğünü ve sorumluluğunu değiştirmez (Yaylacı, Serpil / Yücel, Özge / Hancı, İ.Hamit: Uzmanlık Öğrencisi Hekimlerin Ve Aile Hekimi Adayı Öğrencilerin Müdahalelerinden Doğan Yasal Sorumluluk, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1129.htm; Erişim Tarihi: 15.3.2017).

20 Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin (RG., 15.02.2008, S.26788) 31. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde *"Sağlık kuruluşunda, tabip unvanı kazanmamış intern, stajyer öğrenciler ve ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışma yetkisi bulunmayan sağlık çalışanları ile gerekli izinleri olmayan sağlık çalışanları görev yapamaz."* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yönetmeliğin kapsamına giren sağlık kuruluşları ise tıp merkezleri, poliklinik ve muayenehaneler, laboratuvar ve müesseseler olarak sayılmıştır (m.6, 7, 8).

21 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (RG., 28.11.2013, S.28835) 3. maddesine göre, hizmet: *"Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu"*; tüketici: *"Ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"*; sağlayıcı: *"Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"*; tüketici işlemi: *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi"* ifade eder. Eğer kamu tüzel kişisi olan üniversite ticarî veya meslekî bir amaçla (para kazanmak ve gelir elde etmek amacıyla, herhangi bir özel sağlık kuruluşu gibi) sağlık hizmeti sunuyorsa, sağlayıcı sayılır; bu amaçla hastayla yaptığı sözleşmede intörn hekimin hizmetinden yararlandığında, intörn

hasta bu ilişkide bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinden yararlanan konumunda olduğundan, zarar gören hastanın sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak zararının tazminini talep edebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple intörn hekimlerin katıldıkları tıbbî müdahalelerde asıl hekimin yardımcı şahsı sayılmaları hususu, Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi anlamında kabul edilemez. Başka bir ifadeyle, idare veya asıl hekim hastayla bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmadığından, bu ilişkiden kaynaklanan borçlarını 116. madde anlamında yardımcı kişi olan intörn hekim aracılığıyla yerine getirmemektedir. Bu yüzden, buradaki yardımcı kişi kavramının, üniversite hastanesinde kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmeti sunumunda (hizmeti asıl sunan yetkili aslî personel yanında) kendisinden yararlanılan kişi olarak kabul edilmesi gerekmektedir[22].

Devlet Memurları Kanunu'nda[23], idarenin kamu hizmeti sunarken istihdam edebileceği personel türleri sınırlı şekilde memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olarak sayılmıştır (DMK.m.4/I). İdarenin kamu hizmetini görürken kendi bünyesinde çalıştırdığı personelden sorumlu olması dışında, kamu hizmetinin görülmesi için başka bir kişiye idarenin yetki vermesi hâlinde de, eğer idarenin bu kişiye emir ve talimat verme ile denetim yetkisi varsa, Yargıtay, idare ile bu kişi arasında adam çalıştırma ilişkisinin bulunduğuna hükmetmektedir[24].

Her ne kadar çalıştırma ilişkisinin bulunması bakımından, emir ve talimat altında yapılan çalışmanın ücret karşılığı olup olmaması idarenin sorumluluğu kapsamında önem taşımasa da, idarenin çalıştırdığı kamu görevlileri ücret karşılığı çalışan kişilerden oluşmaktadır. Anayasa'nın

---

hekim Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gerektiren bu durumlarda tıbbî müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyetlerinde veya tüketici mahkemelerinde görülür.

[22] İntörn hekimler dışında, hemşire veya ebe ya da diş hekimi gibi, sağlık personelinin gözetiminde sağlık hizmetinin sunumuna katılan öğrenciler de bulunmaktadır; kanaatimizce bunların hepsinin aynı hukukî statüde olduğu kabul edilmelidir.

[23] RG., 23.7.1965, S.12056.

[24] HGK., 2.2.2011, 2010/7-673, 2011/2 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

55. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır."* Memurlar ve diğer kamu görevlileri, yaptıkları işe uygun ve adaletli olacak şekilde aylık[25] almaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün 22.2.2013 tarih ve 2013/11 sayılı Genelgesinde belirtildiği üzere, 12.7.2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6353 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanuna eklenen ek 29. maddede, üniversitelerin tıp fakültelerinin beşinci yılını tamamlayıp altıncı yıla geçen öğrencilerine[26] intörn eğitimi döneminde öğretim üyesi rehberliğinde yaptıkları uygulama çalışmaları karşılığında ilgili kurumların bütçesinden 12 ay süreyle 4.350 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarda aylık ücret ödeneceği[27], bu şekilde ücret ödenmiş olmasının 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasını gerektirmeyeceği gibi, bu çalışma sebebiyle uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası ile analık sigortası bakımından sigortalılık ilişkisinin kurulamayacağı, bu ödemeden damga vergisi hariç herhangi bir vergi kesilmeyeceği ve ödemelere ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulunca müştereken belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Uygulamanın usul ve esasları Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken belirlenmiş olup, buna ilişkin *"Tıp Fakültesi Öğrencilerine İntörn Eğitimi Döneminde Uygulama Çalışmaları Karşılığında Ödenecek Ücrete İlişkin Usul ve Esaslar"*da[28]

[25] Devlet Memurları Kanunu'nda, *"aylık"* bu Kanuna tâbi kurumlarda görevlendirilen memurlara hizmetlerinin karşılığında, kadroya dayanılarak ay itibariyle ödenen para olarak tanımlanmıştır (DMK.m.147/I, A).

[26] Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün 1.9.2016 tarih ve 2016/20 sayılı Genelgesine göre, 2547 sayılı Kanun'un ek 29. maddesinde yer alan *"Türk vatandaşı olup"* ibaresi 18.1.2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6514 sayılı Kanunla kaldırılmış olup bu tarihten itibaren tıp fakültelerinde okuyan yabancı uyruklu öğrenciler de iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık yönünden sigortalı sayılacaktır.

[27] İntörn eğitimi görenlere; 2017 yılının ilk altı aylık döneminde aylık net 448 TL., 2017 yılının ikinci altı aylık döneminde aylık net 466 TL. ücret ödenmektedir. Ayrıca, ilgili dönemlere ilişkin katsayılara enflasyon farkı zammı uygulanması durumunda, ödenecek ücretin miktarı da artacaktır.

[28] 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 29. maddesindeki ve Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

yer almaktadır. 2547 sayılı Kanun'un ek 29. maddesi gereğince, intörn hekimler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun[29] 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılar gibi değerlendirilecek[30], bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası hükümleri uygulanacaktır. Uygulamaya ilk defa Devlet ve vakıf üniversitelerinin[31] tıp fakültelerinde 2012-2013 öğretim yılında intörn eğitimi gören öğrenciler için 15.9.2012 tarihinden itibaren başlanmıştır. İntörn öğrenciler Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tâbi sigortalılar gibi sayıldıklarından, bunların bildirimleri sigortalı işe giriş bildirgesi ile e-sigorta yoluyla yapılmaktadır;

Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün Genelgesindeki düzenlemeler dışında, söz konusu usul ve esaslarda ayrıntılı başka hükümler de yer almaktadır. Örneğin 5. maddenin ikinci fıkrasına göre *"Ücret, intörn eğitim dönemine başlanılan tarihten itibaren eğitim dönemi süresince ve her halükarda on iki ayı geçmemek üzere ilgili kurum bütçesinin "01.5.1.04" ekonomik kodundan tıp fakültelerince ödenir. Bu ödeme, uygulama çalışmasının yapılmasını müteakip olarak her ayın 15'inde intörn adına açılan banka hesabına yatırılır."*; dördüncü fıkraya göre ise *"Bu kapsamda ücret ödenen intörnler hakkında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası hükümleri uygulanır ve 5510 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan sigortalı gibi değerlendirilir. Sigorta prim oranı %1 olup, bu primin tamamı ücret ödemesini yapan ilgili kurum bütçesinden tıp fakültelerince karşılanır. İntörnlerin aylık prime esas kazanç tutarı, 5510 sayılı Kanun'un 82 nci maddesine göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katıdır."*

Usul ve esasların 6. maddesine göre de *"(1) İntörnlerin sigortalılık bildirimlerinin, üniversitenin ücret ödemesini yapacak ilgili birimi tarafından ve intörn eğitimine başlama tarihinden önce yapılması zorunludur. (2) İntörnlere bu usul ve esaslar kapsamında yapılacak ödemeler burs, kredi ve benzeri ödemelerle ilişkilendirilmez ve almakta oldukları burs, kredi ve benzeri ödemelerin kesilmesi sonucunu doğurmaz. (3) İntörn eğitim döneminin başlangıç ve bitiş aylarında, ilgili ayda çalışılan süreyle orantılı olarak ücret ödenir."*

[29] RG., 16.6.2006, S.26200.

[30] Kanun'un *"Bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar"* başlığını taşıyan 5. maddesine göre, kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından aşağıda sayılan kişiler hakkında uygulanacak sigorta kolları şunlardır: *"b) 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tâbi tutulan öğrenciler, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 46 ncı maddesine tâbi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82 nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır."*

[31] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, vakıf üniversitesi tıp fakültesi hastanesinin halka sunduğu sağlık hizmeti bakımından kamu hastanesi niteliğinde olduğuna, davalı çalışanı da kamu görevlisi olduğundan eylemin görev sırasında görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre husumetin idareye yöneltileceğine hükmetmiştir (HGK., 30.1.2013, 2012/4-729, 2013/163; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmesinde sigortalılık kodu *"24- İntörn öğrenci"* olarak seçilmektedir[32].

Görüldüğü gibi, intörn hekimlere üniversite bütçelerinden karşılanmak üzere 12 ay boyunca ücret ödemesi yapılmasına rağmen, bu öğrenciler normal sigortalıların aksine tüm sigortalı kollarına tâbi çalışıyor gibi Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmemektedir; sigortalılıkları sadece kısa vadeli sigorta kolları (iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık) yönünden öğrenim gördükleri kurum tarafından yapılmaktadır. Tüm sigorta kolları bakımından prim ödemesi yapılmadığı için, bu sigortalılık emeklilikte dikkate alınmaz. Sadece bir iş kazası geçirilmesinde ya da meslek hastalığın yakalanılması hâlinde raporlu kalınan günler için rapor parası ödenir ya da sürekli iş görmez duruma düşülmesi hâlinde sürekli iş göremezlik geliri bağlanır.

İntörn hekimlerin, gerek aldıkları maaşın diğer kamu görevlilerine göre çok düşük olması gerekse sigortalılıklarının sınırlı olması sebebiyle farklı bir statüde olduğu görülmektedir; ayrıca intörn hekimler, Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında sınırlı bir şekilde sayılan idarenin istihdam edebileceği personel türlerinden memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi sınıflarına da girmemektedir[33].

[32] Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün 1.9.2016 tarih ve 2016/20 sayılı Genelgesine göre *"İntörn öğrencilerin statüsü 2547 sayılı Kanun'un ek 29 uncu maddesine göre belirlendiğinden intörn oldukları sürece sadece iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık sigortasına tâbi tutulacaklar, bunlar hakkında okulları tarafından "22- Meslek Liselerinde Okumakta İken Veya Yüksek Öğrenimleri Sırasında Zorunlu Staja Tâbi Tutulan Öğrenciler" numaralı belge türü ile bildirim yapılacak, intörn öğrenciler hakkında öğrenim gördükleri okullarca ayrıca genel sağlık sigortası primi ödenmeyecektir. 2547 sayılı Kanun'un ek 29 uncu maddesinde genel sağlık sigortası primi alınması yönünde düzenleme olmadığından bakmakla yükümlü durumda olmayan Türk vatandaşı intörn öğrenciler Kanun'un 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c/1) ya da (g) bendi kapsamında, yabancı uyruklu öğrenciler ise 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (d) bendi ya da yedinci fıkrası kapsamında genel sağlık sigortalısı olacaktır."*

[33] Kamu hastanelerinde çalışan personelin çoğunluğu kamu görevlisi olup, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbidir. Kanun'un 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı"* açıklanmıştır. Bu hükme göre, *"Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dâhil) meslekî eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknoloğu, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dâhil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelini kapsar."* Görüldüğü üzere, intörn hekimler bu kapsamda sayılmamıştır.

Bununla birlikte, intörn hekimlerin kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağı incelenmelidir.

İdare, işlem ve eylemlerini kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirir. Kamu görevlisi kavramı geniş anlamda kamu görevlisi ve dar anlamda kamu görevlisi olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukukî statüleri veya yaptıkları görevin niteliği dikkate alınmaksızın kamu tüzel kişilerinde çalışan herkesi ifade etmektedir. Dar anlamda kamu görevlisi ise, kamu tüzel kişilerinde atama, idarî sözleşme gibi kamu hukuku ilişkisiyle çalışan ve bu yerlerde işini meslek olarak yerine getiren kişilerdir. Kamu görevlisinin, bir kamu teşkilatına bağlı olarak çalışması gerekir[34].

Anayasa'da veya Devlet Memurları Kanunu'nda kamu görevlisi kavramı tanımlanmamış, fakat Devlet Memurları Kanunu'nda kamu görevlisi sayılan kişiler sayılarak kimlerin kamu görevlisi kavramına dâhil olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına göre ise *"Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür."* İdare bu dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramaz (DMK.m.5). Bu istihdam türleri aşağıda daha ayrıntılı şekilde incelenecektir;

Memurlar: Devlet Memurları Kanunu'na göre, memurlar, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifayla görevlendirilenler ile bu tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve

[34] Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s.561-562; Çağlayan, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2013, s.221-222; Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Kaman, Nur / Özdemir, H. Eyüp / Üstün, Gül / Okay Tekinsoy, Özge: İdare Hukuku, İstanbul 2013, s.200.

denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olan kişilerdir (DMK.m.4/I, A). Örneğin devlet hastanelerinde aslî ve sürekli kadroda çalışan hekimler, memur kavramına girmektedir. Memur ile idare arasında hizmet sözleşmesi olmayıp, kamu hukukundan doğan ve kamu hukukuna tâbi olan bir memurluk statüsü ilişkisi bulunur[35]. Memurluk statüsü, idare tarafından memurun atanmasıyla başlar. Atama işlemi, memurun sözleşmeli personel ve işçiden ayırt edilmesini sağlar. Atama işlemi bozucu şarta bağlanmış tek taraflı bir hukukî işlemdir. İdarenin tek taraflı olarak yaptığı atama işlemini kabul etmek istemeyen kişi, atanmayı kabul etmediğini söyleyerek bozucu şartı gerçekleştirir. Böylece atama işleminin geçmişe etkili olarak sonuçları ortadan kalkar[36]. Memurluk için gerekli şartları taşıyan ve KPSS sınavından başarılı olan kişiler, öncelikle memur adayı olarak atanırlar. Aday memurluk, aslî memurluk statüsüne başlamadan önceki geçiş dönemini oluşturur. Aday memurluk süresi bir yıldan az ve iki yıldan fazla olamaz ve aday memurların başka kurumlara nakli yapılamaz (DMK.m.54). Adaylık devresi içinde eğitimde başarılı olan adaylar disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayıyla, onay tarihinden geçerli olmak üzere aslî memurluğa atanırlar (DMK.m.58). Aday memurların görevlerini yerine getirdikleri sırada sebebiyet verdikleri zararlardan da idare sorumludur.

Sözleşmeli Personel: Sözleşmeli personel, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hâllere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşmeyle çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir (DMK.m.4/I, B). Örneğin, ceza infaz kurumlarında çalışacak sağlık personelinin, sözleşmeli personel olarak alınması mümkündür. İdarede çalışan bu sözleşmeli personel ile idare arasındaki

[35] Gözler, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Bursa 2009, s.284; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.570; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s.203.

[36] Gözler, s.659, 693; Sancakdar, Oğuz: İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s.425.

ilişki, idarî hizmet sözleşmesine dayanır[37]. Bu sözleşme özel hukuk anlamında bir sözleşme olmayıp, idare hukuku esaslarına göre düzenlenen bir hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Bu sözleşmeyle idareye tek taraflı kullanabileceği bazı yetkiler tanınmaktadır. Memurlar içeriği taraflarca belirlenmemiş bir statü içerisine atanırken, sözleşmeli personeller sözleşme ilişkisiyle kamu hizmetine bağlanmaktadır[38]. Sözleşmeli personel, zorunlu ve istisnai hâllerde geçici olarak bazı işleri yapmakla görevlendirilen kamu görevlileridir. Memurlardan farkları, memurların aslî ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmesine karşın, sözleşmeli personelin geçici olarak kamu görevini yerine getirmesi oluşturur[39]. Ancak Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin B bendinin ikinci fıkrasında[40] geçici nitelikte olmayan işlerde de sözleşmeli personel çalıştırılmasına imkân tanınmaktadır. Yine bazı özel kanunlarla da sözleşmeli personel çalıştırılmasına izin verilmektedir[41].

Geçici Personel: Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde, belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşmeyle çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimseler geçici personeli oluşturur (DMK.m.4/I, C). Geçici personel kadroya bağlı olmayıp, geçici olarak görevlendirilmek üzere idare nezdinde çalışmaktadır. Geçici personel ile idare arasındaki ilişki, idarî hizmet söz-

---

37 Gözler, s.284; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.571; Kayar, Nihat: Sözleşmeli Personel Hukuku, Bursa 2014, s.21.

38 Kayar, s.21, 126.

39 Gözler, s.651; Kayar, s.22.

40 *"... yabancı uyrukluların; tarihi belge ve eski harflerle yazılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenlerin mütercimlerin; tercümanların; Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hâllerinde öğretmenlerin; dava adedinin azlığı nedeni ile kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde avukatlarını, kadrolu istihdamın mümkün olamadığı hâllerde tabip veya uzman tabiplerin; Adlî Tıp Müessesesi uzmanlarının; Devlet Konservatuvarları sanatçı öğretim üyelerinin; İstanbul Belediyesi Konservatuvarı sanatçılarının; bu Kanuna tâbi kamu idarelerinde ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hâllerde sözleşme ile istihdamları caizdir."*

41 Örneğin, 5036 Sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a veya 4678 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'a göre de sözleşmeli personel çalıştırılması mümkündür.

leşmesine dayanmaktadır[42]. Örneğin, yazın yol yapımında çalıştırılmak üzere geçici personelden yararlanılabilir.

İşçiler: Memur, sözleşmeli veya geçici personel dışında kalan ve ilgili mevzuatları gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici işçi pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçiler hakkında Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanmaz (DMK.m.4/I, D). Devlet Memurları Kanunu'nun 1. maddesi gereğince, idare ile çalıştırdığı memur, sözleşmeli personel ve geçici personel arasındaki ilişkiye Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanırken, işçiler ile idare arasında özel hukuk sözleşmesi bulunur; bu kişilere Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanmaz. Fakat Yargıtay bu kişileri de kamu görevlisi kavramı içinde kabul etmektedir. Bu nedenle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu[43], işçilerin, kamu görevini yerine getirirken sebep oldukları zararlarda da, işçilere doğrudan dava açılamayacağına hükmetmiştir.

İntörn hekimler yukarıda belirtilen istihdam türlerinden hiçbirisine girmemektedir; çünkü intörn hekimlerin çalıştırılmasında esas amaç bir kamu hizmetinin görülmesi değil, öğrencilere meslek hayatlarında faydalı olacak deneyimin kazandırılmasıdır[44]. Fakat bu amaç gerçekleş-

[42] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.572.

[43] HGK., 27.3.2013, 2012/4-831, 2013/393 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kararda, davalının işçi olması nedeniyle Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası ve 657 Sayılı Kanun'un 13. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu nedenle doğrudan kusurlu işçiye karşı dava açılmasının mümkün olduğu şeklinde karşı görüş bildirilmişse de, bu görüş çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir. Her ne kadar işçiler, Devlet Memurları Kanunu'nun uygulama kapsamına girmediğinden, kişilerin kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları hükmü işçiler bakımından uygulanmayacak olsa da; Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası gereği, diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla, ancak idare aleyhine açılabileceğinden, kanaatimizce de bu kişilere karşı adlî mahkemelerde doğrudan dava açılması imkânı bulunmamaktadır.

[44] Örneğin, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Doktorluk Yönergesi'nin *"Amaç ve Hedefler"* başlıklı 4. maddesine göre *"(1) İntörn doktorlar, sınıf VI içindeki eğitim sürecinde mesleksel değerler ve ilkeler ışığında sağlık sorunlarına çözüm üretebilme becerilerini geliştirmenin yanında seminer programları, makale saatleri, konferanslar ve bunun gibi akademik etkinliklere katılarak tıbbî bilgi ve eleştirel düşünme becerilerini de geliştirirler."*

tirilirken, intörn hekimlerin kamu hizmeti gördüğü (veya görülmesine yardım ettiği) de göz ardı edilmemelidir. Kanaatimizce intörn hekimler, geniş anlamda kamu görevlisi içerisine dâhil edilmelidir; çünkü geniş anlamda kamu görevlisi, hukukî statüleri veya yaptıkları görevin niteliği dikkate alınmaksızın kamu tüzel kişilerinde çalışan herkesi ifade etmektedir. İntörn hekimler de, bağımlılık ilişkisi içerisinde (sorumlu ve yetkili kamu personelinin gözetiminde) üniversite hastanelerinde çalışmaktadır; cüzi de olsa maaş almakta, kısmen de olsa sigortaları yapılmaktadır. İntörn hekimler, kamu görevlisi olmaları sebebiyle, sebep oldukları zararlar yüzünden diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmelidir[45]; Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrası gereği *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."*

İntörn hekimlerin doğrudan kamu görevlisi sayılarak idarenin sorumlu tutulması yerine, intörn hekimi denetlemekle yükümlü kamu görevlisi olan öğretim elemanının (öğretim üyesi veya asistanın) bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerektiği de ileri sürülebilir[46]. Fakat böyle

[45] Benzer bir görüşe göre de, hekim yardımcısının fiilinden idare sorumludur. Hekim yardımcısı ister öğrenci olsun ister asistan hekim olsun, hekimin gözetiminde çalışarak hekime yardımcı olan bir kişinin verdiği zararın, kamu görevlisi olan hekimin verdiği zarardan idarenin sorumluluğu yönünden bir farkı bulunmamaktadır; intörn hekimin yaptığı çalışmalar, tüzük ve yönetmelik gibi hukuksal düzenlemelere dayandığından, hekime yardımcı görevlinin yardımı da kamu hizmetinin işleyişi içindedir ve intörn hekimin kusuru da idarenin sorumluluğuna yol açar (Yaylacı/Yücel/Hancı, Uzmanlık Öğrencisi Hekimlerin Ve Aile Hekimi Adayı Öğrencilerin Müdahalelerinden Doğan Yasal Sorumluluk, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1129.htm; Erişim Tarihi: 15.3.2017).

[46] İntörn hekimlerin doğrudan kamu görevlisi sayılmayıp, intörn hekimi denetlemekle yükümlü kamu görevlisi olan öğretim elemanının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumlu tutulması gerektiği görüşünde, intörn hekimi denetlemekle yükümlü kamu görevlisi olan öğretim elemanının bu yükümlülüğünü ihlâl etmediği durumlarda, idarenin sorumluluğu da doğmayabilir. Örneğin öğretim elemanı üzerine düşen tüm özeni göstermesine rağmen intörn hekim izni ve yetkisi olmadan (hatta gizlice) bir tıbbî müdahale gerçekleştirmişse, öğretim elemanının zarara yol açan bir fiili (özensizliği) bulunmadığından idarenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğundan da söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda, intörn hekimin kamu görevlisi sayılması hâlinde bile kişisel kusuru olduğundan hareketle idarenin sorumlu olmayacağı düşünülebilir. Fakat kanaatimizce kamu hizmeti sayılan sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan (kamu görevinin ifasıyla doğrudan ilgisi bulunan) hâllerde kişisel kusurdan söz edilip idarenin sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır; burada hizmet kusurundan (adam çalıştıranın sorumluluğundan) söz edilmelidir. İdarenin adam çalıştıran sıfatıyla Türk Borçlar Kanununa göre sorumlu olduğu hâllerde de, çalıştırılan kişinin görevinin ifası sırasında ve göreviyle ilgili

dolaylı bir sorumluluk yerine, intörn hekimlerin kamu hizmeti yerine getirdiği, bağımlılık ilişkisi içerinde maaş karşılığı çalıştığı göz ardı edilmeden, idarenin onların fiillerinden doğrudan sorumlu olduğu kabul edilmelidir; ayrıca intörn hekim, zarar gören hastanın kendisine karşı adlî yargıda doğrudan dava açabilmesi tehdidiyle de karşı karşıya bırakılmamalıdır. Şüphesiz idarenin tazminatı ödemesinden sonra, gerek kusuru oranında intörn hekime gerekse denetleme görevini ihmâl ettiyse -yine kusuru oranında- ilgili öğretim elemanına rücu edebilmesi mümkündür.

III. İNTÖRN HEKİMİN FİİLLERİNDEN İDARENİN SORUMLULUĞU

A) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikten önce, idarenin sağlık hizmetlerinde idarî bir kusuru varsa veya kusursuz bir sorumluluk söz konusuysa, idare aleyhine açılacak tazminat davasının idarî yargıda görülmesi; kamu personelinin kişisel kusuru varsa, personel aleyhine açılacak tazminat davasının adlî yargıda görülmesi gerekmekteydi. Söz konusu değişikliklerle, hizmet kusuru olduğunda dahi, idare aleyhine adlî yargıda dava açma zorunluluğu getirilerek, bu bakımdan aralarındaki fark ortadan kaldırılmıştı.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre, *"Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm*

konulardaki fiillerinden adam çalıştıran sorumludur. Her ne kadar adam çalıştıranın, çalışanı seçerken, talimat verirken, gözetim ve denetlemede bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak (kurtuluş kanıtı getirerek) sorumluluktan kurtulması mümkün olmakla birlikte (TMK.m.66/II), sıradan bir adam çalıştıran olarak kabul edilmemesi gereken idarenin kurtuluş kanıtı getirip sorumluluktan kurtulabilmesine kolaylıkla imkân tanınmamalıdır.

uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır." Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına göre de *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."* Görüldüğü gibi iki hüküm neredeyse aynı ifadeleri içermektedir ve birbirlerini tamamlamaktadır.

Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı görülerek iptal edildiğinden[47], yeni düzenlemeye göre üniversite hastanelerinde tıbbî müdahalelerin sebep olduğu zararlara karşı idare mahkemelerinde üniversite tüzel kişiliğine karşı davalar açılacak, fakat açılan bu davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu değişiklikten sonra, hizmet kusuru ile kişisel kusur arasındaki fark şöyle ifade edilebilir[48]:

Hizmet Kusuru[49]***:*** İdare sorumludur; özel hukuk hükümleri uygula-

[47] AYM 16.2.2012, 2011/68, 2012/23 (RG., 19.5.2012, S.28292). Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan davada, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (AYM 22.10.2014, 94/160; RG., 4.3.2015, S.29285).

[48] Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinin ikinci fıkrası gereği, idarenin intörn hekimin fiillerinden sorumluluğunda artık kişisel kusur-hizmet kusuru ayırımı yapılmamalıdır; çünkü Türk Borçlar Kanununun adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerinde, böyle bir ayırım yer almamaktadır. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce idarenin sorumluluğu konusunda yapılan bu ayırımın, yeni sistemin anlaşılması ve doğru şekilde uygulanması bakımından faydalı olduğu düşüncesiyle belirtilmesi kanaatimizce gerekli görülmüştür.

[49] Hizmet kusuru bazen görev kusurunu da kapsayacak şekilde kullanılmasına rağmen, bazen her ikisi ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Hizmet kusuru, idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan aksamadır. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkabilir. Hizmet kusuru işleyen idare, ortaya çıkan tüm zararı tazmin yükümlülüğü altındadır. Görev kusuru ise, kamu personelinin, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Bu durumda da idare, ortaya çıkan zararı ödemekle yükümlü olmasına rağmen, ödediği tazminattan kusuru oranında kamu personeline rücu edebilir (**Petek**, s.122, 167-168).
Danıştay'ın bir kararından hareketle, idarenin hizmet kusuru sebebiyle tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için, intörn hekimin ağır hizmet kusuru taşıyan bir hatalı tıbbî müdahalesinin bulunması gerektiği sonucuna varılmalıdır: *"… İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hâllerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması hâlinde, bu zararının tazmini, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı hâlinde mümkün olabilecektir."* (10.DD., 30.5.2007, 2004/6540, 2007/4237; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

nır; idare mahkemeleri görevlidir; tazminatı ödeyen idare, kusuru oranında kamu görevlisine rücu eder.

Kişisel Kusur[50]***:*** Kamu görevlisi sorumludur; özel hukuk hükümleri uygulanır; asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına göre, idarenin idarî bir eylemi olan sağlık hizmetlerinin sebep olduğu vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Fakat bu davalar idarî yargıda görüleceğinden, idarî yargılama usullerine tâbi olacaktır. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 12. maddesine göre, hakkın bir idarî işlem dolayısıyla ihlâl edilmesi hâlinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler. Aynı Kanun'un 13. maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddî ve manevî tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi hâlinde kanunî süresi içinde idarî yargı mercilerinde dava açılması gerekir. Bu düzenlemeye göre, idareye karşı açılacak tazminat davalarının, İdarî

Buna karşılık, sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle birlikte, tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için, ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır: *"... davacıların yakını ...'nin 25.2.2001 tarihinde solunum yetmezliği şikayetiyle Gazi Üniversitesi Hastanesine götürüldüğü, burada solunum cihazı bulunmaması sebebiyle Ankara Üniversitesi İbn-i Sina Hastanesine sevk edildiği, yapılan tetkikler sonucu hastaya Guilliane-Barre Sendromu teşhisi konulması üzerine nöroloji bölümü yoğun bakım ünitesine alınarak tedavisine başlandığı, hastanın kendi başına solunumunu gerçekleştirememesi sebebiyle solunum cihazına bağlandığı, ancak hastanın sık sık kendisini bu cihaza bağlayan maskeyi çekip çıkarmaya çalıştığının gözlendiği; 9.3.2001 tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu, yapılan müdahalelere rağmen hayatını kaybettiği,.. idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan "ağır hizmet kusuru" riskli tıbbî müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbî operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır."* (10.DD., 24.9.2007, 2005/3719, 2007/4316; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[50] Kamu personelinin, resmî statüsü ve üstlendiği kamu görevinin ifasıyla hiç ilgisi bulunmayan bir şekilde başkasına zarar verdiği hâllerde, artık idarenin sorumluluğundan söz edilemez; zararı, kişisel kusuru olan kamu personeli tazmin eder (**Petek**, s.122, 164-165).

Yargılama Usûlü Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, zarar verici fiilin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hâlde fiilin işlenmesinden itibaren beş yıl içerisinde idareye yapılan talebe 60 gün içerisinde cevap verilmemesi veya olumsuz cevap verilmesinden itibaren 60 gün içerisinde açılması gerekir. Gerek davanın açılmasından önceki usul ile davanın açılma şekli ve dava sırasındaki prosedür, gerekse karara karşı yargı yolları bakımından hep idarî yargı kuralları uygulanacak; fakat idare mahkemeleri bu davada Borçlar Kanunu'nun maddî hukuka ilişkin düzenlemelerini esas alarak hüküm verecektir.

İntörn hekimin kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda, ona karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 49 ve devamı hükümlerine göre haksız fiile dayanan tazminat davası açılmasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu'na göre asıl olan kusur sorumluluğudur ve bir kişinin kusursuz sorumlu tutulabilmesine imkân sağlayan bir kanun hükmü bulunmadıkça, herkes kusur sorumluluğuna tâbidir. Mesai saatleri dışında evine gelen hastaya iğne yapan intörn hekim, sözleşmeye dayalı olarak da sorumlu tutulabilir. Her iki durumda da, tek başına sağlık personeli sorumludur ve açılan dava adlî mahkemelerde görülür. Bu hâllerde idareye karşı dava açılması mümkün değildir.

Asıl sorunlu olan nokta, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu durumlarda idarenin hangi özel hukuk hükümlerine göre sorumlu tutulacağıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, idare veya kamu personeli ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, zarar gören hastanın sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak zararının tazminini talep edebilmesi mümkün değildir; bu durumda, haksız fiil hükümlerine başvurulması gerekecektir. Eğer sorumluluk hukukundaki kural uygulanırsa, idarenin de asıl olan kusur sorumluluğuna tâbi olması düşünülebilir. Fakat idarenin sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk türüne girdiği durumlarda, zarar görenler bakımından bu kusursuz sorumluluğa dayanılması daha avantajlıdır; çünkü zarar gördükleri idarî eylemde idarenin kusurunu ispatlamak zorunda kalmaksızın uğradıkları zararın tazminini talep edebileceklerdir. Kanaatimizce, idarenin adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK.m.66) hükümlerine göre kusursuz olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için, adam çalıştıran ile çalışan arasında bir çalıştırma ilişkisi bulunmalı, zarar çalışanın işi gördüğü sırada hukuka aykırı bir davranışından doğmalı, adam çalıştıran kurtuluş kanıtı getirememiş olmalı, çalışanın fiili hukuka aykırı olmalı, çalışanın hukuka aykırı fiili zarara sebep olmalı, çalışanın hukuka aykırı fiili ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır[51].

İdarenin organizasyon sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi de mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinin üçüncü fıkrasına göre *"Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür."* Örneğin, idare çalışanın seçimi, talimat verme, gözetim ve denetim konusunda her türlü özeni göstermesine rağmen, o iş için gerekli sayıda kamu görevlisi çalıştırmaması sebebiyle ortaya çıkan iş yükü fazlalığı çalışanın üçüncü kişiye zarar vermesine yol açmışsa, idarenin organizasyon eksikliği sebebiyle sorumluluğundan söz edilir.

İdare sağlık hizmetini sunarken intörn hekimin fiillerinin sebep olduğu zararlardan Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi gereğince adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu esasına göre sorumlu olmakla birlikte, bazı hâllerde intörn hekimin tehlike taşıyan bir fiilinden (veya herhangi bir fiili olmaksızın da) zarar doğmuş olabilir. Bu gibi hâllerde ise, özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olacak idarenin, Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğuna tâbi olması mümkündür. Söz konusu hükme göre, *"Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. -Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler*

[51] Adam çalıştıranın sorumluluğunun şartları hakkında bkz. **Petek**, s.173 vd.

için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. -Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. -Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler." İntörn hekim tarafından hastaya nakledilen kanın içerisinde (Aids, hepatit gibi) hastalık bulunması durumunda, idarenin böyle bir sorumluluğundan söz edilir; burada ne idarenin bir kusuru gerekir (her türlü incelemeyi yapmasına rağmen kanın içerisindeki hastalık tespit edilememiştir) ne de intörn hekimin bir kusuru aranır (kanı hiçbir tıbbî müdahale hatası olmadan hastaya nakletmesine rağmen kanın içerisindeki hastalık sebebiyle zarar meydana gelmiştir).

B) SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

1. Uğranılan Zararın Tazmini

Zarar, bir kişinin malvarlığında veya kişivarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmedir. İdarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan eylem ve işlemleri, hastaların mal ve şahısvarlığında irade dışı azalma meydana getirmişse, zararın oluştuğu kabul edilir. Bu zarar, maddî veya manevî zarar şeklinde ortaya çıkabilir[52].

a) Maddî Zarar

İntörn hekimin hukuka aykırı fiili olmasaydı kişivarlığı değerleri hangi durumda bulunacak idiyse, o durum ile fiilden sonraki durum arasındaki fark, maddî zararı ifade eder. Bu bakımdan maddî zarar, daima ekonomik (parayla ifadesi mümkün) bir değerlendirmeyi gerektirir. Aslında kişilik hakkı ve bu hakkı oluşturan hukukî varlıklar, kural olarak malvarlığı kapsamına girmemektedir. Fakat kişiliği oluşturan hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi hukukî değerler, bazen malvarlığını etkileyebilmekte; bu değerlerin ihlâli, zarar görenin malvarlığı üzerinde ekonomik yönden etki ve sonuç doğurabilmektedir. Örneğin vücut bü-

[52] Maddî ve manevî zarar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Petek**, s.176-184.

tünlüğü niteliği itibariyle kişilik hakkı içerisinde yer alan bir kişivarlığı değeri olmakla birlikte, vücut bütünlüğünün ihlâli, zarar görenin belirli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer tıbbî giderlere sebep olmuş ve çalışma gücünün belirli bir oranda kaybına yol açmışsa, malvarlığını ekonomik yönden olumsuz şekilde etkilemiş olur; bu bakımdan kişivarlığı değerleri, malvarlığı kavramı içerisinde yer alabilir. Eğer zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut miktar ve değeri azalmışsa (örneğin, bakım ve tedavi giderleri ödenmişse), fiilî zarardan; zarar verici olay malvarlığının gelecekteki muhtemel artışını önlemişse (örneğin, çalışılamadığı için kazanç elde edilememişse), yoksun kalınan kârdan söz edilir. Kişilik hakkının ihlâli aynı zamanda malvarlığında azalmaya sebep olmuyorsa, teknik anlamda bir zarar söz konusu olmayacağından, malvarlığı içerisinde yer almaz; bu durumda, ancak zarar görenin kişivarlığında bir eksilmeden söz edilir ve bu da, manevî zararı ifade eder.

Aslında ölüm veya yaralanma zararı değil, zararın sebebini oluşturmaktadır; ölüm veya yaralanma sonucunda meydana gelen ekonomik sonuçlar, zararı ifade etmektedir. İntörn hekimin hukuka aykırı fiili sonucu meydana gelen ve tazmin edilmesi gereken maddî zarar kalemleri şu şekilde sıralanabilir:

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri, 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesine göre ise, bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri, 2. Kazanç kaybı, 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

b) Manevî Zarar

Bir kişinin, hukuka aykırı bir fiil yüzünden çektiği bedenî acılar ile ruhî elem ve üzüntülerin hepsine manevî zarar denir. Bu zarar, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan acı ve üzüntüler, ölüm dolayısıyla ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntüler, kişilik haklarının ihlâlinden doğan acı ve üzüntüler olmak üzere üç farklı türden doğabilir. Maddî zarar olmasa bile, manevî zararın oluşması ve tazmin edilmesi mümkündür. Manevî tazminatın, zarara uğrayanın zenginleşmesini sağlayacak oranda yüksek tutulmaması, fakat tazminat kurumunun amacına uygun olmayacak ölçüde düşük de tutulmaması gerekir.

Manevî zararın tazmin edilmesinin amacı, mağdurun ekonomik durumunun iyileştirilmesi değildir; zaten bu tür zararların parayla ölçülebilme imkânı da bulunmamaktadır. Hükmedilen tazminat, mağdurun sadece manevî olarak rahatlatılmasını amaçlamaktadır. Başka bir ifadeyle, kişilik hakkına yöneltilen haksız bir tecavüz sonucunda, tecavüze uğrayanın manevî zararını, çektiği acıyı, manevî üzüntüsünü veya uğradığı ruhsal sarsıntıyı gidermeye yardımcı olacak bir tatmin yolu bulmak amaçlanmaktadır. Bu sebeple, manevî tazminatı genel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde, manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine hükmedilebilmesi yanında, onun yerine veya onunla birlikte başka bir tazmin yoluna da karar verilebileceği öngörülmüştür. Bu şekilde, manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi hâlinde de, malvarlığındaki azalmanın (bir maddî zararın) karşılanması veya haksız fiili yapanın cezalandırılması değil, tecavüze uğrayanın ruhî sarsıntılarını giderecek maddî bir durumun yaratılması söz konusudur. Örneğin hatalı bir enjeksiyon nedeniyle cerrahi bir müdahaleyle kolu kesilen hastaya ödenecek tazminat miktarı ne olursa olsun, uğranılan zararın tam karşılığını oluşturmamaktadır; fakat onun uğradığı manevî zararı telafi edecek şekilde bir manevî tazminata hükmedilmesi gerektiğinden, zorunlu olarak bir miktar para veya diğer telafi şekilleri kararda belirtilmektedir.

Türk Hukukunda manevî tazminat davası, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiilleri düzenleyen genel hükümlerinde, 56. ve 58. maddelerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, hatalı tedavi sebebiyle ortaya çıkacak manevî zararların tazmininde de, bu iki hükmün esas alınması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun, ölüm veya yaralanma durumlarında manevî tazminatı düzenleyen 56. maddesine göre, *"Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. -Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."*

Türk Borçlar Kanunu'nun, kişilik hakkının zedelenmesi durumunda manevî tazminatı düzenleyen 58. maddesine göre ise, *"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. -Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."*

2. Davaların Açılabileceği Süre

Kişisel kusuru sebebiyle sadece intörn hekimin sorumlu olduğu hâllerde, zarar görenler adlî yargıda belirli süreler içerisinde maddî ve manevî tazminat davasını açmalıdır; aksi hâlde alacakları zamanaşımına uğramış olur. Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesine göre, *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. -Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir."* Talebin

haksız fiile değil de sözleşmeye dayandığı hâllerde, eser veya vekâlet sözleşmesine ilişkin zamanaşımı süreleri içerisinde dava açılması gerekir. Fakat hatalı tıbbî müdahaleden sonra zararın hemen ortaya çıkmadığı durumlarda, zamanaşımı zararın meydana geldiği tarihte işlemeye başlayacaktır.

İdarenin tıbbî müdahaleler sebebiyle adam çalıştıran veya tehlike esasına göre sorumlu olduğu maddî ve manevî tazminat davaları ise idarî yargıda görüleceğinden, idarî yargılama usulleri uygulanacaktır. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddî ve manevî tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi hâlinde kanunî süresi içinde idarî yargı mercilerinde dava açılması gerekir. Bu düzenlemeye göre, idareye karşı açılacak tazminat davalarının, zarar verici fiilin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hâlde fiilin işlenmesinden itibaren beş yıl içerisinde idareye yapılan talebe 60 gün içerisinde cevap verilmemesi veya olumsuz cevap verilmesinden itibaren 60 gün içerisinde açılması gerekir. Bu süreler içerisinde idareye talepte bulunulmaması veya süresi içerisinde idarî yargıda dava açılmaması durumunda, hakdüşürücü nitelikteki sürelerin etkisi sebebiyle artık talepte bulunulabilmesi mümkün değildir; bu sürelerin -zamanaşımı sürelerinden farklı olarak- kesilmesinden veya durmasından da söz edilemez. Ayrıca, hakdüşürücü sürelerin dolduğunu hâkim kendiliğinden dikkate alır, davalı idarenin bunu ileri sürmesi gerekmez.

IV. İNTÖRN HEKİMİN VE ÖĞRETİM ELEMANININ SORUMLULUĞU: RÜCU

Rücu, sorumlu olduğu bir zarar nedeniyle ödeme yapan kişinin, bu ödemenin bir kısmını veya tamamını başka bir kişiden isteyebilmesi

imkânıdır[53]. Anayasa'da[54] ve Devlet Memurları Kanunu'nda[55], idarenin zarar görenin zararını tazmin etmesinden sonra, bu tazminatı kısmen veya tamamen kamu görevlilerinden geri alabilmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemelerle, ödeme gücü zayıf olan kamu görevlisi yerine, ödeme gücü daha yüksek olan idare zarardan sorumlu tutularak, zarar görenin uğradığı zararı daha kolay alabilmesi sağlanmakta ve bu sayede zarar gören kişi korunmaktadır. Ayrıca zarar görenin kendilerine karşı doğrudan dava açabilmesi mümkün olmamasına rağmen, rücu ile kamu görevlilerinin kişisel sorumlu olmaları prensibi korunarak dengeli bir çözüm getirilmektedir. İdarenin ödediği tazminatı rücu edebileceği kişiler sadece memurlar olmayıp, tüm kamu görevlilerinden oluşur[56].

İdarenin kamu görevlisine açtığı rücu davasında, tazminat çalışana (intörn hekime ve onun gözetiminden sorumlu öğretim elemanına[57]) kusuru oranında rücu edilmelidir[58]. Zira rücu davası adlî yargıda özel

[53] Nomer, Haluk N.: Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK.m.73), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012, s.246; Akyılmaz, Bahtiyar: İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.1049.

[54] Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."* Ayrıca *"Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."* (Anayasa m. 40/III).

[55] 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Kişiler kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi hâlinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."*

[56] Ersöz, Ahmet Kürşat: Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu, İstanbul 2012, s.115.

[57] İntörn hekimin hatalı tıbbî müdahalesi sonucu oluşan zararı tazmin eden idare, söz konusu müdahale yapılırken intörn hekimin yanında bulunan kamu görevlisine (örneğin asistana), ayrıca yanında olmamakla birlikte intörn hekimi resmî olarak denetlemekle yükümlü kamu görevlisine (örneğin öğretim üyesine) rücu etme imkânına sahiptir.

[58] İntörn hekimin kusuru kasıt, ağır ihmâl veya hafif ihmâl biçiminde olabilir. İntörn hekimin ihmâlinden söz edebilmek için ondan beklenen objektif, dürüst, makul bir intörn hekimin göstereceği özeni göstermemesi gerekir. Bu özen derecesi düşükse, yeterli özeni gösteremeyeceği hâlde işi ona yaptıran hekimin kendisi kusurludur (Yaylacı/Yücel/Hancı, Uzmanlık Öğrencisi Hekimlerin Ve Aile Hekimi Adayı Öğrencilerin Müdahalelerinden Doğan Yasal Sorumluluk, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1129.htm; Erişim Tarihi: 15.3.2017). Ayrıca bkz. Hakeri, s.687.

hukuk kurallarına tâbi bir dava olup, adam çalıştıran olarak sorumlu tutulan idarenin Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesindeki rücuya ilişkin hükme göre bunu gerçekleştirmesi gerekir[59]. Zarar birden çok kamu görevlisinin fiili nedeniyle meydana gelmişse, idare her bir kişiye kusuru oranında tazminatı rücu eder[60].

İdarenin kamu görevlisinin kusuru nedeniyle sorumlu tutulup tazminat ödemesi hâlinde, ödediği tazminatı rücu etme imkânı idarenin takdirine bağlı olmayıp, rücu imkânını kullanmak zorundadır[61]; Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasındaki *"kendilerine rücu edilmek kaydıyla … idare aleyhine açılabilir"* hükmü, bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını, rücu hakkını kullanması gerektiğini göstermektedir.

İntörn hekimin kişisel kusurunun bulunduğu hâllerde, zarardan sadece o sorumlu olduğundan idarenin ödediği tazminatı rücu etmesinden söz edilemez; zira idareye karşı dava açılamadığından, zararı zaten intörn hekimin kendisi ödeyecektir.

İdare zarar görene tazminatın bir kısmını ödemiş ise, yalnızca bu miktarı çalışanına rücu edebilir. Fakat bu tazminatın mutlaka mahkeme kararı sonucunda ödenmiş olması şartı aranmamıştır. İdare kendisine dava açılmadan önce tazminatı ödemiş ve bunu çalışanına rücu etmek istiyorsa, çalışan idarenin gerçekte bu miktarda tazminat borcunun doğmadığını ispat edebilir. Böylece kamu görevlisi zarar görene yapılan fazla ödemeyi idareye ödemekten kaçınabilir[62].

Rücu, kamu görevlisinin görev içindeki kusurlu davranışları nedeniyle idarenin adam çalıştıran olarak sorumlu tutularak tazminat öde-

---

[59] Türk Borçlar Kanunu'nun adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen 66. maddesinin dördüncü fıkrasına göre *"Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir."*

[60] Akyılmaz, s.1057.

[61] Gözler, s.1158; Akyılmaz, s.1051; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.635; Ersöz, s.114.

[62] Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 10. Bası, İstanbul 2013, s.153-154.

mesi hâlinde söz konusu olur. İdarenin faaliyetinden doğmakla birlikte, belirli bir görevliyle ilişkilendirilemeyen kusur hâlinde idarenin ödediği tazminatı rücu imkânı bulunmamaktadır[63].

Rücu hakkını kullanmak isteyen idare, Türk Borçlar Kanunu'nun 73. maddesinin birinci fıkrasına göre, tazminatın tamamını ödediği ve birlikte sorumlu olduğu kişiyi öğrenmesinden iki yıl, her hâlde tazminatın tamamını ödemesinden başlayarak on yıllık zamanaşımı süresi içinde rücu isteminde bulunmalıdır. İdarenin, kamu görevlisine tazminatı rücu edebilmesi için ayrıca, kendisine dava açıldığını kamu görevlisine bildirmiş olması gerekir. Aksi hâlde, iki yıllık zamanaşımı süresi bu bildirimin dürüstlük kuralına göre yapılabileceği tarihte başlar (TBK.m.73/II).

Rücu ilişkisindeki sorumluluk miktarının belirlenmesi için öncelikle Türk Borçlar Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasına göre, müteselsil sorumlular arasındaki tazminattan sorumluluk oranı tespit edilmelidir. Tazminat miktarının sorumlular arasında paylaştırılmasında bütün durum ve koşullar, özellikle her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlike göz önünde bulundurulacaktır (TBK.m.62/I). İdarenin gerekli özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle ek kusurunun varlığı hâlinde, kamu görevlisinin tazminattan sorumluluk oranı daha düşük olacaktır. Sorumluluk oranına göre kendi payına düşenden fazlasını ödeyen idare, bu fazla payın ödenmesi için kamu görevlisine karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur (TBK.m.62/II).

İdarenin de zararın meydana gelmesinde kusurlu olması, rücunun kapsamı belirlenirken göz önünde bulundurulur ve idarenin kusuru rücu hakkını kısmen veya tamamen kaybetmesine yol açabilir[64]. Örneğin, zarar idarenin verdiği bozuk aletleri intörn hekimin kullanmasından veya idarenin hatalı talimatı nedeniyle meydana gelmişse idare rücu imkânını kısmen veya tamamen kaybedebilir.

[63] Gözler, s.1158.

[64] Oğuzman/Öz, s.152.

Zarar görenin idareye Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine göre açtığı tazminat davasında verilen karar, idarenin kamu görevlisine açacağı davada kesin hüküm oluşturmaz. Bu nedenle, rücu davasında kusur ve zarar miktarı bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilir[65]. Kamu görevlisinin idareye karşı açılan davaya müdahil olarak katılması da mümkündür[66]. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda davanın ihbarına ilişkin hükümler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapıldığından, bu hâlde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeler uygulanır.

Çalışanına tazminatı rücu etmek isteyen idare, doğrudan çalışanının maaşından kesinti yapamaz. Ancak kamu görevlisinin onayı bulunmaktaysa bu miktar maaşından kesinti yapılarak alınabilir[67]. Fakat intörn hekimlerin maaşının en fazla 12 ay süreli olması ve müktarının da düşük olması sebebiyle, maaştan kesinti fazla bir önem taşımayacaktır.

Burada, zorunlu hekim meslekî malî sorumluluk sigortasından da söz edilmelidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un ek 12. maddesine göre[68], özel veya kamu hastanelerinde çalışan tüm doktorların, hatalı tıbbî uygulama nedeniyle kendi-

65 Oğuzman/Öz, s.153.

66 Akyılmaz, s.1058-1059.

67 Sancakdar, s.866.

68 *"Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbî kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.*
Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbî kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rüculara karşılamak üzere meslekî malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu meslekî malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır.
Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz.
Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.
Bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir."

lerinden talep edilen tazminatlar ile çalıştıkları kurum tarafından kendilerine rücu edilecek tazminatlara karşı sigorta yapma zorunlulukları bulunmaktadır. Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin yol açtıkları zararlarda, tazminatı ödeyen idare, tazminatı sigortaya rücu ederken de tazminatın tamamını değil, hekimin bizzat sorumlu olduğu miktarı rücu etmelidir. Tıbbî Kötü Uygulamalara İlişkin Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ[69] ekinde Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları düzenlenmiştir. İntörn hekimler henüz hekim sayılmadıklarından, böyle bir zorunlu sigorta yaptırma yükümlülükleri bulunmamaktadır; fakat yürüttükleri faaliyetlerin hekimlerden farkı olmadığından benzer riskler altındadırlar. Gözetimininde bulundukları hekimin sigortası, intörn hekimin hukuka aykırı tıbbî müdahalelerini kapsamamaktadır. Bu yüzden gerek intörn hekimlerin gerekse hastaların korunması bakımından bu sigortanın kapsamına intörn hekimlerin de dâhil edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz; intörn hekimlerinin maaşlarının çok düşük olması sebebiyle, sigorta primlerinin tamamının döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, olmayanlar için ise ilgili kurumun bütçesinden karşılanması isabetli olacaktır.

SONUÇ

Tıp fakültesi lisans eğitiminin son sınıfında (poliklinik aşamasında) bulunan intörn hekimler Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik'in 3. maddesinin üçüncü fıkrasının (ç) bendi ve ilgili tıp fakültelerinin intörnlük yönergeleri uyarınca, sorumlu öğretim elemanının gözetiminde -birkaç istisna dışında tıpkı gerçek hekimler gibi- tıbbî müdahalede bulunma yetkisine sahiptirler.

İdare veya asıl hekim, hastayla bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesine göre yardımcı

[69] RG., 21.7.2010, S.27648.

kişi sayılmayan intörn hekimler, hastanede çalıştırılma amaçları meslek hayatlarında faydalı olacak deneyimin kazandırılması olması sebebiyle, idarenin istihdam şekillerinden hiçbirine girmemektedir; buna karşılık bağımlılık ilişkisi içerisinde üniversite hastanelerinde çalışmaları, cüzi de olsa maaş almaları ve kısmen de olsa sigortalarının yapılması sebebiyle, geniş anlamda kamu görevlisi sayılmalıdırlar. Bu sebeple intörn hekimlerin, sebep oldukları zararlar yüzünden diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinin ikinci fıkrası gereği, intörn hekimin hatalı tıbbî müdahaleleri sebebiyle idarenin sorumluluğunun, Kanunun 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu hükümlerine göre olması gerekir. Zarar gören hasta ve/veya yakınları, uğradıkları maddî ve/veya manevî zararlarının tazminini idarî yargılama usullerine göre idare mahkemelerinde üniversite tüzel kişiliğine karşı açacakları davada talep edebilirler. İntörn hekimin hatalı tıbbî müdahalesi sonucu zarar görenlerin zararlarını karşılayan idarenin, intörn hekime rücu etme imkânı bulunmaktadır. Eğer intörn hekimin -idarenin sorumlu olmadığı- kişisel kusuru bulunuyorsa, sadece intörn hekime karşı adlî yargıda tazminat davası açılmalıdır.

Her ne kadar intörn hekimlerin henüz hekim sayılmamaları sebebiyle meslekî sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülükleri bulunmasa da, intörn hekimlerin yürüttükleri faaliyetler bakımından hekimlerden neredeyse hiçbir farklarının olmaması, her tıbbî müdahalenin maddî ve/veya manevî zarara yol açma ve bu zararlar sebebiyle intörn hekimlere rücu edilme riski sebebiyle, gerek intörn hekimlerin gerekse hastaların korunması bakımından bu sigortanın kapsamına intörn hekimlerin de dâhil edilmesinin, sigorta primlerinin tamamının üniversite tarafından karşılanmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

SOSYAL MEDYADA KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİ VE HUKUKÎ KORUNMA YOLLARI

▪ **Beyza AKA***

Özet: Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması, pek çok alanı olduğu gibi hukuku da yakından ilgilendirmektedir. Özellikle sosyal medyanın kişilerin kendi kişisel verilerini ve görüşlerini paylaştığı bir ortam olması nedeniyle, kişilik hakkı ihlalleri ile oldukça sık karşılaşılmaktadır. Kişilik hakkına yönelik saldırılar özel hukuk açısından haksız fiil oluşturmakta, aynı zamanda hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal, tehdit vb. kimi durumlarda suç teşkil edebilmektedir. İnternet ortamında içeriklerin hızlı bir şekilde çok sayıda kişiye yayılabilmesi, ayrıca "cyberstalking" adı verilen yeni bir hukukî olgunun gündeme gelmesi, sosyal medyada işlenen kişilik hakkı ihlallerinin fiziksel ortamdaki kişilik hakkı ihlallerine göre daha farklı değerlendirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu çalışmada kişilik hakkı ve korunması öncelikle Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre ele alınmış, ardından 5651 sayılı Kanun ve 6284 sayılı Kanunun getirdiği hukukî imkanlar değerlendirilmiştir. Ancak çalışmanın kapsamı kişilik hakkının özel hukuk çerçevesinde korunmasıyla sınırlandırıldığından, kişiliği oluşturan değerlerin korunması amacıyla düzenlenen ve sosyal medya yoluyla işlenmesi mümkün olan suçlar ele alınmamıştır.

Anahtar Sözcükler: Sosyal medya, kişilik hakkı, kişilik hakkı ihlalleri, cyberstalking.

Abstract: The widespread utilization of social media is of particular concern to law, as well as other fields. Personal right infringements are common since social media is an environment where individuals share their data and opinion. Violations of personal right constitute a tort in private law as well as a crime in case of insult, violation of privacy, and threat etc. Furthermore, the fast and wide spread of content on the Internet has resulted in a new legal phenomenon called "cyberstalking" and necessity for analysis of personal right infringements on social media, distinctly. In this paper, it is aimed to analyze the personal rights and protection in accordance with the provisions of the Turkish Civil Code and the legal options brought forward by the Law No. 5651 and Law No. 6284. Nonetheless, since the scope of the paper is limited with the protection of personal rights in private law, the potential crimes to be committed through social media are excluded.

Key Words: Social media, personal right, violations of personal right, cyberstalking

*aka.beyza@gmail.com

GİRİŞ

Teknolojik gelişmelerin hız kazanması ile birlikte, kişilerin internet ortamında içerik yaratarak kendi bilgi, duygu ve düşüncelerini paylaşmasına ve başkalarıyla iletişim kurmasına olanak tanıyan "sosyal medya" sitelerinin kullanımı da giderek yaygınlaşmaktadır. Sosyal medya kullanımının yaygınlaşması, diğer pek çok alanı olduğu gibi hukuku da yakından ilgilendirmektedir. Özellikle sosyal medyanın kullanıcıların kişisel verilerini ve görüşlerini paylaştığı bir ortam olması sebebiyle, kullanıcının kendisinin veya üçüncü kişilerin kişilik hakkının ihlal edilmesi oldukça sık karşılaşılabilecek bir durumdur. Kişilik hakkını oluşturan değerlere yönelik saldırılar özel hukuk açısından haksız fiil teşkil etmekte, aynı zamanda kimi durumlarda bu fiiller cezai yaptırımı da gerektirebilmektedir.

Sosyal medyada kişilik hakkı ihlalleri çoğu zaman olay veya düşünce açıklamaları yoluyla üçüncü kişinin şeref ve haysiyetine yönelik gerçekleşmekte, bu durum düşünce ve ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı değerleri arasında bir çatışmayı meydana getirmektedir. Hukuk düzeni çatışan iki hukukî değeri aynı anda birlikte koruyamayacağından, somut olayda bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerekecektir. Bu açıdan düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Sosyal medya içeriklerine çok sayıda kişinin erişebilir olması, içerik nedeniyle kişilik hakkı ihlal olunan kişinin daha fazla zarar görmesine ve bu içerik yayında kaldığı sürece bu zararın artmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle Türk Medenî Kanununun sağladığı kişilik hakkını korumaya yönelik dava imkanları sosyal medya yoluyla gerçekleşen ihlallerde yetersiz kalabilmektedir. Nitekim sosyal medyada kişilik hakkını korumaya yönelik hukukî imkanlar Türk Medenî Kanununun ilgili hükümleriyle sınırlı tutulmamış, özellikle 5651 sayılı Kanun ile kişilik hakkı ihlal edilen kişiye çok daha hızlı ve etkin bir koruma sağlanmıştır. Bunun dışında, yeni bir hukukî olgu olan ve aynı zamanda kişilik hakkı ihlali teşkil eden ısrarlı takip ve taciz (stalking) ile 6284 sayılı Kanunun stalking

mağdurlarına sağladığı korumanın, internet ortamında gerçekleştirilen ve "cyberstalking" olarak adlandırılan stalking eylemleri açısından da incelenmesi gerekmektedir.

Sosyal medyada gerçekleştirilen ve kişilik hakkı ihlali taşıyan eylemler bazı durumlarda ceza hukukunun müdahalesiyle de karşılaşabilmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanununda kişiliği oluşturan değerlerin korunması amacıyla düzenlenen ve internet ortamında da işlenmesi mümkün olan pek çok suç tipi bulunmaktadır. Bunların başında hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, tehdit, cinsel taciz, çocukların cinsel istismarı gibi suçlar gelmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak sosyal medya ve kişilik hakkı kavramları tanımlandıktan sonra sosyal medyada gerçekleşebilecek kişilik hakkı ihlallerine örnekler verilecek ve başta düşünce ve ifade hürriyetinin kullanılması olmak üzere kişiliği oluşturan değerlere yönelik saldırıların hangi durumlarda hukuka uygun olarak kabul edileceği ortaya konulacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde sosyal medyada gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine karşı hukukî korunma yolları ele alınacaktır. Bu bölümde öncelikle Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun kişilik hakkı ihlal edilen kişiye tanıdığı hukukî imkanlardan bahsedilecek, ardından 5651 sayılı Kanun ile internet üzerinden gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerine karşı getirilen hukukî koruma incelenecek ve 6284 sayılı Kanunun ısrarlı takip mağduruna sağladığı koruma "cyberstalking" eylemleri bakımından değerlendirilecektir. Son olarak, sosyal medyada yabancılık unsuru taşıyan kişilik hakkı ihlallerinin meydana gelme olasılığı dikkate alınarak bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti yapılacaktır. Ancak çalışmanın kapsamı kişilik hakkının özel hukuk çerçevesinde korunmasıyla sınırlandırıldığından, kişiliği oluşturan değerlerin korunması amacıyla düzenlenen ve sosyal medya yoluyla işlenmesi mümkün olan suçlar ele alınmayacaktır.

I. SOSYAL MEDYA VE KİŞİLİK HAKKI

A. SOSYAL MEDYA

Sosyal medya, internet ve web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin karşılıklı iletişim ve etkileşim kurmak ve kendi içeriklerini oluşturmak suretiyle sosyalleşmesine imkân sağlayan ortam ve araçların bütününe verilen addır[1]. Sosyal medya araçlarını bloglar, mikrobloglar, sosyal ağ siteleri, medya paylaşım siteleri, wikiler, anında mesajlaşma uygulamaları gibi çeşitli kategorilere ayırmak mümkündür[2]. Bu platformlar, özelliklerine göre kullanıcılarına günlük oluşturma, yorum ve bilgi paylaşma, anlık durum paylaşımı, fotoğraf ve video paylaşma gibi çeşitli hizmetler sunmaktadır.

B. KİŞİLİK HAKKI

1) Kişilik Hakkı Kavramı

Kişilik hakkı kavramı, kişinin kişiliğini oluşturan hayat, vücut bütünlüğü, ad, resim, özel hayatın gizliliği, ekonomik özgürlük gibi maddi ve manevi değerlerin tümü üzerinde sahip olduğu hak şeklinde tanımlanabilir[3]. Kişiliği oluşturan söz konusu değerlerin bütünü üzerinde tek bir hakkın mı yoksa her biri üzerinde ayrı ayrı kişilik haklarının mı bulunduğu tartışmalı bir konudur. Doktrinde çoğunlukla kabul gören görüş, kişiliği oluşturan değerler üzerinde genel bir kişilik hakkının bulunduğu, münferit kişilik haklarından söz edilebilse de bunların aslında genel kişilik hakkından farklı olmadığı, genel kişilik hakkının somut olaydaki görünüşlerinden ibaret olduğu yönündedir[4]. Türk ve İsviçre

[1] Kaya, Mine: *Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali*, TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 279.

[2] Hohlfeld, Ralf/Godulla, Alexander: *Das Phänomen der Sozialen Medien*, Rechtshandbuch Social Media, (Hrsg. Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf), Heidelberg, 2015, s. 17-20; Kaya, s. 282.

[3] Gönen, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul, 2011, s. 19; Özel, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. B., Ankara, 2004, s. 26; Serozan, Rona: *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, MHAD, C. 11, 1977, S. 14, s. 93.

[4] Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya: Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri - Ki-

hukuklarında da çerçeve bir düzenlemeye gidilerek genel kişilik hakkının varlığı kabul edilmiş, bunun yanında kişiliği oluşturan bazı değerleri özel olarak koruyan hükümlere yer verilmiştir. Bunların haricinde nelerin kişilik hakkının içeriğine dahil olduğunun belirlenmesi ise uygulamaya bırakılmıştır[5]. Kişiliği oluşturan değerler zaman ve mekana bağlı olarak değişebileceğinden, genel kişilik hakkının kabul edilmesi kişiliğin korunması amacına daha çok hizmet etmektedir[6]. Nitekim Türkiye ve İsviçre'dekinin aksine kişiliği oluşturan değerlerin kanunda tek tek sayıldığı ve genel kişilik hakkına ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı Almanya'da da, BGB § 823 hükmünde yer alan "diğer haklar" ifadesinin Alman Anayasasının 1. ve 2. maddelerine uygun şekilde yorumlanmasından yola çıkılarak genel kişilik hakkının varlığı kabul edilmektedir[7].

Kişilik hakkına yalnızca gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de sahiptir. Nitekim Türk Medenî Kanununun tüzel kişilerin hak ehliyetini düzenleyen 48. maddesinde tüzel kişilerin niteliği gereği insana özgü olanlar dışındaki tüm hak ve borçlara ehil olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede tüzel kişiler de tıpkı gerçek kişiler gibi kişilik hakkının korumasından yararlanacak, ancak tüzel kişilerin kişilik hakkının konusunu oluşturan değerler arasında gerçek kişilere özgü hayat, vücut bütünlüğü gibi değerler yer almayacaktır[8].

şiler Hukuku, 10. B., İstanbul, 2013, s. 345; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 14. B., İstanbul, 2013, s. 101; Gönen, s. 21; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. B., İstanbul, 2012, s. 155; Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medenî Hukuk, 6. B., Ankara, 2000, s. 397.

[5] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 345; Dural/Öğüz, s. 100-101; Özel, s. 27-28.

[6] Gönen, s. 21-22; Özel, s. 22.

[7] Müller-Terpitz, Ralf: *Persönlichkeitsrechtliche Aspekte der Social Media,* Rechtshandbuch Social Media, (Hrsg. Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf), Heidelberg, 2015, s. 165; Özel, s. 22; Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München, 2002, s. 1111.

[8] Gönen, s. 29-30; Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002, s. 258; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155.

2) Kişilik Hakkının Özellikleri

Kişilik hakkı, mutlak hak niteliği taşımaktadır ve bunun sonucu olarak herkese karşı ileri sürülebilmektedir[9]. Diğer mutlak haklarda olduğu gibi, kişilik hakkı da sahibine olumlu bir edim isteme hakkı değil, olumsuz bir kaçınma hakkı vermekte, üçüncü kişilerin bu hakka müdahalesini yasaklamakta ve engellemektedir[10].

Ayni haklar ve fikri haklar gibi diğer mutlak haklardan farklı olarak kişilik hakkı para ile değerlendirilemediğinden malvarlığı hakkı değil, şahısvarlığı hakkı niteliğindedir[11]. Kişilik hakkının ihlali hâlinde zarar görenin tazminat talebinde bulunabilmesi, bu hakkın niteliğini değiştirmemektedir[12]. Kişilik hakkının şahısvarlığı hakkı olmasının bir sonucu olarak bu haktan feragat edilemeyeceği gibi, bu hakkın devredilmesi ve mirasçılara intikal etmesi de mümkün değildir[13]. Ancak kişilik hakkının ihlali durumunda gündeme gelebilecek menfaat devri ve tazminat taleplerden feragat edilmesine, söz konusu hakların devrine ve mirasçılara intikaline herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır[14].

Kişilik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan bu hakkın yasal veya iradi temsilci tarafından kullanılması kural olarak mümkün değildir[15]. Ancak ayırt etme gücünden yoksun olduğu için kişilik hakkı-

[9] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 347; Dural/Öğüz, s. 103; Gönen, s. 26; Helvacı, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, s. 46; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Özel, s. 29.

[10] Gönen, s. 26-27; Serozan, Rona: Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. B., İstanbul, 2014, s. 232.

[11] Dural/Öğüz, s. 103; Gönen, s. 25; Honsell/Vogt/Geiser, s. 251; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Özel, s. 29; Serozan, Medeni Hukuk, s. 447.

[12] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Özel, s. 29; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 400.

[13] Helvacı, s. 48; Honsell/Vogt/Geiser, s. 251; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk, 19. B., İstanbul, 2013, s. 156; Serozan, Medeni Hukuk, s. 447; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 399.

[14] Helvacı, s. 48; Honsell/Vogt/Geiser, s. 251; Serozan, Medeni Hukuk, s. 447; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 399. Bununla birlikte TMK m. 25/4 gereği manevi tazminat alacağının karşı tarafın kabulü olmadan devredilmesi ve mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara intikal etmesi mümkün değildir.

[15] Dural/Öğüz, s. 79-83; Helvacı, s. 47; Honsell/Vogt/Geiser, s. 251; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 95; Serozan, *Kişilik Hakkının Korunması*, s. 94; Serozan, Medeni Hukuk, s. 447.

nı bizzat koruyamayan tam ehliyetsizin menfaati gereği, kişilik hakkının yasal temsilci tarafından korunabileceği doktrin tarafından kabul edilmektedir[16].

3) Kişilik Hakkı ile Temel Hak ve Özgürlükler Arasındaki İlişki

Kişilik hakkı ve kişiliğin korunması kavramları yalnızca özel hukuk ile değil, anayasa hukukundaki temel hak ve özgürlüklerle de yakından bağlantılıdır[17]. Nitekim kişilik hakkını oluşturan değerlerin önemli bir bölümü aynı zamanda temel hak niteliği taşımaktadır[18] ve insan haklarını esas alan günümüz anayasalarında kişilik hakkını koruyan pek çok hüküm yer almaktadır[19]. Türk hukukunda da kişilik hakkının kaynağını Anayasa ile güvence altına alınmış olan kişinin hak ve hürriyetleri oluşturmaktadır[20]. Anayasanın 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ifade edilmiş[21], m. 17 ve devamı hükümlerinde de kişilik hakkının kapsamında yer alan bazı hak ve özgürlükler düzenlenmiştir[22]. Anayasa hükümlerinin yalnızca devlet ve kişiler arasındaki ilişkileri düzenlediği, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sadece devlete karşı korunduğu yönündeki klasik görüş günümüzde terk edildiğinden, söz konusu hükümler kişilerarası ilişkilerde de uygulama alanı bulacaktır[23]. Bu husus Anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesinin birinci fıkrasında[24] da açıkça ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak

[16] Oğuzman/Barlas, s. 167; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Serozan, *Kişilik Hakkının Korunması*, s. 94; Serozan, Medeni Hukuk, s. 448.

[17] Serozan, Medeni Hukuk, s. 448

[18] Gönen, s. 24; Serozan, Medeni Hukuk, s. 448.

[19] Yüzer, Dilara: 1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara, 2012, s. 89.

[20] Yüzer, s. 89.

[21] Dural/Öğüz, s. 101; Gönen, s. 24; Helvacı, s. 26; Özel, s. 26.

[22] Dural/Öğüz, s. 101; Gönen, s. 24; Özel, s. 26; Serozan, Medeni Hukuk, s. 448.

[23] Dural/Öğüz, s. 101-102; Helvacı, s. 28-29; Müller-Terpitz, s. 165-166; Serozan, *Kişilik Hakkının Korunması*, s. 95.

[24] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 11/1 – Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*

hâkim, genel kişilik hakkı kapsamına giren değerlerin neler olduğunu belirlerken Anayasanın kişinin hak ve hürriyetlerini düzenleyen hükümlerinden yararlanmak zorundadır[25].

Yukarıda ifade edildiği üzere, kişilik hakkının kapsamı belirlenirken temel hak ve özgürlükler ya da insan haklarından yararlanılmakta ve çoğu zaman kişilik hakkını oluşturan değerler aynı zamanda temel hak niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, söz konusu kavramlar birbiriyle her zaman örtüşmemektedir[26]. Örneğin mülkiyet hakkı temel insan haklarından biri olmasına rağmen kişilik hakkı kapsamına girmemekte, kişilik hakkını oluşturan değerlerden kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı ise insan hakları arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla aralarında yakın bir ilişki olmakla birlikte, kişilik hakkı ile temel hak ve özgürlükler ya da insan hakları kavramları birbiriyle karıştırılmamalıdır[27].

C. SOSYAL MEDYADA KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİ VE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

1) Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri

A) Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk hukukunda genel kişilik hakkının varlığı kabul edilmekte ve kişilik hakkının konusunu oluşturan değerler kanunda sınırlayıcı olarak sayılmamakta, hangi değerlerin kişilik hakkı kapsamına girdiğinin belirlenmesi uygulamaya bırakılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde, kişilik hakkının konusunu oluşturan başlıca kişisel değerler çeşitli kategorilere ayrılarak değerlendirilmektedir[28]. Bu çerçevede kişisel değerler genellikle maddi, manevi ve mesleki-ticari değerler

[25] Dural/Öğüz, s. 101-102; Helvacı, s. 28-29; Yüzer, s. 92.

[26] Gönen, s. 23-24; Helvacı, s. 31-32; Müller-Terpitz, s. 165.

[27] Helvacı, s. 31-32.

[28] Helvacı, s. 45; Honsell/Vogt/Geiser, s. 253; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 158; Yüzer, s. 93; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 402.

olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir[29]. Bu çalışmada da aynı sınıflandırma esas alınacak, ancak medyada maddi kişisel değerlere yönelik bir saldırının gerçekleşmesi mümkün olmadığından, yalnızca manevi ve mesleki-ticari kişisel değerlere yönelik kişilik hakkı ihlalleri ele alınacaktır.

b) Manevi Kişisel Değerler

i) Kişinin şeref ve haysiyeti

Sosyal medyada karşılaşılan kişilik hakkı ihlallerinin büyük bölümünü kişinin şeref ve haysiyetine yönelik saldırılar oluşturmaktadır[30]. Şeref ve haysiyet kavramı, kişiye toplum tarafından verilen manevi değerlerin bütününü ifade etmektedir[31]. Doktrinde şeref ve haysiyetin iki unsurdan oluştuğu, bunlardan birincisinin bizatihi kişi olmaktan kaynaklandığı (içsel görünüm), ikincisinin ise kişinin kendisini geliştirme ve olgunlaştırma çabalarıyla toplum içinde elde ettiği yeri ifade ettiği (dışsal görünüm) belirtilmektedir[32]. Doktrinde yapılan başka bir ayrıma göre ise şeref ve haysiyet, kişinin kendisine olan saygısını ifade eden iç şeref ve kişiye toplum tarafından duyulan saygıyı ifade eden dış şereften oluşmaktadır[33]. Ancak yapılan bu ayrımın pratik açıdan önemi yoktur, zira hem iç şeref hem de dış şeref toplumsal yaşamdan kaynaklanmaktadır[34] ve dış şeref kadar iç şeref de hukukî korumadan yararlanacaktır[35].

---

[29] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 340-341; Özel, s. 29-35; Yüzer, s. 93; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 402.

[30] Kaya, s. 292.

[31] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 385; Dural/Öğüz, s. 127; Gönen, s. 123; Özel, s. 35; Yüzer, s. 100; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 409.

[32] Dural/Öğüz, s. 127; Gönen, s. 123-124.

[33] Dural/Öğüz, s. 125-126; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 168; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 410.

[34] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 410.

[35] Dural/Öğüz, s. 128; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 410.

Şeref ve haysiyet, kişinin kendisine yönelik sübjektif değer yargılarıyla değil, toplumun objektif değer yargılarıyla belirlendiğinden[36], bir kimsenin şeref ve haysiyetine yönelik ihlalin varlığı da objektif esaslara göre değerlendirilecektir. Dolayısıyla kişinin gerçekten kendisini aşağılanmış hissedip hissetmediği hukuken önemli değildir[37]. Objektif esaslara göre yapılan değerlendirme neticesinde kişinin şeref ve haysiyetinin hukuka aykırı biçimde saldırıya uğradığı sonucuna varılırsa, söz konusu kişi kişilik hakkını koruyucu hükümlerden yararlanacaktır. Şeref ve haysiyet kişinin içinde bulunduğu çevre ve zamana göre değişen nispi bir kavram olduğundan, değerlendirme yapılırken kişinin toplumdaki konumunun, içinde bulunduğu çevrenin değer yargılarının, yaşadığı zamanın özelliklerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir[38].

Sosyal medyada atılan tweetler, paylaşılan facebook gönderileri, yazılan blog yazıları, forumlarda yapılan yorumlar gibi çeşitli yollarla üçüncü kişilerin şeref ve haysiyetine yönelik saldırılar gerçekleştirilebilmektedir. Bu saldırılar hakaret, iftira, tehdit vb. niteliği taşıyan içeriklerin bizzat kullanıcı tarafından oluşturulması yoluyla olabileceği gibi, başka kullanıcıların oluşturduğu bu nitelikteki içeriklerin kullanıcı tarafından "retweet" veya "paylaş" gibi uygulamalarla paylaşılması suretiyle de olabilir[39]. 5651 sayılı İnternet Ortamında İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 4/2[40] hükmünde ifade edildiği gibi, kural olarak kişinin başkasına ait içerikten dolayı sorumluluğu bulunmamakla birlikte, sunuş şeklinden bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve söz konusu içeriğe başkaları tarafından erişilmesini sağlamayı amaçladığı açıkça anlaşılıyorsa sorumluluğu doğacaktır. Yer sağlayıcı sıfatını taşıyan sosyal medya sitelerinin ise içeriği kontrol etmek ve hukuka ay-

36 Özel, s. 35; Yüzer, s. 101.

37 Dural/Öğüz, s. 129; Özel, s. 35-36.

38 Dural/Öğüz, s. 128; Özel, s. 36; Yüzer, s. 101-102; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 412.

39 Kaya, s. 292.

40 *5651 sayılı Kanun m. 4/2 – İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.*

kırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından (5651 sayılı Kanun m. 5/1), oluşturulan veya paylaşılan içerik nedeniyle herhangi bir sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

(ii) Kişinin özel ve gizli hayatı

Sosyal medyada tehdit altında olan bir başka önemli kişisel değer, kişinin özel ve gizli hayatıdır. Doktrinde kişinin hayat alanı, kamuya açık alan, özel alan ve gizli alan olarak üçe ayrılmakta ve buna "alan teorisi (Sphärentheorie)" adı verilmektedir[41]. Bu teoriye göre "kamuya açık alan", kişinin toplum içinde paylaştığı ve aleniyet verdiği için herkes tarafından bilinen olaylardan oluşan hayat alanını; "özel alan" kişinin yalnızca yakın çevresiyle paylaştığı hayat alanını, "gizli alan" ise kişinin diğer kişilerden gizlediği veya yalnızca güven duyduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı hayat alanını ifade etmektedir[42]. Bu çerçevede kişinin özel alanı ile gizli alanı kişilik hakkının kapsamına girmekte ve söz konusu hayat alanlarına yönelik saldırılar hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir[43]. Buna karşın kişinin kamuya açık alanda gösterdiği bir faaliyetin üçüncü kişilerce açıklanmasında kural olarak hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak bu durumda da açıklamanın ilgili kişiyi küçük düşürmek amacıyla, kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyecek biçimde yapılması hâlinde kişilik hakkına yönelik bir saldırı gündeme gelebilir[44].

Kişinin özel alanı ile kamuya açık alanı arasındaki sınırın belirlenmesi bakımından bu kişinin kamu görevlisi veya kamuya mal olmuş kişilerden olup olmadığı önem arz etmektedir. Zira kamu görevlilerinin ve kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat alanı diğer kişilere nazaran

---

[41] Dural/Öğüz, s. 135; Gönen, s. 83-84; Helvacı, s. 60-61; Honsell/Vogt/Geiser, s. 255; Özel, s. 31; Yüzer, s. 102.

[42] Dural/Öğüz, s. 135-136; Gönen, s. 84-85; Helvacı, s. 62; Honsell/Vogt/Geiser, s. 256-257; Özel, s. 31-33; Yüzer, s. 103; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 416-418.

[43] Dural/Öğüz, s. 136; Gönen, s. 85; Palandt, s. 1111.

[44] Dural/Öğüz, s. 136; Yüzer, s. 104; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 419.

oldukça dardır[45]. Ancak bu durum söz konusu kişilerin özel hayatının bulunmadığı anlamına gelmemektedir. İnsanların sırf meraklarını tatmin etmek amacıyla, özel hayatın gereğinden fazla şekilde ifşa edilmesi hâlinde bu kişiler de kişilik hakkını koruyucu hükümlerden faydalanabileceklerdir[46].

Kişiler bir sosyal medya platformunda varlık göstermek için önce kendisiyle ilgili bazı verileri paylaşarak profil oluşturmakta, daha sonra kendi hayatıyla ilgili birtakım bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaktadır[47]. Aşağıda açıklanacağı gibi, kişinin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırsa da, söz konusu verilerin üçüncü kişiler tarafından ele geçirilerek farklı amaçlar için kullanılması ve bu suretle kişinin özel hayatının ihlal edilmesi mümkün olabilmektedir. Yine başkalarının özel hayatına ait fotoğraf, video, telefon görüşmeleri, e-posta yazışmaları gibi verilerin ilgililerin rızası dışında sosyal medya ortamında paylaşılmasıyla da karşılaşılabilmektedir[48]. Özellikle kişilerin ses ve görüntülerinin uzaktan kaydedilmesine olanak tanıyan teknolojilerin mevcudu[49] ve söz konusu kayıtların sosyal medya yoluyla hızlıca yayılabilmesi birlikte düşünüldüğünde[50], sosyal medya ortamında kişinin özel hayatına yönelik tehdidin boyutu daha iyi anlaşılabilecektir.

(iii) Kişinin resmi

Pek çok sosyal medya sitesi kullanıcılarına kendilerinin veya başkalarının fotoğraflarını paylaşma imkanı sunmaktadır. Bu nedenle sosyal medyada tehdit altında olan kişisel değerler arasında özel hayat yanında bununla bağlantılı olarak kişinin resmi de yer almaktadır. Kişilik hakkı-

[45] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 390; Dural/Öğüz, s. 139; Helvacı, s. 65-66; Honsell/Vogt/Geiser, s. 264-265; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 179; Özel, s. 33; Yüzer, s. 104; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 422.

[46] Dural/Öğüz, s. 139; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 179.

[47] Kaya, s. 294-295.

[48] Kaya, s. 295.

[49] Helvacı, s. 63; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 419.

[50] Kaya, s. 295.

nın kapsamına giren kişinin resmi, yalnızca fotoğraf veya video kaydında yer alan görüntüsünden ibaret olmayıp, kalem veya fırçayla çizilmiş portre veya karikatürleri de bu kavrama dahildir[51]. Kişinin resminin rızası olmadan çekilmesi ve yayınlanması çoğunlukla aynı zamanda özel veya gizli hayatın ya da şeref ve haysiyetin ihlali niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla kişinin resmini yukarıda belirtilen diğer kişisel değerlerden bağımsız düşünmek mümkün değildir[52]. Bununla birlikte kişinin salt resmine yönelik saldırıların da kişilik hakkı ihlali niteliği taşıyacağı açıktır. Örneğin kişinin kendi facebook sayfasına herkese açık şekilde eklediği fotoğrafının üçüncü kişiler tarafından ticari amaçla kullanılması özel hayata veya şeref ve haysiyete yönelik bir saldırı içermese de kişilik hakkının ihlali niteliği taşımaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86. maddesinde kişinin resmi ile ilgili özel bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, eser mahiyetinde olmasa dahi, kişinin resmi rızası olmadan, kişi ölmüş ise ölümünden itibaren 10 yıl içinde mirasçılarının rızası olmadan yayınlanamayacaktır. Aynı maddede resmin ilgilinin rızası olmadan yayınlanabileceği hâller de gösterilmiştir. Buna göre ülkenin toplumsal ve siyasi hayatında rol oynayan kimselerin resimleri ile kişilerin katıldıkları geçit, resmi tören veya genel toplantılara veya günlük olaylara ilişkin resimlerinin yayınlanması için ilgilinin rızasının alınması şart değildir. Bu hüküm, yukarıda özel hayat ile ilgili olarak yapılan açıklamalarla da bağlantılıdır. Zira kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat alanları diğer kişilere kıyasla daha dar olduğu gibi, geçit, resmi tören ve genel toplantılar da kişinin kamuya açık hayat alanına ilişkin faaliyetleridir. Ancak bu durumlarda da kişilik hakkı ihlalinin söz konusu olmaması için resmin Kanunun belirttiği sınırlar dahilinde kullanılması gerekmektedir.

Kullanıcılar sosyal medya platformlarında gerek profillerini oluştururken gerekse daha sonra çeşitli fotoğraf ve videolar paylaşmakta, bu görüntülere erişebilecek olan kitleyi de kendileri belirlemektedir.

[51] Helvacı, s. 72; Honsell/Vogt/Geiser, s. 254; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 174; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 413.

[52] Dural/Öğüz, s. 140; Helvacı, s. 74; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 414.

Kişinin kendi resmini sosyal medyada paylaşması durumunda sorun, kullanıcının bu resmin üçüncü kişilerce kopyalanması ve tekrar paylaşılmasına rızası olup olmadığına ilişkindir. Bu hususun her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir[53]. Örneğin kullanıcının resmi yalnızca sınırlı bir kitleye açık olarak paylaşması hâlinde, bu resmin üçüncü kişilerce kopyalanarak daha geniş bir kitleye ulaştırılması kişilik hakkının ihlali teşkil edecektir. Aynı şekilde kullanıcı her ne kadar herkese açık şekilde paylaşmış olsa da resminin üçüncü kişilerce ticari amaçla kullanması[54] veya resmin üzerinde çeşitli değişiklikler yapılarak tekrar paylaşılması da hukuka aykırı olacaktır.

(iv) Kişinin adı

Kişinin adının da kişilik hakkı kapsamında yer alan kişisel değerlerden olmakla birlikte[55], Türk Medenî Kanununun 26. maddesinde ad ile ilgili özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükmün TMK m. 24 ve 25'te yer alan kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hükmün özel bir uygulama şekli olduğu kabul edilmektedir[56]. Dolayısıyla adı TMK m. 26 kapsamı dışında kalan bir saldırıya uğrayan kimse de kişiliği koruyucu hükümlerden yararlanabilecektir[57].

---

[53] Müller-Terpitz, s. 178.

[54] *"Yerel Mahkeme, davacının kişisel resmini bizzat kendisinin internet sitesine verdiği ve dolayısıyla resmin yayımlanmasına izin verdiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ancak, davaya konu resmin görüntüleme amacının davacının çocukluk çağına ve özel yaşamına dair olduğu kuşkusuz olup, mahkemenin kabulünün aksine davaya konu fotoğrafın kültürel ve tanıtım amaçlı olarak anılan sitede yayınlanmak üzere rızayla verilmiş olması, bu resmin izinsiz bir şekilde başkaları tarafından ticari amaçlı çoğaltılmasına ve kullanılmasına da izin verildiği anlamına gelmez. Bu bağlamda davalı tarafından davaya konu edilen resmin çeşitli şekillerde izinsiz olarak ticari amaçla kullanıldığının dosya kapsamıyla sabittir. Davacıya ait fotoğrafın daha önce kendisi tarafından bir web sitesinde kullanılması, kendisine ait bu fotoğraf üzerinde tasarruf hakkının sona ermesi şeklinde yorumlanamayacağı gibi. davalı şirketin mağaza vitrininde ve işletme sahibinin kartvizitinde davacı fotoğrafının ticari nitelikli olarak kullanılması olayının da davacının kişilik haklarını zedelemediğinden bahsedilemez."* (Yargıtay HGK., 19.9.2012, E. 2012/11-392, K. 2012/593, www.kazanci.com)

[55] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 433; Dural/Öğüz, s. 175; Gönen, s. 61; Helvacı, s. 74; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 123; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 412.

[56] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 433; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 123.

[57] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 123.

Kişilik hakkı kapsamında olan ad, yalnızca kişinin öz ad ve soyadından ibaret değildir. Kişinin müstear adı, lakabı, hatta elektronik posta adresleri de adın korunmasından yararlanır[58]. Ancak müstear adın ve lakabın korunabilmesi için kişinin genellikle bu isimlerle tanınmış olması, bunların korunmasında haklı bir menfaatinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir[59]. Sosyal medyada müstear adların yaygın olarak kullanıldığı ve kullandıkları bu adlarla ünlenen kişilerin bulunduğu düşünüldüğünde, kişinin adı da sosyal medya ortamında korunması gereken bir başka kişisel değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede müstear adıyla ünlenen kişi, bu adın başka sosyal medya kullanıcıları tarafından haksız şekilde kullanılması hâlinde TMK m. 26 hükmünden faydalanabilecektir.

Sosyal medyada kişinin adına yönelik başka bir saldırı türü de sahte hesaplardır. Kişiler başka gerçek veya tüzel kişilere zarar vermek amacıyla onların isimlerini veya unvanlarını kullanarak sosyal medya platformlarında sahte hesaplar oluşturabilmektedir. Oluşturulan sahte profilde kişinin adının yanısıra fotoğrafının da kullanılması hâlinde bu durum yalnızca kişinin adına yönelik saldırıyla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda kişinin resmine yönelik bir saldırı hâli de teşkil etmektedir[60].

(c) Mesleki ve Ticari Kişisel Değerler

Kişinin yukarıda bahsedilen statik kişiliğinin yanında dinamik kişiliği de kişilik hakkının korunmasından yararlanacaktır. Dinamik kişilikten kasıt, kişinin yeteneklerini kullanarak toplum içinde elde ettiği konum, onun mesleki, ticari ve sanatsal faaliyetleridir[61]. Bir kimsenin mesleki ve ticari kişisel değerleri, o kişinin ekonomik özgürlüğü, mesleki saygınlığı ve mesleki ve ticari sırlarından oluşmaktadır[62].

[58] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 433; Dural/Öğüz, s. 175; Gönen, s. 64; Helvacı, s. 75; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 123.

[59] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 433; Gönen, s. 64.

[60] Müller-Terpitz, s. 179.

[61] Dural/Öğüz, s. 142; Gönen, s. 101.

[62] Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 423.

Ekonomik kişiliği korunmasına hizmet eden hukuki düzenlemelerin başında haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve rekabeti düzenleyen mevzuattaki hükümler gelmektedir[63]. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin esas amacı serbest rekabetin sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlayarak toplumun menfaatine hizmet etmek olmakla birlikte, bu hükümler aynı zamanda kişilerin ekonomik kişiliklerini de koruma altına almaktadır[64]. Ne var ki haksız rekabete ilişkin hükümler, kişinin ekonomik varlığını korumak için tek başına yeterli değildir. Nitekim öyle durumlar vardır ki bunlar haksız rekabet oluşturmamakta, ancak kişinin mesleki ve ticari kişilik değerlerine saldırı niteliği taşımaktadır[65]. Serbest piyasa koşullarında kabul edilebilir bir davranışın kişilik hakkını ihlal edici nitelikte olması, bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu hâlde yalnızca kişilik hakkına ilişkin hükümler uygulanacak, haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ise uygulama alanı bulmayacaktır[66]. Haksız rekabet hükümlerinin uygulanabilmesi için mutlaka davranışın tacir veya esnaf tarafından gerçekleştirilmesinin ya da taraflar arasında rekabet ilişkisi bulunmasının gerekmediği düşünüldüğünde[67], sosyal medyada daha sık karşılaşılacak durum, bir davranışın aynı anda hem haksız rekabet hem de kişilik hakkına saldırı teşkil etmesi olacaktır. Nitekim tüketicilerin somut bir ürün hakkında piyasa katılımcılarının ulaşabileceği bir ortamda kötüleyici beyanda bulunması da, doktrinde haksız rekabet olarak kabul edilmektedir[68]. Bu çerçevede sosyal medyada sıklıkla karşılaşılan belirli bir işletmeye yönelik boykot çağrıları veya bir mal ya da hizmete yönelik hakaret içerikli gönderiler hem haksız rekabet[69] hem de kişilik hakkının ihlali[70] niteliği taşımaktadır. Bir fiilin hem

63 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 393; Dural/Öğüz, s.142; Gönen, s. 105.

64 Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 20. B., Ankara, 2015, s. 322, dn. 3; Gönen, s. 106-107.

65 Dural/Öğüz, s. 142; Gönen, s. 110; Özel, s. 35.

66 Gönen, s. 110.

67 Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer-Ertan, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 4. B., İstanbul, 2015, s. 532-534.

68 Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan, s. 533.

69 Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan, s. 533.

70 Dural/Öğüz, s. 142-144; Gönen, s. 121-122; Özel, s. 35.

haksız rekabet hem de kişilik hakkı ihlali oluşturduğu bu gibi durumlarda hangi hükümlerin uygulanacağı önem arz etmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere haksız rekabet hükümlerinin bir amacı da kişilerin ekonomik kişiliğini korumak olduğundan, bu düzenlemeler Türk Medenî Kanununun 24 ve 25. maddelerine nazaran özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla bir fiilin hem haksız rekabet hem de kişilik hakkı ihlali oluşturması hâlinde öncelikle haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanacak, bu düzenlemeleri tamamlayıcı olarak da kişilik hakkını koruyucu hükümlerden yararlanılacaktır[71].

2) Hukuka Uygunluk Sebepleri

(a) Genel Olarak

Kişilik hakkının üçüncü kişilere karşı korunmasına ilişkin Türk Medenî Kanununun 24. maddesinin ilk fıkrasında, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kişinin hâkimden koruma isteyeceği belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise saldırının hangi hâllerde hukuka aykırı sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre kural olarak kişilik hakkına yapılan her türlü müdahale hukuka aykırıdır, meğerki somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunsun[72]. Söz konusu hukuka uygunluk sebepleri Kanunda kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak ifade edilmiştir.

(b) Rıza

Kişilik hakkına yönelik müdahaleleri hukuka uygun kılan sebeplerin başında, kişinin buna yönelik rızasının bulunması gelmektedir. Kişinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için rıza gösterme işleminin ehliyetsizlik veya irade sakatlığı nedeniyle hükümsüz

[71] Gönen, s. 111-112.

[72] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 400-401; Dural/Öğüz, s. 148; Gönen, s. 151-152.

olmaması[73], hukuka veya ahlaka aykırı nitelik taşımaması gerekmektedir[74]. Bu noktada kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağına ilişkin TMK m. 23/2 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır[75]. Rızanın geçersiz olması hâlinde saldırı hukuka aykırı olacağından, kişilik hakkı ihlal edilen kişi kişiliği koruyucu davaları açabilir ve zarar görmüşse bunun tazminini isteyebilir. Ancak bu durumda, Türk Borçlar Kanununun 52. maddesi gereği hâkim, tazminattan indirime gidebileceği gibi hiç tazminata da hükmetmeyebilir[76].

(c) **Üstün Nitelikte Özel Yarar**

Türk Medenî Kanununda öngörülen ikinci bir hukuka uygunluk sebebi, üstün nitelikte özel yarardır. Üstün nitelikte özel yararın, zarar görenin kendisine, faile veya üçüncü bir kişiye ait olabileceği kabul edilmektedir[77]. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin üstün yararına örnek olarak rızası alınamayan kişinin hayatı için gerekli tıbbi müdahalenin yapılması[78]; failin veya üçüncü kişinin üstün yararına ise meşru müdafaanın söz konusu olduğu durumlar gösterilmektedir[79]. Ancak belirtmek gerekir ki, üstün nitelikte özel yararın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin yerindeliği doktrinde tartışmalı bir konudur[80]. Bu nedenle bu tür durumlarda hukuka uygunluk sebebi olarak kanunun verdiği yetkiye dayanılması daha yerinde olacaktır[81]. Nitekim yukarıda

[73] Helvacı, s. 103.

[74] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 401; Dural/Öğüz, s. 149; Helvacı, s. 103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 192.

[75] Helvacı, s. 108; Kılıçoğlu, Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 2. B., Ankara, 1993, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 192; Özel, s. 39.

[76] Dural/Öğüz, s. 149; Helvacı, s. 104; Kılıçoğlu, s. 179.

[77] Dural/Öğüz, s. 150; Helvacı, s. 126; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 197.

[78] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 402; Dural/Öğüz, s.150; Helvacı, 126; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 197.

[79] Dural/Öğüz, s. 150; Helvacı, s. 127-128; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 199.

[80] Dural/Öğüz, s. 151; Helvacı, s. 128.

[81] Helvacı, s. 128.

verilen her iki örnekte de hukuka uygunluk sebebi olarak kanun hükümlerine (Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70; Türk Borçlar Kanunu m. 63/2) dayanılması mümkündür.

(d) Üstün Nitelikte Kamu Yararı

Kişilik hakkına yönelik müdahaleleri hukuka uygun kılan en önemli sebeplerden birisi de somut olayda üstün nitelikte kamu yararının bulunmasıdır. Üstün nitelikte kamu yararına en tipik örneği kitle iletişim araçlarıyla yapılan müdahaleler oluşturmaktadır[82]. İnternet ve sosyal medya da her ne kadar basın kavramı içerisinde yer almasa ve basın özgürlüğünden yararlanamasa da bir tür kitle iletişim aracıdır[83] ve düşünce ve ifade özgürlüğü sosyal medyada yapılan açıklamalar için de geçerlidir[84]. Basın özgürlüğünün düşünce ve ifade özgürlüğünün bir uzantısı olduğu düşünüldüğünde[85], basın özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi amacıyla getirilen kriterlerin sosyal medyadaki olay veya düşünce açıklamaları yönünden de uygulanması mümkündür.

Sosyal medyada yapılan olay veya düşünce açıklamalarının hukuka uygun olup olmadığının tespiti için her somut olayda kişilik hakkı ile kamunun haber alma ve aydınlatılma haklarından hangisinin daha üstün geldiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir[86].

Kitle iletişim araçlarıyla yapılan bir olay açıklamasının hukuka uygun olmasının ön koşulu, olayın gerçek olmasıdır. Kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyan ve gerçeğe dayanmayan bir olay açıklaması, her durumda hukuka aykırıdır[87]. Bununla birlikte olay açıklamasının gerçek ve doğru

---

[82] Dural/Öğüz, s. 151; Helvacı, s. 115; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 201

[83] Özel, s. 44, dn. 128; Yüzer, s. 5.

[84] Özel, s. 44, dn. 128.

[85] Özel, s. 44; Yüzer, s. 20.

[86] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 202.

[87] Dural/Öğüz, s. Helvacı, s. 124; Kılıçoğlu, s. 162; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 206; Özel, s. 52.

olması tek başına hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya yeterli değildir[88]. Bunun için ayrıca açıklamanın biçiminin açıklamayla ulaşılmak istenen amaca uygun olması gerekmektedir[89]. Uygun amaç ve araç ilişkisi, yalnızca olay açıklamalarının değil, düşünce açıklamalarının hukuka uygunluğu bakımından da aranan bir şarttır[90].

Düşünce açıklamaları, doktrinde, olaya dayanılarak yapılan karışık düşünce açıklaması ve soyut düşünce açıklaması olarak ikiye ayrılmaktadır. Karışık düşünce açıklamasında, açıklamanın dayandığı olayın gerçek olması, açıklamanın hukuka uygunluğu bakımından zorunludur. Soyut düşünce açıklamasında ise açıklamanın hukuka uygunluğu, kullanılan ifade ve üsluba bakılarak değerlendirilmektedir[91]. Bir düşünce açıklamasının hukuka uygunluğunun saptanması bakımından kişilik hakkında yönelik müdahalede bulunulan kişinin kamuya mal olmuş kişilerden olup olmadığı hususu oldukça önemlidir. Zira kamuya mal olmuş kişiler, görev ve faaliyetleriyle ilgili eleştirilere karşı diğer kişilere göre çok daha hoşgörülü olmak zorundadırlar[92]. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında siyasi kimliğe sahip kişilerin kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere katlanmak zorunda olduğunu açıkça ifade etmektedir[93]. Ancak eleştirinin amacından ayrılarak kişiye saldırı için bir tür araç hâline gelmesi durumunda hukuka uygunluğu da ortadan kalkacaktır[94].

---

88 Dural/Öğüz, s. 131; Kılıçoğlu, s. 206; Özel, s. 52.

89 Dural/Öğüz, s. 132; Helvacı, s. 122; Özel, s. 54-55.

90 Dural/Öğüz, s. 132.

91 Kılıçoğlu, s. 168-169; Özel, s. 55.

92 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 388; Dural/Öğüz, s. 133; Özel, s. 51-52.

93 *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sadece "zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiş ve bu ifadeler var olmadan "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyeceği vurgulanmıştır. Dava konusu olayda, Kadıköy Belediye Başkanı olan davacının Facebook sayfasına görüşlerini yazan davalının beyanları, davacının şahsına ait değer yargıları, siyasi ve sert eleştiri mahiyetindedir. Açıklanan nedenlerle davanın tümden reddi gerekirken kısmen kabulü doğru görülmemiş; kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."* (Yargıtay 4. HD., 1.10.2014, E. 2013/18481, K. 2014/12713, www.kazanci.com)
Aynı yönde: Yargıtay 4. HD., 11.12.2013, 2013/1805, 2013/19622.

94 Dural/Öğüz, s. 133; Özel, s. 55.

(e) Kanunun Verdiği Yetki

Türk Medenî Kanununda düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin sonuncusu, kanunun verdiği yetkinin bulunmasıdır. Kanunun verdiği yetki kavramı, esas olarak, kamu kurumlarının kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerini ifade etmektedir[95]. Bunun yanında kişilerin Anayasada öngörülen dilekçe, bilgi edinme kamu denetçisine başvurma, iddia ve savunma haklarını kullanması[96] ile meşru müdafaa[97] da kanunun verdiği yetki kapsamında değerlendirilmektedir.

II. KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNDE HUKUKÎ KORUNMA YOLLARI

A. TÜRK MEDENÎ KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE

1) Genel Olarak

Kişilik hakkına hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilmesi hâlinde hangi davaların açılabileceği, Türk Medenî Kanununun 25. maddesinde sayılmıştır. Buna göre kişilik hakkı ihlal edilen kişi, hâkimden mevcut saldırının durdurulmasını, saldırı tehlikesinin önlenmesini, etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini talep edebileceği gibi, saldırıdan dolayı uğradığı maddi ve manevi zararlarının giderilmesini ve saldırı dolayısıyla elde edilmiş kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesini isteyebilir. Davacı durdurma, önleme ve hukuka aykırılığın tespiti davalarıyla birlikte ayrıca hâkimden dava sonunda düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayınlanmasını da talep edebilir. Bunun dışında, kanunda öngörülmemekle birlikte saldırıya uğrayan kişinin sebepsiz zenginleşme davası açması da

[95] Dural/Öğüz, s. 151; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 211; Özel, s. 40.

[96] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 211.

[97] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 403; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 212.

mümkündür[98]. Maddi ve manevi tazminat taleplerinde kural olarak failin kusurlu olması şartı aranırken, diğer davalarda bu şart aranmamaktadır. TMK m. 25/5 gereğince, kişilik hakkının korunması için açılacak davalar, davacının kendi yerleşim yeri mahkemesi ve davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir.

2) Durdurma Davası

Durdurma davası, kişilik hakkına yönelik başlamış ve hâlâ devam eden saldırının sona erdirilmesi amacıyla açılan, kişilik hakkını koruyucu bir dava türüdür. Bu davanın açılabilmesi için saldırı durumunun mevcut olması, diğer bir ifadeyle saldırının maddi aleme ilişkin sonuçlarının devam ediyor olması gerekmektedir[99]. Saldırının sona ermiş olması hâlinde artık durdurma davası açılamayacak, ancak etkisi hâlâ sürüyorsa hukuka aykırılığın tespiti davası açılabilecektir[100]. Durdurma davasının konusu olabilecek saldırı durumlarına, vitrinde sergilenen bir fotoğraf, basılmış bir eser, seri hâlinde devam eden televizyon reklamları veya gazete yazıları, internet sitesinde yapılan bir yayın, örnek olarak verilebilir[101]. Bu çerçevede sosyal medyada oluşturulan ve kişilik hakkını ihlal edici nitelik taşıyan içerikler içerik veya yer sağlayıcısı tarafından kaldırılmadığı sürece saldırı durumu devam edeceğinden, bunlar da durdurma davasının konusunu oluşturabilir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bir web sitesinde yapılan yayının durdurulması talebi üzerine vermiş olduğu bir kararda[102] yer alan, internetteki yayının durdurulması kararının icra edilemeyeceği ve bu nedenle talebin reddinin gerektiğine

98 Dural/Öğüz, s.152; Kılıçoğlu, s. 216; Özel, s. 80; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 493.

99 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 395; Doğan, Murat: İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası, AÜHFD, C. VII, 2003, S. 1-2, s. 392-393; Dural/Öğüz, s. 152-153; Gönen, s. 163-164; Helvacı, s. 130; Kılıçoğlu, s. 205; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218; Özel, s. 66; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 472.

100 Doğan, M., s. 393; Dural/Öğüz, s. 152-153; Gönen, s. 163-164; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218.

101 Akipek/Akıntürk/Ateş-KaramanDoğan, M., s. 393; Helvacı, s. 131; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 218; Özel, s. 66;

102 Yargıtay 4. HD., 8.2.2001, E. 2001/755, K. 2001/1157.

ilişkin ifadesi yerinde değildir[103]. Durdurma davası bir eda davası niteliği taşıdığından[104], bu dava sonucunda verilen kararın ilamlı icra yoluyla icrası pekala mümkündür[105]. Durdurma davası sonucunda verilen karar hukuka aykırılığı tespit edilen bir davranışı yapmayı yasakladığından, bu kararın icrasında İcra ve İflâs Kanununun bir işin yapılması veya yapılmamasına dair ilamların icrasına ilişkin 30. maddesi uygulanacak ve bu yapmama hükmüne aykırı davranan davalı, İİK m. 343 uyarınca hapisle tazyik edilecektir[106].

Durdurma davası sonucunda verilen karar çoğu zaman tek başına hukuka aykırı durumun etkilerini ortadan kaldırmamaktadır[107]. Özellikle sosyal medyadaki içeriklerin hızlı bir şekilde çok sayıda kişiye yayıldığı düşünüldüğünde, bu içeriklerin kaldırılması insanların zihninde oluşan olumsuz yargıları gidermek için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle TMK m. 25/2'de davacıya, kişilik hakkını koruyucu davalarla birlikte düzeltmenin veya dava sonucu verilen hükmün üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayınlanmasını talep etme imkânı da tanınmıştır. Dolayısıyla saldırının etkisi sona ermesinden sonra da devam edecekse, davacının durdurma ile birlikte bu talepleri de ileri sürmesi yerinde olacaktır[108]. Ayrıca saldırı nedeniyle zarar meydana gelmişse, diğer şartların da gerçekleşmesi koşuluyla durdurma davasıyla birlikte maddi veya manevi tazminat talebinde bulunulması mümkündür[109].

3) Önleme Davası

Önleme davası, kişilik hakkına yönelik saldırının henüz başlamadığı ancak bu yönde bir tehlikenin bulunduğu hâllerde açılan, kişilik hakkını

[103] Doğan, M., s. 401.

[104] Kılıçoğlu, s. 205.

[105] Kılıçoğlu, s. 205; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku: Ders Kitabı, 3. B., Ankara, 2016, s. 325.

[106] Doğan, M., s. 402; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 220.

[107] Kılıçoğlu, s. 208;

[108] Doğan, M., s. 396; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 219

[109] Doğan, M., s. 393; Gönen, s. 165; Kılıçoğlu, s. 207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 219; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 473.

koruyucu bir dava türüdür. Bu davanın açılabilmesi için kişilik hakkına yönelik ciddi ve yakın bir saldırı tehdidi aranmaktadır, herhangi bir saldırı olasılığının bulunması yeterli değildir[110]. Her ne kadar bu husus TMK m. 25'te ZGB Art. 28a'da olduğu gibi açıkça belirtilmiş olmasa da, davanın niteliği gereği Türk hukuku bakımından da bu şartların aranması gerekmektedir[111]. Bu dava, saldırı tehlikesi mevcut olduğu sürece açılabilir. Dolayısıyla tehlikenin ortadan kalkması veya saldırının gerçekleşmesi durumunda önleme davasının açılması mümkün değildir[112]. Şayet saldırı gerçekleşmişse, kişilik hakkı ihlal edilen kişi, duruma göre durdurma veya hukuka aykırılığın tespiti davası açabilir.

4) Hukuka Aykırılığın Tespiti Davası

Genel tespit davasının özel bir düzenlenme biçimi olan hukuka aykırılığın tespiti davası, saldırının sona ermekle birlikte etkisinin devam ettiği durumlarda açılan kişiliği koruyucu bir davadır[113]. Bu davanın açılabilmesi için saldırının sona ermesinin şart olmadığını savunan bir görüş olmakla birlikte[114], doktrinde genel olarak kabul edilen görüş durdurma ve önleme davasının açılabileceği hâllerde hukuka aykırılığın tespiti davasının açılamayacağı yönündedir[115]. Nitekim eda davası niteliğinde olan bu davalarda öncelikle saldırının hukuka aykırı olup olmadığı tespit edilecek, daha sonra saldırının durdurulmasına ya da yasaklanmasına hükmedilecektir[116]. Hukuka aykırılığın tespiti davası açılabilmesi için saldırının sona ermiş olmasının yanında, saldırının etkisinin hâlâ devam ediyor olması şartı da aranmaktadır. Bu nedenle saldırıdan uzun bir za-

110 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 397; Dural/Öğüz, s. 153; Helvacı, s. 128-129; Kılıçoğlu, s. 200; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 221.

111 Dural/Öğüz, s. 153; Helvacı, s. 129.

112 Gönen, s. 162; Kılıçoğlu, s. 200; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 221.

113 Dural/Öğüz, s. 154; Gönen, s. 166; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223.

114 Helvacı, s. 132, ayrıca bkz. dipnottaki yazarlar.

115 Kılıçoğlu, s. 195; Özel, s. 67.

116 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 476.

man geçmiş olması saldırının etkilerini gidermişse, bu davanın açılması mümkün değildir[117].

Hukuka aykırılığın tespiti davası, sosyal medya yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlalleri bakımından önem arz etmektedir. Çünkü kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı niteliği taşıyan bir içerik, çok sayıda kişiye ulaşmış olacağından, daha sonra kaldırılsa dahi etkilerini sürdürmeye devam edecektir. Bu durumda hukuka aykırılığın mahkeme tarafından tespiti tek başına hukuka aykırılığın etkilerini sona erdirmeye yetmeyeceğinden, davacının tespit davasıyla birlikte kararın yayınlanmasını da talep etmesi isabetli olacaktır[118].

5) Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Dava

Türk Medenî Kanunu m. 25/3 hükmünde, kişilik hakkına yönelik bir saldırı sayesinde failin bir kazanç elde etmesi hâlinde bunun vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebileceği açıkça ifade edilmiştir. Burada söz konusu olan, Türk Borçlar Kanunu m. 530'da düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir[119]. Zira saldırıda bulunan kişi iş sahibine değil, kendisine yarar sağlamak için hareket etmektedir[120]. Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davanın önemi, özellikle failin mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı elde etmiş olması hâlinde ortaya çıkar. Failin mağdurun elde edebileceği bir kazancı saldırı sayesinde sağlamış olması durumunda bu kazanç zarar kapsamına gireceğinden, diğer koşulların da mevcut olması şartıyla, maddi tazminat davası ile de talep edilebilir. Buna karşılık failin sağladığı kazancı mağdurun elde etmesi mümkün değilse başvurulabilecek yol vekâletsiz iş görmedir[121]. Ayrıca bu davayı açmak için failin kusurlu olması aranmadığından[122], maddi tazminat

117 Gönen, s. 167; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223.

118 Dural/Öğüz, s. 155

119 Dural/Öğüz, s. 156; Gönen, s. 204-205; Özel, s. 80.

120 Gönen, s. 204-205.

121 Dural/Öğüz, s. 156; Gönen, s. 203; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 233-234.

122 Gönen, s. 206; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 234; Özel, s. 80.

davasının kusur şartı gerçekleşmediği için açılamadığı durumlarda da vekâletsiz iş görme hükümleri önem taşıyacaktır. Vekâletsiz iş görmeye dayanan dava, TBK m. 72'deki haksız fiil veya TBK m. 82'deki sebepsiz zenginleşme zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır[123].

Kişilik hakkına yönelik saldırılarda vekâletsiz iş görme daha çok kişinin adının veya resminin hukuka aykırı kullanılması ya da haksız rekabet sonucu elde edilen kazançların talebinde uygulama alanı bulmaktadır[124]. Yukarıda açıklandığı üzere bu tür fiiller sosyal medya ortamında da işlendiğinden, sosyal medyadaki kişilik hakkı ihlallerinde de vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir.

6) Maddi Tazminat Davası

Türk Medenî Kanunu m. 25/3 hükmünde, davacının maddi tazminat talebinde bulunma hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre kişilik hakkının ihlali dolayısıyla maddi zarara uğrayan kişi, maddi tazminat davasının diğer koşullarının da gerçekleşmesi hâlinde bu zararının tazminini isteyebilecektir. Maddi tazminat talepleri bakımından haksız rekabette olduğu gibi özel bir düzenleme bulunması hâlinde bu hükümler, özel düzenleme yoksa Türk Borçlar Kanununda yer alan haksız fiile ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[125]. Bu çerçevede kişilik hakkına saldırı nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini için, saldırının hukuka aykırı olması, maddi zararın meydana gelmesi, saldırıyla zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı ve kural olarak failin kusurlu olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir[126]. Ancak somut olayda kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin mevcut olması hâlinde kusur şartı aranmayacaktır[127]. Kişilik hakkına yönelik saldırının aynı za-

[123] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 234.

[124] Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 234.

[125] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 404; Gönen, s. 173; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 226; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 478.

[126] Gönen, s. 174; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 277; Özel, s. 71; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 477.

[127] Dural/Öğüz, s. 157; Gönen, s. 176; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 227; Özel, s. 72

manda borca aykırılık teşkil etmesi hâlinde ise TBK m. 112 gereğince davalı ancak kendi kusursuzluğunu ispatlamakla tazminat yükümlülüğünden kurtulacaktır[128].

Sosyal medyada gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri sonucunda meydana gelen maddi zarar daha çok yoksun kalınan kâr şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Sosyal medyada yapılan yayınlar nedeniyle kişinin itibarı zedelendiği için iş bağlantılarının yitirmesi ve bu nedenle normal şartlarda elde edeceği kârı elde edememesi, bu duruma örnek olarak verilebilir[129]. Böyle bir durumda kârdan yoksun kalan kişi, olayda diğer şartlar da mevcutsa maddi tazminat davası açabilir. Açılacak maddi tazminat davasında uygulanacak zamanaşımı, davanın haksız fiil mi yoksa sözleşmeye aykırılık hükümlerine mi dayandığına göre farklılık gösterecektir[130]. Buna göre davanın haksız fiil hükümlerine dayanması hâlinde TBK m. 72, işçinin sosyal medyada işvereni kötülemesinde olduğu gibi sözleşmeye aykırılığa dayanması hâlinde TBK m. 146'daki zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.

7) Manevi Tazminat Davası

Türk Medenî Kanunu m. 25/3 ve Türk Borçlar Kanunu m. 58 hükümlerinde, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin bu saldırıdan dolayın uğradığı manevi zararların tazminini isteyebileceği düzenlenmiştir. Manevi zarar kavramı, çoğunluk tarafından benimsenen sübjektif görüşe göre, kişinin saldırıdan dolayı duyduğu acı, elem ve ıstırabı ifade etmekte, manevi tazminat da bu acı, elem ve ıstırabın telafisi amacını gütmektedir[131]. Manevi zararın bu şekilde tanımlanıyor olması, saldırının etkisini fark edemeyecek durumdaki ayırt etme gücünden yoksun gerçek kişiler ile acı, elem, ıstırap gibi duygulardan yoksun olan tüzel

[128] Gönen, s. 176; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 277

[129] Özel, s. 71.

[130] Dural/Öğüz, s. 158; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 227.

[131] Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 407; Dural/Öğüz, s. 158; Gönen, s. 176-177; Kılıçoğlu, s. 244; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt II, 11. B., İstanbul, 2014, s. 264; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 228.

kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği konusunda doktrinde tartışmalara yol açmıştır[132]. Bir görüşe göre, bu kişiler için manevi zarar söz konusu olamayacağından, manevi tazminat talep etmeleri de mümkün değildir[133]. Oğuzman/Öz, bu görüşe paralel olarak uğradıkları saldırıdan dolayı elem ve üzüntü duyamayacak biçimde ayırt etme gücünden yoksun olanların manevi zararlarından söz etmenin güç olduğunu ifade etmekle birlikte, tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceği görüşündedir. Yazarlara göre tüzel kişilerin organlarını oluşturan gerçek kişilerin duydukları elem ve ıstırap, tüzel kişinin manevi zararını oluşturmaktadır[134].

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise manevi tazminat yalnızca kişinin hissettiği acı, elem ve ıstırabın telafisini amaçlamamakta, aynı zamanda bu yolla topluma kişilik hakkına saygı duyulması gerektiği mesajı verilmektedir[135]. Ayrıca ayırt etme gücünden yoksun kişinin manevi tazminat talep edemeyeceğini kabul etmek, hukuk düzeninin bu kişileri koruma amacıyla da bağdaşmamaktadır[136]. Ayrıt etme gücünden yoksun gerçek kişiler ile tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceklerine ilişkin bu görüş, temelini manevi zararın tanımına ilişkin objektif görüşten almaktadır[137]. Yukarıda bahsedilen sübjektif teoriden farklı olarak objektif teori, manevi zararı kişinin hissettiği acı, elem, ıstırap gibi duygulardan bağımsız olarak tanımlar. Buna göre manevi zarar kavramı, kişilik hakkına yönelik saldırı sonrasında kişisel değerlerde ortaya çıkan objektif zararı ifade etmektedir[138]. Yargıtay da çeşitli kararlarında bu görüşe dayanarak ayırt etme gücünden yoksun gerçek kişilerin ve tüzel

---

132 Gönen, s. 182-183; Oğuzman/Öz, s. 264.

133 Gönen, s. 183, bkz. dipnottaki yazarlar; Oğuzman/Öz, s. 264; Serozan, *Kişilik Hakkının Korunması, s. 108-109*. Serozan, daha sonraki eserlerinde bu görüşünü değiştirmiştir, bkz. Serozan, Rona: *Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 95.

134 Oğuzman/Öz, s. 265.

135 Gönen, s. 194.

136 Serozan, *Değişik Bir Yaklaşım*, s. 95.

137 Gönen, s. 197; Serozan, *Değişik Bir Yaklaşım*, s. 96.

138 Gönen, s. 195; Özel, s. 73.

kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini açıkça ifade etmiştir[139]. Manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı saldırı ve manevi zararın yanında, maddi tazminatta olduğu gibi, saldırı ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusur şartlarının da gerçekleşmesi aranmaktadır. Yukarıda maddi tazminat ile ilgili olarak kusursuz sorumluluk ve sözleşmeye aykırılık hakkında yapılan açıklamalar[140] ile zamanaşımı süreleri[141] manevi tazminat davaları bakımından da geçerlidir.

Kişilik hakkına yönelik saldırı sonucunda manevi zarara uğrayan kişi, hâkimden manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine karar verilmesini isteyecektir. Ancak hâkim, manevi tazminatın para olarak ödenmesi yerine veya para ile birlikte başka bir tazmin biçimine de hükmedebilir[142]. Para dışındaki tazmin biçimlerine, mahkeme kararıyla kınama, mağdurdan özür dileme, sembolik nitelikte para ödenmesi, paranın üçüncü bir kişiye, örneğin hayır kurumuna ödenmesi, örnek olarak verilebilir[143].

---

139 *"BK. nun 49. maddesinde belirtilen manevi zarar, kişinin kişisel çıkarlarında (haklarında) uğradığı bir eksilmedir. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) neden olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırap duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahsedilmiş olduğuna göre (MK. nun 46), tüzel kişinin üzüntü duymayacağı gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir. Zaten manevi zarar salt üzüntünün varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bunun içindir ki gerek Medeni Yasa ve gerekse Borçlar Yasası (m. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır."* (Yargıtay 4. HD., 24.9.2001, E. 2001/4164, K. 2001/8421, www.kazanci.com)
"Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri, öte yandan acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için yasalar, manevi tazminat verilebilecek olguları sınırlamıştır." (Yargıtay 4. HD., 17.2.2008, E. 2007/8212, K. 2008/3486, www.kazanci.com)

140 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 410; Dural/Öğüz, s. 159; Gönen, s. 177-178; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 482.

141 Oğuzman/Öz, s. 271.

142 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 408; Dural/Öğüz, s. 159; Gönen, s. 180; Oğuzman/Öz, s. 271; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 229.

143 Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 408; Gönen, s. 180-181; Oğuzman/Öz, s. 271; Özel, s. 79; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 487.

B. 5651 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE

1) Genel Olarak

4.5.2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 9. maddesinde, internet ortamında yapılan yayınlar yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen kişiye hızlı ve etkin koruma sağlamaya yönelik bir hukukî imkân öngörülmüştür. Bu çerçevede internet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, Kanunda öngörülen iki yoldan herhangi birine başvurarak söz konusu içeriğin kaldırılmasını sağlayabilir. Bunlardan birincisi, ilgilinin içerik sağlayıcısına veya buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemiyle içeriğin yayından çıkarılmasını isteme hakkıdır. Sosyal medyada kişilik hakkı ihlal edilen kişi, bu hakkını kullanarak içerik sağlayıcısı sıfatını taşıyan sosyal medya kullanıcısından veya yer sağlayıcısı niteliği taşıyan sosyal medya sitesinden içeriğin kaldırılması yönünde talepte bulunabilir. Kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin yararlanabileceği diğer ve daha etkili yol ise sulh ceza hâkimine başvurarak söz konusu içeriğe erişimin engellenmesini talep etme imkanıdır. Bu çalışmada da esasen sulh ceza hâkimi tarafından kişilik hakkını ihlal eden yayına erişimin engellenmesi usulü ele alınacaktır.

İnternet ortamında yapılan yayın nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin 5651 sayılı Kanun m. 9 gereği önceden içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısına başvurmaksızın doğrudan doğruya sulh ceza hâkiminden ilgili içeriğin engellenmesini talep edebilir. Bu çerçevede yapılacak başvuru, sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden incelenerek en geç 24 saat içerisinde karara bağlanır. Görüldüğü üzere, Kanunda internet üzerinden yapılan kişilik hakkı ihlallerine karşı Türk Medenî Kanunu çerçevesinde açılacak davalardan çok daha hızlı ve etkili bir usul öngörülmüştür. İnternet ortamında kişilik hakkının basılı ortama kıyasla daha kolay, hızlı ve yaygın olması ve içeriğin herkes tarafından rahatça erişilebilir olması kar-

şısında söz konusu düzenlemenin gerekli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Gözler'in de belirttiği gibi, bu usulün yalnızca kişilik hakkının açıkça ihlal edildiği durumlarla sınırlı kalmayıp hukuka aykırılığın tartışmalı olduğu hususlarda da uygulanması, ifade özgürlüğüne ciddi biçimde zarar verebilir[144]. Özellikle sulh ceza hâkiminin oldukça kısa bir süre içerisinde karşı tarafı dinlemeden erişimin engellenmesine karar verebildiği düşünüldüğünde, kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir denge sağlanması açısından 5651 sayılı Kanundaki usulün ihlalin açık olduğu durumlarda uygulanması gerekmektedir[145]. Bu çerçevede söz konusu yayının kişilik hakkını ihlal ettiği ilk bakışta anlaşılmıyor ve hâkimin 5651 sayılı Kanunda öngörülenden daha kapsamlı bir inceleme yapması gerekiyorsa, erişimin engellenmesi talebinin iddianın ispatlanamadığı gerekçesiyle reddine karar verilmelidir[146]. Dolayısıyla içerik sağlayıcısının eleştiri hakkının sınırlarını aşıp aşmadığının tartışmalı olduğu bir durumda ilgilinin sulh ceza hâkimine başvurarak erişimin engellenmesini talep etmek yerine Türk Medenî Kanununun tanıdığı kişiliği koruyucu davalardan yararlanması gerekecektir. Buna karşın ilgilinin çıplak fotoğraflarının sosyal medyada yayınlanması gibi kişilik hakkına aykırılığın apaçık olduğu durumlarda[147] sulh ceza hâkimine başvurularak yayına erişimin engellenmesinin sağlanması, hem hukuka aykırılığı kısa bir sürede giderdiği hem de zararın artmasının önüne geçtiği için daha uygun olacaktır. Bu nedenle 5651 sayılı Kanunla internet üzerinden yapılan yayınlar yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlallerine karşı TMK'daki düzenlemelere alternatif bir hukukî koruma getirilmesi, oranlılık ilkesi gözetilmek kaydıyla, son derece yerindedir.

5651 sayılı Kanunun 9. maddesi çerçevesinde verilecek erişimin engellenmesi kararlarının ne şekilde verileceği yine aynı maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre hâkim erişimin engellenmesi karar-

144 Gözler, Kemal: *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi*, Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, 2014, Özel S., C. 1, s. 1060.

145 Gözler, s. 1071.

146 Gözler, s. 1073.

147 Gözler, s. 1072.

larını kural olarak sadece kişilik hakkı ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL bazında) verecek, zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayınların tümünü engellenmeyecektir. İnternet sitesine erişimin bütünüyle engellenebilmesi için kararda sadece ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önüne neden geçilemeyeceğinin gerekçelendirilmesi zorunludur. Kanunun bu hükmü, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken en önemli ilkelerden biri olan ölçülülük ilkesinin de bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, twitter.com'a erişimin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından engellenmesine ilişkin bir bireysel başvuru kararında, hâkimin URL bazında karar vermiş olmasına rağmen milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal medya sitesine erişimin sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile tamamen engellenmesinin ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğuna ve başvuruculların ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir[148].

2) 5651 Sayılı Kanunun 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması

5651 sayılı Kanunda kişilik hakkının korunması amacını taşıyan hükümler 9. madde ile sınırlı değildir. Bunun yanında, kişilik hakkını oluşturan değerler arasında yer alan özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla Kanunun 9/A maddesinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu hükme göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişi, hâkimden karar almaksızın doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna başvurarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesini talep edebilecektir. Bunun üzerine Kurum, kendisine gelen talebi uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderecek ve erişim sağlayıcıları en geç dört saat içerisinde erişimin engellenmesi tedbirini yerine getireceklerdir. Görüldüğü üzere Kurumun talep konusu içeriğin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini inceleme yetkisi bulunmamakta, Kuruma yapılacak her baş-

148 Yaman Akdeniz ve diğerleri, 2014/3986, 2.4.2014, RG., 3.4.2014, S. 28961.

vuru adeta "otomatik engelleme kararı" olarak değerlendirilmektedir[149]. Erişimin engellenmesi kararının yargı yerine idarî bir makam tarafından hiçbir değerlendirmeye tabi tutulmadan verilmesi ifade özgürlüğü açısından eleştirilebilirse de, 5651 sayılı Kanun m. 9/A ile amaçlananın m. 9 çerçevesinde hâkime başvurmaya gerek kalmaksızın en kısa sürede özel hayatın gizliliğinin korunması olduğu anlaşılmaktadır[150]. Erişimin engellenmesi aynı zamanda haberleşme özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşıdığından, Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrası[151] gereği söz konusu kararın hâkim tarafından alınması veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili makam tarafından alınan kararın mutlaka yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Bu çerçevede Kanunda, Kurum tarafından uygulanması sağlanan erişimin engellenmesi tedbirinin devam edebilmesi için ilgilinin erişimin engellenmesi talebinde bulunduğu saatten itibaren 24 saat içerisinde talebini sulh ceza hâkiminin kararına sunması ve hâkimin en geç 48 saat içerisinde erişimin engellenmesi yönünde bir karar vermesinin zorunlu olduğu, aksi takdirde tedbirin kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan iptal başvurusu hakkında verdiği kararda, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi hâlinin de gecikmesinde sakınca bulunan hâllerden biri olduğunu ve ilgili düzenlemenin Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasıyla uyumlu olduğunu belirterek iptal taleplerinin reddine hükmetmiştir[152]. Bu açıklamalar değerlendirildiğinde söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığı söylenebilirse de, içeriğin özel hayatın gizlili-

149 Altıparmak, Kerem/Akdeniz, Yaman: *5651 sayılı Kanunun Değişiklik Tasarısının Getirdiği Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme*, s. 16, 12 Mart 2017 tarihinde http://cyber-rights.org.tr/docs/5651_Tasari_Rapor.pdf adresinden erişildi.

150 Kılınç, Doğan: *5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması*, GÜHFD, C. XX, 2016, S. 2, s. 603.

151 *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 22/2 – Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.*

152 AYM, 8.12.2015, E. 2014/87, K. 2015/112, RG., 28.1.2016, S. 29607.

ğini ihlal edip etmediğinin tartışmalı olduğu durumlarda Kanunun 9/A maddesindeki usulün uygulanmasının ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil edeceği açıktır. Dolayısıyla bu düzenlemenin de Kanunun 9. maddesi kapsamında yaptığımız açıklamalar çerçevesinde yalnızca ihlalin varlığının ilk bakışta anlaşıldığı hâllerle sınırlı olmak üzere uygulanması gerekmektedir.

5651 sayılı Kanun 9/A maddesinin 8. fıkrasında ayrıca, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanının emri üzerine Kurum tarafından ilgilinin talebi olmaksızın erişimin doğrudan engellenmesine de imkân tanınmıştır. İfade etmek gerekir ki, Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin neler olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği gibi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden hâllerin tamamı, gecikmesinde sakınca bulunan hâl olarak nitelendirilecektir[153]. Her ne kadar söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı görülmemişse de, kanaatimizce ilgilinin herhangi bir başvurusu olmadan idarenin doğrudan doğruya erişimin engellenmesi kararı alabiliyor olması, temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabileceğini öngören Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.
5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin 6. fıkrasında, bu madde çerçevesinde alınan erişimin engellenmesi tedbirinin hâkimin onayına sunulması üzerine hâkim tarafından verilen karara karşı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanının Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz yoluna gidebileceği düzenlenmiştir. Kanunda özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısı ve diğer ilgililerden bahsedilmemesi karşısında, bu kişilerin hâkim kararına karşı başvurabileceği herhangi bir hukukî yol bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir[154]. Anayasa Mahkemesi kararında, hâkim kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen CMK m. 267 ve ilgililerin bu yola başvurabileceğini düzenleyen CMK m. 268 uyarınca, 5651 sayılı Kanun

[153] AYM, 8.12.2015, E. 2014/87, K. 2015/112, RG., 28.1.2016, S. 29607.

[154] Altıparmak/Akdeniz, 2017, s. 16.

m. 9/A çerçevesinde verilen hâkim kararlarına karşı mağdurun itiraz yoluna gidebileceğini ve bu nedenle söz konusu düzenlemenin hak arama hürriyetine aykırı olmadığı belirtilse de[155], kanun yollarına başvuru ile ilgili olan bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz.

3) 5651 Sayılı Kanunun 9. Maddesi ile Türk Medenî Kanununun İlgili Hükümleri Arasındaki İlişki

Yukarıda ilgili bölümde açıklandığı üzere, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, Türk Medenî Kanununun 24. maddesi gereği hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı kendisinin korunmasını isteyebilmekte ve 25. maddedeki kişiliği koruyucu davaları açabilmektedir. Kişilik hakkı ihlal edilen kişiye böyle bir imkân tanınmışken aynı zamanda 5651 sayılı Kanunda internet yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlalleriyle ilgili olarak sulh ceza hâkiminden ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin talep edilebileceğinin düzenlenmesi karşısında, söz konusu hükmün Türk Medenî Kanununun ilgili hükümlerine nazaran özel hüküm teşkil edip etmediği sorunu gündeme gelmiştir. 5651 sayılı Kanunun 9. maddesindeki düzenlemenin özel hüküm olduğunun kabul edilmesi hâlinde, internet yoluyla kişilik hakkına saldırılan kimse, yalnızca bu yoldan yararlanacak, hukuk mahkemesinde TMK hükümlerine dayanarak dava açamayacaktır[156].

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi ile TMK m. 24 ve devamı hükümleri birbiriyle çatışan, aynı değerdeki iki farklı hukuk kuralıdır ve bu hükümlerden hangisinin uygulanacağı "özel kanun-genel kanun" ve "önceki kanun-sonraki kanun" karşılaştırmasına göre belirlenebilir. Buna göre önceki kanunun genel, sonraki kanunun özel nitelik taşıması durumunda özel kanunun düzenlediği konularda genel kanunun hükümleri zımnen ilga edilmiş sayılır[157].

[155] AYM, 8.12.2015, E. 2014/87, K. 2015/112, RG., 28.1.2016, S. 29607.

[156] Dülger, Murat Volkan/Beceni, Yasin: Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirme, İstanbul, 2011, s. 52-53; Gözler, s. 1075.

[157] Dülger/Beceni, s. 53.

Bu nedenle internet ortamında işlenen kişilik hakkı ihlalleri bakımından özel kanun niteliği taşıyan ve Türk Medenî Kanunundan daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girmiş olan 5651 sayılı Kanun uygulanmalıdır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de daha yeni tarihli kararlarında, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinin TMK m. 24 ve devamı hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşıdığını belirterek asliye hukuk mahkemesinin internet ortamında yapılan yayınlar yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlalleri nedeniyle ileri sürülen talepler bakımından görevsiz olduğuna hükmetmiştir[158].

Diğer görüş ise 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi ile TMK m. 24 ve devamı hükümleri arasında "özel hüküm-genel hüküm" ilişkisinin bulunmadığını öne sürmektedir. Zira "özel kanun, genel kanunu ilga eder" ilkesi bir çatışma çözme kuralıdır ve söz konusu düzenlemeler arasında herhangi bir çatışma bulunmamaktadır. Bu durumda bu hükümlerin birbirini tamamlayan, birbirine göre ek düzenleme getiren hükümler olduğu kabul edilmelidir[159]. 5651 sayılı Kanunun 9. maddesiyle amaçlanan, internet yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen kimseye daha hızlı ve etkili bir korunma sağlanmasıdır, yoksa genel hükümlere göre sahip olduğu korumalardan yararlanma imkânını ortadan kaldırmak değildir[160]. Aksinin kabulü hâlinde kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin korumasız kalması ve çeşitli haklarının ihlal edilmesi durumuyla karşı karşıya kalınabilir[161]. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, 5651 sayılı Kanun m. 9 çerçevesinde sulh ceza hâkimine yapılacak başvuru 24 saat gibi oldukça

---

158 *"5651 sayılı yasa, internet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanuna göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir.*
Şu halde, 5651 sayılı yasadaki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yerel Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 4. HD., 13.6.2012, E. 2012/6581, K. 2012/10331, www.kazanci.com).
Aynı yönde: Yargıtay 4. HD., 21.5.2013, E. 2012/13534, K. 2013/9321; Yargıtay 4. HD., 27.5.2013, E. 2013/7417, K. 2013/10004; Yargıtay 4. HD., 18.9.2013, E. 2013/12487, K. 2013/14479.

159 Gözler, s. 1076.

160 Gözler, s. 1077.

161 Dülger/Beceni, s. 54; Gözler, s. 1080.

kısa bir süre içerisinde sonuçlandırılacağından, ihlalin açıkça anlaşıldığı durumlarda erişimin engellenmesi kararı verilecek, buna karşın hukuka aykırılığın tartışmalı olduğu, örneğin üstün nitelikte kamusal yararın söz konusu olabileceği durumlarda talep reddedilecektir. Böyle bir durumda yeterince inceleme yapılamadan talebi reddedilen kişinin TMK m. 24 ve devamı hükümlerinde düzenlenen hukukî yollara başvuramayacağının kabulü, hak arama ve iddiada bulunma haklarının ihlal edilmesine ve kişilik hakkının korunamamasına yol açacaktır[162]. Bu konuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.9.2009 tarih ve E. 2009/8571, K. 2009/9921 sayılı kararında, sonraki kararlarının aksine, internet ortamında kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin dilerse TMK m. 24 ve devamı hükümlerine göre asliye hukuk mahkemesinde dava açabileceğine hükmetmiştir[163]. Kanaatimizce de 5651 sayılı Kanunun 9. maddesindeki düzenleme ile Türk Medenî Kanununun ilgili hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. İnternet ortamında yapılan yayınlarla kişilik hakkı ihlal edilen kimse, 5651 sayılı Kanun ile getirilen daha hızlı ve etkin korumadan yararlanabileceği gibi, isterse asliye hukuk mahkemesinde kişilik hakkını koruyucu davaları da açabilir. Aksi görüşün kabulü hâlinde yukarıda da ifade edildiği üzere kişilik hakkının korumasız kaldığı durumlarla karşılaşılabilir ki, kişilik hakkı ihlal edilen kimseye

162 Gözler, s. 1079-1080.

163 *"Yerel mahkeme 5651 sayılı Yasa'nın 9. maddesi gereğince yayından çıkarma ve cevaba ilişkin istemlerin içerik sağlayıcısı veya olmazsa yer sağlayıcısına başvurularak yerine getirilmesinin istenebileceği, istemin reddedilmiş sayılması durumunda kişinin yerleşim yeri Sulh Ceza Mahkemesine başvurması gerektiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliği yönünde karar vermiştir.*
5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Yasa 25.05.2007 günü yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Yerel mahkeme gerekçesinde yer alan 9. maddede ise "içeriğin yayından çıkartılması ve cevap hakkı" düzenlenmiştir. Davacı, dava ve cevaba cevap dilekçesinde davanın özel hukuka dayalı olduğunu ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere göre açıldığını ve davalıların eyleminin haksız eylem niteliğinde olduğunu belirtmiştir.
Medeni Yasa'nın 25. maddesinde kişilik hakkının korunması için açılacak davalara yer verilmiştir. Buna göre davacı, yargıçtan saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini ve bu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını isteyebilir. Bu tür istemlerle açılan davaların görülme yeri de genel mahkemelerdir. Şu durumda davacı istemi gözetilerek işin esasının incelenerek varılacak sonuca göre karar vermesi gerekirken yerinde olmayan hukuki niteleme ile görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 4. HD., 15.9.2009, E. 2009/8571, K. 2009/9921, www.kazanci.com).

daha hızlı ve etkin koruma sağlayan bir usulü öngören 5651 sayılı Kanunun amacının bu olduğu söylenemez.

C. 6284 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE "CYBERSTALKING" MAĞDURUNA SAĞLANAN KORUMA

1) "Stalking" Kavramı ve "Cyberstalking"

"Israrlı takip" olarak Türkçeye çevrilebilecek olan "stalking" kavramı, üzerinde görüş birliğine varılmış tek bir tanımı olmamakla birlikte, bir kişinin diğerini aynı veya farklı nitelikteki kasıtlı olarak tekrarlanan eylemlerle belli bir süre boyunca hukuka aykırı şekilde takip ve taciz etmesi veya bu kişiye şiddet uygulamasını ifade etmektedir[164]. Mağdur üzerinde ruhsal, fiziksel, sosyal ve ekonomik açıdan olumsuz etkilere yol açan "stalking", bu açıdan mağdurun kişilik hakkının ihlali niteliği taşımaktadır. Esasen uzun yıllardır devam eden bir davranış biçimi olmakla birlikte bu kavramın hukukî değer kazanması yakın tarihlere dayanmaktadır[165]. Anglo-Amerikan hukuku kaynaklı bir kavram olan stalking'in yasal düzenlemelere konu olması ilk defa, oyuncu Rebecca Schaeffer'in kendisini takip eden hayranı tarafından öldürülmesinin ardından, 1990 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya eyaletinde suç olarak düzenlenmesiyle gerçekleşmiştir[166]. Daha sonraki yıllarda başta Amerika Birleşik Devletleri'nin diğer eyaletleri olmak üzere Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Japonya, Birleşik Krallık, Belçika, Hollanda, Avusturya ve Almanya gibi pek çok ülkede ısrarlı takip fiilini suç olarak tanımlayan özel düzenlemeler getirilmiştir[167]. Türk hukukunda ise stalking ayrı bir

[164] Türkmen, Ahmet: *Yeni Bir Hukukî Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medenî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, 2009, Özel S., s. 1392-1395; Uyumaz, Alper/Akdağ, İdris: *Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması,* GÜHFD, C. XIX, 2015, S. 2, s. 53-54.

[165] Doğan, Recep: *Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 138; Neubacher, Frank/Seher, Gerhard: *Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ StGB)*, JZ, 62. Jahrg., 2007, Nr. 21, s. 1029; Türkmen, s. 1388-1389.

[166] Goodno, Naomi Harlin: *Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current State and Federal Laws,* Missouri Law Review, Vol. 72, 2007, Issue 1, s. 127; Türkmen, s. 1389; Uyumaz/Akdağ, s. 53.

[167] Neubacher/Seher, s. 1029; Türkmen, s. 1389, dn. 3; van der Aa, Suzan: *International (Cyber)Stalking:*

suç olarak düzenlenmemiştir, bununla birlikte ısrarlı takibi oluşturan eylemlerin her birinin ceza kanunlarında tanımlanmış farklı suçları oluşturması ve failin bu fiillerden dolayı cezalandırılması mümkündür.

Stalking, doktrinde "hafif stalking" adı verilen ve mağdurla iletişime geçmek amacıyla tekrarlanan mağduru sürekli takip etmek, istemediği hâlde telefonla arayarak rahatsız etmek, hediyeler göndermek, mağdur hakkında araştırmalar yapmak şeklinde olabileceği gibi, "ağır stalking" adı verilen ve mağdurun mallarına zarar verme, onu tehdit etme, yaralama ve öldürmeye kadar giden eylemlerden oluşabilmektedir[168]. Ancak stalking eylemleri günümüzde sadece bunlarla sınırlı değildir. Teknolojik gelişmelerle birlikte "cyberstalking" adı verilen ve başta internet olmak üzere elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen yeni bir stalking türü ortaya çıkmıştır[169]. Cyberstalking de geleneksel ısrarlı takipte olduğu gibi sürekli tekrarlayan taciz ve tehdit eylemlerinden oluşmakla birlikte, stalking'in bu yeni türünün internet ortamında gerçekleştirilmesinden kaynaklanan birtakım farklılıkları bulunmaktadır[170].

Her şeyden önce, cyberstalking, mağdur açısından ısrarlı takibin geleneksel şekline göre daha ağır sonuçlara yol açma riski taşımaktadır[171]. İnternet sayesinde fail stalking eylemlerini çok daha ucuz ve etkin şekilde gerçekleştirebilmekte, sosyal medya aracılığıyla oluşturduğu içeriği belirsiz sayıda kişiye yayabilmektedir[172]. Örneğin fail mağduru sürekli telefonla aramak yerine internet üzerinden mesaj bombardımanına tutarak fiil ve zamandan tasarrufta bulunabilmekte, özel mektup yollamak yerine bütün dünyanın görebileceği şekilde tehdit içerikli gön-

Impediments to Investigation and Prosecution, The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights, (Eds. Letschert, Rianne/van Dijk, Jan), Dordrecht, 2011, s. 191.

168 Türkmen, s. 1393-1394.

169 Goodno, s. 126; Jay, Anita: *Stopping Cyberstalking in Hong Kong*, City University of Hong Kong Law Review, Vol. 4, 2013, s. 114-115.

170 Goodno, s. 128.

171 Esser, Robert: *Strafrechtliche Aspekte der Social Media*, Rechtshandbuch Social Media, (Hrsg. Hornung, Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf), Heidelberg, 2015, s. 259.

172 Esser, s. 259; Goodno, s. 129.

deriler paylaşabilmektedir[173]. Böyle durumlarda mağdurun okulunu, işyerini veya adresini değiştirmesi stalking'ten kurtulması için yeterli olmamaktadır[174]. Ayrıca failin mağdura her an ulaşabilir olması ve oluşturduğu içeriğin herkes tarafından erişilebilir olması, cyberstalking'in mağdur üzerinde geleneksel ısrarlı takibe kıyasla daha büyük korku ve panik yaratmasına neden olabilmektedir.

Geleneksel ısrarlı takip, genellikle mağdurun daha önce ilişkide bulunduğu yakın çevresindeki kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir[175]. Buna karşılık cyberstalking failleri, internet bağlantısı bulunduğu sürece, mağdur ile hiçbir kişisel ilişki kurmaksızın eylemlerini gerçekleştirebilmektedir[176]. Failin mağdura dünyanın herhangi bir yerinden ulaşabilmesi sadece mağdur üzerinde panik yaratmakla kalmamakta, ayrıca bazı hukukî sorunlara da yol açabilmektedir. Özellikle fail ile mağdurun farklı ülkelerde bulunduğu durumlarda, aşağıda inceleneceği üzere, meydana gelecek özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlıkta hangi ülke hukukunun uygulanacağının tespit edilmesi gerekmektedir[177]. Bunun yanında Türkiye dahil çoğu ülkenin ısrarlı takibi suç olarak düzenlemediği ve bu fiilin suç olarak düzenlendiği ülkelerde de birbirinden oldukça farklı düzenlemelerin bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, ceza kanunlarının uygulanması açısından da pek çok sorunun doğacağı açıktır[178].

Cyberstalking faillerinin mağdurlarla fiziksel ilişki kurmaksızın eylemlerini gerçekleştirebilmeleri ve bunu yaparken gerçek kimliklerini saklayabilmeleri, normalde bu tür fiillerde bulunamayacak çekingen kişileri cesaretlendirebilmektedir[179]. Ayrıca bazı failler kendilerini giz-

[173] Goodno, s. 129.

[174] Esser, s. 259.

[175] Bocij, Paul/McFarlane, Leroy: *Cyberstalking: The Technology of Hate*, The Police Journal, Vol. 76, 2003, s. 206; Goodno, s. 129.

[176] Bocij/MacFarlane, s. 206; Goodno, s. 129; Jay, s. 115.

[177] Goodno, s. 129.

[178] van der Aa, s. 212.

[179] Baer, Merritt: *Cyberstalking and the Internet Landscape We Have Constructed*, Virginia Journal of Law & Technology, Vol. 15, No. 154, Fall 2010, s. 156; Goodno, s. 130; Hoffmann, Jens: Stalking, Heidelberg,

lemekle kalmayıp mağdurun kimliğine bürünmekte ve bu kimliği kullanarak internet ortamında başkalarını rahatsız etmek suretiyle üçüncü kişileri mağdura karşı kışkırtabilmektedirler[180]. Bu şekilde gerçek kimliğini gizleyen faillerin aynı zamanda internette iz bırakmayı engelleyen teknolojilerden yararlanmaları, kimliklerinin ve konumlarının tespitini zorlaştırmaktadır[181]. Failin tespit edilemediği bu gibi durumlarda mağduru cyberstalking'e karşı koruyan hukukî araçlar da fiilen etkisiz hâle gelmektedir.

2) Türk Hukukunda "Cyberstalking" Mağdurunun Korunması

Türk mevzuatında stalking kavramı ilk olarak 8.3.2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanunda "tek taraflı ısrarlı takip" şeklinde yer almıştır[182]. Söz konusu kavrama ilişkin Kanunda herhangi bir tanıma rastlanılmamakla birlikte, Kanunun 22. maddesine dayanılarak çıkartılan Uygulama Yönetmeliğinde tek taraflı ısrarlı takip, *"aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranış"* olarak tanımlanmıştır (Yön. m. 3/1-ş). Yönetmelikte geçen "her türlü iletişim aracı" ifadesinin kapsamına internetin ve konumuz kapsamında sosyal medyanın da gireceği açıktır.

6284 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ısrarlı takibe ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, stalking mağdurunun Türk Medenî Kanunundaki kişiliği koruyucu hükümlerin yanı sıra, kapsamına girmesi hâlinde mülga 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair

2006, s. 201-202; Jay, s. 116.

[180] Goodno, s. 131.

[181] Goodno, s. 131; Jay, s. 116.

[182] Uyumaz/Akdağ, s. 58.

Kanundaki hukukî imkânlardan da yararlanabileceği doktrinde ifade edilmekteydi[183]. Ne var ki 4320 sayılı Kanunun uygulama alanı yalnızca eşler, çocuklar ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleriyle sınırlandırıldığından, pek çok stalking mağduru Kanunun koruması dışında kalmaktaydı. Bu çerçevede 6284 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı 4320 sayılı Kanundan temel farklarından biri yalnızca ısrarlı takibin açıkça düzenlenmesi değil, bu eylemlerin aile içinde işlenip işlenmediğine veya mağdurun cinsiyetine bakılmaksızın mağduru Kanun kapsamında koruma altına almasıdır. Kanunda sosyal medyada yaygın olarak işlenen "cyberstalking" fiili açıkça düzenlenmemekle birlikte, bunun da esasen ısrarlı takibin özel bir türü olması ve Yönetmelikte geçen "her türlü iletişim aracı" ifadesinin interneti de kapsaması karşısında, koruyucu ve önleyici tedbir kararlarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde cyberstalking mağdurları ve failleri hakkında verilmesi mümkündür.

6284 sayılı Kanunda düzenlenen tedbirler, şiddet mağdurları veya şiddete uğrama tehlikesi bulunanlar hakkında uygulanan "koruyucu tedbirler" ile şiddet uygulayanların şiddetini önlemek veya şiddetin tekrarlanmasını engellemek amacıyla uygulanan "önleyici tedbirler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[184]. Hem koruyucu hem de önleyici tedbirler geçici hukukî koruma niteliği taşımakla birlikte, bunları Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen ihtiyatî tedbirlerden ayıran bazı özellikler bulunmaktadır[185]. Öncelikle, söz konusu tedbir kararının devam edebilmesi için HMK'daki düzenlemeden farklı olarak kararın uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açılması gerekli değildir[186]. Ayrıca ihtiyatî tedbir kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurmak mümkün iken 6284 sayılı Kanun çerçevesinde verilen tedbir kararları itiraz kanun yoluna tabidir (AKKKŞÖDK m. 9).

---

183 Türkmen, s. 1419.

184 Ceylan, Ebru: *Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler*, TBB Dergisi, 2013, S. 109, s. 28-29.

185 Günay, Mehmet: *6284 sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler*, TAAD, C.1, 2012, S. 10, s. 650-651.

186 Tığlı, Hüseyin: *Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması*, TAAD, C. 1, 2011, S. 5, s. 506; Uyumaz/Akdağ, s. 72.

Söz konusu tedbirlere ilişkin bir diğer farklılık da şiddet veya şiddet tehlikesinin varlığı hâlinde herkesin bu konuda talepte bulunabilmesidir[187] (AKKKŞÖDK m. 7).

Kanunda koruyucu tedbirler, mülkî amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları ve hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları olmak üzere iki madde hâlinde düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu tedbirler yalnızca Kanunda sayılanlarla sınırlı tutulmamış, mülkî amir veya hâkimin bunlar dışında uygun görülecek benzer tedbirlere karar verebileceği hükme bağlanmıştır (AKKKŞÖDK m. 3, m. 4). Mülkî amirin karar verebileceği koruyucu tedbirler arasında, Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak uygun barınma yeri sağlanması, geçici maddi yardım yapılması, psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti sunulması, hayatî tehlikesi bulunan mağdurun geçici koruma altına alınması, korunan kişinin çocuklarına kreş imkânı sağlanması sayılmıştır (AKKKŞÖDK m. 3/1, Yön. m.6). Bunlardan uygun barınma yeri sağlanması ve hayatî tehlikesi bulunan mağdurun geçici koruma altına alınması kararları, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde[188] kolluk amiri tarafından da verilebilecektir. Bu durumda kolluk amiri tedbir kararını en geç kararın alındığı tarihi izleyen işgünü içinde mülkî amirin onayına sunacak, mülkî amirin 48 saat içinde kararı onaylamaması hâlinde tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır (AKKKŞÖDK m. 3/2). Bu tedbirler ilk bakışta fizikî ortamda gerçekleşmeyen şiddet eylemleri açısından etkin görünmese de, cyberstalking kimi durumlarda cinsel saldırı, yaralama, öldürme gibi suçların öncüsü olabildiğinden[189], Kanundaki barınma yeri sağlama ve geçici koruma altına alma tedbirlerinin sosyal medyadaki ısrarlı takip vakalarında da

187 Günay, s. 651.

188 Gecikmesinde sakınca bulunan hâl, Uygulama Yönetmeliğinde *"kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinim tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması hâli"* olarak tanımlanmıştır (Yön. m. 3/1-c).

189 Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian: Computer- und Internetstrafrecht: Ein Grundriss, 2. Auflage, Heidelberg, 2012, s. 134; Jay, s. 115.

uygulanması gündeme gelebilir. Bunun yanında psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti sunulması, cyberstalking'in mağdur üzerinde yarattığı olumsuz sonuçların giderilmesine katkı sağlayabilir. Mülkî amir tarafından karar verilebilecek yukarıdaki tedbirlere ek olarak Kanunda aile mahkemesi hâkimi tarafından işyerinin değiştirilmesi, kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesinde diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde Tanık Koruma Kanununa göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi tedbirlerine karar verilebileceği düzenlenmiştir (AKKKŞÖDK m. 4, Yön. m. 12). Ne var ki cyberstalking failleri internet erişimine sahip oldukları sürece mağdura şiddet uygulamaya devam edebileceklerinden, cyberstalking'in daha sonra gerçekleştirilecek başka eylemlerin habercisi olmadığı sürece, söz konusu tedbirlerin uygulanması mağdur açısından yeterli koruma sağlayamayacaktır. Bu nedenle hâkimin takdir yetkisini kullanarak somut olayın özelliklerine uygun farklı koruyucu tedbirlere hükmedebilmesi Kanunun amacının gerçekleştirilebilmesi açısından büyük önem arz etmektedir[190]

Kanunda koruyucu tedbirlerin yanı sıra şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aile mahkemesi hâkimi tarafından verilecek önleyici tedbir kararlarına da yer verilmiştir. Koruyucu tedbirlerde olduğu gibi, önleyici tedbirler de Kanunda sınırlı olarak sayılmamış, hâkimin uygun göreceği benzer tedbirlere karar verebileceği açıkça ifade edilmiştir (AKKKŞÖDK m. 5/1). Kanunda sayılan önleyici tedbirler arasında şiddet mağduruna yönelik olarak çeşitli söz ve davranışlarda bulunmama, korunan kişilere ve bu kişilerin bulundukları yerlere yaklaşmama, korunan kişinin yakınlarına, tanıklarına ve çocuklarına yaklaşmama, korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmeme gibi çeşitli tedbirler yer almaktadır[191]. Hâkim başvuru hâlinde öncelikle Kanunun te-

[190] Günay, s. 662.

[191] *6284 sayılı Kanun m. 5 – (1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:*
Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

mel amacına en uygun ve en hafif önleyici tedbir olan şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmama tedbirine karar vermelidir[192]. Ancak pek çok olayda bu tedbir mağdura yeterli koruma sağlayamayacağından hâkimin buna ek olarak başka önleyici tedbirlere de hükmetmesi gerekecektir[193]. İnternet ve sosyal medyanın da bir tür iletişim aracı olduğu düşünüldüğünde, hâkimin bu çerçevede hükmedeceği önleyici tedbirler arasında cyberstalking eylemleri bakımından en etkili olanı hiç şüphesiz korunan kişiyi iletişim araçlarıyla rahatsız etmeme tedbiri olacaktır. İfade edilmelidir ki, şiddet uygulayanın mağdur ile iletişime geçmesi her durumda söz konusu tedbir kararına aykırılık teşkil etmeyecek, rahatsız etme niteliği taşımayan aramalar veya mesajlaşmalar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir[194].

6284 sayılı Kanun kapsamındaki koruyucu ve önleyici tedbir kararları, geçici hukukî koruma niteliği taşıdığından, belirli bir süreyle sınırlı olarak verilecektir[195]. Kanunda söz konusu tedbir kararlarının süresi, ilk defasında en çok altı ay ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı

Müşterek konuttan veya bulunduğu yeden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.
Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.
Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.
Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.
Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.
Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.
Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.
Silah taşıması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.
Korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.
Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması.

192 Günay, s. 664; Tığlı, s. 516.

193 Günay, s. 664; Tığlı, s. 516; Uyumaz/Akdağ, s. 80.

194 Tığlı, s. 521; Uyumaz/Akdağ, s. 82-83.

195 Günay, s. 675.

durumlarda, resen veya talep üzerine tedbirlerin süresinin ya da şeklinin değiştirilmesi mümkündür (AKKKŞÖDK m. 8/2, Yön. m. 30/2). Tedbir kararlarının bu şekilde ancak belirli bir süreyle sınırlı olarak verilebilmesi, tedbir süresini uzatma imkânının varlığına rağmen, stalking eylemleri bakımından eleştirilmektedir. Gewaltschutzgesetz ile benzer bir düzenlemenin getirildiği Almanya'da, tedbir kararlarının süreyle sınırlandırılmasının ev içi şiddet vakalarında oranlılık ilkesi gereği zorunlu olmakla birlikte, aynı durumun uzun bir süreye yayılan stalking eylemleri bakımından geçerli olmadığı ileri sürülmektedir. Gerçekten de mağdurun tanımadığı birisi tarafından ısrarlı takibe uğradığı durumlarda failin neden sadece kısa bir süre boyunca bu eylemleri gerçekleştirmekten yasaklandığını açıklamak güçtür. Her ne kadar tedbir kararlarının süresinin uzatılması veya yeni bir tedbir kararı verilmesi teorik olarak mümkün olsa da, bunun için failin tedbir kararını ihlal edici davranışlarda bulunması gerekecektir. Stalking failinin tedbir süresi boyunca sessiz kalması ve mağdura şiddet uygulamaya devam edeceği yönünde hiçbir göstergede bulunmaması hâlinde tedbirin uzatılması söz konusu olmayacak, bu da ileride mağdur açısından zarara yol açabilecektir[196]. Bu nedenle cyberstalking vakalarında tedbir kararının mümkün olduğunca uzun süreyi kapsayacak şekilde verilmesi mağdurun korunması amacının gerçekleşmesine daha çok hizmet edecektir.

Koruyucu veya önleyici tedbire ilgilinin talebi üzerine karar verilebileceği gibi, Bakanlık, Şiddet Önleme ve İzleme Merkezi, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine de karar verilebilir (AKKKŞÖDK m. 8/1, Yön. m. 30/1). Şiddet mağduru kişilere etkin koruma sağlanabilmesi amacıyla Kanunda şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkesin durumu resmi makam ve mercilere ihbar edebileceği hükme bağlanmış; tedbir kararlarının daha hızlı alınabilmesi için en çabuk ve en kolay ulaşabilecek yer hâkiminden, mülkî amirinden veya kolluk biriminden talepte bulunulabileceği düzenlenmiştir (AKKKŞÖDK m. 7; m. 8/1). Ayrıca koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için şiddetin uygulandığı konusunda delil ve belge aranmaya-

[196] von Pechstaedt, Volkmar: *Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen gegen Stalking*, NJW, 60. Jahrg., 2007, Heft 18, s. 1235.

cağı ile önleyici tedbir kararının geciktirilmeksizin verileceği hususları Kanunda açıkça belirtilmiştir (AKKKŞÖDK m. 8/3).

Şiddet uygulayanın hakkında verilen önleyici tedbir kararının gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde uygulanacak yaptırım Kanunun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şiddet uygulayanın tedbir kararını ihlali hâlinde aile mahkemesi hâkimi, fiil aynı zamanda suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre üç günden on güne kadar zorlama hapsine karar verecektir. Tedbir kararına aykırılığın tekrarlanması hâlinde, zorlama hapsinin süresi on beş günden otuz güne kadar olacaktır, ancak bu durumda toplam süre altı ayı geçmeyecektir. Burada söz konusu olan yaptırım bir suçun karşılığı olarak öngörülmediğinden, teknik anlamda ceza olmayıp CMK m. 2/1-l hükmünde tanımlanan disiplin hapsi benzeri bir idari yaptırımdır[197]. Bu nedenle zorlama hapsi kararları seçenek yaptırımlara çevrilemez, önödeme uygulanamaz, tekerrüre esas olmaz, şartlı salıverilme hükümleri uygulanamaz, ertelenemez ve adli sicil kayıtlarına geçirilmez[198]. Nitekim bu hususlar kısmen Uygulama Yönetmeliği m. 38/7 hükmünde de ifade edilmiştir[199].

6284 sayılı Kanun kapsamında hâkim tarafından verilen kararlara karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Bu çerçevede ilgililer verilen karara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itirazda bulunabileceklerdir. Kanunun 9. maddesinin ilk fıkrasında itiraz edilebilecek kararlar arasında ayrım yapılmamakla birlikte, ikinci fıkrasında yalnızca tedbir kararlarından söz edilmesi karşısında zorlama hapsi kararlarına karşı herhangi bir kanun yolunun öngörülmediği sonucuna ulaşılabilmektedir[200]. Bununla birlikte Kanunda

197 Günay, s. 681; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., Ankara, 2016, s. 445; Uğur, Hüsamettin: *Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri*, TBB Dergisi, 2012, S. 101, s. 355

198 Günay, s. 681-682; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 445.

199 *"Zorlama hapsi kararları tekerrüre esas olmaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz ve adli sicil kayıtlarına işlenmez."*

200 Uğur, s. 359.

zorlama hapsi kararlarının 9. madde kapsamı dışında tutulduğuna ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığından ve Uygulama Yönetmeliğinin Kanunun 9. maddesini karşılayan 34. maddesinde zorlama hapsi kararlarının da itiraz kanun yoluna tabi olduğu açıkça belirtildiğinden söz konusu kararlara karşı itiraz edilebilmelidir. Nitekim uygulamada da zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulmaktadır[201].

III. SOSYAL MEDYADA KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNDE UYGULANACAK HUKUK

Sosyal medyada oluşturulan içerik sınır tanımaksızın bütün dünyaya yayıldığından, sosyal medyada yabancılık unsuru taşıyan kişilik hakkı ihlallerinin meydana gelme ihtimali oldukça yüksektir. Sosyal medyada kişilik hakkı ihlallerinde yabancılık unsuru, fail ile mağdurun farklı ülkelerde bulunması, fail ile mağdurun farklı ülke vatandaşları olması, zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi şeklinde karşımıza çıkabilir. Bu durumda somut olaya uygulanacak hukukun Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir.

MÖHUK m. 35 hükmü ile haksız fiile ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralının yanında internet dahil kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenen kişilik hakkı ihlalleri için özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişilik hakkı ihlalinin kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmesi, içeriğin sayısı belirsiz kişilere ulaşması şartı aranmaktadır[202]. Dolayısıyla sosyal medya üzerinden mesajlaşma yoluyla belirli bir kişiye hakaret edilmesi durumunda MÖHUK m. 35 hükmü uygulanmayacak, haksız fiile ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı (MÖHUK m. 34) çerçevesinde uygulanacak hukuk belirlenecektir.

---

[201] *"6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir ve zorlama hapsi kararlarının anılan Kanun'un 9. maddesi uyarınca itiraz kanun yoluna tabi olması nedeniyle Üst Cumhuriyet Savcısının 30/07/2013 havale tarihli temyiz dilekçesi itiraz mahiyetinde kabul edilerek gereği mahallinde itiraz merciince değerlendirilmek üzere dosyanın incelenmeksizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 13/01/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."* (Yargıtay 19. CD., 13.1.2016, E. 2015/14172, K. 2016/287, https://emsal.yargitay.gov.tr)

[202] Nomer, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21. B., İstanbul, 2015, s. 363.

MÖHUK m. 35 gereğince zarar gören, üç alternatif hukuktan birini tercih ederek sınırlı bir hukuk seçiminde bulunabilir. Zarar görenin uygulanmasını talep edebileceği hukuklar, zarar veren, zararın bu ülkelerde meydana gelebileceğini bilecek durumdaysa zarar görenin mutad meskeni ya da zararın meydana geldiği yer hukuku ile zarar verenin işyeri veya mutad meskenin bulunduğu ülke hukukudur. Zarar verenin zararın hangi ülkede gerçekleşeceğini bilecek durumda olması, kitle iletişim aracının niteliğine göre belirlenmektedir. Örneğin radyo ve televizyon yayınlarında bu bilinirken[203], sosyal medyada paylaşımı yapan kişinin kural olarak zararın nerede meydana geleceğini bilmesi mümkün değildir. Ancak saldırının belirli bir kişiyi hedef alması durumunda, zararın zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülkede gerçekleşeceğinin bilindiği kabul edilir[204].

SONUÇ

Sosyal medyanın kullanıcıların kendi içeriklerini oluşturarak görüşlerini ve kendileriyle ilgili birtakım verileri paylaşmasına imkân tanıyan bir ortam olması, sosyal medyada kişilik hakkını saldırıya açık hâle getirmektedir. Kaynağını Anayasadan alan kişilik hakkına ilişkin temel düzenlemeyi Türk Medenî Kanununun 24 ve 25. maddeleri oluşturmaktadır. Bu hükümlere göre kişilik hakkı hukuka aykırı şekilde saldırıya uğrayan kişi, duruma göre durdurma, önleme ve hukuka aykırılığın tespiti davalarını açabileceği gibi, saldırı sayesinde kazanç elde eden failden vekâletsiz iş görmeye dayalı talepte bulunabilir veya saldırı nedeniyle gördüğü maddi ve manevi zararının tazmini isteyebilir. Ne var ki internet ortamında içeriklerin hızlı bir şekilde çok sayıda kişiye yayılabiliyor olması, bu ortamda meydana gelen kişilik hakkı ihlallerine karşı hızlı bir çözüm almayı gerektirmiş ve bu nedenle 5651 sayılı Kanunda Türk Medenî Kanunundaki durdurma davasına alternatif bir düzenleme getirilmiştir. 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine göre internetteki yayın yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen kişi, sulh ceza hâkimine başvurarak

[203] Nomer, s. 364.

[204] Nomer, s. 364.

söz konusu içeriğe erişimin engellenmesini talep edebilecek, sulh ceza hâkimi de talebi 24 saat içinde dosya üzerinden karara bağlayacaktır. Bu hükümle içerik sağlayıcısının savunması alınmadan çok hızlı bir şekilde içeriğe erişimin engellenmesine olanak tanındığından, ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki dengenin gözetilmesi bakımından, kişilik hakkına yönelik ihlalin tartışmalı olabileceği durumlarda korumanın Türk Medenî Kanunundaki genel hükümlerle sağlanması daha yerinde olacaktır.

Sosyal medyada işlenen kişilik hakkı ihlallerinin özel bir türünü ise "cyberstalking" oluşturmaktadır. Cyberstalking, ısrarlı takip olarak Türkçede ifade edilen ve 6284 sayılı Kanunda düzenlenen stalking'in internet ortamındaki görünüş şeklidir. Cyberstalking'in geleneksel stalking'ten ayrılan pek çok yönü bulunsa da, Türk hukukunda buna ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından, 6284 sayılı Kanundaki koruyucu ve önleyici tedbirler sanal ortamda stalking'e maruz kalan kişi bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu tedbirlerden özellikle faile yönelik önleyici tedbirler arasında yer alan iletişim araçlarıyla rahatsız etmeme tedbiri, tedbire aykırı hareket hâlinde hükmedilecek zorlama hapsi ile birlikte düşünüldüğünde, cyberstalking bakımından etkili olabilir.

Sosyal medyada meydana gelen kişilik hakkı ihlallerinin yabancılık unsuru taşıma olasılığı oldukça yüksektir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 35. maddesinde, internet dahil kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri bakımından özel bir kanunlar ihtilafi kuralı getirilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde zarar gören, kanunda sayılan üç alternatif hukuktan birinin uygulanması talebinde bulunabilir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya: Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 10. B., İstanbul, 2013.

Altıparmak, Kerem/Akdeniz, Yaman: *5651 sayılı Kanunun Değişiklik Tasarısının Getirdiği Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme*, 12 Mart 2017 tarihinde http://cyber-rights.org.tr/docs/5651_Tasari_Rapor.pdf adresinden erişildi.

Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 20. B., Ankara, 2015.

Baer, Merritt: *Cyberstalking and the Internet Landscape We Have Constructed*, Virginia Journal of Law & Technology, Vol. 15, No. 154, Fall 2010, s. 153-172.

Bocij, Paul/McFarlane, Leroy: *Cyberstalking: The Technology of Hate*, The Police Journal, Vol. 76, 2003, s. 204-221.

Ceylan, Ebru: *Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler*, TBB Dergisi, 2013, S. 109, s. 13-54.

Doğan, Murat: İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası, AÜHFD, C. VII, 2003, S. 1-2, s. 387-405.

Doğan, Recep: *Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 136-154.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 14. B., İstanbul, 2013.

Dülger, Murat Volkan/Beceni, Yasin: Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirme, İstanbul, 2011.

Esser, Robert: *Strafrechtliche Aspekte der Social Media*, Rechtshandbuch Social Media, (Hrsg. **Hornung,** Gerrit/**Müller-Terpitz,** Ralf), Heidelberg, 2015, s. 203-321.

Goodno, Naomi Harlin: *Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current State and Federal Laws,* Missouri Law Review, Vol. 72, 2007, Issue 1, s. 125-197.

Gönen, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul, 2011.

Gözler, Kemal: *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi*, Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, 2014, Özel S., C. 1, s. 1059-1120.

Günay, Mehmet: *6284 sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler*, TAAD, C. 1, 2012, S. 10, s. 647-686.

Helvacı, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001.

Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian: Computer- und Internetstrafrecht: Ein Grundriss, 2. Auflage, Heidelberg, 2012.

Hoffmann, Jens: Stalking, Heidelberg, 2006.

Hohlfeld, Ralf/Godulla, Alexander: *Das Phänomen der Sozialen Medien*, Rechtshandbuch Social Media, (Hrsg. **Hornung,** Gerrit/**Müller-Terpitz,** Ralf), Heidelberg, 2015, s. 11-33.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002.

Jay, Anita: *Stopping Cyberstalking in Hong Kong,* City University of Hong Kong Law Review, Vol. 4, 2013, s. 113-128.

Kaya, Mine: *Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali,* TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 277-306.

Kılıçoğlu, Ahmet: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 2. B., Ankara, 1993.

Kılınç, Doğan: *5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması,* GÜHFD, C. XX, 2016, S. 2, s. 577-623.

Müller-Terpitz, Ralf: *Persönlichkeitsrechtliche Aspekte der Social Media,* Rechtshandbuch Social Media, (Hrsg. **Hornung,** Gerrit/**Müller-Terpitz,** Ralf), Heidelberg, 2015, s. 163-201.

Neubacher, Frank/Seher, Gerhard: *Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ StGB),* JZ, 62. Jahrg., 2007, Nr. 21, s. 1029-1036.

Nomer, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21. B., İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk, 19. B., İstanbul, 2013.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt II, 11. B., İstanbul, 2014.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. B., İstanbul, 2012.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., Ankara, 2016.

Özel, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. B., Ankara, 2004.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München, 2002.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku: Ders Kitabı, 3. B., Ankara, 2016.

Serozan, Rona: *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, MHAD, C. 11, 1977, S. 14, s. 93-112, (Kıs. *Kişilik Hakkının Korunması*)

Serozan, Rona: *Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 67-101, (Kıs. *Değişik Bir Yaklaşım*)

Serozan, Rona: Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. B., İstanbul, 2014, (Kıs. Medeni Hukuk).

Tığlı, Hüseyin: *Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması*, TAAD, C. 1, 2011, S. 5, s. 487-538.

Türkmen, Ahmet: *Yeni Bir Hukukî Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medenî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,* Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, 2009, Özel Sayı, s. 1387-1434.

Uğur, Hüsamettin: *Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri*, TBB Dergisi, 2012, S. 101, s. 333-366.

Uyumaz, Alper/Akdağ, İdris: *Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması*, GÜHFD, C. XIX, 2015, S. 2, s. 45-94.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer-Ertan, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 4. B., İstanbul, 2015.

van der Aa, Suzan: *International (Cyber)Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution*, The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights, (Eds. **Letschert,** Rianne/**van Dijk,** Jan), Dordrecht, 2011, s. 191-213.

von Pechstaedt, Volkmar: *Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen gegen Stalking*, NJW, 60. Jahrg., 2007, Heft 18, s. 1233-1237.

Yüzer, Dilara: 1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara, 2012.

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medenî Hukuk, 6. B., Ankara, 2000.

KISALTMALAR CETVELİ

AKKKŞÖDK : Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun
Art. : Artikel
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM : Anayasa Mahkemesi
B. : Baskı
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch
bkz. : bakınız
C. : Cilt
CD. : Ceza Dairesi
CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn. : dipnot
E. : Esas
Eds. : Editors
GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD. : Hukuk Dairesi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg. : Herausgeber
İİK : İcra ve İflâs Kanunu
Jahrg. : Jahrgang
JZ : Juristen Zeitung
K. : Karar
Kıs. : Kısaltma
m. : madde
MHAD : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NJW : Neue Juristsiche Wochenschrift
No. : Number
Nr. : Nummer
RG. : Resmî Gazete
s. : sayfa

S. : Sayı
StGB : Strafgesetzbuch
TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TMK : Türk Medenî Kanunu
Vol. : Volume
Yön. : Yönetmelik
ZGB : Zivilgesetzbuch

YARGI KARARLARI

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
KARARLARI

ÖZET: Yasal süresinde cevap vermeyen taraf ıslah ile cevap dilekçesi vererek zamanaşımı def'inde bulunamaz.

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO : 2017/17-1093
KARAR NO : 2017/1090

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul (Kapatılan) 33. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın zamanaşımı nedeniyle reddine dair verilen 04.06.2013 gün ve 2011/403 E., 2013/130 K. sayılı kararın temyizen incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 09.12.2013 gün ve 2013/18956 E., 2013/17348 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı vekili, müvekkiline ait, davalıya kasko sigortalı aracın trafik kazası sonucu hasarlandığını belirtip davalının yapılan başvuruya rağmen uzun süre müvekkilini oyaladığını bildirerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 20.000,00 TL tazminatın 19.11.2008 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, ıslahla zamanaşımı definde bulunup, husumete ve hasar miktarına itiraz ederek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece tüm dosya kapsamına göre davacının tazminat isteminin zaman aşımına uğradığı, davalının ıslah yolu ile zamanaşımı definde bulunabileceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Davalı vekili 19.09.2011 günlü dava dilekçesi tebliği üzerine süresinden sonra 17.10.2011 tarihinde verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı definde bulunmuş, bunun kabul edilmemesi halinde ıslah yoluyla zamanaşımı defi taleplerinin kabul edilmesini istemiştir. Davacı vekili ıslah yoluyla zamanaşımı defi talebinin 11.11.2011 tarihinde tebliği üzerine süresinde 14.11.2011 tarihinde ıslah yoluyla zamanaşımı defi talebine muvafakat etmediklerini bildirmiştir.

Bir davada cevap dilekçesinin verilmesi usuli bir işlemdir. Davalı, cevap dilekçesinde ileri sürmediği bir savunmayı özellikle zamanaşımı defini cevap dilekçesini ıslah ederek ıslah edilmiş bu cevap dilekçesiyle ileri sürebilir. Ancak davalının bu nitelikte bir ıslah işlemini yapabilmesi, her şeyden evvel daha önce süresinde verilmiş bir cevap dilekçesinin varlığını gerektirir. Somut olayda, davalı davaya yasal cevap süresi içinde cevap vermemiş, esasen bu dilekçede ileri sürülen zamanaşımı defi de davacının savunmasının genişletilmesi itirazı ile karşılaşmıştır. Davalı ıslah yoluyla süresinde verilmeyen cevap dilekçesini, süresinde verilmiş hale getirmek için ıslah yolunu kullanamayacaktır. Bu durumda mahkemece davalının süresi içinde zamanaşımı definde bulunmadığı gözetilerek işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...) gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı şirketin kasko sigortasını yaptığı davacıya ait aracın kaza sonucunda ağır şekilde hasar gördüğünü, davalının hasarlı aracı kendi otoparkına çektiğini, hasar bedelini ödemek için de davacıdan vergi borçlarının ödendiğine dair belge istediğini, ekonomik nedenlerle vergi borçlarının ödenemediğini, müvekkilini uzun süre oyalayan davalının sigortalı aracı iade ederek zararı ödemeyeceğini bildirdiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 20.000,00 TL tazminatın avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, aracın kasko sigortasının davalı şirket nezdinde yapıldığını, ancak davacının kasko sigorta poliçesinden doğan alacaklarının zamanaşımına uğradığını, kaza tarihinden itibaren iki yıllık sürenin dolduğunu, davanın zamanaşımı nedeniyle reddi gerektiğini, zamanaşımı itirazlarının kabul edilmemesi halinde ise savunmalarını zamanaşımı yönünden ıslah ettiklerini ve ıslah yolu ile zamanaşımı definde bulunduklarını, davacının husumet ehliyetinin de bulunmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece davalının ıslah yolu ile zamanaşımı definde bulunabileceği ve davacının tazminat isteminin zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyiz isteminde bulunması üzerine karar, Özel Dairece yukarıya metni aynen alınan gerekçe ile bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle ilk hükümde direnilmiş, direnme kararı davacı vekilince temyize getirilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yasal süresi içerisinde cevap dilekçesi sunmayan davalının, süresinden sonra verdiği cevap dilekçesini ıslah ederek zamanaşımı def'inde bulunup bulunamayacağı, diğer bir deyişle süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalının ıslah yolu ile zamanaşımı def'ini ileri sürüp süremeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle "zamanaşımı" kavramı ile ilgili genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

Bilindiği üzere özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 146-161 (mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 125-140.) maddeleri arasında düzenlenen zamanaşımı, hakkın ileri sürülmesini engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından, yasanın öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle, dava yoluyla elde edilebilme olanağından yoksun bırakılmaktadır. Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda Devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu halde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber, artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun, kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması gerekir (HGK'nun 05.05.2010 gün ve 2010/8-231 E., 255 K. sayılı ilamı).

Zamanaşımı hukuki niteliği itibariyle, maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i olup; usul hukuku anlamında ise bir savunma aracıdır (Kuru: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:2, s.1761; Von Tuhr: Borçlar Hukuku (C.Edege Çevirisi), Ankara 1983, Cilt:1-2, s.688 vd.; Canbolat: Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, EÜHF Dergisi, Cilt:III, Sayı:1, Kayseri 2008, s.255 vd.).

Zamanaşımı def'i, davalının aslında var olan bir borcunu özel bir nedenle yerine getirmekten kaçınmasına olanak veren bir haktır. Bu hakkı kullanıp kullanmamak tamamen borçluya kalmıştır. Diğer bir anlatımla, davalı tarafından zamanaşımı def'i ileri sürülmedikçe, o hak ve alacak için yasanın öngördüğü zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile hakim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz (BK m.140, TBK m.161).

Maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i ve savunma aracı olan zamanaşımının yargılamanın hangi aşamasında ileri sürülmesi gerektiği konusunda ise gerek eldeki davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun (HUMK)'da gerekse yargılamanın devamı sırasında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun (HMK)'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Zamanaşımı, kanunda (HUMK m.187, HMK m.116) sınırlı olarak sayılan ilk itirazlardan olmadığından cevap dilekçesi ile ileri sürülme zorunluluğu bulunmamaktadır. İlk itirazların karşı taraf muvafakat etse bile esasa cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülmesi mümkün değildir. Buna karşın, esasa cevap süresi geçirilse bile zamanaşımı def'i ileri sürülebilir. Ne var ki bir savunma aracı olan zamanaşımı def'inin, savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının başladığı ana kadar ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu ana kadar ileri sürülmeyen zamanaşımı def'inin sonradan ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi niteliğinde olacağından, mahkemece dikkate alınabilmesi davacının itirazı ile karşılaşmaması koşuluna bağlıdır.

Öğreti ve uygulamada "savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı" olarak adlandırılan bu yasak, davalının savunmasında ileri sürdüğü olgular, istemler ve itirazlarını sonradan genişletmesi ya da değiştirmesinin mümkün olmaması demektir. Kanunda gösterilen istisnalar dışında davacı davasını genişletip değiştiremeyeceği gibi davalı da savunmasını genişletip değiştiremez. Bu yasak, usul hukukunda benimsenen teksif ilkesinin önemli bir sonucu olup, bu yasağın hangi anda başladığını belirlemek için yasal düzenlemelere bakmak gerekmektedir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK'nın 202. maddesi:

"Davalı cevap dilekçesinde karşılık dava da dahil olmak üzere bütün iddia ve savunmaları ile sebeplerini birlikte bildirmeye mecburdur.

Müddeaaleyh cevap layihasını hasmına tebliğ ettirdikten sonra onun muvafakatı olmaksızın müdafaa sebeplerini tevsi veya tebdil edemez.

Ancak ıslah haliyle 186 ncı madde hükmü müstesnadır." hükmünü içermektedir.

Görüleceği üzere HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin davalıya tebliği ile başlamaktadır. Davalı taraf cevap dilekçesinde tüm savunmalarını sebepleriyle beraber bildirmek zorundadır. Cevap dilekçesinin davacıya tebliğinden sonra savunma sebepleri genişletilemez ve değiştirilemez; eş söyleyişle, cevap dilekçesinde bildirilmeyen def'iler ileri sürülemez; ayrıca, cevap dilekçesindeki savunmanın dayandırıldığı olgular da genişletilemez ve değiştirilemez. Bu nedenle HUMK'nın uygulandığı dönemde zamanaşımı itirazı davanın başında, süresinde verilecek cevap dilekçesinde (veya sözlü yargılama usulünde ilk oturumda esasa girişilmeden önce) yapılabilmekte idi. Ancak, bu yasağın istisnaları da aynı maddenin 3. fıkrasında gösterilmiş ve ıslah da bu istisnalar arasında sayılarak, ıslahla savunma sebeplerinin genişletilip veya değiştirilebileceği kabul edilmiştir.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 06.04.2011 gün ve 2010/9-629 E., 2011/70 K. sayılı kararı ile 12.06.2013 gün ve 2012/10-1633 E., 2013/825 K. sayılı kararlarında süresinde davaya cevap vermekle beraber, zamanaşımı savunmasında bulunmayan davalının bu savunmasını ıslah suretiyle sonradan ileri sürebileceği, sonradan ıslahla ileri sürmesinde usule aykırı bir yönün bulunmadığı kabul edilmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı 141. maddede hüküm altına alınmış olup, anılan maddede;

"(1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir

yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.

(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır." düzenlemesine yer verilerek, yargılamanın aşamalarına göre bir ayrım yapılmıştır.

Bu yeni düzenlemede, yargılamanın ilk kesiti olan dilekçelerin teatisi (verilmesi) aşamasında iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı söz konusu değildir. Tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi ile iddia ve savunmalarını serbestçe genişletmesi yahut değiştirmesi mümkündür. Savunmayı genişletme veya değiştirme yasağı ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile başlar. Ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile savunma genişletilebilir ya da değiştirilebilir. Şayet davacı ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmezse davalı yine savunmasını serbestçe (davacının muvafakati aranmaksızın) değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise iddia veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasaktır. Bu yasağın istisnaları yine maddenin son fıkrasında açıklanmış ve karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah suretiyle iddia ve savunmanın genişletilip, değiştirilebileceği kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki 6100 sayılı HMK'nın sistematiği içerisinde; tahkikat aşamasına geçilmeden önce tarafların uyuşmazlık konularının ve bu uyuşmazlık konularının çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin en başında belirlenerek tahkikatın etkin bir şekilde yapılması hedeflenmiştir

Tüm bu açıklamalar kapsamında uyuşmazlığa dönülecek olursa, davaya yasal süresi içerisinde cevap vermemiş olan davalının süresinden sonra vereceği cevap dilekçesi ile zamanaşımı def'inde bulunabilmesi ancak davacının muvafakat etmesi ile mümkündür. Aksi halde savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşan zamanaşımı def'ine değer verilemez. HUMK'nın 202. maddesi uyarınca davacının açık ya da zımni muvafakati yeterli iken, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden sonra ta-

rafların açık muvafakati olmadığı sürece iddia ve savunma genişletilemeyeceğinden, davacının açık muvafakati olmadığı sürece zamanaşımı savunması dikkate alınamaz.

Eldeki davada; henüz 1086 sayılı HUMK'nın yürürlükte olduğu 19.09.2011 tarihinde dava dilekçesi davalı yana tebliğ edilmiş, davalı tarafça yasal süresi içerisinde davaya cevap verilmemiş, süresinden sonra 17.10.2011 tarihinde sunulan cevap dilekçesinde ileri sürülen zamanaşımı def'i de savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşmış ve davacı vekili 14.11.2011 tarihli dilekçesinde savunmanın genişletilmesi niteliğindeki zamanaşımı itirazına muvafakat etmediklerini bildirmiştir. Ancak, davalı vekili süresinden sonra verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inin kabul edilmemesi halinde savunmalarını zamanaşımı yönünden ıslah ettiklerini belirterek, aynı zamanda ıslah suretiyle de zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümü için yasal süresinden sonra cevap dilekçesinin ibrazı ile hiç cevap dilekçesi verilmemiş olması hallerinde, ıslah yoluyla sonradan zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği hususunun tartışılması gerekmektedir.

Bunun için de öncelikle "ıslah" ile ilgili kısa bir açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Kavram olarak ıslah; taraflardan birinin yapmış olduğu usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesidir (6100 sayılı HMK. m. 176, mülga 1086 sayılı HUMK. m.83).

Islah müessesi, dava değiştirme, başka deyişle iddia ve müdafaanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağını bertaraf eden bir imkandır. Zira bu suretle, aslında yasal itiraz ile karşılaşılabilecek olan herhangi bir taraf muamelesi, ıslah kurumu yardımı ile artık bu itirazı davet etmeksizin yapabilmektedir (Üstündağ S: Medeni Yargılama Hukuku, C.I.II.B.5, İstanbul 1992, s.534).

Islah, mahkemeye yöneltilen tek taraflı ve açık bir irade beyanı olduğundan, yasal şartları yerine getirildiği takdirde karşı tarafın ya da

mahkemenin kabulüne bağlı olmaksızın yapılabilir. İddia ve savunmayı değiştirme ya da genişletme sayılmayan hallerde veya karşı tarafın genişletme ve değiştirmeye rıza gösterdiği hallerde ıslaha başvurmaya gerek olmadığı açıktır.

Davanın tamamen ıslahı mümkün olduğu gibi kısmen ıslahı da mümkündür. Ancak ıslahın yapılması zamanı bakımından Kanunda sınırlandırılmış ve HMK'nın "ıslahın zamanı ve şekli" başlıklı 177. maddesinin 1. fıkrasında tahkikatın sona ermesine kadar ıslahın yapılabileceği düzenlenmiştir. (Mülga 1086 s. HUMK. m. 84) Yine ıslahın sayısı da sınırlandırılmış ve HMK'nın 176. maddesinin 2. fıkrasında aynı davada, tarafların ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilecekleri düzenleme altına alınmıştır.

Islahın konusu tarafların yaptıkları kendi usul işlemleridir. Taraflar ıslahla, dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu, talep sonucunu değiştirebilirler.

Islahın amacı yargılama sürecinde şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmak olduğundan, hak ve alacağı bu sürecin dışında ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin ıslah yoluyla düzeltilebilmesi elbette ki mümkün değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, ıslahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler velev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırdıklarından, usul işlemi olduğu kadar (davayı etkilediği için usul işlemidir) maddi hukuk işlemi mahiyetini de taşımaktadır ve bu sebeple, bu işlemlerin ıslah yoluyla düzeltilmesi imkansızdır. Çünkü ıslah, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlılığından kaynaklanan zımni hak kayıplarının telafisi için öngörülmüş bir müessesedir. Açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için ıslahın konusu olamaz.

Az yukarıda değinildiği üzere ıslahın konusunu tarafların yaptıkları usul işlemleri oluşturduğundan taraflardan birinin ıslah yoluna başvu-

rabilmesi için daha önce yapmış olduğu bir usul işleminin bulunması gerekir. Gerek mülga 1086 sayılı HUMK'nın 83. maddesinde gerekse yargılama sırasında yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 176. maddesinde taraflardan her birinin yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu nedenle cevap dilekçesinin ıslahı için öncelikle yapılması gereken usul işlemi davaya cevap vermekten ibarettir. Cevap dilekçesinin hiç verilmemiş olması halinde ortada ıslah edilmesi mümkün bir usul işleminin varlığından söz edilemez. Aksi halde, suskun kalınarak hiç cevap verilmemiş olması halinin bir usul işlemi olarak kabulü gerekir. Bu çerçevede süresi geçtikten sonra yapılan ve karşı çıkılan savunmanın da hiç yapılmamış gibi olduğunu ve aynı hukuki sonucu doğuracağını belirtmek gerekir. Usul işleminin ıslahla düzeltilmesi öncelikle geçerli bir hukuki işlemin varlığını gerektirdiğinden, yapılmamış hükmünde sayılan bir usul işleminin ıslahla düzeltilmesi de düşünülemez.

Bu aşamada süresinde cevap dilekçesi verilmemesinin doğuracağı sonuca da değinmek gerekmektedir.

Bilindiği üzere davalı, davaya cevap vermek zorunda değildir. Davanın cevapsız bırakılması ya da süresi içinde cevap dilekçesi verilmemesi halinde davalının, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkar etmiş sayılacağı 6100 sayılı HMK'nın 128. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu kural, HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde de öğreti ve yargı kararlar ile kabul edilmiştir. Ancak, süresinde cevap dilekçesi vermemek suretiyle davanın inkarı ileri sürülen vakıaların inkarı niteliğinde olup, bu inkarın zamanaşımı def'ini de kapsadığı söylenemez.

Ayrıca, davalının süresinden sonra verdiği cevap dilekçesini ıslah ederek zamanaşımı def'inde bulunabileceğini kabul etmek ıslah ile kaçırılmış olan sürenin geri getirilmesi, daha doğrusu ıslah ile davaya cevap verilmesi sonucunu doğuracaktır. Oysa ki kanun ile belirlenen süreler kesin olup, ıslah kaçırılmış olan süreleri geri getiren bir yol değildir.

Hal böyle olunca, yasal süresi geçtikten sonra verilen ve davacı tarafın itirazı ile karşılaştığı için hiç verilmemiş sayılan cevap dilekçesinin ıslahı suretiyle zamanaşımı def'inin ileri sürülemeyeceği kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, uyuşmazlığın çözümünde süresinde cevap vermiş ve fakat zamanaşımı def'ini ileri sürmemiş davalı ile süresinde cevap vermeyen davalı arasında bir ayrım yapılmasının doğru olmadığı, böyle bir ayrımın hukuki temelinin bulunmadığı, keza süresinde cevap vermeyen davalının kanun gereği davacının ileri sürdüğü tüm vakıaları inkar etmiş sayılacağı, böyle olunca da süresinde cevap vermek suretiyle yapılan maddi vakıaların inkarı ile hiç cevap vermemek suretiyle yapılan inkar arasında bir farkın bulunmadığı, her iki durumda da aynı hukuki sonucun doğduğu, süresinde cevap verip zamanaşımı def'inde bulunmayan davalının sonradan ıslah ile zamanaşımı savunmasını ileri sürebileceği kabul edildiğine göre süresinde cevap vermeyen davalının da ıslah yoluna başvurarak bu olanaktan yararlanması gerektiği, çünkü ıslahın iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnası olup, davanın taraflarına ihmal ettiği, yapmadığı ya da yapamadığı işlemleri yapabilme, tamamlayabilme imkanını tanıdığını, bu nedenle yerel mahkemenin zamanaşımı def'ini incelemesinin yerinde olduğu ve kararın onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 07.06.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Zamanaşımı, bir hakkın istenebilirliğini ortadan kaldıran bir savunma olgusudur. Zamanaşımı def'i ileri sürülmedikçe kendiliğinden nazara alınamaz. Zamanaşımı savunmanın esasa cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Cevap süresi, dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftadır. Cevap süresinin uzatılmasına karar verilmesi halinde de uzatılan cevap süresi içinde ileri sürülebilir. Süresinden sonra ileri sürülen zamanaşımı def'i savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi mahiyetindedir. 6100 s. HMK 141. maddesi uyarınca ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra karşı tarafın açık muvafakatı veya ıslah olmadıkça savunma genişletilemez, değiştirilemez. 6100 s. HMK'nın 177. maddesinde ıslahın tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği belirtilmiştir.

Somut olayda davalı vekili süresinde cevap dilekçesi vermemiş, sonradan verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuş, bunun kabul edilmemesi halinde savunmalarını zamanaşımı def'i yönünden ıslah ettiklerini belirterek ıslah yoluyla zamanaşımı savunmalarının kabul edilmesini istemiştir. Davacı vekili, savunmanın genişletilmesine muvafakat etmediklerini, ıslah yoluyla da zamanaşımı def'inde bulunulamayacağını, süresinde verilen bir cevap dilekçesi de olmadığından ıslah edilemeyeceğini beyan etmiştir.

Süresinde cevap dilekçesi verilmemesi halinde davalı davacının ileri sürdüğü vakıaları inkâr etmiş sayılır. (HMK 128. md.) Cevap dilekçesi verilerek, ileri sürülen vakıaların inkâr edilmesi ile cevap dilekçesi vermemek suretiyle vakıaların inkar edilmesi, aynı neticeyi doğurmaktadır. Davacının ileri sürdüğü vakıalar cevap dilekçesiyle inkâr edildiğinde zamanaşımı defi ıslah yoluyla ileri sürülebilmektedir. HMK 141. maddesi uyarınca, cevap dilekçesinde zamanaşımı defi ileri sürülmemişse davacının muvafakatı ile zamanaşımı defi ileri sürülebilir. Yine HMK 141/2. maddesi uyarınca, cevap dilekçesinin ıslahı suretiyle de zamanaşımı defi ileri sürülerek savunma genişletilebilir, değiştirilebilir. HGK'nun 19.2.958 gün 4-23 e – 16. k, 13.2.963 gün 4-51 e, 19 k. s. ve 4.6.2011 gün

2010/9-629 e – 2011/70 k. s. ilamlarında da ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Hiç cevap dilekçesi verilmemiş olması halinde ıslahla zamanaşımı savunması yapılıp yapılamayacağı hususu HGK kararlarında tartışma dışı bırakılmıştır.

Cevap dilekçesi verilmemesi ile iddia edilen vakıalar inkâr edilmiş sayıldığından, zamanaşımı def'inin sonradan ileri sürülmesi savunmanın değiştirilmesi, genişletilmesi mahiyetinde olup ancak davacının açık muvafakatı ile yapılabilir. 6100 s. HMK'nın 141/2. maddesinde, ıslah müessesesi, bir tarafın savunmanın genişletilmesi, değiştirilmesine açık muvafakat etmemesi halinde başvurulan bir usul işlemi olarak istisna tutulmuştur. HMK 177. maddesinde de tahkikat tamamlanıncaya kadar ıslah yapılabileceği belirtildiğine göre süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalı da ıslah yoluna başvurarak tahkikat bitinceye kadar zamanaşımı savunmasında bulunabilir. Davalının ıslah yoluna başvurmasına engel bir kanun hükmü yoktur. Hiç cevap dilekçesi vermemiş olan davalı ile cevap dilekçesi vermiş ve fakat zamanaşımı def'i ileri sürmemiş olan davalı bakımından bir ayrım yapmamak gerekir. Böyle bir ayrımın hukuki temeli olmadığı gibi ıslah; tarafın ihmal ettiği, yapmadığı ya da yapamadığı işlemleri yapabilmesine, tamamlayabilmesine imkan verdiğinden, cevap dilekçesi vermemiş olan davalı da ıslah suretiyle zamanaşımı def'ini ileri sürebilmelidir. (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Pekcanıtez Usûl - Medeni Usûl Hukuku 15. Bası ..... cilt 2. syf. 1265,) (Prof. Dr. Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı syf. 1856, 1857, 4016, 4038.)

Açıklanan nedenlerle Mahkemenin ıslah dilekçesiyle ileri sürülen zamanaşımı def'ini incelemesi yerinde olup, değerli çoğunluğun aksi düşünceyle kararı bozan görüşüne katılmıyorum.

Hafize Gülgün VURALOĞLU
11. Hukuk Dairesi Üyesi

BİLGİ : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 21 üyenin 17'si BOZMA, 4'ü ise ONAMA yönünde oy kullanmışlardır.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Avalde eşin rızasına ilişkin kefalet hükümleri uygulanamaz.

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO **:** 2017/12-1135
KARAR NO **:** 2017/1012

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "takibin ve ödeme emrinin iptali" istemli şikayetten dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 6. İcra Hukuk Mahkemesince istemin kabulüne dair verilen 24.04.2013 gün ve 2013/177 E., 2013/274 K. sayılı kararın şikayet olunan - alacaklı vekili tarafından temyizi üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 04.11.2013 gün ve 2013/24500 E., 2013/34705 K. sayılı kararı ile;

(... Borçlu, alacaklı tarafından hakkında başlatılan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile icra takibinde, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yasal süre içerisinde icra mahkemesine başvurusunda, sair şikayet ve itirazlarının yanı sıra, bonoda kefil olarak yer aldığını, bononun keşidecisi olan eşi Mesut T...n'ın kefalete rızası olmadığından geçerli kefaletin bulunmadığını ileri sürerek ödeme emrinin ve takibin iptalini talep etmiş, Mahkemece; BK 584 maddesine göre eşlerden birinin bir borca kefalet vermesinin diğer eşin yazılı rızasına bağlı olduğu gerekçeleri ile itiraz eden borçlu yönünden takibin durdurulmasına karar verilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584/1. maddesine göre; "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir, bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır."

Somut olayda itiraz eden borçlu Nedren T...n takip dayanağı bonoları kefil olarak imzalamıştır.

6762 sayılı TTK'nun 614/1. maddesine göre; "Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmişse tıpkı onun gibi mesul olur."

Aval ile kefaleti birbirinden ayırmak gereklidir. Kefalet, fer'i nitelikte olmasına karşın, aval bağımsız ve aslî bir nitelik taşır. Aval veren, lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini defi veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil, asıl borçluya ait kişisel defilerden yararlanabilir. Kefaletin, mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine lüzum olmadığı halde, aval şerhinin mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir.

Bono üzerine "kefil" ibaresi konsa dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK.nun 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret kanununda özel hükümler olması nedeniyle kambiyo senetlerinde BK'nun 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz. O halde mahkemece borçlunun sair şikayet ve itirazları incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir ...)
gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Şikayet olunan - alacaklı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Şikayet icra takibinin ve ödeme emrinin iptali istemlerine ilişkindir.

Takip konusu edilen her üç bono 19.09.2012 günü keşide edilmiş olup, vade tarihleri 15.11.2012, 30.11.2012 ve 12.12.2012'dir. Bonolar sırasıyla 6.000,-TL, 6.000,-TL ve 10.000,-TL üzerinden "malen" kaydıyla düzenlenmiştir. Keşidecisi Mesut T...n, lehdarı ise E.M. Denizcilik ve Turizm AŞ.'dir. Matbu biçimde temin edilmiş bonoların keşideciye ayrılan ad, adres ve kimlik numarası kısmının altında "kefil" sözcüğü yer almaktadır. "Kefil" kısmı şikayetçi Nedren T...n'ın adını, adresini ve kimlik numarasını içermektedir. Hem keşideci ve hem de Nedren T...n, adlarının karşısını imzalamıştır.

Şikayet eden vekili yukarıda sözü edilen üç adet bonoya dayanılarak müvekkili Nedren T...n hakkında takip yapıldığını; keşideci Mesut ile şikayet eden müvekkilinin karı koca olduklarını, bonoda "kefil" olarak gösterilen müvekkilince verilen kefaletin geçerli olabilmesi için eşin rızasının bulunması gerektiğini, bu nedenle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584/1 inci maddesine uygun olmayan kefaletin geçerli olmadığını, dolayısıyla şikayetçinin alacaklıya borcunun bulunmadığını, işlemiş faizin denetlenilebilir bir şekilde açıklanmadığını, bono suretlerinin icra dosyasına konulmayıp, davacıya da tebliğ edilmediğini ileri sürerek takibin ve ödeme emrinin iptaline, yüzde 40 kötü niyet tazminatının alacaklıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Şikayet olunan - alacaklı vekili 19.09.2012 tarihli sözleşmede N...n Turan'ın eşi Mesut T...n'ın borcunu kayıtsız, şartsız, gayrikabili rücu olarak müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla kabul ettiğini, şikayetçinin eşinin borcunun yeni bir ödeme planına bağlandığını, Nedren T...n'ın eşine kefil olduğunu, aynı anda anılan sözleşmeyi imzalayan tarafların karşılıklı rızalarının bulunduğunu; 01.10.2012 tarihli 6.000,-TL bedelli bononun 03.10.2012 tarihinde Nedren T...n tarafından ödendiğini, şikayetin borçtan kurtulmak amacıyla kötüniyetle yapıldığını belirterek şikayetin reddine karar verilmesini savunmuştur.

Yerel Mahkemece Nedren T...n'ın takibin dayanağı olan bonolara kefil sıfatıyla imza koyduğu, bu yapılırken eşi olan diğer borçlu Mesut T...n'ın yazılı rızasını alınmadığı; yasanın öngördüğü şartın yokluğu nedeniyle şikayetçi - borçlu Nedren T...n'ın geçerli bir kefaleti bulunmadığı ve borçtan da sorumlu olmadığı gerekçesiyle şikayetin kabulü ile şikayet eden - borçlu hakkındaki takibin İcra ve İflas Kanunu'nun 169/a maddesi gereğince durdurulmasına karar verilmiştir.

Hüküm şikâyet olunan - alacaklı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık kısmında belirtilen yazılı gerekçelerle bozulmuştur. Yerel Mahkemece Türk Borçlar Kanunu'nun 603 üncü maddesinde kefaletin şekline ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını, somut olayda da aval verenin gerçek bir kişi olduğunu ve sözleşme niteliğine haiz olan avalin aynı zamanda teminat amaçlı bir kambiyo taahhüdü teşkil ettiğini bu nedenle eşin rızasına ilişkin kefalet sözleşmesi hükümlerinin aval veren hakkında da uygulanmasının gerektiği belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmünü şikayet olunan - alacaklı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık kefalet sözleşmesinin geçerliği bakımından eşin rızasının aranması yönündeki düzenlemenin aval veren hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Bu noktada kefalet ve aval konusunda açıklamalar yapılmasında ve bunlar arasındaki farklara değinilmesinde yarar vardır.

Kefalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) 581 ila 603 üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 581 inci maddesinde "kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak

sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda yer alan bu tanıma göre kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan ve alacaklıya kişisel güvence sağlayan bağımsız nitelikte bir borç ilişkisidir.

Kefalet sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesidir. Diğer sözleşmeler gibi kefil ile alacaklının karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi ile meydana gelir. Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu alacaklıya karşı ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesinin geçerliliği 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan daha ağır şartlara bağlamıştır. Kefalet sözleşmesinin geçerli olması, genel hükümlerin yanında, Türk Borçlar Kanunu'nun 583 ve 584 üncü maddelerde kefalet sözleşmesi için öngörülen koşulların varlığına bağlıdır. Bu koşullar mevcut ve geçerli borcun bulunması, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefil evli ise eşin rızasının alınmasıdır.

818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan eşin rızasına ilişkin düzenleme, Türk Medeni Kanunun 193 üncü maddesinde öngörülen, eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceklerine ilişkin kurala Türk Borçlar Kanununun getirdiği bir istisna niteliğindedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinde "eşin rızası" başlıklı 584 üncü maddesi:

"Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yasama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez" şeklinde idi.

Düzenlemenin ticaret hayatındaki sürat, güvenlik ve pratiklik ihtiyacına uygun olmadığı yönündeki yoğun yakınmalar üzerine 28.03.2013 tarihinde 6455 sayılı Kanunun 77 nci maddesi ile 584 üncü maddeye üçüncü fıkra olarak:

"Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz" hükmü eklenmiştir.

Kanun metninden de görüldüğü üzere düzenlemede kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için hangi hallerde eşin rızasının gerektiği ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Emredici olan bu düzenlemeden, eşlerin feragat etmesi mümkün değildir. Eşin yazılı rızasının verilmesi adi yazılı şekle tâbidir. Yani rıza beyanının eş tarafından imzalanması gerekli ve yeterlidir. Ancak rıza somut ve belirli bir kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulması anında verilmelidir (TBK m.584). Dolayısıyla gelecekte yapılacak kefalet sözleşmelerini de kapsayacak şekilde genel bir rıza verilemeyeceği gibi sözleşmenin yapılmasından sonra (geçersiz sözleşmeye geçerlik kazandırmak için de) rıza verilemez.

Türk Borçlar Kanunu'nun 584/1 inci maddesine göre rıza sonradan verilecek icazet ile tamamlanmadığından, eşin izni tamamlayıcı unsur değil geçerlilik unsurudur. Yani kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için eşin rızası mutlaka gereklidir. Aksi halde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira rıza, eşin kefil olma ehliyetini sınırlar ve rızanın yokluğunun yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Bu geçersizlik hakim tarafından resen dikkate alınır (Gümüş, M.A.: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.348).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "uygulama alanı" kenar başlıklı 603 üncü maddesinde "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır" düzenlemesine yer verilmiştir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı olmayan bu madde ile kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanması öngörülmüştür. Böylece kanunkoyucu kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanını genişletmiştir.

Aval ise poliçe, çek ve bonoya özgü bir tür kambiyo taahhüdüdür (Öztan, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2012, s.168; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2015, s. 175). Hemen belirtilmelidir ki, kambiyo senetleri bakımından kendine özgü bir teminat türü olarak aval müessesesi kabul edildiğinden, bono üzerinde "kefil" yazıyor olması, bu taahhüdü kefalet haline dönüştürmez.

Aval 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 700 ila 702 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda avalin tanımı yapılmamış; sadece aval ile poliçedeki bedelin ödenmesinin teminat altına alındığı belirtilmiştir (TTK.m.700). Aval senedin ödeneceğine dair güvence verilmek sureti ile kambiyo senetlerine tedavül kolaylığı sağlamaktır.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki aval -bir geçerlik şartı olarak- senet (veya alonj) üzerinde bulunmalıdır. Zira yukarıda da vurgulandığı gibi kambiyo senedinden doğan sorumluluğun temini gayesi, doğal olarak bu teminatın esas alacakla birlikte devredilmesini gerektirir; kambiyo senedini ciro yoluyla devralacak kimsenin de bunu görebilmesi lazımdır (Sengir, T.: Aval Hukuku, Ankara 1967, s.10). Kambiyo senedi dışında verilmiş bir teminatın, aval olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Aval gerek üçüncü bir şahıs gerekse poliçeye imza koyan diğer bir şahıs tarafından verilebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 701/4 maddesine

göre aval beyanında kimin için verildiği belirtilmemişse avalin keşideci hesabına verildiğinin kabulü gerekir.

Bu aşamada kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin aval bakımından uygulanmasının mümkün olup olmadığı da tartışılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan kefalet ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan aval, bir borç ilişkisinde alacaklının alacağını tam olarak alabilmesi noktasında kişisel birer teminattır.

Öncelikle vurgulanmalıdır ki Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel nitelikte bir kanun olup, ancak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme bulunmaması halinde genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu uygulanır. Avale ilişkin hükümler kendi içinde bir bütünlük teşkil eder ve münhasıran kambiyo hukuku içinde düzenlenmiştir. Bu haliyle özel nitelikte bir şahsi teminat türü olan aval bakımından genel nitelikli kefalet hükümlerine gidilmesine yasal olanak bulunmamaktadır.

Avalin bu özel niteliği kambiyo senetlerine duyulan güven ve tedavül kabiliyeti ile de ilgilidir. Zira kefalette asıl borç bir nedenle geçersizse (söz gelimi kefilin fiil ehliyeti yoksa) kefilin de sorumluluğuna gidilemezken, avalde lehine aval verilenin sorumluluğu bulunmasa bile avalistin sorumluluğu devam etmektedir. Kendisine böylesine önemli bir fonksiyon atfedilmiş aval müessesesinin kefalete ilişkin genel hükümlere tâbi kılınması doğru değildir.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 603 üncü maddesinin gerekçesinde "madde kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefili koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır" denmişse de bu düzenlemenin avali de kapsayacağına dair açıklık bulunmamaktadır. Hatta gerekçe

"kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla" yapılan diğer sözleşmeleri işaret ederken, avalin bu kapsamda kalmadığında da tereddüt bulunmamaktadır. Zira aval bir sözleşmeye değil kambiyo taahhüdüne olarak verilir ve bu sahada kaçınılacak başka bir taahhüt türü bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile gerçek kişilerce verilen avaller Türk Borçlar Kanunu'nun 603 üncü maddesine tâbi tutulmayacak ve kefil lehine olan hükümlerden kurtulmak için aval verildiği iler sürülemeyecektir (Reisoğlu, S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 323)

Kaldı ki ticaret hayatındaki sürat ve güven ihtiyacı, ticari iş ve işlemlerin genel hükümlerden ayrı, özel kanuni şekil kuralarına bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Tedavül kabiliyeti ve kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkeleri de bu fonksiyona hizmet ederler. Tedavül kabiliyeti kambiyo senetlerini adi senetlerden ayırmaktadır. Bunun sağlanabilmesi de kambiyo senetlerinin temel ilişkiden bağımsız olmasına bağlıdır. Buna "soyutluk" ya da "illetten mücerret olma" denir. Soyutluluk kavramı esas itibariyle kıymetli evrak niteliği taşıyan bir senette mündemiç olan hakkın temel ilişkiden bağımsızlığını ifade eder (Poroy, R./Tekinalp, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esaslar, İstanbul 2010, s.29). Kambiyo senetleri devredildikten sonra mücerretlik ilkesi ortaya çıkar ve senedin yaratılması nedeni olan "sebep" donar. Kıymetli evrak tedavül ettiği sürece bu sebepten bağımsızdır. Bunun yanında senet borçlusu, senet hamiline karşı temel ilişkiden doğan def'ileri ileri süremez. Soyutluk hamili güçlendirir ve bu sebeple de kıymetli evraka güveni arttırır. Kıymetli evrakın soyutluğunun sonuç doğurması, içerdiği hak ve sorumlukların senet dışında başka bir yere başvurmaya gerek kalmaksızın herkes tarafından anlaşılabilmesi ile mümkündür.

Sırf bu ihtiyaç dahi avalin "eş rızası" noktasında kefalete ilişkin hükümlere tâbi kılınmasını imkansız hale getirmektedir. Gerçekten de iki kişi arasında düzenlenen bir sözleşmede borçluya kefil olan kişinin evli olup olmadığı, eşin rızasının bulunup bulunmadığı kolaylıkla belirlenebilirken; tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığının ve eşinin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunluluğu, hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen ya-

bancı bir yük getirecektir. Bu detayların senede derc edilmesi ve sonraki cirantaların hiçbir tereddüte mahal olmaksızın bunu bilmesi mümkün değildir.

Yukarıdan beri yapılan açıklamalar çerçevesinde avalde, eşin rızasına ilişkin kefalet hükümlerinin uygulanamayacağı kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584 üncü maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin rızasıyle kefil olabilecek olup aynı Kanunun 603 üncü maddesine göre de kefalete ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine dair olarak başka ad altında yapılan sözleşmelere uygulanacağının hükme bağlandığı, avalin de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine şahsi teminat sağlayan kambiyo taahhüdü olduğunu, bu nedenle avale kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, bu nedenle yerel mahkemenin kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

O halde Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Şikayet olunan - alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 24.05.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava icra müdürünün işlemini şikayete ilişkindir.

İcra takibine dayalı bonoda keşideci Mesut T...n aval veren ise onun eşi Nedra T...n'dır.

Direnme yoluyla HGK önüne gelen uyuşmazlık aval veren bakımından avalın geçerliliği için BK. Kanununun 584/1 maddesinde öngörülen eşin rızasının gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. BK. 603 maddesine göre kefaletin şekli ve kefil ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümle gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Avalde bu anlamda kişisel güvence verilmesine ilişkin olup somut olayda da gerçek kişi aval vermiştir. Bu neden aval içinde eşin rızası gerekir. Ancak somut olayda aval veren Nedra lehine aval verilen Mesut'un eşi olduğundan eşin rızası var sayılabileceğinden kararın bu değişik gerekçeyle bozulması görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Ahmet ÖZGAN
11. Hukuk Dairesi Başkanı

BİLGİ : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 25 üyenin 22'si BOZMA, 3'ü ise DEĞİŞİK BOZMA yönünde oy kullanmış olup kararda ONAMA yönünde oy kullanan üyeye rastlanamamıştır.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

YARGITAY
HUKUK DAİRESİ
KARARLARI

ÖZET: Terekeye temsilci tayininden sonra tereke ortaklarının davayı takip yetkisi ortadan kalkar.

T.C.
YARGITAY
1. Hukuk Dairesi

ESAS NO **:** 2014/13769
KARAR NO **:** 2017/1847

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen tapu iptali ve tescil, tazminat davası sonunda, yerel mahkemece davanın kısmen kabul kısmen reddine ilişkin olarak verilen karar davalı Mümtaz tarafından yasal süre içerisinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 11.04.2017 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili Avukat Ö.S. ile temyiz edilenler vekili Avukat M.K. geldiler, davetiye tebliğine rağmen temyiz edilen davalı Musa D., Tereke temsilcisi Ömer S. gelmediler, yokluklarında duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi Murat Ataker tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

-KARAR-

Dava, ehliyetsizlik ve vekalet yetkisinin kötüye kullanılması nedenlerine dayalı tapu iptali-tescil; olmadığı takdirde tazminat isteğine ilişkindir.

Davacılar, muris Mümtaz D.'in torunu davalı Mümtaz'ın muristen aldığı vekaletname ile 9 parsel sayılı taşınmazını davalı Musa D.'ye, 19 parsel sayılı taşınmazını da dava dışı Ziraat Odasına temlik edildiğini; o dönemde murisin sağlık sorunları ve hafıza zayıflığı yaşadığını, vekalet yetkisinin de kötüye kullanıldığını ileri sürerek, 9 sayılı parselin tapu kaydının iptali ile muris adına tesciline, aksi takdirde bedelinin miras payları oranında tahsiline; 19 sayılı parsel sayılı taşınmazın bedelinin miras payları oranında davalı Mümtaz'dan tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

Davalı Mümtaz, satış işlemlerinin geçerli olduğunu belirtip davanın reddini savunmuş; diğer davalı Musa, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, vekalet yetkisinin davalı Mümtaz tarafından kötüye kullanıldığı ancak diğer davalı Musa'nın iyiniyetli olduğu gerekçesiyle, her iki parsel bakımından da davacıların miras payları karşılığı tazminatın davalı Mümtaz'dan tahsiline karar verilmiş; 9 sayılı parsele yönelik tapu iptali-tescil isteği reddedilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, davadaki isteğin murisin terekesi adına ve O'na teb'an ileri sürüldüğü ve davanın elbirliği halinde mülkiyet hükümlerine tâbi bulunduğu açıktır.

Nitekim, muris Mümtaz'ın dava dışı mirasçısının bulunması nedeniyle yargılama aşamasında terekesine Sulh Hukuk Mahkemesinin 01.12.2010 tarihli kararı ile temsilci olarak yazı işleri müdürü Ömer S. atanmış; ancak, 12.04.2012 günlü duruşmada kendisine usulünce tebligat çıkarılmasına karar verilip, çıkarılan tebligat 17.04.2012'de usulünce tebliğ edilmişse de, tereke temsilcisi, kendisine tebligatla bildirilen 28.06.2012 günlü duruşmaya ve sonraki duruşmalara katılmamış, davalı taraf da yargılamanın tereke temsilcisinin yokluğunda sürdürülmesi yönünde herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

Bilindiği üzere, davanın görülebilirlik koşulu olan terekeye temsilci tayininden sonra tereke ortağının veya ortaklarının davayı takip yetkisi-

nin ortadan kalkacağı ve davanın tereke temsilcisinin huzuruyla yürütülmesi gerekeceği tartışmasızdır.

Hal böyle olunca, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150/2. maddesi uyarınca dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devam edilerek işin esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir.

Davalının temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir. Kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 02.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 1.480.00.-TL. duruşma vekâlet ücretinin temyiz edilenlerden alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, **11.04.2017** tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BİLGİ: Konu ile bağlantılı olarak, tereke temsilcisinin daha sonraki oturumlara katılmadığı ancak mirasçılardan olan davalının davayı takip etmesi durumunda davanın sonuçlandırılacağı yönündeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2015, 1-1730/2656 sayılı Kararı'na bakınız.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Eşin telefonuna casus program yüklenerek ele geçirilen ses kayıtları hukuka aykırı delildir.

T.C.
YARGITAY
2. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/26918
KARAR NO : 2017/6688

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-karşı davalı erkek tarafından kadının davasının kabulü ve tazminatların miktarı yönünden; davalı-karşı davacı kadın tarafından ise erkeğin davasının kabulü, reddedilen tazminatlar ile erkek lehine hükmedilen tazminatlar yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacı-karşı davalı erkeğin eşinin telefonuna casus program yükleyerek ele geçirdiği ses kayıtları hukuka aykırı delil niteliğinde olup kusur belirlemesinde dikkate alınamaz ise de; tanık beyanları, telefon kayıtları ve fotoğraflar ile toplanan tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde zina eyleminin ispatlanmış olduğunun anlaşılmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı harcın temyiz edenlere yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna ve 136.00'ar TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 01.06.2017 (Per.)

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Açılmamış sayılmasına karar verilen dava kesinleşmemiş olsa bile derdestlik itirazında bulunulamaz.

T.C.
YARGITAY
3. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/5240
KARAR NO : 2017/11253

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki alacak davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın derdestlik nedeniyle usulden reddine yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, davalı şirketle aralarında, diğer davalı Sultan Barış T.'nun müteahhitliğini üstlendiği İstanbul İli, Ümraniye İlçesi, Ç. Mah. 3. Pafta, 2.3 Ada, 12/13/14 Parseller üzerinde ortak bir inşaat yapmak için 07.04.2007 tarihli inşaat yapım ve ortaklık sözleşmesi imzalandığını, imzadan sonra tüm sözleşme gereği yüklenmiş olduğu tüm edimlerini tam ve eksiksiz şekilde ve gereği gibi ifa etmesine rağmen, davalı ve davalı şirketin mezkur ödemeleri vadeye yayarak kendisinin zor duruma düşmesine sebep olduğunu, davalılar ile bu konuda müzayaka haline düştüklerini, kendisinin tahahhüt altına girdiği tüm edimleri ifa ettiğini ve sözleşme konusu işin tamamlanmasını sağladığını, taraflar arasındaki sözleşme sonrasında tanzim edilen 31.10.2008 tarihli protokol ile de bahse konu edimlerin yerine getirildiği, davalıların edimlerini eksik yaptığının açıkça ortaya çıktığını, davalıların bu protokol ile hüküm altına alınan 325.000 TL bedeli ödemediklerini ileri sürerek, bu bedelin pro-

tokol tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar, bu davada husumetin sadece Sultan Barış T.'na yöneltilebileceğini, T. İnşaatın şahıs şirketi olup hükmi şahsiyetinin olmadığını belirterek husumet itirazında bulunmuş, davacının davadan önce aynı alacak için açtığı İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2012/1..3 E. sayılı dosyası ile davalı tarafından davacı aleyhine açılan İstanbul Anadolu 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/1..3 E. sayılı dosyası ile adi ortaklığın fesih ve tasfiyesi ile tasfiye bakiyesinin ödenmesine ilişkin dava dosyasının derdest olduğunu belirterek derdestlik itirazında bulunarak davanın usulden reddini, olmadığı takdirde davanın hukuki dayanağının bulunmadığını, protokolde hesap hatalarının bulunduğunu, alacağın muaccel olmadığını beyan ederek davanın esastan reddini talep etmiştir.

Mahkemece, "...davacı vekili mahkememizde işbu alacak davasını açmışsa da, aynı taraflar arasında aynı mahiyetteki davanın İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde görülerek davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğini bu kararın da temyiz edilmekle halen Yargıtay'da bulunduğunu beyan ederek, derdestlik ilk itirazında bulunmuştur. Adı geçen dosya celbedilerek incelendiğinde İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/1..3 esas, 2012/1..1 karar nolu dosyası ile 24/12/2012 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, bu kararın da temyiz edilmekle halen Yargıtay'da bulunduğu ve kesinleşmediği, adı geçen karar kesinleşmeden de mahkememizde tarafları ve konusu aynı olan aynı mahiyetteki işbu davanın açıldığı anlaşılmıştır." gerekçesiyle davalının derdestlik ilk itirazının kabulü ile aynı mahiyetteki dava halen İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/1..3 esas nolu dosyasında halen derdest olduğundan, karar kesinleşmeden aynı mahiyetteki işbu dava açılmış olduğundan derdestlik nedeni ile davanın usulden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacı tarafından davaya konu aynı

alacağın tahsili için davalılar aleyhine yapılan icra takibine vaki itirazın iptali için İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2012/1..3 E. sayılı dosyasında, Beykoz 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin TTK.'nun 4 ve 5. maddesi hükmünce verilen 2010/3.9 E. 2011/3.3 K. sayılı işbölümünden kaynaklanan gönderme kararı sonrasında davacı vekili tarafından HMK.'nun 20. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre içerisinde ilgili mahkemeye başvurulmadığı gerekçesiyle davanın HMK.'nun 20,137,138. maddeleri gereğince açılmamış sayılmasına karar verildiği, söz konusu kararın davacı vekili tarafından temyizi üzerine, Dairemizin 23.12.2014 günlü ve 2014/6793 -17074 E.K. sayılı ilamı ile hükmün onanmasına karar verildiği, temyize konu eldeki davanın ise 28.10.2013 tarihinde açıldığı anlaşılmıştır.

6100 sayılı HMK derdestlik konusunu dava şartı olarak düzenlemiştir. HMK'nun 114/ı maddesinde aynı davanın, daha önceden açılmış ve halen görülmekte olması gerektiği dava şartı olarak belirtilmiştir.

Dava şartları, mahkmenin davanın esası hakkında yargılamada bulunulabilmesi için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

Mahkeme, hem davanın açıldığı günde, hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının tamam olup olmadığını kendiliğinden araştırıp, inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartları dava açılmasından, hüküm verilmesine kadar varolmalıdır. Dava şartlarının davanın açıldığı günde bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığının öğrenilmesi durumunda mahkemenin HMK 115 maddesi gereği dava şartı noksanlığı nedeniyle davayı usulden reddetmesi gerekir.

Bir davada derdestliğin kabul edilebilmesi için varlığı gerekli üç koşul birlikte aranır.

Bunlar: 1- Bu davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede

açılmış olması; 2- Davanın görülmekte (derdest) olması; 3- Daha önce açılmış ve görülmekte olan o dava ile ikinci davanın yani bu davanın aynı olması koşullarıdır.

Somut olayda, mahkemenin gerekçesine konu olan İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2012/1..3 E. sayılı dosyası ile yapılan yargılama sonucunda, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Davanın açılmamış sayılması kararı temyizi kabil niteliktedir. Ancak, derdestlik yönünden kararın temyiz edilmeyerek veya temyiz aşamasından geçerek kesinleşmesini aramaya gerek yoktur. Burada davaların takipsiz bırakılmasını önlemek amacı güdülmüştür. Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararların kesin hüküm oluşturmayacağı da yasa gereğidir.

Bu itibarla, yukarıda anılan maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, mahkemece; yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı gerekçe ile hüküm tesisi usul ve yasaya uygun görülmemiş, hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK.nun 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 06.07.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BİLGİ: Yargıtay'ın bu tutumunu doktrinde eleştiren ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararın kesinleşmesine kadar derdestlik itirazında bulunulabileceği yönündeki görüşler için bkz. **TANRIVER, Süha.** Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 2007, s. 55, 56; **KIYAK, Emre.** Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Ankara, 2014, s. 154.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Menfi tespit ve istirdat davası ile haczin haksızlığı anlaşıldığından manevi tazminat verilmelidir.

T.C.
YARGITAY
4. Hukuk Dairesi

ESAS NO **:** 2016/1361
KARAR NO **:** 2016/3788

YARGITAY İLAMI

Davacı Murat K. vekili Avukat Ü.K.Y. tarafından, davalı V. Telekominikasyon A.Ş. aleyhine 15/10/2012 gününde verilen dilekçe ile haksız haciz nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 26/06/2015 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, haksız icra takibi nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacının satın aldığı 3G kampanyasının Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararıyla iptal edildiği, davalının bir kısım faturaların ödenmediği gerekçesiyle davacı hakkında Eskişehir 3. İcra Dairesinin 2010/79.5 sayılı dosyası ile icra takibi başlattığı, takibin kesinleşmesi üzerine davacının evinde haciz ve muhafaza işlemi yapıldığı, ayrıca davacının maaşına haciz konulduğu, davacı tarafından davalı hakkında açılan menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda Eskişehir 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/9.4 esas, 2012/1.3 karar sayılı kararı ile davacının takip dosyası nedeniyle davalıya borçlu olmadığının tespitine ve davacı tarafından davalıya ödenen miktarın is-

tirdadına kesin olarak karar verildiği, bu şekilde yapılan icra takibinin ve yapılan haciz işleminin haksız olduğu anlaşılmaktadır. Davacı hakkında yapılan haksız icra takibi ve haciz işleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacağı şüphesizdir. Mahkemece, davacı yararına uygun bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile istemin tümden reddedilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA;** bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 23/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Bozma üzerine nihai bir karar verilmeden iik 40/2 maddesi uyarınca icranın iadesi sağlanamaz.

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/5211
KARAR NO : 2017/7895

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş olup hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Alacaklı vekili, İcra Mahkemesi'ne başvurusunda; ilama dayalı takipte borçlu taraftan 70.785,20 TL tahsil edildikten sonra ilamın Yargıtay'ca bozulduğunu, bunun üzerine İcra Müdürlüğü'nce borçludan tahsil edilen meblağın iadesi için kendilerine muhtıra gönderilmesi yönünde karar verildiğini, iade talep edilebilmesi için İİK'nun 40. maddesi gereği borçlunun borcu olmadığının kesin bir ilamla ortaya konması gerektiğini,ancak henüz böyle bir ilam bulunmadığını açıklayarak 17.11.2014 tarihli muhtıranın iptalini istemiştir.

Mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, alacaklı vekilince temyiz edilmiştir.

İİK'nun 40/2. maddesine göre; bir ilâm hükmü icra edildikten sonra Yargıtay'ca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilamla tahakkuk ederse, ayrıca

hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski hâline iade olunur.

Somut olayda; takip dayanağı İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 13.06.2011 gün ve 2007/5.2 Esas, 2011/3.5 Karar sayılı ilamının, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30.05.2014 gün ve 2014/1447 Esas, 2014/10145 Karar sayılı ilamıyla taraflar arasındaki uyuşmazlıkta zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu kabul edilerek zamanaşımı definin bu çerçevede değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi yönünde bozulduğu, bozma üzerine henüz bir karar verilmediği, buna göre bozma sonrası borçlu lehine verilen ve kesinleşen bir ilam mevcut olmadığı görülmektedir. Bu durumda alacaklı tarafa ödenen meblağın İİK'nun 40/2. maddesi kapsamında geri istenmesi söz konusu olamaz. Mahkemece, şikayetin kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA;** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 22.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: İcra takibinde ilama aykırı olarak fazla faiz istenildiği yönündeki iddia, süresiz şikayete tabidir.

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/6665
KARAR NO : 2017/7683

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş olup hükmün davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Borçlu vekili, ilamda açıkça yasal faiz denilmesine rağmen, değişen yıllara göre yasal faiz oranının çok üstünde faiz talep edildiğini belirterek, işlemiş faize itiraz etmiştir.

Mahkemece, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Borçlunun, takipte ilama aykırı olarak fazla faiz talep edildiği yönündeki iddiası, ilama aykırılık şikayeti niteliğinde olup, bu tür şikayetler kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, süresiz olarak İcra Mahkemesi önüne getirilebilir. (HGK.nun 21.06.2000 tarih, 2000/12-1002 sayılı Kararı)

O halde; Mahkemece, işin esası incelenerek oluşacak sonuca göre bir hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde şikayetin süreden reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle ÎİK'nun 366. ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 24.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: HMK'nın yürürlüğünden sonraki vekaletnamelerde ahzu kabz yetkisi olmasa bile avukat parayı çekebilir.

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/6701
KARAR NO : 2017/7684

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş olup hükmün davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Borçlu aleyhine başlatılan ilamlı takip dosyasında alacaklı vekili dosyadaki paranın tamamının hesaplarına gönderilmesi yönünde talep açtıklarını, İcra Müdürlüğü'nce alacaklı vekili olan Av. F.B.A.'ın takip dosyasında mevcut 03.05.2013 tarihli vekaletnamesinde ahzu kabz yetkisi olmadığından bahisle paranın ödenmesi talebinin reddine karar verilmiş olup, alacaklı vekili Av. F.B.A. İcra Mahkemesi'ne başvurusunda; 2012 yılında yürürlüğe giren HMK ile vekaletnamede ahzu kabz yetkisinin özel yetki olmaktan çıkarıldığını, genel vekaletname ile ahzu kabz yetkisi olmadan tahsilatın yapılabileceğini, dolayısı ile İcra Müdürlüğü işleminin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece; 03.05.2013 tarihli Tekirdağ Noterliği'nce düzenlenen vekaletnameye dayalı olarak başlatılan takibe ilişkin vekaletname incelendiğinde Av. F.B.A.'a sadece adına açılmış veya açılacak tüm davaları takip yetkisi verildiği ancak ahzu kabza yetkili olmadığı bu sebeple İcra

Müdürlüğü işlemi yerinde bulınduğundan şikayetin reddine karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir.

"Davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren haller" başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74 üncü maddesinde ahzu kabz yetkisine yer verilmemiş olmasının, avukatın bu yetkiye sahip olmadığı anlamına gelmediği, tam aksine bu yetki vekaletname ile birlikte vekile tanınan yetkiler arasında yer aldığından, aksi açıkça belirtilmedikçe, avukatın ahzu kabz yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden önce düzenlenmiş ve "ahzu kabz" yetkisi içermeyen vekaletnamelere dayanılarak 01/10/2011 tarihinde ve sonrasında vekaletnamede bulunmayan bir yetkinin, dolayısıyla "ahzu kabz" yetkisinin vekalet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılamıyacağı da kuşkusuzdur.

Somut olayda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden sonra düzenlenmiş 03.05.2013 tarihli vekaletnamesinde ahzu kabz yetkisi olmadığından bahisle dosyada bulunan paranın ödenmesi talebinin reddine dair İcra Müdürlüğü kararının Yasaya aykırı olduğu anlaşılmakla, şikayetin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366/3. maddesi ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 24.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Tapu iptali istemi reddedilerek alacağa hükmedilen ilamın icrası için kesinleşme şartı aranmaz. **(İçtihat değişikliği)**

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/5563
KARAR NO : 2017/7892

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş olup hükmün davalılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Borçlu vekili, takibe dayanak ilamın konusunun taşınmazın aynına ilişkin olması nedeniyle ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağını ileri sürerek icra takibinin iptalini ve dosyadan konulan hacizlerin kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece, ilamda tapu iptali ve tescil talebinin asli talep, bu olmaz ise satış bedelinin ödenmesi talebinin fer'i talep olarak ileri sürüldüğü, fer'i talebin kabulü ve değerlendirilmesinin asli talebin reddine bağlı olarak gerçekleştiği, asli talep ile ilgili olarak verilmiş olan ilamın kesinleşmeden infaz edilemeyeceği gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmesi üzerine, hüküm alacaklılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Talep, İİK'nun 41. maddesi yollamasıyla İİK'nun 16. maddesine dayalı şikayete ilişkindir.

6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla uygulanması gereken HUMK'nun 443/1 (HMK. 367/1 m.) maddesi gereğince, temyiz kararın icrasını durdurmaz. Yani kural olarak kararın kesinleşmemiş olması kararın yerine getirilmesini önlemez. Bu kuralın istisnaları da yine yasalarda düzenlenmiştir.

Taşınmaza ve buna ilişkin ayni haklara, aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar (HUMK.443/4 m.),

Mahkumiyete ilişkin ceza ilamlarının tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin kısımları (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi),

Kira tespit ilamları (12.11.1979 tarih 1979/1-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı),

Menfi tespit davasına ilişkin ilamlar (İİK'nun 72. madde),

Yabancı Mahkeme ilamlarının tenfizi hakkındaki kararlar (MÖHUK. 41/2),

Sayıştay Kararları (6085 sayılı Sayıştay Kanunu 53. madde),

İdare aleyhine açılan haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar (2577 sayılı İYUK 28/1),

Somut olayda, icra takibinin dayanağı olan Nazilli 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.05.2014 gün 2010/84 Esas 2014/237 Karar sayılı ilamında, tapu iptali ve tescil talebinin reddedildiği, alacak talebinin kısmen kabul edilerek alacağın tahsiline yönelik hüküm kurulduğu görülmektedir.

Bu durumda dayanak ilam taşınmazın aynına ilişkin hüküm içermemektedir. Mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken aksine düşünce ile kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, alacaklılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 29.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BİLGİ: Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 01 Aralık 2016 tarihine kadar olan süreçte yerleşik içtihatları ile terditli olarak tapu iptali ve tescili olmadığı takdirde alacak istemi ile açılan davalarda, tapu iptali ve tescili isteminin reddedilmesine rağmen alacağa hükmedilmesi durumunda, taşınmazın aynının tartışmalı (ihtilaflı) olduğundan bahisle bu tür ilamların icrası için kesinleşmesi şartını aramıştır. Yukarıdaki içtihatlardan da anlaşıldığı üzere, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, ***"daha önceki görüşümüzünden dönülerek"*** veya ***"içtihat değişikliğine gidilerek"*** **ifadelerini kullanmadan** 01 Aralık 2016 tarihinden itibaren yerleşik içtihatlarından dönerek hükümde tapu iptali ve tescili isteminin reddedilmesine rağmen alacağa hükmedilmesi durumunda, taşınmazın aynına ilişkin hüküm içerilmediğinden bu tür ilamların icrası için kesinleşmesi şartını kaldırmıştır.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: İdare mahkemesi ilamlarındaki yargılama gideri ve vekalet ücreti kesinleşmeden icraya konulabilir.

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/8021
KARAR NO : 2017/9173

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş olup hükmün davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.

KARAR

Borçlu vekil İcra Mahkemesi'ne başvurusunda takip dayanağı ilamda yargılama gideri ve vekalet ücreti dışında likit bir alacak bulunmadığından icra emrinde talep edilen asıl alacağın bu nedenle talep edilemeyeceğini, yargılama gideri ve vekalet ücretinin ise ilamın kesinleşmemesi sebebiyle takibe konulamayacağından bahisle icra emrinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece takip konusu ilam kesinleşmediğinden ilamda hükmedilen yargılama gideri ve vekalet ücretinin talep edilemeyeceği, icra emrinde talep edilen diğer alacak kalemleri hakkında ise ilamda eda hükmü bulunmadığından bahisle takibin iptaline karar verilmiştir. Hüküm alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

HGK.'nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 E. - 1997/776 K. sayılı

kararında da vurgulandığı üzere ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Diğer bir anlatımla, hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. O nedenle, İcra Mahkemesince ilamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez.

Somut olayda; 202.72 TL yargılama gideri, 750,00 TL vekalet ücreti ve 6444,13 TL asıl alacak ve 682 TL diğer alacakların tahsili için ilamlı icra takibi başlatıldığı, icra takibinin dayanağı olan idare mahkemesi ilamında işlemin iptaline karar verildiği, yargılama gideri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımların eda hükmünü içermediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin yargılama gideri ve avukatlık ücreti dışındaki alacağa ilişkin dayanak ilamda eda hükmü bulunmadığı ve likit bir miktarı içermediğinden 6444,13 TL asıl alacak ve 682 TL diğer alacaklar adı altında talep edilen alacak kalemleri yönünden takibin iptali hükmü doğrudur. İlamda yargılama gideri ve avukatlık ücreti hakkında eda hükmü mevcuttur. Diğer yandan idare aleyhine açılan haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar (2577 sayılı İYUK 28/1) kesinleşmeden takibe konulamaz. Bunun dışındaki idare mahkemesinden verilen ilamların kesinleşmeden takibe konulamayacağına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından yargılama gideri ve vekalet ücretinin takibe konulması için ilamın kesinleşmesi gerekmediğinden mahkemece bu alacak (ilamdaki yargılama gideri ve vekalet ücreti) kalemleri yönünden şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken takibin tümden iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Cevap dilekçesiyle zamanaşımı defi bulunulmamışsa zamanaşımı defi davacının açık izniyle yapılabilir.

T.C.
YARGITAY
9. Hukuk Dairesi

ESAS NO **:** 2015/11102
KARAR NO **:** 2017/11164

YARGITAY İLAMI

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı isteminin özeti :

Davacı vekili, davacının evlilik sebebi ile ayrıldığını, 19/12/2012 tarihinde davacının hesabına 5435,78 TL gönderildiğini, sonra davalının ihtarında bu paranın 29,45 TL.'sının Aralık maaşı, 4473,69 TL.sının kıdem tazminatı, 866,15 TL.sının yıllık izin ücreti, 66,49 TL.sının asgari geçim indirimi olduğunun bildirildiğini, davacıya Kasım /2012 maaşı olarak sadece 816 TL. ödendiğini, Aralık ayında çalışmadığı için aralık maaşı bulunmadığını, dolayısı ile davalının 29,45 TL.'sını aralık maaşı olarak yazmasının yanlış olduğunu, 29,45 TL.'nın kasım maaşına mahsup edildiği düşünülür ise Kasım için toplam 845,45 TL. Kasım maaşı ödenmiş olacağını, Eylül /2010 sonuna dek 09:00-21:30 saatleri arası haftada 6 gün çalıştığını, 1,5 saat ara dinlenmesi bulunduğunu, 2010/

Eylül ayından itibaren bu temponun çok yorucu olduğunu işverene davacı belirterek karşılıklı anlaşarak haftada 45 saat çalışmaya başladığını, fazla mesai yaptığı bu tarihlerde aylık net maaşının 1500 TL olduğunu, bir kısım işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek bakiye kıdem tazminatı, bakiye ücret, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti alacaklarını istemiştir.

B) Davalı cevabının özeti :

Davalı vekili, davacının istifası kabul eidlerek tüm alacaklarının ödendiğini, taleplerin zamanaşımına uğradığını, fazla mesai yapmadığını, iddia ve taleplerin yersiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme kararının özeti :

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davacı 10/08/2008 tarihinden itibaren davalı nezdinde çalışmaya başladığını iddia etmiş ise de, SGK ve işveren kayıtlarıyla davacının 13/08/2008 tarihinde çalışmaya başladığı, bu tarihten önceye dayalı çalışmasını ispata yarar delil bulunmadığı anlaşıldığından, davacının 13/08/2008 - 01/12/2012 tarihleri arasında 4 yıl 3 ay 18 gün, en son davacının iddialarını da doğrular nitelikte tanık beyanları ve emsal bildirilen ücretlere göre aylık net 2.300,00 TL ücretle çalıştığı kabul ve kanaatine varıldığı, dosyaya sunulan ihtarname ve ödeme belgelerine göre davacının evlilik nedeniyle işten ayrılması üzerine kendisine, kıdem tazminatı ve bir kısım işçilik alacaklarının ödendiği, 1475 sayılı yasanın 14.maddesine göre çalışan kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde bu nedenle işten ayrılması halinde, kıdem tazminatının işçiye ödenmesi gerektiği, davacının Mahkeme tarafından kabul edilen ücretine göre hesaplanan kıdem tazminatından ,daha önce kıdem tazminatı olarak ödenen miktarın tenzilinden sonra, bakiye kıdem tazminatı ve ödendiği ispat edilemeyen bakiye ücret alacağının bilirkişi raporunda hesaplanan miktarla kabulüne karar verildiği, davalının gönderdiği ihtarnamede 30 gün karşılığı 866,15 TL yıllık izin ücretinin ödendiğinin beyan edildiği, 4857

sayılı Yasa'nın 59.maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçiye kullandırılmayan yıllık izinlere ait ücretin son ücreti üzerinden hesaplanarak ödeneceği hükme bağlandığı, iş akdinin feshinden sonra kullanılmayan yıllık izin ücretinin işveren tarafından işçinin son ücreti üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerektiği, davacının davalı tarafça ödendiği beyan edilen , 30 günlük yıllık izin ücreti için yapılan ödemenin mahsubundan sonra bakiye yıllık izin ücreti alacağının ödenmesine karar vermek gerektiği, dinlenen tanıkların beyanlarıyla davacının haftalık 45 saatlik yasal çalışma süresini aşacak şekilde fazla mesai yaptığı, ancak kişinin sürekli fazla mesai yaparak çalışmasının fiziksel olarak mümkün olmadığı görüşü benimsendiğinden, tanık beyanlarına dayalı olarak hesaplanan fazla mesai ücretinden taktiren %30 hakkaniyet indirimi yapıldığı, dava ve ıslah dilekçesi ile davalının temerrüte düşürülmüş olması gözetilerek davanın kısmen kabulüne karar verildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz :

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe :

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davalı vekili davacı tanıklarından Gamze ve Zeki'nin sadece belli tarih aralıklarında davacı ile birlikte çalıştığını beyan etmektedir. Tanık beyanlarından davalının birden fazla sayıda işyeri olduğu anlaşılmaktadır. Davacı tanığı Gamze'nin davacı ile birlikte belli bir tarih aralığında çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı tanığı Zeki'nin hangi tarih aralığında davacı ile birlikte çalıştığı anlaşılamamaktadır.

Bu nedenlerle davacı tanıklarından Gamze ve Zeki'nin SGK belgeleri getirtilerek ve bu tanıklar yeniden dinlenerek bildikleri dönem itibari ile fazla mesai hesaplanmalı, davacı ile birlikte çalışmamalarına rağmen bildikleri dönem var ise bu dönemi nasıl, ne sebeple bildikleri açıklatılmalı, beyanlarının çelişik olması durumunda davacının ispatlanan asgari çalışma sürelerine göre sonuca gidilmelidir.

3- Dava dilekçesinde davacının fazla mesai yaptığı tarihlerde (Eylül /2010 ayı sonuna kadar) aylık net maaşının 1500 TL. olduğunun belirtilmesine rağmen, fesih tarihi olan Aralık /2012 itibaren belirlenen asgari ücretin 3,416 katı olan ücretin yani bu 3,416 oranının Eylül /2010 ayının ve öncesinin asgari ücreti ile çarpılarak fazla mesaiye esas ücretin bulunması hatalıdır.

4- Taraflar arasında, işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir.

Zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp, istenmesini önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanununda, gerekse Borçlar Kanununda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, eski 818 sayılı Borçlar Kanununun 125 inci maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146 ıncı maddesinde de genel zamanaşımı 10 yıl olarak belirlenmiştir.

Tazminat niteliğinde olmaları nedeni ile sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanununun; 5 inci maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık nedeni ile tazminat, 26/2 maddesindeki maddi ve manevi tazminat, 28 inci maddedeki belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat istekleri on yıllık zamanaşımına tabidir.

Bu noktada, zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet aktinin feshedildiği tarihtir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

İşveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır. İşçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava da tazminat niteliğinde olduğundan on yıllık zaman aşımına tabidir.

4857 sayılı Kanundan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasada ücret alacaklarıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 sayılı İş Kanunun 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacakları ise 818 sayılı Borçlar Kanununun 126/1

maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. 01.06.2012 tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK.'un 147. Maddesi ise ücret gibi dönemsel nitelikte ödenen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağını belirtmiştir.

Kanundaki zamanaşımı süreleri, 6098 Sayılı TBK 148. Maddesi gereğince tarafların iradeleri ile değiştirilemez.

İş sözleşmesi devam ederken kullanılması gereken ve iş sözleşmesinin feshi ile alacak niteliği doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir (HGK. 05.07.2000 gün ve 2000/9-1079 E, 2000/1103 K).

Sözleşmeden doğan alacaklarda, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. (TBK. m. 149(818.BK.128). Türk Borçlar Kanununun 117 inci maddesi uyarınca, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 151 inci maddesinde zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu anda başlayacağı kuralını getirmiştir(818 sayılı BK.128). Aynı yönde düzenleme 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 151 inci maddesinde yer almaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 152. maddesi gereğince, asıl alacak zaman aşımına uğradığında faiz ve diğer ek haklar da zamanaşımına, uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur(818 sayılı BK.131).

Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesi (818 Sayılı BK 133/2) uyarınca, alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 153/4 maddesinde "Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için" zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiştir. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Hizmetçiden kastedilen, kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyle aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir (818 sayılı BK. Mad.132).

6098 Sayılı TBK 154. Maddesinde (818 sayılı BK. 133) zamanaşımını kesen nedenler gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanıması), zamanaşımını kesen nedenlerden biridir. Borcun tanınması, tek yanlı bir irade bildirimi olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Gerçekte de borç ikrarı, ancak, işlemekte olan zamanaşımını keser; farklı anlatımla zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarının kesme yönünden bir sonuç doğurmayacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, dava açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Kanunun 156. maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Madde açıkça düzenlemediğinden ihtiyati tedbir istemi ile mahkemeye başvurma veya işçilik alacaklarının tespiti ve ödenmesi için Bölge Çalışma İş Müfettişliğine şikâyette bulunma zamanaşımını kesen nedenler olarak kabul edilemez. Ancak işverenin, şikâyet üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğünde alacağı ikrar etmesi, zamanaşımını keser.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkâr olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel

Kurulunca benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 155. maddesi hükmü, "Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur." kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser. (818 sayılı BK. Mad.134)

Türk Borçlar Kanununun 160. maddesinde (818 Sayılı BK 139), zamanaşımından feragat düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlu zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir. Zira, burada doğmuş bir defi hakkından feragat söz konusudur ve hukuken geçerlidir. Bu feragat; borçlunun, ileride dava açılması halinde zamanaşımı definde bulunmayacağını karşılıklı olarak yapılan feragat anlaşmasıyla veya tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek iradeye delalet edecek bir işlem yapmasıyla mümkün olabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı definde bulunmamasıyla veya defi geri almasıyla da mümkündür.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Ancak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447 inci maddesi ile sözlü yargılama usulü kaldırılmış, aynı yasanın 316

ve devamı maddeleri gereğince iş davaları için basit yargılama usulü benimsenmiştir.

Sözlü yargılama usulünün uygulandığı dönemde zamanaşımı def'i ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde 319 uncu madde hükmü uyarınca savunmanın değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin verilmesiyle başlayacağından, zamanaşımı defi cevap dilekçesi ile ileri sürülmelidir. 01.10.2011 tarihinden sonraki dönemde ilk oturuma kadar zamanaşımı definin iler sürülmesi ve hatta ilk oturumda sözlü olarak bildirilmesi mümkün değildir.

Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, 1086 sayılı HUMK hükümlerinin uygulandığı dönemde, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defi de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamada, 317/2 ve 319. maddeler uyarınca ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içinde ıslaha konu kısımlar için zamanaşımı definde bulunulabileceği kabul edilmelidir.

Cevap dilekçesinde zamanaşımı defi ileri sürülmemiş ya da süresi içince cevap dilekçesi verilmemişse ilerleyen aşamalarda 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141/2 maddesi uyarınca zamanaşımı defi davacının açık muvafakati ile yapılabilir.

1086 sayılı HUMK yürürlükte iken süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı define davacı taraf süre yönünden hemen ve açıkça karşı çıkmamışsa (suskun kalınmışsa) zamanaşımı defi geçerli sayılmakta iken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı dönemde süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı definin geçerli sayılabilmesi için davacının açıkça muvafakat etmesi gerekir. Başka bir anlatımla 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamalar bakımından süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı define davacı taraf muvafakat etmez ise zamanaşımı defi dikkate alınmaz.

Zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür (Yargıtay HGK. 04.06.2011 gün 2010/ 9-629 E. 2011/ 70. K.).

Somut uyuşmazlıkta, dava tarihi itibari ile zamanaşımı gerçekleşmemiş ise de davalı vekili tarafından ıslaha karşı süresinde ileri sürülen zamanaşımı savunmasının gözetilmemesi hatalıdır.

F) Sonuç :

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22/06/2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Şirket çalışanının ayrıldıktan sonra kendi şirketini kurarak çalışması haksız rekabet teşkil etmez.

T.C.
YARGITAY
11. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2017/354
KARAR NO : 2017/2390

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 11/05/2015 tarih ve 2014/353 - 2015/320 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, bazı noksanlıkların ikmali için dosya mahalline gönderilmişti. Bu noksanlıkların giderilerek dosyanın gönderildiği anlaşılmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Rahime Tezcan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: Davacı vekili, müvekkili ile davalılardan E.C arasında 2008 yılından beri bir ticari ilişki olup, müvekkilinin E.C firmasının telekomünikasyon ve enerji sektöründeki ileri teknoloji sistemlerinin tesisi, bakımı ve ölçüm hizmetlerini sunduğunu, anılan firmanın müvekkilinin tek müşterisi olduğunu, 31/01/2012 tarihinde sözleşmenin davalı E.C tarafından haksız olarak feshedildiğini ve davalının 20 yıldan beri müvekkilinin iş yerinde ve ortaklarının kurmuş olduğu firmalarda personel olarak yetiştirilen Ersan B.'a diğer davalı .E firmasını kurdurduğunu ve müvekkiline verilen işlerin 19/01/2012 tarihinden itibaren bu firmaya verildiğini ayrıca, müvekkilinin eğitilmiş 9 adet personelinin de bu firmaya transfer edildiğini, davalıların eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğini ve müvekkilini maddi-manevi zarara uğrattığını ileri sürerek, haksız rekabetin tespiti, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, şimdilik 20.000,00 TL maddi, 20.000,00 TL manevi ve 20.000,00 TL yoksun kalınan kâr

olmak üzere toplam 60.000,00 TL'nin sözleşmenin feshi tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, müvekkillerinden .E firmasının yetkilisi olan Ersin B.'un davacı ile müvekkili E.C firması arasındaki sözleşmenin sona erdiği 31/12/2011 tarihinde davacı şirketin sigortalı çalışanı olup, müdürlük sıfatının bulunmadığını, bu nedenle rekabet yasağının ihlalinden söz edilemeyeceğini, müvekkili E.C firmasının davacıyla olan iş ilişkisini davacının SWITCH bakım ekibinin faaliyetlerindeki kötü performansı, raporlama eksikliği ve geri dönüşlerde yaşanan sıkıntılar nedeniyle sona erdiğini, davacı ile müvekkili E.C arasındaki sözleşmenin bir yıl süreli olduğunu, sözleşmenin 31/12/2011 tarihinde kendiliğinden sona erdiğini, davacının taraflar arasındaki sözleşmenin 13.2.2 maddesi uyarınca fesih halinde herhangi bir zarar talebinde bulunmayacağını taahhüt ettiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanılan deliller, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacı şirket çalışanı Ersin B.'un şirketten ayrıldıktan sonra davalı .E şirketini kurduğu, bu şirkette çalışmaya başladığı, bir kısım davacı şirket çalışanlarının da davacıdan ayrıldıktan sonra davalı .E firmasında çalışmaya başladığı ancak davacı şirket çalışanlarının davalı şirkete geçmesinin başlı başına haksız rekabet teşkil etmeyeceği, aksinin kabulünün Anayasa'nın 48. m. ile güvence altına alınan çalışma hürriyetinin ihlali anlamına geleceği, davacının, davalı şirkete geçen çalışanlarının ticari sırlarına vakıf olduğunu ve bu ticari sırların davacı şirket aleyhine kullanıldığını, sadece davalılardan E.C firmasına hizmet etmek üzere kurulduğunu iddia etmiş ise de, bu iddialarını ispat edemediği, kural olarak davacı şirket çalışanlarının davalı tarafından ayartılması suretiyle davacı şirkette çalışırken davalı şirket adına faaliyette bulunulması haksız rekabet teşkil edeceğinden işten ayrılan çalışanların davalı şirkete geçmiş olmalarının haksız rekabet teşkil etmeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 3,70 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 25/04/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Çiftçi, traktörüne ilişkin haczedilmezlik itirazında bulunabilir. (**İçtihat değişikliği**)

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/15247
KARAR NO : 2017/7892

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkikinin borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Mustafa Özbek tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlunun, geçimini çiftçilikle sağladığını ileri sürerek traktör üzerine konulan haczin kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; traktörün sermaye ağırlıklı olduğu gerekçesiyle şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Başvuru bu hali ile, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının 4. bendine dayalı haczedilmezlik şikayetidir.

İİK'nun 82/1-4. bendinde; ''Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletlerinin..." haczedilemeyeceği belirtildikten sonra, aynı maddenin, 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasında; ''Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12)

numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır'' hükmüne yer verilmiştir.

Borçlunun bu maddeden yararlanabilmesi için, asıl mesleğinin çiftçilik olması ve bilfiil bu işi yapması gerekir. Anılan maddeye göre, haczedilmemesi gereken taşınır ve taşınmaz mallar ve miktarları tespit edilirken, borçlunun ve ailesinin geçimi için zorunlu olup olmadığı ve tarımsal faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olup olmadığı hususunun göz önünde tutulması gerekmektedir. Traktör de bir ziraat aletidir ve haczi konusunda da belirtilen bu ilke geçerlidir. Bu gün, ülkemizde kara sabanla çiftçilik yapan çok az sayıda insan kalmıştır. Kara saban çağdaş bir tarım aleti olmadığı gibi, hayvanlarla nakil yapılması da çağdaş bir yöntem değildir. Bu itibarla teknolojideki gelişmeler nedeniyle verimliliği, kaliteyi ve kârlılığı arttıran, ekonomik hayata artı değerler kazandıran makineler de çiftçilerimiz için bir ihtiyaçtır. İİK'nun 82. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, ekonomik hayatın sürekliliği, borçların bir an evvel ödenmesi, çiftçinin, kendisinin ve ailesinin sağlık içinde yaşamlarını sürdürebilmesi ve çiftçilik mesleğinin devamı için zorunlu, vazgeçilmez, çağın koşullarına uygun alet, edevat, makine ve benzer vasıtaların makul kıstaslar dahilinde haczedilmezlik kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

İİK'nun 82. maddesine, üçüncü fıkranın eklenmesine ilişkin 6352 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, Dairemizce anılan hüküm gözetilerek içtihat değişikliğine gidilmiş olup, o tarihten itibaren süreklilik arz eden içtihatlarında, traktörün, İİK'nun 82. maddesinin birinci fıkrasının 4. bendi kapsamında çiftçiler için zorunlu nakil ve ziraat aleti olduğunun kabulü ile aynı maddenin üçüncü fıkrası doğrultusunda değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerektiği benimsenmiştir.

Bir traktörün borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçenin haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre

belirlenir. Buradaki "aile" terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar. Mahkemece, şikayetçinin çiftçilik mesleğini devam ettirebilmesi için, bu mesleği icra ettiği arazinin miktar ve vasfı da dikkate alınarak traktöre ihtiyacı olup olmadığı, ihtiyacı varsa, şikayete konu traktörün kıymeti ile borçlunun haline münasip traktörü temin etmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, haczedilen traktörün kıymeti bundan fazla ise satılmasına karar verilmeli ve satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirlenen traktör için gerekli olan miktar borçluya bırakılmalı, kalanı hak sahiplerine ödenmelidir. Bu kıstasları aşan nitelik ve evsaftaki traktör ise, maddede öngörülen amaca aykırıdır. Borçlunun büyük ölçekte tarım arazisine sahip olması, çok sayıda traktöre sahip olmasını gerektirmediği gibi, çok vasıflı ve birden fazla traktöre sahip olması da maddenin amacına aykırıdır.

Somut olayda, 16.11.2015 havale tarihli galerici-bilirkişi raporunda traktörün değeri tespit edilmiş "çiftçilik yapması için söz konusu traktörün işini görür durumda olduğu" rapor edilmiş ise de; anılan rapor, yukarıda açıklanan ilkelere uygun bulunmadığından hüküm kurmaya elverişli değildir.

Ayrıca, borçlunun asıl mesleğinin çiftçilik olup olmadığı mahkemece yeterince araştırılmadığı gibi, trafik kaydı üzerine haciz konulan ve fiili haciz işlemi de gerçekleştirilen traktörün kaydında, rehin işlemi olup olmadığının görülebilmesi amacıyla, takyidatlı trafik kaydının da istenmediği anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece; yukarı belirtilen ilkeler ışığında gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra, borçlunun ve ailesinin geçimini sağlaması için yeterli arazi miktarı ile arazi üzerinde yetiştirilebilen ürün de dikkate alınarak, borçlunun, İİK.'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 4. ve 7. bentleri kapsamında faaliyetlerini sürdürebilmesi için traktöre ihtiyacı olup olmadığı, ihtiyacı varsa şikayete konu traktörün kıymeti ve borçlunun haline münasip traktörü alabilmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, traktörün kıymeti, borçlunun haline münasip

traktörün bedelinden fazla ise satılmasına, satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirlenen traktörü alabilmesi için gerekli olan paranın borçluya bırakılmasına, kalanın hak sahiplerine ödenmesine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Takipte borçlu bulunmayan üçüncü kişi taşınmazına konulan haczin kaldırılmasını isteyebilir.

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/29220
KARAR NO : 2017/3961

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki şikayetçi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Meltem Duyan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Şikayetçi 3. kişinin icra mahkemesine başvurarak, borçlunun borcundan dolayı şikayetçi adına kayıtlı taşınmazların tapu kayıtlarına konulan hacizlerin kaldırılmasını talep ettiği, mahkemece istemin reddine karar verildiği görülmektedir.

Somut olayda; borçlu şirket ile şikayetçi arasında düzenlenen Bursa 11. Noterliği'nin 04.07.2013 tarih ve 9..7 yevmiye nolu "Düzenleme Şeklinde Toplantı Tutanağı ve 04.07.2013 tarihli sözleşme" ile borçlu K. Lojistik Kargo.....Ltd. Şti ile şikayetçi arasında düzenlenen Sözleşmeye dayalı olarak, şikayetçinin Bursa İli Yıldırım İlçesi M. Mahallesi 7..1 ada 2 parselde M1 Kentsel Dönüşüm projesi kapsamında yapılmış ve yapılacak inşaatlardan dolayı müteahhit payı olan %54 oranındaki inşaat payı gereğince borçlu adına tescil olunacak taşınmazların tapu kaydına 11.05.2015 tarihinde haciz konulduğu anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 07.04.2004 tarih ve 2004/12-210 E., 2004/208 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, taşınmazın borçlunun borcu nedeniyle haczedilebilmesi için haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olması zorunludur. Takipte borçlu sıfatı bulunmayan üçüncü kişinin, mülkiyeti kendisine ait taşınmaza konulan haczin kaldırılmasını icra mahkemesinden şikayet yolu ile isteme hakkı vardır.

O halde mahkemece, şikayetin kabulü ile haciz tarihinde şikayetçi adına kayıtlı olan taşınmazlardaki hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, **16/03/2017** gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
E.UZUNER	F.ALTINOK	A.TUNCAL	Dr.Ş.KELEŞ	G.HEYBET

Bilgi : Bu konuda aksi yönde 21.01.2015, 2013/12-1359 E. - 2015/780 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı da bulunmaktadır.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Tebliğ işleminin usulsüzlüğü iddiası şikayet niteliğinde olup mahkemece re'sen nazara alınamaz.

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/30631
KARAR NO : 2017/9481

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkikinin alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Armağan Keskin Sarıbaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Borçlu tarafından icra mahkemesine yapılan başvuruda, sair fesih nedenleri ile birlikte kıymet takdirine ilişkin raporun usülüne uygun tebliğ edilmediği ileri sürülerek ihalenin feshinin talep edildiği, mahkemece, kıymet takdirine ilişkin raporun şikayetçi borçluya usulsüz tebliğ edilmesi nedeni ile şikayetin kabulü ile ihalenin feshine karar verildiği görülmektedir.

Satışa hazırlık işlemlerinden kaynaklanan nedenlerle ihalenin feshi isteminde bulunulabilmesi için usulsüz olduğu ileri sürülen hususun ihaleden önce şikayetçi tarafından öğrenilmemiş olması, öğrenilmiş ise İİK. nun 16/1. maddesinde öngörülen yasal yedi günlük sürede icra mahkemesi nezdinde şikayet konusu yapılmış olması gerekir. Şikayetçi, fesih nedeni olarak ileri sürdüğü ihaleye hazırlık dönemine ilişkin bir

durumu yasal sürede icra mahkemesine şikayet yoluyla ileri sürmez ise daha sonra aynı nedene dayalı olarak ihalenin feshini isteyemez. Satışa hazırlık işlemlerine yönelik şikayet üzerine mahkemece verilecek kararlar kesin olmakla beraber, süresinde şikayet hakkının kullanıldığı hallerde icra mahkemesi kararının, ihalenin feshi aşamasında incelenmesi mümkündür. Ancak, yasanın öngördüğü bu olanağı kullanmayanlar, aynı şikayet nedenleri ile ihalenin feshini talep edemezler.

Öte yandan, tebliğ işleminin usulsüzlüğü iddiası "şikayet" niteliğinde olup, İİK'nun 16/l. maddesi gereğince yedi günlük süreye tâbi olup ileri sürülmediği takdirde mahkemece resen nazara alınamaz.

Somut olayda, borçlunun ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine sunduğu dilekçede satış ilanı tebliğ işleminin usulsüzlüğüne yönelik bir iddiada bulunmadığı görülmektedir.

Kaldı ki, borçlu adına çıkarılan kıymet takdiri raporuna ilişkin tebligatın 11.03.2014 günü Tebligat Kanunu'nun 16.maddesi uyarınca usulüne uygun şekilde yapıldığı, satış ilanına ilişkin tebligatın ise 03.04.2015 tarihinde bizzat borçluya tebliğ edildiği ve mahkemenin gerekçesinde de belirttiği üzere usulüne uygun olduğu, bu durumda kıymet takdirine ilişkin tebligat da usulüne uygun olup, usulsüz dahi olsa borçlunun satış ilanı tebliği ile kıymet takdirine de muttali olduğu kabul edilmelidir.

O halde mahkemece, başkaca fesih nedeni de olmadığından şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile şikayetin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, **15/06/2017** gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: İcra dosyasına ilişkin verilmeyen ihtiyati tedbir kararları icrai satışı engelleyemez.

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

ESAS NO **:** 2016/12972
KARAR NO **:** 2017/5003

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Meltem Duyan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklının şikayet yoluyla icra mahkemesine yaptığı başvuruda borçluya ait gayrimenkulun satışının yapıldığını ve ihalenin kesinleştiğini, ihale bedelinin icra dairesine ödenmesinin akabinde sıra cetveli oluşturulması ve haciz alacaklılarına tebliğe çıkarılmasına ilişkin talepte bulunduklarını, icra müdürlüğünce taleplerinin reddedildiğini belirterek, hukuka ve yasaya aykırı olan 31/07/2015 tarihli müdürlük kararının kaldırılmasına karar verilmesini talep ettiği, mahkemece, gayrımenkulün tapu kaydında İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi'nin 05/02/2014 tarih, 2013/1..5 Esas sayılı tedbir kararı olduğu gerekçesi ile şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda, şikayet konusu İstanbul İli, Ş. İlçesi, F.Y. Mah., G. yolu, No:27 245DY 1-a pafta, 1...4 ada, 23 parselde kayıtlı taşınmazın tapu kaydına birden çok mahkemece ihtiyaten tedbir şerhinin işlenmesine karar verildiği görülmektedir. Sözü edilen dava dosyalarının davalılarından olan Erdener K. şikayet konusu takip dosyasının borçlusudur. Tapu kaydına şerhedilen tedbir kararları taşınmazın üçüncü kişilere "rızaen devir ve temlikinin önlenmesine" yöneliktir. Karar, cebri icra yolu ile satışı engelleyecek ve icra dosyasındaki takibi durduracak nitelikte olmadığı gibi, tedbir kararında ve dava dosyasında takip alacaklısı veya ihale alıcısı taraf da değildir. İcra dosya numarası belirtilmek suretiyle paranın ödenmemesi sonucunu doğuracak şekilde verilmiş bir tedbir söz konusu değildir. Taşınmazın rızai devrini engellemek amacıyla konulan ve icra dosyasından söz edilmeyen tedbir kararları, cebri icra sonunda yapılacak satışı durdurmayacağı gibi paranın alacaklıya ödenmesine de engel teşkil etmez.

O halde mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin reddi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, **30.03.2017** gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Haciz müzekkeresinde alacaklının sehven yanlış yazılmış olması hacizlerin kaldırılmasına neden olur.

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2017/3576
KARAR NO : 2017/9344

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

Y A R G I T A Y İ L A M I

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 13.02.2017 tarih, 2016/10474 E. - 2017/1787 K. sayılı Daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkikinin davalı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Neşe Yüksel tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Düzeltilmesi istenen Yargıtay ilamıyla bunda atıf yapılan mahkeme kararında yazılı gerekçeler ve dosyada mevcut belgeler karşısında karar düzeltme isteği yerinde görülmediği gibi HUMK.nun 440. maddesinde yazılı dört halden hiç birine de uymadığından İİK.nun 366. ve HUMK. nun 442. maddeleri uyarınca **(REDDİNE),** takdiren 275,00 TL para cezasının karar düzeltme isteyenden alınmasına, 65,40 TL karar düzeltme harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın karar düzeltme isteyenden tahsiline, **15.06.2017** gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Üye Dr. Ş. Keleş'in Karşı Oy Yazısı:

Alacaklı Halil İbrahim Ö. tarafından borçlu Vedat D. hakkında başlattığı kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibin kesinleşmesinden sonra alacaklının 26.01.2016 tarihli talebi üzerine borçlunun adına kayıtlı veya murisinden intikal edecek taşınmazlarına haciz konulması için 26.01.2016 tarihinde tapu sicil müdürlüğüne müzekkereler yazıldığı, bu müzekkerelerin incelenmesinde icra dosya numarasının doğru olarak Niğde 2. İcra Müdürlüğü'nün 2016/2.13 Esas nosunun yazıldığı, aynı vekilde borçlu isminin Vedat D. olarak belirtildiği ancak müzekkerede alacaklı kısmına alacaklı Halil İbrahim Ö. yerine maddi hata sonucunda F.....bank A.Ş olarak yazıldığı haciz müzekkerelerinin tapuda borçluya ait veya borçluya intikal eden taşınmazın tapu sicil kayıtlarına işlendiği görülmektedir.

Ayrıca taşınmaz hacizleri ile ilgili 103 Davet kağıdında alacaklı ve borçlu isimlerinin doğru olarak gösterilip borçluya 10.02.2016 tarihinde tebliğ edildiği, borçlunun hacze kesin bir itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Şu hale göre alacaklının borçlu hakkında takip yaptığı Niğde 2. İcra Müdürlüğü'nün 2016/2.3 Esas sayılı dosyasından bu dosya numarası da yazılmak sureti ile taşınmaz haczinin yapıldığı şüphesiz olup, haciz müzekkeresinde alacaklı isminin sehven yanlış yazılmış olmasının sonuca etkisi yoktur. Mahkemece, borçlunun haciz müzekkeresinin üzerinde alacaklı isminin yanlış yazılması gerekçesi ile hacizlerin kaldırılması isteminin reddi gerekirken, müzekkerede sehven ismi yazılan "F.....bank" lehine haciz konulduğunun kabulü ile hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsiz olup kararın bu gerekçe ile bozulması gerekirken onanması yönündeki Dairemizin sayın çoğunluğunun görüşüne katılmıyorum. 15/06/2017
Üye
Dr. Ş. KELEŞ

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Şirket ortağının azline dayalı vekalet ücretinin tahsili davasında asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

T.C.
YARGITAY
13. Hukuk Dairesi

ESAS NO **:** 2016/14262
KARAR NO **:** 2017/6764

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin usulden reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile yapılan ücret sözleşmesi gereğince avukatlığını yaptığını, davalarını takip ettiğini ancak haksız olarak azledildiğini ve vekalet ücretinin ödenmediğini ileri sürerek, fazla hakları saklı kalarak 20.000 TL. vekalet ücretinin avans faizi ile ödetilmesini istemiştir.
Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Mahkemenin görevsizliğine, dava dilekçesinin usulden reddine, davalının holding ortağı (hissedarı) olması nedeniyle tacir niteliğini taşıdığından dava dosyasının görevli yetkili İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesine HMK 20. maddesi şartları dahilinde gönderilmesine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Davacı, davalının avukatı olarak hizmet verdiğini ancak haksız olarak azledildiğini ileri sürerek, vekalet ücretinin ödetilmesi isteği ile eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, davacı ve davalının tacir sıfatları

nedeni ile görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğuna karar verilmiştir.

Avukatlığın mahiyeti başlıklı avukatlık kanununun 1. Maddesinde, Avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu açıklandıktan sonra, avukatlıkla birleşmeyen işler başlıklı 11. maddesinde "Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmıyan her türlü iş avukatlıkla birleşemez" düzenlemesi getirilmiştir. O halde davalının şirket ortağı olarak mahkemece tacir olduğu kabul edilse bile, davacı avukat tacir olmadığı gibi, işin ticari nitelikte olmadığından avukatlık hizmetinin ticari iş olarak kabulü mümkün değildir. Ayrıca dava konusu ihtilaf, TTK'da yer alan mutlak ticari davalardan da değildir. Bu itibarla davanın görülmesi gereken mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Açıklanan nedenle görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olarak kabulü gerekirken, yanlış değerlendirme ile Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre, tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın **BOZULMASINA,** 2. bent gereğince tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 29,20 TL harcın istek halinde taraflara iadesine, HUMK'nun 440/III-3 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 01/06/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Gerçek kişinin azline dayalı vekalet ücretinin tahsili davasında tüketici mahkemesi görevlidir.

T.C.
YARGITAY
13. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2017/6309
KARAR NO : 2017/7810

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın usulden reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile davalının oğlunun trafik kazası geçirmesi nedeniyle uğramış olduğu maddi manevi zararların tazmini için dava açılması hususunda anlaştığını, alınacak tazminatın % 12'si, dava açılmadan sigorta şirketi ile anlaşılması halinde alınacak ücretin % 10'unun alınacağı hususunda anlaşıldığını, Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2015/7.8 sayılı dosyası ile dava açıldığını, tazminat davasından önce sulh hukuk mahkemesinde vesayet davası açıldığını ve vasilik kararı alındığını, dava açılıp işlemlere başladığını, sigorta ile sulh görüşmeleri yapıldığını, davalının başka bir avukatla anlaşarak kendisini haksız olarak azlettiğini, haksız azil sebebiyle sözleşmede kararlaştırılan ücretin tamamına, dava sonunda alınacak karşı vekalet ücretini de hak kazandığını belirterek haksız azil sebebiyle şimdilik 1.000,00 TL'nin yasal faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece ilk olarak "....her ne kadar davacı, davalı ile aralarındaki vekalet ilişkisi nedeni ile haksız olarak azledildiğinden bahisle tazminat ödenmesine karar verilmesini talep etmiş ve dava belirsiz alacak davası olarak açılmış ise de, davanın belirsiz alacak veya kısmi dava olarak açılabileceğinin kabulü halinde dahi dava konusu edilen miktarın 6502 Sayılı Kanun'un 68. maddesinde gösterilen hakem heyetine zorunlu başvuru sınırının üstünde olması gerektiği, ancak dava dilekçesinde talep edilen miktarın dava tarihi itibari ile hakem heyetine zorunlu başvuru sınırının altında kaldığı ve değeri 3.480,00 TL'nin altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılmadan tüketici mahkemesi nezdinde dava açılamayacağı, hakem heyetine müracaatın dava şartı olduğu kanaatine varıldığından davacı tarafından açılan davanın HMK'nun 114/1-h,2 maddesi delaletiyle HMK'nun 115/2 maddesi gereğince dava şartı yokluğundan reddine..." gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiş, hükmün süresi içerisinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dairemizin 03/11/2016 tarih, 2016/9439 Esas, 2016/20193 Karar sayılı kararıyla mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ve ilk celsede bu kez de mahkemenin görevsiz olduğu anlaşılmakla dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine, hükmün kesinleşmesi ve talep halinde dosyanın Ankara Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş, hüküm süresi içerisinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesine göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici işlemi;mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.

6502 sayılı yasanın 73. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür.

Bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemden kaynaklanan uyuşmazlığı tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Eldeki davada davacı, haksız azledildiğini ileri sürerek vekalet ücretinin tahsili amacıyla eldeki davayı açmıştır. Somut uyuşmazlıkta davacının vermiş olduğu hizmet mesleki ve ticari amaçlı olup, davalı ise tüketici vasfındadır. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kalmakta olup, davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Hal böyle olunca; mahkemece, davanın esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 21/06/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Islah yoluyla dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması mümkün değildir.

T.C.
YARGITAY
13. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/16658
KARAR NO : 2017/2065

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı DSİ Genel Müdürlüğü'nün 6200 Sayılı yasanın kendisine verdiği yetkiye dayanarak yasaya uygun şekilde kurulmuş olan Sulama Kooperatifleri Sulama Sahasına, belli plan ve proje dahilinde derin sulama kuyuları açtığını motopomp- baraka elektrik - tesisleri - trafo monte ederek çalışır vaziyette kooperatiflere devir sözleşmesi ile devrettiğini, devir sözleşmesi ile pompaj tesislerinin intifa hakkının kooperatife geçtiğini, devredilen pompaj tesislerinin mülkiyetinin ise bedelleri tamamen ödeninceye kadar idarenin uhdesinde kaldığını, ön sözleşmede devir öncesi yapılacak iş ve esasları ile birlikte tahmini bedellerin belirlendiğini, davacı idare ile sınırlı sorumlu Konya - Akşehir Ü. sulama kooperatifi arasında ön sözleşme imzalandığını, bu ön sözleşmeye istinaden 5...9- 5...0- 5...1 numaralı kuyuların açıldığını motopomp ve malzemelerin yerleştirildiğini, elektrik tesislerinin kurulduğunu ve devre hazır hale getirildiğini, davalıya devir sözleşmesi imzalaması için davacının Isparta D.S.İ 18. Bölge Müdürlüğünce 18/08/2010 tarih ve 0....1

sayı ile Isparta 6. Noterliğince ihtarname gönderildiğini, ancak davalı tarafın bugüne kadar devir sözleşmesini imzalamadığını belirtmiş, devir sözleşmesinin davalı tarafça imzalanmaması nedeniyle açılan kuyu, motopomp ve malzemeleri ile elektrik tesislerinin toplam kati bedeli tutarı olan 285.965,00 TL'nin ihtarname tarihi olan 18/08/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsil edilmesini istemiş, 19/02/2015 tarihli celsede taleplerinin ön sözleşmenin feshi değil ön sözleşmeye uygun olarak asıl sözleşmesinin mahkeme kanalı ile kurulmasını talep etmiştir.

Davalı, süresi içerisinde herhangi bir cevap vermemiştir.

Yargılama sırasında davacı vekili asıl talebinin asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik olduğunu bildirmiş mahkeme, esas sözleşmenin kurulmasına yönelik davacının talebini kabulüne yönelik karar vermiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- 6100 sayılı HMK'nun "Taleple bağlılık ilkesi" başlıklı 26. maddesinde (1086 sayılı HUMK'nun 74. maddesi), "Hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez." denilmektedir.

HMK'nun 176. (HUMK 83.) ve devam maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya istem sonucunun değiştirebilmesi imkanı sağlamaktadır. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Bu hale göre yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir talepte bulunma olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Islahta dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması mümkün değildir.

Somut olayda, dava alacak talebi ile açılmış olup davacının dava dilekçesinde asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik talebi olmadığından ıslah ile dava konusu olmayan bir talebin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Kaldı ki usulüne uygun bir ıslahta yoktur. Açıklanan nedenlerle yazılı şekilde dava dilekçesi ile talep edilmeyen asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik talebin kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece, yukarıda belirtildiği şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2- Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Satış vaadi sözleşmesine dayalı tescil davasında pay tescil edildiğinde önalım hakkı kullanılabilir.

T.C.
YARGITAY
14. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/9700
KARAR NO : 2017/5230

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki önalım hakkından kaynaklanan tapu iptali ve tescil davasından dolayı mahal mahkemesinden verilen yukarıda gün ve sayısı yazılı hükmün; Dairemizin 01.03.2016 gün ve 2015/15936 Esas - 2016/2539 Karar sayılı ilamı ile bozulmasına karar verilmişti. Süresi içinde davalı vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla, dosya içerisindeki bütün evrak incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı, paydaşı olduğu 2679 parsel sayılı taşınmazın dava dışı önceki paydaşı ile davalı arasındaki satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan dava ile dava konusu payın davalı adına hükmen tescil edildiğini, diğer payları da satış yoluyla edindiğini, bildirim yapılmadığını ileri sürerek, önalım nedeniyle payın adına tescilini istemiştir.

Davalı, hak düşürücü sürenin geçtiğini, fiili taksim bulunduğunu, bir kısım payları takas ile edindiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, hak düşürücü süre geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, önalım hakkı nedeniyle tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmazdaki payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara, satılan bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak, paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve pay satışı yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir.

Ayni hakların doğumu için tescil zorunludur. Yenilik doğurucu bir mahiyeti bulunan tescil yapılmadıkça ayni hak, tasarruf edilebilir nitelik taşımayacağı gibi aleniyet de kazanamaz.

TMK'nın 705/1 maddesi gereğince "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur."

TMK'nın 705/2 maddesi gereğince de; miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır."

TMK'nın 1022/2 maddesinde tescilin etkisinin yevmiye defterine kayıt tarihinde başlayacağı açıklanmıştır. Bu şekilde mülkiyet hakkı tescil edilmesi halinde aleniyet kazanarak herkese karşı ileri sürülebilir bir duruma gelir.

"…Hemen belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku'nda, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için prensip olarak tescil şart kılınmıştır. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 705. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescil ile olur.

Öte yandan, Türk Hukukunda tescil ilkesi mutlak değildir. Bazı hukuki sebeplerin varlığı halinde tescil yapılmadan önce de taşınmaz mülkiyeti devredilmiş ve kazanılmış olur. Ancak, tescil prensibinin is-

tisnasından söz edebilmek için bu istisnanın mutlaka kanun tarafından öngörülmüş olması gerekir. Taşınmaz mülkiyetinin tescile dayanmayan kazanımı hallerinin neler olduğu, TMK'nın 705/2 maddesi ile aynı Kanunun 54, 105 ve 599 maddelerinde, kısmen de mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesinde gösterilmiştir. TMK'nın 705/2. maddesi gereğince; "Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır."

Türk Medeni Kanununun 705/1 maddesi gereğince miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hallerinde mülkiyet, tescilden önce kazanılır. Bu durumda taşınmaz, tescil ya da şerh edilmiş olan bütün yükleriyle birlikte yeni malike geçer. İyiniyetli olması şartıyla tescilsiz kazanımda bulunan kişiye karşı, kütükten anlaşılmayan bir hak ileri sürülemez, yani TMK m.1023 hükmü bu kişi hakkında da uygulanır. Mülkiyeti tescilsiz olarak kazanan kişi, tescilden önce de bir malikin sahip olduğu bütün hak ve yetkilerden yararlanır fakat bu hak ve yetkiler mülkiyet hakkı tapuya tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, çünkü henüz açıklık kazanmış değillerdir. Bu sebepledir ki bu kişinin, tescilsiz kazanmış olduğu mülkiyet hakkını vakit geçirmeden hemen tescil ettirmesinde büyük yarar vardır. Sonradan yapılan tescilin sadece bildirici mahiyeti vardır (Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.121-122).

Bununla birlikte, tescile dayanmayan kazanımlarda tescil yapılmadığı sürece tasarruf işlemleri yapılamaz, çünkü taşınmazı tescilsiz iktisap eden kişi, tapu kütüğünde malik olarak gözükmemektedir.

Nitekim bu husus Türk Medeni Kanununun 705/2 maddesinde "ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" şeklinde ifade edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, 2679 parsel sayılı taşınmazdaki çekişme konusu payın mülkiyeti 02.11.2011 günü kesinleşen Gaziosmanpaşa 1. Asliye

Hukuk Mahkemesinin 2009/5.6 Esas, 2010/5.3 Karar sayılı ilamı ile kazanılmıştır. Anılan hükmün infazı ise 12.12.2011 tarihinde yapılarak pay davalı adına tescil edilmiştir.

Davaya konu olayda davalı, davacının taraf olmadığı bir hüküm ile dava konusu taşınmazda bir pay edinmiştir. Davalı, hükmün kesinleştiği tarihte mülkiyet hakkını kazanmış ise de bu pay üzerindeki tasarruf hakkını tescil ile elde etmiştir. Mülkiyet hakkını tescilden önce kazanan tarafın tasarruf hakkını ancak tescil ile elde edebildiği durumda davacının taraf olmadığı kararın kesinleştiğini bilmesi ve bu duruma göre önalım hakkını kullanılmasının beklenilmesi TMK'nın 1020. maddesinde düzenlenen "Tapu sicilinin açıklığı" ilkesine de aykırıdır. Kaldı ki, tescile ilişkin kararlar ifaya mahkumiyet hükmü içermeyip, yenilik doğurucu bir niteliği bulunması nedeniyle tescil hakkı kazanan tarafından her zaman infaz ettirilebilir. Bu durumda TMK'nın 733/son maddesinde önalım için belirlenen sürelerin dolmasından sonra hükmün infazının yapılması hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.

Ayrıca, TMK'nın 732. maddesi gereğince önalım hakkı payın satılması ile kullanılabilen bir hak olup bu hakkın kullanılabilmesi için satış sözleşmesinin kurulması yeterli değildir. Satış, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmesi ile geçerlilik ve aleniyet kazanır. Davacı, dava konusu payın davalı adına tescil edildiği 12.12.2011 tarihinden sonra 11.12.2013 günü bu davayı açtığından TMK'nın 733/son maddesinde açıklanan iki yıllık hak düşürücü süre geçmiş değildir.

Mahkemece, belirtilen hususlar gözetilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Bozma ilamı yazılırken maddi hata yapıldığı anlaşıldığından, dosyayla ilgisi olmayan 17. paragrafında yer alan "Somut olayda; davacı İ. Bankası vekilince borçlular dava dışı Ö.A. Hayvancılık Gıda Maddeleri Tarım Ürünleri Zirai Aletler San ve Tic Ltd. Şti. ve Ü.S. hakkında başlatılan ve İzmir 8. İcra Müdürlüğü'nün 2007/3..5 E sayılı dosyasında yü-

rütülen icra takibinde; Akhisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2007/3.6 talimat dosyası üzerinden 7.5 parselde kayıtlı borçlulardan Ü.S.'ın 8000/12200 hissesinin ihale yoluyla satışının istenildiği; 14.05.2009 tarihinde yapılan cebri ihalede söz konu taşınmaz hissesinin 13.400 TL bedelle alacaklı İ. A.Ş.'ye ihale edildiği, ihalenin 04.09.2009 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır." bölümünün çıkarılarak yukarıdaki sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle Dairemizin 01.03.2016 tarih, 2015/15936 Esas, 2016/2539 Karar sayılı bozma ilamının **KALDIRILMASINA,** hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 19.06.2017 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

-KARŞI OY YAZISI-

Uyuşmazlık; cebri tescil davası sonucu iktisap edilen pay hakkında kullanılan önalım hakkı bakımından, TMK'nin 733/son maddesinde öngörülen hak düşürücü sürenin başlangıç tarihinin, tescil ilamının kesinleşme tarihi mi, yoksa anılan ilamın tapuya tescil tarihi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki; 4721 Sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Medeni Kanununda önalım (şuf'a) hakkı, 658 ve 659. maddelerinde düzenlenmiş ve 658. maddenin son fıkrasında "şefiin satıma ıtttılaı gününden itibaren bir ay ve herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren on sene geçmekle şuf'a hakkı sâkıt olur" hükmüyle 1 ay ve 10 yıllık hak düşürücü süreler öngörülmüş, 26.12.1951 günlü ve 1/6 sayılı "Medeni Yasanın 658. maddesinin son fıkrasındaki bir aylık süre gibi, on yıllık sürenin de yasal önalıma uygulanması gerekir. On yıllık süre, önalımlının (meşfuun) satış gününden başlar. Bu sürenin başlangıcı, payın satış tarihidir" biçimindeki İçtihadı Birleştirme Kararı ile anılan hak düşürücü sürelerin yasal önalım hakkının kullanılmasında da uygulanacağı ve azami hak düşürücü sürenin başlangıcının payın satış tarihi olduğu kabul edilmiş ve bu şekilde uygulama yapılırken 01.01.2002 ta-

rihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda da, yasal önalım hakkıyla ilgili hükümlere 732, 733 ve 734. maddelerinde yer verilerek, 733. maddenin son fıkrasında "önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer" hükmüyle hak düşürücü süreler ile başlangıçları belirlenmiştir.

Öte yandan; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 705/1 maddesinde taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılacağı vurgulandıktan sonra anılan maddenin 2. fıkrasında tescilsiz iktisap halleri ve malikin tasarruf hakkı ile ilgili "miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır" şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Anılan yasal düzenlemeler doğrultusunda Yargıtayın istikrar kazanan emsal içtihatları da; "önalım hakkının, payın üçüncü kişiye satılması halinde kullanılabileceği, mülga 743 Sayılı Kanun ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda öngörülen azami (mülga 743 Sayılı Yasada 10 yıl, halen yürürlükte olan 4721 Sayılı Yasada 2 yıl) hak düşürücü sürenin satış tarihinden başlayacağı; satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak açılan tescil davası sonucu pay iktisabının da bir nevi satış olup, mahkeme ilamının satış akdi yerini aldığı; tescil ilamının kesinleşmesi ile mülkiyet hakkı iktisap edildiğinden şuf'a hakkının bu tarihte doğduğu ve azami hak düşürücü sürenin başlangıcının tescil ilamının kesinleşme tarihi olduğu" yönündedir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun; "Satışa ıttıla satış vaadi değil, tescile dair ilamın kesinleşmesi tarihidir. (06.05.1979-672/477)", "Yasada sürenin ay olarak belirtilmesi halinde bunun hesabında başlangıç ve bitimine ilişkin düzenleme usulün 161/2. maddesi hükmüdür. Şuf'adaki sürelerde buna göre hesaplanmalıdır. (05.12.1990-544/612)"; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin; "Tapu sicil muhafızlığının cevabı yazısında satış aktinin 26.05.1959 tarihinde yapıldığı ve resmi satış senedinin ilgililerden biribinin ikametgahında tanzim edildiği kütüğe tescil ise 27.07.1959 tarihinde edildiği yazılıdır.

Şuf'a hakkı, tapu sicil muhafızı huzurunda resmi satış aktinin yapıldığı tarihte doğar.(20.02.1962-57/1476)", "Mahkeme ilamı ile tesciline karar verilen gayrımenkul hissesi hakkında tapuda tesciline lüzum olmadan şuf'a cereyan eder. Tescil kararının kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde dava açılmadığı anlaşıldığından reddi gerekir. (10.07.1962-3628/4814)", "Tapulama Mahkemesi kararı kesinleştikten sonra 1 ay içinde şuf'a davasının açılması lazımdır.(15.05.1965-1610/2202)", "Medeni Kanunun 633. maddesine göre ayni hak mahkeme ilamıyla intikal etmiş olduğu cihetle şuf'a hakkı tescil istemi ile doğar. Bu itibarla tapuya yapılan tescil hak düşürücü sürenin başlangıcı değildir. (30.05.1972-1484/2110)", "Satış vaadi sözleşmesi sonucu açılan tescil davası ile pay iktisabı da bir nevi satıştır. Mahkeme ilamı satış akdi yerini almaktadır. Tescile ilişkin kararın kesinleşme tarihine göre dava süresi dikkate alınır. (15.01.1986-11822/32)", "Davalı şuf'alı payı kesinleşen cebri tescil davası sonucu iktisap etmiştir. Mülkiyet hakkı cebri tescil ilamının kesinleşmesi tarihinde davalıya geçtiğinden şuf'a hakkı bu tarihten itibaren doğmuştur. (17.12.1986-12701/14545)", "Davalı payı mahkeme ilamı ile iktisap ettiğinden, hükme göre tapuda tescil yapılmasından evvel malik olmuştur. Bu tarihten itibaren intikalin öğrenildiği günü takiben bir ay ve her halde intikalden itibaren engeç on sene içerisinde şuf'a hakkını kullanılması gerekir. (21.04.1993-4653/4852)", "Şuf'alı pay cebri tescil davası sonucu iktisap edilmiştir. Mülkiyet hakkının kazanılması için tapuya tescil zorunluluğu yoktur. Dava tescil ilamının kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde açıldığına göre süresindedir. (07.07.1994-7426/7710)", "Dava cebri tescil davasının kesinleşmesinden sonra ve bir aylık hak düşürücü sürenin geçirilmesinden sonra açıldığı anlaşıldığından reddi gerekir.(06.06.1995-5559/5754)", "Müşterek pay satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak açılan dava sonucunda edinilmişse buna ilişkin kararın kesinleştiğinin öğrenilmesi tarihi bir aylık hak düşürücü sürenin başladığı tarihtir. (15.03.1999-2282/2226)" şeklinde somut olaya emsal içtihatları mevcuttur.) (Kaynak:Müslim Tunaboylu/Önalım (Şuf'a) Davaları/ Genişletilmiş 5. Baskı/ 225 ilâ 284. sayfalar)

Yine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 13.03.2007 tarih ve 395-2647 sayılı ilamında açıkça "...davalı tarafından açılan tapu iptali ve tescili da-

vası sonucu ... payların davalı adına tesciline karar verilmiş, 26.2.2004 tarihinde kesinleşen karar tapuda 13.4.2004 tarihinde infaz edilmiştir. Dava ise 7.4.2006 tarihinde açılmıştır. Dava konusu edilen pay mahkeme kararı ile kazanılmış ise mahkeme kararının kesinleşmesi ile önalım hakkının kullanılması için hak düşürücü süre işlemeye başlar. Zira Medeni Kanun'un 705/2. maddesi hükmü uyarınca mahkeme kararının kesinleşmesiyle tescile gerek olmaksızın mülkiyet kazanılmış sayılır. Davanın açıldığı tarihte hükmün kesinleştiği tarih itibariyle yukarda açıklandığı üzere iki yıllık hak düşürücü süre geçirilmiş olduğundan mahkemece süre yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." şeklinde hükmen tescil ile edinilen pay bakımından önalım hakkına ilişkin hak düşürücü sürenin başlangıcının tescil ilamının kesinleştiği tarih olduğu vurgulanmıştır.

Diğer taraftan; ihtiyari ihaleyle yapılan satışlara ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.03.2013 tarih ve 2012/6-855 Esas, 2013/376 Karar sayılı ilamında da "...direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 2286 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince satılan paya karşı önalım hakkının kullanılıp kullanılamayacağı; burada varılacak sonuca göre davacının talebinin kabul edilip edilmeyeceği noktalarında toplanmaktadır. İşin esasına geçilmeden önce, ihtiyari açık artırma ile davalıya satılan önalım hakkına konu payın henüz davalı adına tapuda intikal görmemiş olması karşısında önalım davasının açılıp açılamayacağı hususu önsorun olarak tartışılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)nun 732. maddesinde, "Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler" aynı Kanun'un 734. maddesinde ise, "Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hakim tarafından belirlenen süre içinde hakimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür" denilmiştir. Görüldüğü üzere "Önalım hakkı"nı düzenleyen ilgili maddelerde hep 'satış'tan bahsedilmekte, önalım hakkının payın satışı ile doğacağı vurgulanmaktadır. Öteki deyişle, önalım hakkının kullanılabilmesi için satış sözleşmesinin geçerli olarak kurul-

ması yeterli olup payın davalı adına tapuda tescilini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Nitekim YHGK'nun 06.02.1957 gün ve 1957/6-1-6 sayılı kararında da aynı husus kabul edilmiştir. Ayrıca görülmekte olan dava nedeniyle konulan tedbir nedeniyle dava konusu pay davalı adına tescil edilememiştir. Açıklanan gerekçelerden dolayı önsorun bulunmadığı çoğunluk tarafından kabul edilmiştir..." şeklinde, önalım hakkının geçerli bir satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren kullanılabileceği kabul edilmiştir.

İhtiyari ihaleyle ilgili Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin içtihatları ise, "Şufalı pay 2490 Sayılı Kanun hükümlerine göre davalıya ihale olunmuştur. Bu durumda hak düşürücü sürenin başlangıcı davacı tarafın ihalenin kesinleştiğini öğrendiği tarihtir.(03.05.1968-4635/2285)", "Şuf'alı payın ilişkin olduğu taşınmaz 13.10.1993 tarihinde 2886 Sayılı Kanunun 45. maddesi uyarınca açık teklif usulü ile ihaleye çıkarıldığı ve yapılan ihale sonunda payın davalıya ihale edildiği anlaşılmaktadır. BK'nın 225. maddesi uyarınca satış akdi satıcının ihalesi ile vücut bulunmuştur. Şuf'a hakkının kullanılması için satışın öğrenilmesi yeterlidir. (11.04.1994-3927/420)", "İhtiyari ihale ile satış akti tamamlanmış olur. (03.04.1996-3210/3778)" şeklinde ve daha sonraları "İhale ile yapılan satışlarda, hak düşürücü süre ihalenin kesinleştiği tarih değil, tapuya tescilinin yapıldığı tarihten başlar.(01.12.2008-10291/3429)" biçimindedir. (Kaynak:Müslim Tunaboylu/Önalım (Şuf'a) Davaları/ Genişletilmiş 5. Baskı/ 162 ilâ 280. sayfalar)

Burada hemen belirtilmesi gereken husus; ihtiyari ihale ile mülkiyetin kazanılamayacağı, ayni hakkın ancak tescille doğacağı kuşkusuz olup; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen 01.12.2008-10291/3429 sayılı içtihadı, mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı durumlar (TMK'nin 705/2. maddesi) bakımından emsal teşkil etmez.

O halde; yukarıda değinilen yasal düzenlemeler ve emsal Yargıtay içtihatları birlikte değerlendirildiğinde; yasal önalım hakkıyla ilgili olarak TMK'nin 732, 733 ve 734. maddelerinde satıştan söz edilmekte olup, önalım hakkının kullanılabilmesi için geçerli bir satış işleminin ya-

pılması gerekli ve yeterlidir. Aynı Yasanın 705/1. maddesi uyarınca taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olacaktır. Yine bu hükme paralel olarak aynı Yasanın 1022. maddesinde ayni hakların kütüğe tescil ile doğacağı açıklanmıştır. Ne varki, anılan hükümlerin istisnası tescilsiz iktisap halleri olup; bu haller TMK'nin 705/2. maddesinde sayılarak mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı vurgulanmış ve devam eden hükümde de açıkça malikin tasarruf işlemlerini yapabilmesi için tescilin zorunlu olduğu dile getirilmiştir. Kuşkusuz bu zorunluluk, malikin mülkiyet hakkını kazanması için değil, tasarruf işlemlerini yapabilmesi için öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle, anılan hükmün malikle ilgili olduğu ve mülkiyet hakkı sahibi dışındaki kişiler bakımından mülkiyet hakkıyla ilgili bir tasarruf işleminden söz edilemeyeceği açıktır. Diğer yandan; İcra ve İflas Kanunun 28. maddesi "taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün tefhimi ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanununun 1010 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir. Taşınmaz davası üzerine verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse mahkeme, derhal bu hükmün hulasasını da tapu sicili dairesine bildirir" hükmünü içermekte olup; tescil ilamının varlığı, kesinleşme tarihinden önce tapu siciline şerh verilmekle, TMK'nin 1010/son maddesinde "tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir" hükmü uyarınca aleniyet sağlayarak, aynı yasanın 1022, 1023 ve 1024. maddelerinde düzenlenen tescilin sonuçlarına paralel doğrultuda netice meydana getireceği açıktır.

Öyleyse; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 733/son maddesinde, önalım hakkının satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşeceğinin açıkça öngörülmesi, başka bir ifadeyle kanun metninde iki yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak satışın esas alınması ve tescil zorunluluğu getirilmemesi karşısında, gayrımenkul satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil davası sonucu verilen pay tesciline ilişkin mahkeme ilamının satış akdi yerini aldığı ve tescil ilamının kesinleştiği tarih itibariyle de lehine tescil kararı verilenin mülkiyet hakkını tescilden

önce kazandığı (TMK'nin 705/2. maddesi) dikkate alındığında, böylesi hükmen tescil ilamı ile paydaş hale gelme durumunda önalım hakkının, ilamının kesinleştiği yani mülkiyetin iktisap edildiği tarihten itibaren iki yıl geçmekle düşeceği sonucuna varılmaktadır.

Somut olayda da, önalım davasına konu paylardan 12.12.2011 tarihinde davalı adına hükmen tescil edilen 1/15 payın dayanağı, gayrımenkul satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak açılan dava sonucu verilen pay tesciline ilişkin Gaziosmanpaşa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 21.10.2010 tarih ve 2009/5.6 esas, 2010/5.3 karar sayılı ilamı olup, bu ilamın 02.11.2011 tarihinde kesinleştiği, eldeki davanın ise 11.12.2013 tarihinde açıldığı, hükmen tescil ilamının kesinleşme tarihi ile dava tarihi arasında iki yıldan fazla sürenin geçtiği ve Türk Medeni Kanununun 733/son maddesi uyarınca önalım hakkının hak düşürücü süre nedeniyle düştüğü; diğer dava konusu paylar bakımından ise, paydaşın iktisabı (farklı bir ifadeyle paydaşa yapılan temlik) sözkonusu olacağından, diğer paydaş konumundaki davacının önalım hakkının bulunmadığı belirlenmek ve benimsenmek suretiyle mahkemece "davanın reddine" karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmayıp, yasa ve içtihatlara uygun karar verildiği düşüncesiyle, davalının karar düzeltme isteğinin kabulü ile yerel mahkeme kararının onanması görüşüyle sayın çoğunluğun kararına iştirak edemiyorum.

Sevinç Türközmen
Üye

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Hakem kararlarının iptâli davasında görevli mahkeme ilk derece asliye ticaret mahkemesidir.

T.C.
YARGITAY
15. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2017 / 1666
KARAR NO : 2017/2907

YARGITAY İLAMI

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

-KARAR-

Dava, hakem kararının iptâli davasıdır. Davacı vekili; müvekkili belediye ile davalı şirket arasında İstanbul metrosu 4. Levent - Ağaza-ğa Kesimi Depo Sahası ve Bağlantı Hatları İnşaatı" sözleşmesinin uygulanması sırasında bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık hakkında 13.08.2016 tarihli hakem heyeti kararının iptâline karar verilmesini talep ve dava etmiş, davalı vekili cevap dilekçesinde davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece bölge adliye mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmiş, verilen karar davacı vekili tarafından yasal süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Mahkemece, hakem kararın iptâli talebiyle açılan davada asliye ticaret mahkemesinin değil bölge adliye (istinaf) mahkemesinin görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir. Uyuşmazlık hakem kararının iptâli talebiyle açılan davada asliye ticaret mahkemesinin mi? bölge adliye (istinaf) mahkemesinin mi? görevli olduğu noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konu ile ilgili henüz içtihat bulunmadığından doktrindeki görüşlerin ele alınıp değerlendirilmesi gerekir.

Prof. Dr. Baki Kuru İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuk adlı eserinde (Legal Yayınları Ağustos-2016) hakem kararlarının iptâli davası sonucu verilen kararların istinaf edilemeyeceğini (sayfa 669), doğrudan doğruya temyiz edilebileceğini (sayfa 702) belirttikten sonra Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları başlığı altında yaptığı incelemede iptâl davasının tahkim yerindeki toplu asliye ticaret mahkemesinde açılacağını ve bu mahkemelerce öncelikle ve ivedilikle görüleceğini belirtmiştir (sayfa 949).

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul - Medeni Usül Hukuku adlı eserinde (İnoki Levha Yayıncılık Mart 2017); "5235 sayılı Kanunda 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra da tahkimde bölge adliye mahkemelerinin görevli ilk derece mahkemesi olarak görev yapmasına son verilmiştir. Bu isabetli bir değişiklik olmamıştır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410. maddesinin gerekçesine bakıldığında, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat göz önünde bulundurularak tahkim yeri bölge adliye mahkemesinin yetkili ve görevli mahkeme olarak kabul edildiği görülecektir. Bu aynı zamanda bölge adliye mahkemelerinin tahkim konusunda uzmanlaşmasını ve daha isabetli karar verilmesini de sağlayabilecektir. Bu değişiklik bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte, asliye ticaret mahkemelerinden verilen kararlara karşı önce istinaf ve ardından temyize başvurulması yönünde tartışmalara da neden olmaktadır. Halbuki bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yapması halinde, bu mahkemenin vereceği kararara karşı sadece temyize başvurulabilecektir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinin altıncı fıkrasına göre, "İptâl davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptâl sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz" denilmiştir. Bu durumda Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla ilgili tartışma olan, yani asliye ticaret mahkemelerinin tahkimle ilgili kararlarına

karşı istinafa başvurulmadan doğrudan temyize gidilip gidilemeyeceği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen tahkim bakımından da geçerli olacaktır. Bu tartışmanın sebebi ise 6545 sayılı Kanunun bir "torba kanun" oluşu ve tüm torba Kanunlardaki gibi pek çok hükmün yeteri kadar düşünülmeden, tartışılmadan ve doğuracağı sonuçlar değerlendirilmeden bu değişikliklerin alelacele yapılabilmesidir. Kanaatimce asliye ticaret mahkemelerinden verilen tahkimle ilgili kararlara karşı önce bölge adliye mahkemesine başvurulması ve ardından temyize gidilmesi, verilen kararların kesinleşme süresini uzatacak ve aynı zamanda gereksiz masraf yapılmasına da neden olacaktır. Bu uzun süreç tahkimin amacına da aykırı olacaktır. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünü kararlaştırılan taraflar, hakemlerin kararından sonra önce asliye ticaret mahkemesinde iptâl davası açacak, daha sonra bölge adliye mahkemesinde istinaf yoluna başvurulacak ve ardından temyize gidilecektir. Bu tahammül edilemeyecek kadar uzun bir zaman alacaktır. İptâl davası ile tahkimin sonunda verilen kararların devlet mahkemeleri tarafından sınırlı bir denetime tâbi tutulması amaçlanırken bu denetim sonunda verilen kararlara karşı hem istinaf, hem de temyize başvurulması gereksizdir. Aksi takdirde tahkim yoluna başvurulurken tahkimin olumlu yönleri ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca istinaf yoluna başvurulduğunda, iptâl davası sonunda verilen hüküm bölge adliye mahkemesinde kaldırılarak yeniden bir yargılama yapılırsa daha fazla bir zaman kaybına ve masrafa neden olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinin 6. fıkrasında ifade edilen "İptâl davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir" hükmünün bugün için halâ geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bu fıkra hükmü bölge adliye mahkemelerinin tahkimde ilk derece mahkemesi olarak görev yapacağını esas alarak düzenlenmiştir. Bu nedenle bu hüküm gerekçe gösterilerek bir sonuca varılması mümkün değildir. Bununla birlikte hakem kararlarına karşı iptâl davasından sonra istinaf ve ardından temyiz yoluna başvurulması tahkimin tercih edilmesini engelleyecektir. Kanaatimizce bu nedenlerle iptâl davasının açılacağı asliye ticaret mahkemelerinden verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulmalıdır (2. cilt sayfa 2625 ve devamı)." şeklinde görüşünü ortaya koymuş bulunmaktadır.

Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz, "Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Değişiklik Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, İzmir 2015 adlı makalesinde "HMK m. 410'da tahkimde görevli mahkeme, tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olarak belirtilmekte ve esasen iptâl davasında da bölge adliye mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmekte idi. Ancak 5235 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun, bu konuda asliye ticaret mahkemelerini görevli hale getirmiştir." demek suretiyle, iptâl davalarında görevli mahkemenin, bölge adliye (istinaf) mahkemeleri değil, asliye ticaret mahkemeleri olduğunu kabul etmektedir.

Prof. Dr. Ramazan Arslan Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Prof. Dr. Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz Medeni Usül Hukuk adlı eserlerinde (Yetkin Yayınları Ankara 2016); "İptâl davası tahkim yerindeki mahkemede açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. HMK 410'da tahkimde görevli mahkeme, tahkim yeri mahkemesi olarak belirtilmekle ve esasen iptâl davasında da bölge adliye mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmekte idi. Ancak 5235 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 6546 saylılı Kanun bu konuda asliye ticaret mahkemelerini görevli hale getirmiştir. (sayfa 775)" demek suretiyle iptâl davalarında ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmektedirler.

Prof. Dr. İbrahim Özbay - Arş. Gör. Yavuz Korucu Tahkim adlı eserlerinde (Adalet Yayınları Ankara 2016) "6545 sayılı Torba Kanun'un 45. maddesi ile HMK m. 410'da "görevli mahkeme bölge adliye mahkemesidir" şeklindeki düzenleme zımni olarak mülga olmuştur. HMK m. 410'daki yetkiye ilişkin düzenleme geçerliliğini korumaktadır. Buna göre tahkim yargılamasında, tahkime ilişkin itirazlara, iptâl davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalara ilişkin tüm yargılama safhaları ve dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati tedbir de, görevli ve yetkili mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanacak tahkim yeri asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri asliye ticaret mahkemesidir." şeklinde görüşlerini belirtmişlerdir.

Tülin Kurtoğlu Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması adlı eserinde (Yetkin Yayınları Ankara 2017) "18.06.2014 tarihinde kabul edilen 6545 sayılı "Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına dair Kanun"un 45. maddesi ile 26.09.2004 tarihli 5235 sayılı "Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"un 5. maddesinin üçüncü fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kabul edilen bu hükümle, gerek HMK gerekse MTK'ya tabi olan tahkim birlikte ele alınarak, her iki Kanun'a göre yapılan tahkim yargılamasında, tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptâl davalarına, yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalardaki tüm yargılamaların, bir başkan ve iki üyeden oluşan heyetçe yürütülmek ve sonuçlandırılmak üzere asliye ticaret mahkemeleri tarafından yerine getirileceği ifade edilmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 410. maddesinde, tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin tahkim yeri istinaf mahkemesi olduğu, 439. maddesinde de, hakem kararlarına karşı yalnızca (tahkim yerindeki) mahkemede iptâl davası açılacağı, ayrıca bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanun'un 410. maddesinin gerekçesinde, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak tahkim yeri istinaf mahkemesi olarak kabul edildiği açıklanmış iken, 439. maddesinin gerekçesinde ise, "...hakem kararma ilişkin olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptâl sebebi görmemiş ise denilmek suretiyle, hakem kararının iptâline ilişkin davanın ilk derece mahkemesinde görüleceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere iptâl davalarında görevli mahkemenin, HMK'nın 410. maddesi ve gerekçesine göre istinaf, 439. maddesinin gerekçesine göre ise ilk derece mahkemesi olduğu şeklinde, çelişkili bir sonuç ortaya çıkmaktadır. 21.06.2001 tarihli MTK'da ise, Kanun'da mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu (m.3), hakem kararlarına karşı iptâl davalarının da yine asliye hukuk mahkemesinde açılacağı (m. 15) öngörülmüş, bu kararlara karşı temyiz yolunun açık, karar düzeltme yolunun ise kapalı olduğu belirtilmiştir. 18.06.2014 tarihinde kabul edilen 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile de (asliye ticaret

mahkemelerinin çalışma usulünün düzenlendiği 5235 sayılı Kanun"un 5. maddesinin üçüncü fıkrası yeniden düzenlenmek suretiyle), asliye ticaret mahkemesinde heyetçe yürütülecek davalar arasında, HMK'ya ve MTK'ya göre yapılan tahkim yargılamasında, tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptâl davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalar da sayılmıştır. HMK'nın kabulünden sonra, 5235 sayılı Kanun'da yapılan bu değişiklikle, gerek 6100 sayılı HMK'ya tabi olan milli tahkimde, gerekse 4686 sayılı MTK'ya tabi olan tahkimde verilen hakem kararlarına karşı açılan iptâl davalarına (ve Kanun'da belirtilen diğer davalara) asliye ticaret mahkemesinde bakılacağı öngörüldüğüne göre, mevzuat hükümleri arasındaki son tarihli olan söz konusu Kanun'a göre, bu davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, yukarıda da değindiğimiz üzere, iptâl davalarında görevli mahkeme konusunda, HMK'nın 410. ve 439. maddeleri arasında çelişki bulunduğu gibi, 6545 sayılı Kanun'la değişik 5235 sayılı Kanun, HMK'ya göre özel bir Kanun'dur. Dolayısıyla özel nitelikteki Kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekir. Öte yandan önceki tarihli özel kanun ile sonraki tarihli genel kanunun çatışması durumunda da yapılması gereken; kanun koyucunun iradesinin araştırılmasıdır. Burada ise, 5235 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik (18.6.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun), HMK'nın kabulünden çok sonra olduğu gibi, söz konusu Kanun'a (5235) eklenen 5. maddenin 3. fıkrasının açık hükmü karşısında, kanun koyucunun iradesinin de hakem kararlarına karşı açılan iptâl davalarında görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönündedir. (sayfa 281 ve devamı)" şeklinde görüşünü belirtmektedir.

Doktrindeki tüm bu görüşler çerçevesinde somut olayımıza gelince; hakem kararlarının iptâli davalarında görevli mahkemenin belirlenmesi uyuşmazlığın özünü oluşturmaktadır. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410. maddesinde "Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahke-

mesidir." ifadelerine yer verilmiştir. 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiş ve asliye ticaret mahkemeleri tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak belirlenmiştir. HMK'nın 410. maddesinin lafzı ile bağlı kalıp buna göre yorum yapılarak sonraki değişikliği yok saymak suretiyle hakem kararlarının iptâli davalarında görevli mahkemenin bölge adliye mahkemeleri olduğu sonucuna uluşmak hukuken mümkün değildir. Zira hakem kararının iptâli davası, 410 maddenin lafzında belirtildiği üzere hakem yargılaması sırasında mahkemenin görevli olduğu bir iş değildir. Hakem kararının iptâli davası, tahkim sonucunda verilen kararın iptâli istemine ilişkindir. Kaldı ki, hakem kararlarına karşı ancak iptâl davası açılabileceğinin kabul edildiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinin gerekçe kısmında "…Hakem kararına ilişkin olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptâl sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında karar icra edilmelidir." ifadesine yer verildiğinden görevli mahkemenin ilk derece mahkemesi olduğu, Bölge Adliye Mahkemesi olmadığının kanun koyucu tarafından da kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan, Kanun koyucu hakem kararlarının iptâli davalarında görevli mahkemenin Bölge Adliye Mahkemesi olduğunu kabul etmek istemiş olsaydı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361/1 maddesinde "Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptâli talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir." demek suretiyle temyizi kabil olan kararlar konusunda ikili ayrıma gitmezdi. Zira hakem kararının iptâli davalarında görevli mahkemenin Bölge Adliye Mahkemesi olduğu kabul edilecek olursa, yine bir nihai karar olan hakem kararının iptâli davası, ilk cümle nedeniyle temyizi kabil bir karar olacağından düzenlemede "…ile hakem kararlarının iptâli talebi üzerine verilen kararlara…" şeklinde ifade edilen ikinci kısma gerek kalmazdı. İkili ayrıma gidilmiş olması da göstermektedir ki, temyizi kabil olan kararlar; Bölge Adliye Mahkemesi'nin temyizi kabil nihai kararları ile ilk derece mahkemele-

rinden verilen hakem kararlarının iptâli davalarıdır. Aksine yorum ve düşünce tahkimden beklenen süratli yargılama ve sonuca bir an önce ulaşma amacıyla bağdaşmayacaktır. Gerek özel kanun- genel kanun ilişkisi, gerekse önceki kanun- sonraki kanun ilişkisi ve gerekse kanun koyucunun amacı birlikte değerlendirilip tahkimin niteliği ve amacı ile tahkime ilişkin uyuşmazlıkların süratle sonuçlandırılması gereği nazara alındığında hakem kararının iptâli davalarında görevli mahkeme ilk derece mahkemesi olup, ilk derece mahkemelerinden verilen bu kararlara karşı da temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün görüldüğünden karar usul ve yasaya uygun bulunmamış, bozulması gerekmiştir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18.07.2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

-KARŞIOY-

6100 sayılı HMK 410. maddeye göre; tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir.
HMK 407. maddeye göre; bu kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.
HMK 439. maddeye göre; hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptâl davası, tahkim yerindeki mahkemede açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür.
Bu hükümler gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde HMK hükümlerine göre hakem kararının iptâli davasında ilk derece mahkemesi olarak görevli mahkeme, bölge adliye mahkemesi olarak belirlenmiştir. HMK kuralları ve sistematiğinin hakem kararının iptâli davasında görevli mahkemeyi bölge adliye mahkemesi olarak belirlediği öğretide de

ittifakla kabul edilmektedir. Ancak öğretide bu düzenlemenin HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra 2014 yılında 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yapılan değişiklikle ortadan kalktığı ve ticaret mahkemesinin görevli hale geldiği savunulmaktadır.

HMK 361. maddedeki; Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptâli talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir düzenlemesi nedeniyle iptâl davalarında 5235 sayılı Kanunun 5. maddesi değişikliğinden önce dahi bölge adliye mahkemesinin görevli olmadığına dair görüş ise öğretide kabul görmüş değildir. 361. maddede hakem kararının iptali davasının açıkça belirtilmiş olmasının nedeni milletlerarası tahkimden doğan ve asliye mahkemelerinden verilen kararların da doğrudan temyize tabi olması ve HMK'da bu davalar için bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görevlendirilmiş olması nedeniyledir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 3. maddeye göre ise, bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

Bu durumda 5235 sayılı kanun 5. madde değişikliğinden önceki düzenlemelere göre hakem kararının iptali davalarında görevli mahkeme konusunu ikiye ayırmak gerekir. Yabancılık unsuru taşıyan tahkimde yani 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre açılan iptal davalarında ticari dava ise asliye ticaret mahkemesi, ticari dava değil ise asliye hukuk mahkemesi görevlidir. HMK 407. madde nedeniyle HMK hükümleri uygulanamayacağı ve 4686 sayılı Kanun'da da HMK'ya uygun değişiklik yapılmadığından bölge adliye mahkemeleri görevli hale gelmemiştir.

4686 sayılı kanun kapsamında olmayan tahkimde ise HMK hükümleri uygulanacağından görevli mahkeme bölge adliye mahkemesidir.

5235 sayılı Kanun 5. maddesinde yapılan değişiklik ile HMK hükümlerinin zımni olarak değiştirildiği ve bölge adliye mahkemesinin görevli olmaktan çıktığı ve asliye ticaret mahkemesinin tümüyle görevli hale geldiği görüşü mevcut ve öğretide de bu savunulmakta ise de bu değişiklik görev kuralı değişikliği değildir. Çünkü bu madde ticaret mahkemesinin görevlerini belirleyen bir madde olmayıp o tarihte ticaret mahkemesinin bakmakla görevli olduğu davalardan hangilerinin heyet halinde görüleceğini düzenleyen bir maddedir. Değişiklik gerekçesinde de bu husus açıklanmış ve bununla maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve asliye ticaret mahkemelerinin tek hakimli olduğunu düzenleyen hükmün değiştirilmekte olduğu ve buna göre asliye ticaret mahkemelerinin bazı davalar bakımından heyet mahkemeleri haline getirilmekte olduğu belirtilmiştir.

Tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak bölge adliye mahkemesinin görevli mahkeme olarak belirlendiği 410. madde gerekçesinde de açıklanmıştır. Yasa koyucu bölge adliye mahkemesini tahkimin gerektirdiği uzmanlığı da gözeterek görevli mahkeme olarak belirlediğini açıkça ortaya koymuştur. Bu açık tercihe rağmen yasa koyucu 410. maddeyi değiştirmek isteseydi değişiklik gerekçesinde; özellikle ticari dava niteliğini taşımayan iptal davalarının dahi ticaret mahkemesinde görülmesini de kapsar şekilde görev kurallarının değiştirilmek istendiğini de açıkça belirtirdi. Oysa ki yasa koyucu mevcut görev kuralları çerçevesinde bu değişikliğin bir görev değişikliği olmadığını ortaya koyar biçimde; ticaret mahkemesinin heyet mahkemesi haline getirilmek istendiğini değişiklik gerekçesinde açıkça belirtmiş ve ticaret mahkemesinin görevine ilişkin kurallarda hiçbir değişiklik yapma yoluna gitmemiş ve bu şekilde bir değişikliğin amaçlandığını da gerekçede belirtememiştir. O halde bu değişikliğin görev kuralı değişikliği olmadığı o tarihte ticaret mahkemesinin bakmakla görevli olduğu davalardan hangilerinin heyet halinde görüleceğini düzenleyen bir değişiklik olduğunun kabulü gerekir.

Yeni yasanın önceki yasayı zımni olarak değiştirdiğinden söz edebilmek için sonraki yasanın da aynı konuyu temel olarak düzenlemesi gerekir. Sonraki yasanın görev kurallarına ilişkin bir düzenleme niteliğinde olmaması ve ticaret mahkemesinin görevine ilişkin asıl kurallar tümüyle yerinde durmakta iken yapılan heyet mahkemesi değişikliği ile görev kurallarının zımni olarak değiştirildiği de kabul edilemez.

HMK geçici 3/3. madde nedeniyle o tarihte açılan hakem kararının iptâli davalarına asliye ticaret mahkemesinde bakılması mümkün olduğundan değişiklik yapılan 5. maddede hakem kararının iptâli davalarının heyet halinde görülecek davalar arasında sayılmış olması da anlamsız bir düzenleme olmadığından bu sonuca varılmalıdır.

Tüm bu nedenlerle 4686 sayılı Kanun kapsamında kalmayan ve HMK'ya göre açılan hakem kararının iptâli davalarında görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğu, değiştirilen 5. maddede HMK'ya göre açılan iptâl davasının da sayılmış olmasının, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihe kadar uygulanacak bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği, 20.07.2016 tarihinden sonra görevli mahkemenin 410. maddeye göre belirleneceği ve açılan davaya bakmaya bölge adliye mahkemesi görevli olduğu için verilen mahkeme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

Üye
Z. GÖZÜTOK

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Tanık deliline dayanılsa bile süresinde liste sunulmamış ve hazır edilmemiş ise tanıklar dinlenemez.

T.C.
YARGITAY
17. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/20343
KARAR NO : 2017/5815

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki BK'nun 19.maddesine dayalı olarak açılan dava sonucu mahkemece verilen hükmün Dairemizce bozulması üzerine, verilen direnme kararına ilişkin dava dosyası 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Yasa'nın geçici 4/1. maddesi uyarınca Dairemize gönderilmiş olmakla, dosyadaki kağıtlar okundu gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR

Dairemizin bozma kararında davanın BK'nun 18. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı satışların iptali istemine ilişkin olduğu, dava konusu taşınmazlarıdan davalı Hanife'ye satılan taşınmazın, icrada satılması ile ilgili olarak satışın kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması, diğer taşınmaz yönünden ise davacı tanık deliline dayandığından, tanıkları dinleyerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur.

Mahkemece, Hanife'ye satılan taşınmazın icradaki satışının 16.03.2011 tarihinde kesinleştiğinin tapu kaydı ile sabit olduğu, davacının süresinde tanık listesi vermediğinden tanık dinleme olanağının bulunmadığından bahisle direnme kararı verilmiş, yasa gereğince dosyanın HGK'na gönderilmeksizin dairemizce yeniden incelenmesi gerekmiştir.

Dosyanın yeniden incelenmesi sonucunda, icradaki satışın kesinleştiği, davacının delil listesi ve Ek delil listesinde tanık deliline dayandığını belirtmesine rağmen tanık isimlerini içeren tanık listesini yargılama boyunca sunmadığı ve hazır etmediği de anlaşıldığından, dairemizin 10.03.2014 gün 2012/13741 Esas 2014/3344 Karar sayılı bozma ilamımızın kaldıralarak usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** 19.12.2005 gün ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 140. maddesi gereğince davacı Z. Bankası A.Ş'den harç alınmamasına 23/05/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Murise ait senede ilişkin açılan menfi tespit davasında mirasçılar, mecburi dava arkadaşıdır.

T.C.
YARGITAY
19. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2016/8011
KARAR NO : 2017/5604

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

-KARAR-

Davacılar vekili, müvekkilleri aleyhine murisleri Necati Y.'ın keşide ettiği senet sebebiyle başlatılan icra takibinin haksız olduğunu, davalılardan Nihat hakkında yürütülen savcılık soruşturma dosyasında bu kişinin söz konusu senedin gerçek alacaklısının senedi keşide eden muris Necati Y.'ın oğlu olan dava dışı Osman olduğunu, alacağı temlik ettiği diğer davalı Nafiz A.'ü de dava dışı Osman'ın kendisine getirdiğini ve bu şahsı daha önce tanımadığını beyan etmesi sebebiyle dava konusu senedin herhangi bir alacağa karşılık düzenlenmediğinin açıkça anlaşıldığını savunarak, müvekkillerinin davaya konu icra takibine dayanak senet sebebiyle davalılara borçlu olmadıklarının tespitine karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

Davalı Nihat Ö., kendisinin senedi keşide eden muris Necati Y.'ın yıllardır muhasebesini tuttuğunu, dava dışı Osman Y.'ın senedin düzenlendiği tarihte çevreye borçlarının olduğunu, Osman'a ait evin icradan

satılığa çıkarıldığını, Osman'ın talimatı ile bu evi Osman'ın dayısı olan dava dışı Mehmet A.'ın satın aldığını, daha sonra da bu evin Osman'ın babası olan muris Necati Y.'a devredildiğini, bu senedin de bu ev karşılığında düzenlendiğini, keşide tarihinde Osman ve murisi Necati'nin kendisinin yanına gelerek Osman'ın işlerinin düzelmesi halinde evin Osman'a iade edileceği eğer düzelmez ise bu parayı tahsil etmesi için Necati'nin söz konusu senedi düzenleyip kendisine verdiğini, asıl alacaklı Osman olduğu için onun gösterdiği diğer davalı Nafiz'e alacağı temlik ettiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Nafiz A., kendisinin dava dışı Osman Y.'dan alacağının olduğunu, Osman'ın da diğer davalı Nihat Ö.'ın alacaklı olarak yer aldığı davaya konu icra takibinde asıl alacaklının kendisinin olduğunu beyan ederek buradaki alacağını borcuna karşılık temlik almasını istediğini, bu sebeple söz konusu takipteki alacağı davalı Nihat'tan temlik aldığını, kendisinin iyiniyetli 3. kişi olduğunu savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan deliller uyarınca, davalı Nihat Ö.'ın savcılık beyanında takibe konu senedin ihdasına neden olan temel bir alacağın mevcut olmadığını belirtmesi sebebiyle senedin bedelsiz olduğunun anlaşıldığı, bu sebeple davalı Nihat'ın temlik ettiği alacakta tasarruf yetkisinin bulunmadığından diğer davalı Nafiz A.'ün de herhangi bir alacağının mevcut olmadığı gerekçesiyle davaya konu senet sebebiyle davacıların borçlu olmadıklarına ve aşamalarda icra takip dosyasına yapılan ödemelerin istirdatına karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince süresinde temyiz edilmiştir.

Davacılar muris Necati Y.'ın bir kısım mirasçılarıdır. Davacılar arasında elbirliği şeklinde sorumluluk olup aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Davacıların mirasçılar olarak hep birlikte hareket etmeleri ya da miras şirketine mümessil tayin ettirilerek dava şartı yerine getirilip davaya devam edilmesi gerekir. Mahkemece, dava şartı mahiyetindeki açıklanan eksiklik giderilerek davaya devam edilmesi gerekirken

işin esasına girilip yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 05/07/2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

TMK'nun 641. maddesi gereğince, mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar.

Bu bakımdan davacıların her biri, murislerinin keşidecisi olduğu bonoya yönelik işbu menfi tespit davasını açmak için aktif dava ehliyetine sahiptir.

Açıklanan nedenlerle temyiz incelemesinin işin esası yönünden yapılması gerektiği görüşünde olduğumuzdan saygıdeğer çoğunluğun yazılı şekilde usule yönelik bozma kararına muhalifiz. 05.07.2017

ÜYE	ÜYE
M. B. SELÇUK	S. KAHVECİ

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Basit yargılamada da iddianın-savunmanın genişletilmesindedeğiştirilmesinde HMK 141 hükmü uygulanır.

T.C.
YARGITAY
21. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/20086
KARAR NO : 2015/3209

YARGITAY İLAMI

Davacı, yaşlılık aylığına hak kazanacağı yasal şartların hizmet süresi, yaş ve prim ödeme gün sayısı ile birlikte tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, usulden reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Elif Sülün tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

Dava, davacının yaşlılık aylığına hak kazanacağı yasal şartların hizmet süresi, yaş ve prim ödeme gün sayısı ile birlikte tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320'nci maddesi uyarınca dosya üzerinden esasa ilişkin olarak yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle HMK 115/2 maddesi gereğince usülden reddine karar verilmiştir.

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda; yazılı, sözlü, basit ve seri olmak üzere dört yargılama usulü düzenlenmiş iken 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı ve basit yargılama usulleri düzenlenmiş ve 5510 sayılı Kanununun 101'inci maddesinde, anılan Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde İş Mahkemeleri'nin görevli olduğu belirtilmiş, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesinde ise, İş Mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 447'nci maddesindeki diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hallerde bu Kanununun basit yargılama usulü ile ilgili hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hüküm karşısında; artık, iş mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanması gerekecektir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320/1 maddesine göre "basit yargılama usulüne" tabi davalarda mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebilir ise de bunun "mümkün olan hallerde" olduğu belirtilmek suretiyle sınırlı bir alan gösterilmiş ancak "mümkün olan haller "'in neler olduğu madde metninde sayılmamıştır.

Dosya üzerinden karar verilebilecek "mümkün olan haller" belirlenirken HMK'nın 27. maddesinde yer alan ve hukuk yargılamasında temel ilke olarak kabul edilen "hukuki dinlenilme hakkı" kavramının da gözönünde tutulması zorunludur. Taraflara hukuki dinlenilme hakkı verilmesi Anayasa'nın 36. maddesinde tanımını bulan "hak arama hürriyetinin" gereğidir. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak

değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerdiğinden, dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyecek haller ile sınırlı tutulması doğru olacaktır.

Öte yandan basit yargılama usulünü düzenleyen HMK'nın 319. maddesinde ise basit yargılama usulüne tabi davalarda, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayacağı belirtilmiştir. Bu hususun istisnası ise HMK'nın 149. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, bunlar ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin gelmemesi, ıslah ve karşı tarafın açık muvafakatıdır. İddianın genişletilmesi; hem talep sonucunu hem de vakıaları içine alır.

Mahkemece duruşma günü verilerek, tarafların açıklamaları dinlendikten ve iddia ve savunmaları çerçevesinde deliller toplandıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken ayrıca davacının dava konusunu değiştirme hakkının bulunduğu gözetilmeksizin tarafların hukuki dinlenilme hakkını ihlal edecek biçimde dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda davanın esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Sonuç : Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23/02/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Bilgi : Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin yukarıdaki içtihatında yer alan "Bu hususun istisnası ise HMK'nın 149. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, ..." ibaresinin, "Bu hususun istisnası ise HMK'nın 141. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, ..." olarak okunması yerinde olacaktır. Nitekim, yer verilmek istenen düşünce HMK m. 141 hükmüdür.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, basit yargılama usulünde de ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. (HMK m. 322/1, m. 139/1, c.2, m. 141/1, c.2). (**KURU, Baki.** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 864; **TANRIVER, Süha.** Medenî Usûl Hukuku, C: I, Ankara, 2016, s. 1064; **TUTUMLU, Mehmet Akif.** Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara, 2015, s. 435, 480, 481)

Doktrindeki bir görüşe ise, *"yazılı yargılama usulünde taraflar, dava ve cevap dilekçelerinde söylediklerini ikinci dilekçe (m. 136) ile değiştirebilirler; basit yargılama usulünde ikinci dilekçe verme olanağı bulunmadığından (m. 317,3), yasak, dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile başlamaktadır. Keza, yazılı yargılama usulünde, taraflardan birinin mazeretsiz olarak ön inceleme duruşmasına gelmemesi halinde diğer tarafın iddia veya savunmasını değiştirebilmesi olanağı var ise de (m. 141,1/cümle 2), basit yargılama usulünde (m. 319) tarafa bu tür bir olanak verilmemiştir."* (**YILMAZ, Ejder.** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 3076).

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Kıymet takdiri işlemi tamamlanmadığından satış talebinin reddedilmesi haczin düşmesine neden olmaz.

T.C.
YARGITAY
23. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/5672
KARAR NO : 2016/4837

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayetçi ve şikayet olunan vergi daireleri vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

-KARAR-

Şikayetçi vekili, müvekkilinin işçilik alacağı için Bakırköy 2. İş Mahkemesinin 2005/1..7 esas dosyası ile dava açıldığını, dava dosyasından 10.05.2006 tarihinde ihtiyati tedbir karar verildiğini, Bakırköy 2. İş Mahkemesinin 18.03.2008 tarih, 2015/1577 esas ve 2008/43 karar sayılı ilamına dayanılarak İstanbul 7. İcra Müdürlüğünün 2009/1...9 esas sayılı takip dosyası ile icra takibine geçildiğini, 23.10.2009 tarihinde takibin kesinleşmesi ile borçlu adına kayıtlı taşınmaz üzerine haciz konulduğunu, hacizli taşınmazın 10.04.2012 tarihinde 67.500,00 TL ye satıldığını, İstanbul 1. İcra Müdürlüğü tarafından sıra cetveli yapıldığını ve yapılan sıra cetvelinin taraflarına 01.10.2012 tarihinde tebliğ edildiğini, müvekkil şikayetçinin işçilik alacağının sıra cetveline alınmamasının İİK 100. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek, sıra cetvelinin iptali ile şikayetçinin işçilik alacağının 1. sıraya alınmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Şikayet olunan vergi daireleri vekili, davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; İstanbul 1. İcra Müdürlüğünün 2005/1...7 sayılı dosyasından konulan haczin satış istenmemesi nedeniyle düştüğü, yeniden sıra cetveli yapılması gerektiği gerekçesiyle sıra cetvelinin iptaline, fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar verilmiştir.

Karar, şikayetçi vekili ve şikayet olunan vergi daireleri vekili temyiz etmiştir.

1) Mahkemece sıra cetveli düzenlenen icra dosyası alacaklısı M. Ambalaj San. ve Tic. Ltd. Şti.nin haczinin düştüğünden bahisle icra dairesinin sıra cetveli yapmaya yetkili olmadığından sıra cetveli iptal edilmiş ise de; varılan sonuç dosya ile uyumlu değildir. Alacaklı şirketin bedeli paylaşıma konu taşınmaz üzerine 12.12.2005'te haciz işlemi uyguladığı, süresinde 04.12.2007 tarihinde satış talebinde bulunarak satış avansını da yatırdığı sabittir. İcra memuru ise taşınmazın satılması için kıymet taktiri işleminin tamamlanmadığından bahisle satış talebini reddetmiştir. Bu ret kararı sadece taşınmazın o an için satılmasına engel halinin bulunduğunu tespit mahiyetindedir, bu alacaklının haczinin düşmesine sebep teşkil etmez. Yani hakkın kaybına neden olacak bir karar değildir. Alacaklı M. Ambalaj San. ve Tic. Ltd. Şti. satış talep ederek, satış avansını yatırmıştır. Kanunda alacaklıya yüklenen bu hususlar yerine getirildiği için şikayetçinin haczinin ayakta olduğunun kabulü gerekir. İİK'nın 123. maddesinde satış görevi, icra dairesine yüklenmiş olup, satış talebinin herhangi bir sebeple reddi haczi düşürmez. Dairemizin son uygulaması bu yöndedir. (Dairemizin 26.03.2012 tarih ve 1020 E., 2296 K; 27.09.2013 tarih ve 4460 E., 5835 K; 28.03.2014 tarih ve 1763 E., 2381 K. sayılı ilamları) Bu durumda mahkemece şikayetçinin diğer şikayetleri değerlendirilerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanılgılı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

2) Bozma nedenine göre, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayet olunan Vergi Daireleri vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, şikayetçiden alınan peşin harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01.11.2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
KARARLARI

ÖZET: Maktulün evlilik birliği içerisinde Türk Medeni Kanunundan kaynaklanan sadakat görevini ihlal ettiği, bu şekilde sanık yararına haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

T.C.
YARGITAY
Ceza Genel Kurulu

ESAS NO : 2017/1-286
KARAR NO : 2017/344

YARGITAY KARARI

Kararı veren
Yargıtay Dairesi : 1. Ceza Dairesi
Mahkemesi : BAKIRKÖY 8. Ağır Ceza
Günü : 26.05.2015
Sayısı : 157-167
Davacı : K.H.
Maktul : Z.F.
Katılanlar : 1- Şerife P., 2- Şerife K., 3- Rahime Y. 4- T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı
Sanık : Ç.F.
Temyiz Edenler : Sanık müdafii, katılanlar Şerife K., Rahime Y., Şerife P., T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekili ve resen Eşini kasten öldürme suçundan sanık Çetin F.'nun 5237 sayılı TCK'nun 82/1-d, 62, 53, 63 ve 54. maddeleri uyarınca müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba ve müsadereye ilişkin, Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 02.07.2013 gün ve 368-215 sayılı resen temyize tâbi olan hükmün, sanık ve müdafii ile katılanlar Şerife P. ve Rahime Y. tarafından da temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 03.02.2015 gün ve 4427-388 sayı ile;

"1- Katılan Rahime Y.'ın 02.07.2013 tarihinde yüzüne karşı verilen hükmü, CMUK'nun 310/1. maddesinde belirtilen bir haftalık yasal süresinden sonra 22.07.2013 tarihinde temyiz ettiği anlaşıldığından, temyiz talebinin CMUK'nun 317. maddesi gereğince reddine karar verilmiştir.

2- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık Çetin F.'nun eşi maktul Zahide'yi kasten öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç vasfı tayin, kusurluluğu etkileyen sebeplerden takdiri indirim sebebi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, duruşmalı olarak incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma nedeni dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık *müdafiinin eksik incelemeye, vasfa; katılan Şerife'nin takdiri indirimin uygulanmaması gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,*

Ancak; dosya kapsamına göre, sanık ile maktulün evli olduğu, tanık Serkan'ın ise sanığın işyerinde çalıştığı, olaydan birkaç gün önce sanığın, maktul evde yokken maktulün evde unuttuğu cep telefonuna tanık Serkan'dan gelen sevgi içerikli mesajları okuduğu, bu mesajlara sinirlenip Serkan ile maktulü eve çağırdığı, maktul ile sanık arasında bu nedenle tartışma çıktığı, sanığın önce Serkan'ı sonra maktulü darbettiği, maktulün bu nedenle kadın sığınmaevine yerleştiği, bir süre sonra maktulün çocuklarını görmek için sanıkla buluştuğu, sanığın maktulü yine darbettiği, maktulün sanıktan yeniden şikâyetçi olduğu, arkadaşında kalan maktulün olay günü Serkan'ı arayarak kendisini evrak almak için sığınmaevine götürmesini istediği, Serkan'ın da motosikletle maktulü *sığınmaevine* götürüp dışarıda beklediği, bu sırada sanığın da *sığınmaevinin önüne gelerek Serkan'ı uzaklaştırdığı, maktul ile sanığın evlerine gittikleri, aksi ispatlanamayan savunmaya göre sanık ile maktul arasında tartışma çıktığı, maktulün sanığa hakaret ettiği, sanığın da maktulü bıçaklayarak öldürdüğü olayda, Maktul ile tanık Serkan arasındaki telefon görüşmelerinin sıklığı, Serkan ile maktul arasında Serkan'ın tevilli ikrarıyla sabit olan sevgi içerikli mesajlarının varlığı, özellikle tanık Hakan'ın ifadesine göre, Serkan ile maktulün iş yerinde aşırı samimi olduklarının anlaşılması hususları birlikte değerlendirildiğinde, maktulün evlilik birliği içerisinde sadakat görevini ihlal ettiğinin belir-*

lenmiş olması karşısında sanık lehine TCK'nun 29. maddesinin uygulanarak haksız tahrik nedeniyle asgari oranda indirim yapılması yerine yazılı şekilde haksız tahrik hükümleri uygulanmamak suretiyle fazla ceza tayini" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 26.05.2015 gün ve 157-167 sayı ile;

"... Mahkememizce kabul edilen oluş dikkate alındığında; sanık önce maktulü darbetmiş ve bu nedenle maktul kadın sığınmaevine yerleştirilmiş, bir süre sonra maktul, çocuklarını görmek için sanıkla buluştuğunda yeniden sanık tarafından etkili eyleme maruz kalmıştır. Bu şekildeki gelişim dikkate alındığında her ne kadar aksi ispatlanmayan savunmaya göre maktulün sanığa hakaret ettiği belirtilmekteyse de, sanıktan gelen iki ayrı etkili eylem dikkate alındığında bu şekildeki savunmaya değer vermek mümkün bulunmamaktadır. Maktulün evlilik birliği içerisinde sadakat görevini ihlal gerekçesine gelindiğinde; mahkememiz kararında da belirtildiği gibi tanık Serkan'ın sanık yanında uzun süreden beri çalışan bir kişi olup, maktul tarafından da tanındığı ve bu tanışıklığın sanık tarafından bilindiği, bazen iş yerinde birlikte çalıştıktan sonra, sürece yayılan ilişkisinin müşterek eve misafir olarak gidip gelme düzeyine kadar ulaştığı açıktır. Özellikle kadına yönelik yaygın işlenen şiddet içeren suçlarda *subjektif 'vehim' ve 'namus' temeline dayanan hususlar haksız tahrik nedeni olarak yaygın biçimde ileri sürülebilmektedir. Bu şekildeki bir iddia karşısında varlığı sona erdirilen kişinin savunmasız kaldığı şüphesizdir. Bu durumda haksız tahrikin varlığının kabulü bakımından son derece hassas bir çizginin belirlenmesinde zorunluluk vardır. Maktul ile sanık arasında son dönemlerde aile içi şiddetli geçimsizliğin arttığı, maktulün son zamanlarda çok içine kapandığı, sanık olan eşinin başka bir kadınla ilişkisi olduğu yönünde etrafına yaygın sıkıntılarını belirttiği tüm dosya kapsamıyla sabittir. Nitekim müşterek çocuk İrem de annesi ve babasının bu nedenle tartışmalarının olduğunu, babasının kabul etmediğini, ancak etrafta babasının başka bir kadınla oturduğunun söylenti halinde olduğunu belirtmiştir.*

Bu bağlamda ülkemizin de taraf olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Söz-

leşmesi hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu sözleşmenin 12/1. maddesine göre; taraflar kadınların daha aşağı düzeyde olduğu düşüncesini veya kadınların ve erkeklerin toplumsal olarak klişeleşmiş rollerine dayalı ön yargıların, törelerin, geleneklerin ve diğer uygulamaların kökünün kazınması amacıyla kadınların ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesine yardımcı olacak tedbirleri alacaklardır. Yine 12/5. maddede de tarafların kültür, töre, din, gelenek veya sözde 'namus' gibi kavramların bu sözleşme kapsamındaki herhangi bir şiddet eylemine gerekçe olarak kullanılmamasını temin edecekleri belirtilmiştir. 42/1. madde de buna yönelik olup; sözleşme kapsamında kalan şiddet eylemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra başlatılan ceza davalarında kültür, töre, din, gelenek veya sözde 'namus'un gerekçe olarak öne sürülmesinin önlenmesini temin etmek üzere gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacaklarına hükmedilmiştir.

Özellikle yaygın olan kadına yönelik şiddet eylemlerinin ortak özelliği yukarıda belirtilen sözde 'namus' temelli gerekçeler barındırmasıdır. Burada *TCK'nun 29. maddesi kapsamında haksız tahrik koşullarından öte bu sözde 'namus' temeline dayalı toplumsal rol paylaşımlarından ve çevresel etkilerden kaynaklanan bir suça yönelim söz konusudur. Erkek taraftan gelen evlilik birliğine sadakatsizlik oluşturan eylemlerin çok daha yoğun olmasına rağmen kadından erkeğe gelen şiddet eylemlerinin orantısal olarak miktarının düşüklüğü dikkat çekicidir. Bu da bu konuda erkeğe biçilen toplumsal rolün farklılığını ortaya koymaktadır. Diğer yandan ortadan kaldırılan bir kişinin sözde namus temeline dayalı bir iddia karşısında savunmasız bırakılarak yine bu temelde kendisine toplumsal bir rol biçilmesi de çağdaş hukuk anlayışına uygun düşmeyecektir. Tüm bu nedenler karşısında sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanma yeri olmadığı sonuç ve kanısına varılmış ve bu nedenle usul ve yasaya uygun bulunan mahkememiz kararında direnilerek; sanığın eşini kasten öldürdüğü sabit olduğundan cezalandırılmasına karar verilmiştir."* gerekçesiyle direnerek, önceki hüküm gibi karar vermiştir.

Resen temyize tâbi bulunan bu hükmün, sanık müdafii, katılanlar Şerife K., Rahime Y., Şerife P. ve T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakan-

lığı vekili tarafından da temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 21.03.2016 gün ve 282069 sayılı *"bozma"* istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca 07.12.2016 gün ve 519-730 sayı ile; 6763 sayılı Kanunun 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. madde uyarınca kararına direnilen daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 1. Ceza Dairesince 14.03.2017 gün ve 221-792 sayı ile, direnme kararının yerinde görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Ceza Genel Kurulunda direnme üzerine duruşmalı inceleme yapılabileceğine dair bir yasal düzenleme olmadığından, 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 318. maddesi uyarınca, sanık müdafiinin duruşma isteminin reddine karar verilmiştir.

Katılan T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekilinin 26.05.2015 günü yüzüne karşı açıklanan hükme yönelik 06.05.2016 tarihli temyiz isteminin bir haftalık kanuni süreden sonra yapıldığı anlaşıldığından, 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 317. maddesi gereğince temyiz isteminin reddine karar verilerek, resen temyize tabi hükmün incelemesi, sanık müdafii, katılanlar Şerife K., Rahime Y. ve Şerife P.'ın temyiz istemleriyle sınırlı olarak yapılmıştır.

Eylemin sübutu ve nitelendirilmesinde bir uyuşmazlık, bu kabulde de dosya kapsamı itibarıyla herhangi bir isabetsizlik bulunmayan somut olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; eşini kasten öldürme suçundan sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

18.07.2012 tarihli olay yeri tespit ve inceleme raporlarında; olayın İstanbul ili, Küçükçekmece ilçesi, Mehmet Akif Mahallesinde bulunan 9 numaralı apartmanın 4 no'lu dairesinde meydana geldiği, yerde bir kadın cesedinin bulunduğu, cesedin sağ tarafında bir adet cep telefonu, sol kolunun altında ise toplam uzunluğu 31 cm olan ekmek bıçağının yer aldığı bilgilerine yer verildiği,

Otopsi raporunda; maktulün vücudunda toplam 7 adet kesici-delici alet yarası ile çok sayıda kesik vasfında yara bulunduğu, boyun bölgesinde yer alan iki adet kesici delici alet yarasının müstakilen ölüme neden olacak nitelikte oldukları, maktulün kanında ve idrarında alkol ve uyuşturucu-uyutucu maddelere rastlanılmadığı, anal ve vajinal sürüntü örneklerinde sperm bulunmadığı belirtilerek ölümün kesici delici alet yaralanmasına bağlı büyük damar yaralanması ile gelişen dış kanama sonucu meydana geldiğinin ifade edildiği,

18.07.2012 tarihli CD izleme tutanağında; sanık Çetin F.'na ait aracın olay günü saat 17.56'da 9 numaralı evin önüne park ettiği, aracın sağ tarafından bayan olabileceği değerlendirilen bir şahsın inerek olayın meydana geldiği binaya yöneldiği, saat 18.08'de binanın önündeki aracın hızla hareket ederek olay yerinden ayrıldığı tespitlerine yer verildiği, Maktulün 14.07.2012 tarihinde kolluğa müracaatı üzerine başlatılan soruşturmaya ilişkin evrak ve eklerinde; maktulün 13.07.2012 günü sanığın kendisini darbettiği iddiası ile karakola giderek şikâyette bulunduğu, bu olayla ilgili olarak maktul Zahide F. ile yine aynı olayda şikâyetçi olan Serkan D. hakkında basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde darbedildiklerine ilişkin rapor düzenlendiği, maktulün talebi üzerine kadın sığınmaevine yerleştirildiği, maktulün aynı gün kadın sığınmaevinden kendi isteğiyle ayrıldığı, 15.07.2012 günü saat 22.00 sıralarında 7 aylık çocuğunun hasta olduğunu öğrenen maktulün çocuğunu almak için sanıkla buluştuğu, burada çıkan tartışma sırasında maktulün sanık tarafından yeniden darbedilerek yüzünde ve bedeninde ekimozlar oluşacak şekilde yaralandığının ifade edildiği,

HTS raporlarında; maktulün kullandığı telefon hatları ile Serkan D.'un kullandığı telefon hattı arasında, olaydan önceki 18 günlük süre içerisinde arama-aranma, mesaj alma ve mesaj gönderme şeklinde yaklaşık 370 görüşmenin bulunduğu bilgilerine yer verildiği, anlaşılmaktadır.

Katılan Şerife P.; maktulün annesi olduğunu, damadı olan sanık ile kızının bir süre İsrail'de çalıştıklarını, İstanbul'a döndüklerinde birlikte büfe açtıklarını, büfede tanık Serkan D.'un da çalıştığını, sanığın maktulü başkaları ile aldattığını, bu yüzden aralarının bozuk olduğunu, sanığın torunu İrem'e baskı yaparak ifadesine etki etmeye çalıştığını,

Katılanlar Şerife K. ve Rahime Y.; kardeşleri olan maktulün öldürülmesinden dolayı sanıktan şikâyetçi olduklarını,

Tanık Erhan K.; maktulün yeğeni olduğunu, teyzesinin sanığa çok bağlı olduğunu, hatta sanık hakkında maktulün yeğenine cinsel tacizde bulunduğu iddiasıyla dava açıldığı sırada dahi maktulün sanığa destek olduğunu,

Tanık Bahtiyar K. aşamalarda; sanık ve maktulün birlikte işlettikleri büfede çalıştığını, tanık Serkan'ın ise aynı yerde iki yıldan beri çalışmakta olduğunu, Serkan ile maktulün sevgili olduklarını bildiğini, yanlarında iken maktul ile Serkan'ın sarılıp birbirlerini yanaklarından öptüklerini, aralarında patron-çalışan ilişkisi bulunmadığını, sanık büfeye geldiğinde normal davrandıklarını ancak sanığın olmadığı zamanlarda maktul ile Serkan'ın samimileştiklerini, birlikte motosikletle kendisinin bilmediği yerlere gittiklerini, zaman zaman sanığın arabasını alıp *"ev bakmaya gidiyoruz"* diyerek bir yerlere gittiklerini, Serkan'la maktul arasında duygusal yakınlaşma olduğunu çevre esnaftan da duyduğunu, sanıkla maktulün arasının ise iyi olmadığını, sanığın maktul ile barışmak için maktulün annesini memleketinden getirmeye çalıştığını, olay günü sanığın kendisini arayarak eve ambulans göndermesini istediğini, olay yerine gittiğinde maktulü evde kanlar içinde gördüğünü,

Tanık Hakan K.; sanığa ait büfede kardeşi Bahtiyar ve Serkan isimli gençle beraber çalıştıklarını, sanığın eşi maktul ile Serkan'ın çok samimi olduklarını, pastanede baş başa uzun kahvaltılar yaptıklarını, iş yerinde birbirlerine sarıldıklarını, Serkan'ın bazen kızarak işten ayrıldığını ancak maktulün *"Serkan çalışmazsa ben de çalışmam"* diyerek sanığı ikna ettiğini, maktul ile Serkan'ı bir iki kez yanak yanağa otururken gördüğünü, çevre esnaftan *"Maktul ile Serkan arasında ilişki mi var"* şeklinde sözler işittiğini,

Tanık Hüseyin S. aşamalarda; sanığa ait büfenin yakınında dükkân işlettiğini, olaydan 1-2 ay kadar önce gece saat 23.00 sıralarında, maktul ile Serkan isimli genci dükkânın yanındaki merdivenlerde yan yana oturup sigara içerken gördüğünü, maktulün sol elini Serkan'ın boynuna atmış olduğunu, bunun dışında bu ikisini kol kola dolaşırken de gördüğünü, mahallede maktul ile Serkan arasında duygusal ilişki olduğunu bilmeyen kimse olmadığını,

Tanık İrem F. mahkemede; maktul ve sanığın kızları olduğunu, üç kardeşinin daha bulunduğunu, Serkan D. isimli şahsın babasının yanında iki yıldan beri çalıştığını, Serkan'ın bir keresinde eve geldiğinde kardeşleri ile birlikte kendisinden dışarı çıkmasını istediğini, kendisinin de kardeşleri ile birlikte oynamaya dışarı çıktığını, geri geldiğinde kapının kapalı olduğunu, annesinin ise içeride olduğunu, babası bir kez eve geldiğinde annesinin evde olmadığını, babasının telefondaki mesajları görüp kızdığını, durumu gidip Serkan'a sorduğunu, bu hususları annesinden duyduğunu, daha sonraları yine bir gün kendisi evde iken annesi, babası ve Serkan arasında kavga çıktığını, son zamanlarda babasının maddi sıkıntıları olduğunu, aynı zamanda babasının bir kadınla ilişkisi olduğunun söylendiğini, bunu annesinin de birilerinden duyduğunu, bu nedenle babası ile tartışmalarının olduğunu,

Tanık Serkan D. aşamalarda; sanığın büfesinde üç yıl kadar dönerci olarak çalıştığını, maktulü de sanığın eşi olması dolayısı ile tanıdığını, maktul ile aralarında abla - kardeş ilişkisi bulunduğunu, zaman zaman birlikte motosikletle broşür dağıtmaya çıktıklarını, çevre esnafın bu yüz-

den dedikodu çıkardığını, 13.07.2012 günü, izinli olduğu sırada sanığın kendisini telefonla arayıp yanına çağırdığını ve evine götürdüğünü, orada tartışmaya başladıklarını, sanığın maktulü ve kendisini darbettiğini, sanığın kızı İrem'in de bu sırada yanlarında bulunduğunu, sanığın İrem'den bıçak istediğini, kendisinin bu bıçağı alarak evden kaçtığını, yoksa sanığın maktulü o gün öldüreceğini, karakola giderek şikâyetçi olduklarını, o gün maktulün kadın sığınmaevine yerleştirildiğini, daha sonra buradan ayrılan maktulün Halkalı'da bir tanıdığının evinde kalmaya başladığını, olaylar nedeniyle özür dilemek için maktulün kendisini çağırdığını, dışarıda görüştüklerini, maktulün kendisinin yanında kalmadığını ispat edecek bir belge almak için maktulle birlikte kadın sığınmaevine gittiklerini, bu durumu haber alan sanığın kendisini sığınmaevinin dışında görünce küfrederek kovduğunu, bunun üzerine biraz uzaklaştığını, maktulün sığınmaevinden çıkarak sanıkla birlikte gittiğini, olayı akşam öğrendiğini, kendisinin maktule mesaj çektiğini ancak bu mesajların aşk veya sevgi ifadeleri içermediğini, maktulün oturduğu evin yanında ikamet eden bir kızı sevdiğini, o kızın telefonu olmadığı için ona iletilmek üzere maktule zaman zaman mesaj attığını,

Tanık Erkan D.; Serkan'ın kardeşi olduğunu, olaydan kısa süre önce sanığın kardeşini evine götürerek dövdüğünü, sanığı telefonla aradığını, sanığın kendisine olayın namus nedeniyle meydana geldiğini, *"Gel kardeşini götür, yengen de eve dönsün, bu iş böyle kapansın"* şeklinde beyanda bulunduğunu, ifade etmişlerdir.

Sanık Çetin F. aşamalarda; maktul ile 13 yıldır evli olduklarını, müşterek dört çocuklarının bulunduğunu, İstanbul'da büfe işlettiğini, eşiyle aralarında bir takım huzursuzluklar çıktığını, olaydan altı ay kadar önce maktulün yatağını ayırarak kendisinden ayrı yatmaya başladığını, bu durumu işlerinin yoğunluğuna ve yorgunluğuna bağladığını, Serkan isimli şahsın yanlarında 3,5 yıldır çalıştığını, 13.07.2012 günü iş yerinden eve banyo yapmak için erken geldiğini, kapıyı kızı İrem'in açtığını, İrem'e maktulün nerede olduğunu sorduğunda, mevlitte olduğunu söylediğini, *"Neden seni yalnız bıraktı, git anneni çağır"* dediğini, İrem'in bunun üzerine annesinin nereye gittiğini bilmediğini söylediğini, İrem'e *"Annen*

giderken sana bir telefon bırakmadı mı" diye sorduğunda, kızının uzattığı telefonu incelediğini, telefonda çeşitli mesajlar gördüğünü, Serkan D.'dan maktule gönderilmiş 6 adet mesajı okuyup iş yerine döndüğünü, senelik izinde olan Serkan'ı arayıp, acilen konuşmaları gerektiği belirterek yanına çağırdığını, Serkan'ın 15 dakika sonra bir ticari araçla geldiğini, ancak bu araç henüz kendisine 100 metre kadar mesafede iken araçtan eşi olan maktulün indiğini, araç yanına gelince de Serkan'ın araçtan indiğini, Serkan'a çektiği mesajları sorduğunu, *"Bana bunu da mı yapacaktın, iş yerimden, evimden uzak ol, yuvamı bozma"* dediğini, Serkan'ın ise *"Her şey zaten açık, ona sevdiğimi söyledim, o da beni sevdiğini söyledi, aramızdaki arkadaşlık devam ediyor"* diye cevap verdiğini, bu arada eşinin Serkan'ı telefonla arayıp konuştuğunu, Serkan'ın telefonu kendisine verdiğini, eşinin *"Oraya gelirsem dükkânı başına yıkarım, seni rezil ederim"* dediğini, *"Tamam yok bir şey diyerek"* telefonunu kapattığını ve Serkan'ı evine yaklaşmaması için uyarıp kovduğunu, eve geldiğinde Serkan'ı yine kendi evinde görünce tokatlayarak darbettiğini, bu sırada eşinin, kızları İrem'den bıçak istediğini, bıçağı alan Serkan'ın evden kaçtığını, eşinin ise kendisini merdivenlerden yere attığını, karakola gittiğinde Serkan ile maktulü yan yana gördüğünü, maktulün sol elinin Serkan'ın omzunda olduğunu, maktulün kendisine *"Sen erkek misin, erkek bu"* şeklinde sözler söylediğini, eşinin kadın sığınmaevine yerleştirildiğini, eşini almak için kadın sığınmaevine gittiğinde Serkan'ı orada gördüğünü, ne işi olduğunu sorduğunu, *"Sevgilimin yanına geldim, sen kimsin"* deyince Serkan'ı oradan kovduğunu, eşiyle evlerine gelirken eşinin kendisine, sadece iki yıl kendisiyle birlikte olabileceğini, Serkan'ın askerliği bitince kendisinden ayrılacağını söyleyip "çocukları ne yaparsan yap" dediğini, eve gelince eşinin yine telefonla konuşmaya başladığını, ne yapmaya çalıştığını sorunca *"Ben artık bu evden gidiyorum"* dediğini, kapının arkasında hazırlanmış büyük bir valiz gördüğünü, maktulün kendisine *"O... çocuğu, sana mı soracağım nereye gideceğimi, sen erkek misin, o beni daha iyi tatmin ediyor"* şeklinde sözler sarf ettiğini, bu sırada maktulün kendisine bıçakla saldırdığını, boğuşmaya başladıklarını, sonrasını hatırlamadığını savunmuştur.

5237 sayılı TCK'nun 29. maddesinde haksız tahrik; *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz* yıldan *yirmidört* yıla ve müebbet hapis cezası yerine *oniki* yıldan *onsekiz* yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir" şeklinde, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak hüküm altına alınmıştır.

Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu halde fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeden, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısı üzerinde meydana getirdiği karışıklığın neticesi olarak bir suç işlemeye yönelmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan nedenlerden biridir. Başka bir anlatımla, haksız tahrik halinde failin iradesi üzerinde zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır.

Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanmış kararları ile öğretide de kabul gören görüşler doğrultusunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

a) Tahriki oluşturan haksız bir fiil bulunmalı,

b) Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,

c) Failin işlediği suç, bu ruhsal durumunun tepkisi olmalı,

d) Haksız tahrik teşkil eden eylem, mağdurdan sadır olmalıdır.

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi açısından, failin suçu ilk haksız fiilin doğurduğu öfke veya şiddetli elemin etkisiyle işleyip işlememesi önemlidir. Mağdur ya da maktulden gelen haksız hareketin psiko-

lojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, haksız tahrik hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanık ile maktulün evli oldukları, müşterek dört çocuklarının bulunduğu, sanığın büfe işleterek geçimini sağladığı, büfede tanıklar Serkan, Hakan ve Bahtiyar'ın da işçi olarak çalıştıkları, olaydan birkaç gün önce sanığın, maktul evde yokken maktulün evde unuttuğu cep telefonunu incelemeye başladığı, telefonda tanık Serkan'dan gelen sevgi içerikli mesajlar görmesi üzerine, Serkan ve maktulü bu mesajlarla ilgili görüşmek için eve çağırdığı, 13.07.2012 günü evde çıkan tartışma sırasında sanığın Serkan ve maktulü darbettiği, maktulün bu nedenle kadın sığınmaevine yerleştirildiği, hasta olduğu söylenen küçük çocuğunu görmek için maktulün 15.07.2012 günü sanıkla buluştuğu, sanığın bu buluşma sırasında maktulü yine darbettiği, maktulün sanıktan tekrar şikâyetçi olduğu, bir yakınında kalan maktulün olay günü Serkan'ı arayarak, evrak almak için kendisini sığınmaevine götürmesini istediği, Serkan'ın motosikletle maktulü sığınmaevine götürüp dışarıda beklediği, bu sırada sanığın da sığınmaevinin önüne gelerek Serkan'ı buradan uzaklaştırdığı, maktul ile sanığın birlikte ikamet ettikleri evlerine gittikleri, aksi ispatlanamayan savunmaya göre sanıkla maktul arasında çıkan tartışma sırasında maktulün sanığa hakaret ettiği, sanığın maktulü bıçaklayarak öldürdüğü olayda; ülkemizin de tarafı olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 12. maddesi ile, kültür, töre, din, gelenek veya sözde 'namus' gibi kavramların Sözleşme kapsamındaki herhangi bir şiddet eylemine gerekçe olarak kullanılmamasının temin edileceği, 42. maddesi ile de, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra başlatılan ceza davalarında aynı kavramların gerekçe olarak öne sürülmesinin önlenmesinin temini için gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınacağı hüküm altına alınmış olup, evrensel bir ilke olan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 185/3. maddesindeki *"Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar"* şeklindeki düzenleme ile de mevzuatımızda yer alan "evlilik birliği içerisinde eş-

lerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü" ilkesinin, Sözleşmede sözü edilen kültür, din, gelenek veya sözde "namus" kavramları içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmadığından Sözleşmenin somut olayda uygulanma yerinin bulunmadığı göz önüne alındığında; maktul ile tanık Serkan arasındaki telefon görüşmelerinin sıklığı, Serkan ile maktul arasında Serkan'ın tevilli ikrarıyla sabit olan sevgi içerikli mesajların varlığı, özellikle tanıklar Hakan ve Bahtiyar'ın ifadelerine göre, Serkan ile maktulün iş yerinde aşırı samimi olduklarının anlaşılması hususları birlikte değerlendirildiğinde, maktulün evlilik birliği içerisinde Türk Medeni Kanunundan kaynaklanan sadakat görevini ihlal ettiği, bu şekilde sanık yararına haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Ayrıca hükümden sonra 24.11.2015 gün ve 29542 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 gün ve 140-85 sayılı kararı ile, 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinin bazı hükümlerinin iptal edilmesi karşısında, sanık hakkında belirtilen maddenin uygulanması bakımından, mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, yerel mahkeme hükmünün, sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ve TCK'nun 53. maddesinin uygulanması bakımından yeniden değerlendirme yapılmasında zorunululuk bulunması nedenlerinden bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Ceza Genel Kurulu Üyesi; *"Direnme kararının isabetli olduğu ve onanması gerektiği düşüncesiyle"* karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Katılan T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekilinin kanuni süresinden sonra yapmış olduğu temyiz isteminin, 1412 sayılı CMUK'un 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 317. maddesi gereğince **REDDİNE,**

2- Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 26.05.2015 gün ve 157-167 sayılı direnme hükmünün, sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi ve hükümden sonra 24.11.2015 gün ve 29542 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 gün ve 140-85 sayılı kararı ile, 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinin bazı hükümlerinin iptal edilmesi karşısında sanık hakkında belirtilen maddenin uygulanması bakımından, mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması nedenlerinden **BOZULMASINA,**

3- Dosyanın, mahalline gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE, 20.06.2017** tarihinde yapılan müzakerede, temyiz isteminin reddi yönünden oybirliğiyle, direnme hükmünün bozulması yönünden ise oyçokluğuyla karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

YARGITAY
CEZA DAİRESİ
KARARLARI

ÖZET: Tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında, davacının (sanığın) kasten öldürme ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından toplam 163 gün tutuklu kaldığı, yapılan yargılama sonucunda kasten öldürme suçundan beraatine, 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan ise neticeten 6.375 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ve hükmolunan adli para cezasının gün karşılığı 100 TL'den hesaplanması suretiyle davacının (sanığın) tutuklu kaldığı sürenin 63 gününün adli para cezası mahkumiyetini karşıladığı dikkate alınarak, davacının (sanığın) fazladan tutuklu kaldığı 100 gün için makul bir miktar maddi ve manevi tazminata hükmolunması gerekir. **(İçtihat değişikliği)**

T.C.
YARGITAY
12. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2016/2658
KARAR NO : 2017/4984

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Davacının tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm, davacı vekili ve davacı tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Dairemizin 29.09.2014 tarih, 2014/4621 Esas - 2014/18891 Karar sayılı bozma ilamı sonrası gidilen görüş değişikliğine göre; tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında, davacının (sanığın) kasten öldürme ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından toplam 163 gün tutuklu kaldığı, yapılan yargılama sonucunda kasten öldürme suçundan beraatine, 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan ise neticeten 6.375 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ve hükmolunan adli para cezasının gün karşılığı 100 TL'den hesaplanması suretiyle da-

vacının (sanığın) tutuklu kaldığı sürenin 63 gününün adli para cezası mahkumiyetini karşıladığı dikkate alınarak, davacının (sanığın) fazladan tutuklu kaldığı 100 gün için makul bir miktar maddi ve manevi tazminata hükmolunması gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup, davacı vekili ve davacının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak **BOZULMASINA,** 12.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: 5271 sayılı CMK'nın 141/1-i bendi gereğince arama koruma tedbiri nedeniyle tazminata hükmolunabilmesi için arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekir. **(İçtihat değişikliği)**

T.C.
YARGITAY
12. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2016/11813
KARAR NO : 2017/7531

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Davacının tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm, davacı vasisi tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Gerekçeli karar başlığında "01/10/2014" olan dava tarihi yerine "07/11/2014" ibaresine yer verilmesi mahallinde düzeltilmesi mümkün yazım yanlışlığı olarak kabul edilmiştir. Dairemizce gidilen içtihat değişikliğine göre; 5271 sayılı CMK'nın 141/1-i bendi gereğince arama koruma tedbiri nedeniyle tazminata hükmolunabilmesi için arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması gerektiği, tazminat talebinin dayanağı olan arama tutanağının incelenmesinde ise arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirildiğine dair herhangi bir emareye rastlanılmadığı, davacı tarafın iddia ve taleplerini haklı kılacak ve ispatlayacak şekil ve nitelikte zarara uğradığına dair, hiçbir somut bilgi ve belge sunulmadığının, bu itibarla tazminata hükmedilemeyeceğinin anlaşılması karşısında, tazminat davasının reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemekle;

Yapılan incelemeye, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, mahkemece davacı lehine

tazminat isteme şartlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek davanın reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığından, davacı vasisinin gerekçesiz temyiz isteminin reddiyle hükmün **ONANMASINA,** 16.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Sanığın, müştekiye ait bulunan ve hırsızlık sonucu çalınan çeki bir şekilde ele geçirerek 14.11.2006 keşide tarihli, 13,500 TL bedelli, hamiline olarak düzenlenip keşideci imzasını da sahte olarak attıktan sonra katılandan aldığı mal karşılığında keşide yeri bulunmayan suça konu sahte çeki ciro yolu ile imzalayıp verdiği, çekin katılan tarafından bankaya ibraz edildiğinde, bankaca çekin keşidecinin rızası hilafına elinden çıktığı anlaşılması nedeniyle ödemenin yapılmadığı, bu şekilde sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin kabulü gerekir.

T.C.
YARGITAY
15. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2017/3834
KARAR NO : 2017/19011

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

Nitelikli dolandırıcılık suçundan sanık Süleyman Ö.'ın mahkumiyetine ilişkin İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 03/12/2008 tarihli ve 2008/71 E, 2008/304 K sayılı kararı aleyhine vaki temyiz istemi üzerine onama talebine dayanılarak dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 29/04/2011 gün ve 2009/123933 sayılı tebliğnamesiyle dairemize geldiği, 22.05.2013 tarih ve 2011/24911 E, 2013/9526 K sayılı kararıyla hükmün bozulmasına karar verilmesinden sonra mahkemece daha önceki hükmünde direnilerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanlığına gönderilen dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanlığınca da, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6763 sayılı Kanunun 02.12.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi nedeniyle anılan Kanunun 36. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK.nın 307. maddesi uyarınca dairemize gönderildiği, direnme kararının yerinde olduğu anlaşılmakla; dosya incelenerek gereği düşünüldü.

Sanığın müşteki Naim Akın T.'in işyerinde meydana gelen hırsızlık sonucu çalınan 3… …5 seri nolu çeki bir şekilde ele geçirerek 14.11.2006 keşide tarihli, 13,500 TL bedelli, hamiline olarak düzenlenip keşideci imzasını da sahte olarak attıktan sonra katılandan aldığı mal karşılığında keşide yeri bulunmayan suça konu sahte çeki ciro yolu ile imzalayıp verdiği, çekin katılan tarafından bankaya ibraz edildiğinde, bankaca çekin keşidecinin rızası hilafına elinden çıktığı anlaşılması nedeniyle ödemenin yapılmadığı, bu şekilde sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; sanık savunması, katılan beyanı, bilirkişi raporu ve dosya kapsamından; sanığın mahkumiyetine ilişkin mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına ve direnme kararının yerinde olduğundan sanığın bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddi ile hükmün **ONANMASINA,** 27/09/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

KAYBETTİKLERİMİZ



Av. Mehmet Muhittin Oktay
Doğum Tarihi: 24.08.1934
Vefat Tarihi: 18.04.2017



Av. İsmail Çakır
Doğum Tarihi: 15.12.1961
Vefat Tarihi: 02.05.2017



Av. M. Orhan Erdem
Doğum Tarihi: 01.01.1929
Vefat Tarihi: 22.05.2017



Av. Bekir Kurt
Doğum Tarihi: 15.03.1947
Vefat Tarihi: 01.06.2017



Av. Erinç Doğan
Doğum Tarihi: 26.10.1975
Vefat Tarihi: 27.07.2017



Av. Ayhan Yener
Doğum Tarihi: 01.04.1966
Vefat Tarihi: 01.08.2017



Av. İhsan Aydağ Aktepe
Doğum Tarihi: 14.08.1956
Vefat Tarihi: 01.08.2017



Av. Burcu Şimşek
Doğum Tarihi: 13.08.1981
Vefat Tarihi: 01.08.2017



Av. Ali Tamer Köseler
Doğum Tarihi: 17.08.1954
Vefat Tarihi: 02.09.2017

