

HUKUK BÜLTENİ

Sayı 49

Kasım 2021

Başlarken...

Dünyadan ve Türkiye'den güncel hukuki gelişme ve haberlere yer verdiğimiz Hukuk Bültenimizin Kasım sayısını sizlerle paylaşmaktan mutluluk duyuyoruz.

Bültenimizde yer alan içerik yalnızca bilgi verme amaçlı olup, konulara ilişkin detaylı bilgiler için bizimle irtibata geçmenizden memnuniyet duyacağız.

Aralık ayında görüşmek üzere!

Editörler:
Burcu Çelik
Serdar Darama

Aşı Olmak İstemeyen İşçinin İş Akdi Feshedilebilir Mi?

Covid 19 aşının zorunlu hale getirilmesiyle ilgili Türk Hukukunda Kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Şöyle ki 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunun 57. maddesinde sayılı salgın hastalıklarının ortaya çıkması halinde aynı Kanunun 72. maddesi kapsamında kişilerin devlet tarafından zorunlu aşılanmasını mümkün kılmaktadır. Söz konusu Kanuna Covid-19 aşısının da kişilere zorunlu şekilde uygulanabileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. [\(Sayfa 2\)](#)

Şirket Yönetim Kurulu Üyesinin İbra Sırasında Oydan Yoksurluğu ve Temsilci Sıfatı ile Oy Kullanması

Anonim şirketlerde ancak genel kurulun alabileceği ibra kararı, yönetim kurulunu, denetçileri ve ortaklık yöneticisi olan müdürleri bir hesap yılı sonunda, o yıla ait iş ve faaliyetlerini onaylama ve ortaklığın, ibra edilenlere karşı ibra konusu iş ve eylemlerinden dolayı bir alacak veya hak sürmeyeceği ve onları sorumlu tutmayacağı anlamına gelmektedir. [\(Sayfa 7\)](#)

Aliud İfa ve Eser Sözleşmelerindeki Görünümü

İfa edilen ediminin borçlanılana uygun olmadığı durum, aliuddan ibaret değildir. Ayıplı ifa halinde de borçlanılana uygun olmayan bir edim bulunmaktadır. [2] Dolayısıyla ayıplı ifa ile aliud ifanın sınırlarını çizmek büyük önem arz etmektedir. Ayıplı ifada bir "ifa" bulunurken; aliud ifada bir "ifa" bulunmamaktadır. [\(Sayfa 15\)](#)

Çocuk Teslimine Dair İhlallerin İcrası

Türk hukuk sisteminde ve mevzuatta her ne kadar çocuğun üstün yararı gözetilerek sistem işletilmeye çalışılsa da mevcut düzenleme sürekli sorunlara yol açmakta ve toplumun en küçük bireyi olan çocukta düzeltilmesi zor hasarlar bırakmaktadır. Çocukların toplumun geleceğini oluşturan temel taşları olduğu göz önünde bulundurulduğunda Türk hukuk sistemi bakımından bu konu bir hayli önem arz etmektedir. [\(Sayfa 4\)](#)

İfade Özgürlüğünün Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ile İlgili Vedat Şorli İhlal Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bu çalışmada ifade özgürlüğü İHAM'ın 19/10/2021 tarihli Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ile İlgili Vedat Şorli ihlal kararı çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu sebeple ifade özgürlüğü tüm yönleriyle değil İHAM'ın bu karar ve benzeri kararlarında değindiği başlıklar çerçevesinde ele alınacaktır. [\(Sayfa 10\)](#)

Hukuk Sistemlerinde Dijital Miras

Miras bir kimsenin ölümü itibarıyla varislerine kalan maddi değeri bulunan hakları, borçları ve malları ifade etmektedir. Türk Hukukunda miras kavramının içerisine borçlar ve yükümlülükler, mülkiyet hakları, mirasbırakanın aynı hakları, diğer malvarlığı hakları, taşınır ve taşınmazlara yönelik zilyetlikler dahil edilmektedir. [\(Sayfa 18\)](#)

Güncel Haberler

Proje Finansörleri, Uluslararası Yatırım Antlaşmaları Kapsamında Projeyi Olumsuz Etkileyen Devlet Tedbirlerine Karşı Koruma Talep Edebilecek! [\(Sayfa 9\)](#)

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayımlandı! [\(Sayfa 20\)](#)

Yardım Toplama Yönetmeliğindeki Değişiklikler Resmi Gazete'de Yayımlandı! [\(Sayfa 20\)](#)

Anayasa Mahkemesi'nden Etkili Soruşturma Yapılmaması Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlal Edilmesi Kararı! [\(Sayfa 20\)](#)

Kyle Rittenhouse Kararı Meşru Savunmanın Kapsamı Konusunda Yanıtlandı! [\(Sayfa 21\)](#)

ASI OLMAK İSTEMEYEN İŞÇİNİN İŞ AKDİ FESHEDİLEBİLİR Mİ?



Covid-19 Aşısı Zorunlu Mudur?

Bilindiği üzere Anayasa'nın 17. Maddesi'nin ikinci fıkrasında, "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemeye göre bir yandan kişilerin vücut dokunulmazlığı koruma altına alınmakta diğer yandan da tıbbi zorunluluk ve Kanuni düzenlemelerin bulunması halinde zorunlu tıbbi müdahalelerin yapılabileceği belirtilmektedir. Aksi durumda her türlü tıbbi müdahale açısından kişinin rızası esas olarak kabul edilir.

Covid 19 aşısının zorunlu hale getirilmesiyle ilgili Türk Hukukunda Kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Şöyle ki 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunun 57. maddesinde sayılı salgın hastalıklarının ortaya çıkması halinde aynı Kanunun 72. maddesi kapsamında kişilerin devlet tarafından zorunlu aşılanmasını mümkün kılmaktadır. Söz konusu Kanuna Covid-19 aşısının da kişilere zorunlu şekilde uygulanabileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu kanunda değişiklik yapılarak bu yönde bir ekleme yapılmamıştır. Bu sebeple de kişinin aşı olup olmaması tamamen kendi rızasına bağlıdır. Bunun için kişinin sağlık sorunun olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısı ile işçi kendi tercihi ile aşı olmama hakkını kullanabilecektir.

Covid-19 Aşısı İşveren Tarafından Zorunlu Tutulabilir Mi?

Yukarıdaki açıklamalar ve yürürlükte olan kanunlar ışığında bakıldığında sadece işçinin aşı olmayı reddettiği gerekçesine dayalı olarak iş akdinin feshine yönelik uygulamalar hukuka aykırılık teşkil edecektir. Kanunun zorunlu tutmadığı bir fiilin yapılmaması gerekçe gösterilerek haklı ya da geçerli fesih olarak ileri sürülemeyecektir. Aşı olmayanların iş sözleşmelerinin feshedilmesinin başta Anayasaya olmak üzere İnsan Hakları Sözleşmesine de aykırıdır.

Covid 19 Aşısı Devlet Tarafından Zorunlu Tutulabilir Mi?

Yine yukarıda açıklamış olduğumuz üzere Kanuni düzenleme ile aşı devlet tarafından zorunlu tutulabilir. Ancak şunu hatırlatmak isteriz ki Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, 11/11/2015 tarihinde, Halime Sare Aysal'ın başvurusunda (Başvuru No: 2013/1789), bebek ve çocuklara zorunlu uygulanan aşılarla ilişkin yapılan başvuruları değerlendirip, zorunlu aşığı Anayasa'ya aykırı bularak ve hak ihlaline kararı vermiştir. Bu karardaki tespitleri dikkate aldığımızda Covid-19 aşısının da devletçe zorunlu tutulması durumunda da Anayasaya aykırı olacağını söyleyebiliriz. Yani bu yönde bir kanuni düzenleme yapılması halinde de Anayasaya aykırılıktan söz etmemiz mümkündür. Bundan zarar gören herkes söz konusu kanuni düzenlemenin iptaliyle ilgili Anayasa mahkemesine başvurabilecektir.

Aşı Olmayan İşçiler Karşısında İşverenin Diğer İşçileri Koruma Yükümlülüğünün Kapsamı Nedir?

Aşı olmayan işçilerin işyerine alınması uygulamada birtakım sorunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bilindiği üzere işveren, iş yerinde zorunlu iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekli tüm önlemleri almakla mükelleftir. Bu kapsamda işveren, Covid-19'a karşı gerekli tüm önlemleri almalıdır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, işverenler işyerinde çalışan tüm işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamalıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesine göre işverenler çalışanlarının işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla, riskleri analiz edip gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur.

İşveren, işçilerin sağlığını ve güvenliğini korumak için mesleki risklerin önlenmesi,

eğitim ve bilgi verilmesi dahil gerekli her türlü önlemi almak, organizasyonu yapmak, araç ve gereçleri sağlamak vb. gibi tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda Covid-19 virüsü karşısında işverenler tarafından işyerinde gerekli dezenfektanların ve hijyenik ürünlerin temini gibi önlemlerin alınması zorunludur. İşverenler, çalışanları için tehlikeli bir duruma yol açabilecek risklerden kaçınma, var olan riskleri ortadan kaldırmalı ya da daha az riskli hale getirmelidir. Sonuç olarak işveren Covid-19 salgını ile ilgili işyerinde herhangi bir bulaşıcı hastalık olup olmadığını denetlemeli ve bu yönde bir şüphe var ise gerekli önlemleri derhal almalıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 19. maddesine göre, işyerindeki çalışanların, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye karşı koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu sebeple çalışanların da bireysel temizliğe dikkat etmek, kendisi veya çevresinde bir hastalık tespit edildiğinde işverene bildirmek, karantina sürelerine uymak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu sebeple de Covid 19 hastalığına yakalanan işçi derhal bu durumu işverene bildirmelidir.

Aşı olmayan işçilerin aşı olan kişilere zarar verdiği hususunda bilimsel bir tespit mevcut değildir. Bilindiği üzere aşı kişinin kendisini korumaktadır. Bu sebeple de aşı olmayan kişinin hastalığı diğer işçilere bulaştıracığı gibi bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki aşı olan kişilere de hastalık bulaşmaktadır. Aşı hastalığın bulaşmasını engellemekte, sadece hastalığı hafif geçirmeyi sağlamaktadır. Sonuç olarak işveren diğer işçileri koruma yükümlülüğünü ileri sürerek aşı olmayan işçilerin iş akdini haklı ya da geçerli nedenle feshedemez.

İşveren Aşı Olmayan İşçilerden PCR Testi Talep Edebilir Mi? KVKK Açısından Mümkün Müdür?

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yayınladığı 20.08.2021 tarihli Genelgeyle Corona virüsü aşısı olmayan işçilere haftada bir kez PCR testi zorunluluğu getirmiştir.

İçişleri Bakanlığınca 81 İl Valiliklerine gönderilen genelgede “Covid-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenebilecek, test sonuçları gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacaktır.”

denilmektedir.

Görüleceği üzere Bakanlık işverenlerden aşı olmayan işçilerden haftada bir kez PCR testi yaptırmalarını talep etmelerini zorunlu tutulmuştur. İşveren aşı olmayan işçileri bu test sonuçlarına göre işyerine alması gerekmektedir. Ayrıca aynı genelge ile söz konusu test sonuçlarının kayıt altına alınması da zorunlu tutulmuştur.

Kişilerin tahlil, görüntüleme, test, rapor, aşı durumu gibi sağlık durumlarına ilişkin bilgileri 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunun 6. maddesine göre kişisel sağlık verisi niteliğinde olup, özel nitelikli kişisel veri kategorisinde yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu bilgilerin bu düzenleme kapsamında gerekli işleme şartlarına uygun olarak işlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca bilindiği üzere Kişisel Verilerin Korunması Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, “Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi” durumunda Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Bu kapsamda Covid-19 virüsünün sebebiyet verdiği salgın hastalığın kamu güvenliği ve kamu düzenini tehdit etmesi sebebiyle hastalığın yayılımını engellemek amacıyla Covid-19 aşı bilgisi ve/veya negatif sonuçlu PCR test bilgisinin anılan maddede hüküm kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülen önleyici ve koruyucu faaliyetler kapsamında işlenmesinin önünde bir engel bulunmadığı, dolaşısıyla söz konusu kişisel veri işleme faaliyetlerinin Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında gerçekleştirilebileceği söylenebilir.

PCR testinin genelge ile zorunlu hale getirilmesi Anayasaya aykırıdır ancak bu yönde bir genelge yayınlanmasıyla işverene ek yükümlülük yüklenmiştir. İşveren bu yönde bir yükümlülük yüklenmesi karşı-

sında işveren bu şartları yerine getirerek diğer işçileri korumak adına aşı olmayan işçilerden PCR testi talep etmelidir. Aksi halde diğer işçileri korumak adına gerekli önlemleri almamış olacaktır.

Burada işçiler aşı olmaya zorlanmamaktadır. PCR testi talebi söz konusu virüs taşıyan işçilerin belirlenmesi açısından istenmektedir. Bizce bu şartın tüm işçiler açısından uygulanması gerekmektedir. Sadece aşı olmayanlardan talep edilmesi eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır.

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere aşı söz konusu virüsün bulaşmasına engel olamamaktadır. Tam tersi sadece söz konusu hastalığın hafif geçirilmesine neden olmaktadır. Bu da kişilerin hastalığa yakalanıp yakalanmamasının tespiti zorlaştırmaktadır. Bu sebeple de hiç şüphe duyulmayan aşıli kişi bu virüsü birisine bulaştırabilecektir. Tüm bu sebeplerle eşitlik ilkesine aykırı olmaması için işverenin gerek aşı olanlardan gerekse olmayanlardan PCR testi talep etmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

PCR Testi Ücretini İşveren Mi Yoksa İşçi Mi Karşılacaktır?

Bilindiği üzere PCR testini ücretsiz yapan devlet hastaneleri vaka temassın, belirti olmadığı sürece böyle rutin bir PCR testi hizmeti vermemektedir. Yani işçi her hafta devlet hastanesine gidip PCR testi olmak istiyorum diyemez. Bu konuda PCR testi hizmeti veren özel hastaneler, tıp merkezleri vs. var, bu yerler hiçbir gerekçe olmasa da test yapmaktadır ancak buralarda testler ücret karşılığında yapılmaktadır.

Bakanlığın açıklamasından test zorunluluğunun 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu yönüyle 6331 sayılı Kanuna göre İSG ekipman, araç, gereç, muayene vs. işlemlerini işveren sağlamak ve masraflarını karşılamak mecburiyetindedir. Bu düzenlemeden yola çıkarak PCR olası maliyetini işverenin karşılaması gerekmektedir.

Aşı Olmayan veya PCR Testi Yaptırmayan İşçiler İşten Çıkarılabilir mi?

Aşıların zararlı olup olmadığı herhangi bir koruma sağlayıp sağlamadığı net bir şekilde bilimsel olarak belirlenmiş değildir. Ayrıca aşının az da olsa başta ölüm olmak üzere birçok zararlı yan etkilerinin ortaya çıkması tespit edilmiştir.

Aşının vereceği etkiler kişiden kişiye değişmektedir. Bu konuda net bir şey söylemek mümkün değildir. Sağlıklı bir insanda olumsuz etkileri de görülebilir. Sağlıksız bir insanda olumlu etkileri de görülebilir. Bu konuda ispatlanmış bilimsel bir araştırma bulunmamaktadır. Bu husus zamanla netleşecektir. Bu nedenle de aşı olup olmama tercihini devletler kişilerin kendi tercihine bırakmıştır. Aşı zorunlu hale getirilmemiştir.

Bu açıdan bakıldığında devlet tarafından zorunlu tutulmayan Covid-19 aşısının işveren tarafından zorunlu tutulması başta Anayasa’ya olmak üzere İnsan Hakları Sözleşmesine de açıkça aykırıdır.

İş Kanunu’nda işverenin haklı fesih ve geçerli nedenleri arasında işçinin aşı olmaması yer almamaktadır. Sonuç olarak aşı olmak istemeyen işçinin iş akdini haklı veya geçerli nedenle feshedilmesi mümkün değildir.

İşveren PCR testi yaptırmayan işçileri işyerine almama hakkına sahiptir ancak buna dayanarak işçinin iş akdi İş Kanununda yer alan haklı ve geçerli fesih nedenlerine dayanarak feshedilemez. Bu durum Kanuna açıkça aykırıdır. Genelgeye dayanarak işçinin iş akdinin feshi ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

Detaylı Bilgi için;
[Av. Gülden Mehmed Altın](mailto:info@ozgunlaw.com)
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
2. Anayasa Mahkemesi Bahkemesi’nin 11/11/2015 tarihinde, Halime Sare Aysal’ın başvurusu (Başvuru No: 2013/1789),
3. 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
4. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
5. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın 20.08.2021 tarihli Genelgesi
6. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
7. 4857 Sayılı İş Kanunu

ÇOCUK TESLİMİNE DAİR İLAMLARIN İCRASI

kolaylıklar kanun ve diğer vasıtalarla temin edilmelidir.

Bu maksatla hazırlanan kanunlarda çocuğun çıkarları göz önünde bulundurulmalıdır” şeklindeki ifadelerle çocuğun üstün yararı yerine “çocuğun çıkarı” kavramı kullanılmıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri olan 3. Maddesinde ise,

"1) Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2) Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler." denilmek suretiyle çocuğun üstün yararının yapılacağı çalışmalarda en önemli husus olduğu açıkça belirtilmiştir.

Türk hukuk sisteminde ise çocuğun üstün yararı zayıfın korunması ilkesi ile bağdaşır. Nasıl ki, Türk hukuk sistemi kadını, işçiyi, kiracıyı zayıf konumda olması sebebiyle koruyorsa çocuğu da zayıf olması sebebiyle korumaktadır. Yargıtay kararlarında çocuğun üstün yararı yerine çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişimden söz edilmektedir. [1]

II. ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLAMLARIN KAYNAKLARI

Çocuk teslimi kavramı, evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi veya birlikte yaşamaya ara verilmesi neticesinde ortak çocukların velayetinin hangi eşe ait olacağına karar verilmesi, velayetin düzenlenmesi ve kaldırılması talepleri, evlat edinme ve velayetin kaldırılıp çocuğun vesayet altına alınması durumlarında gündeme gelir. [2]

A. GİRİŞ

Türk hukukunda çocuk teslimine dair ilamlar, icra daireleri tarafından çocuğun üstün yararı gözetilmek suretiyle yerine getirilmektedir.

İcra daireleri tarafından gerçekleştirilen usulde, takip talebi, icra emri, zorla yerine getirme ve yerine getirilmediği takdirde hapis ve tazyik etme aşamaları yer almaktadır. İşbu makale konusunun seçilmesinde birtakım faktörler etkili olmakla birlikte bu faktörler şunlardır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne taraf ülke olmamızın getirdiği bazı sorumluluklar sonucu çocuğun üstün yararı uyarınca mevzuatımızda yeni düzenlemelere yer verilmesi, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasında ilamların yerine getirilmesi sırasında çocukların derin yaralar alarak psikolojik olarak etkilenmesi ve son dönemlerde icra daireleri tarafından uygulanan usulün çocuğun üstün yararını yeterli derecede gözetemesi sebebiyle uygulanan usulün değiştirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin düzenlemelerin yapılmaya çalışılmasıdır.

Türk hukuk sisteminde ve mevzuatta her ne kadar çocuğun üstün yararı gözetilerek sistem işletilmeye çalışılsa da mevcut düzenleme sürekli sorunlara yol açmakta ve toplumun en küçük bireyi olan çocukta düzeltilmesi zor hasarlar bırakmaktadır. Çocukların toplumun geleceğini oluşturan temel taşları olduğu göz önünde bulundurulduğunda Türk hukuk sistemi bakımından bu konu bir hayli önem arz etmektedir.

Bu sebeple çalışmamızda ayrıntılı olarak çocuğun üstün yararı, çocuk teslimine dair ilamların kaynakları, ilamların icrası prosedürü ve ilamların icrası esnasında uzman bulundurulması incelenecektir.

Son olarak sonuç kısmında ise, uygulanan mevcut sistem yerine teklif olarak sunulan yeni sistemde oluşabilecek sorunlara ilişkin değerlendirmemize yer verilecektir.

I. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI VE KAVRAMI

Çocuğun yüksek yararı konusu çocuğu ilgilendiren her işte dikkate alınması gereken bir husustur. Çocuğun üstün yararı ile anne babanın yararı, toplumun yararı arasında karşılaştırma yapılması durumunda adil olma esası göz önünde bulundurularak çocuğun üstün yararı gözetilmelidir. Çocuğun üstün yararına ilişkin hem uluslararası düzenlemeler hem de ulusal düzenlemeler mevcuttur.

Çocuğun yararı kavramı, Türk hukuk sistemi bünyesine girmeden önce varlığını gösteren bir husus olup ilk defa çocuk haklarını konu alan 20.11.1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi'nde geçmektedir.

Bu bildirinin 2. İlkesinde “Çocuk, özel bir himayeden istifade edebilmeli; ona hürriyet ve haysiyet içinde sıhhatli ve normal şekilde bedeni, fikrî, ahlakî, ruhî ve sosyal yönden gelişmesini sağlayacak imkân ve

Mahkeme kararıyla müşterek çocuk kendisine verilen eş eğer müşterek çocuk ile yaşamıyorsa çocuğu mahkeme kararıyla kendisine verilen tarafa teslim etmesi gerekmektedir.

Eğer müşterek çocuk kendisi ile yaşayan taraf, müşterek çocuğu mahkeme kararıyla kendisine verilen tarafa teslim etmek istemezse çocuk teslimine ilişkin ilam icra müdürlüğü tarafından yerine getirilir.

a. Velayetin düzenlenmesi ve kaldırılması talepleri

Velayet; ana ve/veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir. [3] Çocuğun ergin olması ile velayet kendiliğinden kalkar. TMK 336. madde 1. fıkra uyarınca; evliliğin devamı süresince anne ve baba velayeti birlikte kullanılır.

Aynı maddenin 3. Fıkrası uyarınca, evlilik ölüm ile sona ererse velayet hayatta kalan eşe ait olur. Yine TMK 336. madde 2. fıkra uyarınca, boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı hallerinde velayet mahkeme kararı ile kendine bırakılmasına karar verilen ana veya babaya ait olur. TMK 337’de düzenlendiği üzere, ana ve baba evli değilse velayet yalnız anaya aittir. Evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin butlanı ile sona ermesi ya da ayrılık kararı verilmesi halinde müşterek çocuk hakkında da karar verilir.

Çocuğun gelişiminin tehlikede olması ve bu tehlikenin önlemlerle giderilememesi halinde velayetin kaldırılmasına karar verilebilir. Velayetin kaldırılmasına ilişkin karar çocuğun diğer eşe veya vasiye teslim edilmesini de içerecektir. Bu nedenle velayetin kaldırılması halinde çocuğun diğer tarafa teslim edilmesi gerekecektir. [4]

b. Evlat Edinme

Evlat edinme, TMK’nın 282. Maddesi üçüncü fıkrasında, “soy bağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur.” düzenlenmektedir. Evlat edinme müessesesi, ailesi olmayan çocukların aile ortamında büyütülerek hayata kazandırılmasını amaçlamaktadır. Evlat edinmede de çocuğun üstün yararı gözetilmek suretiyle gelişiminin tamamlanması sağlanmaktadır. Evlat edinme ilişkisi ancak belirli şartların oluşması halinde evlat edinmek isteyen kişinin

yasal yollara başvurusu ile oluşur. Evlat edinen tarafından yasal yollara başvuru süreci ve bu sürecin tamamlanması sırasında evlat edinilenin biyolojik anne babasının yanında ya da vasiinin yanında kalıyor olması halinde evlat edinme talebinin kabul edilmesi halinde çocuk teslimi söz konusu olur.

c. Vesayet

Vesayet kavramı TMK 393-494 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Vesayet, küçüklük veya kısıtlılık nedeniyle korunmaya muhtaç durumda bulunan ve velayet altında olmayan kişilerin kişi varlığı ve malvarlığının korunması ile temsillerinin sağlanması için öngörülmüş olan bir kurumdur. [5]

İşbu makalenin konusunun çocuk teslimi olması sebebiyle küçüklük sebebiyle korunmaya muhtaç kişiler için vesayet kurumu üzerinde durulacaktır. Çocuğun yasal temsilcisi kural olarak velisidir. Ancak çocuğun velisinin olmadığı hallerde korunmaya muhtaç olması sebebiyle TMK 404. Maddesinin 1. Fıkrasında açıkça “velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı” düzenlenmiştir. İşbu makalenin konusunu oluşturan çocuğun teslimi hususu velayet altında bulunan çocuğun velayetinin kaldırılarak çocuğa vasi atanması durumunda söz konusu olur.

III. ÇOCUK TESLİMİNE İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASI PROSEDÜRÜ

Çocuk teslimine ilişkin yapılan genel bilgilendirmelerden sonra çalışmanın bu kısmında çocuk teslimine dair ilamların nasıl icra edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. İcra İflas Kanunu’nun 25. Maddesi 1. Fıkrasında; “Çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24’üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur.” çocuk teslimine dair ilamların icra prosedürü düzenlenmiştir.

a. Takip Talebi, Takibin Başlaması ve Takibin Tarafları

Alacaklı taraf çocuk teslimine ilişkin mahkeme kararını yazılı veya sözlü olarak icra dairesine vererek takip talebinde bulunabilir. Çocuk teslimi ile ilamlı icra süreci bu şekilde başlar. İlamlı icra takibinde alacaklı ve borçlu, takibe konulan ilâmdan alacaklı ve borçlu olduğu anlaşılan kişilerdir. [6]

Çocuk teslimine dair ilamlı icrada alacaklı, mahkeme kararı ile müşterek çocuğun kendisine bırakıldığı fakat müşterek çocuk kendi yanında bulunmayan kişidir. Yine çocuk teslimine dair ilamlı icrada borçlu, mahkeme kararı ile müşterek çocuğun kendisine bırakılmayan ve müşterek çocuk kendi yanında bulunan kişidir. Çocuk teslimine dair ilamların icrasında alacaklı tarafından takip talebinde bulunulabilmesi için alacaklının takip harcı yatırması gerekmektedir.

b. İcra Emri ve İcra Emrinin Tebliği

Çocuk teslimine dair ilamların icrasında alacaklı tarafından takip talebinde bulunulduktan sonra icra müdürünün takip talebi ile icra müdürlüğüne sunulan belgenin ilam olup olmadığını, hükmün kesinleşip kesinleşmeyeceğini kendiliğinden inceleyecektir. Aksi halde yani icra müdürü takip talebi ile icra müdürlüğüne sunulan belgenin ilam olup olmadığını incelemeyen borçluya bir icra emri gönderirse borçlu süresiz şikâyet yoluna başvurabilir. Takip talebinin bir ilâma dayanıp dayanmadığını inceledikten sonra icra müdürü bir icra emri düzenleyerek borçluya göndermek zorundadır. [7]

İcra emrinde şu hususların yazılı olması zorunludur: [8] 1) Alacaklının ve varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı, adresi ve vergi kimlik numarası, 2) Borçlunun ve varsa kanunî temsilcisinin veya vekilinin adı, soyadı, adresi ve vergi kimlik numarası, 3) İlâmı veren mahkeme ve ilâmın tarih ve numarası, 4) Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde teslim edilmesi ihtarı, 5) Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde teslim edilmemesi halinde, çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm hükmünün zorla icra olunacağı ve 6) İlâmın icrası sırasında çocuğun gizlenmesi halinde gizleyenin İcra ve İflâs Kanunu m. 341 uyarınca cezalandırılacağı ihtarı.

Çocuk tesliminin nerede ve nasıl teslim edileceği hususunda, alacaklı ile borçlu veya icra müdürü arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, icra müdürünün veya icra mahkemesinin ilâmı yorumlama, değiştirme, eksikliği tamamlama veya tavzih etme yetkisi yoktur. [9]

Çocuk teslimine dair ilamların icrasında icra emri borçluya tebliğ edildikten sonra ilamların yerine getirilmesi aşamasına geçilebilir.

c. İcra Emrinin Yerine Getirilmesi

Çocuk teslimine dair ilamların icrasında icra emri borçluya tebliğ edildikten sonra yedi gün içinde borçlu müşterek çocuğu alacaklıya teslim edebilir ya da borçlu alacaklının da icra dairesinde bulunduğu sırada müşterek çocuğu icra müdürlüğünde alacaklıya teslim edebilir. Bu şekilde icra takibi amacına ulaşmış olur ve sona erer. Ancak borçlu icra emri kendisine tebliğ edilmesinin üzerinden yedi gün geçmesine rağmen müşterek çocuğu alacaklıya teslim etmezse alacaklı icra müdürlüğünden talepte bulunarak müşterek çocuğun kendisine teslimini talep edebilir.

İcra İflas Kanunu madde 25'in 2. cümlesinde *"çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra edilir."* şeklindeki düzenleme ile çocuğun nerede bulunduğu öneminin olmadığı açıkça vurgulanmıştır. İcra İflas Kanunu'nun 25. maddesinde belirtildiği üzere, çocuk teslimi sırasında icra müdürüne direnilmesi halinde icra müdürünün zor kullanma yetkisi vardır. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus zor kullanma yetkisinin sadece borçluya ve üçüncü kişiler üzerinde olabileceğidir.

d. Çocuğun teslim edildikten sonra tekrar alınması

Çocuk icra dairesi tarafından alacaklıya teslim edildikten sonra, borçlu haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa, İcra ve İflâs Kanunu m. 25/II gereği, ayrıca bir mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın icra müdürü, çocuğu borçludan alarak alacaklıya teslim eder. [10]

Bu durumda mahkeme hükmüne gerek olmadığı gibi alacaklının yeni bir takip talebinde bulunmasına da gerek yoktur; aynı takip dosyası üzerinden alacaklının talebi ile çocuğun alacaklıya teslimi gerçekleştirilir. Şartları mevcutsa, ilamı yerine getirmeyen veya getirilmesine engel olan kimse, burada da İİK m.341'e göre cezalandırılabilir. [11]

IV. ÇOCUK TESLİMİNE DAİR İLAMLARIN İCRASINDA UZMAN BULUNDURULMASI

4949 sayılı Kanun'un 7. Maddesiyle İİK'ya eklenen 25/b maddesi ile çocuk teslimine ilişkin ilamların uzman eşliğinde yerine getirilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

İcra İflas Kanunu'nun 25/b maddesinde; *"Çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve*

Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir." çocuk teslimine ilişkin ilamların icrasında uzman bulundurulması gerektiği ve hangi uzmanların bulundurulması gerektiği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile çalışmamızın ilk kısımlarında üzerinde durduğumuz çocuğun üstün yararı gözetilerek çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Çocuk teslimi esnasında hazır bulundurulması zorunlu uzmanların asıl işlevi, müşterek çocuğu teslim etmek istemeyen borçlunun çocuğun psikolojisini etkileyecek davranışlarda bulunmasını engellemektir. Eğer ki, borçlu taraf olumsuz davranışlarına devam etmekte ısrarcı davranmaya devam ederse hazır bulunan uzmanların yapması gereken çocukta bu durumun bir travma oluşturmaya mâni olmaktır.

Sonuç olarak, çocuk teslimine dair ilamların icra edilmesi sırasında uzmanın hazır şekilde bulunması Türk hukuk sistemi bakımından büyük önem arz etmekle birlikte uzman bulundurma zorunluluğunun amacının gerçekleştirilmesi için uzmanların üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi, teslim edilen çocukta oluşabilecek herhangi bir psikolojik travmanın önüne geçmesi gerekmektedir.

B. SONUÇ

Çocuk teslimine dair ilamlar aile hukukunu ilgilendiren ilamlardır. Bu sebeple bu ilamların icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmektedir. Çocuk teslimine ilişkin hükümler müşterek çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Olması gereken hukuk açısından çocuk teslimine ilişkin ilamların icrasında çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerekmektedir.

Bu sebeple müşterek çocuğun alacaklı ve borçlu arasında geçen olumsuz tutum ve davranışlardan etkilenerek travma yaşamasının önüne geçilmesi bu düzenleme kapsamında en önemli husus olmalıdır.

Ayrıca çocuk tesliminin icra müdürlüğü tarafından yapılıyor olması da müşterek çocukta ileride dönülmesi zor hasarlara neden olabileceğinden yine bu düzenlemede çocuğun teslimi esnasında icra müdürlüğünün ikinci plana atılması gerekmektedir. Ancak alacaklının icra müdürlüğüne icra takibi başlatması ve takip kesin-

leştikten sonra teslim talebinde bulunması icra müdürlüğünün görevi kapsamında kalmalıdır. Çünkü Türk hukuk sisteminde çalışmamızın konusu olan çocuk teslimi prosedürünün sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi için idari bir birim veya makamın süreçte söz sahibi olması gerekmektedir.

Detaylı Bilgi için;
[Av. Merve Çelik](mailto:info@ozgunlaw.com)
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. 2.HD. 12.07.2007, E.2007/10653, K.2007/17461, 2.HD. 07.02.2005, E.2005/16542, K.2005/1472, 2.HD. 27.12.2004, E.2004/14629, K.2004/15838
2. Çağrı Mardin, Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 36.
3. Oğuzoğlu, H. Cahit: Medeni Hukuk II-Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 240
4. Çağrı Mardin, Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 58.
5. Akyüz, Çocuk Hukuku, 4. B., Ankara 2015, s.309.
6. Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010, s.404.
7. Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 774.
8. Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 835.
9. Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010, s.405.
10. Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 836.
11. Derya Belgin, Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.68.

ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İBRA SIRASINDA OYDAN YOKSUNLUĞU VE TEMSİLCİ SIFATI İLE OY KULLANMASI

Anonim şirketlerin yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu üyeleri, yönetim ve temsil yetkisinden doğan tüm görevlerini şirketin menfaathlerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde gözeterek ve tedbir bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek zorundadırlar. Zira anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurları ile ihlal ettikleri takdirde pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlulukları doğacaktır.

Bu genel hukuki sorumlulukları haricinde, belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması, sermaye hakkında yanlış beyanda bulunulması, ayın ve işletmelere değer biçilmesinde yolsuzluk yapılması gibi birçok özel halde de yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna gidilebilecektir. [1] Ancak yönetim kurulu üyelerinin anonim şirkete verdikleri zararlara ilişkin hukuki sorumlulukları ibra yolu ile ortadan kalmaktadır.

Kelime anlamı “aklama, temize çıkarma” olan ibra, hukuki terminolojide ise “borçluyu borcundan kurtarmak, alacaklının bir hakkından kısmen veya tamamen vazgeçmesi” şeklinde tanımlanmaktadır. [2] Anonim şirketlerde ancak genel kurulun alabileceği ibra kararı, yönetim kurulu, denetçileri ve ortaklık yöneticisi olan müdürleri bir hesap yılı sonunda, o yıla ait iş ve faaliyetlerini onaylama ve ortaklığın, ibra edilenlere karşı ibra konusu iş ve eylemlerinden dolayı bir alacak veya hak sürmeyeceği ve onları sorumlu tutmayacağı anlamına gelmektedir. [3]

Alınacak ibra kararının kendisinden beklenen sonucu doğurabilmesi için Türk Ticaret Kanunu’nda belirtilen usule uygun bir şekilde alınması ve getirilen yasaklara uyulması gerekir. Bu yasaklardan biri de oydan yoksunluk halidir. Oydan yoksunluk hali, TTK’nın 436. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

(1) Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.
(2) Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmeleri-

ne ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz”

436’ncı maddenin birinci fıkrasında, şirketin işleyişine ilişkin olarak genel bir oydan yoksunluk hali düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre, için, pay sahibinin bizzat kendisi, eşi, alt veya üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şirket ile anonim şirket arasında şahsi bir iş veya işlem yahut bir davanın olması halinde pay sahibinin oy hakkından yoksun olacaktır. 436’ncı maddesinin ikinci fıkrasında ise yönetim kurulu üyelerinin ibralarında oy hakkından yoksunluk konusu özel olarak düzenlenmiş olup, oydan yoksun kişi olarak yalnızca yönetim kurulu üyesinin kendisi sayılmıştır. Ancak doktrindeki bir görüşe göre; yönetim kurulu üyelerinin ibrasında, yönetim kurulu üyelerinin eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri de oydan yoksun olacaktır. [4]

Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli imza yetkisine sahip kişilerin, yönetim kurulu üyelerinin ibrasında oy hakkından yoksun oldukları halde, birinci fıkrada sayılan yakınları nasıl ki yönetim kurulu üyesi seçiminde oy kullanabiliyorsa ibra kararında da oy kullanabilir. [5] Zira 2. Fıkra hükmünde ibraya ilişkin özel bir düzenleme yer almakta ve kanun koyucu bu hükmünde oy hakkından yoksun kişiyi yalnızca yönetim kurulu üyesi olarak belirtmektedir. Ayrıca Yargıtay da açık bir şekilde 2. görüş kapsamında kararlar vermektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2013/13148 E. – 2014/16463 K. sayılı ve 14.10.2014 Tarihli kararı;

“Dairemizin yerleşik içtihatlarında da kabul edildiği üzere (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19.07.2007 tarih, 2206/2171 E. 2007/10775 K. sayılı ilamı) yönetim kurulu üyelerinin ibrasının “şahsi bir iş” olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, anılan yasa hükmünün babanın (yönetim kurulu üyeleri M. ve Ç.’in babası N.F.’nin) yönetim kurulu üyelerinin ibrası konusunda oy hakkından yoksunluk hali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” şeklindedir. Netice itibarıyla, kanun lafzı ve Yargıtay uygulaması da dikkate alındığında, ibra kararlarında yalnızca yönetim kurulu üyelerinin oy hakkından yoksun olduğu söylenecektir.



A.) Oy Hakkından Yoksun Yönetim Kurulu Üyesi, İbra Oylamasında Temsilci Sıfatı ile Oy Kullanabilir Mi?

Yönetim kurulu üyelerinin ibra kararı sırasında oy kullanmalarını yasaklayan TTK 436/2 hükmünde, yukarıda açıkladığımız üzere yönetim kurulu üyelerinin sadece kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanmaları yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin zıt anlamından ise yönetim kurulu üyelerinin başkalarına ait paylardan kaynaklanan oy haklarını temsilen (vekaleten) kullanmalarının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. [6]

Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğin m. 19/4 hükmünde de ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, ibra edilmelerine ilişkin kararlarda yönetim kurulu üyesi olmayan diğer pay sahiplerinin oy haklarını temsilen kullanabileceği açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay kararları da yönetim kurulu üyesinin ibra oylamasında, oy hakkı bulunan başka bir ortağı temsilen oy kullanmasının TTK m. 436/2’ye aykırı olmadığı yönündedir. Bu hususta Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2018/4050 E.-2020/2455 K. sayılı ve 09.03.2020 tarihli kararı;

“TTK’nın 436/2.maddesine göre oydan yoksunluk yönetim kurulu üyelerinin kendilerine ait paylardan doğan oy hakları ile sınırlı olup, başka bir ortağa vesa-yeten kullanılan oylar, oy yoksunluğu kapsamında sayılmamıştır. O halde, ...’in yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle kendisinin ibrasının oylamasından oydan yoksun olmasına rağmen babası

İbrahim'e vesayeten kullandığı oy ile yönetim kurulu ibrasında yeterli nisap sağlanmış olduğundan gündemin 6. maddesinde alınan kararın iptali isteminin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Aynı yönde bkz: Yargıtay 11. HD'nin 2015/10455 E. – 2016/5038 K. sayılı ve 04.05.2016 Tarihli kararı) şeklindedir.

B.) Yönetim Kurulu Üyesinin, Hakimiyetleri Altındaki Ve Yönetim Kurulu Üyesi Bulundukları Şirketin Hissedarı Olan Bir Sermaye Şirketinin Hissedarı Olarak Kendi İbra Oylamalarına Katılması Mümkün Mü?

Yönetim Kurulu üyesinin ibra oylamasında gerçek ya da tüzel kişi bir pay sahibi adına vekaleten oy kullanabileceğini yukarıda açıklamıştık. Ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılabilen bir durum ise, yönetim kurulu üyelerinin hakimiyetleri altındaki bir sermaye şirketinin de hissedarı olarak ibra oylamasına katılabileceği durumdur. Durumu bir örnekle anlatmak gerekirse, A şirketinin yönetim kurulu üyesi olan X'in, A şirketinin hissedarlarından olan B şirketinin tüm paylarının sahibi olması ve A şirketinin genel kurulunda B şirketi adına oy kullanması olarak belirtebiliriz. Bu durumda yine m. 436/2 hükmü uyarınca yönetim kurulu üyesinin ibra oylamasında oy hakkında yoksun olabileceği düşünülse de oydan yoksunluk halinin bir istisna olması ve kişinin mülkiyet hakkının ağır basacak olması nedeniyle bu durumda oylamaya katılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. [7] Zira Yargıtay uygulaması da bu yönde gelişmiş olup, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihatları bu yöndedir:

2020/1055 E. – 2021/197 K. sayılı ve 20.01.2021 tarihli karar;

“Ancak Dairemizin yerleşik uygulamalarından da (19.12.2019 tarih 2018/1327 E. 2019/8307 K.) anlaşılabacağı üzere pay sahibinin oy hakkının bulunması esastır, oydan yoksunluk ise anonim şirketin pay sahiplerinin oy hakkına ve bunun doğumuna ilişkin 434. ve 435. maddeleri gözetildiğinde istisnai niteliktedir. İstisnaların dar yorumu tabi olması karşısında yorum yoluyla yeni bir oydan yoksunluk hali yaratılamaz. TTK'nın 436/2. maddesine göre oydan yoksunluk, yönetim kurulu üyelerinin kendilerine ait paylardan doğan oy hakları ile sınırlı olup, yönetim kurulu üyelerinin hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketlerinin ibrada oydan yoksun olduğuyla ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Dairemizin yerleşik uygulamaları da bu yöndedir.”

2018/1327 E. – 2019/8307 K. sayılı ve 19.12.2019 Tarihli karar;

“Uyuşmazlık, yukarıda unvanları belirtilen anonim şirketlerin, pay sahibi bulundukları davalı anonim şirketin genel kurulunda, aynı zamanda kendilerinin hakim ortağı ve yöneticisi olan ve...’yi de kapsayacak şekilde, davalı şirketin yönetim kurulu üyelerine, TTK’nın 395. ve 396. maddeleri çerçevesinde izin verilmesi oylamasında oydan yoksun olup olmadıklarına ilişkindir. ... Görüşülüp karara bağlanan gündem maddesinde, mahkemece oydan yoksun oldukları değerlendirilen anonim şirketlerin ne kendileri ile davalı şirket arasında, ne de yine bu anonim şirketlerin ortağı olduğu şahıs şirketi ile hakimiyetleri altındaki şirketler arasında kişisel nitelikte bir iş görüşülüp karara bağlanmış değildir. TTK’da oydan yoksunluk haline ilişkin mevcut düzenleme, anonim şirketin pay sahiplerinin oy hakkına ve bunun doğumuna ilişkin 434. ve 435. maddeleri gözetildiğinde istisnai nitelikte olup istisna hükümlerinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi kaçınılmazı gereken bir yöntemdir.”

2016/2098 E. – 2016/9484 K. sayılı ve 12.12.2016 tarihli karar;

“6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 436/2. maddesi gereğince, şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz. Davalı şirketin altı ortağı bulunup, davacılar da dahil olmak üzere beş ortak yönetim kurulu üyesidir. Yönetim kurulunda temsil edilmeyen ortak sadece ve Turistik Tesisler A.Ş'dir. Davalı şirket yönetim kurulu üyesi olan ...'in şirketin ortağı ... Turistik Tesisler A.Ş'nin temsilcisi olduğu savunulsa da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 436/2. maddesi gereğince yönetim kurulu üyeleri ibra oylamasında oy kullanamayacak olmasına rağmen, yönetim kurulu üyesi olmayan şirketin temsilcisi kendisi yönetim kurulu üyesi olsa dahi yönetim kurulu üyesi olmayan şirketi temsilen ibrada oy kullanması mümkündür.”

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın da görüşü mülkiyet hakkının ağır basacağı ve oydan yoksunluk halinin istisnai bir husus olduğu yönündedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri, hakimiyetleri altındaki ve yönetim

kurulu üyesi bulundukları şirketin hissedarı olan bir sermaye şirketinin hissedarı olarak kendi ibra oylamalarına katılabileceklerdir.

C.) Sonuç

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri genel kurulda ibraları sırasında kendilerine ait paylardan kaynaklanan oy haklarını kullanamazlar. Ancak oy hakkına sahip diğer ortakların yönetim kurulu üyelerine temsil yetkisi vermesi mümkündür. Bu durumda yönetim kurulu üyeleri, bu ortakların paylarından kaynaklanan oy haklarını kendi ibraları sırasında kullanabileceklerdir. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri, hakimiyetleri altındaki ve yönetim kurulu üyesi bulundukları şirketin hissedarı olan bir sermaye şirketinin hissedarı olarak kendi ibra oylamalarına katılabileceklerdir.

Detaylı Bilgi için;
[Av. Serdar Darama](#)
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Anonim Şirketlerde İbra Kararı Alınırken Uyulacak Usul ve Oy Hakkından Yoksunluk Hali, Soner ALTAŞ, s.1.
2. Anonim Şirketlerde İbra Kararı Alınırken Uyulacak Usul ve Oy Hakkından Yoksunluk Hali, Soner ALTAŞ, s.2.
3. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu II, Levent Uysal, s.25
4. (POROY, Reha, Çamoğlu, Ersin, Tekinalp, Ünal: Ortaklıklar Hukuku I. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.409; Aytaç: 1982, s.119; Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 232; Çelik, 2007, s.139) ALTAŞ, Anonim Şirkette İbra Kararı Alınırken Uyulacak Usul ve Oy Hakkından Yoksunluk Hali; ÖNDER, KARADEMİR: İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk
5. (HELVACI: 1995, s.104; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi C.2, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.1477; AKDAĞ GÜNEY: 2016, S.1441; YASAMAN: 2013, S.84) ALTAŞ, Anonim Şirkette İbra Kararı Alınırken Uyulacak Usul ve Oy Hakkından Yoksunluk Hali; ÖNDER, KARADEMİR: İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk
6. Oruç Hami Şener, Serbest Kürsü
7. (Develi: 2016, s. 173) ÖNDER, KARADEMİR: İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk



PROJE FİNANSÖRLERİ, ULUSLARARASI YATIRIM ANTLAŞMALARI KAPSAMINDA PROJEYİ OLUMSUZ ETKİLEYEN DEVLET TEDBİRLERİNE KARŞI KORUMA TALEP EDEBİLECEK

Yönetici Özeti

- 20 Ağustos 2020’de bir yatırımcı-devlet tahkim heyeti, (uzun vadeli kredi ve takas şeklinde olan) proje finansmanının, uluslararası yatırım antlaşması (Enerji Şartı Antlaşması) kapsamında öngörülen korunan bir “yatırım” teşkil ettiğine karar vererek bir ilke imza attı.
- Alman finansal hizmetler sağlayıcısı Portigon AG (eski adıyla WestLB) tarafından ortaya atılan iddia, Portigon AG tarafından İspanya’da 30’un üzerinde yenilenebilir enerji projesinin finansmanının sağlanmasına dayanak olan yenilenebilir enerji teşvik rejiminde 2013-2014 yıllarında meydana gelen köklü değişikliklerden kaynaklanıyor.
- İspanya’nın teşvik rejimini kaldırması, yenilenebilir enerji projelerine uygun nakit akışını olumsuz etkileyerek, kredi güvenilirliğine ve dolayısıyla finansman değerine zarar verdi.

Korunan Bir Yatırım Olarak Proje Finansmanı

Proje finansörleri; enerji, altyapı veya endüstri projelerini yüksek kaldıraçlı, rücu edilemez uzun vadeli finansman aracılığıyla geliştirmek ve işletmek için, ticari ve yatırım risklerinin büyük bir kısmını üstlenmektedir. Her bir proje finansmanı faaliyetinin başarısı genellikle yalnızca projenin ileride finansmanını geri ödeyecek nakit akışını oluşturma kabiliyetine bağlı olacaktır. Herhangi bir nedenle proje gelirlerinin önemli ölçüde düşmesi hâlinde, proje finansörlerinin diğer taraflara başvurma hakkı ya hiç olmayacak ya da sınırlı şekilde olacak. Böyle durumlarda sözleşmeyi fesih hakkı genelde söz konusu olmasına rağmen, eğer bu gelir açığı proje şirketinin kontrolü dışındaki gelişmelerden kaynaklırsa, sözleşme fesih hakkı etkili bir çözüm yolu olmayacaktır.

Proje şirketinin kontrolü dışında meydana gelen dış gelişmelere ilişkin sıklıkla karşılaşılan senaryo, ev sahibi Devletler tarafından alınan düzenleyici önlemlerden kaynaklanan gelir açıklarıdır. Kredi verenlerin ev sahibi Devlet ile doğrudan hukuki ilişki içinde olmadığı durumlarda, öz sermaye sağlayıcıları olarak aynı korumalardan yararlanıp yararlanamayacağı belirsizdi. Bu resim, yakın zamanda Portigon AG ve İspanya Krallığı davasında verilen ezber bozan yargı kararı ile önemli ölçüde değişti. İlk kez, (doğrudan Devlete değil) proje şirketine üçüncü bir kredi veren tarafından sağlanan finansman, uluslararası yatırım antlaşması kapsamında korunan bir yatırım olarak değerlendirildi.

Proje finansörleri artık Devlet tarafından uygulanan tedbirlerin finanse ettikleri bir projeyi olumsuz etkilediği durumlarda, doğrudan egemen Devletler aleyhine uluslararası tahkim yoluna başvurma imkânına sahip olacaktır. Uluslararası yatırım antlaşmaları kapsamında yabancı yatırımcıların yararına olacak belirli koruma standartları öngörülmekte ve genellikle egemen Devlet iktidarları

aleyhine doğrudan uluslararası tahkime başvurma imkânı sağlanmaktadır. Korumalar özellikle, devlet tarafından uygulanan tedbirlerin, yabancı yatırımcının nakit akışı oluşturma yeteneğini olumsuz etkilemesi durumunda geçerlidir.

Başka bir deyişle, eğer ev sahibi Devlet, yasamaya ilişkin, idari ya da adli tasarruflar yoluyla antlaşmayı ihlal ederse ve dolayısıyla yabancı yatırıma zarar verirse, tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

Portigon AG-İspanya Krallığı davasında verilen kararına göre, bu gibi korumalar aynı zamanda proje finansmanı ve proje finansörleri için de sağlanmaktadır.

Kredi Verenler Nelere Dikkat Etmeli?

İhtiyaç olduğunda yatırım antlaşması korumasına başvurma imkânı sağlamak için, kredi verenler tarafından bir proje finansmanının başından itibaren belli unsurların dikkate alınması elzemdir:

Geçerli Uluslararası Yatırım Antlaşmaları:

Yatırım antlaşması koruması, koruma talep eden tarafın (bu örnekte kredi verenin) tabiiyetine bağlıdır. Ana şirket veya ana şirketin şubeleri ya da farklı yargı yetki bölgelerinde kurulmuş iştirakleri aracılığıyla finansman sağlamanın, var olan yatırım koruması üzerinde önemli bir etkisi olabilir. Bu nedenle; antlaşma türlerine ilişkin önceden hukuki durum tespiti yapılması tavsiye edilmektedir.

Devlet Taahhütlerine İtimat:

Devlet ile proje sponsorları arasındaki ilişkide üçüncü taraf olarak kredi verenler için, belirli Devlet taahhütlerine (örneğin; mevcut olduğu durumlarda, yasal tarifelere ve ön koşul olarak resmi izinlere ilişkin durum tespiti raporları) itimatlarını gösteren yazılı delillerin detaylı kaydını tutmaları önemlidir. Devlet ile kredi veren arasında herhangi bir doğrudan etkileşim, resmî kurumlarla resmi doğrudan anlaşmaların mevcut olmayabileceği durumlarda bile kredi verenin iddiasını destekleyecektir.

Malvarlıklarının Devri:

Kredi verenlerin finansmanı diğer finansal kuruluşlarıyla birleşerek sağlaması veya teminat altına alarak üçüncü taraflara temlik etmesi yaygındır. Bu tür durumlarda, antlaşma korumasını muhafaza etmek ve bu korumadan faydalanabilecek kurumu (veya kurumları) açıklığa kavuşturmak için finansmanın sendikasyonu, temlikli veya devri için kullanılan yasal belgelerin diline azami özen gösterilmelidir.

Kaynak: <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/knowledge/briefing/2020/08/project-finance-lenders-may-seek-protection-under-international-investment-treaties-against-state-measures-adversely-affecting-the-project-4302/>

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU İLE İLGİLİ VEDAT ŞORLİ İHLAL KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmada ifade özgürlüğü İHAM'ın 19/10/2021 tarihli Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ile İlgili Vedat Şorlı ihlal kararı çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu sebeple ifade özgürlüğü tüm yönleriyle değil İHAM'ın bu karar ve benzeri kararlarında değindiği başlıklar çerçevesinde ele alınacaktır. Keyifli okumalar dilerim.

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Giriş

Fikirler önemlidir. Fikirler ki bir toplumu baştan yaratabilecek güce sahipken öte yandan bireyler tarafından umursanmayacak derecede önemsiz olabilecektir. İnsanı doğadaki diğer canlılardan ayırt edecek önemli özelliklerinden biri de yaşadığı olaylar karşısında kompleks ve sistematik fikir üretebilme yeteneğidir.

Bu yeteneği ile birlikte insan evrimsel süreçte yaşadığı tekrarlı sorunları çözmeye noktasında kendini geliştirme fırsatı bulmuş ve bu fikirlerini toplumun diğer üyeleriyle paylaşarak kolektif anlamda ilerlemenin yolunu açmıştır.

Bu sebeple tarihsel sürece bakıldığında özgür düşüncenin toplumun genlerine işlediği coğrafyalarda ekonomik ve toplumsal normlar açısından gelişim sürekli hale gelmiş ve refah düzeyi dönem dönem değişmekle birlikte belli bir ivmeyle artmıştır. Fikir özgürlüğünün önemi konusunda şüphe olmamakla birlikte fikir özgürlüğünün kullanılarak bir fayda elde edilebil-

mesi için ifade özgürlüğü olmazsa olmazdır. Birey düşüncelerini özgür biçimde ifade edemiyor ya da ifadeleri sansürleniyorsa fikir özgürlüğünün bir önemi kalmayacaktır. Bu özgürlüğünün engellendiği coğrafyalarda alınan ifade özgürlüğünü zedeleyici tedbirler toplumların özgür bir dünyada yaşama ideallerine doğru ilerleyişlerini sekteye uğratabilecek ve hatta toplumları bu ideallerinin unutturulduğu kaotik bir sisteme sürükleyebilecektir.

Blaise Pascal'ın "Tüm onurumuz düşünmekte yatmaktadır" sözü de insan onurunun fikir ve ifade özgürlüğünün genişliğiyle korunacağını bize hatırlatmaktadır.

Yanlışların tartışılarak çözümlenmesi durumu insanın binlerce yıldır kullandığı bir faaliyet. Bu faaliyet dünya tarihinde belli dönemler baskılanmaya çalışılsa da en baskıcı rejimlerde dahi bireyler kapalı kapılar ardında da olsa fikirlerini paylaşmaya devam etmiştir.

Günümüzde modern ve özgür dünyanın gayesi ise gelişmenin ve ilerlemenin en büyük kaynağı olan fikirlerin özgürce ifade edilebilmesinin önüne açmaktır.

İfade özgürlüğü kavramsal olarak 16. Yüzyılın Reformasyon döneminin bir ürünü olarak ortaya çıkmış hukuki olarak ise ilk kez İngiltere'de 1689 Haklar Bildirisi'nde (Bill Of Rights) yer almıştır. Çıkış döneminde bireysel hak olmaktan ziyade parlamenterin oturumlarda kurdukları cümlelerden yargılanmamaları olarak algılanmıştır.

Ancak günümüzde modern dünyada yer alan toplumlarda ifade özgürlüğü her bireye en sıkı bağlarla bağlanmış ve dokunulması sadece belli şartlarda olabilen bir hak halini almıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne imza atmış devletler de bu durumu kabul etmiş sayılmaktadır.

II. İfade Özgürlüğü Hakkının İHAS'taki Yeri

Türkiye 18 Mayıs 1954'te sözleşmeyi onaylamasıyla birlikte şu an sözleşmeyi onaylayan Avrupa Konseyi üyesi 47 devlet arasında yer almaktadır. 28 Ocak 1987'de kişilere bireysel başvuru hakkını tanımış ayrıca mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir.

İfade Özgürlüğü sözleşmenin 10'unda maddesinde düzenlenmektedir;

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

İfade özgürlüğü hakkı toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakları gibi diğer hakları da içine alan bir genel hüküm gibidir. Diğer hakların kullanılmasında temel yapı taşı olarak sözleşmede yer edinmiştir. Demokratik, çağdaş ve insan haklarına saygılı devletlerde ifade özgürlüğü olmazsa olmaz derecede bir öneme sahiptir.

III. İfade özgürlüğünün Kapsamı

Her ne kadar düşünce özgürlüğü sınırsız olarak görüle de ifade özgürlüğü için aynı şeyi söylememiz mümkün olmayacaktır. Neredeyse her hakta olduğu gibi ifade özgürlüğünün de bir norm alanı vardır.

Sözleşmenin ilgili maddesinin ikinci fıkrası incelendiğinde ifade özgürlüğünün de belli şartlarda sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu sınırlama meselesi her olay özelinde ciddi bir titizlik isteyen ve devlet ile birey arasındaki menfaat çatışmalarının büyük ölçüde sebebi olan bir konudur. Günümüzde faşizm, ayrımcılık, ırkçılık, nefret içerikli söylemler, suçu ve suçluyu öven söylemler, savaş propagandası içeren ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında yer almadığı genel olarak kabul görmektedir.

Ancak yukarıda değinilen sınırlamada titizlik isteyen bir konu da nefret söylemi ile sert eleştiri arasındaki ayrımın yapılma noktasındadır. Sert eleştiri sayılabilecek her ifadenin nefret söylemi veya hakaret suçu kapsamına alınacak olması hak ihlali-ne sebebiyet verebilecektir.

İfade Özgürlüğünün kapsamı içinde korunacak ifadeler, ifadenin yöneltildiği kişinin kimliğine göre de değişiklik gösterebilmektedir. Buna göre sıradan bir vatandaş karşı kullanacağınız bir ifade hakaret kapsamına girerek sözleşme tarafından korunmayabilirken aynı ifade bir siyasi lidere veya devlet başkanına karşı kullanıldığında ifade özgürlüğü kapsamına girebilecektir.

Bunun sebebi kişinin sosyal statüsü sebebiyle bireyleri etkileme gücü arttıkça kendisine yöneltilecek eleştirilerin de sertliğinin aynı oranda artabileceğinin kabul edilmesidir. Bu sebeple bir müdüre yapılan eleştiri daha sert olabileceken işçiye yapılan eleştiri aynı sertlikte olduğu zaman ifade özgürlüğü kapsamında olmayabilecektir.

a. Siyasilere Yöneltilen İfadeler

İHAM siyasilere yönelik olan ifadelere özellikle önem vermektedir. Demokratik toplumlarda siyasi tartışmaya yönelik özgürlük demokrasinin yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Bireyler kendi içlerinden çıkardıkları iktidarlara yaptıkları eleştiriler aracılığıyla denetleyebilmeli ve bu eleştiriler sonucunda baskılanmamalıdır. Özellikle hükümetlerin, siyasi partilerin liderleri veya kadrolarında bulunan

siyasilerine karşı yapılan eleştirilerin sertlik dozu artabilmektedir. Bu sertlik dozunun artmasının da siyasilerin çoğu zaman kendilerine yöneltilen haksız eleştirilere basın yoluyla büyük kitlelere seslenerek cevap verebilme olanakları olması sebebiyle koruma kapsamında olacağını söyleyebiliriz. İHAM bu konuya büyük önem vermekte olduğu için siyasetçiler tarafından bireylerin siyasi eleştirileri vasıtasıyla kullandıkları ifade özgürlüğü haklarına yönelik müdahaleleri ciddi şekilde denetlemektedir.

b. Nefret Söylemi İçeren İfadeler

Nefret içerikli ifadeler muhatabına maddi veya manevi zararlar verebilirken, kitleleri şiddete kanallı edecek şekilde harekete geçirebilir ya da ifadenin hedefindeki toplumun veya bireyin karşı tepki göstermesiyle şiddete sebep oluşturabilir. İfade özgürlüğünün sınırı şiddete, ayrımcılığa, toplumsal kaosa yol açma amaçlı kullanımlardır. Bu kullanımların ifade özgürlüğü hakkının içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. İfade özgürlüğüyle amaçlanan yöntem bireylerin veya toplumun fikirlerini can veya mal güvenliğini tehdit etmeyecek bir zeminde tartışarak demokrasiye katkı sağlamaktır.

Bu sebeple nefret söylemi içeren ifadeler koruma kapsamında değildir. Burada dikkat edilmesi gereken konu ise yukarıda da vurgulandığı üzere nefret söylemi ile şiddetli eleştiri arasındaki ayrımın doğru yapılması gerektiğidir. Sonuçta ifade özgürlüğü ile kimseyi rahatsız etmeyen ifadelerle birlikte toplumun bir bölümünü rahatsız edebilecek ifadeler de sert eleştiri boyutunda kaldığı sürece korunmalıdır.

c. Şiddete Teşvik Eden İfadeler

Mahkemenin özellikle bu başlık altında değerlendirdiği terörle mücadele kavramı hükümetler veya yargı organları için sınırsız bir sınırlama yetkisi olarak görülmemelidir. Ülkelerin ceza kanunlarında nelerin terör faaliyeti kapsamına girdiği terörden neyin kastedildiği açık biçimde tanımlanmalıdır. Özellikle bu tanımlama sırasında ucu açık ifadelere kaçınılmalı daha dar ve somut belirlemeler yapılmalıdır.

İfadenin kullanıldığı araç da önem arz etmektedir örneğin kitle iletişim araçları kullanarak birçok kişiye ulaşan söylemlerde otoritenin takdir alanı artarken daha az kişiye ulaşan örneğin kahvede söylenmiş bir ifade durumunda bu takdir yetkisi daralacaktır.

d. İnternette Kullanılan İfadeler

İnternette kullanılan ifadeler de İHAS madde 10'un kapsamına girecektir. Sosyal medya organları vasıtasıyla bireyler fikirlerini çok geniş kitlelere kolaylıkla ulaştırma şansını elde etmişlerdir. Bu yüksek erişilebilirlikle birlikte toplumda gündem yaratma ve kitleleri etkileme hızı artmıştır. Bu sebeple sosyal medyada kullanılan ifadeler her olay özelinde ayrıca incelenmeli ve toplumda yarattığı etki bakımından dikkatlice değerlendirilmelidir. Aynı ifade toplumda yarattığı etki bakımından bir olayda ifade özgürlüğü kapsamına girebilecekken bir diğerinde hakkın koruduğu alan dışında kalabilecektir. Sosyal medyada bireyler kendi ürettikleri içerikler dışında kendileriyle aynı düşünen kişilerin içeriklerini de paylaşabilmektedirler. Başkaları tarafından üretilen şiddete veya ayrımcılığa teşvik içeren içeriklerin paylaşılması da ifade özgürlüğünün korunması kapsamında detaylı incelenmesi gereken konulardan biridir. Hükümet veya yargı organları şiddete veya nefret söylemine teşvik barındıran içeriğin paylaşılması her olayda yaptırıma uğratarak ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının önünü açmamaları gerekmektedir.

IV. Devletin Negatif Yükümlülükleri

Kamu makamları zorunda olmadıkça ifadenin açıklanmasını veya yayılımını kısıtlamamalıdır. İfade özgürlüğüne yapılan her müdahale ihlal yaratmayabilmektedir ancak otoritenin müdahaleyi son seçenek olarak görmesi gerekmektedir. Yapılan müdahale hukuken öngörülebilir olmalı, meşru bir amacı olmalı, demokratik toplumda bu yönde bir müdahale yönünde bir ihtiyaç olmalı ve ölçülü olmalıdır.

Hükümet veya yargı organlarının asli olarak ifade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunmama fikrîyatını toplumun ve devlet sisteminin içerisine yedirmiş olmaları gerekmektedir.

V. İfade Özgürlüğüne Yönelik Sınırlamanın Ölçütleri

Objektif ölçütlerle yapılan sınırlama hakkın özüne müdahale edilmesini engelleyerek ihlal edilmesinin önüne geçecektir. Buna göre yapılan müdahalenin hukuken öngörülebilir olması, meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik bir toplumda gerekli olması ve ölçülü olması gerekmektedir.

İHAM ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin özgürlüğe olabildiğince az zararlı ve toplumdaki diğer bireylerin düşüncelerini en az derecede etkileyecek şekilde yapılması görüşündedir. Örneğin bir fikir beyanını sonucu bireyin ciddi bir ceza tehdidiyle yargılanıyor olması diğer bireyleri de ifadelerini açıklamaları konusunda tedirgin edebilecektir.

İkinci bir örnek olarak ise kişi bir ceza ile karşılaşmamış hükmün açıklanması geriye bırakılmış olsa da o ülkenin kanunlarına göre belli bir süre daha ceza tehdidi altında olacağından bireyin fikirlerini özgürce ifade edebilmesi kısıtlanmış olacaktır.

Sadece ceza yargılaması olarak değil çok yüksek miktarlarda tazminata hükmedilmiş olması da toplumun ifade hürriyeti noktasında çekinceler edinmesine neden olabilecektir.

a. İfade Özgürlüğünün Sınırlanmasında Ölçülülük

İHAM'a göre ifadelerin içeriğinde şiddet çağrısı, nefret söylemi gibi söylemler olmadığı sürece hürriyeti bağlayıcı cezadan kaçınılması gerekmektedir. Hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmamış olsa dahi hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kovuşturmanın ertelenmesi gibi müdahaleler kişiyi ceza tehdidi altında bırakabilecek ve otosansüre yol açabilecek bunun sonucunda da hak ihlali doğabilecektir.

Yargılama sonucunda hükmedilen tazminat miktarları da toplumda caydırıcılığa sebep olabilmektedir. Bu sebeple İHAM bazı sebepler dışında cezai yargılamanın her halde olmaması gerektiği görüşündeyken tazminata ilişkin hükümlerin de dikkatle kurulması gerektiği ve toplumda bir otosansüre sebebiyet vermemesi gerektiği görüşündedir.

B-VEDAT ŞORLİ KARARININ ÖZETİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Özet

1. Olay

Başvurucunun yaptığı paylaşımlardan dolayı hakkında şikâyetle bulunulmasına sebep olan iki paylaşım vardır. 10 Ekim 2014 Tarihinde paylaşılan ilk içerikte eski Amerika Birleşik Devletleri başkanı Barack Obama'nın kadın kıyafetleriyle tasvir edilen Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nı öptüğünü gösteren bir karikatürde Cumhurbaşkanı, Kürtçe yazılmış bir konu-

ma balonunda "Suriye'nin tapusunu benim adıma yapacak mısın kocacım?" demektedir.

15 Mart 2016 Tarihli ikinci içerik ise aşağıda yer verilen yorumla birlikte Cumhurbaşkanı ile eski Başbakan'ın fotoğraflarını içermektedir: "Kandan beslenen iktidarınız yerin dibine batsın / Can aldıkça sağlamlaştırdığınız koltuklarınız yerin dibine batsın / Çaldığınız hayallerle yaşadığınız lüks hayatlarınız yerin dibine batsın / Başkanlığınız da, iktidarınız da, hırslarınız da yerin dibine batsın"

18 Mayıs 2017 tarihinde başvuru, Facebook hesabında yaptığı paylaşımlar nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret etme ve örgüt propagandası yapma suçlarını işlediği şüphesiyle gözaltına alınmış sonraki gün Bakırköy Sulh Ceza Hakimliği tarafından iki ayrı davada iki kez tutuklanmasına karar verilmiştir.

Asliye Ceza Mahkemesi, başvuru Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından suçlu bulunmuş ve Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Ancak Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi altında hükmün açıklanmasının beş yıl boyunca geri bırakılmasına karar vermiştir.

2. İlgili Mevzuat

TCK'nın "Hakaret" başlıklı 125. Maddesi üç aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası ön görürken "Cumhurbaşkanına Hakaret" başlıklı 299. Madde ise 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir.

3. Avrupa Konseyi Metinleri

a. Bakanlar Komitesi'nin Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü üzerine Bildirisi

VI. Siyasi kişiler ve kamu görevlilerinin itibarı

Siyasi kişiler itibarlarının ve diğer haklarının korunması için diğer kişilerden daha geniş bir korumadan yararlanmalıdır ve bu sebeple iç hukukta siyasi kişileri eleştiren medya kanalları için daha ağır cezalara hükmedilmemelidir. Bu ilke kamu görevlileri için de uygulanır; yalnızca kamu görevinin iyi yürütülmesini sağlamak amacıyla kesinlikle zorunlu olduğu takdirde bu ilkenin uygulanmayacağı kabul edilmelidir.

b. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 1577 (2007) sayılı Kararı

Parlamento hakaret sebepli hapis cezalarının gecikmeksizin kaldırılması gerektiği kanaatindedir. Sonuç olarak Parlamento Taraf Devletleri hakaret sebebiyle hapis cezalarını ivedilikle kaldırmaya, ceza kovuşturmalarının kötüye kullanılmamasını sağlamaya, hukukun keyfi olarak uygulanmasının önüne geçmek ve hukukun hakaretten etkilenen kişinin haysiyeti için etkili koruma sağlamasını güvence altına almak amacıyla hakaret kavramını yasalarında açıkça tanımlamaya, mahkemenin içtihadına uyumlu olarak hakarete ilişkin mevzuattan kamuya mal olmuş kişiler için güçlendirilmiş korumayı çıkarmaya ve özellikle, Türkiye'yi Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmeye davet etmektedir.

c. Venedik Komisyonu'nun 831/2015 sayılı Görüşü

Komisyon, ortaya çıkan Avrupa fikir birliği ve uluslararası standartlara göre Devlet Başkanına hakareti suç olmaktan çıkarmak ya da bu suçu Devlet başkanlarına yönelik sözlü saldırıların en ağır biçimleriyle ve hapis cezası içermeyen yaptırımlarla sınırlandırılması gerektiğini tekrar etmektedir.

Komisyon, Türkiye'deki uygulamanın, aksine, bu hükmün uygulamasının İHAS'ın 10. maddesi kapsamında korunan ifadeler dahil olmak üzere arthığını kaydetmiştir.

Uygulanan yaptırımlar, özellikle hapis cezası açıkça aşırı niteliktedir. Mevcut şartlarda Komisyon, İHAS'ın 10. maddesinin daha fazla ihlal edilmesini önlemenin tek yolunun bu maddenin tamamen yürürlükten kaldırılması olduğunu düşünmektedir.

1. Esas Hakkında Hukuki Değerlendirme

İ. Tarafların İddiaları

a. Başvurucu: Sosyal medya hesaplarında yapmış olduğu paylaşımlar nedeniyle aleyhine başlatılan ceza yargılaması ile bu yargılamalar sonunda Cumhurbaşkanına hakaretten mahkûm edilmesinin, ifade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil ettiğini ileri sürmekte olup bu müdahalenin, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan hiçbirine dayanmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmektedir.

b. Hükümet: Hükümet, mevcut davada, hiçbir zaman zaten yerine getirilmediğini düşündükleri tutuklama kararı ile ardından ceza yargılaması sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, başvurunun ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde caydırıcı bir etki veya gerçek kısıtlamalar yaratmayacağını ileri sürmüştür.

Mahkeme tarafından bir müdahalenin varlığının kabul edilmesi durumunda, Hükümet, bu müdahalenin Ceza Kanunu'nun 129. maddesinde öngörülmediğini; maddenin açık ve erişilebilir olduğunu ve konuyla ilgili yüksek mahkemelerin içtihatları ışığında mevcut davada ulusal mahkemeler tarafından yorumlanması ve uygulanmasının öngörülebilir olduğunu ileri sürmektedir.

Ayrıca, devlet başkanlarının onur ve itibarını koruyan benzer hükümlerin birçok Avrupa ülkesinin ceza kanunlarında yer

aldığını ve uygulanmaya devam ettiğini savunmaktadır. Buna ek olarak, Devlet Başkanına yönelik karalayıcı sözlerin sadece kişiliğini değil, temsil ettiği makamın bütünlüğünü de zedelediğini ve böylece, Türk toplumu nezdinde Devlet Başkanına yönelik doğrudan yapılan bir hakaretin tüm milleti küçük düşürdüğünü iddia etmektedir.

Bu nedenle, Cumhurbaşkanına hakaret suçuna daha ağır bir yaptırım uygulanmasının da gerektiği savunulmaktadır.

c. Diğer Taraflar: İfade Özgürlüğü Derneği, 2014-2019 yılları arasında, bu hükmün uygulanması kapsamında, Cumhurbaşkanına hakareten 128.872 ceza soruşturması ve 30.738 ceza davası başlatıldığını dair istatistikleri ortaya koymaktadır.

II. Mahkemenin Değerlendirmesi

Ceza kanunun 299. Maddesiyle Cumhurbaşkanına yönelik karalayıcı ifadelerin yazarları için daha ciddi cezalar öngörülmektedir. Bu bağlamda, özel bir suç yasasıyla artırılmış korumanın ilke olarak Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığından defalarca Mahkeme tarafından belirtildiği hatırlatılmıştır (Colombani ve Diğerleri v. Fransa, no. 51279/99, § 69, AİHM 2002-V, Otegi Mondragon).

Yaptırımı mümkün olduğunca en ılımlı olan ceza bile örneğin sembolik para cezası dahi cezai bir yaptırım teşkil eder ve bu, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yapılan müdahalenin meşru amaç taşıdığına işaret etmeyecektir.

Mahkeme, mevcut davada hiçbir koşulun, başvurunun polis tarafından gözetlmesine alınmasını ve hakkında verilen tutukluluk kararını veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sonuçlanan ceza infazının uygulanmasını haklı kılacak nitelikte olmadığı kanaatinde.

Doğası gereği, böyle bir yaptırım, özellikle cezanın etkileri dikkate alındığında, ilgili kişinin kamu yararına ilişkin konularda kendini ifade etme istekliliği üzerinde kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezanın orantılılığıyla alakalı olarak, devlet makamlarını temsil eden kişilerin kurumsal kamu düzeni garantileri kapsamında yetkili mercilerce korunması tümayle meşru bulunsu da Mahkeme, işgal ettikleri baskın konum tarafından bu mercilere cezai yaptırım yoluna başvurulması-

nın sınırlandırılmasını emrettiğini belirtmektedir. 10. madde ile korunan haklara yapılan bir müdahalenin orantılılığının, yetkililerin cezai yaptırım dışında hukuki tedbirler içeren bir araç kullanıp kullanamayacaklarına bağlı olacağını hatırlatmaktadır.

Sonuç olarak, Mahkeme, suç teşkil eden konularda Cumhurbaşkanına daha fazla koruma sağlayan özel bir hüküm kapsamında başvurucuya cezai bir yaptırım uygulanmasının Sözleşme'nin ruhuyla bağdaşmayacağını ifade etmektedir.

Bu nedenle, Mahkeme, şikâyeteye konu olan tedbirin meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olma şartını karşılamadığı kanaatinde.

Bu unsurlar, Mahkeme'nin davanın koşullarında Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.

Ayrıca Mahkeme, söz konusu davada Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin uygulanması nedeniyle başlatılan ceza yargılamalarının ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığına karar verdiğini gözlemlemektedir.

Mahkeme, özellikle, özel bir suç yasasıyla artırılmış korumanın ilke olarak Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığından ve bir devletin kendi devlet başkanının itibarını korumadaki çıkarı ile devlet başkanı hakkında bilgi verme ve görüş açıklama hakkı arasında bir ayrıcalık veya özel bir koruma verilmesini haklı kılamayacağını altınız çizmektedir.



Varılan bu sonuçlar, başvuruçunun Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlalinin söz konusu hükmün kaleme alınışı ve uygulanmasıyla ilgili bir sorundan kaynaklandığını göstermektedir.

Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme, ilgili iç hukuk ile Sözleşme'nin yukarıda belirtilen hükümlerin uygun hale getirilmesinin tespit edilen ihlale son verilmesini mümkün kılan uygun bir telafi yöntemi oluşturacağı kanaatine varmaktadır.

II. Değerlendirme

Yukarıda da görüldüğü üzere İHAM Vedat Şorli kararında olayı birçok farklı pencereden değerlendirmiştir. Müdahalede ölçülülük açısından yaptığı değerlendirmede başvuruçunun hakkında kurulan cezai hükmün her ne kadar uygulanmamış olsa dahi cezai bir yaptırım olması sebebiyle ölçülü olmadığı kanaatindedir.

Mevzuattaki Cumhurbaşkanına özel daha ağır cezayı öngören hukuki düzenleme yönünden ise devlet başkanlarının ayrıcalıklı olarak daha ağır cezalarla korunmasının sözleşmenin ruhuna aykırı olabileceğini düşünmektedir.

Mahkeme ayrıca hakaretin suç olmaktan çıkarılıp tazminat konusu yapılması gerektiği bu sebeple TCK'nın 125'inci maddesinin de bu kapsamda düzenlenmesi ve değiştirilmesi gerektiğiyle ilgili fikirlerini de kararda paylaşmıştır.

Devamında ise Avrupa'da devlet başkanına hakaret konusunda oluşan bir ağız birliği olduğu TCK 299'un bu ağız birliği ile uyumadığı vurgulanmakta orantılılık açısından alınması gereken tedbirin cezai değil hukuki tazminat şeklinde olması gerektiği belirtilmektedir.

Son olarak ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmış olması durumunda dahi bireylerin olası cezai tehdit durumu sebebiyle fikirlerini ifade etmelerinde baskılanabilecekleri ve otosansür uygulayabilecekleri sebebiyle hükmün uygulanmamış oluşunun verilen cezai yaptırımı hukuki bir zemin taşımadığı konusunda fikrini beyan etmiştir.

C- SONUÇ

Demokratik, çağdaş toplumlarda her bireyin fikri değerlidir. Bireyin kendi penceresinden bakarak dünyanın ya da içinde bulunduğu toplumun

değişmesini istemesi, sorgulaması, inanamaması veya gördüklerini kendine göre yorumlayarak çıkarımlarda bulunması ve bu çıkarımları tek başına veya kolektif şekilde ifade ederek fikrini beyan etmek istemesi insanın insanlık onurundan kaynaklanan en doğal hakkıdır.

Tarih boyunca gelişimin ve ilerlemenin anahtarı sorgulamak ve bu sorgulayışın sonunda herkesin söylediğinden farklı bir söylemle fikir üretebilmek olmuştur. Bu sebeple tarihsel süreçte aykırı seslerin önemi zamanla daha çok anlaşılmış ve hukuki metinlerde toplumun genelinden farklı düşünen kişilerin görüş ve inanışlarından ötürü ayrımcılığa maruz kalmamaları veya suçlanmamaları konularında önlemler alınmıştır.

Günümüzde de İHAM'ın ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili verdiği kararlarda görüleceği üzere ifade özgürlüğünün kısıtlanmaması çoğulcu demokrasiler ve azınlıktaki düşünceler açısından büyük önem taşımaktadır. Kısacası hukuk, kötü niyetli kullanılmayan her hakkı koruduğu gibi ifade özgürlüğü hakkını da bu çerçevede en sıkı şekilde korumaya devam edecektir.

Detaylı Bilgi için;
[Stj. Av. Alperen Çelik](mailto:info@ozgunlaw.com)
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Molu, Benan, İHAM 19/10/2021 tarihli Vedat Şorli Kararı çevirisi <<https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2021/10/affaire-vedat-sorli-turquie-1.pdf>>
2. Türkiye Barolar Birliği, AİHM'nin Cumhurbaşkanına hakaret suçu ile ilgili 19.10.2021 tarihli Vedat Şorli ihlal kararı hakkında not <<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/aihm-nin-cumhurbaskanina-hakaret-sucu-ile-ilgili-19102021-tarihli-vedat-sorli-ihlal-karari-hakkin-82003>>
3. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ MEDYADA SİYASET TARTIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ BİLDİRİSİ
4. Akgül, Mehmet Emin, İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekliliğiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması
5. Dr. Karan, Ulaş (2018), İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine bireysel Başvurusu El Kitapları Serisi

MAHKEME AYRICA HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILIP TAZMİNAT KONUSU YAPILMASI GEREKTİĞİ BU SEBEPLE TCK'NIN 125'İNCİ MADDESİNİN DE BU KAPSAMDA DÜZENLENMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ GEREKTİĞİYLE İLGİLİ FİKİRLERİNİ DE KARARDA PAYLAŞMIŞTIR.

ALİUD İFA VE ESER SÖZLEŞMELERİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

I- Giriş

“Aliud” kelimesi Latince kökenli bir kelime olup; “Başka” anlamına gelmektedir. Öğreti ve uygulamada yer alan genel kabule göre; teslim borcu doğuran sözleşmeler kapsamında borçlanılan edimden başka bir şeyin teslim edilmesi aliud teslim olarak tanımlanmaktadır. [1]

İfa edilen ediminin borçlanılana uygun olmadığı durum, aliuddan ibaret değildir. Ayıplı ifa halinde de borçlanılana uygun olmayan bir edim bulunmaktadır. [2]

Dolayısıyla ayıplı ifa ile aliud ifanın sınırlarını çizmek büyük önem arz etmektedir. Ayıplı ifada bir “ifa” bulunurken; aliud ifada bir “ifa” bulunmamaktadır.

Aliud ifa, pek çok sözleşmede karşımıza çıkmakla birlikte; bu incelemede aliud ifanın özellikle eser sözleşmesi kapsamındaki görünümü incelenecektir. Bu çerçevede konunun özünden uzaklaşmadan “aliud ifa” ve “eser sözleşmesi” ile ilgili genel bir inceleme yapılarak uygulamada ve doktrindeki mevcut durum ortaya konacaktır.

1- Aliud İfa-Ayıplı İfa Farkı

Yukarıda da değinilmiş olduğu üzere ayıplı ifada ayıplı olsa da bir ifanın varlığı söz konusuyken, aliud ifada ise bir ifanın varlığı söz konusu olmamaktadır. Bu fark, Türk Borçlar Kanunu uyarınca borcun sona erip ermemesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Ayıplı ifa ile aliud ifa arasındaki sınırı belirlemek çoğu zaman kolay olmamaktadır.

Doktrindeki bir kısım yazarlar aliud ifa kavramının gereksiz olduğunu düşünmekte ve her halde ayıplı ifa durumunun oluşacağını savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre; ayıp kavramı aliudu da içerecek kadar geniş bir kavramdır.

Bir kısım yazarlar ise aliud ifa kavramını geniş bir şekilde uygulayarak irade bozukluklarından kaynaklanan halleri de aliud ifa kavramına dahil etmektedir.

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre; tarafların belli bir malın ifası konusunda anlaşmaları ancak teslim edilen ürünün alıcının zihninde tasarladığından farklı bir ürün olması halinde aliud ifa gündeme gelecektir.

Diğer bazı hukukçular ise aliud kavramını tamamen reddetmemekle birlikte; yalnızca çeşit borçları açısından bir görev yüklemektedirler. Buna göre; çeşit borçlarında kararlaştırılan şeyden farklı türden bir şey teslim edilmesi durumunda aliud ifa söz konusu olacaktır.

2- Genel Olarak “Eser Sözleşmesi”

Günlük hayatta sıkça karşımıza çıkan eser sözleşmesi; baraj, köprü, otoyol, metro, bina inşası gibi büyük çaplı işlerin yanında, elbise dikimi, saat tamiri, saç kesimi gibi nispeten daha gündelik olan işler kapsamında da karşımıza çıkabilmektedir. Karşılıklı edimler içeren bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesi, doktrinde yüklenicinin, iş sahibi tarafından ödenmesi kararlaştırılan ücret karşılığında bir eser oluşturulmasını üstlendiği sözleşme tipi olarak tanımlanmaktadır. [3]

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ise “Eser Sözleşmesi” başlığı altında m.470’te aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

“A. Tanımı

MADDE 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Teknolojik ve ekonomik alanda meydana gelen gelişmeler sonucunda eser sözleşmesi uluslararası boyutları olan bir sözleşme türü haline gelmiştir. Bu nedenle eser sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri içerisinde ayrıca büyük öneme sahip bir sözleşme türüdür.

Eser kavramının kapsamına maddi eserler, maddi varlığı olmayan eserler ve maddi varlığı olmasa da maddi bir şeyde somutlaşan eserler dahil edilmektedir. Uygulamada konusunu inşaat sözleşmelerinin oluşturduğu eser sözleşmeleri büyük çoğunluğu oluşturmaktadır.

3- Eser Sözleşmelerinde Aliud İfa ve Ayıplı İfanın Tespiti

3.1. Eser Sözleşmelerinde Ayıplı İfa

Eser sözleşmelerinde ayıp kavramı, Türk Borçlar Kanunu’nda açık bir şekilde tanımlanmış değildir.

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre; eser sözleşmesindeki ayıp kavramı ile satım sözleşmesindeki ayıp kavramı aynı anlama gelmektedir. [4]

Bu görüşteki yazarlar ayıp kavramını, “Bir eserin aynı türden başka bir eserin ortalama vasıflarıyla karşılaştırılması halinde taşımaması gereken özellikleri taşıması veya olması gereken özellikleri taşımaması” olarak tanımlanmaktadır. [5]

Ayıp kavramı konusundaki diğer görüşe sahip yazarlar ise; eser sözleşmesinde meydana gelen ayıbı açıklamak için satım sözleşmesi hükümlerini doğrudan uygulamanın yeterli olmadığını, ayıp kavramını eser sözleşmesinin kendine özgü özelliklerini dikkate alarak somut bir şekilde ifa etmek gerektiğini savunmaktadır. [6]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise; 2018/15-573 E. 2020/393 K. sayılı 10.06.2020 tarihli kararı ile ayıp ile ilgili aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur;

“... Bu anlamda ayıp, malın sözleşmeye göre taşıması gereken nitelikleri taşıması hâli veya bu hususta özel bir hüküm olmasa da sözleşmenin niteliği ve içeriği dikkate alındığında, malda mevcut olması gereken vasıfların eksikliği şeklinde ortaya çıkacaktır.

... ayıp kavramı “nispi” bir kavramdır. Zira, eserin ayıplı olması somut sözleşmenin içeriğine bakılarak anlaşılacaktır. Bunun tespiti için de yukarıda açıkladığımız üzere sözleşmede aranan özelliklerle, eserin fiilen taşıdığı özellikler karşılaştırılacak veya sözleşmede kararlaştırılmış dahi olsa lüzumlu vasıfların mevcut olup olmadığına bakılacaktır. Dolayısıyla, eserdeki ayıp her sözleşme ilişkisine göre farklılık gösterebilecektir.” [7]

İlgili kararda malın taşıması gereken nitelikleri taşımaması halinde ayıbın söz konusu olacağını, eser sözleşmelerinde ayıp kavramının nispi bir kavram olduğunu, sözleşmenin içeriğine bakılarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Eser sözleşmelerinde ayıp olması halinde sorumluluk; Türk Borçlar Kanunu’nun 474-478 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Eser sözleşmesi çerçevesinde bir ayıbın mevcut olması halinde; iş sahibinin seçimlik hakları gündeme gelebilecektir. Bu haklar TBK’nın 475. Maddesinde düzenlenmiş olup, aşağıdaki gibidir:

“b. İş sahibinin seçimlik hakları
MADDE 475- Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme. İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.”

Görüldüğü üzere; eser sözleşmesi kapsamında bir ayıp söz konusu olduğunda; ortada bir ifa bulunmaktadır ancak ifanın ayıplı olması söz konusudur.

Kanun koyucu tarafından ayıplı ifanın varlığı durumunda iş sahibine yukarıda yer alan madde kapsamında seçimlik haklar tanınmıştır. İş sahibinin işbu seçimlik hakları yine Türk Borçlar Kanunu’nun 478. Maddesinde düzenlenmiş olan zamanaşımı süresi içerisinde kullanması gerekmektedir.

Kanunun “Zamanaşımı” başlıklı 478. Maddesi;

“e. Zamanaşımı

MADDE 478- Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” şeklindedir.

Eser sözleşmesi kapsamında ayıplı ifa değerlendirmesi her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Taraflar arasında kurulan sözleşme çerçevesinde taahhüt edilen hususlar ile mevcut durum karşılaştırılarak ayıplı ifanın var olup olmadığı tespit olunacaktır.

Ayıplı ifa iddiasında bulunan iş sahibinin yukarıda değinilmiş olduğu üzere; kanunda düzenlenen zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye başvurarak seçimlik haklarını kullanması gerekmektedir.

ALİUD İFA SÖZLEŞMEDE KARARLAŞTIRILAN VE BORÇLANILAN EDİMDEN TAMAMEN FARKLI BİR ŞEYİN İFA EDİLMESİ HALİNDE MEYDANA GELMEKTEDİR. AYIPLI İFA DA İSE BORÇLANILAN EDİME UYGUN OLMAYAN BİR EDİM SÖZ KONUSUDUR. BU SEBEPLE AYIPLI İFA İLE ALİUDUN SINIRININ DİKKATLİ ÇİZİLMESİ GEREKMEKTEDİR.

ÖRNEĞİN TARAFLAR SPOR SALONU İNŞASI KONUSUNDA ANLAŞMIŞSA VE YÜKLENİCİ TARAFINDAN GÜZELLİK SALONU İNŞA EDİLİP TESLİM EDİLMİŞSE ALİUD İFA SÖZ KONUSU OLACAKTIR.

3.2. Eser Sözleşmelerinde Aliud İfa

Giriş bölümünde açıklandığı üzere; aliud ifa sözleşmede kararlaştırılan ve borçlanılan edimden tamamen farklı bir şeyin ifa edilmesi halinde meydana gelmektedir. Ayıplı ifada ise borçlanılan edime uygun olmayan bir edim söz konusudur. Bu sebeple ayıplı ifa ile aliudun sınırının dikkatli çizilmesi gerekmektedir. Örneğin taraflar spor salonu inşası konusunda anlaşmışsa ve yüklenici tarafından güzellik salonu inşa edilip teslim edilmişse aliud ifa söz konusu olacaktır. Aliudun ifa olarak kabul edilmemesi nedeniyle, borçlanılan edimden başka bir edim ifa edilmesi halinde ayıplı ifa durumunun söz konusu olması mümkün değildir. Böyle bir durumda yüklenici hiçbir şey teslim etmemiş gibi değerlendirilecektir. Örneğin; yüklenici mevcut bir binayı yıkıp yerine yenisini yapmayı taahhüt etmesi, buna rağmen mevcut binayı yıkmaksızın onararak iş sahibine teslim etmesi durumunda aliud ifada bulunmuş olacaktır. [8]

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 2017/4118 E. 2018/635 K. sayılı 14.02.2018 tarihli kararı ile borçlanılandan farklı bir şeyin teslim edilmesi halinde aliud teslimin söz konusu olacağını ifade etmiştir:

“Davalının davacıya sipariş ettiği malların niteliği açıkça belirtilmiş olup, davacının davalıya bu mallar dışında başka mallar teslim ettiği anlaşılmaktadır. Buradaki teslim aliud teslimidir.”

Somut olayda aliud ifanın mı yoksa ayıplı ifanın mı var olduğunun tespiti uygulanacak hükümler ve zamanaşımı süresi bakımından büyük önem arz etmektedir. Teslim edilen eserin ayıplı bir ifa mı aliud ifa mı olduğunun tespitinde; uygulamada ve doktrinde kesin ölçütler bulunmamakta olup, somut olay kapsamında hâkimin takdir yetkisi büyük önem arz etmektedir. Aliudun söz konusu olduğu durumlarda ortada var olan bir ifa olmadığı için iş sahibi ayıba karşı tefekkül hükümlerine değil, sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin hükümlere dayanacaktır. [9]

Türk Borçlar Kanunu’nun 112. Maddesi ve devamı hükümlerine başvurulması söz konusu olacaktır. Yapma ve yapmama borçları bakımından iş sahibinin sahip olduğu haklar Kanunun 113. Maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“2. Yapma ve yapmama borçlarında MADDE 113- Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, mas-

rafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür. Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafı borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.”

Aliud ifanın söz konusu olduğu durumlarda iş sahibi on yıllık genel zamanaşımı süresince ifayı talep etme hakkına sahip olacaktır. Bununla birlikte; iş sahibi ortada ayıplı bir ifa bulunmaması nedeniyle eseri muayene ve ihbar külfeti olmaksızın işbu hakları kullanabilecektir. Eser sözleşmelerinde hangi durumlarda aliudun var olduğu, hangi durumlarda ayıplı ifanın var olduğu hâkim tarafından somut olayın özelliği göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Hâkim bu kararı verirken ilgili branşın iş çevrelerindeki hâkim görüşü gözeterek bir sonuca ulaşacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1992/15-649 E. 1992/732 K. sayılı 09.12.1992 sayılı kararı aynen;

“Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise “değişik eser”in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilmektedir. Bu itibarla; eserdeki ayıplardan dolayı teslim alınırken ihtirazi kayıt ileri sürülmesi gerekmesine karşılık noksan teslim edilen eserin zamanaşımı süresi içinde bedeli istenebileceğinden ve dükkânın küçük yapılması eksik işe girdiğinden ve bunun için bir ihtirazi kayıt dermeyerine lüzum bulunmamaktadır. Müteahhit tarafından bağımsız bölümün kararlaştırılandan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre dava açılabilir.” şeklindedir. [10] Eser sözleşmelerinde aliudun mu yoksa ayıplı ifanın mı var olduğunun tespiti hususunda; eserdeki eksikliğin veya ayıbın toplam işe oranla önemi nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu kapsamda hâkimin takdiri büyük rol oynamaktadır.

II- SONUÇ

“Aliud” kavramı uygulama ve doktrinde kesin olarak sınırları çizilmemiş bir kavram olup, “başka şey” anlamına gelmektedir. Aliud ifanın söz konusu olduğu durumlar-

da ortada var olan bir ifadan söz edilemeyeceği için iş sahibinin sahip olduğu haklar, bu hakları kullanırken tabi olacağı zamanaşımı süresi farklılık gösterecek olup, bu doğrultuda somut olayda aliudun mu yoksa ayıplı ifanın mı var olduğu büyük önem arz etmektedir. Bu ayrımın yapılmasında kanun kapsamında kesin sınırlar çizilmediği için kaldı ki çizilmesinin de mümkün olmaması sebebiyle; somut olayın incelenmesinde azami özen gösterilmelidir.

Eser sözleşmelerinde; özellikle inşaat yapı işlerinin söz konusu olduğu sözleşmelerde ayıplı ifa, aliud ifa, eksik ifanın varlığı ile sıkça karşılaşılmaktadır. Bu sözleşmelerin ekonomik boyutunun büyük ölçekli olduğu gözetildiğinde; aliud ifa-ayıplı ifa değerlendirmesinin doğru bir şekilde yapılması çok daha önemli hale gelecektir.

Detaylı Bilgi için;
[Stj. Av. Gülşah Işık](mailto:info@ozgunlaw.com)
info@ozgunlaw.com

Kaynakça:

1. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri Trampa, Bağışlama 2008, s. 172
2. Kevork Acemoğlu, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mükayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 9, 1972 s.46
3. Zevkililer, Aydın/ Ertaş. Şeref/ Havutçu, Ayşe: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 304
4. ŞENOC AK, Ayıbın Giderilmesi, s. 92, dn. 65’teki yazarlar.
5. Mustafa Cahit GÜNEL, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergün Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 411
6. ŞENOC AK, Ayıbın Giderilmesi, s. 93.
7. Yarg. HGK. 10.06.2020 T., 2018/15-573 E. 2020/393 K. (www.kazanci.com)
8. GÜMÜŞ s. 55
9. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 166
10. Yarg. HGK 09.12.1992 T., 1992/15-649 E. 1992/732 K. (www.kazanci.com)

HUKUK SİSTEMLERİNDE DİJİTAL MİRAS

I-GİRİŞ

Miras bir kimsenin ölümü itibarıyla varislerine kalan maddi değeri bulunan hakları, borçları ve malları ifade etmektedir. Türk Hukukunda miras kavramının içerisine borçlar ve yükümlülükler, mülkiyet hakları, mirasbırakanın aynı hakları, diğer malvarlığı hakları, taşınır ve taşınmazlara yönelik zilyetlikler dahil edilmektedir. Nitekim bu husus TMK m.599 da hükme bağlanmış olup söz konusu maddenin 1.fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir:

Madde 599- “Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.” [1]

Söz konusu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere miras bırakılacak olgular sınırlı sayıda sayılmamış diğer bir tabirle “numerus clauses” olarak düzenlenmiştir. [2]

Bu hususta miras kavramının içine maddi değeri olan olgular dahil edilmek istenmiştir. Bu yazımızda klasikleşen malvarlığı ve miras kavramının dışında yeni gelişmekte olan maddi değere sahip sosyal medya hesapları, bulut uygulamalar, çevrimiçi alışveriş siteleri ve dijital oyun hesapları ele alınacaktır.

II-DİJİTAL MİRAS KAVRAMI VE İÇERİĞİ

Teknoloji gelişim hızıyla birlikte hayatımıza getirdiği tüm kolaylıkların yanında birtakım sosyal ve hukuki problemleri de getirmiştir. Modern çağda geline nokta itibarıyla internet hayatımızın merkezi haline gelmiştir.

Nitekim haberleşmeden ulaşma alışverişten finans sektörüne kadar internet hayatımızı etkisi altına almıştır. Koronavirüs salgınıyla birlikte tüm dünyada Zoom, Teamchat gibi haberleşme ve online toplantı uygulamaları yaygınlaşmış; insanların vakitlerinin çoğunu evde ve iş yerlerinde geçirmeleri sebebiyle Trendyol, Getir, Alibaba gibi alışveriş ve yazılım şirketleri odak noktası haline gelmiştir.

Nitekim geline son noktada dünyanın gelir seviyesi en yüksek ilk 10 şirketi ara-

sında Apple, Microsoft, Amazon, Facebook, Alibaba gibi teknoloji devleri yer almaktadır. [3] Bu çerçevede tüketim şekilleri ve içeriği değişmiş; sosyal bir varlık olan insanoğlu bu sosyalleşmeyi Instagram, Twitter, Youtube gibi sanal ortamlarda gerçekleştirmeye başlamıştır.

Bahse konu gelişmeler üzerine influencer, youtuber, instagrammer gibi yeni meslek kolları ortaya çıkmıştır. Tüm bu değişim ve gelişimlere paralel olarak merkeziyetçi para birimleri yerini kripto adı verilen sanal para birimlerine bırakmaya başlamıştır.

Söz konusu tüm bu değişimlerle birlikte miras kavramının içeriği organik yollarla değişmiş olup maddi değere sahip taşınır ve taşınmaz kavramlarının yanında yine maddi değere sahip Instagram, Facebook, Tiktok gibi sosyal medya hesapları; WhatsApp, E-posta, Telegram gibi iletişim hizmetleri; mobil uygulamalar ile erişim sağlanan bankacılık ve finans sektörlerine yönelik hizmetler; görüntü ve videoları yedekleyen Icloud, Google Drive gibi yazılım hizmetleri; Trendyol, Amazon, Alibaba gibi çevrimiçi alışveriş mağazaları dijital miras kavramının içeriğini oluşturmaya başlamıştır.

III-DİJİTAL MİRASA YÖNELİK VERİLEN MAHKEME KARARLARI

A. Türk Hukukunda Dijital Miras

Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk Hukukunda da dijital miras kavramı yeni ve gelişmekte olan bir kavramdır.

Hukukumuzda dijital miras kavramına yönelik ilk kararı Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6.Hukuk Dairesi 13.11.2020 tarihli kararı ile vermiştir. Bahse konu 6.Hukuk Dairesinin 2020/1149 E., 2020/905 K. sayılı ilamı ile davacı mirasçılar tarafından açılan davada;

“Miras bırakanın vefatından sonra kullanılmış olduğu cep telefonunda ise ICloud isimli bulut bilişim sisteminin kullanıldığını ve cep telefonunda mevcut olan fotoğraf, video, ses kayıtları, medya dosyaları, dokümanlar, mailer, notlar gibi birçok verinin bu sistem üzerinde kayıtlı olduğunu, bu dokümanlara ise yalnızca Apple kimliği ve şifresi ile erişilebildiğini, aynı zamanda hesabına bağlı olan ve bu hesap vasıtası ile kontrol edilen terekeye konu olabilecek mal varlığının olduğunu, hesapta e-ticaret sitesi hesabının, hediye çeklerinin ve kuponların olduğunu bildiği”

gerekçeleriyle bulut uygulama olan Icloud kimliği mirasa konu terekenin aktifinde varsayılarak erişim sağlanmasına yönelik hüküm tesis edilmiştir.

Söz konusu karardan anlaşılacağı üzere bulut uygulama olan Icloud uygulamasının mirasa konu edilmesindeki ölçüt “maddi değere haiz” veriler içermesidir.

Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği kararın gerekçesinde de açıklandığı üzere günümüz teknoloji çağında dijital mal varlıkları ve bunlara yönelik uygulamalar sosyal yaşantımızla iç içe geçerek hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.

Günlük hayatta kullanılan sosyal medya hesapları, bankacılık ve iletişim sektörlerinin mobil uygulamaları, kripto para yatırım-çekim-kullanım işlemlerine yönelik finans uygulamaları gibi modern hayatın her alanında kullanıcılar tarafından benimsenmiştir.

Hukukumuzda bu tür ihtilafların çözümüne yönelik ayrı bir mevzuat ve düzenleme olmadığından mevcut ilke ve hükümler ışığında kararı yorumlayan Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6.Hukuk Dairesinin verdiği karar emsal nitelikte olup miras hukukuna ilişkin bundan sonra doğacak benzer ihtilafların çözümüne ışık tutacaktır. Bu ve buna benzer kararlar verilirken tartışılması gereken asıl husus ise söz konusu dijital mal varlıklarına erişim aşamasında ihlal edilmesi muhtemel kişisel veriler ve kişisel hak ihlalleridir.

Nitekim bu hususta Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6.Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin özel hayatın gizliliğini gerekçe göstererek reddettiği davada mirasçı sıfatına haiz kişilerin direkt olarak şifrelere ulaşımının hukuka uygunluğunun denetimine yönelik bir karar düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Dijital Miras

Almanya’da yaşayan bir Facebook kullanıcısının tren kazasında ölümü üzerine “dijital miras” kavramı ilk defa yüksek bir mahkemenin önüne gelmiş olup bu kapsamda Alman Federal Mahkemesi dijital miras konusunu çeşitli çerçevelerden incelemiş ve hükme bağlamıştır.

Alman Federal Mahkemesi 12.07.2018 tarihli kararı ile 15 yaşındaki bir Facebook kullanıcısının ölümü üzerine sosyal medya hesabının miras bırakılıp bırakılamayacağını; ölen kişinin Facebook hesap şifresinin ailesine verilip verilemeyeceği konusunu değerlendirmiş, bu kapsamda Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dijital miras konusunda zemin hazırlayacak bir hüküm tesis etmiştir. [4]

Alman Federal Mahkemesi söz konusu hükme ilişkin Alman Avukatlar Birliği’nin görüş yazısına atfı yapmış ve dijital miras kavramını Avukatlar Birliğinin açıkladığı üzere şu şekilde tanımlamıştır:

“Fikri mülkiyet hakları, web sitelerindeki haklar ve alanlar ile sağlayıcı ile miras bırakan arasında internetin kendisinin ve aynı zamanda çeşitli internet hizmetlerinin kullanılması bakımından kuruluş tüm

sözleşme ilişkileri dahil olmak üzere dijital malvarlığının tümü dijital mirastır”.

Söz konusu görüş yazısı ve ilgili tanımlar ışığında Alman Federal Mahkemesi Alman Medeni Kanununun 1922.maddesini baz alarak “külli halefiyet ilkesi” gereğince Berlin Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuş olup dijital eşya ve ürünlerin, sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikal etmesi gerektiğine karar vermiştir. [5] Bu kapsamda Federal Mahkeme kişisel verilerin korunmasına yönelik etik değer ve ilkelerin dijital miras konusunda istisna tutulması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur. Söz konusu kararın “külli halefiyet ilkesi” ölçüt alınarak verilmesi sebebiyle Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde emsal karar olarak nitelendirileceği aşikardır. Bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde dijital miras kavramını benimseyen ve yasalastıran tek ülke konumunda Estonya bulunmaktadır.

Miras kanunları bakımından külli halefiyet ilkesini benimseyen Estonya’da dijital miras hükümleri net bir şekilde belirtilmiştir. Estonya Germen hukuk sistemini özümsemesi sebebiyle Almanya ile paralel düzenlemeler içermekte ve yasalarında da buna ilişkin hükümler içermektedir.

Estonya Miras Kanunu somut ve soyut ayırmayarak dijitali de kapsar şekilde maddi değere haiz tüm mal varlıklarının mirasa konu olabileceğini düzenlemektedir. [6]

C. Anglosakson Hukuk Sistemlerinde Dijital Miras

Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemini incelediğimizde dijital miras konusunda düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. RFADAA kısaltmalı “Dijital Varlıklara Gözden Geçirilmiş Güvene Dayalı Erişim Yasası” dijital miras hususunda diğer hukuk sistemlerine öncülük ve örnek teşkil etmektedir. [7]

Bu kapsamda özellikle Amerika’da uygulanan Anglosakson hukuk sistemi ayrıntılı olarak dijital mirası incelemese dahi yeni ve gelişmekte olan bu kavramları yasalastırması; sosyal hayatta karşılığı olan soyut dijital ürün ve materyalleri somut olarak hukuki mercek altında dijital mal varlığı çerçevesinde incelediğini göstermektedir.

IV-SONUÇ

Dijital miras konusu incelendiğinde henüz çok yeni ve gelişmeye açık bir alan olduğu

aşikâr olup farklı hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukukunda da mahkemeler ve diğer yargı mercileri çerçevesinde yasal ve güncel düzenlemelere tabi olacağı açıkça ortadadır. Teknoloji hayatın her alanında olduğu gibi hukuk sistemlerini de etkilemeye devam etmektedir. Dijital miras kavramı şimdilik hukuk sistemlerine yabancı kalmaktadır.

Bununla birlikte hızla gelişen teknoloji sayesinde yakın gelecekte bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılacağı aşikardır. Teknolojinin bu hızına cevapsız kalınmamalı, Türk Hukukunda TMK çerçevesinde dijital miras kavramına ilişkin doğmuş veya doğabilecek hukuki uyumsuzlukların çözüme kavuşturulmasına yönelik somut adımlar bir an önce atılmalıdır.

Detaylı Bilgi için;
[Stj. Av. Emre Muhammed Yılmaz](#)
info@ozgunlaw.com



Kaynakça:

1. İLERİ Çiğdem. “Dijital Miras-Alman Federal Mahkemesinin Facebook Kararı Üzerine Bir İnceleme” TBB Dergisi 2020
2. MARAŞLI DİNÇ Yasemin, 2019. “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras” TBB Dergisi (142)
3. ÇELİKTAŞ İlyas, “Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?”, Terazi Hukuk Dergisi, Ankara 2011, C. 6, S. 62, s. 34.
4. DURAL Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 7. Baskı 2013.
5. İNCE AKMAN Nurten, 2018. “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi: Dijital Tereke” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
6. ANTALYA O. Gökhan, Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015
7. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

ANAYASA MAHKEMESİ'NDEN ETKİLİ SORUŞTURMA YAPILMAMASI NEDENİYLE YAŞAM HAKKININ İHLAL EDİLMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi 15/9/2021 tarihinde, Metin Bekiroğlu ve Özgür Atagün (B. No: 2018/35266) başvurusunda, Anayasa madde 17 ile güvence altına alınan yaşam hakkının etkili soruşturma yükümlülüğünün eksikliği sebebiyle ihlal edildiğine karar verdi. **Olay:** Başvurucuların içinde bulundukları toplu taşımada kullanılan araca zırhı polis aracından ateş açılmış bunun neticesinde olayla ilgili Lice Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında polislerin ifadeleri alınmış ve sonrasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Diyarbakır Barosunun olayla ilgili başvuru sonucunda Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı da kovuşturmaya yer olmadığına hükmetmiştir. İtiraz üzerine Sulh Ceza Hakimliği itirazı incelemiş ve usul ve yasaya aykırı bir durum olmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Bunun sonucunda başvuru- cular tarafından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuştur. **Başvurucuların İddiaları:** Sivillerin içinde olduğu toplu taşıma aracına kolluk kuvvetleri tarafından hayati tehlike oluşturacak şekilde gerçekleştirilen ateşli silah kullanımı duruma karşı etkili soruşturma yapılmayarak yaşam hakkının ihlal edildiği. **Mahkemenin Değerlendirmesi:** Lice Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan söz konusu soruşturma mala zarar verme suçu kapsamında yapılmış ve takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Bu nedenle soruşturmada ateşli silah kullanımı bağlamında yaratılan yaşamsal tehlike değerlendirilmemiştir. Başsavcılık tarafından araştırma ve inceleme yapılmadan verilen ko-

vuşturmaya yer olmadığı kararında "...bölgenin sıkıntılı bir bölge olması nedeniyle muhtemelen terör örgütü üyelerinin açtığı ateş sonucunda aracın zarar görmüş, mağdurların yaralanmış olduğu ve soruşturmayı yürütmekte hukuki yarar bulunmadığı" gerekçesine dayanılmıştır. Oysa minibüsü hasara uğratan merminin polis aracında bulunan ağır makineli silahtan atıldığı bilgisi Kriminal Polis Laboratuvarı raporunda bulunmaktadır. Lice Cumhuriyet Başsavcılığının bilgi sorulmasına dair talebe iki yıl cevap vermemesi dahi tek başına soruşturma sürecindeki özensizliğe dair açık bir bulgudur. Bireysel başvuruya temel olan olaya ilişkin hemen hemen hiçbir araştırma inceleme yapmamış olan Başsavcılığın hayati tehlike yaratan ateşli silah kullanımına ilişkin olarak olayı tüm yönleriyle aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit eden, yaşam hakkının sağladığı güvencelerin gerektirdiği derinlik ve ciddiyette bir soruşturma yürüttüğünü söylemek mümkün görünmemektedir. Sonuç olarak yürütülen soruşturma sürecinin yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkına ilişkin etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir, şeklinde hüküm kurmuştur.

Kaynak:

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/35266>

CEZA İNFAZ KURUMLARININ YÖNETİMİ İLE CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK YAYIMLANDI

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (Karar Sayısı: 4773), 12 Kasım 2021 Tarihli ve 31657 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdi.

Yeni düzenlemeyle birlikte Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in 148 maddesinin 51 maddesinde değişiklik yapılmış oldu. İnsan Hakları Eylem Planı çerçevesinde hazırlanan sözü geçen değişiklikleri sağlayacak yönetmelik ile birlikte açık cezaevindekiler için yeni bir infaz modeli, buna göre iyi halliliği sayesinde açığa ayrılmayı hak kazanmış hükümlüler, sosyal sorumluluk çerçevesinde çeşitli kamusal faaliyetlere katılarak yani cezaevi dışında başka bir kamu kurumunda çalışarak cezalarını tamamlayabilecek.

Cezaevlerinde hükümlü ile birlikte kalan 0-6 yaş grubu çocukların psikososyal gelişimleri psikososyal yardım servisi görevlilerince takip edilecek. Hükümlüler kuruma kabul edilirken sağlık durumunu belirleyen raporu kurum hekimi veya aile hekimi varsa bunlardan eğer yoksa hastaneden alarak kuruma kabul edilecekler.

Ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilen hükümlülerin toplamda 5 yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanlarının veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenlerinin cezasının konutunda çektilmesine hükmedilebilecek.

Kaynak:

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211112-5.pdf>

YARDIM TOPLAMA YÖNETMELİĞİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLER RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANDI

İnternet ortamında gerçekleştirilen yardım toplama faaliyetleri yönetmelik kapsamına alındı.

Buna göre bu tür bir faaliyet çerçevesinde internet ortamı dahil kullanılacak her türlü materyale Dernekler Bilgi Sistem üzerinden verilecek yardım toplama izin numarasının yazılması zorunlu olacak.

Ancak cumhurbaşkanı tarafından izin almadan yardım toplayabileceği kararlaştırılan vakıf, kurum ve dernekler ise izin kararlarının yılı ve sayısını yazacaklar.

Yardım toplamasına izin verilen kişilerin bilgileri izin veren makam ile İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün internet sayfasında yayımlanabilecek.

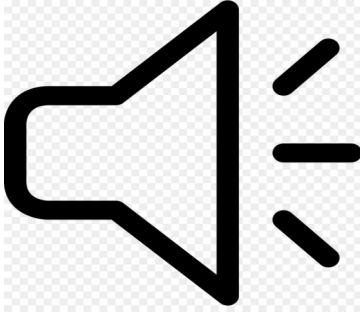
Toplanan yardımlar en geç 15 günde bir sorumlu sayman üyeye teslim edilecek ve bankalarda yardım amaçlı açılmış bulunan hesaba yatırılacak.

Yardım Toplama Sonuç Bildiriminin yani faaliyet sonunda elde edilen gelirin harcanmasına ilişkin bilgileri içeren bildirim kesim hesabın verildiği tarihten itibaren 90 gün içinde izin veren makama bildirilmesi gerekecek.

Bu süre belirli durumlarda uzatılabilecek.

Kaynak:

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211110-3.htm>



KYLE RITTENHOUSE KARARI MEŞRU SAVUNMANIN KAPSAMI KONUSUNDA YANILTMASINI!

Wisconsin Kenosha'da, Ağustos 2020'de, polisin siyahi Jacob Blake'i vurmasını protesto eden göstericilere, Kyle Rittenhouse tarafından yarı otomatik tüfekle açılan ateş sonucu iki kişi hayatını kaybetmiş, bir kişi ağır yaralanmıştı. Kyle Rittenhouse, hakkındaki tüm suçlamalardan beraat etti. Jüri üyeleri, Rittenhouse'un eylemlerinin meşru savunma kapsamında kaldığını ileri sürerek onu beş suçlamadan da akladı.

Bu haber sonrasında başta ABD olmak üzere tüm dünyada "meşru savunma" kavramı tartışılmaya başlandı. Pek çok devletin hukuk sisteminde "meşru savunma" kavramı yer almakla birlikte; her ülkenin, hatta federal yapıya sahip ülkelerde her eyaletin konuya yaklaşımı farklılık gösterebilmektedir.

Amerikan Ceza Hukuku ve Amerikan Anayasası özelinde, "meşru savunma (self defence)" kurumu Anayasa ile koruma altına alınmış olan doğal bir hak şeklinde düzenlenmiştir. Birçok eyaletin Anayasası'na göre de kişinin yaşamının, hürriyetinin ve malvarlığının savunulması devredilemez, kişiye bağlı ve doğal bir hak olarak görülmektedir. (1)

"Meşru savunma" Türk Hukuku'nda da hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, meşru savunmanın varlığının kabulü için saldırıya ilişkin ve savunmaya ilişkin birtakım sınırlara uyulması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun "Meşru savunma ve zorunluluk hali" başlıklı 25. Maddesi aynen;

"Meşru savunma ve zorunluluk hali

Madde 25- (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez." şeklindedir.

Meşru savunmanın var olabilmesi için gerekli olan şartlar Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2016/13735 E. 2016/12928 K. sayılı 29.09.2019 tarihli kararında aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

"Gerek öğretilde gerekse yerleşmiş yargısal kararlarda vurgulandığı üzere; 765 sayılı TCK'nın 49/2 ve 5237 sayılı TCK'nın 25/1. maddelerinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan meşru savunma, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta ve bu nedenle de eylemi suç olmaktan çıkarmaktadır. Bir olayda meşru savunmanın oluştuğunun kabul edilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

1- Saldırıya ilişkin şartlar:

a) Bir saldırı bulunmalıdır.

b) Bu saldırı haksız olmalıdır.

c) Saldırı meşru savunma ile korunabilecek bir hakka yönelik olmalıdır. Bu hakkın, kişinin kendisine veya bir başkasına ait olması arasında fark yoktur.

d) Saldırı ile savunma eşzamanlı bulunmalıdır.

2- Savunmaya ilişkin şartlar:

a) Savunma zorunlu olmalıdır. Zorunluluk ile kastedilen husus, failin kendisine veya başkasına ait bir hakkı koruyabilmesi için savunmadan başka imkanının bulunmamasıdır.

b) Savunma saldırıya karşı olmalıdır.

c) Saldırı ile savunma arasında oran bulunmalıdır.

Amerikan Hukuku'nda da meşru savunmanın varlığı için benzer koşullar aranmakla birlikte Rittenhouse kararından da anlaşılabileceği üzere; "meşru savunma"nın kapsamı Türk Hukukunda olduğundan daha geniş yorumlanabilmektedir.

Rittenhouse'un "meşru savunma" hakkını kullandığı gerekçesiyle aklanması ile birlikte; pek çok kişinin "meşru savunma"nın kapsamı ve sınırları konusunda yanlışlığa düşme ihtimali bulunmaktadır. Meşru savunmanın varlığından söz edebilmek için; savunmada kullanılan kuvvetin saldırıyı defetmek için gerekli olması ve başka bir şekilde bu saldırının defedilme imkânı bulunmaması gerekmektedir. Örneğin; elinde silahı olan bir kişiye karşı, silahı bulunmayan kişi tarafından saldırı gerçekleştirilmesi halinde, savunma için hayatı bölgelere ateş edilmesi halinde meşru savunmanın vuku bulacağını söylemek oldukça güç olacaktır.

Amerikan yargısındaki genel bakış açısına göre; saldırıya uğrayanın ölümcül kuvvet uygulamak suretiyle kendisini savunabilmesi için dürüst ve makul olarak; yakın ve mutlak bir şekilde yaşamına, vücut bütünlüğüne karşı tehlike bulunması gerekmektedir.

Bununla birlikte; saldırıyla savunma arasında orantı bulunmasının gerekmesinin yanı sıra; kullanılan aracın da yalnızca saldırıyı defetmeye yetecek nitelikte olması gerekmekte ve bu konuda da orantılılık değerlendirmesi gerekmektedir.

ABD'de son dönemde çıkan içtihatlar ve yeni düzenlemeler ile birlikte; meşru savunmanın kapsamının genişlediği gözlemlenmektedir. Pek çok ülke mevzuatında kendine yer bulan "meşru savunma" kavramı, benzer temel ilkeler çerçevesinde düzenlenmiş olsa da "meşru savunma"nın sınırlarının ve koşullarının değerlendirilmesi ülkeden ülkeye hatta eyaletten eyalete farklılık gösterebilmektedir. Dolayısıyla meşru savunmanın kapsamı ve sınırları konusunda yanlışlığa kapılmak için "Kyle Rittenhouse" kararına bu bakış açısıyla bakılmalı ve meşru savunma konusunda Türkiye'deki düzenlemelerin ve uygulamanın ABD'de olduğu gibi geniş yorumlanmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Kaynak:

1. <https://www.reuters.com/world/us/rittenhouse-prosecution-faced-difficult-task-proving-negative-2021-11-19/>

2. <https://www.trthaber.com/haber/dunya/abddeki-protestolarda-cinayetle-suclanan-kyle-rittenhouse-kimdir-511981.html>



Alanında uzman avukatlardan oluşan ekibi ile faaliyet gösteren Özgün Hukuk Bürosu, ulusal ve çok uluslu şirketlere hizmet vermektedir. Bu kapsamda, müvekkillerin ihtiyaçlarına olabilecek en kısa zamanda cevap verebilecek organizasyon yapısı kurulmuş olup, temel prensip müvekkillerin kıdemli avukat kadrosuyla her zaman iletişim kurabilmesi ve her konuda bilgi sahibi olmasının sağlanmasıdır.

Bankacılık ve finans, eğitim, sağlık, otomotiv, kimya ve savunma, teknoloji, enerji, maden, inşaat ve gayrimenkul sektörleri başta olmak üzere değişik iş ve ticaret sektörlerinde faaliyet gösteren kurumsal müvekkillere ve sivil toplum kuruluşlarına hizmet veren Özgün Hukuk, tüm müvekkilleri ile bir iş ortağı titizliği ile çalışmayı prensip edinmiştir.

Özgün Hukuk Bürosu, Türkiye'nin önde gelen finans kurum ve kuruluşlarına, şirketlere ve şahıslara Türkiye'de ve yurtdışında alacak tahsilatı konusunda hukuki hizmet sağlamaktadır. Bu kapsamda yurtdışına kaçırılan malvarlıklarının mal varlığı araştırması yapılarak tespit edilmesi ve alacağın bu yolla tahsil edilmesi hususunda hukuki hizmet verilmektedir.

Özgün Hukuk Bürosu alacak tahsilatı konusunda dünya çapında bir organizasyon olan "European Collectors Association (ECA)" üyesi olup, gerek Türkiye'de gerekse yurtdışında alacak tahsilatı konusunda müvekkillerine hukuki hizmet sunmaktadır. Ayrıca, İngiltere, Belçika, Fransa, İspanya ve İtalya'dan avukatlar tarafından Kasım, 1988'de kurulan ve Avrupa'nın ilk birleşik uluslararası hukuk uygulaması olan PLG International Lawyers'ın tek Türk üye hukuk bürosudur.

Sülün Sok. No:8 34330 1.Levent Beşiktaş / TURKEY
Phone : +90 212 356 3210(pbx) / +90 212 325 2307(pbx)
Fax : +90 212 356 3213
E-mail : info@ozgunlaw.com
İnternet sitesi: www.ozgunlaw.com

Bizi Takip Edin!

