

Yıl: 34

Sıra Sayı: 125



KURULUŞ: OCAK - 1975

T.C.  
YARGITAY  
KİTAPLIĞI  
DEMİRBA

# YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 34

TEMMUZ 2008

Sayı : 3

*Sahibi* : Yargıtay adına **Hasan GERÇEKER Yargıtay Başkanı**

*Yayın Müdürü* : **Ersin DAMAR Yargıtay Yayın İşleri Müdürü**

*Yayın Kurulu*

*Başkan*

**A. Vehbi AKSOY**  
**Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi**

*Üyeler*

**A. Nazım KAYNAK**  
**Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi**

**Sedat BAKICI**  
**Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi**

**Sevgi SAKA**  
**Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi**

**Ali EM**  
**Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi**

*Yönetim ve Yazışma Adresi*

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü  
(Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.  
No: 3) 06658-Bakanlıklar/ANKARA

*Telefon*

(0-312) 425 16 32 — 425 16 49

*Faks*

(0-312) 419 41 11

*Abone Servisi*

(0-312) 416 11 38

*Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni*  
**Ersin DAMAR**

*Baskı*

**SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.**  
(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğüne  
**Üç Ayda Bir yayımlanır.**

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 2 Mart 1987 tarih ve 19388 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi  
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

***Abone Olmak İçin;***

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki 39009014-5001 nolu** banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932 nolu** posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır. Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

# İÇİNDEKİLER

**Sayfa**

## ÖZEL HUKUK

**Resul ASLANKÖYLÜ**

Onuncu Hukuk Dairesi'nin  
Kurumun 26. Maddeden Doğan Rücu  
Hakkının Bağımsız Hakka Dayandığına  
İlişkin Son Görüşünün  
Değerlendirilmesi .....**223-284**

**Mahmut GÖKPINAR**

İletişim Hukukumuzda Cevap  
Ve Düzeltme Hakkı .....**285-332**

## MEDENİ HUKUK

**Ender Kâmil BOYACI**

Paylı Mülkün (Müşterek Mülkün)  
Devamlı Bir Maksada Tahsisi  
(4721 sayılı Medeni Kanun, m. 698)  
(İsviçre Medeni Kanunu,  
m. 650) .....**333-350**

## CEZA USUL HUKUKU

**Hüsamettin UĞUR**

Suçta Sürüklenen Çocuklar  
Hakkında Hükmün  
Açıklanmasının Geri  
Bırakılması .....**351-386**

## YARGITAY'DAN HABERLER

**Ersin DAMAR**

Yeni Seçilenler,  
Yeniden Seçilenler,  
Emeklilik Nedeniyle  
Yargıtay'dan Ayrılanlar .....**387-392**



**ONUNCU HUKUK DAİRESİ'NİN  
KURUMUN 26. MADDEDEN DOĞAN RÜCU HAKKININ  
BAĞIMSIZ HAKKA DAYANDIĞINA İLİŞKİN SON  
GÖRÜŞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Resul ASLANKÖYLÜ* (★)

**ANLATIM DÜZENİ:** *I.GENEL OLARAK, A.Anayasa Mahkemesi Kararları Yok Farz Edilse Bile 26. Maddenin Birinci Fıkrası Hükmünün Gelir Artışlarının Dahı İstenebileceğini Amaçlayıp Amaçlamadığına İlişkin Kişisel Görüşümüz, a.Gelir Artışlarının Kurumca İşverenden İstenebilip İstenemeyeceğine İlişkin Yargıtay'ımızın Yorumu, b.Anayasa Mahkemesinin Yorumu, II.SSK.NUN 10'UNCU MADDESİNE GÖRE GELİR ARTIŞLARININ İŞVERENDEN İSTENEBİLİP İSTENEMEYECEĞİ SORUNU, III.SOSYAL SİGORTALAR KURUMUNUN 26. MADDEDEN DOĞAN RÜCU HAKKININ HUKUKSAL TEMELİ, A.Genel Olarak, a.Seçimlik Hak Sistemi, b.Toplanma (Kumulation) Sistemi, c.Halefiyet ve Rücu Sistemi, IV.SSK'NUN 26'NCI MADDESİNE GÖRE RÜCU HAKKININ KOŞULLARI, V.HALEFİYET KAVRAMI, a.Halefiyet İle Rücu Hakkı Arasındaki Hukuksal İlişki, b.Başkasına Ait Bir Borcu Ödeyen Kişi Hem Halefiyet*

(★) Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.

*İlkesine Hem De Basit Rücu Hakkına Dayanabilir Mi?, c.Kurumun Rücu Hakkının Halefiyete Dayandığı Görüşünü Savunanlar, d.Kurumun Rücu Hakkının Kanundan Kaynaklandığı Görüşünü Savunanlar, e.Kurumun 26. Maddeden Doğan Rücu Hakkının Hem Halefiyete Hem de Kanuna Dayandığı Görüşü (Karma Görüş), VI.YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI, 1.1954 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 2.1960 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 3.1994 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, A.1954, 1960 ve 1994 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcılık Gücü, B.Anayasa Mahkemesinin 2006 Tarihli İptal Kararının İrdelenmesi, VII.ANAYASA MAHKEMESİ KARARIYLA YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI ÇELİŞTİĞİ TAKDİRDE ANAYASA MAHKEMESİ KARARI MI YOKSA İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI MI BAĞLAYICIDIR?, VIII.BAĞ-KUR'UN 1979 SAYILI KANUNUN 63. VE 2926 SAYILI KANUNUN 47. MADDESİN-DEN DOĞAN RÜCU HAKKININ HUKUKSAL TEMELİ, IX.KURUMUN 26. MADDEDEN DOĞAN RÜCU HAKKININ HALEFİYET ESASINA DAYANMADIĞINA VE GELİR ARTIŞLARININ İSTENEMEYECEĞİNE DAİR 10. HD.NİN SON GÖRÜŞÜNÜN İNCELENMESİ, A.10. HD.nin Görüş Değişikliğinin İsabetli Olmadığı Görüşünü Savunanlar*

## I.Genel Olarak<sup>(1)</sup>

Bilindiği gibi Yargıtay'ımız Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesinden doğan rücu hakkının kendine özgü halefiyet esasına dayandığı, sigortalıya veya hak sahiplerine kurumca bağlanan gelirlere meydana gelen artışların işverenden ve üçüncü kişilerden istenebileceği görüşünde idi.

Ne ki aşağıda açıklanacağı gibi Yargıtay 10. HD eski görüşünü değiştirmiş Kurumun anılan 26. maddeden doğan rücu hakkının halefiyet esasına değil basit (bağımsız) rücu hakkına dayandığına, gelirlere meydana gelen bu artışların işveren ve üçüncü kişilerden istenemeyeceğine karar vermiştir<sup>(2)</sup>. Yine aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi anılan Daire, görüş değişikliğini, Anayasa Mahkemesince 2006 yılında verilmiş bulunan 26. madde ile ilgili iptal kararına dayandırmış ve Anayasa Mahkemesi kararlarının Yargıtay'ı bağlayacağı sonucuna varmıştır.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesince verilen beş adet kararın hepsinde, bağlanan gelirlere meydana gelen artışların kurumca işverenden istenemeyeceği vurgulanmıştır<sup>(3)</sup>.

(1) Legal Yayıncılık, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisinin 2007, 16 sayısında yayımlanan "Anayasa Mahkemesi Kararlarına göre Kurumun SSK.nun 26. maddesi gereğince gelir artışlarını isteyebilip istemeyeceği" adlı makalemizden, iki makale arasındaki benzerlik nedeniyle bazı pasajlar bu makalemize nakledilmiştir.

(2) Bkz. s. 277, dipnot 77.

(3) Bkz. s. 277, dipnot.

Diğer taraftan 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, kurumun, 26. maddeden doğan rücu hakkının kendine özgü halefiyet esasına dayandığı, ileriki yıllarda meydana gelecek gelir artışlarının kurumca işveren ve üçüncü kişilerden istenebileceği görüşü benimsenmiş ise de az önce ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesi gelir artışlarının istenemeyeceğine bir çok defa karar vermiş ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına ters düşmüştür. Yine aşağıda, Anayasa Mahkemesi kararıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı birbiriyle çeliştiği taktirde hangi karara üstünlük tanınacağı keza genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusu irdelenecektir<sup>(4)</sup>.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararları yok farz edilse bile anılan 26. maddenin birinci fıkrası hükmünün gelir artışlarının dahi istenebileceğini amaçlamış olup olmadığı da tartışılacak, SSK.nun 26. maddesinin birinci fıkrasıyla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesi karşılaştırılarak arz edilecektir.

### **A.Anayasa Mahkemesi Kararları Yok Farz Edilse Bile 26. Maddesinin Birinci Fıkrası Hükmünün Gelir Artışlarının Dahı İstenebileceğini Amaçlayıp Amaçlamadığına İlişkin Kişisel Görüşümüz**

Yukarıda değinildiği gibi Anayasa Mahkemesinin dördü yoruma birisi iptale ilişkin beş kararının hepsinde de gelir artışlarının istenemeyeceği açıkça vurgulanmıştır. Burada Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusuna girilmeden önce SSK.nun 26. maddesinin birin-

(4) Bkz. s. 234, dipnot 11.



ci fıkrası hükmünün, gelir artışlarının kurumca işverenden istenebileceğini amaçlayıp amaçlamadığı yorumlanacaktır.

Başka bir deyişle kurum, Bağ-Kur Kanununun 63. maddesinde olduğu gibi bağlanan gelirin ilk peşin değerini mi isteyebilecektir?

26. maddenin birinci fıkrasının, konumuzla ilgili kesimi yorumlanmadan önce özetle, yorum ilkelerinin irdelenmesine gerek görülümüştür. Zira yasaların yorumunda, hukuksal gerçeğin ortaya çıkarılması yorum ilkelerinin doğru olarak bilinmesine bağlıdır. Bilindiği gibi yasaların, amaçlarına göre yorumlanması gerektiği ana ilkedir.

İkinci ilke, yasaların yürürlüğe girdiği tarihteki amacının değil uygulandığı tarihteki amacının esas alınmasıdır. Böyle bir ilkenin doğruluğu tartışılmaz; zira yasaların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulandıkları tarihe kadar toplumun ekonomik ve sosyal yapısı ve gereksinimleri değişmiş olabilir. Nitekim büyük hukukçu Becker bu ilkeyi veciz bir şekilde şöyle ifade etmektedir: “Yasalar çıkarıldıkları tarihteki değil uygulandıkları tarihteki olayları kucaklar<sup>(5)</sup>.”

Diğer taraftan kullanılan sözcüklerden yasanın amacı çok açık bir biçimde anlaşılabiliriyorsa yorum yoluyla başka bir sonuca varılamaz. Şayet yasa metninde yer alan sözcüklerden yasanın başka başka anlamlara geldiği seziniyorsa o takdirde yorum yoluna gidilebilir. Şayet yasanın lâfzından amacı açıkça belli ise başka türlü bir yorum tarzının benimsenmesi erkler ayrılığı ilkesine aykırı düşer.

(5) BECKER, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi I. Kısım, Genel Hükümler, Fasikül II. İsviçre Borçlar Kanunu, 37/62. (Çeviren, Reisoğlu, Ankara)

Şimdi açıklanan yorum ilkeleri karşısında 26. maddenin birinci fıkrasının, bağlanan sürekli iş göremezlik gelirlerinde meydana gelen artışlarının işverenden ve üçüncü kişiden kurumca istenebilip istenemeyeceği konusunun yorumlanmasına gerek duyulmuştur.

Hemen ifade etmek gerekirse, anılan maddenin birinci fıkrasının lâfzı Kurumca bağlanan gelirlerde meydana gelen artışların istenemeyeceği anlamını taşımaktadır. Zira anılan birinci fıkrada kullanılan «giderler» deyimi ile «gelirler» deyimi birbirinden farklı kavramlardır. «Giderler» sözcüğü, eski deyimle «masraflar» sözcüğünün karşılığıdır.

Bilindiği gibi sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan sürekli iş göremezlik gelirleri, Kanun ya da Kanun Hükmünde Kararnamelerle kat sayının yükseltilmesine paralel olarak her yıl artırılmaktadır. Kurum ise meydana gelen gelir artışlarını sigortalı veya hak sahiplerine ödemeye devam etmekte ve gelirlerin peşin değerini rücu işverenden ya da üçüncü kişiden talep etmektedir.

Diyelim ki kurumun sözü edilen 26. maddeden kaynaklanan rücu hakkının hukuksal temelini neye dayandığının belirlenmesinden önce, gelir artışlarının istenebilip istenemeyeceği konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira her iki kavram arasında organik bir bağ mevcuttur.

Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin farklı yorumlarını açıklamadan önce kişisel yorumumuzu arz etmeyi düşündük. Ne ki yorum

kolaylığı bakımından 26. maddenin birinci fıkrasının ilgili metni aşağıya aynen alınmıştır<sup>(6)</sup>.

Hal böyle olunca da kural olarak ödenen veya ödenecek olan giderler belirli bir zaman kesiti ile sınırlı olup süreklilik arz etmez, istisnalar kaideyi bozmaz. Oysa Sosyal sigortalar hukuku ile bu hukuka ilişkin kanun yapma tekniğine göre gelir, yasal koşullar devam ettiği sürece ilgililere nakit olarak ödenir. Örneğin sigortalı, iş kazası geçirmiş ve SSK.nun 19. maddesine göre sürekli iş göremez duruma düşmüş ise kurum iş göremezlik oranını esas alarak sürekli iş göremezlik geliri bağlar. Sürekli iş göremezlik hali ortadan kalkmadıkça bağlanan gelirlerin ödenmesine devam edilir. Esasında işin özü itibarıyla bağlanan gelir, aynı olmamakla birlikte malullük, yaşlılık ve ölüm aylığı gibidir. Nitekim uygulamada zaman zaman aylık ve gelir kavramları birbirine karıştırılmakta «gelir bağlama» denmesi gerekirken «aylık bağlama» deyimini kullanılmaktadır. Bize göre yasa koyucu, gelir ile aylık sözcüklerinin birbirine karıştırılmaması amacıyla iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolundan yapılan bu tür sosyal sigorta yardımını “gelir” diye adlandırmıştır.

26. maddenin birinci fıkrasında geçen “gider” veya “masraf” sözcüğünün ne anlama geldiği meselesine gelince, yukarıda değinildiği

(6) İşverenin sorumluluğu.

"Madde 26 (24.10.1983-2934, 20.6.1987-3395, 29.7.2003-4958 ile değişik) - İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanır ise bu gelirlerin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı .... Kurumca işverene ödetilir."

gibi gider sözcüğü, gelir sözcüğünün aksine, kural olarak belirli zaman kesiti ile sınırlı olmak üzere kurumca sigortalı veya hak sahiplerine yapılan nakdi veya ayni yardımlardır. Örneğin tedavi giderleri, yol giderleri, geçici iş göremezlik ödeneği, yatak ücreti gibi giderlerdir. Bu giderler nakdi olabileceği gibi ayni gider de olabilir. Örneğin Kurum, sigortalıyı kendisine ait sağlık tesisinde tedavi etmiş, ilaç, ortez ve protez gibi araç ve gereçleri bizzat kendisi temin etmiş ise sağlanan bu tür yardımlar ayni niteliktedir. Tedavi tamamlandıktan sonra sigorta yardımları da sona erer. Oysa yukarıda vurgulandığı gibi sürekli iş göremezlik hali ortadan kalkmadıkça bağlanan gelirlerin sürekli ödenmesi icap eder. Gelir bağlanan sigortalıya ayrıca sağlık yardımı da sağlanmış olması ifade edilen ana kuralı bozamaz.

Biz aksi görüşte isek de, gelir artışlarının tazmin sorumlularından istenebileceği görüşünü savunanların yasal dayanakları 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan şu hükümdür. Bu görüşü savunanlar, “...ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları...” deyiminin ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışları da kapsadığını düşünmektedirler. Oysa az önce belirtildiği gibi “gider” ve “gelir” kavramları tamamen ayrı kavramlardır. Yasa koyucu ileriki yıllarda artan gelirlerin de istenebileceğini amaçlamış olsaydı, anılan birinci fıkrada, “...ileride yapılması gerekli bulunan giderlerle, gelir artışları...” kurumca işverene... ödettirilir” hükmüne yer vermiş olurdu. Halbuki anılan fıkrada geçen “ile” sözcüğünden sonra, “gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı.: işverene ödettirilir” demek suretiyle gelir bağlama ayrı bir kategoriye alınmıştır. Başka bir anlatımla yasa koyucu “gider”

sözcüğü ile “gelir” sözcüğünü “ile” bağlacıyla bilinçli olarak birbirinden ayırmış bulunmaktadır.

Diğer taraftan “...ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları...” deyimine örnek vermek gerekirse, aynı iş kazasına bağlı olarak sigortalının tedavisi uzayabilir, kendisine ortez veya protez takılmış ise bunların yenilenmesi gerekebilir; keza sigortalının sürekli iş göremezlik derecesi artabilir. Bu gibi durumlarda kurumca sağlanan sosyal sigorta yardımları ileride yapılması gereken her türlü gider deyiminin kapsamı dahilindedir. Hal böyle olunca ortaya konulan yorum ilkelerine göre, 26. maddenin birinci fıkrasının lâfzı, gelir artışlarının istenebileceği anlamını taşımamaktadır. Hal böyle iken, Yargıtay’ımız aşağıda açıklanacağı gibi bize göre yasaı hatalı yorumlamış ve gelir artışlarının istenebileceği sonucuna varmıştır.

Diyelim ki 20.06.1987 gün ve 3395 sayılı Kanunla 26. maddenin birinci fıkrasına şu ibare eklenmiştir: “...sigortalı veya hak sahibi kimşelerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere kurumca işverene ödettirilir” denmektedir. Aşağıda açıklanacağı gibi Yargıtay’ımız, 3395 sayılı Kanunla 26. maddeye eklenen bu ibareden önceki dönemde de tavanla sınırlı olmak kaydıyla gelir artışlarının istenebileceği görüşünde idi. Anılan birinci fıkra konumuzla ilgili olarak amacına göre yorumlanacak olursa, yasanın amacı lâfzı ile çelişmemektedir. Başka bir deyişle yasanın amacı, lâfzi yorumu ile örtüşmektedir. O halde yasanın lâfzına ve amacına göre, Kurumca işverenden sadece bağlanan gelirin ilk peşin değeri talep edilebilir ve giderek gelir artışları istenemez. Aksi takdirde hukuka ve adalete aykırı şöyle bir sonuçla karşı-

karşılaşılabilir: Giderle, gelirin aynı anlama geldiği görüşü benimsendiği takdirde, Kurum, ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen tüm artışları sonsuza kadar talep edebilir. İşverenin mirasçıları mirası reddetmemişler ise sorumluluk mirasçılara hatta onların da mirasçılarına intikal edecektir.

Gerek yasa koyucunun gerekse yasanın böyle bir sonucu amaçladığı düşünülemez.

Gelirlerde meydana gelen artışların Kurumca işverenden talep edilemeyeceğine ilişkin kişisel görüşümüzü yukarıda arz ettikten sonra şimdi de aynı konu hakkındaki Yargıtay ve Anayasa mahkemesinin yorumları sunulacaktır.

### **a.Gelir Artışlarının Kurumca İşverenden İstenebilip İstene-meyeceğine İlişkin Yargıtay'ımızın Yorumu**

Yargıtay'ımız, bağlanan sürekli iş göremezlik gelirin ileriki yıllarda meydana gelen artışlarının Kurumca iki nedenle işverenden istenebileceği görüşündedir. Birincisi, anılan 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan “Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderler” deyiminin gelir artışlarını da kapsadığı görüşüdür<sup>(7)</sup>. Bu görüşün doğru olmadığı yukarıda açıklanmıştır<sup>(8)</sup>.

(7) 10. HD., 21.01.1977 T., 5034 E., 247 K.

(8) Bkz. s. 226 vd.

İkinci neden ise kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı görüşüdür. Böyle olunca kurum, sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere ileriki yıllarda meydana gelen gelir artışlarını da isteyebilecektir. Ne ki yukarıda da ifade edildiği gibi, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan, «..sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden, isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere ibaresi, 20.06.1987 tarihli ve 3395 sayılı Kanunla eklenmiştir. Diyelim ki gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceğine ilişkin Yargıtay görüşü, 3395 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1987 tarihinden önceki ve sonraki dönem bakımından, Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırıdır<sup>(9)</sup>.

### **b. Anayasa Mahkemesinin Yorumu**

Anayasa Mahkemesi ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışların kurumca işverenden istenemeyeceği görüşünde olup bu görüş Yargıtay görüşüne aykırıdır. Önemle belirtmek gerekirse 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Yargıtay'ın, Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının halefiyet esasına dayandığına, gelir artışlarının da işverenden istenebileceğine ilişkin görüşü yargıda, öğretide ve uygulamada yoğun biçimde eleştirilmiş nitekim bu görüşü içine sindiremeyen iş mahkemeleri 26. maddenin birinci fıkrasının iptali için değişik tarihlerde Anayasa Mahkemesine bizim saptamalarımıza göre dört defa itirazın iptal davaları açmıştır.

(9) Bu konuda daha geniş bilgi için Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2003, Ankara, s. 376 vd. Keza Aslanköylü, SSK. Yorumu 2004, Ankara, s. 757 vd. Yine Aslanköylü, Kurumun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 10. ve 26. Maddesinden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Temeli, Kamu-İş Dergisi, T. 2002, Sayı: 4, Cilt: 6, sh. 230 vd., Ankara.

Anılan Mahkeme, sözü edilen 26. maddenin birinci fıkrası hükmünün, gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceğine cevaz vermediği, Yargıtay'ın 26. maddeyi hatalı yorumladığı, böyle bir yorumun Anayasa apaçık aykırı olacağı, düşüncesiyle açılan iptal davalarını reddetmiştir. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi, 26. madde; artışların istenebileceği anlamını taşımış olsaydı iptal kararı verileceğini vurgulamıştır.<sup>(10)</sup>

Nihayet son olarak, tekrar tekrar rücu davası açılmasını adil bulmayan Yargıtay 10. HD. gelirlerde meydana gelen artışların istenemeyeceği düşüncesiyle 26. maddenin birinci fıkrasındaki, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" ibaresinin iptali için Anayasa Mahkemesine itirazen iptal davası açmış ve anılan mahkeme bu ibareyi 2006 tarihli kararıyla iptal etmiştir<sup>(11)</sup>. Anayasa Mahkemesi kararının Yargıyı bağlayıp bağlamayacağı aşağıda açıklanacaktır.

Diğer taraftan aynı konuda Anayasa Mahkemesine defalarca iptal davalarının açılmış olması toplumdaki rahatsızlığın göstergesidir. Esasen bu durum kamu oyu ve sosyal güvenlik hukukçuları tarafından da yakinen bilinmektedir.

(10) Any. Mah. 23.05.1972 T., 1972/2 E., 1862/2 K.

Any. Mah. 18.03.1976 T., 1976/198 E., 1976/18 K.

Any. Mah. 20.12.1983 T., 1982/4 E., 1983/17 K.

Any. Mah. 02.05.1991 T., 1990/28 E., 1991/11 K.

(11) 23.11.2006 T., 2003/10 E., 2006/106 K.



Oysa yasalar yorumlanırken bireylerin mutluluğu ve adil bir sonuca ulaşmak olgusu dikkate alınmalı, yasaların, amaç değil sadece birer araç olduğu düşünölmelidir.

Gelir artışlarının Kurumca işverenenden istenemeyeceğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin 1976 tarihli kararının gerekçesinde özetle şöyle denmektedir: “Bağlanan geliri kuruma ödeyen böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, sosyal hukuk devletinin gereğı olmak üzere çıkarılacak yasa hükümleriyle, kurumca eski gelirlerdeki artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutulmasının hukukla bağdaştırma olanağı yoktur. Kaldı ki, işvereni bu durumda da sorumlu tutmak, Devlete yükletilmiş kimi ödevlerin işverenlere devredilmiş gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, Anayasa'nın böyle bir neticeyi öngördüğü de öne sürülemez. Kanununun 25. maddesinde belirtildiğı üzere sigortalı işçi her zaman iş göremezlik derecesinde bir artma olduğunu ya da başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma girdiğini öne sürerek bağlanan gelirdede değişiklik yapılmasını isteyebilecek ve kurum da sigortalıyı her zaman kontrol muayenesine tabi tutabilecektir. Bu gibi hallerde bir iş kazası sonucu sigortalı işçiye bağlanan gelir bir kesinlik taşımamakta artırılması, eksiltilmesi veya kesilmesi gereken bir nitelik göstermektedir. Bu nedenlerle 26. maddenin birinci fıkrasındaki ve ileride yapılması gerekli bulunan deyiminden, neden-sonuç ilkesi, süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış bulunan haller anlaşılmalıdır. Sözü edilen bu kuralın, neden-sonuç bağı kesin olarak kalkmış ve tasfiyesi yapılmış durumları amaçlamadığı ise açıkça ortadadır”.

Keza Anayasa Mahkemesinin 1976 tarihli kararına ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılanma Usulleri Hakkında Kanun 54. maddesi hükümlerine göre, Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken yüksek mahkemenin, diğer mahkemelerin içtihatlarıyla bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Biz de aynı görüşteyiz. Zira Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı gördüğü yasayı iptal etme yetkisine sahip olduğu halde Yargıtay da dahil olmak üzere diğer Yüksek Mahkemeler, herhangi bir yasayı iptal etme yetkisine sahip değildir. Hal böyle olunca normlar hiyerarşisine göre Anayasal norm, diğer yasal normların üstündedir. Hatta Anayasa Mahkemesinin yetkisi, kanunları iptal etme olgusu bakımından yasama erkinin yetkisinin de üzerinde olup az sonra açıklanacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları, Yargıtay İctihadı Birleştirme kararlarına nazaran uygulama önceliğine sahiptir<sup>(12)</sup>.

## **II.SSK.nun 10'uncu Maddesine Göre Gelir Artışlarının İşverenlerden İstenebilir İstenemeyeceği Sorunu**

Bilindiği gibi bildirimsiz sigortalı çalıştırılmış ise Kurum, ilgililere yapmış olduğu sosyal sigorta yardımlarını işverenden talep edebilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ise SSK.nun 26. maddesinin birinci fıkrasında geçen, "Kurumca yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı" deyimini anılan 10. maddenin son fıkrasına alınmış bulunmaktadır. Her iki maddede yer alan bu deyim aynı anlama geldiği Yargıtay'ımız tarafından da kabul edilmektedir. Bu nedenle Yargıtay, 26. maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi 10. maddeye göre de gelir artışlarının kurumca işverenden isteyebileceği görüşünü

(12) Bkz. s. 270 vd.

506 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yaklaşık 20 yıl süre ile 1989 tarihine kadar ittifakla, bu tarihten sonra ise oyçokluğu ile sürdürmüştür<sup>(13)</sup>.

Hatta Yargıtay'ımız, Kurumun 10. maddeden kaynaklanan rücu hakkının sonsuza kadar devam edeceğine ilişkin görüşünü 1994 tarihine kadar sürdürmüştür<sup>(14)</sup>. Diyelim ki biz, üyelerden B. Cahit Kadılar'la birlikte 10. HD.nin, 10. maddeye göre gelir artışlarının istenebileceğine ilişkin kararlarına 1989 tarihinden itibaren karşı oy yazıları yazmış bulunuyoruz<sup>(15)</sup>.

Diğer taraftan, anılan 10. maddeye göre işverenin sınırsız sorumluluğuna ilişkin içtihat zamanla 10. HD'ne adil gelmemiş, 1994 tarihinde değiştirilmiş, tıpkı 26. maddede olduğu gibi burada da işverenin sorumluluğunun, sigortalı veya hak sahibi kişilerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olduğuna karar vermiştir<sup>(16)</sup>. Keza HGK.da Dairenin görüşüne uymuştur<sup>(17)</sup>. Ne ki bize göre eski içtihadın hatalı olduğu geç fark edilmiş ve yaklaşık 20 yıl sonra düzeltilmesine gerek görülmüştür.

10. HD ve HGK. 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan tavan sınırlamasının kıyas yoluyla 10. maddeye dahi uygulanması gerektiğine

(13) 10. HD., 27.6.1989 T., 5069 E., 5805 K. Keza 10. HD., 25.10.1990 T., 3413 E., 8815 K.

(14) 10. HD., 02.06.1994 T., 692 E., 10925 K.

(15) 10. HD.nin 27.06.1989 T. ve 5069 E., 5805 K. sayılı kararına Kadılar ve bizim yazdığımız karşı oy yazıları.

(16) Bkz. dipnot, 14, s. 237.

(17) HGK., 15.03.1995 T., 800 E., 166 K.

karar vermekle bizce ikinci bir yanılığa düşmüştür. Zira 26. maddede öngörülen sorumluluk ile 10. maddeden kaynaklanan sorumluluk koşulları tamamen farklı olup birbirlerine benzememektedir. Oysa kıyas kuralı birbirlerine benzeyen hukuksal uyumsuzluklara uygulanabilir.

Öğretide de Caniklioğlu Nurşen gibi bilim adamlarının bir kesimi de 10. maddeye göre gelir artışlarının kurumca işverenden isteyemeyeceği görüşündedir<sup>(18)</sup>. Diyelim ki bu konular hakkında daha geniş bilgi için aşağıda gösterilen kaynaklara bakılabilir<sup>(19)</sup>.

### **III.Sosyal Sigortalar Kurumunun 26. Maddeden Doğan Rücu Hakkının Hukuksal Temeli**

#### **A.Genel Olarak**

Kural olarak, sigortalının iş kazasına uğramasına veya meslek hastalığına tutulmasına haksız fiiller neden olmaktadır. Kuşkusuz haksız fiil niteliğini taşımayan bir sosyal sigorta olayı nedeniyle de yasal koşullar oluşmuş ise sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine sosyal sigorta yardımı yapılabilir. Örneğin sigorta olayının, yüzde yüz kaçınılmazlığa dayanması veya tüm kusurun sigortalıya ait olması gibi.

Sorumluluk hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında, daha önce-leri, zarar görenin zarar verenden gerçek zararını isteyebilmesi için zarar verenin kusurlu davranışının saptanmış olması gerekmekte idi. Baş-

(18) Caniklioğlu, Nurşen, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesince Ankara'da düzenlenen seminere sunulan tebliğ, s. 21.

(19) Bu konuda daha geniş bilgi için Bkz. Aslanköylü, 2003, Ankara 2003, s. 164 vd. Keza Aslanköylü, 2004, Ankara, s. 334 vd. Keza Aslanköylü, Kamu-İş Dergisi, T: 2002, Ankara, s. 239 vd.

ka bir deyişle kusura dayanan sorumluluk kuralı uygulanmakta idi. Ne var ki, teknolojideki gelişmeler, toplumların hızla sanayileşmeye doğru kayması, el emeği ile yapılan işlerin bir çoğunun makineler aracılığı ile yapılması gibi nedenlerle, ortaya çıkan zararların çok kere kusura dayanan sorumluluk kuralı ile karşılanamadığı görülmüştür. İşte çağımızda kusur esasına dayanan sorumluluk sisteminin yanında kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluğu kurallarının da kabul edilmesi zorunlu hale gelmiştir. Sözü edilen sorumluluk sistemleri geçerliliğini aynen korumakta ise de bunların yanında ayrıca kollektif sorumluluk sisteminin de benimsenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Böylece bazı hallerde ferdi sorumluluğun yerini kollektif sorumluluk kuralı almış olmaktadır. Kollektif sorumluluk ilkelerinin uygulayıcısı genelde sigorta kuruluşlarıdır. Böylece ortaya çıkan zararın karşılığı sonuç itibariyle o konuda prim ödeyen kişilerden alınmış olmaktadır. Toplumsal ve sosyal düşüncelerin gelişmesi sonucu ortak sosyal risklere karşı mağdur taraf, doğrudan doğruya sosyal sigortacıya başvurmak suretiyle ortaya çıkan zararını isteyebilmektedir. Bilindiği gibi pozitif hukukumuzda iki sigorta türü yer almaktadır. Bunlardan birisi özel sigorta, diğeri ise sosyal sigortadır. Her iki sigorta türünün benzerlikleri varsa da aralarında bir çok farklar mevcuttur. Bize göre sosyal sigortalarda da kollektif sorumluluk sistemi geçerlidir. Zira Kurum, sosyal sigorta yardımlarını tahsil ettiği primler ve yerine göre de Genel Bütçeden aktarılan nakdi yardımlarla karşılamaktadır.

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına uğrayan sigortalının başvurabileceği iki yol vardır. Bunlardan birisi gerçek zararını zarara neden olan işveren ve üçüncü kişilerden istemek, diğeri ise yasal koşul-

lar oluşmuş ise Kurumdan talep etmektir. Sigortalı yönünden işverenin sorumluluğu, hem kusur esasına hem de kusursuz sorumluluk ile tehlike sorumluluğu ilkesine dayanır. Kusur esasına dayanan sorumluluk en eski ve temel nitelikte bir sorumluluk sistemidir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi, halen en geniş uygulama alanına sahiptir. Türk hukuk sisteminde Borçlar Kanunumuz, hem kusura dayanan sorumluluk ilkesini hem de kusursuz sorumluluk esasını benimsemiştir. Sigortalı, işverene karşı hem Borçlar Kanununun 41. ve ardından gelen maddeleri gereğince hem de sözleşmeye aykırılıktan ötürü (BK. m. 96) tazminat isteminde bulunabilir.

Gerçekten de kusur esasına dayanan sorumluluk ilkesinin hukuka ve adalete uygun düştüğü düşünülebilirse de ne var ki genelde kıtı kıtına ve günü gününe geçinen sigortalıların iş kazası geçirmeleri veya meslek hastalığına tutulmaları sonucunda kusur olgusunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle zararlarının karşılanmamış olması ve kendi kaderleriyle baş başa bırakılması da adil bir çözüm şekli değildir.

Özellikle 19. yüzyılda ortaya çıkan sanayi devrimi, 20. yüzyılda gelişen teknolojik devrim ve nihayet 21. yüzyılda yaşanan bilgisayar çağı, toplumsal yaşamı derinden etkilemiştir. Sayılan bu gelişmeler, modern yaşamı tehlikelerle dolu hale getirmiştir. O nedenle kusursuz sorumluluk, tehlike ve kollektif sorumluluk sistemlerinin getirilmiş olması adalete ve hukuka da uygundur.

Kusur esasına dayanan sorumluluk ilkesi, liberal (ferdiyetçi) düşüncenin bir ürünüdür.

Eren, “Bu gün sorumluluk hukukunun genel eğilimi, bir kimseyi sorumlu yapmaktan çok, gerçekleşen zararı giderme veya denkleştirme hukuku niteliğini taşımaktadır.” görüşünü savunmaktadır<sup>(20)</sup>. Bu açıklamaların ışığında meseleye bakılacak olursa sigortalı, tehlike sorumluluğu ilkesi çevresinde tehlike yaratan kişiden, kusuru olmasa bile gerçek zararını isteyebilecektir. Bu tehlikenin, mutlaka işverenden gelmiş olması gerekmez. Üçüncü kişiden de kaynaklanmış olsa sonuç değişmez.

Sorumluluğun tehlike sorumluluğu ilkesine doğru kayması, toplumda sigorta düşüncesinin doğmasına ve gelişmesine yardımcı olmuştur<sup>(21)</sup>. Bu gelişme, hem sosyal sigortalar hem de özel sigortalar bakımından da geçerlidir. Aslında zararın ortaya çıkmasında sigortacının ne objektif ne de subjektif bir ilgisi vardır. Sigortacının sorumluluğunun dayanağı, özel sigortalar bakımından sözleşme, sosyal sigortalar açısından ise yasadır. Her iki sigorta yönünden de sorumluluk, riskin oluşmasıyla birlikte kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Özel Sigortada, hem ferdi sorumluluk hem de kollektif sorumluk sistemi bir arada bulunmaktadır<sup>(22)</sup>.

Bizim hukuk sistemimizde, sigortalı veya ölümü halinde hak sahibi kimseler sosyal riskin gerçekleşmesi ile birlikte Sosyal Sigortalar Kanununun cevaz verdiği ölçüde sosyal sigorta yardımlarının sağlanması amacıyla ayrıca Kuruma da başvurabilirler. İş kazasının veya

(20) Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Cilt 2, s. 24.

(21) Eren, Fikret, Cilt 2, s. 24.

(22) Tandoğan, Haluk, Mesuliyet Hukuku, s. 95.

meslek hastalığının ortaya çıkmasıyla birlikte Kurum ile sigortalı, işveren veya üçüncü kişi arasında üçlü bir hukuki ilişki doğmaktadır. İşveren veya üçüncü kişi, koşullar oluşmuş ise sigortalıya zararını ödeyecek, Kurum, yapmış olduğu sosyal sigorta yardımlarını, kusurları varsa işverene ve üçüncü kişiye rücu edecektir. Burada önemli olan sorun, sigortalı veya hak sahibi kimselerin, zararını hem Kurumdan hem de işveren veya üçüncü kişiden alması halinde zarara neden olanların çifte ödemeye karşı karşıya kalmaları, sigortalı ile hak sahiplerinin ise aynı fiilden ötürü çifte yararlanmaya sahip olmalarıdır. Gerçi, sigortalı veya hak sahibi kimselerin tazmin sorumluları aleyhine açmış oldukları tazminat davasından önce bu kişilere Kurumca gelir bağlanmış ise bağlanan gelirin peşin değeri tazminattan düşülmektedir. Ne var ki, tazminat davası gelir bağlamadan önce açılıp kesinleşmişse, mahsup şansı kalmamaktadır. Maurer, aynı olay nedeniyle sigortalı işçinin hem sosyal sigortaya, hem de sorumlu işverene ve üçüncü kişilere talepte bulunma olanağına sahip olup olmadığına, sigortalının, işverenin sorumluluğunu bertaraf edip etmediğine veya Sosyal Sigorta Kurumu ile işveren ve üçüncü kişi arasındaki rücu ilişkisinin niteliğine göre, değişik bir çok hukuksal sistemin uygulanabileceği görüşünü öne sürmüştü ve üç sistemden söz etmiştir<sup>(23)</sup>. Bu sistemler şunlardır:

### a.Seçimlik Hak Sistemi

Bu sisteme göre, sigortalı veya hak sahipleri, dilerlerse zararlarının tazmini için işverene veya üçüncü kişiye, dilerlerse kanuna dayana-

(23) Maurer, Alfred, Schwizerisehes sozialversicherungrecht, Allgemeintail, Band 1, Bern, 1979. s.382 vd. Başbuğ Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuu, Başbuğ'dan naklen.



rak, Sosyal Sigorta Kurumlarına başvurabilirler. Hem Kuruma hem de tazmin sorumlularına ayrı ayrı başvurma hakları yoktur. Ancak, sigortalının sosyal sigortalara başvurabilip başvuramayacağı açısından yasal bir değişiklik yapılmadıkça seçimlik hak sisteminin uygulanması mümkün değildir. Örneğin, Sosyal Sigortalar Kanunumuzun 6. maddesine göre sigortalı olmak hak ve yükümünden vazgeçilemeyeceği için yasal bir değişiklik yapılmadıkça seçimlik hak sistemi ülkemizde uygulanmaz.

### **b.Toplanma (Kumulation) Sistemi**

Bu ilkeye göre sigortalı, talebini hiçbir sınırlama olmaksızın hem üçüncü kişiye veya işverene, hem de Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurabilir. Bu sistemin belirgin özelliği, şahıs sigortalarında, (hayat ve kaza sigortalarında) zarara uğrayanların veya mirasçılarının, hem sigortacıdan sigorta bedelini, hem de haksız fiil dolayısıyla gerçek zararlarını tazmin sorumlularından isteyebilmeleridir. Tazmin sorumluları, (işveren veya üçüncü kişi) sigorta bedelinin zarardan indirilmesini isteyemez. Zira sigorta bedelinin ödenmesine neden olan zararı, işveren veya üçüncü kişi meydana getirmiştir. Sigorta bedelinin ödenmesi ise, ödenen prim karşılığıdır. Bu sistem, İsviçre Hukukunda 1978 yılı sonuna kadar, malullük ve ölüm sigortasında uygulanmış anılan tarihte bu sistemden vazgeçilmiştir. Halen İsviçre Hukukunda halefiyet ilkesi yürürlüktedir<sup>(24)</sup>. Toplanma sistemi bizim hukuk sistemimize benzetmekte ise de aynı değildir. Bizim hukukumuza göre de sigortalı işçi,

(24) Maurer, sge. s. 283, Başbuğ'dan naklen s. 7. Sosyal Sigortalar Kurumunun İşveren ve Üçüncü Kişiye Rücu, s. 7, Ankara.

hem işveren veya üçüncü kişiden hem de Kurumdan talepte bulunabilir. Ne var ki sigortalı işçinin tazmin sorumluları aleyhine açmış olduğu tazminat davası sonucunda tazminata hükmedilmişse, Kurumca bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminat miktarından düşülmesi gerekmektedir.

### c.Halefiyet ve Rücu Sistemi

Maurer'in değindiği sistemlerin üçüncüsü "halefiyet ve rücu sistemidir. Bu ilkeye göre zarar gören, gerçek zararını, haksız fiil failinden veya akte aykırı eylemde bulunandan isteyememekte, zarar, sigortacı, (sosyal sigortalarda sosyal sigortalar kuruluşu) tarafından karşılanmaktadır. Sosyal Sigortalar Kuruluşu, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalının halefi sıfatıyla uğranılan zararı işveren ve üçüncü kişiden talep etmektedir. Bu sistem, sigorta hukukunun ve sosyal sigortaların benimsendiği temel ve geniş uygulama alanı bulan bir sistemdir.

Sosyal sigortalar, yapısal özelliği itibarıyla, tehlike sorumluluğu gibi sorumluluk türlerinden soyutlanarak genişleyen sorumluluklar karşısında sınırlandırılmakta, zarar, sigorta ettirenlerin tamamına dağıtılıp paylaştırılarak, bir çeşit sosyalleştirilmektedir. Yukarıda değinildiği gibi buradaki sorumluluk da bir nevi kollektif sorumluluktur. Başka bir anlatımla iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalıların işverenleri bu sigorta kolundan prim ödediklerinden ortaya çıkan zarar prim ödeyen tüm işverenlere paylaştırılmaktadır<sup>(25)</sup>.

(25) Maurer, s. 283. Başbuğ'dan naklen, s. 8.

Üçüncü olarak açıklanan “halefiyet ve rücu sistemi de bizim sosyal sigorta hukukumuzda tam olarak uymamaktadır. Zira işverenler, iş kazası veya meslek hastalığı primi ödedikleri halde ayrıca Kuruma karşı kusura dayanan sorumluluk esasına göre sorumlu tutulmaktadır.

Sosyal Sigortalar Kanununun 10. ve 26. maddelerinden başka 15, 27, 28, 29 ve 41. maddelerinde dahi Kurumun rücu hakkıyla ilgili düzenlemeler yapılmışsa da, anılan maddeler değerlendirme dışında tutulmuştur.

#### **IV.SSK'nun 26'ncı Maddesine Göre Rücu Hakkının Koşulları**

SSK.'nın 26. maddesine göre, iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucu ortaya çıkan zararın tazmini bakımından işveren ve üçüncü kişinin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Bu kişiler, 26. maddede sayılan koşullar gerçekleşmedikçe Kuruma karşı sorumlu tutulamamaktadır.

Kurum, kusursuz sorumluluk veya tehlike sorumluluğu ilkesi uyarınca yapmış olduğu sosyal sigorta yardımlarını işverenden isteyemez. Batı hukukunda, işverenin sorumluluğu gittikçe daraltılmış ve hafifletilmiştir. İşverenin sorumluluğunun daraltılıp kısıtlandırılmasının nedeni, iş kazası ve meslek hastalığı primlerini ödemiş olmasıdır. Bu itibarla, batı hukukundaki gelişme, işverenin sorumluluk alanını olabildiğince daraltmak hatta bazı görüşlere göre Kurumun rücu hakkını büsbütün ortadan kaldırmak yönündedir.

Süzek<sup>(26)</sup>, sorumluluğun daraltılması, hatta büsbütün ortadan kaldırılması görüşüne katılmamaktadır. Süzek'e göre, prim ödedi diye işvereni sorumlu tutmamak, işçilerin sağlığını korumak ve iş güvenliklerini sağlamak amacına uygun düşmez ve giderek işverenin işçiyi koruma borcunu yerine getirmemesine göz yummak sonucunu doğurur. Oysa zararın önlenmesi, tazmin edilmesine nazaran daha üstün tutulmalıdır. Süzek, işverenin sorumluluğunu dar tutan ülkelerin, iş güvenliğinin sağlanamaması endişesiyle giderek sorumluluğu genişletme ihtiyacını duyduklarını öne sürmektedir. Keza Süzek, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının meydana gelmesini önlemek açısından en uygun sistemin, işverenleri iş güvenliği önlemlerini alma konusunda kusurları oranında sorumlu tutulmaları gerektiğini düşünmektedir<sup>(27)</sup>.

Yukarıda değinildiği gibi ülkemiz sanayileşme hareketlerine batı ülkelerinden çok sonra başlamış ve sanayileşme devrimini henüz tamamlamamıştır. Teknolojideki gelişmelerin ve bir çok alanda insan emeğinin yerini makinelerin almış olması, çalışma hayatını tehlikeli hale getirmiş, sigortalı işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği önlemlerinin yeterince alınması gerektiği yaşamsal önem kazanmıştır. Sanayileşmeye geçiş sürecinde, işletmelerin, eskinin kötü alışkanlıklarının etkisiyle ve ayrıca daha çok kâr etmek amacıyla iş güvenliği önlemlerini gereğince ve yeterince almadığı bu yüzden birçok işçinin ya hayatını kaybettiği veya sakat kaldığı bilinen ülke gerçeklerindedir. Bu nedenlerle biz de Süzek'in görüşlerine katılmaktayız. Zira işverenin sorumlu-

(26) Süzek, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 207.

(27) Süzek, Sarper, s. 209.

luğunun daraltılması ve hafifletilmesi, bunları, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini almaktan kaçınmaya özendirmiş olabilir. İnsan yaşamının kutsallığı, tazminat ödeme sorumluluğundan önce gelir. Ne var ki işverenlerin iş kazası ve meslek hastalıkları primi ödemekte oldukları gerçeği de göz ardı edilemez. O nedenle dengeli ve adil bir ölçü getirmeli, ne işverenin yıkımına, ne de iş güvenliği önlemlerini almak açısından işverenlerin umursamazlığa sapmasına meydan verilmelidir. Örneğin 26. maddeye göre, işverenin kusursuz sorumluluğuna olanak verilmemesi yerinde bir düzenlemedir.

Common Law hukuk sisteminde de diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi sosyal sigortalara karşı işverenin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Sigortalının zararı, Kurum tarafından karşılanmış ise kendisinin, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde işverenin kusuruna dayanarak dava hakkı bulunmamaktadır. İşverenin sorumluluğu, sosyal sigorta tazminatının dışında kalan zarar açısından devam etmektedir. Başka bir anlatımla sigorta tazminatı, zarardan mahsup edilmekte, işveren, geriye bir zarar kalmışsa bununla sorumlu tutulmaktadır<sup>(28)</sup>. Fransız Sosyal Güvenlik Yasası'nın 466. maddesine göre, işçi veya hak sahipleri tarafından anılan Yasanın 468-471. maddelerinde belirtilen hakkın dışında, iş-kazaları ile meslek hastalıklarından kaynaklanan zararlarını, genel hükümler çevresinde işverenden isteye-memektedirler. Sigortalı ve hak sahipleri, sosyal sigorta yardımlarını

(28) Tekinay, İşverenin Sorumluluğu, s. 83 naklen.

aşan miktarda zararları varsa tazmin sorumlularından isteyebilmektedirler<sup>(29)</sup>.

Alman hukukunda, iş kazaları, 6 Temmuz 1884 tarihinden itibaren sosyal sigorta kapsamına alınmış, 19 Temmuz 1911 tarihinde tüm sigorta türleri tek bir yasada (RVO) toplanmıştır. Alman Hukukunda da diğer batı ülkelerinde olduğu gibi işverenin ve üçüncü kişinin sosyal sigortaya karşı sorumluluklarının yasal ve hukuksal dayanakları değişik evrelerden geçmiş ve (RVO)'nun 640. paragrafında bu kişilerin sorumlulukları daraltılmış ve sınırlandırılmıştır. Anılan paragrafa göre, alman sigorta kuruluşu, yapmış olduğu sosyal sigorta yardımlarını, kasıtları ve ağır kusurları varsa işverenlere rücu edebilmektedir<sup>(30)</sup>.

Keza, İsviçre Hukukunda da, işverenin sosyal sigortaya karşı sorumluluğu, kastı ve ağır kusurunun saptanmasına bağlıdır<sup>(31)</sup>. İtiraf etmek gerekirse, Sosyal Sigorta Kurumlarının, rücu haklarını ne şekilde kullanabileceklerine ilişkin batı hukukunda son yıllarda ortaya çıkan gelişmeleri ve değişiklikleri ve görüşleri inceleyebilmiş değiliz.

Rücu hakkının sınırlandırılması konusu ile ilgili olarak bu kısa açıklamadan sonra Türk Sosyal Sigorta Hukuk Sisteminde Kurumun rücu hakkının hukuksal temelinin ne olduğu irdelenmeye çalışılacaktır.

Diyelim ki, işverenin sorumluluğunun daraltılması konusuna bu kadar önem vermemizin nedeni; Kanunda olmadığı halde gelir artışla-

(29) Süzek, s. 197 naklen.

(30) Süzek, s. 17 naklen.

(31) Süzek, 201, Başbuğ'dan naklen, s. 17.

rının da istenebileceği görüşünde olanların batıdaki bu gelişmeleri göz ardı ettiklerini belirtmek içindir.

Kurumun 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine dayanan rücu hakkının hukuksal temelini ne olduğu konusunda gerek öğretide gerekse yargıda tam bir görüş birliği sağlanamamıştır. Bu konuda başlıca iki görüş ortaya atılmıştır. Bunlardan birisi Kurumun rücu hakkını halefiyet ilkesine dayandıran görüş, diğeri ise, basit rücu hakkı görüşüdür. İleride açıklayacağımız gibi her iki görüşün birlikte uygulanacağına ilişkin diğerk bir üçüncü görüş vardır ki, biz bu görüşü "karma görüş" olarak adlandırdık. Esasında karma görüş, Yargıtay'ımızın benimsediği görüştür. Zira Yargıtay, ne salt halefiyet ilkesini ne de basit rücu hakkı kuralını uygulamaktadır. Türk Yargıtay'ı, Kurumun rücu hakkının kendine özgü ve temelinde rücu hakkı olan halefiyet ilkesine dayandığı görüşündedir. Başka bir deyişle Yargıtay, esas itibarıyla halefiyet görüşünü benimsemiş ise de yerine göre, bağımsız rücu hakkına ilişkin kararlar da vermektedir.

### **V.Halefiyet Kavramı**

Kurumun rücu hakkının halefiyet ilkesine dayandığı görüşünü savunanların görüşleri açıklanmadan önce halefiyet kavramı hakkında kısaca bilgi sunulacaktır. Zira evrensel nitelikte bir hukuk kuralı olan halefiyet kavramının koşulları ve hukuksal özellikleri bilinmeden Kurumun, 26. maddeye dayanan rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı sonucuna varılamaz.

Türk Hukuk Lügatında halefiyet, “birbirleriyle hukuksal ilişkiye giren kişilerin hukuksal sonuç doğuracak biçimde birbirlerinin yerini alma durumlarında kullanılan bir kavramdır” diye tanımlanmaktadır<sup>(32)</sup>. Türk Borçlar Kanununda, halefiyet kavramı tanımlanmamıştır. Ne var ki öğretisi de halefiyet kavramı bazı bilim adamlarınca tanımlanmış bulunmaktadır.

Örneğin Vischers’e göre halefiyet, “alacaklının tatmin edilmesi üzerine alacağın son bulmayıp kendiliğinden bir başkasına intikal etmesidir<sup>(33)</sup>.” Kılıçoğlu bu tanıma katılmamaktadır<sup>(34)</sup>.

Pfister ise halefiyet kavramını şöyle tanımlamaktadır: “Alacağın ifa ile sona ermesi kuralı gereğince, borcu ödeyip alacaklıyı borç ilişkisi dışına çıkararak üçüncü bir kişinin lehine, alacağın bir yasa hükmünden dolayı varlığını devam ettirmesi ve bu üçüncü kişinin borç ilişkisine dahil olmasıdır<sup>(35)</sup>.” Tekinay’a göre halefiyet, “Başkasına ait bir borcu ödeyen kimsenin bir kanun hükmüne dayanarak alacaklının yerine geçmesidir<sup>(36)</sup>.” Kılıçoğlu ise halefiyeti, “Başkasına ait bir borç dolayısıyla alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını Kanunda belirtilen hallerde ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesidir<sup>(37)</sup>.”

(32) Türk Hukuk Lügatı, 1956, s. 115.

(33) Vischer, Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Hukukuna Kanuni Halefiyet, Doktora Tezi, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 6, naklen.

(34) Kılıçoğlu, s. 3-6 naklen.

(35) Pfister, s. 4, Kılıçoğlu’ndan naklen, s. 6.

(36) Tekinay, Selahaddin Sulhi, Borçlar Hukuku, s. 173.

(37) Kılıçoğlu, s. 7.



Görüldüğü gibi halefiyet kavramını tanımlayanların ortak görüşü şudur: Bir hakkın halefiyet ilkesine dayandığının, kabulü için istisnai nitelikte yasal bir hükmün mevcut olması gerektiğidir.

Oysa bazı hukukçular ve Yargıtay'ımız, 26. maddede halefiyete ilişkin ayrıık bir hüküm bulunmadığı halde Kurumun 26. maddeden kaynaklanan rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı görüşünü paylaşmaktadırlar.

Hatta halefiyet görüşünü savunanların bazıları, bir hakkın halefiyet esasına dayandığının kabulü için yasal cevazın şart olduğunu iddia etmelerine karşın 26. maddede halefiyete ilişkin istisnai bir hüküm mevcut olmadığı halde yine de halefiyet görüşünü benimsemektedirler. Keza halefiyet görüşünde olanlar, kurumla işveren, sigortalı veya hak sahipleri arasındaki hukuksal ilişkiyi geleneksel borçlar hukukunda öngörülen alacak, borç ve üçüncü kişi ilişkisi gibi değerlendirmektedirler. Oysa bu ilişki özel hukuk tekniği açısından alacak ve borç ilişkisi olmayıp sosyal güvenlik hukukuna dayanan bir ilişkidir. Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine sağlanan yardım, işverenin, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle sigortalı ya da hak sahiplerine ödemesi gereken tazminat borcu niteliğinde değildir. Başka bir deyişle kurum, işverenin, sigortalı veya hak sahiplerine ödemesi gereken alelâde bir borcu ödemiş sayılamaz. Başka bir deyişle Kurum, gelir bağlama yükümlülüğü de dahil olmak üzere sosyal sigorta yardımlarını sigortalı ile işveren arasındaki hukuksal ilişkiye bakılmaksızın sigortalı veya hak sahiplerine sağlamak zorundadır.

Kurumun yardım yapma yükümlülüğü ile rücu hakkı tamamen 26. maddeye dayanmaktadır. Bu maddede, alacak ve borç deyimine yer verilmemiş dar çerçevede “giderler” ve “gelirler” denmiştir. Örneğin kurumca sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanmış ise bu işlem “borç ödeme” şeklinde ifade edilemez. Az önce belirtildiği gibi kurumca sigortalıya bağlanan gelir sonuç itibariyle sosyal sigorta yardımıdır.

Diğer taraftan kurumun sosyal güvenlik işlevi, kamu düzenini ve kamu yararını gerektirir. Hatta sosyal güvenlik hakkı Anayasamıza göre temel insan haklarından olup vazgeçilemez ve başkasına devredilemez. Oysa özel hukukta kural olarak kamu yararını gerektirmeyen alacak ve borçlardan vazgeçebileceği gibi başkalarına da devredilebilir. Diyelim ki anılan 26. madde hükmüne göre kurumla işveren arasındaki ilişki dahi kamu düzenini ve kamu yararını gerektirir. Zira 26. maddenin amacı işverenleri iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini almaya özendirmek, ayrıca da kuruma gelir sağlamaktır. Kurum az da olsa, işverenden rücu elde ettiği meblağı sosyal güvenlik görevinin yerine getirilmesinde kullanabilecektir.

Hal böyle olunca halefiyet görüşü 26. maddenin amacına da aykırıdır.

Öbür yandan, 26. maddenin birinci fıkrasında, “...Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22’nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı ... kurumca işverene ödettirilir” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi bu hüküm buyurucu nitelikte olup kurumun takdi-

rine bırakılmamıştır. O nedenle Kurum, yasal koşullar oluşmuş ise yapılan sosyal sigorta yardımlarını işverene ödetmek zorundadır. Oysa halefiyet görüşü benimsendiği takdirde işveren, Kurumun isteyebileceği rücu alacağıının tamamını sigortalıya veya hak sahiplerine ödemiş ise rücu hakkını kullanamamaktadır. Böyle olunca da halefiyet görüşü ile 26. maddenin amacı çelişmektedir. Kanundan doğan bağımsız rücu hakkı görüşü benimsendiği takdirde işverenin harici ödemelerine değer verilmeyecek yasal koşullar oluşmuş ise Kurumun rücu alacağına hükümlenmelidir. İşverenin, çifte ödemeyle karşı karşıya gelmemesi için sigortalı veya hak sahiplerine elden ödeme yapmamalı, sigortalı işveren aleyhine tazminat davası açmış ise rücu davası sonucu beklenmeli, sigortalının kurumca karşılanmayan zararına hükümlenmelidir.

Diyelim ki aşağıda halefiyet ve kanundan doğan bağımsız rücu hakkı görüşünü benimseyenlerin görüşleri ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Diğer taraftan halefiyet ilkesinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda da görüş birliği sağlanamamıştır. Von Tuhr, kefalet aktinde, halefiyet ilkesinin uygulanmasını eleştirmiş, bir yandan Borçlar Kanununa göre ifa ile borcun sona ereceği kabul edilmiş iken diğer taraftan halefiyet ilkesi nedeniyle borcun sona ermeyeceğini iddia etmenin çelişki teşkil edeceğini, keza halefiyetin alacağın temlikine ilişkin hükümlere aykırı olacağını ifade etmiştir<sup>(38)</sup>.

(38) Von Tuhr, s. 101-102, Kılıçoğlu'ndan naklen, s. 7.

Kılıçoğlu ise, kanuni temlikte de alacak, taraflar arasında hiçbir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden bir başkasına intikal ettiği, o nedenle halefiyet kavramının aynı zamanda bir bakıma kanuni temlik niteliğini taşıdığı, ne ki halefiyet ilkesinin kanuni temlikin tek şekli olmadığı, halefiyet ile kanuni temlikin aynı anlama gelmediği, vekalet aktinde öngörülen borç ve alacak ilişkilerinin halefiyet niteliğinde görülemeyeceği görüşünü savunmaktadır<sup>(39)</sup>.

### **a.Halefiyet İle Rücu Hakkı Arasındaki Hukuksal İlişki**

Halefiyet ve rücu kavramları amaçları açısından birbirleriyle yakından ilgilidir. Zira, her ikisinde de borçlunun borcunu ödeyen kişi alacaklının yerine geçerek ödemiş olduğu meblağı asıl borçludan talep etmesi söz konusudur.

Bununla beraber halefiyetle rücu kavramı, aynı anlamda olmayıp aralarında bazı farklar vardır. Rücu hakkı, başkasına ait bir borcu ödeyen kişinin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır. Borçlar Hukuku, başkasının borcunu ödeyen kişinin mal varlığında meydana gelen azalmanın giderilmesi amacıyla bu kişinin, uğradığı zararını asıl borçluya rücu etme hakkı tanımıştır. Meseleye bu açıdan bakıldığında rücu hakkı, başkasının borcunu ödeyen kişiye tanınmış bağımsız bir haktır. Başka bir deyişle rücu hakkı sahibi, asıl alacaklının hakkından bağımsız, kendi şahsında doğan yeni bir hak iktisap etmektedir<sup>(40)</sup>.

(39) Kılıçoğlu, s. 20.

(40) Pfister, s. 32, Kılıçoğlu, s. 13.

Halefîyetle bağımsız rücu hakkı arasında şu farklar vardır: Bağımsız rücu hakkında, hak, rücu hakkı sahibinin şahsında doğduğu an alacak muaccel hale gelir. Böyle olunca da hakkın doğduğu andan itibaren yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Halefîyette ise, alacaklıyı tatmin eden kişi yeni bir hak elde etmemekte, alacaklıya ait hakkı yasal bir hükme dayanarak, olduğu gibi devralmaktadır. Halef olan kişi, halef olunanın hakkından ne fazlasını ne de azını kullanabilir. O nedenle alacak, halef olan kişiye intikal etmesine rağmen daha önceden bir zamanaşımı süresi işlemeye başlamış ise, halef olan bakımından da işlemeye devam eder<sup>(41)</sup>. Halefîyet hakkı doğmadan önce alacak muaccel olmuş ve zamanaşımı süresi işlemeye başlamış ise, halefîyetin gerçekleşmesiyle birlikte ikinci bir muacceliyet koşulu aranmaz ve yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz. İleride açıklanacağı üzere, Yargıtay'ımız, Kurumun rücu hakkının hem halefîyet ilkesine dayandığını kabul etmekte hem de Kurumun rücu hakkının doğduğu tarihten itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı görüşünü benimsemektedir<sup>(42)</sup>. Buradaki çelişki açık seçik ortadadır.

Kılıçoğlu, halefîyet ilkesine göre, alacakla birlikte ona bağlı olan hakların halef olana intikal etmesine karşın, rücu hakkında alacağı bağlı diğer hakların intikal etmesinin söz konusu olmadığı görüşündedir. Halefîyetle rücu arasındaki diğer bir fark, halefîyette, alacaklı ile onu

(41) Kılıçoğlu, s. 13.

(42) Kılıçoğlu, s. 13.

tatmin eden halef arasında, rücu hakkında ise borçlu ile, alacaklıyı tatmin eden kişi arasında hukuki bir ilişki doğmaktadır<sup>(43)</sup>.

### **b. Başkasına Ait Bir Borcu Ödeyen Kişi Hem Halefîyet İlkesine Hem De Basit Rücu Hakkına Dayanabilir Mi?**

Halefîyetin istisnai bir hukuksal kural olması nedeniyle genişletici yoruma tabi tutulamayacağı, dar yorumlanması gerektiği, bir alacağın halefîyete dayandığının kabul edilebilmesi için buna cevaz veren yasal bir hükmün aranacağı bilinen hukuki gerçeklerdendir. Bir hakkın hem halefîyet ilkesine hem de basit rücu hakkına dayandığının kabulü, yasada açık bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Bu konuda, yasalarda açık bir hüküm yoksa başkasının borcunu ödeyen kişiye tanınan hak basit rücu hakkıdır. Yasa koyucu, halefîyeti, rücu hakkıyla birlikte güçlendirmek istiyorsa yine bu doğrultuda ayrık bir hüküm getirmelidir. Örneğin, rücu hakkının halefîyete dayandığına ilişkin bir yasal düzenleme yapılmış ve zamanaşımı süresinin halef olanın başkasına ait borcu ödediği tarihten itibaren başlayacağı, asıl borçlunun alacaklıya ödeme de bulunmasının halef olanın rücu hakkını ortadan kaldıramayacağı yolunda hükümler getirilmiş ise bu taktirde rücu hakkının kısmen halefîyete kısmen de basit rücu hakkı ilkesine dayandığı söylenebilir. Nitekim Yung, Kanundaki istisnalar dışında rücu hakkı olan her yerde mutlaka halefîyetin de mevcut olmadığını, Kanunun bazı hallerde rücu hakkını halefîyetle takviye etmek suretiyle rücu hakkı sahibini daha fazla korumak istediğini iddia etmektedir. Yung'a göre, halefîyet ilkesi ile basit rücu hakkının birlikte uygulanabilmesi için yasal bir düzenle-

(43) Bilge, Necip, s. 14 Kılıçoğlu'ndan naklen.

menin mevcut olması gerekmektedir. Oysa ne Sosyal Sigortalar Kanunumuzun ne 26. maddesinde, ne 10. maddesinde ve ne de diğer maddelerinde böyle bir hüküm vardır. Örneğin 26. maddeden doğan hakkın halefiyet esasına dayandığına, ancak iş kazası nedeniyle işveren tarafından sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan harici ödemelerin kurumun rücu alacağından düşülmeyeceği yönünde, istisnai bir hüküm getirilmiş olsa halefiyet ilkesi basit rücu hakkı ile güçlendirilmiş olur<sup>(44)</sup>.

Kılıçoğlu, “Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet” adlı yazıtında, başka hukukçulara da yollamada bulunarak şöyle demektedir: “İsviçre-Türk Hukukunda, başkasına ait bir borcu yerine getiren kimse- nin alacaklının haklarına halef olabilmesi için, halefiyetin Kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir.”<sup>(45)</sup>

### **c.Kurumun Rücu Hakkının Halefiyete Dayandığı Görüşünü Savunanlar**

Tunçomağ, Kurumun sadece 506 sayılı Yasanın 26. maddesine değil, aynı Kanunun 10, 15, 27, 28, 39 ve 41. maddelerine dayanan rücu haklarının da halefiyet ilkesine dayandığı, Kurumun rücu hakkının bir yasa hükmünden kaynaklanmış olması ve yasa hükmünün Kurumca yapılan yardımların işverenden veya üçüncü kişiden istenebileceğine olanak sağlaması nedeniyle böyle bir rücu hakkının ancak halefiyet ilkesiyle açıklanabileceği, aksi takdirde Kurumun rücu hakkının hukuk-

(44) Yung, s. 331-332, Kılıçoğlu'ndan naklen, s. 14.

(45) Kılıçoğlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXX, No. 1-2, s. 428.

sal niteliğinin “vekaletsiz iş görme” veya “sebepsiz zenginleşme” kullarıyla çözümlenmesi gerekeceği, oysa yasa koyucunun amacının bu olmadığı görüşünü savunmaktadır<sup>(46)</sup>.

Tuncay, Kurumun rücu hakkının halefiyete dayandığı, halefiyet ilkesi benimsendiği takdirde Kurumun, işverene başvurmasında kolaylık sağlanacağı, halefiyetin, kendisine rücu edilen işverenin, sigortalı karşısındaki sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluğa izin vermeyeceğinden, karşılıklı çıkarlar dengesine daha uygun düşeceği, bir hakkın halefiyete dayandığının kabulü için yasal bir hükmün mevcut olması gerektiği, özel sigortaların halefiyete dayandığının Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesinde hükme bağlandığı, sosyal sigortalarda da yasal dayanağın Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesi olduğu, 1301. madde hükmünün amacının sigorta bedelini ödeyen sigorta şirketini, korumak olduğu, özel sigorta hukukunda geçerli olan bu esasın sosyal sigortalarda da benimsenebileceği, temel düşünce aynı olduğundan sosyal sigortaların farklı bir hukuk dalı olmasının sonucu değiştirmeyeceği görüşündedir. Ayrıca Tuncay, 26. maddenin birinci fıkrasının halefiyete dayandığı görüşünü benimsemekle beraber, üçüncü kişilerin sorumluluğunu hükme bağlayan ikinci fıkrasının halefiyet esasına dayanmadığı görüşünü savunmaktadır<sup>(47)</sup>.

Çenberci Kurumun rücu hakkının hem halefiyete hem de basit rücu hakkına dayandığı görüşündedir. Çenberci, salt halefiyet görüşünü benimsememekte bu bağlamda, Kurumun “sigortalının sahip olduğu

(46) Tunçomağ, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, 1990, İstanbul, s. 292.

(47) Tuncay, Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 272-273.



hak ve yetkiler dışında bir hak iddia edemeyeceği” kuralının uygulanması halinde rücu hakkının kullanılamaz duruma düşebileceği, bu nedenle sigortalının veya hak sahibi kimselerin işvereni ya da üçüncü kişiyi ibra etmesinin Kurumun rücu hakkını engelleyemeyeceği, zamanı süresinin başlangıcının olay tarihinden değil de bağlanan gelirler yönünden onay, masraflar bakımından ise sarf ve ödeme tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı görüşündedir<sup>(48)</sup>. Çenberci'nin görüşü, Yargıtay'ımızın görüşü ile örtüşmektedir. Gerek Yargıtay'ın gerekse Çenberci'nin görüşüne göre, Kurumun rücu hakkı hem halefiyet ilkesine, hem de basit rücu hakkı kuralına dayanmaktadır. Bu görüşe katılmadığımız ilerde yeri geldikçe açıklığa kavuşturulacaktır.

Güzel ve Okur da Kurumun rücu hakkının halefiyete dayandığı görüşündedirler.

#### **d.Kurumun Rücu Hakkının Kanundan Kaynaklandığı Görüşünü Savunanlar**

Kurumun, Kanundan doğan bağımsız rücu hakkı kavramına “basit rücu hakkı”, “alelade rücu hakkı”da denmektedir. Her üç kavram da birbiriyle özdeştir.

Kurumun rücu hakkının halefiyet ilkesine dayandığı görüşünü yoğun biçimde eleştirenlerin başında Atabek gelmektedir. Atabek; bizim de katıldığımız görüşünde, 1954 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında benimsenen halefiyet görüşünü şiddetle eleştirmiş ve Kurumun rücu hakkının kanundan doğan bağımsız rücu hakkı olduğu

(48) Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977, s. 294 vd.

görüştünü savunmuştur. Atabek, işveren ve üçüncü kişi, haksız fiilleri veya sözleşmeye aykırı eylemleri sonucu sigortalıyı zarara uğratmışlarsa, sigortalının, hem sözleşmeye aykırı eylemde bulunulması hem de haksız fiil nedenine dayanarak işverene ve üçüncü kişiye başvurabileceği, Kurumun, sigortalıya yapmış olduğu yardımları işveren ve üçüncü kişiden halefiyet ilkesi çevresinde istediği takdirde, belki Kuruma bazı kolaylıklar sağlayabileceği, fakat bazı rücu durumlarının, halefiyet ilkesinin kendine özgü sınırlamalarıyla izah edilmeyeceği görüşündedir. Başka bir deyişle Atabek, Kurumun rücu hakkının halefiyete dayandığı görüşü kabul edildiği takdirde hiçbir şekilde halefiyete dayanmadığı açıkça belli olan durumlarda rücu hakkının hukuksal temelini açıklamayacağını iddia etmektedir. Bu konuda Atabek'in vermiş olduğu örnek şudur: 506 sayılı Yasa'nın m. 26/2 ve 39'a göre işverenin ve üçüncü kişinin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. 26. maddenin ikinci fıkrasına göre üçüncü kişinin kastı ve kusuru varsa, 39. maddeye göre ise üçüncü kişinin kastı ve suç sayılır eylemi tespit edilmişse bunların sorumluluğu yönüne gidilebilmektedir. Oysa halefiyet ilkesi kabul edildiği takdirde Kurum, 26. maddenin açık hükmü karşısında, sigortalının sahip olduğu kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazminat isteme hakkını kullanamayacaktır. Hatta 39. maddeye göre Kurum, üçüncü kişinin kusuruna dayanarak da talepte bulunamayacaktır. İşte Atabek, bu hukuksal gerçeğin inandırıcı bir biçim de izah edilemeyeceğini iddia etmektedir<sup>(49)</sup>. Yine Atabek'e göre sigortalı veya hak sahipleri sosyal sigorta olayı meydana gelir gelmez henüz gelir bağlanmadan önce dava

(49) Atabek, Reşat, Sigorta ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, İş Hukuku Dergisi, 1969, sayı 3.

açıp zararlarını aldıkları takdirde geriye Kurumun isteyebileceği bir meblağ kalmayacaktır<sup>(50)</sup>.

Öte yandan Atabek<sup>(51)</sup> halefiyet görüşü benimsendiği takdirde, Kurumun, zararlandırıcı sosyal sigorta olayı ortaya çıkar çıkmaz halef sıfatıyla işveren ve üçüncü kişi aleyhine derhal dava açabileceğine olanak sağlanması gerektiği, oysa halen yürürlükte olan uygulamaya göre Kurumun, sosyal sigorta yardımı yapmadan dava açamadığı, böyle bir uygulamanın halefiyet ilkesinin hukuksal niteliklerine ters bir uygulama olduğu görüşünü ileri sürmekte ve gerçek zarar hesabı konusunda da sözü edilen makalesinde şöyle demektedir: “Ayrıca işçinin ölümü halinde yakınlarına ödenecek destekten yoksun kalma tazminat miktarı ile Kurumun bağlayacağı gelirlerin miktarı aynı değildir. Destekten yoksun kalma durumunda zararın hesaplanmasında, desteğin geliri, (mali) durumu, ekonomik imkanları, yardım miktarı ve desteğin (yardımın) devam süresi dikkate alınırken Kurumun rücu alacağı Sosyal Sigortalar Kanununun 22. maddesine göre hesaplanan miktardır. Bu konuda genel tazminat hukukuna özgü ilke ve kurallar uygulanamaz<sup>(52)</sup>.”

Tekinay, gerek yasal zorunluluktan ötürü, gerekse böyle bir zorunluluk olmaksızın başkasına ait bir borcu ödeyen kişinin her zaman alacaklının halefi olamayacağı, nitekim tapu sicilinin yanlış tutulmasından ötürü meydana gelen zararı ödeyen devletin, ödemiş olduğu

(50) Dr. Atabek, s. 265.

(51) Atabek, 58. Makale, s. 38.

(52) Atabek, 58. Makale, s. 266.

tazminatı, zarara neden olan tapu memuruna karşı rücu etmesinin, halefiyete değil Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dayandığı, (Değişiklikten önceki MK. m. 917), keza istihdam edenin istihdam ettiği işçisinin haksız fiilinden ötürü başkasına verdiği zararı ödedikten sonra ödediği miktarı işçisine rücu etmesinin halefiyet niteliğini taşımadığı, o nedenle her rücu hakkının hukuksal temelini halefiyet ilkesiyle açıklanamayacağı, halefiyete dayanan rücu hakkından söz edilebilmesi için yasal bir hükmün mevcut olması gerektiği, zira halefiyetin istisnai bir nitelik taşıdığı, halefiyete dayanan rücu hakkının her zaman önem taşımadığı, halefiyet ilkesinin, Kanundan doğan rücu hakkına üstünlüğünün halef olanın, kendisine halef olunan alacaklının asıl borçluya karşı rehin veya kefalet gibi haklara sahip olması halinde önem kazanacağı, haksız fiilden doğan borçlarda, bu tür fer'i hakların her zaman mümkün olamayacağı, işverenin sigortalıya karşı iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle uğradığı zararlarını karşılamak amacıyla önceden rehin veya kefil göstermesi düşünülebilirse de, bunun pratikte gerçekleşmesinin hemen hemen imkansız olduğu görüşündedir<sup>(53)</sup>.

İzveren, Sosyal Sigortalar Kanununa göre işverenin doğrudan doğruya sigortalıya değil, yapılan sosyal sigorta yardımlarından ötürü Sosyal Sigortalar kurumuna karşı sorumlu olduğu, böylece Kurumun işverene karşı rücu hakkının hukuksal temelini halefiyete değil Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına dayandığı görüşündedir<sup>(54)</sup>.

(53) Tekinay, S. Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminat, İstanbul 1963, s. 96.

(54) İzveren, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s. 218.

Öner de, Kurumun rücu hakkının halefiyete dayanmadığı görüşünü benimsemekle beraber konuya farklı yaklaşmaktadır. Şöyle ki; Kurumun rücu hakkını düzenleyen 26. maddede öngörülen koşullarla, sigortalının işverene ve üçüncü kişiye karşı açacağı davanın koşullarının farklı olduğu, Kurum, sigortalının sahip olduğu tehlike sorumluluğuna dayanarak işverenden talepte bulunamadığı halde sigortalının böyle bir istemde bulunabileceği, öte yandan Kurumun, sigortalının, hak sahiplerine yapmış olduğu sigorta yardımlarını işverenden talep edebildiği halde sigortalının, hak sahiplerinin yerini alarak işverenden talepte bulunamayacağını iddia etmektedir.

Keza Öner, Yargıtay'ca halefiyet ilkesi benimsendiği halde, zamanasını süresinin olay tarihinden itibaren değil, Kurumun yararına olarak daha sonraki bir tarihten itibaren (gelirler yönünden onay, masraflar bakımından sarf ve ödeme) başlatıldığı, böyle bir uygulamanın halefiyetin hukuksal niteliğine ters düştüğü, bütün bu nedenlerle Kurumun davası ile sigortalının davasının ayrı hukuki esaslara dayandığı, aslında Kuruma tanınan rücu hakkının, sosyal güvenliği sağlamaya yönelik Kanundan doğan bir rücu hakkı olduğu görüşünde ısrar etmektedir.<sup>(55)</sup>

Oğuzman da, Kurumun, rücu hakkını işveren veya üçüncü kişinin kusurları varsa kullanabileceği, oysa işverenin sorumluluğunun ayrıca

(55) Gürçan, Öner, Kurumun 506 sayılı Kanundan Doğan Rücu Hakkı, 1988, s. 44-49. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Başbuğ'dan naklen, s. 45-49.

risk nazariyesine de dayandığı, bu nedenle Kurumun rücu hakkının halefiyet ilkesine dayanmadığı görüşünü savunmaktadır<sup>(56)</sup>.

### **e.Kurumun 26. Maddeden Doğan Rücu Hakkının Hem Halefiyete Hem de Kanuna Dayandığı Görüşü (Karma Görüş)**

Yukarıda da belirtildiği gibi kurumun Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesinden doğan rücu hakkının hukuksal temelini hem halefiyet ilkesine hem de Kanundan kaynaklanan bağımsız rücu hakkına dayandığı görüşünü Yargıtay'ımız uygulamaktadır. Biz, her iki görüşü birleştiren bu üçüncü görüşü "karma görüş" olarak adlandırmış bulunuyoruz.

Yargıtay'ımızı böyle bir görüşe iten asıl neden, salt halefiyet ilkesinin uygulanması halinde Kurumun çok büyük zarara uğrayacağı, hatta rücu hakkını hiç kullanamaz duruma düşeceği endişesidir. 10.Hukuk Dairesi, bir kararında, sigortalının hak sahibi kimselerin tazmin sorumlularına karşı açmış oldukları dava kesinleşmiş olsa bile o davada verilen kararın Kurumu bağlamayacağı sonucuna varmıştır<sup>(57)</sup>. Oysa salt halefiyet ilkesine göre, hak sahiplerinin açmış oldukları dava kesinleşmekle kesinleşen hüküm nasıl ki hak sahiplerini bağlarsa onların halefi sıfatıyla Kurumu da bağlaması gerekir. Öte yandan 10. Hukuk Dairesine göre, sigortalının sürekli iş göremezlik derecesi, örneğin %84 olmasına karşın sigortalının açmış olduğu tazminat davasında gerçek zarar

(56) Oğuzman, Kemal, Meslek Hastalığına İlişkin Rücu davası, İş Hukuku Dergisi, SSK. m. 26 (no: 3), karar incelemesi.

(57) 10. HD. 25.9.1995 T., 6732 E., 7370 K.

hesabı, %82 sürekli iş göremezlik derecesi üzerinden yapılmış ise Kurum %2 farkı isteyebilmektedir. Oysa hüküm kesinleştikten sonra sigortalı, fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmamış ise eksik hesap edilen %2 farkı isteyemez. Aynı sürekli iş göremezlik derecesinin, illiyet bağının gerçekleşmesi koşuluyla, artması veya eksilmesi hali örneğimizin dışındadır. Örneğimizde geçen %2 iş göremezlik farkının sigortalının halefi sıfatıyla Kurumun da isteyememesi gerekir. Oysa Yargıtay bazı kararlarında Kurumun, sigortalının halefi olması nedeniyle sigortalının açmış olduğu tazminat davasında verilen kararın kesin hüküm çevresinde Kurumu bağlayacağı sonucuna varmaktadır<sup>(58)</sup>. Keza, 10. Hukuk Dairesi bir başka kararında, sigortalının açmış olduğu dava kesinleşmiş olsa bile orada alınmış olan kusur raporu, Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesine uygun olarak alınmamış ise o davada hükme dayanak alınan kusur raporunu Kurum yönünden bağlayıcı saymamaktadır<sup>(59)</sup>.

10. Hukuk Dairesi bir başka kararında, sigortalının açmış olduğu tazminat davasında yapılan gerçek zarar hesabı ile Kurumun açtığı rücu davasında yapılan gerçek zarar hesabı çelişkili ise rücu davasında belirlenen gerçek zarar miktarına itibar edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>(60)</sup>. Oysa Kurumun, sigortalının halefi olduğu görüşüne itibar edilmesine göre, şayet kesinleşmiş ise sigortalının açmış olduğu davada saptanmış olan gerçek zarar miktarına değer verilmeliydi.

(58) 10. HD., 26.3.1976 T., 9317 E., 2198 K.

(59) 10. HD., 04.02.1975 T., 6785 E., 562 K.

(60) 10. HD., 1.2.2000 T., 16 E., 339 K.

Bilindiği gibi, Sosyal Sigortalar Kanununun ek 12. maddesine göre, sigortalının ölümünden dolayı aylık ve gelir alan hak sahibi kız çocuklarına evlenmeleri halinde bir defaya mahsus olmak üzere evlenme yardımı yapılır ve Kurum evlenme yardımını kusurlu işverenden ve üçüncü kişiden isteyebilir<sup>(61)</sup>. Oysa iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalının hak sahibi kız çocukları tazmin sorumlularından evlenme yardımı isteyemez. Rücu hakkının, halefiyet ilkesine dayandığı görüşü benimsendiği taktirde Kurumun, evlenme yardımını işverenden ve üçüncü kişiden isteyememesi gerekirdi.

Daha önce de ifade edildiği gibi Yung'a göre, halefiyet ilkesi basit rücu hakkı ile güçlendirilebilirse de ancak bu konuda yasal bir düzenlemenin yapılmış olması şarttır<sup>(62)</sup>.

## **VI. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları**

Sosyal Sigortalar Kurumunun, SSK.'nun 26. maddesinden doğan rücu hakkının hangi hukuksal temele dayandığına ilişkin sadece bir adet 1994 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çıkarılmıştır. Ne ki yürürlükten kaldırılan ve SSK.nun 26. maddesine benzer hükümleri içeren 4772 sayılı Kanunun 37. maddesi ile ilgili 1954 ve 1960 tarihli iki adet Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir. Konumuzu ilgilendirmesi bakımından bu kararlar aşağıda kısaca irdelenecektir.

(61) 10. HD., 01.07.1999 T., 5125 E., 5127 K.

(62) Bkz. dipnot, 43.



### 1.1954 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>(63)</sup>

Önemle ifade etmek gerekirse Yargıtay'ımızı ve halefiyet görüşünü savunanları 1954 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı etkillemiştir. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararının özeti ve sınırlandırılması şöyledir:

“İşçi Sigortaları Kurumunun 4772 sayılı Kanununun 37. maddesi hükmüne göre işveren ve iş kazasına sebep olan üçüncü şahıs aleyhine rücuan ikame eylediği tazminat davasında, sigortalının müterafik kusuru sabit ise halefiyet ilkesi gereğince hakim, Borçlar Kanununun 44. maddesi hükmünü tatbik ederek müddeabih tazminattan tenzilat yapılabileceğine ... karar verildi.”

Bize göre İçtihadı Birleştirme Kararı her yönüyle eksik ve yetersizdir. Zira anılan kararda, rücu hakkının hangi nedenle halefiyete dayandığı, halefiyet ilkesinin hukuksal niteliği, halefiyet ile rücu hakkı arasındaki hukuksal ilişkinin ne olduğu, en önemlisi bir hakkın halefiyet esasına dayandığının kabulü için yasal cevazın şart olduğu, 37. maddede dahi 26. maddede olduğu gibi halefiyet ilkesine yer verilmediği halde işçi sigortaları kurumunun hangi nedenle halefiyet esasına dayanabileceği konuları izah edilmemiştir. Hatta yukarıda detaylı olarak belirtildiği gibi gerek iç gerekse dış öğretilerde sosyal güvenlik kuruluşlarının rücu haklarının ya halefiyet esasına ya da Kanundan doğan bağımsız hakka dayanabileceği ifade edildiği halde anılan İçtihadı Bir-

(63) 31.03.1954 T., 1953/18 E., 1954/11 K.

leşirme Kararında “kanundan doğan bağımsız rücu hakkı” görüşü de tartışılmamıştır.

## 2.1960 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleşirme Kararı

1960 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleşirme Kararı göreve ilişkindir. İşçi Sigortaları Kurumunun 4772 sayılı Kanun’un 37. maddesi hükmüne göre açacağı rücu davasına hangi mahkemenin bakacağı konusunda içtihat aykırılığı görülmüş bu tür davaların genel mahkemelerde değil iş mahkemelerinde açılacağına karar verilmiştir.

1960 tarihli İçtihadı Birleşirme Kararının gerekçesi de 1954 tarihli İçtihadı Birleşirme Kararında olduğu gibi halefiyet görüşüne dayandırılmıştır<sup>(64)</sup>. Sigortalının, işveren aleyhine açacağı tazminat davasına iş mahkemesi bakacağına göre sigortalının halefi durumunda bulunan kurumun da rücu davasını iş mahkemesine açması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararda da kanundan doğan bağımsız rücu hakkı görüşü tartışılmadığı gibi, yukarıda 1954 tarihli İçtihadı Birleşirme Kararında belirtmiş olduğumuz sorunların hiç birisi irdelenmemiştir. Oradaki açıklamalarımız 1960 tarihli İçtihadı Birleşirme Kararı açısından da aynen geçerlidir.

## 3.1994 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleşirme Kararı<sup>(65)</sup>

1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleşirme Kararı, ilgililere bağlanan sürekli iş göremezlik gelirlerine ilişkin zamanaşımı süresinin, bağ-

(64) Yargıtay İçtihadı Birleşirme Kararı, 29.06.1960 T., 1960/13 E., 1960/15 K.

(65) YİBGKK., 1.7.1994 T., 1992/3 E., 1994/3 K.

lanan gelirlerin onay tarihinden itibaren başlayacağına ve Kurumun rücu hakkının temelinde bağımsız hak olan kendine özgü halefiyete dayandığına ilişkindir.

### **A.1954, 1960 ve 1994 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Bağlayıcılık Gücü**

Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararlarının isabetsizliği sonradan anlaşılmış olsa bile bu kararlar yöntemince ortadan kaldırılmadıkça elbette Yargıtay'ı ve mahkemeleri bağlar. Kural olarak Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararlarının özeti bağlayıcıdır. Ne ki özet ile gerekçe arasında organik bir bağ mevcut ise gerekçe dahi bağlayıcıdır. Böyle bir bağ yoksa gerekçe bağlayıcı değildir.

### **B.Anayasa Mahkemesinin 2006 Tarihli İptal Kararının İrdenmesi**

Anayasa Mahkemesinin, SSK.nun 26. maddesine göre bağlanan gelirlerde meydana gelen artışların kurumca işverenden istenemeyeceğine dört defa karar verdiği ancak Yargıtay'ımızın bu kararlara uymadığı yukarıda açıklanmıştı<sup>(66)</sup>.

Yargıtay'ca, anılan kararlara değer verilmemesinin nedeni, bu kararların iptale değil yoruma ilişkin olmasıdır. Zira yine yukarıda değinildiği gibi Anayasa Mahkemesi, 26. maddenin birinci fıkrasına göre ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışların dahi kurumca işverenden istenemeyeceğine, aksine bir yorum tarzının Anayasaya aykırı

(66) Bkz. s. 234, dipnot, 10 ve 11.

olacağına dört defa karar vermiş, ne ki her dört kararda da mahkemele-  
rin iptal istemlerini reddetmiştir<sup>(67)</sup>.

Önemle belirtmek gerekirse 10. HD. 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan tavan sınırlaması ile ilgili ibarenin iptali için Anayasa Mahkemesine itirazın dava açmış ve anılan mahkeme davayı kabul ederek o ibarenin iptaline karar vermiştir. Zira başvuru kararından da anlaşıldığı gibi 10. HD, iptal kararı verildiği takdirde, 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına uyulmayacağını, Anayasa mahkemesi kararına öncelik verileceğini düşünmüştür. Hatta anılan dairenin iptale ilişkin başvuru kararında, gelirlerde meydana gelen artışların istenip istenemeyeceği konusunda Yargıtay ile Anayasa Mahkemesinin değişik düşündüğü vurgulanmış sosyal güvenlik kurumlarının rücu haklarının ya halefiyet esasına ya da kanundan doğan bağımsız hakka dayanabileceği, anılan 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işveren den isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." ibaresi iptal edildiği takdirde kurumun rücu hakkının halefiyet esasına dayanmadığı görüşünün benimse-  
nebileceği, keza gelirlerde meydana gelen artışların kurumca ilgililerden istenemeyeceği görüşü çok açık bir biçimde ortaya konmuş ve Anayasa mahkemesi, Dairenin gerekçesini aynen benimseyip iptal kararı vermiştir<sup>(68)</sup>.

Anayasa mahkemesi kararı dikkatle incelendiği takdirde gerekçenin çok kısa tutulduğu ve 10. HD.nin başvuru kararında ortaya konulan

(67) Bkz. dipnot 9, s. 233.

(68) Bkz. dipnot 11, s. 233.

gerekçeye itibar edildiği görülecektir. Anayasa mahkemesi, sadece Dairenin belirttiği Anayasanın ilgili maddelerini değiştirmiş, iptal kararını sadece ikinci maddesine dayandırmış ise de böyle bir değerlendirme sonuca etkili değildir. Bizce Dairenin dayandığı Anayasa maddeleri daha doğrudur.

Bize göre 2006 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının kanundan doğan bağımsız hak olduğu görüşünün benimsenmesine engel teşkil etmez. Hatta Anayasa Mahkemesi, 10. HD.nin gerekçesini kabul etmekle Kurumun anılan 26. maddeden doğan rücu hakkının halefiyet esasına değil de Kanundan doğan bağımsız hakka dayandığı görüşünü üstü örtülü biçimde benimsemiş sayılır.

## **VII.ANAYASA MAHKEMESİ KARARIYLA YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI ÇELİŞTİĞİ TAKDİRDE ANAYASA MAHKEMESİ KARARI MI YOKSA İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI MI BAĞLAYICIDIR?**

Yukarıda değinildiği gibi, Anayasa Mahkemesince dört defa verilen Anayasal yorum kararında<sup>(69)</sup>, SSK.nun 26. maddesinin birinci fıkrasına göre, kurumca bağlanan gelirlerde meydana gelen artışların işverenlerden istenemeyeceği hükme bağlanmış olmasına karşın Yargıtay'ımız, Anayasal yorum kararlarının Yargıtay'ı bağlamayacağı sonucuna varmıştır. 10. HD 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan tavan sınırlamasıyla ilgili ibarenin iptaline karar verildiği takdirde, Anayasa Mahkemesi kararlarının Yargıtay'ı bağlayacağını açıklamıştır.

(69) Bkz. dipnot 10, s. 234.

Burada bağlayıcılık açısından Anayasa Mahkemesinin yorum kararlarıyla iptal kararları arasında herhangi bir farkın bulunup bulunmadığının tartışılmasına gerek görülmiştir.

Önemle belirtmek gerekirse Anayasamızın 153. maddesinin son fıkrasında, “Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.” hükmü yer almaktadır. Yargıtay’ımızın da yüksek mahkeme niteliğinde bir yargı organı sayıldığı bilindiğine göre Anayasa Mahkemesinin gerek yoruma gerekse iptale ilişkin tüm kararları Yargıtay’ımızı da bağlar. Zira anılan 153. maddede hiçbir ayırım yapılmaksızın “Anayasa Mahkemesi Kararları” denmektedir. Anayasal yoruma ait kararlar dahi Anayasa Mahkemesi Kararı niteliğini taşıdığına göre bu kararların da Yargıtay’ımızı bağlaması gerektiği açık ve seçik ortadadır.

O nedenle Yargıtay’ın, anılan mahkemenin Anayasal yorumuna ilişkin kararlarına uymamış olması bizce hatalıdır. Hatta sözü edilen Anayasa Mahkemesi Kararlarının tarihleri, 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı tarihinden önceye ait olmasına karşın İçtihadı Birleştirme Kararının Anayasa Mahkemesi Kararlarına uygun şekilde çıkarılmamış bulunması da bizce isabetsizdir.

Kurumun 26. maddeye dayanan rücu hakkının halefiyet esasına değil kanundan doğan bağımsız hakkına dayandığı düşüncesiyle 1994

tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına karşı oy yazdığımızı belirtmek isteriz<sup>(70)</sup>.

Diğer taraftan tekrarlamak gerekirse normlar hiyerarşisi kuralına göre tepedeki norm Anayasal norm, ardından gelen normlar ise sırası ile yasal normlar ile tüzük ve yönetmelik normlarıdır.

Araslı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesini dahi bağlayacağı görüşündedir<sup>(71)</sup>.

Biz bu görüşe yukarıda açıklanan nedenlerle katılamıyoruz. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi, İçtihadı Birleştirme Kararlarına dayanak alınan yasalar hakkında Anayasal denetim işlevini yitirmiş olur. Bizce Araslı'nın görüşü Anayasanın temel felsefesine de aykırıdır.

Diğer taraftan Özbudun da, hiçbir ayırım yapmaksızın Anayasa Mahkemesi Kararlarının yargı organını da bağlayacağı, Resmi Gazete'de, yayımlandıktan sonra kesin hüküm niteliğini kazanacağı görüşündedir<sup>(72)</sup>.

Öte yandan Araslı, öğretideki baskın görüşe göre Anayasa Mahkemesinin Anayasal yoruma ilişkin kararlarının da bağlayıcı olduğunu ifade etmekle beraber yine de İçtihadı Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesini de bağlayacağını ifade etmektedir.

(70) Bkz. 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına yazdığımız karşı oy.

(71) Araslı, Utkan, Yargıtay Dergisi, Temmuz, 2007, Cilt: 33, Sayı: 3, s. 276.

(72) Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 1992, Ankara, s. 396-394

Yine yukarıda değinildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin 1976 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 54. maddesine yollamada bulunulmuş, mahkeme içtihatlarının Anayasa mahkemesini bağlamayacağına hükmolunmuştur<sup>(73)</sup>.

### **VIII.BAĞ-KUR'UN 1979 SAYILI KANUNUN 63. VE 2926 SAYILI KANUNUN 47. MADDESİNDEN DOĞAN RÜCU HAKKININ HUKUKSAL TEMELİ**

Yargıtay'ımız, SSK.nunun 26. maddesine göre, Kurumun rücu hakkının kendine özgü halefiyet esasına dayandığı görüşünü sürdürmekte iken Bağ-Kur Kanununun 63. ve yürürlükten kaldırılan 2526 sayılı Kanun'un 47. maddesinden doğan rücu hakkının halefiyet esasına değil Kanundan doğan bağımsız hakka dayandığı görüşünü kabul etmiştir.

Diğer taraftan bilindiği gibi Sosyal Sigortalar Kurumu ile Bağ-Kur kardeş iki sosyal güvenlik kurumudur. 2926 sayılı Kanunun 47. maddesi ile 1479 sayılı Kanun'un 63. maddesi nitelikleri farklı ise de tıpkı 26. maddede olduğu gibi Bağ-Kur'a rücu hakkı tanımaktadır. Yargıtay'ımız daha önce anılan 47. ve 63. maddeden kaynaklanan rücu hakkının 26. maddeye paralel olarak halefiyet esasına dayandığı, aylıklarda meydana gelen artışların Bağ-Kur'ca tazmin sorumlularından istenebileceği görüşünde idi. Ne ki HGK. 2926 sayılı Kanunun 47. maddesinden doğan rücu hakkının halefiyet esasına değil basit rücu

(73) Anayasa Mahkemesi, 18.03.1976 T. 198 E. 69 K.



hakkına dayandığına, aylıklarda meydana gelen artışların Bağ-Kur tarafından istenemeyeceğine karar vermiştir<sup>(74)</sup>.

10. HD. HGK.nun görüşünü aynen benimsemiş ve eski içtihadını haklı olarak değiştirmiştir<sup>(75)</sup>.

Esasen 63. maddede, sonradan değişiklik yapılarak aylıklarda meydana gelen artışların istenemeyeceği hükmü getirilmiştir. Anılan 63. maddede, bağlanan aylığın ilk peşin değerinin istenebileceği yönünde değişiklik yapıldığı halde aynı değişikliğin 26. maddede gerçekleştirilmemiş olması bizce hukuksal bir çelişkidir.

### **IX.KURUMUN 26. MADDEDEN DOĞAN RÜCU HAKKININ HALEFİYET ESASINA DAYANMADIĞINA VE GELİR ARTIŞLARININ İSTENEMEYECEĞİNE DAİR 10. HD.NİN SON GÖRÜŞÜNÜN İNCELENMESİ**

Diyelim ki Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının hangi hukuksal nedene dayandığı, gelirlerde meydana gelen artışların istenebilir istenemeyeceği, işverenin, sigortalı veya hak sahiplerine ödediği meblağların rücu alacağından düşülüp düşülmeyeceği konuları yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı için burada tekrardan kaçınılmış 10. HD.nin görüş değişikliği üzerinde durulmuştur.

Hemen belirtmek gerekirse 10. HD Yargıtay'ımızın eski görüşünden dönmüş, Sosyal Sigortalar Kurumunun, anılan 26. maddeden

(74) HGK. 18.3.1998 T. 183 E. 233 K.

(75) 10. HD. 12.12.2002 T. 7132 E. 9637 K. Keza 10.HD. 21.01.2003 T. 5396 E. 131, K. Keza 10. HD. 23.01.2002 T. 1002 E. 275 K.

doğan rücu hakkının halefiyet esasına değil, kanundan doğan bağımsız hakka (basit rücu hakkı) dayandığı, gelirlerde meydana gelen artışların tazmin sorumlularından istenemeyeceği, işverenin ve üçüncü kişinin sigortalı veya hak sahiplerine ödemiş oldukları miktarların rücu alacağından düşünülmemeyeceği, artık bundan böyle 26. maddenin birinci fıkrasına göre tavan hesabı yapılamayacağı görüşüne gelmiştir. Daire bu görüşünü 2006 tarihli, Anayasa Mahkemesi Kararına dayandırmış<sup>(76)</sup>, Anayasamızın 152. ve 153. maddesi hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yargıtay'ı ve İçtihadı Birleştirme Kararlarını bağlayacağı sonucuna varmıştır.

Diyelim ki Dairenin, görüş değişikliğine esas aldığı en önemli gerekçesi şudur: HUMK.nun 76. maddesi hükmüne göre hakim öncelikle bakmakta olduğu davaya yürürlükteki Türk Kanunlarını uygulamak zorundadır. Anayasa Mahkemesi, tavan hesabı yapılması gerektiğini öngören 26. maddenin birinci fıkrasındaki, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere" ibaresini iptal ettiğine göre, artık bundan böyle tavan hesabı yapılamayacaktır. Dairenin görüşüne göre, iptal edilen ibare dışlandıktan sonra anılan fıkranın yürürlükte kalan hükümleri, gelir artışlarının da istenebileceğine cevaz vermediği gibi, rücu hakkının halefiyet esasına dayandığına imkan tanımamaktadır.

Diyelim ki, 10. Hukuk Dairesinin son görüşü ana hatları itibarıyla Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının kanundan doğan bağımsız hak (=basit rücu hakkı) görüşünü savunanların görüşü ile örtüşmek-

(76) Bkz. dipnot 9, s. 233.

tedir. Ancak basit rücu hakkı görüşünde olanlar, gelir artışlarının istenip istenemeyeceği, işveren tarafından sigortalı veya hak sahiplerine ödenen miktarların rücu alacağından düşülüp düşülmeyeceği konularına girmemişlerdir. Biz Dairenin son görüşüne katılmaktayız. Zira basit rücu hakkı görüşü kabul edildiğine göre, bu görüşün doğal sonucu olarak gelir artışlarının istenemeyeceği ve işverene yapılan ödemelerin rücu alacağından düşülemeyeceği kuralı doğal olarak kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Öbür yandan 10. HD.nin son görüşlerini yansıtan emsal kararlarının tarih ve sayıları aşağıda gösterilmiştir<sup>(77)</sup>.

Yargıtay'ımızın, daha önce halefiyet görüşünü benimsemesi nedeniyle bir çok çelişkili kararlar verdiği, ortaya çıkan çelişkilerin neler olduğu yukarıda açıklanmış olduğundan tekrardan kaçınılmıştır. Bize göre 10. HD görüş değiştirmiş olmakla tüm çelişkiler sona erecek ve her şey yerli yerine oturmuş olacak, keza basit rücu hakkı görüşünü savunanların, uygulamaya ilişkin kuşku ve duraklamaları da giderilmiş olacaktır.

Öbür yandan Erbaş<sup>(78)</sup>, Erdoğan<sup>(79)</sup> ve Öztürk<sup>(80)</sup> 10. HD.nin son görüşünü desteklemişler, bize göre görüşlerini hukuksal açıdan doyurucu ve inandırıcı bir biçimde ortaya koymuşlardır.

(77) 10. HD., 05.06.2007 T., 2007/6070 E., 9446 K. Keza aynı Dairenin, 17.05.2007 T., 2007/5383 E., 8182 K. 10.05.2007 T., 2007/922 E., 7194 K.

(78) Erbaş, Coşkun, Makale, Sivil Dergisi, Eylül 2007, s. 94, Keza Erbaş, Makale, Sicil Dergisi, Mart 2007, sayı: 5, s. 125-139.

Diğer taraftan 10. HD.nin kararları genel nitelikte olup her dava-  
nın içeriğine göre bireyleştirilmelidir.

Erbaş da bizim gibi, anılan 26. maddenin birinci fıkrasına göre,  
gelir artışlarının işverenden istenemeyeceğine ilişkin Anayasa Mahke-  
mesi'nin yorum kararlarının Yargıtay'ı bağlayacağı görüşündedir. Yar-  
gıtay'ımız, Anayasa Mahkemesinin 1970'li yıllarda vermiş bulunduğu  
kararlara uymuş olsaydı ne 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına  
gerek kalırdı ne de yukarıda detayları açıklanan çelişkili kararlar veril-  
miş olurdu.

Kişisel izlenimlerimize ve gözlemlerimize göre, oturmuş ve yer-  
leşmiş Yargıtay İçtihatlarıyla, İçtihadı Birleştirme Kararlarının değışti-  
rilmesine sıcak bakılmaz. 10. HD yarım asırdır süre gelen İçtihadı ve  
İçtihadı Birleştirme Kararlarını cesurca değıştirmiş olmakla bizce hu-  
kuka ve adalete uygun bir görüş oluşturmuştur. Gerçekten özellikle  
sosyal güvenlik hukuku, dinamik yapısı itibarıyla sürekli değışmekte ve  
gelişmektedir. O nedenle bizce güncelliğini yitirmiş olan eski içtihatla-  
ra takılıp kalınmamalıdır.

#### **A.10. HD.nin Görüş Değişikliğinin İsaletli Olmadığı Görüşü- nü Savunanlar**

Bizim saptamalarımıza göre Araslı ve Turan, 10. HD.nin, kurum-  
ca, gelirlerde meydana gelen artışların istenemeyeceğine, Kurumun 26.

(79) Erdoğan, Zafer, Makale, Kamu-İş Dergisi, 2007, sayı: 2, s. 33.

(80) Öztürk, Coşkun, Makale, İşveren Dergisi, Ağustos 2007, Cilt: 45, sayı:II, s. 74 vd.

maddeden doğan rücu hakkının bağımsız bir hak olduğuna ilişkin son kararlarının isabetsiz bulunduğu görüşünü savunmaktadırlar.

Daha önce belirtildiği gibi Araslı, Necip Bilge ve Recai Seçkin'e yollamada bulunarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesini de bağlayacağı görüşündedir<sup>(81)</sup>. Biz, Seçkin ve Bilge'nin bu görüşte olduklarını saptayabilmiş değiliz. Başka bir deyişle anılan düşünürlerin görüşlerini Araslı'dan farklı yorumlamaktayız. Kaldı ki Seçkin ve Bilge, İçtihadı Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesini de bağlayacağı görüşünde olsalar bile bu görüş Anayasamızın 153. maddesinin son fıkrasına apaçık aykırıdır.

Keza Araslı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesinden sonraki evrede işverenin hudutsuz sorumluluğunun tekrar gündeme geleceğini iddia etmekte ise de biz aksi görüşteyiz<sup>(82)</sup>.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesini hangi nedenlerle bağlamayacağı yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığından burada tekrardan kaçınılmıştır.

Öte yandan Araslı, "...Anayasa Mahkemesi'nin, 1972 günlü ilk kararında aşağıda gösterileceği üzere kurumun sınırsız rücu hakkını Anayasaya uygun bulmuş ve Kurumun gerçek zararı aşar nitelikte alacak hakkını sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar hukukunun temel ilkelerini belirlemek üzere ortaya koymuş ve Anayasa'ya aykırılık yerinde

(81) Araslı, Utkan, Makale, Yargıtay Dergisi, Temmuz, 2007, s. 277-278, Keza Araslı, Makale, Mess Sicil Dergisi, Haziran 2007, sayı: 6, s. 203-204.

(82) Araslı, Mess Sicil, Haziran, 2007, sayı: 6, s. 2002.

bulunmamıştır.” demektedir<sup>(83)</sup>. Oysa 1972 tarihli karar da dahil olmak üzere Anayasa Mahkemesince verilen dört adet kararda, gerçekten, açılan davalar reddedilmiş ise de 26. maddenin birinci fıkrası yorumlanmış ve gelirlerde meydana gelen artışların kurumca işverenden istenemeyeceği belirtilmiştir.

Anılan Mahkemenin Anayasal yoruma ilişkin dört kararı ve 2006 tarihli iptal kararı birlikte yorumlandığı takdirde, kurumun rücu hakkının sınırsız olduğu ve gerçek zararı aşar miktarda talepte bulunacağı sonucuna varılamaz.

Keza, Araslı, yayımlanan makalesinde, “Bu düzenlemeden sonra 1991 yılında Anayasa Mahkemesine yeniden başvurulmuş ise de Anayasa Mahkemesi bu kere 1976 ve 1983 tarihli kararlarındaki yorumuna yer vermeksizin 26/1. maddeye yönelik Anayasa’ya aykırılığı reddetmiş ve Yargıtay İçtihatlarıyla oluşan uygulamayı aynen benimsemiştir.” şeklindeki görüşlere yer vermiş ise de yukarıda belirtildiği gibi, gelir artışlarının kurumca istenebilir istenemeyeceği konusunda Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay’ımız hiçbir zaman görüş birliğine varmamıştır.

10. HD.nin görüş değişikliğinin isabetsiz olduğunu dile getiren Turan<sup>(84)</sup>, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının sadece tavan sınırlamasına ilişkin ibareye dayandırılmadığı, başka nedenlere dahi dayandırıldığı, Anayasa Mahkemesi’nin anılan 26. maddenin birinci fıkrasının

(83) Araslı, sözü edilen Yargıtay Dergisi, s. 261. Keza Araslı, Mess Sicil Dergisi, Haziran, 2007, sayı: 6, s. 2002.

(84) Turan, Ercan, Makale, Mess Sicil Dergisi, Haziran 2007, sayı: 6, s. 164.

da yer alan tavan sınırlaması ile ilgili ibareyi iptal ettiği, 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına esas alınan diğer nedenlerin geçerliliğini sürdürdüğü, bu nedenler ayakta kaldığı sürece, Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının kanundan doğan bağımsız hakka dayandığına ve gelirlerde meydana gelen artışların Kurumca işverenden istenemeyeceğine karar verilemeyeceği görüşünü savunmaktadır.

Hemen belirtmek gerekirse, sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesi, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen tavan sınırlamasını içeren ibare üzerinde yoğunlaşmıştır. Turan'ın ifade ettiği diğer nedenler, yan gerekçeler olup işin esasını etkilemez. Esasında anılan İçtihadı Birleştirme Kararı iki nedene dayandırılmıştır. Birincisi tavan sınırlamasıyla ilgili neden, diğeri ise, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan **“...ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderler...”** deyimidir. Yukarıda detaylı olarak açıkladığımız gibi Yargıtay, **“her türlü giderler”** deyiminin, sürekli iş göremezlik gelirini de kapsadığını düşünmektedir. Aksi görüşte olduğumuz yukarıda açıklandığından tekrardan kaçınılmıştır.

Diyelim ki 10. HD görüş değişikliğini, Anayasa Mahkemesi kararma dayandırmış ve Anaya Mahkemesi Kararlarının Yargıtay'ı dolayısıyla da İçtihadı Birleştirme Kararını da bağlayacağı gerçeğini vurgulamıştır. Anılan mahkeme, dört defa vermiş bulunduğu Anayasal yorum kararı ile bir adet iptal kararında, gelir artışlarının istenemeyeceğini hükme bağladığına göre sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararının hâlâ yürürlükte kaldığını iddia etmek yasaya, özellikle de Anayasa'ya aykırıdır. Turan, 10. HD Kararını eleştirirken Anayasa Mahkemesi ka-

rarlarının Yargıtay'ı ve İçtihadı Birleştirme Kararlarını hangi nedenle bağlamayacağını izah etmediği gibi meseleyi Anayasa Hukuku açısından irdelememiştir.

Keza Turan, Kurumun rücu haklarının halefiyet esasıyla güçlendirilmiş basit rücu hakkına dayandığını<sup>(85)</sup> iddia etmekte ise de Yung'unda<sup>(86)</sup> ifade ettiği gibi, basit rücu hakkının halefiyet esasıyla güçlendirildiğinin kabul edilmediği, yasal bir hükmün mevcut olmasına bağlıdır.

Diğer taraftan, 10. HD.nin son görüşünü yansıtan bozma kararına karşı İzmir 5. İş Mahkemesi'nce direnilmiş, Yargıtay HGK direnme kararını Daire gibi oybirliği ile bozmuştur.<sup>(87)</sup>

---

(85) Turan, *Mess Sicil*, s. 168.

(86) Yung, *Bkz. dipnot*, s. 257.

(87) HGK. 2007/10-973 E.



**KAYNAKÇA**

**Resul ASLANKÖYLÜ:** Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2003, Ankara, sh. 227 vd. Keza Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2004 baskısı, Ankara, s. 461.

**Resul ASLANKÖYLÜ:** Kamu-İş, Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan Dergisi, Ankara 2002, Cilt: 6, Sayı:4, sh. 2003 vd. Makale.

**Resul ASLANKÖYLÜ:** İşveren Dergisi, 2005, Ankara, Cilt: 43, Sayı 12, Özel Ek, s. 23 vd.

**BECKER:** İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI, Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel Hükümler, Fasikül II, İsviçre Borçlar Kanunu, 36/63, Türk Borçlar Kanunu 37/62 (Çeviren, Reisoğlu, Ankara 1968).

**Nurşen CANIKLIOĞLU:** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesinin 2003 yılı Ankara'da düzenlediği seminerde sunulan tebliğ, sh. 21.

**Haluk TANDOĞAN:** Mesuliyet Hukuku, Ankara, sh. 95.

**Fikret EREN:** Borçlar Hukuku, Cilt: 2, sh. 24.

**MAURER:** Schwizes sozialverlverungrecht, Alghmeigrtail, Band 1, Bern 1979 s. 382. (Başbuğ Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücu, s. 6 vd. naklen)

**Sarper SÜZEK:** İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, sh. 207-209.

**S. Selahaddin TEKİNAY:** İşverenin Sorumluluğu, s. 83 (Başbuğ'dan naklen, s. 83).

**TÜRK HUKUK LÜGATİ:** Ankara 1956, s. 115.

**Ahmet KILIÇOĞLU:** Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1979, s. 3-6.

**VİSCHER:** s. 13 (Kılıçoğlu'ndan naklen) s. 6.

**PFISTER:** s. 4, (Kılıçoğlu'ndan naklen) s. 6.

**VONTUHR:** s. 101-102 (Kılıçoğlu'ndan naklen)

**YUNG:** s. 331-332. (Kılıçoğlu'ndan naklen, s. 14).

**Kenan TUNÇOMAĞ:** Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, 1990, İstanbul, s. 292.

**CAN TUNCAY:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri 4. bası, İstanbul 1989, s. 272-273.

**Reşat ATABEK:** Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, İş Hukuku Dergisi, 1969, Sayı 3.

**Adil İZVEREN:** Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s. 228.

**Öner GÜRÇAN:** Kurumun 506 sayılı Kanundan Doğan Rücu Hakkı 1988, Sh. 44-49. Yayımlanmamış doktora tezi, (Başbuğdan naklen) sh. 45-49.

**Kemal OĞUZMAN:** Meslek hastalığına ilişkin rücu davası, İş Hukuku Dergisi, SSK. madde 26 No: 3, Karar İncelemesi.

**Utkan ARASLI:** Yargıtay Dergisi, Temmuz 2007, sh. 276 Makale, Keza UTKAN ARASLI, Sicil Dergisi, Haziran 2007, Sayı 6, s. 201, 261-262, 2004.

**Ergun ÖZBUDUN:** Türk Anayasa Hukuku, sh. 936-937.

**M. Zafer ERDOĞAN:** Kamu-İş Dergisi 2007, Cilt 9, Sayı: 2, sh. 33 vd. Makale.

**Coşkun ÖZTÜRK:** İşveren Dergisi, Ağustos, 2007, Cilt: 45, Sayı: II, s. 74 vd. Makale.

**Ercan TURAN:** Sicil Dergisi, Haziran 2007, Sayı: 6, s. 161 vd.

## İLETİŞİM HUKUKUMUZDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

*Mahmut GÖKPINAR* (★)

**ANLATIM DÜZENİ:** *GİRİŞ, A- Genel Olarak Cevap ve Düzeltme Hakkı, B- Cevap ve Düzeltme Hakkının Varlık Nedeni, Hukuki Niteliği ve Özellikleri, 1- Cevap ve Düzeltme Hakkının Varlık Nedeni, 2- Hukuki Niteliği, 3- Özellikleri, C- Türk Hukukundaki Yeri, 1- Tarihsel Süreç, 2- Anayasal Düzenlemeler, 3- Yasal Düzenlemeler, D- Cevap ve Düzeltme Hakkının Varlık Koşulları, 1- Bir Yayının Gerçekleşmiş Olması, 2- Yayının Niteliğine İlişkin Koşullar, 2/a- Basın Kanunu Bakımından, 2/b- Radyo ve Televizyon Yayınları Bakımından, 3- Yayının İçeriğine İlişkin Koşullar, 3/a- Şeref ve Haysiyeti İhlal Edici Yayın, 3/b- Gerçeğe Aykırı Nitelikte Yayın, 3/c- Bireysel İlgili Koşulu, E- Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılması ile İlgili Koşullar, 1- Cevap ve Düzeltme Metnine İlişkin Koşullar, 1/a- Metnin Suç Unsuru İçermemesi, 1/b- Metnin Yayınla İlgili Olması, 1/c- Metnin Hacmi, F- Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılması Usulü, 1- Basın Kanunu Bakımından, 2- TRT Yayınları Bakımından, 3- Özel Radyo ve Televizyon Yayınları Bakımından, 4- İnternet Ortamında Gerçekleşen Yayınlar Bakımından, SONUÇ*

---

(★) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi.

## GİRİŞ

İletişim ve hukuk sosyal bilimlerin iki farklı disiplini olsa da ortak pek çok noktaları bulunmaktadır. Ünlü bir Latin atasözüne göre “*Nerde bir toplum varsa orada hukuk vardır*”. Her sosyal ilişkinin sonucunda bir hukuksal durum ortaya çıkacaktır. İletişim literatüründe de insanın bulunduğu her yerde iletişimin varlığından söz etmenin mümkün olduğu ifade edilir. Sessizlik de bir anlam taşıdığından iletişimsizlik mümkün değildir. İletişimin kitlesel boyut taşıyan biçimine kitle iletişimi adı verilmektedir. Kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirilen iletişimin bu biçimi, üzerinde en çok araştırma ve tartışma yapılan yönü oluşturur. Hukuk alanında iletişimin bu kullanma biçimini medya hukuku, basın hukuku, radyo ve televizyon hukuku gibi adlar taşıyan hukuk dalları inceler. Kitle iletişim araçlarının yada ortamlarının genel adı, dilimizde medya olarak adlandırılmaktadır. İletişim aynı zamanda genel hukuk kuralları çerçevesinde tanınmış bir hak ve özgürlüktür. İletişimin kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen boyutu da bu hak ve özgürlüğün bir başka kullanım biçimini ifade eder. En genel biçimde kitle iletişimi, düşünceyi açıklama ve ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı ile yakından ilişkilidir.<sup>(1)</sup> İfade özgürlüğü ve sınırlarının belirlenmesi, çatışan çeşitli hakların da dengelenmesini gerektiren karmaşık, yasal bir süreçtir. Bu süreç içinde konuşmacı, yayıncı, dinleyici ve devletin çeşitli menfaatleri, ifadenin türü ve ortaya konuş biçimine bağlı

(1) GÜNAYDIN Barış, “5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2005, Sy. 57, s. 322

Basın özgürlüğü de, düşünce ve ifade özgürlüğünün bir yansımasıdır. Basın özgürlüğü ve bunun kullanımını düzenleyen ve kitle iletişim araçları içinde yer alan gazete ve dergi gibi basılmış eserlerin basımı ve yayımı ile ilgili kavram, kurum ve faaliyetleri inceleyen hukuk dalına basın hukuku denilmektedir.

olarak, karmaşık bir şekilde karşı karşıya gelebilirler. Hukuk, bu çatışma ortamında bir menfaati tercih ederek hakkın koruma alanını belirleyip, diğerlerini ise kısmen veya tamamen bu alanın dışında bırakabilir.<sup>(2)</sup> Kişinin, toplum içindeki saygınlığı ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan öğelerin tümü üzerindeki hakları olarak tanımlanabilen kişilik hakkı ile demokratik bir toplumun olmazsa olmazı olan, haber vermek görevi/bilgi edinmek hakkı yer yer çatışmaya neden olabilir. Gerçektende, kişilik haklarıyla ilgili bilgiler haber niteliği taşıdığı için, kitle iletişim araçlarıyla, kamuoyuna duyurulduğunda, kişilik haklarına aykırı davranılmış olacaktır. Buna karşılık haberin kişilik haklarını ilgilendirmesi nedeniyle yayınlanması engellendiğinde ise, haber vermek görevi yerine getirilememiş, halkın bilgi alması engellenmiş olacaktır. Görüldüğü gibi adı geçen iki hak demokratik haklar olmalarına rağmen, hakkın birinin kullanılması diğerinin ihlaline yol açabilmektedir. İşte demokratik bir toplumda bu dengeyi sağlayacak çeşitli kurumlar, hukuksal düzenlemeler geliştirilmiş bulunmaktadır. Bunlardan biri "*cevap ve düzeltme hakkıdır*"<sup>(3)</sup>

## A-GENEL OLARAK CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

İster yazılı basın isterse sesli ve görüntülü(elektronik) basın yoluyla olsun, haber veya eleştirilerin konularının çoğunu kişiler oluşturur. Bu itibarla basın yayın kuruluşları kitle iletişim araçları yoluyla olayları açıklama ve eleştiride bulunma haklarını kullanırken, kişileri şu

(2) ÖZSOY Şule, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2005, Sy. 56, s. 29

(3) ÖZEK Çetin, "Mizah Hakkının Sınırlarını Doğru Belirlemek: Bir Cevaba Cevap Dilekçesi", Basın özgürlüğünden bilgilendirme hakkına, Alfa yayınları, s. 296

veya bu şekilde hedef alıp onlarla ilgili gerçeğe aykırı, onların kişilik haklarını ihlal edici yayınlar yapabilirler. Bu gelişmeler bazen kişiler hedef almaksızın, farkında olmadan da gelişebilir. Bu tür yayınlar, ilgili kişiler hakkında toplumda yanlış düşünceler oluşmasına, kişilik değerlerinde objektif azalmaya neden olurlar. Kendilerine göre oldukça güçlü olan basın yayın karşısında kişilerin hukuki korunmaları gereği son derece açıktır. Özellikle kişilik haklarının korunması bakımından basın yayın kuruluşlarına karşı çeşitli dava yollarının yanı sıra, “cevap ve düzeltme hakkı” (Tekzip hakkı) tanınmıştır.<sup>(4)</sup> Basın yayın faaliyetleri ile yakından ilgili olan bu hak ancak hür ve özgür bir basının olduğu yerde söz konusu olabilir. Basın yayın organları bir özgürlüğe sahiplerse kişilerde aynı özgürlüğe sahiptirler. Aksi halde özgürlük tek taraflı olmuş olur.<sup>(5)</sup>

Cevap ve düzeltme hakkının Türk Pozitif Hukukundaki yeri neresidir? Doktrindeki genel tasnif bakımından hangi hukuk disiplini içinde yer almaktadır.<sup>(6)</sup> Türk Hukuk sisteminde her şeyden önce söz konusu hak, gerek 61 gerekse 82 Anayasalarında düzenlenmişlerdir. 1961 Anayasamızın 27. maddesi ile düzenlenmiş bu hakkın, kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunulması veya kişilerin kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması durumunda kullanılabileceği hüküm altına alınmış, düzeltme ve cevap, yayımlanmasa bu konudaki son kararı hakimın vereceği belirtilmiştir. 82 Anayasamızda ise, söz konusu hak 32. mad-

(4) ÇİFTÇİ Ahmet, “Radyo Ve Televizyonda Cevap Ve Düzeltme Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Sy. 1991/6, Yıl: 48, s. 893

(5) YAZICI Reşat, Anayasalarımızda Basın Hukuku, Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, Ankara, 1986, s. 49

(6) COŞKUN Atilla, Gazete, Radyo Ve Televizyon Yayınlarında Cevap Hakkı, Legal Yayınları, 2002, s. 40

dede düzenlenmiştir. 61 Anayasasında, cevap ve düzeltmenin yayınlanıp yayınlanmaması konusunda bir süre belirtilmemişken 82 Anayasasında 7 gün içinde bu konuda hakimin karar vermesi gerektiği belirtilerek, yayından dolayı mağdur olanın lehine, karar için sınırları belli olan bir bekleme süresi getirilerek kanun koyucuya yol gösterilmiştir. Kişilere tanınan bu hakkın, kullanılış şartları kanunda düzenlenecektir.<sup>(7)</sup> Türk Hukuk Sistemi, cevap ve düzeltme hakkını, basılı yayınlar yönünden özel yasa niteliğinde olan, Basın Kanununda, radyo ve televizyon yayıncılığıyla ilgili olarak da, TRT yönünden 2954 sayılı Radyo Ve Televizyon Kanunu, özel radyo ve televizyonlar bakımından da, 3984 sayılı Radyo Ve Televizyon Kuruluşu Ve Yayınları Hakkındaki Kanun kuralları çerçevesinde düzenlenmiştir. Ayrıca “*cevap ve düzeltme hakkı*”, bazı yönleri itibarıyla çeşitli kanunlarla da ilgilidir. Örneğin hakkın kullanımı sırasında başvuru yargısal süreç ceza yargılaması hukukunun ilkelerine ve Ceza Muhakemesi Kanununa göre yürümektedir. Yine bu hakla ilgili olan, “*şeref ve haysiyet*”, “*kişilik hakları*” medeni hukuk ilkeleri ve Medeni Kanunun çerçevesinde anlam kazanmaktadır. Diğer taraftan birkaç istisna dışında her türlü tebligat, Tebligat Kanununa göre yapılmaktadır. Bu nedenlerle, “*cevap ve düzeltme hakkını*” yalnızca basın yayın yasaları yada ceza ve ceza yargılaması kuralları çerçevesinde ele alarak incelemek doğru değildir. Öte yandan, söz konusu bu hak, doktrinde “*Basın Hukuku*” veya “*Kitle İletişim Hukuku*” veya “*Yayın Hukuku*” adlarıyla ifade edilen hukuk disiplini içinde

(7) Yazıcı, a.g.e, s. 49, 90

yer almaktadır.<sup>(8)</sup>

## **B-CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ VARLIK NEDENİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ**

### **1- CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ VARLIK NEDENİ**

Basın yayın yoluyla yapılan, şeref ve haysiyet kırıcı yada gerçek dışı yayınlara karşı genel kanunlarda çeşitli müeyyideler olmasına rağmen bu tür yayınların her zaman suç unsuru içermemeleri, içerseler dahi yargısal sürecin çok uzun olması, mağdur lehinde çıkacak kararın, mağdura yönelik tecavüzü bilenlerin bilgisine ulaşması ihtimalinin düşük olması hatta tecavüzün üzerinden zaman geçmiş olmasından dolayı unutulmuş olacağı gibi nedenlerle mevcut müeyyideler tatmin edici nitelikte değildir.<sup>(9)</sup> Bu hakla, yargısal müeyyidelere ek olarak ek bir telafi, tatmin olma ve söz konusu yayın dolayısıyla kişilik değerlerindeki kaybın giderilmesi imkânına kavuşulmaktadır. Cevap ve düzeltme hakkı ile basın yayınlara kişiler arasında bir denge, diğer bir deyişle silahlarda eşitlik sağlanmaktadır.<sup>(10)</sup>

Bu müessese sahip bulunduğu dinamizm ve sürat nedeniyle, bir yayının kötü etkisini en kısa zamanda ve iletişim görevine en uygun bir şekilde ortadan kaldırır. Böylelikle, bu hak, haksız ithamlara uğramış yada kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı bilgi verilmiş kişiye kendini aynı silahla savunma imkanı vermekte, kamunun doğru haber almasını sağ-

(8) Coşkun, a.g.e, s. 40

(9) GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Radyo Ve Televizyonda Cevap Ve Düzeltme Hakkı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt. XX, No: 4, Aralık 1965, s.126

(10) Çiftçi, a.g.m, s. 897



lamakta, kısaca kötü niyetli olmasa dahi hafiflikle yada düşünmeden yapılmış bir yayından doğan zararlı sonuçların, gerek kişi gerekse kamu yararına ortadan kaldırılması, tamir edilmesi sağlanmaktadır.<sup>(11)</sup> Ayrıca, yukarıda ifade edilen nitelikteki bir yayının, doğrusu halka derhal arz edilmek suretiyle yanlış ve doğrunun birlikte mukayesesinin yapılması sağlanmakta âdeta halkın hakemliğine başvurulmaktadır. Böylelikle söz konusu yayınlardan dolayı mağdur olan şahıs halk nezdinde kendini müdafaa imkânına kavuşmuş olmaktadır.<sup>(12)</sup>

İleride ayrıntılarıyla belirtileceği gibi her dönemdeki basınla ilgili mevzuatımızda söz konusu hakkı düzenleyen hükümler olmasına rağmen bu hakkın aleyhinde görüşler de bulunmaktadır. Dönmezer, Duplata atfen, bu hakkın tanınmasının basın yayın organları arasında polemiklere neden olacağını, bir gazete haberinde adı geçen kişiye bu hak tanınacak olursa bunun eleştiriyi güçleştireceğini, Bourçiene atfen, basın hürriyeti, bir mevkutede yayınlanacak yazıları seçmek ve bu konuda karar vermek yetkisinin gazeteciye ait olmasıdır. Bu hakla, gazetecinin, iradesine aykırı olarak yayında bulunmaya zorlandığı bunda basın yayın hürriyetini ihlal ettiği görüşlerini dile getirmektedir.<sup>(13)</sup> Diğer bir aleyhte görüşte, söz konusu hakkın, basın yayın özgürlüğüyle birlikte mülkiyet hakkını zedelediği belirtilmiştir. Radyo televizyon yayınlarının devlet eliyle yürütüldüğü dönemlerde ise, radyo televizyon

(11) GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Haberleşme Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 292 Ankara 1970, s. 132

(12) Gölcüklü, a.g.m, s.126

(13) DÖNMEZER Sulhi, Basın Ve Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2213, 4. Bası, İstanbul 1976, s. 320, 318

yayınlarmın, devlet tekelinde yürütülen bir kamu hizmeti olduğu bu nedenle basından çok daha sıkı denetime tabi tutulduğu göz önüne alındığında radyo televizyon yayınlarında bu hakkı tanınmanın doğru olmadığı ifade edilmiştir.<sup>(14)</sup> Gerçektende bazı ülkelerde cevap ve düzeltme hakkı tanınmamıştır. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde 1911 Nivera Kanunu dışında bu hak kabul edilmemiş iken İsviçre’de sadece bir kantonda düzenlenmiş, Federal Hukuka ancak 1985 yılında girebilmiştir. Yine İngiltere’de cevap ve düzeltme hakkı bir genel kural olarak hükme bağlanmamıştır.<sup>(15)</sup> Ancak tüm bu aleyhte görüşlere rağmen, bu hakkın tanınmamasından doğacak sakıncaların, tanınmasından doğacaklara oranla daha önemli olduğu, bu hakkın kullanımının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesiyle söz konusu sakıncaların önleneceği, yani makul sınırlar içine alınarak her iki tarafın çıkarları arasında gerekli dengenin kurulacağı belirtilmektedir.<sup>(16)</sup>

## 2- HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde söz konusu hakkın müeyyide niteliğinde olduğunu ifade eden görüşler vardır. Buna göre, haberleşme hürriyetinin kötüye kullanılmasını önlemek, kamusal haberleşme görevinin amaca uygun bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak için öngörülen tedbir veya müeyyidelerden biri cevap ve düzeltme hakkıdır.<sup>(17)</sup> Müeyyide niteliğine rağmen bu hakkın kullanılmış olması, maddi veya manevi tazminat

(14) Gölcüklü, a.g.e, s. 132, 133

(15) İÇEL Kayhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 5. Bası, 2003, s. 175

(16) Gölcüklü, a.g.e, s. 132

(17) Gölcüklü, a.g.e, s. 131

talep etme hakkını, ceza davası açılması imkânını ortadan kaldırmaz. Yani dava yollarının yerini alan bir müeyyide değildir. Burada söz konusu olan, mağdura, saldıranın kullandığı silahı sağlamaktır. Böylelikle cevap ve düzeltme hakkı, kişilere basın yayın kuruluşlarının saldırılarına karşı verilmiş bir tür meşru müdafaa hakkıdır.<sup>(18)</sup> Meşru müdafaa kapsamında olmak üzere dile getirilen görüşlerin bir tanesinde söz konusu hakkın silahların eşitliği ilkesinin bir uygulaması olduğu belirtilmiştir. Buna göre, basın yayının giderek gelişen etkinliği karşısında, cevap ve düzeltme hakkı, kişi veya kuruluşlara verilen bir tür savunma aracı olup, bu özelliği ile basın yayın ile bu hakkın sahibi arasında denge kurma niteliği taşımaktadır. Böylelikle, söz konusu hak, basın yayın kuruluşları ile kişiler arasında silahlarda eşitliği sağlamaktadır.<sup>(19)</sup> Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı da bu görüşleri destekler niteliktedir. Bu kararda özetle şu görüşlere yer verilmiştir: "...Cevap ve düzeltme hakkı, basın mesleği dışında kalanların kendileriyle ilgili yayınlar konusunda, aynı araçtan yararlanarak, düşüncelerini açıklamak olanağını sağlamak için kabul edilmiştir."(YCGK, 3.3.1986, 1985/401 E, 1986/89 K)<sup>(20)</sup> Söz konusu hakkın manevi yönden bir tatmin aracı olduğu, bu özelliği ile denge niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir.<sup>(21)</sup>

Cevap ve düzeltme hakkının Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde tanımlanan kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka aykırılığının tespiti ile bunun yayınlanmasını isteme hakkı ile benzer özellikleri

(18) Çiftçi, a.g.m, s. 896

(19) ÇİFTÇİ Ahmet, Uluslararası Hukuk Açısından Radyo Ve Televizyon Hukuku, Ankara 1999, s. 73

(20) Yargıtay Kararları Dergisi, C. 12, Sy. 9, Eylül 1986, s. 1380

(21) Çiftçi, a.g.m, s. 894

bulunmaktadır. Diğer yandan Borçlar Kanununun 49/3 maddesi çerçevesinde düzenlenen kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda söz konusu saldırının kınanması ve kınama kararının yayınlanmasını isteme hakkı ile benzer özellikler taşımaktadır. Adı geçen bu haklar, cevap ve düzeltme hakkı gibi kişilik haklarını koruma amacına yönelik olmanın yanı sıra, kişilik hakkını ihlal eden eyleme karşı bir yayın yapılması somutunda tanımlanmaktadır. Bu özellikler üç hak arasındaki benzerliği göstermektedir. Ancak bu haklar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Medeni Kanun Ve Borçlar Kanunu bakımından sözü edilen bu haklar, kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırının olması durumunda söz konusu olmaktadır. Ayrıca bu saldırı sonucunda bir zararın olması koşulu aranmaktadır. Bu haklarla ilgili prosedür Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununa göre yürümektedir. Yine bu kanunlar bakımından davaların söz konusu olabilmesi için, gerçekleşen saldırı eyleminin ya başlamamış veya başlamış ama henüz sona ermemiş yada sona erse dahi en azından etkisinin sürmesi aranmaktadır. Cevap ve düzeltme hakkı ise ancak ve yalnızca gerçekleşmiş bulunan yayın etkinliği ile ilgili olarak ileri sürülebilir. Söz konusu bu hakka ilişkin hakim vereceği karar, saldırı nitelikli eylemin hukuksal anlamda özüne ilişkin bir yargılamayı gerektirmemektedir. Bu yargılamanın yalnızca dosya üzerinden yapılması ve son derece sınırlı bir süre içinde tamamlanması da kanun gereğidir. Süreç de Ceza Muhakemesi Kanununa göre cereyan etmekte olup, ihtiyati tedbir niteliğinde bir dava değildir. Ayrıca cevap ve düzeltme hakkına konu yayın eyleminin hukuka aykırı yada kötü niyetli olması koşulu yoktur. Bu niteliklerde olmayan herhangi bir yayını da kapsamına almaktadır ve zarar şartı yoktur.

### 3- ÖZELLİKLERİ

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, cevap ve düzeltme hakkı genel ve mutlak nitelikte değildir. Çünkü pozitif metinlerde bu hak, yapılan yayınlara şeref ve haysiyetine dokunulanlar, kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılanlardır.<sup>(22)</sup> Cevap ve düzeltme hakkı, bir yetki ve yükümü kapsar. Kendisi konusunda, kanunun belirttiği nitelikte yayında bulunan kişi bu yayına cevap vermek veya yanlış beyanları düzeltme hakkına sahiptir. Yayında bulunan organ ise verilen cevabı veya yapılan düzeltmeyi yayınlamakla yükümlüdür.<sup>(23)</sup> Cevap ve düzeltme hakkı basın yayın organlarıyla okuyucular arasında olmayıp, ilgililer arasındadır.<sup>(24)</sup> Doktrinde cevap ve düzeltme hakkının aslında tek bir hakkı içerdiği ileri sürülmüştür. Buna göre, eğer tek bir hak söz konusu olmasaydı, “*cevap ve düzeltme hakkı*” yerine “*cevap ve düzeltme hakları*” denirdi, düzeltme hakkından tamamen bağımsız, ayrı bir cevap hakkı verilmemiştir. Şeref ve haysiyetlerine yönelik bir yayın olduğunda hak sahipleri bunu düzeltebilecektir denilmiştir.<sup>(25)</sup> Ancak karşılaştırmalı hukukta bu hakkın ayrı ayrı düzenlenmiş olduğu dönemlere rastlanılmaktadır. 1919 Tarihli Fransız Basın Kanununun, 13. maddesinde cevap hakkı, 12. maddesinde düzeltme hakkı düzenlenmiştir. Bu ayrım diğer ülkelerin basın kanunlarına da önemli etkiler yapmıştır. Bu sistemde, cevap hakkı tüzel kişiler dahil özel kişilerce, düzeltme hakkı ise kamu otoriteleri tarafından kullanılmıştır. Bu sistemin çeşitli sakıncala-

(22) Dönmezer, a.g.e, s. 321

(23) Gölcüklü, a.g.e, s. 131

(24) DOĞAN Cahid, Umumi Haberleşme Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde 2004, s. 28

(25) Gölcüklü, a.g.m, s. 128

rının olduğu belirtilmiştir. Buna göre, özel kişilerle kamu otoriteleri arasında böyle bir ayırım, polis devletinin kalıntılarından olduğu ileri sürülmüştür. Bu kanunun çağdaşı olan Alman Basın Kanununda böyle bir ayırma gidilmemiş, bu hak tek bir maddede düzenlenmiştir.<sup>(26)</sup>

Günümüzde cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili olarak benimsenmiş iki sistem, anlayış vardır. Bunlardan Almanya ile Orta ve Kuzey Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan sistemde cevap hakkı maddi olaylarla sınırlıdır. Buna göre, bir maddi olaya karşı yine bir maddi olayla cevap verilebilmekte ancak yayınlanan görüş ve değerlendirmelere karşı cevap hakkı tanınmamaktadır. Diğer yandan Fransız sistemi olarak adlandırılan ve Fransa'nın yanı sıra, Belçika, İtalya, Güney Amerika gibi ülkelerde benimsenen ikinci sistemde söz konusu hak, maddi olayların yanı sıra görüş ve değerlendirmelere karşı da kullanılmaktadır. Bu sistemde cevap hakkını kullanan kişi, bu hakkın biçimini, içerik ve yararını belirleme konusunda tam yetkilidir.<sup>(27)</sup>

## **C- TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ**

### **1- TARİHSEL SÜREÇ**

Ülkemizde cevap ve düzeltme hakkının tarihçesi Osmanlı Devletine kadar dayanmaktadır. 1864 Matbuat Nizamnamesinde ve Fransa'dan iktibas edilen Basın Kanununda cevap ve düzeltme hakkına yer

(26) TIKVEŞ Özkan, "Cevap Hakkı Üzerine Bir İnceleme", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl. 1, No: 1, 1967, s. 172

(27) BAYTAR Serdal, "Kitle Haberleşme Araçlarının Yayınlarına Karşı Cevap Ve Düzeltme Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2006, Sy. 62, s. 135

verilmiştir.<sup>(28)</sup> Doktrinde diğer Avrupa Devletlerinin bundan çok daha sonra basın kanunlarında bu hakka yer verdikleri belirtilmektedir. Yukarıda ifade edilen kanunları, 1909 Matbuat Kanunu (md. 21), 1931 Matbuat Kanunu, 1950 Basın Kanunu (md. 19) takip etmiş ve söz konusu hakkı düzenlemişlerdir.<sup>(29)</sup> 15.7.1950 de 5680 Sayılı Basın Kanunu yürürlüğe girmiş, bu Kanun çeşitli değişikliklerle, 5187 Sayılı Basın Kanununun 26 Haziran 2004 günü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede 54 yıl yürürlükte kalmıştır. 1956 tarihli ve 6766 sayılı değişikliklerle Kanun gerek esasları gerekse uygulama itibarıyla hakkaniyet ölçüleri dışında basına karşı kullanılmış olması nedeni ile buna bir tepki olarak 143 sayılı Kanunla söz konusu hak yeniden düzenlenmiştir. Bu Kanunun çeşitli önemli özellikleri vardır. Şöyle ki; 1956 değişiklikleri, “kendisiyle ilgili” ibaresini kaldırmıştı. İtilaf halinde ise savcılara yetki tanıyordu. 143 Sayılı Kanun, kendisiyle ilgili bir yayın yapılması durumunda söz konusu hakkı kabul etmiş, savcılıklara tanınan yetkiyi sulh ceza hakimine bırakmıştır. İlk incelemeyi yapan sulh ceza hakiminin kararlarına karşı sadece sorumlu müdürün asliye ceza hakimine itirazı uygun görülmüştür.<sup>(30)</sup> 1956 değişiklikleri sonucunda, cevap ve düzeltme metni, ilgilinin bulunduğu yerdeki cumhuriyet savcılığına gönderiliyor, savcı en geç 24 saat içinde cevabı inceleyip gerekli değişiklikleri yaparak veya aynen yayınlanmak üzere sorumlu müdüre gönderiyordu ve bu karar kesindi. İşte 5680 sa-

(28) Doğan, a.g.e, s. 27

(29) Çiftçi, a.g.m, s. 898

(30) Tikveş, a.g.m, s. 79, 80

yılı Kanun 143 sayılı Kanunla değiştirilmiş, hakkın kullanılması tamamen yargısal nitelikte karara bağlanmıştır.<sup>(31)</sup>

## 2- ANAYASAL DÜZENLEMELER

Söz konusu hak 1961 Anayasası ile ilk defa anayasal bir nitelik kazanmıştır. 61 Anayasası ile cevap ve düzeltme hakkının yargısal nitelik kazandığı görülmüştür. 1982 Anayasası ile ise, anayasal güvenceye kavuşmuştur.<sup>(32)</sup> 61 Anayasası, cevap ve düzeltme hakkını, 27. maddesinde tüm vatandaşları için bir kamu hakkı olarak kabul etmiş, bu yönde ilkeler koymuştur. Gerçeğe aykırı yayınlar nedeniyle itibarı ve haysiyeti zedelenen kişilere de söz konusu hakkı tanımış, bu hakkın düzenlenmesini kanuna bırakmıştır. 61 Anayasasının koyduğu ilkelere göre söz konusu hak geneldir yani tüm vatandaşlara tanınmıştır. Ancak mutlak değildir. Ancak kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması durumunda kullanılabilir.<sup>(33)</sup> Hak sahibi ile sorumlu kişi arasında hakem tayin edilmiştir.<sup>(34)</sup>

82 Anayasası söz konusu hakkı 32. maddesinde düzenliyor. Söz konusu maddeye göre bu hak sadece basına karşı değil tüm kitle haberleşme araçlarına karşı kullanılabilir. 32. maddeye göre:

(31) Dönmezer, a.g.e, s. 322

(32) Doğan, a.g.e, s. 27

(33) Dönmezer, a.g.e, s. 322, 323

(34) Gölcüklü, a.g.e, s. 136



Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde tanınır ve kanunla düzenlenir.

Düzeltilme ve cevap yayınlanmazsa, yayınlanmasının gerekip gerekmediğine hakim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde karar verilir.<sup>(35)</sup>

### 3- YASAL DÜZENLEMELER

Cevap ve düzeltme hakkı, 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5187 sayılı yeni Basın Kanununun, 14 ve 28. maddelerinde yeniden ve tekrar düzenlenmiştir.<sup>(36)</sup> Radyo televizyon konusunda 1982 Anayasasının 32. maddesi ve Avrupa Sınır Ötesi Sözleşmesinin 8. maddesi temel maddeler olup, ayrıca mevzuatımızda üç ayrı kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır.<sup>(37)</sup> TRT kurumuna ait radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılacak olan cevap ve düzeltme hakkı, 2954 sayılı Kanunun 27. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Özel radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılacak cevap ve düzeltme hakkı, 3984 sayılı Kanunun 28. maddesi ile Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkındaki Yönetmeliğin 38. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>(38)</sup> Türk Hukukunda, daha öncesinde internet ortamında gerçekleşen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkına dair bir düzenleme yoktu. Ancak, 5651 sayılı, İnternet Ortamında Yapılan Yayınla-

(35) Doğan, a.g.e, s. 27, 28

(36) Baytar, a.g.m, s. 136

(37) Doğan, a.g.e, s. 28

(38) Baytar, a.g.m, s. 144, 147

rın Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun, 04.05.2007 de TBMM tarafından kabulü ve 23.05.2007 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, artık internet ortamında gerçekleşen yayınlara karşı da söz konusu hak kullanılabilir.<sup>(39)</sup>

## D- CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ VARLIK KOŞULLARI

### 1- BİR YAYININ GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI

Her şeyden önce söz konusu hakkın doğması için yayım şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu husus, gerek 5680 gerekse 5187 sayılı Basın Kanunları bakımından düzenlenmiştir. 5680 sayılı Basın Kanunu, 19/1 maddesinde cevap ve düzeltme hakkını, “... *bir mevkuতেde yayın yapılması halinde*”, kabul etmektedir. Demek ki her şeyden önce bir yayım etkinliği olmalıdır. Yayının yani neşriyatın yapılması söz konusu hakkın doğumunun ön koşuludur. Herhangi bir yayım olmaksızın cevap ve düzeltme hakkından bahsetmek imkânsızdır.<sup>(40)</sup> Bu husus, Yeni Basın Kanunumuzda, 14. maddesinde, “*Sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde...*” denilerek yayım şartı tekrar vurgulanmıştır. Ancak bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükteki Basın Kanunu arasında kavramlar arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Şöyle ki; 5680 sayılı Kanun madde 3’e göre, yayım kavramı neşir olarak ifade

(39) ASLAN Metin/CABI Nilüfer, “*İnternet Yoluyla İşlenen Suçlar*”, Güncel Hukuk Dergisi, Sy. 43, Temmuz 2007, s. 12

(40) Coşkun, a.g.e, s. 43

edilmektedir. Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı yayım faaliyeti olarak sayılmıştır. Söz konusu bu kanun yayım faaliyeti içinde değerlendirilecek durumları sayma suretiyle belirtmiş olsa da kavramın sınırlarını oldukça geniş tutmuştur. Yürürlükteki 5187 sayılı Kanunda da yayım faaliyeti tanımlanmıştır. Kanunda sayma usulüne gidilmemiş yayım için basılmış eserlerin herhangi bir şekilde kamuya sunulmuş olması yeterli görülmüş ancak bunun iradi olması gerekli görülmüştür.<sup>(41)</sup>

## 2- YAYININ NİTELİĞİNE İLİŞKİN KOŞULLAR

### 2/a- Basın Kanunu Bakımından

5680 sayılı Kanun gibi yeni Basın Kanunumuz da yalnızca yayımın yapılmış olmasını yeterli görmemiş, yayımın süreli yayın olma şartını da getirmiştir.<sup>(42)</sup> Süreli yayın tanımına ise günlük, haftalık veya başka süre ile yayımlanan gazeteler, haftalık, aylık veya daha fazla süreli dergiler ve yıllıklar gibi belli aralıklarla yayımlanan basılmış eserlerle resmi veya özel haber ajanslarının yayımladıkları bültenler de dahildir.<sup>(43)</sup> Cevap ve düzeltme hakkının sadece süreli yayın niteliği taşıyan eserler bakımından kabul edilmiş olmasının nedeni, süreli yayınların daha büyük kitlelere ulaşabilmesi bu anlamda kamuoyu üzerindeki etkinliğinin daha çok olması ve en önemlisi de cevap ve düzeltme met-

(41) Günaydın, a.g.m, s. 232, 233

(42) Coşkun, a.g.e, s. 44; Dönmezer, a.g.e, s. 323

(43) Günaydın, a.g.m, s. 333

ninin en kısa zamanda yayımlanmasına elverişli olmasıdır. Dönemsel yayınlar süreklilik göstermedikleri için cevabın kısa sürede yayımlanması bakımından elverişli değildir.<sup>(44)</sup> Bu anlamda, devamlı yayın yapan radyo ve televizyon da süreli yayın kapsamı içinde olduklarında radyo ve televizyon yayınlarına karşı da söz konusu hak vardır.<sup>(45)</sup>

Basın Kanunlarımızın yayının türü bakımından aradığı tek şart, süreli olma yani dönemselliktir. Yapılan yayının haber, değerlendirme yada eleştiri niteliğinde olması cevap ve düzeltme hakkının doğması bakımından önemli değildir. Aynı şekilde yayının yazı, resim, karikatür şeklinde olması veya bilimsel nitelikte olması önemli değildir. Yazı veya resmin bir süreli yayının belli bir bölgeye hitap eden baskısında veya ekinde çıkması cevap hakkının kullanılmasına engel değildir. Bu gibi durumlarda cevap ve düzeltmenin süreli yayının genel baskısında değil özel baskı veya ekte yayınlanması zorunludur.<sup>(46)</sup> Doktrinde yayın tabirinden resim ve karikatürlerin de anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>(47)</sup> Ancak bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, yapılan yayın, normal habercilik, yayıncılık ve eleştiri sınırlarının içinde ise söz konusu hak doğmayacak ancak bu sınırın aşılması durumunda söz konusu olacaktır.<sup>(48)</sup> (Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesi 16.01.1993 tarih ve 1995/1 tezkip kararı). 5187 sayılı Yeni Basın Kanunu, bu hususu, “*Düzeltilme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim*

(44) Baytar, a.g.m, s. 138

(45) Çiftçi, a.g.m, s. 895; Gölcüklü, a.g.e, s. 137

(46) İçel, a.g.e, s. 181

(47) Dönmezer, a.g.e, s. 323

(48) AVŞAR B. Zakir/ ÖNGÖREN Gürsel, Radyo Ve Televizyon Hukuku, Ankara 2003, s. 145

veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap...” diyerek, resim ve karikatürlere karşı da hakkın söz konusu olabileceğini hüküm altına almıştır.

Diğer taraftan Basın Kanunlarımız, yayının türü bakımından yukarıda belirtilen koşulun dışında bir sınırlama getirmediğine göre, ilanlara karşı da söz konusu hakkın olabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşte olanlara göre; yayınlanması zorunlu ilanlara karşı bile cevap ve düzeltme hakkı, diğer koşulların varlığında söz konusu olabilecektir. Yine benzer şekilde reklâmlara karşı da bu hak kullanılabilir. Ancak dönemsel yayınların, ilan ve reklâm sütunlarının devamlı bir şekilde ücretsiz kullanılması olasılığını önlemek için ilan ve reklâmlara ilişkin cevap ve düzeltme hakkının özel olarak düzenlemenin yerinde olacağı ifade edilmektedir.

Bu konuda son olarak şunu belirtmek gerekir ki yayının sahibi, bu konuda önemli değildir. Yani Devlet Daire ve Kuruluşlarına ait yayınlara karşı da diğer koşulların varlığında söz konusu hak kullanılabilir. Yayıncının yaptığı yayından dolayı sorumlu olup olmaması da konumuz açısından belirleyici değildir. Çünkü cevap ve düzeltme hakkı bir tür savunma hakkı olduğuna göre yayın sahibinin sorumlu olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur. 5680 sayılı Basın Kanununa 6026 sayılı Kanunla eklenen ek maddeye göre cevap ve düzeltme hakkının bu çeşit yayınlara karşı da kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştır.<sup>(49)</sup> Yeni Basın Kanunumuzda bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte geçici ikinci madde şöyledir: “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği*

(49) İçel, a.g.e, s. 182

tarihten önce kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmakta olan süreli yayınların temsilcisi ve sorumlu müdürleri, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde süreli yayının basım ve yayımını bu Kanunda öngörülen hükümlere uygun hale getirirler.” Bu hükümle kamu kurum ve kuruluşlarına ait yayınlara bu kanun hükümlerine uygun hale getirme şartı getirilmesi, cevap ve düzeltme hakkını da kapsamaktadır. Dolayısıyla bu türlü yayınlara karşı da cevap ve düzeltme hakkı söz konusu olabilmelidir. Ancak burada bir ayırım yapmak gerekirse, resmi içerikli yayınlara karşı, örneğin, Resmi Gazete veya Tutanak Dergisinde çıkan resmi yayınlara veya Yargıtay kararlarını içeren dönemsel yayınlara karşı bu hakkı tanımanın söz konusu hakkın niteliği ile bağdaşmayacağı ifade edilmekte ve özel bir yasal düzenleme ihtiyacına dikkat çekilmektedir.<sup>(50)</sup> Doktrinde Resmi Gazetenin resmi olmayan kısımlarında çıkan yazılara karşı hakkın varlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilirken resmi tutanaklara karşı da hakkın varlığı kabul edilmektedir. Bu konudaki ölçünün yapılan yayının kanunen mecbur olup olmaması olduğu belirtilmektedir. Buna göre, kanunen yayınlanmakta olan yazılara karşı örneğin mahkeme ilamı gibi cevap ve düzeltme hakkı olamazken, tüm tutanakların yayınlanması yayıncı için mecbur olmadığı için hak söz konusudur.<sup>(51)</sup> TBMM tarafından çıkarılan Tutanak Dergisine karşı, yukarıdaki açıklamalar ışığında cevap ve düzeltme hakkının olmaması gerekir. Çünkü cevap ve düzeltme hakkının bir müeyyide olma niteliği dikkate alınacak olursa söz konusu hakla basın yayın organlarının kendilerine tanınan basın hürriyetini kötüye

(50) İçel, a.g.e, s. 182, 183

(51) Dönmezer, a.g.e, s. 325, 326

kullanmaları önlenmek istenmekte, basın yayın hakkının sınırları içerisinde kalmaları sağlanmak istenmektedir. Ancak kanunen yayınlanmaya mecbur olunan yayınlarda yayıncıların irade özgürlüğü bulunmadığından bir değerlendirme yapma imkânları yoktur. Bu tür yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkının varlığını kabul etmek söz konusu hakkın özü ile bağdaşmayacaktır.

### 2/b- Radyo Ve Televizyon Yayınları Bakımından

Yukarıdaki açıklamalarımız sırasında radyo ve televizyon yayınları içinde söz konusu hakkın bulunduğunu belirtmiştik. TRT veya özel radyo ve televizyonların, ilkesel olarak tüm yayınları cevap ve düzeltme hakkının konusu olabilmekte, bunların yayınlarına karşı söz konusu hak kullanılabilir. Bu çerçevede, reklâm yayınları, kültür sanat programları veya belgesel yayınları da diğer koşulların varlığında cevap ve düzeltme hakkının konusunu oluşturmaktadır.<sup>(52)</sup> Yine aynı şekilde yayının canlı ya da banttan, haber yada yorum olmasının önemi yoktur.<sup>(53)</sup> Burada tartışma, yayınlanması zorunluluğu olan yayımlara karşı hakkın doğup doğmayacağı çerçevesinde yoğunlaşmaktadır. Bu konudaki görüşlerin bir tanesinde meseleye sorumluluk temelinde yaklaşılmaktadır. Buna göre, söz konusu hak TRT örneğinde olduğu gibi kuruma bir sorumluluk getirmekte, aleyhe işleyen bir hak söz konusu olmaktadır. Bu sebeple karşı taraf aleyhine bir durum yaratan olayın hukuksal sonuçlarının karşı taraf izafe edilebilmesi için bu tarafın sorumlu olması gerekir. Bu nedenle TRT, sorumluluğunu taşımadığı ya-

(52) Coşkun, a.g.e, s. 46

(53) İçel, a.g.e, s. 141; Çiftçi, a.g.m, s. 904

yınlar sebebiyle söz konusu hakkın yükümlüsü sayılamaz. Nitekim TRT'nin sorumlu sayılamayacağı yayınlar kanunda açıkça gösterilmiştir. Örnek olarak, hükümet bildirimleri, sadece hükümeti bağlayacağı koşulu ile yapılmaktadır. Siyasi partilerin seçim konuşmaları verilebilir.<sup>(54)</sup> Ancak doktrinde bu düşüncelerin aksi görüşlerde bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesinde, TRT tarafından yayınlanmaları zorunluluğu bulunan yayınlara karşı da söz konusu hak kullanılabilirdir. Bu yayınlardan TRT personelinin sorumlu tutulamaması kişilerin cevap ve düzeltme hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Zira bu hak sonuçta bir savunma hakkı olduğuna göre yayını yapanın sorumluluğu bu konuda önemli değildir. Aslında TRT Kanunu 19. madde uyarınca yapılan hükümet uygulamalarının tanıtımına ilişkin yayınlar nedeniyle TBMM de grubu bulunan fakat hükümete dahil olmayan siyasi partilere açıkça söz konusu hakkı tanımıştır. Buna karşılık seçim propaganda konuşmaları ile hükümet bildirimleri veya konuşmaları hakkında cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasını 27. maddenin son fıkrası yasaklamıştır. Radyo ve televizyondan yapılan seçim propaganda konuşmaları ile 18. madde uyarınca yayımlanan Hükümet bildirisi veya konuşmaları hakkında herkes gibi siyasal partilerinde cevap ve düzeltme hakkı yoktur. Yani bu nitelikteki yayınlar hakkın konusu değildir. Bütün bunlarda göstermektedir ki, yayını zorunlu diğer programlara karşı koşulları varsa cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. Tartışma 359 sayılı TRT Kanunundan kaynaklanmaktadır. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi 2954 sayılı Kanunun öngördüğü hükümler tartışmaya son verecek niteliktedir. Ayrıca TRT hakkında yapılan bu açıklamalar nite-

(54) Gölcüklü, a.g.m, s.134, 135



liğine uygun düştükçe özel radyo ve televizyonlar bakımından da geçerli olmalıdır.<sup>(55)</sup>

### 3- YAYININ İÇERİĞİNE İLİŞKİN KOŞULLAR

5187 sayılı Basın Kanununun 14. maddesine göre bir kimsenin cevap ve düzeltme hakkına sahip olabilmesi için yayının, kişinin, “*şeref ve haysiyetini ihlal edici*”, veya “*kişilerle ilgili gerçeğe aykırı nitelikte*” olması aranmaktadır.<sup>(56)</sup> TRT ve özel radyo ve televizyon yayınları bakımından da, ifade farklılıklarına rağmen niteliğin özü bakımından aynı şart geçerlidir. TRT Kanununa göre de *haysiyet ve şerefe dokunma* şartı vardır. Özel radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılacak cevap ve düzeltme hakkının düzenlediği 3984 sayılı Kanunun 28. maddesinde ise, *kişilik haklarına saldırı* niteliğinde yayın şartı söz konusudur. Gerçeğe aykırılık koşulu ise her üç kanun bakımından da söz konusudur.

#### 3/a- Şeref Ve Haysiyeti İhlal edici Yayın

5680 sayılı Basın Kanunumuz yayının kişinin *şeref ve haysiyetine dokunan* nitelikte olma şartını ararken, Yeni Basın Kanunumuz *şeref ve haysiyeti ihlal edici* olma ifadesini kullanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, TRT Kanununa göre de *haysiyet ve şerefe dokunma* şartı vardır. Özel radyo ve televizyon yayınlarına karşı kullanılacak cevap ve düzeltme hakkının düzenlediği 3984 sayılı Kanunun 28. maddesinde ise, *kişilik haklarına saldırı* niteliğinde yayın şartı söz konusudur. Her

(55) İçel, a.g.e, s. 341, 342; Çiftçi, a.g.e, s. 75

(56) Baytar, a.g.m, s. 136

üç düzenlemede de şeref ve haysiyet ifadeleri geçmektedir Şeref sözü kelime olarak, başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değeri ve onuru yada yetenekle kazanılmış iyi şöhreti ifade etmektedir. Haysiyet sözü ise, değer, itibar yada saygınlık biçiminde tanımlanmaktadır. Her iki kavramda sonuç olarak, kişinin kazandığı toplumsal değer olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>(57)</sup>

Hakkın doğumu bakımından, şeref ve haysiyete yönelmiş yayınların suç niteliğinde olmasının şart olmadığı genel kabul görmektedir. Bu nitelikteki yayınların ceza kanunlarındaki hakaret ve sövme suçlarını sonuçlayacağı belirtilmektedir. Ancak hakaret ve sövme suçlarını meydana getirecek nitelikte olmaları önemli değildir. Hatta Eski Ceza Kanunumuzun 481. maddesindeki ispat hakkına ait koşulların bulunması da hakkın kullanılmasına engel değildir denilmektedir.<sup>(58)</sup> Bu nitelikteki yayının gerçeğe uygun olması hakkın doğumuna engel değildir.<sup>(59)</sup> Bu konuda YCGK tarafından 25.04.1964 tarihinde verilmiş karar bu görüşleri destekler niteliktedir. Özetle kararda şu görüşlere yer verilmiştir: “...*Cevap ve düzeltme hakkı sadece suç oluşturan iftira, hakaret veya sövmeye vücut veren yayınlar için değil, aynı zamanda kişilere zarar verebilecek yayınlar içinde geçerlidir.*”<sup>(60)</sup> Belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, sadece hakaret suçunu düzenlemiş, sövme suçuna yer vermemiştir. Kanun hakaret ve sövme fiillerini hakaret üst başlığı altında bir arada düzenlemiştir. Bu suçla korun-

(57) Coşkun, a.g.e, s. 48

(58) İçel, a.g.e. s. 177; Gölcüklü, a.g.e, s. 133

(59) Çiftçi, a.g.e, s. 74

(60) Çiftçi, a.g.m, s. 895

mak istenen mağdurun şeref ve sosyal saygınlığıdır.<sup>(61)</sup>

Şeref ve haysiyete dokunmak ne demektir? Sözlük olarak dokunmak tedirgin etmek, etkilemek, ilişkin olmak ve hafifçe değinmek anlamlarına gelmektedir. Buna göre kişinin şeref ve haysiyetine dokunan yayın etkinliği özünde, “*hakaret ve sövme*” suçlarının özünü oluşturan namus ve haysiyetine dokunacak nitelikte isnatlarda bulunmak anlamını kapsamaktadır. İmalı dahi olsa kişinin şeref ve haysiyeti ile ilgili dokundurmada bulunması yeterli sayılmaktadır. Bu dokunma ifadesinden dolayı, cevap hakkının mutlak hak niteliğine ulaştığı iddia edilmektedir. Dokunma olarak ifade edilen hukuki sonucun hangi halde gerçekleşmiş sayılacağı tartışmalıdır. Ancak genel olarak, değerlendirmenin objektif ölçülere göre yapılması kabul edilmektedir. Buna göre, söz konusu hakka konu olan yayının, ilgilinin sübjektif değer ölçüleri ve duyarlılıkları yerine objektif duruma ve toplumsal ölçülere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konuda, haber verme-alma özgürlüğünün sınırlarının aşılmış aşılmadığı konusu da belirleyici olacaktır. Ayrıca yayının etkinliğinin, daha somut bir ifadeyle, yayının içeriğinin kişinin şeref ve haysiyetine dokunan özellik taşıması gerekir. Elbette ki bu dokunmanın şeref ve haysiyete ilişkin olması şarttır. Bu nedenle kişiden soyut olarak söz edilmesi, onun haysiyet ve şerefi dışındaki herhangi bir yönüne değinilmesi, cevap ve düzeltme hakkının doğumu için yeterli değildir.<sup>(62)</sup> Ancak yayının, soyut olmaktan çıkıp kişiye iza-

(61) ÖZBEK Veli Özer, “Şerefe Karşı Suçlar”, Hukuk Ve Adalet Dergisi, Yıl. 2, Sy. 5, Nisan 2005, s. 256

(62) Coşkun, a.g.e, s. 53, 54

fe edilebilir bir duruma gelmesi halinde hakkın doğacağı açıktır.<sup>(63)</sup>

Şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte olan yayınların objektif haber verme niteliğinde olması veya başka bir kaynaktan alınmış olması söz konusu hakkın doğumu bakımından önemli değildir.<sup>(64)</sup>

Üzerinde durulması gereken başka bir nokta ise, kişilik haklarına saldırı kavramının ne olduğudur. Bu konu doktrinde çeşitli eleştiri ve tartışmalara yol açmaktadır. Söz konusu bu ibarenin Anayasanın 32. maddesi kuralına aykırı olduğu, Anayasada yer alan şeref ve haysiyet kavramı ile kişilik hakkının eş anlamlı olmadığı, kişilik hakkının daha geniş kapsamlı ve geniş boyutlu olduğu, bu nedenle 3984 sayılı Kanunun Anayasanın dışına çıkarak cevap ve düzeltme hakkının sınırlarını genişlettiği belirtilmektedir.<sup>(65)</sup> Bu nedenle de, kişilik hakkı dar yorumlanıp haysiyet ve şeref kavramı ile aynı anlamda anlaşılmalıdır denmiştir.<sup>(66)</sup> Gerçektende bu görüşlere katılmamak imkânsızdır. Kişilik haklarının esnek ve kapsamlı niteliğinden<sup>(67)</sup> ötürü söz konusu Kanunda sınırları belli olmayan bir hak konusu yaratılmıştır, bu nedenle dar yorumlanmalıdır.

Son olarak 3984 sayılı Kanununun 28. maddesinde geçen *kişilik haklarına saldırı* ifadesi üzerinde durmak istemekteyiz. Sözlük anlamı

(63) Doğan, a.g.e, s. 28; İçel, a.g.e, s. 178

(64) Baytar, a.g.m, s. 137

(65) İçel, a.g.e, s. 361

(66) Doğan, a.g.e, s. 28

(67) HELVACI İlhan, 'Kişilik Haklarını Koruyan Davalar Ve TAZMİNAT DAVALARI', Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy. 3, Nisan 2005, s. 262

itibarıyla, saldırı sözcüğü, kötülük yada yıpratma amacıyla, bir kimseye karşı doğrudan doğruya bir eylemde bulunmak, hücum etmek ve tecavüz eylemi olarak tanımlanmaktadır. Kişilik haklarına saldırı eylemi kişilik hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Böylelikle kişinin çevresi tarafından kendisine verilen sosyal değer ve itibarında bir azalma yada zararın gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin yargı uygulamasında da benimsendiği gibi bir kişinin ailesiyle birlikte çekilmiş resmini istemi dışında reklam amacıyla kullanılması(Y. 2. HD, 29.01.1976, 1975 E, 1976/825 K) kişilik haklarını ihlal yada saldırı niteliğindedir. Kişinin değer yargılarına saldırı da yine bu kapsamdadır.<sup>(68)</sup> Bir başka yargı kararında ise, kişinin vücut mahremiyetlerinin gösterilmesinde haber verme veya kamusal yarardan söz edilemez. Rıza bulunsa dahi edebe aykırı bu tür yayınlar için hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından kişilik haklarına saldırı teşkil eder görüşlerine yer verilmiştir.(Y. 2. CD, 1998/2325 E, 1998/2271 K)<sup>(69)</sup>

### 3/b- Gerçeğe Aykırı Nitelikte Yayın

Kişiler haklarında yapılan gerçek dışı yayınlar için de söz konusu hakkı kullanabileceklerdir. Burada yalan ile gerçeğe aykırılık farkı önem kazanmaktadır. Meselenin açığa kavuşturulmasında yayıncının iradesi belirleyici olmaktadır. Yalan haberde kişinin iradesi gerekir. Oysaki gerçeğe aykırı yayın bazen onun kötü dizaynı nedeni ile de gerçekleşebilir. Bu tür bir yayında gerçeği değişik gösterme yönünde bir

(68) Coşkun, a.g.e, s. 57, 58

(69) Doğan, a.g.e, s. 35, 36

niyet yada kasıt söz konusu değildir.<sup>(70)</sup> Yalan yayın da gerçeğe aykırı yayın kapsamında değerlendirilmelidir. Bu koşul yönünden de, yayının objektif haber verme niteliğinde olmasının veya başka bir kaynaktan iktibas edilmiş olmasının önemi yoktur. Ancak kanunun yayının gerçeğe aykırı olmasını aradığı içindir ki, aslında gerçeği yansıtan bir yayının ilgili tarafından gerçeğe aykırı görülmesi cevap hakkının doğumu için yeterli değildir. Böylelikle hakkın sınırı, polemige yer vermeyecek şekilde çizilmiştir.<sup>(71)</sup> Doktrinde, bu hüküm, cevap ve düzeltme hakkını kullanmak isteyen kişiyi yayının gerçeğe aykırılığını ispatlamak durumunda bırakması karşılaştırmalı hukukta yoktur. Bu hukuk düzenlerinde, söz konusu hakkın doğumu maddi gerçeğin araştırılmasına bağlı tutulmamakta, biçimsel gerçekle yetinilmektedir yorumları yapılmakta ve bu şekildeki düzenlemenin kişiyi koruma amacına daha uygun olduğu belirtilmektedir.<sup>(72)</sup> Gerçeğe aykırı bir yayına karşı ilgilinin söz konusu hakkı kullanabilmesi için, ayrıca şeref ve haysiyete yönelik olması gerekmez.<sup>(73)</sup>

Yargı uygulamasında, gerçeğe aykırılık görünen gerçeğe aykırılık anlamında değerlendirilmektedir.(Y. 7.CD, 14.10.1993, 1993/4911-5847) Doktrinde, yayıncının meslek olarak haberi inceleyip maddi gerçeği bulmakla görevli ve yükümlü bulunmadığı, görünürdeki gerçeğe uygun haber üretmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle itilaf halinde, yayının gerçeğe aykırı olup olmadığını inceleyen hakim, maddi

(70) Coşkun, a.g.e, s. 58

(71) Gölcüklü, a.g.m, s. 130

(72) İçel, a.g.e, s. 177, 178; Çiftçi, a.g.e, s. 74; Gölcüklü, a.g.m, s. 130, 131

(73) Gölcüklü, a.g.e, s. 139

gerçek konusunda karar vermesinin doğru olmayacağı, haberin yayım tekniği ve haber kaynağının gerçek olup olmadığı konusunu incelemesinin gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin adam öldürme suçundan dolayı haksız olarak yakalanan bir kişinin, böyle bir suçtan dolayı yakalandığına dair bir haberi, adam öldürme suçunun aydınlatılmadığı ya da maddi gerçek henüz anlaşılmadığı gerekçesiyle gerçeğe aykırı olarak nitelemesi ve cevap, düzeltme isteğini kabul etmesi haklı sayılmaz. Ancak, haberin yayımında, *adam öldürme suçu nedeniyle zanlı olarak bir kişinin yakalandığı* biçimindeki bir anlatım yerine *cinayetin faili yakalandı* doğrultusundaki bir anlatım gerçeğe aykırı olup, bu durumda zanlı olarak yakalanan kişinin isteği haklı sayılmalıdır. Çünkü habercilik mesleği yönünden adam öldürme somutundaki haber, adam öldürme suçu nedeniyle bir kişinin zanlı olarak gözüne alınması olayı biçiminde yaşanan ya da görünen gerçekten ibarettir. Bu anlamda dikkate alınması gereken ölçüt, haberin, kamuoyuna ilk yansıtıldığı andaki mevcut duruma ve iddialara uygun olmasıdır.<sup>(74)</sup>

Konuya farklı bir bakış açısı getiren bir görüşte ise, karşılaştırmalı hukukta genellikle, hakkında yayın yapılan kimseye yayının gerçeğe aykırı olarak değerlendirdiği kısımlarını düzeltmek olanağı tanımakta ve hatta Alman Hukukunda yapılan yayının gerçekliği önemli olmamaktadır. Kanunlarımızdaki gerçeğe aykırılık koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak hakim, ilgilinin beyan ve gerekçelerine üstünlük tanınması ve bu konuda ayrıntılı araştırmalara girişmemesi, cevap ve düzeltme hakkının niteliğine uygun bir haktır. Çünkü kişi ve

(74) Coşkun, a.g.e, s. 52

kurumların kitle haberleşme araçlarının olumsuz etkilerinden korunmaları ancak bu yolla gerçekleşir denilmektedir.<sup>(75)</sup>

### 3/c- Bireysel İlgı Koşulu

Cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen kanunlarda, kanun koyucu, gerçek ve tüzel kişilerle devlet dairelerinin ve kamu kuruluşlarının bu hakkı kullanabilmeleri için yayınların onlarla ilgili olmasını aramış ve böylece hak sahiplerini sınırlamıştır. Ancak bu ilginin derecesini saptamakta güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bir kimsenin yayının konusuyla ilgili oluşu hangi koşullarda gerçekleşecektir. Yayının konusuyla genel olarak ilgili olması yeterli sayılacak mıdır? Örneğin ev sahiplerini yada tüccarları ilgilendiren gerçeğe aykırı yayına karşı, tüm ev sahiplerinin veya tüm tüccarların söz konusu haklarının doğduğu ileri sürülebilir mi? Doktrinde bu konuda kanunun genel ilgiyi yeterli görmeyip, bireysel ilgiyi aradığı ifade edilmektedir. Buna göre, bireysel ilginin doğrudan doğruya olması önemli değildir. İlginin dolayısıyla olması halinde dahi diğer koşulların da varlığında söz konusu hak doğacaktır. Önemli olan, yayının kişilerin bireysel ilgi alanına bir şekilde değinmesi, dokunmasıdır.<sup>(76)</sup> Dolayısıyla burada bireysel menfaat esas alınmaktadır.<sup>(77)</sup> Eğer genel ilgi kabul edilirse, siyasi, ekonomik, kültürel, dini görüşlerine aykırı yayınlara karşı herkesin söz konusu hakkı doğardı. Bu durumda, cevap ve düzeltme hakkının amaçlarıyla bağ-

(75) İÇEL Kayhan, "Cevap Ve Düzeltme Hakkı Yönünden İlgı Ve Gerçeğe Aykırılık Koşulları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XLII, Sy. 1-4, İstanbul 1977, s. 723, 724

(76) İÇel, a.g.m, s. 722, 723; Avşar/Öngören, a.g.e, s. 141

(77) Doğan, a.g.e, s. 28



bağdaşmaz.<sup>(78)</sup> Siyasi polemikler engellenemez.<sup>(79)</sup> Yargı uygulaması da bu yöndedir. Bir gazetede yayınlanan yazıda, uluslararası para fonu kuruluşunun ülkemizde devalüasyona gidilmesi için baskı yaptığı ve bu amaçla Maliye Bakanlığına yazı göndererek Türk Parasının değerinin düşürülmesini istediği ileri sürülmüştür. Bu olayla ilgili olarak Bakanlığın yaptığı başvuru üzerine yaşanan yargısal sürecin sonunda Yargıtay 7.CD'si, konunun bu yönüyle ilgili şu görüşlere yer vermiştir: “*Bir ülkenin parası ile ilgili devalüasyon işlemi o ülkenin maliye bakanlığının ilgi ve uğraşı alanına giren bir konudur. Sözü geçen haberde Uluslararası Para Fonunun bir girişiminden söz edilmesi ve yazının doğrudan Maliye Bakanlığına yönelik olmaması, Bakanlığın cevap ve düzeltme hakkının doğmasını engellememelidir.*”(Y. 7. CD, 2714 E, 2314 K, 12.03.1976)<sup>(80)</sup> Görüldüğü üzere ilginin bireysel olması yeterli sayılmış bu ilginin niteliğinin önemsizliği vurgulanmıştır. Ancak doktrinde bu ilginin genel ilgi olmasının yeterli sayılması gerektiği aksi halde söz konusu hakkın hiç kabul edilmemesinin yerinde olacağı görüşleri de ifade edilmektedir.<sup>(81)</sup> Ayrıca bu konuda belirleyici olanın bireysel ilgi olduğu, başkaca bir şart, örneğin vatandaşlık şartı aranmadığı, bu nedenle yabancıların da söz konusu hakkı kullanabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>(82)</sup>

(78) Çiftçi, a.g.m, s. 903

(79) Tikveşli, a.g.m, s. 79

(80) İçel, a.g.m, s. 723

(81) Dönmezer, a.g.e, s. 327

(82) Çiftçi, a.g.e, s. 74

5680 sayılı Basın Kanununun 19. maddesinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerden önce “*menfaati bozan*” yayınlara karşı da söz konusu hak tanınmaktaydı. Bu düzenlemenin, 61 Anayasasında öngörülmediği, Anayasaya aykırı bir şekilde hakkın sınırlarının genişletildiği ileri sürülmüştür.<sup>(83)</sup> Ayrıca Anayasaya aykırılığa ek olarak böyle bir düzenlemenin, söz konusu hakkı mutlak yani sınırsız bir hale getireceği belirtilmiştir. Buna göre, sözü edilen menfaat kavramı, önemli önemsiz, maddi her türlü çıkarı kapsar nitelikte olduğu için, kendisi hakkında herhangi bir şekilde yayın yapılan kişi, bu yayına, menfaatini bozduğu gerekçesiyle istediği şekil ve içerikte cevap verebilecektir. Menfaate aykırı yayınlara karşı özel hukukun müeyyidesi olan tazmin ve tamir yükümüyle karşılanması cevap ve düzeltme hakkının ruhuna daha uygundur.<sup>(84)</sup>

## **E- CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASI İLE İLGİLİ KOŞULLAR**

### **1- CEVAP VE DÜZELTME METNİNE İLİŞKİN KOŞULLAR**

Cevap ve düzeltme hakkına sahip olan ilgilinin bu hakkı kullanırken bazı koşullara uygun davranması gerekmektedir. Bu koşullar, Basın Kanunu bakımından, cevap ve düzeltme metninin suç unsuru içermemesi, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmaması, cevaba neden olan eserin belirtilmesi, cevaba neden olan yazıdan uzun olmaması veya cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az veya

(83) Tikveşli, a.g.m, s. 81; İçel, a.g.m, s. 721

(84) Gölcüklü, a.g.e, s. 139

resim veya karikatür olması hallerinde otuz satırı geçmemesi gerekir. TRT yayınları bakımından ise, gönderilen metnin, esas yayının süresinin, ilgili bölümün süresini aşamayacak şekilde hazırlanması gerekir. Ayrıca ilgilinin bu metinde, yayın dolayısıyla şeref ve haysiyetine dokunulduğunu veya kendisine gerçeğe aykırı olarak bir husus atfedildiğini belirtmesi ve bununla ilgili gerçek durumun ne olduğunu açıklaması gerekir. Bunların dışında yukarıda Basın Kanunu bakımından aranan diğer koşullar geçerlidir. Yukarıdaki açıklamalarımız özel radyo ve televizyon yayınları içinde geçerlidir.<sup>(85)</sup>

### 1/a- Metnin Suç Unsuru İçermemesi

Cevap ve düzeltme metninin, suç niteliğinde olmaması, içeriğinde herhangi bir suç unsurunun bulunmaması demektir. Yayın yoluyla işlenebilen her suç, cevap metninin yayınlanmasına engeldir. Örneğin yayın sahibine veya sorumlu yazı işleri müdürüne yada üçüncü kişilere yönelik hakaret ve sövme suçları böyledir. Bunun gibi, cevap metninin, müstehcen sözler veya resimler içermesi, devlet düzenine karşı suç olan beyanlar içermesi halinde cevap hakkı kullanılamaz. Cevap hakkı sahibinin bu suçlardan dolayı cezalandırılıp cezalandırılmaması, kusur yeteneğinin olmaması, yasama dokunulmazlığından yararlandığı hallerde de cevap metninin suç niteliği devam eder. Ancak bir hukuka uygunluk nedeni varsa cevabın suç niteliği ortadan kalkar. Örneğin cevapta kendisine hakaretimiz sözler kullanılan kişinin buna rıza göstermesi(mağdurun rızası) veya cevabın bir resmi görevin ifası niteliğinde olması(güvenlik kuvvetlerinin işlenen bir suçun faili ile ilgili olarak

(85) Baytar, a.g.m, s. 139, 146, 145

yaptıkları açıklamalar gibi) durumlarında cevap ve düzeltme metninin suç niteliğinde olduğu söylenemez. Metnin suç unsuru taşımamakla birlikte, Borçlar Kanunu anlamında haksız fiilleri sonuçlayan sözleri içermesi yayınlanmasını engellemez.<sup>(86)</sup> Suçtan kastedilen, gerek cevap ve düzeltmeye konu olan yayın bakımından gerekse herkes bakımından suç olan metinlerdir.<sup>(87)</sup>

### 1/b- Metnin Yayınla İlgili Olması

Cevap ve düzeltme metninin, yapılan yayınla ilgili olması zorunludur. Cevap hakkı bir savunma aracı olduğundan bu niteliğine uygun olarak kullanılması gerekir. Hak sahibine fırsattan istifade, yayınla ilgili olmayan konulara değinmesine izin verilemez.<sup>(88)</sup> Gönderilen metnin gerçekten bir cevap ve düzeltme metni niteliğinde olması buna bağlıdır. Hak sahipleri, fırsattan yararlanarak, reklam yapmışlar yada kendilerini övmüşlerse söz konusu bu şart gerçekleşmiş olmaz.<sup>(89)</sup> Ancak gerçeğe aykırı olduğunu kanıtlamaya yarayan yeni maddi olayların belirtilmesinde sakınca yoktur.<sup>(90)</sup>

### 1/c- Metnin Hacmi

Basın Kanununun 14. maddesi, cevap ve düzeltme metninin genişliği ile ilgili bazı sınırlamalar getirmiştir. Cevaba neden olan yazıdan

(86) İçel, a.g.e, s. 187, 188

(87) Dönmezer, a.g.e, s. 329

(88) İçel, a.g.e, s. 188

(89) Dönmezer, a.g.e, s. 329

(90) İçel, a.g.e, s. 188

uzun olmaması veya cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az veya resim veya karikatür olması hallerinde otuz satırı geçmemesi gerekir.<sup>(91)</sup> Bu nedenle, bir kimse bir yazının belli bir kısmında tesadüfen geçmişse, yazının kendisiyle ilgili olan kısmı kadar cevap verebilir. Yazının bütünü kadar cevap veremez, aksine bir düşünce yayınların cevap ve düzeltme yazılarıyla dolmasına neden olur denmektedir.<sup>(92)</sup> Resim ve karikatürlere karşı söz konusu hakkın kullanımında, satır olarak hesaplanan bir ölçü getirmek yerine, hakkın ruhunu göz önünde tutarak, ilgiliye makul bir düzeltme hakkı tanımak gerekir eleştirisi yapılmaktadır.<sup>(93)</sup>

Basın Kanunu bakımından, cevap uzunluğu hesaplanırken, cevap ve düzeltme metnine konacak başlıkların hesaba katılıp katılmaması konusunda açık bir hüküm bulunmadığı, cevaba konacak ve esas yazının başlığını karşılayan başlıkların hesaba katılmamasının hakkın özüne daha uygun olacağı yorumları yapılmaktadır.<sup>(94)</sup>

TRT Kanununun, 27. maddesindeki *gerçeğin ne olduğunu kısaca açıklayabilir* ifadesi eleştirilere neden olmaktadır. Buna göre, cevap ve düzeltmenin hacmine ilişkin bulunan bu kısaca kelimesi, yönetimin istediği gibi değerlendirmesi nedeniyle, radyo televizyon yayınlarının niteliğine uygun düşmediği gibi, kötüye kullanmaya da elverişlidir. Bu nedenle radyo, televizyonlardaki cevap süresinin yazılı basına kıyasen,

(91) Baytar, a.g.m, s. 140

(92) Dönmezer, a.g.e, s. 320

(93) Gölcüklü, a.g.e, s. 140

(94) Dönmezer, a.g.e, s. 320

dakika hesabıyla sınırlanması hakkın özü bakımından daha uygun olurdu.<sup>(95)</sup> 2954 sayılı Kanun, bu eleştirileri dikkate alarak, cevap ve düzeltme metninin, cevap ve düzeltmeye esas olan yayının ilgili bölümünün süresini aşamayacağını öngörmüştür. Almanya'da da aynı sınırlama kabul edilmektedir.<sup>(96)</sup>

Cevap ve düzeltme metni ile ilgili son olarak, metnin, ilgilinin imzasını taşıması gerektiğini belirtmek gerekir. Bundan da, cevap hakkının yazılı şekilde kullanılabileceği sonucu çıkmaktadır. Cevap ve düzeltme metninin ilgiliye ait olduğu bu imzayla kanıtlanmaktadır. Cevap ve düzeltme bir resim ve fotoğraftan ibaretse, bunların da ilgili tarafından imzalanması gerekir.<sup>(97)</sup>

## **F- CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASI USULÜ**

### **1- BASIN KANUNU BAKIMINDAN**

Kişilerle ilgili yukarıda belirtilen nitelikte yayınlar yapılması halinde bundan zarar gören kişi, yine yukarıdaki açıklamalarda belirtilen koşullara uygun olarak hazırlanmış tekzip yazısını, Basın Kanunumuza göre 2 ay içinde doğrudan doğruya yayının sorumlu müdürüne gönderecektir.<sup>(98)</sup> Yargı uygulaması, söz konusu metnin, sorumlu müdür yerine yazı işleri müdürüne gönderilmesini kanuna aykırı olarak değerlendir-

(95) Avşar/Öngören, a.g.e, s. 141; Gölcüklü, a.g.e, s. 142

(96) İçel, a.g.e, s. 342

(97) İçel, a.g.e, s. 189

(98) Baytar, a.g.m, s. 140

dirmektedir. Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararında, Basın Kanunundaki, verebilir veya gönderebilir ibarelerinin, söz konusu nitelikte yayına hedef olmuş kişiler bakımından seçimlik bir hakka sahip olduklarını göstermek için değil, bu kişilerin sorumlu müdüre yapmaları gereken müracaatı, bizzat yazıyı götürerek yapabilecekleri gibi, noter vasıtasıyla veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla yapabileceklerini göstermek için metne konulmuştur. Bu nedenlerle, hak sahiplerine seçimlik hak tanınmadığından önce sulh ceza hakimine değil sorumlu müdüre başvurmaları gereği kanunun emredici hükmüdür görüşlerine yer verilmiştir.(YCGK, 3.3.1986, 1985/401 E, 1986/89 K)<sup>(99)</sup>

Hak sahibi kişinin bu yayını sonradan öğrenmiş olmasının önemi yoktur. Yayım tarihinden itibaren süre işlemeye başlayacaktır. Hak sahibi herhangi bir nedenden ötürü yayından haberi olmazsa süre geçtikten sonra artık söz konusu hakkını kullanamaz. Bunun yerinde bir düzenleme olduğu, cevap derhal yayınlanmalı ki cevabın yayınlanmasından beklenen yarar gerçekleşsin yorumları yapılmaktadır.<sup>(100)</sup>

Cevap ve düzeltme yazısını alan sorumlu müdür, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.<sup>(101)</sup> Doktrinde bu üç günlük sürenin inceleme süresi olduğu belir-

(99) Coşkun, a.g.e, s. 221, 231

(100) Dönmezer, a.g.e, s. 330

(101) Baytar, a.g.m, s. 140

tilmektedir. Üç gün içinde yayımın yapılmaması sorumlu müdür için herhangi bir suç oluşturmamaktadır. Ancak hak sahibi bakımından yargı yoluna başvurma imkânı doğmaktadır.<sup>(102)</sup>

Cevap ve düzeltme yazısının kanunda belirtilen süreler içinde yayınlanmaması durumunda yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, Kanunda öngörülen usule aykırı olarak yayınlanması halinde de yayım tarihinden onbeş gün içinde hak sahibi, bulunduğu yer sulh ceza hakiminden yayımın yapılmasına yada bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini talep eder. Sulh ceza hakimi, bu talebi üç gün içinde, duruşma yapmaksızın evrak üzerinde yapacağı incelemeyle karara bağlar. Sulh Ceza hakiminin inceleme sonrası vereceği karara karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Bu durumda yetkili makam olan Asliye Ceza Hakimi, itirazı üç gün içinde kesin olarak karara bağlamak zorundadır.<sup>(103)</sup> Bu üç günlük sürelerin niteliği tartışma konusu olmuştur. Yargıtay bir dönem, bu süreler geçtikten sonra verilen kararı sorumlu müdürün uygulamak zorunda olmadığı doğrultusunda kararlar verirken(YCGK, 85/7-401 E, 86/89 K) bu uygulamayı daha sonra değiştirmiş, bu sürelerin düzenleyici süreler olduğuna karar vermiş, süre geçtikten sonra verilecek kararlara uyulmak zorunda olduğunu belirtmiştir.(Y. 7.CD, 1993/9211 E, 94/604 K)<sup>(104)</sup>

5680 sayılı Basın Kanunu döneminde Sulh Ceza Hakimine metin üzerinde gerekli değişiklikleri yapma imkanı tanınmıştı.(Y. 7. CD,

(102) Coşkun, a.g.e, s. 65, 66

(103) Baytar, a.g.m, s. 141

(104) Coşkun, a.g.e, s. 69



15.5.1989, 89/11366-4732)<sup>(105)</sup> Bu düzenleme doktrinde eleştirilere neden olmaktadır. Bunlardan bir tanesinde, karşılaştırmalı hukukta ilke, hak sahibinin metne egemen olması, tasarruf etmesidir. Aradaki ilişkileri bilmeyen hakime değişiklik yapma imkanı vermek kişi haklarına aykırıdır denmiştir.<sup>(106)</sup> Bu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu 5187 sayılı Yeni Basın Kanununda hakim denetimini sınırlamış, bu imkanı ortadan kaldırmıştır.

Yargı kararlarının kesinleşmesinden sonra metnin yayınlanması gerekir. Aksi halde Basın Kanununun 18. maddesindeki cezai yaptırımlar söz konusu olur. 18. maddede, kesinleşen yargı kararlarına uymamak suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yargı kararına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, ağır para cezası ile çaptırılacaktır. Bu paranın ödenmesinden sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkili birlikte ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur. 18. maddenin son fıkrasına göre cevap ve düzeltme yazısının yayınlanması veya 14. maddenin birinci fıkrasına aykırı olarak yayınlanması durumunda hakim, masrafları yayın sahibinden alınmak üzere bu yazının, tirajı yüzbinin üzerinde olan iki gazetede ilan şeklinde yayınlanmasına karar verecektir.<sup>(107)</sup>

Yargı denetimi yapılırken hakimin, yazının bütünselliğine dikkat ederek değerlendirme yapması gerektiği, yazının içinden bir bölüm

(105) Coşkun, a.g.e, s. 69

(106) Dönmezer, a.g.e, s. 333

(107) Baytar, a.g.m, s. 143

alınarak karara varmanın doğru olmadığı, yargı uygulamasının da bu yönde olduğu belirtilmektedir.<sup>(108)</sup>

## 2- TRT YAYINLARI BAKIMINDAN

Daha önceden ifade edilen nitelikteki yayınlara karşı, gerçek veya tüzel kişiler söz konusu hakkı kullanabileceklerdir. TRT Kanununun 27. maddesi gereği özel hukuk tüzel kişileri ve TRT Kanununun 19. maddesi uyarınca yapılan yayınlar nedeniyle, TBMM de grubu bulunan ve hükümete dahil olmayan siyasi partilerin de cevap ve düzeltme hakları bulunmaktadır.<sup>(109)</sup> TRT Kanunu 27. maddede devlet dairelerinden ve kamu kuruluşlarından söz edilmemiş olması nedeniyle bu tür kuruluşlar TRT ye karşı söz konusu hakkı kullanmazlar. Tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar için ise, bu tür kuruluşlardaki gerçek kişilerden yayına dolaylı biçimde hedef olanlar cevap ve düzeltme hakkını kullanırlar.<sup>(110)</sup>

TRT Kanununa göre, cevap ve düzeltme hakkını kullanmak isteyen kişi, yayın tarihinden itibaren yedi gün içinde cevap ve düzeltme metnini TRT Genel Müdürlüğüne göndermek zorundadır. Ancak bu süre, kısa olması nedeniyle eleştirilere neden olmaktadır. Buna göre, mağdurun yayından anında haberdar olması mümkün olmayabilir. Ayrıca radyo televizyon yayınlarının etkinliği ile kişilerin hakları arasında makul bir denge olması düşünüldüğünde bu sürenin makul bir düzeye örneğin onbeş güne çıkarılması amaca uygun olur denmiştir.<sup>(111)</sup> Ancak,

(108) Y. 4. HD, 01.06.1983, 5112-5790, Y. 1. CD, 01.10.1969, 69/747-2630, Coşkun, a.g.e, s. 69

(109) Baytar, a.g.m, s. 145

(110) İçel, a.g.e, s. 341, 342; Doğan, a.g.e, s. 28; Çiftçi, a.g.e, s. 74, 75

(111) Çiftçi, a.g.m, s. 906

doktrinde bu sürenin uygun olduğunu, bu araçlarla yapılan yayının tespiti ve kimin tarafından yapıldığının anlaşılmasındaki teknik güçlükler düşünüldüğünde süre sınırlamasının nedeninin anlaşılacağı da ifade edilmiştir.<sup>(112)</sup> Söz konusu cevap ve düzeltme metni, cevap ve düzeltmeye konu olan yayının süresinin ilgili bölümünü aşamaz.

TRT Genel Müdürlüğü, metni aldıktan başlayarak üç gün içinde yayınlamak zorundadır. Metnin, Kanun hükümlerine uygun olmaması veya suç niteliğinde ifadeler taşıması veya yeni bir cevap ve düzeltme hakkı doğurur nitelikte olması halinde, Genel Müdürlük bu talebi ret ettiğini, yayınlamakla yükümlü olduğu üç günlük sürenin bitiminden iki gün içinde ilgisine bildirir. Bundan sonrada yargısal süreç başlamaktadır. İlgili bu ret kararına karşı iki gün içinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesine itiraz edebilir. Sulh ceza hakimliği metni yukarıda belirtilen nitelikler ve süre bakımından inceleyerek bir karar verir. Hakim söz konusu metnin aynen yayınlanmasına karar verebileceği gibi uygun göreceği değişiklikleri yaparak da yayınlanmasına karar verebilir. Ancak bu hüküm hakkında doktrinde, hakimin ancak imla ve noktalama düzeltmeleri yapabileceği, esasa dair bir işlem yapamayacağı belirtilmiştir. Taraflar söz konusu karara karşı, kendilerine tebliğden itibaren başlayarak iki gün içinde Ankara Asliye Ceza Mahkemesine itiraz edebilirler Asliye Ceza Mahkemesinin kararı kesindir ve bu kararın tebliğinden itibaren en geç iki gün içinde metnin yayınlanması zorunludur.<sup>(113)</sup> TRT, gönderilen metni her ne kadar aynen yayınlamak zorun-

(112) Tikveşli, a.g.m, s. 83

(113) Çiftçi, a.g.m, s. 906, 907

da olsa da bu metni, asıl yayının yapıldığı saatte yada programda yayınlamak zorunda değildir. TRT kendisine tanınan hak ve yetki gereğince metnin yayın saatini dilediği gibi ayarlayabilir. Ancak bu hak, yayınların izlenmediği bir saatte yayınlanarak metnin, etkisiz bırakılması gibi bir sonuç doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>(114)</sup>

### 3- ÖZEL RADYO VE TELEVİZYON YAYINLARI BAKIMINDAN

TRT Kanunundan farklı olarak, kamu hukuku tüzel kişileri de kendileriyle ilgili olarak gerçekleşen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkını kullanabilirler. 3984 sayılı Kanunun, 28. maddesi, yayını gerçekleştiren kuruluşa başvuru şeklinde bir yol öngörmemiş, direkt yargı yolundan söz etmiştir. Bu nedenle ilgililer, cevap ve düzeltme başvurularını yayını gerçekleştiren kuruluşa değil doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak cevap ve düzeltme metninin yayınlanması için karar almaları gerekmektedir.<sup>(115)</sup> Ancak doktrinde *anında cevap* hakkı olarak isimlendirilen bir yol bulunmaktadır. Buna göre, Radyo Ve Televizyon Yayınları Esas Ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 38. maddesinde, kişilerin yargı yoluna gitmeden söz konusu haklarını kullanma olanağı bulunmaktadır. Yönetmeliğe göre, yayıncı, cevap hakkı doğuran haber ve programlarda, hak sahibi olanların yargı yoluna başvurmalarını beklemeden bu hakkı kullanabilir.<sup>(116)</sup> Ancak sonuç olarak ilgililer, söz konusu yayınlara karşı, yayının gerçekleşmesinden itibaren on günlük

(114) Baytar, a.g.m, s. 147

(115) Baytar, a.g.m, s. 149

(116) Avşarı/Öngören, a.g.e, s. 143

hak düşürücü sürede, ulusal yayın yapan kuruluşlar için Ankara Sulh Ceza Mahkemesine, bölgesel ve yerel yayın yapan kuruluşlar için de başvuranın ikametgâhı sulh ceza mahkemesine başvururlar. (3984 S.K. m. 28/7) Başvuru üzerine sulh ceza mahkemesi gerekli incelemeyi yapar ve üç gün içinde karar verir. Taraflar bu karara karşı tebliğden itibaren asliye ceza mahkemesine itiraz edebilirler. Asliye Ceza Mahkemesi de üç gün içinde karar vermek zorundadır ve bu karar kesindir (3984 S.K. m. 28/4).

Mahkeme inceleme sonrası başvuruyu yerinde görürse, cevap ve düzeltme mahkeme kararının ilgili kuruluşa tebliğinin ertesi günü, cevap ve düzeltmeye konu olan yayının yapıldığı saatte ve aynı program içinde yayınlanır. Yayının süresini ve şeklini duruma ve delillere göre hakim takdir eder. Eğer program yayından kaldırılmış veya yayına ara verilmişse cevap ve düzeltme, mahkeme kararının tebliğini izleyen günde ve programın her zamanki yayın saatinde yayınlanır.<sup>(117)</sup>

Söz konusu hakkın kullanımından ve 3984 sayılı Kanununun 28. maddesi içeriğinden doğacak sorumluluk, programın yapımcısına ait olmayıp, yayın kuruluşuna aittir.(Y. 7. CD, 7.6.1995, 1995/4522, 1995/5259)<sup>(118)</sup>

Cevap ve düzeltme metnini kesin hükme rağmen yayınlamayan yayıncı kuruluşa 2002 yılında yapılan değişikliklere kadar yayın durdurma cezası veriliyordu. 2002'de 3984 sayılı Kanununun 28. maddesinin

(117) Avşarı/Öngören, a.g.e, s. 144, 145

(118) Coşkun, a.g.e, s. 235

6. fıkrasında yapılan değişiklik sonucu para cezası verilmesi uygulamasına geçilmiştir. Ayrıca, kuruluşa RTÜK’ce eylemin ağırlığına göre üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı getirilebilir. İkinci kez tekrarı halinde yayın izni iptal edilir ve en yüksek para cezasına hükmolunur. Bu cezalar ertelenemez. Hangi yayınların gelir getirici olduğu RTÜK tarafından belirlenir.<sup>(119)</sup> Bu konuda son olarak RTÜK’e tanınmış bir yetkiden bahsetmek istemekteyiz. RTÜK, ilgililerin kendisine başvurması durumunda 3984/4’deki yayın ilkelerinin 1 bendine dayanarak yayıncı kuruluşu söz konusu metni yayınlamaya zorlayabilir. Bu metin yayınlanmazsa RTÜK yayıncı kuruluşu, uyarı, özür dileme veya ceza verebilir.<sup>(120)</sup>

## 1- İNTERNET ORTAMINDA GERÇEKLEŞEN YAYINLAR BAKIMINDAN

5651 sayılı Yasa, internet ortamında gerçekleşen yayının niteliği bakımından, içerik nedeniyle kişilerin haklarının ihlal edilmesi şartı aramış, gerçeğe aykırılık unsuru bakımından herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Kanaatimizce, kişilerin haklarının ihlal edilmesi ibaresini, gerçeğe aykırılığı da içerir şekilde değerlendirmek gerekir. Gerçeğe aykırı yayın da, kişinin toplumdaki değerini azaltacak, onunla ilgili olumsuz düşünceler uyanmasına neden olacaktır. Sonuç olarak gerçeğe aykırı yayın dolayısıyla kişilerin hakları da ihlal edilmiş olacaktır.

İnternette kişilik hakları saldırıya uğrayanların, bu nitelikteki içeriğin yayından çıkarılması ve buna karşı cevap hakkını kullanması,

(119) Avşar/Öngören, a.g.e, s. 146

(120) Avşar/Öngören, a.g.e, s. 143

5651 sayılı Yasanın 9. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi, önce içerik sağlayıcısına, ona ulaşamaması halinde, yer sağlayıcısına başvuracak ve kendisiyle ilişkili yayının kaldırılmasını isteyecektir. Kişi aynı zamanda, yayından uzun olmamak şartıyla, hazırladığı cevabın bir hafta süreyle yayınlanmasını da isteyebilecektir. İçerik veya yer sağlayıcı söz konusu talebin kendilerine ulaşmasından itibaren 2 gün içinde bu talebi yerine getirecektir. Aksi halde talep reddedilmiş sayılır. Bu durumda ilgili kişi, onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Sulh ceza hakiminin kararının tebliğinden itibaren iki gün içinde, kişinin hakkını ihlal eden içerik yayından kaldırılır ve cevabın yayınına başlanır. Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır. Görüldüğü gibi Kanun Koyucu, internet alanında, Basın Kanununa göre daha ağır cezalar öngörmüştür.<sup>(121)</sup> Söz konusu bu düzenleme, son anda tasarıya eklenmiş olması, tüm interneti

(121) Aslan/Cabi, a.g.m, s. 14

Basın Kanununa tabi tutma anlayışında olması gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmektedir.<sup>(122)</sup>

## SONUÇ

Son yıllarda giderek etkileşen ve kimi çevrelerce dördüncü kuvvet olarak adlandırılan basın, haber verme, kamuoyunu bilgilendirme gibi fonksiyonlarını yerine getirirken zaman zaman kişi ve kuruluşların bir takım haklarını ihlal edebilir veya onlara zarar verebilir. Örneğin basın yoluyla kişilerin kişilik değerlerine saldırıda bulunabileceği gibi hakkında gerçeğe aykırı bir takım yayınlar da gerçekleştirebilir. İşte kişilerin kişilik değerlerinin basın yayın organlarından gelebilecek bu türlü haksız saldırılara karşı korunması için hukuk düzenlerinde çeşitli tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirlerden en önemlilerinden birisi de, kişilere tanınmış olan cevap ve düzeltme(tekzip) hakkıdır.<sup>(123)</sup>

Cevap ve düzeltme hakkı Anayasal teminata sahip olan ve kitle haberleşme hukukuna özgü bir haktır. Bu hak, kendisine göre oldukça güçlü durumda olan basın yayın kuruluşlarına karşı kişiliği koruma amacına hizmet eder.<sup>(124)</sup> Kişilere, cevap ve düzeltme hakkı tanınmıştır. Ancak bundan daha önemlisi yayın yapan kimselerin, kişilerin şeref ve haysiyetini küçük düşürücü yayınlarda bulunmamaya ve gerçeğe aykırı haber yayınlamamaya gayret etmeleri olmalıdır. Aksine bir düşünce basın yayın hürriyetinin kötüye kullanılması demek olacaktır.<sup>(125)</sup>

(122) AKGÜL Mustafa, "İnternette Sansüre Adım Adım", Güncel Hukuk Dergisi, Sy. 43, Temmuz 2007, s. 17

(123) Baytar, a.g.m, s. 151

(124) Çiftci, a.g.m, s. 907

(125) Yazıcı, a.g.m, s. 49, 50



Basın yayın organlarının yapacakları böylesine bir oto kontrolle hem, cevap ve düzeltme hakkında bir istikrar sağlanacak hem de, cevap ve düzeltme metinlerinin sık sık yayınlanmasıyla, basın yayın kuruluşlarının saygınlık kaybetmelerinin önüne geçilecektir.<sup>(126)</sup>

Genel olarak kişilerin basın yayın yoluyla şeref ve haysiyetlerinin hedef alınması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması durumunda kullanılabilen, cevap ve düzeltme hakkı, bu nitelikteki yayınların aynı zamanda hukuki ve cezai sonuçlar içermesi nedeniyle başvurulabilecek yargısal yolların ikamesi değildir. Yani söz konusu hakka başvurmuş olmak yargısal yollara başvurmanın bir engeli değildir.<sup>(127)</sup>

Cevap ve düzeltme hakkı, sahip olduğu önemden dolayı hukukumuzda Anayasal bir hak olarak kabul edilmiştir. Anayasanın cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili 32. maddesinde kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal eden veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı olan yayınlar karşısında söz konusu hakka sahip olabilecekleri belirtilmiş ve konunun kanunda düzenleneceği belirtilmiştir. Bunun üzerine cevap ve düzeltme hakkı, süreli basılı eserler yönünden 5187 sayılı Basın Kanununda, TRT tarafından gerçekleştirilen görsel ve işitsel yayınlar bakımından 2954 sayılı Kanunda ve son olarak özel radyo ve televizyon kuruluşları

---

(126) Tikveş, a.g.m, s. 84

(127) Çiftci, a.g.m, s. 908

tarafından gerçekleştirilen görsel ve işitsel yayınlar bakımından da 3984 sayılı Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.<sup>(128)</sup>

Biz bu çalışmamızda, bir yandan söz konusu hakkın varlık nedenlerini, hukuki niteliğini ve özelliklerini ortaya koymaya çalıştık. Diğer taraftan da hukuksal düzenlemelerdeki yerini gerek tarihsel süreç içerisinde gerekse güncel olarak değerlendirerek söz konusu hakkın kullanımına ilişkin esasları, yargı kararları ve doktriner görüşler eşliğinde tespit etmeye çalıştık.



---

(128) Baytar, a.g.m, s. 151

## PAYLI MÜLKÜN (MÜŞTEREK MÜLKÜN) DEVAMLI BİR MAKSADA TAHSİSİ (4721 sayılı Medeni Kanun, m. 698) (İsviçre Medeni Kanunu, m. 650)

*Ender Kâmil BOYACI* (★)

**ANLATIM DÜZENİ:** *A-Konunun Takdimi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulundan Geçen Bir Bidayet Mahkemesi Kararı, B-Hangi Hallerde “devamlı bir maksada tahsis unsuru”nun Bulunduğu Kabul Edilebilir? (Bilimsel ve Yargısal İçtihatlar), C-Yargıtay’ın Uygulaması, D-Kaynak Kanun (İsviçre Medeni Kanunu, md. 650 ve 670), E-Kanunlar Gereğince Müşterek Bir Mülkün Devamlı Bir Maksada Tahsisi,*

## PAYLI MÜLKÜN (MÜŞTEREK MÜLKÜN) DEVAMLI BİR MAKSADA TAHSİSİ

A- Yeni Medeni Kanunun 698. maddesi “Hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlar-

---

(★) *Avukat.*

dan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir... Paylaşmayı isteme hakkı, hukukî bir işlemle en çok on yıllık süre ile sınırlandırılabilir. Taşınmalarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, resmî şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir... Uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz..." hükmünü getirmektedir.

Eski Medeni Kanununun 627. maddesinin birinci cümlesinde "Hukuki bir tasarruf mucibince yahut müşterek mülk devamlı bir maksada tahsis edilmiş olması hasebiyle şüyu idame mükellefiyeti olmadıkça hissedarlardan her biri taksim isteyebilir..." hükmü vardı.

"Müşterek mülk devamlı bir maksada tahsisi" şüy'u (paylı mülkiyet) halini devam ettirme yükümlülüğünü (idame-i şüy'u (paylı mükellefiyetini) getirmektedir.

Burada saptanması gereken husus, hangi durumlarda veya hangi işlemlerin varlığı halinde "devamlı bir maksada tahsis" unsurunun gerçekleşmiş sayılacağıdır. Uygulamada, en çok, müşterek mülk üçüncü bir kişiye kiraya verilmesi durumunda "devamlı bir maksada tahsis" unsurunun var olup olmadığı tartışılmıştır.

Örnek: Pendik Sulh Hukuk Mahkemesinin 13.07.1990 tarihli, E. 1990/647-K. 1990/574 sayılı bir kararında, ortaklığın giderilmesine ilişkin bir davada, müşterek mülk 01.12.1989 tarihinden itibaren on yıl süreyle üçüncü bir kişiye kiralanmış olmasını taşınmazın belli bir maksada tahsisi olduğunu ve şüyuu idamesi mecburiyeti içerdiğini, kabul ederek davayı reddetmiş; Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 19.10.1990 tarihli, 12073/12526 sayılı kararında, "buradaki tahsis ve

şüyuun idamesi paydaşların her birine karşı olmalıdır. Üçüncü şahsa kiraya verilmesi ancak paydaş olmayan üçüncü şahsın hukukunu ilgilendirdiğinden böyle bir def'i taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesini engellememelidir" gerekçesiyle hükmü bozmuş, önceki kararda yerel mahkemenin direnmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 03.04.1991 tarihli, E.1991/6-78, K.164 sayılı kararında "Taşınmazı paydaşların üçüncü bir kişiye yalnızca belirli bir süre ile kiraya vermiş olmaları karşısında kiralayan her paydaş yönünden, bu süre içinde, paydaşlığın giderilmesi isteminden vazgeçilmiş olduğunu kesin olarak söyleyebilmek mümkün değildir..." gerekçesiyle ve paylı taşınmazın satışı suretiyle ortaklığın giderilmesi ve mülkiyetin değişmesi durumunda kira ilişkisinin doğrudan doğruya sona ermeyeceği, yeni malikin 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre dava açabileceği belirtilerek ve ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.09.1974 tarihli ve 722/993 sayılı kararına yollama yapılarak kira akdinin mevcudiyetinin taşınmaz malda ortaklığın giderilmesine engel teşkil etmeyeceği ilke olarak benimsenmiş ve Pendik Sulh Hukuk Mahkemesinin direnme kararı bozulmuştur.

Yeni Medeni Kanunun 698. maddesi, eski Medeni Kanunun 627. maddesinden farklı olarak, "müşterek mülkiyetin nihayeti" şeklindeki konu başlığını "paylı mülkiyetin sona ermesi" şeklinde değiştirmiş, kenar başlıktaki "dava" kelimesi yerine "istem" denilmiş, istem, davadan geniş bir ifade olduğu için tercih edilmiş görünmektedir (Maddenin gerekçesinden).

Yeni kanunda, taşınmazlarda paylı mülkiyetin sürdürülmesine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde yapılması ve bunun tapu kütüğüne şerh verilebilmesi de öngörülmüştür. Bu düzenleme, söz konusu sözleşmelerin müşterek mülke sonradan dahil, olan paydaşlara etkili olmasının sağlanması için, eski Medeni Kanun zamanındaki tereddütlerin giderilmesi için yapılmıştır.

**B- Hangi hallerde “devamlı bir maksada tahsis unsuru”nun bulunduğu kabul edilecektir?**

Müşterek mülkte, bir kira akdinin mevcut olması, müşterek mülkün devamlı bir maksada tahsisi sayılmayacaksa, hangi hallerde “devamlı bir maksada tahsis” unsurunun bulunduğu kabul edilecektir? “Şüyuun idame mükellefiyeti”ni doyuran haller için değişik görüşler mevcuttur.

1- İki gayrimenkulü tahdit eden müşterek duvar, çit, parmaklık, sıra ağaçlar... Wieland, bu belirtilenlerde hiçbir zaman taksim veya izalei şüyuun söz konusu olmadığına işaret etmektedir<sup>(1)</sup>. Ayrıca Wieland’a göre, müşterek su mecraları ile müşterek geçitler de (eski MK. 627/cümle 1 (İsv. MK. 650) kapsamına girmektedir.

2- Velidedeoğlu-Esmer, Tapu Kanunu’nun 26. maddesini değiştiren 6217 sayılı Kanun gereğince (eski) Medeni Kanununun 753. maddesi (yeni MK m. 838) hükümlerine göre hissedarlar lehine tesis edilecek irtifak haklarının müşterek mülkün devamlı bir maksada tahsis edilmiş

(1) Wieland: Kanunu Medenide Aynı haklar-Çev. İsmail Hakkı Karafakih, Ankara 1947, s. 86-87.

olduğunu ifade ettiğine değinmektedirler<sup>(2)</sup>. Medeni Kanununun 753. maddesinde “malik, herhangi bir kimseye veya bir cemaat lehine kendi arsası üzerinde nişan talimi veya mürur gibi muayyen bir istifadeye mütehammil olmak şartıyla, diğer irtifak hakları tesis edebilir” denilmektedir. Yeni Medeni Kanununun 838. maddesinde birinci fıkrada yer alan amaçlar arasına “spor alanı” da eklenmiştir. “Nişan talimi” terimi, “atış eğitimi” olarak değiştirilmiştir.

Medeni Kanununun 753 (838). maddesindeki “diğer irtifak hakları”, muayyen şahıslar lehine değil, irtifakla yükümlü taşınmazın hisseli sahibi olacaklar lehine tesis edilmekte ve şahsi irtifak hakları niteliğine bürünmektedir. Dolayısıyla, aynî bir irtifakın söz konusu olması, aynî irtifakların da aksine bir kayıt olmadıkça belirli bir süre(müddet) ile sınırlı olmamaları ve taşınmazın da bu irtifaklara tahsis edilmiş olması neticesinde Medeni Kanununun 627. (698). maddesindeki şart gerçekleşmiş olur ve izalei şüyu bu maksadın devamı müddetince istenemez<sup>(3)</sup>.

3- Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay, “Eşya Hukuku” kitabında şu örneği vermektedir: “Mesela, yan yana duran beş evin sahipleri, gayrimenkullerinin önündeki arsayı, çocuklarının oynayabilmesi için, çocuk bahçesi yapmak üzere satın almışlardır. Veya bir apartmanın paydaşları, otomobillerini koymak için civardaki bir arsaya temellük etmiş ve oraya garaj yapmışlardır. Bu misallerde çocuk bahçesi veya garaj üzerindeki müşterek mülkiyet devamlı bir amacın gerçekleşmesini sağlamaktadır. Bu tahsis amacı oybirliği ile verilecek bir karar olmadıkça

(2) Hıfzı Veldet Velidedeoğlu-Gallip Esmir: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul 1956.

(3) Muin M. Küley: Toplu Mülkiyet, İstanbul 1959, s. 62.

değiştirilemez ve değiştirilmediği sürece de çocuk bahçesi veya garaj üzerindeki hisseli mülkiyetin sona erdirilmesi istenemez...<sup>(4)</sup>

Tekinay, bundan başka, duvar, çit, parmaklık gibi iki taşınmazı birbirinden ayıran şeylerin, iki komşu arasında; hisseli mülkiyet konusu oldukları takdirde (MK. 647-yeni MK. 721) bunlar üzerindeki şüyuun giderilmesinin de istenemeyeceğini; iki taşınmazın önünde veya arasında kalan avlu ya da kuyu üzerinde, bu taşınmazların sahiplerinin müşterek malik olmaları halinde de aynı durumun mevcut olduğunu belirtmektedir.

4- Prof. Dr. Jale Akipek “Müşterek eşyanın devamlı bir maksada tahsisi demek, müşterek eşyanın paydaşlar arasında müşterek ve devamlı olan iktisadi menfaatlerin sağlanması için kullanılması demektir” şeklinde bir tarif vermektedir.<sup>(5)</sup>

5- Mustafa Reşit Karahasan, “Yasa hükmünde bir tanım verilmemiş olması, bundan ne anlaşılması gerektiğini yorumlayarak belirleme zorunluluğunu doğurmuştur. Şu var ki, öğretinin genel tutumu, konuyu örnekleriyle açıklamaya ilişkindir. İki taşınmazı ayıran birlikte (müşterek) duvar, çit, parmaklık, sıra ağaçlar ve birden çok taşınmaz için açılan avlu, yol, kuyu ve yaptırılan çeşme, verilen örnekler arasındadır, İşte bu örneklerde eşyanın sürekli bir amaca özgülendiği kabul edilmektedir...” diye yazmaktadır.<sup>(6)</sup>

(4) Selahattin Sulhi Tekinay: Eşya Hukuku, İst. 1967, s. 313 vd.

(5) Jale Akipek: Mülkiyet, 1971 basımı, s. 40.

(6) Mustafa Reşit Karahasan: Türk Medeni Kanunu-Eşya Hukuku, 1977 b. s. 70.



6- Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy, Prof. Dr. Fikret Eren ve Prof. Dr. Erol Cansel'in "Türk Eşya Hukuku" adlı ortak eserlerinde şu tarif veriliyor: "Devamlı bir amaca tahsis edilmiş müşterek mala örnek olarak iki taşınmaz arasındaki duvar, çit, yol vs. gösterilebilir. Birden çok binayı ısıtmaya mahsus merkezi ısıtma (kalorifer) tesisatı da müşterek mülkiyete konu ise, devamlı amaca tahsis edilmiş eşya sayılır..."<sup>(7)</sup>

7- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi eski başkanlarından Esat Şener şu görüşünü dile getirmiştir: "Bazen bir mal, devamlı surette, bir maksada tahsis edilmiş olabilir. Sözgelimi, içinde havuzu bulunan bir taşınmaz, yaz mevsiminde öğrencilerin yüzmelerine ve yüzme öğrenmelerine, istirahat etmelerine veya kar-tipi gibi durumlar yüzünden barınmalarına imkân hazırlamak için, sportif veya hayrî bir amaca tahsis edilmiş olabilir. Paydaşların veya miras bırakanın, bu yolda beliren iradesi karşısında, şüyuun giderilmesi talep edilemez. Her ne kadar bu amaçlar, müşterek maddi menfaat sağlamıyorsa da, sağladığı manevi tatmin duygusunun göz ardı edilmemesi gerekir. Ne var ki, bunun süresiz kabul edilmesi vakıf niteliği alır ki, usulünce kurulmuş bir vakıftan söz edilemez. O halde bu durum, şüyuun idamesi konusunda bir anlaşma sayılıp şekle uygun olmasa dahi, bağlayıcı olarak kabul edilmesi gerekir..."<sup>(8)</sup>

8- Dr. Suat Bertan, bu konuda şu örneği vermektedir: "İki gayrimenkul arasındaki müşterek duvar, birden fazla gayrimenkul için açılan yol, kuyu ve yaptırılan çeşmenin veya ayrı kimselere ait binaların bir

(7) Kemal Tahir Gürsoy-Fikret Eren-Erol Cansel: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 425.

(8) Esat Şener: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1989, s. 1220.

yerden ısınmasını sağlayan tesislerin bulunduğu müşterek mülkiyetle tasarruf olunan mallar devamlı bir maksada tahsise örnek olarak gösterilebilir...»<sup>(9)</sup>

Örnekleri çoğaltmak mümkündür: Kemal Oğuzman, Özel Seliçi, Rona Serozan, Hüseyin Hatemi, Ferit Hakkı Saymen, Halit Kemal Elbir gibi diğer “Eşya Hukuku” ders kitabı müelliflerinde de, “devamlı bir maksada tahsis unsuru” bakımından benzer yaklaşımlar vardır.

Verilen bütün bu örneklerde, “devamlı bir maksada tahsis” unsuru, sadece “eşyanın”, “şeyin” niteliği açısından ele alınmakta, tahsis olunan şeyin, eşyanın, taşınmazın ne gibi bir hukuki ilişkiye konu olduğu sorunu göz ardı edilmektedir.

Uygulamada, mahkemelere götürülen uyuşmazlıklarda, “devamlı bir maksada tahsis” unsuru aranan veya iddia edilen olaylarda, çit, parmaklık, yüzme havuzu, çeşme, avlu veya kuyu gibi şeylere rastlanmamaktadır. Esasen eski Medeni Kanununun 647. ve yeni Medeni Kanununun 721. maddelerine göre, “iki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı (müşterek) malı sayılır”. Sınırlıklar üzerindeki paylı mülkiyet konusu olan şeylerle, paylı malın sürekli bir amaca (maksada) özgülenmiş (tahsis edilmiş) olması unsuru birbirine karıştırılmış gibi görünmektedir.

(9) Dr. Suat Bertan: Ayni Haklar- Medeni Kanunun 618-764 üncü maddelerinin şerhi, s. 411.

### C- Yargıtay'ın Uygulaması:

1- Yargıtay'ın eski bir kararında “Müddeialehyler, şüyuun izalesi istenilen fabrikanın üçte bir hisse sahibi olan müddeiler tarafından kendilerine icar edilmiş olduğunu ve icar dolayısıyla fabrikanın tamamı kendilerine teslim edilip bu sebeple ofise karşı taahhüde girmiş olduklarını ve bir de şirket mevcut olduğunu beyan etmiş olmaları hasebiyle bu müdafaaları Medeni Kanununun 627. maddesine tevafuk etmekte bulunduğundan, tetkik edilmemesi ve nazara alınmaması ve şüyuun izalesi talebinin münasip bir zamanda olup olmadığının düşünülmemesi... yolsuz olduğundan bahisle şüyuun izalesine dair verilen hükmün bozulmasına karar verilmiştir (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 31.12.1943, sayı; 14517)<sup>(10)</sup>,

Burada paydaşlar arasındaki kira akdinin mevcudiyeti, müşterek mülkün devamlı bir maksada tahsisi anlamında kabul edilmiş görünmektedir.

2- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.09.1963 tarih ve E. 6/7-K. 55 sayılı bir başka kararında “Taşınmaz malda paydaş bulunan kimşenin komandit ortaklığa ilişkin yaptığı sözleşmede, bu taşınmaz malın kullanılması hakkını sermaye olarak koyması ve taşınmaz malda ortaklığın sinema işletmesinin belli bir süre devamına rıza göstermesi halinde taşınmaz mal devamlı bir amaca ayrılmış olacağından, adı geçen

(10) Kamil Tepeci: Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, Cilt: 2, Ankara 1946, s. 23-24.

tarafından paylaşırma ve şüyuun izalesi istenemez” görüşüne yer verilmiştir.<sup>(11)</sup>

3- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 30.04.1976 tarih ve 463/1998 sayılı bir başka kararında da, paydaşlar arasındaki yapım sözleşmesinin açık bir hüküm bulunmadıkça ortaklığın sürdürülmesi yükümlülüğünün kabul edilemeyeceği, müşterek mülkiyet üzerinde bina yapılması için paydaşların sözleşme yapmalarının taşınmazın sürekli bir maksada tahsisi anlamına gelmediği içtihat edilmiştir.<sup>(12)</sup>

4- 6. Hukuk Dairesinin içtihatlarında “Taşınmaz malın davadan evvel veya sonra kiraya verilmesi ortaklığın giderilmesine engel değildir” görüşü hakimdir (11.11.1954 T., 5594/5296-19.10.1990 T., 12073/12526)

Ancak, 6. Hukuk Dairesinin 16.03.1970 tarihli, E. 582-K.1059 sayılı bir kararına konu teşkil eden bir olayda, ortaklığın giderilmesi istenen malların (taşınmazların) tapuda davacı ile davalılar adına varesette iştirak şeklinde kayıtlı bulunduğu, paydaşlardan A.Ş. ile E.Ş.nin taşınmaz malları on yıl süre ile kira sözleşmesi yaparak diğer paydaş F.ye kiraya verdikleri, bütün ortakların birlikte yaptıkları bu tasarruf geçerli olduğundan, tarafları bağlayacağı, müşterek mülkün devamlı bir maksada tahsis edilmiş olduğu kabul edilmiştir.

(11) Senai Olgaç: Türk Medeni Kanunu Şerhi, 1967 basımı, s. 522.

(12) Celal Erdoğan: Açıklamalı ve İçtihatlı-Ortaklığın Giderilmesi-(İzalei Şüyu) ve Şufa Davaları, Ankara 1986, s.163-165.

Taşınmaz malın muris tarafından belirli bir süre üçüncü bir şahsa kiraya verilmesi ve bu sözleşmenin tapuya şerhi, ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına engel sayılmamıştır (6. Hukuk Dairesi, 11.04.1977 T., E. 2545-K. 2793)

Bir paydaşın kendi payını diğer paydaşa kiraya vermesi ortaklığın giderilmesi davası açmasına engel sayılmamıştır (6. Hukuk Dairesi, 13.03.1978 T., E. 902, K. 1861)

Paydaşlardan birinin belirli bir süre taşınmazda oturmasına müsaade hususu şüyuun idamesi (mülkün devamlı bir maksada tahsisi) mükellefiyeti sayılmamıştır. (6. Hukuk Dairesi, 20.03.1981-E.13155-K. 4659)

Yukarıda belirtilen kararlarda, taşınmazın daimi olarak bir maksada tahsisi unsurunun gerçekleştiği kabul edilen haller, genellikle kira ilişkisiyle ilgilidir. Eşya Hukuku müellifleri ise, “müşterek geçit veya çeşme veya kuyu olarak bırakılması veya işletme hakkı kurulması ve bu hususların irtifak hakkı olarak belirtilmesi” üzerinde durmaktadırlar. Hâlbuki eski Medeni Kanununun 703 ila 753. (yeni MK. 779–838) maddelerinde düzenlenen irtifak hakkının konusunun şekli, “müşterek mülkün devamlı bir maksada tahsis edilmesi” unsurundan farklıdır. İrtifak hakkının bir taşınmaz üzerine, diğer bir taşınmaz lehine yüklenen bir külfet olduğu bilindiğine göre (intifa hakkı, sükna hakkı, inşaat hakkı, kaynak hakkı, herhangi bir kimse veya cemaat lehine arsa üzerinde nişan talimi veya geçit hakkı gibi diğer irtifak haklarının tesisi, irtifak hakkının türleri olarak kanun koyucu tarafından belirtildiğine göre, buraya kadar zikrettiğimiz Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin ve bilimsel

İçtihat sahiplerinin, müelliflerin verdikleri örnekler, kanunun ruhuna ve kanun koyucunun amacına uygun sayılamaz.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında isabetli bir teşhis vardır: “Taşınmazın belirli bir amaca (ölmüncüye kadar babanın oturmasına) tahsis edilmiş olması halinde ortaklığın sürdürülmesinin on yıl süreyle mümkün olduğu” (6. Hukuk Dairesi, 25.05.1989 T., E. 6970-K. 9421-Yargıtay Kararları Dergisi, 1989/11-s. 1565) ve “müşterek bir dairede paydaşlardan birisinin belirli bir tarihe kadar oturmasının kararlaştırılmış olmasının paylılığın sürdürebilmesi anlaşması niteliği taşımayacağı” (6. Hukuk Dairesi, 20.03.1981 T., E. 13115-K. 4659) (Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl: 1981-Sayı:10-sayfa:1282) şeklindeki kararlarda tahsis eylemine esas olan hukukî ilişkinin nazarı dikkate alındığı, kanunda bu konu ile ilgisi olmayan çit, müşterek duvar vs. gibi objeler üzerinde durulmadığı görülmektedir.

Keza, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun eski sayılabilecek iki kararında da, eski MK.nun 627. ve 4721 sayılı Yeni Medeni Kanununun 698. maddesinde, kanun koyucunun maksadına uygun yorum ve teşhis yapıldığı görülmektedir: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 11.09.1963 T., E. 6/7-K.55 sayılı kararında (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Sayı: 36, sayfa: 2630) (Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1965, Sayı: 5, sayfa: 640) “bir şirkete sermaye olarak konulmuş olan taşınmazın sürekli olarak bir amaca tahsis edilmiş sayılacağı...” içtihat edilmiştir. Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.05.1963 T., E. 6/3- K. 31 sayılı kararında (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Sayı: 36-sayfa: 2631) “taşınmaz malların gelirlerinin malikler tarafından vakıf hükümlerinin uygulanarak

sürekli bir amaca tahsis edilmiş olması halinde ortaklığın giderilmesi davası açılmayacağı” gösterilmiştir.

#### **D- Kaynak (mehaz) kanun:**

Eski Türk Medeni Kanunu’nun 627. ve Yeni (4721) Medeni Kanun’un 698. maddesinin İsviçre Medeni Kanunundaki karşılığı olan 650. maddesindeki:

“Jeder Miteigentümer hat das Recht, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, wenn sie nicht durch ein Rechtsgeschaef, dur Aufteilung zu Stock-werkeigentum oder durch die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck ausgeschlossen ist...” şeklindeki hükme göre, burada “eşyanın devamlı bir maksada tahsisi” ibaresi aynen yer almaktadır: “...durch die Bestimmung der Sache für einen dauernden Zweck...”

Hülâsaten, burada “eşyanın niteliği” değil, tahsis işlemine esas olan hukukî işlem temeli önem kazanmaktadır. Nitekim eski Medeni Kanunun 627. maddesindeki “Taksim hakkı, hukukî bir tasarrufla on seneden fazla bir müddet için bertaraf edilemez” denildiğine göre, eşyanın tahsis amacı, hukuki tasarrufun nev’i temelinde değerlendirilmelidir.

Adalet Bakanlığı’nca kurulan bir komisyon tarafından hazırlanan “Türk Medeni Kanunu Ön-Tasarısı ve Gerekçesi” kitabında<sup>(13)</sup> bu konu şöyle düzenlenmiştir:

(13) Adalet Bakanlığı: Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1971, s. 645.

“...Paylı bir taşınmazın sürekli bir maksada özgülenmesi (tahsisi) veya böyle bir taşınmazda paydaşlığın devam ettirilmesi yükümü (mükellefiyeti) resmi senede bağlanıp tapu kütüğüne şerh verilmedikçe geçerli olmaz...”

Maddenin gerekçesinde: “Paylı bir malın sürekli bir maksada özgülenmesi, Kat Mülkiyeti Kanunu çıkmadan önce kat mülkiyeti ihtiyacını sağlamak için başvurulmuş bir yoldu. Bununla birlikte bu müessese başka amaçlar içinde kullanılabilir. Açıklanan bütün bu nedenlerle madde yeniden ifadeye bağlanırken “paydaşlığı sürdürme yükümü” ile “sürekli bir maksada özgüleme” kavramı birbirinden açık olarak ayrılacak biçimde bir ifade kullanılmıştır...” denilmektedir. Tapu siciline şerh verdirme zorunluluğunun getirilmesi ise, (o tarihte bankalar para ve taşınmaz ikramiyeleri verirlerdi) bankaların ikramiye apartmanları ile kat mülkiyeti işlemlerinin çoğalmasından dolayı bağlanmıştır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 1965 yılında yürürlüğe girmesi ile 627. maddenin (yeni MK. 698) düzenlediği konu havada kalmamıştır. Görülüyor ki, gerek bilimsel, gerek yargısal içtihatlar, 627 (698). madde ile kat mülkiyeti kavramı ilişkisi üzerinde durmamışlardır. Bir izale-i şü’u davasına asla konu edilemeyecek olan müşterek çit, kuyu, avlu, ortak sınırlar ile 627 (698.) (İsviçre MK. m. 650) maddelerin ilgisi yoktur.

Eski Medeni Kanun’un 647. ve Yeni Medeni Kanun’un 721. maddesinin İsviçre Medeni Kanunundaki karşılığı olan 670. maddede “Miteigentum an Vorrichtungen zur Abgrenzung” (Sınırlıklar üzerinde paylı mülkiyet) başlığı altında “Stehen Vorrichtungen zur Abgrenzung



zweier Grundstükke, wie Mauern, Hecken, Zaeune, auf der Grenze, so wird Miteigentum der belden Nachbarn vermutet” hükmü yer almaktadır. (Schweizerische Zivilgesetzbuch, 25. überarbeitete Auflage, Dr. İur. W. Stauffacher, Zürich 1989, s. 189)

“Duvar, parmaklık, çit” gibi “aksi ispat edilmedikçe” her iki komşunun paylı malı (müşterek mülkü) sayılan şeylerin, MK.nun (eski 627) yeni 698. maddesindeki “paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması” olgusu ile ilgisi yoktur. MK. 627-698. md.deki aranan özelliklik, paylı malın hukuki bir işlem veya Borçlar Kanunu’nda ifadesini bulan akit tiplerinden biriyle sürekli bir maksada (einen dauernden Zweck) tahsis edilmiş olmasıdır. Duvarların, parmaklıkların, çitlerin vs.nin bununla ilgisi olamaz: Sınırlıklar üzerindeki paylı mülkiyet, komşuluk hukukunu ilgilendirir; nitekim 721. maddede de (İsviçre MK. 670. md) “her iki komşu” (Der beiden Nachbarn...) ibaresi vardır.

Medeni Kanunun 627–698. maddelerinde tarif edilen, “izale-i şey’u davası açma engelidir”. Duvar, parmaklık, çit gibi şeyler böyle bir davada şeyuun izalesine konu olamayacağına göre, bilimsel ve yargısal içtihatların soruna yaklaşma biçimi yanlıştır. 6. Hukuk Dairesinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun istisnaî bir-iki kararı dışında Yargıtay’ımız da meselenin tam bir vukufuna varmış gibi değildir. Wieland’dan başlayarak bizim müelliflerimiz de ve Yargıtay da birçok kararlarında yanlış örnekler vermektedirler. Yargıtay’ın 1943 yılından kalma kararı (3. HD. 31.12.1943–14317) doğrudur: Kira (icar), ariyet, ortaklık sözleşmesi, eser (yapım-inşaat) sözleşmesi ve Borçlar Kanununda sayılan tipik sözleşmeler veya karma sözleşmeler temelinde,

“hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgü-  
lenmiş olması” izale-i şüy’u (ortaklığın giderilmesi) davası açmaya  
engel olan bir sebeptir; paylaşmayı isteme hakkı bu sebeple sınırlandırılabilir.

**NOT-1:** Yeni (4721 sayılı) Türk Medeni Kanunu, kaleme alınırken, bazı maddelerdeki “müşterek mülk”(Miteigentum) ibaresinin yerine “paylı mal” ibaresinin kullanılması yersiz ve yanlış olmuştur. Sayın Uğur İbrahimhakkioğlu’nun “Adalet Reformu” kitabında da isabetle tesbit ettiği gibi, Türkiye’de yerleşmiş, herkesin anlayabileceği ve halkın kullandığı sözcüklerle “mal” = “menkul” ve “mülk” = “gayrimenkul” anlamına gelir. Genel kabul ve doğrusu böyle olması gerektiği halde, Yeni Medeni Kanun’un dördüncü kitabını oluşturan “Eşya Hukuku”nda, birinci bölümü kapsayan “Mülkiyet” başlığı altında “Paylı mülkiyet” terimi geçerken, daha sonra “Paylı mülk” terimi yerine “paylı mal” denmesi eksiklik yaratmıştır. Her ne kadar Eşya Hukuku’nun ikinci bölümü “Taşınmaz mülkiyeti” başlığını taşıyor ve 704. maddeden itibaren işleniyorsa da, Kanunun özellikle “Birlikte Mülkiyet” başlıklı 688 ila 703. maddelerinde bir yandan “paylı mülkiyet”ten bahsedilmişken, öte yandan “paylı mal” denilmesi anlamı ifade etmekten uzak kalmaktadır. Burada Muin Küley’in kitabının adı olan “Toplu Mülkiyet” terimi dahi kullanılabilirdi.

**NOT-2:** Anayasamızda ve kanunlarımızda hukukla ilgisi bulunmayan avamî ve amiyane kelimeler ve tabirler-terimler kullanılmaktadır. “Hüküm giymek” gibi hukukla değil, terzilikle ilgili terimler Anayasada, seçim kanunlarında durduğu gibi dünyada hiçbir Anayasada bulunmayan “serseri” kelimesi, 1982 Anayasasının 19. maddesinde zuhur etmektedir. 6188 sayılı Kanun’da “İzinsiz, yapılan binalar” gibi doğru bir hukukî tavsif varken, 775 sayılı Kanun “Gecekondu Kanunu” olarak çıkmıştır. “Gecekondu” gibi avamî bir terimin hukukla ilgisi yoktur. Avami ve amiyane kelimelerin ve terimlerin kanunlarımızdan ve Anayasadan temizlenmesi gerekmektedir.

**E- KANUNLAR GEREĞİNCE MÜŞTEREK BİR MÜLKÜN DEVAMLILIK BİR MAKSADA TAHSİSİ:**

Ortaklığın giderilmesi (izale-i şüy'u) davası açma konusunda bazı hallerde, kanun koyucu bazı kanunlara özel maddeler koyarak ortaklığın devamının temini bakımından hüküm getirmiştir.

1- 14.06.1934 tarihli 2510 sayılı İskan Kanunu'nda (madde 30) iskânen tahsis edilen gayrimenkullerde belirli bir süre devir-temlik ve ortaklığın giderilmesi davası açma yasağı getirilmiştir,

2- 11.06.1945 tarihli 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'nun 54. maddesinde de aynı takyitler vardır. Bu takyitler daha sonra 22.11.1984 tarihli 3083 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. (Takyit süresi 25 yıldır)

3- Bina yapımını teşvik ve izinsiz yapılan binalar hakkında 24.07.1953 tarihli 6188 sayılı Kanun (775 sayılı Gecekondu Kanunu ile kaldırıldı)

“Takyidatlı gayrimenkuller”den bahsetmektedir. Bunlar hakkında izale-i şüy'u davası açılmıyordu. (6. Hukuk Dairesi-12.06.1962 T., E. 3240-K. 4226)

4- 26.12.1960 tarihli 180 sayılı “42 sayılı Kanun gereğince emekli olan subaylara (bunlara kısaca “Emin-Su” (Emekli İnkılâp Subayları) denmişti) mesken yaptırılması hakkında kanun” edinme (iktisap) tarihinden itibaren on beş yıl müddetle devir-temlik ve ortaklığın giderilmesi davası açma yasağı getiriyordu. Bu konuda 14. Hukuk Dairesinin 13.02.1979 tarih, Esas: 1978/6246-Karar no: 1979/944 sayılı örnek bir kararı da vardır.

5- 28.06.1966 tarihli 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 37. maddesinde de izale-i şüyu davası açma yasağına dair bir hüküm vardı.

6- 20.07.1966 tarihli 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 34. maddesi, bazı taşınmazlar için yirmi yıl müddetle devir-temlik ve izale-i şüyu davası açma yasağı getirmiştir. (775 sayılı K. md. 34/2: Ölümle takyit kalkar)

7- 19.07.1972 tarihli ve 1617 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Ön-Tedbirler Kanunu, Toprak ve Tarım Reformu Kanunu (1757 sayılı Kanun) çıkana kadar 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve 4486 sayılı Teknik Ziraat ve Bahçivanlık Okulları hakkındaki Kanuna dayanılarak dağıtılan tarım arazileri için devir-temlik ve izale-i şüyu davası açma yasağı getirmişti.

8- 22.11.1984 tarihli 3083 sayılı "Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanunu" (md. 11) kendi kapsama alanına giren taşınmazları "takyidatlı gayrimenkul" saymıştır: Bunlar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez, satışa ve satış vaadine konu edilemez, haczedilemez, kiraya verilemez. 3083 sayılı Kanunun 26.maddesine göre, 1617 sayılı Toprak ve Tarım. Reformu Ön-Tedbirler Kanunu'nun 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 33. maddesini değiştiren 20. maddesi hariç diğer hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. 28.12.1960 tarihli 189 sayılı Kanun ve 18.12.1981 tarihli 2565 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Ayrıca Milli Savunma Bakanlığına tahsisli bulunan veya bu bakanlığın tahsissiz kullandığı taşınmazlar da bu kanun kapsamı dışında tutulmuştur.



**SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR HAKKINDA HÜKMÜN  
AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI**

*Hüsamettin UĞUR* (★)

**ANLATIM DÜZENİ:** *I- Giriş, II- Mukayeseli Hukukta Durum, III- Kurumun Ülkemiz Ceza Hukukuna Girişi, IV- Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin Uygulanma Koşulları, 1- 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik, 2- 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, 3- 5739 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Terör Suçu İşleyen Çocukların Durumu, 4- Örneklerle Çocuklar Hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, V- Yargıtay Kararlarına Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Karar Verilemeyecek Durumlar veya Suçlar, VI- Sonuç*

**I- Giriş**

Hukuk sistemleri suçun aktif sujesini çocuklar ve yetişkinler olmak üzere ikiye ayırarak, yetişkinleri ve çocukları farklı ceza, yargılama ve infaz sistemine tabi tutmuştur.<sup>(1)</sup>

---

(★) *Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Tetkik Hakimi.*

(1) BALO, Yusuf Solmaz, Uluslararası İnkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ağustos 2005, s.112

Bir çok yargı sisteminde, onarıcı adalet programları (örneğin arabuluculuk programları), öncelikle suça sürüklenen çocuklar için geliştirilmiş, daha sonra yetişkinlere uygulanan programların temelini oluşturmuştur. Örneğin, mağdur fail arabuluculuk programlarının en çok uygulandığı ülkelerden biri olan Amerika Birleşik Devletleri'nde, arabuluculuk programlarının temel önceliği suça sürüklenen çocuklardır. Onarıcı adalet programları, çocukları yargılayan, mahkûm ederek adeta onlara suçlu damgası vuran adalet sistemlerine etkili bir alternatiftir.<sup>(2)</sup>

Çocuk hukukunun genel ilkeleri ve çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurularak, yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak süratlendirilmesi ve kovuşturmanın duruşmadan duruşmaya sürüklenmesini ve böylece parçalı adaleti önlemek amacıyla, ceza adalet sistemini, olanak ölçüsünde boşaltmak, soruşturma evresindeki filtreyi etkinleştirmek için kanunda belirtilen durumların varlığı halinde, Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesi yetkisi verilmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin<sup>(3)</sup> 40. maddesi de bunu gerektirmektedir.<sup>(4)</sup>

Çocuğun “cezalandırılması” fikrî, artık terk edilmelidir. Fakat, “cezalandırmama”, tepki göstermeme anlamına gelmez. Çocuk Ceza

(2) ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arabuluculuğu”, <http://www.turkhukuksitesi.com>, E.T.: 26.5.2008 (Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 449-466.)

(3) Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme; Türkiye tarafından 14.9.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanunla onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

(4) BALO, Yusuf Solmaz, Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku, Kasım 2005, s. 416

Hukuku, bir tedbir hukukudur. Ceza en son çaredir ve istisnadır.<sup>(5)</sup> Davranışları, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalama süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlanmasını gerçekleştiren bir uygulama niteliğindedir.<sup>(6)</sup>

CMK tasarısının “Hükmün geri bırakılması, denetimli serbestlik” başlıklı 233. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı gibi, önce Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkan (probation= denetimli serbestlik) ve özellikle 1950’li yıllardan sonra Kara Avrupası hukukunu etkileyerek ceza kanunlarına girip bugün hemen bütün Doğu Avrupa ve Batı ülkelerinin ceza mevzuatında yer alan bir kurum olarak ceza sistemlerindeki yerini almıştır.

## II- Mukayeseli Hukukta Durum

**İngiltere’de** 1842 tarihinden beri çocuk ve genç suçlular için uygulanan bu kurum zamanla ilk kez suç işleyenler için de uygulanır olmuştur.<sup>(7)</sup>

**İngiltere ve Galler’de**, onarıcı adalet anlayışının özelliklerini taşıyan ve en çok başvurulan yöntemlerden biri, “gönderme kararıdır”

(5) YENİSEY, Feridun, Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku için yazılan sunuş’dan

(6) BALO, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması , s. 324

(7) YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 1985, s. 162

(referral order). 10-17 yaş arası çocuklar, ilk kez suç işlemişler ve işlenen suç, koruyucu tedbir alınmasını gerektirecek kadar ağır değilse, Suça Sürüklenen Çocuklar Panellerine (Youth Offenders Panels) gönderilirler. Eğitim almış ve halktan seçilen iki kişiden müteşekkil olan bu panellerde, halk arasından seçilen üye başkan olarak görev yaparken, diğer üye uzman sıfatıyla bulunur. Panele, suça sürüklenen çocuk, çocuğun kanunî temsilcisi (velisi veya vasisi), mağdur ve varsa, çocuk üzerinde olumlu etkisi olabilecek bir kişi katılır. Panel, suça sürüklenen çocuğun sorunlarını dinler ve çocukla birlikte bir karar planı geliştirir.<sup>(8)</sup>

**Fransız hukukunda** bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli Kanunla çocuk suçlular hakkında uygulamaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. **Belçika'da** aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir Kanunla hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, **Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre** gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

**İsviçre Ceza Kanununda** 1937 yılında yer verilmiş, 1971 tarihinde yapılan değişiklikle olgunluk çağındaki çocuklar (15-18 yaş grubu) hakkında hükmün ertelenmesi kurumu kabul edilmiştir. Bu değişikliğin etkisiyle **Almanya'da** 1953 tarihli Genç Mahkemeleri Kanununda hükmün ertelenmesi kabul edilmiştir. **Avusturya'da** ise 1988 tarihli Genç Mahkemeleri Kanununun “cezaya hükmetmeden suçluluğun tes-

(8) ÖZBEK, Mustafa Serdar, a.g.m.



piti” başlıklı 12. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>(9)</sup>

**Brezilya’da** onarıcı adaletin ilkelerini benimseyen çeşitli çocuk arabuluculuğu programları vardır. Örneğin Porto Alegre’deki çocuk adalet sisteminde, suça sürüklenen çocuklarla müzakere yapılmaktadır. 1990 yılında yürürlüğe giren Çocuklar ve Gençlik Kanunu, hafif suçlarda, çocuk ilk kez suç işlemişse, çocuk mahkemesi başkanına, “kovuşturmayı erteleme ve çocuğun toplum hizmetinde çalışmasına ve verdiği zararı tazmin etmesine karar verme” yetkisini vermektedir.<sup>(10)</sup>

Mukayeseli hukukta da görüldüğü gibi maslahata uygunluk ilkesi gereği anılan erteleme kurumları öncelikle çocuk suçlular için kabul edilmiş, bir süre sonra faydaları görüldükten sonra genelleştirilmiştir.

### III- Kurumun Ülkemiz Ceza Hukukuna Girişi

Anayasa’nın 61. maddesine göre “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.” Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin başlangıcında “Uluslararası İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde, Birleşmiş Milletlerin, çocukların özel ilgi ve yardıma hakkı olduğunu ilân ettiği” hatırlatılmakta ve 3/1. maddesinde ise “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünce” olduğu vurgulanmaktadır.

(9) ARTUK, Mehmet Emin; GÖKÇEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), Ankara 2003, s. 286-291

(10) ÖZBEK, Mustafa Serdar, a.g.m.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre bu kanunun amacı, korunma ihtiyacı olan (Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocukları) veya suça sürüklenen çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasıdır.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun<sup>(11)</sup> 3. maddesine göre bu Kanunun uygulanmasında **Çocuk**; daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi, **Suçta sürüklenen çocuk**; Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder. 5237 sayılı TCK'nun 31/1. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, oniki yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış ceza sorumluluğuna sahip kimseler içindir.

“Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” ile birlikte “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” kurumu Kara Avrupasında olduğu gibi ilk defa 3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinde düzenlenerek hukukumuzda girmiş, böylece suç tarihinde 18 yaşını bitirmeyen sanıklar için de olsa ceza yargılama sistemimizdeki yerini almıştır.

Avrupa Komisyonunun, 9 Kasım 2005 tarihinde, Türkiye'ye yönelik olarak açıkladığı 2005 yılı ilerleme raporunda, çocukların hakla-

(11) 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak bazı hükümleri hariç yayım tarihinde; Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ise 23/12/2006 tarih ve 26386 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

rının korunması açısından Çocuk Koruma Kanununun yürürlüğe girmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilirken; çocuk suçlularla ilgili ceza hukuku hükümlerinin genel ceza muhakemesi kurallarıyla aynı olması ve Kanunun özel çocuk mevzuatıyla ilgili uluslararası ilkelere uygun olmaması eleştirilmiştir.<sup>(12)</sup>

Aslında gerek “hükmün açıklanmasının geri bırakılması”, gerekse “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” kurumlarına Ceza Muhakemesi Kanununda yer verilmesi daha önce iki kez teşebbüs edilip kabul görmemiş ancak her iki kuruma 15.07.2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer verilmesi suretiyle Türk ceza muhakemesinde uygulanma olanağına kavuşmuştur.<sup>(13)</sup> Hemen belirtmeliyiz ki ÇKK’nun 23. maddesindeki ilk düzenleme en lehe olanıdır. Daha sonra 5560, 5728 ve 5739 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler küçükler yönünden ilk düzenlemeye göre çerçeveyi daraltmıştır. Kanun koyucu kurumun ÇKK ile tanıdığı olanakları adeta geri almıştır.<sup>(14)</sup> Bu hususlara sırasıyla değineceğiz.

#### **IV- Çocuk Koruma Kanunu’nun 23. maddesinin Uygulanma Koşulları**

Belirtilen unsurların birlikte gerçekleşmesi koşuluyla;

- Cocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda be-

(12) ÖZBEK, Mustafa Serdar, a.g.m.

(13) UĞUR, Hüsamettin, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine, TBB Dergisi, Sayı 73, Kasım-Aralık 2007, s. 276 (Makaleye “<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>” adresinden de ulaşılabılır veya indirilebilir.)

(14) İNCL, Zekiye Özen, [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_682.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_682.htm) E.T.: 27.5.2008

lirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis ve adlî para cezası veya yalnızca adlî para cezası olmalıdır.

Burada dikkat edilecek ilk husus, 5560 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçlarda ancak çocuklar hakkında herhangi bir suç sınırlamasının olmaması ve hükmün ertelenmesine konu olacak sonuç cezanın 3 yıla kadar hapis olmasıdır. Suç uzlaşma kapsamında ise öncelikle CMK'nın 253. maddesi uyarınca uzlaşma hükümleri uygulanacak, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde CMK'nın 254/2. maddesine göre kamu davasının düşürülmesine karar verilecek, bunun gerçekleşmemesi sonucu suç sabit ise mahkumiyet hükmü kurularak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Mahkumiyet kararı dışında bir karar; sanığın beraatine, kamu davasının durdurulmasına, düşürülmesine, reddine, ceza verilmesine yer olmadığına, yetkisizlik ve görevsizlik kararları verilmesi halinde hükmün açıklanması geri bırakılamaz.<sup>(15)</sup>

İkinci önemli husus ise, Yargıtay Ceza Kurulu'nun Kararında belirtildiği gibi<sup>(16)</sup> Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin ilk halinde

(15) Aynı yönde, BALO, Yusuf Solmaz, a.g.e, s. 325, ARTUÇ, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Terazi Dergisi, Yıl 3, Sayı 21, Mayıs 2008, s. 116

(16) "...yerel mahkeme hükmünden sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda değişiklik gerçekleştirilmiş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bazı koşullarında kısmi değişiklikler yapılmak suretiyle bu Yası'nın 231. maddesinde de düzenlenmiştir. Ayrıca Çocuk Koruma Yasası'nın 23. maddesi de değiştirilmiş, çocuklar hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından, Ceza Muhakemesi Yasası'nda öngörülen koşulların aranacağı belirtilerek, büyükler ve çocuklar arasında paralellik sağlanmıştır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, CYY'nın 231. maddesinin 7. fıkrasında yer verilen; "Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmünde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez" şeklindeki koşul, 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasası'nın 23. maddesinin ilk şeklinde, başka deyişle, yerel mahkemenin hükmü kurduğu tarihte yürürlükte bulunan ilk halinde mevcut değildir. O nedenle, somut olayda

açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezanın ertelenemeyeceğine veya seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez” hükmüne 5560 sayılı Kanunla CMK’nun 231/7. maddesinde yer verildiğinden 19.12.2006 tarihine kadar küçüklerin işlediği suçlarda bu husus da gözetilmelidir.

Cocuk daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmalıdır.

Buna göre kasıtlı olmayan, taksirli suç veya kabahat nevinden es-ki hükümlülükler daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet sayılmayacaktır. Ancak “daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmak” ifadesi tek başına ele alındığında kesinleşmiş mahkumiyetin te-kerre esas olup olmamasının önemli olmadığı<sup>(17)</sup> düşünülebilirse de üzerinden belli sürenin geçmesiyle “vaki olmamış sayılan” mahkumi- yetin hükmün ertelenmesine engel olmaması gerekir. Yargıtay uygula- maları da bu yönde şekillenmektedir.<sup>(18)</sup> Ancak daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamada, mahkumiyetin tekerre esas olup olmama- sı değil 3682 sayılı Adli Sicil Kanununun 8/2. maddesine göre silinme

da ertelenmiş cezayı içeren bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması da olanaklıdır.” (CGK. 13.11.2007, 2007/8-171 E., 2007/235 K.)

(17) AYDIN, Murat, <http://www.murataydin.name.tr/HAGB.doc> 6.5.2008

(18) “Sanığın suç tarihinden önce silinme şartları gerçekleşmeyen kasıtlı bir suçtan mahkumiyetinin bulunması nedeniyle hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve 5728 sayılı Kanunun 562. maddesinin 1. fıkrası ile değişik CMK’nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması müm- kün olmadığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak olunmamıştır.” (5. CD. 29.04.2008, 2008/2260 E., 2008/3770 K.)

şartlarının oluşup oluşmadığına bakılması gerektiği yönünde görüşler de vardır.<sup>(19)</sup>

Kasıtlı suçtan mahkûmiyet yeterli olup cezanın türü veya infaz edilip edilmemesi önemli değildir.

- Çocuğun yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olmalıdır.

- Çocuk hakkında, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemelidir.

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi gerekmektedir. Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar

(19) "Tartışılması gereken ve çekişmeye konu olan, çözümlenecek sorun; sabıka kaydındaki silinme şartlarının oluşup oluşmadığı ve yeni suçun, suç tarihi mi, yoksa mahkumiyet tarihi mi silinmede esas alınmalıdır. Aranan kıstas suç tarihi değil mahkum olunma halidir ve mahkumiyet tarihidir. Sabıkalı kişi daha sonra, belirtilen sürede mahkum olmamalıdır. Olmamış ise, evvelki sabıkası silinecektir.

Somut olayımızda, erteli mahkumiyeti bulunan sanığın hüküm tarihi 26.09.2000'dir. Silinme şartlarına esas olan 5 yıllık süre 26.09.2005'de dolmuştur. Mahkemenin, 3682 sayılı Adli Sicil Kanununun 8/2. maddesinde belirlenen mahkumiyet karar 03.10.2007 tarihidir. Sanık yargılama sürürken, hükmü veren mahkemeye veya bulunduğu yer Asliye Ceza Mahkemesine başvurup sabıkasına esas adli sicil kaydının çıkartılmasına karar verilmesini talep ettiğinde bu Kanun gereğince talebi kabul edilecektir. Zira sanık henüz mahkum olmamıştır.

Yeni suçtan karar verilmeden, mahkumiyetten bahsedilemez. Mahkumiyet şartı, kesinleşmiş bir ceza mahkumiyeti hükmü bulunması demektir.

5271 sayılı CMK.nun 231. maddesi uyarınca; hükümlenen cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesinde zorunluluk vardır. Sayın çoğunluğun, silinme süre şartlarını 765 sayılı TCK.nun 81.maddesindeki tanıma uygun olarak suç tarihini kabul edip olumsuz değerlendirme ile yazılı şekilde oluşturduğu kararına arz ettiğim sebeplerle katılmıyorum." (2. CD. 20.05.2008, 2008/9105 - 8928 sayılı kararındaki karşı oy'dan özetlenerek alınmıştır.)

miktardaki belirlenememesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması gereklidir. Bununla birlikte, çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması durumunda bu koşul aranmayabilecektir. Koşulun yerine getirilememesi hâlinde; denetimli serbestlik süresince sanığa aşağıdaki yükümlülüklerden biri yüklenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir:

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aylık taksitler hâlinde ödenerek tamamen giderilmesi.

- Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler hâlinde Maliye veznesine yatırılması.

- ÇKK'nun 5560 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde (6. fıkrasında) "çocuğun denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle mahkûm olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar" ifadesi mevcuttu. 5560 sayılı Kanunla değişik CMK'nun 231. maddesinin 11. fıkrasında ise "Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar" şeklinde düzenlenmiştir.

İki düzenleme arasındaki farklar dikkat çekicidir. İlk düzenlemeye göre mahkemenin geri bıraktığı hükmü açıklaması için denetim süresi içinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle mahkûmi-

yet olmalıdır. Herhangi kasti bir suç değil, HAPİS cezası gerektiren suç olmalı ve bu suçtan MAHKÛM olmalıdır.

Sonraki suçun erteleme süresi içinde işlenmiş olması yeterli değildir. Bunun için ayrıca, ikinci suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin de erteleme süresi içinde verilmiş ve kesinleşmiş bulunması gerekmektedir. Erteleme süresi içinde işlenen ikinci suçtan dolayı verilen mahkûmiyet kararının erteleme süresi içinde kesinleşmemesi durumunda, mahkeme yargılama sonunda ulaştığı ve açıklanmasını geri bıraktığı hükmü açıklayacaktır.<sup>(20)</sup>

İkinci düzenleme ise tartışmaya açıktır. Çünkü CMK'nun 231. maddesinin 11. fıkrasında “denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi” gerektiği ifade edilerek sanki “kasten yeni bir suç işlenmesi” yeterli görülmüştür. Oysa bir suçun işlendiğinin kabulü ancak mahkeme kararı ile mümkündür. Bu şekilde anlaşılmalıdır. Bu suçun hapis cezası gerektirmesi şart olmayıp kasten işlenebilen bir suç olması yeterlidir. Kanaatimce suçun denetim süresi içinde işlenmesi ve mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmemekte ise de ayrıca bu süre içinde kesinleşmesi gerekmez.<sup>(21)</sup> Bir başka ifadeyle sonradan kesinleşmiş olması kaydıyla

(20) BALO, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, s. 261, 327; aynı görüşte, İNCİ, Zekiye Özen, a.g.m.

(21) “Her ne kadar kanun kasıtlı suç işlemekten bahsetse de, kanımızca bu suçtan sanığın ayrıca mahkûm olması da gerekir. Ancak CMK'nın lafzı gereğince mahkûmiyet tarihi beş yıllık denetimli serbestlik süresinin bitmesinden sonra verilmişse geriye dönük olarak suç tarihi beş yıllık süre içinde gerçekleşmiş olacağı için açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır. Oysa Çocuk Koruma Kanunu'nda durum daha farklı idi. ÇKK'na göre beş yıllık denetimli serbestlik süresi içinde sanığın başkaca kasıtlı bir suçtan mahkûm olması aranmaktaydı. Bu ifade de şu anlama gelmektedir; çocuk sanık beş yıl içinde başkaca kasıtlı bir suç işlemenin yanında aynı süre içerisinde ayrıca bu suçtan mahkûm da olmalıdır ki açıklanması geri bırakılan hüküm açıklansın. Beş yılın geçmesinden sonra alınan ikinci mahkûmiyet kararı açıklanması geri bırakılan ilk hükmün açıklanmasını sağlamaz. Kısacası



yeni suçun denetim süresi içinde işlenmesi ve mahkum olunması yeterlidir.

Mahkeme, yükümlülüklerin yerine getirilme veya getirilememe durumunu göz önünde bulundurarak, çocuk hakkında belirlenen cezada yarı oranına kadar indirim yapabilir. Böylece kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilecektir.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, her şeyden önce kişi halen sanık statüsündedir. Denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. Ancak itiraz mercii sanığın suçu işleyip işlemediği veya suçun niteliğine ilişkin değerlendirme yapma yetkisine sahip olmayıp hükmün ertelenmesi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirme yapmalıdır. Sanığın beraati gerektiğine, suçun vasıflandırılmasında hata yapıldığına (örneğin suçun hırsızlık değil yağma olduğuna)

CMK bu konuda da ÇKK aleyhine düzenleme getirmiştir. CMK beş yıllık denetimli serbestlik süresi içinde ikinci kasıtlı suçun işlenmesini yeterli görürken; ÇKK bu ikinci suçtan aynı beş yıllık süre içerisinde ayrıca mahkûm olunmuş olmak şartını da aramaktaydı." İNCİ, Zekiye Özen, a.g.m.

yönelen gerekçeler temyiz (İstinaf) yasa yoluna tabi olacaktır.<sup>(22)</sup>

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu Maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun “Denetim Altına Alma Kararı” başlıklı 36. maddesine göre; “Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir.”

### **1- 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik**

5560 sayılı Kanunla<sup>(23)</sup> CMK'nun 231. maddesinde yapılan değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu yetişkinler için de kabul edildi. Buna göre (231. maddenin 5 ve 14. fıkraları);

“(Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23. md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin

(22) Cumhuriyet Savcısı ve müdahil idare vekilinin temyizleri beraate ve suç niteliğine yönelik olduğundan 4616 sayılı Yasa uyarınca verilen kamu davasının ertelenmesine ilişkin hükmün de temyizi kabil kabul edilerek yapılan incelemede...; (7. CD. 25.04.2005 2003/20760 E., 2005/3590 K.)

(23) 19.12. 2006 Tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazete

hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”

“(Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23. md) Bu maddenin hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”

5560 sayılı Kanunla 5395 sayılı ÇKK’nun 23. maddesi de değiştirilerek hükümün açıklanmasının geri bırakılması CMK’nun 231. maddesindeki koşulların varlığına endekslenip, sadece büyükler için öngörülen 5 yıllık erteleme ve denetim süresi küçükler için üç yıl olarak kabul edilmiştir.

Böylece 5560 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce suç işleyen çocuklar yönünden; suçun şikayete bağlı olma şartının aranmaması, yargılama sonunda belirlenen cezanın üç yıl olması, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi koşulunun aranmayabileceği ve açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezanın ertelenemeyeceğine veya seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedenleriyle 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin ilk hali daha lehedir<sup>(24)</sup> ve uygulamada buna dikkat edilmelidir. Çocuklar tarafından bu tarihten sonra

(24) “5560 sayılı Yasa ile değiştirilen 5395 sayılı Yasanın 23. ve 24. maddeleri uzlaşma ve hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında çocukları büyüklerle aynı koşullara bağlamışsa da bu maddelerin değişiklik yapılmadan önceki halleri, 27.05.2006 tarihinde suç işleyen sanığın yararındır.” (4. CD. 20.11.2007, 2007/9637 E., 2007/9605 K.)

işlenen suçlarda ise, CMK'nın 231. maddesindeki sınırlama geçerli olacaktır.<sup>(25)</sup>

Burada 5560 sayılı Kanunla değişik “**Mahkeme Tarafından Uzlaştırma**” başlıklı CMK'nun 254. maddesi de unutulmamalıdır. Buna göre;

“**Madde 254 - (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K. 25. md)**

(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra,

(25) “Somut olayda suç tarihinin 18.04.2006 olduğu, ...Asliye Ceza Mahkemesinin kararına gerekçe olarak değerlendirildiği 5271 sayılı Kanun'un 231/5-6. maddesinin 19.12.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'la eklendiği, suçun işlendiği tarihte 5395 sayılı Kanun'un 23/2.maddesi uyarınca suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine ilişkin koşulun; çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde aranmayabileceği cihetle, vekili aracılığıyla itiraz eden sanık aleyhine olacak şekilde, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun'un 231/5-6 maddesinin uygulanması suretiyle yazılı şekilde itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden, ...kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309.maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca BOZULMASINA,” (2. CD. 09.04.2008, 2008/5842 E., 2008/6773 K.)

uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.”

Dikkat edilmesi gereken bir husus 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin ilk hali daha lehe olmakla birlikte yukarıda sayılan lehe değişikliklerin somut olayda mevcut olmaması halinde daha önce beş yıl olarak öngörülen denetim süresi 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle üç yıla indirildiğinden denetim süresi açısından bunun lehe bir değişiklik olduğudur.

Hafif tahrik altında silahla müessir fiil suçundan sanığın 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 456/2, 457/1, 51/2, 55/3 ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddeleri gereğince 1.062,00 Yeni Türk lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23/2. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, anılan Kanun'un 23/3. maddesi uyarınca 5 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına dair yerel Mahkemenin 13.06.2007 tarihli kararına karşı, 765 sayılı TCK'nun 2. maddesi hükmü gereği karar tarihinde yürürlükte bulunan 5560 sayılı Kanun'la değişik 5395 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre “Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.” şeklindeki düzenleme karşısında çocuk hakkında hüküm açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda üç yıl

denetim süresi belirlenmesi gerekirken 5 yıl denetim süresi belirlenmesi nedeniyle 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca kararın kanun yararına bozulması talebi üzerine Yargıtay 3. Ceza Dairesi talep gibi yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>(26)</sup>

Bu karara göre suçun 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlendiği, kararın ise 13.06.2007 tarihinde verildiği anlaşılmaktadır. Ancak suç, silahla yaralama olduğuna göre mağdurun bir zararı (iş kaybı, tedavi gideri gibi...) söz konusu olmalıdır. Karardan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, mağdur zararının giderilmesi şartına bağlanıp bağlanmadığı veya çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması nedeniyle zararın giderilmesi şartının aranmadığı hususu anlaşılammamaktadır. Eğer herhangi bir zarar yok veya zararın giderilmesi şartı aranmadan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse Yargıtay Özel Dairenin bu kararı yukarıdaki açıklamalarımızla, Yargıtay CGK ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarıyla örtüşmektedir. Ancak şikayete bağlı olmayan bir suç için karar tarihindeki lehe değişikliği gerekçe göstererek denetim süresinin üç yıl olması gerektiği düşüncesi karma uygulama yasağına aykırıdır. Çünkü bu durumda karar tarihinde şikayete bağlı olmayan bir suç için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği hususu göz ardı edilmiş olacaktır. Sonuç olarak ya beş yıllık denetim süresine bağlı

(26) "Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5560 sayılı Kanun'la değişik 5395 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre "Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanundaki koşulların varlığı halinde, mahkemeye hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır" şeklindeki düzenleme karşında çocuk hakkında hüküm açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda üç yıl denetim süresi belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde 5 yıl denetim süresi belirlenmesinde isabet görülmemiştir." (3. CD. 06.02.2008, 2008/802 E., 2008/687 K.)

olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir -ki hükümlünün lehine olan budur ve yerel mahkeme de bu yönde karar vermiştir- ya da karar tarihi itibariyle şikayete bağlı olmayan bir suç için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir.

## 2- 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler

23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı **Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun**<sup>(27)</sup> 568. maddesiyle CMK'nun 231. maddesinde yapılan değişiklikle, beşinci fıkrada yer alan “bir yıl” ibaresi “iki yıl” olarak, maddenin 14. fıkrası ise “Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili olarak sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın sınırı, bir yıldan iki yıla çıkarılmış ve suçun şikayete bağlı olma şartı kaldırılarak Anayasada koruma altına alınan inkılâp kanunları<sup>(28)</sup> hariç uygulama alanı genişletilse de küçük suçlular için 5395 sayılı ÇKK'nun 23. maddesinin ilk haline göre daha lehe olma-

(27) 08.02. 2008 Tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete

(28) 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu; 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanun; 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun; 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esasları ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü; 1288 sayılı Beynelmilel Erkâmın Kabulü Hakkında Kanun; 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun; 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun; 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

mıştır. Çünkü 5395 sayılı Kanununun 23. maddesinin ilk halinde suç türü (inkılâp kanunları) yönünden bir sınırlama olmadığı gibi yargılama sonunda üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis ve/veya adlî para cezası için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebiliyordu. Ayrıca açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezanın ertelenmesi de mümkündür. Dolayısıyla 5560 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce suç işleyen çocuklar yönünden 5395 sayılı ÇKK'nun 23. maddesinin ilk hali daha lehe olup gözardı edilmemesi gerekir. 19.12.2006 tarihinden 5728 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 8.02.2008 tarihine kadar işlenen suçlarda ise çocuklar (ve yetişkinler) yönünden 5728 sayılı Kanun hükümleri lehedir. Çünkü yargılama sonunda hükmolunan cezanın sınırı, bir yıldan iki yıla çıkarılmış ve suçun şikâyete bağlı olma şartı da kaldırılarak inkılâp kanunları hariç uygulama alanı genişletilmiştir.

### **3- 5739 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Terör Suçu İşleyen Çocukların Durumu**

5728 sayılı Kanunla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının çerçevesi suç ve ceza miktarı itibariyle genişletilince tabir yerindeyse kanun koyucu yaptığı hatanın farkına vararak 26.02.2008 tarih ve 5739 sayılı Kanun<sup>(29)</sup> ile, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na bir madde eklenerek ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda değişiklik yapılarak hükmün açıklanmasının

(29) 01.03.2008 Tarih ve 26803 Sayılı Resmi Gazete



geri bırakılmasının uygulanması ile ilgili yeni sınırlamalar getirilmiştir.<sup>(30)</sup>

5739 sayılı Kanunda çocuk suçluları etkileyen değişiklikler de yapılmıştır. Kanunun 3. maddesiyle, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 13. maddesi değiştirilerek “Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; ... Ancak bu hükümler onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz.”

Bu değişiklik suç tarihi ve yaş grubuna göre küçük suçluları farklı şekilde etkileyecektir.

#### 1- 19.12.2006 tarihinden önce işlenen terör suçu yönünden;

5395 sayılı ÇKK'nun 23. maddesinin ilk haline göre daha lehe olmamıştır. Çünkü 5395 sayılı Kanunun 23. maddesinin ilk halinde de suç türü yönünden bir sınırlama bulunmamaktaydı. Dolayısıyla 5560 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce 3713 sayılı Kanun kapsamında suç işleyen çocuklar için (ister 12-15 yaş grubunda olsun, ister 15-18 yaş grubunda olsun) 5395 sayılı ÇKK'nun 23.

(30) 5739 sayılı Yasanın 2. maddesiyle 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63. maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Anılan değişikliğe göre, “Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, ...4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri... disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz.” Kanaatimizce, 477 sayılı Yasada 5739 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmamış olsa da, CMK'nın 2. maddesi hükmü de gözetilerek, bu suçların işlenmesi nedeniyle 477 sayılı Yasanın 41. maddesi uyarınca verilecek ceza niteliğindeki disiplin cezalarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilememesi gerekirdi. Ancak Kanun koyucunun her ihtimale karşı bu düzenlemeyi yapma gereği duymuştur. (Artaç, Mustafa, a.g.m. s. 110-111)

maddesinin ilk hali -verilecek ceza miktarı itibarıyla- daha lehe olup göz ardı edilmemesi gerekir.

2- 19.12.2006 tarihinden 08.02.2008 tarihine kadar işlenen terör suçu yönünden;

5560 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden 5728 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihine kadar işlenen suçlarda CMK'nun 231. maddesine göre yargılama sonunda hükmolunan cezanın sınırı bir yıla indirilip işlenen suçun da şikayete bağlı olma şartı getirildiği için 3713 sayılı Kanun kapsamında suç işleyen 18 yaşını doldurmamayan çocuklar yönünden (ister 12-15 yaş grubunda olsun, ister 15-18 yaş grubunda olsun) 5728 sayılı Kanun daha lehedir. Çünkü yargılama sonunda hükmolunan cezanın sınırı, bir yıldan iki yıla çıkarılmış ve suçun şikayete bağlı olma şartı da kaldırılarak (inkılâp kanunları hariç) uygulama alanı genişletilmiştir.

3- 01.03.2008 tarihinden itibaren işlenen terör suçu yönünden;

3.1.- 15-18 yaş grubunda olan küçükler için;

5739 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 13. maddesi değiştirilerek "3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez" hükmüne yer verildiğinden 01.03.2008 tarihinden itibaren işlenen terör suçu yönünden hükmün ertelenmesine karar verilemeyecek ancak bu tarihten önce işlenen terör suçu yönünden kazanılmış hak doğduğundan

ceza miktarı 2 yılın üzerinde (19.12.2006 tarihinden önce 3 yılın üzerinde) olmamak üzere hükmün ertelenmesine karar verilebilecektir.

### 3.2.- 12-15 yaş grubunda olan küçükler için;

12-15 yaş grubunda olan küçükler, terör suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğine dair kuralın istisnası olarak belirtildiklerinden 3713 sayılı Kanun kapsamındaki suçlarda da ceza miktarı 2 yılın üzerinde (19.12.2006 tarihinden önce 3 yılın üzerinde) olmamak üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir.

### 4- **Örneklerle Çocuklar Hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**

Şimdi de genel olarak suç tarihleri ve verilen karara göre durumu örneklerle açıklamaya çalışacağız.

**Örnek 1: Küçük sanığın 19.12.2006 tarihinden önce işlediği şikayete bağlı olan bir suç nedeniyle yargılanıp (suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı bir zararın olmadığı veya çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması nedeniyle zararın giderilmesi şartı aranmadığı varsayılarak) sonuç olarak 1 yıla kadar hapis (bir yıl dâhil) ve/veya adli para cezası ile cezalandırılmasına, hakkındaki hükmün açıklanmasının ertelenmesine 19.12.2006 tarihinden sonra karar verilmesi halinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesi yollamasıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesindeki koşullar yönünden lehe bir durum olmadığından ancak daha önce beş yıl olarak öngörülen denetim süresi 5560**

sayılı Kanunla yapılan değişiklikle üç yıla indirildiğinden denetim süresi üç yıl olarak belirlenecektir. Örnekteki suçun 19.12.2006 tarihinden sonra işlenip suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın varlığı halinde, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle zararın tamamen giderilmesi şarttır, aksi halde hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilemez.

**Örnek 2:** Küçük sanığın 19.12.2006 tarihinden önce işlediği şikayete bağlı olmayan bir suç nedeniyle yargılanıp (suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı bir zararın olmadığı varsayılarak) sonuç olarak 3 yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis ve/veya adli para cezası ile cezalandırılmasına ve hakkındaki hükmün açıklanmasının ertelenmesine 19.12.2006 tarihinden sonra karar verilmesi halinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesi yollamasıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesindeki koşullar yönünden lehe bir durum olmadığı ancak daha önce beş yıl olarak öngörülen denetim süresi 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle üç yıla indirildiğinden denetim süresi üç yıl olarak belirlenecektir.

Örnekteki suçun işlenmesiyle mağdur veya kamu zararının mevcut olması halinde iki şekilde karar verilebilir:

1- Mahkemece suç tarihinde yürürlükte bulunan Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi gereği çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması nedeniyle takdir hakkı kullanılarak zararın giderilmesi şartının yerine getirilmesini aramadan hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilebilir. “Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması koşullarının aksine

mağdurun açık rızasına rağmen bu koşul yani zararın tamamen giderilmesi aranacaktır. Ancak kanıtlanması yönünden mağdurun beyanı yeterli kabul edilebilecektir. Örneğin, mağdur zararın tamamen karşılandığını beyan ettiği takdirde bu beyan yeterli kabul edilebilir.”<sup>(31)</sup> Bu halde denetim süresi beş yıl olarak belirlenecektir. Çünkü karar tarihi itibarıyla 19.12.2006 tarihinden beri yürürlükte bulunan CMK’nun 231. maddesindeki koşullara göre suçun işlenmesiyle oluşan mağdur veya kamu zararının giderilmesi şarttır. Ancak suç tarihi itibarıyla yürürlükte olup 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 7. maddesi hükmü gereği mahkemece takdir hakkı kullanılarak zararın giderilmesi şartının yerine getirilmesi aranmadan hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verildiğinden bu durumda artık karma uygulama yapılamayacak ve denetim süresi beş yıl olarak belirlenecektir.

2- Mahkeme, suç tarihinde yürürlükte bulunan Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi gereği takdir hakkını kullanarak zararın giderilmesi şartı yerine getirilmediğinden hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar vermeyip hükmü açıklayabilir. Aksi halde hem suç tarihinde yürürlükte olup karar tarihinde yürürlükte bulunmayan sanık lehine bir hususa dayanılarak hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilmesi hem de suç tarihinde yürürlükte olmayıp karar tarihinde yürürlükte bulunan ve süre olarak sanığın daha lehine olan denetim süresi üç yıl olarak belirlenemez. Bir başka ifade ile önceki ve sonraki yasaların lehe olan hükümleri seçilerek uygulama yapılamaz. Bu husus İBK. ile Yargıtay’ın karma uygulama yapılamayacağı

(31) ÖZSOY, Nevzat; <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=6785>, E.T.: 11.5.2008

yacağı yönündeki yerleşmiş kararlarına ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesine aykırıdır.<sup>(32)</sup>

Örnekteki suçun 19.12.2006 tarihinden sonra işlenmesi halinde artık 5560 sayılı Kanunla değişik CMK'nun 231. maddesindeki koşullar itibariyle hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilemez.

**Örnek 3: Küçük sanığın 19.12.2006 tarihinden sonra, 08.02.2008 tarihinden önce işlediği şikayete bağlı olmayan bir suç nedeniyle yargılandığını düşünürsek:**

(32) "...lehe yasanın tespiti açısından bu ölçütlere yeni kriterler eklenmesi yönündeki görüş ve uygulamalar, öğreti ve yargısal kararlara konu olmuş, değişen ceza mevzuatı karşısında dahi halen geçerliliğini koruyan 23.02.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "Suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin farklı olması halinde, her iki yasanın birbirine karşıtılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı," şeklinde, lehe yasanın tespitinde başvurulacak yöntem ana hatlarıyla belirtilmiştir.

Öğretide de anılan İçtihadı Birleştirme Kararındaki ilkeler benimsenerek, uygulanma olanağı bulunan tüm yasaların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren yasanın belirlenip son hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür.

.....

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun; "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. Maddesinde; "...1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir. Hükmüne yer verilmiştir.

.....

Bu hüküm uyarınca, kesin yargı haline gelmiş bir hükümde değişiklik yargılaması yapılması, önceki hükümde sabit kabul edilen olaya her iki yasanın ilgili tüm hükümleri birbirine karşıtılmaksızın uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sonuçlar belirlenmesini ve bunların karşılaştırılmasını gerekli kılmaktadır." (CGK. 31.01.2006, 2006/10-10 E., 2006/8 K.)

1- 08.02.2008 tarihinden önce verilen kararda sonuç olarak ceza miktarı ne olursa olsun şikayete bağlı olmadığından hükmün açıklanması ertelenemez. Ancak bu tarihten önce verilip kesinleşmişse 08.02.2008 tarihinden itibaren lehe değişiklik nedeniyle uyarılama yargılaması ile -daha önce hükmedilip kesinleşen cezanın 2 yıldan fazla hapis cezası olmaması şartıyla- bu yönde karar verilebilir.

2- 08.02.2008 tarihinden sonra verilen/verilecek kararda ceza miktarı 2 yıldan fazla hapis cezası olmamak üzere hükmün açıklanması ertelenebilir. Örnekteki suç 5728 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihinden önce işlendiğinden Anayasanın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarından birine muhalefet olsa da karar tarihi ne olursa olsun hükmün açıklanması ertelenebilir.

**Örnek 4: Küçük sanığın 08.2.2008 tarihinden sonra işlediği şikayete bağlı olmayan bir suç nedeniyle yargılandığını düşünürsek:**

1- **Suç tarihi 08.2.2008-01.03.2008 tarih aralığında ise; suçun Anayasada koruma altına alınan inkılâp kanunlarından birine muhalefet suçu olmaması kaydıyla karar tarihinin 01.03.2008'den önce veya sonra olması fark etmeden sonuç ceza miktarı 2 yıl hapisten fazla değilse hükmün açıklanması ertelenebilir.** Örnekteki suç 5739 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 01.03.2008 tarihinden önce işlendiğinden 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan biri olsa bile karar tarihi ne olursa olsun hükmün açıklanması ertelenebilir.

2- Suç tarihi 01.03.2008 tarihinden sonra ise;

2.1.- Suçun Anayasada koruma altına alınan inkılâp kanunlarından birine muhalefet suçu ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan biri olmaması kaydıyla verilen/verilecek kararda sonuç ceza miktarı 2 yıl haptisten fazla değilse hükmün açıklanması ertelenebilir.

2.2.- Küçüklerin işlediği suç 3713 sayılı Kanun kapsamına giren terör suçu ise, bu konuda yukarıda “5739 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler” başlığı altında 12-15 yaş grubu ve 15-18 yaş grubunda olan küçükler için ayrı ayrı örneklendirilmiştir.<sup>(33)</sup>

#### **V- Yargıtay Kararlarına Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Karar Verilemeyecek Durumlar veya Suçlar**

Buraya kadar Küçük sanıklar yönünden “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” kurumunun uygulanmasını, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile 5560, 5728 ve 5739 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikleri suçun niteliğine, suç tarihine ve hükmedilecek ceza miktarına göre ele alarak örneklerle açıklamaya çalıştık. Bundan başka gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gerekse Yargıtay özel Dairelerinin Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek suçlar veya hallere ilişkin kararları olup bunların başlıcalarına değineceğiz.

(33) 5739 sayılı Kanunla 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na bir madde eklenip 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kurulu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunda değişiklik yapılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması ile ilgili yeni sınırlamalar getirilmişse de 18 yaşını bitirmeyen çocukların bu suçların sanığı olamayacağı varsayılarak bu yönde örneklendirme yapılmamıştır. Aksi halde 15-18 yaş grubunda olup terör suçu işleyen sanıkların örneği bu suçlar yönünden de geçerlidir.



1- Ceza miktarı yönünden hükmün ertelenmesi için hükmedilen ceza değil, hükmedilmesi gereken ceza miktarı esastır. Örneğin suç tarihinde 18 yaşını bitirdiği halde yaş küçüklüğü nedeniyle indirim yapılması sonucu sonuç ceza iki yılın üzerinde tayin edilmesi gerekirken sanığa iki yılın altında bir ceza verilmesi halinde hükmün ertelenmesi yasaya aykırı olacaktır. Ceza Genel kurulu ve özel daire kararları bu yöndedir.<sup>(34)</sup>

2- “CMK’nun 231. maddesinin 7. fıkrasında yer verilen; “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez” şeklindeki koşul, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin ilk şeklinde, başka deyişle, yerel mahkemenin hüküm kurduğu tarihte yürürlükte bulunan ilk halinde mevcut bulunmadığından somut olayda ertelenmiş cezayı içeren bir hükmün açık-

(34) “Dosya kapsamından, sanığın eylemiyle ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin uygulanması suretiyle 2 yıl 1 ay olarak hesap edilen cezanın, gerçekte uygulanma yeri bulunmadığı kabul edilen 150/2. maddenin uygulanmaması halinde 4 yıl 2 ay olacağı açıkça anlaşılmaktadır. Şu halde, suç tarihinin 19.04.2005 olduğu da nazara alındığında; uygulama yeri olmayan 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin yerel Mahkemece uygulanmış olması sebebiyle ceza 2 yıl 1 ay hapse kadar düşmüş ve Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan “hükmün açıklanmasının ertelenmesi” müessesesinin uygulanabilirlik sınırları içerisine girmiş ise de; sanığın sabit kabul edilen eyleminin asıl cezası 2 yıl 1 ay olmayıp, 4 yıl 2 ay olduğundan; hükmolunması gereken ceza miktarı itibarıyla 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına olanak bulunmamaktadır.” (CGK. 04.03.2008, 2008/6-47 E., 2008/43 K.)

“Sanık Serdar Kömürçü’ye 765 sayılı TCK’nun 493/1-son maddelerinin uygulanması halinde hükmedilmesi gereken cezaların 2 yıldan fazla olması ... nedeniyle 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562.maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK’nun 231.maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığı anlaşılmakla yapılan incelemede...” (6. CD. 01.04.2008, 2007/2043 E., 2008/8002 K.)

lanmasının geri bırakılması da olanaklıdır.”<sup>(35)</sup>

3- Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası yerine tedbire veya hapis cezası yerine seçenек yaptırımı hükmedilmesi durumunda kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez ise de suçun işlendiği ve hükmün kurulduğu tarihte “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumu yürürlükte bulunmadığından sanık yararına olan bu hususun mahkemece tartışılması gerekir.<sup>(36)</sup>

4- Yargıtay 10. Ceza Dairesinin uygulamasına göre “**Kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak**” suçlarında sanık hakkında “tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine” hükmedilmesi halinde, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin geciktirilmesinin bunların niteliği ve amacı ile bağdaşmayacağından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Özel Daire kararına göre;

(35) CGK. 13.11.2007, 2007/8-171 E., 2007/235 K.

(36) “...sanığa yüklenen silahla kasten yaralama suçundan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası olmaması sanık hakkında tedbire hükmedilmesi nedeniyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği belirlenerek yapılan incelemede:... hükmün ONANMASINA oyçokluğuyla karar verilmiştir (2. CD. 2008/792 E., 2008/6916 K.). Buna karşılık iki üye; “...CYY'nın 231.maddesine, beşinci ve devam eden ondördüncü fıkra olarak, 5560 sayılı Yasa ile eklenen ve 5728 sayılı Yasayla beşinci ve ondördüncü fıkraları değiştirilen, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” hükmü suçun işlendiği ve hükmün kurulduğu zaman yürürlükte bulunmamaktadır. Sanık hakkında hüküm kurulduktan sonra, 5271 sayılı Yasanın 231.maddesinde “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” ilişkin düzenleme yapılmıştır. Hükümden sonra yürürlüğe giren ve 5237 sayılı TCY'nın 7/2. maddesi uyarınca sanık yararına olan “hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına” mahkemece, tartışılmasının zorunlu olduğu kanısındayız. Bu nedenlerle, sanık hakkında verilen hükmün onanmasına ilişkin çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz” görüşüyle karşı oy kullanmış olup konunun itirazın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına Ceza Genel Kurulu'na taşınması sonucu CGK da Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının KABULÜNE ve Yargıtay 2. Ceza Dairesinin onama kararının KALDIRILMASINA karar vermiştir (CGK. 27.5.2008, 2008-141 E., 153 K.).

*“Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için ön koşul olarak, yargılama sonucu belirlenen cezanın, karar tarihinde yürürlükte bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 23/1. maddesinde, en çok 3 yıla kadar (3 yıl dahil) hapis veya adli para cezası ve hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı CMK’nın 231/5. maddesinde ise, en çok 2 yıla kadar (2 yıl dahil) hapis veya adli para cezası olması gerektiği belirtilmiş olup; somut olayda, sanık hakkında verilen ve seçenek yaptırımı dönüştürülen hapis cezası ile birlikte “tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine” hükmedilmesi, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin geciktirilmesinin bunların niteliği ve amacı ile bağdaşmayacak olması karşısında, tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir.*

.....

*5560 sayılı Kanunla değişik 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde; uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında;*

*a) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmamış ise, birinci fıkraya göre cezaya hükmedilmeden ikinci fıkra uyarınca sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi,*

*b) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmış ise, birinci fıkraya göre cezaya hükmedilmeden ikinci fıkra gereğince sadece tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilebileceği gibi, altıncı fıkranın yollaması uyarınca birinci fıkradaki ceza ile birlikte ikinci fıkradaki*

*tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilebileceği,*

*c) Sadece ikinci fıkranın uygulandığı durumlarda, tedavinin ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde davanın düşmesine karar verilmesi, aksi halde birinci fıkra uyarınca ceza tayin edilmesi öngörülmüştür.* <sup>(37)</sup>

Gerek sanığın gerekse içinde yaşadığı toplumun sağlığı açısından tedaviyi ve/veya denetimli serbestlik tedbirini geciktirmenin doğru olmayacağı düşüncesinin bu kararda etkili olduğu anlaşılmaktadır. <sup>(38)</sup>

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında (ister kullanmış olsun isterse henüz kullanmayıp kullanmak üzere satın alan, kabul eden veya bulunduran olsun) 191. madde uyarınca açılan davada mahkeme, hüküm vermeden önce sanık hakkında tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirine karar verebilecektir. <sup>(39)</sup> Madem 191. maddenin 5. fıkrasına göre “Tedavinin

(37) 10. CD. 31.03.2008, 2006/7926 E., 2008/5060 K.

(38) TBMM Adalet Komisyonunca kabul edilen 191. madde gerekçesinde de “İzlenen suç politikası gereği olarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan bir kişidir. Bu nedenle, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması gerektiği” vurgulanmıştır.

(39) 5560 sayılı Kanununun 191. maddede değişiklik yapan madde gerekçesindeki “cezaya hükmetmeden tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde, açılmış olan kamu davası derdest olmaya devam etmektedir” tespitinden de anlaşılacağı gibi cezaya hükmetmeden verilen tedbir kararı itiraza tabi olacaktır. Tıpkı CMK’nun 231. maddesi uyarınca verilen hükmün ertelenmesi kararı gibi. Her iki karardan sonra da dosya derdest olup, kişiler sanık statüsündedir ve yargılama süreci tamamlanmamıştır. Her iki durumda da denetim süresi içinde ihlal olması halinde dosya ele alınarak esastan bir karar verilmekte, ihlal olmaması durumunda ise davanın düşürülmesine karar verilmektedir. Ayrıca her iki konuda yasal bütün şartları mevcut olsa da karar “verilebilir” oysa CMK’nun 223. maddesinde sayılan hükümlerin her biri için karar “verilir”

ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir.” Madem “Çocuk Ceza Hukuku, bir tedbir hukukudur. Ceza en son çaredir ve istisnadır”<sup>(40)</sup> veya “Çocuklar ‘en ziyade himayeye mazhâr menfaat grubu’ olarak kabul edilmelidir”<sup>(41)</sup> öyleyse özellikle çocuk suçlular için ceza vermeden önce gerek sanığın gerekse toplumun sağlığı açısından daha lehe olan “Tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine” hükmetmek gerekir. Tedavi ve tedbirin gereklerine uygun davranılması halinde davanın düşmesine karar verileceğinden maslahata (kamu yararına) uygun sonuç alınmış demektir.

5237 sayılı TCK’nun 5560 sayılı Kanunla değişik 191. maddesinin 6. fıkrasına göre “*cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir*” ise de “*bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.*” Bir başka ifadeyle, hüküm vermeden önce sanık hakkında tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirine karar verilip bunun gereklerine uygun davranmayan kişi hakkında davaya devam olunarak verilecek hükümde (cezaya hükmedildikten sonra) 191. maddenin iki ilâ dördüncü fıkralarına göre sanık 2. defa tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulamaz. 191. maddenin 6. fıkrası buna engeldir. Ancak bu halde CMK’nun 231. maddesi uyarınca hükmün ertelenmesine karar verilebi-

(40) YENİSEY, Feridun, “Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku” için yazılan sunuş’dan

(41) TANRIVER, Süha, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 947-953), s. 948. (aktaran ÖZBEK, Mustafa Serdar, a.g.m.)

lır mı? Yasal bir engel olmadığı söylenebilirse de cezaya hükmedilmeden ikinci fıkra uyarınca sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilip bunun gereklerine uymayan sanık hakkında hükmün ertelenmesine karar verilmesinin “takdirde hata” olup olmayacağı söz konusu olacaktır.

Bu düşünceler ışığında; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında 191. maddede uyarınca açılan davada mahkemece, hüküm vermeden önce tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirine karar verilmeyip ilk defa mahkumiyet kararı ile birlikte tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirine karar verebileceği gibi tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbiri koşulluna bağlı olarak hükmün açıklanmasının ertelenmesine de karar verilebilir.

CMK'nun 231. maddesi uyarınca hükmün ertelenmesine karar verilmesi ile birlikte anılan maddenin 8. fıkrasının (a), (b), (c) bentlerinde sayılan denetimli serbestlik tedbirlerine karar verilebileceği gibi “...ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine de karar verilebilecektir.” Bu hüküm hakime geniş bir takdir hakkı tanımakta olup bu takdir hakkı sanığın kişiliğine, sosyal durumuna, işlediği suça göre isabetli kullanılması halinde yeniden suç işlenmesinin önlenmesi bakımından yararlı olacaktır.<sup>(42)</sup>

Tedbirin gereklerine uyulması halinde dava düşürülecek, aksi halde mahkemece hüküm açıklanacaktır. Bu seçenek denenmeden doğ-

(42) AYDIN, Murat, a.g.m.

rudan ceza ile birlikte tedbire hükmedilmesi halinde kişinin tedbire uyup uymamasına göre cezası infaz edilecek veya infaz edilmiş sayılıp (TCK. 191/7. md) sabıkalı duruma düşecek ve bir daha suç işlemesi halinde mükerrir sayılacaktır.

**5- Yine Yargıtay 10. Ceza Dairesinin uygulamasına göre 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen hükümler CMK'ya göre özel hüküm niteliğini taşımakta olup "hükümün açıklanmasının geri bırakılması"na ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi hükümün ertelenmesine ilişkin hükümlerin sanığın aleyhine olduğu açıktır.<sup>(43)</sup>**

## VI- Sonuç

"En ziyade himayeye mazhâr menfaat grubu olan çocuklar için asıl olan tedbirdir, ceza en son çare ve istisna" ise, maslahata uygunluk ilkesinin uzantıları olan ve gerek 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu,

(43) "3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen suçlara ve yargılama usulüne ilişkin hükümler, maddi hukuk kuralları yönünden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre ve kendine özgü usul hükümleri içermesi nedeniyle de 5271 sayılı CMK'ya göre özel hüküm niteliğini taşımaktadır. 3167 sayılı Kanun'da "hükümün açıklanmasının geri bırakılması"na ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır... 3167 sayılı Kanun'un 16/c maddesindeki sözü edilen düzenlemeye göre; çek bedeli, tazminatı ve gecikme zammının ödemesi ya da icra kanalıyla ödeme suretiyle gerçekleşen tazmin işlemi ya da şikayetçi ile anlaşarak çek aslının geri alınması durumlarında ceza davasının düşürülmesine karar verilecek ve böylelikle, sanığın devletle olan tüm cezai ilişkisi sona erecektir. Buna karşın hükümün açıklanmasının geri bırakılması durumunda, tazmin ile ceza davasının düşmesi sonucu doğmayacağı gibi, sadece ön koşullardan birisi yerine getirilmiş olacaktır; ayrıca sanık hakkında 5 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gibi ek bir yükümlülüğe de hükmedilecek ve denetim süresi içinde sanığın kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır. Bu durumda, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin sanığın aleyhine olduğu açıktır. Belirtilen nedenlerle, incelemeye konu itiraz mercii kararı yasaya uygun olduğundan, yerinde görülmeyen kanun yararına bozma talebinin (REDDİNE)" (10. C.D. 02.07.2007, 2007/5010 E., 2007/8222 K.)

gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile ceza hukuk sistemi-  
mizde yerini alan uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi,  
hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumların işletilmesi  
sürecinde çocuğun menfaatlerinin en iyi şekilde korumasına özen gös-  
terilmelidir.

Soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki filtreleri mümkün oldu-  
ğu kadar etkinleştirerek Çocuk hukukunun genel ilkeleri ve çocuğun  
yüksek yararı daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Mukayeseli hukukta olduğu gibi ülkemizde de maslahata uygun-  
luk ilkesi gereği anılan erteleme kurumları -ilk önce CMK'da yer ve-  
rilmesine teşebbüs edilip kabul görmese de- öncelikle çocuk suçlular  
için kabul edilmiştir. Ancak uygulamanın yerleşmesi ve varsa ortaya  
çıkan problemlere göre gerekli yasal değişikliklerin yapılması beklen-  
meden 5560 sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanununa alınarak ge-  
nelleştirilmiştir. Daha sonra da 5728 ve 5739 sayılı Kanunlarla yapılan  
değişiklikler küçükler yönünden ilk düzenlemeye göre kurumun çerçe-  
vesi daraltılmış, ÇKK ile tanıdığı olanakları kanun koyucu adeta geri  
almıştır.

Oysa bu gibi yasal değişikliklerin yapılmadan önce kamuoyunda,  
akademik çevrede yeterince tartışmaya açılıp çerçevesi netleştirildikten  
sonra kanunlaşması daha faydalı ve kalıcı olurdu.





### YENİ SEÇİLENLER, YENİDEN SEÇİLENLER, EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR

*Ersin DAMAR* (★)

#### **Düzeltilme**

Yargıtay Dergisi, 2008 Ocak-Nisan (1-2.) sayısının 204 ve 205. sayfalarında yayımlanan Yargıtay Başkanı Sayın Hasan Gerçek'in öz geçmişinde, çocuk sayısı sehven iki olarak yazılmıştır. Sayın Başkan evli ve bir çocuk babasıdır.

Düzeltiliyor ve tekrar yayınlıyoruz. (YD)

#### ❖ **YENİ SEÇİLENLER**<sup>(1)</sup>

#### ***Hasan GERÇEKER***

01.06.1946 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Gazi Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1970 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini İstanbul'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Gerçek*; sırasıyla Doğubeyazıt, Pazaryeri, Aksaray Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Askeri Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

---

(★) *Yargıtay Yayın İşleri Müdürü*

(1) Sıralama seçilme tarihine göre yapılmıştır.

20.01.1995 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Hasan Gerçekler**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 21.01.2002 tarihinde ilk kez, 23.01.2006 tarihinde ikinci kez Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi Başkanlığı'na seçilmiştir; bu görevini sürdürürken 06.02.2008 tarihinde de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Yargıtay Birinci Başkanlığı'na seçilmiş olup halen bu görevini sürdürmektedir. Evli ve bir çocuk babasıdır.

### **Süleyman CANER**

28.02.1951 tarihinde Acıpayam'da doğmuştur. Denizli Acıpayam Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1977 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini İstanbul'da yedek subay olarak yapmıştır.

Denizli hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Caner**; sırasıyla Karahallı ve Şemdinli Cumhuriyet Savcılığı, Kepsut ve Kırıkkale Hakimliği, Erzincan Devlet Güvenlik Mahkemesi Asıl Üyeliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

21.03.2000 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Süleyman Caner**, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 17.04.2008 tarihinde Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup halen bu görevini sürdürmektedir. Evli ve iki çocuk babasıdır.

## ❖ YENİDEN SEÇİLENLER<sup>(2)</sup>

### ***Ali ÖZÇELİK***

02.02.1946 tarihinde Arguvan'da doğmuştur. Malatya Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1968 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Trabzon'da yedek subay piyade teğmen olarak yapmıştır.

Malatya hakim adayı olarak mesleğe başlayan ***Özçelik***; sırasıyla Çelikhan, Palu, Sandıklı, Çatalca ve Üsküdar Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.08.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ***Ali Özçelik***, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 16.06.2004 tarihinde ilk kez, 17.06.2008 tarihinde de ikinci kez Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen ***Özçelik***, evli ve bir çocuk babasıdır.

---

(2) Sıralama seçilme tarihine göre yapılmıştır.

## ❖ EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR<sup>(3)</sup>

### *Coşkun ERBAŞ*

02.04.1943 tarihinde Develi'de doğmuştur. Ankara Atatürk Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1973 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Denizli'de yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Erbaş*; sırasıyla İspir, Seben, Sapanca, Kayseri Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.05.1997 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Coşkun Erbaş*, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 22.09.2003 tarihinde ilk kez, 22.09.2007 tarihinde de ikinci kez Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup bu görevini sürdürmekte iken yaş sınırı nedeniyle 02.04.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Fransızca bilen *Erbaş*'ın “Tarihi Gelişimi İçerisinde Gözetimle Erteleme ve Fransa'daki Uygulaması” adlı eseri vardır. Fransa'da Besançon Franche-Comte Üniversitesinde Uygulamalı Fransızca Dili

---

(3) Sıralama emeklilik tarihine göre yapılmıştır.

bölümünü bitirmiş, aynı üniversitede araştırma yapmış ve bu araştırma yazısı Yargıtay Dergisinde yayımlanmıştır. Evli ve iki çocuk babasıdır.

### ***Mehmet Gündüz İPEK***

24.06.1948 tarihinde Diyarbakır'da doğmuştur. Diyarbakır Ziya Gökalp Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1974 yılında mezun olmuştur.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan *İpek*; sırasıyla Bozkurt (Kastamonu), Samandağ (Hatay), Of (Trabzon), Karasu (Adapazarı) ve Eskişehir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mehmet Gündüz İpek*, Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken kendi isteği ile 02.05.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Fransızca bilen *İpek*'in, çeşitli dergilerde yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır. Evli ve iki çocuk babasıdır.

### ***Yavuz ÖZTÜRK***

20.06.1943 tarihinde Sarıkamış'ta doğmuştur. Kars Alpaslan Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1969 yılında mezun olduktan sonra, askerliğini Erzurum'da yedek subay olarak yapmıştır.

Ankara hâkim adayı olarak mesleğe başlayan *Öztürk*; sırasıyla Çaykara, Yayladağ, Bâlâ Hâkimliği ve Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

26.05.1997 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Yavuz Öztürk*, Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken yaş sınırı nedeniyle 20.06.2008 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

Fransızca bilen *Öztürk*, evli ve üç çocuk babasıdır.

