1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MAYIS - HAZİRAN 2014

CİLT: 88 - SAYI: 2014/3 ISSN 1304-737X

Dergide yayımlanan yazılar yazarların, kişisel görüşünü yansıtır.
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.
Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu
yoktur. Gönderilen yazılarda, Yayın Kurulu'nun saptadığı
yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 251 63 25-179
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
12.000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Hüseyin ÖZBEK
Av. Füsun DİKMENLİ

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

Genel Yazman
Av. A.Coşkun ONGUN

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Ali Turan HÜR
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Hakan MURAN

Yönetim Yeri
Av. Orhan Adli Apaydın Sokak Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0216) 427 37 22 / Faks: (0216) 427 05 49
Web: www.istanbulbarosu.org.tr
E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

Yayıncı Sertifika No: 12457

Baskı
Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd.Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir - İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05
www.egebasim.com.tr

Baskı: Mayıs 2014

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULUNDAN..... 1

YAZILAR 3

6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler

Av. İbrahim Murat HAZNEDAR..... 5

Montreal Konvansiyonu

Av. Hüsniye ÇİÇEKÇİOĞLU ANDRİNİ 34

Milletlerarası Tebligat

Anıl TANYILDIZ 72

Azil Ve İstifa Hallerinde Avukatlık Ücretinin Belirlenmesi

Av. A.Coşkun ONGUN.....76

Ceza Yargılamasında İspatta Diyalektik Yaklaşım

Mahir TOPALOĞLU 82

Özel Hayatın Gizliliği Ve Vergilendirme

Av. Dilek TAŞÖREN 96

Hizmet Akitlerinde Cezai Şart

Av. Fehmi GÜNDÜZ 134

Yargıtay Kararları Işığında Alt İşveren - Asıl İşveren Uygulamalarında Sorumluluk

Av. Alpaslan AKMAN 154

İdari Usul Açısından Ombudsmanlık Ve Avrupa Birliği Uygulaması

Av. Tayfun ERCAN - Av. Can YAMAN..... 173

İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi (II)

Av. İlker Hasan DUMAN 198

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar

Alper TANRIVERDİ 266

"Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)" ile "Borçlunun Süresi İçinde Zamanaşımı İtirazında Bulunmaması"nın Tasarrufun İptali Davası'na Konu Edilmesi

Av. Talih UYAR..... 282

Merkezi Takas Kuruluşlarına Getirilen Yeni Esaslar

Yavuz AKBULAK 296

Tutuklamada Kaçma Şüphesi

Av. Casim YILMAZ 319

Tutukluluk Tutukevleri - Cezaevleri

Av. Selen KARAÇALI 325

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Perspektifinden Adil Yargılanma Hakkına Genel Bir Bakış

Uğur GÜNER 330

Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Hekimin Cezai Sorumluluğu

Av. Orkun ATABAY 342

Kasten Öldürme Suçu'nda Hukuka Aykırılık Unsuru Ve Hukuka Uygunluk Halleri
Mehmet Can ERDÜNDAR 371
Hükümlünün Oy Kullanma Hakkı
Av. Işıl ARAL 380
Çocuğun Cinsel İstismarını Önleme Politikaları
Av. Gülşah GÜVEN 390
6526 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesİ
Av. Dilan IŞIK 410
Bankacılık, Adi Ve Ticari İşte Akdi, Temerrüt Faiz, 3095 Sayılı Faiz Kanunu'nun Uygulanması, Yasal/Ticari Faiz Cetvelleri Ve Bazı Yargıtay İçtihatlarına Eleştirel Bakış
Enver KARMIŞ 433
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları 509
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 549
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 552
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 556
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 559
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 566
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 568
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 578
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 595
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 597
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 629
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 639
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 649
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 653
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 661
Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 664
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 666
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 673
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 680
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 696
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 716
Yargıtay Ceza Daireleri Kararları 719
Anayasa Mahkemesi Kararı 733
YARARLI BİLGİLER
Tablo ve Çizelgeler 745
YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz 777
Nakiller 782
Ayrılmalar 784
KAVRAM DİZİNİ
Kavramlara Göre Arama Dizini 785

YAYIN KURULUNDAN

HUKUK ve EDEBİYAT

Bir Avukatlar Günü'nü daha geride bıraktık. Yine buruk kutladık bu günü.

Hukukun sürekli ihlal edilmesi yargılamaların vazgeçilmez unsuru olan savunma görevini yerine getiren biz avukatları yordu, üzdü ve kimi zaman da öfkelendirdi.

Peki, bu durumlar karşısında yılgınlığa kapıldık mı? Dosyalarımızı takip etmekten vaz geçtik mi? Zorlu uyuşmazlıkları çözme yolunda mücadele azmimiz yıprandı mı? Avukatlık mesleğinin saygın duruşundan taviz mi verdik?

Hayır, asla!

Avukatlar bilirler, hem toplumsal ön yargılar hem de kamu gücünün kullanılmasından doğan mağduriyetler yalnız ve yalnız bir avukatın azmi ve kararlı duruşu sayesinde çözüme kavuşabilir.

Kişiler ya da toplumlar bazen bu gerçeğin ayrıdına varamayabilirler. Avukatların kamu gücüne ve toplumsal ilişkilere hukuk kattığını göz ardı edebilir kimi kez de unutabilirler.

Bunu unutan toplum ya da birey, başına gelebilecek bir sorun karşısında avukatın çabalarını gördüğünde, hukukun ve adalet idealinin ne denli önemli olduğunu yine o avukat sayesinde görüp izlediğinde, avukatın hayati rolünü yeniden irdeler ve takdir eder.

Çağdaş toplumlarda her bireyin önceden danıştığı görüş alış verişinde bulunduğu bir avukatı vardır. Olası hukuki uyuşmazlıklarda ne şekilde adım atacağını hangi tedbirleri alacağını böylelikle bilir.

Avukatlar sayesindedir ki, büyük badireler en az zararla atlatılır.

Bu anlamda avukatların iki yönü ortaya çıkar. Hem olası uyuşmazlıkların önüne geçecek adımların atılması hem de ortaya çıkan sorunların uzlaşma ile ya da yargı zemininde çözüme kavuşturulması…

Ülkemizde hukuk devleti olamamanın bedelini ödemekse daha uzun yıllar avukatların sırtında bir yük olarak kalmaya devam edecek.

Avukatlar geçmişten bugüne hukuka ulaşma yolunda maraton koşularını sürdürüyorlar.

Hukuk, hayatın doğruya ve iyiye gidişi için bir yoldur. Bu yolda emek harcayan herkes hukukun ve hukukçuların yol arkadışıdır. İnsanlığın iyiye ve doğruya gidişine katkı sunan diğer bilimler özellikle de edebiyat ile hukukun yakın ilişkisi söz konusudur. Bu duygu ve düşüncelerle eserlerinde iyiliği büyülü sözcüklerle anlatan edebiyatın önemli ismi Gabriel Garcia Marquez'i sevgi ve saygıyla anıyoruz.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla…

Yayın Kurulu

YAZILAR

6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler

Av. İbrahim Murat HAZNEDAR

6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun 28.11.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olup 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Bu makalede, 6502 Sayılı Kanun'un bankalar ile tüketiciler arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümleri incelenecektir. Ayrıca, 4077 Sayılı Kanun ile paralellik arz eden düzenlemelere değinilmeyecek, sadece değişiklikler üzerinde durulacaktır.

I. 6502 SAYILI KANUN'UN KAPSAMI

4077 Sayılı Kanun'un banka ile tüketiciler arasındaki tüm ilişkileri mi yoksa sadece kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunan tüketici kredisi, kredi kartı ve konut kredisi ilişkilerini mi kapsadığı uzun müddet tereddüt uyandırmıştır.

Doktrinde, bankanın tacir olduğu, bu nedenle karşı taraf tüketici olsa dahi her türlü bankacılık faaliyetinin banka açısından ticari iş niteliğinde olduğu (TTK m.3), dolayısıyla işlemin her iki taraf için de ticari iş olarak kabul edilmesi gerektiği (TTK m.19/2) düşüncesinden hareketle, 4077 Sayılı Kanun'un, bankalar ile tüketiciler arasındaki ilişkilerden sadece kanunda özel olarak belirtilmiş tüketici kredileri, kredi kartları ve konut kredileri için uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.[1]

Her ne kadar aksi yönde görüşler de bulunmakta ise de Yargıtay doktrinde belirtilen bu görüşü benimsemiş ve tüketici kredisi, kredi kartı ve konut kredisi haricindeki diğer tüm bankacılık faaliyetlerinin 4077 Sayılı Kanun kapsamına girmediğine karar vermiştir.[2]

---

1 Reisoğlu, Seza, "Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasa'da Değişiklik Öngören Taslak", Bankacılar Dergisi, Sayı 69, İstanbul, 2008, s.51

2 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.03.2009, 2009/2029 E. – 2009/2700 K. *"Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve uyuşmazlığın tüketici kredisi veya kredi kartlarından kaynaklanmayıp, bankacılık*

Yargıtay'ın bu uygulaması çerçevesinde bakıldığında, bankalar ve tüketiciler arasındaki ilişki bakımından 6502 Sayılı Kanun ile getirilen en büyük yeniliklerden biri kanunun kapsamı ile ilgilidir. Çünkü, yeni Kanun herhangi bir sınırlama yapmaksızın banka ile tüketiciler arasındaki her türlü bankacılık hizmeti ilişkisini kapsamı içine almış bulunmaktadır.

6502 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde **"Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar"** denildikten sonra, 3. maddede "tüketici işlemi"nin tanımı yapılırken, **"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketicilerarasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem"** ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, bankalar ile tüketiciler arasındaki bankacılık hizmetinden kaynaklanan her türlü ilişkinin artık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına alınmış olduğunu açıkça göstermektedir. Ayrıca, 83. madde; **"Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez"** denilerek 6502 Sayılı Kanun'un tüketici işlemlerinde mutlak uygulama alanı bulacağı ayrıca vurgulanmıştır.

Bu durum karşısında, yeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra bankalar ile tüketiciler arasında, ek hesap, kiralık kasa, havale, eft gibi her türlü bankacılık hizmetinden kaynaklanan ihtilaflar da Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına dahil olacak ve dolayısıyla Tüketici Mahkemeleri ve parasal sınır içerisinde kalanlar için Tüketici Hakem Heyeti görevli olacaktır. (6502 Sayılı Kanun m.66)

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulama alanının genişletilmiş olmasının bir diğer sonucu da Kanun'un 4. maddesinde belirtilen;

- Sözleşmeler ile bilgilendirmelerin en az on iki punto büyüklüğünde olması,
- Bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi,

işleminden kaynaklandığının dosya kapsamı ile sabit olmasına göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın HUMK. nun 427/6 ncı maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin reddine karar vermek gerekmiştir."

- Sözleşmede öngörülen koşulların, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilememesi,
- Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilememesi,
- Düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi,
- Tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatların adi kefalet niteliğinde olması,
- Temerrüt hâli de dâhil olmak üzere, bileşik faiz uygulanamaması

gibi temel ilkelerin bankalar ile tüketiciler arasındaki tüm sözleşme ve hukuki işlemlerde uygulanacak olmasıdır.

II. TÜKETİCİDEN ALINABİLECEK MASRAFLAR

4077 Sayılı Kanun döneminde en çok tüketicilerden talep edilebilecek ücret ve masrafların neler olacağı konusunda ihtilaf yaşanmıştır. Hakem Heyetlerinde ve Tüketici Mahkemelerinde görülmekte olan ihtilafların büyük bir çoğunluğunu tüketici kredilerinde ve kredi kartlarında tüketicilerden alınan ücret ve masraflar oluşturmaktadır.

Yargıtay, önüne gelen uyuşmazlıklarda bankaların tüketici kredileri ve kredi kartlarında tüketicilerden talep edilebilecek masrafların;

- Haklı
- Makul
- Belgeli

olması gerektiğine, bu üç koşuldan birinin bulunmadığı durumlarda, konuya ilişkin sözleşme koşullarının haksız şart oluşturmakta olduğuna karar vermektedir.[3]

---

3 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 17.10.2012, 2012/15179 E. – 2012/23632 K. *"Hemen belirtmek gerekir ki, davalı banka sadece kredinin geri verilmesi için zorunlu olan masrafları tüketiciler isteyebilir. Kredi verilmesi için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü ise davalı bankaya aittir. Aksi halde, masraf ve diğer*

Konu ile ilgili olarak 6502 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "**Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.**

Bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir" düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu yasal düzenleme karşısında, bankalar bugün almakta oldukları bir takım ücretleri yeni yasanın yürürlüğe girmesinden sonra artık talep edemeyeceklerdir. Örneğin, banka ile kiralık kasa sözleşmesi imzalayan ve bunun karşılığında aidat ödemeyi kabullenen tüketicinin, artık bankanın kendisine kasayı mesai saatleri içinde kullandırmayı beklemesi sunulan hizmet kapsamında haklı bir beklentidir. Bu nedenle, bankaların bunun için tüketiciden ayrıca bir bedel talep etmesi (kasa görme ücreti gibi) hukuken mümkün olamayacaktır. Bankaların yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için de durum aynıdır. Bunlar için de tüketicilerden ücret veya masraf talep edilemeyecektir.

Bir ücret veya masrafın tüketiciden talep edilebilmesi için belirtilen

giderler başlığı altında maktuen belirlenen bir miktarın tüketiciden alınacağına dair hüküm yukarda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart niteliğinde olur. Hal böyle olunca, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulup; davalı bankanın zorunlu, makul ve belgeli masrafları olup olmadığı araştırılarak, konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan kredinin kullanılması için zorunlu, makul ve belgeli masrafların neler olduğunun ve miktarının tespiti bakımından rapor alınması ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir."

bu ilkelere uygun olması yalnız başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu ücret ve masrafların sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmiş olması da gerekmektedir. Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilecektir. Herhangi bir ihtilafta bu hususun yerine getirildiğinin ispatı bankaya ait olacaktır.

Her ne kadar maddede tüketiciye sunulan ürün ve hizmetlerde faiz dışında alınabilecek masrafların BDDK tarafından belirleneceği belirtilmekte ise de bu belirlemede BDDK'nın inisiyatifi mutlak değildir. Zira, 6502 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde, bu belirlemenin "Gümrük ve Ticaret Bakanlığının görüşünü alarak", "kanunun ruhuna uygun bir şekilde" ve "tüketiciyi koruyacak bir biçimde" yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Öte yandan, yapılacak böyle bir belirleme sadece konuya sözleşme koşullarının başlı başına haksız şart olarak kabul edilmemesine neden olacak, yoksa yargı denetimini tamamen ortadan kaldırmayacaktır.[4] Örneğin, alınan ücret veya masrafa ilişkin bilgilerin sözleşmenin eki olarak tüketiciye verilip verilmediği, BDDK tarafından ücret ve masrafların üst limitleri belirlenmezse[5] alınan ücretin makul olup olmadığı yine mahkemelerce denetlenmeye devam edilecektir.

III. TÜKETİCİ KREDİLERİ

Tüketici kredisi, 4077 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde **"tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredi" olarak, 6052 Sayılı Kanun'un 22. maddesinde ise "kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeler"** olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere, 6502 Sayılı Kanun'da tüketici kredilerinin tanımı genişletilmiş, sadece bir mal veya hizmet edinmek amacıyla nakit olarak kredi kullanılması hali değil, benzer finansman metotları da tüketici kredisi tanımı kapsamına alınmıştır. Örneğin, kredili mevduat (ek hesap) uygulaması bugüne kadar Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun

4 Kara, İlhan, "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları", İstanbul Barosu Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.88, 2014, s.87

5 BDDK'nın sadece alınabilecek masraf ve ücretlerin türlerini belirlemesinin, miktara karışmamasının, bu konuyu rekabet ortamına bırakmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

kapsamına dahil değildi.[6] Ancak bu üründe banka tüketiciye faiz karşılığında borcun ertelenmesi imkanı sunduğundan, bu tür durumlarda artık ortada bir tüketici kredisi sözleşmesinin bulunduğu kabul edilecek ve bu nedenle Kanun kapsamına dahil olacaktır.[7] Aynı şekilde, bankanın mevcut bir borcu faiz karşılığında yeniden yapılandırdığı hallerde de yine ortada bir tüketici kredisi sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir. Öte yandan, Kanun'un 28. maddesinin gerekçesinde, vadenin geldiği aşamada yapılan faiz karşılığı borcun ertelenmesi imkanı sunan anlaşmaların da bu kapsamda olacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, zaten gecikmeye/temerrüde düşmüş ve dolayısıyla gecikme faizi/temerrüt faizine maruz kalmış olan bir tüketici ile borcun tasfiyesine yönelik anlaşma yapılması, tasfiye süresi içerisinde faiz işlemeye devam edecek olsa dahi tüketici kredisi olarak kabul edilmemelidir.

6502 Sayılı Kanun'un tüketici kredilerinin kapsamı bakımından getirdiği yeniliklerden bir diğeri de, kredi kartlarının bazı durumlarda tüketici kredisi olarak kabul edilmesidir. Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrasında, **"Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir"** denilerek kredi kartı işlemlerinin de bazı durumlarda tüketici kredisi olarak kabul edileceği belirtilmiş ve böylelikle tüketici kredilerinin kapsamı daha da genişletilmiştir. Bununla birlikte, bu düzenleme uygulamada çeşitli tereddütlere neden olabilecektir. Her şeyden önce belirtmek isteriz ki, kredi kartının faizsiz olarak taksitlendirme imkanı sunduğu tüm durumlarda veya son ekstre borcunun tamamının ödendiği hallerde ortada bir tüketici kredisi sözleşmesi bulunduğundan söz edilemez. Zira, bu tür durumlarda faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında borcun ertelenmesi durumu söz konusu değildir.

Bir kredi kartı işleminin tüketici kredisi olarak kabul edilebilmesi için 6502 Sayılı Kanun'un 22/2 maddesinde belirtildiği üzere, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması halinin mevcut olması gerekmektedir. Bu duruma en tipik örnek, bir kredi kartı harca-

6 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 06.06.2013 tarih ve 2013/10865 E., 2013/15336 K., *"Taraflar arasında 4822 Sayılı Yasa'yla değişik 4077 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde tanımlanan nitelikte tüketici kredisi sözleşmesi, geri ödeme planı bulunmamaktadır. Taraflar arasında kredili mevduat hesabı sözleşmesi imzalanmıştır. Bu nedenle, taraflar arasında yasaca tanımlanan tüketici kredisi sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Uyuşmazlık hakkında 4822 Sayılı Yasa'yla değişik 4077 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin uygulama olanağı bulunmamaktadır."*

7 Atamer, Yeşim, "Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyumu", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010, s.251

masından sonra tüketiciye kısa mesaj olarak gelen *".....TL.lık alışverişinizi aylık %...faiz ile ..... ayda ödeyebilirsiniz"* şeklindeki banka uygulamalarıdır. Asgari ödeme tutarlarının kabul edilmesi suretiyle ekstre borcunun 3 aydan daha fazla bir süre ile ertelenmesi hali de bir diğer örnektir. Bu tür durumlarda, faiz karşılığında mevcut bir borcun 3 aydan daha uzun sure ile ertelenmesi söz konusu olduğundan, işlem bir kredi kartı işlemi dahi olsa ortada artık bir tüketici kredisinin bulunduğundan söz edilecek ve tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere tabi olacaktır.

Kredi kartından nakit avans kullanılması halinin tüketici kredisi olarak kabul edilip edilmeyeceği uygulamada tereddüt uyandıracak bir diğer hususdur. Kredi kartından nakit kullanılması, faiz karşılığında son ödeme tarihine kadar borcun ertelenmesi imkanı sağladığından, 22/2 maddesi çerçevesinde bir tüketici kredisi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak, kredi kartının hangi hallerde tüketici kredisi sayılacağı aynı maddenin ikinci fıkrasında özel olarak düzenlendiğinden ve nakit avans işlemi de bir kredi kartı işlemi olduğundan, sadece faiz karşılığı ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelendiği veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sunulduğu durumlarda nakit avans işleminin tüketici kredisi olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülebilir.

IV. SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

4077 Sayılı Kanun'da sadece konut finansmanı sözleşmeleri için tüketiciye önceden sözleşme öncesi bilgilendirme formu verilmesi zorunluluğu bulunuyorken (m.10/B), 6502 Sayılı Kanun ile tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından da tüketiciye önceden sözleşme öncesi bilgi formu verme zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre banka, sözleşmenin kurulmasından makul bir sure önce sözleşmenin koşulları konusunda sözleşme öncesi bilgi formu düzenleyip tüketiciye vermek zorundadır. (m.23) Formun içeriğinin ne olacağı çıkarılacak olan yönetmelikle belirlenecektir. (31/4)

Tüketici kredisi sözleşmeleri için getirilen sözleşme öncesi bilgi formu düzenleme zorunluluğu hiç kuskusuz faiz karşılığı ödemenin ertelendiği tüm durumlar (örneğin kredili mevduat hesapları) ve Kanun'un 22/2 maddesinde belirtilen uygulama kapsamında kredi kartları için de geçerli olacaktır. Zira, yukarıda belirtildiği üzere bu tür uygulamalar da artık bir tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

V. CAYMA HAKKI

6502 Sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden biri de tüketici kredilerinde tüketiciye tanınan cayma hakkıdır. Kanun'un konuyu düzenleyen

24.maddesinde;

"**Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Kredi veren, cayma hakkı olduğu konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi içinde kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir. Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılır. Faiz, akdî faiz oranına göre hesaplanır. Tüketiciden, hesaplanan akdî faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep edilemez"**

denilmektedir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, 6502 Sayılı Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen cayma hakkı, tüketicinin tüketici kredi sözleşmesinden cayması ile ilgilidir. Şayet tüketici, tüketici kredisi sözleşmesinden değil de bu kredi ile satın aldığı mal veya hizmete ilişkin satış sözleşmesinden caymış ise bu durumun tüketici kredisine ilişkin yansıması bağlı kredi ile ilgili 30. maddede düzenlenmiştir.

Bu düzenleme gereğince, tüketicinin kredi sözleşmesini imzalayıp krediyi kullandıktan sonra dahi 14 gün içerisinde tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkı vardır. Bu hak konusunda kredi verenin tüketiciyi önceden bilgilendirme zorunluluğu bulunmaktadır. Tüketici cayma hakkını kullanabilmesi için 14 gün içinde bu durumu kredi verene bildirmek durumundadır. Tüketici bu hakkını kullanacak olursa 30 gün içerisinde anaparayı ve iade tarihine kadar işleyecek akti faizi geri ödemek zorundadır. Tüketicinin cayma hakkını kullanması bir masrafa neden olmuş ise ve bu masraf zorunlu bir masraf ise (ipotek fek harcı, rehin kaldırma noter masrafı vs) o takdirde tüketicinin bu masrafa katlanması gerekecektir. Bu tür masraflar haricinde kredi veren cayma hakkını kullanan tüketiciden cezai şart vs. isim altında ücret talep edemez.

Kredi sözleşmesinden cayma hakkı 6502 Sayılı Kanun'da sadece tüketici kredileri için kabul edilmiştir. Dolayısıyla, konut finansmanı kredilerinde tüketicinin kredi sözleşmesinden cayması hukuken mümkün

değildir. Buna karşılık, bağlı konut finansmanı kredisi sözleşmesiyle ve ön ödemeli olarak konut alımı söz konusu ise tüketicinin konut alımına ilişkin sözleşmeden cayması mümkün olup bu durum 43.maddede düzenlenmiştir.

VI. FAİZ ORANI

6502 Sayılı Kanun'un 25/2 maddesinde**, "Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir**" düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüketici kredisi sözleşmelerinde taraflarca kararlaştırılmış bir faiz oranı bulunmuyorsa faiz uygulanmayacağına yönelik bu düzenleme hukukumuza yeni giren bir düzenlemedir. Zira, ana kural sözleşmede taraflarca belirlenmiş bir faiz oranı bulunmuyorsa 3095 Sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince yasal faiz uygulanmasıdır. Esasen Tasarı'nın ilk hali 3095 Sayılı Kanun'a paralel bir şekilde bu tür durumlarda yasal faiz uygulanmasını öngörüyorken sonradan değişikliğe uğramış ve düzenleme mevcut haliyle yasalaşmıştır.

Söz konusu maddenin gerekçesinde; düzenlemenin 23.3.2001 tarihli Tüketici Sözleşmelerine İlişkin İsviçre Kanunu 15. maddesi örnek alınarak hazırlandığı ve sözleşmenin eksiksiz bir biçimde düzenlenmesini disipline etmek amacıyla bu düzenlemeye yer verildiği belirtilmiştir. Her ne kadar mevzu düzenleme yabancı hukuktan alınmış ise de düzenlemenin Anayasaya uygunluğu tartışma konusu yaratacaktır.

Tüketici kredisi sözleşmelerinde belirtilen bu düzenlemeye konut finansmanı kredileri bakımından yer verilmemiştir. Konut finansmanı Kanun'da ayrı bir bölümde düzenlendiğinden, konut finansmanı sözleşmelerinde yasaya uygun şekilde bir faiz oranı belirtilmez ise bunun müeyyidesi genel kural gereğince yasal faiz uygulanması olmalıdır.

Tüketici işlemi sayılan sözleşmelerde faiz oranının sözleşmede belirtilmesi gerektiğine böylelikle yer verdikten sonra, sözleşmede yer alacak olan bu oranın banka tarafından serbestçe belirlenip belirlenemeyeceğinin, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK ve TTK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Kanaatimce, bu sorun kredi kartı sözleşmelerinden ve 6502 Sayılı Kanun ile artık tüketici kredisi olarak kabul edilen kredili mevduat hesabı sözleşmelerinden ayrı olarak sadece tüketici kredileri ve konut finansmanı kredileri özelinde tartışılması gerektiği düşünülmektedir. Zira, kredi kartı sözleşmeleri bakımından 5464 Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile[8] kredili mevduat hesabı sözleşmeleri bakımından ise 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu ile [9] uygulanabilecek azami akti ve gecikme faiz oranları özel olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde Reisoğlu[10],bankalar tarafından kullandırılan her türlü kredinin TTK m.19/2 gereğince "ticari iş" olarak kabul edilmesi gerektiğini, ticari işlerde ise faizin TTK m.8/2 gereğince serbestçe belirlenebileceğini ileri sürmüş ise de ağırlıklı görüş Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çerçevesinde giren kredilerde akti faiz ve temerrüt faizinin TBK'nın 88 ve 120.maddelerinde belirtilen kısıtlamalara tabi olması gerektiği yönündedir.[11] Kredi kartları ile ilgili bir dava ile ilgili verdiği karardan Yargıtay'ın da bu görüş eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır.[12]

---

8 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 26. maddesinde **"Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve bealirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar"** denilmektedir. Merkez Bankası bu Kanun'a istinaden çıkarttığı Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkında Tebliğ ile belirlemektedir. Öte yandan, tüketici niteliğindeki kredi kartı işlemleri bakımından uygulanacak faiz oranı da yine bu Tebliğe ile belirlenecek azami faiz oranlarını geçemeyecektir.(6502 sayılı Kanun m.22/2)

9 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 144.maddesi gereğince Bakanlar Kurulu, bankaların kredi işlemlerinde uygulayacakları azami faiz oranlarını belirleme yetkisine sahip olup bu yetkisini Merkez Bankasına devretmesi yine aynı madde gereğince mümkün bulunmaktadır. Nitekim, Bakanlar Kurulu da bu yetkisini 16.10.2006 tarih ve 2006/11188 sayılı kararıyla Merkez Bankasına devretmiştir. Merkez Bankası almış olduğu bu yetkiye istinaden çıkardığı 2006/1sayılı "Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kar ve Zarara Katılma Oranları İle Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ" ile Bankaları kredi işlemlerinde uygulayacakları faiz oranlarını belirleme bakımından serbest bırakmıştır. (Tebliğ m.4) Ancak, 25.05.2013 tarih ve 28657 sayılı resmi gazetede yayınlanan değişik ile Tebliğin anılan 4.maddesine kredili mevduat hesapları yönünden bir istisna getirilmiş ve **"Kredili mevduat hesaplarında uygulanacak azami akdi ve gecikme faiz oranları, 2/4/2006 tarih ve 26127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkında Tebliğ (Sayı:2006/1)'in 3 üncü maddesinde belirlenen akdi ve gecikme faiz oranlarını geçemez"** denilmiştir.

10 Reisoğlu, Seza, "Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi", Bankacılar Dergisi, Sayı 82, İstanbul, 2012, s.110

11 Aydoğdu, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.1, 2010, s.122 ; Can, Bilal, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Konut Finansmanına Yönelik Hükümleri, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.89, 2014, s.107

12 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 19.12.2013, 2013/18014 E. – 2013/30720 K. "*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu oran (sözleşme ile ka-*

Sözleşmeyle belirlenecek faiz oranının, belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde sonradan değiştirilmesi artık mümkün değildir. Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde ise Kanun'un 3/f maddesinde belirtilen "kalıcı veri saklayıcısı" yöntemlerinden biri ile önceden tüketiciye bildirilmesi şartıyla faiz oranının sonradan değiştirilmesi mümkündür.[13] Bununla birlikte, artırılan faiz oranı geriye dönük olarak uygulanmaz. Tüketici, faiz artırımının kendisine bildirildiği tarihten itibaren en geç 60 gün içinde borcunun tamamını öder ve kredi kullanmaya son verirse faiz oranı değişikliğinden etkilenmez. (6502 Sayılı Kanun m.26/2)

Faiz ile ilgili olarak son olarak söylenebilecek husus, tüketici kredisi sözleşmelerinde ve konut finansmanı sözleşmelerinde gecikme faizinin akti faizin yüzde otuzunu geçemeyeceğine öngören sınırlamaya (4077 sayılı Kanun m.10-10/B) 6502 Sayılı Kanun'da yer verilmemiş olmasıdır. TBK yer alan faiz kısıtlamalarının tüketici kredileri ve konut finansmanı kredileri için de geçerli olacağı kabul edilecek olunur ise gecikme faizinin belirlenmesinde TBK m.120 hükmünün dikkate alınması gerekecektir.

VII. BİLEŞİK FAİZ YASAĞI

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4/7 maddesinde, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkındaki Kanun'un 26. maddesinde belirtilen düzenleme ile paralel olarak, temerrüt hali de dahil olmak üzere tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Esasen 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile bileşik faiz uygulamasının kapsamı daraltılmış ve 762

---

rarlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı), birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. (TBK .m. 120/f.2 atfıyla 3095 Sayılı Yasa m. 2- âdi işlerde %9 + yüzde yüz fazlası yani %9 = 18 ' i; ticari işlerde avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını, (1.1.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faizi %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır) Hal böyle olunca; mahkemece, hükmedilecek alacak miktarının yukarıda açıklanan şekilde temerrüt tarihinden itibaren yıllık % 18 temerrüt faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde aylık %9 faizi ile tahsiline' karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."

13 6502 Sayılı Kanun'un 26/2 maddesinde, belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranının tüketiciye önceden bildirilerek değiştirilebileceği belirtmektedir. Faiz oranı dışında diğer sözleme koşullarının tüketiciye önceden bildirim yapılarak değiştirilip değiştirilmeyeceği tereddüt uyandırmaktadır. Kanaatimizce, faiz dışındaki diğer sözleşme koşullarında da 26/2 maddesinde belirtilen hususlar kıyasen yerine getirilerek değişiklik yapılabilmelidir. Zira, sözleşme koşullarında sonradan değişiklik yapılmasını kural olarak yasaklayan 4/2 maddesinde, *"Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez"* denildiğinden bu yasak belirli süreli sözleşmeler için geçerli olmalıdır.

sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrası ile konu hakkında bankalara tanınmış olan istisna kaldırılmıştır.

Bileşik faiz kavramı en basit tanımıyla faizin anaparaya ilave edilerek bulunacak meblağ üzerinden tekrar faiz uygulanması halini ifade etmektedir. Bankacılık uygulamasında bu durumu üçe ayırarak incelemek yararlı olacaktır;

a) Sözleşme faizinin anaparaya ilave edilerek bunun üzerinden yine sözleşme faizi uygulanması:

Sözleşme faizinin anaparaya ilave edilerek bunun üzerinden yine sözleşme faizi uygulanması en tipik bileşik faiz uygulanması halidir. Bu tür bir duruma bireysel bankacılık uygulamalarında temerrüt öncesi borç yapılandırmalarında rastlamak mümkündür.

6502 Sayılı Kanun'un 4/7 maddesinde tüketici işlemleri için bileşik faiz yasağı öngörüldüğünden, bu tür bir uygulama hukuka aykırı olacaktır.

b) Sözleşme faizinin anaparaya ilave edilerek bunun üzerinden temerrüt/gecikme faizi uygulanması:

Belirli bir süre para alacağından yoksun kalmanın karşılığı olan ve tarafların sözleşmenin başında belirledikleri bu nedenle de artık anaparaya dönüşmüş olan faiz alacaklarına anapara faizi (kapital faiz) adı verilir. Tüketici kredilerinde tüketicilerden alınmakta olan sözleşme faizi de bu nitelikte bir faiz alacağıdır.

Bu nitelikteki faiz alacağına temerrüt/gecikme faizi uygulanıp uygulanamayacağı tereddüt uyandırmaktadır. Zira, madem ki bu alacaklar anapara alacağa dönüşmüştür, bu alacağa temerrüt/gecikme faizi işletilmesinin mümkün olduğu, bunun bileşik faiz yasağı kapsamına girmeyeceği iddia edilebilir.[14] Kaldı ki, TBK'nın 121 maddesinde faiz borcunu ödemekte

14 Çeker, Mustafa, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII/1-2, 2004, s.423 ; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.04.1996, 1996/19-56 E. – 1996/248 K., "*Taraflar arasındaki 8.1.1990 tarihli sözleşmenin 7. maddesinde, "satış belgelerine istinaden ve nakit çekme işlemlerinden ötürü, üye`nin hesabına yapılacak borç kayıtlarının bankaca belirlenecek tarihlerde 30 günlük devrelerle, ekstreye dökülerek bildirileceği, üye (davacı)`nın Türkiye`de yaptığı harcamalarda, ekstrede bildirilen toplam borç tutarının en az % 20`sini (dilerse tamamını) ekstrede belirtilen son ödeme tarihine kadar yatırabileceği, toplam borcun % 20`sini hesabına yatırmadığı takdirde, ekstre tarihi olan hesap kesim tarihinden itibaren geciken asgari ödeme tutarı için % 8, 29 oranında, temerrüt faizi, KKDF, BSMV ve gecikme komisyonu talep edebileceği, asgari ödeme tutarının üzerindeki kısım için aylık % 7.77 kredi faizi ödeneceği" hükmü bağlanmıştır. Mahkeme, bankanın her ay normal faiz*

temerrüde düşen borçlunun icra takibi veya dava tarihinden itibaren temerrüt faizi alacağı ile sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir.

Ancak, 6502 Sayılı Kanun'un 4/7 maddesinde bileşik faiz yasağı temerrüt halini de içerecek şekilde düzenlendiğinden, temerrüt halinde bu tür alacaklara temerrüt faizi işletilmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir.[15]

c) Birikmiş temerrüt/gecikme faizinin anaparaya ilave edilerek bunun üzeriden temerrüt/gecikme faizi uygulanması:

TBK'nın 121. maddesinde *"Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez"* denilmektedir. Vade tarihinde ödenmeyen bir borca sözleşme gereğince ödenmekte olan gecikme faizleri de bir nevi temerrüt faizi niteliğindedir. Bu nedenle, tüketici kredisi sözleşmelerinde herhangi bir taksitin zamanında ödenmemiş olması sebebiyle işleyen gecikme faizi alacağına yeniden gecikme faizi işletilmesi veya ileride muacceliyet koşulları oluşup da icra takibine başlanıldığında temerrüt faizi işletilmesi mümkün değildir.[16]

---

ve temerrüt faizlerini, varsa nakit çekme komisyonunu anaparaya ilave ederek faiz kapitalizasyonu yaptığını, bu şekilde faize faiz yürüttüğünü, kredi kartının geçerlilik süresince düz faiz yürütmesi gerektiğini kabul etmiştir. Oysa; sözleşmenin 7. maddesinde asgari ödenmesi gereken tutarın üzerindeki kısma uygulanması gereken faizin % 7,77 olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde yer alan faiz, akdi faiz niteliğindedir o nedenle de borçluya ihtarname keşide edilerek temerrüde düşürülmesi dolayısıyla anaparaya ilave edilerek temerrüd faizi yürütülmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Zira B.K.`nun 104/son ve 3095 Sayılı Yasa'nın 3. maddesinde sadece geçmiş günler faizinin (temerrüt faizinin) tediyesinde temerrüt sebebiyle faiz yürütülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemenin akdi faizi kapsamadığı kuşkusuzdur."

15 Yağcı, Kürşad, "Anapara Faizi ve Üst Sınır Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 2, 2013, s.422 ; Yargıtay 12.Hukuk Dairesi, 01.04.2008, 2008/4168 E. - 2008/6530, *"5464 Sayılı Kanunun 26. maddesi ve aynı kanunla ilgili yönetmeliğin 20/son maddelerinde belirtildiği üzere; "temerrüt hali de dahil olmak üzere, kart uygulamasından doğan borçlarda bileşik faiz uygulanmaz" düzenlemesine yer verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda nolu kredi kartı için 1.841.22.- YTL. nakit çekmeden doğan faiz asıl alacağa ilave edildiği ve numaralı kart içinde 506,09.- YTL. nakit çekmeden ve 40,68 YTL. alışverişten doğan işlemiş faizleri de bu kart için belirlenen asıl alacağa eklenip faiz hesaplaması yapıldığı, bu şekilde yapılan hesaplama yukarıda açıklanan yasal düzenlemeye aykırı bulunduğundan mahkemece bu miktarların asıl alacaklardan düşülerek bilirkişiden ek rapor alınarak oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayalı rapora itibar edilerek yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsiz olup kararın bu gerekçe ile bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla borçlunun karar düzeltme isteminin kabul edilmesi gerekmiştir."*

16 Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 22.01.2007, 2005/13672 E. – 2007/576 K.,*"....Takip talebinde BK'nın 104 üncü maddesine aykırı şekilde gecikme faizi alacağının da takip tarihinden itibaren faiziyle tahsilinin talep edildiği dikkate alınıp, tespit edilen gecik-*

VIII. TEMERRÜT

Konut finansmanı kredileri ve tüketici kredisi sözleşmelerinde tüketicinin ne zaman temerrüde düşeceği konusunda 4077 Sayılı Kanun ile 6502 Sayılı Kanun düzenlemeleri büyük oranda benzerlik göstermektedir. Tek fark; iki taksitin üst üste ödenmemesi halinde tüketiciye yapılacak muacceliyet ihtarındaki ödeme süresinin, tüketici kredilerinde 7 gün yerine 30 gün olarak, konut finansmanı kredilerinde ise 1 ay yerine 30 gün olarak belirlenmiş olmasıdır.

Buna göre, gerek tüketici kredilerinde (6502 Sayılı Kanun m.28) gerekse konut finansmanı kredilerinde (6502 Sayılı Kanun m.34) tüketicinin borcun tamamı bakımından (henüz vadesi gelmemiş olan taksitler de dahil olmak üzere) temerrüde düşürülebilmesi için;

- Kredi verenin sözleşmede borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutması,
- Kredi verenin tüm edimlerini yerine getirmiş olması,
- Tüketicinin birbirini izleyen iki taksiti ödemede temerrüde düşmüş olması,
- Tüketiciye 30 günlük süre verilerek muacceliyet ihtarında bulunulmuş olması

gerekmektedir.

Bu şartlar gerçekleşir ve tüketici temerrüde düşerse, tüketiciden talep edilebilecek alacak hesaplanırken muaccel kılınan taksitlere (henüz vadesi gelmemiş olan taksitlere) ilişkin faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmayacak, bunların borçtan düşülmesi gerekecektir. (m.28/2)

Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki, kredili mevduat hesapları ve 22. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen durumların mevcudiyeti halinde kredi kartları birer tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmekte ise de, temerrüt için yukarıda yer verilen koşullara tabi olmayacaktır. Zira, 28. maddede belirtilen temerrüt koşulları sadece "belirli sureli tüketici kredisi sözleşmeleri" için geçerlidir. Kredili mevduat hesapları ve kredi kartları ise belirsiz süreli kredi sözleşmeleridir. Bu nedenle, bu tür krediler için uygulanamaz.

me faizi alacağının faizsiz olarak tahsili yönünde takibin devamına karar verilmesi gerekirken, bu husus dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiş ise de anılan yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün HUMK. nun 438/7 nci maddesi uyarınca düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir."

6502 Sayılı Kanun ile temerrüt konusunda getirilen yeniliklerden bir diğeri de, konut finansmanı kredilerinde herhangi bir taksitin vadesinde ödenmemesi durumunda 5 iş günü içinde tüketiciye iadeli taahhütlü posta yoluyla bildirim yapılmasıkoşuluna (4077 Sayılı Kanun m.10/B) yeni Kanun'da yer verilmemiş olmasıdır.

Temerrüt hakkında son olarak söylenebilecek bir husus, 6502 Sayılı Kanunda, 4077 Sayılı Kanun'un "Kredi Kartları" başlıklı 10/A maddesine muadil bir hükme yer verilmemiş olmasının kredi kartından kaynaklanan bir borcun temerrüdü konusunda yaratacağı farklılıktır. 4077 Sayılı Kanun'un 10/A maddesinde yer alan **'Kredi veren tarafından tüketiciye gönderilen dönemsel hesap özetleri, 10 uncu maddenin ikinci fıkrasının (d) bendinde öngörülen ödeme planı hükmündedir."**düzenlemesine istinaden doktrinde kredi kartından kaynaklanan bir borç için temerrüdün, tüketici kredileri için geçerli olan temerrüt koşullarına tabi olacağı kabul edilmekteydi. Buna göre, tüm kredi kartı borcunun muaccel hale gelmesi için, tüketicinin kendisine hesap özetinde belirtilen asgari tutarı iki dönem üst üste ödememesi gerekmekteydi.[17]

6502 Sayılı Kanun'da, 4077 Sayılı Kanun'un 10/A maddesinde yer alan bu hükme muadil bir hüküm yer almadığından ve 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda da aksi öngörülmediğinden, artık banka hesap özetinde belirtilen asgari tutar ödenmediğinde diğer hesap özeti dönemini beklemeksizin kart hamilini temerrüde düşürme imkanına sahip alacağı düşünülmektedir.

IX. BAĞLI KREDİ

6502 Sayılı Kanun'un getirdiği yeniliklerden bir diğeri de bağlı krediler ile ilgilidir. Bağlı kredi, tüketicinin bir mal ya da hizmetin tedariki için kredi kullandığı durumlarda, belirli şartların varlığı halinde kredi vereni müteselsilen sorumlu kılabildiği kredilerdir.

Kredi veren ile satıcı-sağlayıcı arasında bir mal veya hizmetin tedarikine ilişkin özel bir anlaşma yoksa ve tüketici edineceği mal veya hizmeti kendisi belirlediyse, bu mal veya hizmetin bedeli kredi veren tarafından ödenmiş olsa dahi ortada bir bağlı kredi ilişkisinin varlığından söz edilemez.[18]

---

17 Akipek, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 3, Ankara 2003, s.103-119 ; ÇEKER, Mustafa, agm.,s.417

18 Ceylan, Ebru, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler", İstanbul Barosu Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuk Özel Sayısı, C.88, 2014, s.72

4077 Sayılı Kanun'da bir kredinin bağlı kredi olarak kabul edilebilmesi için, *"belirli marka bir mal veya hizmetin satın alınması"* ya da *"belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile satış sözleşmesi yapılması"*şartı ile kullandırılması gerekmekteydi. (4077 sayılı Kanun m.10/5 ve m.10/B) 6502 Sayılı Kanun'da ise bir kredinin bağlı kredi olarak kabul edilebilmesi için *"kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verilmesi"* ve *"bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturması"* yeterli kabul edilmiştir. (6502 Sayılı Kanun m.30 ve m.35) Görüldüğü üzere, "belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile satış sözleşmesi yapılması şartı ile kredi kullandırılması" hali 6502 Sayılı Kanunda bağlı kredi durumu olarak düzenlenmemiş, sadece kredi verenin belirli bir mal veya hizmete yönelik yönlendirmeleri bağlı kredi sayılmıştır. Bu değişiklik, kredi veren tarafından, birçok marka ürünü bir arada satan işyerlerine yapılacak yönlendirmeler bakımından önem taşıyacaktır.

Tüketici kredilerinde hangi durumların varlığı halinde kredi sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında ekonomik bir birliktelik olduğu 30. maddede açıkça belirtilmiştir. Buna göre;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı,

c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği, durumlarından en az birinin varlığı hâlinde ortada ekonomik birliğin bulunduğunun kabul edilecektir.

Konut finansmanı kredilerinde bağlı kredi durumunu düzenleyen 35.maddede tüketici kredilerinde bağlı krediyi düzenleyen 30.maddedeki tanıma bağlı kalınmış ve **"Bağlı kredi sözleşmesi; konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşmedir"** denilmiştir. Bununla birlikte, bu maddede tüketici kredilerine ilişkin 30.maddede olduğu gibi ekonomik birliktelik halleri açıkça sayılmamıştır. Ancak, 30.maddede yer alan ekonomik birliktelik hallerinin konut finansmanı kredileri için de geçerli olacağı söylenebilir.

Bağlı kredi tanımında yapılan yasal değişikliğe bu şekilde yer verdikten sonra, somut uygulamada bu değişikliğin ne tür yansımaları olacağına değinmekte fayda olacaktır.

4077 Sayılı Kanun döneminde Yargıtay tarafından verilen kararlarda genellikle, bağlı krediden söz edilebilmesi için kredi sözleşmelerinde satıcının veya satın alınacak mal/hizmetin açıkça belirtilmesinin gerektiği ifade edilmiştir.[19] 6502 Sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde ise sözleşmede satın alınacak mal/hizmetin ne olduğu belirtilmemiş olsa dahi;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse etmesi (örneğin banka ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan özel anlaşmaya istinaden tüketiciye bir mal veya hizmetin satın alımında faiz indirimi sağlanması)

b) Kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlanması (örneğin, satıcı sağlayıcının banka adına kredi başvurusunu kabul etmesi, belgeleri imzalatması) durumlarında yine bağlı kredinin varlığı kabul edilecektir.

Görüldüğü üzere, satın alınacak mal veya hizmetin sözleşmede gösterilmesi 6502 Sayılı Kanun'da ekonomik birliğin bir göstergesi olarak kabul edilmiş, ancak 4077 Sayılı Kanun'da olduğundan farklı olarak bir ön koşul olarak kabul edilmemiştir.[20]

Hangi kredilerin bağlı kredi olarak kabul edileceği hakkında son olarak, 6502 Sayılı Kanun'da kredili mevduat hesaplarının ve belirli durumların varlığı halinde kredi kartlarının tüketici kredisi olarak kabul edilmesi bu tür krediler için de bağlı kredi kavramını beraberinde getirmiştir.

Tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sunulduğu kredi kartı işlemlerinde, aynı zamanda tüketiciye bu banka kredi kartının kullanılması şartıyla fiyat veya benzeri avantajlardan yararlanma imkanı sunulmuş ise ve bu şekilde tüketici belirli bir mal veya hizmet alımına yönlendirilmiş ise ortada bağlı kredinin bulunduğundan bahsedilebilecektir. Bağlı kredi 6502 Sayılı Kanun'da sadece tüketici

19 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 21.12.2010, 2010/5104 E. 2010/17480 K. "4077 Sayılı Yasa'nın 10/5 maddesi uyarınca, kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir. Bu koşulları taşımayan tüketici kredisinin bağlı kredi olarak kabulü olanaksızdır. Davacı M.K.'nin araç satın almada kullanmak üzere davalı bankadan kredi kullandığı sabittir. Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiştir. Kredi tutarı davacının havale talimatı üzerine diğer davalı şirketin hesabına aktarılmıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davalı bankanın davacıya kullandırdığı kredinin bağlı kredi niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır."

20 Atamer, a.g.m., s.266

kredisi sözleşmeleri ve konut finansmanı sözleşmeleri için kabul edildiğinden, kredi kartlarının tüketici kredisi olarak kabul edilmediği durumlarda herhangi bir şekilde bağlı kredi durumundan söz edilemeyecektir.

Kredili mevduat hesapları bakımından bağlı kredi durumuna gelince, bu tür hesaplar belirli bir mal veya hizmet alımı maksadıyla açılmamakta, kredi veren kredili mevduat hesabıyla tanınan kredinin hangi amaç için kullanıldığı ile ilgilenmemektedir. Bu nedenle, kredili mevduat hesapları 6502 Sayılı Kanun ile bir tüketici kredisi olarak kabul edilmiş olsa dahi, genel olarak bağlı krediye konu olamayacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte, uygulamada tüketicinin üçüncü bir kişi ile imzaladığı mal veya hizmet alımına ilişkin ödemelerinin bankalar aracılığıyla yapıldığı, bu maksatla tüketicilere kredili mevduat hesapları açıldığı görülmektedir. Böyle bir durumda kredili mevduat hesabının kullanımı salt olarak bu amaca özgülenmiş ise bağlı kredinin varlığından söz edilebileceği düşünülmektedir.

Hangi kredilerin bağlı kredi olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda 4077 Sayılı Kanun ile 4077 Sayılı Kanun arasındaki farklara bu şekilde değindikten sonra, tüketici kredilerinde bağlı kredi sayılmanındoğuracağı sonuçlar bakımından iki Kanun arasındaki farklılıklara da değinmek gerekmektedir.

Bağlı kredinin sonuçları bakımından 6502 Sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden en önemlisi tüketicinin cayma hakkını kullanması ile ilgilidir. Buna göre, tüketicinin mal veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmeden cayması ve bunu 7 gün içinde kredi verene de bildirmesi halinde bağlı tüketici kredisi sözleşmesinin herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü olmaksızın sona erecektir. (6502 Sayılı Kanun m.17, m.30/3) 4077 Sayılı Kanun'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaydı.[21] Söz konusu bu değişiklik ile bağlı tüketici kredilerinde cayma

21 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05.04.2007, 2006/14920 E. 2007/4783 K. *"Dava kısmen bağlı kredi kullanılarak satın alınan aracın ayıplı çıkması nedeniyle sözleşmeden cayma ile ödenen satış bedelinin tazminine ilişkindir. Davacı tarafından satın alınan aracın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinde belirtildiği şekilde ayıplı mal olduğu, onarım hakkının kullanılmasına rağmen aynı arızanın ikiden fazla ve sık tekrarlaması nedeniyle tüketicinin yasada belirtilen seçimlik haklarından sözleşmeden cayma hakkını kullandığı dosya kapsamı ile anlaşılmakta olup, davacının araç bedelini isteyebileceğinden mahkemece bu yöne ilişkin verilen kararda bir isabetsizlik yoktur. Ancak anılan yasanın 4/2 maddesinde "bedel iadesi"nden söz edilmiş olup, bundan maksat araç alınırken kararlaştırılan ve ödenen toplam satış bedelidir. Somut olayda olduğu gibi, şayet araç tüketici kredisi kullanılarak alınmış ve tüketici bu nedenle kredi kullandığı bankaya bir faiz ödemiş ise, ödenen tüketici kredisi faizinin satış bedeli içinde değerlendirilmesi olanaksızdır. Bankalar para alıp satan ticari müesseseler olup, davalı banka, peşin olarak davacı-*

hakkının kullanması sebebiyle ortaya çıkan satıcının satış bedelini iade etmeme riski tüketiciler açısından ortadan kalkmış, bu risk kredi verene yüklenmiştir.

Bağlı tüketici kredileri bakımından m.30/3'de belirtilen bu esas, bağlı konut finansmanı kredileri bakımından 43. maddede farklı şekilde düzenlenmiş, adeta bir adım daha ileriye gidilerek tüketici korunmaya çalışılmıştır. Buna göre, ön ödemeli olarak alınan taşınmaz kısmen veya tamamen bağlı krediyle satın alınmış ise, bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere cayma hakkı için belirlenen 14 günlük sürenin sonunda yürürlüğe girecektir. Ayrıca, konut finansmanı kuruluşu, cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemeyecektir.

Bağlı kredinin sonuçları bakımından 6502 Sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden bir diğeri de ayıplı mal teslimi/hizmet ifası durumunda tüketicinin kredi verene karşı sahip olduğu haklar konusundadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerek 4077 Sayılı Kanun gerekse 6502 sayılı Kanun bakımından ayıplı bir mal veya hizmet söz konusu olduğunda kredi veren sadece sözleşmeden dönülmesi veya bedel indirimi talep edilmesi durumunda sorumlu tutulabilmektedir. Onarım veya misli ile değişiklik talepleri ise işin doğası gereği sadece satıcı/sağlayıcıya karşı yöneltilebilir.[22]

4077 Sayılı Kanun'da, ayıplı bir mal veya hizmet söz konusu olup da tüketici, tüketici kredisi sözleşmesinden döner veya bedel indirimi talep ederse kredi verenin bundan müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiş (m.4, m.10), ancak kredi veren tarafından tüketiciden kredinin geri ödenmesi talep edildiğinde tüketicinin buna ne şekilde karşı koyabileceğine değinilmemiştir.[23]

Buna karşılık 6502 Sayılı Kanun'da tüketici kredileri bakımından;

---

ya ödediği 20.000.000.000 lirayı taksitle geri almak koşuluyla 25.798.179.114 liraya satmıştır. Aracın tüketici kredisi ile alınması sadece tüketicinin tercihinde olan bir durumdur. Peşin sağlanan bu krediye faiz uygulanmasında da yasaya veya sözleşmeye bir aykırılığı yoktur. Bankaya ödenen kredi faizinin 4077 Sayılı Yasa'nın 4/2 maddesinde belirtilen dolaylı zarar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir."

22 Deryal, Yahya, "Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanun'la Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.89, 2014, s.65

23 Bununla birlikte doktrinde 4077 Sayılı Kanun hükümlerine göre de tüketicinin ayıp ile ilgili defilerini kredi verene karşı ileri sürerek ödemeden kurtulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. OZANOĞLU, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999, s.129

- Tüketicinin bedel indirimi hakkını kullanması halinde, bağlı kredinin de ayıp oranında indirileceği ve buna göre yeniden ödeme planı hazırlanacağı,
- Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, bakiye borçtan kurtulacağı ve o zamana kadar yapmış olduğu ödemelerin kendisine iadesinin gerekeceği

açıkça düzenlenmiştir. (m.30/4)

Konut finansmanı kredilerinde bağlı kredi durumunu düzenleyen 35.maddede tüketici kredilerinde bağlı krediyi düzenleyen 30.maddedeki düzenlemeye bağlı kalınmış ve **"Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur"** denilmiştir. Bununla birlikte, bu maddede tüketici kredilerine ilişkin 30. maddede olduğu gibi, tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında indirim talep etmesi halinde, müteselsil sorumluluğun bu taleplere ne şekilde yansıyacağı açıkça ifade edilmemiştir. Bununla birlikte, 30. maddede yer alan ve yukarıda değinilen sonuçların bağlı konut finansmanı kredileri bakımından da geçerli olacağı düşünülmektedir. Nitekim, 35. maddenin gerekçesinde *"Tüketici, bedelin indirimi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmayı tercih etmiş ise konut finansman kuruluşuna da başvurma imkanının olması büyük önem taşır. Aksi takdirde tüketici, elde etmek istediği konutun ayıplı olmasına veya hiç ifa edilmemiş olmasına rağmen kredi taksitlerini ödemeye devam etmek ve ödediği parayı bu sefer satıcıdan geri almaya çalışmak zorunda kalacaktır. Bu nedenle tüketicinin, bedelin indirilmesi olasılığını seçtiği hallerde, konut finansman kuruluşuna yapacağı taksit ödemelerini de o oranda indirebileceği; sözleşmeden dönmesi halindeyse, o ana kadar yapmış olduğu tüm ödemeleri geri talep edebileceği kabul edilmiştir."* ifadelerine yer verilmiş olması da bu yöndeki görüşümüzü desteklemektedir.

Kredi verenin bağlı tüketici kredisinden kaynaklanan bu sorumluluğu; malın teslim veya hizmetin ifa edilmediği durumlarda satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen malın teslim veya hizmetin ifa edilme tarihinden, malın teslim veya hizmetin ifa edildiği durumlarda ise malın teslim veya hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır. Bağlı kredi şeklindeki konut finansmanı kredilerinde de aynı esas benimsenmiştir. (m.25)

Kredi verenin bağlı krediden 1 yıl süre ile sorumlu tutulabilmesi 4077 sayılı Kanunda yer almayan bir düzenlemedir. Aynı şekilde, bağlı tüketici kredilerinde kredi verenin ancak kredi limiti ile sınırlı olarak sorumlu tutulabileceği de 4077 Sayılı Kanun'da yer almayan bir düzenlemedir.

X. ERKEN ÖDEME TAZMİNATI

6502 Sayılı Kanun'da, 4077 Sayılı Kanun ile paralel olarak sadece sabit faizli konut finansmanı kredileri için erken ödeme tazminatı kararlaştırılmıştır. Bu nedenle, değişken faizli konut finansmanı kredileri ile tüketici kredilerinde erken ödeme tazminatı söz konusu değildir.

Talep edilebilecek olan erken ödeme tazminatının ne olacağı konusunda ise 6502 Sayılı Kanun'da tüketici lehine değişikliğe gidilmiştir. Konuyu düzenleyen 37. maddede **"Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda, konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilir. Erken ödeme tazminatı gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez"**düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, konut finansmanı kuruluşu; vade sonuna 36 aydan daha az bir zaman kalmışsa %1, daha fazla bir zaman kalmışsa %2 oranında erken ödeme tazminatı talep edilebilecektir. (6502 Sayılı Kanun m.37) 4077 Sayılı Kanunda ise tazminat erken ödeme tarihine bakılmaksızın %2 olarak uygulanmaktaydı. (4077 sayılı Kanun m.10/B)

Yargıtay, erken ödeme tazminatının sadece gerçek anlamda erken ödeme hallerinde talep edilebileceği, kredi kuruluşunun tüketici ile anlaşarak eski krediyi kapatıp güncel faiz oranlarına göre yeniden kredilendirme yapması halinde erken ödeme ücreti talep edilemeyeceği görüşündedir.[24]

24 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 29.11.2012, 2012/27053 E. – 2012/27475 "*Taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin faiz türüne göre, davacıdan kredi borcunun erken kapatılması halinde erken kapama ücretinin tahsilinde yasal olarak hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte uygulamada sık rastlanıldığı üzere; faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle, bankalarca yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin yeniden yapılandırılması yoluna gidildiği, bu işlem yapılırken bir kısım bankalar tarafından ek sözleşme adı altında bir sözleşme tanzim edildiği, bir kısım bankalar tarafından ise eski sözleşmenin feshedilerek yeni bir sözleşme tanzim edildiği bu işlemler esnasında ise kredi borçlularından farklı isimler altında ücretler tahsil edildiği anlaşılmakta ise de, yeniden yapılandırma işleminin yasada belirtildiği şekilde bir*

6502 Sayılı Kanun'da erken ödeme tazminatı bakımından bu tür refinansman işlemlerini içine alacak bir değişiklik yapılmadığından, Yargıtay'ın 4077 Sayılı Kanun döneminde verdiği bu içtihatlar 6502 Sayılı Kanun dönemi için de geçerli olacaktır.

XI. FİNANSAL HİZMETLERE İLİŞKİN MESAFELİ SÖZLEŞMELER

6502 Sayılı Kanun'da mesafeli sözleşmeler finansal hizmetler bakımından ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmiştir.(6502 sayılı Kanun m.49)

Her türlü bankacılık hizmeti "finansal hizmet" niteliğinde olduğundan bu madde bankacılık uygulamalarında sıklıkla uygulanacaktır.

Mesafeli sözleşmeler, tüketici ile satıcı/sağlayıcının fiziken bir araya gelmeksizin uzaktan iletişim araçlarıyla kurdukları sözleşmelerdir. Bir diğer ifadeyle mesafeli sözleşme başlı başına ayrı bir sözleşme türü değildir. Bir sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulmasıdır.

Bankacılık hizmetlerinde mesafeli sözleşmelere sıklıkla karşılaşılmaktadır. Telefon bankacılığı, internet bankacılığı birer mesafeli sözleşme vasıtalarıdır.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin düzenlendiği 6502 Sayılı Kanun'un 49. maddenin gerekçesinde, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin çok düşünmeden, sözleşme ve edime ilişkin ayrıntılar hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan, piyasada sunulan aynı türden hizmetlere ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan sözleşme ilişkisine girdiğinin tespiti yapılmış ve bu nedenlerle kendisine cayma hakkı tanınması gerektiğinden bahsedilmiştir.

---

erken ödeme niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı eldeki dava ile kendisinden tahsil edilen bedel içerisinde yeniden yapılandırma ücretinin bulunduğunu, kredinin erken kapatılmasının söz konusu olmadığını, ilk kredinin kapatılmasına yönelik makbuzda kredinin kapatılma amacı olarak (R) ibaresinin gösterildiğini, (R) harfinin "Refinansman" anlamına geldiğini belirterek, davanın kabulüne karar verilmesini istemiş ise de; mahkemece yapılan işlemin erken ödeme niteliğinde olduğu gerekçesiyle davacının bu talebinin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, yapılan işlemin teknik olarak erken ödeme niteliğinde bulunmayıp yapılandırma işlemi niteliğinde bulunması halinde, erken ödeme ücreti adı altında bir ücretin tüketicilerden alınmasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Bu nedenle, yerel mahkemece, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden, yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında, davacıdan tahsil edilen ücretlerin, teknik anlamda erken ödeme mi yoksa yapılandırma işlemine mi ilişkin olduğu noktasında rapor alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."

Bu kapsamda 49. maddenin metnine baktığımızda, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamasından önce, kredi verenin;

- Cayma hakkı,
- Kabul beyanı vermesi hâlinde yükümlülük altına gireceği,
- Ayrıntıları Bakanlıkça belirlenen diğer hususlar

hakkında açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde tüketiciyi bilgilendirmesi gerekmektedir. Ayrıca, bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığı anlaşılır olmalı ve sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hâllerde sağlayıcının kimliği ile görüşme talebinin sebebi her görüşmenin başında belirtilmelidir.

Tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilmelidir.

Kredi verenin, sözleşmenin bütün şartlarını ve Bakanlıkça belirlenen diğer hususları, kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye iletmesi zorunludur. Bu yükümlülük, tüketicinin sözleşmeyi kuran iradesini yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli olmayan bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak sözleşmenin kurulması hâlinde sözleşmenin kurulmasından hemen sonra yerine getirilmelidir.

Tüketici, sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içinde herhangi bir ücret ödemeksizin sözleşmenin kâğıt üzerinde yazılı bir örneğini talep edebilir.

Tüketici, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispatla yükümlüdür.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesine ilişkin talebini herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla iletmesi yeterlidir. Tüketici, sözleşmeyi sona erdirmek için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem kullanmak zorunda bırakılamaz. Örneğin, sözleşme telefon bankacılığı ile kurulmuş ise iptali için tüketicinin şubeye gitmesi istenemez.

İleride çıkartılacak olan bir yönetmelik ile finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelere ilişkin detaylar belirlenecektir.

XII.TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ

Tüketici Hakem Heyetleri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulmuş, tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan belirli bir miktara kadarki ihtilafları[25] çözmekle görevli olan merciilerdir. (6502 sayılı Kanun m.66)

Görüldüğü üzere, Tüketici Hakem Heyetlerinin görev alanını tespit bakımından "tüketici işlemi" kavramının ne anlama geldiği büyük önem arz etmektedir. Tüketici işlemi 6502 Sayılı Kanun'un 3/l maddesinde, *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere 6502 sayılı Kanun ile birlikte Tüketici Hakem Heyetlerinin görev alanı oldukça genişlemiştir. Zira, banka ile tüketici arasında, bankacılık hizmetinden kaynaklanacak her türlü ihtilafta tüketici yönünden Hakem Heyeti görevli olacaktır.[26]

Hakem Heyetleri konusunda 6502 Sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden bir diğeri de parasal sınır üzerindeki uyuşmazlıklar için Hakem Heyetlerine yapılacak başvurunun yasaklanmış olmasıdır. (m.69)[27]Bu nedenle, tüketici hakem heyetleri 6502 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra limit üzerindeki başvuruları görevsizlik nedeniyle reddetmek durumundadırlar.[28]

25 6502 Sayılı Kanun ile Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru sınırı, İlçe Hakem Heyetleri için 2.000 TL.na, İl Hakem Heyetleri için 3.000 TL.na çıkartılmıştır.

26 Yargıtay 4077 sayılı Kanun döneminde sadece kredi kartları, tüketici kredileri ve konut finansmanı kredileri için Hakem Heyetlerini görevli kabul etmekteydi; Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 09.03.2009, 2009/2029 E. – 2009/2700 K. *"Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve uyuşmazlığın tüketici kredisi veya kredi kartlarından kaynaklanmayıp, bankacılık işleminden kaynaklandığının dosya kapsamı ile sabit olmasına göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın HUMK. nun 427/6 ncı maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin reddine karar vermek gerekmiştir."*

27 4077 Sayılı Kanun'da, parasal sınırlar üzerindeki uyuşmazlıklarda başvuru yasaklanmamış, ancak hakem heyetinin vereceği kararın ilam mahiyetinde değil delil niteliğinde kabul edileceği belirtilmiştir.(m.22/5)

28 Tutumlu, Mehmet Akif, "6502 Sayılı TKHK'ya Göre, Tüketici Hakem Heyetlerinin Yetki ve Görev Sınırları", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.89,2014, s.118

Ayrıca, itiraz olunan karar esas yönünden kanuna uygun olup da, hesap hatası, maddi hata veya kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş ise tüketici mahkemelerine kararı düzelterek onama yetkisi verilmiştir. Böylelikle, esas ilişkin olmayan bir sebeple Hakem Heyeti kararının iptal edilmesinden kaynaklanacak tüketici mağduriyetinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Zira, mahkemenin düzelterek onama imkanı olmadığında kararı iptal etmesi ve tüketicinin de tüm süreci yeniden başlatması gerekmekteydi.

Son olarak, Türkiye Bankalar Birliği tarafından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 80/j maddesine istinaden çıkartılan Tebliğ ile kurulan "Türkiye Bankalar Birliği Müşteri Şikayetleri Hakem Heyeti"ile 6502 sayılı Kanunda belirtilen Tüketici Hakem Heyetleri arasındaki görev dağılımına da değinmekte fayda bulunmaktadır.

Türkiye Bankalar Birliği Müşteri Şikayetleri Hakem Heyeti, 14.05.2013 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan söz konusu Tebliğ uyarınca kurulmuş, 5 üyeden oluşan[29] ve Birlik üyeleri ile bireysel müşterileri arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmayı amaçlayan bir yapılanmadır.

Tüketicilerin bu Heyete başvurmuş olmaları 6502 Sayılı Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren Tüketici Hakem Heyetine başvurmalarına engel değildir. Zira, 6502 Sayılı Kanun'un 68/5 maddesinde **"Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir"** denilmiştir. Ancak, şayet tüketici 6502sayılı Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren Tüketici Hakem Heyetine başvurursa artık TBB Hakem Heyetinin görevi sona erecektir. (Tebliğ m.7)

XIII. SAİR YENİLİKLER

Bankacılık uygulamaları bakımından 6502 Sayılı Kanun ile getirilen sair yenilikleri ise aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür;

a) Kart çıkaran kuruluşlara, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunma zorunluluğu getirilmiştir. (m.31) Kredi kartı aidatı meselesi uzun bir zamandır kamuoyunu meşgul etmektedir. Yargıtay kart aidatı alınmasına ilişkin sözleşme koşullarının haksız şart olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.[30] Yasa koyucu 6502 Sayılı Kanun'da bu konudaki kamu oyunu bek-

29 Heyetin iki üyesi BDDK, üç üyesi Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği tarafından seçilmektedir.

30 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 11.04.2012, 2012/7979 E. – 2012/9930 K., "*Kural olarak herkes dilediği sözleşmeye yapmakta serbest olduğu gibi istemediği bir sözleşmeyi*

lentisini karşılamak için kart çıkartan kuruluşlara, yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunma zorunluluğu getirmiştir.

b) Belirli süreli bir kredi sözleşmesine ilişkin taksit ödemeleri için bir hesap açılmış ve bu hesap sadece taksit ödemeleri için kullanılmış ise tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemeyeceği kararlaştırılmıştır Ayrıca, bu hesabın tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin geri ödenmesi ile birlikte kapatılması gerekmektedir. Ayrıca, tüketicinin açık talimatı olmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili mevduat sözleşmesi yapılaması mümkün değildir. (m.31)

c) Tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamayacaktır. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, banka tarafından kabul edilmek zorundadır. (m.29)

d) Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatların, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı açıkça belirtilmiştir. (m.4/6) 4077 Sayılı Kanun'da konu hakkında yer alan *"Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez."* şeklindeki düzenleme uygulamada uzun süre tereddütlere yol açmıştır. Özellikle kredi veren kuruluşlar, maddede yer alan düzenlemenin bir adi kefaleti öngörmediğini, tüketici kredilerinde asıl borçluya ihtarname keşide edilerek borcun ifası talep edilmesine rağmen borç ödenmediğinde kefilden borcun ifasının talep edilebileceği savunmaktaydı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu tartışmalara 22.06.2011 tarihli kararıyla son vermiş ve tüketici kredilerine ilişkin kefaletin adi kefalete ilişkin

sürdürmek zorunda da değildir. Bunun istisnası iltihaki sözleşmeler" olarak adlandırılan kamu hizmeti görmekte olan (Elektrik, Su işletmeleri gibi) kamu idare ve müesseseleri ile bunlardan hizmet alan şahıslar arasında kurulan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde kamu idare ve müesseseleri kar amacından ziyade kamu hizmeti görmekle yükümlü olduklarından talep eden her şahısla sözleşme yapma zorunlulukları vardır. Bankalar bunun aksine kar amacıyla kurulan müesseselerdir. Bu yüzden gördükleri hizmetin karşılığını da isteyebilirler. Ayrıca çok sayıda banka bulunduğuna göre de davalı kendi yükümlülüklerini yerine getirmek kaydıyla dilediği bankadan kredi kartı kullanma imkanına da sahiptir. Bu durumda davalı ile davacı banka arasındaki sözleşmenin iltihaki bir sözleşme olmadığının kabulü gerekir. Bankalar gördükleri hizmetin uygun bir karşılığını istemek hakkına sahiptir. Kredi Kartı hizmetinin banka için riski bulunduğu gibi bir maliyeti de bulunmaktadır. Bankanın bu maliyeti kredi kartı kullanıcılarına yansıtması doğaldır. Mahkemece bu gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."

sonuçlara tabi olacağını belirtmiştir.[31]

6502 Sayılı Kanun ile tüketici işlemlerine ilişkin kefalette bir tür zorunluluğu getirilmiş ve böylelikle kefaletin türü konusunda yaşanan tereddütlerin önüne geçilmiştir.[32]

XIV. YÜRÜRLÜK

6502 Sayılı Kanun'un Geçici 1.maddesinde;

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına bu işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak:

a) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen geçerli sözleşmelerin bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaz.

b) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlemeye başlamış hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri dolmamış ise bu Kanunda öngörülen sürenin geçmesiyle hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur .

Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında

---

31 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.06.2011, 2011/13-304 E. 2011/438 K. *"4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi "Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez." hükmünü içermektedir. Yukarıda madde metninden de anlaşılacağı üzere, kredi verenin, şahsi teminat veren kefilden asıl borcun ödenmesini isteyebilmesi için, asıl borçlu hakkında İİK'nin 105 ve 143. maddeleri kapsamında kesin aciz vesikası alması gerekir. Dolayısıyla, asıl borçlu hakkında kesin aciz vesikası alınmadan, asıl borcun ödenmesi için şahsi teminat veren kefile başvurma olanağından söz edilemez. Şu hale göre, borçlunun yapılan tüm araştırmalara rağmen herhangi bir malvarlığı tespit edilememişse, bağını koparmadığı anlaşılan adresinde yapılan hacizde, haczi kabil bir malına rastlanamadığına ilişkin düzenlenen tutanak, kesin aciz vesikasının yasal sonuçlarını doğurmaya elverişli sayılır. Belirtilen iki şartın gerçekleşmesi durumunda, yasal anlamda "asıl borçluya başvuru" şartı gerçekleşir ve kredi veren alacaklı, şahsi teminat veren kefilden borcun ödenmesini isteyebilir."*

32 Önder, M.Fahrettin; ÖZKUL, Burcu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence:Adi Kefalet Sözleşmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.18, S.3, 2013, s.42

Kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır"

düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu düzenleme gereğince, 28.05.2014 tarihinden önce gerçekleştirilen tüketici işlemlerinde bu işlemin hukuki geçerliliği veya sonuçları bakımından 4077 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla, işlemin gerçekleştiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak yapılmış bir işlemin sonradan çıkan mevzuat ile geçersiz hale dönüşmesi söz konusu olmayacaktır. Örneğin,28.05.2014 tarihinden önce imzalanan bir tüketici kredisi sözleşmesinde akti faiz yazılmamış olsa dahi, kredinin faizsiz olarak kullanılmış sayılacağına ilişkin 6502 Sayılı Kanun'un 25/2 maddesinin uygulanmaması gerekir.

Buna karşılık, 28.05.2014 tarihinden önce imzalanmış ve halen devam etmekte olan tüketici sözleşmelerinin 6502 Sayılı Kanun'a aykırı hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Örneğin, 28.05.2014 tarihinden önce imzalanmış olan bir konut finansmanı sözleşmesinde, tüketici erken ödeme halinde %2 oranında erken ödeme tazminatı ödemeyi kabul etmiş olsa dahi, 28.05.2014 tarihinden sonra ve fakat sözleşmenin sona ermesine 36 aydan daha az bir zaman kala yapacağı erken ödemede %1 oranında erken ödeme tazminatı uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 3, Ankara 2003
- Atamer, Yeşim, "Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyumu", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010
- Aydoğdu, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.1, 2010
- Can, Bilal, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Konut Finansmanına Yönelik Hükümleri, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.89, 2014
- Ceylan, Ebru, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler", İstanbul Barosu Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuk Özel Sayısı, C.88, 2014
- Çeker, Mustafa, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII/1-2, 2004
- Deryal, Yahya, "Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.89, 2014
- Ozanoğlu, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999

- Önder, M.Fahrettin; ÖZKUL,Burcu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Bankaya Verilen Şahsi Güvence:Adi Kefalet Sözleşmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.18, S.3, 2013
- Reisoğlu, Seza, "Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar:4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak", Bankacılar Dergisi, Sayı 69, İstanbul, 2008, s.51
- Reisoğlu, Seza, "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi", Bankacılar Dergisi, Sayı 82, İstanbul, 2012, s.110
- Tutumlu, Mehmet Akif, "6502 sayılı TKHK'ya Göre, Tüketici Hakem Heyetlerinin Yetki ve Görev Sınırları", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.89,2014
- Yağcı, Kürşad, "Anapara Faizi ve Üst Sınır Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 2, 2013

MONTREAL KONVANSİYONU

Av. Hüsniye ÇİÇEKÇİOĞLU ANDRİNİ[1]

Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme kısa adıyla "Montreal Konvansiyonu ("Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air Montreal 28 May 1999") 14.4.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak 13.9.2010 tarih ve 2010/895 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 57. Maddesine çekince konularak onaylanmış, 26 Mart 2011 tarihi itibarı ile de yürürlüğe girmiştir. Montreal Konvansiyonu 1929 yılında imzalanmış olan Varşova Konvansiyonu'nun yerini almak üzere hazırlanmıştır. Gerek Varşova gerek Montreal Konvansiyonları, uluslararası hava taşımasıyla ilgili belli hususlar standartlaştırılmak üzere getirilmiş olup, hangi uçuşlara hangi Konvansiyonun uygulanacağının bilinmesi gerekmektedir. Bu çalışma bir yandan uygulayıcılar açısından bu hususu değerlendirirken, diğer yandan Montreal Konvansiyonu hakkında çerçeve bir bilgi ve farklı ülke uygulamalarından örnekler sunmayı hedeflemektedir.

I Giriş :

Montreal Konvansiyonu'nda düzenlenmeyen tüm hususlarda, mezkur konvansiyonların düzenlenmesinden öncesinde olduğu gibi ilgili ulusal ya da uluslararası mevzuat (Avrupa Birliği ülkeleri bakımından Avrupa Birliği mevzuatı) geçerli olmaya devam edecektir. Montreal Konvansiyonun uluslararası hava taşımasına uygulanan diğer sözleşmeler ile olan bağlantısı konvansiyonun 55. Maddesinde açıklanmakta olup, hangi durumda hangi uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağı, bu madde ve ilgili uçuşun tabi olduğu uluslararası anlaşma/lar nazara alınarak belirlenecektir.

II- Konvansiyonun kapsamı

1- Konvansiyon temel düzenlemeleri

a) Seyahat Dokümanları – bilet/bagaj tanımlama etiketi ve hava sevk fişi/konşimento; 3-11 maddeler

b) Kargoyu nizam hakkı ve tarafların yükümlülükleri; 12-17. maddeler arasında,

1 İstanbul BArosu avukatlarından

c) Taşıyıcının sorumluluğu, taşıma sırasında meydana gelen yolcu ölüm ve yaralanmaları ile bagaj / kargo hasarı; yolcu / bagaj / kargonun gecikmesi hallerindeki maddi zararlar, 17 vd. maddelerde düzenlenmiştir.

2- Konvansiyonun uygulanmayacağı haller

a) 2. Maddesi /2. Fıkrası hükmüne göre, taşıyıcı posta taşımalarında aradaki sözleşme şartlarına göre sadece posta taşıyıcısına karşı sorumlu olacaktır

b) Konvansiyonun 51. Maddesine göre de, taşıyıcının işinin normal kapsamı dışında olağanüstü koşullarda gerçekleştirilmiş taşımalar durumunda, taşımanın dokümantasyonuna ilişkin 3'ten 5'e olan maddeler ile 7 ve 8. Maddeler uygulanmayacaktır.

3- Ulusal hukukun uygulandığı durumlar

Ulusal hukukların Montreal konvansiyonuna göre ikincil bir uygulama kabiliyeti olup, ancak Konvansiyonda düzenlenmeyen hallerde ulusal hukuka başvurulacaktır. Örneğin bir Amerikan mahkemesi, hava taşıması sırasında meydana gelen, ancak bedensel bir yaralanmanın olmadığı, duygusal/manevi hasarların yaşandığı iddiasına dayalı bir talebi, Montreal Konvansiyonun sadece bedensel yaralanmalar sebebiyle uğranılan zararı düzenlediği ve manevi zararları düzenlemediği gerekçesi ile ulusal hukuka göre çözmüştür. Özetle eğer konvansiyonun 1. Maddesinin 2. Fıkrasındaki şartlar olmamakla birlikte taşıma bir uluslararası taşıma ise, olaya ulusal hukuk hükümleri uygulanacaktır. Aynı şekilde, eğer talep kararlaştırılmış bir uluslararası taşımanın icra edilmemesinden kaynaklanan zarara dayanmakta ise gene ulusal hukuk uygulanacaktır.

Montreal Konvansiyonu'nda hüküm bulunmayan, tarafların dava ehliyetleri, şekil, hukuki geçerlilik, iptal, vazgeçme, ifadan kaçınma, kötü ifa, konşimentonun devri, taşıyıcı ve adamlarının hukuki durumu ve sorumluluklarının dayanağı, bir hava taşıyıcısı tarafından icra edilmeyen bedelsiz taşımalardan kaynaklanan ihtilaflar da milli hukuka göre çözülecektir.

Montreal konvansiyonu 33/4 maddesinde yargılama usulüne ilişkin sorunlarla, 35/2 maddesinde ise taşıyıcıya karşı açılacak dava için getirilen iki yıllık hak düşürücü sürenin nasıl hesaplanacağı hususlarının çözümü de kesin olarak milli hukuka bırakılmıştır.

III- Konvansiyonun coğrafi uygulama alanı

Konvansiyonun coğrafi uygulanma şartı, konvansiyonun 1/2 maddesi anlamında uluslararası bir taşımanın, icra edildiği ilgili devletlerin/sefe-

rin başlangıç ve varış ülkesi devletlerinin her ikisinin de Konvansiyonun tarafı olmasıdır. Yolcunun biletin bir parçasını kullanmadığı durumlarda da seyahatin başlangıç ve bitiş noktası, biletteki düzenlemeye göre belirlenecektir. Yolcunun biletinin bir kısmını kullanma niyeti hiç olmasa veya biletini sırf ekonomik sebeplerle başka bir ülkede almış dahi olsa, bu kural değişmeyecek ve bilette yazan parkur belirleyici olacaktır.

Buna göre Türkiye'den ve Türkiye'ye havayoluyla yapılacak uluslararası yolcu, eşya, bagaj ve yük taşımaları bu konvansiyonun uygulama alanı içine girmektedir. 1955 Lahey ve 1975-4 numaralı Montreal Protokolleriyle değişik Varşova Konvansiyonu da 1999 Montreal Konvansiyon'un kapsamı dışında kalan uluslararası taşımalara şartları bulunduğu takdirde uygulanmaya devam edecektir. Varşova Konvansiyonu ve onu tadil eden Lahey Protokolü hükümleri temelde, bir tarafı Montreal Konvansiyonu'na taraf olmayıp Varşova Konvansiyonu'na taraf olan gidiş dönüş şeklinde icra edilen seferler ile taraflardan en azından bir tanesi Montreal Konvansiyonu'na taraf olmayan tek yön uçuşlara uygulanacaktır. Bu sebeple hangi uçuşların Varşova Lahey sistemine hangi uçuşların Montreal Konvansiyonu hükümlerine tabi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Konvansiyonun "Uygulamanın Kapsamı", Başlıklı (1) maddesi, "Bu sözleşmenin amacına uygun olarak, Uluslararası taşımacılık ifadesi, taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak, kalkış ve varış yerlerinin nakliye ya da aktarmada duraklama olsun ya da olmasın, iki taraf devletin sınırları dahilinde ya da Taraf devlet olmasa dahi, şayet başka bir devletin sınırları dahilinde durulacak anlaşmalı bir yer varsa anılan yerlerin tek bir Taraf Devletin sınırları dahilinde bulunduğu herhangi bir taşımacılık faaliyeti anlamına gelmektedir. Başka bir devlette durulacak anlaşmalı bir yerin olmadığı tek bir Taraf Devletin sınırları dahilindeki iki nokta arasında yapılan taşıma bu sözleşmenin amacına yönelik olarak uluslararası taşımacılık değildir." hükmünü amirdir.

Buna göre; Türkiye'den ve Türkiye'ye yapılacak olan uluslararası hava taşımaları, Montreal Konvansiyonu'nu onaylamış olan devletlerin sınırları dahilinde bulunan yerler arasında yapılmış veya bu taşıma sırasında bu konvansiyonu onaylamamış bir devlet sınırları içinde önceden anlaşmalı olarak duraklama yapılması halleri de dahil olarak yapılması halinde, ilgili taşıma Montreal Konvansiyonu hükümlerine tabi olacaktır. İlgili taşımanın Montreal Konvansiyonu'na taraf olmayan bir devletin sınırları içindeki yere veya yerden Türkiye'ye veya Türkiye'den Montreal Konvansiyonu'na taraf olmayan bir devlete yapılması halinde Montreal Konvansiyonu hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda diğer devletin Varşova

Konvansiyonuna taraf bir devlet olması halinde, Varşova Konvansiyonu hükümleri uygulanacaktır.

Bu durumda Montreal mi Varşova mı uygulanacaktır sorusunun cevabının, seferin uluslararası olup olmadığı ve sefer düzenlenen ülkelerin taraf oldukları Konvansiyonun hangisi olduğu sorularına göre yanıtlanması icap edecektir. Eğer sefer uluslararası ve ülkelerin her ikisi de Montreal Konvansiyonuna tabi ise Montreal, iki ülkeden biri Varşova Konvansiyonuna tabi, diğeri hem Varşova hem de Montreal Konvansiyou'na tabi ise Varşova Konvansiyonu, ülkelerden biri herhangi bir Konvansiyona taraf değilse ilgili ulusal hukuk uygulanacaktır. Ülkemiz açısından 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 24/1. Maddesi hükmüne göre ilgili taşıma sözleşmesinde belirlenen hukuk, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde MÖHUK 24/IV hükmüne göre taşıma sözleşmeden doğan ilişkiye, en sıkı ilişkili olan hukuk, uygulanır. Konvansiyona tabi bir ülkenin sınırları içinde, konvansiyona taraf olup olmadığına bakılmaksızın önceden kararlaştırılmış bir ülkedeki ara noktaya duraklamayı havi uçuşlar uluslararası sayıldığından gene Montreal Konvansiyonu hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda söz gelimi, Ankara / İstanbul / Frankfurt arasında yapılan bir taşıma, Türkiye ve Almanya'nın Konvansiyona tabi olması ve uçuşun uluslararası olması sebebiyle Montreal Konvansiyonuna tabi olacaktır. Rodos ara duraklamalı bir Ankara / Rodos / İstanbul uçuşu da uluslararası sayılacak bu sefer de Montreal Konvansiyonuna tabi olacaktır. Yunanistan Montreal Konvansiyonuna taraftır. Ancak, konvansiyona taraf olmayan bir ülkenin ara duraklama noktası olarak kararlaştırıldığı söz gelimi bir İstanbul/ Musul/Ankara uçuşu da Irak'ın konvansiyona tabi olup olmadığına bakılmaksızın uluslararası olması ve ülkemizin Konvansiyona taraf olması sebebiyle Montreal konvansiyonuna tabi olacaktır. Buna karşın ülkemizin iki şehri arasındaki iç uçuşlar uluslararası uçuş olmadığından Sivil Havacılık Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Başka bir devletin ülkesinde olan kararlaştırılmış bir duraklama yeri olmaksızın bir tek Taraf Devlet sınırları içindeki iki nokta arasında yapılan taşıma, Montreal konvansiyonu anlamında uluslararası sayılmadığından Montreal konvansiyonuna tabi olmayacaktır. İstanbul / Musul / Diyarbakır örneğinde uçağın Musul'a inişi önceden planlamadığı ve teknik sebeplerle Musul'a plan dışı bir iniş yapmak durumunda kaldığını varsayalım bu durumda uçuş uluslararası olmadığı için Sivil Havacılık Kanunu Hükümlerine tabi olacaktır. İstanbul'dan Montreal Konvansiyonuna tabi olmayan Tayland/Bangkok'a icra edilen uçuş Montreal Konvansiyonu hükümlerine tabi olmayacaktır.

Ülkelerin Montreal Konvansiyonu'na tabi olup olmadığı hususu

ICAO'nun http://www.icao.int/Pages/default.aspx adresli resmi web sayfasında arama bölümüne ilgili ülke ismi yazılmak suretiyle sorgulanabilir. Örneğin ülkemizin ismi girildiğinde STATUS OF TURKEY WITH REGARD TO INTERNATIONAL AIR LAW INSTRUMENTS başlığı altında ülkemizin taraf olduğu sivil havacılık ile ilgili tüm uluslararası anlaşmaların kayıtları gelmektedir. Montreal 1999 ile ilgili böüm 34. Sırada Convention ort he Unification of Certain Rules for International Carriage by Air Montreal, 28 May 1999" olarak yer almaktadır. Sefer yapılan ülkenin Montreal Konvansiyonunu kabul durumunun bilinmemesi halinde bu suretle tespit en sağlıklı yol olacaktır.

Ucuşun uluslararası ve iki konvansiyona taraf devlet sınırları arasında icra edilmesinin yanı sıra, uçuşun hava aracı ile yapılması, yolcu/bagaj ve kargo taşımasının söz konusu olması, taşımanın ücret karşılığında yapılması gerekir.

IV- Montreal Konvansiyonu'na göre sorumluluğun şartları

Maddi zararların tazmini konusunda Varşova Konvansiyonu ile Montreal Konvansiyonu birbirinden temel olarak farklı düzenlemeler getirmektedir. Varşova Konvansiyonuna göre taşıyıcı, kişiye verilen zararlar, bagaj, kargo ve gecikme zararlarında üst tavanı belirlenmiş bir sınırlı sorumluluk ile sorumludur. "varsayılan kusur ". Varşova Konvansiyonun 17. Maddesi; "yolcunun ölümü, yaralanması, bedeni zarara uğraması halinde, bu zararın doğmasına sebep olan kaza, hava taşıması sırasında meydana gelmişse, taşıyıcı sorumludur", 19. Maddesi; "taşıyıcı hava taşımasındaki ……gecikmesinden doğan zarardan sorumludur". şeklindedir. Taşıyıcı ya da adamlarının zarara sebebiyet veren yapma/yapmama şeklinde bir eylemlerinin olduğu, talep sahibi yolcu, bagajı hasar gören veya kargosu hasar gören tarafından ileri sürülür. Bu sebeple, ispat yükü zarar görende değildir, taşıyıcı atılı ithamdan kurtulmak için, alınabilecek tüm tedbirleri aldığını, ya da alsa dahi hasarın, zarar verici sonucun engellenemeyeceğini ispat etmek durumundadır. (Varşova 20. Madde) Uygulamada bunun ispatı kolay değildir. Varşova Konvansiyonun ispat yükü bakımından talep sahibine getirdiği bu kolaylığa karşı, 22. Maddesinde hava taşıyıcısı açısından getirdiği tazminat miktarı sınırlamaları ile bir menfaat dengesi oluşturmayı hedeflemiştir. Maddede anılan sınırlara kadar taşıyıcı "varsayılan kusur" ile sorumlu olacak/sorumluluk için kusur aranmayacaktır. Taşıyıcı ve adamlarının ağır kusurla/zarar verme kastı ile hareket ettikleri ispatlanırsa bu sorumluluk sınırlamaları ortadan kalkacaktır. (Varşova 25) Sınırlı sorumluluk ilkesinin kabul edilmesinde 1929 tarihli Varşova Konvansiyonunun hazırlanması sırasında hava taşımacı-

lığının özendirilmesi ve sanayinin desteklenmesi düşüncesi etkin olmuş, sınırlı sorumluluk ilkesi ile hava taşıyıcısı ile yolcu ve yük sahibi arasında menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır. Buna karşın Montreal Konvansiyonunda sorumluluk kuralları bakımından zararın türüne göre bir ayırıma gidilmiştir. Sorumluluk nedeni, sorumluluk sınırlamaları, sınırlı sorumluluktan kurtulma halleri Varşova Konvansiyon'nun aksine birlikte düzenlenmemekte, hasarın türüne göre farklı düzenlenmektedir.

Montreal konvansiyonu uyarınca sorumluluğun şartı, kusur ya da ihmal olup olmadığına bakılmaksızın, şu hallerde düzenlenmiştir;

- Konvansiyonun 1./2 maddesi uyarınca bir uluslararası taşıma söz konusudur
- Taraflar arasında bedel karşılığı icra edilmesi kararlaştırılan bir taşıma sözleşmesi vardır (1/1 ve ½ madde)
- Yolcuya üzerinde Montreal konvansiyonun geçerli olduğunun yazılı olduğu bir bilet verilmiştir (3/1, ¾)
- Zarara sebep olan kaza uçakta ya da uçağa biniş iniş anında gerçekleşmiştir (17. Madde), maddi kayıplar bakımından geçerli zaman 18. Maddedir.
- Zarara uğrayan zarara kendisi sebebiyet vermemiştir (20.madde), ya da zararın oluşmasına katkıda bulunmamıştır. Maddi hasarlardan kurtuluşa ilişkin benzer düzenleme (18. Madde)
- Yolcu ölüm ve yaralanmalarının söz konusu olduğu kişisel zararlarda kusursuz sorumluluk sınırı 100.000SDR olup, taşıyıcının olayına göre bundan kurtuluş imkanı vardır (madde 21) (bu oranlar 24. Maddeye göre her 5 yılda bir gözden geçirilir)
- Gecikme, bagaj ve kargo zararlarında 22. Madde hükmünde getirilen sınırlamalar ve kurtuluş karinesi geçerlidir.

V- Taşıyıcının sorumluluğu ve sorumluluğun çerçevesi

1- 17. Madde: yolcu ölümü ve yaralanmaları, bagaj hasarı

a) 17. Madde Varşova Konvansiyonu'nun 17. Maddesinin aksine sadece ölüm ve yaralanma halinde sorumluluğu değil, Varşova Konvansiyonun maddi zararlar arasında düzenlediği bagaj hasarına bağlı zarardan sorumluluk halini de düzenlemektedir. Madde Varşova Konvansiyonun aksine hava taşıyıcısına teslim edilen "kontrol edilmiş bagaj"ın uğradığı zarar ile yolcunun uçakta kabine aldığı el bagajı "kontrol edilmemiş bagaj" arasındaki ayırıma son vermiştir. Montreal Konvansiyonuna göre bagaj kavramı, gerek "kontrol edilmiş" gerekse "kontrol edilmemiş bagajı" kapsar.

b) 17./1. Madde hükmü, hava taşıyıcısı ile bir sözleşmesi olan yolcunun hava taşıması esnasında uğradığı zararı düzenler. Bu durumda uçağa her nasılsa bir bilet olmaksızın binen yolcunun ("blind passenger") durumu Montreal Konvansiyonuna değil, ilgili milli hukuka göre çözümlenecektir.

c) Montreal Konvansiyonu'nun 17/1 maddesinin bedensel zararlar bakımından Varşova Konvansiyonun benzer hükmüne nazaran getirdiği en önemli fark, manevi zararlar ile izleyen zararları da madde kapsamına almaya elverişli olan "herhangi bir bedensel zarar" "death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger" ifadesi yerine kesin bir dille "ölüm ve bedensel yaralanma" "death or bodily injury" şeklindeki fiziksel yaralanma ve ölüm dışındaki diğer zararları madde kapsamı dışında tutan lafzıdır. Bu durumda ilgili ülke hukuk anlayışına göre, psikolojik rahatsızlıkların bedensel yaralanmalar içinde addedilmesi durumu hariç olmak üzere, duygusal zararlar bu madde ve dolayısıyla Montreal Konvansiyonu kapsamında olmayacaktır. Farklı ülke mahkemelerinin manevi zararlar konusundaki kararları paralellik taşımaktan uzaktır. Bir çok mahkeme ancak psikolojik rahatsızlığın olağan üstü bir hastalık değerinin olması halinde psikolojik rahatsızlıkları 17. Madde kapsamında kabul etmektedir. Amerikan Mahkemeleri'nin hangi durumlarda psikolojik zararların konvansiyonun 17. Maddesi kapsamında kaldığı hususundaki içtihatlarında bir birlik bulunmamaktadır. 70'li yıllardaki kararlarında mahkemeler genel itibarı ile doğrudan fiziksel yaralanmaların sonucu olması halinde psikolojik zararların 17. Madde kapsamında kaldığını kabul etmekteydi. Uçak kaçırma olayları esnasında güvenlik ve ölüm korkusu sebebiyle uğranıldığı iddia edilen psikolojik zararlar ile uçağın teknik sebeplerle zorunlu inişleri nedeniyle oluştuğu iddia edilen manevi zararları Amerikan mahkemeleri reddetmiştir. (US District Court (SDFla, 1986), 629 F. Supp 307= 19 Avi 18, 136=AL 1986, 173 Nr. 26 – Eastern Airlines, Engine Failure at Miami; Florida District Court of Appeal, (1988) Avi 18, 278= AL 1989, 270 Nr. 5 –King v. Eastern Airlines) (Bkz. Gimulla Schmid, WA Art. 17, Ziff 4 Sayfa 4) Alman mahkemelerinde kabuslar, post travmatik ruhsal rahatsızlıklar bu madde kapsamında kalan bedensel zararlar içinde değerlendirilmemektedir.

17. Maddenin lafzi yorumu, sorumluluğun doğmasının koşulları

1) Bedensel zarar (yolcu bakımından sonuç),

2) bu zarar sebep olan hava aracının içinde ya da herhangi bir yükleme veya boşaltma faaliyeti sırasında meydana gelen bir kaza (olay ve nedensellik)

3) maddi kayıp (bedensel zarar ya da bagajın hasarlanması vs. durumunda doğan sonuç)

Montreal Konvansiyonu kazayı tanımlamamaktadır. Kazanın dar ya da geniş yorumlanması mümkündür. Kazanın ne olduğu hususunda farklı ülke hukuk sistemlerinin farklı anlayışları vardır. Amerikan mahkemelerinin erken dönem kararlarında "an accident is an event, a physical circumstance, which unexpectedl takes place not according to the usual course of things,. If the event on board an aeroplane is an ordinary, expected and usual occurance then it can not be termed an accident." Denmek suretiyle geniş bir kaza varsayımından hareket edilmekteyken, Amerikan Supreme Court'un Air France v. Saks kararında, maddenin gerekçesi ve amaçsal bir yorumla; ölüm ya da bedensel yaralanma durumunun "by an unexpected or unusual event or happening that is external to the passenger" olaydan meydana gelmesi halinde kaza kabul edilmiştir. Supreme Court'un bu kararı diğer mahkemelerce de benimsenmiştir. (Bkz. Gimulla Schmid, MÜ ART 17, Ziff 5 vd.)

Alman Mahkemeleri ve yazarlarının çoğu Amerikan Supreme Court'un tanımına benzer bir tanımlama ile "dışarıdan/yolcunun dışındaki bir sebeple aniden zuhur eden ve zarar veren olay" ı kaza addetmektedir. "ein von aussen her plötzlich eindringendes schaedigendes Ereignis"

Fransız mahkemelerinin kaza tanımına bakıldığında; sadece uçağın ya da yükünün zarar gördüğü ya da yolcu ya da üçüncü kişilerin yaralandığı haller kaza addedilmekte ve ancak basit parça değişimleri ile yeniden tamiri mümkün olmayan uçaklar hasarlanmış addedilmektedir.

Kazanın dar yorumuna göre, taşıma sözleşmesinin tarafları (yolcu ve gönderen) genel standartlar çerçevesinde icra edilecek bir hava yolu taşımasını kabul etmiş sayılır. Buna göre hava taşıyıcısının zararı önlemek için elinden gelen önlemleri aldığı ya da almasına imkan olmadığının ispatladığı durumlarda sorumluluğu olmayacaktır. Yolcu ya da gönderici de bir uçuşta karşılaşılması olası, türbülans, kötü hava koşulları, yıldırım çarpması, uçak kabininde basınç ve nem değişiklikleri, hava boşluğuna düşülmesi, az çok sert iniş kalkış vs. gibi durumların bilinci ve bunların olabileceğini kabul ederek uçağa binecek/mal gönderecektir. Burada bir önceki tanımın aksine artık dışarıdan gelen ve ani kriterleri dikkate alınmamakta menfaatler dengesine göre bir tanımlamaya gidilmektedir. Amerikan Supreme Court Olympic Hava Yolları/Husain kararında, uçakta sigara içilmeyen son üç koltuktan birine geçme isteği kabin personelince dikkate alınmayan ve hayatını kaybeden astım yolcusunun yakınlarının açtığı davada, talebi 17. Madde bakımından ret etmiş, ancak personelin

davranışını Varşova Konvansiyonun 25A/3 "hava taşıyıcısının ya da personelinin ağır ihmal ya da kusuru ya da zarar verme kastı ile hareket etmesi halinde kurtuluş beyinnelerinden yararlanamaması" maddesine aykırı bularak tazminata hükmetmiştir.

Kazanın sebebiyet verdiği her bedensel yaralanmanın sorumlusu taşıyıcı olmayacaktır. Zarar sebebi ile uçağın işletimi arasında bir sebep sonuç ilişkisi olmalıdır. Buna göre her yerde herkesin başına gelebilecek olaylar değil, ancak hava yolu taşımacılığının doğasından kaynaklanan tehlikeler sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olunacağı kabul edilmektedir. "die dem Luftverkehr eigentümlichen Gefahren" Bazı ülke mahkemeleri bu noktada daha geniş yorumlar yapmakla birlikte, bu durum Montreal Konvansiyonun yorumunu değiştirmeyecektir. Ancak bu ısrarlı yorumlar Guatemala Protokolünde ilgili yönde bir hükmün tesis edilmesine neden olmuştur. Bu görüşü savunan yazarlar hava aracının başlı başına bir tehlike olduğundan ve tehlike sorumluluğundan hareket etmektedir. Ancak bu yorum kabul görmemektedir. Örneğin uçakta bir yolcunun diğerini öldürmesi protokolün ilgili maddesi kapsamında kalmayacaktır. Zira bu genel bir yaşam riskidir. Ve hava taşıması ile bir ilgisi yoktur. "Allgemeine Lebensrisiko".

2- Deep Vein Thrombosis, ekonomi sınıfı sendromu

"Deep Vein Thrombosis", (DVT) uçakta uzun süre hareket etmeyen yolcuların kanının pıhtılaşması sonucu oluşan ölümler rahatsızlıklar, diğer adı ile "ekonomi sınıfı sendromu"nun uzun süre kaza olduğu iddia edilmiştir. Ancak, farklı ülke mahkemelerinden aksi yönde kararlar çıkmıştır. 23 Haziran 2011 tarihli bir kararında Fransız Yüksek Mahkemesinin 1. Sivil Dairesi (first Civil Chamber of the Court of Cassation) Fransa'da DVT konusunda ilk defa bir karar vermiş olup, ekonomi sınıfında koşulların iyi olmadığı iddiası ile DVT yaşadığını iddia eden Emirates Hava Yollarının Muscat ve Dubai duraklamalı Colombo-Paris seferi yolcusunun tazminat taleplerini reddetmiştir.

Avustralya Yüksek Mahkemesinin 2002 VSC 580 sayılı kararında, (Supreme Court of Victoria Court of Appeal, 28 July 2003), Quantas ve British Airways'ın code share/ortak uçuşunda DVT yaşadığını, ilgili havayollarının DVT'nin vuku bulmaması için yolcuların yapması gerekenler hakkında yeterli bilgilendirme yapmadıkları iddiaları ile tazminat isteyen yolcunun talebini, uyarı yapmanın Konvansiyonun 17. Maddesi anlamında "olay" olmadığının ve "kaza" sayılmayacağını karara bağlamıştır. " …a failure to warn, being an omission to act, could not constitute an "event" and, therefore, not be an "accident"."

İngiliz yüksek mahkemesi Court of Appeal, uçuşun olağan seyri içinde vuku bulan olağan durumların "olay" sayılamayacağını ve bu sebeple kaza olmadığını karara bağlamıştır. "…..usual features by aircraft did not constitute an"event"…" Bu konudaki diğer kararlar için bkz. http://www.allens .com.au/ Publication: Recall:DVT is no "accident".

Ülkemizde henüz ekonomi sınıfı sendromuna bağlı rahatsızlık talepleri ile açılan bir dava bulunmamakla birlikte, uluslararası bir bankanın üst düzey yöneticisi olduğunu, sık sık uçuşların üst sınıflarında/business/first class seyahat ettiğini, davalı havayolunun Business İstanbul- New York seferinde business kabinde fazla bilet satışı sebebiyle, sadakat programı hesabındaki milleri kullanarak upgrade/üst sınıfa geçme talebi kabul edilmeyen yolcunun, manevi olarak rahatsız olduğu, ekonomi sınıfta gerginlik ve eziyet yaşadığı, moral bozukluğu yaşadığı, kişilik haklarının zedelendiği iddiaları ile manevi tazminat istemli açtığı davada Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin kısmen kabul kararını, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Esas 2013/6764, Karar 2013/21596 28.11.2013 tarihli kararı ile; davacının seyahati üst sınıfta temin edilemese de davacının uçuşunun gerçekleştiğini, davacıya havayolunun mil iadesinde bulunduğunu, seyahat etme özgürlüğünün kısıtlandığından ya da kişilik haklarına zarar verildiğinden söz edilemeyeceğini bu itibarla BK. 98/2 anlamında manevi tazminat şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle, kısmen kabul kararını bozmuştur.

3- Kaza hakkında mahkeme kararları

Teknik arıza sebebiyle yaşanan türbülanslar kaza sayılırken, hava koşullarına bağlı türbülanslar seyahatin doğası içinde kabul edilebilir kabul edilmiş, uçağın kalkışı ve inişi sırasındaki salınımlar sonucu yaşandığı iddia edilen kalp krizi kaza sayılmamış, sert iniş ve kalkışların "olağan dışı" sayılması için ağır şartlar istenmiş, buna karşın kalkış esnasında bir tekerleğin patlaması sonucu yaşanan sarsıntı kaza sayılmış, yıldırım düşmesi kaza sayılmamış, güvenlik sebebiyle yolcunun ayrıntılı aranması sonucu uğranıldığı addedilen zarar bir kazanın sonucu kabul edilmemiş, apandisit patlaması, böbrek/safrakesesi taşlarının hareket etmesi, kalp krizi kaza sayılmamış, uçuştan önce mevcut sağlık problemleri nedeniyle ölüm hali astımlı yolcu için kaza sayılmamış, kalp rahatsızlığı geçiren ve uçağın New York'a inişinin hemen akabinde hastaneye kaldırıldığında kalp krizi geçirdiği anlaşılıp by pass yapılan yolcunun durumu, kabin personelinin uçuş boyunca gerekli yardımı ve yakınlığı yapmış yolcu ile ilgilenmiş olmaları sebebiyle kaza addedilmemiş, yolculuğun standartlara uygun ve seyahatin doğası içerisinde kabul edilebilir icra edildiği kabul edilmiş, uçaktaki ikram sebebiyle zehirlenme kaza sayılmış, kabinde

sıkılan böcek ilacına inişte reaksiyon gösteren yolcunun durumu kaza sayılmamış, başka bir yolcunun bagaj kapağını açık bırakması sonucu başka bir yolcunun düşen bagajdan yaralanması kaza sayılmış, başkasının üstüne düşüp yaralayan sarhoş yolcunun durumu kaza sayılmış, koltuk sıralarının çok dar olması sebebiyle, iç kısımda oturan yolcuları geçirmek için çok sık ayağa kalkan yolcunun yaşadığı diz rahatsızlığı kaza sayılmış, iki yolcunun kavgasında birbirlerine verdikleri bedensel zararlar kaza sayılmamış, terör ve uçak kaçırma olayları kaza sayılmış, bomba ve patlamalar ile bomba ihbarları kaza sayılmış, buna karşın uçuşta olay çıkaran ve emniyet kuvvetlerince uçaktan indirildikten sonra bedensel zarara uğrayan yolcunun durumu kaza sayılmamış. İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, 2008/282 Esas, 2010/744 sayılı dosyasında, klima sistemindeki arıza sebebiyle kabin basıncı değişikliğine bağlı olarak kalkıştan 16 dakika sonra dönüş yaparak arızanın giderilmesinin ardından tekrar havalanan uçakta, kabin basıncına bağlı olarak kulaklarında hasar yaşadığını iddia eden yolcunun talebi, olayın hava taşıması bakımından olağan olduğu, "kaza" olmadığı, uçakta başka hiçbir yolcunun rahatsızlık yaşamamış olduğu ve yolcunun olay tarihinden önce süre gelen kulak rahatsızlıkları dikkate alındığında, olağan hadise ile davacının yaşadığını iddia ettiği zarar arasında illiyet bağının ispatlanamadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.

4- Talep sahipleri

MK 17.maddesi talep sahiplerini düzenlememektedir, MK 22. Maddesi hükmünde tazminat miktarları ve çerçevesi düzenlenmektedir. Talep dayanakları 29. Maddede düzenlenmekte ve talep sahiplerinin tespiti ilgili milli hukuka bırakılmaktadır.

a) Yolcu ve yakınları

Yaralanma halinde, yolcunun kendisi, eşi, ölüm halinde mirasçılar, akrabalar, nikahsız yaşadığı eş. Yaralanma halinde anne babaya dava açma hakkı, ergin olmayan çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla verilmektedir. İş seyahati sebebiyle uçuş yapan işçiye biletini alan iş veren Alman Hukukuna göre taşıma sözleşmesinin tarafı ve uçan işçi sadece taşıma sözleşmesinden "yararlanan" sayıldığından işverene dava hakkı tanınmaktadır. Havayolunun çalışanı bakımından; hakim görüş kazanın olduğu uçağın işletiminden sorumlu olan ekibin elemanlarının Montreal Konvansiyonu 17. Maddesine göre talep hakkı bulunmadığı yönündedir. Zira bunlar bir taşıma sözleşmesi sebebiyle değil, işlerinin ifası sebebiyle uçak kabininde bulunmaktadır. Kabin personeli de "yolcu" sayılmadığından ancak ilgili milli hukukun iş ve sosyal güvenlik hukuku/toplu sözleşme hukuku uya-

rınca bir talep hakları olacaktır. Buna karşın, görev yerlerine gitmek ya da görev dönüşü ikametgahlarına gitmek üzere kabinde bulunan ve aktif görevde olmayan kabin personeli ve uçağı sevk ve idareye yetkili personel "yolcu" sayılacaktır. (Dead- head-Fly). Hava taşıyıcının çalışanı olması sıfatıyla uçakta uygun koşullarda temin edilmiş biletle seyahat eden pass yolcular ile hava taşıyıcısı arasında bir taşıma sözleşmesinin varlığı kabul edildiğinden pass biletle uçan yolcular da Montreal Konvansiyonu 17 anlamında talep sahibidir.

a) Taleplerin muhatabı

Hava taşıyıcısıdır. Birden çok hava taşıyıcısı olması halinde, 36/2'nin ilk cümlesine göre, ilk taşıyıcının özel bir anlaşma kapsamında yolculuğun tamamına ait sorumluluğu üstlendiği durumların dışındaki hallerde, her taşıyıcı bizzat kendi icra ettiği bölümden sorumlu olacaktır. 39 ve 40.madde hükümlerine göre anlaşmalı ve gerçek taşıyıcı.

a) Tazminatın sınırları ve miktarı

Yolcu ölüm ve yaralanması halinde sorumluluğun üst limiti belirlenmemiştir. 21. Maddenin 1.fıkrası; "Her yolcu için 100.000 SDR'yi aşmayan (bu miktar 2009 yılında 24. Madde gereği 113.000 SDR'a yükselmiştir) 17. Maddenin 1. Paragrafı kapsamında doğan hasarlar için taşıyıcı, sorumluluğunu kabul etmeme ya da sınırlama imkanına sahip olmayacaktır." hükmünü amirdir. Buna göre taşıyıcının bu miktara kadar olan zararların tazmini bakımından sorumluluğu kusurdan bağımsız olup, kusurlu olup olmaması aranmayacaktır. Bunun üzerindeki hasarlar için, taşıyıcının varsayılan kusuruna dayalı/ispat edilen kusuruna sorumluluğunun bir üst sınırı bulunmamaktadır.

Tazminat taleplerinin hukuki dayanağı Montreal Konvansiyonunda düzenlenmemektedir. Ancak 29. Maddede; Yolcu bagaj ya da kargo taşıması ile ilgili olarak, ister işbu konvansiyona, ister sözleşmeye, ister haksız fiile ya da başka bir hukuki sebebe dayansın bir tazminat talebi, böyle bir davayı açma hakkına sahip olan kişilerin kim olduğu ve kendi haklarının neler olduğu hususuna zarar getirmeksizin, ancak ve ancak işbu konvansiyonda tayin edilen koşullara ve sorumluluk sınırlarına tabi olacak şekilde açılabilir. Böyle bir davada bir cezayı ortadan kaldıran ya da ağırlaştıran ya da diğer türlü ikame etmeyen her tür tazminat geçersizdir. (Bu tür herhangi bir davada cezayı gerektirici, örnek teşkil eden ya da tazminat hükmünde olmayan hasarlar telafi edilir olmayacaktır.) şeklindedir. Bu düzenleme ile tazminatın dayanağı ne olursa olsun, hava taşıyıcısının konvansiyonda düzenlenen sorumlulukları bakımından so-

rumluluğun ancak, konvansiyonda tayin edilen koşul ve sınırlarda olacağı kesin şekilde düzenlenmektedir. Yaralanma halinde Montreal Konvansiyonun 31. maddesi bir ihbar süresi öngörmemektedir.

VI- Bagajda taşıyıcının sorumluluğu:

MK'nın 17/4 maddesi hükmü; "başka türlü belirtilmediği müddetçe bu sözleşmede "bagaj" terimi hem kontrol hem de kontrol edilmemiş bagaj anlamına gelir" şeklindedir. Bu düzenleme ile teslim edilmiş bagaj ve el bagajı ayırımı ortadan kalkmış gibi görünmektedir. Bu düzenleme ödenecek tazminat miktarlarının gerek kontrol edilmiş gerekse kontrol edilmemiş bagajı kapsaması bakımından önemlidir. Kontrol edilmiş bagaj için taşıyıcının sorumluluk hali ve şartları 17. Maddenin 2. Fıkrasında düzenlenmektedir. MK md 17/2: Taşıyıcı, kontrol edilmiş bagajın tahrip olması ya da bagaja zarar gelmesi durumunda uğranmış hasara karşı sadece, bagajın tahrip olmasına ya da kaybolmasına ya da bagaja zarar gelmesine neden olayın hava aracı içinde ya da kontrol edilmiş bagajın taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu esnada meydana gelmiş olması halinde sorumludur. şeklindedir. Düzenleme kontrol edilmiş/teslim edilmiş bagaj bakımından "verschuldensunabhaengige Haftung" "kusursuz sorumluluk" hali öngörmüştür. Alman öğretisinde taşıyıcının teslim edilen bagaj için öngörülen bu sorumluluk biçimi "verschaerfte Gefaehrdungshaftung" yani bir nevi ağırlaştırılmış tehlike sorumluluğu ya da "Erfolgshaftung" yani sonuca bağlanmış/bagajın sözleşmeye uygun şekilde teslimi sonucuna bağlanmış kusursuz sorumluluk şekli olarak da nitelenmektedir. Teslim edilmiş bagaj bakımından yolcunun, taşıyıcının ya da adamlarının kusurunu ispat gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yolcunun, bagajını hava yolunun hakimiyetine teslim ettiği ve artık bagajı üzerinde kontrolü olmadığı düşünüldüğünde, ispat yükünün yolcuda olmaması hakkaniyete uygun kabul edilmelidir. Konvansiyon bu sorumluluk biçimiyle bir yandan yolcu lehine kolaylık getirirken, diğer yandan ilgili havaalanında hizmet sunma yetkisi olan tekel konumundaki farklı alt hizmet sağlayıcılarından, hizmet almak durumunda olan taşıyıcının, teslim edilmiş bagaj bakımından öngördüğü mutlak sorumluluğuna üst limit getirmek suretiyle bir menfaat dengesi oluşturmaktadır. Sektörde havaalanlarında havayollarına yer hizmetleri sunma yetkisi olan kuruluşların sözleşme standartları, havayollarına hizmet ve sorumluluk şartlarına müdahale şansı vermemekte, hizmet almak durumunda olan taşıyıcılar bu standart sözleşmeleri sorumluluk esaslarına müdahale etmeksizin kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bu açıdan getirilen sorumluluk sınırlaması sektörün devamı için kaçınılmazdır.

Ancak, madde diğer yandan kontrol edilmemiş/yolcunun havayoluna teslim etmediği uçak kabininde beraberinde taşıdığı bagaj için teslim edilmiş bagajdan farklı bir sorumluluk türü öngörmektedir. 17. Maddenin 2. Fıkra son cümlesi; "Kişisel eşyalar dahil olmak üzere, kontrol edilmemiş bagajların olduğu durumlarda, eğer hasar taşıyıcının, ya da bir çalışanının acentesinin bir kusuruna bağlı olarak meydana gelmişse taşıyıcı sorumludur." şeklindedir. Bu hükümle kontrol edilmiş bagaj için öngörülen kusursuz/mutlak sorumluluk türünden, tekrar "kusur" "verschuldenshaftung" sorumluluğuna geçilmiş olup, kayıtsız bagajına bağlı taleplerde yolcu taşıyıcı/adamlarının kusurunu kendisi ispat etmek durumundadır.

1- sorumluluk şartları;

- tahrip, zarar görme, kaybolma (olay),
- bu zarar, kayıp tahrip hava aracının içinde ya da bagajın taşıyıcının sorumluluğunun altında bulunduğu esnada meydana gelecek (olay ve nedensellik)
- tahrip, zarar görme kaybolma sebebiyle yaşanan maddi kayıp (sonuç)

2- İhbar:

MK'nın 31. Maddesi şikayetlerin zamanına uygun olarak yapılması hükmü altında ihbar süresini düzenlemekte; bagajın şikayetsiz teslimini, bagajın iyi koşullarda teslim alındığına dair kesin olmayan karine teşkil edeceğini düzenlemektedir. Bununla bagajdaki hasar/kayba dair ispat yükü yolcunun üzerindedir. Bagajın şikayetsiz teslim alınmış olması aksi ispat edilene kadar bagajın eksiksiz ve teslim edildiğine karine teşkil eder. Kontrol edilmiş bagaj halinde bagajın tesliminden en geç 7 gün içinde taşıyıcıya şikayette bulunmak durumundadır. Gecikme durumunda şikayet en geç bagaj ya da kargonun yolcu/kargonun kendi kullanımına verilmiş olması gereken tarihten itibaren 21 gün içerisinde yapılmalıdır. Şikayet yazılı olmalı ve belirtilen sürede yapılmalıdır, aksi halde taşıyıcının kötü niyetli olduğu ispatlanmadıkça dava hakkı düşecektir. İhtilaflar değerlendirilirken, ihbar incelenecek ilk husus olmalıdır.

3- Taşıyıcının sorumluluk sınırı

22. Maddenin 2. Fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, yolcu bagajın taşıyıcının sorumluluğuna verildiği anda ulaşacağı yerde teslimi ile ilgili özel bir fayda beyanında bulunup, ilave bir ödeme yapmadığı müddetçe taşıyıcının, bagajın tahrip olması, kaybolması ya da hasarlanması halinde her yolcu için sorumluluğu 1000 SDR'dir. (miktar hali hazırda

1131 SDR'dir.) Özel bir fayda beyanında bulunulduğu durumda, taşıyıcı 1000SDR'nin talep sahibinin varış yerindeki zararını karşıladığını ispat etmedikçe, taşıyıcı beyan edilen toplamı aşmayan bir miktara kadar ödeme yapmakla sorumlu olacaktır. Bu miktar gerek teslim edilmiş gerekse teslim edilmemiş tüm bagaj için üst sınırdır.

4- Taşıyıcı bakımından kurtuluş karinesi;

Taşıyıcı hasarın bagajın kendi içinde bulunan kusurlardan, bagajın kalite ve kötülüğünden kaynaklandığını ispatlarsa bu ölçüde sorumlu olmayacaktır. (17/2. 2.cümle)

5- Bagaj için öngörülen limitin manevi tazminatı da kapsayıp kapsamadığı

Gerek ülkemiz gerekse diğer ülke mahkemeleri ile Adalet divanı kararlarında 22 madde ile getirilen üst limitin bagaj hasarı/kaybı gecikmesine bağlı manevi tazminat taleplerini de kapsadığı kabul edilmekte ve bunu aşan manevi tazminat talepleri reddedilmektedir.

Varşova Lahey Konvansiyonunun geçerli olduğu dönemde ağır vakalarda bagaj kaybı/geç teslimine bağlı manevi tazminata hükmedilen istisnai kararlar olmakla beraber, Montreal Konvansiyonu getirdiği 1000 SDR'lik mutlak sorumluluk limiti ile maddi/manevi tazminat tartışmaları büyük ölçüde sona ermiştir.

Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/8 Esas ve 2008/391 numara ile karara bağladığı bir ihtilafta, bir fuara katılmak üzere fuarda kullanılacak eşyası ile Moskova'ya varışında valizi teslim edilmeyen bir yolcunun fuara katılamadığı, fuardan beklediği faydayı elde edemediği, ticari itibar kaybettiği iddiaları ile maddi ve manevi tazminat istemiyle açtığı davada mahkeme; taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı olduğu, olayda özel değer bildiriminde bulunulmadığı, Varşova ve onu tadil eden Lahey Protokolünün 22. Maddesine göre sorumluluğun Kg başına 17. SDR'den ibaret olduğundan hareketle 25 kg olan bagaj ağırlığı üzerinden 425 SDR'in üzerinden bir tazminata hükmetmiş, manevi tazminat istemini ise yasal şartları oluşmadığından reddetmiştir.

Montreal Konvansiyonu yürürlüğe girdikten sonra öngörülen limiti belli mutlak sorumluluk esasıyla konvansiyon hükümlerine dayalı manevi tazminat taleplerinin reddi kesinlik kazanmıştır. "Barselona Porto arasında Clickair'in icra ettiği bir seferde bagajı kaybolan Axel Walz isimli yolcunun, 2700 Euro maddi ve 500 Euro manevi tazminat istemiyle Juzgado de lo Mercantil No 4'de açtığı davada, mahkeme Montreal Konvansiyo-

nunda taşıyıcının bagajının kaybı halinde öngörülen mutlak sorumluluk halinin sorumluluğun üst sınırı olup olmadığı, "tazminat" ın manevi tazminat içinde sınır teşkil edip etmediği soruları ile Montreal Konvansiyonun 22/2 maddesinin yorumu konusunda Adalet Divanına başvurmuş, Avrupa Adalet Divanının 6 Mayıs 2010 tarihli C-63/09 numara ile karara bağladığı davada; bagaj kaybı, hasarı ve/veya gecikmesi halinde yolcunun havayolundan alabileceği maksimum tazminat miktarının 1134,71 Euro olduğuna, bu miktarın ancak yolcunun seyahatinin başında özel değer bildiriminde bulunmuş ve buna ilişkin havayoluna bir ödeme yapmış olması halinde aşılabileceğine, Montreal Konvansiyonu'nda öngörülen sınırın gerek maddi gerekse manevi tazminat için üst sınır teşkil ettiğine, Montreal Konvansiyonun esprisinin ve bagaja bağlı tazminatın bagaj içeriği dikkate alınmaksızın bu kadar yüksek kararlaştırılmasının sebebinin havayolu ile yolcu arasında haklı bir menfaat dengesi yaratılması olduğunu, bu suretle yolcunun kısa ve etkin biçimde tazminatına kavuşmasının amaçlandığını, havayollarının ağır, hesabı zor karmaşık tazminatların yüklenilmesinin istenmediğini" karara bağlamıştır.

Diyarbakır Ankara İstanbul uçuşunda kişisel bakım ürünleri, markalı iş kıyafetleri, yakınlarına getirdiği hediyeleri havi bagajı kaybolan/hiç teslim edilemeyen bir yolcu tarafından 6.000 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminat istemiyle, Bakırköy 19. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/32 Esasıyla açılan ve 2013/3 numara ile karara bağlanan davada mahkeme; ".....bagajın tahrip olması, kaybolması ya da bagaja hasar gelmesi halinde sorumluluğun 1000 özel çekme hakkı ile sınırlı olduğunu, bu sınırın 1.1.2010 tarihinden itibaren Konvansiyonun 24/4 maddesi uyarınca 1131 SDR'e den ibaret olduğunu, bagajın içeriğinin gerçek değerinin bu miktarı aşmaması halinde gerçek değerin, gerçek değerin bu rakamın üzerinde olduğu durumlarda özel bir değer bildiriminde bulunulmuş olmaması halinde ise gene bu değerin ödeneceğini; manevi tazminat istemi bakımından ise ".....MK'nın 24 ve 25. Maddelerinde kişilik haklarına saldırının unsurları ve hukuka aykırılık durumu ile yapılan saldırının dava yolu ile korunacağının açıklandığı, TBK'nın 58. Maddesinde ise saldırının yaptırımının düzenlendiği belirtilmiş ve bagaj kaybı halinde, kanunun ilgili maddeleri tahtında kişilik haklarının ihlalinden söz edilemeyeceğinden manevi tazminat istemi reddedilmiştir.

6- Yolcuya "özel bir fayda beyanında bulunup, ilave bir ödeme yapma imkanının tanınmaması halinde durum

Yani hava taşıyıcısının **"kayıtlı bagajda aşan değer bildirimi uygulaması"** bulunmadığının belirtilerek, talebi halinde, yolcuya ücreti mu-

kabili kayıtlı bagajına ilişkin "AŞAN DEĞER BİLDİRİMİ" yapma imkanı tanımamasının gerek Konvansiyon hükümlerine gerekse Avrupa Birliğinin 889 sayılı Tüzüğüne uygun olmayacaktır. Anılan Tüzük, Montreal Konvansiyonu'na geçiş sürecinde Varşova Konvansiyonu ulusal hukuk arasındaki çelişkilerin yolcu aleyhine anlaşılmayacağı/yorumlanmayacağı, uluslararası düzenlemeler ile ulusal düzenlemeler arasındaki aykırılığın giderilmesi ve Avrupa Birliğinin sorumluluk sınırlarının yolcu lehine iyileştirildiği Montreal Konvansiyonu'nu uygulama konusundaki kararlılığı ve nihayet giriş bölümünün (12). Maddesinde de Tüzüğün amaçlarından bir diğerinin de; "tüm birlik havayollarının bagajın kaybı, zarar görmesi ve gecikmesi durumunda yolcu ve havayollarının basit ve anlaşılması kolay kuralların uygulamaya konması ile yolcuya hangi durumlarda ek bir sigortaya ihtiyacı olduğu hususunun anlaşılır bir şekilde bildirilmesi olarak bildirilirken, Montreal Konvansiyonun "Gecikme, bagaj ve kargoyla bağlantılı olarak sorumluluk sınırları" başlıklı, 22. Maddesinin 2. Fıkrası; "bagaj taşımacılığında, kontrol edilmiş bagajın taşıyıcının sorumluluğuna verildiği anda yolcu bagajın ulaşacağı yerde teslimi ile ilgili özel bir fayda beyanında bulunmadığı ve durumun gerektirmesi halinde ilave bir ödeme yapmadığı müddetçe, taşıyıcının bagajın tahrip olması, kaybolması ya da bagaja hasar gelmesi halinde her yolcu için sorumluluğu 1000 özel çekme hakkı ile sınırlıdır. Diğer durumda, ödenecek toplamın yolcunun varıştaki teslimatta sağlayacağı gerçek faydadan fazla olduğunu ispatlamadığı müddetçe taşıyıcı beyan edilen toplamı aşmayan bir miktar ödemekle sorumlu olacaktır. "

- Limitlerin şarta bağlanması" başlıklı 25. Maddesi; "bir taşıyıcı taşıma anlaşmasının bu sözleşme ile sağlanan sorumluluk sınırlamalarından daha fazlasına tabi olmasını ya da sınırsız sorumluluğa tabi olmasını şart koşabilir".
- "sözleşmeye ilişkin koşulların hükümsüzlüğü" başlıklı 26. Maddesi; "Taşıyıcıyı bu sözleşme kapsamında ortaya konmuş sorumluluklardan kurtarmak ya da daha aşağı bir sınırda sabitlemek eğilimindeki herhangi bir koşul geçersiz ve hükümsüz olacaktır. Fakat herhangi bir koşulun hükümsüzlüğü bu sözleşmenin hükümlerine tabi olan kontratın tamamının hükümsüzlüğünü gerektirmez.";
- "Zorunlu Uygulamalar" başlıklı 49. Maddesi; "Hasarın oluşmasından önce taşıma kontratında ya da bütün özel anlaşmalara dahil edilmiş taraflarca uygulanacak hukuku tayin etmek ya da yargılama hakkına ilişkin kuralı değiştirmek suretiyle sözleşme ile ortaya konmuş kuralların ihlali olarak yorumlanan her hangi bir hüküm geçersiz olacaktır."

- Çekinceler başlıklı 57. Maddesi; "taraf bir devletin herhangi bir zamanda Depozitere hitaben bir bildirimle, bu sözleşmenin aşağıda verilenlerle uygulanmayacağını deklere edebilecek olmasının haricinde bu sözleşmeye herhangi bir çekince konmayacaktır".

Şeklindeki hükümlerle, konvansiyonun öngördüğü sorumluluk limitlerini azaltan sözleşme koşullarının geçerli olmayacağının düzenlendiği görülmektedir. Bu sebeple konvansiyonun tabi olduğu ülkelere sefer yapan havayollarının Yolcu ve Bagaj Taşıma Genel Şartlarının buna göre revizesi ile yolcuya aşan değer bildirimi yapma imkanı getirilmesine ilişkin uygulamaların yürürlüğe konmasının temini gerekecektir. Bu durum özellikle Avrupa Birliği ülkelerine yapılan ve Birlik mevzuatı kapsamında kalan seferler açısından önem taşımaktadır.

VII- Kargoda sorumluluk

Varşova Konvansiyonu ile getirilen 18. Maddedeki sorumluluk halinin taşıyıcının 20. Maddedeki kurtuluş beyyinesi gösterdiğinde ortadan kalkması, taşıyıcının bunu ispat edememesi durumunda 22. Maddede gösterilen sınırlara kadar sorumlu olması ve 25. Maddede düzenlenen taşıyıcının zarar verme kastıyla, zararın doğması ihtimalini bilerek pervasızca hareket ettiğinin zarar gören tarafından ispatı halinde 22. Maddedeki sınırlamanın ortadan kalkması şeklindeki üç kademeli sorumluluk düzenlemesi Montreal Konvansiyonu tarafından kaldırılmıştır.

Konvansiyonun 18. Maddesi taşıyıcının mala verdiği zarar bakımından, kusurdan bağımsız objektif mutlak taşıma hukuku açısından yeni bir sorumluluk türü getirmektedir. İsviçre Hukukunda bu sorumluluk türü tehlike sorumluluğu addedilmektedir. Buna göre malın zarar görmesi, ziya olması, hasarlanması, kaybı halinde taşıyıcı üst sınıra kadar mutlak sorumludur. Ancak taşıyıcı kargoda meydana gelen hasar, kayıp, tahrip olma hallerinin 18. Maddenin a), b), c), d) bentlerinde belirtilen sebeplerden biriyle gerçekleştiğini ispatlarsa bu olay oranında sorumluluktan kısmen ya da tamamen kurtulacaktır.

Bunun yanında taşıyıcı ve adamlarına 20. Madde ile de bir kurtuluş imkanı getirilmiştir. Genel hukuk prensiplerinden hareketle suçtan zarar görenin müterafik kusuru durumunda, Taşıyıcı hasarın tazminat talep eden kişinin veya haklarını devralanın kusuru, yanlış eylemi sebebiyle oluştuğunu ispat ederse, ispat ettiği bu kusur oranında sorumluluktan kurtulacaktır. 20. Madde hükmü konvansiyonda öngörülen tüm sorumluluk koşullarına tatbik edilecektir.

Hava taşımasında varsayılan kusur anlayışından, "kesin sorumluluk" anlayışına kayış esasen Montreal Konvansiyonu ile de gelmiş olmayıp, 4

numaralı Montreal Prtokolü sorumluluğun altın esasından SDR esasına çevrilmesi yönünde, sorumluluğun götürü usulle belirlenmesi şeklinde getirdiği yenilikle bu anlayışın öncüsüdür.

Ancak, Montreal Konvansiyonu, Varşova Konvansiyonu'nun taşıyıcı bakımından sorumluluk sınırlamasını mümkün kılan; a) eksik/hatalı taşıma evrakı b) ağır kusur şeklindeki iki istisnasını, almayarak taşıyıcı bakımından sorumluluk sınırlamasının kaldırılması esasını değiştirmiştir. Artık, taşıyıcının sorumluluk sınırının kalkması sadece 22. Maddenin 3. Fıkrası anlamında özel değer bildiriminde bulunulması ya da 25. Maddeye göre sorumluluk limitlerini kaldıran sözleşme halinde mümkün olabilecektir.

Uygulamada teorik anlamda sorumluluk hükümleri değişse de, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için ispatı gereken "zararın önlenmesi için alınabilecek tüm tedbirlerin alındığı" hususunun ispatı son derece zordur.

Kargo taşıma sözleşmesine konu bir malın hasarlanması/kaybı halinde oluşan zarar nedeniyle sorumluluk Konvansiyonun 18. Maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere Montreal Konvansiyonu bu maddede Varşova Konvansiyonunun aksine sadece kargoyu düzenlemekte, kayıtlı ve kayıtsız bagajı ise 17. Madde: yolcu ölümü ve yaralanmaları halinde sorumluluk ile birlikte düzenlemektedir. Montreal Konvansiyonu bagajı şahsa bağlı yolcu taşıma sözleşmesinin bir parçası olarak algılamaktadır.

18. maddenin 1. Fıkrasında sorumluluğun şartları, 2. Fıkrada taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasının şartları, 3. Fıkrada sorumluluğun zamanı, 4. Fıkrada ise deniz ve kara taşımasının hava taşımasına dahil olmadığı ile taşımanın planlamasına göre bir kısmının hava yolu dışında bir vasıta ile taşınması planlanmış ise aksi ispat edilene değin, hava taşıması esnasında meydana geldiğinin varsayılacağını düzenlemektedir. Bu maddedeki bir diğer yenilik 4. Fıkranın son cümlesi ile getirilen, taşıyıcının göndericinin izni olmaksızın, taşımanın bir kısmını hava taşıması dışında gerçekleştirmesi halinde de hava taşıması hükümleri ile sorumlu olacağının düzenlenmesidir.

Sorumluluğa ilişkin hükümler Varşova konvansiyonundan ayrılmakta ise de Montreal 4 numaralı Protokole yakınlaşmıştır. Varşova konvansiyonunda öngörülen "varsayılan kusur" "ağır kusur" ispatlanmadıkça ağırlıkla sınırlanmıştır. Buna karşın Montreal Konvansiyonu teslim edilmeyen bagaj dışında diğer sorumluluk türleri bakımından kusur aramamaktadır, ancak sorumluluk ağırlıkla sınırlanmıştır.

17. Madde taşıyıcının sorumluluğunu yaralanma veya ölümün hava taşıması esnasında meydana gelen bir kazanın sonucu olması ile sınırlamaktayken, 17/2 maddede bagaj için öngörüldüğü gibi kargo hasarında da kaza şartı aranmamakta ve mal/bagaj taşıyıcının uhdesindeyken gerçekleşen her tür zarardan taşıyıcı sorumlu olmaktadır. 18. Madde kapsamına "kargo" ile taşınan her tür mal girmektedir. Bagaj bu anlamda 18. Madde kapsamında değildir. Posta taşımaları da 18. Md. Kapsamı dışındadır. Hayvanlar duruma göre kargo ya da kayıtsız bagaj olarak taşınabilir.

Zarar şekilleri, malın hasarlanması tamamen tahrip olması, kaybolması olabilir, bu ayırım 31.maddede ihbar bakımından önemlidir. 31/2 maddeye göre farklı hasar durumlarında farklı ihbar süreleri öngörülmüştür.

1- Nedensellik

Zarar kargonun hasarı, kaybı, zarar görmesi sebeplerinden kaynaklanmalıdır. Bu olayın gerçekleşmesi halinde zararın mutlak surette meydana gelmemesinin mümkün olmamasını gerektirir. "conditio sine qua non" Ancak taşıma esnasında meydana gelen her olaydan hava taşıyıcısının sorumlu tutulacağı anlamına gelmeyip, hayatın olağan akışına aykırı olaylar sebebiyle meydana gelen zarardan taşıyıcı sorumlu olmayacaktır.

2- Sorumlu olunan zaman

Montreal Konvansiyonun 18. Maddeye göre "hava taşıması sırasında" kavramı 3. Fıkraya göre kargonun taşıyıcının sorumluluğu altında olduğu dönemi ifade eder. Varşova Konvansiyonun 18/2 maddesi hükmünden malın taşıyıcıya teslim edildikten sonra, bir hava alanında, uçak kabininde, hava alanı ya da havaalanı dışında bir yere inişte mal taşıyıcının uhdesinde olduğu düzenlemesi bu hükümle değişmiştir.

3- Taşıyıcının Sorumluluktan kurtulması

Montreal Konvansiyonu kargo taşımasında taşıyıcı açısından zararın hava taşıması esnasında meydana gelmesi koşuluyla mutlak bir sorumluluk öngörmüştür. Öngörülen mutlak sorumluluk halinden kurtulması 18.maddenin 2. Fıkrasında tadat edilen hallerin varlığını ispat ile sınırlıdır.(Bkz. Türk Ticaret Kanunu 864. Madde) Varşova Konvansiyonuna göre, taşıyıcı ve adamları zararın oluşması için alınması muhtemel tüm tedbirlerin alındığı ve/veya bunların alınması imkanı olmadığını ispat ettiği zaman sorumluluktan kurtulabilmekteydi. Montreal Konvansiyonunda ne bu kurtuluş beyinnesine ne de mücbir sebebe bir kurtuluş imkanı olarak yer verilmemiştir. 18/2 maddedeki durumların ya da zarar göre-

nin müterafik kusurunun ispatı dışında taşıyıcının mutlak sorumluluktan kurtuluş imkanı bulunmamaktadır. Konvansiyonun sorumluluktan kurtulma düzenlemesi bütünüyle 4 numaralı Montreal Protokolünden (4 Numaralı Montreal Protokolü madde 18/3) alınmıştır. Daha bu protokolün görüşmeleri sırasında taşıyıcının sorumluluktan kurtulma koşulları değerlendirilirken mücbir sebep, olağan üstü doğa olayları ve grev/lokavt durumları bu nedenler içine alınmamıştır. Kusur sorumluluğuna yakınlaşma imkanının ortadan kaldırılması adına, mücbir sebep, doğa felaketleri ve grev/lokavt hallerinin kurtuluş sebepleri arasında sayılmaması konvansiyonla amaçlanan mutlak sorumluluk halinin korunması adına kanun tekniği olarak bir tutarlılık gibi görünmekle birlikte, günümüzde hiç de azımsanmayacak kadar sık karşılaşılan uçak kaçırma olayları, ağır hava koşulları ve doğal afetlerle, grev ve lokavt nedeniyle icra edilemeyen seferler aksamalar sonrasında kaçınılmaz olarak gerçekleşen kargo hasarlarından hava taşıyıcısının sorumlu tutulması genel hukuk prensiplerine uygun ve kabul edilebilir bir tutum değilse de, her halükarda taşıyıcının sorumluluğunun sınırlanması ile menfaatler dengelenmiştir.

Bu noktada, Türk Ticaret Kanunun 876 maddesinin, Ziya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur." hükmünü amir olduğunun ve iç hat taşımalarda, mücbir sebep ve diğer olağan üstü hallerde bu hükme dayanılmasının taşıyıcı bakımından mümkün olacağı iç hat kargo ihtilafları bakımından değerlendirilmektedir.

a) 18/2-a) kargonun kendi içinde bulunduğu kusurlardan kargonun kalite ve kötülüğünden;

Konvansiyon bu kavrama ilişkin başkaca bir açıklama getirmemektedir. Türk Ticaret Kanunun aynı hususa ilişkin paralel düzenlemesi olan TTK 875/2 madde "eşyanın özel ayıbı" halinde tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınır demektedir. (EŞYALARIN KARAYOLUNDAN ULUSLARARASI NAKLİYATI İÇİN MUKAVELE SÖZLEŞMESİ, kısa adıyla CMR'nin 17/4 maddesi bu durumları daha ayrıntılı tarif etmekte ve hasar durumlarının maddede belirtilen koşulların doğal sonucu olan özel risklerden doğmuş ise taşımacının sorumlu olmayacağını düzenlemektedir. Maddenin d) maddesi; "Özellikle kırılma, paslanma, çürüme, kuruma, normal fire yahut ta güve haşarattan kısmen veya tamamen zarar görebilecek malların özelliğinden" söz etmektedir. Görüldüğü üzere taşıma sözleşmesinin düzenlendiği tüm kanun metinlerinde yer bulan paralel düzenlemelerde,

malın hasarın doğması riskini yükselten yapısından söz edilmektedir. Ne var ki, eşyanın özel ayıbı söz konusu malın aynı vasıftaki diğer ticari mallarda bulunması gereken asgari kalite koşullarını ihtiva etmemesi iken CMR 17/2 (yüke has kusur), CMR 17/4-d maddesinde malın doğasından kaynaklanan hasar riskini arttırıcı özellikler düzenlenmektedir.

Bu tür malların doğasından kaynaklanan zararların bir çoğu paketleme ile giderilebilir, gönderici malın paketlenmesinden de sorumlu ise Konvansiyonun 17/2-b hükmüne göre taşıyıcı malın doğru paketlenmemesi sonucu ortaya çıkan zararlardan da malın paketlenmesindeki kusur oranında sorumlu olmayacaktır. Eğer malın paketlenmesi sorumluluğunu taşıyıcı üstlenmişse, bu kurtuluş imkanından yararlanamayacaktır. Montreal Konvansiyonu kargo muhtevasının paketlenmesinden kimin sorumlu olduğunu açık olarak düzenlememekte, 11/2 maddede kargo senedindeki kayıtların, kargonun paketlenmesine ve aynı zamanda paketlerin sayısına ilişkin kesin olmayan karine teşkil ettiğinden, 18/b maddesinde paketleme işinin taşıyıcı/adamları dışında biri tarafından yapılması halinde, paketlemeye bağlı kusur sebebiyle doğan zarardan taşıyıcının bu kusur oranında sorumlu olmayacağından söz etmektedir. 7. Maddeye göre kural olarak "Hava Sevk Fişi" gönderici tarafından düzenlenir. 7/4 madde, gönderenin isteği üzerine sevk fişinin taşıyıcı tarafından düzenlenmesi durumunda dahi, taşıyıcının aksi ispat edilene kadar gönderici adına hareket ettiğini düzenlemektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde paketlemenin göndericinin sorumluluğunda olduğu söylenebilirse de taşıma sözleşmesi hükmündeki Kargo Taşıma Sözleşmesine/ Konşimentoya paketlemenin sözleşmenin hangi tarafının sorumluluğunda olduğuna ilişkin açık hükümler konması, ihtilaf halinde sorumluluk durumunun tespiti açısından taraf iradeleri ve olayın özellikleri ile ticari teamül vs. gözetilerek yapılacak yorumu ve bu konudaki kaçınılmaz tartışmaları gereksiz kılacaktır. Örneğin Lufthansa'nın Kargo Taşıma Genel Koşullarının II-4. Bölüm 5. Maddesi; Malların taşınmak için teslim alınması başlığı altında; Mallar öyle bir şekilde paketlenmiş olmalıdır ki, özel bir önlem gerektirmeksizin normal taşıma/yükleme prosedürü içerisinde malların zarara uğramadan güvenle taşınması ve zarara sebebiyet vermemesi temin edilebilsin" hükmünü amirdir.

Malın özelliğine göre paketlemeden ne anlaşılacağı hususu "ticari teamül" e göre değil, taşıma sözleşmesi ve uygulanacak kanun normlarına göre belirlenecektir. (CMR 17/4-b maddesi) Paketleme ancak çarpma, sarsıntı, titreşim gibi hava taşıması için beklenebilir etkilere karşı koruma sağladığında ve mallar zarara ya da kısmi ya da tam kayba karşı koruma temin edildiğinde yeterli sayılır. (BGH VersS 1988, 716 Alman

Federal Yüksek Mahkemesi) Paketleme eğer bu ihtiyaçları gidermiyorsa yeterli olmayacaktır. Paketlemenin hava sıcaklığındaki artış ve azalmalara karşı da duyarlı olmalı, ısı değişikliğine duyarlı malın bu sebeple hasar görmesini, bir türbülans sırasında yaşanacak titreşim ve sallanmanın yaratabileceği hasarları önlemelidir.

CRM'ye göre yetersiz ön soğutmanın, soğutulması gereken mallar bakımından "ayıp" sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olsa da, hakim görüş bunun mala ilişkin bir ayıp olmayıp, alınması gerekli bir tedbir olduğu ve bu tedbiri sağlayacak önleminin de paketleme olduğu yönündedir.

b) Paketlemedeki eksiklik ilk görüşte anlaşılabilecek durumda olduğunda da, taşıyıcının paketlemedeki eksiklikten kaynaklan hasardan sorumlu olmadığını iddia edip edemeyeceği

CMR 8/1-b hükmüne göre taşıyıcı teslim aldığı malın ve bunun ambalajının görünürdeki durumunu kontrol etmekle yükümlüdür. Kontrol bir yükümlülük olmakla birlikte "görev" addedilmediğinden, CMR taşımalarında dahi, taşıyıcının paketlemedeki eksikliklerin görülebilir/anlaşılabilir olması halinde, sorumsuzluk karinesine başvurama imkanın bulunup bulunmadığı hakkında fikir birliği yoktur.

Hava taşıması açısından bakıldığında, taşıyıcının ne bir paketleme uzmanı olduğu ne de buna gerek bulunduğunun nazara alınması gerekir. Bu sebeple paketlerin içinde bulunan mala uygun bir paketleme yapılıp yapılmadığını değerlendirebilecek durumda da değildir. Montreal Konvansiyonunda taşıyıcıya böyle bir kontrol görevi ya da yükümlülüğü getirilmediğinden, taşıyıcının paketlemedeki eksikliği görmemesi sebebiyle, kusursuzluk karinesine başvuramayacağının söylenmesi mümkün olmayacaktır. Ne var ki, taşıyıcı malı teslimi anında bu paketleme eksikliğinden haberdar ise ya da en azından malın paketlenmesindeki eksiklik gözle görülebilir durumda ise kusursuzluk karinesine ancak kısmen başvurulabilecektir.

Hasarın paketlemeden kaynaklandığını ispat yükü taşıyıcınındır. Taşıyıcı zarar gören malın belli nitelikteki bir paketleme gerektirdiğini, bunun yapılmadığını, paketlemeyi yapmanın taşıyıcının işi olmadığını/o ya da adamlarınca yerine getirilmediğini ispat etmek durumundadır. Bunların varlığı halinde zarar ile paketleme/paketlememe arasında bir nedensellik karinesi olduğu kabul görmektedir.

c) Savaş ya da silahlı çatışma

Savaş iki ülke arasındaki silahlı mücadeleyi ifade eder. Bu madde

kapsamına bir grup tarafından gerçekleştirilen terör olayları gireceği gibi, şahıslar tarafından yapılan terör saldırıları da girecektir. Ancak savaş, silahlı çatışma ya da terör olayları ile kargoda oluşan hasar, kayıp, gecikme vs. nedeniyle doğan zarar arasında doğrudan bir nedensellik yoksa/ taşıyıcı buna dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

d) İdari engeller

İdari otoritelerin kargonun giriş, çıkış ya da geçişi ile bağlantılı olarak gerçekleştirdikleri kamu otoritesi faaliyetleri sebebiyle oluşan maddi zararlardan taşıyıcı sorumlu olmayacaktır. Meğer ki, kamu otoritesinin müdahalesine taşıyıcının bir eylemi/kusuru sebep olsun, (konşimentonun kaybedilmesi, gümrük kurallarına aykırı davranış, hava geçiş ücretlerinin ödenmemesi, slot cezalarının ödenmemesi, konma konaklama giderlerinin ödenmemesine bağlı uçuş iptalleri sonucunda bir zarar oluşursa gibi)

4- Birden çok taşıma vasıtası kullanılarak gerçekleştirilen taşımalar Karma taşıma Montreal 18/4 madde

Uygulamada karma taşımalar yaygındır. 18/4 madde birden çok farklı taşıma vasıtası kullanılarak gerçekleştirilen taşımaların sadece havayolu ile gerçekleşen kısmına hava taşıması kurallarının uygulanacağına, ancak karma taşımada bir zarar vuku halinde bunun aksi ispat edilene kadar, hasarın hava taşıması sırasında gerçekleştiğinin kabul edileceğini düzenlemektedir. Bir çok havayolu kargo taşıma şartlarında taşımanın bir kısmını/tamamını hava yolu dışında bir vasıta ile gerçekleştirme hakkını saklı tutmaktadır. Konvansiyon 18/4 maddesi son cümlesi ile, havayolu ile gönderisi yapılacak bir taşımanın, gönderinin izni olmaksızın tamamen ya da kısmen havayolu dışında bir şekilde sevki halinde, başka bir nakliye biçimiyle yapılan bu tür bir taşımanın da hava yolu taşıma sürecine dahil sayılacağını düzenlemektedir.

Konvansiyon 38. Maddesinde de birleşik taşımayı düzenlemekte ve farklı taşıma vasıtası ile gerçekleşen taşımalarda hava taşıması hükümlerinin sadece taşımanın hava aracı ile gerçekleşen kısmına uygulanacağını, akabinde 2. Fıkrasında ise, birleşik taşıma durumunda tarafların taşıma sözleşmesine, taşımanın hava taşıması dışında bir vasıta ile gerçekleşen kısmına ilişkin ilgili taşıma türüne özgü kuralların uygulanacağına dair hükümler koyabilecekleri düzenlenmektedir.

5- Tazminat miktarı ve çerçevesi

Konvansiyonun 22. Maddesi taşıyıcının ödeyeceği tazminat miktarının azami miktarını sınırlamaktadır. Meğer ki, gönderen 22/3 madde anla-

mında "özel fayda beyanında bulunmuş" ve ilave bir ödeme yapmış veya taşıyıcı 25. Maddeye göre taşıyıcı taşıma anlaşmasına sınırsız sorumluluğa tabi olduğuna ilişkin hükümler koymuş olsun. 22. Maddenin öngördüğü tazminat miktarı her halükarda ödenecek bir miktar olmayıp, talep sahibi gerçek zarar miktarını ispat etmek durumundadır.

Montreal Konvansiyonu tazminat miktarının nasıl belirleneceği, konusunda bir açıklık getirmemekte sadece, 22/6 maddede hakimin 22. Maddede öngörülen sınırlamalara rağmen, yargılama giderleri konusunda ilave bir miktara hükmetmesine engel bulunmadığını düzenlemektedir. Taşıyıcının davacıya mahkeme ve yargılama giderleri dışında mahkemece hükmedilen masrafı ödemeyi, olaydan 6 ay sonraki süreç içinde ya da her halükarda davadan önce ödemeyi yazılı olarak teklif etmesi halinde, taşıyıcının yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilemeyeceği düzenlemesi Varşova Konvansiyonunda olduğu üzere korunmuştur. Bu durumda milli hukuka başvurulacaktır.

Zarar miktarının hesabında, TTK'nın 880 Maddesi konvansiyondaki sorumluluk sınırlamalarına halel getirmemek kaydı ile dikkate alınacaktır. "Buna göre, tazminata esas alınacak değer; eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki malın değerine göre hesaplanır. Eşyanın hasara uğraması halinde, onun taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki hasarsız değeri ile hasarlı değeri arasındaki fark tazmin edilir. Eşyanın değeri piyasa fiyatına göre, bu yoksa aynı tür ve nitelikteki malların cari değerine göre tayin edilir. Eşya taşımak üzere teslimden hemen önce satılmışsa, satıcının faturasında taşıma giderleri mahsup edilerek gösterilen satış bedelinin piyasa fiyatı olduğu varsayılır."

6- Taleplerin dayanakları/hakların telâhuku

Bozulmaya müsait malların taşınması esnasında zararın müsebbibi gecikme de olabilir. Bu durumda konvansiyonun 18. Maddesi yanında 19. Madde de gündeme gelecektir.

Acaba talep sahibi, taşıyıcının ya da adamlarının üstlerine düşeni yapmadıkları gerekçesiyle bir bagajın/kargonun geç teslimi sebebiyle,18 ve 19. Maddede ile karşılanmadığı iddiasındaki zararlarını, sözleşme ihlali hükümlerine dayanarak talep edebilir mi? Bu soruya konvansiyonun 29. Maddesi cevap vermektedir. Buna göre "sözleşme kapsamında ya da kontrat ile ya da haksız fiil davası olarak ya da başka türlü olsun, yolcu bagaj ya da kargo taşıması ile ilgili olarak bir şekilde meydana gelmiş hasarlara karşı açılmış bir dava; böyle bir davayı açma hakkına sahip olan kişilerin kim oldukları ve kendi haklarının neler oldukları hususuna zarar getir-

meksizin, sadece bu sözleşmede/konvansiyonda tayin edilen koşullara ve sorumluluk sınırlarına tabi olacak biçimde açılabilir. Bu tür herhangi bir davada cezayı gerektirici, örnek teşkil eden ya da tazminat hükmünde olmayan hasarlar telafi edilir olmayacaktır." Şeklindedir. İşbu düzenleme ile taşıyıcıya karşı talep her ne sebeple doğarsa doğsun, talep dayanağının ancak ve ancak konvansiyonun düzenlemelerinin ve sorumluluğa ilişkin sınırlamaların dikkate alınacağı hükme alınmıştır. Bu düzenleme Varşova Konvansiyonun 24. Maddesinde de mevcut olup, Montreal Konvansiyonu bu anlamda aynı düzenlemeyi tekrar etmiştir.

7- Hava sevk fişi/taşınanın hususiyetlerine ilişkin belgeler/ hususiyetler

Montreal konvansiyonun 6. Maddesi Varşova Konvansiyonunda olmayan yeni bir hükümle resmi otoritelerin formalitelerinin karşılanması amacıyla, gönderenden "kargonun mahiyetini belirten belge" sunması istenebileceğini düzenlemiştir. Bu hüküm, Arap ülkelerinin katılımcılarının ısrarları ile konvansiyona giren tartışmalı bir hüküm olup, endüstri devletlerinin katılımcıları formaliteleri arttıracağı ve16. Maddenin zaten bu ihtiyacı karşıladığı hususunda ısrarcı olmalarına rağmen, Arap ülkelerinin katılımcıları Şikago Konvansiyonu Annex 18'e atıfla "kargonun mahiyetini belirten belge"nin olmaması halinde, taşıyıcının taşıdığı tehlikeli emtia içeren gönderiden haberdar olmayacağını belirterek maddenin konvansiyona alınmasını sağlamışlardır. Ancak, madde taşıyıcıya hiçbir yükümlülük getirmekte olmayıp, otoritelerin gerekli görmesi halinde bu belgenin sunulması ödevi gönderenindir. Belgelerin sunulması gereken an konusunda Montreal Konvansiyonu bir açıklama yapmamakla birlikte, tehlikeli maddelerin taşınması koşullarının düzenlendiği ICAO Annex 18 ve milli hukukların da tehlikeli maddelerin taşınması durumunda aradığı özel izinler olduğu düşünüldüğünde bunun her halükarda uçuştan önce olması gerektiği söylenebilecektir.

Montreal Konvansiyonu ile gelen bir diğer hususiyet Varşova Konvansiyonun taşıma belgelerindeki eksiklik halinde taşıyıcının sorumluluğun sınırlandırılmasından yararlanamayacağına ilişkin Lahey metniyle getirilen değişikliği aynen kabul etmiş ve formda eksikliğin sorumluluk sınırlamasını ortadan kaldırmasına ilişkin Varşova Konvansiyonu dışında hiçbir taşıma ile ilgili düzenlemede bulunmayan bu istisnaya son vermiş olmasıdır.

8- Sorumluluk üst limiti ve gerçek zarar

Varşova Konvansiyonu ve Sivil Havacılık Kanununda olduğu üzere

Montreal Konvansiyonu ile getirilen sınırlı sorumluluk prensibi de sadece ilgili konvansiyon/kanunlarda düzenlenen haller için geçerlidir. Bu hallerin neler olduğundan yukarıda söz etmiştik. Bunun dışında kalan haller için ilgili sorumluluk sınırlamalarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zararın tazmini ilkesi, tazminatın ancak zarar oranında olmasını ve zarara uğrayan kişinin tazminat sonucunda haksız surette zenginleşmemesini gerekli kılar. Taşıyıcının sorumluluğu bakımından benimsenen sınırlı sorumluluk prensibinde de belirlenen sorumluluk miktarları, taşıyıcının ödemek durumunda olduğu azami miktarı ifade etmektedir. Taşıyıcının ödemekle yükümlü olduğu tazminat, Konvansiyonda belirtilen sınırlar dahilinde kalmak üzere gerçek zarara göre hesaplanır. Gerçek zararının miktarını, talepte bulunan ispatlayacaktır.

9- Özel Değer Bildirimi ve konşimento üzerindeki diğer bildirimlerinin anlamaları:

Konşimento metnine ilişkin konşimento suretindeki "declared value for customs/beyan edilen gümrük bedeli" "gümrük için" yanında "müşteriler için beyan edilen değer" anlamına da gelmektedir. Oysa, konvansiyonun madde 22.(3) uyarınca aradığı kayıt DECLARED VALUE FOR CARRIAGE/ TAŞIMA DEĞER BEYANI"na denk gelen bölümdür. Konşimentoda malın gümrük/müşteri için olan bedeline dair bir değer bildirimi yapılmış olsa dahi, taşıyıcının sınırlı sorumluluktan faydalanmasına engel olacak "ÖZEL BIR TAŞIMA DEĞER BILDIRIMI"nde bulunması ve gerekliyse ayrıca bir taşıma bedeli ödemesi gerekmektedir. Gümrük/müşteri için hanesinde bir değer bildiriminde bulunulması, konşimento konusu malın taşınmasına dair konvansiyonun 22.(2) maddesi anlamında özel değer bildirimi anlamına gelmez.

10- Kargo ihtilaflarına ilişkin Yargıtay ve Mahkeme kararlarından örnekler

a) Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin, Esas 2011/604 ve Karar 2013/306 sayılı ilamında; hava taşıması sırasında sigorta şirketinin düzenlediği nakliyat emtia taşıma sigorta poliçesi çerçevesinde zayi olan emtia dolayısıyla, sigorta şirketinin sigortalısına ödediği tazminatın taşıyıcıdan rücuen tahsili davasında, mahkeme, taşıyıcının Varşova Konvansiyonun 22. Maddesi gereğince zayi olan kargonun ağırlığı itibarıyla 2 kgx17 SDR olmak üzere 34 SDR'nin dava açıldığı gündeki SDR kuru üzerinden tazminat ödemesine, taşıyıcının sorumluluğunun 22/2-a maddesi gereği sınırlı olduğuna, Montreal Protokolüne göre sınırlı sorumluluğu kaldıran 25.maddenin sadece yolcu ve bagaj bakımından uygulanabileceğine hükmetmiştir.

b) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2004/5511 E. ve K.2005/2057, T. 7.3.2005 tarihli kararında, yüksek mahkeme konşimento metninde, gönderinin beyan ettiği değer bölümünde, taşıma/nakliyat için bölümünde bir değer bildirilmediği halde, müşteriler için/ for custom bölümünde bir değer bildirilmesini taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun uygulanmaması için yeterli gören yerel mahkeme kararını davalı taşıyıcı lehine bozmuştur.

c) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E. 1990/5647, K.1992/2015 sayılı ilamında kabin içinde taşınamayacak ebatta olduğu için, el bagajı olarak kabul edilmeyerek diğer bagajlar arasında taşınan bagajın kaybı sebebine dayanan bir ihtilafta, "bagaj içindekilerin açıklanmasına ilişkin listede" sayılan eşyaların yolcu yanında uçağın içine alınacak küçük kişisel eşya grubuna girmediği açık seçik görülmektedir. Davalının başkaca kusurlu hareketi iddia ve ispat edilmemiştir. O halde davacıya ait çantanın elinden alınıp bagaj fişi yapıştırıldıktan sonra uçağın bagaj kabinine gönderilmesinde konvansiyonun 22 ve 25. Maddelerinde yazılı kusurlu hareketten söz etmeye olanak yoktur. Mahkemenin, taşıyıcının sınırlı sorumlu olduğu şeklindeki tavsifi doğru bulunduğundan,……." denilerek, bagajın içindeki eşyaya dair bildirime ve bagajın kaybına rağmen davalı taşıyıcının 25. Madde anlamında kusurlu sayılmayacağı, ve aksi de ispat edilmediğinden sorumluluğun sınırlı olacağı vaz edilmiştir.

d) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.1998/5499, K. 1999/136 sayılı ilamında taşınan malın tamamı 462 kaptan oluşan bilgisayar sistemleri olup, 355 parçasının kaybolması sebebiyle açılan davada, Yüksek mahkeme bu olayda toplam ağırlığı 4300 kg olan taşınan emtianın ağırlığı ile gerek hacimsel ve gerekse kütlesel olarak yüklenmesi, indirilmesi ve yer değiştirmesinin önemli bir zaman ve emek gücü gerektirdiğini nazara alarak böyle bir yüklemenin 2/3'ünü oluşturan 355 parçasının kaybı halinde artık "ihmalden değil artık kasdından sözedilmesi veya en azından kasda yakın ağır kusurundan sözedilmesi gerektiğini son derece yerinde bir şekilde vaz etmiştir.

VIII- Gecikme halinde sorumluluk

Montreal Konvansiyonun 19. Maddesi, taşıyıcının yolcu, bagaj ve kargonun hava yoluyla taşınmasındaki gecikmelerde meydana gelen hasardan sorumlu olacağını düzenlemektedir. Konvansiyon, sözleşme ile belirlenen zamanda ifa etmeme halini düzenlemekte, ancak hiç ifa etmeme/overbook durumunu düzenlememektedir. Bu itibarla overbook durumunda Konvansiyonda öngörülen tazminat miktarlarına atıflar hukuken doğru

olmayacaktır. Zira uçamama hali konvansiyonun konusu değildir. Bu husus milli hukuklara göre değerlendirilecektir. Konvansiyonun gecikmeye ilişkin hükmünün kargo taşımaları bakımından uygulanması kesin ise de yolcu gecikmesinde ilgili uçuş Montreal Konvansiyonu kapsamında olsa dahi, konvansiyon hükümleri yanında yolcunun gecikmesi de dahil olmak üzere uçamama vs. durumlarda ülkemiz bakımından kısa adıyla yolcu hakları yönergesi, "Havayolu ile seyahat eden yolcuların haklarına dair yönetmelik" hükümleri, Avrupa Birliğine düzenlenen seferler bakımından ise Avrupa Birliğinin 11.2.2004 tarihli ve 261/2004 sayılı Tüzüğü uygulanacaktır. Hava yolu şirketlerinin konfirme rezervasyonlu yolcuyu uçurmama, uçuş iptali ve önemli gecikmeler halinde yolcuya verilecek tazminat ve gösterilecek kolaylıklara ilişkin kuralların düzenlendiği 261/2004 sayılı Tüzüğü SHY- Yolcu'nun yürürlüğe girmesinden önce de, tüzüğün 3/a maddesi gereği seyahati Türk Hava Yolu şirketlerinin Avrupa Birliği Havaalanlarında başlayan uçuşlarında mağduriyet yaşayan ve mağduriyetleri tüzük hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek yolcularına uygulanıyordu. Bu sebeple gecikme durumunun Yolcu Hakları Yönetmeliği ile AB Tüzüğü'nun gecikme ve diğer mağduriyet durumları bakımından değerlendirilmesi gerekecektir.

Ancak, Türk Mahkemelerinde açılan davalarda SHY Yolcu Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce Avrupa Birliği Tüzüğüne dayalı hak talepleri ülkemizin Avrupa Birliği ülkesi olmaması sebebiyle kabul görmüyordu. Söz gelimi İzlanda'daki volkanın aktif hale geçmesi sebebiyle iptal edilen Manchester seferi yolcusunun açtığı maddi ve manevi tazminat davasında mahkeme, seferin Varşova-Lahey Konvansiyonuna göre değerlendirileceğine, konvansiyonun da mücbir sebep durumunda taşıyıcıya kusur atfetmediğine hükmetmiş, Yargıtay mahkeme kararını onamıştır. (Bakırköy 3 Asliye Ticaret Mahkemesi Kararı)

Gerek 261/2004 sayılı Tüzük gerekse SHY-Yolcu Yönetmeliği taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin temel düzenlemeleri değiştirdiği eleştirisi ile karşılaşmış ve Avrupa Birliğinde Tüzüğün iptali talepli davalar açılmıştır. Açılan davalarda Tüzük hükümlerinin belirsizliği, üst kanun normları ile düzenleme getirilen alanların mükerrer ve bu normlara aykırı düzenlendiği, oransallık ilkesine aykırı hükümler olduğu ileri sürülmüş; Adalet Divanının bu talepleri Tüzük ile herkes için standart/zorunlu yaşamsal ihtiyaçlara cevap verilirken, Konvansiyon hükümleri ile sübjektif bireysel seyahat zevklerinin korunduğu, bu sebeple düzenlemelerin birbirleri ile çelişmediği temel gerekçesi ile reddetmiştir.

1- Konvansiyona göre gecikme halinde tazminatın ödenmesinin koşulları

a) Zarar

Gecikme halinde sorumluluğun ilk koşulu zarardır. Örneğin yolcunun gecikmeye bağlı olarak bir sonraki son bağlantı seferine yetişememesi sebebiyle yapmak zorunda kaldığı konaklama, şehir ve havaalanı ulaşım, haberleşme ve yeme içme masrafları gecikme halinde doğan zararlardır.

Talep sahibi zararını kendisi ispat etmek durumundadır.

b) Gecikme

Gecikmeden ne anlaşılacağına ilişkin konvansiyonda bir tanım bulunmamaktadır. Öğretide "belirtilen yere belirtilen zamanda intikal etmeme" şeklinde yapılan genel tanımı Alman mahkemeleri çok geniş bularak kabul etmemektedir. Bu arada ulaşma anı olarak uçağın teker koyma anı değil, uçağın perona yanaşarak kargo/yolcusunu boşaltacak hale geldiği anın varma anı sayıldığının söylenmesi gerekmektedir. Bu durumda "doğru/belirtilen zaman nedir sorusunu cevaplamak gerekecektir. Hava taşıması bir sözleşmeler bütünü olduğundan sorunun cevabının sözleşmeye bakılarak çözülmesi gerekmekte ise de, bu soru yolcu taşıma sözleşmesinde öngörülebilir ise de kargo taşıması bakımından her zaman kolay olmayacaktır. Ancak, genel kabul taşıma belgelerinde bir zaman yazılı olmasa dahi, yolcunun/göndericinin makul olan bir sürede teslim talep etme hakkının olacağıdır. Türk Ticaret Kanununun 873. Maddesi; "taşıyıcı, eşyayı, kararlaştırılan sürede, bir süre kararlaştırılmamışsa şartlar dikkate alındığında özenli bir taşıyıcıya tanınabilecek makul bir süre içinde, teslim etmekle yükümlüdür." hükmünü amirdir.

Tarifeli seyahat şirketlerinin tarifeleri gecikme konusunun değerlendirilmesi bakımından fikir vericidir. Bu noktada IATA yolcu ve bagaj taşıma şartlarında yer alan ve bir çok havayolunun da aynı şekilde kullandığı, "seyahat ve varma hususunda garanti verilmediği" şeklindeki kayıtların, genel işlem şartı denetimi nedeniyle mahkemelerce kabul edilmediğinin söylenmesi gerekmektedir. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Madde 20 vd.

Kargo taşıması bakımından Avurpa Birliği mahkemeleri, taşıma için 3 günlük bir süre öngörülen kargo taşıması bakımından, 3 günlük sürenin aşılmasını gecikme olarak kabul etmiştir. Belli bir zaman kararlaştırılmayan taşımalarda diğer hava yollarının aynı parkurdaki emsal taşıma süreleri kıstas alınabilir. Teslim zamanı/gecikme konusunda farklı ülke mahkemelerinin uygulaması farklıdır. Alman mahkemelerinin teslim za-

manı belirtilmediği için gecikme kabul etmediği kararları mevcut iken, İtalyan Mahkemeleri bir teslim tarihi kararlaştırılmış olmasa dahi, makul bir süre içinde teslim gerekeceğini karara bağlamıştır.

Gecikme konusunda karar verilirken, sadece gecikme süresi ile yetinilerek hava taşıyıcısının sorumlu olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Gecikme sebebinin de incelenmesi gerekmektedir.

c) Zarar ile gecikme arasında illiyet bağı

Gecikme ile zarar arasındaki ilişki "conditio sine qua non" olmalıdır. Yani zarar gecikmenin mutlak sonucu olmak zorundadır. Türk Hukuku bakımından uygun illiyet bağı kabul edilmektedir. Uygun illiyet bağı, zarar ile fiil arasında hukuki açısından illiyetin varlığının kabul edilebilmesi için, olayların normal akışına göre, söz konusu fiilin böyle bir zarara sebep olabilmesini arar. Buna göre taşıyıcının sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Bu bağın varlığının ispat yükü yolcunundur. İlliyet bağının kesilmesi halinde, yani olay ile zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin ortadan kalktığı durumlarda taşıyıcının sorumluluğu doğmayacaktır.

2- Kurtuluş karinesi

Varşova Konvansiyonun 20. Maddesi uyarınca hava taşıyıcısı, zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri almış olduğunu veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispat ederse sorumluktan kurtulmakta idi ve bu kurtuluş beyyinesi tüm sorumluluk biçimlerine uygulanabiliyordu. (Varşova K. 17,18, 19) Montreal Konvansiyonuna göre bu geniş kurtuluş karinesi 17/1 ve 17/2 maddelere göre yolcuların ölümü ve yararlanmaları ile bagaj hasarı durumunda uygulanmamaktadır. Kurtuluş imkanı sadece 19/2 maddeye göre yolcu, bagaj ve kargonun taşınmasındaki gecikme halinde ileri sürülebilecektir. Ancak havayolu lehine getirilen iyileştirme, Varşova Konvansiyonun aradığı ve çoğu zaman taşıyıcı bakımından ispatı nerdeyse imkansız "zararı önlemek için gerekli tüm tedbirlerin alındığını ispat etme" nin değil, "makul tedbirlerin" alınmasını yeterli saymıştır. Ne var ki, alınabilecek bütün makul tedbirler anlamına gelen İngilizce "all measures that could reasonably be required" ve Almanca "…alle zumutbaren Massnahmen.." ifadesi, Türkçe çeviriye Varşova Konvansiyonu ile birebir ".. gerekli kılınabilecek bütün önlemler" olarak çevrilmiştir. Esasen "gerekli tüm tedbirler" ifadesinin taşıyıcının "varsayılan kusuru" ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışması daha Varşova Konvansiyonuna ilişkin ilk görüşmeler sırasında Fransızca metindeki "..mesures necessaires" ifadesi ile başlamış, Varşova Konvansiyonun kurtuluş imkanının taşıyıcı ba-

kımından nerdeyse imkansız kılan bu ifadesi kimi ülke mahkemelerinde farklı yorumlanmış ve US court of Appeals'ın mezkur tabirin kelime anlamı ile değil, makul insan anlayışına göre yorumlanması gerektiği (.."common sense") yorumundan sonra bu kararla kullanılmaya başlanan ve literatürde kabul gören "all reasonable measures" ifadesi Montreal Konvansiyonuna da girmiştir. Bu sebeple ilgili maddenin yorumunda maddenin kaynağının izahı değerlendirmelerin buna göre yapılmasında önemlidir.

Makul tüm tedbirlerden ne anlaşılacağı da tartışmalı bir husus olmakla birlikte; genel itibarı ile "somut olayda dikkatli, vicdanlı ve makul şekilde hareket eden ve basiretli bir tacirin davranışı ve alacağı tedbirler" anlaşılacaktır. Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin, 2012/216 Esas ve 2013/104 Karar sayılı ilamında, bağlantı uçuşlarını ilk seferin hava muhalefetine bağlı gecikmesi nedeniyle kaçıran ve mevta yakınları ile seyahat eden davacı yolcuların "gecikmeden en az etkilenmeleri için yapılan konaklama ve erken uçuş teklifini, şikayetlerin azaltılması için sunulabilecek tüm alternatiflerin sunulmuş ve taşıyıcının üzerine düşen edimleri tamamlamış olması" olarak değerlendirmiş ve gecikmeye bağlı tazminat taleplerini ret etmiştir.

Alınacak tedbirlerin sadece ekonomik tedbirler olarak anlaşılmaması gerekmektedir. Bu noktada uçuş güvenliği ve kamu yararı öncelikli olarak ele alınacaktır. Bu noktada, kişisel ekonomik menfaatlerin, can güvenliği ve kamu yararına feda edileceği açıktır. Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2006/668 Esas ve 2011/624 Karar sayılı ilamında; bağlantı uçuşları hava muhalefetine bağlı olarak İstanbul'a geç intikal ettiğinden, rezervasyonlu oldukları ve henüz havalanmayan Ankara uçağına geçişleri süre kalmadığından temin edilemeyen mevta yakınları ile seyahat eden davacı yolcuların beklenmemesini, aksi halde Ankara uçağının uçuş saatinin geçeceği ve bu defa Ankara uçağındaki pek çok diğer yolcunun mağduriyetlerine sebep verileceği gerekçesi ile kusurlu bulmayarak, gecikemeye bağlı tazminat taleplerini reddetmiştir. Her iki kararda da "makul tedbirler" ve "kamu/çoğunluğun menfaati" değerlendirmeleri etkili olmuştur.

Havayolunun iniş/kalkış yapacağı havaalanın ve sefer yapılacak hava sahasının yoğunluğuna bağlı gecikmelerden havayolunun sorumlu bulunmadığı kararlar da mevcuttur. Aynı şekilde uçağın zamanında teker koymasına karşın uçağın yaklaşması planlanan kapının başka bir uçak tarafından işgal edilmesi sebebiyle kapıya yanaşamaması/kapı açamamasına bağlı gecikmelerden de havayolu sorumlu tutulmamalıdır.

3- Avrupa Birliği ülke Mahkemelerinin ve Adalet Divanının 261/2004 sayılı Tüzük ve Konvansiyon hükümlerine dayalı tazminat taleplerine ilişkin kararlarından örnekler:

a) 17 Eylül 2013 tarihli, Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH), X ZR 123/10 sayılı karar

Miami, Madrid Düsseldorf parkurunda konfirme rezervasyonu olan ve Madrid'e varışında Düsseldorf'a devamı için biniş kartı olan yolcuların, Miami uçuşunun Madrid'e geç intikali neticesinde Düsseldorf uçuşuna yetişmemeleri sebebiyle, Tüzük hükümlerine göre "uçamama" iddiası ile açtıkları davada, 600 Avro+ faiz talep etmişler, ilk derece mahkemesi davacıların Tüzüğün 4./3 maddesine dayalı taleplerini ret etmiş, istinaf mahkemesinin uçama olayına dayalı tazminat kararını, Federal yüksek mahkeme uçamamanın uçuş için tüm şartlar mevcutken yolcunun isteği dışında uçuşa kabul edilmemesi olduğunu, olayda bunun şartlarının oluşmadığını, planlanan varış yerine bir buçuk saat gecikme ile varan davacıların Tüzüğün uçamama halinde tazminat hükümlerini düzenleyen 4/3 maddesine göre değil, Tüzüğün 3.maddesi anlamında bir gecikme kapsamına giren uçuşlar bakımından, ancak 7. Maddeye göre talepte bulunulmasının mümkün olacağı gerekçesi ile reddetmiştir. Nihai varış noktasına varışta yaşanan gecikmenin, zamanında kalkan varış noktasına planlanan bağlantı uçuşu ile uçuşun temin edilmesi olması halinin olayı "gecikme" olmaktan çıkarmayacağına hükmetmiştir. Bu kararların dayanağını Avrupa Adalet Divanının 19 Kasım 2009 tarihli, C-402/07 sayılı kararı oluşturmaktadır. Diğer benzer kararlar; Sturgeon/Condor kararı, 23 Ekim 2012- C-581/10 EuGH/;ATAD; Nelson/Lufthansa kararı, 26 Şubat 2013, C-11/11 EUGH/ATAD.

b) Montreal Konvansiyonuna göre, bagaj kaybı halinde tazminat konusunda Alman Federal Yüksek Mahkeme Kararı,

Arkadaşının kayak malzemelerinin de olduğu valizi Frankfurt'tan Malaga/İspanya'ya seyahat ederken kaybolan yolcunun, Montreal Konvansiyonun 17. Maddesine dayanarak gerek kendisi gerekse eşyalarını taşıdığı arkadaşı için yaptığı tazminat talebini reddeden ilk derece ve bunu onayan istinaf mahkemesinin kararını, BGH, Montreal 17/2-1.cümlesinin sadece konvansiyonun 3/3. Maddesine göre verilen bagaj kuponu olan yolcuya değil, eşyası başkasının valizinde de taşınsa ilgili seyahatte yolculuk yapan yolcu için de mevcut olacağına, 22/2 madde ile getirilen sorumluluk sınırının bagaj kaybı durumunda bagaj başına değil, yolcu başına getirilmiş bir sınır olduğuna karar vermiştir.

c) Alman Federal Yüksek Mahkeme, pilotların grev kararı sebebiyle iptal edilen kararlar sebebiyle mağdur olduğu iddiası ile Tüzük hükümlerine göre tazminat isteyen yolcuların taleplerine dair kararlar

Miami'den Almanya'ya 2010 yılı 22 Şubat tarihi için planlanmış uçuşlarının iptali üzerine, ancak 25 Şubat'ta uçuşları temin edilebilen yolcular ile diğer bir olayda uçuşları 23. Şubattan 1 Mart'a ertelenen ve 261/2004 sayılı tüzüğün 7. Maddesi 1c ve 5. Maddesi 1c hükümleri doğrultusunda Lufthansa'nın uluslararası uçuşlarda iptal durumunda yolcu başına götürü ödemeyi taahhüt ettiği 600 Euro'nun ödenmesini talep etmişler; yerel mahkemelerin her ikisi de talepleri kabul etmiş; X ZR 138/11 esaslı olayda istinaf mahkemesi, Lufthansa'nın istinaf talebini, grev kararının aynı işletme içerisinde o işletme için olağan üstü/öngörülmez bir durum olmadığına karar verirken, X ZR 146/11 nolu olayı inceleyen istinaf mahkemesi ise aynı işletme içerisinde olsa dahi grevin işletme için öngörülmez/önlenemez ve sonuçları ortadan kaldırılamaz olduğuna, havayolunun grevin sonuçlarını ortadan kaldırma imkanı olmadığına, başka pilotların göreve çağrılmasının beklenemeyeceğine karar vermiştir.

Federal Yüksek Mahkemenin hava taşımaları konusunda uzman 5. Dairesi; grevin havayolunun normal tarifesinin uygulamasını tamamen ya da kısmen ortadan kaldırması halinin, Tüzüğün 5/3 maddesi anlamında olağan üstü bir durum teşkil edeceğine, bunun ilgili hükmün lafzı ile uyumlu olduğu gibi Adalet Divanının bu güne kadarki kararları ile de uyum içinde bir yorum olduğuna, grev/lokavt'ın ister işletme içinde ister işletme dışında bir unsurun grev/lokavt kararına bağlı olarak alınmış olsun, işverenin havayolu sıfatıyla sunduğu hizmetin dışında olduğunu, lokavt halinin dahi işletmenin normal faaliyeti içinde değil, işverene tanınan otonomi hakkı içinde işletmenin konusu faaliyet dışında bağımsız bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiğine, bu sebeple X ZR 146/11 nolu olayda BGH; davacının temyiz talebini, Luftahansa'nın hali hazırda grevi öngörerek bir takım önlemler almış ve olağan üstü durum planın olmasına rağmen, içerisinde davacının uçuşunun da olduğu bazı uçuşların iptaline engel olamamasının grevin Tüzüğün 5/3 maddesi dışında değerlendirilmesini gerektirmeyeceği sebebiyle reddine, X ZR 138/11 sayılı olayda ise Lufthansa tarafından alınabilecek önlemler varken bunların alınmamış olması sebebiyle tazminat talebinin kabulüne karar vermiştir.

İngiliz Queen's Bench Division mahkemesinin kararına karşı, IATA ve ELFAA'nın itirazları üzerine EG 261/2004'ün uygulanması hakkında Adalet Divanı Raportörlerinin değerlendirmeleri

IATA (İnternational Air Transport Association) ve ELFAA, (European

Low Fares Ariline Association) 2004 yılında Birleşik Krallığın ulaştırma bakanlığını 261/2004 sayılı Tüzüğün İngiltere ve Kuzey İrlanda'da yürürlüğünü kabul etmeleri sebebiyle İngiliz Queen's Bench Division (İngiliz yüksek mahkemesi) nezdinde dava etmişlerdir. Yüksek mahkeme Tüzüğün geçerlilik ve uygulama şartlarına ilişkin oluşan sorularını Birlik Hukuku kapsamında bu soruları Adalet Divanına yöneltmiştir. Sorular; genel olarak, Tüzüğün Montreal Konvansiyonunun mücbir sebep ve olağan üstü koşullarda hava yoluna kurtuluş imkanı tanıdığı durumlarda dahi havayoluna çeşitli tedbirler alma zorunluluğunun getirildiği hallerin Konvansiyonu ihlal edip etmediği ile orantılılık, ayrımcılık, hukuki kesinlik ilkelerinin ihlal edilip edilmediği hususlarına ilişkin olmuştur. Tüzüğün gecikme başlıklı 6. maddesi; maddede düzenlenen gecikmelerin yaşanması halinde yolculara, 8 ve 9. Maddeler kapsamında çeşitli hizmetlerin sunulmasını, Montreal Konvansiyonun 19. Maddesi gecikme ve akabinde gecikme halinde kurtuluş karinesini, 22. Madde, gecikme, bagaj ve kargoyla bağlantılı sorumluluk sınırlarını, 29. Madde ise hava taşımasında talep konusu hangi hukuki müesseseye dayanırsa dayansın, Konvansiyonda belirlenen sorumluluk sınırlamalarının aşılamayacağını düzenlemektedir. Ülke mahkemesi, gecikme halinde taşıyıcıya seferdeki gecikmelerin mücbir sebep/olağanüstü durumlardan kaynaklandığı hallerde dahi çeşitli hizmetleri sunma yükümlülüğü getiren tüzüğün 6. Maddesinin, hava taşıyıcısına gecikmede olağanüstü durumların varlığı halinde kurtuluş imkanı sağlayan 19, 22, 29. Maddelerine aykırı olup olmadığını bilmek istemiştir. Davacılar Tüzüğün Konvansiyona aykırılığını ve Tüzüklerin uluslararası anlaşma hükümlerine uygun olması gerektiğini iddia ederken, davalı Bakanlık ve Birlik Organları Tüzük ile Montreal Konvansiyonunun birbiri ile çelişmediğini, aynı maddi olaydan kaynaklanan farklı sorumlulukların söz konusu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Adalet Divanı raportörleri Montreal Konvansiyonu ile gecikme ile ilgili olarak taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin standartlaştırıldığını ancak gecikme ile ilgili tüm hallerin düzenlenmediğini, Konvansiyonda düzenlenenin gecikme halinde yolcuların mahkemelerde dile getirebilecekleri tazminat hakları olduğunu, konvansiyonun "tazminat hakkı"ndan söz ettiğini, buna karşın gecikme halinde tazminat gibi bir düzenleme içermediğini, bu anlamda gecikme halinde tazminat bakımından konvansiyonun "tüketici" olduğunu yani artık konvansiyonun öngördüğünün dışında bir tazminat istenemeyeceğini ancak, tazminat dışında tedbirlerin farklı düzenlemeler ile getirilmesine bir engel olmadığını, maddede düzenlenin tedbirlerin dayanağının özel hukuktan kaynaklanan talepler olmadığının, bunların ifası için ne zararın doğduğunun ispatının ne de

havayolunun kusuru aranmadığından, taşıyıcıya kusursuzluk halinde bir kurtuluş imkanı tanınmasının da gereksiz olduğunu, gecikme halinde yolcuya tanınan koruma tedbirlerini isteme hakkının kamu hukukundan kaynaklandığını, Montreal Konvansiyonu gecikme halinde bireysel yolcuların zararların tazminini isteme hakkını ve bunun mahkemeler önünde dile getirilmesini düzenlerken; Tüzüğün 6. Maddesinin tüm yolcular bakımından gecikme halinde alınacak koruma tedbirlerini düzenlediğini belirtmişlerdir. Düşük maliyetli hava yolları, kendilerinin tarifeli havayollarına oranla çok daha düşük bilet fiyatlarının olduğunu bu sebeple, Tüzük hükümlerinin kendilerine bu durum gözetilmeden diğer hava yolları gibi uygulanmasının kendileri eşit durumda olmadığından eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmişler, ancak Adalet Divanı işletmelerin kendi stratejilerine göre fiyatlarını belirlemede özgür olduklarını ve bilet fiyatı oranında tazminat öngörülmesi, ya da Tüzüğün öngördüğü müeyyidelerin düşük maliyetli hava yolları bakımından farklı düzenlenmesinin Tüzükle öngörülen Yolcu Mağduriyetinin önlenmesi amacını tehlikeye sokacağını belirterek, Tüzük hükümlerinin ayrımcılık yapmama ilkesini ihlal etmediğini, ucuz biletin/fiyatın fiyatı sunan için yasal önünde bir ayrıcalık yaratmayacağını hükme bağlamıştır; Davacıların, Tüzük hükümlerinin uygulanmasının kesin hukuki belirlilik taşımadığı yönündeki iddiaları da kabul görmemiş, Divan Tüzük hükümlerinde hukuki belirlilik ilkesini ortadan kaldıracak bir muğlak durumun olmadığını değerlendirmiştir. ELFAA'nın Tüzük hükümlerine bir diğer eleştirisi sefer iptali halinde havayoluna götürü usulle yüklenen mükellefiyetlerin iptal halinde yolcunun mağduriyetlerini ortadan kaldırmayı temin edecek usuller olmadığı ve havayollarına getirilen götür tazminat ödemelerinin hukuki dayanağının olmadığı olmuş ancak bu itirazlar da iptal durumunda mağduriyeti ortadan kaldıracak başka tedbir olmadığı ve götürü ödemelerle mağduriyetlerin bir miktar da olsa önlenebileceği ile havayolların daha dikkatli davranmaya sevk edeceği gerekçesi ile kabul görmemiştir. Bir diğer itiraz olağanüstü hallere dayanan gecikme ve sefer iptali durumlarında havayolu için öngörülen müeyyidelerin gecikme ve iptali engellemeye uygun vasıtalar olmayışı sebebiyle, müeyyidelerin ancak amaca ulaşmaya uygun olması halinde hukuka uygun olacağı, aksi durumda dayanaksız birer ceza olacağını, bu cezaların özellikle düşük maliyetli hava yoları için altından kalkılmaz olacağını iddia etmişler; Divan bu iddialara da müeyyidelerin amaca ulaşmayı sağlama kabiliyetlerine göre belirleneceğini, yasa koyucunun bu süreçte mümkün olan tüm müeyyideler arasında en uygununu belirlemek durumunda olduğunu, bir çok seçenek içinde amaca uzak ve taraflardan biri bakımından dengesiz şekilde ağır sonuçlar doğuran

müeyyidenin seçilmesi durumunda orantılılık ilkesinin yasal sınırlarının aşıldığından söz edilebilir ise de Tüzük hükümleri açısından böyle bir durumun olmadığını, öngörülen müeyyidelerin iptal ve gecikmeyi ortadan kaldırmada etkili olmadığı doğru olmakla birlikte, Tüzüğün amacının da evvelemirde sektör bakımından kaçınılmaz olan gecikme ve iptalleri ortadan kaldırmak değil, bu sebeple mağdur olan yolcunun ödediği bilet fiyatına bakılmaksızın mağduriyetinin engellenmesi/azaltılması/ giderilmesi olduğunu değerlendirmişlerdir.

Ülkemiz bakımından konu incelendiğinde, SHY Yolcu Yönetmeliği hükümleri için de paralellik taşıyan bu değerlendirmeler dahi, Yönetmelik hükümleri ile kusur araştırması yapmaksızın havayolu bakımından mücbir sebep teşkil eden öngörülmesi ve kaçınılması imkansız durumlarda tazminat ödemeleri öngörüldüğü gerçeğini değiştirmemektedir. Oysa Varşova konvansiyonun 20. Maddesi, Montreal Konvansiyonun 19. Maddeleri ile SHK'nın 143. Maddeleri sorumluluk bakımından, taşıyıcının kendisinin ve adamlarının tedbir alma olanağı bulunmadığının ispatını kusursuzluğunun ispatı için yeterli görerek sorumluluğu kusur prensibi üzerine konumlandırmaktadır. Anayasamız ile uluslararası anlaşma normları kanun hükmünde olduğundan, bunu değiştiren bir düzenlemenin ancak kanun ile yapılabileceği ise kanunlar hiyerarşisi gereğidir. Bu itibarla SHY yolcu Yönetmeliği bazı maddelerinde Tüzüğü de aşan düzenlemeler getirilmesi ve uygulamaya ilişkin tüm eleştiriler bir yana, kanun ile öngörülmüş kusur prensibini bir yana bırakarak, kusursuz sorumluluk öngörmektedir. Diğer yandan havayollarına götürü usulle getirilen cezaların özel hukuk açısından bir dayanağının olmadığı ile kamu hukukuna ait bir mükellefiyetin havayollarına yüklenmesi için sebep bulunmadığı da bir gerçektir. Henüz yönetmelik uyarınca hükmedilmiş bir tazminat ile karşılaşılmamış olunsa da, eğer kararın yanlış olduğu kanaatinde olunur ise, yönetmelik hükümlerinin ifade ettiğimiz gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunulmasına da bir engel bulunmamaktadır.

IX. Kaynakça

- Ümit Albayrak, Türk Sivil Havacılık Mevzuatı, Cilt 1, İstanbul 1999
- Ümit Albayrak, Çok Taraflı Sivil Havacılık Anlaşmaları, İstanbul 1999
- Hüseyin Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi Ankara 1987
- Giemulla/Schmid, Warschauer Abkommen, İnternationales Lufttransportrechts, Frankfurter Kommnentar zum Luftverkehrsrecht 3,
- Ayşegül Canbolat, Hava taşıma sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluğu
- Giemulla/Schmid, Montreaaler Übereinkommen Internationales Luftransportrecht, August 2004

- Fabian Feuschle, Montrealer Übereinkommen,
- Ercan Erdem, CMR Konvansiyonu ve Ticaret Kanununa göre Karayolu Taşıma hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2013
- Jan Bartholl, www.aktuel.ra-janbartholl.de EuGH Entscheidung über Haftungshöchstbetraege für Gepaeckshaeden und Gepaeckverlust
- Peter O'Donahoo, http://www.allens .com.au/ Publication:
- Jean Baptiste Charles, Oliver Purcell, http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail

X- Hava taşımasına ilişkin makalede kullanılan mevzuat

- Türk Sivil Havacılık Kanunu
- Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu, (Şikago / ICAO konvansiyonu)
- Varşova Lahey –Montreal 4 Birleştirilmiş Metin
- Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme-Montreal 1999 Konvansiyonu
- Guatemala Protokolü
- Uçuş iptali ve önemli gecikmeler halinde yolcuya verilecek tazminat ve gösterilecek kolaylıklara ilişkin kuralların düzenlendiği 261/2004 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü
- Yolcu Hakları Yönetmeliği SHY- Yolcu

MİLLETLERARASI TEBLİGAT

Anıl TANYILDIZ[1]

A. GİRİŞ

Tebligat; yargılama faaliyetinin başlaması, devamı ve sona ermesi açısından büyük önem taşıyan bir işlem olup, bilinçsizce ve usulüne uygun olarak yapılmayan tebligatlar sebebiyle birçok yargılama faaliyeti aksamakta; usulsüz yapılan tebligat nedeniyle kişilerin hak arama özgürlüğünün yanında adil yargılanma hakkı ihlal edilebilmektedir. Dava ile ilgili usuli işlemlerin tebliği, savunma hakkına riayetin temel unsurunu teşkil eder. Tebligat işlemi usulüne uygun olarak yerine getirilmedikçe, dava görülemez.[2]

Kendisine tebligat yapılacak kişi ister yabancı ister bir Türk vatandaşı olsun, Türkiye'de bulunması halinde, kendisine "Tebligat Kanunu" ve "Tebligat Kanununun Uygulamasına Dair Yönetmelik" hükümlerine göre posta yolu ile tebligat yapılacaktır. Ancak yabancılık unsuru içeren bir davada, kendisine tebligat yapılacak kişinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunmaması halinde kendisine yapılacak tebligat, farklı yollarla yapılmalıdır ki bu da milletlerarası tebligatın konusunu oluşturmaktadır.

Tebligat yargılama gücünün bir simgesi olduğundan[3], Türk Mahkemeleri de yargı gücünü ancak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kullanabileceğinden, yurt dışında bulunan kişiye yapılacak tebligat doğrudan posta yoluyla yapılamayacaktır. Yurt dışına tebligat yapılabilmesi için iki yol öngörülmüştür. Bu yollardan birincisi, diplomatik tebligat; ikincisi ise, milletlerarası antlaşmalara göre yapılan tebligattır.

B. DİPLOMATİK TEBLİGAT

Diplomatik tebligat yoluna, tebligat yapılacak ülkede bulunan kişi ile Türkiye Cumhuriyeti arasında milletlerarası tebligatı düzenleyen bir milletlerarası antlaşma bulunmaması halinde başvurulacaktır. Tebligat talebinin iletileceği devlet ile Türkiye arasında herhangi bir antlaşma yoksa tebligat, mütekabiliyet ve mücamele ilkeleri çerçevesinde Tebligat Kanu-

---

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

2 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi 20. Bası, İstanbul, 2013, s. 564

3 Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi 1. Bası, İstanbul, 2013, s. 98

nu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine göre gerçekleştirilecektir.[4] Diplomatik tebligat, Tebligat Kanunu'nun 25. Maddesinde düzenlemekte olup, maddeye göre tebligat o ülkenin yetkili makamları vasıtasıyla yapılacaktır.

Tebligat sürecinin ne şekilde işleyeceğini belirtmek adına, süreç bir örnek ile açıklanabilir. Örneğin yabancı bir mahkeme kararının tanınması için açılan tanıma davasında, kendisine tebligat yapılacak davalının yurt dışında bulunması halinde ve kişinin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında milletlerarası tebligatı düzenleyen bir milletlerarası antlaşma bulunmadığında, Türk Mahkemesi mahkeme evrakını Cumhuriyet Savcılığı vasıtası ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne gönderecek, genel müdürlük evrakı Dışişleri Bakanlığına, Dış İşleri Bakanlığı da tebliğ edilecek evrakı ilgili kişinin bulunduğu Türk Konsolosluğu veya Elçiliğine gönderecektir. Kendisine tebligat yapılacak kişi Türk vatandaşı olduğunda, Tebligat Kanunu m. 25 uyarınca, Türk Konsolosluğu veya Elçiliği kendisine tebligat yapılacak Türk vatandaşına, tebligatın hangi merciden çıkartıldığını, konusunu ve 30 gün içinde tebligatı almaz ise tebligatın yapılmış sayılacağına ilişkin bilgileri içeren bir ihtar gönderir. Kişi tebligatı 30 gün içerisinde alırsa, durum kayıt altına alınarak tutanak düzenlenir ve tebligat bu tarihte yapılmış sayılır.

Kendisine tebligat yapılacak kişi Türk Vatandaşı olmadığında ise, tebligat evrakını alan Türk Konsolosluğu veya Elçiliği, tebligatın yapılmasını o ülkede tebligat yapmaya yetkili makamdan ister ve tebligat, ilgili ülkenin hukukuna göre salahiyetli makam tarafından yapılır.

Görüldüğü üzere diplomatik tebligatta, tebliğ olunacak evrak birçok makama uğramakta ve tebliğ süresi oldukça uzamaktadır. Nitekim yurt dışına yapılan tebligatlarda diplomatik yolun ne kadar uzun bir süreç olduğu meslektaşlarımız tarafından sürekli dile getirilmekte ve yargılamalar tebligat işleminin uzunluğu sebebiyle gecikmektedir.

C. MİLLETLERARASI ANTLAŞMALARA GÖRE TEBLİGAT

Kendisine tebligat yapılacak kişinin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında tebligatı düzenleyen bir milletlerarası antlaşma söz konusu olduğunda, tebligat antlaşma hükümlerine göre yapılabilecektir. Fakat arada bir antlaşmanın olması, diplomatik yolla tebligat yapılmasına bir engel değildir ancak milletlerarası antlaşmalar ile düzenlenmiş tebligat yolları, diplomatik yolla tebligata göre daha hızlı sonuç getireceğinden milletlerarası antlaşma yoluyla tebligatın tercih edilmesi gerektiği açıktır.

4 Ekşi, s. 99

Türkiye milletlerarası tebligata ilişkin hükümler içeren çok taraflı antlaşmalara taraf olmuş ve bazı devletlerle milletlerarası tebligatı da kapsayan iki taraflı adli yardım antlaşmaları[5] imzalamıştır.[6]

1. Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne Göre Milletlerarası Tebligat

Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi 1954 yılında yapılmış olup Türkiye tarafından 1972 yılında onaylanmıştır. Söz konusu sözleşmesinin 1 ile 8. Maddeleri arasında milletlerarası tebligat konusu düzenlenmiştir. Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye göre, tebliğ edilecek evrak, konsolosluk aracılığıyla tebligatın yapılacağı ülkedeki yetkili makamlara gönderilecektir.[7] Türkiye'nin de taraf olduğu bu antlaşmanın tebligata ilişkin hükümlerinin ayrıntılı olarak incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü Türkiye, 1972 yılında Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme'ye taraf olmuştur ve bu sözleşmedeki tebligata ilişkin hükümler Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne nazaran daha lehe ve özel hükümler taşıdığından, milletlerarası tebligatta Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme uygulama alanı bulacaktır.

2. Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme

Kısaca 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme 1965 yılında Lahey'de imzalanmış ve Türkiye sözleşmeyi 1972 yılında onaylamıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi, Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne nazaran daha özel ve daha lehe hükümler içerdiğinden, milletlerarası tebligatta 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşmenin 1. Maddesi gereğince kendisine tebligat yapılacak kişinin adresinin bilinmesi gereklidir. Aksi halde antlaşmaya göre tebligat yapılması mümkün değildir. 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nde tebligatın yapılabilmesi için 3 yol öngörülmüştür. Bu yollardan ilki; daha önceki bölümlerde anlatılan diplomatik tebligat, ikincisi; merkezi makamlar aracılığıyla tebligat, üçüncüsü ise; doğrudan posta yolu ile tebligattır. Türkiye, sözleşmenin 8. ve 10. Maddelerine çekince koyarak, diplomatik memurların ve konsolos görevlerinin sadece kendi vatandaşlarına tebliğ

5 İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının listesi için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat*, Beta Yayınevi 8. Bası, İstanbul, 2013, s. 348-360

6 Ekşi, s. 101

7 Ekşi, s. 102

yapabilme yetkilerini kabul etmiş, 10(a) maddesinde belirtilen doğrudan posta yoluyla tebligat usulünü ise reddetmiştir.[8]

Sözleşmede düzenlenen ilk tebligat yolu diplomatik tebligat olup, çalışmanın önceki bölümlerinde diplomatik tebligat anlatıldığından bu yöntemden tekrar bahsedilmesine gerek bulunmamaktadır.

Sözleşmede ikinci ve temel tebligat yöntemi ise merkezi makamlar aracılığı ile yapılacak tebligattır. Merkezi makamlar aracılığıyla yapılacak tebligatta, taraf ülkeler tebligatın yapılmasını sağlamak amacı ile bir merkezi makam belirleyecek ve yurt dışı tebligat bu merkezi makamlar aracılığıyla yapılacaktır. Türkiye tarafından belirlenen merkezi makam Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'dür. Bu tebligat yönteminde tebligatı yapacak Türk Mahkemesi, sözleşmenin ekinde yer alan ve "184 numaralı form" adı ile anılan formu doldurarak, evrakı ve formu Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla merkezi makam olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderecektir. Genel Müdürlük de bu evrakı, tebligat yapılacak kişinin bulunduğu ülkedeki merkezi makama gönderecek ve yabancı merkezi makam tebligatı yapacaktır.

Sözleşmede üçüncü bir yöntem olarak belirlenen tebligat türü doğrudan posta yolu ile tebligattır. Bu yöntemde, akit devletler tebligat evrakını hiçbir makama ulaştırmadan doğrudan yabancı devletteki kişiye posta yolu ile gönderebilirler. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye sözleşmenin 10(a) maddesinde yer alan bu tebligat türüne çekince koyarak, doğrudan tebligat usulünü kabul etmemiştir.

D. ÖZET

Çalışmada yabancı ülkede bulunan kişilere tebligat yapılması için gerekli milletlerarası tebligat kuralları belirtilmiş ve ilgili milletlerarası antlaşmalara yer verilerek, tebligat yöntemleri örnekler verilerek açıklanmıştır. Yurt içi tebligat konusunda bile birçok aksaklık ve bilgi eksikliği ile mücadele etmeye çalışan Sayın Meslektaşlarımız, milletlerarası tebligat konusunda ilgili kanun maddelerini ve milletlerarası sözleşmeleri kullanarak yabancılık unsuru içeren davalarda yargılamaların daha hızlı yürümesini ve sonuca daha hızlı ulaşılmasını sağlayabileceklerdir. Milletlerarası tebligata ilişkin milletlerarası antlaşmaların uygulanmasını sağlamak adına konu hakkında adliye personeli bilgilendirilmeli ve Sayın Meslektaşlarımıza, memurlara yol göstermek açısından büyük görev düşmektedir.

8 Ekşi, s. 103

AZİL VE İSTİFA HALLERİNDE AVUKATLIK ÜCRETİNİN BELİRLENMESİ

Av. A.Coşkun ONGUN[1]

Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde avukatlığın amacı, hukuki münasabetlerin düzenlenmesi, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanması her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak belirtilmiş ve Avukat'ın bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği vurgulanmıştır.

Avukatlık Kanunu'nundaki Düzenleme

Avukatlık Yasası'nın 174. maddesi müvekkil- avukat ilişkisinin sona erme durumlarını düzenlemektedir. Buna göre üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat, hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır. Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez. Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamakla yükümlü değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinindir. Yazılı sözleşmedeki diğer ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takip etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır.

Bilindiği üzere avukat/vekil eden ilişkisi güven duygusu üzerine kurulan sözleşmeler üzerinden yol alır. Avukatla müvekkili arasında karşılıklı ya da tek taraflı bir güven zedelenmesi yaşanırsa bu vekillik ilişkisinin daha fazla sürdürülmesi hem taraflardan hem de hukuk hayatının tesisi yönünden beklenemez.

Avukat eğer müvekkile karşı güven duymuyorsa, istifa etme hakkına sahiptir. Bu hak hem Avukatlık Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir.

Avukatlık Kanunu'nda azil ve istifa hallerinde vekalet ücretinin neye göre belirleneceği konusunda yapılan esaslı ayırım azil veya istifanın haklı veya haksız olup olmama durumuna göre değişkenlik gösterir.

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

Kanun'da haklı ve haksız azil/istifa halleri sayılmış değildir. Sadece avukat açısından "haklı bir sebep" olmaksızın istifa eden avukatın ücrete hak kazanamayacağı belirtilmiş haklı sebeplerin tek örneğine ise anlaşma gereğince peşin ödenmesi gereken ücretin vekil eden tarafından ödenmemesi durumunda avukatın oluşan sonuçtan sorumlu olmayacağı belirtilmiş ancak bunun aynı zamanda haklı bir istifa gerekçesi olup olmadığı belirtilmemiştir. Ancak bu düzenlemeden yani sonuçtan sorumlu olmamaktan söz edilmesini haklı istifa gerekçesi olabileceği kanısındayız.

Avukatlık Kanunu'ndan yol alacak olursak, haklı bir sebep durumunun somut olayın özelliklerine göre her seferinde yeniden ele alınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun vekalet ilişkileri başlıklı Dokuzuncu bölümünde vekil edenin de vekilin de hak ve yükümlülükleri sıralanmıştır. Öncelikle sona erme hali tek taraflı sona erdirme başlıklı 512. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

Borçlar Hukukunda Vekil

Bu düzenlemeler kapsamında sözleşme veya teamül varsa vekilin ücrete hak kazanacağı, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesinin kurulmuş sayılacağı, vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamayacağı, sulh olamayacağı, hakeme başvuramayacağı, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemeyeceği, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağı, bağışlama yapamayacağı, kefil olamayacağı, taşınmazı devredemeyeceği, ve bir hak ile sınırlandıramayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.

TBK'nın Vekilin borçları başlığını taşıyan 505. Maddesinde de vekilin, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlü olduğundan, söz edilmiş ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekilin talimattan ayrılabileceği ifade edilmiştir. Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz, hükümlerini taşımakla doğrusu Avukatlık Kanunu'nda yer alan haklı bir sebep durumlarının neler olabileceği konusunda ipuçları vermektedir.

Sözgelimi vekil, müvekkilin izin vermesi açık olmayan işler yapmış-

sa, kendisinden görevinin gereklerini yerine getirmesi beklenirken farklı ve müvekkilin zararına yol açacak adımlar atmış, tutum ve davranışlar sergilemişse azledildiği takdirde bu azil haklı olabilecek ve müvekkilden vekâlet ücreti isteyemeyeceği gibi aldığı ücretleri de iade etmek zorunda kalabilecektir.

Avukatlar her şeyden önce görevlerini TBK 506'da da yer aldığı üzere şahsen ifa etmeli, sadakat ve özen gösterme borcuna sadık kalmalıdır. Bu madde düzenlemesine göre Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür, ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Avukatların vekaletnamelerinde işi başkalarına da yaptıracaklarını açıkça gösteren tevkil yetkisi uygulamadaki genel vekaletnamelerde yer aldığından bu konuda sorun yaşandığı pek söylenemez. Ancak maddenin devamındaki vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır, ibaresinin uygulamadaki uyuşmazlıkların temelini teşkil ettiğini de önümüze gelen vekalet ücreti dosyalarında sıklıkla rastlamaktayız.

Vekalet ilişkisinin bağlılık ve özenle yerine getirilip getirilmediği salt taraf beyanlarına itibar edilerek değerlendirilemez. Bu konuda sunulan kanıtların ve özellikle işin gereklerinin de dikkatle incelenmesi gerekir.

Örneğin avukatın bir duruşma celsesine mazeret göndererek girmemesi müvekkil ileri sürse dahi avukatın haklı azlini gerektirmezken, davanın müracaata bırakılması veyahut önem arz edecek ara kararlarının yerine getirilmemesi müvekkil açısından azil ile vekalet ücretinin ödenmemesinin haklı gerekçesini oluşturabilecektir.

TBK'nın hesap verme başlıklı 508. maddesi gereğince Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür. Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.

Bu hükmün benzeri Avukatlık Meslek Kurallarında da yer almaktadır. Bu düzenlemelerden bazısı şu şekilde sıralanabilir: Avukat baktığı davada görevini savsayarak ya da kötüye kullanarak müvekkili zararına kendisine bir yarar sağlayamaz. Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın işin ölçütlerini aşmamasına dikkat edilir. Avanstan kalan para vekil edene iade edilir.

Ve nihayet bu konudaki en önemli düzenlemelerden olan, müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir.

Meslek kurallarında ayrıca müvekkile ya da karşı tarafa ücret davası açacak avukatın durumu bağlı olduğu Baro yönetim kuruluna bildireceği de açıkça belirtilmiştir.

Avukatın artan avans ücretlerini ya da karşı taraftan tahsil ettiği müvekkil alacaklarını geçerli bir sebep olmaksızın müvekkil hesabına göndermemesi haklı azle gerekçe olarak ileri sürülebilir.

Edinilen hakların vekâlet verene geçeceği hükmünü düzenleyen 509. Maddenin Avukatlık Kanunu'nun 47. Maddesinde yer alan çekişmeli hakları bir yıl süreyle edinme yasağı ilkesiyle çeliştiğinden uygulama alanı bulamayacağını düşünüyoruz. Ancak Kanun'un 166. maddesinde düzenlenene avukatın hapis hakkı ilkesi saklıdır.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) 510. maddesinde vekâlet verenin, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür, dediğine göre bunun gereğinin yerine getirilmemiş olması avukat açısından haklı bir istifa gerekçesi olacak ve vekalet ücretinin tamamı talep edilebilecektir. Madde devamında ise vekilin vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebileceği, ancak vekâlet verenin, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabileceği hükümleri de elbette bu yönde gelişen avukat vekil eden uyuşmazlıklarında haklı haksız olma durumunu doğrudan etkileyecektir.

Yargı Kararları

Yargıtay'ın bu konuda çeşitli yaklaşımları söz konusudur. Ancak genel anlamda bu yöndeki kararlar oluşturulurken somut olayın özellikleri ile iyi niyet, dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılması ilkelerine de sıklıkla vurgu yapılmaktadır.

"Davacı avukatın, iş sahibinin kendisi yanında davayı takip etmek üzere başka bir avukata vekâlet verdiğini ve bu avukatın Yargıtay'da yapılan duruşmaya iş sahibi adına katıldığını, kendisine 10.11.2005 günü tebliğ edilen Yargıtay bozma ilamı ile öğrendiği, ancak uzunca bir süre bekledikten sonra 29.12.2005 günü yapılan bozma sonrası, ilk oturumda ikinci avukatın kendisi yanında avukat olarak görevlendirilmesine karşı çıktığı ve Avukatlık Kanunu'nun 172. maddesine göre vekillikten istifa ettiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kendisi yanında iş sahibince baş-

ka bir avukatın vekil olarak atandığını öğrenen davacı avukatın, makul bir süre içerisinde bu duruma itiraz ettiğini, iş sahibine bildirmediği görüldüğünden, zımnen muvafakat etmiş sayılacağı, dolayısıyla vekillikten çekildiği yönündeki beyanının haklı bir nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır." (YHGK 2007/213 K. 30/05/2007)

"Davalı tarafından verilen vekalet ve görevlendirmenin kapsamı, maktu vekalet ücretini gerektiren ve tarifede (İkinci Kısım Birinci Bölüm) açıkça sayılmış olan ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, delillerin tespiti, icranın geri bırakılması, ödeme ve tevdi yeri belirlenmesi, ortaklığın giderilmesi için satış memurluğunda yapılacak işler veya ortaklığın giderilmesi ve taksim davasına ilişkin de değildir. Belirtilen nedenlerle icra dairesinde yapılan takip konusunun para ile değerlendirilmesi karşısında davacı avukatın haksız azil nedeniyle hak ettiği avukatlık ücretinin tarifenin üçüncü kısmı dikkate alınarak, daha açık ifade ile nispi olarak belirlenmesi gerekmektedir." (13 HD. 2006/3713 16/03/2006)

"Davacı ile davalı maktu ücrete tabi davanın takibi için sözleşmede maktu vekalet ücretini kesin ve net olarak kararlaştırmışlardır. Sözleşmeyi geçersiz saymak tarafların amacına aykırı düşer. Tarafların amaçladıkları da maktu ücrettir. Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca sözleşme belli bir miktarı kapsadığı için geçerli olup, maktu vekalet ücreti anlaşmaları için belli bir sınır konmadığından, sınır yüzde olarak yapılan anlaşmalara ilişkin olduğunda, Avukatlık Kanunu164/2'nin olayda uygulama yeri yoktur. Davacı avukat sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüğünü yerine getirerek davalının eşi adına açtığı izale-i şüyu davasını da sonuçlandırmıştır. Esasen vekalet ücreti sözleşmesi şahsi hak doğuran sözleşme olduğundan maktu olarak düzenlendiğinden gerek davacı gerekse davalı sözleşmede belirlenen yükümlülüklerden sorumludur. Yukarıda açıklanan hususlar ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde davacı avukatın edimini yerine getirdiği ve ücrete hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece, sözleşme ve yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek ve eksik soruşturma ile yazılı şekilde sözleşmenin geçersiz olduğunun kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." (13. HD. 7296 K. 23/05/2007)

"Alt vekalet halinde müvekkil ile ikinci vekil arasında vekil – müvekkil ilişkisi kurulmuştur. Bu nedenle alt vekil ücrete hak kazanır. Öte yandan, birinci vekile ücret ödemesi yapılmış ise, bu ücret alt vekilin ücretinden indirilir." (13. HD. 15333 K. 17.12.2007)

"Mahkemece Avukatlık Kanunu'nun 164/4.maddesine göre azil tarihi itibariyla %10 ila %20 oranında tespit edilecek vekalet ücretine hükmedilmiş ise de, icra takipleri bakımından karşı yan ücreti vekaletlerine ilişkin

davacı talebi yönünden tahsilat olmaması nedeniyle bu talep bakımından istemin reddine karar verilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 164/5 maddesi hükmüne göre dava sonunda kararla tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin tamamı avukata aittir. Davacının haksız olarak azledilmesi ile hukuki yardım sona erdiğinden, bu icra takiplerinin davacı yönünden tahsili artık mümkün değildir. Buna göre takip edilen icra dosyaları bakımından tahsil edilebilir aşamaya gelmiş olanlar için takip tarihindeki AAÜT'ye göre hesaplanacak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin toplamının davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." (12705 K. 30/10/2008 T.)

CEZA YARGILAMASINDA İSPATTA DİYALEKTİK YAKLAŞIM

Mahir TOPALOĞLU[1]

I. GİRİŞ

Bilimin gelişmediği dönemlerde ortaya çıkan *idealist-metafizik* dünya görüşünün etkisi ile Türk Ceza Yargılaması doktrininde genel olarak, geçmişte meydana gelen yargılamaya konu olaya ilişkin gerçeklerin bilinemeyeceği, yani ispat edilemeyeceği, ispat edilen gerçeğin asıl gerçek değil kişiden kişiye değişen gerçek olduğu kabul edilir[2]. Hatta bu görüşlerin doğrulukları konusunda hiç kuşku duyulmadığı ve tam bir görüş birliği olduğu da söylenebilir[3].

Bununla birlikte Türk Ceza Yargılamasında ispatı ilgilendiren birçok temel kavram ve yaklaşımlarda da (vicdani kanaat, maddi gerçek-mutlak gerçek ayırımı) idealist metafizik dünya görüşünün izlerini görmek mümkündür. Hatta ispatın tanımı bile bu felsefeye göre yapıldığı görülmektedir[4].

İdealist-metafizik felsefenin "gerçek" ve "ispat" konusundaki görüşleri karşısında felsefenin diğer kolu olan *materyalist-diyalektik* felsefenin ne söylediğini bilme ihtiyacı bizleri böyle bir çalışma yapmaya sevk etmiştir. Makaledeki amacımız, ispatta metafiziğin yanında, bilimsel temellere dayanan diyalektik yöntemin de uygulanmasını tartışmaya açmak ve bu şekilde gerçeklere daha çok yaklaşılmasına katkı sağlamaktır. Bunun ötesinde bir iddiamız bulunmamaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, günümüzde *idealist-metafizik* felsefenin etkisi ile Türk Ceza Yargılaması doktrininde tartışmasız olarak kabul edilen gerçeğin bilinemeyeceği yönündeki görüş bilimin gelişmesi ile geçerliliğini yitirmiştir. Bilim sayesinde bu gün artık sayısız gerçekleri bildiğimiz

---

1 Noter

2 Bozkurt, Nejat, "Hegel", 4. Baskı, Say, İstanbul, 2011. s.9,45,vd; Bozkurt, Nejat, Kant, 3. Baskı, Say, İstanbul, 2010. s.46, 49 vd. Locke, John, İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, (Çev. Vehbi Hacıkadiroğlu) Kabalcı, İstanbul Mart 2009, s. 50, 256, 387 vd. Feyzioğlu, s.71 vd

3 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku" Ondördüncü Bası, Arıkan Yayıncılık, Denizli, Mart: 2006, s. 591 Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002. s.71 vd.

4 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 591 vd.; Feyzioğlu, s.68 vd

gibi geçmişte meydana gelen yargılamaya konu olayın öz'ünü de (en azından ceza hukuku açısından gerekli olduğu ölçüde) bilebilecek durumdayız[5].

Bilim, genel olarak ceza yargılamasında ispata büyük katkı sağlamasına rağmen henüz beyan delilinin doğruluğunu veya yanlışlığını kesin bir şekilde ortaya koyacak bir araç veya metot geliştirememiştir. Ancak bilindiği gibi, ceza yargılamasında olayın oluşunun kabullünde tanık beyanları büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle tanık beyanlarının *formel* (biçimsel) mantığın yanında diyalektik açıdan da ele alınıp değerlendirilmesi olayın aydınlatılmasına büyük katkı sağlayacağı düşünüldüğünden konu ayrı başlık altında ele alınıp incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızda önce Türk Ceza Yargılamasındaki mevcut görüşlere yer verilmiştir. Sonra *idealist-metafizik* dünya görüşü ve *materyalist-diyalektik* dünya görüşüne ana hatları ile değinilmiş, daha sonra diyalektik ve diyalektik ispat konusu incelenmeye çalışılmıştır. Ancak bilindiği gibi hakkında ciltler dolusu kitap yazılan felsefi akımlar hakkında makalede verilen bilgilerin eksikliğini ve yetersizliğini peşinen kabul etmekteyiz. Zaten yukarıda da belirtildiği gibi makalenin böyle bir amacı da yoktur. Gerçeğe ulaşmada asıl olan pratiktik, yaşamdır, somut verilerdir. Diyalektik de zaten bir anlamda pratikten fikirlere doğru yapılan bir düşünme, akıl yürütme faaliyetidir.

II. TÜRK CEZA YAGILAMASI DOKTRİNİNDE GERÇEK VE İSPAT

Türk Ceza Yargılaması doktrininde, geçmişte meydana gelen yargılamaya konu olaya ilişkin gerçek, *mutlak gerçek* ve *maddi gerçek* ayırımına tabi tutularak incelendiği görülmektedir[6]. Olayın *öz*'üne, yanı olayın nesnel olarak meydana gelişine *mutlak gerçek*, toplanan delillere göre doğru kabul edilen gerçeğe de *maddi gerçek* denmektedir[7]. Mutlak gerçeğin özelliği gereği bilinemez olduğu, bu nedenle geçmişte meydana gelen yargılamaya konu olayın özünün de hiçbir zaman bilinemeyeceği kabul edilmektedir. Maddi gerçek de yargılamaya sunulan delillerden ortaya çıkarılan gerçek olduğundan bu gerçeğin de hâkimden hâkime değişiklik göstereceği söylenmektedir[8].

Türk Ceza Yargılaması doktrininde, delil ve ispat konusunda da bu

5 Engels, Friedrich, Anti-Duhring, (Çeviren: İsmail H. Yarkın), 1.Basım, Inter Yayınları, İstanbul, Mayıs 2000 s. 138 vd.,; Engels, Friedrich, Doğanın Diyalektiği, (Çeviren: Arif Gelen), 9. Baskı, Sol, Ankara 2010, s. 244 vd; Lenin, V.İ., Materyalizm ve Ampiriokritisizm, (Çeviren: İsmail Yarkın), 3. Basım, İnter, İstanbul, 2001. s.152 vd.; Turan, Mehmet inanç, Felsefeyi Aşmış Marksizm, Kalkedon, İstanbul, 2011, s. 103 vd.

6 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.598,599. Feyzioğlu, s.68 vd

7 Feyzioğlu, 68 vd

8 Feyzioğlu,. s.68 vd

düşüncelere paralel fikirler ileri sürülmektedir. Şöyle ki, delillerin objektif gerçekliği yani mutlak belliliği ortaya koyamayacağı, sadece objektif bakımından bir ihtimali göstereceği, ihtimal de belli bir dereceye gelince kanaat oluşturacağı iddia edilmektedir[9]. Konu ile ilgili olarak Carnelutti'nin, "Hâkim mağaraya girmiş, sırtını kapıya vermiş bir adama benzer. Bu adam, mağaraya giren bir başkasını onun karşı duvara akseden gölgesinden tanımaya, bilmeye çalışır, bu adamın elinde, mağaraya giren adamların duvardaki gölgelerden başka bir delil yoktur[10]" şeklindeki değerlendirmesine de çok itibar edildiği görülmektedir.

Doktrininde ileri sürülen gerçeğin bilinemeyeceği yönündeki bu görüşlerin yanında olayın ispat edilmiş sayılabilmesi için hâkimde oluş konusunda tam bir vicdani kanaat oluşması gerektiği konusunda da tam bir fikir birliği mevcuttur[11]. Görüleceği gibi, hem geçmişteki olaya ilişkin gerçek bilinemez deniyor hem de, mahkûmiyet kararı verilebilmesi için hâkimde bütün şüphelerden uzak tam bir vicdani kanaat oluşması gerekir, deniyor. Burada ileri sürülen görüşlerin birbiri ile çeliştiği çok açıktır. Olayın özünün bilinemez olduğunu kabul eden bir hâkimin oluş konusunda tam bir vicdani kanaate ulaşması mümkün değildir.

Doktrindeki bir başka görüş de, yargılama sonunda hâkimin tam bir vicdani kanaatle kabul ettiği oluşun toplum tarafından da kabul edilmesi gerektiği yönündedir[12]. Eğer hâkimin kabul ettiği gerçeği toplum da kabul ederse hâkimin vicdanı ile birlikte toplumun vicdanının da tatmin olacağı ve gerçeğin ortaya çıkacağı, aksi halde toplumun kabul etmediği bir oluşun "gerçek" olmayacağı ileri sürülmektedir. Görüleceği gibi dış dünyada meydana gelen gerçekler dış dünyada değil hâkimin ve toplumun iç dünyalarında aranmaktadır.

Günümüzde bilimsel veriler ve pratik yaşam Ceza Yargılaması Doktrininin gerçek ve ispat konusundaki bu görüşlerini doğrulamamaktadır. Bu nedenle doktrindeki bu görüşlere uygulamada itibar edilmediği görülmektedir. Yargıçların pratikte, ulaştıkları gerçeği asıl gerçek (mutlak gerçek) olarak kabul ettiklerini düşünüyoruz. Aksi halde hiçbir yargıç kendisini şüpheden kurtaramaz ve mahkûmiyet kararı veremezdi. Konu ile ilgili olarak Yargıtay da *Ceza Yargılamasının amacının maddi gerçeğin hiçbir duraksamaya yer vermeksizin ortaya çıkarılması olduğunu belirtmektedir*[13]. Kanaatimizce burada Yargıtay maddi *gerçeği* doktrinin

9 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.598,599

10 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.600

11 Feyzioğlu,. s.103 vd

12 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.600

13 CGK.19.4.1993, E 19936-79, K.1993/108; CGK, 11.4.1994, E. 1994/5-47, K.1994/92.

tanımladığı şekilde değil, olayın öz'ü olarak anlamaktadır ve doğrusu da budur.

III. İSPATTA DİNSEL İZLER (Vicdani Kanaat, 12 kişilik Jüri)

Ceza Yargılamasında olayın oluşunun kabulünde vicdani kanaate büyük önem verildiği bilinmektedir. CMK 217/1. maddede de hâkimin delilleri vicdani kanaatine göre takdir edeceği belirtilmiştir. Oysa vicdan, Arapça kökenli dini bir terimdir ve genel olarak *ahlaksal bilinç, insanın kendi davranışlarının ahlakça değerli olup olmadığı üzerindeki bilinç, insanın iyi ile kötüyü ayırt edebilmek için içinde duyduğu Tanrı'nın sesi* olarak tanımlanmaktadır[14]. Görüleceği burada, bilim değil, Tanrının insanlara bahşettiği vicdan, gerçeğe ulaşmada bir araç, bir ölçü olarak görülmektedir.

Yine, jüri sisteminin uygulandığı ABD, Kanada İngiltere, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi ülke mahkemelerinde bulunan 12 kişilik jüri'nin de dinsel anlamı vardır. 12 kişilik jüri İsa'nın 12 havarilerinden esinlenilerek oluşturulduğu bilinmektedir[15]. Burada da, 12 kişilik jüri'nin kanaatinin, ceza yargılamasında olayın gerçeğinin ispatlanmasında bir ölçü olarak ele alındığı anlaşılmaktadır.

IV. İDEALİST -METAFİZİK DÜNYA GÖRÜŞÜNDE GERÇEK VE İSPAT

1. Genel Olarak

İdealist dünya görüşüne göre, dünyayı, maddeyi, her şeyi ruh yaratmıştır. Ruh maddeden önce var olmuştur ve maddeden daha önemlidir. Şeyler, madde, gerçekler, nesnel olarak değil, biz algıladığımız için vardır, nesnel olarak hiçbir şey yoktur. Her şey insan zihnine göre görelidir, örneğin; sıralar, masalar, evler, arabalar vs. vardır ama bizim dışımızda değil ruhumuzda, düşüncemizde vardır[16].

Metafizik de idealist felsefenin gerçeğe ulaşmada kullandığı araştırma ve düşünme metodunun adıdır ve konusu da Tanrı, ruh ve duyularımızdır. Yani metafiziğin uğraş alanı yukarıda belirttiğimiz madde dışı, bilim dışı şeylerdir. Bu görüşü de şöyle özetlemek mümkündür: "Tanrı her şeyi yarattı. Yaratılan şeyler yaratıldıkları andan itibaren hiç değişmedi ve değişmeyecek. Evrende hareketlilik değil durağanlık vardır. Her şey, her olay birbirinden farklıdır, bu nedenle her olay ayrı ayrı ele alınıp değerlen-

14 Akarsu, Bedia, Felsefe Terimleri Sözlüğü, 12. Baskı, İnkilap, İstanbul, 2007, s, 178.

15 Feyzioğlu, s.30. vd http://juri.nedir.com, 04.10.2013, http://tr.wikipedia.org/wiki/Duru%C5%9Fma, 04.10.2013.

16 Politzer, Georges, Felsefenin Başlangıç İlkeleri, (Çeviren: Hasan İlhan), 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 40- 48. Bozkurt, s.46, 49 vd. Locke, John, , s. 50, 256, 387 vd.

dirilmelidir. Birbirine zıt iki şey aynı anda var olamaz. Bir şeyin sonucu ya hayırdır ya evettir. Bir şey ya doğrudur ya yanlıştır. Bunların dışında üçüncü bir alternatif yoktur[17]".

2. İdealist-Metafizik Dünya Görüşüne Göre Gerçek ve İspat

Yukarıda belirtildiği gibi İdealist-metafizik dünya görüşü bizim dışımızda, bizden bağımsız, nesnel hiçbir gerçek olmadığını, gerçeklerin insan zihninde bulunduğunu ve göreli olduğunu iddia eder[18].

Nesnel gerçeğin varlığını kabul etmeyen metafizik dünya görüşü bu görüşe paralel olarak, gerçeklerin yani şeylerin "öz"lerinin de bilinemeyeceğini yani ispat edilemeyeceğini ileri sürmüştür[19].

Bu dünya görüşü kendi ana felsefesine uygun bir de ispat tanımı geliştirdiği görülmektedir. Arapça kökenli olan ***ispat*** Türkçe sözlükte; *tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, tanıtlama* olarak tanımlanmasına rağmen[20] Ceza Muhakemesi'nde birçok yazar tarafından "*fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamlarının tam bir kanaate ulaşmasının temini*" olarak tanımlanmaktadır[21]. Görüleceği gibi burada ispat, gerçeği ortaya çıkarmak için yapılan bir faaliyet değil, bir *ikna olma* faaliyeti olarak ele alınmaktadır.

V. GERÇEĞİN MATERYALİST- DİYALEKTİK ELE ALINIŞI VE İSPAT

A. Materyalist Dünya Görüşü

İdealist felsefenin aksine bilimsel temellere dayanan materyalist dünya görüşüne göre, "Dünya maddidir ve eksiksiz olarak bilinebilir, madde, ilk veri, düşünce de maddeden çıkan ikinci veridir, madde varsa düşünce de vardır, düşünce tek başına, maddeden bağımsız var olamaz"[22]. Görüldüğü

17 Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri, (Çeviren: Hasan İlhan), Alter, Ankara, 2011. s.30 vd.. Politzer, Georges, Felsefenin Başlangıç İlkeleri, 120 vd.

18 Geniş bilgi için bkz. Bozkurt, Hegel, .Bozkurt, Kant, Locke.

19 Turan, Mehmet inanç, Felsefeyi Aşmış Marksizm, Kalkedon, İstanbul, 2011,s.60 vd. Daha geniş bilgi için bkn. Feyzioğlu, Politzer, Bozkurt,Locke.

20 Türk Dil Kurumu,Türkçe Sözlük 1.cilt, Ankara, 1988, s.719.

21 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 591, Öztürk,Bahri/Tezcan, Durmuş/Ruhan Mustafa, Erdem/Sırma,Özge/Saygılar, F.Yasemin/Alan,Esra NazariveUygulamada Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara: 2010. s.266. Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Seçkin, Ankara: 2006, s. 602.; ROXIN,Claus İspat Hukukunun Esasları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8Güz 2005/2 s.265-289(Çev.: Yener ÜNVER)

22 Marx, Karl, Kapital, 1.Cilt, Çeviren, Alaattin Bilgi) Sol Yayınları, Ankara, Mayıs 2004,s. 27 vd. Engels, Anti Duhrin, s. 174 vd .Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri, s. 141 vd. Politzer,Felsefenin Başlangıç ilkeleri, s 131 vd.

gibi materyalizme göre gerçekler vardır ve bilinebilir, ancak sonsuzluğun egemen olduğu evrende her şeyi bilmek mümkün değildir, bilinmeyen bir şeyin bilinmesi, arkasından birçok bilinmeyeni de beraberinde getireceği muhakkaktır.

B. Genel Olarak Diyalektik

Materyalist dünya görüşünün gerçeğe ulaşmada izlenen yöntemin adı olan *Diyalektik* [23], *bir kavramdan öteki kavrama çelişmeleri ortadan kaldırarak ilerleyen mantıksal düşünme yolu* olarak tanımlanmakta ve genel olarak dört temel yasası olduğu kabul edilmektedir. Bu yasaları şöyle özetlemek mümkündür[24]. 1. Karşılıklı etki ve evrensel bağlantı yasası. Bu yasaya göre her şey birbirine bağlıdır, hiçbir doğa olayı tek başına çevresindeki olaylardan bağımsız olarak meydana gelmez. Bu nedenle bir durumu bir olayı bizzat kendisini oluşturan ve açıklayan koşullar bakımından ele alıp değerlendirilmelidir[25]. 2. evrensel değişme ve kesintisiz gelişme yasası. Doğa dingin ve durağan değildir. Sürekli olarak kimi şeyler doğar gelişir buna karşın kimi şeyler de yok olur. 3. Nitel değişiklik yasası. Bu yasaya göre nicel değişimler nitel değişiklikler yaratır. Sıradan olan göze çarpmayan nicel değişiklikler belirli bir aşamada aniden nitel değişikliklere yol açar. Tıpkı yüz dereceye kadar ısınan suyunun yüz derecede aniden buharlaşmaya başlaması gibi. 4. Zıtların savaşımı yasası. Doğadaki nesneler ve olaylar iç çelişkiler içerir, hepsinin olumlu ve olumsuz yanları vardır. İçteki bu zıtlıklar devamlı mücadele içindedir. Değişim de bu mücadeleden kaynaklanır[26].

Görüldüğü gibi diyalektik, zıtların çatışması, yanı karşıtların mücadelesi ile çelişmelerin ortadan kaldırılması ve bu şekilde gerçeklere ulaşılmasını sağlayan mantıksal bir faaliyet olarak karşımıza çıkar. Bu mantıksal faaliyette gerçeğe doğru ilerlerken, şeylerin hem kendi içindeki, hem de kendi dışındaki şeylerin kendisine yönelen değişim ve etkileşimlerini göz önünde bulundurur[27].

Diyalektik, hem bilimin veri sağlayamadığı alanlarda gerçeğe ulaşmada hem de bilimsel verileri yorumlamada bizlere yardımcı olur, yol gösterir.

---

23 Akarsu, s, 78.

24 Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri,. s. 24 vd. Thalheimer, August, Diyalektik Materyalizme Giriş,. (Çeviren: Sevinç Altınçekiç) 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, s. 113 vd. Lefebvre, Henri, Sosyalist Dünya Görüşü, Marksizim, (Çev. G. Doğan, Görsev), Yordam, 3. Bası, İstanbul, 2010. s. 33 vd.

25 Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri, s.46.

26 Engels, Anti Duhrin, s. 174 vd.; Politzer, Felsefenin Başlangıç İlkeleri, s. 131 vd..;Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri, (Çeviren: Hasan İlhan), Alter, Ankara, 2011. s.114 vd. Turan,s.130-133.

27 Akarsu, s, 78.

Bunu yaparken de idealist metafizik felsefenin formel (biçimsel) mantık[28] düşünce biçimini tümden reddetmez, sadece yetersiz görür ve bizlere bu metodun yanında farklı bir bakış açısı daha sunar[29]. Eğer bizler ispat faaliyetinde formel mantık kurallarının yanında diyalektiği de uygularsak gerçeklere daha çok yaklaşacağımız kuşkusuzdur. Ancak delilin olmadığı yerde ispat da olmaz. Diyalektik her problemi çözen ve bizi bütün gerçeklere ulaştıracak olan sihirli bir değnek değildir.

Şunu da ilave etmek gerekir ki diyalektiği uygulayabilmek için illa da materyalist olmaya, hatta diyalektiği bilmeye de gerek yoktur. Keza Engels[30] "*İnsanlar, diyalektiğin ne olduğunu öğrenmeden çok önce diyalektik olarak düşündüler; tıpkı düzyazı terimi var olmadan çok daha önce, düzyazı biçiminde konuştukları gibi*" demiştir. Ancak bu düşünme metodunun bilinmesi ve bilerek uygulanması bizlere, gerçeklere ulaşmada muhakkak bir katkı sağlayacağı da bir gerçektir.

Bununla birlikte diyalektik, canlı ve değişken olduğundan her şeyin değiştiği evrende kendi yasalarının da her zaman ve her yerde geçerli olmayacağını, zaman ve mekâna göre bu yasaların da değişebileceğini söyler. Çünkü diyalektik yöntemin hiçbir kalıbı yoktur. Belli olay tipleri için her yerde ve her zaman geçerli bir diyalektik yöntem bulunmamaktadır[31]. Bu yöntem değişen zaman ve şartlara göre yeni yaklaşımlarda bulunmayı gerektirir.

C. Diyalektikte Gerçek ve Hakikat(Doğru) Kavramı

"Gerçek" Türkçe sözlükte [32]; *el ile tutulup göz ile görülecek biçimde tam anlamıyla var olan, varlığı hiçbir biçimde yadsınmayan, bir durum, bir olgu, bir nesne ya da bir nitelik* şeklinde tanımlanmaktadır. Felsefede ise[33]; *düşünülen tasarımlanan, imgelenen şeylere karşıt olarak var olan, bilinçten bağımsız var olan her şey*, olarak tanımlanmaktadır.

Gerçek, şeylerin öz'ü[34] olarak dış dünyada bulunur ve somuttur. Var olması için var olduğunun bilinmesine de ihtiyacı yoktur. Bu anlamda

28 Geniş Bilgi için bkz. Çubukçu, Aydın, Mantık ve Diyalektik, 5. Basım, Evrensel, İstanbul, 2011. Çüçen, A.Kadir, Mantık, Sentez, 7.Basım, İstanbul, 2012.

29 Engels, Friedrich, Doğanın Diyalektiği, (Çeviren: Arif Gelen), 9. Baskı, Sol, Ankara 2010, s. 248 vd.

30 Turan, s. 61.

31 Marx, Karl/Engels, F, Felsefe Metinleri, (Çevirenler: Kenan Somer, Ahmet Kardam, Sevim Belli ve Ark.) 2. Baskı, Sol, Ankara, 2010. Çubukçu, Aydın, Teoride ve Eylemde Diyalektik Materyalizm, 5. Basım,Evrensel, 2011, s. 101 vd.

32 Püsküllüoğlu, Ali, Arkadaş Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara 2005, s.391.

33 Akarsu, s.84.

34 Thalheimer, s. 103,104.

kalem masa, kitaplar, deniz, ova, dağ, otobüs, Atatürk'ün 10 Kasım 1938 de ölmesi ve 17 Ağustos 1999'da deprem olması öz olarak birer gerçektir.

Ceza yargılamasını ilgilendiren gerçek de, geçmişte meydana gelen bir olayın özüne ilişkin olması nedeniyle tarihsel bir gerçektir. Keza Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'da konu ile ilgili olarak tarihsel gerçeğe benzer *tarihi bellilik* terimini kullanmıştır[35].

Gerçek, "*şeylerin özü*" olması nedeniyle zaten mutlak olduğu için "mutlak gerçek" ifadesi doğru bir ifade olmayacaktır. Mutlaklık, gerçek için değil aşağıda ayrıca açıklayacağımız gibi gerçeğin bilgisi olan *hakikat* için, *doğru* için, söz konusu olabilir. Bu nedenle Ceza yargılamasında kullanılan *mutlak gerçek*[36] ifadesi, gerçeğin bilgisi olan "*mutlak hakikat*" olarak anlaşılması gerektiği kanısındayız.

Çoğu kez gerçekle aynı anlamda kullanılan ancak gerçek'ten farklı bir anlamı olan hakikat (doğru[37]) , gerçeğin beynimizde oluşturduğu gerçeğe uygun bilgiye, düşünceye denir, yani hakikat gerçeğin bilgisinin bir başka adıdır[38]. Gerçek, dış dünyada olmasına rağmen hakikat beynimizin içinde bulunur ve bir bilgi olması nedeniyle de soyuttur. Örnek vermek gerekirse, bir masanın kendisi "Gerçek", onun gerçeğe uygun beynimizdeki düşüncesi de "Hakikat"tir. Hakikat dış dünyadaki gerçeğe karşılık gelmesi nedeniyle de varlığı gerçeğin varlığına bağlıdır[39].

Hakikat (doğru), gerçek hakkındaki bilgimizin tam veya eksik olmasına göre mutlak *hakikat* ve *göreli (izafi=yaklaşık) hakikat* diye ikiye ayrılmaktadır. *Mutlak hakikat*, şeylerin özlerinin gerçekte oldukları gibi bilinmesine denir. *Göreli hakikat* ise bir şeyin tam olarak değil de yaklaşık olarak bilinmesidir. Bu nedenle mutlak hakikatler insandan ve insanlıktan bağımsız nesnel, ebedi, kati, kesin ve değişmez bilgiler olmasına rağmen göreli hakikatler, mutlak hakikate yakınlığı oranında değişiklik gösterirler, ancak, kişiden kişiye değişmezler[40].

---

35 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.598.

36 Thalheimer,s. 103,104.

37 Engels, Friedrich, Anti-Duhring, s. 134 vd.

38 Püsküllüoğlu, Ali, Arkadaş Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara 2005, s.290. Akarsu, Bedia, Felsefe Terimleri Sözlüğü, 12. Baskı, İnkilap, İstanbul, 2007, s.58.

39 Turan, Mehmet inanç, Felsefeyi Aşmış Marksizm, Kalkedon, İstanbul, 2011, s.103 vd.

40 Lenin, V.İ., Materyalizm ve Ampiriokritisizm, (Çeviren: İsmail Yarkın), 3. Basım, İnter, İstanbul, 2001, 152 vd.; Thalheimer, August, Diyalektik Materyalizme Giriş, . (Çeviren: Sevinç Altınçekiç) 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2011, s. 103,104. Turan, s.105,106.

D. Gerçeğin İspatı

Diyalektiğe göre gerçek vardır ve ispat edilebilir[41]. Keza günümüzde bilimin ispatladığı sayısız gerçeklerin varlığı kuşkusuzdur. Bilimsel buluşlar sayesinde her geçen gün gerçeklere daha çok yaklaşmakta olduğumuz da bir gerçektir. Bu gün artık failin saç tellerinden, parmak izlerinden, DNA örneklerinden, kamera kayıtlarından ve daha birçok bilimin bize sağladığı imkânlardan faydalanarak onlarca olayı "olduğu gibi" çözebiliyor, olayın aslını tam olarak öğrenebiliyoruz[42].

Bununla birlikte sonsuz evrenin bilgisi de sonsuz olacağından bütün gerçekleri bilmenin de imkânı yoktur[43]. Keza ceza yargılamasında buna ihtiyaç da yoktur. Örneğin, bir trafik kazasında mağdurun çarpma anında kaç hücresinin öldüğü hiçbir zaman bilinmeyebilir. Yine olayın meydana geliş zamanının saniye ve salisesine kadar da tam olarak bilmek mümkün olmayabilir. Ceza yargılaması açısından bu nitelikteki gerçeklerin ispatına zaten ihtiyaç yoktur. Ceza yargılamasında ispatı gereken gerçekler, olayda eylemin kim tarafından, ne zaman, ve hangi araçlarla işlediği gibi son derece basit ve ulaşılabilir gerçeklerdir.

Yaşamımızda birçok gerçeği de hiçbir bilimsel yöntemden faydalanmadan pratikten biliriz. Pratik bir anlamda teorinin sağlamasıdır[44]. Bizimle birlikte başka insanların da aynı şeyleri duymalarından gözlemelerinden ve hissetmelerinden gerçekleri biliriz[45]. Örneğin; 1999 Gölcük depremini ele alırsak, depremi binlerce kişinin hissettiğini ve yine bu depremde binlerce kişinin öldüğünü hepimiz pratikten (yaşamdan) biliyoruz. Demek ki depremin olduğundan kuşku yoktur. Keza bilimde de aynı konudaki bilimsel bir çalışma farklı bilim adamlarına yaptırılmakta ve elde edilen sonuçlar birlikte değerlendirilmekte ve doğrulukları test edilmektedir.

E. Gerçeğe Ulaşmada Soyutlama metodu

Kelime anlamı *çekip çıkarmak, soymak, ayırmak*[46] olan soyutlama ile gerçekte ayrılmaz olan her şey geçici olarak düşüncede ayrılır ve ayrılan şey tek başına imiş gibi algılanır ve incelenir. Gerçeğin derinliklerine an-

41 Engels, Friedrich, Anti-Duhring, s.138 vd.; Engels, Friedrich, Doğanın Diyalektiği, (Çeviren: Arif Gelen), 9. Baskı, Sol, Ankara 2010 s.260,261.;Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri s.224 vd. ;Thalheimer, 105 vd.

42 Geniş bilgi için bkn. Giroud, Marc, Darvin ve Evrim Teorisi, Alfa,İstanbul, 2012. Karaçay, Bahri, Yaşamın Sırrı, DNA, Tubitak, 3. Bası, 2012. Dawkins, Rıchard, Gerçeğin Büyüsü,(Çev. İstem Fer), Kuzey, İstanbul, 2012.

43 Engels, Friedrich, Anti-Duhring, (s.139.

44 Akatlı, Füsun, Niçin Diyalektik, Kırmızı, İstanbul, 2007. s. 61 vd.

45 Lenin, s.161. Thalheimer, s.101.

46 Akarsu, , s. 163.

cak soyutlama ile inebiliriz. Çünkü gerçeklik bir bütün olarak yaşanabilir ama bir bütün olarak algılanamaz. Gerçekliği algılanabilecek şekilde parçalara ayırmak gerekir. Aynı midemiz gibi aklımız da bir oturuşta yenilip yutulan bir dünyayı hazmedemez. Bu nedenle insanlar etrafındaki şeyleri tanımaya ve anlamlandırmaya, öncelikle bunların bazı özelliklerini geçici olarak ayrıştırıp onlara odaklanarak ve daha sonra bu özellikleri uygun bir şekilde organize ederek başlamalıdırlar [47].

Değişim ve etkileşimin sürekli olduğu yerde ele alacağımız konuyu veya nesneyi, bir an için değişim ve etkileşimden soyutlayarak yani değişim ve etkileşim olmadığını var sayarak incelememiz gerekir. Konuyu bir bütün olarak değil zihnimizde parçalara ayırarak ve her parçaya ayrı ayrı odaklanarak incelemeliyiz. Yani bir anlamda ele aldığımız şeyin tomografisini çekmeliyiz ve ondan sonra değişik açılardan bakarak (konumlama yaparak) incelemeliyiz[48]. Daha sonra da değişim ve etkileşimleri de hesaba katarak olayı veya nesneyi yeniden bir bütün halinde ele alıp inceleyerek gerçeğe ulaşmaya çalışmalıyız.

F. Tanık beyanlarının diyalektik değerlendirilmesi

Türk Ceza Yargılamasında tanık beyanları *toptancı* yaklaşımla ele alınıp değerlendirilmekte olduğu görülmektedir. Bir tanığın iki farklı beyanı varsa bunlardan muhakkak birinin tamamen doğru, diğerinin tamamen yanlış olduğu kabul edilir. Yine bir olayın birden çok tanığı varsa ve bunların beyanları birbirinden farklı ise bu tanıklardan bir kısmının tamamen doğru diğerlerinin de tamamen yalan veya yanlış söylediği varsayılır ve üçüncü bir olasılığın varlığı göz ardı edilir[49].

Oysa yukarıda da belirtildiği gibi bilimsel akıl yürütme olan diyalektikteki zıtların birlikte var olması kuralına göre, "hep doğru" veya "hep yanlış" yoktur, hem doğru hem yanlış vardır. Bu nedenle tanık beyanlarında hem doğru hem de yanlış yönler olabileceği dikkate alınmalı ve beyanlar buna göre değerlendirilmelidir. Olayın oluşuna uygun olması ve birbiriy-

47 Olman, Bertell, Diyalektiğin Dansı, marx'ın yönteminde adımlar, (Çeviren: Cenk Saraçoğlu) Basım, Yordam, İstanbul, 2011, s.47 vd.;

48 Olman, s. 45 vd.

49 Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s.610 vd. "Savunmayı doğrulayan tanıklar ile iddiayı doğrulayan tanık anlatımları arasındaki çelişkinin yüzleştirilerek giderilmeye çalışılması, giderilemezse yöntemince irdelenip hangi anlatımın niçin üstün tutulduğu tartışılmalıdır" Y4CD 03.10.2007E.2006/3657. K.2007/7651.

"Tanık beyanları arasındaki çekişki giderilmeden hüküm kurulamaz. "Y7CD.01.03.2007,E.2004/237,K.2007/1281.

"Tehdit sözlerinin lehine ve aleyhine yapılan tanıklıklarda çelişkinin giderilmesi usulü gereği kimin sözüne hangi nedenle itibar edilip edilmeyeceğinin tespiti gerekir". Y4CD 27.06.2006 E.2006/267 - K.2006/13027.

le mantıksal bütünlük içerisinde bulunması halinde her iki beyana da tamamen veya kısmen itibar edilmesinin mümkün olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Yargılamada tanık beyanları kendi içinde bölümlere ayrılarak her bir bölüm üzerine yoğunlaşmalı ve sonra bir bütün olarak ele alınıp yeniden incelenmelidir. Beyanları parçalara ayırarak incelemeden bütününe bakarak yorumlamak bazı ayrıntıları kaçırmamıza neden olabilir[50].

Tanık beyanları değerlendirilirken bilinmesi gereken bir başka konu da şudur: Bizler, görüş alanımıza giren şeylerin bazılarını görürüz, kulağımıza gelen seslerin bir kısmını duyarız ve bedenimizle temas ettiğimiz şeylerin de bir kısmını hissederiz. Kişi, bahsettiğimiz her durumda kendisine bir odak alanı kurar ve bir sınırla algısına çarpan şeylerden kendisi ile ilgili olanı, olmayandan ayırır[51]. Bu, bir bakıma bilinçsiz yapılan bir soyutlamadır ve sonuçta elde edilen veriler kişiden kişiye çok değişiklik gösterebilir. Bu nedenle tanık beyanları arasında farklılık tespit edildiğinde bu farklılığın farklı soyutlamalardan kaynaklanabileceği de dikkate almalı ve beyanlar ona göre değerlendirmeliyiz.

Tanığın ilk beyanı ile sonraki beyanı arasında farklılık bulunması halinde genellikle tanığın ilk beyanı doğru kabul edilmektedir. Tanığın bazı etkilerle verdiği düşünülen sonraki beyanına itibar edilmediği bilinmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki tanık önceden yalan beyanda bulunmuş ancak zaman içerisinde doğruyu söylemesi gerektiği yönünde etki altına alınmış veya kendisi böyle düşünmüş de olabilir. Tanığın ilk beyanının doğru olma ihtimali kadar sonraki beyanının da doğru olma ihtimali vardır. Bu nedenle tanık beyanları önce, tanık hiç etki altında kalmamış ve unutmamış kabul edilerek yani *bütün etkilerden soyutlanarak* değerlendirilmeli, diğer delillerle karşılaştırılmalı ve doğruluğu test edilmelidir. Bundan sonra bir de tanığın etki altında kaldığı kabul edilerek beyanı değerlendirilmelidir. Sonra elde edilen sonuçlar hep birlikte ele alınarak bir sonuca varılmalıdır. Mademki Ceza Yargılamasındaki amaç geçmişte olmuş olayın tam olarak aydınlatılmasıdır, bütün bu ihtimalleri göz önünde bulundurmalıyız.

Yine yargılamada çoğu zaman, aynı olay ile ilgili dinlenen birden çok tanığın beyanları da birbirinden farklı olabilmektedir. Farklılık olduğu her durumda beyanlardan birinin yalan veya yanlış diğerinin ise doğru olduğunu kabul etmek bilimsel değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi so-

50 Çubukçu, Aydın, Teoride ve Eylemde Diyalektik Materyalizm, 5. Basım ,Evrensel, 2011, s. 26 vd

51 Olman, s.47,48.

yutlama neticesi bizler görüş alanımıza giren şeylerin bazılarını görür, kulağımıza gelen seslerin bir kısmını duyarız. Bu nedenle her iki tanık da doğruyu söylemesine rağmen beyanları farklı olabileceğinden tanık beyanları, bir de bu açılardan değerlendirilmeli ve tanıklardan birinin beyanına üstünlük tanımak yerine farklı alanlara yönelik olan her iki tanığın da beyanlarına itibar edilerek hüküm kurulmalıdır[52].

Konuya şöyle bir örnek verebiliriz: Sanık (A), olay yerinde tanıklar (C) ve (D) olduğu halde belindeki tabancayı (B)' ye göstererek "seni öldüreceğim" diyerek tehdit ettiği iddiasıyla açılan bir kamu davası düşünelim. Tanık (C) yukarıda belirttiğimiz soyutlama ve odaklanma nedeniyle, (A)'nın seni öldüreceğim dediğini duymayabilir, ancak "A'nın belindeki tabancayı görmüş olabilir. Tanık (D) ise yine yaptığı soyutlama ve odaklanma nedeniyle seni öldüreceğim dediğini duymuştur ancak (A)'nın belindeki tabancayı (B)' ye gösterdiğini görmemiş olabilir. Burada biz biliyoruz ki her iki tanık da doğruyu söylüyor. Bu nedenle burada hâkimin, her iki tanığın da beyanına itibar ederek hüküm tesis etmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Yine tarafsız ve menfaati olmayan tanıkların söylediklerinin doğru olacağı, buna karşılık taraflardan biri ile yakınlığı bulunanların (ceza tehdidine rağmen) veya menfaati olan tanıkların beyanlarının doğru olmayacağı var sayılır[53]. Yargılamada tanığın yakınlığı veya menfaati söz konusu olsa da her şeye rağmen doğruyu söyleyebileceği göz önüne alınmalıdır. Menfaat nedeniyle tanığın doğruyu söylemeyeceği şeklinde bir ön kabul bizleri daha baştan gerçeğe ulaşmaktan alıkoyar. Bu nedenle tanığın beyanları hem bütün yakınlıklardan ve menfaatlerden soyutlanarak hem de bütün yakınlıklar ve etkiler dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sonra elde edilen her iki sonuç diğer delillerle de karşılaştırıldıktan sonra, hangi beyana üstünlük tanınacağına karar verilmelidir.

Diyalektik, karşıtların mücadelesi olarak ele alındığında sadece alınan beyanların değerlendirilmesinde değil, doğru beyan alma metodu olarak da ele alınmalıdır[54]. Bu da, tanığın doğruyu veya yanlışı söylemesinde etkili olan faktörleri bilmeyi, bu faktörlere egemen olmayı ve tanık üzerindeki olumsuz etkileri ortadan kaldırmaya çaba göstermeyi de gerektirir[55].

VI. SONUÇ

Bilimsel temellere dayalı *materyalist* dünya görüşüne ait bir düşünme, akıl yürütme faaliyeti olan *diyalektik*, eldeki verileri düşüncede parçalara

52 Olman,. s. 47,48.

53 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.610 vd.

54 Çubukçu, Aydın, Teoride ve Eylemde Diyalektik Materyalizm, , s. 16, 26 vd

55 Çubukçu, , s. 47. vd

ayırarak ve her bir parçayı diğerlerinden soyutlayarak incelemek ve zıtlıkları çatıştırmak suretiyle gerçeklere ulaşmaya çalışır. Bunu yaparken de bilimden olabildiğince faydalanır.

Günümüzde idealist metafizik dünya görüşünün iddia ettiğinin aksine, Ceza yargılamasında geçmişte meydana gelen yargılamaya konu olayla ilgili gerçeğin (doktrindeki ifadesi ile mutlak gerçeğin) var olduğunu ve bilinir olduğunu bilimden ve maddi yaşamdan bilmekteyiz. Bir kere bütün suçlarda olayın faili, fiili nasıl işlediğini biliyordur. Yine varsa olayın mağduru ve tanığı da gerçeği biliyordur. Demek ki gerçekler "bilinir" niteliktedir.

Ceza yargılaması açısından da bilinir olan gerçekler, deliller sayesinde yargılamayı yapan hâkim tarafından da bilinir hale gelir, yani olay ispatlanmış olur. Günümüzde yargılamaya konu olaylar, yeni bilimsel olanaklar sayesinde geçmişe göre çok daha kolay ve doğru bir şekilde ispatlanmaktadır. Çağımız hâkimi artık, Carnelutti'nin dediği gibi "mağaraya girip sırtını kapıya vererek mağaraya giren bir başkasını onun karşı duvara akseden gölgesinden tanımaya, bilmeye çalışan hâkim" değildir[56]. Bu hâkim artık genlerden, parmak izlerinden, kamera kayıtlarından ve daha birçok bilimsel ispat araçlarından faydalanarak gerçeğe ulaşma imkânına sahip olan hâkimdir.

KAYNAKÇA

1. Akarsu, Bedia, Felsefe Terimleri Sözlüğü, 12. Baskı, İnkilap, İstanbul, 2007,
2. Akatlı, Füsun, Niçin Diyalektik, Kırmızı, İstanbul, 2007.
3. Bozkurt, Nejat, Hegel, 4. Baskı, Say, İstanbul, 2011.
4. Bozkurt, Nejat, Kant, 3. Baskı, Say, İstanbul, 2010.
5. Çubukçu, Aydın, Mantık ve Diyalektik, 5. Basım, Evrensel, İstanbul, 2011.
6. Çubukçu, Aydın, Teoride ve Eylemde Diyalektik Materyalizm, 5. Basım,Evrensel, 2011.
7. Çüçen, A.Kadir, Bilim Felsefesine Giriş, Sentez, 1. Basım, Ankara, 2011.
8. Çüçen, A.Kadir, Mantık, Sentez, 7.Basım, İstanbul, 2012.
9. Dawkins, Rıchard, Gerçeğin Büyüsü,(Çev. İstem Fer), Kuzey, İstanbul, 2012.
10. Engels, Friedrich, Anti-Duhring, (Çeviren: İsmail H. Yarkın), 1.Basım, Inter Yayınları, İstanbul, Mayıs 2000.
11. Engels, Friedrich, Doğanın Diyalektiği, (Çeviren: Arif Gelen), 9. Baskı, Sol, Ankara 2010,
12. Engels, Friedrich, Ludwig Feurbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu, (Çeviren: Cenap Karakaya), 2. Baskı, İstanbul, 2009.

Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002.

Giroud, Marc, Darvin ve Evrim Teorisi, Alfa,İstanbul, 2012.

56 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.600

13. Hilav, Selahattin, Diyalektik Düşüncenin Tarihi, 1. Basım, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2012,
14. Karaçay, Bahri, Yaşamın Sırrı, DNA, Tubitak, 3. Bası, 2012.
15. Lenin, V.İ., Materyalizm ve Ampiriokritisizm, (Çeviren: İsmail Yarkın), 3. Basım, İnter, İstanbul, 2001,
16. Lefebvre, Henri, Sosyalist Dünya Görüşü, Marksizim, (Çev. G. Doğan, Görsev), Yordam, 3. Bası, İstanbul, 2010.
17. Locke, John, İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, (Çev. Vehbi Hacıkadiroğlu) Kabalcı, İstanbul Mart 2009
18. Marx, Karl , Kapital, 1.Cilt, Çev. Alaattin Bilgi) Sol Yayınları, Ankara, Mayıs 2004,
19. Marx, Karl, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, (Çeviren: Sevim Belli), 6.Baskı, Sol, Ankara, Ekim 2005,
20. Marx, Karl, Fransada İç Savaş, (Çeviren: Kenan Somer), 3. Baskı, Sol, Ankara, 2005,
21. Marx, Karl/Engels, F, Felsefe Metinleri, (Çevirenler: Kenan Somer, Ahmet Kardam, Sevim Belli ve Ark.) 2. Baskı, Sol, Ankara, 2010.
22. Marx,Karl, 1844 El Yazmaları, (Çeviren: Kenan Somer), 4. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2011,
23. Morton, Adam, Pratikte Felsefe, Temel Sorulara Giriş, (Çeviren: Mukaddes İlgün), Kesit, İstanbul, 2006.
24. Olman, Bertell, Diyalektiğin Dansı, marx'ın yönteminde adımlar, (Çeviren: Cenk Saraçoğlu) Basım, Yordam, İstanbul, 2011,
25. Politzer, Georges, Felsefenin Başlangıç İlkeleri, (Çeviren: Hasan İlhan), 2. Baskı, Ankara, 2010.
26. Politzer, Georges, Felsefenin Temel İlkeleri, (Çeviren: Hasan İlhan), Alter, Ankara, 2011. .

Püsküllüoğlu, Ali, Arkadaş Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara 2005.

27. Sayers, Sean, Marksizm ve İnsan doğası, (Çeviren: Şükrü Alpagut), 1. Basım, İstanbul, 2009.
28. Thalheimer, August, Diyalektik Materyalizme Giriş, . (Çeviren: Sevinç Altınçekiç) 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.
29. Turan, Mehmet inanç, Felsefeyi Aşmış Marksizm, Kalkedon, İstanbul, 2011.
30. V.İ, Lenin, Karlk Marx ve Doktrini, (Çeviren: Şiar Yalçın) 3. Baskı, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara, 1990.
31. Zhisheng, Zeng, Geleceğin Sosyalizmi, Kalkedon, (Çeviren: Deniz Kızılçeç, Aylin Muhaddisoğlu),Kalkedon, İstanbul, 2011.
32. Zubritski/Mitropolski/Kerov, İlkel Topluluk, Köleci Toplum, Feodal Toplum, (Çeviren: Sevim Belli),Sol Yayınları, Ankara, 2011.

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE VERGİLENDİRME

Av. Dilek TAŞÖREN[1]

I.GİRİŞ

Hukuk devletinin tarihi kökenleri devlet gücünün kişilerin temel hak ve hürriyetler lehine gelişme gösterdiği dönemlerin başlarına dayanmaktadır. Sınırsız egemenlik hakkını elinde tutan eden mülk devlet ve polis devlet anlayışından farklı olarak günümüzdeki modern devletin üstün gücü ve otoritesi sınırsız ve denetimsiz değildir.

Çağdaş devletin, sosyal devlet ilkesinin kapsadığı ödevlerini yerine getirmesi, özel kesimde yaratılan kaynaklardan bir bölümünün devlete aktarılmasını ve bunların devlet düzeyinde kamusal harcamalara dönüşmesini zorunlu kılmaktadır.[2]

Devletin kamu harcamalarını karşılamak üzere bireylerden zorla yürütme (cebri icra) yoluyla, genel anlamda vergi adı altında para toplaması gerekmektedir. Gerçekten devlet, egemenliğini ya da üstün iradesini salmak tekeli, yasa çıkarma ve zor kullanma tekeli ve para basma tekeli yolları ile gerçekleştirmektedir.[3]

Üstün gücün sınırlandırılmasında, devletin vergilendirme yetkisinin keyfilikten çıkarılarak belirli ölçülere oturtulmasını sağlayan kurallar mücadelesinin önemli bir yeri vardır. Devletin üstün gücünü sınırlayan temel statü anayasa düzenidir. Bu nedenle devletin gücünün sınırlarını anayasalarda bulmak mümkündür.

Vergi, cezalandırma gibi devletin en başta gelen egemenlik alanlarından biridir. Bu niteliği onun hukuk devleti ile yakın ilişkisi içinde bulunmasını zorunlu kılmıştır. Bu nedenle vergi hukuku hukuk devleti normlarının belirlenmesi açısından özel bir konum arz eder. Bir başka ifadeyle vergi hukuku ile hukuk devletinin normları bir birini iyi açıklar durumdadır. Hukuk devleti anlayışında devletin vergileme yetkisi sınırsız olmayıp, kişilere tanınan bazı haklar çerçevesinde sınırlandırılmaktadır. Sınırlamalar varlığını hukuk devletinin bugün ulaştığı düzey ve anlama borçludur.

---

1 İstanbul Barosu avukatlarından

2 KANETİ, agm, (V), s.320., Ayrıca bkz. GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3.Baskı 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık s.1

3 SAVAŞ, agm, (I), S.8., Ayrıca bkz. GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3.Baskı 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık s.1

Verginin sınırlarını hukuk devleti içinde bulmak mümkünken, vergisel düzenlemeler de hukuk devletinin unsurlarını karşılıklı etkiler niteliktedir. Bu nedenle vergi kanunları ile getirilen düzenlemelerle hukuk devletinin unsurları karşılıklı etkileşim içindedir denilebilir. Örneğin, temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayan vergisel düzenlemelere hukuk devleti izin vermezken, getirilen vergisel düzenlemelerin bazılarının az veya çok temel hak ve hürriyetleri etkilediği unutulmamalıdır. Bu açıdan bakıldığında vergi hukukunun hem devlet hem de kişiler açısından duyarlı bir alan olduğu görülür. Hukuk devletinin vergi hukuku açısından gereği günümüzde mükellef hakları şeklinde ifade edilmektedir. Bu nedenle hukuk devleti adına yapılacaklar mükellef haklarına, mükellef hakları adına yapılacaklar hukuk devletinin hayata geçirilmesine hizmet edeceği unutulmamalıdır. Bu çerçevede mükellef haklarının en temel çatısının anayasada vergiler ve diğer konularda getirilen ilkeler olduğu da bilinmelidir. Bu nedenle mükellef haklarını hukuk devletinin unsurlarının doğal bir yansıması olarak kabul etmek yanlış olmaz.

1982 Anayasası'nda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen hükümlerle temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 12. maddesinde: "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." denilmektedir. Bu madde ile bireyler hak ve hürriyetlerin varlığı ile ödev ve sorumlulukları da kapsadığı benimsenmiştir.

Temel hak ve özgürlükler bir yandan korunurken bir yandan da sınırlandırılmaktadır. Ancak bu sınırlamanın keyfiliğini önlemek için belirli ölçütler söz konusudur. Bu ölçütler esas alınarak sınırlandırma yapılabilir.

Vergilendirme işleminde, verginin tarafları olan devlet ve mükellefe bazı yetki, görev ve sorumluluklar verilmiştir. Genel olarak araştırmalara bakıldığında, bir tarafta vergi alacaklısı konumundaki devletin daha çok vergilendirme yetkisi ve bu yetkisini nasıl kullandığı, diğer tarafta ise mükellefin daha çok ödev ve yükümlülüklerin neler olduğu konularının incelemeye tabi tutulduğu görülmektedir. Ülkelerin vergi yasalarında, vergileme sürecinde mükelleflerin haklarını savunmaları amacıyla başvurabilecekleri yollar genellikle düzenlenmiş olmasına rağmen, "mükellef hakları" konusu oldukça ihmal edilmiş durumdadır. Günümüzde, mükellef haklarının açıklanması ve bunların korunmasına yönelik çalışmalara önem verilmesi, bir ülkede devletin vergileme işlemine ve mükelleflerine yakla-

şımının bir göstergesi kabul edilir hale gelmiştir. Dolayısıyla, ülkemizde vergi idaresinin yeniden yapılandırılması konusunun bir parçası olarak "mükellef hakları" ile ilgili düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir.[4]

Bazı temel hak ve özgürlükler vergilendirme yetkisine karşı çok duyarlıdır. Gerçekten de devlet vergilendirme yetkisini kullanırken kişilerin çeşitli temel hak ve özgürlüklerinin alanına girebilmekte ve bu alanlarda sınırlandırmalar yapabilmekte, müdahalelerde bulunabilmektedir.[5] Vergilendirme yetkisinin kullanılmasıyla kişi hakları sınırlanmaktadır. Bu sınırlama, mutlak surette, verginin yasallığı ilkesi çerçevesinde olmalıdır. Bu makalenin konusunu, temel hak ve hürriyetler içinde bulunan özel hayatın gizliliği ve vergilendirme ilişkisi oluşturmaktadır.

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

A. Genel Açıklama:

Özel hayat, genel olarak, kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışlar özel hayat veya özel yaşam olarak tanımlanmaktadır.[6]

Özel hayatın gizliliği, kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışlarını ifade eden özel hayatını, serbestçe veya en az müdahale ile devam ettirmesidir. Toplum halinde yaşayan bireyler olarak, kişinin tamamen gizli bir hayat yaşaması söz konusu olmayıp zaman zaman yasalarla belirlenmiş sınırlar çerçevesinde özel hayata müdahale edilmektedir. Bu kavramın ortaya çıkışı ve korunma gerekliliği, bireylerin bireylerle ve bireylerin devletle olan ilişkisinde sınırların çizilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Özel hayatın gizliliği kavramının belirli bir tanımı olmamakla birlikte içtihatlarda çeşitli tanımları yapılmaktadır: "Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümleri", "Özel yaşamın düzenini ve bu yaşama kimlerin, ne ölçüde, nasıl ve ne zaman müdahale edebileceklerini veya bu yaşamı algılayabileceklerini bireyin kendi kendisine belirlemesi", "Herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait hususlar" gibi tanımların yer aldığı görülmektedir.[7]

---

4 GERÇEK, Adnan. Vergilemede Mükellef Haklarının ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi, (Vergi Sorunları Dergisi-Yıl 29, Sayı 2009, Şubat 2006, ss. 121-149)

5 GÜNEŞ, Gülsen. Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı Ekim 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.s.49

6 Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Basım, Ankara 2011.

7 ER Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel hayatın Gizliliği Hakkı, 2007, Yetkin Yayınları, Ankara, s.78

Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere, özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, kişinin maddece ve madde dışı alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayatı ile aile hayatının dokunulmazlığını anlatır. Kişinin mal durumu da özel hayatındandır. Bunun da gizliliğine dokunulmamak gerekir. [8]

Özel hayat hakkı; Yargıç Louis Brandeis tarafından "the right to be at alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlama kişinin kendine ait olduğunu, kişinin diğerlerine ya da toplumun tamamına ait olmadığı, kendine ait bir yaşamı olduğunun da altını çizmektedir. Bireyin özel yaşam hakkı, kendisi ile ilgili toplanan bilgilerin korunması ve bireyin bu bilgilere ulaşma, düzeltme hakkı olarak belirlenebilir. [9]

Bazı AYM kararlarında; "Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. " şeklinde özel hayatın gizliliği hakkı ifade edilmiştir.[10]

AİHM Kararlarında, özel hayat; " bedeni ve manevi bütünlük ve kişilerin toplumun diğer bireyleriyle ilişkilerini kurması ve geliştirmesi, kişiliğini özgürce oluşturması ve sürdürebilmesi alanı olarak" tanımlanmıştır.[11]

Özel hayatın kapsamına, aile ve konut hayatı, iletişim/haberleşme gibi konular girmektedir. Örneğin konutta arama yapılarak buradaki kağıtlara el konulması hem konut dokunulmazlığını hem de özel hayatın gizliliğini ihlaldir.[12]

Özel hayata ilişkin kişisel verilere AİHS ve AİHM uygulamalarında yer verilmiştir. Sözkonusu uygulamada verilen kararlarda, cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, diğer kişisel bilgiler ile ilgili bilgileri içeren uygulamalar (Nüfus sayımı), polis kayıtları gizli olsa bile polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi, sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan

---

8 Anayasa Mahkemesi, 26727.09.1967, 336729, AMKD, Ankara 1975, s.28.

9 SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, 5. Basım, Beta Yayınları, Nisan 2009, İstanbul. s.204

10 AYM 31.03.1987 E-1986/24, K.1987/8

11 ANAYURT Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, 2004, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.115.

12 GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2007, 7.Bası, Turhan Kitabevi, s.333

bireysel kimlik belirleme sistemi özel hayata dair kişisel veriler kapsamında değerlendirilmiştir.

Bir diğer husus, Türk Ceza Kanununda yaptırıma bağlanan suçlar arasında sayılan haberleşme hürriyetinin ihlali, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının uygulama alanında özel hayata dair kabul edilen durumlar; bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar (nüfus kayıtları, güvenlik ve polis tespitleri v.s), cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, bu cümleden olmak üzere eşcinsel ve cinsel ahlaka aykırı davranışların kayıt altına alınması, kişinin beden ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, burada bireyin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni ve psikolojik-psikiyatrik) tıbbi müdahaleler ve deneyimler yanında, alkol kan DNA testleri, bireye ait özel yerlerin (ev, araç v.b) ve evrakın aranması ve el konulması işlemleri, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı posta gönderilerinin açılması ve okunması; kişinin adı fotoğrafı nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzına ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması, arşivlenmesi (kişisel bilgilerin resmi makamlarca toplanarak arşivlenmesi, özel mekana ses ve görüntü alan cihazların yerleştirilmesi) gibi hususlardır.

Genel olarak, özel hayatın kapsamı, aile ve konut hayatı, iletişim/haberleşme gibi bedeni ve manevi bütünlük ve kişilerin toplumun diğer bireyleriyle ilişkilerini kurması ve geliştirmesi, kişiliğini özgürce oluşturması ve sürdürebilmesini sağlamaya yönelik eylem ve davranışlarını ihtiva eden konular olarak ifade edilebilir. Vergi mükellefinin özel hayatı, ticari ve işletmesine ait sırlarını da kapsamaktadır.

B. Özel Hayatın Gizliliği İlkesinin Hukuksal Dayanakları

Hukuk düzeni içinde insan haklarının somutlaşmış hali olan temel hak ve hürriyetlerin tanınmış ve güvenlik altına alınmış olması hukuk devletinin önemli bir unsurudur. Temel hak ve hürriyetlere saygılı ve bu hakları koruyucu devlet, hukuk devleti anlamında önemli bir dönemeci geçmiş kabul edilir. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmadığı bir ortamda hukuk devletinden bahsetmeye imkân yoktur. Temel hak ve hürriyetler herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklar olup, genel olarak insan olmak haysiyetine dayanan haklar olarak nitelendirilir. Bu nedenle de temel haklar ve hürriyetler ile insan hakları terimi çoğu zaman aynı şeyleri ifade eder. İnsan haklarını koruyup geliştirmek devletin görevlerindendir. Bu görevin Devletin üzerine düşmesi karşısında vatandaşları da bazı yükümlülükler bekler. Vergi bu ödevlerden biridir. Devlet özellikle vergilerle ilgili yapacağı düzenlemelerde insan haklarıyla nispeten daha sıkı ilişki içinde bulunanları daha fazla gözetmesi gerekir. Temel hak ve hürriyetlerin karakterinde, devletin bazı alanlarda kişilerin yaşamlarına müdahalesi sözkonusu olabilmektedir.

Anayasamızda genellikle üç grupta ele alınan hak ve hürriyetler ile hukuk sistemimiz kişilerin hürriyetlerini garanti altına almıştır. Anayasamızda; kişi hakları ve ödevleri başlığı altında ortaya konan birinci grup haklar (olumsuz statü hakları veya koruyucu haklar, kişinin devletten karışılmamasını veya dokunulmamasını isteyebileceği haklar); kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve korunması, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, yerleşme ve seyahat hürriyeti, din ve inanç hürriyeti, düşünce ve kanaati açıklama hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, mülkiyet hakkı bilim ve sanat hürriyeti, basın hürriyeti, yayın hakkı, dava açma hakkı, zorla çalıştırma yasağı şeklindedir. Sosyal ve iktisadi haklar başlığı altında düzenlenen ikinci grup haklar (olumlu statü hakları veya isteme hakları, kişilerin devletten gerçekleştirilmesini isteyebileceği haklar); eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi, ailenin korunması, mülkiyet hakkının toplum yararına korunması, çalışma hakkı ve ödevi, sendika kurma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkıdır. Siyasi haklar ve ödevler başlığı altında üçüncü grup haklar (katılma hakları, kişinin siyasi iktidarın oluşmasına ve kullanılmasına ilişkin haklar): vatandaşlık hakkı, seçme ve seçilme hakkı, vergi ödevi, dilekçe hakkı, kamu hizmetlerine girme hakkı olarak düzenlenmiştir.[13]

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddî ve manevî varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir hayat alanı tanınır. AY m. 20, 21 ve 22 de, İHEB m. 12 ve İHAS m. 8 de, fertlerin devletin müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip bulundukları açıkça ifade edilmiştir.

Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz (m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır (m.22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz (m. 20-22).Demek ki, aramanın (m.123 vd. CMK); elkoymanın yani, basit elkoymanın, basılmış eserlere elkoymanın, yani basılmış eserlere basit elkoyma ile toplatmanın, postada elkoyma ve PTT ile yapılan haberleşmenin denetlenmesinin ve nihayet gaiplere ilişkin elkoymanın kanunlarda ve kanun haline getirilmiş bulunan milletlerarası sözleşmelerde aranan

13 Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukuku, Ankara, Orion Yayınları, 2009, s.50

şartları gerçekleşmedikçe bu koruma tedbirlerine başvurulamayacaktır. Bu şartların gerçekleşmiş bulunup bulunmadığı yetkililerce hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun olarak titiz bir şekilde araştırılacak; şartlardan biri gerçekleşmiş değilse, arama ve/veya el koyma yapılamayacaktır.

Öğretide, insan hayatının esas itibariyle iki yönünün bulunduğu kabul edilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılır. Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği veya sırrı bulunmadığından, konumuz bakımından bir özelliği yoktur. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur, hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nisbî olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, örneğin bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır.

1982 Anayasasının, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması başlıklı 20. Maddesinde, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz./ Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar./ Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."denilmektedir.

Bu madde ile özel hayatın gizliliği Anayasal güvence altına alınmıştır. Düzenlenen bu hükümde özel hayatın gizliliğine dokunulamaması ve korunması gerektiğine işaret edilirken; sözkonusu temel hakkın hangi koşullarda sınırlandırılabileceği de ayrıca düzenlenmiştir. Ancak milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi durumlarda kanuna uygun olarak bu gizliliğin sınırlandırılabileceğini belirtmiştir. Yeni Anayasa değişikliği

ile eklenen son fıkrada ise kişisel verilere değinilerek, kişisel verilerin de ancak kanunla veya kişilerin rızası ile işlenebileceği açıklanmıştır.

5429 Sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesi ile 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davasında AYM, "devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. Anket formlarında yer alan bazı sorular özel yaşamın gizliliği ile düşünce ve kanaatin açıklanması sonucunu doğurabilir. Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir. Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8. madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir." gerekçesiyle maddenin iptaline karar vermiştir.[14]

Bu örnekten de görüldüğü üzere, özel hayatın gizliliğini ihlal eden somut olayların yanında yürürlükte bulunan bazı kanun maddeleri de, iptal davası açılarak özel hayatın gizliliğinin ihlali önlenmeye çalışılmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 134. Maddesi'nde ise:

"Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır." denilmektedir.[15]

TCK'da düzenleme bulan bu hak koruyucu madde içeriğinden de görüldüğü üzere, özel hayatın gizliliğini ihlal TCK'da bir suç olarak düzenlenmiştir. İhlali gerçekleştiren kişi için hapis cezası veya adli para cezası öngörülmüştür. Suçun kayda alınarak işlenmesi ile özel hayatı ifşa eden kişinin basın yayın yoluyla bu suçu işlemesi ise suçun nitelikli halleri olarak yaptırıma bağlanmıştır.

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararlarında, hukuka aykırı biçimde ses

14 AYM 20.03.2008, E.20067167 K:2008786

15 R.G.12.10.2004, s.25611

ve görüntü kaydedilmesini özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürerek, gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen eylemin, kişi şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturduğuna ve manevi tazminat takdiri gerekirken davanın reddine dair hüküm kurulması nedeniyle kararın bozulmasına hükmetmiştir.[16] Yine başka emsal kararlarda, özel hayat ile ilgili bilgiler içeren mektupların yayınlanmasını özel hayatın gizliğinin ihlali kabul etmiştir.[17]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde: "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. / Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." denilmektedir.

Bu madde ile kişinin fiziksel bütünlüğü, onuru, saygınlığı korunarak ayrıca izlenmemesi, mesleğiyle ilgili bilgilerinin açıklanmaması da sağlanır. Ancak meşru bir sınırlama ile ulusal güvenlik, kamu güvenliği gibi sebeplerle devlet bireyi izleyip birtakım verileri denetleyerek müdahalede bulunabilir. Burada sadece özel hayatın gizliliği denilmeyip, aile ve konut hayatı ile haberleşmeden de bahsedilmiştir. Bu hakkı kısıtlamak için ulusal makamların zorunlu olduğu ölçüde ve kanunla hareket etmesi gerekir.[18]

AİHM inceleme kriterlerinde ilk olarak, yapılan başvurunun 8. maddesinin ilk fıkrasında korunan haklardan birinin kapsamına girip girmediğine, eğer kapsama giriyorsa devletin bu hakla ilgili yükümlülüğü olup olmadığına bakmaktadır. Daha sonra ise 8. maddenin 2. fıkrasına göre: sözleşmenin 8. maddesine bir müdahale olup olmadığına, bu müdahalenin ulusal kanunlara uygun olup olmadığı, meşru bir amacı olup olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenmektedir.(AİHM Miailhe/Fransa Kararı)[19]

Müdahalenin gerekliliği konusunda ise AİHM, «demokratik bir toplum-

16 Y.4.HD.26.10.2007, E-2006713723 K:2007/13089

17 Y.4.hd.08.11.2005, E.2004713549 K.2005711813

18 ŞARMAN Ceren, Vergilendirme ve Özel Hayatın Gizliliği, Mart 2011, Vergi Dünyası sayı 355, s.202

19 Miailhe/Fransa Kararı (No:1), 12661/87, 25.02.1993. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Miailhe/Fransa kararı ve diğer kararların İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/

da» bir müdahaleye gereklidir denebilmesi için, o müdahalenin toplum için zorlayıcı bir ihtiyaçtan kaynaklanması ve özellikle ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir.

AİHM, genellikle kararlarında özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti ihlalleri haklarına yetkili makamların keyfi müdahalelerine karşı yeteri kadar koruyacak teminatlar içermediği kanaatine vardığında, AİHS'nin 8. maddesi ihlâl edildiğini kabul etmiştir.

III. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN VERGİLENDİRME İLE TEMAS HALİNDE OLDUĞU ALANLAR

A- Temel Hak ve Hürriyetlere Müdahale ve Vergi Hukuku İlişkisi

Temel hak ve hürriyetler hukuk düzeninin bütünü için geçerli olup, özel hukuk ve kamu hukuku açısından hassasiyetle gözetilmeleri gerekir. Aynı durum kamu hukukunun bir dalı olan vergi hukuku için de geçerlidir. Vergilendirme nereden bakılırsa bakılsın az veya çok temel hak ve hürriyetleri etkilemesi nedeniyle bunlar üzerinde müdahale anlamına gelir. Vergi ile müdahale bazen temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmakla kalmaz, hak ve hürriyetleri tamamen ortadan kaldırıcı etkide gösterebilir. Aşırı ve ölçüsüz boyutlara ulaşan vergilerin temel hak ve hürriyetleri tehdit eden, sınırlayan veya ortadan kaldıran yönleri bulunur. Vergilerin bizatihi kanuna dayanmaları temel hak ve özgürlüklere uygun olduğu anlamına gelmez. Hatta bazen usul hukukuna ilişkin yol ve süreçlerin maddi hukuka dair sonuçları da müdahale olarak nitelendirilir. Aşırı ölçülerde ve orantısız belirlenen tevkifat oranları, bu kapsamda müdahale olarak değerlendirilmektedir.

Anayasamız 13. maddesinde temel hak ve hürriyetleri sınırlandıracak müdahalenin hakkın özünü zedelememek üzere Anayasanın sözüne ve özüne uygun şekilde ve ancak kanunlarla yapılabileceğini belirtilmiştir.

Anayasanın 73. maddesi "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir, kaldırılır." düzenlemesini içermekte olup öğreti ve uygulamada verginin yasallığı ilkesi olarak adlandırılan bu ilke vergi, resim, harç ve benzeri kamusal erke dayalı bütün yükümlülüklerin yasayla düzenlenmesi zorunluluğunu öngörmektedir.

Verginin temel haklar üzerinde yarattığı daraltıcı etkisinin kontrol altına alınabilmesini teminen devletin vergilendirme yetkisinin kanunilik ilkesine bağlandığı söylenebilir. Temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabilmesi yanında özüne dokunmanın mümkün olmadığı ayrıca vurgulanmıştır. Bu durum temel hak ve hürriyetlerin güvencesini oluşturur.

Vergilerin hak ve hürriyetlere bir müdahale olduğu açık olduğuna göre, hak ve hürriyetlerin özünü etkilemeyecek vergilendirmenin sınırı ne olacaktır? Tersinden ifade edersek hangi noktadaki sınırlama hakkın özünü etkileyen bir müdahale olarak değerlendirilmelidir? Sınırlamanın hak ve hürriyetlerin özünü etkileyecek azami noktaya gelmesi demek daha fazla sınırlama yapılmaması demek olduğuna göre hak ve hürriyetin sınırlandırılmasının azami düzeyi onun özünün zedelendiği noktaya kadar olduğu söylenebilir. Bir vergi, temel hak ve hürriyetin kullanılmasını ve ondan beklenen faydayı etkisizleştiriyorsa o hak veya hürriyetin özüne dokunulmuş demektir. Anayasamızda (m.13/f.2) temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörülen amaç dışında kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bu ifade, vergi ile hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların meşru bir amaca yönelmesi ve öngörülen amaçla orantılı olması şeklinde anlaşılmalıdır. Sınırın belirlenmesinde orantının ölçü olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Vergi almanın amacının kamu yararı olduğu dikkate alındığında, vergilerle elde edilecek kamu yararı ile hak ve hürriyetlere getirtilecek sınırlama arasında makul bir dengenin kurulmasına olan ihtiyaç açıktır. Vergilerle müdahalenin içeriğini ve meşruiyet temelini kamu yararı oluşturmaktadır. Bu dengenin hak ve hürriyetler aleyhine bozulabileceği azami düzey onun özüne dokunulmaması gereken düzeydir. Tüm sınırlayıcı araçlar için olduğu gibi vergide de, bir hak ve özgürlüğün özüne dokunulup dokunulmadığı verginin onu kullanılmaz hale koyması veya ciddi suretle güçleştirmesi veyahut amacına ulaşmayı önlemesine bakılarak değerlendirilmelidir. Makul denge yarışan çıkarlar arasında kurulacak adil bir dengenin varlığını gerekli kılar. Getirilen vergilerin ağırlığı hak ve özgürlükleri ölçüsüz biçimde sınırlandırıyor, dolayısıyla onları kullanılmaz hale sokuyorsa yapılan düzenleme Anayasaya aykırıdır. Bu şekildeki bir müdahale hukuk devletinin unsurlarından olan temel hak ve hürriyetleri kâğıt üzerinde bırakmaya mahkûm eder.

Verginin kanunla alınması hukuk devletinin içeriğinden ortaya çıkmıştır. Vergide kanunilik temel hak ve hürriyetlerin garantilerinden birini oluşturur. Ancak, verginin kanunilik ilkesi çerçevesinde şekillenmesi her şeye yetmek demek değildir. Bir hukuk devletinde vergi kanunilik ilkesi çerçevesinde şekillense bile mülkiyet, çalışma, sözleşme hakları gibi temel hak ve hürriyetlerinin zedelenmemesi gerekir. Vergilendirmenin temel hak ve hürriyetler üzerindeki sınırlayıcı etkisi vergilerin kanuniliği ilkesinin asli gerekçesini oluşturmaktadır. Bu nedenle vergilerde kanunilik ilkesinin varlığını vergi ile temel hak ve özgürlükler arasındaki sıkı

etkileşime borçlu olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kanunilik ilkesi temel hak ve hürriyetlere müdahale sınırında kişilerin en önemli güvencelerinin başında gelmektedir. Anayasa Mahkememiz vergilere ilişkin iptal kararlarında kısıtlı da olsa temel hak ve hürriyetler konusunda norm denetimine gitmektedir. Norm denetimlerinin temel hak ve hürriyetler açısından yaygınlaştırılması yerinde olacaktır.

Ülkemizde ücretliler üzerindeki istihdam vergisine dönüşen aşırı vergi yükü teşebbüs sahibini teşebbüs kurma ve çalışma hakkı üzerinde yarattığı ciddi caydırıcı etki hükümetin en yetkili ağızlarından ifade edilmektedir. Ücretler üzerindeki vergiler ve sosyal güvenlik ödemelerinin yüksekliği nedeniyle oluşan "vergi takozu etkisi"nin yatırımcı ulusal sermayenin başka ülkelere kaçmasında en önemli sebep olduğunu herkes bilmektedir. Her defasında ve her düzeyde yakınılmasına rağmen bu güne kadar ciddi bir düzenleme yapıldığı söylenemez.

Devlet, vergiler ile kişilerin temel hak ve hürriyetlerine çeşitli düzeylerde müdahalede bulunur. Vergiler temel hak ve hürriyetlerin bazıları ile daha duyarlı ve sıkı bir ilişki sergiler. Bir başka ifadeyle bazı haklar vergilerden daha fazla incinebilir durumdadır. Verginin özellikle ekonomik ve sosyal alanı ilgilendiren hak ve hürriyetlerle ilişkinin daha sıkı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Vergi ekonomik ilişkiler üzerine oturduğu sürece bu genelleme doğru olacaktır. Örneğin, mülkiyeti elde etme ve/veya sahip olma üzerine ölçüsüz bir vergi getirildiğinde mülkiyet hakkı zedelenmiş olacaktır. Bazı hak ve hürriyetlerle daha sıkı bir ilişki gösteren verginin, bazılarıyla (düşünce hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti gibi) ilişkisi geri planda bulunmaktadır. Ancak, zayıf ilişki içinde görülen hürriyetlerin kullanımı ekonomik alana çıktığında verginin etkisi derhal hissedilir hale gelir. Örneğin, düşünceyi açıklama ve yaymayı doğrudan veya dolaylı konu alan bir vergisel düzenleme düşüncenin yayılmasına konu alan materyale ulaşmayı pahalılaştıracağından ilgili hak ve hürriyet üzerinde sınırlayıcı etki gösterebilecektir.

Temel hak ve hürriyetlere vergileme ile müdahalenin az veya çok yapılabildiği açıktır.

Belirtilen ilişkinin varlığı nedeniyle, temel hak ve hürriyetlerden vergileme ile nispeten sıkı ilişki içinde olanlarının aynı zamanda mükellef hakları olarak tanımlandığını ve örtüşen alanın bu kavram ve kılıkla karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bu nedenle, mükellef haklarının kaynağında temel hak ve hürriyetlerin bulunduğu ve mükellef haklarını insan haklarının vergilendirmedeki yüzü ve ortak alanı olarak değerlendirmek yanlış olmaz.

Vergi Usul Kanunu ve Anayasa çerçevesinde, AY 12/1 ve AY 13. Maddeler, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabileceğini öngörmüştür. Aynı şekilde VUK 142. Madde de açık olarak yasal düzenleme koşulunu karşılar. AY 20., AY 21, ve AY 22. Madde ile düzenlemeleri incelendiğinde, AY 20/2 ve VUK 142.de madde yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde sınırlamanın meşru bir nedene dayanması gerekliliğine yer verildiği ve ayrıntılı biçimde sayıldığı görülmektedir. Ayrıca müdahalenin demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerektiği Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ve 2001 değişikliği sonrasında Anayasada benimsenmiştir.

Vergi hukuku düzenlemeleri ile temel hak ve özgürlüklerin kesiştiği önemli alanlar bulunmaktadır. Özel hayatın gizliliği ilkesi de bu anlamda vergi müdahalesinden etkilenen hak ve özgürlüklerin arasında yer almaktadır.

B-Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale ve Vergi Hukuku İlişkisi

1.Vergilendirmede Devletin Bilgi Toplama Faaliyeti

Özel hayat bireyin başkalarının herhangi bir müdahalesi olmaksızın kendi hayatını dilediği gibi sürdürme ve diğer bireylerle ilişki kurma ve geliştirmesi kapsamındaki ilişkilerde serbest olmasını içerir. Kişinin özel hayatı hürriyetinin en geniş olduğu alandır. Bu alandaki dokunulmazlık özel hayata saygının teminatı olup insan mutluluğunda önemli bir yere sahiptir. Dokunulmazlık alanına kişinin üstü, özel kâğıtları, eşyası, konutu, çalışma yeri gibi alanlar dâhildir. Vergilerle ilgili olarak özel hayatın gizliliği kapsamına "meslek sırlarına sahip olanların bu bilgileri aymasına karşı kişinin korunması" da girer. Özel hayatın gizliliği kişilerin haysiyet ve şereflerine saldırıları Anayasamızda özel hayatın gizliliği güvence altına alınmış haklardandır (An.m.20). Buna göre; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" denmiştir. Maddenin devamında kişilerin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranabilmesinin koşulları ortaya konmuştur

Türk vergi hukukunda özel hayatın gizliliğine ilişkin müdahaleler, biri devletin bilgi edinme, diğeri edinilen bilginin saklanması, korunması ve kamuya açıklanmamasına yönelik düzenlemeler olarak iki kategoride ele alınabilir. Devlet, vergilere ilişkin bilgi toplarken özel hayata müdahale edebilmesi söz konusudur. Vergiye ilişkin konularda mükelleften bilgi alınırken başvurulan yöntemlerden biri "arama" dır. Arama VUK' un 142. maddesinde " İhbar ve veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükelle-

fin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir" denmiştir. Aramanın kişinin özel alanına yönelik de olması bu konunun daha hassas kurallara bağlanmasını gerektirmiştir.

Görüldüğü üzere bir kişinin evinde, işyerinde veya üzerinde arama yapılabilmesi vergi kaçırıldığına bağlı emarelerin varlığına bağlanmış olup, bu konudaki takdir sulh yargıcına bırakılmıştır. Sulh ceza yargıcı kararı üzerine aramanın yapılabilmesi mükellefin özel hayatın gizliliğinin ve her istenildiğinde müdahale edilememesinin sağlanması açısından önemli bir güvence oluşturur.

Mükelleflerin vergi kaçakçılığına yönelik bilgiler ele geçirmek noktasında haberleşmeye (yazışma, telefon dinleme vb) müdahalenin önemi yadsınamaz. Haberleşmeye müdahale edilerek bilgi elde edilmesi de yargıç kararına ihtiyaç göstermesi özel hayatın gizliliği konusunda bir başka önemli güvencedir.

Bazı meslek mensuplarından (hekimler, avukatlar, sağlık memurları) meslekleri kapsamında mükelleflerle ilgili bilgilerin istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır (VUK. m.151). Bu düzenleme de özel hayatın gizliliğinin sağlanması açısından ayrı bir güvence oluşturmaktadır. Diğer taraftan VUK'un 127. maddesinin c) bendi kapsamında mükellefin vergi kaybının bulunduğuna emare teşkileden defter ve belge ve delillerin tespit edilmesi halinde yoklama yapanlarca alınabilmesi Anayasanın 20 maddesine aykırılık oluşturur. Anayasada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili kılınan merciin emrinin bulunması hariç, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranabilmesine ve bunlara el konulmasına izin verilmemiştir.

Anayasamızın 38. maddesinde "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" denmek suretiyle delillerin taşıması gereken niteliğe hukuki bir zemin kazandırılmıştır.

Vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak kişilerin mali güçlerini ortaya çıkarabilmek belirli ölçülerde onların mali alana ilişkin özel hayatlarına girmeyi gerektirir. Çünkü özel hayatın özellikle iktisadi yönü pek çok vergiyi doğuran olayı ilgilendiren nitelik arz eder. Vergi idaresi izlediği amaçlarına yönelik her bilgiyi elde etme, toplama, saklama kullanma ve aktarma hakkına sahiptir.

Anayasada belirtilen sınırlar içinde olsa bile vergi denetimi ya da yargılamasında kişilerin özel hayat ve aile hayatına girmenin sınırının vergilendirme sürecine yönelik olması halinde mümkün görülmelidir. Yetkili

kurumlar gerek mali gerekse özel konulara ilişkin sahip oldukları bilgileri amacı dışında kullanmak veya ifşa etmek durumunda olamaz. Bu bilgiler içinde özel hayatı ve aile hayatını doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren, vergisel sonuçlarla bağlantısı kurulabilmiş veya kurulamamış tüm bilgilerin korunması gerekir. Vergi idaresi kişilerin özel yaşamları hakkında öğrendiği bilgileri açıklamamalıdır. Aksine fiiller, Türk Ceza Kanunu açısından suç olarak düzenlenmiştir.

Kural olarak devletin yetkili mercilerinin (yürütme ve yargı) vergileme olgusunun mahiyeti gereği öğrenmek durumunda kaldığı yükümlüye ilişkin gerek mali gerekse özel konulardaki sırlar 3.kişilere açıklanmamaktadır. Gerçekten de vergi gizliliği kuralı uyarınca vergi işlemleri ve incelemeleri ile görevli memurlar, vergi yargısı organlarında görevli kimseler, vergi yasalarına göre kurulan komisyonlarda çalışanlar, vergi işlerinde görev yapan bilirkişiler, görevleri dolayısıyla yükümlüler ve yükümlülerle ilgili kimselerin şahıslarına, işlemlerine, hesap durumlarına, malvarlıklarına ya da mesleklerine ait olmak üzere öğrendikleri sırları ya da gizli kalması gereken yönleri açıklayamazlar.[20] Ancak isitisnai olarak yükümlülerin mali konularına ilişkin olarak devlet ve yükümlü arasında kalması gereken bazı hususların 3.kişilerin de bilmesine, onların açıklanmasına izin verilmektedir. VUY 5 VE AATUHK 107'de düzenlenen bu istisnai hükümlerin yanı sıra yargı organları karşısında da sözkonusu ilkenin geçerliliği değişik bir görünüme bürünmektedir.[21]

Mükelleflere ilişkin bilgilerin gizliliği hakkı, vergi idaresinin sahip olduğu yetkiler çerçevesinde elde ettiği bilgileri gizli tutmasını ve bunları sadece kanunlarda öngörülmüş amaçlar için kullanılmasını ifade etmektedir. Bu çerçevede, vergi idareleri vergi mükellefleri hakkında toplamış oldukları bilgileri gizli tutmakla ve güvenli bir şekilde korumakla yükümlüdür. Bu bilgiler, sadece vergi kanunlarında belirlenen özel durumlarda, cebren tahsilata başvurulmasında, istatistiksel bilgi toplanmasında veya uluslararası işbirliği çerçevesinde bilgi aktarılması halinde kullanılmaktadır. Bu durumlar dışında, vergi idaresi mükellef bilgilerini hiçbir kişi ve kuruma vermemektedir. Vergi mükellefleri, kendisi hakkında vergi idaresinde bulunan bilgileri isteme, doğru olup olmadığını kontrol etme ve yanlış bilgilerin düzeltilmesi talep etme hakkına da sahiptirler. Ancak bilgilerin gizliliği nedeniyle, böyle bir talepte bulunan mükelleflerin kimliği titizlikle araştırılmaktadır.

20 GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı Ekim 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.s.55, bkz.KANETİ, age, s.75

21 GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı Ekim 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.s.55, bkz.KANETİ, age, s.77

Türk vergi hukukunda vergi mükelleflerine ait bilgilerin gizli tutulması ve güvenli bir şekilde korunmasına ilişkin düzenleme VUK'un 5. maddesinde ve AATUHK'nın 107. maddesinde yapılmıştır. Vergi mahremiyetini düzenleyen VUK'un 5. maddesine göre, görevleri dolayısıyla gizlilik hükümlerine uyması gereken kişiler "mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işlemlerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamazlar". Aynı maddede, bu bilgilerin başka kamu kurumlarının ve mahkemelerin bu bilgileri isteyebileceği, uluslararası anlaşmalar çerçevesinde başka ülkelerin bilgisine sunulabileceği, mükelleflerin vergi matrah ve tutarlarının vergi levhasına yazılacağı ve bunların ilan edilebileceği, vergi borcunu ödemeyen mükelleflerin listesinin açıklanabileceği hususları gizlilik ilkesinin istisnaları olarak düzenlenmiştir.

Benzer şekilde, AATUHK'nın 107. maddesine göre, bu kanunun uygulanmasında görevli olan kişilerin görevleri dolayısıyla mükellefler hakkında öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna paralel olarak 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 43. maddesi de meslek mensupları ile bunların yanlarında çalışanlara, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa etmelerine yasak getirilmiştir.[22]

Mükelleflere ilişkin bilgilerin gizliliği hakkına bağlı olarak, gizli bilgileri suiistimal eden görevlilere vergi kanunlarında ağır cezalar öngörülmüş olup, vergi idaresince uygulanan gizlilik kuralları diğer kamu kurumlarındaki kurallara göre çok daha sıkıdır.i

Vergi hukukunda mükelleflere ve ilgili kimselere ait elde edilen kişisel nitelikli veri ve bilgilerin özel hayatın gizliliğinin sağlanması açısından vergi mahremiyeti başta olmak üzere özel düzenlemelere yer verilmiştir. Özel düzenlemelerin kanun koyucunun mükelleflerin bu konuda titiz davrandığını göstermektedir. Özel hayatın ve ticari sırların vergisel alandaki gizliliğinin ihlali (VUK.m.362) ve tahsil aşaması ile ilgili (AATUHK m.107) deki suçlar ile yapılmıştır. Ayrıca, belli ölçüler içinde özel hayatın gizliliğine sınırlamalar (VUK m.5) getirilmiştir. Alanı ve mahiyeti itibarıyla bir kamu hizmeti gören 3586 Sayılı Yasa kapsamındaki meslek mensuplarının mesleki işlerinin ifası sırasında öğrendikleri bilgilerin ifşası da yasaklanmıştır (m.43). Bütün bu düzenlemelerle, vergilendirme veya cezalandırma sürecinde elde edilen mükelleflerin özel yaşamlarına ilişkin

22 GERÇEK Adnan, Vergilemede Mükellef Haklarının ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi, (Vergi Sorunları Dergisi-Yıl 29, Sayı 2009, Şubat 2006, ss. 121-149)

bilgi ve belgelerin korunması amaçlanmıştır. Vergilemenin ticari hayatla ilgili kesişim noktaları dikkate alındığında ticari sırlardan faydalanmak ve yayma da suç olarak nitelendirilmiş ve cezalandırmıştır.

Kanunda özel hayatla ilgisinin çok sıkı görülmemesi ve bu konudaki sınırlamanın kamu yararını daha yüksek olacağından hareketle mükelleflerin vergi matrahlarına ilişkin bilgilerin vergi levhası asılması çerçevesinde açıklanması ve kesinleşen vergi ve vergi cezası ile bunlara ilişkin borcunu ödemeyenlerin liste halinde ilanı, adli ve idari soruşturmalar çerçevesinde istenen bilgilerin verilmesi, sahte ve yanıltıcı belge kullandığı tespit olunanların meslek kuruluşlarına ve 3586 sayılı kanun kapsamındaki odalara bildirilmesi gizlilik ilkesinin istisnaları olarak VUK m. 5 de düzenlenmiştir.

Vergi idaresine bilgi toplamaya ilişkin VUK'un 148 ve 149 maddeleri çerçevesindeki kaynaklardan elde ettiği bilgileri istihbarat arşivlerinde gizli olarak saklama yükümlülüğü getirilmiştir.

Son zamanlarda pratikte bazı devlet yetkilisi ve siyasilerin vergi ile ilgili bilgilerin toplandığı kamu kurumunun gizli olması gereken bilgi ambarından basına yansıması; kanun düzeyinde değil, uygulamada gerekli titizliğin gösterilmediği izlenimini doğurmuştur.

2. Vergi Denetimi Aracı olarak Arama

Özel hayatın gizliliği hakkı, vergi idaresi tarafından mükellefin evine ve işyerine girilerek özel hayatına müdahale edilmesini sıkı kurallara bağlamaktadır. Vergi mükellefleri vergi idaresinin gereksiz biçimde özel hayatlarına müdahale etmemesini bekleme hakkına sahiptirler. Uygulamada bu durum, mükelleflerin evlerini makul olmayan ve şüphe doğurmayan sebeplerle aranmaktan ve vergi borcunun doğru miktarını belirlemek için yerinde olmayan bilgi taleplerinde bulunmaktan kaçınmak olarak yorumlanır. Bazı farklılıklar olmakla birlikte, OECD ülkelerinin genelinde vergi soruşturması ve bilgi edinilmesi sırasında, vergi idaresi görevlisinin bir mükellefin işyerine veya evine girmesinde çok katı kurallar vardır. Bazı ülkelerde, bir vergi mükellefine yapılacak ziyaret için onun rızası gerektirirken, birçok ülkede mükellefine evine girmek için genellikle yetkili makamlarca imzalanmış özel izin belgesi gerekmektedir. Tablo 1'de, OECD ülkelerinde mükelleflerin evine ve işyerine girebilme ve arama yapabilme durumu ile belgelere el koyma imkânı açısından özel hayatın gizliliği hakkının karşılaştırılması yapılmıştır.[23]

23 GERÇEK Adnan, Vergilemede mükellef hakları ve Türkiye'deki durumun incelenmesi, (Vergi Sorunları Dergisi-Yıl 29, Sayı 2009, Şubat 2006, ss. 121-149)

Tablo 2: OECD Ülkelerinde Özel Hayatın Gizliliğine Uyulma Durumu[24]

Ülke	**İşyerine ve Konuta Girebilme**		**Aramada Yetki Belgesi (Arama İzni) Gereksinimi**		**Belgelere El Koyma**	
	İşyeri	**Konut**	**İşyeri**	**Konut**	**Sınırlama**	**Arama İzni İhtiyacı**
ABD	Mükellefin rızası veya Mahkeme kararı gerekli		Var	Var	Vergi suçu	Var
Almanya	Serbest	Serbest	Soruşturma davası için		Ceza davası	Var
Avustralya	Serbest	Serbest	Yok, Sadece sahtekarlık davasında kullanılabilir		Sadece arama iznine bağlı olarak belgelere el konulabilir	
Avusturya	Serbest	Serbest	Var, Sınırlı	Var	Vergi suçu	Var
Belçika	Serbest, uygun saatlerde	5.00 – 21.00 saatleri arası	Yok	Var	Vergi suçu	Var
Danimarka	Serbest	Arama izni gerekli	Var, (Ceza davası için)	Var	Vergi suçu	Var
Finlandiya	Serbest	Var (Vergi suçu şüphesinde)	Yok	Var	Ceza davası	Var
Fransa	Serbest	Arama izni gerekli	Var	Var	Kaçakçılık şüphesi	Var
Hollanda	Serbest, mesai saatlerinde	Arama izni gerekli	Var, (Ceza davası için)		Ceza davası	Yok
İngiltere	Gelir vergisi - arama izni KDV - Serbest	Arama izni gerekli	Var	Var	Kaçakçılık şüphesi	Var
İrlanda	Belirlenen saatlerde Serbest		Yok	Yok	-	Yok
İspanya	Serbest, mükellefin rızasıyla		Var	Var	Yok	Yok

24 GERÇEK Adnan, Vergilemede mükellef hakları ve Türkiye'deki durumun incelenmesi, (Vergi Sorunları Dergisi-Yıl 29, Sayı 2009, Şubat 2006, ss. 121-149)

İsveç	Serbest, Mükellefin rızasıyla		İdari kararla Var	Yargı kararıyla Var	Kaçakçılık tekerrürü	Var
İsviçre	Sadece vergi incelemesi sırasında		Var	Var	Yok	Yok
İtalya	Serbest, mesai saatlerinde	Önceden izin alınarak	Var (Sahtekarlık davasında)		Ceza davası	Sadece kasa açılır ve belgeler mühürlenirse
Japonya	Serbest	Serbest	Var, (Ceza davası araştırmasında)		Ceza davası	Var
Kanada	Serbest	Serbest	Yok	Var	Kaçakçılık şüphesi	Var
Kore	Serbest	Sadece ceza davasında	Var	Var	Ceza davası	Var
Norveç	Serbest	Mükellefin huzurunda Var	Yok	Var	Ceza davası	Yok
Portekiz	Serbest	Mükellefin huzurunda veya arama izniyle	Yok	Var	Belgeler geçici olarak alınabilir	Yok
Slovakya	Serbest	Mükellefin rızasıyla	Var	Var	Ceza davası	Yok
Yeni Zelanda	Serbest	Serbest	Yok	Yok	Ceza davası	Yok
Yunanistan	Serbest, mesai saatlerinde		Yok	Var	Kaçakçılık şüphesi	Yok
TÜRKİYE	Serbest, mesai saatlerinde	Arama izni ile	Var	Var	Kaçakçılık şüphesi	Var

Kaynak: OECD, **Tax Administration in OECD Countries: Comparative İnformation Series (2004)**, 2004, Ekler Tablo 12, ss. 54-57 http://www.oecd.org/dataoecd/28/2/33866659.pdf (18.04.2005); GORANOVİC P., "Taxpayers' Rights and Tax Administration in Montenegro", s. 7-8 http://unpan1.un.org/intradoc/ groups/public/documents/ nispacee/unpan004534.pdf (15.04.2005) Ayrıca güncel bilgiler için bkz. http://www.oecd.org/ctp/administration/CIS-2010.pdf

Devlet, bilgi toplama, topladığı bilgileri saklama, koruma ve kamuya açıklamama yükümündedir. Bu yükümünü yerine getirirken özel hayatın gizliliğini sınırlandırmak suretiyle zaman zaman müdahalede bulunur.

Vergi yasaları kişilerin mali güçlerini kavrayabilmek için özel yaşamın gizli bölümlerine bir ölçüde de olsa girmek durumundadır. Örneğin gelişmiş ülkelerde dahi, vergi beyannamesi formülerlerinin çok etraflı ol-

dukları ve ödevlilerin son derece özel durumları hakkında birçok bilgi istedikleri görülür. Yukarıda belirlenen anayasal koşullar dışında zaten VUY 5'te vergide gizlilik ilkesi benimsenmek suretiyle yükümlüye vergilendirme ile ilgili olarak yapacağı bildirimlerin vergileme dışında başka amaçla kullanılmayacağı konusunda güven verilmiştir. [25]

VUK'un 127. maddesinin C ve E bentleri özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediği konusunda uygulamada ve doktrinde ciddi tartışmalar mevcuttur. VUK 127-c'de: "Yoklamaya yetkili memurlar, günü gününe kayıt yapılması zorunlu defterlerin iş yerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını, tasdikli olup olmadığını usulüne göre kayıt yapılıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi icap eden belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ile kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını, levha asma veya kullanma mecburiyetine uyulup uyulmadığını tespit etmek, kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğuna emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak yetkisini haizdir." denilmektedir.

El koyma, suçun ya da tehlikenin önlenmesi için, zilyedinin rızası olmadan eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır. El koyma işleminin gerçekleştirilebilmesi için CMK madde 127'ye göre, hakimden el koyma kararı alınması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısından, savcıya ulaşılamaz ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri el koyma işlemini yapar. Eğer hakim kararı olmadan el koyma işlemi yapılırsa, işlem 24 saat içinde görevli hakimin onayına sunularak 48 saat içinde kararın açıklanması beklenir. Ayrıca Anayasa'nın 20/2 maddesin de bu düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla el koyma yetkisi olmayan yoklama memurlarının defter ve belgelere el koyması CMK'ya ve Anayasa'ya aykırıdır.[26]

Vergi Usul Yasası 127 çerçevesinde gecikmede zarar doğma ölçütü gözönünde bulundurulmadan vergi İdaresi elemanlarınca (yoklama memurunca) bazı belgelerin yargıç kararı olmadan ve yargıca itiraz süreci bulunmaksızın zaptedilmesi Anayasa 20 ile bağdaşmamaktadır.[27]

VUK 127-e maddesinde belirtilen, nakil araçlarına el konulması da aynı şekilde CMK'ya ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Uygulamada sözkonusu kanun maddesine istinaden hukuka aykırı arama ve el koy-

25 GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı Ekim 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.s.54

26 ŞARMAN Ceren. Vergilendirme ve Özel Hayatın Gizliliği, Mart 2011, Vergi Dünyası sayı 355, s.203

27 GÜNEŞ Gülsen. Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı Ekim 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.s.54

ma yapılarak özel hayatının gizliliği ihlal edilmektedir.

IV. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN KORUNMASI

Özel hayatın gizliliği, Anayasamız, TCK ve AİHS ile koruma altına alınmıştır. Özellikle giderek artan teknolojik ve toplumsal gelişmeler karşısında "özel hayatı" korumak insan hakları ve temel hak ve özgürlükler çerçevesinde son derece önemli ve hassas bir konudur.

Burada korunan hukuki yarar, kişinin; manevi bütünlüğü, şerefi, adı ve resminden doğan maddi çıkarlarıdır. Diğer bir yandan, özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının diğer kavramları kapsayan genel bir terimin tercih edilmesi ihtiyacını doğurmuş, özellikle ulusal ve uluslararası metinler çerçevesinde, özel hayatın gizliliği ile korunan hukuki yararın "insan onuru" olduğu kanaatine varılmıştır.[28]

"TCK'da da özel yaşamın gizliliğinden söz edilmiş olması nedeniyle, insan kişiliğinin oluşumu ve gelişimi ile dar bir bağlantı içinde bulunan yaşam alanlarının bu suçla korunduğunu söylemek yanlış olmaz."[29]

A-Özel Hayatın Gizliliği Alanına Karşı Suçlar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/1 maddesinde özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı düzenlenmiştir. Anayasamızın "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" üst başlığı altında düzenlenen 20 ve 22. maddelerinde, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulmayacağı, keza herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve bu hürriyetin gizliliğinin esas olduğu, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve kanunla yetkili kıllınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara el konulamayacağı, haberleşmesinin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.[30]

Bu hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınabilmesi için, müdahale ve sınırları ihlal eden eylemler, TCK'da suç kabul edilerek ön-

28 ER Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, 2007, Yetkin Yayınları, Ankaras.79

29 Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 2007, 5.Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.468

30 DOĞAN Yusuf Hakkı, Özel Hayatın Gizliliğine Karşı İşlenen Suçlar, Antalya.

görülen yaptırımla hukuki koruma sağlanma yoluna gidilmiştir. Bu düzenlemeler;

*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal (TCK md.132); (Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl (TCK.132/1), Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin kaydedilmesi. (TCK 132/2), Kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini alenen ifşa etmek (TCK 132/3), bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı düzenleme altına alınmıştır.)

*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK Md.133),

*Özel hayatın Gizliliğini İhlal (TCK Md.134); (Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar (Nüfus kayıtları, Güvenlik ve Polis tespitleri v.s)-Kişileri fişlemek özel hayata müdahale oluşturur bu nedenle AHİS 8.maddeye göre bunun ayrıntılı şekilde kanunla düzenlenmesi gerekir. Cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, bu cümleden olmak üzere eşcinsel ve cinsel ahlaka aykırı davranışların kayıt altına alınması.Kişinin beden ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, burada bireyin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni ve psikolojik-psikiyatrik) tıbbi müdahaleler ve deneyimler yanında, alkol kan DNA testleri yer almaktadır. Bireye ait özel yerlerin (ev, araç v.b) ve evrakın aranması ve el konulması işlemleri. Telefon konuşmalarını dinlenmesi ve kaydı posta gönderilerinin açılması ve okunması; bu işlemler haberleşmenin gizliliğini ihlâl yanında özel hayada da müdahale de teşkil etmektedir (Klass ve ötekiler/Almanya) Kişinin adı fotoğrafı nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzına ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması, arşivlenmesi (kişisel bilgilerin resmi makamlarca toplanarak arşivlenmesi, özel mekana ses ve görüntü alan cihazların yerleştirilmesi))

*Özel Hayatın Gizliliğinin İhlâli Suçu (TCK Md.134/1) (Anayasa ve AHİS Sözleşmesi 8.maddesi hükümleri göz önüne alınarak düzenleme yapılmıştır. Burada özel hayatın gizliliğinin ihlâli suç olarak sayılmıştır. Burada gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin bir kimsenin evinin gizlice gözetlenmesi ve benzeri. durumlar, bu suça konu eylemlerdendir.)

*Özel Hayata İlişkin Görüntü ve Seslerin İfşası (TCK 134/2) (Kişinin özel hayatına ilişkin görüntü ve seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçunda hukuka aykırı olarak elde edilen kişinin özel hayatına ait görüntü ve seslerin yayılmasıyla yetkisiz kişilerce öğrenmesinin sağlanmasıyla oluşur.)

Ayrıca tüm bu suçların; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği

yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle, belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılır (TCK 137).Bu suçlara teşebbüs mümkündür (TCK Md.35) Bu suçlara iştirakin her hali mümkündür (TCK Md.37, 39) Bu suçların tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişiler hakkındaki özel güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir (TCK md.60, 140)

*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi (TCK Md.135) (Özel hayata ilişkin bir boyutta kişisel verilerdir. AİHS ve AİHM uygulamalarında; cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, diğer kişisel bilgiler ile ilgili bilgileri içeren uygulamalar (Nüfus sayımı), polis kayıtları gizli olsa bile polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi, sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi kişisel veriler kapsamında değerlendirilmiştir. Kişisel veri; belirli veya kimliği belirlenebilir kişiye ilişkin tüm verileri kapsar.)

*Kişisel verileri hukuka aykırı olarak vermek veya ele geçirmek (TCK md.136),

*Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda nitelikli haller (TCK md.137), *Kişisel verileri yok etmeme (TCK md.138) suçları olarak düzenlenmiş olup 132 ve 136 md.leri arasında düzenlenen tüm suçlar için; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle, belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenleme altına alınmıştır (TCK 137). TCK md.132-138 arasında yer alan özel hayatta ve hayatın gizliliği alanına karşı işlenen suçlarda genel olarak soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlı tutulmuştur. Bu suçlar aynı zamanda uzlaşma kapsamında yer almaktadır. Ancak burada düzenlenen; Kişisel verilerin kaydedilmesi (md.135), Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (md.136), Verileri yok etmeme (md.138) suçları şikâyete bağlı değildir. Re'sen kovuşturmaya tabî suçlardandır. Bu suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması 140.md.de düzenlenmiştir. Eğer bu suçlar tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde işlenmişse tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Örneğin, telekulak işi yapan bir şirketin faaliyet izni iptal edilebilir. (TCK md.60)Bu suçta kullanılan suç aletlerinin ve kazançların müsaderesine de karar verilebilir (TCK md.54, 55)[31]

5187 sayılı Basın Kanunu'nda düzenlenen hükümler, TCK 26.md.de

31 DOĞAN, Yusuf Hakkı, "Özel Hayatın Gizliliğine Karşı İşlenen Suçlar", Antalya

düzenlenen bir hakkın icrası ve mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Gazetecilik mesleği kanunla düzenlenmiş, demokratik hukuk devletinde yer alması gereken bir kurumdur. Gerçekten toplumsal çürümenin önlenmesi, gerçeğin ortaya çıkarılması, şeffaf toplum oluşturulması, yolsuzluklarla mücadele edilmesi demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz kuralıdır. Nitekim gazeteci buradaki haklarını kullanarak bu işlevini yerine getirmektedir. Ancak gazeteci kendisine verilmiş olan hakları kullanması gerekir. Bir haber yaratmayacak, haber verecek, olayların önüne gitmeyecek, arkasından gidecek, hakkını kötüye kullanmayacaktır. Burada hakkın kötüye kullanılması ile gazetecilik mesleğinin icrasını karıştırmamak lazım gelir. Burada özel hayatın gizliliğinin korunması ilkeleriyle basın özgürlüğü çatışma halindedir. Dengelemeyi hâkim yapacaktır. Eğer yaratılmamışsa, tamamen kamu yararı gözetilerek, yapılmışsa hukuka uygunluk sebeplerinin varlığından bahsedilebilir. Yani yasaların verdiği sınırlar içinde kalırsa gazetecilik mesleğinin sınırları içinde kalırsa eleştiri hakkını kullanmakla sınırlı kalırsa, rüşveti yolsuzluğu ortaya çıkarmak çerçevesinde haber verme hakkı sınırları içinde kalırsa haber uydurmazsa bir hakkını icra etmiş olduğu ve hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilmektedir.[32]

Yargıtay 12. Ceza Dairesi bir kararında, kamuoyuna mal olan bir kimsenin izni ve bilgisi olmaksızın, sırf bu kişinin kamuya açık alanda bulunduğundan bahisle fotoğrafının çekilmesi ve haber yapılmasının, kamuoyuna mal olan kişilerin konutları dışında özel hayatlarının olmadığı sonucuna yol açacağını ifade ederek, Yerel Mahkeme kararının bozulması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, kamuoyunun merakı ile ilgisini birbirinden ayırmak gerektiğine, kamuoyuna mal olmuş insanların diğer insanlara göre daha sınırlı olsa da özel hayat haklarının olduğuna, kamuoyuna mal olduğu söylenen insanın mesleği ve tanınmışlığı ile ilgili olmayan konularda özel görüntü veya haberlerinin basın hürriyeti, haber alma veya verme hakkı kapsamında koruma görmeyeceğini, koruma görebilmesi için, özel görüntü veya haberin önüne geçen ve kamuoyunu ilgilendiren bir bilginin paylaşılması gereğine işaret etmiştir. Yargıtay'ın bu görüşü isabetlidir.[33]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Mahkeme) ise 7 Şubat 2012 tarihli von Hannover - Almanya (2) kararında; görüntünün, kişiyi diğer kişilerden ayıran özellikler içeren bir unsur olması sebebiyle bireyin karakterinin en önemli parçalarından birisi olduğunu belirterek, bir kimsenin görüntüsünün korunması hakkının, bireyin şahsi gelişiminin vazgeçilmez bir öğesi olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre bu hak, bireyin görüntü-

32 DOĞAN, Yusuf Hakkı, "Özel Hayatın Gizliliğine Karşı İşlenen Suçlar", Antalya

33 ŞEN Ersan, "Basın Hürriyeti Karşısında Özel Hayatın Gizliliği", 28.09.2013, Haber 7

sünün yayın ve yayımını reddetmesini de kapsamaktadır.[34]

Basın hürriyeti ve haber verip alma hakkı sınırsız değildir. Kişi, ne kadar meşhur ve tanınmış olursa olsun, elbette başkaları ile paylaşmadığı, gizlediği, kendisine özel tuttuğu alanı, görüntüsü ve yaşam faaliyetleri olacaktır. Bu sebeple, kamuoyuna mal olmuş bir insanın evinde, bahçesinde, aracında veya bir deniz taşıtında izni olmaksızın görüntüsünün çekilip, sırf bu görüntüden hareketle habere konu edilmesi kabul edilemez.[35]

Bu bölümde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarla bağlantılı olan suçlar vardır. Bu suçlardan en önemlileri TCK 124.md.de düzenlenen haberleşmenin engellenmesi, TCK md.285'de düzenlenen gizliliğin ihlâli ve yine TCK md.286'da düzenlenen ses veya görüntülerin kayda alınması suçlarıdır. 5271 sayılı CMK'nın 183.maddesinde "Adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonuna her türlü sesli ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletler kullanılmaması" bu hüküm adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır hükmü yer almaktadır. TCK md.286 esas itibariyle bu hükmün ihlâlini suç olarak düzenlemiştir. Burada amaç suçsuzluk karinesinin korunması, silahların eşitliği prensibi ve adliye içi mahkeme salonlarında huzur ve güvenliğin sağlanmasıdır.[36]

B-Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bakımından Koruma

Anayasa'nın 19. Maddesi kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakabilecek nitelikte olan hürriyeti kısıtlama durumlarını belli bir düzene sokan kriterleri belirlemiştir. Bu kriterlerin vergileme olgusuyla da doğrudan bir ilişki içinde olduğu söylenebilir. Zira vergi yasaları ile de kişinin özgürlüğü ve güvenliğini tehlike altına atabilecek cezai hükümler öngörülebilmektedir. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nun 359-363. Maddeleri arasında kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlali suçları ile mükelleflerin özel işlerini yapan memurların işledikleri bazı suçlarla ilgili hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür. Aynı şekilde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 60. Maddesinde de mal bildiriminde bulunmayanlara özgü bir tazyik hapsi öngörülmüştür. İşte bu cezaların öngörülmesi ve yerine getirilmesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından uyulması gereken bazı kurallar vardır. Bu kurallar suç tespit eden söz konusu ceza hükümlerinin belirli olması, kıyas yoluyla genişletilememesi, orantılı olması, geçmişe yürümemesi gibi evrensel ilkelerdir.[37]

34 ŞEN Ersan, "Basın Hürriyeti Karşısında Özel Hayatın Gizliliği", 28.09.2013, Haber 7

35 ŞEN Ersan, "Basın Hürriyeti Karşısında Özel Hayatın Gizliliği", 28.09.2013, Haber 7

36 DOĞAN, Yusuf Hakkı. Özel Hayatın Gizliliğine Karşı İşlenen Suçlar, Antalya.

37 GERÇEK Adnan. Vergilemede mükellef hakları ve Türkiye'deki durumun incelenmesi,

C- Anayasa ve Vergi Usul Kanunu Bakımından Özel Hayatın Gizliliği

Anayasanın 20. Maddesinin 1.fıkrasına göre herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu hakkın kullanılmasına yönelik bazı istisnalar belirli kayıtlarla belirtilmiştir. Vergilendirme olgusu açısından bu hakkı ihlal edebilecek durumlar özel hayatın bir parçası olan özel evraklar ve mükelleflerin ticari hayatlarına ilişkin bazı sırlardır.

Vergi yasaları kişilerin mali güçlerini kavrayabilmek için özel yaşamın gizli bölümlerine bir ölçüde de olsa girmek durumundadır. Özellikle vergi incelemeleri esnasındaki bazı eylemler özel hayatın gizliliği hakkını tehdit etmeye elverişli niteliktedir. Vergi Usul Kanunu'nun 142. Maddesindeki aramalı vergi incelemesi bunlardan bir tanesidir. Bu maddeye göre ihbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu incelemenin yapılabilmesi için hâkim kararının gerekliliğinin aranması hem anayasamızın ilgili hükmü hem de insan hakları hukuku açısından yerinde olmuştur.

Ancak aynı hassasiyet Vergi Usul Kanunu'nun 127. Maddesi açısından gösterilmemiştir. Söz konusu hüküm çerçevesinde gecikmede zarar doğma ölçütü göz önünde bulundurulmadan vergi idaresi elemanlarınca(yoklama memurunca) bazı belgelerin yargıç kararı olmadan ve yargıca itiraz süreci bulunmaksızın zaptedilebilmesi Anayasanın 20. Maddesi ile bağdaşmamaktadır.

Bir görüşe göre aramalı inceleme dışında tüm inceleme yöntemleri türleri, kişinin anayasada yerini bulan temel hak ve özgürlükleri açısından sakınca doğurmamaktadır. Çünkü diğer yöntemlerde normal idari usuller işletilmekte, vergi usul yasasında arama dışındaki yetkiler kullanılırken kişilere zorla bir şeyler yaptırılmamakta, iş ve evlerine girilmemektedir. Belirtmek gerekir ki bu görüşe katılmak oldukça güçtür. Zira Vergi Usul Kanunu'nun özel hayatın gizliliği ile ilgili belki de en önemli maddesi olan vergi mahremiyeti başlıklı 5. Madde hükmünde; vergi incelemeleri ile görevli memurların, vergi yargısı organlarında görevli olan kimselerin, vergi yasalarına göre kurulan komisyonlarda çalışanların ve vergi işlerinde gö-

rev yapan bilirkişilerin görevleri dolayısıyla öğrendikleri bazı nitelikteki sırları açıklamaları istisnalar bir yana yasaktır. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki özel hayatın gizliliği hakkının ihlali, sadece bilgi edinme sürecindeki bazı eylemler yoluyla değil, bu eylemler hukuka uygun olsa dahi elde edilen bilgilerin gizliliğinin özenli bir şekilde korunamaması durumuyla da gerçekleşebilir.

Bu konuda özellikle belirtmek gerekir ki; her ne kadar konut dokunulmazlığı hakkı anayasamızda ayrı bir madde olarak düzenlenmişse de, aslında özel hayatın gizliliği hakkının bir görünümüdür. Öyle ki; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde de "konuta saygı" hakkına "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" hakkı çerçevesinde yer verilmiştir. Dolayısıyla yükümlülerin denetlenmesi esnasında konut dokunulmazlığı hakkının ihlali ile ilgili hususlarda yukarıdaki açıklamalar burada da geçerlidir. Buna ilaveten Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 62. vd. maddelerinde düzenlenen haciz uygulaması işlemleri sırasında da ilgili yasa hükümlerine riayet edilmesi gerekir. Çünkü haciz işlemleri konut dokunulmazlığı hakkının istisnalarından birini oluşturmaktadır ve titizlikle gerçekleştirilmediğinde bu hakkın ihlali tehlikesi her zaman mevcuttur.

D-Vergi Usul Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS 8) Kapsamında Özel Hayatın Gizliliğinin Vergisel Alanda Korunması

AİHM vergilendirmeyle ilgili davalarda, yapılan müdahalenin ekonomik refahın sağlanması veya suçun önlenmesi için yapılıp yapılmadığını dikkate alır. Kişilerin ticari ve mesleki sırlarına yapılan müdahalede de bunun kanuna uygun olup olmadığı ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığına bakar. Yapılan sınırlamanın ulusal hukukta bir temelinin olması ve bunun öngörülebilir olup olmaması konusuna bakılır. Bununla birlikte demokratik toplumda gereklilik sınırları içinde kalıp kalmadığı belirlenmelidir.

İHAS 6/1'E göre, medeni hak ve yükümlülüklerin ya da isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir.[38]

Açıkça ifade edilmemesine rağmen adil yargılanma hakkı içerisinde yer alan susma hakkı, kendi aleyhine delil vermeme hakkının bir sonucudur.[39] Kavramın içeriği İHAM kararlarında; "..... kararlarında kendi

38 SABAN Nihal, Vergi Hukuku, 5.Baskı Beta Yayınları, Nisan 2009, İstanbul s.190

39 YENİSEY Feridun, 132, 133.

kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı ve eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır. Bu anlamda bu hak, Sözleşmenin 672 maddesinde yer alan masumiyet karinesi ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Kendi kendini suçlamama hakkı öncelikle sanığın susma isteğine saygı ile ilgilidir."[40]şeklinde belirtilmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi- JB. V.Switzerland;

"….incelemelerle güdülen diğer amaçlar ne olursa olsun, başvurucuya bir ceza kesilmesi olanağını sağlayarak, … bir suç isnadının karara bağlanması anlamına gelir. Sonuç olarak, 6. Madde ceza bölümü altında uygulanabilir….Bu davada, başvurucu hakkında sürdürülen türden incelemelerin hakkaniyete uygun olup olmadığı değerlendirilmemektedir. Tersine, Mahkemeden, başvurucunun bir kısım bilgileri vermemesi dolayısıyla cezaya çarptırılmasının Sözleşme gereklerine uygun olup olmadığını değerlendirmesi istenmiştir. Mahkeme, bir devletin, sırf verginin doğru tarh edilmesini sağlamak amacıyla, bir vergi yükümlüsüne bilgi verme yükümlülüğü getirip getirmeyeceği meselesini değerlendirmemektedir….Bir kişinin kendisini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır… Yetkililerin vergi tarh edebilmek için başvurucuyu, geliri hakkında bilgi verebilecek belgeleri vermeye zorladıkları anlaşılmaktadır….Sonuç olarak 6/1'deki kendini suçlamama hakkı ihlal edilmiştir."[41]

AİHM kararlarında mahkemenin özel hayatın gizliliğine müdahaleye ilişkin değerlendirme ve tespitlerine değindiği davalardan birisi; Huvig Davası'dır[42];

"Huvig kararında vergi kaçakçılığı suçunun araştırılmasında telefonla dinlemenin özel yaşam hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilmiştir. Mahkeme bu yerlerde arama, telefonla dinleme ve kaydetme, mektup ve postaları açma ve inceleme gibi yetkilerin kullanılmasında özel yaşama müdahalenin meşruluğu için özel yaşam hakkı ile bunun sınırlamaları arasında denge kurulması gereğine işaret eder.

Mahkemeye göre, telefonla dinleme ve diğer yöntemlerle telefon konuşmalarına müdahale, özel yaşama ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir.

---

40 SOYDAN Billur Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Mükellefinin Adil Yargılanma Hakkı –III", Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2000, Sayı 145, s.124.vd.

41 SOYDAN Billur Yaltı, "İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği", Vergi Dünyası, Ekim 2002, Sayı 254, s.94.vd.

42 Kararın orijinal metni için 24.04.1990 http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/huvig

Müdahale hukuka dayanmalı, bu hukuk belirli, açık ve ayrıntılı düzenlemeler içermelidir. Mahkeme Fransız hukukunda bireyin telefon dinlemeye karşı koruma olanaklarını dikkate almış, ancak bir yargıç kararının gerekliliği, polis yetkilerinin yargıçlarca denetlenmesi gibi olanakların bir kısmının Ceza Usul Yasasında düzenlenmediğini, bazılarının yargı kararlarında ifade bulduğunu, bazılarının kıyas yoluyla ortaya konulabildiğini tespit ederek bu durumu hukuki belirlilik açısından yetersiz bulmuştur. Bu açıdan mahkeme, Fransız hukukunun kapsam ve yetkiyi kullanma usulü bakımından makul açıklıkta olmadığına karar vererek, Huvig'in özel yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir."[43]

Mahkeme, Huvig kararında vergi kaçakçılığı suçunun incelenmesi için yapılan telefon dinlemesini özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğinde kabul etmiştir. Müdahalenin kanuna dayalı olması gerekirken Fransız hukukunda bu konu ile ilgili yasal bir düzenleme olmadığından, dayanılan bir hukuk normu olmadığından yapılan müdahaleyi hukuka aykırı bulmuş ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin arama ve elkoymaya ilişkin bir kararı AİHM Miailhe/ Fransa Kararında; sözkonusu koruma tedbirlerinin özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğinde olduğunu belirterek ihlalin varlığını kabul etmiştir;[44]

".....Olayda hukuki sorun, Fransız Gümrük İdaresi'nce yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin kişinin özel hayatına saygı hakkını ihlal edip etmediğidir. Bu bağlamda mahkeme özel hayata bir müdahalenin var olup olmadığı; var ise müdahalenin sözleşmenin 8.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan birini taşıyıp taşımadığı ve demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığı sorunlarıyla uğraşmaktadır..... Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak Sözleşmenin 6. ve 8.maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür..... Mahkeme, olayda özel hayata ve haberleşmeye bir müdahalenin varlığı hu susunun açık olduğunu belirtmektedir. Bu noktada sözleşmenin 8.maddesinin 2.fıkrasındaki koşulların sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır. Mahkeme müdahalenin kanunla öngörülmüş olması koşulu konusunda, bu aşamada fazlaca tartışmaya gerek olmadığını, sözkonusu müdahalenin diğer yönleriyle birlikte değerlendirildiğinde 8.madde ile bağdaşmadığını belirtmiştir. .... Miailhe kararının AİHM'in içtihatlarına yapmış olduğu

43 YALTI Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 2006, Beta Yayınları, İstanbul, s.168, 169

44 Miailhe/Fransa Kararı (No:1), 12661/87, 25.02.1993. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Miailhe/Fransa kararı ile yazıda geçen diğer kararların İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/

katkı Sözleşmenin 8 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının sınırlarını gösteren 2.fıkrasının yorumu noktasında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, özel hayatın gizliliğine saygıyı düzenleyen 8.maddenin 1.fıkrasını tartışmaya lüzum görmemiş, yerleşik içtihatlarına göndermede bulunmakla yetinmiştir…. Bu açıdan Miailhe kararı mahkemenin bu konudaki değerlendirmesini pekiştirici niteliktedir."[45]

Mahkemenin bu maddeyle ilgili değerlendirme yaptığı bir başka dava; Funke Davasıdır;[46]

"….hükümet, Fransız gümrük ve kambiyo rejiminin açıklayıcı niteliğinin altını çizerek, bu rejimin vergi yükümlülerini fiillerinin sistematik olarak araştırılması yoluyla koruduğunu, ancak buna karşılık gelir ve varlıklarını ilgilendiren belgeleri belirli bir süre muhafaza etmek ve yetkililerin talebi halinde bunları ibraz etmek gibi çeşitli yükümlülükler getirdiğini belirtmiştir. Devletin belirli belgeleri araştırmak yetkisi, … ilgililerin kendi kendilerini suçlamak zorunda oldukları anlamına gelmez… Olyada, gümrük idaresi Funke'den bir suçu itiraf etmesini veya kendi aleyhine delil vermesini istememiştir, sadece yetkililer tarafından bulunan ve kendisi tarafından da varlıkları kabul edilen delillerin yani ev araması sırasında bulunan banka belgeleri ve çek defterinin ayrıntılarını talep etmiştir… Mahkemeye göre, gümrük idaresi, kesinlikle emin olmamakla beraber varolduğuna inandığı bazı belgeleri elde edebilmek için Funke'nin mahkûmiyetini sağlamıştır. Bu belgeleri başka yollarla elde etmekte ya yetersiz ya da isteksiz olan idare, başvurucuyu, işlediği iddia edilen suçların delillerini tedarik etmeye zorlama girişiminde bulunmuştur…6/1. Madde ihlal edilmiştir." [47]

İHAM, gümrük vergisi yetkililerinin yargıç kararı olmaksızın vergi yükümlüsünün evinde yaptığı aramalar hakkındaki Funke kararında, söz konusu aramaların kişinin özel yaşamına müdahale olmakla birlikte, bu müdahalenin ülkenin ekonomik refahı ve suçun önlenmesi açısından meşru olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, devletlerin, kambiyo suçlarının maddi delillerini elde edebilmek ve gerektiği yerde sorumlu olanları yargılamak için konutta arama ve el koyma benzeri önlemlere gereksinim duyabileceklerini kabul etmektedir. Bununla beraber, ilgili mevzuat ve uygulama, kötüye kullanmalara karşı uygun ve etkin koruma mekanizmalarına dayanmak durumunda-

45 ARSLAN Mualla Buket SOYGÜT, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009 s. 159-171

46 Kararın orijinal metni için 25.02.1993 http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/funke

47 SOYDAN Billur Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Mükellefinin Adil Yargılanma Hakkı –III

dır. Mevcut durumda söz konusu olan bu değildir. Olay tarihinde gümrük yetkililerinin çok geniş yetkilere sahip olduğu; özellikle, denetimlerin uzunluğu ve kapsamı, sayısı, yerindeliğini değerlendirme konusunda münhasır yetkisinin bulunduğu görülmektedir. Bütün bunların ötesinde, bir yargıç kararının olmadığı bir durumda, yasada öngörülen ve hükümet tarafından altı çizilen sınırlama ve şartlar, başvurucunun haklarına müdahale ile öngörülen meşru amaç arasında olması gereken orantıyı sağlamayacak şekilde belirsiz ve boşluklarla doludur."[48]

AİHM'in bu kararında gümrük vergisi konusunda kaçakçılık suçunun oluşup oluşmadığını ortaya koymak için kişinin konutunda arama yapılmasında, AİHS'in özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına müdahaleyi, hukuken öngörülebilirlik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik olmak üzere sözleşmenin 8. Maddesindeki bileşenlerle okumuştur. [49]

Arama ve elkoymayla ilgili olan her üç davada da AİHM, gümrük idarelerinin aramayla ilgili yetkilerini kötüye kullanmalarına karşın yeterli hukuki korunmanın bulunmamasından dolayı ihlal kararı verdiği görülmektedir. AİHM, Paris İstinaf Mahkemesi'nin, "aramanın başvurucunun huzurunda yapılması ve hiçbir itirazda bulunmaması, sınıflandırma işlemi sırasında işle ilgili belgelerin fotokopilerinin talep edilmesine karşılık bunların arasında özel belgeler bulunduğuna dair beyanda bulunmaması" şeklindeki değerlendirmelerini dikkate almamıştır. Özellikle yetkililerin çok geniş yetkilere sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı şartı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların ve şartların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar aşırı gevşek ve hukuki boşluklarla dolu olduğuna karar vermiştir. Yine, AİHM, yargıç kararını arama tedbiri açısından bir güvence olarak görmektedir. Fransa'da 1986 ve 1989 yıllarında gümrük araştırmaları bakımından ilgili hükümlerde değişiklik yapılarak hâkim güvencesi, yalnızca kararda belirtilen adreslerde ve belirtilen görevlilerce arama yapılabilmesi, gerekçeli olması gibi oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirilmiş olması da olayda aramanın yapıldığı tarihteki yasal güvencelerin yetersiz olduğunu kanıtlamaktadır.[50] Nitekim Keslassy davasında Fransız hukukuna getirilen, yargı kararına dayalı arama ve elkoyma hükümleri sözleşmeye uygun bulunmuştur.[51]

E. Vergi Mahremiyeti:

48 YALTI Billur, s.169, 170.

49 SABAN Nihal, Vergi Hukuku, 5.Baskı Beta Yayınları, Nisan 2009, İstanbul s.198

50 ARSLAN Mualla Buket SOYGÜT, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009 s. 159-171

51 Keslassy / Fransa Kararı, 51578/99, 8.1.2002

Vergi Mahremiyeti, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre kanunda görev tanımları belirtilen kişiler, görevleri dolayısıyla mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu düzenleme ile gelen yasak ilgili kişilerin görevlerinden ayrılmaları halinde dahi devam etmektedir.

Vergi mahremiyeti kapsamında getirilen yasağın temelinde vergi kanunlarının uygulanmasıyla iştigal eden yetkililerin bu görevleri esnasında çok önemli bilgilere ulaşması ve bu durumun üçüncü kişiler nezdinde paylaşılmasının veya kendi lehlerine kullanılmasının anayasal hak olan hukuki güvenlik ilkesine zarar vereceği düşüncesi yatmaktadır. Böylece mükelleflerin devlete olan güvenleri artarak vergileme sürecinin daha sağlıklı işlemesi sağlanmış olacaktır.

Vergi Mahremiyeti, VUK 5.maddede yapılan tanımlamada mükellefin özel hayatına ait "şahsi sır", iş hayatına ait ticari sır" ve meslek hayatına ait "meslek sırrı" niteliğindeki bilgiler vergi mahremiyetinin konusunu oluşturmaktadır.[52]

Vergi Mahremiyeti İlkesine esas olan diğer anayasal dayanak ise Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümdür. Bu durumun istisnasını ise adli soruşturma ve kovuşturma halleri oluşturmaktadır.

Anayasanın 20. maddesi, herkesin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğini korumaktadır. Kişinin içinde bulunduğu ekonomik koşulların ve sahip olduğu ekonomik sırların ve yine aynı şekilde ticari kişiliklerin (tüzel kişiler-sermaye şirketleri) özel hayatın oldukça önemli bir unsurunu oluşturması sebebiyle, kişinin ticari ve mali durumunun da özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira herkes kavramına gerçek kişiler kadar tüzel kişiler de dahildir. Bu açıdan bakıldığında, kod uygulamasını, inceleme elemanı raporlarının gazetelerde çarşaf çarşaf yayımlanmasını anayasal ilkelere uygun bulmak mümkün olmadığı gibi, vergi mahremiyetini düzenleyen Vergi Usul Kanunu düzenlemelerinin de gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Kişilerin mali durumları incelenirken anayasal koşullar da göz önünde bulundurularak verginin mahremiyeti ilkesi dikkate alınır. Buna uyma-

52 SABAN Nihal, Vergi Hukuku, 5.Baskı Beta Yayınları, Nisan 2009, İstanbul s.207

yanlar ise VUK madde 362 ve 6183 Sayılı Kanun'un 107. maddesi uyarınca TCK madde 239'a göre cezalandırılır.

Anayasa'daki koşullara yani ilkelere bir göz atacak olursak bunlar; verginin genelliği, verginin mali güçle orantılı olması, verginin kamu giderlerini karşılamaya özgülenmiş olması, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ve verginin yasallığı ilkeleridir.

Verginin genelliği ilkesi, herkesten vergi alınmasıdır. Mali güç ile orantılı olması ilkesi, kişilerin gelir, servet ve harcamaları dikkate alınarak o oranda vergi alınmasıdır. Kamu giderlerini karşılamaya özgülenmiş olması ilkesi, kişilerin kamu hizmetinden yararlanmaları için kamu giderlerine katkıda bulunmasıdır. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi sosyal adaletin ve sosyal-ekonomik dengenin oluşturulmasıdır. Verginin yasallığı ilkesi ise verginin kanunla belirlenerek kanuna göre alınmasıdır.[53]

Vergi mahremiyeti ile ilgili yasaklar; VUK'un 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre vergi memurlarının, vergi işlerinde görevlendirilen kişilerin, mahkemelerde görevli olanların, mükelleflerin mali durumları ile ilgili öğrendiklerini 3. kişilere aktarması yasaktır. Ayrıca bu kişilerin 6. maddede sayılan kan ve kayın hısımları gibi kişilere de açıklama yapması yasaklanmıştır.

Vergi memurlarının öğrendikleri bilgileri 3. kişilere aktarması veya kamuoyuna açıklaması hukuk güvenliği ilkesini zedeleyerek kamu düzenine zarar verir. Bu sakıncaların önlenmesi amacıyla vergi mahremiyeti ilkesi getirilmiştir. Devlet, kişilere vergi ile ilgili sırlarının açıklanmayacağını garanti etmektedir. Bu sayede kişilerin devlete olan güveni artarak vergilendirme sürecinin daha sağlıklı işlemesi sağlanmaktadır.[54]

Devlet, birtakım denetim yolları ile mükelleflerin vergi hesapları hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Bunlar: VUK'un 127 ila 152. maddeleri arasında yer alan, yoklama, vergi incelemesi, arama, bilgi toplamadır.

Yoklama yolu ile mükelleflerin yerine getirmediği ödevler ve gizli kalmış mükellefiyetler ortaya çıkmaktadır. Örneğin, mükellefin iş yerine gidilerek faturasız mal bulundurup bulundurmadıkları, vergi levhası asıp asmadıkları ya da günlük hasılatları tespit edilir.[55]

---

53 GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı Ekim 2011, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık. s.97-101

54 NOYAN Alper Ünal, "Vergi Hukuku'nda Vergi Mahremiyeti Esası", Yaklaşım Dergisi, Ocak 2004, s.100

55 BİLİCİ Nurettin, Vergi Hukuku, 2010, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.76

VUK'un 127. maddesinde yoklamaya yetkili memurların yapacağı denetimler düzenleme altına alınmıştır.

Yoklama; vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlarca yoklama ile görevlendirilenler, vergi incelemesine yetkili olanlar ve gelir uzmanları tarafından yapılır(VUK md. 128).

Vergi incelemesi ise, mükelleflerin bilgi, belge ve kayıtlarının kapsamlı bir şekilde incelenmesidir. VUK m.135'e göre, incelemeyi hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları, vergi denetmenleri, maliye müfettişleri gibi kişiler tarafından yapılır. Bu kişilerin konularında uzmanlaşmış ve uygulamanın derinliklerini iyi bilen kişiler olması gerekir.

Bu denetim yolunun önleyici, eğitici ve yakalayıcı fonksiyonları vardır. Mükelleflerin suç işleme girişimlerini engeller. Mükellef veya yetkili elemanların hatalı vergi işlemleri karşısında doğru işlemin nasıl yapılacağı konusunda eğiticidir. Yakalayıcı fonksiyonda ise, suç işleyen mükelleflerin suçlarının belirlenmesini ve haklarında yasal işlem yapılmasını sağlar.[56]

Diğer bir denetim yolu ise aramadır. Arama; ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya koymak için, çeşitli deliller elde etmek amacıyla, şüpheli veya sanığın konutunda, üstünde, işyerinde ve eşyasında yapılan araştırma olarak tanımlanmıştır. Vergi mükellefinin vergi kaçırdığına dair delil elde etmek de bu kapsamda değerlendirilir.

İhbar veya yapılan inceleme sonucu mükellefin vergi kaçırdığına dair emareler bulunursa bu kişiler üzerinde arama yapılabilmektedir. Bunun için kesin delillere ihtiyaç olmayıp vergi kaçırıldığına dair şüphe ve izlerin bulunması yeterlidir.

Aramayı yapacak olan yetkilinin, gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh hakiminden karar çıkarttırması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırı yapılan arama ortaya çıkarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.

Arama sırasında mükellefin defter ve belgeler incelenir ve gerekirse bunlar muhafaza altına alınırlar. Ancak muhafaza altındaki defter ve belgeler en geç üç ay içinde incelenerek ilgiliye geri verilmelidir.

Bir başka denetim yolu da bilgi toplamadır. Bilgi toplamada, vergi matrahları ve ödenen ve ödenecek olan vergilerin doğru olup olmadığını ortaya çıkarmaktadır.

Mükellefler belirli zamanlarda vergilendirmeye ilişkin bilgileri vermek-

56 AKDOĞAN Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2009, 9.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, s.102

le yükümlüdür. Bu sayede devlet bilgi toplamış olmaktadır.

VUK m.148/1-2'ye göre, kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle işlem yapan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Maliye Bakanlığı'nın veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermek zorundadırlar. Bilgiler yazılı veya sözlü olarak istenir. Bu maddeye mükelleflerin bilgi vermelerinin zorunluluğu belirtilmektedir. Ancak yine de bu kişiler vergi dairesine zorla getirilemezler.

VUK'nun 151. maddesinde ise bilgi vermekten kaçınılan haller sayılmıştır:

Birinci fıkrada: "Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin muhabereler hakkında tutmaya mecbur olduğu mahremiyet saklıdır." denmiştir. Bu fıkrada haberleşmenin gizliliği ilkesi dikkate alınmıştır. Böylelikle kişiler posta telgraf ve telefon yoluyla özgürce haberleşebilmektedirler. İkinci fıkrada: "Hekimlerden, diş hekimlerinden, dişçilerden, ebelerden ve sağlık memurlarından hastaların hastalıklarının nevi'ine mütaallik bilgiler istenemez." denilerek hasta ile doktor, dişçi ve sağlık memurları arasındaki gizlilik ilkesi benimsenmiştir. Böylece hasta ve bu kişiler arasındaki güven sağlanmış olmaktadır. Buna göre bu kişiler hastaların hastalıkları ile ilgili bilgileri 3. kişilere açıklayamazlar. Üçüncü fıkrada ise: "Avukatlardan ve dava vekillerinden kendilerine tevdi olunan işler veya görevleri dolayısıyla muttali oldukları ahval ve hususların bildirilmesi istenemez; şu kadar ki, bu yasak müvekkil adlarıyla vekâlet ücretlerine ve giderlerine şamil değildir." hükmü ile avukat ile müvekkil arasında ilişkinin gizliliği korunmaktadır. Burada da aynı yukarıdaki fıkrada olduğu gibi avukat ve müvekkil arasında güven sağlanmaktadır. Böylece avukatlar bu gizlilik ilkesi gereğince müvekkillerinin işlerinin içeriği ve niteliği hakkında 3. kişilere bilgi veremez. Son fıkrada ise, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 88. Maddesi gereğince gösterilmesi veya teslimi caiz olmayan evrakın muhteviyatı hakkında bilgi istenemez. Şu kadar ki, doğrudan doğruya vergi ile ilgili olmak üzere, bu gibi evraka müsteniden doğan borçların miktarlarına ve alacaklıların adlarına bilgiler istenebilir." denmiştir. Ancak adı geçen Ceza Muhakemeleri usulü Kanunu yürürlükten kaldırılarak yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir ve anılan 88. madde yeni kanunda 125. madde olmuştur. Buna göre devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenir. Bu bilgiler mahkemeye karşı gizli tutulamaz. AATUHK m.107'ye göre, VUK m151'de sayılan kişiler, ilgili kimselerin şahıslarına, meslekleri ne, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa ettikleri takdirde 2 aydan 6

aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.[57]

Yukarıda aktarılan denetim yolları ile 151. madde hükümleri saklı tutularak özel hayatın gizliliğine bir ölçüde girilmektedir. Ancak yapılan denetim Anayasaya ve kanuna uygun olarak yapılır ve elde edilen bilgiler 3. kişilere açıklanamaz. Bilgi edinen yetkili kişiler dışında meslek itibariyle bilgi edinen diğer kişiler de bu sırları açıklayamaz.[58]

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ülkemizde yürürlükte bulunan yasal düzenlemelerde, 1982 Anayasası'nın 20.-22. maddeleri, TCK'nın 134. ve devamı maddeleri, VUK'un 5.maddesi ile AİHS'nin 8. Maddesinde yer alan hükümlerle vergi mahremiyeti ile özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlanmıştır.

Ekonomik yaşam, toplumsal yaşamın en önemli parçasıdır. Çünkü toplumsal yaşamın siyasal ve hukuksal yönleri, ekonomik yaşamın içinde bulunduğu duruma göre şekillenir. O halde bireyin ekonomik yaşamda "mutlak özgürlüğe sahip olması" yalnızca ekonomik yaşamda "fert refahı"nı mümkün olan en üst düzeyde gerçekleştirmesi için değil, aynı zamanda siyasal ve hukuksal yaşamın da birey özgürlüğünü koruyacak biçimde düzenlenmesi için gereklidir.[59]

Kişinin içinde bulunduğu ekonomik koşullar ve sahip olduğu ekonomik sırların özel hayatın oldukça önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda kişinin mali durumu da özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmeli ve kişinin mali durumunun gizliliği de, özel hayatın gizliliği kapsamında korunmalıdır.

Anayasanın 13. Maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülük ilkesine aykırı olamayacağını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla Anayasanın tümüne egemen olan ilkelere ve öncelikle sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı, antidemokratik nitelik taşıyan keyfi vergi yasaları Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisi çerçevesinde iptal edilebilecektir. Yukarıdaki ölçütler çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunanlar kadar öze varmayan ölçüsüz, keyfi sınırlandırmalar da iptal edilebilecektir.[60]

---

57 ŞARMAN Ceren, Vergi Dünyası, Mart 2011 sayı 355 s.207

58 GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, s.48

59 SAVAŞ, agm, (II), S.7., Ayrıca bkz. GÜNEŞ Gülsen. Verginin Yasallığı İlkesi, s.49

60 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, Vergi Hukuku, s.45

Türk vergi hukukunda mükellef haklarının önemli bir kısmı kanunlarda düzenlenmiş olmasına rağmen, bu haklar sistematik bir şekilde açıklanmış değildir. Çağdaş ülkelerdeki bazı haklar ile ilgili ise ülkemizde herhangi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, ülkemiz uygulamasında vergileme işlemine mükellef bakış açısından yaklaşılmadığı için, mükellef hakları konusu ihmal edilmiş durumdadır. Oysa vergi idaresinin yeniden yapılandırılması sürecinde, vergi idaresinin organizasyon yapısında değişiklik yapılmasının yanı sıra çalışma ilkelerinde ve mükelleflere yaklaşımında da paradigmatik değişiklikler yapılması gerekmektedir. Yapılması gereken değişikliklerden biri de mükellef haklarının sistematik bütünlük içinde, açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenerek kamuoyuna açıklanması yaklaşımının benimsenmesidir. Böylece, vergileme alanında ülkemiz insanın layık olduğu yere ulaşılmış olacaktır. [61]

Sonuç olarak; temel hak ve hürriyetler vergi hukuku ilişkisinde, kişi ve mükellef hakkı olarak özel hayatın gizliliğinin korunması, gelişen ve değişen çağımız koşullarında özel öneme sahiptir. Devlet erkini kullananlar tarafından bu alana yapılacak hukuka aykırı müdahalelerin önlenmesi, yasal düzenlemeyle çizilen sınırlara İdarece de riayet edilmesiyle mümkün olacaktır. Bunun sağlanması; Anayasamızın 2. Maddesinde düzenleme bulan hukuk devleti ilkesinin benimsenerek gerçek anlamda, lafzen ve ruhen uygulanması; devlet erkini kullananların işlemlerinin yasal uygunluk denetimlerinin doğru ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi, gerekli yasal idari ve yargısal denetimlerin objektif ve sağlıklı olarak yapılması, mükellefin bilgi edinme, bilgiye erişim hakkını kullanmasına olanak verilmesi ve aynı zamanda mükellef hakları konusunda gerekli yasal düzenlemenin yapılmasıyla mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

1. Akdoğan Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2009, 9.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara
2. Anayurt Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, 2004, Seçkin Yayıncılık, Ankara
3. Arslan Mualla Buket Soygüt, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009 s. 159-171
4. Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, 2010, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara
5. Doğan Yusuf Hakkı, Özel Hayatın Gizliliğine Karşı İşlenen Suçlar, Antalya.
6. Er Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, 2007, Yetkin Yayınları, Ankara

61 GERÇEK Adnan, Vergilemede mükellef hakları ve Türkiye'deki durumun incelenmesi, (Vergi Sorunları Dergisi-Yıl 29, Sayı 2009, Şubat 2006, ss. 121-149)

7. Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukuku, Ankara, Orion Yayınları, 2009, s.50
8. Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 1997, Beta Yayınları, İstanbul
9. Gerçek, Adnan. Vergilemede mükellef hakları ve Türkiye'deki durumun incelenmesi,
10. (Vergi Sorunları Dergisi-Yıl 29, Sayı 2009, Şubat 2006, ss. 121-149)
11. Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2007, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara
12. Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 2008, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul
13. Kaneti Selim, (V) Türk Kamu Maliyesinin Anayasal Temelleri, İstanbul 1989, s.319-332
14. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2008, 16.Bası, Beta Yayınları, İstanbul
15. NOYAN Alper Ünal, Vergi Hukuku'nda Vergi Mahremiyeti Esası, Yaklaşım Dergisi, Ocak 2004, s.100
16. Oktar Ateş, Vergi Hukuku, 2008, 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul
17. Öncel /Kumrulu/Çağan Vergi Hukuku 2013, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara
18. Saban Nihal, Vergi Hukuku, 5.Baskı Beta Yayınları, Nisan 2009, İstanbul s.198
19. Savaş Vural (II), Anaysalarda Ekonomik Haklar ve Özgürlükler : T.C: Anayasaları
20. Örneği", Maliye Yazıları, İstanbul 1990, sy.24, s.7/32
21. Soydan Billur Yaltı, "İnsan Hakları Açısından Vergi Mükellefinin Adil Yargılanma Hakkı –III
22. Şarman Ceren, Vergi Dünyası, Mart 2011 sayı 355 s.207
23. Şen Ersan, "Basın Hürriyeti Karşısında Özel Hayatın Gizliliği", 28.09.2013, Haber 7.
24. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, 2007, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara
25. Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 2006, Beta Yayınları, İstanbul
26. Yenisey Feridun, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu (BAU-CMK) Beta, 2013 Haziran, 1.bası
27. Yaklaşım Dergisi, Ocak 2004, sayı:133

HİZMET AKİTLERİNDE CEZAİ ŞART

Av. Fehmi GÜNDÜZ[1]

GİRİŞ

Sözleşmede tarafları asıl gayesi sözleşmedeki edimlerin ifasıdır. Tarafların sözleşmeden doğan borçlarını kanun ve sözleşmenin hükümlerine uygun bir şekilde ifa etmeleri her zaman mümkün olmayabilmektedir. Sözleşmenin ihlal edilmesi olarak ifade edilen bu durumun önlenmesi için kanundaki düzenlemeler ve müeyyideler yetersiz kalabilmektedir. [2]

Borcun kanun ve sözleşme hükümlerine uygun bir biçimde ifa edilmesini sağlamak amacı ile taraflar sözleşme hürriyeti çerçevesinde bir ceza koşulu öngörebilirler. Ceza koşulu asıl borca bağlı bir yan edim yükümlülüğü doğurur. Ceza koşulunun geçerli olması asıl borcun geçerliliğine tabidir. Asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl borca bağlı olan cezai şartı da geçersiz kılar. [3]

Cezai şart, alacaklının olduğu kadar borçlunun yararına da sonuçlar meydana getirebilen, aynı zamanda mahkemenin yükünü önemli ölçüde azaltılmasını sağlayan bir hukuk kurumudur. Cezai şartın en önemli amacı borçluyu doğru ve dürüst ifaya sevk edici olmasıdır.[4]

Cezai şart Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir hukuk kurumudur. İş kanununda ayrıca düzenlenmemiş olup, hukuki ihtilaflarda Borçlar kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Hizmet sözleşmelerinde artık yer bulan cezai şart çeşitli hukuki tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar arasında hizmet sözleşmelerinde öngörülen cezai şartın geçerli olup olmadığı, işveren lehine konulan cezai şartın geçerliliği, İşçi aleyhine düzenlenmiş bulunan fahiş cezai şartın tenkisi, Rekabet etmeme

---

1 Antalya Barosu avukatlarından

2 Arıcı, Kadir, " Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması", Gazi Huk. Fak. Der, s. 1

3 Cezai şart sözleşmenin asli unsurlarından biri değildir; tersine, asıl edime bağlı, onu kuvvetlendirme amacına yönelik bir yan edim niteliğindedir. Ancak, seçimlik cezai şart, borçlunun edimini yerine getirmemesi veya eksik olarak yerine getirmesi hali için öngörülen ve tersine sözleşme hükmü olmadığı sürece, alacaklısına ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteme hakkı veren bir edim olması nedeniyle (B. K. md. 158/1), ancak sözleşmedeki asıl edimin yerine istenilebilir; bu niteliği gereği olarak da, genellikle, cezai şart borçlusu bakımından, asıl edime oranla daha ağır bir yükümlülüğü içerir. Böylece, borçlu, daha ağır olan cezai şartı ödemekten kurtulmak için, asıl edimi ifa etmeye zorlanır. YHGK. E. 2003/15-124, K. 2003/175, T. 19. 3. 2003

4 Ekinci, Hüseyin:Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Seçkin Yayınları 2004, 1. Bası, s.18

yükümüne aykırı davranış halinde konulan cezai şart ve Eğitim karşılığı cezai şartın öngörülmesi meselesidir.

Cezai şart eski Borçlar Kanunu m.158-161 arasında düzenlenmiştir. Yeni Borçlar Kanunu ise m.179-182'de Ceza Koşulu üst başlığı ile düzenlenmiştir. Eski kanunda yer alan hükümler yeni kanunda büyük ölçüde sadeleştirilmek suretiyle muhafaza edilmiştir. Yukarıda da sözü edildiği üzere cezi şart borçlar kanununda düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda düzenleme bulunmadığından çıkan hukuki ihtilaflarda Borçlar kanunu hükümleri kıyasen uygulanmaktadır.

1. BÖLÜM

I- CEZAİ ŞART

1- KAVRAM

Alacaklı, borçlunun edimini hiç veya gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşı alacağını güvence altına alma, kuvvetlendirme yolları arayabilir. Bu yollar arasında alacaklı rehin ve kefalet gibi teminat sözleşmelerine başvurabilir;sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçluya belirli bir miktar para ödeme taahhüdünü de kabul ettirebilir. Bu son halde cezai şart koşulu söz konusu olur.

Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir. Cezai şart zararı tazmin amacı değil, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı güder. Cezai şartta kararlaştırılan ceza miktarı ilke olarak tazminat miktarından yüksek tutulduğu için borçlu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için daha çok çaba sarfeder.[5]

Von Tuhr ise Cezai şartı şu şekilde tanımlamaktadır. "Borçlu alacaklıya karşı esas borcun ifa edilmemesi veya zamanında yerine getirilmemesi halinde(umumiyetle bir miktar para tediyesinden ibaret olan)bir edada bulunmayı taahhüt ettiği takdirde cezai bir şart bahis mevzuudur.[6]

Yukarıda yer alan tanımlar dikkate alındığında genel itibariyle borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde cezai şart doğmaktadır. Ancak Von Tuhr cezai şartı daha dar anlamda tanımlamıştır. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi tanımı yerine zamanında yerine getirilmemesi tanımını kullanmıştır.Oysa borç belirtilen zaman ve mekanda, eksik bir biçimde de ifa edilebilir ki, bu hallerde de cezai şartın doğabileceği ileri sürülebilmektedir.

---

5 Eren, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 15. Bası, 2013, s.1181

6 Von Tuhr, Borçlar Hukuku, (Cevat Edege çevirisi), Yeni Matbaa, 1952, s.821

Cezai şart terimi iki anlamda kullanılır. Bu terim önce cezi şartı doğuran hukuki işlemi gösterir. Tamamen isabetli olmamakla birlikte, buna cezai şart anlaşması denebilir. Cezai şart terimi, ayrıca ve özellikle bir hukuki muamele ile tayin edilmişve asıl borçtan bağımsız olan edimi de gösterir;Örneğin kat karşılığı sözleşme ile belirlenen sürede inşaatın bitirilememesi hallerinde geciken her gün için 500 TL bu anlamda cezai şartı ifade eder.[7]

Teoride belirtilen yukarıdaki hususların yanında, Yargıtay cezai şarta ilişkin olarak iş hukunda şu ilkeleri öne çıkarmıştır.

İş hukuku açısından Borçlar Kanunu'nun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden iş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukuku'nda "İşçi Yararına Yorum İlkesi"nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir.

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz. Y.9. H. D. 2010/17549 K. 2012/24734 T. 27.6.2012---Y.9. H.D. E. 2009/17762 K. 2011/19801 T. 30.6.2011

2- CEZAİ ŞARTIN HUKUK NİTELİĞİ

Cezi şartın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler olmasına karşın genel kabul görmüş nitelikler şu şekilde sıralanabilir.

a)Cezai şart, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Cezai şartın sözleşme ile birlikte düzenlenmesi mümkün olduğu gibi ayrı bir sözleşme ile tesisi de mümkün olabilmektedir.

b) Cezai şart, bağlı olduğu asıl borcun akıbetine bağlıdır. Asıl borç geçersiz ise bunun müeyyidesi niteliğindeki cezai şart da geçersizdir.Dolayısı ile cezai şart ahlaka, adaba, kanuna aykırı olamaz. Konusunun da imkansız olmaması gerekir.

7 Tunçomağ, Kenan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 516

c) Kanun cezai şart için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Cezai şartın şekil şartı asıl borcun şekil şartlarına tabidir. Asıl borç için resmi şekil şartı öngörülmüş ise, cezai şartta resmi şekil şartına tabidir.[8]

d) Cezai şart asıl borcun ihlali halinde talep edilebilir.bu niteliği gereği cezai şart şartlı bir edim vaadidir.

e) Cezai şart götürü tazminat niteliğinde bir edimdir. Asıl borcun borçlusunun borca aykırı davranışı sebebiyle alacaklının muhtemel zararlarını tazmine yönelik götürü usulde bir tazminattır.[9]

II- CEZAİ ŞARTIN ÇEŞİTLERİ

Cezai şartın başlıca üç amacı vardır. Bunlar teminatla, birlikte ceza amacı, tazminat amacı, ve sözleşmeden dönme amacıdır.

Ceza koşulu seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşulu olmak üzere üçe ayrılır.[10]

1- SEÇİMLİK CEZAİ ŞART

Yeni BK m 179/1'e göre, sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödemek üzere kararlaştırılmış cezai şartlarda, aksine bir hüküm yoksa, alacaklı sözleşmenin ifasını veya cezai şartın ödenmesini isteyebilir. Alacaklıya tanınmış olan bu seçim hakkı yenilik doğuran bir hak mahiyetindedir. Alacaklı bu hakkın borçluya yöneltilmesi gereken, tek taraflı bir beyanla kullanmak zorundadır.[11]

2- İFAYA EKLENEN CEZAİ ŞART

Bazı borç ihlallerinde alacaklı hem ifayı hem de cezayı isteyebilmesi söz konusu olabilir. Bu durumda BK m.179/f.2'de şöyle düzenlenmişir:"-**Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.**

8 Her ne kadar, Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde sadece yazılı şekle tabi sözleşmelerden söz edilmiş ise de, öğreti ve uygulamada, resmi şekle tabi sözleşmelerin de bu hüküm kapsamında bulunduğu ittifakla kabul edilmektedir. Esasen, yazılı şekle tabi bir sözleşmenin değiştirilmesini yine yazılı şekle bağlayan yasanın, resmi şekilde düzenlenmiş bir sözleşmenin değiştirilmesi bakımından aynı şekle uyma koşulunu aramamış olacağının kabulüne olanak da yoktur. O halde, geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlı bulunan bir sözleşmenin değiştirilmesinde de resmi şekil şartına uyulması zorunludur. Eş söyleyişle, bir sözleşme hangi şekilde yapılmış ise, ancak o şekilde değiştirilebilir. YHGK.E.1970/1053, K.1974/222, *T.20.3.1974*

9 Arıcı, Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması

10 Eren, Fikret, s.1184

11 Tunçomağ, Kenan, s.520

Görülüyor ki, cezai şart ifanın belirtilen zamanda veya sözleşmede kararlaştırılan yerde yapılmaması halleri için kararlaştırılmışsa, alacaklı hem gecikmiş ifayı veya ifanın sözleşmedeki yerde yapılmasını, hem de cezayı isteyebilir. Bu hüküm özellikle gecikmiş ifalarda uygulama alanı bulacaktır ve uygulamada en çok rastlanan bu tür cezai şarttır[12].

Sözleşmede belirtilen yer ve zamanda ifa etmeme hallerinde öngörülen cezai şart, uygulamada en sık, Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ile karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme gereği yüklenici, edimini belirlenen zamanda bitiremediği takdirde geciktiği her ay için 1.000 TL cezai şart ödemeyi kararlaştırmış ise, bu durumda alacaklı hem borçludan edimini ifa etmesini hem de cezai şartı talep edecektir.

Eren, ifaya eklenen ceza koşulunda taleplerin yığıldığı görüşündedir. Bu anlamda uygulamada en sık rekabet yasağında bu talebin gerçekleşebileceği kanaatindedir.[13] Tunçomağ'da Eren tarafından ileri sürülen görüşü paylaşmıştır.[14]

3- İFAYI ENGELLEYEN CEZA KOŞULU

BK m.179/f.3'de ifayı engelleyen ceza koşulu hükme bağlanmıştır:"-**Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.** Bu suretle borçlu alacaklı ile yapmış olduğu anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya sadece belirlenen cezayı ödemeyi kararlaştırabilir. Buna "ifayı engelleyen ceza koşulu" veya "dönme cezası "da denilmektedir. Burada alacaklı borçludan asıl edimin ifasını isteyemez.[15]

İfayı engelleyen ceza koşulunun varlığını ispat, bunu iddia eden borçluya aittir. BK m.446/3 rekabet yasağına aykırılık hallerinde ödenecek dönme cezasıyla ilgili bir karine koymuştur. Buna göre, rekabet yasağına aykırı hareket halinde ceza konulmuş ise, işçi kural olarak kararlaştırılan ceza miktarını ödemek suretiyle yasaktan kurtulabilir.[16]

III- CEZAİ ŞARTIN BORÇLUNUN KUSURU VE ALACAKLININ ZARARI İLE İLGİSİ

1- CEZAİ ŞART VE KUSUR

Tazminat isteme hakkının kural olarak borçlunun kusurlu olması şar-

12 Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Filiz Kitabevi, 1995 Bası, s.866
13 Eren, s.1185
14 Tunçomağ, Kenan, Cezai Şart, s.47
15 Eren, s.1186
16 Eren, s.1186

tına bağlayan kanunumuz, bununla uyumlu olarak, cezai şartın talep edilmesini de borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasına bağlamaktadır. BK.m.182/f.2 hükmünde, aksine sözleşmede bulunmadıkça kusursuz ifa imkansızlığına düşen borçlunun cezayı ödemekten de kurtulacağı açıkça belirtilmiştir.Diğer kusursuz borç ihlallerinde de bunlar için kararlaştırılmış cezalar bakımından aynı sonuca varılacaktır.[17]

Taraflar yaptıkları sözleşmede kusursuz sorumluluk hallerinde dahi cezai şartın ödenebileceğini kararlaştırabilirler. BK m.26 gereği, sözleşme serbestisi taraflara bu imkanı tanımaktadır. Yeter ki sözleşmenin içeriği BK m.27'de belirtilen, ahlaka, kamu düzenine ve emredici hukuk kaidelerine aykırılık teşkil etmesin.

Kusursuz sorumluluk halinde borçlunun borcunu ifa etmekten ve cezai şartı ödemekten kurtulacağı BK m.182/f.2'de açıkça belirtilmiş ise de, bu hallerde ispat yükü kime düşmektedir.Borçlu borcun hiç ya da gereği gibi ifa edememe hallerinde kusursuz olduğunu ispatla yükümlüdür. Borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe cezai şartı ödemekten kurtulamayacaktır.

2- CEZAİ ŞART VE ZARAR

Gerek akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, gerekse ifanın zamanında veya yerinde yapılamaması halinde cezai şart ödenmesi kararlaştırılmışsa, alacaklı bunu herhangi bir zarara uğramış olmasa bile isteyebilir.Demek ki cezai şartın kabulü, tazminat hukuku bakımından istisnai bir durum meydana getirmekte ve borcun ihlalinde zarar görmeyen alacaklıya bile cezai şart isteme hakkı verilmektedir.[18]

a) Zarar Bulunmasa da Cezanın İstenebilmesi

Sözleşme cezası, borçlunun ihlali üzerine ödenecek önceden belli (götürü) bir tazminat tutarı olduğu için cezanın ödenmesi alacaklının zararının derecesine hatta zarar görüp görmemesine bağlı değildir. BK m.180/f.1 **Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir .**

Buna karşılık cezai şart isteyen alacaklı, kusurlu borçludan uğradığı zarar için ayrıca tazminat isteyemez. Böyle durumlarda alacaklı sadece ceza tutarını aşan zararın tazmini isteyebilir.Bu kural, gerek ifa yerine geçen cezai şartta gerekse ifaya eklenen cezai şartta aynen geçerlidir[19].

17 Oğuzman/Öz s.870

18 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 1992, s.358

19 Oğuzman/Öz s.871

b) Aşkın Zararın Giderilmesini İsteme Hakkı

Alacaklının, ifanın hiç veya gereği gibi yapılmamasından dolayı uğradığı zarar czea tutarından fazla olabilir. Bu durumda alacaklı aşkın zararın giderilmesini borçludan isteyebilir. Ancak, burada dikkate edilmesi gereken mevzuu zararın tamamının tazmini değil, sadece ceza miktarını aşan kısmının talep edileceğidir. Kanun koyucu, bu durumda ceza ile tazminatın mutlak şekilde birleşmesi ilkesini kabul etmemiştir. Bu itibarla , aşkın zararın hesap edilmesi için ceza miktarının zarardan düşürülmesi gerekir. Bu mahsuptan sonra geriye kalan zarar, aşkın zararı oluşturur. Ancak bu ilkeyi öngören BK m.180/2 hükmü, emredici bir hüküm olmadığı için taraflar bunun aksini kararlaştırabilir.[20]

IV- BORÇLUNUN AŞIRI CEZANIN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI

1- KURAL

BK m.182/f.1'de ceza miktarını tarafların serbestçe belirleyebilecekleri belirtildikten sonra;aynı maddenin 3. fıkrasında, "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir."denmek suretiyle, bu kararın hakim kararı ile indirilebileceği ifade edilmiştir.

Hakim, bu çerçevede çok aşırı ve hakkaniyete aykırı gördüğü ceza tutarını makul bir sınıra indirmeli, fakat bunu yaparken cezai şartın borçluyu borcu ihlalden caydırıcı gücünü de dikkate almak zorundadır. Özellikle ceza tutarının alacaklının uğradığı zarardan fazla olması, başlıbaşına indirim sebebi değildir.[21]

2- CEZAİ ŞARTIN İNDİRİME TABİ TUTULMASI İÇİN ŞARTLAR

Hakim, cezai şartı ancak belirli bazı hallerde indirme yetkisine sahiptir. Cezai şartta gerekli indirimlerin yapılması için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir.

a- Geçerli bir cezai şartın bulunması

b- Cezai şartın muaccel olması

c- Cezai şartın ifa edilmemiş olması

d- Cezai şartın aşırı derecede yüksek olmaması

e- Borçlunun talebi

f- Borçlunun tacir ve ticari işletmesiyle ilgili olmaması[22]

20 Eren, s.1187

21 Oğuzman/Öz, s.872

22 Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.530/533

2. BÖLÜM

I- İŞ HUKUKUNDA CEZAİ ŞART

1- GENEL OLARAK

Anayasada yer alan sosyal devlet ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak toplumsal ilişkilerde belli grupların diğer gruplar tarafından sömürülmemesi gerekliliği ortaya çıkar. Zira toplum yaşamında ekonomik açıdan varlıklı olmasının bir sonucu olarak işveren daha güçlü, işçiler zayıf durumdadır. Toplumda çalışma hayatının iş gücü ile sermaye arasında bir denge kurmak suretiyle düzenlenmesi gerekmektedir. Sosyal hukuk devleti, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek sermaye ilişkilerini düzenleyen devlet demektir. Bu nedenlerle devlet, yaptığı yasal düzenlemelerle güçsüz durumda bulunan işçileri koruyarak işveren tarafından sömürülmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır.[23]

İşçilerin yalnızca emekleri dışında güçlerinin olmadığı dikkate alındığında, üretim araçlarının ellerinde tutan işverene karşı yasalarla korunmadıkları sürece, cezai şartın iş güvencesini sağlamayacağı açıktır.Bu nedenle Yargıtay, işçi aleyhine tek taraflı hükümler içerecek şekilde cezai şart kararlaştırılmasını geçersiz saymaktadır.Yine işçi ile işveren arasında kararlaştırılan cezai şartın hükümlerinin işverene oranla işçi aleyhine kararlaştırılmaması "sosyal devlet" ilkesinin bir sonucudur.[24]

Uygulamada cezai şart uygulaması iş sözleşmesinin feshine karşı bir müeyyide olarak düşünülmüştür. Cezai şart özünde hem bir teminat hem bir ceza hem de bir tazminat niteliğinde görülmektedir. Özellikle belirli süreli iş sözleşmeleri için sıklıkla cezai şart hükmü kullanılmaktadır. Bunun en önemli amacı da iş sözleşmesinin belirlenen süreden önce feshine karşı bir teminat oluşturarak iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. [25]

Yine rekabet yasağı yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda da bir müeyyide olarak cezai şart öngörülmekte ve bu yasakla beklenen hedefe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Rekbet yasağı halinde uğranılan zararın ispat edilmesi çoğunlukla kolay olmadığı için, işveren açısından sözleşmeye cezai şart eklenmesi birçok açıdan yarar sağlamaktadır.Bu nevi sözleşmelerde yer alan cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya zorladığı için, işveren bu şekilde menfaatlerini daha kolay koruyabilmek imkanına kavuşmuş olur.[26]

---

23 Ekinci, Hüseyin, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s.95

24 Ekinci, s.95

25 Yıldız, İlknur Erseven, İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Cezai Şart, Y.Lisans Tezi, s.26/27

26 Ekinci, s.96

Toplu sözleşme hükümlerinin ihlaline karşı da cezai şart konulması mümkündür. Mesela Toplu iş sözleşmesinde sendika yöneticilerinin hizmet akitlerinin feshi halinde kıdem tazminatlarının 2 kat fazlası ile alacaklarına dair düzenleme örneğinde olduğu gibi feshe karşı teminat oluşturma gayesi birinci derecede önceliklidir.[27]

II- İŞ HUKUKUNDA CEZAİ ŞART UYGULAMASI

1- EĞİTİM KARŞILIĞI ÖNGÖRÜLEN CEZAİ ŞART

İşçinin niteliği, işletmenin verimliliği bakımından önemli bir unsurdur. İşletmeler, işçinin sahip olduğu geleneksel mesleki eğitiminin, ekonomik gelişmeler karşısında yeterli olmadığının farkındadırlar. Teknolojide meydana gelen gelişmeler, işletmeler açısından nitelikli elemanlara olan ihtiyacı gün geçtikçe arttırmaktadır. Bu yüzden işverenler nitelikli işçileri işe almanın yanı sıra, mevcut işçilerinin de eğitilmesi yoluyla nitelikli işgücüne olan ihtiyacını karşılamaktadır. İşletme açısından nitelikli elemanlara olan talebin fazlalığı nedeniyle daha çok meslek içi eğitim yoluyla bu ihtiyacın işyeri içerisinden karşılanması önem kazanmaktadır. Bu noktada işçilerin mevcut mesleki bilgilerinin geliştirilmesi ve ek mesleki bilgiler edinmesi sağlanmaktadır.[28]

İşçinin meslek içi eğitime tabi tutulması işçinin mesleki liyakati ve yeterliliği açısından menfaatine bir durum oluşturduğu kadar, işverenin de işyeri istihdamı ve yapılan işin niteliği açısından menfaatine bir durum oluşturur. Ancak işçinin meslek içi eğitime tabi tutulması gerek maddi gerekse de zaman açısından işverenin aleyhine şartlar taşımaktadır. Bu sebeple işçinin eğitime tabi tutulması sebebiyle, yapılan hizmet sözleşmelerinde işverenin yaptığı masraflar gözönünde bulundurularak, sözleşmede işveren lehine tek taraflı cezai şart konulmaktadır. Yargıtay uygulamasında ve doktrinde işçi aleyhine ve işveren lehine konulan cezai şart kural olarak geçersiz iken, eğitim amacıyla öngörülen cezai şart kural olarak geçerlidir.Yargıtay'ın belirtilen çerçevede ilke kararı haline gelen aşağıda yazılı kararlarında da söz konusu husus şu şekilde yer almıştır.

İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Yine, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 419. maddesinde "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" şekline kurala yer verilmiştir.

27 Arıcı, Kadir

28 Yıldız, s.42, Karagöz s.218

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir. (Y.9.H.D 2010/16335 E, 2011/1775 K, Yar. 9. H.D E. 2008/18992 K. 2010/4977)

Belirtilen Yargıtay kararlarında hizmet sözleşmelerinde, işçi aleyhine tek taraflı olarak konulan Cezai şartı geçersiz saymaktadır[29]. Buna karşın işçi için öngörülen cezai şartın işveren için öngörülenden fazla olması durumunda ise cezai şartı geçersiz saymamakta, ancak işveren için öngörülen cezai şart miktarından fazla olmaması gerektiği görüşündedir.

Yargıtay işçi aleyhine öngörülen cezai şart için yapılan eğitim giderlerinin kapsamı açısından sadece işçi için yapılan masrafların istenebileceği, bunun dışında yer alan birtakım yol, vergi, v.d masrafların istenemeyeceği görüşünü ileri sürmüştür.[30]

---

29 Somut olayda taraflar arasında imzalanmış bulunan Eğitim Sözleşmesi ve Fayda Taahhütnamesinin 3. maddesinde "personelin çalışmaya başladığı tarihten itibaren 2 yıl içerisinde, haklı nedenler dışındaki sebeplerle ile işten ayrılması halinde veya 2 yıllık süre dolmadan işvereninin haklı ve geçerli nedenlerle iş akdini feshetmesine sebep olması halinde son aldığı ücret göre hesaplanacak 5 aylık brüt ücreti tutarında tazminat ödemeyi kabul ettiği, ayrıca iş akdinin başladığı tarihten itibaren 2 yıl içerisinde haklı nedenle olmaksızın işçinin işten çıkarılması halinde, işverenin işçinin son aldığı ücret göre hesaplanacak 5 aylık brüt ücreti tutarında tazminat ödeyeceği " düzenlenmiştir. İlgili madde ile işçiye iş akdinin kendisi tarafından haksız feshedilmesi veya işveren tarafından haklı sebeple feshi halinde tazminat ödeme yükümlülüğü getirilirken işveren açısından sadece işverenin haksız feshi halinde tazminat ödeme yükümlüğü getirildiği anlaşılmaktadır. İşçinin haklı nedenle iş akdini feshetmesi halinde işveren tazminat ödenme yükümlüğü öngörülmediğinden bu düzenlemenin denklik ve karşılıklık ilkesine uymadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle cezai şart geçerli değildir. Cezai şart talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.Y.9.H.D, E. 2009/17762K. 2011/19801 T. 30.6.2011

30 Somut olayda davalı tarafça ibraz edilen iş sözleşmesi ve taahhütname de davacı-karşı davalı işçinin ikametgahı Ankara da bulunmaktadır. Davacı-karşı davalı işçi eğitim süresince Ankara da kendi evinde kaldığını belirtmektedir. Öncelikle davacının belirttiği husus araştırılmalıdır. Davacı işçinin bankacılık okulunda konaklamadığının tespit edilmesi halinde işveren tarafından ibraz edilen okul maliyet tablosundaki konaklayan

Eğitim faaliyeti sebebiyle cezai şartın konuluş amacı, İşçi lehine yapılan eğitim faaliyeti neticesinde, elde ettiği kazanımlara karşılık, işverenin de verilen eğitim faaliyeti kapsamında yükümlendiği külfeti karşılaması amaçlanmaktadır. Ancak işçi açısından sözleşmede öngörülen cezai şartın Yeni BK m.26 ve 27 maddelere aykırı nitelik taşımaması ve cezai şartın aşırı fahiş miktarda olmaması gerekmektedir. Aşırı fahiş cezai şart BK 182/f.3 gereğince hakim tarafından resen indirilebilir.

Yargı kararlarında, eğitim karşılığı öngörülen cezai şartın geçerliliği için öncelikle, " işçiye verilen eğitim" ile "işçinin ödemesi gereken bedel" arasında bir denge olması koşulunun arandığı görülmektedir. Yine sözleşmeyle öngörülen cezai şart miktarının belirlenmesi sırasında işçinin çalıştığı sürenin göz önünde bulundurulması gerekir. Burada çalıştığı süreler göz önünde bulundurularak bir oranlama yapılır ve neticede cezai şart bir tenkise tabi tutulur. Son olarak cezai şartın geçerliliği açısından işçinin fesih hakkının amacı aşar şekilde sınırlanmaması gerekmektedir.[31]

Eğitim giderlerinin geri ödeme kayıtları ve cezai şartla güvence altına alınabilmesi için, iş sözleşmesinin belirli süreli olması şart değildir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde, işçinin eğitim giderleri karşılığı olarak belirli bir süre çalışmayı taahhüt etmesi de geçerlidir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde öngörülen, belirli bir süre işçinin işçinin sözleşmeyi haklı nedenler dışında feshedemeyeceği yönünde kayıtları, eğitim giderleri karşılığında asgari çalışma taahhüdü olarak kabul etmek ve anılan durumda cezai şarta ilişkin kayıtların geçerliliğinden de şüphe etmemek gerekir. Eğitim giderlerinin olmaması durumunda ise, cezai şart öngörülmüş olsa dahi, bu tür süre öngörülmesi fesih hakkının işçi aleyhine tek taraflı ağırlaştırılması olarak kabul edilir ve süreyi geçersiz kılar.[32]

2- TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ÖNGÖRÜLEN CEZAİ ŞART

Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerin düzenlenmesi amacıyla yapılan, ayrıca tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanması ve deneti-

öğrencilere yönelik yapılan giderlerden sorumlu tutulmaması gerekir. Ayrıca taraflar arasında iş sözleşmesi kurulduğundan davacıya ödenen öğrenci maaşı eğitim gideri olarak talep edilemez. Yine reklam gideri ve beklenmeyen giderlerden davacı işçinin sorumlu tutulması hatalıdır (bkz.Dairemizin 17.9.2009 gün 2008/8279 E. 2009/23342 K.). gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak davalı-karşı davacı bankanın eğitim gideri alacağı tespit edilmelidir. Y.9.H.D E. 2008/18992 K. 2010/4977 T. 25.2.2010

31 Özdemir, Erdem, "İş Hukukunda Eğitim İçin Cezai Şart" Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005, s.151

32 Karagöz, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayınları, 2006 Bası, s.221

mine ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümleri de içerebilen ve yazılı olarak yapılması gereken bir sözleşmedir.[33]

İşçi ve işveren arasında yapılan ve yukarıdaki tanımda yer alan şartlara haiz bir TİS ile cezai şart kararlaştırılması da mümkündür.[34]Ancak uygulamada genellikle toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şarta ilişkin hükümler, açık ve belirgin bir şekilde ifade edilmemektedir. Ancak gerek uygulama gerek doktrin açısından belirgin olmayan ve yoruma açık ifadeler açısından işçi lehine yorum ilkesine başvurmak gerekir.[35]

Toplu sözleşme hukukunda toplu sözleşmelerin hizmet akdi üzerinde zorlayıcı ve tamamlayıcı etkileri düzenlenmiştir. TİS'in hem düzenleyici hem de borç doğurucu hükümleri arasında cezai şart yer alabilir.Yargıtay bir kararında hizmet akdi haklı bir sebebe dayalı olmaksızın sona erdirilen sendika yöneticilerinin kıdem tazminatlarının bir kat fazlası ile ödeneceğine karar vermiştir. Benzer bir kararın incelemesinde "iş güvencesi amacıyla, hizmet akitlerinin sendikal faaliyet nedeniyle feshi halinde, belirli bir miktar cezai şart ödeneceği pekala kararlaştırılabilir ve bu işvereni hizmet akdinin feshi hususunda, daha dikkatli ve itinalı olmaya iter.[36]

Cezai şartın asıl amacının, tarafları yaptıkları sözleşmeye sadık kalarak, sözleşmenin gereklerini yerine getirmeye zorladığından bahsedilmiştir. Ancak TİS'de öngörülen cezai şartın asıl amacı gerek işçilerin gerekese de işçiler tarafından seçilen sendika yöneticilerinin herhangi bir baskıya maruz kalmasını engellemek ve sırf sendikalı ya da sendika yöneticiliği sıfatından kaynaklanan sebepler ileri sürülmek suretiyle iş sözleşmesi feshedilen yöneticilerin haklarını koruma amacı gütmektedir.

TİS hükmü ile öngörülen cezai şartın fahiş olması durumunda BK'da yer alan hüküm gereği, aşırı nitelikteki fahiş cezai şartın hakim tarafından indirilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.[37]Ancak teoride tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olmaları sebebiyle TİS'de kararlaştırılmış olan

---

33 Karagöz, Veli, s.161

34 Yargıtay "SSK'dan emekliliğine 3 yıl ve daha az süresi kalan işçiler işten çıkarılamazlar. Çıkarıldığı takdirde hesaplanan kıdem tazminatı iki katı kadar ödenir"biçiminde toplu iş sözleşmesi hükmünü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinde öngörülen kıdem tazminatına ilişkin tavan sınırı aşmaya yönelik bir düzenleme olarak kabul etmiştir.Y.9.H.D 19.6.1996 T, E.1996/1783, K.1996/14013, Karagöz, s.170 d.n

35 Karagöz, s.167/168

36 Arıcı, s.7/8

37 Toplu iş sözleşmesinde yer alan, "Ücret ve ikramiye alacaklarının geç ödenmesinden dolayı bu alacaklara günlük %3 zam uygulanır"hükmünü cezai şart olarak nitelendiren ve Bk m.161/3gereğince indirilmesi gerektiği yönünde Y.9.H.D 7.6.2000 T, E.2000/4661, K.2000/8199 kararı ve benzer mahiyette kararlar bulunmaktadır.

cezai şartın indirilemeyeceğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.[38] Kanaatimce TİS'de konulan cezai şartın işçi aleyhine tek taraflı olmaması ve aşırı nitelikte maddi yükümlülük getirmemesi ve her iki taraf için de eşit şartlar taşıması halinde geçerli olacağı düşüncesindeyim.

3-REKABET ETMEME YÜKÜMÜNE AYKIRILIK SEBEBİYLE ÖNGÖRÜLEN CEZAİ ŞART

İşçinin rekabet yapmama borcunun kapsamı konusunda İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen İş Kanunu, rekabet yapmama borcunu özel olarak düzenlememiştir. Bununla birlikte, haklı fesih nedenleri arasında doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan haller için yer alan sır saklama borcu ile bağlantılı olarak rekabet yapmama borcunun da ihlali doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan durum olarak kabul edilebilir. Buradan hareketle özellikle işverenin iş sırlarının açıklanması ve ifşa edilmesi niteliğini taşıyan bir davranışta bulunarak işçinin rekabet sayılan bir eylemi, evleviyetle rekabet yapmama borcuna da aykırılık teşkil eder.[39]

Kural olarak, iş sözleşmesinin devamı süresince işçinin sadakat borcundan doğan rekabet yasağı, iş sözleşmesinin süreyle sınırlı olması nedeniyle, iş sözleşmesi ile birlikte sona ermektedir. Ancak bu yasak, tarafların yazılı olarak yaptıkları iş sözleşmesine koydukları bir şart veya aralarında yaptıkları bir sözleşme ile iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edebilmektedir. Bu nedenle, iş sözleşmesi sona erdikten sonra söz konusu olan, rekabet yasağı, sözleşmeden kaynaklanmaktadır ve rekabeti sınırlandırıcı bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır.[40]

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, işçinin korunması ilkesi gereği, bazı koşulların varlığı gerekmektedir. BK'nın rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen hükümlerini ele aldığımızda bu şartların Şekil, Ehliyet, Müşterileri tanıma veya İş sırlarına vakıf olma, İşverenin zarara uğrama ihtimali olduğu görülmektedir.[41]

BK/m.447 işçi ve işveren arasında ilke olarak rekabet yasağının hangi çerçevede öngörülebileceğini belirlemiştir. Buna göre **" işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dı-**

38 Karagöz, s.172

39 Uşan, Fatih, İş Sırrının Korunması, Seçkin Yayınları, 2003 Bası, s.137

40 Demirtaş, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Adalet Yayınevi, 2012 Bası, s.78

41 Demirtaş, s.85

şında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstelenebilir." hükmünü taşımaktadır. Kanun maddesi, işçinin, işveren yanında çalışırken onun müşteri çevresi ve yapılan işin ayrıntılarına ulaşması sebebiyle rakip bir firmada çalışmasını ya da aynı faaliyet alanını kapsayan başka bir firma kurmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. İşçi ve işveren yazılı bir sözleşme ile rekabete aykırı davranış için cezai şartı da yine sözleşme serbestisi kapsamında hür iradeleri ile belirleyebilirler. Ancak belirlenen cezai şart BK 27 maddesinde belirtilen şartlara aykırı ve işçinin iktisaden mahvına sebebiyet vermeyecek ölçüde olmak zorundadır.

Rekabet yasağına yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, uğranılan zararın ispat edilmesi çoğunlukla kolay olmadığı için, işveren açısından sözleşmeye cezai şart eklenmesi birçok açıdan yarar sağlamaktadır. Bu nevi sözleşmelerde yer alan cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya zorladığı için, işveren bu şekilde menfaatlerini daha kolay koruyabilmek imkanına kavuşmuş olur.

Sözkonusu kanun maddeleri işverenin sahip olduğu iktisadi faaliyeti korumayı amaçlarken, acaba işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmekte midir? BK/m.445 işçi aleyhine sözleşme ile öngörülen cezai şarta şu şekilde sınırlamalar getirmektedir," **Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.**

Yargıtay'da işçiyi korumak amacıyla, süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebileceğini, aksi takdirde bu durumun işçinin mahvına sebep olacağı zikretmiştir.Yeni BK hükümleri rekabet yasağına ilişkin çerçeveyi yoruma yer bırakmayacak şekilde ve önceki yasadan doğan aksaklıkları gözönünde bulundurmak suretiyle sınırlandırmıştır.

Yine BK 445/f.2'de aşırı nitelikte rekabet yasağının, hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından sınırlandırılabileceği öngörülmüştür.Belirtilen hüküm BK genel hükümler çerçevesinde BK/m.182 f.2 hükmünü hatırlatmaktadır. Sözkonusu hüküm aşırı nitelikte cezai şart içeren sözleşme hükümlerinin de hakim tarafından indirilebileceğini öngörmektedir.

Cezai şartın rekabet yasağına ilişkin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen EBK'nın m. 351/f.2 (YBK m.446)hükmü, bu esastan ayrılarak, cezai şarta borçluya rekabet etme yasağı ediminden kurtulma imkanı sağlayan bir nitelik tanımıştır. Borçlar kanununun anılan maddesinde, " Yasağa

aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir;ancak işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır."hükmü yer almaktadır. Buna göre aksi sözleşmede kararlaştırılmamış ise, işçi cezai şartı ödemekle rekabet yasağından kurtulur. Ancak cezayı aşan miktarda zarar oluşmuş ise işçi ayrıca bunu da ödemek mükellefiyetindedir.[42]

BK m.447f.2'de işçi ve işveren arasında rekabet yasağı işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın ya da işverene yükletilebilecek bir sebeple işçi tarafından feshedilirse sona erer. Belirtilen durumda da işçinin uğradığı haksız ve kötüniyetli davranışlar karşısında, haklı sebeple sözleşmeyi feshedebileceği ve rekabet yasağının bu çerçevede sona erdiği kural olarak belirlenmiştir.

Bu kuralın konulmasındaki asıl amaç, bir taraftan işçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırılmasının önüne geçmek, bir taraftan da işvereni, rekabet yasağının sağladığı avantajlardan yoksun bırakmamaktadır. İşte BK m.447 kuralı menfaatler arasında adil bir denge kurmak düşüncesiyle, işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yokken akdin işveren tarafından feshedilmesi veya işverenin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla işçi tarafından feshedilmesi halinde, rekabet yasağının sona ereceğini hükme bağlamaktadır.[43]

Yargıtay verdiği bir kararda işyeri devri halinde rekabet yasağının devam edeceğini, ancak devir halinde devralan şirketin faaliyet alanını değiştirmesi halinde rekabet yasağının sona ereceğini belirtmiştir.Yine Yargıtay belirtilen kararında rekabet yasağının geçici iş ilişkisi sırasında devam edeceğini belirtmiştir.[44]

Eğitim için öngörülen cezai şarta değinilirken, genel ilke olarak, işçi aleyhine ve tek taraflı biçimde cezai şartın öngörülemeyeceği şeklindeydi.

42 Ekinci, s.96

43 Soyer, Polat, Çimento İşveren Dergisi, "Cezai Şart", s.32/33

44 Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir.Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıtları sırasında faaliyetlerin geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz.İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir. İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür.Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer. İşçinin iş sözleşmesininin feshinden sonra rekabet yasağına uyma yükümü, geçici iş ilişkisi sırasında da devam eder. bu noktada işçinin ödünç alan işverene bağlı olarak yapmakta olduğu çalışmalarının da rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yar.9.H.D 15.04.2010 T, 2008/24493 E, 2010/10480 K

Ancak işçinin rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranışı halinde BK m.444 ve 447 maddeleri arasındaki düzenlemelere bakılır ise, rekabet yasağına aykırı davranış halinde kanun sadece işçi açısından birtakım yükümlülükler ve düzenlemeler öngörmüştür. Sözkonusu rekabet yasağına aykırı davranış halinde, işverenin hukuki menfaatlerinin ön planda tutulduğu, işçinin ise, fahiş nitelikteki cezai şarta ve iktisaden mahvına sebebiyet verecek düzenlemelere karşı sadece korunduğu görülmektedir.

Belirtilen kanun düzenlemesi de dikkate alındığında, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı halinde öngörülen ve işçi aleyhine konulan, tek taraflı cezai şart düzenlemelerinin geçerli olacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla hizmet sözleşmelerinde genel ilke olarak benimsenen kuralın ikinci istisnası rekabet yasağına aykırı davranış halinde işçi aleyhine cezai şartın sözleşmelere konabileceği ve bu hükmün geçerli olacağı şeklindedir.

4- BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMELERİNDE CEZAİ ŞART

İş K.m.11/1 hükmü, belirli süreli iş sözleşmesini**; "Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işçi ile işveren arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir."** şeklinde tanımlamaktadır.

Özellikle belirli süreli hizmet akitlerinde, tarafların sözleşmeyi belirli sürenin bitiminden önce feshetmeleri halinde, yine sözleşmede belirlenen bir miktarda cezai şart ödemeleri öngörülmektedir.[45]

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işçi tarafından feshedilmesi sözleşmeye aykırılık oluşturur. Bunun sonucunda işveren, iş sözleşmesinin haksız feshinden dolayı uğramış olduğu zararların BK m.112 hükmü gereğince tazmin edilmesini, işçiden isteyebilir. Ancak bu gibi hallerde işverenin uğramış olduğu zararı ispat etmesi gerekir. İşverenin, tazminat hukukuna ilişkin prosedürün uzun sürmesi ve zararın ispat zorlukları nedeniyle anılan durumlarda, cezai şart kararlaştırılması yoluna başvurması kendisi için daha elverişli ve yararlıdır.[46]

Belirli süreli iş sözleşmesinin haksız olarak işveren tarafından feshedilmesi halinde, işverenin sözleşme süresi sonuna kadar işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin BK m.408 hükmü karşısında, işverenin elinde ise sadece genel hükümler çerçevesinde tazminat isteme olanağı bulunmaktadır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız

45 Usta, Osman, İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulaması, 1998. Bası, s.966

46 Karagöz, s.138

olarak feshedilmesi durumunda, işveren lehine cezai şart kararlaştırılmasını haklı ve geçerli kabul etmek gerekir. Nitekim, uygulamada genellikle, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshine ilişkin ve işçi aleyhine olarak cezai şart kararlaştırılmaktadır.[47]

İş sözleşmesi süre veya objektif koşulların bitimiyle sona erer. Artık süre birgün geçse dahi sözleşme belirsiz hale gelir. Böyle bir sonucun ayrık hali "esaslı neden"kavramıdır. Esaslı neden kavramı şu anlama gelmektedir. Örneğin belirli bir işin tamamlanması için yapılan sözleşme o işin tamamlanması ile sona erer. İşveren aynı işçi ile başka bir işin tamamlanması için yeniden belirli süreli bir iş sözleşmesi yapabilir. Böyle bir sözleşme ilk ve ikinci sözleşmeyi belirsiz hale getirmez. Ancak ikinci sözleşme işin niteliği ve amacı, belirli bir sözleşmenin yapılmasını gerektirmiyor ise böyle bir durumda yapılan her iki sözleşme belirsiz süreli sözleşme haline gelir. İşçi ile ilk yapılan sözleşme başlangıcından itibaren belirsiz hale gelir.[48]

Yargıtay verdiği kararlarında ise, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi açısından şu şekilde bir ayrıma gitmiştir. **4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.** (Yar.9. H.D, E. 2010/51009 K. 2013/8916 T. 14.3.2013, Y 9. H.D, E. 2010/17549 K. 2012/24734 T. 27.6.2012)

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, işverenin temerrüdü ya da kusuru sebebiyle işçi iş görme edimini yerine getiremiyorsa bu durumda işveren belirlenen sürenin sonuna kadar öngörülen ücreti tazmin etmekle sorumludur. Yeni BK m.408'de **"İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesinin kusuruyla engellerse veya edimi kabulden temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez."**

47 Karagöz, s.138

48 Kılıçoğlu, Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Kararları, s.63

Yargıtay belirli süreli iş sözleşmelerinin, süresinden önce feshi halinde bakiye çalışma süresine ilişki ücret alacaklarının cezai şart kapsamında istenebileceği görüşündedir. Yine burada bakiye ceza ile birlikte sözleşmede öngörülen cezai şartın talep edilip edilemeyeceği noktasında Yargıtay BK 179/f.2 gereğince ifaya eklenen cezai şartın da istenebileceği görüşüne yer vermiştir. Ancak burada işçi aleyhine nitelendirilebilecek bir uygulamanın, işçinin iktisaden mahvına sebebiyet verecek boyutlara ulaşması sözkonusu olabilmektedir. Bu durumda da BK 182/f.3 hükmü gözönünde bulundurularak aşırı cezai şartın hakim tarafından tenkisi yoluna gidilebilecektir. Yine işçinin çalıştığı süreler ile çalışmadığı süreler arasında bir orantılama yoluyla hakkaniyete uygun bir indirime gidilebilmektedir.[49]

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde yer alan cezai şartın da yine işçinin iktisaden mahvına yol açmayacak düzeyde olması ayrıca işveren için öngörülen cezai şartı geçmemesi gerekmektedir.

Yargıtay, belirli süreli hizmet sözleşmesine ilişkin tarafların yapmış olduğu sözleşmenin ifasına başlanmadan, hiçbir haklı sebebe dayanmaksızın sözleşmenin feshedilmesinde dahi bakiye hizmete ilişkin cezai şartın geçerli olduğunu kabul etmektedir.[50]

---

49 İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325. maddesine göre talep edilip, edilemeyeceği soruna değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir.

Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Borçlar Kanunu'nun 161 /son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirime gidilmelidir.

Mahkemece yapılacak araştırma neticesinde sözleşmenin esasen belirsiz süreli sözleşme niteliği taşıdığının anlaşılması halinde ise yukarıda açıklanan ilkeler ışığında davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağından cezai şart talebinde bulunamaz. Bu nedenle cezai şart talebi reddedilmelidir. Eksik inceleme nedeni ile hükmün bozulması gerekmiştir. Y 9. H.D, E. 2010/17549 K. 2012/24734 T. 27.6.2012

50 Davacı gazete ile davalı arasında 1.1.1990 ile 1.1.1991 tarihleri arası için 1 yıl sözleşme yapılmıştır.Bu sözleşmeye göre davalı, davacı gazetede işveren tarafından basılıp yayınlanan mevkuteler ile ilgili olarak araştırmalar röportajlar yapmayı, haber yazılar ve makaleler yazmayı kabul etmiştir.

Sözleşmenin 6.maddesiyle de, taraflardan herahngi birisi bu sözleşmeyi süresinin sona ereceği 1 Ocak 1991 tarihinden önce herahngi bir haklı neden olmaksızın feshettiği takdirde diğer tarafa 100.000.000 TL cezai şart ödenmesi öngörülmüştür.Davalı sözleşmenin yürürlük tarihinden 5 gün önce 26.12.1989 tarihinde noter aracılığıyla davacıya

Belirli süreli sözleşmelerde sadece işçi aleyhine düzenlenen cezai şart ise Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir. Cezai şartın her iki taraf için öngörülmüş olması ve işçi için öngörülen cezai şartın işveren için öngörülen cezai şart miktarını aşamaması gerekir. Yine sözleşmede sadece işveren aleyhine cezai şartın öngörülebileceği ve bunun geçerli olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmede sadece işçi aleyhine öngörülen cezai şartın, yukarıda değinildiği üzere uygulamada kabul görmediği belirtilmiştir.Yeni BK m.420/f.1 gereği **"Hizmet sözleşmelerinesadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir."** hükmü kanunda düzenlenmek suretiyle, emredici bir kural haline gelmiştir.

SONUÇ

Cezai şart, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir hukuk kurumu olmasına rağmen, son yıllarda iş hukukuna ilişkin hizmet sözleşmelerinde geniş yer bulmuştur. Özellikle Yargıtay'ın vermiş olduğu, yukarıda zikredilen kararlar dikkate alındığında, cezai şart konusunda son yıllarda yoğun biçimde emsal niteliğinde kararlar verilmektedir.

Ülkemizde son dönemlerde yaşanan ekonomik gelişmeler ve teknolojinin sürekli değişimi beraberinde nitelikli işgücü problemini ortaya çıkarmıştır. Bu durum beraberinde işverenleri olduğu kadar işçiyi de bir arayışa itmiştir. Bu çerçevede, işçi ve işveren yaptıkları sözleşmeye cezai şart koymak suretiyle sözleşmenin eksiksiz biçimde yerine getirilmesini sağlamaktadırlar.

İş hukukunda hizmet sözleşmelerinde öngörülen cezai şart konusunda da yine işçi lehine yorum ilkesinin ön plana çıktığı görülmektedir. İşçi aleyhine tek taraflı olarak düzenlenmiş bulunan ya da işçinin taşıdığı so-

gönderdiği mektupla çalışmakta olduğu gazeteye bağlılık nedeniyle ayrılamayacağını bildirmiştir.Davacı bu dava ile sözleşmedeki cezai şartı istemektedir.Yerel mahkeme sözleşmenin ifasına başlanmadığından bahisle cezai şart istenemeyeceği görüşüyle davayı reddetmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tarafların serbest iradeleriyle bir sözleşme yapılmıştır. Böylece aralarında hizmet akdi kurulmuştur.Bu akit tarafları bağlar.Buna göre, davalının sözleşmenin başlangıç tarihinde işyerinde çalışmaya başlaması gerekmektedir. bunun yerine getirilmemesi, diğer ifadeyle akdin icra edilmemesi, akde aykırılık teşkil eder.bu aykırılığın oluşması için aktin fiilen icrasına başlanması şart değildir.İcrasına başlanmadan önce aktin yerine getirilemeyeceğinin bildirilmesi de aynı sonucu doğurur.

Sözleşmenin 6.maddesinin iafdaesinde bu sonuca varmak gerekir.Zira cezai şart sadece akdin icrasına başladıktan sonra yerine getirilmesi hali için öngörülmüş olmayıp, icrasına başlanmadan önce fesih halini de kapsamaktadır.Böyle olunca davacı sözleşmeye dayanarak cezai şart isteyebilir.Davalının sözleşme başlamadan önce akti feshetmiş olması ancak cezai şart miktarının takdirinde gözönünde bulundurulabilir.Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir. (Y.9.H.D, 20.11.1990 T, 9303 E, 12364 K)Karahasan, M.Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, s.1277/1278

rumluluğun işverenin taşıdığı sorumluluktan fazla olması halinde belirtilen ilke çerçevesinde işçinin sorumluluğu Hakim tarafından indirilmektedir.

Borçlar kanununda cezai şarta ilişkin hükümlerin, iş hukukuna aynen tatbiki söz konusu olamaz. Çünkü iş hukukunun kendine özgü yapısı sebebiyle işçi ve işveren arasında mutlak anlamda bir eşitlik her zaman için sağlanamamaktadır. Dolayısıyla hizmet sözleşmelerinde öngörülen cezai şart açısından genel olarak BK hükümleri esas alınmakta ise de, iş hukukuna hakim ilkelerin sözleşmeler açısından irdelenmesi ve her somut olayda bu ilkelerin uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

1. ARICI, Kadir:Gazi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005
2. DEMİRTAŞ, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Adalet Yayınevi, 1.Bası, 2012
3. EKİNCİ, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2004
4. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Yetkin Kitabevi, 2013
5. KARAHASAN, M.Reşit: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Cilt, Beta, 1.Bası, 1992
6. KARAGÖZ, Veli: İş sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Kitabevi, 1.Bası, 2006
7. KAZANCI HUKUK OTOMASYON :www.kazanci.com.tr
8. KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, 1.Bası, 2005
9. OĞUZMAN/ÖZ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 1995
10. ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, Çalışma ve toplum Dergisi, 2005
11. SOYER, M.Polat: Çimento İşveren Dergisi, 2000
12. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, s.358
13. TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1975
14. TUNÇOMAĞ, Kenan: Cezai Şart, 1963
15. USTA, Osman: İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar, Ankara, 1998
16. UŞAN, Fatih: İş Sırrının Korunması, Seçkin Kitabevi, 2003 Bası
17. VON TUHR: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Matbaa, 1952(Cevat Edege Çevirisi)
18. YILDIZ, Erseven İlknur: İş hukukunda Eğitim Karşılığı Cezai Şart, Kadir Has Üniv. Özel Hukuk bölümü Y. Lisans Tezi, 2010

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ALT İŞVEREN - ASIL İŞVEREN UYGULAMALARINDA SORUMLULUK

Av. Alpaslan AKMAN[1]

1. GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu 2. maddesinde alt işveren-asıl işveren iş ilişkisi unsurları zikredilerek tanımlanmış ve işbu ilişki içerisindeki tarafların sorumlulukları ana hatlarıyla belirlenmiştir. Yazımızda, alt-asıl işveren ilişkisinde yer alan tarafların sorumluluğu, emsal Yargıtay kararları ışığında anlatılmaya çalışılacaktır. Öncelikle alt-asıl işveren ilişkisinin tanımı, unsurları ve işbu unsurların eksikliği halleri neticeleriyle açıklanacak, akabinde bağımsız işveren, işyeri devri, muvazaa gibi alt-asıl işveren ilişkisinde sorumluluğu etkileyen müesseseler üzerinde durulacak ve son olarak da alt-asıl işveren ilişkisinde yer alan tarafların sorumluluk hallerinin iş davalarındaki şümulü emsal Yargıtay kararları eşliğinde irdelenecektir.

2. TANIMLAR

4857 sayılı İş Kanunu 2. maddesi işveren- iş ilişkisi- işyeri gibi temel kavramların açıklamasına yer verdikten sonra 6. bendinde "alt işveren-asıl işveren ilişkisi"nin tanımını vermişti. Buna göre;

"Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir."(4857 İş K.m 2/6)

Bu tanıma göre alt işveren-asıl işveren ilişkisinin belli unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir. Bu unsurlar;

i. İşin asıl işverenin işyerinde yapılması

ii. Yapılan işin bir bölümünde ya da yardımcı işlerde yapılması

iii. İşin, işletmenin ve işin gerektiği teknolojik nedenlerle alt işverence yapılması

1 İstanbul Barosu avukatlarından

iv. Alt işveren işçilerinin sadece o işte ve o işyerinde çalışması şeklinde sayılabilir.

Bu unsurları barındıran bir alt-asıl işveren ilişkisinde, asıl işverenin de alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumluluk hükümlerine tabi olduğu aynı madde devamında belirtilmiştir.

"...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."(4857 İş K.m 2/6)

Kanun koyucu, asıl işverenin kanun, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinde doğan yükümlülüklerinde alt işverenle birlikte sorumlu olacağını işbu kanun hükmü ile açıkça ortaya koymaktadır.

3. KANUNDA ZİKREDİLEN UNSURLARIN EKSİKLİĞİ

Yukarıda zikredilen unsurlardan birini ya da birkaçını ihtiva etmeyen iş ilişkileri için, alt-asıl işverenlik ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla işbu unsurların eksikliği durumundaki iş ilişkilerinin hukuki niteliği ile gerek alt işveren gerekse asıl işveren için söz konusu yükümlülükler, eksik unsurlara göre değişiklik gösterecektir.

Mezkûr unsurların eksikliği halleri ile bu hallerde iş ilişkilerinin hukuki durumlarını, emsal Yargıtay kararları ışığında maddeler halinde değerlendirdiğimizde;

İ. İŞ İLİŞKİSİNİN, ASIL İŞVERENİN İŞYERİNDE YAPILMAMASI

Bir alt işveren-asıl işveren iş ilişkisinde, iş akdi ile belirlenen işin, asıl işverenin işyerinde yapılmaması halinde, işverenler arasında alt-asıl işveren ilişkisinin bulunmadığı Yargıtay'ın pek çok kararında zikredilmiştir.

"...Yasa, alt işverenlik için, bir işte, bir işin bölüm ya da eklentilerinde işverenden iş almayı aramaktadır. 87. madde anlamında aracıdan söz edebilmek için, aracının[2] aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Bir diğer anlatımla, BİR İŞVERENE AİT İŞYERİNDEKİ ÜRETİM SÜRECİNE, başka bir işverenin dâhil olması durumunda "aracıdan" söz edilebilecektir. Bu anlamda bir bağlantının varlığı için, işyerinde üretilen mal ya da hizmetin niteliğine bakılması gerekir...

2 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 87. maddesi "aracı" adı altında alt işvereni tanımlamıştır. Bu maddeye göre; "Bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." Ayrıca alt işveren, birçok Yargıtay kararlarında "taşeron"olarak zikredilmektedir.

...Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğabilmesi için, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin bulunması, bu işverenin işyerine ait bir işin yine ona ait işyerinde görülüyor olması gerekir..."[3]

Alt işverenin işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması gerektiği, işçilerin farklı işverenlerin farklı işyerlerinde çalıştırması halinde alt-asıl işveren iş ilişkisinin kurulamayacağı hususu da Yüksek Mahkeme'nin yerleşik kararlarında sıkça zikredilen bir başka hususdur.

Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. işçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, o işçiler açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez..."[4]

İİ. YAPILAN İŞİN BİR BÖLÜMÜNDE YADA YARDIMCI İŞLERDE YAPILMAMASI

Alt-asıl işveren iş ilişkilerinde, alt işverenin iş akdiyle ifa ya da ifayı taahhüt ettiği işin, asıl işverenin iştigal konusunu oluşturan asli işi olmaması gerekmektedir. Daha açık bir ifade ile alt işverenin yaptığı iş, asıl işverenin yaptığı işin tamamlayıcısı, yardımcısı niteliğinde olan bir iş olmalıdır. Ayrıca, alt işverenin yaptığı işin, asıl işverenin yaptığı işe bağımlı ve bağlantılı olması gerekirken, asıl işten tamamen bağımsız bir işten söz edilememesi gerekmektedir. Yargıtay kararları ile ifade etmek gerekirse;

"...Öte yandan, asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre AYRI VE BAĞIMSIZ bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işverendir. İŞYERİNDEKİ ÜRETİMLE İLGİLİ OLMAYAN VE ASIL İŞİN TAMAMLAYICISI NİTELİĞİNDE BULUNMAYAN bir işin üstlenilmesi halinde, 506 Sayılı Kanun uygulaması yönünden aracıdan söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacağından, hizmet tespiti davasında husumetin asıl işverene değil, hizmet akdinin tarafı olan bağımsız işverene yöneltilmesi gerekecektir. Eldeki davada böyle bir durum söz konusu değildir."[5]

Açıkça görülmektedir ki, Yüksek Mahkeme asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde olmayan, yardımcı işin ifasından çok işçi temini niteliğine bürünen bir işin varlığı halinde, alt-asıl işveren (506 Sayılı Kanun'da yer alan adıyla aracı) ilişkisinin değil, taraflar arasında bağımsız bir iş ilişkisinin bulunduğunu ortaya koymaktadır.[6]

---

3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/21-739 E, 2011/5 K, 02.02.2011 tarih

4 Yargıtay 9. HD 2011/3496 E. 2012/48 K. 16.01.2012 tarih

5 Yargıtay 9. HD. 2010/15422 E., 2012/3174 K., 27.02.2012 tarih

6 Yargıtay 9. HD., 2010/23498 E., 2011/5236 K., 28.02.2011 tarih;". Davalı işverenin otel

Ancak asıl işin devredilemeyeceği, alt işverenin asıl işin tamamlayıcısı yardımcı işleri ifa etmesi gerektiği yönündeki kanun hükmü bazı istisnaları içermektedir. Örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67. maddesinde sayılan işlerin ihale yoluyla 3. kişilere gördürülebileceği düzenlenmiştir. Benzer istisnai hallerdeki iş ilişkilerinin alt-asıl işveren ilişkisinin kurulmasına engel olmadığı Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edilmiştir.

"...Öte yandan, belediyelerin asli işi olan temizlik, çöplerin toplanması ve nakline ilişkin hizmetlerin 5393 Sayılı Kanun'un 67. maddesi uyarınca başkasından satın alınması mümkündür. Buna göre davalılar arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesine uygun olduğu kabul edilmelidir."[7]

İİİ. İŞLETMENİN VE İŞİN GEREKTİĞİ TEKNOLOJİK NEDENLER DIŞINDA YAPILMASI

Kanun, alt-asıl işveren iş ilişkisine konu işin, teknolojik ve işin gereği uzmanlık gerektirecek nedenlerin varlığı halinde alt işverene verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Pek çok Yargıtay kararında zikredilen[8] bu unsuru misallerle izah edersek;

"...Davacı, davalıya ait asıl işlerde çalışmaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesine göre asıl işin, İŞLETMENİN VE İŞİN GERE-

---

işletmeciliği konaklama ve eğlence işyerleri iş kolunda kalmaktadır. Otel, pansiyon, lokanta, büfe, pastane, kahvehane gibi konaklama, dinlenme ve yemek yerleri ile sinema, müzikli ve müziksiz her türlü eğlence yerleri, plaj, açık ve kapalı spor yerleri, hipodromlar, hamamlar, kaplıcalar, içmeceler, turistik tesislerde yapılan işler bu iş kolu kapsamındadır. Davalı işverenin otel hizmeti kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur. Ancak bu hizmetlerin dışında verilen Restaurant ve Bar, Garson, Komi, Oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindendir. Bu hizmetlerin verilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir olgu olması gerekir. Davalı işveren bu olguyu kanıtlayamadığı gibi asıl işlerini bir şirketten işçilik temini sureti ile aldığı anlaşılmaktadır..."

7 Yargıtay 9. HD. 2009/48077 E., 2010/5206 K., 01.03.2010 tarih

8 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/21-739 E, 2011/5 K, 02.02.2011 tarih; "...Günümüzde pek çok işyerinde, teknolojik ve işin gereği uzmanlık gerektirici birçok iş alt işverene verilmektedir. Bu bağlamda akıllı binalarda, gökdelenlerde, iş yapan firmalar elbette ki temizlik işi gibi özen ve bilgi isteyen bir işi bir başka işverene yaptırması (alt işverene) madde kapsamında görülmelidir. Uygulamada, bilindiği gibi, çoğu zaman temizlik işlerini sözleşme ile alan firmalar değiştiği halde, temizlik işinde çalışan işçiler değişmemektedir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; asıl işverenin asıl işi veya yardımcı işi veya teknolojik nedenle veya işin gereği uzmanlık gerektiren işle hiç ilgisi olmayan, görülen işe tamamen yabancı bir eser, yapı inşası, çatı tamiri, işyerinin badana boyası gibi geçici işler yönünden elbette ki, alt işveren-üst işveren ilişkisinden bahsedilemez..."

ĞİYLE TEKNOLOJİK SEBEPLERLE UZMANLIK GEREKTİRMESİ halinde alt işverene verilmesi mümkündür. Somut olayda teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir durum bulunmadığı halde asıl iş alt işverene verilmiştir. Bu nedenle, davalıyla dava dışı dava dışı S... İnşaat Elekt. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesine uygun değildir. Davacının gerçek işvereni davalı şirket olduğundan, hakkındaki davanın taraf sıfatı yokluğu sebebiyle reddi hatalı olmuştur..."[9]

İV. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN SADECE O İŞTE VE O İŞYERİNDE ÇALIŞMASI

Kanun, 2/6. maddesinde yaptığı tanımda alt işverenin işçilerini sadece o iş yerinde ve o işte çalıştırması gerektiğini açıkça belirtmektedir. İşbu husus Yüksek Mahkemenin kararlarında da zikredilmiştir.

"...Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.."[10]

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, işbu kararlarında işyerinde çalışan işçilerle ilgili başkaca unsurların varlığını da alt-asıl işveren ilişkisi mucibince zaruri görmektedir. Buna göre, işyerinde ve iş ilişkisine konu işte alt işverenin işçilerinin çalışması yeterli görülmemiştir. Mevzubahis işte ve işyerinde, asıl işverenin işçileri de alt işverenin işçileri ile birlikte çalışmalı ve asıl işveren asıl iştigal konusu işini kendi çalışanlarıyla devam ettirmelidir.

Yüksek Mahkemenin önemle belirttiği bir başka husus da, işyerinde çalışan işçilerin sigortalı olmalarıdır. Sigortalı işçi çalıştırmak, işveren olmanın şartlarından olup gerek asıl işverenin gerekse alt işverenin "işveren" vasıflarını kaybetmemeleri, iş ilişkisi boyunca bu sıfata haiz *olmaları gerekmektedir. İşbu hususların belirtildiği bir kararı emsal olarak zikretmek gerekirse;*

"...Sosyal Sigortalar Yasası'na göre, aracıdan söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan birtakım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce, bir asıl işverenin varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmeyi ve nihayet asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın

9 Yargıtay 22. HD., 2011/7730 E., 2011/2970 K., 24.10.2011 tarih

10 Yargıtay 9. HD. 2008/41361 E., 2008/34689 K., 22.12.2008 tarih

kendi adına sigortalı çalıştırmayı gerektirir. Asıl işverenle aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır. Aracı, her şeyden önce bir "asıl işveren"in varlığını zorunlu kılmaktadır. Maddede belirtilen koşullardan birisinin dahi yokluğu durumunda aracıdan söz edilemez.

Asıl işveren; SSK m. 4/1 gereğince, bu Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek ya da tüzel kişi olup, işveren niteliği sigortalı çalıştırmanın doğal sonucudur. Yasanın tanımından hareketle, asıl işveren-alt işveren ilişkisi için, işyerinde "iş sahibi"nin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan iş sahibi "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır..."[11]

Yukarıda zikredilen unsurların bulunmadığı bir iş ilişkisinin, 4857 sayılı İş Kanunu 2/6. maddesinde tanımı yapılan ve sınırları Yüksek Mahkeme kararları ile belirlenen alt-asıl işveren ilişkisi niteliği kazanamayacağı açıktır. Burada taraflar arasındaki ilişkinin nasıl değerlendirileceği ve hangi sorumluluk hükümlerine tabi olacağı kanun kadar Yargıtay kararları ile şekillenmektedir. Kanunda belirtilen asıl-alt işveren niteliğini kazanamamış bir iş ilişkisinin, Yargıtay kararlarında sıkça zikredilen muvazaa, işyeri ve iş sözleşmesi devri, bağımsız iş ilişkisi gibi kavramlarla birlikte değerlendirilerek hukuki niteliğine karar verilmelidir. Bu nedenle, Yargıtay kararları ışığında işbu kavramların açıklanmasına çalışılacaktır.

4. ALT-ASIL İŞVEREN İLİŞKİSİNDEN BAĞIMSIZ İŞVEREN

Yüksek Mahkeme pek çok kararında, kanuna göre alt-asıl işveren ilişkisi niteliğini kazanamayan bazı durumlarda bağımsız işverenin varlığından bahsetmektedir. Bu emsal kararları irdelediğimizde, kavramın tanımı da kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Yargıtay'ın konu ile ilgili hemen hemen tüm kararlarında zikrettiği tanımlama ve nitelemeyi dikkate aldığımızda;

"...Öte yandan, ASIL İŞVERENDEN ALINAN İŞ, ONUN SİGORTALI ÇALIŞTIRDIĞI İŞE GÖRE AYRI VE BAĞIMSIZ BİR NİTELİK TAŞIMAKTAYSA, İŞİ ALAN KİMSE ALT İŞVEREN DEĞİL, BAĞIMSIZ İŞVERENDİR. İŞ-

11 Yargıtay 21. HD. 2008/4432 E., 2008/7410 K., 06.05.2008 tarih

YERİNDEKİ ÜRETİMLE İLGİLİ OLMAYAN VE ASIL İŞİN TAMAMLAYICISI NİTELİĞİNDE BULUNMAYAN BİR İŞİN ÜSTLENİLMESİ HALİNDE, 506 Sayılı Yasa UYGULAMASI YÖNÜNDEN ARACIDAN SÖZ ETME OLANAĞI KALMAYACAK, ORTADA İKİ BAĞIMSIZ İŞVEREN BULUNACAĞINDAN, hizmet tespiti davasında husumetin asıl işverene değil, hizmet akdinin tarafı olan bağımsız işverene yöneltilmesi gerekecektir...”[12]

Mezkûr Hukuk Genel Kurulu kararı ile Yüksek Mahkeme, alt-asıl işveren ilişkisi niteliğinde bulunmayan, 2 ayrı bağımsız işverenin bulunduğu sözleşmelerde sorumluluğun hizmet akdi ile bağlı olunan tarafta olduğunu ve husumetin işbu tarafa yöneltilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, alt-asıl işveren niteliği taşımayan bağımsız sözleşmelerde, asıl işverenin alt işverenle birlikte müteselsil ve müşterek sorumluluğundan bahsedilmeyecektir. Elbette işbu tespitimizden, Yargıtay'ın kararlarında sıkça zikrettiği işyeri devri, muvazaa gibi diğer durumlara dair değerlendirmeler muaftır. Emsal kararlarla devam edecek olursak;

“...Uyuşmazlık, somut olayda davacı şirket ile Durmuş arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren mi, yoksa iş sahibi müteahhit ilişkisi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Yaptırılmakta olan bakım ve tadilat işinin kendi niteliği içinde tamamen bağımsız bir bütünsellik oluşturduğu dikkate alındığında, belirtilen bu maddi ve yasal olgular karşısında işin niteliği ve yürütümü bakımından otel işletmeciliği işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikteki bakım ve tadilat işinde sigortalı işçi çalıştırmayan otel işletmeciliği işvereni davacı şirketin 87. madde kapsamında asıl işveren olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, aralarındaki sözleşmede Durmuş'tan taşeron olarak söz edilmesinin sonuca etkili olmadığı, davacı şirket ile Durmuş arasındaki ilişkinin istisna akdine dayalı olduğunun kabulü gerekir...”[13]

Devamla, Yargıtay uygulamada sık sık karşılaşılan anahtar teslimi sözleşmeler için de aynı ilkeler ışığında karar vermektedir. Yargıtay'a göre, iştigal konusu inşaat olan taraflar arasındaki anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinin alt-asıl işveren ilişkisi olması mümkün değildir.

“...Dosya içeriğine göre, davalı ile yüklenici şirket arasındaki sözleşme başlı başına anahtar teslim inşaat işi olup, eser sözleşmesidir. Dolayısıyla davalı kooperatif ve yüklenici arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi değildir. Bu nedenle davalı kooperatife husumet yönelti-

12 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/21-497 E., 2010/590 K., 10.11.2010 tarih; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/15422 E., 2012/3174 K., 27.02.2012 tarih; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2012/21-75 E., 2012/280 K., 04.04.2012 tarih

13Yargıtay 21. HD., 2008/4432 E., 2008/7410 K., 06.05.2008 tarih

lemeyeceğinden açılan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmaya gerektirmiştir..."[14]

5. ALT İŞVERENİN İŞ YERİ DEVRİ

Asıl işverenle kurduğu iş ilişkisinde alt işveren, iş akdine konu işi asıl işverenin işyerinde ifa edecektir. Ancak, alt işverenin işyeri, asıl işverene göre ayrık ve bağımsız bir hukuki niteliğe sahiptir. Şöyle ki 4857 sayılı İş Kanunu 3. maddesinde "... alt işveren, bu sıfatla mal ve hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür" hükmü bulunmaktadır. Alt işverenin işyerinin bağımsız niteliği 1475 sayılı eski iş kanunu yürürlük zamanından beri yerleşik Yargıtay kararlarında zikredilen temel ilkelerdendir.[15]Dolayısıyla alt işveren bağımsız nitelikteki işyerini İş Kanunu hükümlerine uygun şekilde devredebilecektir.

"...İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde, mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 18.09.2008 gün 2006/26306 E, 2008/23980 K)..."[16]

Anlaşıldığı üzere, alt işveren bağımsız nitelikteki işyerinde İş Kanunu 6. maddesi uyarınca işyeri devri yapabilecektir. Uygulamada alt işverenin iş akdinin süresinin sona ermesi, yeni ihaleyi almaması gibi durumlarda işçilerin hukuki durumu ve iş kanunu ve iş güvencesi kapsamındaki haklarına dair sorumlulukları açısından sorunlarla karşılaşılmaktadır. Örnek vermek gerekirse eski alt işverenin işçilerinin, yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmesi, çalışmaya devam etmedikleri durumlarda iş akdi feshinin hukuki niteliği ve sonuçları, alt işveren işçilerinin asıl işveren yanında çalışmaya başlaması gibi sorunlar sayılabilir. İşbu sorunların birbirinden farklı şekilde tezahür eden hukuki neticelerini belirtmek gerekirse;

i. İşyerini devralan yeni işverenle eski işveren arasında devir sözleş-

14 Yargıtay 9. HD., 2008/20640 E., 2010/5868 K., 04.03.2010 tarih
15 Yargıtay HGK., 2001/9-711 E., 2001/820 K., 06.06.2001 tarih
16 Yargıtay 9. HD., 2009/25432 E., 2011/45458 K., 24.11.2011 tarih

mesi bulunması halinde; mezkûr sözleşme kapsamında yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam eden işçiler hakkında işyeri devri hükümleri uygulanacaktır. Yeni alt işverende çalışmayan işçilerin iş akdi ise eski alt işveren tarafından feshedildiği kabul edilir.

ii. Eski alt işverenin, işçilerini tamamen alarak işyerinden ayrılması halinde; yeni alt işverenin işyerinde yeni başlayan işçileri için herhangi bir devrin söz konusu olmadığı açıktır.

iii. Bir devir sözleşmesi bulunmamasına rağmen eski alt işverenin işçilerin işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde; yeni alt işveren nezdinde kesintisiz çalışmayı sürdüren işçiler açısından 4857 sayılı İş Kanunu 6. maddesine göre işyeri devrinin kabulü gerekmektedir. Yeni alt işveren çalışan işçilerin hizmet akitlerini devralmıştır. Dolayısıyla devralan alt işverenin yanında çalışanlar açısından bir fesih söz konusu olmayıp iş akitleri devam etmektedir. Bu nedenle, böyle bir devir durumunun varlığı halinde, işveren ve işçiler açısından, gerek hizmet süresi gerekse işçilik hak ve alacakları yönünden feshin hukuki sonuçları uygulanmayacak, hizmet akdinin fasılasız devam ettiğinin kabulü gerekecektir.[17]

"...Somut olayda davacının davalı Milli Piyango İdaresi işyerinde diğer davalının işçisi olarak çalıştığı, ihalenin başka şirkete verilmesi üzerine iş aktinin feshedildiği ve davacının ihaleyi yeni alan şirkette ara vermeden çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğinden işyerinin açık bir şekilde devredilmeyip zımni olarak devredildiği bellidir. Sosyal Sigortalar Kurumu'na yapılan çıkış bildirimi de alt işverenin kurumsal açıdan yaptığı olağan bir işlemdir. Bu nedenle devri ortadan kaldırmaz. Davacı da ertesi gün işi alan diğer alt işveren yanında başlayarak bu olguyu doğrulamıştır. Bu nedenle feshe bağlı kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağının reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır..."[18]

İşyeri devri olarak kabul edilmeyen iş ilişkileri açısından asıl işverenin sorumluluğu ile ilgili Yargıtay kararları oldukça dikkat çekicidir. Buna göre asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenlerin sorumluluğunu aşamaya-

17 Yargıtay 9. HD., 2008/9391 E., 2009/26150 K., 08.10.2009 tarih; "...Somut olayda davacı işçi alt işveren olan T... Ltd. Şti. nezdinde çalışmakta iken, bu şirketin ihaleyi kazanamaması nedeni ile 31.12.2005 tarihinde iş akdinin feshedildiğini ileri sürmüşse de, bu tarih sözleşme süresinin bitim tarihi olup, 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere alt işveren değişikliği olmuş, davacı işçi de çalışmasına devralan alt işveren nezdinde devam etmiştir. Bu durum işyeri devri olup, feshe bağlı haklar olan kıdem, ihbar tazminat ve izin ücreti gibi isteklerin doğması söz konusu olmaz (Dairemizin 2007/7239 E., 2007/34741 K. no.lu ve 2007/7240 E., 2007/ 34742 K. no.lu onama kararlan da bu yöndedir). Mahkemece feshe bağlı bu haklanın hüküm altına alınmış olması hatalıdır..."

18 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/9-589 E., 2011/740 K., 07.12.2011 tarih

caktır. Ancak kıdem tazminatı açısından, devreden alt işveren kendi döneminden sorumlu olurken, devralan alt işveren tüm dönemden sorumlu olacaktır.

"...Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. örneğin, işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. oysa, asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 Sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir..."[19]

Alt işverenlerin işyeri devri yaptıkları bir iş ilişkisinde, işçilerin kıdem tazminatı 4857 sayılı İş Yasası 6. maddesinde yer alan 2 yıllık sınırlama dikkate alınmaksızın devir öncesi ve sonrası tüm süreler dikkate alınarak hesaplanır. Ancak devreden alt işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki ücreti ile sınırlı sorumludur. Devreden alt işveren, devir tarihine kadar doğmuş ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarında sorumluluğu devir tarihinden itibaren 2 yıl süreyle sınırlı durumdayken ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinde bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ise ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağının tümünden sorumluyken, diğer işçilik alacakları yönünden devir tarihinden itibaren sorumludur.

19 Yargıtay 9. HD., 2008/9391 E., 2009/26150 K., 08.10.2009 tarih

"...Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur..."[20]

6. ALT İŞVEREN-ASIL İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MUVAZAA

4857 sayılı İş Yasasının 2/7. maddesinde muvazaalı işlemlerden bahsedilmiştir. Asıl işin bölünerek yaptırılması, asıl işveren işçilerinin alt işveren yanında çalıştırılması gibi durumlar muvazaalı işlem olarak nitelendirilmiştir. Bu maddeye göre;

"Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin MUVAZAALI işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Yüksek Mahkeme'nin de, alt işveren-asıl işveren ilişkisinde muvazaa konusunda çok sayıda kararı mevcuttur. Örneğin, Yargıtay, asıl işin bölünmezliği ilkesinin ihlalinin muvazaa olarak niteleneceği ve muvazaalı alt-asıl işveren ilişkisinde işçilerin, asıl işverenin işçisi sayılacağı şeklinde kararlar vermiştir.

"...Gerçekten; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde getirilen kural asıl işin bölünerek alt işverene verilmemesidir. Ancak asıl işindir bölümünün "işletmenin ve işin gereği" veya "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır.

20 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/9-589 E., 2011/740 K., 07.12.2011 tarih

Bu koşullar asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlarını oluşturmakta olup bu sınırların aşılması durumunda diğer bir deyişle alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması ya da MUVAZAALI bir ilişki içine girilmesi halinde alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem görecekleri hükme bağlanmıştır...

...Bu itibarla iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle böldüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı yaşanır 2. maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir. Alt işverenler tarafından görülmekte olan işlerin yukarıda belirtilen unsurları taşımadığı, asıl işveren alt işveren ilişkisinde davalı işverenin asıl işin bölümlerini MUVAZAALI olarak alt işverenlere verdiği dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır..."[21]

Tam tersi durumda ise, yani alt-asıl işveren ilişkisinde, asıl iş bölünmemişse, iş yardımcı iş niteliğinde ise muvazaanın varlığından bahsedilemeyecektir.

"...TEMİZLİK İŞİ YARDIMCI İŞTİR, DAVALI ÜNİVERSİTE İLE DAVACININ İŞVERENİ OLAN DAVA DIŞI ALT İŞVERENLER ARASINDAKİ İLİŞKİ YASAL UNSURLARINI TAŞIMAKTADIR. Davalı E...Üniversitesi Rektörlüğü'nün, feshin geçersizliği davasında pasif husumetinin bulunmadığı, davacının işe iade davasının iş sözleşmesini fesheden son işvereni olan alt işveren aleyhine açması gerekirken, muvazaa iddia ederek davalı aleyhine açmasının hukuka uygun olmadığı, davalının feshin geçersizliği isteminde taraf sıfatı bulunmadığı anlaşıldığından, davanın reddi gerekir..."[22]

Yüksek Mahkeme, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmasını muvazaa sayarken, alt işveren değişmesine rağmen yeni alt işveren yanında çalışmaya devam eden işçilerin varlığını muvazaa saymamaktadır.

"...Somut olayda davalı Bakanlığa bağlı Adana Numune ve Araştırma Hastanesi ile davalı C. Temizlik Ltd. Şti. arasında yapılan 14.1.2009 tarihli hizmet alım sözleşmesine göre hastanenin "malzemeli temizlik ve hastane destek hizmeti (sekretarya, teknik destek ve kalorifercilik

21 Yargıtay 9. HD., 2008/12851 E., 2008/8003 K., 10.04.2008 tarih
22 Yargıtay 9. HD., 2010/11733 E., 2010/11997 K., 03.05.2010 tarih

hizmeti, yük taşıma, bahçıvanlık, hasta karşılama, yönlendirme, bilgilendirme, santral hizmeti ve evrak transportu) hizmetleri davalı C. Temizlik Ltd. Şti.'ne verilmiştir. Davacı anılan sözleşme kapsamında davalı şirkete bağlı olarak sözleşme kapsamındaki işte çalışmış olup, iş sözleşmesi yazılı bir fesih bildirimi olmadan davalı şirketçe feshedilmiştir. Hizmet alım sözleşmesinin konusu olan hizmetlerin tamamı yardımcı işler olup, davacının temizlik işçisi olmasına rağmen fiilen sözleşmenin kapsamı dışında hastabakıcılık, hemşirelik gibi aslı işlerde çalıştırıldığı iddia ve ispat edilmiş değildir. Davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7.maddesi uyarınca mümkündür, idari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle bu tür düzenlemelere yer vermesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir. Mevcut olgulara göre geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesi bulunmaktadır. Mahkemece asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılarak davacının davalı Bakanlığa ait işyerine iadesi doğru olmamıştır..."[23]

Yüksek mahkeme yerleşik kararlarında, alt-asıl işveren ilişkisinin muvazaa yönünden incelenmesinde dikkat edilecek hususları teferruatlı olarak belirtme yoluna gitmiştir[24]. Buna göre;

"...Asıl-alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde,

Biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı,

Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları,

Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen

23 Yargıtay 9. HD., 2009/50102 E., 2010/6641 K., 15.03.2010 tarih

24 Yargıtay 9. HD., 2010/11733 E., 2010/11997 K., 03.05.2010 tarih, Yargıtay 9. HD., 2010/30244 E., 2010/24328 K., 20.09.2010 tarih

mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı;

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı;

Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı;

İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı;

Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir..."[25]

Alt-asıl işveren ilişkisinde muvazaanın bulunması halinde, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca alt işveren işçileri baştan beri asıl işverenin işçileri sayılacak, aradaki iş akdi bu tespitler göz önüne alınarak sonuç doğuracaktır. Ancak alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi tamamen muvazaalı hale getirmeyecektir. Böyle bir durumda, sadece başka işte çalıştırılan işçiler açısından asıl-alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilecektir.

7. ALT-ASIL İŞVEREN İLİŞKİSİNE MÜSTENİT DAVALARDA SORUMLULUK

4857 Sayılı İş Kanunu 6. maddesi; "asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu" olduğunu hükme bağlamış olup yerleşik Yargıtay karalarında işbu sorumluluğun müşterek ve müteselsil sorumluluk olduğu belirtilmiştir.

İşbu sorumluluğun iş davalarındaki görünümü ile ilgili emsal Yargıtay kararları aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

25 Yargıtay 9. HD., 2009/50102 E., 2010/6641 K., 15.03.2010 tarih

İ. İŞÇİLİK ALACAKLARI TALEPLİ DAVALARDA SORUMLULUK

İşçilik alacakları talepli davalarda, asıl ve alt işverenin birlikte sorumluluğu tartışmasızdır.[26] İşçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret alacağı, fazla çalışma alacağı, yıllık izin alacağı vb tüm taleplerinde, asıl ve alt işveren müşterek ve müteselsilen sorumlu olacaktır.[27]

"...Mahkemece yargılama sonunda verdiği kısa karar usule aykırı tefhim edildiği gibi gerekçeli kararda davacı işçinin tazminat ve alacaklarından davalı asıl işverenin ayrı, davalı ortak girişimi oluşturan davalı alt işveren şirketleri ayrı hüküm altında sorumluluklarına karar vermiştir. Oysa açıklandığı gibi asıl-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisine karşı ***asıl ve alt işverenler birlikte müteselsilin ve müştereken sorumludurlar.*** *Gerekçeli kararın hüküm fıkrasında asıl işveren yönünden ayrı, alt işverenler yönünden ayrı bentler altında tazminat ve alacakların iki kez infazına yol açacak şekilde karar verilmesi ve keza kabule göre de ortak girişimi oluşturan şirketlerin uyuşmazlıkta yeri olmayan B.K.'nun 523. Maddesi uyarınca altına alınan tazminat ve alacaklardan yarı yarıya sorumlu tutulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..."*[28]

İİ. İŞ KAZASI NEDENİYLE DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA SORUMLULUK

İş kazasından doğan tazminat davalarında da, asıl işverenin alt işverenle birlikte müşterek ve müteselsilen sorumlu olduğu tartışmasızdır.

26 Yargıtay 9. HD., 2008/17081 E., 2008/12162 K., 12.05.2008 tarih; "...Diğer yandan dava dışı T. Güvenlik Sistemleri Temizlik ve İnsan Kaynakları Ltd. Şti davalılara ait işyerinde yardımcı iş mahiyetindeki temizlik ve yemekhane hizmetlerini üstlendiğinden davalılar ile dava dışı şirket arasında asıl-alt işveren ilişkisi vardır.

Asıl işveren iş sözleşmesinden kaynaklanan tazminat ve alacaklardan 1475 Sayılı Yasa'nın l/son ve 4857 Sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca alt işveren ile birlikte sorumludur..."

27 Yargıtay 9. HD., 2008/23429 E., 2008/20721 K., 21.07.2008 tarih; Yargıtay 9. HD., 2007/24560 E., 2008/186 K., 18.02.2008 tarih; Yargıtay 9. HD., 2008/43245 E., 2009/25694 K., 05.10.2009 tarih; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunu kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

28 Yargıtay 9. HD., 2011/12247 E., 2011/13820 K., 09.05.2011 tarih

Yüksek Mahkeme'nin yerleşik kararları da bu doğrultudadır.[29]

"...Davalılardan A. Elektrik Makine İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin taşeronu olan davalılardan Y. Elektrik Ltd. Şti.'nin işçilerinden davacı, 30.6.2002 tarihinde, elektrik enerji nakil hattına ait direk üzerinde hat bağlantısı işinde çalıştığı sırada, izolatöre geçici olarak bağlanan çelik halatı çözmek için uzandığında üzerinde bulunduğu izolatörün ters dönmesi sonucu 14 metre yükseklikten aşağıya düşerek yaralanmış ve %100 malul kalmıştır.

İşin tamamı yerine bir bölümü devrolunduğunda devreden kişinin işverenlik sıfatı devam ettiğinden kusuru olmasa da olay tarihinde yürürlükte bulunan 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 1/son maddesi gereğince sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, enerji iletim hatlarının yapımı işi, davalılardan TEİAŞ Genel Müdürlüğü'nün asıl işi olup,

29 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/21-739 E., 2011/5 K., 02.02.2011 tarih; "...Somut olaya gelince; Davalılar arasındaki 05.12.2001 tarihli "Temizlik Hizmeti Sözleşmesi" ile Ankara Ticaret Odası Başkanlığı'nca Sögütözü Mevkii Ankara adresinde bulunan (ATO) binasının (içinde bulunduğu tüm boş alanlar, bahçe, otopark ve benzeri işyerlerinin bu sözleşme esaslarına göre) genel temizliğinin yaptırılması işi diğer davalı A... Tem. Güv. Hiz. Tur. ve İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti.'ye verilmiştir. Anılan sözleşmenin "Kapsam" başlıklı 3. maddesinin e bendinde; "İşbu sözleşme şartlarına ve esaslarına göre yapılacak her türlü temizlik, personel durumları ve benzeri işlerin takibi ve kontrolü (ATO) İdari İşler Müdürlüğü'nce yürütülecektir." ibaresi bulunmaktadır.

Sözleşmenin açıklanan niteliğine göre, davalı Ankara Ticaret Odası'nın diğer davalı temizlik firmasına işin tamamını devretmediği, yapılacak her türlü temizlik, personel durumları ve benzeri işlerin takip ve kontrolünün ATO İdari İşler Müdürlüğü'nce yerine getirileceği ve dolayısı ile ATO'nun üst işverenlik sıfatının devam ettiği anlaşılmakla; yerel mahkemece, davalılardan Ankara Ticaret Odası Başkanlığı'nın asıl işveren olduğunun kabulü ile davacı sigortalı işçinin manevi zararından alt işveren şirket ile birlikte davalı Ankara Ticaret Odası Başkanlığı'nın da müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuş olması yerinde olup, karar usul ve yasaya uygun olmakla onanması gerekir..."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2009/12196 E., 2011/2975 K., 08.03.2011 tarih;"...Davaya konu somut olaya gelince; davalılardan E. E.'e ait binanın çatı işinin, sözleşme ile verilen diğer davalılardan T. T.'a ait asıl işyeri çalışanları ile yapıldığı, ölen sigortalının da, bu davalıya ait asıl işlerinden bildirildiği anlaşılmaktadır. Davaya konu kaza sonrası yapılan işlem ile, davalılardan E. E. adına da "bina onarım tadilatı" belirtilerek, işyeri tescili yapıldığı görülmüştür. Mahkemece, davalılardan E. E.'in işverenlik sıfatının bulunmadığı belirtilerek, hakkındaki davanın reddine karar verilmiş ise de; hükmün, eksik incelemeye dayalı olduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle, iş kazasının meydana geldiği binada, sadece çatı onarımı işinin mi yapıldığı; yoksa, bunun dışında başkaca işler sebebiyle hizmet akdine dayalı çalışmaların bulunup-bulunmadığı, bina maliki olan davalılardan E. E.'in, binada yapılan başka işler sebebiyle sigortalı çalıştırıp-çalıştırmadığı araştırılmalı; sadece, çatı onarım işinin yapıldığının anlaşılması durumunda, işin sözleşme ile verilen davalılardan T. T. tarafından, asıl işyeri çalışanları ile yapıldığının anlaşılmasına göre, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmayacağından, şimdiki gibi karar verilmeli; binada, çatı onarımı dışında başkaca inşaat işlerinin de yapıldığı ve diğer işlerde de sigortalı çalıştırıldığının anlaşılması durumunda, binanın maliki olan davalılardan E. E., asıl işveren olarak sorumlu olacağından, kusur oran ve aidiyetinin buna göre araştırılıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekir..."

bu işi başka birine verse dahi işi alanla birlikte sorumluluğu devam edeceğinden, ***asıl işveren olarak taşeron şirketle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu*** *düşünülmeksizin, davalı TEİAŞ Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..."*[30]

İİİ. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA İŞE İADE DAVALARINDA SORUMLULUK

İşe iade davalarının sonuçlarından olan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti konularında da, kanunda belirtilen birlikte sorumluluğun bir tezahürü olarak, alt ve asıl işverenin müşterek ve müteselsilen sorumluluğuna hükmedilecektir.

"...Somut uyuşmazlıkta, davalılar arasında işyeri güvenliği ve itfaiye işinin yapılması için sözleşme bulunduğu, davacı işçinin işvereni olan şirketinin bu işi üstlendiği, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi olduğu, davacının iş sözleşmesinin davalı alt işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği de dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Davalılar arasında sözleşmeye konu olan kamu kurumuna ait işyerlerinin güvenliğinin sağlanması ve itfaiye işi asıl işin bir bölümü olmayıp, hizmet alım sözleşmesine konu iş alt işverenliğe verilebilecek niteliktedir. Davalı M. A.Ş. ile diğer davalı firma arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. ***Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olacağı kuralı dikkate alınmadan ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden birlikte sorumlu olduğu*** *gözden kaçırılarak, alt işveren yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalı bulunmuştur..."*[31]

Ancak asıl işverenin İş Kanunu 2. maddesi mucibince müşterek ve müteselsil sorumluluğu "işe iade" kararı için geçerli değildir. İşbu birlikte sorumluluk hali, yalnızca yukarıdaki Yargıtay kararlarında zikredilen tazminatlar açısından geçerlidir. Zira, işçinin iş akdini feshetmeye yetkili tarafın alt işveren olduğu, dolayısıyla da asıl işverenin taraf sıfatı bulunmadığı göz önüne alınmalıdır. Bu sebeple, işe iade "hükmünün" alt işveren hakkında kurulması gerektiği Yargıtay tarafından dile getirilmiştir.

30 Yargıtay 21. HD., 2011/256 E., 2011/2067 K., 10.03.2011 tarih

31 Yargıtay 9. HD., 2008/43245 E., 2009/22668 K., 05.10.2009 tarih; Yargıtay 9. HD., 2008/43245 E., 2009/25694 K., 05.10.2009 tarih; Yargıtay 9. HD., 2010/18207 E., 2010/16763 K., 07.06.2010 tarih

"...Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde, sözleşmede taraf sıfat bulunmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır..."[32]

Kısacası, işe iade talebi hakkında alt işverene yönelik hüküm kurulurken, tazminatlar konusunda her iki işverenin birlikte sorumlu olduğu yönünde hüküm kurulacaktır. Dolayısıyla, işe iade davalarında, asıl ve alt işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır.

"...Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun olup, maddi ve usuli bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür.

Böyle olunca, ***işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece, dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli,*** *verilen süre içinde, diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir..."*[33]

Bu sebeple, işe iade davasının sadece asıl işverene yöneltilmesi doğru değildir.[34] Husumette yanılma olarak nitelenen böyle durumlarda, Yüksek Mahkeme yerleşik kararlarında, davanın alt işverene yöneltilmesi için

32 Yargıtay 9. HD., 2010/18207 E., 2010/16763 K., 07.06.2010 tarih

33 Yargıtay 9. HD., 2011/4205 E., 2011/7310 K., 13.12.2011 tarih

34 Yargıtay 22. HD., 2011/5156 E., 2012/76 K., 16.01.2012 tarih; "...Davalı belediye, alt işverenlik ilişkisine dayandığına göre, davacının fesih sırasında kayıtlarda işvereni olarak gösterilen dava dışı şirketin de davada davalı safında yer alması gerekir. Dairemizin bu konuda oluşturduğu içtihat alt işverenlik ilişkisinin iddia edildiği durumlarda geleceğe dönük başka uyuşmazlıklara meydan verilmemesi bakımından alt işveren olduğu öne sürülen gerçek ya da tüzel kişinin de davada taraf olarak yer almasının gerekli olduğu yolundadır. Bu itibarla öncelikle, fesih sırasında davacının kayıtlarda işvereni olarak yazılı şirkete dava yöneltilerek dava kapsamına alınmalı, .."

süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir.[35] Ancak husumette yanılma olarak nitelenemeyecek durumlarda, işe iade davasının sadece asıl işveren aleyhine açılması mümkün değildir.[36]

35 Yargıtay 9. HD., 2010/23831 E., 2010/24220 K., 20.09.2010 tarih; "...Dosya içeriğine göre davacının alt işveren işçisi olarak davalı Sağlık Bakanlığı'na ait hastanede temizlik elemanı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Alt işverenlik uygulamasının kanuna uygun olması ve muvazaaya dayandığının iddia ve ispat edilmemesi karşısında işe iade davasının sadece asıl işveren konumunda olan davalı Sağlık Bakanlığı'na yöneltilmesi doğru değildir. Ancak, işini davalı Sağlık Bakanlığı'na ait işyerinde ifa eden işçinin gerçek işverenin kim olduğu konusunda yanılması mümkündür. Bu nedenle, davacının Sağlık Bakanlığı'na karşı açılması husumette yanılma olarak değerlendirilmeli, davacıya davasını ait işverene karşı yöneltmesi için usulüne uygun süre verilmeli, davacının davasını alt işverene yöneltmesi halinde yargılamaya devam edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir..."

36 Yargıtay 9. HD., 2010/49665 E., 2011/5998 K., 04.03.2011 tarih; "...Başka bir anlatımla, işe iade davası sadece asıl işveren aleyhine açılamaz.

Somut davada, davacı vekili, dava dilekçesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını, gerçek işvereninin ıSKı Genel Müdürlüğü olduğunu belirterek davayı bilinçli bir şekilde sadece ıSKı Genel Müdürlüğü aleyhine açmıştır. Bu durumda husumette yanılmadan söz edilmesi de mümkün değildir.

Dosyada mevcut delilere göre davacının davalı ıSKı Genel Müdürlüğü'nün bir kısım işlerini üstlenen dava dışı şirketin işçisi olduğu, davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı anlaşılmakla, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Yazılı gerekçe ile davalı kurum hakkında açılan davanın kabulüne karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

Öte yandan, Medeni Usul Hukukuna göre ancak davada taraf olan kişiler hakkında hüküm kurulabilir. Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen kişilere davanın ihbar edilmesi onları davanın tarafı haline getirmez. İhbar olunan kimse davada davalı sıfatı kazanamayacağı gibi, bu kişi aleyhine hüküm de kurulamaz. Mahkemece davanın ihbar edildiği dava dışı firma aleyhine hüküm kurulması da doğru olmamıştır..."

İDARİ USUL AÇISINDAN OMBUDSMANLIK VE AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI

Av. Tayfun ERCAN[1] - Av. Can YAMAN

Ülkemizde idarenin haksız eylem ve işlemleriyle ilgili olarak bireylerin hakları Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125 inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

İlk olarak, İsveç'te doğan ombudsmanlık kurumu İskandinav ülkelerinde, daha sonra Kıta Avrupasına, Amerika ve diğer bölgelerde uygulanmaya başlamıştır.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde yapılan uyum çalışmaları kapsamında ombudsmanlık kurumu 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile kabul edilmiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde, ombudsmanlık kurumunun nitelikleri, görev ve yetkileri konusunda genel açıklamalar yapılmıştır. İkinci bölümde Türk Hukukunda ombudsmanlık kurumu ve ilgili yasal düzenlemeler açıklanmıştır. Son bölümde ise, Avrupa Birliği'nde ombudsmanlık uygulaması İsveç, Danimarka, İngiltere, Fransa ve Avrupa Birliği Ombudsmanı boyutuyla ele alınmıştır.

I. OMBUDSMANLIKLA İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Ombudsmanlık kurumu, ilk kez İsveç'te oluşturulmuştur. Zamanla, dünyanın farklı ülkelerinde de kullanılan ombudsmanlığın tanımı ve görevi farklılaşmıştır. Bu yönüyle, ombudsmanlık için ortak bir tanım verilmesi mümkün görülmemektedir. Ancak, bir kurumun ombudsmanlık olarak nitelendirilebilmesi için en azından bazı asgari şartları taşınması gerekmektedir. Ombudsmanlığa ilişkin asgari şartların açıklanması bakımından, ombudsmanın nitelikleri ile görev ve yetkilerinin açıklanması gerekmektedir.

1. Ombudsmanlık Kurumunun Nitelikleri

Ombudsmanlık kurumu, idareyi denetlemeyen bir mekanizmadır.

---

1 İstanbul Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi

Ombudsmanlık sisteminin uygulandığı her ülkede ombudsman, idarenin eylem ve işlemleriyle ilgili olarak denetim yetkisini kullanmaktadır[2]. Kural olarak, ombudsman, özel hukuk uyuşmazlıkları, yasama ve yargı işlemleri kapsam dışındadır. Ancak, bazı ülkelerde bu kuralın aksi istisnai olarak uygulanabilmektedir. Örneğin, İsveç'te yargısal işlemlerin ombudsman tarafından denetlenmesi mümkündür[3]. Polonya'da ise ombudsman yasaların Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmektedir[4].

Ombudsman, üstlendiği görev itibariyle, yürütmeden ve parlamentodan bağımsız bir kurumdur[5]. Talimat verilmesi, kararlarının etkilenmesi ya da yeniden gözden geçirilerek düzeltilmesi mümkün değildir. Zaten aksi bir uygulamada, ombudsmanlık kurumu siyasal iktidarın hakimiyeti altına girerek işlevini yitirecektir. Ombudsmanlar, bağımsızlığın bir yansıması olarak tarafsız olmalıdır. Görevlerini ifa ederken, vatandaşlar arasında ırk, dil, din ya da inanç gibi ayrımlar yapmayarak adaletin sağlanmasına katkıda bulunurlar. Tarafsızlık, görevin ifası bakımından önem taşıdığından, tam bir tarafsızlığın sağlanması için parlamento üyesi olamama, ücret ya da gelir karşılığı bir yerde çalışamama gibi sınırlamalar öngörülebilmektedir.

Ombudsmanın seçilme yöntemi, bu kurumun bağımsızlığı yönünden oldukça önem taşımaktadır. Parlamento, ombudsmanları, kural olarak, hukuk bilgisini iyi olan, kamu yönetimi yapısına hakim, olumlu ilişkiler kuran kişiler arasından seçer. Bu kuralın istisnai uygulamaları: İngiltere (parlamento komiserini kraliçe atar), İrlanda'da (ombudsman parlamento kararından sonra Cumhurbaşkanı tarafından atanır), Fransa'da (C. başkanının imzasını taşıyan Bakanlar kararı ile atanır) Ombudsmanın bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından önem taşıyan diğer bir konuda görev süresidir[6]. Genel olarak, ombudsmanın görev süresi, parlamento süresi ile sınılanmaktadır.

---

2 Mustafa Büyükavcı, "Ombudsmanlık Kurumu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S:4, Güz 2008, s. 10-13.

3 Doğan Kestane, "Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)", Maliye Dergisi, S:151, Temmuz – Aralık 2006, s. 129.

4 Ö. Baylan, "Yurttaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikayetleri ve Türkiye için İsveç Ombudsman Formülü", T.C. İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, no.12, Ankara, s.1-2.

5 Kemal Özden, "Ombudsman; Yeni Bir Yönetim Anlayışı İçin Bir Model", Tasam Yayınları, İstanbul, 2005, s 54-55.

6 Seriye Sezen, "Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm? Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Amme İdaresi Dergisi, C.34, S:4, Aralık 2001, s. 71-96.

Ombudsmanın bağımsızlığı ve tarafsızlığı yaş ile de ilgilidir. Zira, görevi bittikten sonra siyasete atılmayı planlayan ombudsman görevini gereği gibi yapamayacaktır. Ombudsmanın, yaş ve mesleki açısıdan belirli bir düzeye ulaşmış kişiler arasından seçilmesinin altında yatan temel neden budur.

Diğer bir konu ise, bütçe ve maaştır. Bütçenin, parlamentonun kontrolünde olduğu bir durumda ombudsmanın bağımsızlığından söz edilmesi kendi içinde çelişmektedir.

Ombudsman tarafından verilen kararlar hukuki açıdan bağlayıcı değildir[7]. Yargı kararlarından farklılaştıran yönü de budur. Bu durumun yansıması olarak, idarenin ombudsmanın kararı doğrultusunda işlem ve eylem yapma zorunluluğu bulunmadığı gibi verilen karar, işlemi kaldıramaz ve değiştiremez. Verilen karar bir nevi, tavsiye niteliğindedir.

Ombudsman, üstlendiği görev itibariyle kamu belgelerine ve arşivlerine kolay bir şekilde ulaşma hakkına sahiptir[8]. Bu sınırsız bir erişim hakkıdır. Kamu görevlilerinin talep edilen bilgi ve belgeleri belirli bir süre içinde ombudsmana sunma zorunluluğu bu hakkın doğal sonucudur. Bu hakkı, haklı bir gerekçe olmaksızın ihlal eden kamu görevlileri hakkında soruşturma açılır[9]. Ancak zaman zaman gerek ticari sır gerekse de devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgelere ulaşamayabilir.

Ombudsmana yapılan başvuru ücretsizdir. Kolay bir şekilde ve doğrudan ulaşılması hedeflenir. Bu bakımdan, başvurular formalite ve şekil şartı aranmaksızın yapılır. Şikayete konu olayı anlatan dilekçe ile olaya ilişkin belgelerin verilmesi yeterlidir. Bazı durumlarda ombudsman, resen harekete geçerek idarenin eylem ve işlemleriyle ilgili inceleme ve soruşturma başlatabilir.

Yabancılık unsuru taşıyan başvuruların kabul edilmesi "karşılıklılık ilkesi" ne bağlıdır[10].

Ombudsman tarafından verilen kararlar tavsiye niteliği taşıdığından, bu kararların kamuoyu ile paylaşılması gerekir. Dolayısıyla, ombudsman ile medya arasında sıkı bir ilişki vardır.

---

7 Okan Veli Şafaklı, "Kamu Denetiminde Etkinlik Aracı Olarak "Ombudsman" Ve AB Sürecinde KKTC'deki Uygulamaya Karşılaştırmalı Bir Bakış", Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi, C:11, S:2, 2009, s.161.

8 Ali Fuat Gökçe, "Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y:2012, C:17, S:2, s.203-227.

9 T. Erhürman, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü ?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, S. 1–4, Ankara 2000, s.159.

10 Hayrettin Eren, "Ombudsman Kurumu", AÜHFD, C:4, S:1-2, 2006, s. 80.

2. Ombudsmanın Görev ve Yetkilerinin Kapsamı

Ombudsmanlık kurumu, idarenin denetlenmesi ihtiyacından ortaya çıkmıştır[11]. Kural olarak, özel hukuk uyuşmazlıkları ile yasama ve yargı işlemleri kapsam dışındadır.

Ombudsmanın görevleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- Bireylerin, idarenin haksız eylem ve işlemlerine karşı korunması,
- Kişisel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması
- İdare ile bireyler arasındaki ilişkideki eşitliğin ve hakkaniyetin sağlanması,
- İdare ile bireyler arasındaki ilişkinin geliştirilmesi,
- Yargının yükünün azaltılması

II. TÜRK HUKUKUNDA OMBUDSMANLIK KURUMU

Ombudsmanlık kurumunun, Osmanlı'da yöneticilerin eylem ve işlemlerine karşı başvuru yolu olarak öngörülen "Ahilik", "Şeyhülislamlık" ve "Divan-ı Hümayın" gibi kurumlardan esinlenerek oluşturulduğu yönündeki görüşler sıklıkla ileri sürülmektedir[12].

1. Ombudsmanın Görev ve Yetkileri İle Seçilme Usul ve Esasları

Ombudsmanlık kurumu, 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu'nun yasalaşmasıyla birlikte yasal alt yapıya kavuşmuştur. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur. Kurum, Başdenetçilik ve Genel Sekreterlikten oluşur. Kurumda bir Başdenetçi ve beş denetçi ile Genel Sekreter ve diğer personel görev yapar. Kurum gerekli gördüğü yerde büro açabilir. Başdenetçilik, başdenetçi ve denetçilerden oluşur. Kurumun temsil ve yönetimi Başdenetçiye aittir. Başdenetçi, denetçiler arasındaki koordinasyonu ve uyumu sağlar.

Başdenetçi ve denetçilerin nitelikleri ile seçimleri hakkındaki hususlar Kanunun 10. ve 11. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, başdenetçi veya denetçi seçilebilmek için aşağıdaki şartların varlığı gerekir:

- Türk vatandaşı olmak.
- Seçimin yapıldığı tarihte başdenetçi için 50, denetçi için 40 yaşını doldurmuş olmak.

---

11 M. Oytan,"Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme", Danıştay Dergisi, Yıl:5, S.18- 19, s.193.

12 Galip Demir, "Ombudsman Aranıyor", Ahilik Araştırmaları Yayınları, İstanbul, 2002, s 131.

- Tercihen dört yıllık eğitim veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idarî bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak.
- Kamu kurum veya kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak.
- Kamu haklarından yasaklı olmamak.
- Başvuru sırasında herhangi bir siyasi partiye üye olmamak.
- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına ya da affa uğramış olsa veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile Türk Ceza Kanununnn ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.

Aynı Kanun'un 11. maddesinde ise, ombudsmanın seçilme, atanma usul ve esasları açıklanmıştır. Buna göre, başdenetçi veya denetçilerden birinin görev süresinin bitmesinden doksan gün önce, bu görevlerin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde ise sona erme tarihinden itibaren onbeş gün içinde durum, Kurum tarafından Başkanlığa bildirilir. Başkanlık tarafından ilan edilen başvuru süresi içinde, 10. maddede yazılı niteliklerita şıyanlardan, Başdenetçi veya denetçi aday adayı olmak isteyenler Başkanlığa başvuruda bulunurlar. Komisyon, Başdenetçi seçiminde başvuruda bulunan aday adayları arasından üç adayı, başvuru süresinin bittiği tarihten itibaren on beş gün içinde belirleyerek Genel Kurula sunulmak üzere Başkanlığa bildirir. Genel Kurul, bildirim tarihinden itibaren on gün içinde, Başdenetçi seçimlerine başlar. Başdenetçi gizli oyla seçilir. Komisyon tarafından oluşturulacak alt komisyon, başvuruda bulunan aday adayları arasından, seçilecek denetçi sayısının üç katı kadar adayı, başvuru süresinin bittiği tarihten itibaren on beş gün içinde belirler ve Komisyona sunar. Komisyon sonraki on beş gün içinde denetçi seçimlerini yapar.

Meclis, başdenetçi ya da denetçileri, meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunlukla seçer.

Başdenetçi ya da denetçiliğe seçilenlerin, görev yaptıkları görev süresi boyunca eski görevleriyle ilişikleri kesilir.Hiçbir makam ya da merciden emir ve talimat almayan başdenetçi ya da denetçinin görev süresi 4 yıldır. Görev süresi sona eren ombudsman, sadece bir dönem daha olmak üzere yeniden başdenetçi ya da denetçi seçilebilir.

Başdenetçi ve denetçilerin görevleri sebebiyle bir suç işledikleri öne sürüldüğü takdirde haklarında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanının iznine bağlıdır. İzin verilmesi veya verilmemesine ilişkin karara karşı itiraz mercii, Danıştayın ilgili dairesidir. Başdenetçi ve denetçiler hakkındaki soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılır. Açılacak kamu davası, Yargıtayın ilgili ceza dairesinde görülür. Temyiz mercii, Yargıtay Ceza Genel Kuruludur.

Başdenetçiye Başbakanlık Müsteşarı, denetçilere Başbakanlık müsteşar yardımcıları için belirlenen her türlü ödemeler dahil mali haklar tutarında aylık ücret ödenir.

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu uyarınca, kamu denetçiliği kurumu gerçek ve tüzel kişilerin, idarenin işleyişi ile ilgili şikayetleri üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir[13].

Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirleri, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemleri, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri, Kamu denetçinin görev alanı dışındadır.

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'na göre, Başdenetçinin ve denetçinin görevleri aşağıda sıralanmıştır:

- Kuruma gelen şikayetleri incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak.
- Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikleri hazırlamak.
- Yıllık raporu hazırlamak.

13 Billur Yaltı, "Vergi Uyuşmazlıklarında Yeni Başvuru Yollarının Yargıya Etkisi: Ombudsman Başvurusu ve Bireysel Başvuru", Vergi Sorunları Dergisi, S:286, Temmuz 2008, s. 110.

- Yıllık raporu beklemeksizin gerek gördüğü konularda özel rapor hazırlamak.
- Raporları kamuoyuna duyurmak.
- Yokluğunda kendisine vekalet edecek denetçiyi belirlemek.
- Birisi kadın ve çocuk hakları alanında görevlendirilmek üzere, denetçiler arasındaki iş bölümünü düzenlemek.
- Genel Sekreteri ve diğer personeli atamak.
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Denetçilerin görevleri ise aşağıda sıralanmıştır:

- Bu Kanunda verilen görevlerin yapılmasında Başdenetçiye yardımcı olmak.
- Başdenetçi tarafından verilen görevleri yapmak.
- Kamu denetçisi, bilgi ve resmi belgeleri isteyebilecek, şahit dinleyebilecek ve bilirkişiatayabilecektir. Denetçi tarafından istenen devlet sırrı veya ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler dışındaki tüm bilgi ve belgelerin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur. Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve gelgeler başdenetçi ya da denetçi tarafından yerinde incelenebilir. Haklı bir neden olmaksızın bu talep yerine getirilmediği takdirde, Başdenetçi ya da denetçinin başvurusu üzerine soruşturma açılır.

2. Başvuruya İlişkin Usul ve Esaslar

6328 sayılı Kanun, kamu deneçisinin re'sen harekete geçmesi konusunda yetki vermemiştir. Kuruma, gerçek ve tüzel kişiler başvurabilirler. Başvuru; başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, yerleşim yeri veya iş adresini ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için vatandaşlık kimlik numarasını, yabancılar için pasaport numarasını, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve yerleşim yeri ile yetkili kişinin imzasını varsa merkezi tüzel kişilik numarasını ve yetki belgesini içeren Türkçe dilekçe ile yapılır. Bu başvuru, yönetmelikte belirlenecek şartlara uyulmak kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir. Yapılan başvurulardan;

- Belli bir konuyu içermeyenler,
- Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olanlar,
- İkinci fıkrada belirtilen şartları taşımayanlar,

- Sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılanlar, incelenmez.

Başvuruda bulunulabilmesi için idari başvuru yollarının ve özel kanunlarda düzenlenen zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir. İdari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Telafisi güç ve imkansız zararların doğma ihtimali bulunduğu takdirde, başvuru yolları tüketilmiş olmasa dahi yapılan başvurular kabul edilebilir.

Başvurular, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar vasıtasıyla yapılabilir. Başvurular ücretsizdir. İdare, Kurum tarafından kendisine bildirilen başvuru ile ilgili olarak altmış gün içinde cevap vermezse, bu sürenin bitiminden itibaren 6 ay içinde başvurulabilir. Başvuru tarihi, dilekçenin kuruma, valilik ya da kaymakamlığa verildiği ya da ulaştığı tarihtir. Başvuru dava açma süresi içinde yapılmışsa, işlemeye başlamış olan dava açma süresi kendiliğinden durmaktadır. Kamu denetçisi, yaptığı inceleme ve araştırma neticesinde ulaştığı sonucu ya da çözüm önerisini en geç altı ay içinde başvurucuya ve ilgiliye bildirir. İdari makamlar, çözüm önerisini uygulanabilir nitelikte görmezse gerekçelerini otuz gün içinde Kamu Denetçiliği Kurumu'na bildirir. İdarenin tavsiyelerini dinlemeyen idareler Meclis'e bildirilir. Ancak Meclis'in bu konuyla ilgili nasıl bir tutum izleyeceği konusunda açık bir düzenleme mevcut değildir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE OMBUDSMANLIK UYGULAMASI

Ombudsmanlığı ilk kez anayasal bir kurum olarak düzenleyen ülke İsveç'tir. İlerleyen dönemlerde, diğer ülkelerde kendi siyasi, idari, ekonomik ve sosyal yapılarına göre farklı şekilde uygulamıştır. Bu bölümde, başta İsveç olmak üzere bir kısım AB ülkelerinde geçerli olan ombusmanlık uygulamaları açıklanacaktır.

1. İsveç

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra giderek yaygınlaşan ombudsmanlık ilk kez 1809 yılında İsveç Anayasası'na girmiştir[14]. Başlangıçta, parlamento adına idarenin işlemlerini ve eylemlerini denetlemek için kurulmuştur. Ancak, sonradan, yapısı farklılaşarak bireylerin haklarını koruyan bir denetim mekanizması halini almıştır. İsveç'te parlamento ombudsmanı dört kişiden oluşur ve sadece parlamentoya karşı sorumludur[15]:

- Başombudsman: Uygulama esasları, kararlara erişim ve kararla-

14 Oytan, a.g.m., s.193.

15 Oktay Bahadır, "Ombudsmanlık Kurumunun İsveç, İngiltere Ve Fransa İle Karşılaştırmalı İncelenmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:1, Nisan 2010, s. 364.

rın uygulanması ve personelle ilgili konularda yetki sahibidir. Diğer ombudsmanlara müdahale edemez.

- İkinci ombudsman; mahkemeler, savcılıklar, polis ve hapishane konularında yetki sahibidir.
- Üçüncü ombudsman; ordu ile ilgili konularda ve diğer ombudsmanların kapsamına girmemek kaydıyla diğer tüm idari işlemlerde yetki sahibidir.
- Dördüncü ombudsman, vergiler ve sosyal hizmetler konularında yetki sahibidir.

Bunlara ilaveten, Tüketici ombudsmanı, çocuk ombudsmanı gibi ombudsmanlıklar da mevcuttur.

Ombudsmanlar, parlamento tarafından dört yıllığına seçilir. Karar, oy birliği ile verilmelidir[16]. Görev süresi biten ombudsman yeniden seçilebilir. Yaş bakımından bir sınırlama olmasada genellikle kırk yaş ve üzeri kişiler arasından seçilir. Ombudsman, parlamento tarafından görevden alınabilir[17].

Ombudsmanın yetkileri, askeri ve sivil konularında yer aldığı geniş bir alana yayılmıştır. Bu denetimin kapsamına, merkezi ve yerel kuruluşlar, kamu şirketlerinde çalışanlar, ordu mensupları, mahkemeler, kiliseler girmektedir. Belediyelerin karar alma organları bu denetimin dışındadır. Ombudsman parlamento adına hukuka uygunluk ve yerindelik denetimi yapmaktadır.

Ombudsman, denetlemeyeceği kurumlarda bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak parlamento yönetim kurulu, parlamento seçim kurulu vb. gösterilebilir.

Ombudsman, şikayet üzerine ya da resen harekete geçebilir. Başvurular yazılı olmalı, şikayete konu kurum, işlem, eylem, başvurucunun adı gibi ayrıntıları içermelidir. Kural olarak, eylem veya işlem üzerinden iki yıl geçtiği takdirde bu ihlaller başvuruya konu edilemeyecektir. Kamu yararı söz konusu ise başvuru işleme konu edilebilir.

Ombudsmanlığa başvuru için, iç hukuk yollarının tamamının tüketilmesi şartı bulunmamaktadır. Şikayetler ücretsizdir. Kolay bir şekilde yapılması esastır. Şikayetler, genellikle altı aylık süre içinde karara bağlanır. İsveç parlamento ombudsmanı örneğin gazete haberleri, tv programları gibi haberler sonucunda res'en de harekete geçebilir.

16 Djahan Muradova, "Ombudsmanlık Kurumu Ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yönetim Bilimleri Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 73.

17 Bahadır, a.g.e., s. 364.

Ombudsmana başvurulduğunda öncelikle, şikayetin doğruluğu araştırılır. İkinci aşamada, ombudsman idareden açıklama yapmasını ister. Devletin güvenliği ilgili bilgi ve belgeler dışında ombudsmana şikayet konusu olayla ilgili her türlü bilgi ve belgenin verilmesi zorunludur. Aksi takdirde, kamu görevlileri idari para cezası ile cezalandırılır. Ombudsman şikayet konusu olayla ilgili denetim yapabileceği gibi bilirkişiye başvurabilir ve tarafları dinleyebilir. Ombudsman tarafından verilen kararlar kamuoyuna açıklanır.

2. Danimarka

Ombudsmanlık, ilk çıktığı tarihlerde İskandinav ülkelerinde uygulanmıştır. II. Dünya Savaşı'ndan sonra Danimarka Ombusdmanlığı kurmuştur[18]. Görev ve yetkileri daha dengeli ve gerçekçi şekilde belirlendiği için bu kurumun yayılmasına önemli bir rol üstlenmiş ve çoğu ülke tarafından model olarak alınmıştır.

Danimarka'da ombudsman, parlamento tarafından her genel seçim sonrasında seçilir. Ombudsmanın görevi boşaldığında ise parlamento kendi adına asker ve sivil merkezi yönetimi denetlemesi için bir ya da iki ombudsman seçer[19]. Aynı kişi, iki kez seçilebilir. Emeklilik yaşı yetmiştir. Hukuk fakültesi mezunu olması gerekir. Göre süresi br seçim dönemini kapsar. Ancak, ombudsmana duyulan güven yitirilirse bu süreden önce görevden alınabilir. Ombudsman, istifa etmek istiyorsa bunu altı ay öncesinde haber vermek ve bir ay sonunda geçerli olacak şekilde istifa edebilir. Görevinden ayrılan ombudsman, yerel meclis komisyonunun izni olmadan kamu ya da özel sektörde çalışamaz. Ombudsmanlık kurumunda çalışacak personelin atanması ve görevden alınması ombudsmana aittir.

Ombudsman, sivil ve askeri kuruluşları, merkezi hükümet ile yerel hükümeti denetler. Yani bakanlar, bürokratlar, kilise görevlileri de ombudsman tarafından denetlenir. Yerel yönetimler üzerindeki denetim yetkisi sadece, bunların çalışanları ve komiteleriyle sınırlıdır.

Kişisel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünenler tarafından yapılan başvurular üzerine ombudsman, devlet kuruluşlarını inceleyerek gerekli gördüğü takdirde sorumlula hakkında idari ve cezai tatbikatın yapılmasını isteyebilir. Burada ombudsmanların inceleme yetkisine bir sınırlama getirilmiştir. Ombudsman, ancak mahkemelerin inceleyebileceği gizli belgeleri inceleyemez. İnceleme sırasında, yasalardaki, idari düzenlemeler ve usullerdeki eksiklikleri parlamentoya ya da bakana bildirir.

18 Namık Kemal Ergani, "Danimarka Ombudsmanı", Danıştay Dergisi, S.105, 2003, s. 3.
19 Oytan, a.g.m., s.193.

Anayasa Mahkemesi hakimleri ve katipleri, hakimler, Adalet Mahkemesinin üst düzey yöneticileri gibi bazı kurum ve kişiler ombudsmanın yetkisi dışındadır. Ancak, temel hak ve özgürlüklerin zedelendiği durumlarda yerel yönetimlerin şikayeti üzerine yetki kapsamı dışında kalan konular denetlenebilir.

Danimarka'da uygulanan ombudsmanlık sisteminde idari kararların feshedilmesi, değiştirilmesi mümkün değildir. Ombudsmanın kararları bağlayıcı değildir. Doğrudan ceza kovuşturma yetkisi yoktur. Kamu görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri suçlar tespit edilirse idari makamlardan disiplin soruşturma ve savcılıktan cezai kovuşturmanın yapılmasını isteyebilir.

İncelemeler sırasında bakanın veya eski bakanın özel hukuk ya da ceza hukuku bakımından sorumluluğunu doğuran bir olayla karşılaşıldığı takdirde, ilgili şahıs hakkında işlem yapılabilmesi için yerel meclise öneride bulunabilir. Yine, idari düzenleme ve işlemlerde ihmallerin varlığı tespit edilirse, bu durum, yerel meclis ya da kabine bakanına aktarılır.

Ombudsman, yerel meclise yıllık rapor sunar. Hazırlanan rapor, kamuoyu ile paylaşılır. Ombudsmanın, idareye yaptığı tavsiyeler yerine getirilmezse ombudsman dava açılması konusunda şikayetçiye adli yardımda bulunulmasını Adalet Bakanlığı'ndan talep edebilir[20].

Ombudsmana başvurular yazılı olarak yapılabilr. Başvuruya olayla ilgili bilgi ve belgeler eklenir. Başvurunun yapılması bakımından maddi olayla kişi arasında bağlantının ve hukuki yararın bulunması ve tüm iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir. Başvurular, kararın kesinleştiği tarihten itibaren 12 ay içinde yapılmalıdır. Ombudsmanın resen harekete geçtiği durumlarda iç hukuk yollarının tüketilme şartı ve zamanaşımı kendiliğinden kalkar. Başvurular, iadeli taahhütlü olarak ya da başka bir yolla yapılabilir. Başvuru ücretsizdir ve şikayetçinin ülke vatandaşı olması şart değildir. Şekil şartı bulunmasa da şikayetçiye ait isim ve adres bilgilerinin bulunması zorunludur.

3. İngiltere

İngiltere'de adli mahkemeler ve parlamento üyeleri aracılığıyla hak aranması mümkündür[21]. İngilitere'de adli ve idari yargı ayrımı bulunmadığı için idare ile vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıklar adliye mahkemelerince çözümlenir. Yargısal denetimin yanında parlamento denetimi te-

20 Oytan, a.g.m., s.193.

21 M. Akif Özer, "İngiltere'de Yönetimin Denetiminde Özgün Bir Kurum: Parlamento Komiserligi", Türk İdare Dergisi, S. 416–417, 1997, s.59.

mel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından etkin bir rol oynamaktadır. Parlamento denetimi, milletvekilleri vasıtasıyla yapılır. İngiltere'de kamu yönetimleri ile bakanlıklar parlamentoya karşı sorumlu olan bakan tarafından idare edilir. Milletvekilleri, vatandaşların yaptığı şikayetleri bakana iletir.

Parlamento komiseri, Başbakanın, muhalefet partisi lideri ve parlamento komiseri komitesi başbakanıyla gerçekleştirilen görüşme sonucunda belirlenen öneri üzerine Kraliçe tarafından atanır[22]. Kraliçe, yaptığı atamayı bir mektupla parlamentoya bildirir. Seçim değil, atanma usulü uygulanır. Parlamento komiseri için öngörülen bir görev süresi bulunmamaktadır. Emeklilik yaşına kadar göre yapabilir. Ancak, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasının önerisi üzerine Kraliçe tarafından görevden alınabilir. Parlamanto komiseri bağımsızdır. Hiyerarşik bakımdan üstü bulunmaz. Dolayısıyla emir ve talimat almaz. Kendi personelini atayabilir.

Parlamento komiseri, merkezi kuruluşlar ile tüzel kişiliği olan veya olmayan kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı eylem ve işlemler sonucunda temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen özel hukuk tüzel kişilerinin şikayetlerini inceler, soruşturur ve hazırladığı raporunu parlamentoya sunar[23]. Parlamento komiseri, Büyük Britanya toprakları üzerindeki ülkelerde (İskoçya, Galler) denetleme yetkisine sahiptir. Kuzey İrlanda'da ayrı bir ombudsmanlık bulunur. Ombudsmanlığı düzenleyen yasal düzenlemede parlamento komiserinin denetleyemeyeceği konu ve kuruluşlar listelenmiştir. Örneğin, suçluların iadesi, af yetkisi, yargısal işlemler kapsam dışındadır.

Parlamento komisyeri, sadece inceleme yetkisine sahiptir. Başka kanuni yetkisi bulunmamaktadır[24]. Görevi, şikayete konu eylem ve işlemleri incelemek ve bu konuda rapor hazırlamaktır. İdari eylem ve işlemleri değiştirmeye yetkili değildirler.

Ombudsmana doğrudan başvuru yapılamaz. Başvurda bulunabilecek kişiler yasada belirlenmiştir. Avam kamarası üyesi bir parlamenter vasıtasıyla başvuru şahsen yapılabilir. Vatandaşın doğrudan başvurması mümkün değildir. Resen soruşturma başlatamaz.

Şikayetin yapılabilmesi bakımından şikeytçi İngiltere'de oturmalıdır.

22 Taykan Ataman, "İngiltere'de Ombudsman Kurumu (İdarenin Parlamento Tarafından Denetimi)", Türk İdare Dergisi, S:400, 1993, s. 219.

23 Süleyman Arslan, "İngiltere'de Ombudsman Müessesi", Amme İdaresi Dergisi, TODAİE Yayınları, C: 19, S:1, Ankara, 1986, s. 158.

24 S. Arslan,"İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", Amme İdaresi Dergisi, C.19, S.1, Mart 1986, s.157.

Başvuru için süre sınırlaması bulunmamaktadır. Ancak, idarenin eylem ve işlemlerinden şikayetçi olan kişilerin bu eylem ve işlemleri öğrendikleri tarihten itibaren 12 ay içinde Avam Kamarasına başvurmak zorundadır. İç hukuk yollarının tüketilmesi şarttır. Parlamento komiseri haklı bir nedeni varlığı halinde zamanaşımına uğrayan bir başvuruyu da kabul edebilir. Parlamento, yapılan başvuruları önce yetki bakımından inceler, kendi yetki alanı kapsamında görürse gerekli çalışmalara başlar. Parlamento komiserinin şikayet konusu olayla ilgili talep ettiği resmi kayıt ve belgelerin verilmesi gerekir. Parlamento komiseri vardığı sonucu bir raporla şikayetin inelenmesi için başvuruda bulunan parlamentere, şikayetçiye ve idareye bildirir. Ombudsmanın vardığı sonuç kapsamından idare eyleme geçmezse, ombudsman bu durumu, özel bir raporla Avam ve Lordlar kamarasına bildirebilir.

4. Fransa

Ombudsmanlık çoğu ülkede temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından etkili bir araç olarak kullanılmışsa da Fransa'da durum daha farklıdır. Ombudsmalık, yargısal yollara ilave olarak öngörülen ve bireylerin doğrudan başvuruda bulunabileceği bir kurum olarak ortaya çıkmıştır[25].

Ombudsman (mediateur) , altı yıl için seçilir. Görev süresi sona eren ombudsman yeniden seçilemez. Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle atanır. Ombudsman (mediateur), yasama ve yürütmeye karşı bağımsızdır ve göreviyle ilgili işlemlerinden ve açıklamalarından ötürü soruşturulamaz, sorgulanamaz, kovuşturulamaz, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Göreviyle ilgili konularda emir ve talimat almaz. Ombudsman (mediateur), ek bir kamu görevi yapamaz.

Ombudsmanın (mediateur), denetleyeceği kurum ve kuruluşlar kendi kanununda düzenlenmiştir[26]. Örneğin, merkez ve taşra teşkilatı, yerel yönetimler, kamu hizmeti gören özel hukuk kuruluşları. İdari yargı üzerinde denetim yetkisi bulunmayan Ombudsmanın (mediateur), kamu personeli ile idare arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamaz.

Ombudsmanın (mediateur), çalışmaları sırasında yapılmasını gerekli gördüğü yasal düzenlemeleri bildirebilir.

Fransa'da ombudsman (mediateur), daha çok bir arabulucu rolüne

25 Yıldırım Uler, "Ombudsman (Kamu Denetçisi)", Türkiye'de Kamu Yönetimi, Burhan Aykaç, Şenol Durgun ve Hüseyin Yaman (der.), Yargı Yayınevi, Ankara 2003, s.472.

26 Ramazan Şengül, "Fransa'da kamu Yönetiminin Denetlenmesinde Kamu Arabulucusunun (Mediateur de la Republique) Rolü, Danıştay Dergisi, Y.32, S. 105, Ankara 2003, s. 31–37.

sahiptir. Uzlaştırma tekniklerinden yararlanarak idare ile vatandaşlar arasındaki uyumu ve işbirliğini geliştirir. Ombudsmanın (mediateur), eylem ve işlemleriyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden kamu görevliler hakkında cezai ve idari soruşturmanın başlamasını isteyebilir. Görevi sırasında her türlü bilgi ve belgenin bazı sınırlamalar dışında verilmesi şarttır.

Ombudsmanın (mediateur), parlamento ve Cumhurbaşkanına her yıl genel bir rapor sunar. Bazı hallerde özel rapor da hazırlayabilir.

Fransa vatandaşı olmayanlar da dahil olmak üzere herkes, Ombudsmana (mediateur) başvurabilir. Doğrudan başvurulması mümkün değildir. Bir parlamenter aracılığıyla başvurular yapılabilir. Tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi şarttır. İdari ya da adli yargı mercileri önünde görülmekte olan konular yetki kapsamı dışındadır. Bu tür konularla ilgili Ombudsmana (mediateur) başvurulamaz. Ombudsmanın (mediateur) kural olarak, resen harekete geçmesi mümkün değildir.

Ombudsman (mediateur), iki türlü karar alır. Şikayetçinin, şikayeti yersiz bulunursa dosyayı kapatır. Şikayet haklı bulunursa, ihlalin giderilmesi için süreci başlatır. Ancak, idarenin yerine geçemez.

5. Avrupa Birliği Ombudsmanı

Avrupa Birliği Anlaşması'yla (Maastricht Antlaşması) birlikte şeffaf, demokratik, saydam ve kaliteli yönetim gibi ilkeler önem kazanmıştır[27]. Bu doğrultuda, AB Antlaşmasının 195. maddesinde, "Avrupa Ombudsman"ı düzenlenmiştir. AB ombudsmanı, AB bürokrasisinin yapabileceği hatalı eylem ve işlemlere karşı vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için oluşturulmuştur. Birçok Avrupa ülkesinde denetim organı olarak mevcut olan ombudsmanlık uygulaması, Maastricht Antlaşması ile birlikte AB yönetim düzeyinde yerini almıştır.

İlk AB ombudsmanı, 1994 ylunda Avrupa Parlamento seçimlerinden sonra atanmış ve 1995 yılında fiilen görevine başlamıştır[28].

AB ombudsmanı, her parlamento seçiminden sonra Avrupa Parlamentosu tarafından atanır. Görev süresi 5 yıldır ve yenilebilir. Statüsü Avrupa Adalet Divanı'nda görev yapan hakimlerle aynıdır. Bağımsız ve tarafsızdır. Hiçbir ülke ya da kurumdan emir ve talimat alamaz. Ücretli ya da ücretsiz başka bir görevi yürütemez.

27 Özer Köseoğlu, "Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi Ve Kurumsal Etkinliği", Sayıştay Dergisi, S: 79, s. 32.

28 Ramazan Şahin, "Ombudsman ya da Kamu Denetçiliği ve Avrupa Birliği", Türk İdare Dergisi, S.444, 2004, s.79.

AB ombudsmanı, AB kurum ve organlarının eylem ve işlemleriyle ilgili şikayetleri inceler ve soruşturur. AB ombudsmanının görev kapsamına giren bazı kuruluşlar şunlardır: Avrupa komisyonu, AB konseyi, Avrupa parlamentosu, Avrupa Sayıştayı, Avrupa Merkez Bankası, Avrupa Polisi vb.

AB kurum ve organları dışındaki yerel ve bölgesel kurumlar, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa ilk derece mahkemeleri ile ilgili şikayetler AB ombudsmanının görev kapsamı dışındadır. AB ombudsmanının yargısal bir yetkisi bulunmamaktadır.

AB'ye üye olan ülkelerin vatandaşları ya da üye olmasa dahi üye ülkelerde ikamet eden veya kayıtlı işyeri bulunan gerçek ve tüzel kişiler, Avrupa parlamentosuna dilekçe verme ve AB ombudsmanına başvurma hakkına sahiptir.

Başvurular için resmi şekil şartı yoktur. Başvurular, mektup, faks ya da e-maille yapılabilir. Başvurunun, idarenin ve eylemleriyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl içinde yapılır. Bu süre zamanaşımı süresi olduğundan, bu süre içinde yapılmayan başvurular reddedilir.

AB ombudsmanı, re'sen harekete geçebilir. Konuyla ilgili kurum ve kuruluşlardan görüşlerini üç ay içinde bildirmelerini isteyebilir.

AB ombudsmanı, şikayeti bir hafta içinde inceler ve bir ay için soruşturma açıp açmamaya karar verir. Soruşturmanın en fazla bir yıl içinde sonuçlandırılması gerekir. Yapılan soruşturma sonucunda şikayetçi haklı bulunursa şikayetin giderilmesi için üç aylık süre veilir. Bu süre içinde giderilmeyen ihlaller, AB Parlamentosuna rapor edilir. AB ombudsmanı, ihlale konu eylem ve işlemleri, özel bir raporla Avrupa Parlamentosuna sunabileceği gibi basın yoluyla kamuoyuyla da paylaşabilir. AB ombudsmanı, her yıl faaliyetlerini içeren genel bir yıllık rapor hazırlar.

6. KARŞILAŞTIRMA

Ölçütler	İSVEÇ	DANİMARKA	İNGİLTERE
Seçilme Şekli	Parlamento dört ombudsmanı seçer; bir baş parlamento ombudsmanı, üç tane de parlamento ombudsmanı seçilir. Ayrıca ombudsmanlardan birinin herhangi bir nedenle görev yerlerinin boşalması durumunda yenisi seçilinceye kadar görev yapmak üzere iki tane de yardımcı ombudsman seçilmektedir. Karar, oybirliğiyle verilmelidir. Yaş bakımından bir sınırlama olmasa da genellikle 40 yaş ve üzeri arasından seçilir.	Parlamento her genel seçimden sonra ve Ombudsman görevi boşaldığında kendi adına askeri ve sivil merkezi hükümet yönetimi organlarını denetlemek üzere bir veya iki ombudsmanı seçer	İngiltere'de Ombudsman'a Parlamento Komiseri denmektedir. Başbakanın, muhalefet partisi lideri ve parlamento komiseri komitesi başbakanıyla gerçekleştirilen görüşme sonucunda belirlenen öneri üzerine Kraliçe tarafından atanır. Kraliçe, yaptığı atamayı bir mektupla parlamentoya bildirir. Seçim değil, atanma usulü uygulanır.
Görev Alanı	İsveç'te Ombudsman'ın görevi insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Ombudsmanlık'ın yetkileri sivil ve askeri konuların yanı sıra yerel yönetimleri de içine almakta ve İsveç'te bir kuruluşa verilen en geniş yetkileri kapsamaktadır. .	İsveç ve onu takiben Finlandiya'da kurulan Ombudsmanlık çok güçlü, Norveç'te ise çok zayıf olarak oluşturulmuş, oysa Danimarka Ombudsmanlık'ın görev ve yetkileri daha dengeli ve gerçekçi olarak düzenlenerek dönemin şartlarına en uygun modeli ortaya çıkarmıştır. İşte bu özelliği nedeniyle kurumun dünyaya yayılmasında Danimarka ombudsmanlığı örnek model olarak kabul edilmiştir. Ombudsman, re'sen harekete geçtiği zamanlarda, yerel yönetimlerle ilgili her türlü eylem ve işlemi denetleme hakkına sahiptir.	İngiltere'de Ombudsman'ın görevi, vatandaşı idarenin kötü işleyişine karşı korumaktır. Görev alanları yasa ile sınırlandırılmıştır.
Soruşturma Kapsamı	Ombudsman, kamu gücünü kullanan tüm kurum ve görevlilerin işlem ve eylemlerini parlamento adına hukuka uygunluk ve yerindelik açısından denetleyebilmektedir. Ombudsman "belediyeleri, yerel özerklik güvencesine dokunmaksızın, belediyede kamu hizmetleri yürüten görevlilerin bireylerle ilgili olarak yapmış oldukları işlemleri denetleyebilmektedir. Belediyelerin karar organları bu yetkinin dışında bırakılmıştır.	Kişisel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünenler tarafından yapılan başvurular üzerin, devlet kuruluşlarını inceleyerek gerekli gördüğü takdirde sorumlular hakkında idari ve cezai tatbikatın yapılmasını isteyebilir. Mahkemelerin inceleyebileceği gizli belgeleri inceleyemez. İnceleme sırasında yasalardaki idari düzenlemeler ve usullerdeki eksiklikleri parlamentoya ya da bakana bildirir.	Parlamento Komiseri, sadece inceleme yetkisine sahiptir. Başka kanuni yetkisi bulunmamaktadır. Görevi, şikayete konu eylem ve işlemleri incelemek ve bu konuda rapor hazırlamaktır. İdari eylem ve işlemleri değiştirmeye yetkili değildirler.

FRANSA	AVRUPA BİRLİĞİ OMBUDSMANI	TÜRKİYE
Ombudsman, Cumhurbaşkanı imzası taşıyan Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle atanır.	Avrupa Parlamentosu tarafından Parlamentonun görev süresi boyunca oybirliğiyle seçilir.	Ombudsman, parlamento tarafından hukuk bilgisi iyi olan, kamu yönetimi yapısına hakim, olumlu ilişkiler kuran kişiler arasından seçilir.
Fransa'da Ombudsman'ın görevi, vatandaş ile yönetim arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi ve idari işlemlerde hakkaniyetin sağlanmasıdır. Fransa'da Ombudsman'ın yetki alanı, İngiltere'deki Parlamento Komiseri'ne oranla daha geniş, İskandinav ülkelerindeki uygulamalarına kıyasla daha dar olduğu söylenebilir.	Görev alanları sınırlı değildir.	Ombudsman, idarenin denetlenmesi amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur. Ombudsmana yapılan şikayetler, idarenin işleyişindeki bozukluklar ve karşılaşılan haksızlıklarla ilgilidir. Ilke olarak Ombudsman, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla, yasama ve yargı işlemleriyle ilgili alanlarda incelemelerde bulunmaz.
Ombudsman, eylem ve işlemleriyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden kamu görevlileri hakkında cezai ve idari soruşturmanın başlamasını isteyebilir.	Topluluk kurum ve organlarının faaliyetlerinde kötü yönetim ve vakaları hakkında şikayet yapılabilir	Kamu Denetçiliği Kurumu, gerçek ve tüzel kişilerin, idarenin işleyişi ile ilgili şikayetleri üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını, adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.

Soruşturmada Kurumsal Kapsam	Merkezi ve yerel kuruluşlar, bu kurum ve kuruluşların memur ve öteki görevlileri, çalışmaları, kamusal bir yetki kullanımını içeren diğer kimseler, kamu şirketlerinde çalışan memur ve diğer personel, silahlı kuvvetlerde teğmen ve üstünde yer alan subaylar ve bütün mahkemeler, Ombudsman'ın denetim alanına dahildir. Ayrıca İsveç kilisesi, piskoposları, rahipleri de Ombudsman'ın denetim alanına girmektedir. Oldukça geniş yetkilere sahip olan ombudsmanın denetleyemeyeceği kurumlar da mevcuttur. Bakanlar Kurulu, Parlamento üyeleri, Parlameto Yönetim Kurulu, Parlamento Seçim Kurulu, Parlamento Şikayet Kurulu, Riksbank Kurulu Üyeleri, Riksbank Müdürü ve yardımcıları, bakanlar, belediye encümen üyeleri Ombudsman'ın denetim alanının dışındadır. Üstelik bir Ombudsman'ın başka bir Ombudsman tarafından denetlenmesi söz konusu değildir.	Sivil ve askeri kuruluşları, merkezi hükümet ile yerel hükümeti denetler. Yerel yönetim üzerindeki denetim yetkisi sadece, bunların çalışanları ve komiteleriyle sınırlıdır. Anayasa Mahkemesi hakimleri ve katipleri, hakimler, Adalet Mahkemesinin üst düzey yöneticileri gibi bazı kurum ve kişiler Ombudsman yetkisi dışındadır. Ancak, temel hak ve özgürlükler söz konusuysa yerel yönetimlerin şikayeti üzerine yetki dahilinde olur.	Parlamento Komiseri, merkezi kuruluşlar ile tüzel kişiliği olan veya olmayan kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı eylem ve işlemler sonucunda temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen özel hukuk tüzel kişilerinin şikayetlerini inceler, soruşturur ve hazırladığı raporunu parlamentoya sunar. Parlamento Komiseri, Büyük Britanya toprakları üzerindki ülkelerde (İskoçya, Galler) denetleme yetkisine sahiptir. Ombudsmanlık'ı düzenleyen yasal düzenlemede Parlamento Komiserinin denetleyemeyeceği konu ve kuruluşlar listelenmiştir. Örneğin, suçluların iadesi, af yetkisi, yargısal işlemler kapsam dışındadır.
Görev Süresi	Görev süreleri 4 yıl olan parlamento ombudsmanları bu görev süreleri sonunda yeniden seçilebilirler. Ancak, Ombudsman'ın üç dönem arka arkaya seçildikten sonra bir daha seçilmemesi teamül haline gelmiştir.".	Bir seçim dönemi olan 4 yılı kapsar. Aynı kişi, iki kez seçilebilir.	Parlamento Komiseri için öngörülen bir görev süresi bulunmamaktadır. Emeklilik yaşına kadar görev yapabilir.

Ombudsman'ın denetleyeceği kurum ve kuruluşlar kendi kanununda düzenlenmiştir. Örneğin, merkez ve taşra teşkilatı, yerel yönetimler, kamu hizmeti gören özel hukuk kuruluşları. İdari yargı üzerinde denetim yetkisi bulunmayan Ombudsman'ın kamu personeli ile idare arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde rol oynamaz.	Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi dışında Avrupa Komisyonu, AB Konseyi, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, Ekonomik ve Sosyal Komite, Bölgeler Komitesi, Avrupa Para Enstitüsü, Avrupa Merkez Bankası ve Avrupa Yatırım Bankası Ombudsman tarafından soruşturulabilecek kurumlar arasındadır.	Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı kararlar ve emirleri, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemleri, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri Ombudsman'ın görev alanı dışındadır.
Ombudsman, 6 yıl için seçilir.	Görev süresi bittikten sonra yeniden seçilebilir.	Görev süresi, 4 yıldır. Görev süresi sona eren Ombudsman, sadece bir dönem daha olmak üzere yeniden başdenetçi ya da denetçi seçilebilir.

Başvurucular	Şikayet sahibinin İsveç vatandaşı veya İsveç'te yaşıyor olması gerekli değildir. Kurumsal merciler veya tüzel kişiler, hapishanede veya benzeri bir kurumdaki kişiler de şikayette bulunabilir. Ombudsmanlık'a başvurmadan önce tüm hukuki başvuru yollarını bitirme mecburiyeti de yoktur.	Kişisel haklarından yoksun bırakıldığını düşünen herkes Ombudsman'a yazılı başvuruda bulunabilir. Ancak başvuru yapanın, olayla ilgili maddi bir ilişkisi veya herhangi bir yararının olması gerekmektedir. Ayrıca Ombudsman'a başvurmadan önce olası tüm hukuki yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bununla beraber konuyla ilgili kesin kararın açıklanmasından en geç 12 ay içerisinde Ombudsman'a başvurmak gerekmektedir. Özgürlüğünden mahrum bırakılmış bir kişi de iadeli-taahhütlü bir mektupla ve başka yollarla ulaşma imkanı varsa o şekilde başvuruda bulunabilir. Şikayetçi kişinin ülke vatandaşı olması gerekmiyor ve başvuruda herhangi bir ücret talep edilmiyor.	Kamu hizmeti görmek amacıyla kurulmuş idare, mahalli idare veya diğer makamlar, kamu mülkiyetindeki herhangi bir işletme veya teşebbüsü yürütmek amacıyla kurulmuş organ veya makamlar, üyeleri Kraliçe tarafından atanmış herhangi bir idare veya makam, herhangi bir bakan, merkezden yönetim kuruluşları, gelirleri tamamen veya önemli ölçüde parlamento tarafından temin edilen idare veya makamlar dışında tüm yurttaşlar bireysel, grup olarak ya da tüzel kişilik adına Parlamento Komiseri'ne başvurabilir. Parlamento Komiseri, doğrudan doğruya vatandaşlardan şikayet kabul edemez ve re'sen soruşturma başlatamaz. Parlamento Komiseri, bir parlamenter aracılığıyla yapılan başvuru üzerine harekete geçer. Bu parlamenter, Avam Kamarası üyesi olmalıdır. Parlamento Komiseri'ne şikayette bulunacak kişi için parlamentere şahsen başvurma esası kabul edilmiştir. Şikayetçinin İngiltere'de oturması şartı aranıyor. İngiltere'de Parlamento Komiseri'ne başvurunun süre şartı da bulunmaktadır. Buna göre, bir eylem veya işlemden şikayeti olan kişiler bu eylem veya işlemi öğrendiklerinden itibaren 12 ay içerisinde Avam Kamarası üyesine başvurmalıdır. Ayrıca bunun için diğer başvuru yollarının da tüketilmiş olması gerekiyor. Ancak parlamento komiseri, olaya ilişkin özel sebepler görürse veya gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, zamanaşımına uğramış bir başvuruyu da kabul edebilir.

İdarenin eylem ve işleminden şikayetçi olan ve bu eylem ve işleminden menfaati ihlal edilen herkes, yabancı da olsa, Ombudsman'a başvurabilir.Başvuracak kişiler, Ombudsman'a başvurmadan önce tüm hukuki yolları tüketmiş olmalıdır. Ombudsman herhangi bir başvuru olmaksızın harekete geçemez. Ombudsman'a doğrudan başvurma imkanı yoktur. Kuruma başvurmaya hakkı olan bireyler bir parlamenter aracılığıyla Ombudsman'a başvurularını iletebilirler.	Topluluk vatandaşları tarafından tanınıyor ve ilgi görüyor.	Vatandaşlar, idarenin her türlü haksız eylem ve işlemlerine karşı şikayetlerini hiçbir formalite veya şekil şartına bağlı olmadan herhangi bir aracıya ihtiyaç olmaksızın Ombudsman'a iletebilirler. Kuruma başvurmak için herhangi bir ücret yatırmaya gerek yoktur. Sadece şikayete konu olayı içeren bir dilekçe ve buna ilişkin dokümanları vermek yeterlidir. Yabancı başvurularının kabul edilmesinde ise genellikle "karşılıklılık" ilkesi göz önüne alınmaktadır.

Görevin Sonlandırılması	Parlamento tarafından görevden alınabilir.	Ombudsman'a duyulan güven yitirilirse görev süresinden önce görevden alınabilir. Ombudsman'ın emeklilik yaşı 70 olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Ombudsman'ın 70 yaşında emekli olma zorunluluğu vardır Ombudsman istifa etmek istiyorsa bunu altı ay öncesinde haber vermek ve bir ay sonunda geçerli olacak şekilde istifa edebilir.	Avam Kamarası ve Lordlar Kamarasının önerisi üzerine Kraliçe tarafından görevden alınabilir.
Bağımsızlık	İsveç Ombudsmanlık'ı düzenlenirken, özerkliğine özellikle dikkat edilmiştir. Hükümet de dahil olmak üzere hiçbir kuruma karşı sorumluluğu olmayan Ombudsmanlık'ın tek sorumluluğu parlamentoya karşı her yıl sunması gereken rapordur.	Ombudsman ve personeli, her türlü etkiden uzak ve özerk bir kurum olarak işlerini görebilmesi amacıyla maddi açıdan ülkenin en iyi idari personel maaşlarına sahip kılınmıştır.	Parlamento Komiseri bağımsızdır. Hiyerarşik bakımdan üstü bulunmaz. Emir ve talimat almaz. Kendi personelini atayabilir.
Yaptırım Gücü	Ombudsman'ın, ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeleri kendisine iletmeyen kamu görevlileri Ombudsman tarafından idari para cezasına çarptırılabilmektedir.Bunun ardından ilgili kuruma denetime gidilebilir, Bilirkişiler ve taraflar dinlenebilir. Ombudsman, araştırmasını tamamladığı aşamada kararını ilgililere ve kamuoyuna açıklar. Ombudsmana yapılan şikayetler genellikle altı aylık bir süre içerisinde karara bağlanabilmektedir.	İdari kararların feshedilmesi, değiştirilmesi mümkün değildir. Ombudsmanın kararları bağlayıcı değildir. Doğrudan ceza kovuşturma yetkisi yoktur.	Parlamento Komiseri'nin herhangi bir yaptırımı olmadığından, eğer vermiş olduğu karara uyulmadığını ve haksızlığın düzeltilmediğini görürse durumu özel bir raporla hem Avam Kamarası'na hem de Lordlar Kamarası'na bildirebilir. Bu kurumun önemli bir gücüdür. Ancak uygulamada kamu kurumları Parlamento Komiseri'nin kararlarına genelde uymaktadır. Bu nedenle böyle bir gücü kullanmasına pek gerek kalmamaktadır

Görevi sona eren Ombudsman, yeniden seçilemez.	Avrupa Parlamentosu'nun talebi ile Adalet Divanı tarafından görevine son verilebilir.	Başdenetçinin veya denetçilerin kanunda öngörülen nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya bu nitelikleri seçildikten sonra kaybetmeleri halinde, durumun Komisyon tarafından tespit edilmesini takiben Başdenetçinin görevinin sona ermesine Genel Kurul tarafından görüşmesiz olarak; denetçilerin görevinin sona ermesine ise Komisyon tarafından karar verilir. Seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan Başdenetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun; denetçi hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Komisyonun bilgisine sunulmasıyla Başdenetçi veya denetçi sıfatı sona erer.
Ombudsman, yasama ve yürütmeye karşı bağımsızdır ve göreviyle ilgili işlemlerinden ve açıklamalarından ötürü soruşturulamaz, sorgulanamaz, kovuşturulamaz, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Göreviyle ilgili konularda emir ve talimat alamaz. Ombudsman, ek bir kamu görevi yapamaz.	Görevlerini tam bağımsızlık içinde yerine getirir.	Başdenetçi ve denetçiliğe seçilenlerin, görev yaptıkları sure boyunca eski görevleriyle ilişkileri kesilir. Hiçbir makam ya da merciden emir ve talimat almaz.
Ombusman, daha çok bir arabulucu rolüne sahiptir. Uzlaştırma tekniklerinden yararlanarak idare ile vatandaşlar arasındaki uyumu ve işbirliğini geliştirir. İdarenin yerine geçemez. Uyarı ve önerileri ilgili kamu görevlileri tarafından dikkate alınmaz ise, hiyerarşik olarak ilgili kişinin bir üstüne başvurarak onun hakkında disiplin cezası verilmesini sağlayabileceği gibi ona dava açtırabilme yetkisine de sahiptir	Yaptırım gücü yoktur, ancak Avrupa'da demokratik kültürün ve kurumsal yapının gelişmişliğine ilaveten basının da yardımıyla raporları çok etkilidir. AB Ombudsmanı uyarı sonrasında sorunu dostça çözmeye çalışmakta, ilgili kuruma tavsiyelerde bulunmakta ve son çare olarak tavır almak üzere bağımsız organ niteliğinde olan Avrupa Parlamentosu'nun dikkatini çekmektedir.	Ombudsman tarafından verilen kararlar hukuki açıdan bağlayıcı değildir. Yargı kararlarından farklılaştıran yönü de budur. İdare'nin Ombudsman'ın kararı doğrultusunda işlem ve eylem yapma zorunluluğu olmadığı gibi verilen karar, işlemi kaldıramaz ve değiştiremez. Karar, tavsiye niteliğindedir.

7. SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması geçmişte yaşanan deneyimlerin sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, idarenin, haksız eylem ve işlemleri ile temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin korunması bakımından yeni arayışlara yönelinmiştir. Bu gelişmeler ışığında, İşveç'te uygulanan ombudsmanlık kurumunu her ülke kendi sistemine ve toplum yapısına uygun hale getirerek uygulamıştır.

Ombudsmanlık kurumu ile idarenin denetlenmesi amaçlanmaktadır. Hukuk devletinin gereği olarak, bireylerin, idarenin eylem ve işlemlerine karşı korunması gerekir. Bu bağlamda, bireylerin idarenin haksız eylem ve işlemlerine karşı yargısal yolların yanında alternatif yollar öngörülmüştür.

Ombudsmanlık, Türkiye için, AB üyelik sürecinde atılan önemli bir adım olmuştur. Bu kurumun daha etkin kullanılması adına, idarenin, ombudsman tarafından verilen kararlara uyma eğiliminde olması gerekir.

KAYNAKÇA

- Ali Fuat Gökçe, "Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y:2012, C:17, S:2.
- Billur Yaltı, "Vergi Uyuşmazlıklarında Yeni Başvuru Yollarının Yargıya Etkisi: Ombudsman Başvurusu ve Bireysel Başvuru", Vergi Sorunları Dergisi, S:286, Temmuz 2008.
- Djahan Muradova, "Ombudsmanlık Kurumu Ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yönetim Bilimleri Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013..
- Doğan Kestane, "Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)", Maliye Dergisi, S:151, Temmuz – Aralık 2006.
- Galip Demir, "Ombudsman Aranıyor", Ahilik Araştırmaları Yayınları, İstanbul, 2002.
- Hayrettin Eren, "Ombudsman Kurumu", AÜHFD, C:4, S:1-2, 2006.
- Kemal Özden, "Ombudsman; Yeni Bir Yönetim Anlayışı İçin Bir Model", Tasam Yayınları, İstanbul, 2005.
- M. Akif Özer, "İngiltere'de Yönetimin Denetiminde Özgün Bir Kurum: Parlamento Komiserligi", Türk İdare Dergisi, S. 416–417, 1997.
- Mustafa Büyükavcı, "Ombudsmanlık Kurumu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S:4, Güz 2008.
- M. Oytan,"Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme", Danıştay Dergisi, Yıl:5, S.18- 19.
- Namık Kemal Ergani, "Danimarka Ombudsmanı", Danıştay Dergisi, S.105, 2003.
- Okan Veli Şafaklı, "Kamu Denetiminde Etkinlik Aracı Olarak "Ombudsman" Ve AB Sürecinde KKTC'deki Uygulamaya Karşılaştırmalı Bir Bakış", Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi, C:11, S:2, .
- Oktay Bahadır, "Ombudsmanlık Kurumunun İsveç, İngiltere Ve Fransa İle Karşılaştırmalı İncelenmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:1, Nisan 2010.
- Ö. Baylan, "Yurttaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikayetleri ve Türkiye için İsveç Ombudsman Formülü", T.C. İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Başkanlığı Yayınları, no.12, Ankara.

- Özer Köseoğlu, "Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi Ve Kurumsal Etkinliği", Sayıştay Dergisi, S: 79.
- Ramazan Şahin, "Ombudsman ya da Kamu Denetçiliği ve Avrupa Birliği", Türk İdare Dergisi, S.444, 2004.
- Ramazan Şengül, "Fransa'da kamu Yönetiminin Denetlenmesinde Kamu Arabulucusunun (Mediateur de la Republique) Rolü, Danıştay Dergisi, Y.32, S. 105, Ankara 2003.
- Seriye Sezen, "Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm? Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Amme İdaresi Dergisi, C.34, S:4, Aralık 2001.
- Süleyman Arslan, "İngiltere'de Ombudsman Müessesi", Amme İdaresi Dergisi, TODAİE Yayınları, C: 19, S:1, Ankara, 1986.
- S. Arslan,"İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", Amme İdaresi Dergisi, C.19, S.1, Mart 1986.
- T. Erhürman, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü ?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, S. 1–4, Ankara 2000.
- Taykan Ataman, "İngiltere'de Ombudsman Kurumu (İdarenin Parlamento Tarafından Denetimi)", Türk İdare Dergisi, S:400, 1993.
- Yıldırım Uler, "Ombudsman (Kamu Denetçisi)", Türkiye'de Kamu Yönetimi, Burhan Aykaç, Şenol Durgun ve Hüseyin Yaman (der.), Yargı Yayınevi, Ankara 2003.

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALININ ÖNEMİ (II)[1]

Av. İlker Hasan DUMAN[2]

I. GENEL OLARAK

Sözleşmeciler haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen orta düzeyde iş sahibi-yüklenici ikilisinin davrandığı gibi davranmakla yükümlüdürler; onlar, söz ve eylemleriyle, birbirlerine sadık kalacakları, güvenebilecekleri, birbirlerini yanıltmayacakları, birbirlerinin yararlarını düşünecekleri bir birlik oluştururlar[3].

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, yargıca özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağını sağlamaktır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu durumlarda, MK. m. 2 f.2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir olanak sağlamaktır. Bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet düşünceleriyle sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi duruma göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali nedeniyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu konuda yargıcın, her olayda "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, durumun gereklerine göre tartması gerekir.

Doğruluk kuralları, ikinci (tali) nitelikte olduğundan, öncelikle soruna ilişkin yasa kuralları uygulanacak; uygulanan yasa kurallarının adalete

---

1 Daha geniş açıklama için, İstanbul Barosunca yayınlanan, (İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi) adı kitabımıza bakılabilir.

2 İstanbul Barosu avukatlarından

3 Duman, İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2013, sf. 1407 vd.; Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul-1995, sf. 33 vd.; Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara-19892, sf. 133 vd.; Zahit, İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul- 1980, sf. 289 vd.; Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara-1993, sf. 290 vd.; Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara-1989, sf. 24 vd.

aykırı sonuçlara neden olabildiği kimi ayrıksı durumlarda ise TMK. md 2 uygulanabilecektir.

TMK. Md. 2/2. maddedeki kural, haksızlığı giderici/düzeltici bir biçimde uygulanabilecektir.

Doğruluk kuralları, yazılı olmayan birçok ilkeden meydana gelir. Dürüst davranış kurallarının neler olduğu belirlenmiş veya yazılmış değildir. Aynı veya benzer olay ve durumlarda dürüst, orta zekâlı ve makul her kişiden beklenen tavır ve davranışların dürüst davranma kuralına uygun ve bu duruma aykırı tutum ve davranışların da dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilmektedir. Dürüstlük kuralları, orta zekâlı, makul, aklı başında hareket eden kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonucu meydana gelmiş, toplum gereksinimleri ile iş yaşamının gereklerine karşılık veren ve bu nedenle de herkes tarafından benimsenen kuralların bütünüdür. Dürüstlük kuralı, bir hakkın yasadan, sözleşmeden veya başka hukuki ilişkiden doğması arasında fark gözetilmeksizin, ortaya çıkan hakların kullanılmasına ve hukuksal ilişkilerden bir borç doğmuşsa, söz konusu borçların yerine getirilmesinde kendisini gösterecektir. TMK. 2/I, hak ve borç sahipleriyle ilgili borç içerir. TMK. md. 2/II'de ise, kişiye tanınan hakların açık bir biçimde kötüye kullanılması durumunda, bu kötüye kullanmanın hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ve yargıcın bu durumu bir yaptırıma bağlayacağı anlatılmıştır. Başka bir anlatımla, ilk fıkra "dürüst davranmayı" buyurmakta, ikinci fıkra ise dürüst olmayan davranışları yasaklamaktadır. TMK. md. 2 ayrıntılı olarak dürüstlük kurallarının nelerden oluştuğunu ve hangi durumlarda bir hakkın açıkça kötüye kullanıldığı konusunda somut ölçütler koymamış ve dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek somut davranış tespitleri yapmamıştır. Yasa koyucu genel, fakat buyurucu bir kural ortaya koymuş ve bu kuralın somutlaştırılmasını yargı makamlarına, dolayısıyla uygulamaya bırakmıştır. TMK. md. 2/II'de öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağının koşulları vardır. Öncelikle ortada bir hak bulunmalı ve sonuçta hakkın kötüye kullanılmasının bir başkasını zarara uğratmış olması gerekmektedir[4].

Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır (TMK. md. 2/I).

Edimin sürekli olduğu ve yıllara yayıldığı işlerde iş sahibinin yüklenici ile ilişkilerinde dürüstlük kuralına uygun davranması ve güveni sarsmaması şarttır. Yanların müşterek amacı olan eserin ortaya çıkması buna bağlıdır. Bu ilke ve taraflarca kararlaştırılan sözleşmenin ilgili maddesi

4 Şen, Ersan, Hukuka Giriş, Der Yayınları, İstanbul 2004, sf. 56-58.

dikkate alındığında, arsa sahibi satış yetkisini vermekte direngen duruma düşmüş ise işin gecikmesinde arsa sahibinin de kusuru bulunduğunun kabulü zorunludur.

Doğruluk kuralının işlevlerinden biri de, yasadan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür.

İnşaat hukuku sorunlarında dürüstlük kurallarına başvurmayı zorunlu kılan bir çok olay veya sorun bulunmaktadır. Aşağıda bazı örneklere yer verilmiştir. Sadece örnektirler. Dürüstlük kurallarının uygulandığı birçok sorun ve olay bulunmaktadır.

II-) İNŞAAT HUKUKU SORUNLARINDA DÜRÜSTLÜK KURALLARININ UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER

1-) SÖZLEŞMEYİ GERİYE VEYA İLERİYE ETKİLİ OLARAK BOZMADA DÜRÜSTLÜK KURALI

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla direnime düşmesi nedeniyle sözleşme iş sahibi tarafından bozulmuşsa kural olarak geriye etkili sonuç doğurur; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda dürüstlük kuralları gözetilerek, sözleşmeyi bozmak ileriye etkili sonuç doğurur.

Tam karşılıklı sözleşmelerden olan eser sözleşmelerinde borçlunun (yüklenicinin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek direnime düşmesinin hukuki sonuçları konusunda Borçlar Kanunu`nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 123-125) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun direnimi düzenlenmiştir. Öyleyse, ortada kanun boşluğu yoktur.

TBK. Md. 123-125'te borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça söz etmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 123-125. maddeler olacaktır. Ancak, 125. maddenin birinci fıkrasında "-akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği-" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu konuda, Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılacaktır. Zira,

doğruluk kuralının işlevlerinden biri de, yasadan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/I. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, eser sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Yüklenicinin yapının tamamladığı kısmı (ayrılmaz parça kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmı ifanın karşılığını elbette yükleniciye geri verecektir. Geri verilecek bu kısmı ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

İş görme sözleşmeleri arasında yer alan eser sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda düşünülmekte ise de, eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; yüklenicinin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Yasada da, eser sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. Öyleyse, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. TBK. Md. 123-125 ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir.

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu direnimine düşen yüklenicinin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, yüklenicinin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 123-125. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal durumlarda sağlayamayacağı bir olanağa (yüklenicinin kusurundan amacı aşan bir biçimde yararlanarak) kavuşmuş olur ve yüklenici de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, yüklenicinin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, yüklenicinin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını belirlemede önemlidir (TBK. md. 114/2, 51) Görülmektedir ki, 123-125. maddeler tüm olaylara olduğu gibi uygulanırsa, bazı ayrıksı durumlarda "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu yasa kuralları doyurucu olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu sorunun nesnel bir biçimde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle olanaklıdır. Çünkü, bu gibi durumlarda, Medeni Kanunu'nun 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, yargıca özel ve ayrıksı durumlarda (adalete uygun düşecek biçimde) hüküm verme olanağını sağlamaktır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu durumlarda, MK. md. 2/II hükmünün amacı, zorunluluktan doğan ve olağanüstü bir olanak sağlamaktır. Bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet düşünceleri sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi duruma göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali nedeniyle başvurulan fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu konuda yargıcın, her olayda "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit çözüm yolunu kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, durumun özellik ve gereklerine göre tartması gerekir. Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/II. maddesindeki kuralla, Yasanın ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın ikincilliği (taliliği) de gözetilerek; öncelikle her soruna ona ilişkin yasa kuralı uygulanacak; uygulanan yasa kurallarının adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı ayrıksı durumlarda da, 2/II. maddedeki kural, haksızlığı düzeltici bir biçimde uygulanabilecektir.

Şayet, olayın niteliği (yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca TBK. Md. 123-125. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin bozulmasının (feshinin) bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 123-125. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin bozulmasının (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, direnime düşen yüklenicinin; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden isteyebilecekler ve bu yolla tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Sonuç olarak; eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belirli zamanda bitirmeyerek direnime düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından bozulması durumunda, uyuşmazlığın kural olarak TBK. Md. 123-125 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilecektir[5].

2-) İFA EDİLMİŞ SÖZLEŞMEDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARININ DÜRÜSTLÜK KURALIYLA GİDERİLMESİ

Sözleşmenin geçerliliği, yasada tersine kural bulunmadıkça, hiçbir biçime bağlı değildir.

Yasada sözleşmeler için öngörülen biçim, kural olarak geçerlilik biçimidir. Öngörülen biçime uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK. md. 12).

Yasaca yazılı olması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı olmak gerekir; şu kadar ki bu sözleşmeye aykırı olmayan veya onu değiştirmeyen tamamlayıcı yan bağlantılar bu kuralın dışındadır

Bu kural, yazılı biçim dışındaki geçerlilik biçimleri konusunda da uygulanır (TBK. md. 13).

Yazılı olması gereken sözleşmelerde, borç altına girenlerin imzalarının bulunması gereklidir.

Yasada tersi yazılı olmadıkça, imzalı bir mektup, aslı borçlananlarca imzalanmış bir telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı biçim yerine geçer (TBK. md. 14).

Yasada biçime bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir biçimde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen biçimde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.

Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı biçim kararlaştırılmışsa, yasal yazılı biçime ilişkin hükümler uygulanır (TBK. md. 17).

Taşınmaz satımının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin kamusal (resmi) biçimde düzenlenmesi gerekir.

Taşınmaz satış vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri kamusal biçimde düzenlenmedikçe geçerli olmazlar.

---

5 İBK. 25.1.1984, 3/1.

Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı biçimde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK. md. 237).

Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, kamusal biçimde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır (TMK. md. 706).

Gayrimenkul satış vaa'di sözleşmesi yapmak Noterlerin görevidir (Noterlik Kanunu md. 60).

Mülkiyete, başka nesnel haklara ve ortak bir taşınmazın paydaşları veya birbirine bitişik taşınmazların sahipleri arasında bunlardan birinin veya bir kaçının o taşınmaz üzerinde var olan veya inşa edilecek binanın, belirli bir katından veya dairesinden ya da bağımsız olarak kullanılmaya elverişli bir bölümünden yararlanmayı sağlamak amacıyla irtifak hakkı kurulmasına veya vaadine ilişkin resmi senetler tapu sicil müdürlükleri tarafından düzenlenir (Tapulama Kanunu md. 26).

Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyecektir; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin TMK. Md.'yi gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilecektir[6].

Biçim kurallarına aykırılık veya eksiklik sakatlığı bulunan bir sözleşme, baştan itibaren hükümsüzdür. Biçim kurallarına mutlaka uyulmalıdır, çünkü biçim kuralında bizzat yasakoyucunun iradesi bulunmaktadır ve biçim kuralları buyurucudur. Sözleşme biçime aykırı da olsa kurulmuştur ancak geçersizdir. Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade bildirimleriyle kurulduğundan, tarafların iradeleri öngörülen biçimde açıklanmadığı için sözleşme çürüktür (batıldır). Çürük sözleşme ölü doğmuş olup, baştan itibaren geçersizdir, hiçbir biçimde geçerli duruma gelmez ve böyle bir sözleşmenin tarafları hiçbir hak ve borç sahibi olmazlar. Yargıç, sözleşmeyi biçim koşuluna aykırı yapılması nedeniyle kesin geçersiz sayacaktır; biçim eksikliği nedeniyle kesin geçersizliğin uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaksa bu katı sonucu

6 İBK. 30.9.1988, 2/2.

"hakkın kötüye kullanılması yasağı" ile yumuşatabilir.

Geçerlilik koşuluna bağlı bir sözleşmenin değiştirilmesinin de aynı biçime bağlı olduğuna ilişkin kurala rağmen, bazen taraflar, sözleşmeyi aynı biçime uyarak değiştirmedikleri halde, uzun süren uygulamaları ve uygulamaya ses çıkarmamaları yoluyla bir değişiklik yapılmış gibi hareket edebilirler. Uzun süren eylemli bu duruma rağmen, sözleşme değişikliklerinin biçime uygun olarak yapılmadığını ileri sürmek de dürüstlük kurallarıyla bağdaştırılamaz. Bu durumda biçime aykırılık savı dinlenmeyecek ve eylemli uygulamaya göre karar verilebilecektir[7].

İş sahibi biçim eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu öne sürerek yükleniciye olan borcunu yerine getirmekten kaçınırken, yüklenici edimini yerine getirdiğini savunuyorsa bu savunmanın incelenmesi ve kanıtlanması gerekir. Sözleşmeciler edimlerini sözleşmeye uygun biçimde büyük oranda yerine getirmişlerse, geçersizliğin öne sürülmesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Örneğin iş sahibi kendisine kalacak bağımsız bölümleri teslim almış ve bunları kullanmaktaysa durum böyledir. Yüklenicinin temel borcu eseri sözleşme ilkelerine göre fen ve sanat kurallarına uygun olarak meydana getirip iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin borcu da kararlaştırılan bedeli ödemektir. Meydana getirilen eserde eksiklik ve bozukluk varsa kural olarak yüklenici bundan sorumludur. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya adalet ilkelerine göre kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu ve sözleşme koşullarına aykırı olursa o şeyi kabulden kaçınabilir. İş sahibi, eseri önkoşul öne sürerek kabul etmişse (teslim almışsa), bedelin ödenmemesi söz konusu olmayacaktır. İş sahibi eserdeki kusurlara karşı ön koşul öne sürmekle, eksik iş bedeli olan tapu devrini yapmaktan kaçınabilir. Bu nedenle sözleşme ve teknik şartnameye göre eksik ve bozuk imalatın yapılması gereken tüm imalata oranı saptanıp bu orandaki iptal ve tescil istemi geri çevrilmelidir[8].

3-) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

İnşaat sözleşmesi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması açık veya örtülü olabilir. Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulmazsa yargıç, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar (TBK. Md. 1 ve 2). Sözleşmede taraflardan her birinin irade açıklaması diğerine yöneltilir. İşte irade açıklamalarının

7 Kılıçoğlu, 88; Erman, 176-177.

8 15. HD. 20.7.2005, 7112/4421.

karşılıklı olmasından amaç budur. İrade açıklamalarının karşılıklı sayılabilmesi için, bunlardan ikincisinin ilkine dayanarak ve ona yanıt oluşturacak biçimde yapılması gerekir. Öneri niteliğinde olana icap, bu icab'a olumlu bir yanıt oluşturan ikincisine de kabul denir. İrade açıklamalarının karşılıklı olması tarafların yüz yüze gelmesini –kural olarak- gerektirmez. Bir sözleşme telefonla veya yazışma yolu ile de kurulabilir. Keza taraflardan birini üçüncü bir kişinin temsil etmesi halinde, temsilcinin öbür tarafa yönelteceği irade açıklaması gibi sonuç doğurur[9]. **İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Olması:** Sözleşmenin ruhu ve özeti tarafların irade açıklamaları arasında bir uygunluğun kurulmasından ibarettir. Borçlar Kanunu'nun 1. Maddesi bunu açıkça ifade ediyor. İrade açıklamaları arasındaki uygunluk birçok halde tartışma konusu dahi olmaz. Karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uygun sayılıp sayılmayacağı tereddüt konusu olmuş ise, dürüstlük kurallarına göre hareket edilecek, başka bir anlatımla somut olayın özelliğine göre muhatap kendisine yöneltilen irade beyanında hangi anlamı vermeli ise (veya vermekte haklı ise) bu anlama üstünlük tanınacaktır[10].

Sözleşmeciler bir sözleşmenin kurulabilmesi için bulunması zorunlu asgari noktalarda (unsurlarda) uyuşmazlarsa, sözleşme kurulmuş olmayacaktır. Sözleşmeciler, temel edim niteliğinde olmayan (yani yan edimleri) sözleşmenin unsuru durumuna getirebilirler. Yan edim yükümlülükleri, sözleşmeden doğan borçların kurulmasını engellemeyen; ancak ya sözleşmeden, ya da dürüstlük kurallarından doğan edimlerdir. Bunların eksikliği kural olarak sözleşmenin kurulmasını engellemez ise de; aynen asli edimler gibi, ayrı bir talep ve dava konusu olabilirler[11]. Örneğin, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin genişlik ve kapsamı belirlenebilir olmalıdır. Konusu bir bina yapımı olan bir eser sözleşmesi için inşaatın yeri, türü, plan ve projesi üzerinde anlaşmaya varılması gerekir; yalnızca birim fiyatlar için anlaşma yeterli değildir. TBK. md. 481'in koşulları[12] var ise, tarafların eserin ücretinin miktarı konusunda anlaşmaları gerekli değildir[13]. Sözleşme temel öğeleri kapsamalıdır. Ancak bu konuların "kesin olarak" sözleşmede belirtilmesine gerek yoktur. Bunların belirli veya belirlenebilir olmaları gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin öğelerinden herhangi biri "belirlenebilir" nitelikte bulundukça, sözleşme geçerliliğini

9 Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, Sermet Matbaası, İstanbul 1979, sf. 73.

10 Tekinay, 74-77.

11 Kılıçoğlu, 20.

12 Eserin bedeli önceden ya hiç belirlenmemiş ya da yalnız yaklaşık olarak belirlenmişse, çalışmanın değerine ve yüklenicinin giderlerine göre saptanır.

13 Becker, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren Suat Dura, Yargıtay Yayınları No. 24, Ankara-1992, sf. 595.

korur, sorunu -kanıtlama sürecinin sonunda- yargıç çözer. Eğer sözleşmenin temel öğeleri belirli ya da belirlenebilir bir nitelik taşımıyorsa sözleşme ancak o zaman geçerli sayılmayacaktır.

4-) YAPININ YASAL DURUMA GETİRİLMESİ İÇİN YÜKLENİCİYE YETKİ VE SÜRE VERİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre tüm yapılar için aynı Yasa'nın 26. maddesinde belirtilen istisnalar dışında yetkili merciden ruhsat alınması zorunludur. İnşaatın alınan ruhsata uygun yapılması gerekir. Ruhsat alınmadan veya ruhsatı alınmış olsa da o ruhsata uygun yapılmayan inşaat uygulamadaki deyimi ile "Kaçak İnşaat"tır. Yapının bağlı olduğu imar düzeni kurallarına uygun yapılması zorunlu bulunduğundan, kamu düzenine ilişkin bu kurallar sebebiyle taraflar dileseler bile sözleşmede bunun aksini kararlaştıramaz. Çünkü imar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli, değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallar bütünüdür. Ruhsatsız veya ruhsatı olsa da ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara uygulanacak yaptırımın ne olduğu ise İmar Kanunu'nun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Olayımızda olduğu gibi yapı sahibi, yapısını daha önce hazırlattığı ve yapı ruhsatı istemi dilekçesine eklediği projesine ve ruhsata uygun biçimde yapmamışsa inşaat durdurulur ve projede yapılan değişiklik onaylanıncaya kadar inşaatın yürütülmesine izin verilmez. Ruhsata göre yapılan değişiklik imar mevzuatına aykırı ve bunu düzeltme olanağı yoksa yapının yıktırılması gerekir. İmar düzeni kuralları kamu düzenine ilişkin ve emredici hükümler içerdiğinden taraflar dileseler bile sözleşmelerinde imar düzeni kurallarına aykırı hükümlere yer veremezler. Gerçekten kural olarak taraflar bir hakkın mevzuunu kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin edebilir ise de, TBK. Md. 26 hükmünce kanunun kati suretle emreylediği hukuk kaideleri veya kanuna muhalefet o sözleşmenin geçersizliği sonucunu meydana getirir. Bir sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği sonucuna ulaşılabilmesi için de olayda uygulanması zorunlu İmar Kanunu'nun 32. maddesine göre yapılacak işleme bakmak gerekmektedir. İnşaat yasal olmamakla birlikte yasal duruma getirilmesi olanağı varsa, bunu saptamak, kaçak bölümün proje değişikliği suretiyle imar mevzuatına uygun hale getirilip getirilemeyeceğini belirlemek, imar mevzuatına uygun hale getirilme olanağı varsa bu işlemleri yerine getirmek üzere, (yerine getirilmemesinin TMK. Md. 2'de düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturarak hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve hukuki sonuçlarından davacı tarafın sorumlu olacağı da hatırlatılmak suretiyle), işlemin tarafı olan yükleniciye uygun süre ve işlemleri yapmak üzere yetki vermek gerekir

Bir inşaat imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırıdır diye hemen ve kesin olarak sözleşmeden dönülmesine olanak verilemez.

Öncelikle imar mevzuatına ve sözleşmeye aykırı inşaatın yasal duruma getirilmesi olanağı bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Bu inceleme isteği sözleşmenin ve davanın taraflarından gelmese bile, mahkeme tarafından görevi gereği yapılacaktır.

Bir inşaat imar mevzuatına aykırı olmakla birlikte aykırılığın giderilmesi olanaklıysa, arsa sahibinden alacağını veya haklarını ya da haklılığının saptanmasını isteyen yükleniciye "uygun süre" ve "yetki" vermek gerekir[14].

Süre, aykırılığın giderilmesini sağlayacak kadar olmalıdır.

Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda tereddüt doğarsa, bilirkişiden görüş alınacaktır. Zira yasal duruma getirme iş ve işlemleri çoğunlukla teknik niteliktedir.

Bilirkişiden görüş alarak veya almayarak verilen sürenin uygun olmadığı belirtilerek, mahkemeden ek süre istenebilir.

Mahkeme ek süre istemini değerlendirirken, bir yandan yetki verilen tarafın yaptığı veya yapması gereken iş ve işlemlerin önemini, karmaşıklığını, parasal maliyetini, zaman alıcı özelliğini dikkate alırken, öte yandan sürüncemede bırakma ve kötü niyetle davranma olasılığını da dikkate alacaktır, sürüncemeye ve kötü niyete fırsat vermeyecektir.

Sürenin uygunluğu bazen özellik arzedebilir. Şöyle ki, turistik bölgelerde yaz aylarında inşaat yasağı bulunduğundan, mahkeme süre verirken bu noktaya dikkat edecektir. Bir başka örnek da, belediyenin yeni imar planı çalışmalarının devam ettiğini bildirdiği bir durumda, mahkeme süre verirken imar planı çalışmalarının sonuçlanmasını dikkate alacaktır. Yine, Bakanlığın deprem veya başka bir gerekçeyle, dava konusu inşaatın bulunduğu bölgede inşai faaliyetleri ve inşaat ruhsatlarını geçici bir süre için durdurmuşsa, mahkeme süre verirken bakanlığın işlemini dikkate alacaktır.

---

14 **HGK. 29.5.2002, 286/454; 15. HD. 1.5.2007, 2637/2864; 15. HD. 5.11.2003, 1848/5256; 15. HD. 24.6.2010, 2320/3647; 14. HD. 26.3.2009, 2280/3839; 15. HD. 9.3.2009, 1420/1294; 14. HD. 29.1.2008, 15240/551.** "*İnşaatın projesine göre büyük yapıldığı, bu haliyle yapı kullanma izni alınamadığı konusu taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak Kartal Belediye Başkanlığının 17.4.2007 tarihli yazı cevabında mimari projelerin revizyonu onaylandıktan ve ilgili müdürlüklerin ilişik kesme yazılarının iletilmesinden sonra yapı kullanma izin belgesinin düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece davalıya bu belgenin alınması için gerekli süre ve yetki verilmesi, bu süre içersinde inşaat yasal duruma getirilip yapı kullanma izin belgesi alındığı takdirde şimdiki gibi davanın reddine, aksi halde davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.*"

Mahkemenin davanın veya sözleşmenin tarafına (örneğin, yükleniciye) yetki vermesi, aykırılığın giderilmesi için gerekli iş, işlem ve çalışmaların yapılmasına olanak verecek nitelikte olmalıdır. O denli yeterli olmalıdır ki, yetki verilen kişi veya kişiler başka bir mahkemede salt bu konuda kendilerine yetki verilmesine yönelik olarak dava açmak zorunda kalmamalıdırlar. Yetki kararı, arsa sahiplerinin kötü niyetli ve keyfi tutum ve inatlarına set çekecek bir olanaktır. Yüklenicinin bu olanağın değerini bilerek kullanması ne denli önemli ise, yetkinin mahkeme kararına geçmiş olmasından sonra yüklenicinin artık başka kişi, kurum ve kuruluştan olur, onay, temsil belgesi almaya gereksinim duymaması da o kadar önemlidir. Başka bir anlatımla, mahkemenin bu yetkiyi şekilsel bir gereklilik olarak değil, sorunu çözmeye olanak verecek biçimde yetkinin içini doldurması gerekir.

İnşaatın yasallık kazanması inşai müdahaleyi gerektiriyorsa, mahkemenin yükleniciye verdiği yetkinin bu müdahaleyi yapmasına olanak vermelidir.

Arsada bazı alanların belediyeye bırakılması, parsellerin ayrılması veya birleştirilmesi, çekme uzaklığının ayarlanması, inşaat ruhsatı alınması, projelerin hazırlanması ve onaylanması, değiştirilmesi gibi mülkiyet hakkının kullanılmasıyla doğrudan ilgisi bulunan, sözleşmede yükleniciden esirgenen, kanun tarafından "münhasıran" arsa veya yapı sahibine veya temsilcisine tanınan işlemlerin yapılması dışında kalan, tüm iş ve işlemler yüklenici tarafından mahkemenin verdiği yetki ile gerçekleştirilebilir. İnşaat yapılırken imar planının değişmesi nedeniyle projenin ve ruhsatın değişmesinin zorunlu olduğu, yapılan işlemlerin arsa ve yapı sahibinin durumunu olumsuz yönde esaslı biçimde etkilemediği, kendisi de girişse aynı işlemleri yapacağı durumlarda, arsa ve yapı sahiplerinin bu işlemler için harekete geçmemesi, vekaletname vermemesi, verilen vekaletnameyi geri alması, muvafakatname vermesi durumunda mahkemenin vereceği yetki önemli olacaktır.

Yüklenicinin yetki belgesiyle "tadilat projesi" yaptırıp onaylatması veya "inşaat ruhsatı" alması durumunda, arsa sahibi bu idari işlemlerin iptali için idari yargıda dava açabilir mi? İdari yargı, İmar Kanunu'nda örneğin inşaat ruhsatı alma hakkının yapı sahibine veya temsilcisine (md. 22) ait olduğunu düzenlendiğini dikkate alarak inşaat ruhsatını iptal edebilir mi? İdari yargının yetki belgesiyle gerçekleştirilen idari işlemleri iptal ettiği takdirde, adli yargı nasıl davranacaktır? Adli yargı, idari yargı kararını uygulamak zorunda olmakla birlikte, yetki belgesiyle inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilmesini gözetmeye de mecburdur. Adli yargı bu ki-

lidi nasıl açacaktır? Yetki belgesinin vekaletname yerine geçmediğini veya yapı sahibinin vermediği yetkiyi mahkemenin yükleniciye veremeyeceğini kabul etmek gerekir. Yetkinin önemi ve etkisi, sadece fazla ve aykırı imalatları gidermeyle, yani fiili müdahaleyle sınırlı mı olacaktır?. Yargıtay'ın son yıllarda ağırlık verdiği "yükleniciye yetki verme" kavramı alanının bu kadar dar olmadığı muhakkaktır. Böyle olmakla birlikte, yükleniciyi yapı sahibinin vekil veya temsilcisi durumuna getiren, sadece yapı sahibi veya temsilcisi tarafından yapılabilen işleri yetki belgesiyle yapılmasına olanak tanıyan, ya da sözleşmeyle veya vekâletnameyle yükleniciye verilmeyen yetkilerin, mahkemenin vereceği yetki belgesiyle kullanılmasına olanak sağlayan bir çözüm tarzı, sözleşme özgürlüğüyle bağdaşmayacağı gibi, "yetki belgesi"nin varoluş gerekçesiyle de bağdaşmayacaktır. Aksi çözüm tarzı, mahkemeye, ölçüsüz bir biçimde, sözleşmeye müdahale etme, taraflara talimat verme anlamına gelir. Bu durumda somut olayın özelliği (örneğin inşaatın seviyesi vb.. durumlar) uygun düşüyorsa, sözleşmenin arsa sahibi tarafından bozulduğunu kabul etmek uygun olacaktır. Adli yargı, uymak zorunda bulunduğu idari yargının iptal kararını inceleyecek, gerekçesine bakacaktır; idari yargı inşaat ruhsatını mevzuata aykırı olarak alınması gerekçesiyle iptal etmiş olabileceği gibi, yapı sahibinin başvurusu üzerine değil, mahkemenin verdiği yetki belgesiyle alınması gerekçesiyle iptal etmiş olabilir. İşte adli yargı, yüklenicinin imalat bedeli talebini incelerken, yetki belgesiyle alınan (ancak idari yargı tarafından <yapı sahibinin başvurusu bulunmadığı gerekçesiyle> iptal edilen) inşaat ruhsatını sadece "dürüst davranma gerekleri" çerçevesinde görerek, olumlu karar verebilir.

5-) DANIŞIKLI İŞLEMLERİN OLUMSUZ SONUÇLARINA KARŞI DÜRÜSTLÜK KURALI

Bir sözleşmenin türü ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, yanların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK. md. 19/I). Sözleşmecilerin gerçek ve ortak iradeleri araştırılırken, sözleşmenin her maddesi ve bölümü sözleşmenin tümü göz önünde tutularak yorumlanmalıdır. Sözleşmecilerin gerçek olmayan anlatımı üzerinde durulmamalı, onların gerçek amaçları araştırılmalıdır.

İnşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin konusu olan taşınmazı ve imal edilecek inşaat değerini, kendi mirasçılarından veya borçlu olduğu kişilerden korumak için sözleşmeyi danışıklı yapabilmektedirler.

Danışıklı işlem, sözleşmecilerin üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradesine uymayan ve

kendi aralarında geçerli olmayan bir konuda yaptıkları işlemdir. Bir danışıklı işlemden söz edebilmek için; a) Sözleşmecilerin iradeleri ile beyanları arasında isteyerek yaratılmış bir uygunsuzluk, b) Üçüncü kişileri aldatma amacı, c) Sözleşmeciler arasında gizli işlemi yer alan danışıklı sözleşme bulunmalıdır. Tüm danışıklı işlemlerde; a) Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış "görünürdeki işlem", b) Görünürdeki işlemin sözleşmeciler arasında geçerli olmayacağını saptayan "danışık anlaşması" bulunur. Bu öğeleri içeren danışıklığa "yalın danışık" (mutlak muvazaa) denilir. Danışığın bu türünde; sözleşmeciler aslında aralarında hukuksal işlem yapmadıkları halde üçüncü kişileri yanıltmak ve onlara karşı bir işlem yapmış gibi görünmek amacı ile görünüşte bir işlem yapmışlardır. Örneğin, alacaklıların icra takibinden kurtulmak için, bir borçlu, mallarını bir arkadaşına devreder ve "bu devrin gerçekte aralarında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı" borçlu ile arkadaşı arasında kararlaştırılırsa "yalın danışık" söz konusu olur. Eğer sözleşmeciler arasında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve salt üçüncü kişileri yanıltmak için yaptıkları başka bir işlemin arkasına gizlemişlerse, bu tür danışıklı işleme "nitelikli danışıklı işlem" (nispi/mevsuf muvazaa) denilir. Bu danışık türünde, görünürdeki işlem ve danışık anlaşması yanında ayrıca sözleşmecilerin gerçek iradelerine uygun bir gizli işlem bulunur. Örneğin sözleşmeciler gerçekte "bağışlama" yapmak istedikleri halde, bunu "satış sözleşmesi" biçiminde yaparlar. Böylece, görünürdeki işlem "satış" olduğu halde, gizli işlem "bağışlama"dır. Sözleşmecilerin üçüncü kişileri yanıltmak için, danışıklı olarak yaptıkları görünürdeki işlem geçersizdir. Geçersizliğin nedeni, taraflarca açıklanan beyanların, onların gerçek iradelerine uymaması, başka bir anlatımla bu beyanların "irade beyanı" niteliği taşımamasıdır.

Danışık savı, taraflarca herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak; a) TBK. md. 19/II uyarınca, yazılı borç tanımasına dayanarak danışıklı alacağı edinmiş olan iyiniyetli (TMK. md. 3) üçüncü kişilere karşı borçlu; danışık savında bulunamaz. b) Danışıklı bir sözleşme gereğince bir malı devralan kimse, emin sıfatıyla zilyet durumundan, ondan iyi niyetle o malı edinen kimsenin edinimi korunur (TMK. md. 990) ve ona karşı danışık savında bulunamazlar. c) Danışıklı sözleşme ile mülkiyeti devredilen bir taşınmaz ise, görünürde malik yararına olan tapu kaydına, iyi niyetle güvenerek, ondan o taşınmazı edinen kimsenin edinimi korunur (TMK. md. 1023) ve ona karşı danışık savı ileri sürülemez.

Görünürdeki işlemin geçersizliği –taraflarca ve üçüncü kişilerce- savunma olarak ileri sürülebileceği gibi bu konuda –taraflarca ve üçüncü kişilerce- bir dava açılabilir. Bu davada, görünürdeki işlemin "danışık nedeniyle geçersiz olduğunun saptanması" istenir.

Görünürdeki (danışıklı) işlem, belirtildiği biçimde "geçersiz" olur ve belirtilen sonuçları doğururken, görünürdeki işlemin altında (gizli) bir işlem varsa bu gizli işlem, sözleşmecilerin gerçek iradelerine uygun olduğu için, genel ve (şekil) koşulları yerine getirilerek yapılmış ise, geçerli olur.

Danışıklı sözleşmeler sözleşmeciler için alacak ve borç doğurmaz.

Mahkemenin danışık olgusunu görevinden ötürü göz önünde bulundurması gerekir.

Danışıklı bir sözleşme, belirli bir sürenin geçmesi, nedenin ortadan kalkması veya ilgililerin (örneğin sözleşmecinin) olur (icazet) vermesi ile geçerli duruma gelmez.

Danışık nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temliki yapılmışsa bu tescil yolsuz tescil sayılır. Tapuda yapılan temlik ve tesciller nedene bağlı olduğundan tapunun dayanağı olan sözleşme geçersiz ise, tapu kaydının iptali gerekir.

Danışıklı sözleşmeler yapıldığı andan başlayarak sözleşmeciler arasında sonuç doğurmayacağından, açılan davanın sonunda verilen karar "yenilik doğurucu" nitelikte olmayıp "açıklayıcı" niteliktedir: Açılan dava sonunda verilen karar geçmişe etkili sonuç doğurur.

Danışığın varlığını öne süren sözleşmeci veya bunların ardılı sıfatı ile hareket edenler savlarını kanıtlamak zorundadırlar. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı danışık savı, yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme yakın akrabalar arasında yapılmış olsa bile yazılı delille kanıtlanması gerekir. Danışıklı bir sözleşme kamusal biçimde yapılmışsa, danışık savı adi yazılı belgeyle kanıtlanabilir[15].

Üçüncü kişiler, danışık savını her türlü delille kanıtlayabilirler. Örneğin, şerh edilmiş olsa bile satış vaadi sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra vaade konu taşınmaz salt vaat alacaklısını zarara uğratmak amacıyla malikince danışıklı olarak bir başka kişiye tapudan temlik edilmişse, vaat alacaklısının danışıklık nedeniyle tapunun iptalini istemesi olanaklıdır. Danışık savına dayanan taraf temlik eden ve edilene göre üçüncü kişi durumunda olduğundan bu savını her türlü delille kanıtlayabilir[16]. Üçüncü kişilerin danışıklı bir işlemle zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olup; kural olarak danışıklık nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişi, tek yanlı veya çok yanlı hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürebilir. Ancak, üçüncü kişinin danışıklı işlemle zarar gördüğünün

15 1. HD. 9.10.2003, 9671/10535.

16 14. HD. 15.5.2001, 3041/3638.

benimsenebilmesi için, onun işlemi yapandan alacaklı olması ve danışıklı işlemin bu alacağın ödenmesini engellemek için yapılmış bulunması gerekir[17].

Danışığın varlığı hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir/dava açılabilir: Hak düşürücü süre ve zamanaşımına ilişkin yasa kuralları danışıklı temliklere uygulanmaz[18].

Temlik bedeli ile gerçek değer arasındaki aşırı oransızlık tek başına danışıklığın kanıtı sayılamaz[19].

Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesi "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" şeklindedir. Bu madde bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralları çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir. Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen danışıklı işlem ise tarafların yaptıkları sözleşmenin hüküm doğurmaması ve görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerinin meydana gelmemesi konusunda anlaşmalarıdır. Gerek TMK. Md. 2 ve gerekse TBK. Md. 19 birlikte değerlendirildiğinde, bir hakkın kullanılmasında gizlenen irade ile oluşan danışıklı işlemin üçüncü kişileri zararlandırma kastı da taşıyabileceğini göstermektedir.

6-) YANILMAYI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez. Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır (TBK. Md. 34). Örneğin, alıcı (A), bir kilogramı için iki lira ödemek istediği bir malı, yanılarak kilosu üç liraya satın almayı kabul ettiğini ileri sürdüğü takdirde, satıcının aynı malı ona iki liraya satmaya hazır olduğunu açıklaması durumunda, (A)'nın esaslı yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmenin kurulmadığı hakkındaki savunması, dürüstlük kurallarına aykırı düşer. Bu nedenle bu örnekte satış sözleşmesi, alıcının amaçladığı anlamda, yani kilosu iki lira üzerinden kurulmuş olur.

Sözleşme yapılırken, köklü bir yanılgıya düşen sözleşmeci, o sözleşme ile bağlı olmaz. Yanılgıya düşen sözleşmeci, yanılgısını doğruluk kurallarına aykırı olarak, öne süremez. Özellikle onun yapmayı düşündüğü sözleşmeyi karşı taraf yerine getirmeye hazır olduğunu bildirirse, bu

17 4. HD. 16.6.1998, 4611/4852.
18 1. HD. 20.12.2000, 15741/16037.
19 1. HD. 4.12.2000, 14937/15203.

sözleşme onu bağlar. Sözleşmenin sonuçlarından kurtulmak için, yanıldığını öne süren sözleşmeci, eğer yanılgı kendi kusurundan ileri gelmişse, sözleşmenin böylece bozulmasından doğan zararı gidermekle yükümlü olur; fakat karşı taraf yanılgıyı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat gerekmez. Köklü yanılgı durumları TBK. md. 31'de "sınırlı olmamak" üzere gösterilmiştir[20]: ***Köklü yanılgılar özellikle şunlardır: 1) Yanıldığını ileri süren tarafın bir sözleşme için onayını bildirirken başka bir sözleşmeyi düşünmüş olması; 2) Yanıldığını ileri süren tarafın, sözleşmenin konusu olan şeyden başka bir şey düşünmüş veya üzerine borç alırken başlıca göz önünde tuttuğu kimsede yanılmış olması; 3) Yanıldığını ileri süren tarafın üzerine aldığı edimin, düşündüğü şeyden önemli ölçüde çok ve karşı edimin önemli ölçüde az olması; 4) Yanıldığını ileri süren tarafça, sözleşmenin temel gereklerinden olarak göz önüne alınmasına, işlerdeki doğruluk kurallarının elverişli bulunduğu olaylar üzerinde yanılgıya düşülmüş olması."*** Sözleşmenin konusu, niteliği ve ödenecek miktar gibi konularda esaslı hataya düşen taraf sözleşme ile bağlı tutulamaz. Hatanın esaslı hata olarak kabul edilebilmesi için hem hataya düşen taraf yönünden hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları açısından, hataya düşülmese idi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan biçimde yapılmayacağının kanıtlanması gerekir. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda hataya düşen taraf hatayı öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanarak hukuki ilişkiyi geriye etkili olarak ortadan kaldırabilir (TBK. md. 31, 34, 35).

7-) GECİKTİRİCİ KOŞULUN GERÇEKLEŞMESİNİ ENGELLEMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İnşaat sözleşmesi, geciktirici koşula bağlı olarak yapılabilir. Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmadıkça, geciktirici koşula bağlı olarak yapılan bir inşaat sözleşmesi, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder (TBK. Md. 170). Örneğin, inşaat sözleşmesi yüklenicinin kredi sağlamasına, uygun imar koşullarını gerçekleştirmesine, taşınmazı yeşil alandan çıkarmasına bağlı olarak yapılmışsa, iş sahibi, yükleniciye kredi verilmemesi için bankaya yanlış bilgi vermeyecek, taşınmazı yeşil alandan çıkarmanın veya mevcut yapılaşma koşullarından daha iyi koşullara olanak verecek imar planı değişikliğinin gerçekleşmemesi için idare nezdinde olumsuz girişimde bulunmayacak, yükleniciye verdiği vekâlet-

20 TBK. Md. 31.

ten azletmeyecek, ona güçlük çıkarmayacak, güven sarsıcı hareketlerde bulunmayacaktır. Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur (TBK. Md. 171).

8-) KOŞULLARI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşmeciler, yaptıkları sözleşme ile adalet sağladıklarına inanırlar. Zira onlar bu sözleşme ile karşı tarafın hakkını belirlemekte ve bu hakkın ne zaman ve nasıl teslim edileceğini düzenlemektedirler. Onlar için adalet, kendisine sağlanan ve karşı tarafa verilen haklar demektir. Bu hakların dengeli olması, eşitlik anlamına gelmiyor. Sözleşmeciler dengeyi nasıl kurmuşlarsa, denge odur. Sözleşmeden sonra, eserin aylar hatta yıllar içinde yapımı (inşası) devam ederken, tarafların öngördükleri veya öngöremedikleri koşullar ortaya çıkar ve "sözleşme adaleti" denilen dengeyi olumsuz etkilemeye başlar: Sözleşmecilerden biri (o koşullar yüzünden) edimini yerine getirmemekte veya getirememektedir, ya da kötü yerine getirmektedir. Tarafların söylemlerini, eylemlerini, yararlarını, amaçlarını anlayabilmek ve doğacak sorunları çözebilmek için, o koşulların doğru biçimde irdelenmesi gerekir. Koşulların değerlendirilmesinde dürüstlük kurallarından da yararlanılacaktır. Hatta koşullar, sözleşme adaletinin yeniden kurulmasında, dürüstlük kurallarına başvurmayı zorunlu kılacaktır.

Yüklenicinin inşaata belli bir süre ara vermesi veya inşaata yetersiz bir iş gücü ve alet ve edevat tahsis etmesi durumunda iş sahibi 473/I hükmüne başvurabilir. Başlangıçta ortalama temponun üzerinde bir hızla çalışan yüklenicinin, daha sonra işi yavaşlatarak veya tamamen durdurarak bu tasarruf ettiği zamanı kullanabileceği kabul edilmelidir. Buna göre objektif olarak inşaatın ortalama bir tempoda çalışma sonucu tamamlanabileceği sürenin belirlenmesi yoluyla, belli bir tarihte inşaatın bulunması gereken seviyenin tespiti gerekir. İşte bu noktada, yüklenicinin işbu seviyenin gerisinde kalması, TBK. md. 473/I hükmünün uygulanmasını sağlayabilir[21].

21 Ayan, 351-352: "Tamamlama/teslim tarihi belli olmayan bir sözleşmede inşaatın seviyesi, olması gerekenin gerisinde kalmışsa, iş sahibi uygun bir ek süre vererek bunun giderilmesini isteyebilir. Her ne kadar inşaat sözleşmesinde inşaatın tamamlanma veya teslime ilişkin herhangi bir süre veya vade kararlaştırılmamışsa da, tarafların farazi iradelerinin, yüklenicinin inşaata başlaması gereken tarihin ardından ara vermeksizin, ortalama bir iş gücü ve tempoyla çalışması ve böyle bir temponun sonunda inşaatı tamamlayarak inşaatı teslim etmesi gerekir. Bunun sonucu olarak, inşaatın tamamlanarak teslimi borcu, ortalama bir sürenin sonunda muaccel olacak, bu tarihte teslim gerçekleşmezse, iş sahibinin ihtarı üzerine yüklenici temerrüde düşecektir."

İnşaat süresi yani inşaatın bitirileceği tarih sözleşmede belirtilmemişse, işin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, inşaatın tamamlanması için olağan koşullar içinde deneyimli bir yüklenicinin ne kadar süreye ihtiyacı olacağı belirlenir. Eserin tamamlanma süresi belirtilmemiş olsa bile, yüklenicinin makul sürede işi tamamlaması dürüstlük kurallarının gereğidir. Yükleniciye "ihtarname" ile tanınan makul süre içinde inşaat tamamlanmazsa, iş sahibi sözleşmeyi bozabilir.

9-) DİRENİME DÜŞEN YÜKLENİCİYE EK SÜRE VERMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Vadesi gelmiş bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla direnime düşer. Borcun yerine getirileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri yöntemine uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle borçlu direnime düşmüş olur (TBK. Md. 117). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, örneğin inşaat sözleşmesinde, taraflardan biri direnime düştüğü takdirde, borcun yerine getirilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini yargıçtan isteyebilir (TBK. Md. 123): Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisi olacağı anlaşılıyorsa veya borçlunun direnimi sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa ya da borcun yerine getirilmesinin belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek bulunmamaktadır (TBK. Md. 124).

İnşat sözleşmesinde direnime düşen yükleniciye, edimini yerine getirmesi için uygun bir ek süre tanımak gerekmektedir. Bu sözleşmenin alacaklı tarafı, bu süre dolduktan sonra hakları için harekete geçecektir. Alacaklı, süreyi kendisi belirleyebileceği gibi, bunun belirlenmesini yargıçtan da isteyebilir. Ek süre, "formalite icabı" verilmediğinden, makul uzunlukta olacaktır. Borçlu tanınan sürenin makul olmadığı yönünde itirazda bulunabilir.

Ek süre vermenin dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenememesi durumunda iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir. Buna göre inşaat seviyesinin çok geride kalmış olması nedeniyle, dürüstlük kuralları gereğince bu kadar bir ek süre vermesinin iş sahibinden beklenemediği durumlarda, iş sahibi ek süre vermeye gerek kalmadan derhal aynen ifadan vazgeçebilir.

İş sahibinin yapması gereken ara ödemenin miktarı ile durdurulan inşa faaliyeti arasında bir dengenin bulunması gerekir (TMK. md. 2). Aksi

halde inşaat süresinin durmayacağı kabul edilebilir. Buna göre örneğin iş sahibinin geciktirdiği ödemenin miktarının çok önemsiz olmasına karşın, yüklenicinin işi sürdürmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenebiliyorsa, bu durumda artık inşaatın durdurulması hukuka uygun sayılmaz ve bunun sonucu olarak da inşaat süresi uzamaz. Bu nedenle bu hakkın kullanılması konusunda, iş sahibinin geciktirdiği yükümlülüğü ile işin durdurulması durumunda ortaya çıkabilecek zarar karşılaştırılarak yapılacak değerlendirme sonucunda, yüklenicinin işi durdurmasının hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun düşeceği benimsenebiliyorsa, öbür koşullar da gerçekleşmişse, inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir[22].

10-) YAPIYI TESLİM ALMAYI REDDETMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir (TBK. Md. 474). Gözden geçirmek ve kusurları bildirmek koşuluyla, Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa iş sahibi sözleşmeden dönebilir (TBK. Md. 475/I).

İş sahibi ısmarladığı eserde belli niteliklerin bulunmasını ister. Meydana gelen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması durumunda, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan teslim edilecek eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentisini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde eser ayıplıdır ve yüklenicinin ayıba karşı garanti sorumluluğu ortaya çıkar. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya var olmasından vazgeçilemez kimi nitelikleri taşımayan eserdir. İş sahibi yararına yapılan eser sözleşmesi ile sonuçta ortaya çıkan eser, iş sahibinin amacını karşılamalıdır. Eğer eser iş sahibinin amaçladığı hizmeti vermiyor ise, kural olarak ayıplı olduğu kabul edilir.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan özelliklere sahip olmamasına rağmen teknik kurallara uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmişse, söz konusu eserin kararlaştırılan ile aynı değerde ve nitelikte olması onun bozuk olması niteliğini ortadan kaldırmaz. Giderek yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eserden daha değerli bir şey imal etmesi durumunda

22 Ayan, 122.

da, eserin bozuk olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durumda yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir (TMK. md. 2)[23].

TBK. md. 475/I, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesini, bozukluk nedeniyle sorumluluktan doğan sorumluluk için gerekli olan genel koşullardan başka, meydana getirilen eserin "kullanılamayacak veya hakkaniyet kurallarına göre kabulü beklenemeyecek" derecede bozuk olması özel koşuluna bağlamıştır. Bu fıkrada geçen, eserin kullanılamazlığı ve kabulün beklenememesi alternatif koşullar olmayıp, eserin kullanılmazlığı, kabulün beklenemezliği koşulunun yasada düzenlenmiş uygulama durumlarından biridir. Somut olayda eserdeki bozukluğun iş sahibi için kabulü beklenemez (kabule zorlanamaz) derecede olup olmadığı, hakkaniyet esasına göre, çatışan çıkarların tartılması suretiyle belirlenir. Bu konuda, ücretten indirme ve onarımın iş sahibinin işine yarayıp yaramayacağı veya dönmenin yükleniciye vereceği kayıpla iş sahibine sağlayacağı yarar arasında aşırı dengesizliğin bulunup bulunmadığı ya da bozukluğun giderilmesi için gerekli zaman ve giderler göz önünde tutulur[24].

Eseri kabulden kaçınabilmek (sözleşmeyi bozabilmek) için kusurların veya aykırılığın önemli olması gerekir. Kusurların önemi, iş sahibinin öne sürdüğü istekler ve özgülenen amaç göz önüne alınarak eserin bütününe oranla değerlendirilmelidir. Kabulden kaçınmanın doğurduğu sonuçlar şunlardır: İş sahibi, eserden elinde kalanı, bu kayıp kendi kusurlarından veya bir kazadan ileri gelmiş olsa bile geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık eğer eser, kusuru yüzünden kaybolmuşsa ancak ikinci fıkradaki yönteme başvurabilir[25].

Yapıdaki kusur, eseri arsa sahibi açısından kullanılamayacak bir duruma getiriyorsa sözleşmeden dönülebilecektir. Burada aranan, bozukluğun, tamamen ve kesin olarak kullanılamayacak duruma getirmesidir. Ayrıca, eseri kullanılamaz duruma getiren bozukluk büyük harcamayı gerektirmeyen bir onarımla giderilebilecekse sözleşmeden dönme yoluna gidilemez. "kullanılmazlık" ögesi sözleşmede öngörülen kullanılma amacına göre belirlenecektir. Eğer sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirtilmişse, bu nitelikleri taşımayan eserin karine olarak kullanılamaz durumda olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda dürüstlük kurallarının da göz önünde tutulması gerekmekte ve her somut olayın bu kurallar içinde değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir. Eserin kul-

23 Tunçomağ, 523, Ergezen, 70; Duman, 743.

24 Aral, 371-372.

25 Velidedeoğlu/Özdemir, 575.

lanılamaz duruma gelip gelmediği dürüstlük kurallarına göre değerlendirilecektir. Bozukluğun iş sahibi tarafından eseri kabule zorlanamayacak derecede bulunması, her somut olayın koşullarına ve tarafların karşılıklı yararlarının tartılması suretiyle hakkaniyete göre saptanacaktır. İş sahibin eseri bozuk olarak kabul etmesini beklemenin hakkaniyet ölçüsüne uyup uymadığına bakılacaktır. Sözleşmede açıkça belirtilen niteliklerin eserde bulunmaması da dürüstlük kurallarına uygun olarak değerlendirilecek ve iş sahibinin eseri kabulü gerekip gerekmediği araştırılacaktır. Sözleşmede öngörülen özelliklerin eksikliğinin, eserin kabulünü beklenemez duruma getiren önemli kusur oluşturduğu karine olarak kabul edilmeli ve bu karinenin aksi yüklenici tarafından kanıtlanmalıdır. Sözleşmede kararlaştırılmış olan özelliklerin bulunmamasının eserin kabulünü beklenemez duruma getirecek derecede önemli olmaması durumunda iş sahibi ancak ücret indirimi ve onarım isteyebilecektir. Sözleşme ile eserde bulunması kararlaştırılan niteliklere aykırılık dürüstlük kurallarına göre iş sahibi tarafından eserin kabulünü beklenemez bir sonuç yaratmıyorsa, sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir[26].

İnşaat sözleşmesinde teslimin (ifanın) gerçekleşmiş sayılabilmesi için yapının tamamlanmış, başka bir anlatımla sözleşmeye ve projeye göre bütün işlerin bitirilmiş olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Örneğin, yüklenicinin bazı işleri tamamlamadan inşaatı bırakıp gitmesi durumunda inşaat teslim edilmiş sayılır mı? İş sahibinin, yüklenicinin çalışması devam ederken binayı kullanmaya başlaması durumunda teslim ne zaman gerçekleşir? Yapının teslim edilebilmesi için tamamlanmış olması, yüklenicinin sözleşmedeki bütün yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmiş olması gerekir. Yüklenicinin bazı işleri eksik bırakmış olması durumunda teslim gerçekleşmez. Henüz tamamlanmamış bir inşaatın teslim edilmesi de teslim alınması da olanaklı değildir. BU kuralın sadece dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnaları bulunmaktadır. Şu durumlarda teslimin gerçekleşmediğinin iş sahibince ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır: a) Eksikliğin çok önemsiz olması durumunda (örneğin, yeni yapılmış bir binada tek bir elektrik prizinin eksik olması vb..), b) Yüklenicinin anlaşılabilir bir ifa iradesiyle inşaatı teslim etme iradesini ortaya koyması üzerine, açık veya örtülü olarak, henüz tamamlanmamış inşaatı ifa olarak kabul ettiği yönünde yüklenici nezdinde korunmaya değer haklı bir güven oluşturmasından sonra, iş sahibinin, teslimin eksiklikler nedeniyle henüz gerçekleşmediğini öne sürmesi (örneğin, iş sahibinin uzun süre sessiz kalması veya ayıp ihbarında bulunması, taşınmazı kullanmaya başlaması vb.). Yüklenicinin anlaşılabilir bir ifa iradesiyle inşaatı teslim etme iradesini or-

26 Erman, 131-133.

taya koymasından sonra, iş sahibin eseri ifa olarak aldığını açık veya örtülü olarak ortaya koyması, örneğin ayıptan doğan haklarını kullanması üzerine, yüklenicinin eksiklikleri bahane ederek teslimin henüz gerçekleşmediğini öne sürmesi, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz[27].

Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına uygun biçimde davranmaları esastır[28].

Yüklenici yapıyı tamamladığını bildirmiş olsa bile; iş sahibi, yapıda önemli bozukluk varsa (inşaatı teslim almayı reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşmeyecekse) ve bu bozukluktan yüklenici sorumluysa inşaatı teslim almaktan kaçınabilir. Önemli bozukluk iş sahibine yüklenebilen nedenlerden kaynaklanmışsa, iş sahibinin teslimi reddetmesini hukuk korumaz. İş sahibi, yüklenicinin açık veya örtülü olarak sunduğu ifayı kabul etmediğini (teslimi reddettiğini) işin niteliğine uygun ve kısa bir süre içinde açıkça veya örtülü olarak yükleniciye bildirmelidir; aksi halde inşaatı o durumuyla ifa olarak kabul etmiş sayılabilir.

Alacaklı, istenebilir, yerine getirilmesi olanaklı bir edim, ifa amacıyla, kendisine gereği gibi önerilmesine karşın, haklı bir neden olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, direnime düşmüş olur (TBK. Md. 106). Bu durumda; A) Yüklenici eseri ifa amacıyla iş sahibine teslim ettiği halde iş sahibi tarafından kabul edilmezse, alacaklının direnime düştüğü tarihten başlayarak, yüklenici eserden elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı sorumlu olmaz. B) Eser, iş sahibinin direnime düşmesinden sonra yüklenicinin kusuru olmadan hasara uğrar veya telef olursa bundan doğan zarara alacaklı katlanır (TBK. Md. 483/I). C) Alacaklının direnime düşmesinden sonra faiz işlemez. D) İş sahibine ifa önerisinde bulunan yüklenici, daha önce direnime düşmüşse, bu önerisiyle birlikte direnimden kurtulmuş olur. Bunun sonucu olarak gecikme faizi işlemeye devam etmez. Ceza koşulu borçlunun direnimi sürdükçe işleyen bir tazminat borcu olarak kararlaştırılmışsa, iş sahibinin direnime düştüğü andan başlayarak bu borç da artık işlemez olur. E) Alacaklının direnimi gerçekleşince borçlu sorumluluktan kurtulma olanağını elde eder. Bu olanak borcun konusu olan şeyin tevdii, satılarak bedelinin tevdii, ya da sözleşmenin bozulmasıyla gerçekleşir. **Tevdi hakkı:** Alacak-

27 Ayan, 62-63.
28 Yavuz, 560.

lının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini, ifa yerindeki yargıç belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir (TBK. Md. 107). **Satma hakkı:** Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise, borçlu, alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izniyle onu açık artırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir (TBK. Md. 108). F) Yüklenici, TBK. Md. 123-125'de yazılı hükümlere uyarak sözleşmeyi bozabilir. Özellikle arsa sahibinin eseri teslim almak zorunda olduğu durumlarda TBK. Md. 123 hükümleri uygulanacaktır (TBK. Md. 110). G) İş sahibinin direnime düşmesinden sonra bile, yüklenici, ifanın olanaksız duruma gelmesinden veya gereği gibi yapılmamasından sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk, yüklenicinin kusuru hafifse daha hafif olur; hatta yargıcın takdirine göre büsbütün ortadan kalkabilir (TBK. Md. 114/I).

11-) SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERİ DEĞERLENDİRMED DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (Culpa in contrahendo), sözleşmenin kurulmasından önceki evrede görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının, öbür görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan "sözleşme benzeri güven ilişkisine" aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluktur. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin kapsamı, koşulları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleriyle görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi TMK. md. 2'deki dürüstlük kuralına dayanır. Görüşmeler sırasında görüşmecilerin sözleşmenin kapsamı ve koşulları konusunda birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Görüşmeciler, bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde, bundan doğan zarardan sorumludurlar. Sorumluluğun gerçekleşmesi için üzerinde görüşmeler yapılan sözleşmenin kurulması zorunlu değildir. Sözleşme kurulmadan kesilmesi, sorumluluk nedeni olmaz. Görüşmelere başlayan kimsenin sözleşmeyi yapma zorunluluğu yoktur. Görüşmeleri kesen kimsenin karşı görüşmeciye bunun nedenini bildirmesi ve hesap vermesi gerekmez. Zira her görüşmeci görüşmelerin kesilebileceğini he-

saba katmak zorundadır. Bu nedenle görüşmelerin kesilmesi yüzünden sözleşmenin kurulacağı beklentisi ve ümidi içinde öbür görüşmecinin bir zarara uğraması sonucu değiştirmez. Ancak, görüşmeleri kesmek ve bu yolla karşı görüşmeciye zarar vermek niyetiyle görüşme başlatan kimsenin bu davranışı görüşme sorumluluğuna neden olabilir[29].

29 Şeker, Muzaffer, Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini (Şekil Noksanı olarak geçecektir), Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2008, 56 vd.: "Görüşme aşaması bile taraflar arasında bir hukuki ilişki kurar. Bu safhada da taraflar dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir. Yani taraflar sözleşmenin yapılması konusunda ciddi bir niyetle ve karşı tarafı aldatma kastı olmadan sözleşme görüşmelerine katılmalıdır. Bu kapsamda şekil şartına tabi olan sözleşmeyi şekil şartına uymadan yapmayı istemek veya şekil şartına tabi olduğunu karşı taraftan gizlemek dürüstlük kuralına aykırıdır. Görüşmeler sırasında dürüstlük kuralına uygun hareket etme kapsamında, sözleşmenin kurulması veya şartların belirlenmesi ile ilgili kararlara etki edecek konularda aldatıcı davranışta bulunmamak ve gerekli bilgileri karşı tarafa vermek, karşı tarafın hatasını düzeltmek, karşı tarafın şahsını ve malını koruyacak tedbirleri almak da vardır. Taraflardan biri bu yükümlülüklerine aykırı davranırsa, yanlış bilgi verirse, susarsa, gerekli dikkat ve özeni göstermezse, sözleşme niyeti olmadan görüşmeler yaparsa, edimin olanaksız olduğunu bildiği halde sözleşmeyi yaparsa, hileye başvururursa, kendi kusuru ile hataya düşer ve bu nedenle sözleşmenin iptali gündeme gelirse; meydana gelmeyen sözleşmede karşı tarafa veya sözleşmenin konusuna zarar verirse, bir kimse yetkisizlikle işlem yapar ve bu işleme icazet verilmezse; şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin iptaline sebep olur ya da sözleşmenin şekle aykırılığı halinde geçersizliğe ilişkin karşı tarafı bilgilendirmezse ve bütün bunlar sonucunda bir zarar meydana gelirse kusurlu taraf bu zararları tazminle yükümlüdür. Her konuda anlaşılmasına rağmen sözleşmeyi şekil şartına uygun olarak yapmaktan kaçınan veya şartlara uymadan sözleşme yapan ve böyle bir sözleşmenin geçersiz olduğunu bilen kimse de doğan zararların tazmini ile yükümlüdür. Zira karşı taraf sözleşmenin gerçekleştiğini zannederken bu güveni kötüye kullanan eden kişi zararlardan sorumlu olmalıdır. Ancak her iki tarafın da kusuru varsa tazminat istenemez. Bu durumda tahvile başvurulmalıdır. Ancak şekil noksanlığının her iki tarafça bilinmesine taraflar edimi yerine getirmesi konusunda veya şekil şartına uygun yeni bir sözleşme yapacakları konusunda güvence vermişlerse, buna rağmen sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle hükümsüzlüğünü ileri sürerek, edim ifa edilmiyor veya şekle uygun yeni sözleşme yapmaktan kaçınıyorlarsa yine güven sorumluluğu kapsamında tazminat istenebilir. Bu halde tazmin edilmesi gereken zarar, geçerliliğine güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü yüzünden uğranılan menfi zarardır. Yani sözleşme yapılmaya hiç girişilmeseydi uğranılmayacak zarardır (potsa, noter vs., borcun ifası için yapılan hazırlık masrafları, başka sözleşme yapma şansının kaçırılması). Burada borcun ifa edilmemesinden uğranılan zarar istenemez. Olumsuz zararın tazminin istenmesi sözleşmenin hükümsüz olduğu anlamına gelir ki bu durumda da hükümsüz olan sözleşmenin ifasına ilişkin çıkar istenemez. Dolayısıyla sözleşmenin şekil noksanı ile geçersiz olduğu hallerde de sözleşmenin geçerli olduğuna güvenen taraf olumlu zararın değil ama menfi (olumsuz) zararın karşılanmasını isteyebilecektir. Şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olması halinde, sadece menfi zararın istenilmesi haksızlığa sebebiyet verecekse ve TBK. md. 35/II veya 47/II'nin şartları da mevcutsa, hakim daha fazla tazminata hükmedebilir. Fakat herhalde zararın tazmin edilmesi, sözleşmenin geçerli olması halinde elde edilebilecek kazanımların miktarını aşmamalıdır."

12-) SARSILAN GÜVENİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİNİ DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşme taraflarından biri, doğruluk ve dürüstlük kurallarından ayrılarak karşı yanın güven duygusunu zedelemişse, sözleşmenin o yan bakımından çekilmez hale geldiğinin kabulü gerekir. Feshe kusuru ile neden olan taraf, karşı yandan kâr yoksunluğu zararı ve cezai şart isteyemez[30].

Sözleşmeciler <sözleşmeye devamı onlardan beklenmeyecek ölçüde> birbirlerine güvenlerini yitirmişlerse sözleşmeyi bozabilirler; sözleşmecilerin güven duygusu, sözleşmenin kaleme alınışındaki özensizlikten fırsat yaratma biçiminde zedelenebileceği gibi, sözleşmecilerin birbirlerine ağır hakaret ve iftirada bulunmaları, birbirlerini ağır biçimde yaralamaları... şeklinde de yok olabilir. Güvenin yitirilmesi nedenine dayanan bozma (fesih) hakkı TMK. md. 2 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Örneğin, yüklenici sözleşmenin kendisine yüklediği yapı izni almadan inşaata başlarsa[31], inşaat onaylanmış projeye aykırı olarak meydana getirilmişse[32], eser teslim tarihinde tamamlanamamışsa, arsa sahibi mevcut sözleşmeye rağmen başka bir yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak arsayı ikinci yükleniciye teslim etmişse[33], sözleşmeciler birbirlerini karşılıklı olarak suçlayarak eserin ortaya çıkmasını engellemişlerse[34], sözleşmeciler kusurlarıyla sözleşmenin feshine neden olmuşlarsa onların güven duygusu <sözleşmeye devamı onlardan beklenmeyecek ölçüde> sarsılmış sayılır ve bu durum sözleşmeyi bozma nedeni sayılabilecektir[35].

Sözleşmeye bağlı kalmamada haklı görülebilecek olan her sözleşen, karşı yanın sözleşme uyarınca borçlanılmış edim yükümlerine aykırı davranıp davranmadığına, edimler arası dengeyi alt-üst edip etmediğine bakmaksızın, sözleşmeyi çözebilecektir. Önemli olan, karşılıklı sözleşme ilişkisindeki edimler arası dengenin bozulup bozulmadığı değil, sözleşme ilişkisinin temelindeki karşılıklı "güven bağlılığının" kopup kopmadığıdır. Borçlunun sözleşmeye aykırı her davranışı, aynı zamanda alacaklının sözleşmeye aykırı davranılmayacağı yolundaki korunmaya değer güvenini kökünden sarsmış sayılacak ve alacaklı, karşılıklı denge bozulduğu için değil, fakat doğrudan doğruya borçlusuna karşı beslediği güveni kökünden sarsılıp yıkıldığı ve artık sözleşmeye bağlı kalmasının, güven ilkesi çerçevesinde "katlanılmaz", "kendisinden beklenilmez" bir şey olacağı için

30 15. HD. 3.6.1999, 1450/2278.
31 15. HD. 8.10.2001, 2003/4409.
32 15. HD. 14.10.2002, 3327/4594.
33 15. HD. 24.10.2002, 3124/4837.
34 15. HD. 23.1.2002, 3766/305.
35 Karataş, 357-360; Eren, I, 209.

sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyle bağlı kalmanın, artık, sözleşenden TMK. md. 2/I kuralı karşısında beklenmediği durumlarda, sözleşmeye kesin olarak ve sonuna kadar bağlı kalmanın sözleşme adaleti ile bağdaşmaz sivriliklerini törpüler[36].

Karşılıklı güven bağlılığına dayanan, güven temeli üzerine oturtulan sözleşme ilişkisinde, bu karşılıklı güven bağlılığını sürdürmenin, bir sözleşme sarsıntısı ile karşılaşan sözleşmeciden artık beklenmezliği ana fikrinden doğar. Güvenin korunması ilkesi (güven ilkesi), hukuken korunmaya değer bulunan bir çıkarını gerçekleştirmek üzere buluştuğu kişi indinde bir güven olgusu yaratanın, bu güvenin sonuçlarına katlanması ve onun, bir kez yaratmış bulunduğu güveni artık sarsmaması anlamını taşımaktadır. Sözleşmecilerin her birinin, sözüyle ve eylemiyle karşı taraf indinde yarattığı korunmaya değer, haklı güveni boşa çıkarmaması gerekir Bu anlamıyla, önce, bir sözleşme ilişkisinin kurulup kurulmadığını, eğer kurulmuşsa, bu ilişkinin "geçerli olarak" kurulmuş olup olmadığını ve geçerli olarak kurulmuş ilişkinin konusunu belirleyen güven ilkesi, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra da, söz veren, her şeyden önce söz verdiği kişiye karşı her zaman sözüne bağlı kalacak, sözveriye uygun davranılacağına her zaman için güvenebilecektir. Sözleşmecilerin birbirleri indinde "güvenilebilir kişi" olarak kalmaları, sadece verilmiş sözlere bağlılıkla değil, fakat bunun ötesinde ve çok daha kapsamlı bir çerçevede, verilen söze eşlik eden tüm maddi olgularla ve tutumlarla yaratılmış olan güveni sarsmamakla da gerçekleştirilecektir. Her bir sözleşmeci, karşı yanın çıkarlarını da gözetecek, onun bu çıkarlarına saygısızlık etmeyecek, onları tehlikeye sokmayacaktır. Güven ilkesinin yasal dayanağını oluşturan TMK. Md. 2/I gereğince, *"herkes, haklarını kullanmada ve yükümlerini yerine getirmede, bağlılık ve güvene uygun davranmak zorundadır."*. Her bir sözleşmeci karşı yanın kendisine karşı beslediği kapsamlı güveni çökertmeyecek, ifa istem ve yükümlerinde, karşılıklı bağlılık ve güvene, karşılıklı çıkarlara saygılı davranacak, bu esaslara uygun düşmeyen biçimde yükümlerden kaçınıp, istemlerde bulunmayacaktır.

Güven ilkesi, borçlunun fedakârlığını sınırlayan yanıyla "borçlunun", alacaklının sözleşme ile güttüğü öznel amaçları ve bu amaçları gerçekleştirmeye yarayacak borçlu yükümlerini (yan edim yükümlerini) sözleşme konusuna, borçlunun ediminin kapsamına sokan yanıyla da "alacaklının hizmetindedir. Borçlunun edim eylemlerini yerine getirme fedakârlığı ile alacaklının edim sonucuna kavuşma ve öznel amacını gerçekleştirme çıkarını uzlaştırır, dengeler. Karşılıklı çıkarların böylesine dengeli bir biçimde gözetilmesini

36 Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, sf. 41-42; Eren, I, 210.

sağlayabildiği ölçüde de, somut sözleşme adaletini gerçekleştirmeye yarar. Kusursuz sözleşmeciyi kusurlu sözleşmeciye karşı koruyan, borçluyu borcundan kurtaran, adaletli bir risk (hasar) dağılımı ve paylaşımı sağlayan, "güven zararı" ödeme yükümleri kuran, alacalının aynen ifa yaptırımını kayıtlayan, "cebren icra"yı olanak dışı kılan tüm kurallar, hep güven ilkesinin damgasını taşır. Gerçekten de, ortada hukuken önem taşır gerçek bir ifa engelinin var olup olmadığını, eğer varsa, bu engelden ötürü, herhangi bir sorumluluğun söz konusu olup olmayacağını, eğer bir sorumluluk söz konusu olacaksa, bu sorumluluğa hangi hukuksal sonucun bağlanacağını belirleyen, hep bu "karşılıklı bağlılık ve güvenin korunması", karşılıklı çıkarların dengeli bir biçimde gözetilmesi" ilkesidir. İfa engelleri alanında, yasada öngörülmüş "yedek hukuk kuralları", aslında, bu geniş anlamıyla, güven ilkesinin bir yansımasından, bir uzantısından başkaca bir şey değildirler. Eğer zorlayıcı, buyurucu hukuk kurallarını TMK md. 2/II'nin "hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi" düzeltip, somut olay adaletinin isterleriyle uyumlu kılıyorsa, yedek yasa kurallarını da TMK. Md. 2/I'in "güven ilkesi" düzeltip, somut sözleşme adaletinin isterleriyle uyumlu kılacaktır.

Güven kavramı, anlam itibariyle sadece, etik ve moral beklentilerin mevcut olduğu bir kavram değildir. O, aynı zamanda, toplum içerisindeki bireylerin iletişiminde çok ciddi rol oynayan ve bazı durumlarda eksik kalmış, tamamlanamamış ya da üstü kapalı olarak geçirilmiş, bazı irade beyanlarının yorumlanması ve tamamlanmasında önemli derecede etkisi olan psikolojik-sosyolojik bir kavramdır. Bilgilendirme gereksinimi içinde, güven kavramının, ekonomik, sosyal ve kültürel anlamları da mevcuttur. Bir görüşe göre güven kavramı, toplum içerisinde, bir bireyin diğer bireylerle olan ilişkilerini tamamlayan; bu ilişkilerin yorumlanmasında kullanılan; ya da o bireyin geleceği ile ilgili olan olaylarda yol gösterici bir rol oynayan, tamamen insanın kendi iç dünyasıyla ilgili bir davranış, bir ruh hali, bir zihniyet, bir anlayıştır.

Güven kavramının temelinde; doğruluk, dürüstlük, açık sözlülük, içtenlik, gerçeklik, haklılık gibi anlamlar yatmakta; güven kavramının anlamı da sayılan bu ilkelere dayanmaktadır. Bu anlamda güven, iki taraflıdır. Bir birey, ya karşısındakine güvenir, ya da karşısındaki, o bireye güven verir. Bir kimsenin, çevresine verdiği güven, aynı derecede bir karşılık ve hukuki olarak korunma gerektirmektedir.

Özel bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek karşı tarafa güvenmiştir. Karşı taraf omuzlarına da bu güvenden dolayı, doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Ken-

disine güvenilen taraf da yapmış olduğu kendi davranışları ile bu güven olgusunu meydana getirdiği için, güvenen tarafa kendisine neden güvendiği hususunda bir itiraz hakkı söz konusu olmayacağı öğretide ileri sürülmüştür.

Her iki tarafın menfaatlerini korumak ve dengelemek için ileri sürülen güven ilkesine göre, bir irade beyanını anlamak ve değerlendirmek için, beyan muhatabınca bilinen ve bilinmesi gereken bütün hal ve şartları TMK. md. 2'de düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğince değerlendirmek gerekecektir. Böylece, beyana ne anlam verilmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu ilkeye göre, korunan karşı tarafın -beyan muhatabının- "haklı güveni"-dir. Beyan muhatabının gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin, beyanı nasıl anladığına bakamayacaktır. Beyan muhatabı, kendisine ulaşan beyanı, dürüstlük ilkesi gereği, bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurları dikkate alarak anlamalıdır. Yani, onun bu beyanı o şekilde anlaması TMK. md. 2 uyarınca haklı görünmelidir. İşte bu ilke, meydana gelen adaletsizliği ve taraflar arasında gerçekleşen sorunu çözmüş olmaktadır. Zira güven ilkesi "karşılıklı birbirini gözetme" ve "bağlılık" esaslarına dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, hem beyan sahibinin hem de beyan muhatabının menfaatleri dengede tutulmuş olmaktadır. Bir yandan beyan muhatabının, dürüstlük kuralına (objektif iyi niyet) göre, bildiği ve bilebileceği bütün olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güveni korunmakta; diğer yandan ise, beyan sahibinin yaptığı beyanının, makul ve dürüst bir sözleşen insan tarafından anlaşılması olağan biçimde anlaşılacağına dair haklı güveni teminat altına alınmaktadır.

Güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, bir kimsede hukuken korunmaya layık bir güvenin olması, bu güvene dayanılarak bir tasarruf işleminde bulunulması, tüm bunların da bir kişiye isnat edilebilmesi gerekir.

Dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için şu koşullar aranmaktadır: Olayda bir "güven" unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyi niyeti bulunmalıdır[37].

37 HGK. 10.2.2010, 39/71.

13-) OLGULARI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Bir örnek olayda olguların değerlendirilmesine açıklık getirelim: Kat Mülkiyeti Kanununa bağlı olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını yerine getirmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına karşın satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması durumlarında, olayın özelliğine göre yargıç, TMK. md. 2 hükmünü gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir. Bu kural sözleşmenin tamamen yerine yetirildiği durumlar için geçerlidir (İBK. 30.9.1988, 2/2). Noterde "düzenleme biçiminde" düzenlenmemiş ve tapuda da pay devri yapılmamış olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"nin tarafı olan arsa sahibinin, bu sözleşmenin yerine getirilmesi olanağı konusunda o güne kadar süregelen davranışlarıyla yükleniciye tam bir güven vermesi ve yüklenicinin de, sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyi niyetle bağlanarak inşaatı tümüyle veya büyük oranda tamamlaması durumunda da sözleşmeye sonradan geçerlik tanımak gerekir. İnşaat kabulden kaçınılamayacak bir düzeye gelmişse bozuk ve eksik işler bedeli saptanıp "aynı anda ifa"ya karar verilmelidir. Geçersiz yapılan sözleşmeye göre taraflar edimlerini karşılıklı ve kısmen de olsa yerine getirmişlerse, sözleşmeyle kendilerini bağlı saymaları nedeniyledir. Zira bu durumda, biçim eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek, MK'nın 2. maddesinde benimsenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı"nın ihlali niteliğinde olup, böyle bir sav, yasalarca korunmaz[38]-[39].

---

38 15. HD. 8.5.1996, 1132/2486; 15. HD. 29.4.1999, 893/1686; 15. HD. 20.11.1986, 266/3930; HGK, 16.06.2010, 290/328.

39 Kılıçoğlu, 105; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c. I, Beta Yayınları, İstanbul 1994, sf. 360 vd.: "Şekil kural olarak tarafları düşünmeye sevketmek, acele karar verilmesini önlemek suretiyle onları korumayı amaçladığından, sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek, hiçbir yanılgıya düşmeden ifa ettikleri takdirde bu korunmadan vazgeçmiş sayılmalı, böylece gönüllü ve bilinçli ifa ile geçersiz akit sağlık kazanmaktadır. Taşınmazın mülkiyetinin devri borcunu doğuran geçersiz akdin ifası, tapu siciline tescil ile gerçekleşir. Burada ifa, tescil işlemidir. Tescil yapılmamışsa, gerçek anlamda ifadan söz edilemez. Görülüyor ki, tarafların akidden doğan edimlerini bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde şekil noksanlığı (sakatlık) sağlık kazanmakta, akit geçerli hale gelmektedir. Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan borçlarını ifa ettikten, mesela Kat Mülkiyetine göre geçersiz sözleşmede, alıcı satış parasını ödedikten, satıcı da bağımsız bölümü teslim ettikten sonra, satıcı, bağımsız bölümü üçüncü bir kişiye devredip mülkiyetini de geçirmişse, alıcı, üçüncü kişi aleyhine tapu iptal ve tescil davası açamaz. Zira satış akdi, şahsî nitelikte bir borç ilişkisi kurar, üçüncü kişilere karşı aynî etki ve sonuçlar doğmaz. Böyle bir halde alıcı, satıcıya karşı şartları gerçekleşmişse, TBK. md. 49/I veya 49/II'ye ya da TBK. md. 112'ye göre haksız fiilden veya akidden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca tazminat davası açabilir. Sebepsiz zenginleşme davası açmak da mümkündür. Bu takdirde alıcı, satıcıdan hem ödediği parayı, hem de satıcının elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kâr veya kazançları, kanuni faiziyle

14-) SÖZLEŞMENİN BOZULMASININ SONUÇLARINI DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede direndiği olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir (TBK. m. 117/I). TBK'nın 125/I. maddesinde, karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borcun yerine getirilmemesi (ifada gecikme) halinde, alacaklının hakkını, nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa) alacaklı, TBK. md. 125/I'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı süresi (kural olarak 10 yıl) içerisinde isteyebilir.

Alacaklı TBK'nın 125/I. maddedeki seçimlik hakkını kullanmak zorunda değildir; bu halde dahi gecikme tazminatı isteyebilir.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin "özen borcu" üzerinde durulmalıdır: Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (TBK. md. 471/II). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna. aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder

TBK'nın 52. maddesinin somut olayda uygulama alanı: Zarar görenin kusuruna hukuki sonuçlar veren bu madde, TBK'nın 114. maddesinin yaptığı yollama ile sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. TBK'nın 52. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak (tazminatın tenkisi) kabul edilmiştir; buradaki kusur TBK'nın 49. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemi zararın oluşmasına" veya "zararın artmasına yardım etmesi". Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek

birlikte isteyebilir. Ödenen para yanında kâr ve kazancın da istenmesi, bu suretle ucuz ve kolay finansman sağlayan, kötü niyetli kişilerin sebepsiz ve haksız zenginleşmesini önler."

için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir.

Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına neden olması kanıtlanmamıştır. Diğer taraftan davacının, sözleşmeye göre, davalı yükleniciye vermesi gereken dairelerden bir tanesinin satış yetkisini vermemiş olması gecikmeye neden olan kusur olarak nitelendirilemez. Çünkü bu dairenin satış yetkisi davalının işi bitirmede direnmesi nedeniyle meydana gelecek zarara karşılık güvence olarak verilmemiştir; Kaldı ki, davalı yükleniciler satış yetkisi verilseydi bu dairenin satılacağı satımın bu nedenle engellendiğini kanıtlamamışlardır. Bu nedenle satış yetkisinin verilmemesiyle gecikme arasında uygun illiyet bağı da yoktur. Son dairenin satış yetkisinin verilmemesi olgusu ne mahkeme ve ne de, 15. Hukuk Dairesi'nin bozma kararında tartışılmadığından davacı yararına kazanılmış hak oluşmuştur. İş sahibinin 125/I. maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu bunun kanıtıdır. Bu nedenlerle davacının, TBK'nın 52. maddesindeki özel halleri oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi Yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur.

TMK'nın 2/I. maddesinde belirlenen "doğruluk ve güven kurallarının (objektif hüsnüniyet) somut olayda tartışılması: Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması. ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat -cezai şart- ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır; bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne var ki, bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına aykırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için "öngörülmeyen bir nedenin" sözleşmenin tamamının veya bir koşulunun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez ve yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir.

Olayımızda, ne öngörülmeyen bir hal ve ne de yapılan işin kapsamı gözetildiğinde… TL. tazminatın davalı için çekilmez ve ekonomik yönden yıkım teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki, davalının sözleşmeye sadakat göstermeyerek gecikme tazminatını (Cezai şartı) ödememekte direnmekte, onun yönünden doğruluk ve güven kurallarına (TMK. md. 2/I) aykırıdır.

Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi "hakkın kötüye kullanılması" olarak da nitelendirilemez (TMK. md. 2/II). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller" de söz konusu olabilir. Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır.

Davalı, işin süresinde teslim edilmemesi halinde davacıya verilecek her daire için aylık … Lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu, TBK'nın 179/II maddesinde belirlenen bir cezai şart niteliğindedir. TBK'nın 182/III. maddesi gereğince cezai şartın, "fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi" gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olamaz (TTK. md. 22). Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumunda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirime tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır (TBK. md. 180/II). Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davalıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, TBK'nın 471/II. maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer[40].

Sözleşmenin bozulmasında haklılık payının araştırılması önemlidir. Sözleşmeyi bozmakta haklı olmak ya da olmamak… Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde teslim tarihi kararlaştırılmamış olabilir. Bu durum yük-

40 HGK. 9.10.1991, 340/467.

leniciye eseri belirsiz sürede teslim etme hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan gidişine göre yürüyüp yürümediğini araştırmak gerekir. Bunun için de, o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakılacaktır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici inşaat faaliyetlerine başlamışsa, örneğin (eğer gerekli ise) arsaların birleştirilmesi veya ayrılması işlemlerini tamamlamışsa, arsanın "hava mani kriteri" şeklinde olan kısıtlılığını kaldırmış, yola terk işlemlerinden sonra arsayı inşaata uygun duruma getirmiş, arsayı imar parseli durumuna getirmiş, ardından proje çalışmasına başlamış, proje aşamasından sonra da yapı ruhsatı almışsa, başka bir anlatımla işler olağan akışında yürürken ve ruhsatın alınmasından sonra, arsa sahibi, sözleşme tarihinde kesinlik arzetmeyen imar durumunu lehe dönüştürmek için imar çalışması yapan ve başarıyla sonuçlandıran yükleniciye önce ihtarname çekerek ve ardından da dava açarak sözleşmenin bozulmasını istemişse, bu davranış dürüstçe (TMK. Md. 2) sayılamayacaktır. Üstelik arsa sahibi, sözleşmenin bozulmasına ilişlin dava açmasına karşın, yüklenicinin dava boyunca inşaata devam etmemesinden dolayı onu suçlaması da kabul edilemez. Çünkü, sözleşmeyi bozma davası devam ettiği sürece, yükleniciden işi sürdürmesi beklenemez. Bu örnekte, arsa sahibinin, davanın kesinleşmesini beklemeden, inşaatı başka bir yükleniciye yaptırması da bir başka kötü niyetli davranış sayılabilecektir. İşte, arsa sahibi, bütün kusurlarına rağmen sözleşmeyi bozduğu takdirde, bozma kararının kesinleştiği tarih itibarıyla yüklenicinin öne sürüp kanıtladığı tüm zararlarını ödemek zorunda kalacaktır. Görülüyor ki, sözleşmeyi bozmakta haklı olup olmamak sonuçları bakımından önemlidir[41].

15-) KAVRAMLARIN İÇİNİ DOLDURMADA DÜRÜSTLÜK KURALI

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen (derhal) bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir (TBK. Md. 125/II).

"Derhal" sözcüğü gereği, ek sürenin dolması üzerine veya inşaatın ek sürenin sonunda tamamlanamayacağı ortaya çıkmış ise gecikmeksizin aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir. Fakat, bazı durumlarda ek sürenin sonunda aynen ifadan derhal vazgeçmek dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Örneğin, direnimin doğumu üzerine iş sahibince iki aylık ek sürenin verilmiş olduğu ve bu süre içinde hiçbir inşai faaliyetinin yapılmadığı bir olayda, iş sahibi, yüklenicinin yeniden inşa faaliyetine başladığı ana kadar, dilediği zaman, yeniden ek süre vermeye gerek olmaksızın aynen

41 15. HD. 18.6.2003, 767/3319; 23. HD. 14.9.2012, 3561/5134.

ifadan vazgeçebilmelidir (TMK. md. 2/I). Ancak ek sürenin dolmasından sonra, yüklenicinin herhangi bir zamanda ve herhangi bir biçimde inşa faaliyetine başlaması durumunda, aynen ifadan derhal vazgeçmemiş olan iş sahibi, yeniden ek süre vermesi koşuluyla, aynen ifadan vazgeçebilir[42].

16-) YASAL BİR HAKKIN GEÇ KULLANILMASI (ÖRNEĞİN CEZA KOŞULUNUN GEÇ İSTENMESİ), HER DURUM VE KOŞULDA DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRILIK OLUŞTURMAZ

İş sahibi alacaklı, direnen yüklenici davalıya uygun bir süre bekleyip TBK'nın 125/I. maddesindeki seçimlik hakkını kullandığını bildirmek zorunda mıdır? **Teslim borcunun yerine getirilmemesinde (teslimde gecikme), gecikme tazminatının (cezai şart) gecikmenin belirli bir süreyi aşması halinde tamamı istenebilir mi?**

Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (TBK. md. 471). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna. aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder.

Zarar görenin kusuruna hukuki sonuçlar veren bu madde, TBK'nın 114. maddesinin yaptığı yollama ile sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. TBK'nın 52. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak (tazminatın tenkisi) kabul edilmiştir; buradaki kusur TBK'nın 49. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemi zararın oluşmasına" veya zararın artmasına yardım etmesi". Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir.

Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına ne-

42 Ayan, 256.

den olması kanıtlanmamıştır. Diğer taraftan davacının, sözleşmeye göre, davalı yükleniciye vermesi gereken dairelerden bir tanesinin satış yetkisini vermemiş olması gecikmeye neden olan kusur olarak nitelendirilemez. Çünkü, bu dairenin satış yetkisi davalının işi bitirmede direnmesi nedeniyle meydana gelecek zarara karşılık güvence olarak verilmemiştir; Kaldı ki, davalı yükleniciler satış yetkisi verilseydi bu dairenin satılacağı satımın bu nedenle engellendiğini kanıtlamamışlardır. Bu nedenle satış yetkisinin verilmemesiyle gecikme arasında uygun illiyet bağı da yoktur. İş sahibinin 125/I. maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu bunun kanıtıdır.

Bu nedenlerle davacının, TBK'nın 52. maddesindeki özel halleri oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi Yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur.

TMK'nın 2/I. maddesinde belirlenen "doğruluk ve güven kurallarının (objektif hüsnüniyet) somut olayda tartışılması: Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması ilkesi gereğidir. Çünkü, doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat -cezai şart- ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır; bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne var ki, bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına aykırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için "öngörülmeyen bir nedenin" sözleşmenin tamamının veya bir koşulunun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez ve yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir.

Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi "hakkın kötüye kullanılması" olarak da nitelendirilemez (TMK. 2/II). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller" de söz konusu olabilir. Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullan-

makla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır.

Davacıyı sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne eleştirilecek yan ve ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenebilir. Davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de göz ardı edilmemelidir[43].

Sözleşme geçersizse veya sözleşmeden dönülmüşse, gecikme cezası istenemeyecektir[44]. Yüklenici, işin saptanan zaman ve yerde yerine getirilmemesi (teslim edilmemesi) durumunda ödenmek üzere kararlaştırılan ceza koşulunu (İFAYA EKLENEN CEZAYI) ödemek zorunda ise; hem ifayı ve hem de ifaya eklenen cezayı ödemek zorundadır (TBK. md. 179/II). Başka bir anlatımla, yüklenici, bu durumda, ceza koşulu ödemekle ifa borcundan kurtulmayacaktır. Tacir olan yüklenici, TBK. md. 52 ve TMK. md. 2'ye dayanarak ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyecektir[45]. Gecikmeden dolayı istenen gecikme cezası hesabında eksik işlerin tamamlanması için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile eylemli olarak teslim edildiği tarih arasındaki süre için gecikme cezasına karar verilmesi gerekecektir[46]. Kural olarak sözleşmenin bozulması taraflar arasındaki ilişkiye son verdiğinden ceza koşulu istenemeyecektir; ancak sözleşmede cezalı çalışma süresi kabul edilmiş ve fesih bu süre geçtikten sonra yapılmışsa, sözleşme feshedilmesine rağmen, cezalı süre için gecikme cezasının ödetilmesi istenebilecektir[47].

17-) GECİKME TAZMİNATININ MAKTU BELİRLENMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İstenebilecek gecikme tazminatı ise gecikme sebebiyle arsa sahibinin uğradığı tüm zararlar olup uygulamada asgari olarak gecikilen her ay için

43 HGK. 9.10.1991, 340/467.

44 15. HD. 26.3.1992, 4076/1584; 15. HD. 20.11.1978, 1978/2199: *"Geçersiz sözleşmede yer alan ceza koşulu da geçersiz olacağından, ceza koşulunun ödetilmesine karar verilemez."*

45 Aral, 363.

46 15. HD. 30.5.2001, 1991/2889.

47 23. HD. 26.6.2012, 2410/4350; 15. HD. 22.6.1999, 1363/2688.

mahrum kalınan rayiç kira geliri karşılığı bir miktar para olarak kabul edilmektedir. Sözleşmede gecikme tazminatı belirlenmemiş olsa dahi en az aylık rayiç kira seviyesinde gecikme tazminatının istenmesi mümkündür (TBK. md. 112).

Sözleşmeye konulan maktu gecikme tazminatının amaçlarından birisi de (genellikle sözleşme yapılırken tatmin edici görülen) tazminat tehdidiyle yüklenicinin edimini süresinde ifaya zorlamaktır. Gecikme tazminatı sözleşmede hiç kararlaştırılmamış olsa bile teslimde gecikme halinde arsa sahibi en az piyasa rayiçlerine göre belirlenecek kirayı gecikme tazminatı olarak isteyebileceğinden, bu halde arsa sahibi daha iyi konumda olacaksa şartın amacına ulaştığından söz edilemez. Gecikme süresine bakılmaksızın arsa sahibinin bağlı tutulması hakkaniyete uygun olmadığı gibi yüklenicinin bu yöndeki savunmaları iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve hukuk tarafından korunmaz (TMK. md. 2).

Bu halde maktu olarak kararlaştırılan gecikme tazminatı miktarının uzun süreli gecikmelerde dahi taraflar için bağlayıcı olacağının kabul edilmesi sözleşmeyle beklenen yarara, tazminatın konuluş amacıyla iyiniyet kuralları ve hakkaniyete aykırı olacağı kanaati oluştuğundan, Dairemizin maktu gecikme tazminatının değiştirilmeksizin uygulanması gerektiğine dair uygulamasından vazgeçilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kararlaştırılan tazminatın süresiz uygulanamayacağı bu şekilde kabul edildikten sonra maktu tazminatın ne kadar süreyle tarafları bağlayacağı konusuna gelince; bu süre sözleşmedeki teslim süresi, gecikilen sürenin uzunluğu, öngörülen tazminat miktarı, geçen süre içinde gerçekleşen enflasyon, fiyat artışları, döviz fiyatları ve faiz oranlarındaki artış ve eksilişler ve rayiçlere göre istenebilecek miktar ile maktu tazminatın ödenmeye devam edilmesi halinde arsa sahibinin elde edeceği miktarlar da göz önünde tutulmak suretiyle bu hususta bilirkişi görüşünden de yararlanılarak, sözleşmedeki miktarın en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı ve maktuen belirlenen miktar ile rayiçlere göre saptanacak miktar arasında en az bir misli fark bulunması gerektiği de dikkate alınarak hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından takdir edilmelidir. Hakim tarafından belirlenen makul süreden sonraki gecikme tazminatı miktarının da; taşınmazın mevkii, konumu, ülkenin ve inşaatın yapıldığı yerin sosyo ekonomik koşulları da göz önünde tutulmak suretiyle ve sözleşmede kararlaştırılmış gecikme tazminatı yokmuş gibi gecikme tazminatının en az mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira bedeli kadar olacağı ilkesine göre bilirkişiye hesaplattırılması gerekir[48].

48 15. HD. 24.1.2011, 6894/227; 15. HD. 6.12.2011, 515/7200.

18-) SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

Sözleşmeden dönmekte haksız olsa bile, iş sahibi de bu hakkını kullanabilir. Çünkü bu hakkı ona yasa vermiştir. Mahkeme, sözleşmeden dönüş haksız olsa bile, dönme cezasının ödenmesine karar verebilir.

Sözleşmeden dönme hakkı veren bu cezanın uygulanmasında ve dönme hakkının kullanılmasında, TMK. md. 2'deki doğruluk kuralları gözetilmelidir. Örneğin eksik ve kusurlarıyla (ayıplarıyla) kullanılabilir durumda olup teslime hazır duruma gelmiş bir inşaatla ilgili olarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması, iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır.

Dönme cezasını aşan zarar istenemeyecektir. Çünkü dönme cezası ile tarafların, maktu bir ceza içinde tüm zararları karşılamayı amaçladıkları kabul edilir. Başka bir anlatımla, dönme cezası, sözleşmenin bozulması durumunda haklı olan tarafın uğradığı tüm zararlarını karşılamak üzere kararlaştırılacağından, zarar miktar olarak sınırlandırılmış olmaktadır; bu nedenle de daha fazlası istenemeyecektir[49].

Sözleşmeden dönülmemişse, örneğin kira alacağı istenmek suretiyle sözleşmenin ifası istenmişse, dönme cezası kabul edilemeyecektir[50].

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme edimlerinin zamanında, eksiksiz ve doğru dürüst yerine getirilmesini sağlayıcı bir "baskı", bir "gözdağı" aracı oluşturur. Bu niteliğiyle, sözleşmeye bağlı kalmasını, alacaklı yararına güvence altında tutmuş olur. Eğer bugün sözleşenlere, sözleşmede kararlaştırılmamış birtakım yükümlere aykırılıklarda, koşulların değişmesi yüzünden aşırı ifa güçlüğüne düşmede ve kendilerini sözleşmeyi kurmaya itmiş olan tasavvurların boşa çıkmasında bir dönme hakkı tanınmışsa, dönme hakkının edimler arası bağlılığı, eşitliği ve dengeyi koruyucu adalet anlayışına taşmasındandır. Dönme işlemi, sözleşmeye katlanması kendisi için "çekilmez" bir şey olmuş olan her sözleşeni sözleşmeden kurtarır. Sözleşmeye bağlı kalmamada haklı görülebilecek olan her sözleşen, karşı yanın sözleşme uyarınca borçlanılmış edim yükümlerine aykırı davranıp davranmadığına, edimler arası dengeyi alt-üst edip etmediğine bakmaksızın, sözleşmeyi çözebilecektir. Önemli olan, karşılıklı sözleşme ilişkisindeki karşılıklı edimler arası dengenin bozulup bozulmadığı değil, sözleşme ilişkisinin temelindeki karşılıklı "güven bağlılığının" kopup kopmadığıdır. Borçlunun sözleşmeye aykırı her davranışı, aynı zamanda

49 15. HD. 8.12.1999, 3885/4530.

50 15. HD. 15.12.1997, 4639/5375.

alacaklının sözleşmeye aykırı davranılmayacağı yolundaki korunmaya değer güvenini kökünden sarsmış sayılacak ve bu alacaklı, karşılıklı denge bozulduğu için değil, fakat doğrudan doğruya borçlusuna karşı beslediği güveni kökünden sarsılıp yıkıldığı ve artık sözleşmeye bağlı kalmasının, güven ilkesi çerçevesinde "katlanılmaz", "kendisinden beklenilmez" bir şey olacağı için sözleşmeden dönebilecektir. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyle bağlı kalmanın, artık, sözleşenden TMK. md. 2/I kuralı karşısında beklenmediği durumlarda, sözleşmeye kesin olarak ve sonuna kadar bağlı kalmanın sözleşme adaleti ile bağdaşmaz sivriliklerini törpüler. Dönme hakkı, ekonomik açıdan güçsüz kişileri, düşüncesizce kurdukları sözleşmelerin kendilerine getirdiği ekonomik sakıncalara karşı korumaktadır. Dönme hakkının son amacı, sözleşenleri, sözleşme öncesi duruma getirmektir. Dönmenin sözleşme edimlerinden kurtarıcı ve bunları geri sağlayıcı etkisi, bu hakkın hep bu değişmez amacına yöneliktir[51].

19-) TARAFLARIN SÖZLEŞMEYİ YAPMAKTAKİ AMACI DEĞERLENDİRİRKEN DÜRÜSTLÜK KURALI

Bozukluk, eserde normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması veya bulunması uygun olmayan niteliklerin bulunmasıdır. İlke olarak, eserin taşıması gereken nitelikler sözleşme ile belirlenir. Sözleşme, eserin niteliklerini belirlememişse, yüklenici, TMK. md. 2 uyarınca, eserin kullanım amacını göz önünde bulundurarak, eseri uygun nitelikte meydana getirmelidir.

Eserde bulunması gereken nitelikler konusunda açık veya örtülü anlaşma yoksa, sözleşmenin tümü dikkate alınarak, sözleşmecilerin sözleşmeden beklentilerine göre, dürüstlük kurallarına göre saptanmalıdır.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan özelliklere sahip olmamasına rağmen teknik kurallara uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmişse, söz konusu eserin kararlaştırılan ile aynı değerde ve nitelikte olması onun bozuk olması niteliğini ortadan kaldırmaz. Giderek yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eserden daha değerli bir şey imal etmesi durumunda da, eserin bozuk olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durumda yüklenicinin sorumluluğu yoluna gidilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir (TMK. md. 2)[52].

Yüklenici, kural olarak, imar durumunun olanak verdiğini gerekçe yaparak, iş sahibinin onay ve iradesine aykırı olarak, sözleşmede belirtilen genişlik ve büyüklüğün (yatay ve dikey büyüklük) dışına çıkarsa sözleş-

51 Serozan, 40-42.

52 Ergezen, 70.

meyi ihlal etmiş olur. Ancak, böyle bir inşaatın yapımı sürerken itiraz etmeyen iş sahibinin, yapılan inşaatın kararlaştırılan kapsamının genişletilmesinin sözleşmenin ihlali olduğunu öne sürmesi TMK. md. 2 ile bağdaşmaz.

Sözleşme yapıldıktan sonra, imar mevzuatında meydana gelen değişiklikten yararlanan yüklenici bağımsız bölümleri sözleşmede belirtilenden daha büyük yapması (mevcut bağımsız bölümlerin alanının genişletilmesi veya sözleşme dışı bağımsız bölüm yapması) durumunda aşağıdaki durum ve çözümler söz konusu olabilir. Sözleşme her iki tarafı da bağladığından, bağımsız bölümlerin büyüklüğü, sayısı ve paylaşımına ilişkin sözleşme ilkelerine uyulmalıdır.

20-) YÜKLENİCİNİN KUSURSUZLUĞUNU KANITLAMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK. Md. 112). Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir (TBK. Md. 114). Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TMK. Md. 115).

Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK. Md. 118). Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir (TBK. Md. 119).

Yüklenici, ancak kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenici, edimin yerine getirilmesini engelleyen ve borçlunun sorumlu tutulmadığı olayların varlığını kanıtlayarak kusursuzluğunu kanıtlayabilir. Zira borca aykırılığın olağanüstü durumdan ya da zorlayıcı

nedenden ileri gelmesi durumunda, borçlu, bunları kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenicinin, ücretin az olduğunu veya yeteneğinin ancak bu kadarını yapmaya elverdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması olanaklı değildir. Uzman olmayan tarafı oluşturan iş sahibine uzman olmadığı bir konuda kanıtlama yükü getirilmemelidir.

Yüklenicinin kusurunun derecesi (kast veya ihmal olması) önemli değildir.

Yüklenicinin gerekli mesleki bilgiye sahip olmaması, bilgisini gerektiği biçimde kullanmaması, uzmanlığı olmamasına karşın uzmanlığı gerektiren bir eserin meydana getirilmesini üzerine alması, bu konuda uzmanlığı bulunan bir yardımcı kişiden yararlanmaması, uzmanlığını tümüyle iş sahibinin emrine vermemesi eserin kusursuz olarak yapımını engelleyecek durumlar konusunda gerekli koruma önlemlerini almaması, iş sahibini uyarmaması, iş sahibini aydınlatmaması, özen borcunu ihlal etmesi, TMK. md. 2'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda yüklenici kusurlu sayılır. Doğrudan-dolaylı zarar ayrımı yapmaksızın bozukluk sonucu uğranılan tüm zararların tazmininin yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlanması kimi vakit hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Eserdeki bozukluk dolayısıyla iş sahibinin uğradığı, örneğin bedensel varlığının zarar görmesi gibi bir fiili zarar ile kâr yoksunluğu şeklinde uğradığı bir zarar eşit olarak değerlendirilmemeli ve her iki zarar türünün ödenmesinin de yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlı olduğu düşünülmemelidir. Eserdeki bozukluğun iş sahibinin bedensel değerlerine verdiği fiili/doğrudan zararlarda örneğin, bozuk/kusurlu olarak onarılan bir tırmanma kayışının iş sahibinin sakatlanmasına, tedavi giderlerine yol açması gibi durumlarda, yüklenicinin bir kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın iş sahibinin zararı ödetilmelidir. Çünkü sözleşmenin uzman tarafını oluşturan yüklenicinin bu tür durumları önceden öngörmesi ve gerekli önlemleri alması kendisinden beklenebilir bir davranıştır. Yüklenicinin bu davranış yükümlülüğüne bilerek ya da bilmeyerek aykırı hareketinin yaptırımı da, zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunmasa bile, zararı ödemesi olmalıdır. İş sahibinin dolaylı zararlarının tazmininde, yüklenicinin sorumluluğu için onun kusuru aranabilir[53]. Yüklenici kusurlu davranışıyla sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat alacağının doğmasına neden olursa, bozukluk ya da sözleşmeye aykırılıkla uygun nedensellik bağının bulunması zorunludur. İş sahibinin zararı, yerine getirilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki farktır.

53 Uçar, 218-221.

Zararın, somut olayın özelliği, yüklenicinin kusurunun ağırlığı ve iş sahibinin ortak kusuru dikkate alınarak, hükmün verileceği en yakın tarihe göre hesaplanması gerekir[54].

Alacaklının alacağına tamamen veya kısmen kavuşmasını sağlamak amacıyla, yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve paylaşılmasında dürüstlük kurallarına başvurulmalıdır. Eğer alacaklı alacağının tümünü veya bir bölümünü alamazsa, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini, örneğin özen eksikliği bulunmadığını kanıtlamadıkça bundan doğan zararı ödemekle yükümlüdür. İş sahibinin zarar gördüğü durumlarda yüklenicinin sorumluluğu, onun özen borcunun ihlaline dayanır. Yüklenici, iş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınmalıdır. Bu nedenle, aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Yüklenici ise, zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini kanıtlayacaktır[55].

21-) ZAMANAŞIMI SORUNLARINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı borcun doğumu ile ilgili olmayıp istenmesini ön-

54 Öz, 298.

55 HGK. 12.10.1994, 265/600.

leyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

İşte bundan dolayı, yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Bilindiği gibi zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Genel olarak savunma nedenlerinin ve bu arada zamanaşımı savunmasının esasa cevap süresi içinde bildirilmesi gereklidir. Ancak, bu tek şart, savunmanın genişletilmesine karşı tarafın (hasmın) muvafakatidir. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesine muvafakat etmez ve dolayısıyla (savunmanın genişletildiği) yollu bir itirazda bulunursa, o takdirde ancak mahkemenin ileri sürülen savunma nedenlerini (bu arada zamanaşımı savunmasını) incelemesi olanağı yoktur; bu durumda ise mahkeme hemen savunma nedenlerini reddetmelidir. Özetle belirtmek gerekirse, savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşılmadığı sürece zamanaşımı savunmasının geç ileri sürülmesi, incelenmesine engel değildir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

Sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (TBK. md. 149). TBK'nın 117. maddesince, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

TBK'nın 149. maddesi ile zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel

olduğu zamanda başlayacağı esasını kural olarak getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden aynı Yasanın 151. maddesi hükmü göz önünde tutularak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesap edilmesi gerekir. Kanun koyucu burada borçlunun temerrüde düşürülmesi esasından ayrılarak alacağın muaccel olmasını kafi görmüştür. Zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 117. maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 149. maddenin 2. fıkrası düzenlemiştir. Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tespitini yeterli görmüştür. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır. Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürülüp düşürülmediği ve fiili ihbarın yapılıp yapılmadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para ve diğer alacakların verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir.

TBK'nın 152. maddesi gereğince asıl alacak zamanaşımına uğradığından faiz ve diğer ek haklar da zamanaşımına, uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur. TBK'nın 154/2. maddesince alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı definden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır. Dahası, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve TMK. md. 2. ye aykırıdır.

Zamanaşımı savunmasından "önceden" vazgeçmek geçersizdir. Borç zamanaşımına uğradıktan sonra, borçlu bu savunmasını ileri sürmekten vazgeçebilir. Çünkü burada doğmuş bir haktan vazgeçme söz konusudur ve geçerlidir. Borçlu, "vazgeçme sözleşmesi"nde ileride dava açılması

durumunda zamanaşımı savunmasında bulunmayacağını taahhüt ederek veya tek yanlı irade bildirimiyle ya da bu anlama gelecek iradeyi gösteren bir işlemle yapabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı savunmasında bulunmayarak veya savunmasını geri alarak da yapabilir. Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı savunmasını ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve TMK. md. 2'ye aykırıdır[56].

Satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan "dürüst davranma" kuralı ile bağdaşmayacaktır.

22-) YÜKLENİCİNİN KONUMUNU DEĞERLENDİRMEDE DÜRÜSTLÜK KURALI

İş sahibinin ücret ödeme borcu, eserin teslimi anında ivedili olacaktır (TBK. md. 479/I). Yüklenicinin eseri meydana getirmesinde emek ve becerisinin yanında onun yeterli mali kaynağa sahip olmasının büyük önemi vardır. Zira, eserin ortaya çıkartılması az veya çok sermayeyi gerektirir. Yeterli mali kaynağı olmayan yüklenici eser yapımını üstlenmiş, fakat bu yüzden eseri meydana getirememişse özen borcunu ihlal etmiş olacağından sonuçlarından sorumludur. Küçük bir binanın yapımında bile araç gereç temini, makine parkı, şantiye binası gibi bazı tesisler önceden yatırım yapılmasını gerekli kılmaktadır. Araç ve gereci yüklenici sağlayacaksa, bunun için harcama yapacaktır. Yükleniciye avans ödemelerinin süresinde yapılması eserin meydana getirilmesinde son derece önemlidir. Eserin yapımına talip olan yüklenicinin eserin boyutuna uygun bir sermayesi olduğu peşinen varsayıldığından ücret ödemelerindeki makul sayılabilecek gecikmeler yükleniciye (direnim koşulları varsa faiz alacağı dışında) bir hak sağlamazsa da, yüklenicinin tahammül gücünü aşacak ödeme aksamalarının ona hak bahşetmesi gerekir[57].

İş sahibinin ödeme zamanını geçirmesi ve direnime düşmesi durumunda kalan tüm işin aynı bedelle yapımını istemesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır (TMK. md. 2). İş sahibinin direnimi nedeniyle yüklenicinin işi bırakarak sözleşmeyi bozması nedeniyle kendisine kusur yüklenemeyecektir[58].

56 HGK. 23.2.2000, 71/1116.

57 Karataş, 217-218.

58 15. HD. 25.1.2005, 2914/159.

Yüklenici, direnime düşen iş sahibinden, bedel borcunu her zaman ve direnim anından başlayan direnim faiziyle birlikte isteyebilir.

Yüklenici tanıdığı ek süre içinde de gecikmiş bedelin ödenmesi ve direnim faizi istemiş ve öbür haklarını kullanmayacağını bildirmişse, seçimini yapmış demektir ve bunu bir daha değiştiremeyecektir.

23-) BOZULAN EDİMLER ARASI DENGENİN YENİDEN KURULMASINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez. Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir. Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür (TBK. Md. 480).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret "götürü" olduğundan, ücret kural olarak değiştirilemez. Sabit fiyatla bir eser meydana getirme borcunu üstlenen yüklenici, olayların normal akışına göre beklenilen koşulları göz önünde tutmaktadır. Fakat sonradan ortaya çıkan, önceden öngörülemeyen imar planı değişikliğinin sözleşmenin yerine getirilmesini aşırı derede güçleştirmesi veya olanaksız kılması, karşılıklı edimler arasındaki dengeyi bozar. TBK. md. 480/II'nin amacı, böyle bir durumda aşırı ölçüde bozulan edimler arasındaki dengeyi düzeltmek için sözleşmeyi değiştirmek olanağının sağlanmasıdır; bu kural, sözleşmenin temelini oluşturan koşullarda önemli değişikliklerin ortaya çıkması durumunda yargıca TMK. md. 2'ye dayanarak sözleşmeyi değiştirme olanağı vermektedir[59].

Sözleşmenin kurulmasından sonra, inşaatın sözleşmeyle belirlenen zamanda tamamlanarak teslimini aşırı derecede zorlaştıran veya olanaksız duruma getiren, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca dikkate alınmayan olağanüstü nedenler ortaya çıkmışsa teslim süresi uzatılmalıdır (TBK. md. 480/II, TMK. md. 2). Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir durumun, inşaatın zamanında tamamlanmasını aşırı derecede engellemiş

59 Aral, 384.

olması, bu nedenin ortaya çıkmasında yüklenicinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin sorumluluğunun bulunmaması ve bu nedenin sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemeyen veya önlenemeyen bir nitelik taşıması gerekir.

Sözleşmeye bağlılık ilkesine göre, sözleşme kurulduktan sonra, koşullarındaki değişiklikler ne kadar ağır olursa olsun, kural olarak borçlu borcunu aynen yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak, bu ilkenin sınırını TMK. md. 2'de yer alan dürüstlük kuralı çizmektedir. Buna göre, borçlunun önceden öngörmesi olanaklı bulunmayan olağanüstü değişiklikler edimin yerine getirilmesini güçleştirmiş ya da olanaksız duruma getirmişse, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir.

Önceden tahmin edilememe ve olağanüstü olma, birbirlerine bağlı kavramlardır; bir olay ne kadar oağanüstülük niteliğini taşıyorsa öngörülmesi de o kadar güç olur. Hatta öngörülememe, olayın olağanüstü olma niteliğinin bir unsuru sayılabilir. Öngörülememenin mutlaka olayın kendisine ait olması gerekmez; olayın etkilerinin olağanüstü önemde olacağının önceden kestirilememesi de yeterlidir. Dürüstlük kuralı (TMK. Md. 2/I), bu gibi olayların ortaya çıkması kabul edildiği takdirde sözleşmenin yapılmamasını gerektiriyorsa, TBK. Md. 480/II'nin uygulama alanına giren bir durumun varlığı söz konusu olacaktır[60].

Başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, yargıçtan sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir (TBK. Md. 480/II)[61].

Sözleşmenin günün koşullarına uyarlanması değişen durum ve koşulların tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengeyi aşırı ölçüde ve

60 Yavuz, 538.

61 Yavuz, 571: " TBK. Md. 480/II'in uygulanması durumunda, önceden tahmin olunamayan veya iki tarafça kabul edilmiş koşullara göre tahmini olanaksız olan olağanüstü durumlar eserin tamamlanmasına engel olduğu veya aşırı zorlaştırdığı takdirde, yüklenicinin, alacağı karşılığın yükseltilmesini (arttırılmasını) isteme ya da sözleşmeyi bozma biçiminde seçimlik yetkileri bulunmaktadır. Özellikle meydana gelen maliyet artışlarına karşın arsa değeri artmamış ya da maliyet artışına göre önemsiz bir artış meydana gelmiş ise, yüklenicinin, TBK. Md. 480/II'ye dayanabilmesi olanağının kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Ancak burada yüklenici, arsa sahibine ait bir arsada inşaat yapmaktadır; inşaatın ilerlemiş bir aşamasında yüklenicinin TBK. Md. 480/II'ye kıyasen sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, bu sözleşmenin, TMK. Md. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin bozulmasının ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilecektir."

açık biçimde bozmuş olması ve işlem temelinin çökmüş olmasını gerektirir.

Temel kural "sözleşmeye bağlılık" olduğu için, sözleşme geçerli biçimde kurulduktan sonra, koşullar belli bir düzey ve oranda değişmiş olsa bile, yanlar sözleşmenin gereğini yerine getirmek zorundadırlar. Buna rağmen sözleşmeye bağlılık ilkesi, katı ve sınırsız bir ilke değildir; sözleşmenin kurulmasından sonra değişen ağır koşullara karşın yanların edimlerini aynen yerine getirmek zorunda bırakılması, bazen hakkaniyet ve adalet duygularıyla bağdaşmaz. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin feshi ya da yeni koşullara uyarlanması kabul edilmektedir[62].

Yargıç ücreti artırma yöntemini seçmişse, yüklenicinin mutat rizikosu dışında kalan gider artmalarını hesaba katmalı ve koşullar gerektiriyorsa her iki sözleşmecinin ekonomik gücünü belli ölçüde dikkate almalıdır.

Yargıç, iş sahibinin esere acil ihtiyacı bulunuyorsa, taraflar sözleşmeye devamı kabul etmişler ve yalnız artırılacak bedelin tespitinde anlaşamamışlarsa, eser tamamlanmış ya da tamamlanmasına çok yaklaşılmışsa, yargıç ücret artırımı yoluna gitmelidir. Buna karşılık olağanüstü durum yüklenicinin şahsını ilgilendiriyorsa (örneğin yabancı ülkede kara listeye konulması dolayısıyla oradan gerekli malzemeyi getirememişse) veya ücret arttırması iş sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek bir miktara ulaşacaksa bozmaya (feshe) karar vermek daha uygun olur[63].

Yüklenicinin ücretin yükseltilmesi veya sözleşmenin bozulması (feshi) konusunda tamamen serbest olduğu sanılmamalıdır. Eserin tamamlanmış veya işlerin çok ilerlemiş olması ya da sözleşmeye her iki tarafça devam edilmekle beraber ücretin yükseltileceği miktar konusunda anlaşmazlık çıkması durumunda yüklenici sadece ücretin yükseltilmesini isteyebilir. Durumun nesnel değerlendirilmesi sonunda ücret yükseltilebilecek olmasına karşın yüklenici sözleşmenin bozulmasını istemişse, yargıç, sözleşmenin bozulmasına değil, ücretin yükseltilmesine karar verebilir.

Yüklenici, ücretin artırılmasını gerektiren olağanüstü durumları zamanında iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde, ücretin artırılmasını isteme hakkını yitirebilir[64].

62 Kılıçoğlu, 179: "Sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemeyen olumsuzlukların ortaya çıktığı iddialarına değer verilecek olursa, sözleşmeye güven ilkesi çok büyük zarar görür. Sonradan ortaya çıkan olumsuzlukların sözleşmenin bu yeni koşullara uyarlanmasına yol açacağını kabul etmek borçluya koşulların olumsuz yönde değiştiği iddiasıyla borcundan kurtulmaya, borcunu yerine getirmekten kaçınmaya olanak tanımaya neden olur. Bu durum ise, sözleşmeye güven duygusunun zayıflamasına, borçluların gelişigüzel iddialarla borçtan kurtulmalarına yol açar. Bu nedenlerle, sözleşmelerde ana ilkenin ahde vefa ilkesi olduğu kabul edilmektedir."

63 Yavuz, 297; Tandoğan, II, 253.

64 Yavuz, 297; Tandoğan, II, 245.

Ücretin artırılmasını gerektiren durumlar ve artırılacak miktarın belirlenmesi ilkeleri:

- Yargıcın müdahalesi istendiği anda eserin tamamlanmış olan kısmı ne kadar büyük ise, tarafların sözleşmeyi daha yüksek bir ücretle de olsa, ayakta tutmakta o kadar büyük yararları vardır.
- Eser tamamlanmışsa, sadece ücret artışı söz konusu olur.
- Sözleşmenin bozulması durumunda iş sahibinin eseri başka bir yükleniciye yaptırmasında ortaya çıkması olası giderler ne denli yüksekse, bu durumda ücret artırımına karar vermek de o denli doğru olur.
- Ücretin artırılması, yüklenicinin istemine göre değil, yaptığı ek giderlere göre belirlenir. Başka bir anlatımla, ücretin artırılmasına karar verilmesi durumunda, artan tüm giderlerin uyarlama yoluyla iş sahibine yüklenmesi söz konusu olmaz. Ücret artışı, yüklenicinin kâr sağlamayacağı, yani sadece onun kayıplarını katlanabilir düzeye getirmek amaç ve miktarlı olmalıdır[65].
- Üretim maliyetlerini artıran olağanüstü durumlar eserin objektif değerini de arttırıyorsa, ücret artışı yoluna gidilmelidir.
- Yasa edimler arası dengenin "bedel artırımı yoluyla" kurulmasını öngördüğünden, denge, yapılacak bazı işler azaltılmak veya daha ucuz malzeme kullanılmak suretiyle kurulamaz.
- İş sahibinin ekonomik durumu yükleniciden işi yapmasının beklenemeyeceği kadar bedel artışına olanak veriyorsa, yargıcın bedel artırımına karar vererek sözleşmeyi sürdürmesi asıldır. Fakat yükleniciden katlanması beklenen sınıra kadar bir bedel artışını dahi iş sahibi yapamayacak durumda ise, yargıç sözleşmeyi bozacaktır[66].
- TBK. md. 480/II'deki koşullar gerçekleştiğinde, yargıç ücretin uygun bir miktarda artırılmasına karar verecektir. Uygun miktardan anlaşılması gereken, fazla maliyet nedeniyle, karşılıklı edimler arasında meydana gelen dengesizliği, yüklenicinin edimini ondan beklenebilir bir duruma getirerek ortadan kaldıracak miktardır. Yüklenicinin bunu aşan bir ücret artışını isteme hakkı yoktur. Yüklenici, olağanüstü durumlar yüzünden ortaya çıkan fazla maliyetin tümünün iş sahibince üstlenilmesini de isteyemez. Ortaya çıkan bu fazlalık, bir şekilde taraflar arasında paylaşılmalıdır. Bu ücret ar-

65 Altaş, 232.

66 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 67.

tışının amacı, yerine getirilmesi yükleniciden beklenemez durum almış olan sözleşmeyi yeniden yerine getirilebilir duruma getirmek olup, onu yüklenici için kazanç getiren ya da kayıpsız bir hukuki işlem durumuna getirmek değildir.

- Olağanüstü durumlar nedeniyle ortaya çıkan fazla maliyetlerin tamamı taraflar arasında paylaştırılamayacaktır. Çünkü ortada sabit bir ücret olduğu için, ödenecek ücret kural olarak fazla maliyetlerden bağımsız olup, önceden bellidir. Bu fazlalığın aşırı bir meblağa ulaşmadıkça, taraflar arasında paylaştırılması düşünülemez. Ancak yüklenicinin katlanması beklenmeyecek bir sınıra ulaşan maliyet artışı, taraflar arasında paylaştırılabilir. Bu paylaşma, kabul edilebilir sınırı aşan miktardan itibaren, yarı yarıya olabilir[67].
- Ücret artırışı, yalnız iş sahibinin ediminin para olduğu sözleşmelerde değil, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de söz konusu olur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret artırışı, arsa payı yanında bir miktar para ödenmesi biçiminde değil, arsa payının arttırılması ya da bu artışa uygun düşen bağımsız bölüm sayısını artırarak yapılmalıdır.
- Fazlalığın yarısından daha az bir kısmı iş sahibi tarafından ödendiği takdirde, sözleşmenin ifası yükleniciden beklenebilir bir durum alıyorsa, iş sahibinin ödeme yeteneği dikkate alınmalıdır. Çünkü burada iş sahibi kendi isteği dışında bir borç altına girmektedir. Yüklenici ise, işi sabit ücretten üstlenmekle zaten belli bir riski üstlenmiştir.

67 15. HD. 26.10.2010, 4752/5757: *"Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri götürü bedelli sözleşmelerdir. BK'nın 365. maddesi gereğince götürü bedel kararlaştırılan İşlerde yüklenici yapılacak şeyin kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olup, yapılacak şey tahmin edilen miktardan fazla emek ve masrafı gerektirse bile yüklenici bedelin artırılmasını isteyemez ise de aynı maddenin 2. fıkrası gereğince evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da taraflarca dikkate alınmayan haller, işin yapılmasına engel olur ve yapılmasını son derece zorlaştırırca hakim haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya kararlaştırılan bedeli artırır veya mukaveleyi feshedebilir. Somut olayda, sözleşmenin yapıldığı tarihte ruhsat alınması için Belediyeye ait 35,23 m^2'lik arsanın alınması zorunluluğu bulunmadığı gibi inşaat izni 7 kat iken sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra 5 kata düşürülmüştür. Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle gerekirse mahallinde keşif yapılmak ve aynı tarihlerde komşu parsellerle ilgili inceleme de yapılmak suretiyle sözleşme tarihinden sonra Belediyeye ait arsanın satın alınması zorunluluğunun ortaya çıkması ve imar değişikliği sonucu kat izninin düşürülmesinin sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren BK'nın 365/11. maddesinde belirtilen hallerden olup olmadığı, uyarlanma yapılmasını gerektiren hallerden olması durumunda da emsaller de incelenerek paylaşımın ne şekilde yapılması ve sözleşmenin uyarlanması gerektiği hususlarında rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekir."*

- TBK. md. 480/II öngörmemekle birlikte, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan olağanüstü durumlar üretim maliyetlerinin azalmasına neden olmuşsa ve bu azalma, kararlaştırılan ödeme ile yüklenicinin edimi arasındaki uyumu iş sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek ölçüde bozmuşsa, karşılıklı edimler arasında iş sahibi aleyhine açık bir oransızlık doğmuşsa maliyet düşüşlerinde de uygulanmalıdır[68].

Ücretin arttırılmasına karar verilirse, artan tüm giderlerin kâr sağlamayacak ve onun kayıplarını katlanılabilecek bir düzeye getirecek ölçüde bir ücret artışına karar vermek gerekir[69]. Ücretin yükseltilmesi, her iki tarafın çıkarına olmalı ve sözleşmenin sürdürülmesini olanaklı kılmalıdır.

Yasa TBK. md. 480/II'nin sonuçlarını "ücretin arttırılması" ve "sözleşmeden dönme" biçiminde düzenlemiş ise de, bu düzenlemenin "sınırlı ve sayılı" olduğu anlamına gelmemektedir. Bunun sonucu olarak, yargıç, TMK. md. 4'ten aldığı geniş takdir yetkisine dayanarak, somut olayın özellikleri çerçevesinde, TMK. md. 2'yi en iyi biçimde uygulayarak, başka biçimde edimler arası dengeyi hakkaniyete uygun olarak kurabilir; örneğin daha uygun ödeme koşulları veya yüklenicinin edim borcunun azaltılması, ya da edimin teslim süresinin uzatılması biçiminde yüklenicinin ağır ve açık yükleri hafifletilebilir.

Deprem sonunda, TBK. md.136'nın koşullarının bulunması ya da edimin yerine getirilmesinin olanaklı bulunmasına karşın TMK. md.2 gereğince ya da bunun özel bir uygulamasının söz konusu olduğu özel kurallar nedeniyle sözleşmenin bozulmasının olanaklı bulunduğu durumlarda, borç ilişkisi ortadan kalktığından, borçlu edimin yerine getirilmemesinden sorumlu tutulamayacağı gibi, alacaklının bu yüzden uğradığı zarardan da sorumlu tutulamaz.

TBK. md. 480/II düzenlemesi buyurucu nitelikte olmadığından, taraflar bu ilkenin uygulanmayacağını, yani olağanüstü durumun kararlaştırılan sabit fiyatla eserin tamamlanmasına olanak vermediği durumlarda bile, götürü (sabit) ücretin değiştirilemeyeceğini öngörebilirler. Ancak böyle bir kayıt, TMK. md. 23/II'deki sınırları aştığı takdirde geçersiz olur; TMK. md. 2'de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemez[70].

---

68 Gürpınar, 151-154.

69 Aral, 387; Uygur, VII, 2853; Becker, Dura Çevirisi, 633.

70 Aral, 386; Yavuz, 296; Tandoğan, II, 245-246; Tunçomağ, 550: "Yüklenici TBK. Md. 480/II'ye dayanan hakkından önceden vazgeçmesinin geçerli olup olmadığı sorunu tartışmalıdır. Kanımca, bu yolda bir anlaşmanın yapılmasına, yüklenicinin sorumluluğunu ağırlaştırıcı bir hüküm bağlamak ve ancak çok önemli durumlarda, bu anlaşmaya rağmen, kendisine TBK. Md. 480/II'ye dayanma yetkisi tanımak en doğrusudur. Değişik bir deyişle, yüklenici bu haktan vazgeçebilir ve onun bu vazgeçmesine iş sahibi, ancak TMK.

TBK. md. 480/II'deki açık hüküm olmasaydı bile, hukuk düzeni TMK. md. 2/I'den yararlanarak uyarlamaya başvurma olanağı tanımaktadır. Zira sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılan dürüstlük kuralı, değiştirilmesini öncelikle haklı kılar. Yasada koşulların değişmesine yönelik bir kural bulunmaması "yasa boşluğu" oluşturmadığından, yargıç uyarlamayı TMK. md. 1/II'nin verdiği "boşluk doldurma yetkisi" çerçevesinde değil, doğrudan TMK. md. 2/I'in uygulama alanı gereği yapacaktır[71].

24-) ÖNALIM SORUNLARINDA DÜRÜSTLÜK KURALI

Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması durumunda, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. Ön alım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Ön alım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, yargıç tarafından belirlenen süre içinde yargıcın belirleyeceği yere yatırmakla yükümlüdür (TMK. Md. 732-734).

Kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur. Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler. Sözleşmede bu kuralın aksine hüküm konulabilir (KMK. Md. 8).

Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken, bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması TMK. Md.2'de yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet

Md. 2'deki sınırlar içinde, dayanmaya yetkilidir. Şu halde, iş sahibi çeşitli davranışları ile sözleşmedeki fiyatın değiştirileceğine dair yüklenicide uyandırdığı güvene aykırı olarak ve sonradan, bu vazgeçmeye dayanmak istemişse, bu davranışını dürüstlük kuralına aykırılık sayılmalıdır. Buna karşılık, iş sahibi TBK. Md. 482 ve 484'3 dayanarak sözleşmeyi feshetmeye yetkilidir."

71 Arat, 191-192: "Amaç sözleşmeyi ayakta tutmak olmalı, bu gerçekleşmiyorsa o zaman sona erdirme yoluna gidilmelidir. Yargıç koşullar oluşmuşsa sözleşmeyi uyarlamaya çalışır. Uyarlama tarafların çıkarlarına en uygun biçimde yapılmalıdır. Bunun için bir tarafı olabildiğince aşırı ifa güçlüğünden kurtarmak, öbür tarafı da haklı beklentilere olabildiğince yaklaştırmak gerekir. Yargıcın uyarlamadaki dayanağı dürüstlük kuralı olup, tarafların iradesi gibi öznel bir ölçüye değil, hakkaniyet gibi objektif ölçülere dayanması gerekir. Koşulların değişmesi nedeniyle edimi ağırlaşan taraf sona erme isteminde bulunurken, karşı taraf uyarlama istiyorsa, bu durumda somut olayın niteliğine bakmak gerekir. Uyarlama borçlu için bir şey ifade etmiyorsa, sözleşmeyi sürdürmenin anlamı yoktur."

savı, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir. Bu gibi durumlarda savunmanın genişletilmesi söz konusu olamaz[72].

Sorunu bir örnekle açıklayalım: Arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi vardır. Arsa sahibi, kat irtifakı kurmadan, hakkı olan arsa payını yüzde olarak yükleniciye tapuda devretmiştir. İnşaat devam ederken, arsa sahibi iki bağımsız bölümü tapuda hisse olarak Ahmet ve Mehmet'e, yüklenici de yine tapuda iki bağımsız bölümü hisse olarak Cevdet ve Cevat'a satmıştır. Cevat, kendisinden önce, "hisse satışı" şeklinde gerçekleşen temlikler dolayısıyla Ahmet, Mehmet ve Cevdet'e önalım davası açabilir mi? Temliklerin "hisse satışı" yoluyla gerçekleşmesi, mülkiyet düzenini "müşterek mülkiyet" haline getirmiştir. Bu somut sorunda önalım davası açılmasının iki engeli bulunmaktadır: Birinci engel, temlikler tapuda "satış" biçiminde yapılmış olsa da, gerçekte "alacağın temliki"dir. Alacağın temliki hükümlerinin uygulanacağı durumlarda, temlik "satış" biçiminde yapılmış da olsa soruna "satım sözleşmesi" hükümleri uygulanamayacağından, önalım hakkı kullanılamayacaktır. İkinci engel ise, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Temlik "hisse satışı" biçiminde yapılmış olsa bile, alıcılar gerçekte belli bir kat ve numaralı bağımsız bölüm satın almaktadırlar; her temlik alanın bağımsız bölümü en azından proje üzerinde bellidir. Temlikin "hisse satışı" biçiminde yapılmış olması bu durumu değiştirmeyecektir. Çünkü mülkiyet düzeni paylı olsa da, tarafların sahip oldukları ve inşaat bittiğinde kullanacakları bağımsız bölümlerin yeri ve numarası ile bellidir. Böyle durumlarda önalım hakkının kullanılması, TMK. md. 2/II'deki "hakkın kötüye kullanılması yasağı" ile karşılaşır ve bu engeli aşamaz. Öte yandan, kat mülkiyeti kurulmuş bir taşınmazın bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakına bağlanmış arsa payının satılması durumunda öbür kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoksa da, bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması durumunda öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler (Kat Mülkiyeti Kanunu md. 8).

III. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Sözleşmeciler haklarını kötüye kullanmamalıdır, çünkü hukuk kötüye kullanılan hakkı korumaz.

Hakkın kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmek için hakkın amacına aykırı olarak kullanılması ve hakkı kullananın bu kullanmadan çıkarının olmaması gerekir.

72 HGK. 24.5.2006, 288/304.

Kullanan için yararı olmayan bir hakkı kullanma, çelişkili davranışlar, çıkarlar arasında büyük oransızlık, dikkatsizce hak kullanma, daha sonra geri verilecek şeyi isteme, bir sözleşmenin özellikle biçim eksikliğine dayanan geçersizliğini haksız olarak ileri sürme, işlem temelinin sarsılması veya çökmesinden yararlanma, ahlaka ve sözleşmeye aykırı durumdan hileli yararlanma, yasadan ve sözleşmeden doğan hakkın kötüye kullanılması ve benzeri durumlar hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan amaç dışı, amaca aykırı hak kullanılmasıdır.

Sözleşmecilerden birinin yasanın kendisine tanıdığı bir hakkı kullanması TMK. md. 2/II kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, iş sahibi inşaatın süresinde tamamlanmadığını öne sürerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak bozulmasını istemiştir. Teslim tarihinde inşaatın tamamlanma oranı %77 ise, iş sahibi sözleşmeyi geçmişe etkili olarak bozabilir. Sözleşmeye uygun davranılmaması durumunda sözleşmeyi bozma yetkisi yasadan doğan bir hak olup hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez[73].

"Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" İnşaat Hukukunda geniş uygulama alanı bulmaktadır. Örnek verelim:

- İnşaat tamamlanıp kiraya verilmesi aşamasında bulunmasına karşın, yüklenicinin teslimden kaçınması TMK. md. 2 ile bağdaşmaz.
- TBK. md. 480/II'de geçen "önceden tahmin edilememe" ve "olağanüstü olma", birbirlerine bağlı kavramlardır; bir olay ne kadar olağanüstülük niteliğini taşıyorsa öngörülmesi de o kadar güç olur. Hatta öngörülememe, olayın olağanüstü niteliğinin bir unsuru sayılabilir. Öngörülememenin mutlaka olayın kendisine ait olması gerekmez; olayın etkilerinin olağanüstü önemde olacağının önceden kestirilememesi de yeterlidir. Dürüstlük kuralı (TMK. md. 2/I), bu gibi olayların ortaya çıkması kabul edildiği takdirde sözleşmenin yapılmamasını gerektiriyorsa, TBK. md. 480/II'nin uygulama alanına giren bir durumun varlığı söz konusu olacaktır[74].
- İnşaatın gerek tamamı, gerekse kısmen yok olması durumunda, yüklenici varolan sözleşme koşullarına uygun olarak inşaatı yeniden yapmayı veya kalan kısmı tamamlamayı önermişse, iş sahibinin sözleşmenin sona erdiğinden söz ederek bu öneriyi reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır[75].

73 15. HD. 1.10.2004, 4730/4801.

74 Tandoğan, II, 240 vd., Yavuz, 538.

75 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 61.

- Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa bile, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması ve dürüstlük kuralına (TMK. md. 2) uygun biçimde davranmaları esastır[76].
- Mevzuat değişikliğinin sözleşmeyi ve sözleşmecileri etkilediği durumlar da olabilir. Örneğin, sözleşmede on daire yapılması ve bunların dördünün iş sahibine ait olacağı kararlaştırılmışken, imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle ancak sekiz daireye izin veriliyorsa ve yüklenici, iş sahibine yine dört daire vermeyi önermişse, iş sahibinin olanaksızlık gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi olanaklı olmamalıdır[77].
- Sözleşmede öngörülen edimler yerine getirildikten sonra şekil ile ilgili kurallara uyulmadığının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.
- Sözleşmenin taraflarından birisi, o sözleşmenin yerine getirileceği konusunda o güne kadar süregelen davranışlarıyla karşı tarafta, sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin biçim yönünden geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır.
- Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davası kural olarak kabul edilemez. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu'na bağlı olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını ödemesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına karşın satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması durumlarında, olayın özelliğine göre yargıç TMK. md. 2 gözetilerek açılan tescil davasını kabul edebilir[78].
- İş sahibi yapı kullanma izni alınmamış olmasına karşın daireleri kullanmaya başlamışsa, yapıyı teslim aldığı ve artık yükleniciyi di-

76 15. HD. 30.5.1994, 5125/3380.

77 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 62.

78 İBK. 30.9.1988, 2/2.

renime düşüremeyeceği kabul edilmelidir; meğer ki iş sahibi bir önkoşul koymuş olsun. Öte yandan arsa sahibinin daireleri teslim almaması veya önkoşulla teslim alması durumunda da, direnim sonuçlarının uygulanması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturabilir. Örneğin sadece yapıdaki önemsiz kusurlar nedeniyle veya yüklenicinin Belediyeye başvurmayı ihmali yüzünden yapı kullanma izni alınamamışsa direnim kurallarının uygulanması yoluna gidilmemek gerekir. Ayrıca, onaylı projesine uygun olarak yapı tamamlanmış ve yapı kullanma izni için Belediyeye başvurulmuş olmasına karşın, Belediyenin savsaklaması yüzünden yapı kullanma izni alınamaması direnim kurallarının uygulanmasını gerektirmez. Ancak burada Belediye, örneğin projenin hatalı olarak onaylandığı gerekçesiyle yapı kullanma izni vermekten kaçınıyorsa, sorun dürüstlük kuralları ve çıkarlar dengesi göz önüne alınarak çözümlenmelidir. Bir kere, yüklenici, projenin bu biçimde hatalı olarak onaylanmasını sağlamışsa ya da bu durumu biliyorsa yapı kullanma izninin verilmemesi, hakkında direnim kurallarının uygulanmasını gerektirir. Öte yandan, bu iznin verilmemesi ileride dairenin kullanılmasını engelleyecek bir sonuca dönüşecek nitelikte ise, başka bir anlatımla iş sahibinin daireyi teslim almaktan kaçınması haklı sayılabilirse, yine direnim kurallarının uygulanmasının kabul edilmesi gerekir. Aksi durumda, yani gerek iş sahibinin daireleri kullanmaya başlaması, gerekse teslim almaması veya önkoşulla teslim alması, fakat yapı kullanma izninin alınmamasının direnim sonucunu doğurmaması durumlarında, yüklenicinin sözleşmeden doğan yapı kullanma izni almak borcunun devam ettiği kabul edilmelidir[79].

- İş sahibinin, yüklenicinin inşaata başlaması ve devam etmesi için hazırlayıcı eylemlere katılması gereken durumlarda, bunları yapmaktan kaçınarak sözleşmeden dönme yoluna gitmesi, dürüstlük kurallarına da aykırıdır[80].
- Borçlunun edimini yerine getirmede direnime düşmesi durumunda, alacaklı edimin yerine getirilmesini ve gecikme tazminatını her zaman isteyebilir; alacaklının gecikmeli olarak aynen ifayı tercih etmesi müterafık kusur veya hakkın kötüye kullanılması sayılamayacaktır[81].
- TBK. md. 473/I gereğince sözleşmenin geçmişe etkili olarak sone

79 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 66-67; Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 169-170.
80 Erman, Ara Payı Karşılığı, 72.
81 HGK. 9.10.1991, 340/467.

erdirilebilmesi dürüstlük kurallarının bunu haklı kıldığı durumlarda kabul edilebilir. Eğer inşaatın büyük bölümü bitirilmiş olmasına karşın sözleşmede belirtilen teslim tarihinde tamamlanması olanaklı değilse, zaten teslim tarihinin gelmesine kısa bir süre kaldığı için, md. 473/I hükmünden yararlanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmek dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Başka bir anlatımla, teslim tarihi geldikten sonra yüklenicinin direnimi nedeniyle sözleşmenin ileriye etkili olarak sonuç doğurmasını gerektiren durumlar varsa, iş sahibinin TBK. md. 473/I'e başvurması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur[82].

- Yüklenici teslim tarihinde %90 ve üzerinde inşaatı tamamlamışsa, dürüstlük kuralları böyle bir sözleşmenin ancak ileriye etkili bozulmasını gerektirir. İnşaatın getirildiği düzey %90 ve üzerindeyse ve iş sahibi tarafından teslim alınıp kendisine düşen bağımsız bölümler üçüncü kişilere kiralanmışsa, sözleşmenin geriye etkili olarak bozulmasının istenmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz[83]. İnşaat bu düzeydeyse, yüklenici yaptığı imalatın para olarak değeri yerine, inşaatı getirdiği düzeye uygun oranda kararlaştırılan arsa payının devrini isteyebilir.
- Sözleşmede öngörülen niteliğin eserde bulunmaması onu daha kullanışlı veya objektif yönden daha elverişli duruma getirse de yine bozuk bir eser söz konusudur. Ancak, bu durumda iş sahibinin bozukluk nedeniyle sorumluluk kurallarından yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir[84].
- Sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüş ve buna ilişkin nitelikler belirtilmişse, bu nitelikleri taşımayan eserin karine olarak kullanılmaz durumda olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda dürüstlük kurallarının da göz önüne alınması gerekmekte ve her somut olayın bu kurallar içinde değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir[85].
- Bozuklukta iş sahibinin katkısı olmuşsa, açılacak ücrette indirim davasında, onun bu ortak kusurunun dikkate alınması dürüstlük kurallarının gereğidir.

---

82 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 76.

83 15. HD. 8.5.2002, 139/2397. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.3.2004 gün ve 4328/1320 sayılı kararında, %86 olan tamamlanma düzeyini çok düşük bulmakta ve direnime düşen yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanamayacağını kabul etmiştir.

84 Tandoğan, II, 163-164; Erman, Arsa Payı Karşılığı, 110.

85 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 131.

- İş sahibinin onarım üzerine elde edeceği yarar ile yüklenicinin onarım giderleri arasında açık bir oransızlık varsa, giderlerin aşırı olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, iş sahibinin elde edebileceği yarar karşısında, yükleniciden bozukluğu gidermesini beklemek dürüstlük kurallarına göre haklı görülmezse, giderlerin aşırılığından söz edilecektir. Bozukluğun giderilmesi aşırı gideri gerektirmesine karşın iş sahibinin bu konudaki ısrarı dürüstlük kurallarına aykırı düşüyorsa, bu konuda yükleniciye itiraz hakkı tanımak gerekir.
- Teslim tarihi dolmasına karşın inşaatın ancak %77'si tamamlandığı için iş sahibinin sözleşmeden dönmesi hakkın kötüye kullanıldığı biçiminde yorumlanamaz. Çünkü bu gibi durumlarda sözleşmeden dönme hakkı iş sahibine hukuk tarafından tanınmıştır. İş sahibinin hukukça tanınmış bir hak veya yetkiyi kullanması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez[86].
- Fazla inşaatın yapıldığı durumlarda, arsa sahibinin sözleşmeye ve projesine uygun olarak bağımsız bölümlerin teslim edilmesini isteyebileceği açıktır. Fakat iş sahibinin sözleşmeye ve projesine uygun olarak eserin teslimini istemesi dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşımaması gerekir. Her biri projesinden bir metre kare daha geniş olan ve elli bağımsız bölümden oluşan bir apartmanın projesine uygun olarak teslim edilmesini beklemek dürüstlük kuralına (TMK. md. 2) aykırı olabilir[87].
- Hakkın kötüye kullanılması yasağı kamu düzeni ile ilgili olduğundan;
- Taraflar yargılamanın her aşamasında öne sürebilirler. Davanın yanlarından birinin (hakkın kötüye kullanılması yasağı) itirazına dayanabilmesi için, karşı tarafın onayına gerek yoktur; savunmanın genişletildiği savunması etkili olmaz.
- Taraflar öne sürmese bile, yargıç görevinden ötürü göz önünde bulundurur.
- Savunma (def'i) değil, itirazdır.
- Bir sözleşmecinin;
- Hakkın kullanılmayacağı güvenini uyandırması;
- Karşı tarafı oyalayarak zamanla sınırlı bir hakkını kullanılmasını önlemesi;

86 15. HD. 1.10.2004, 4730/4801.

87 Gökyayla, 87.

- Önceden var olan bir geçersizliğe veya haksızlığa çıkarı sona erince itiraz etmesi;
- Bir hakkı uzun süre kullanmadığı için karşı tarafta uyandırılan güven nedeniyle artık kullanılamaması;
- Sözleşmenin kurulacağı yönünde karşı tarafta uyandırdığı güvene aykırı davranması;
- Yetkisini geri aldığı temsilcinin yetkisiz işlem yapmasına yol açması ve uyandırılan güvene aykırı davranması durumunda, başka bir anlatımla, karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirmek veya yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunması ve karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokması vb. hukuk düzenince korunmaz.

Karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranışı ile önceki davranışını ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Biçime aykırı yapılan bir sözleşme kesin geçersizdir (butlandır). Biçime uyulmadan yapılmış bir sözleşmeyi yerine getirmesi karşı taraftan istenemeyeceği gibi; biçim eksikliğini bilerek yapılan ifanın geri verilmesi de istenemez. Edimler yerine getirildikten sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Teslim edilen eserin teknik bakımdan kusursuz olması, eksik niteliğe rağmen sözleşme konusu eserle aynı biçimde kullanılabilir derecede bulunması veya değer taşıması bozuk sayılması gereğini ortadan kaldırmaz. Sözleşmede öngörülen niteliğin eserde bulunmaması onu daha kullanışlı veya objektif yönden daha değerli duruma getirse de yine kusurlu bir eser söz konusudur. Ancak, bu durumda arsa sahibinin TBK. Md. 475'teki haklardan yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Yapıda belli niteliklerin bulunması kararlaştırılmış olsa bile, bu nitelikler yapının özgülendiği amacı gerçekleştirmeye uygun değilse veya yapının kullanılabilirliğini engelliyorsa, bunların bulunmaması bozuk hükümlerinin uygulanmasını doğurmaması gerekir. BU durumda, tarafların sözleşmenin kurulması anında bu çelişkiyi bilselerdi, dürüst ve makul kişiler olarak neyi kararlaştıracakları saptanarak çözüme varılmalıdır[88].

Hakkın kötüye kullanımı haliyle hak sahibinin elde etmek istediği yararları elde edemeyeceğidir. Haklar belirli bir yararın korunması, savunulması veya gerçekleştirilmesi için kullanılır. Yarar, bir dava koşulu olarak benimsenir.

88 Erman, 110.

Sözleşmede işin uzaması durumunda iş sahibine tek yanlı olarak fesih hakkı tanıyan bir hüküm bulunsa bile, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden çok kısa sayılabilecek bir sürede ortada haklı neden yokken ve yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmesinden sonra sözleşmeyi bozması (TBK. md. 484 olduğu gibi yasanın tanıdığı ayrık durumlar dışında) hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, hukuktan koruma görmeyecektir[89].

Bir sözleşmenin kurulmasında, koşullarının değiştirilmesinde ve sonuçlarını doğurmasında irade bildirimleri önemlidir. İrade açık olarak bildirilebileceği gibi, örtülü biçimde de bildirilebilir. Örtülü bildirmenin içinde "susma" önemlidir. Kural olarak, susan, olumlu veya olumsuz irade bildiriminde bulunmuş olmaz. İstisnaen, olayın özelliği ile durum ve koşullar açısından, susan kişinin TMK. md. 2'de yer alan dürüstlük kuralı gereğince olumlu, etkin bir davranışta bulunması gerekebilir. Burada, durum, karşı taraf açısından incelenecektir: O kendisince bilinen, bilinebilen bütün durum ve koşulları TMK. md. 2'deki dürüstlük kuralı ışığı altında değerlendirerek, öbür tarafa olumlu bir bildirimde bulunmak istemiyorsa yanıt vermesi sonucuna varmış olmalıdır. Bu gibi durumlarda susma, kural olarak, kabul anlamına gelecektir. Susan kişinin yanıt verme yükümlülüğünün kaynağı, öbür yanın, içinde bulunulan durum ve koşullara göre, onun susmasını kabul olarak anlamak yetkisine sahip olmasıdır.

30.11.1955 gün ve 14/20 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu durum şöyle vurgulanmıştır: *"Susma ile iradenin bildirildiği birçok durum vardır. Kanunen cevap verme veya bir müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber* ***objektif hüsnüniyet kaidesi*** *icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde bu mükellefiyetin yerine getirilmemesine ve bu suretle tercih olunan susma'ya belirli sonuçlar bağlamak gerekir."*

Susan ne düşünürse düşünsün, karşı taraf "güven kuramı ilkeleri gereğince onu bir irade bildiriminde bulunmuş farzetmeye yetkili olduğu zaman, örtülü bir irade bildiriminden söz edilebilir. Susan tarafın, susmanın kendisine örtülü bir irade bildirimi olarak bağlanmasına yol açan olguları (durum ve koşulları) bilmesi, hiç değilse bilebilecek durumda olması gerekir. Ancak bu durumdadır ki, onun susmasının karşı tarafça haklı olarak (kabul) diye anlaşılabileceğinin farkına varması, bağlanmak istemiyorsa olumsuz karşılık vermek, itiraz etmek olanağını kazanması söz konusu olabilir. Susan kişiyi bir beyanda bulunmuş sayabilmemiz

89 11. HD. 23.12.2005, 14742/12767.

için, onda ya bildirme iradesi veya bilinci bulunmalı (yani söz konusu edilgin tutumu ile karşı tarafta bir irade bildiriminde bulunduğu yolunda haklı bir kanaat uyandırdığının farkında olması), hiç değilse, o böyle bir bilinçten yoksun olsa bile, bu sonuca varılmasını olanaklı kılan olguları (durum ve koşulları) bilmeli, bilebilmeli ve buna rağmen gerekli özeni gösterip susmasının karşı tarafça nasıl yorumlanacağının farkına varmaması, onun açısından bir ihmal oluşturmalıdır[90].

Yüklenici, ticari amaçlı binalar yapıp bağımsız bölümler halinde satış yapan iş adamıdır. Yüklenicinin satış vaadi sözleşmesi yaptığı alıcıdan daire bedelini aldığı halde, bu daireyi başka bir kimseye devir ve temlik etmesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Yüklenici alıcıdan aldığı satış parasını geri vermekle yetinemez, ayrıca alıcının zararlarını da ödemek zorundadır. Yüklenicinin alıcıya başka daire önermiş olması, her durum ve koşulda alıcının zararını karşılamaya yetmeyebilir. Alıcının zararı, özellikle yüksek enflasyonun egemen olduğu dönemlerde daha çok olabilir.

Özetleyelim: **a)** Hak sahibi hakkını zamanında kullanmalıdır. b**)** Hak sahibinin hakkını zamanında kullanmasına objektif olarak onda güven uyandıracak davranışlarda bulunarak engel olunmamalıdır. **c)** Hak sahibi hakkını sosyal amaçları dışında kalan başka çıkarları ve sonuçları elde etmek amacıyla kullanmamalıdır. **D)** Hak sahibi, kendisinin işine yaramayan bir hakkı, karşı tarafa zarar vermek amacıyla kullanmamalıdır. Bir kimse yasalarca tanınmış bir hakkı kullanmadıkça onun bu hakkı kötüye kullandığından söz edilemeyecektir. Bir hak kullanımı kullananın işine hiç yaramadığı veya çok az yaradığı halde, başkasını zarara sokmuşsa veya zarar tehlikesi meydana getirmişse "hakkın kötüye kullanıldığından" söz edilebilir.

V-) DOĞRULUK VE GÜVEN KURALLARININ UYGULANMASINDA YARGICIN ROLÜ

Yargıç doğruluk ve güven kurallarını kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür. Sözleşmecilerden birinin doğruluk ve güven kurallarına aykırı davrandığı yolunda bir sav veya savunmada bulunup bulunmadığına bakmaksızın yargıcın bu kuralları uygulaması gerekir.

Yargıç, doğruluk ve güven kurallarına açıkça yollama yapılan durumlarda değil, hukuki ilişkinin niteliğinin bunu gerektirmesi durumunda bile bu kurallara uyulup uyulmadığını kendiliğinden göz önünde tutacaktır.

Yasa koyucu, kişilerin haklarını kullanırken başvurabilecekleri, dü-

90 Kocayusufpaşaoğlu, 159-161.

rüstlüğe aykırı ve önceden düşünülemeyecek her türlü davranışlarına engel olabilme, sonuçlarını ortadan kaldırabilme ve değerlendirebilme, kısaca hakların kullanılmasını kontrol edebilme yetkisini geniş bir takdir hakkı ile yargıca vermek istemiştir. Yargıç, değerlendirilmesi söz konusu olan bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığına karar verirken, toplumun genel (objektif) anlayış ve değer yargılarını dikkate alacaktır; kullanılan hakkın tanınması ve korunmasındaki amacı gözetecektir; toplum düzeninin ve huzurunun devamı için hak sahibinin hakkını kullanırken başkalarının haklarına saygılı olmakla da yükümlü olduğunu göz ardı etmeyecektir.

İnşaat Sözleşmesinin kurulmasında, yorumlanmasında, tamamlanmasında ve yeni koşullara uydurulmasında doğruluk ve güven ilkesinin önemi büyüktür. Bir irade beyanının muhatabı olan bir kimse bu beyana dürüst, iyi niyetli, orta zekâlı makul bir kimsenin verebileceği anlamı vermelidir. Bir başka deyişle beyan sahibi doğruluk ve güven kuralları uyarınca beyanının iş hayatında nasıl anlaşılacak idiyse o yolda anlaşılmasını ve işlem görmesini hoş görmek zorundadır. Bir başkasına herhangi bir bildirimde bulunan kimse, muhatabın onu anladığı biçimde yaptığı irade açıklamasının sonuç doğuracağını benimsemek zorundadır. Taraflarından birine göre bir beyanın farklı bir anlamı varsa, iradeler arasında bir uygunluk yoktur. Bununla birlikte, muhatabın bilebildiği veya bilebileceği koşullara göre sözleşmenin kurulmuş olacağı da kabul edilebilir. Burada muhatabın güveni korunur. Yorumla sözleşmenin konusu genişletilemez. Yorum taraf iradelerine aykırı, çelişkili ve onları değiştirici olmamalıdır. Yorumla gerçek veya gerçeğe yakın taraf iradesi araştırılacaktır.

İnşaat sözleşmesi yorumlanırken tarafların gerçek ve ortak amaç ve iradelerinin ne olduğu araştırılacaktır. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcüklerin öbür tarafça bilinmeyen özel anlamı değil; fakat bu sözcüklerin gerçek ve ortak amaçlarına göre taşıması gereken anlamlarını araştırmak gerekir. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcüklerin teknik ve bilimsel anlamı değişik olabilir. Doğruluk ve güven ilkesi gereğince sözcüklerin genel olarak kabul edilen anlamı ifade ettiği kabul edilir. Sözleşmenin özünün yorumlanması gerekebilir; bu durumda sözleşmenin bütününden çıkan anlam araştırılacaktır. Sözleşme bir bütün olarak ele alınacaktır. Sözleşme hükümlerinden her birinin ötekiyle olan bağlantısı göz önünde tutulacaktır.

Sözleşmenin yanlara tanıdığı haklar ve yüklediği borçlar ancak doğruluk ve güven kurallarının kabul ettiği ve izin verdiği ölçüde benimsenebilir.

Yorum yoluyla varılan sonucun doğruluk ve güven ilkesiyle bağdaşır

olması gerekir.

Yargıç hakkın kötüye kullanımı yasağına ilişkin kuralın ikincil bir kural olduğunu ve tamamlayıcı ve düzeltici bir işlevi bulunduğunu gözden kaçırmamalıdır. Somut uyuşmazlık konusunda bir yasal düzenleme veya genel olarak bir hukuk kuralı varsa TMK. 2'ye başvurulmayacaktır. Başka bir anlatımla, hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek veya kötüye kullanmanın sonuçlarını giderecek özel bir yasa kuralı varsa öncelikle bu kurala göre hakkın kötüye kullanılmasının sonuçları belirlenmelidir. TMK. md. 2 kuralı son çaredir. Bu nedenle, her uyuşmazlıkta konuya ilişkin hukuk kurallarını uygulamayarak dürüstlük kurallarına başvurmak hukuki güvenliğe zarar verebilir. Önce özel hükmü uygulamak, genel kuralları fevkalade zorunlu durumlarda sadece tamamlayıcı ve düzeltici biçimde uygulamak gerekir. Ancak TMK. md. 2'ye başvurmanın koşulları oluşmuşsa, yargıç, bu hükmün düzeltici, tamamlayıcı ve denkleştirici işlevinden yararlanmaktan çekinmemelidir.

V-) SONUÇ

TMK. md. 2'de yer alan dürüstlük, doğruluk ve güven kuralı; bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlak anlayışına, örf ve adet kuralarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranmayı, kullanılan hakla ilgili olan başka hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer tarafında bulunanlarda varlığı olağan olan güven duygusunu zedelememeyi öngören kurallardır.

Doğruluk ve güven kuralları toplumca <zorla benimsetilmiş> <kişilerin dışında oluşmuş> davranış kurallarıdır. Bunlara uygun davranılıp davranılmadığının saptanmasında, tarafların kendi anlayışına, kişisel düşünüşüne veya ruhsal davranışlarına bakılmaz. Çünkü doğruluk ve güven kuralları bir bakıma teamüllerin, ahlaki esasların, iş ilişkilerinde uyulan başka kuralların bir bileşkesinden başka bir şey değildir.

Doğruluk ve güven kuralları, hukuk kuralarının önemli bir tanımlayıcısı ve açıklayıcısıdır.

Doğruluk ve güven kuralları hukukun en genel ve en son değerlerine yollama yapar; hukuk kurallarının işleyişinde etik değerleri etkili kılar, bu nedenle de yasakoyucunun bir kural öngörmediği yerlerde uygulanabilir.

Yargıç sözleşmedeki boşlukları tamamlarken kendisini tarafların yerine koyarak soruna onlar açısından bakacak; sözleşmenin amacını ve anlamını araştıracak; sözleşmecilerin anlaşmaya varamadıkları yan nok-

taları belirleyecek ve sözleşmedeki boşlukları doldurulacaktır; bunu yaparken, doğruluk ve güven kurallarını göz önünde tutacaktır. Dürüstlük kuralının önemli işlevi, yazılı hukukun eksikliklerini tamamlamak, tüm hakların sınırlarını belirlemektir.

Doğruluk ve güven ilkesi uygulanırken, yasa kuralları ihmal edilmemeli, hukuka güven sarsılmamalı, keyfiliğe yol açılmamalıdır. Yargıç, dürüstlük kuralını, somut bir haksızlığı açık bir hakkaniyet ihlalini belli bir olayda önlemek için kullanacak; genel ve soyut uygulamadan kaçınacaktır.

Doğruluk kuralının uygulanmasında kesin sınırlar koymaya olanak bulunmadığından, her olayın özelliği nazara alınıp durumun değerlendirilmesi gerekir[91].

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan edimlerin yerine getirilmesi ve verilen sözün tutulması temel ilkedir. Sözleşmelerin yapılması sırasında göz önünde tutulamayan veya düşünülemeyen nedenlerden ötürü önceden öngörülemeyen koşullardaki değişimler tarafların edimlerini kısmen veya tamamen etkilemişse, sözleşmenin kuruluşta öngörülememiş yeni koşullara uydurulması gerekir. İşlem temelinin çökmüş olduğunu kabul etmek için, edim ile karşı edim arasında katlanılmaz dengesizlik olmalıdır: Edim ve karşı edim arasındaki dengeyi bu ölçüde bozan nedenlerden ötürü eser sözleşmesinin yerine getirilmesi taraflar için çekilmez veya yıkım oluşturabilecek nitelikte ise, doğruluk ve güven kurallarının izin verdiği ölçüde, borç ilişkisi kısmen değiştirilecek veya tamamen ortadan kaldırılacaktır. Borcun yerine getirilmesini istemek ve borçluyu bu konuda zorlamak doğruluk ve güven kurallarının kabul edemeyeceği ölçüde borçlu açısından yıkım oluşturmuşsa "clausula rebus sic stantibus" ilkesi uygulanarak sözleşme yeni koşullara uydurulabilecektir. Böylece taraflar arasında hukuki ilişkiye yeni bir biçim verilmesi doğruluk ve güven ilkesinin uygulanmasının bir sonucu olarak gerçekleştirilir. Bu gibi durumlarda doğruluk ve güven kuralları borcun yerine getirilmesinde borçlunun tutumunun değerlendirilmesine olanak veren birer dayanak oluştururlar.

KAYNAKÇA

- Adnan Tuğ: Türk Özel Hukukunda Şekil, Mimoza Yayınları, Konya-1994.
- Ahmet Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara-2005.
- Andreas von Thur: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, (Çvr. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara-1983.

91 İBK. 3.11.1980, 3/2.

- Atalay Özdemir: Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi, Turhan Kitabevi, Ankara-2004
- Aydın Aybay: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul-1984.
- Aydın Zevkliler: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ank.-1998.
- Ayhan Uçar: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.
- Ayşe Arat: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayınları, Ankara-2006
- Ayşe Havutçu: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir-1995.
- Baki İlkay Engin: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara-2002.
- Bilal Kartal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara-1993.
- Cafer Ergen/Veli Böke: Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, Ankara-2006.
- Cengiz Kostakoğlu: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul-2005.
- Cevdet İlhan Günay: Cezai Şart, Turhan Kitabevi, Ankara-2002.
- Cevdet Yavuz: Borçlar Hukuku Dersleri /Özel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul-2001.
- Damla Gürpınar: Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir-2006.
- Dinçer Gönen: Yapım İşlerinde Fiyat Farkı Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara-1994.
- E. Dayanıklı/S. Kısa: Faiz Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- Efrail Aydemir: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara-2009.
- Emre Gökyayla: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009.
- Erdal Özsunar: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Turhan Kitabevi, Ankara-2005.
- Erzan Erzurumluoğlu: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara-1970.
- Fahrettin Aral: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- Feyzi N. Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul-1970.
- Fikret Eren: Borçlar Hukuku, 3 Cilt, Beta Yayınları, İst-1994.
- Fikret Eren: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHFY, Ankara-1975.
- Gökhan Dirican: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007.
- Gülay Öztürk: İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara-1998.
- Gülşah Vardar: Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yolu Dışında Kalan Yollarla Aşılması, Kazancı Hukuk Dergisi, sayı: 59-60, sf. 58 vd.
- Halil Akkanat: Taşeronluk Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İst.-2000.
- Halil Kalabalık: İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003
- Haluk Burcuoğlu: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İst.-1995.
- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul-1989.

- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Evrim Yayınları, İstanbul-1988.
- Haluk Tandoğan: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara-1961.
- Hasan Erman: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul-2007 (Arsa Payı Karşılığı olarak geçecektir).
- Hasan Erman: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul-1979.
- Hayri Domaniç: Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. md. 105 ve Diğer Hükümler, İstanbul-1990.
- Herman Becker: Borçlar Kanunu Şerhi (Çvr. Suat Dura), Yargıtay Yayınları No. 24.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara- 2002.
- *Hüseyin Hatemi/ RonaSerozan/Abdülkadir Arpacı*: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul-1992.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara-2002.
- İbrahim Kaplan: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara-1987.
- İlhan Ulusan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Yayınları, İstanbul-1984.
- İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2013.
- Kemal Dayınlarlı: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1988.
- *Kemal Oğuzman/Kenan Tunçomağ*: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri, İstanbul-1974
- Köksal Kocaağa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2009, sf. 86 vd.
- Köksal Kocaoğlu: Cezai Şart, Ankara 2003.
- Lütfi Dalamanlı: Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Ankara-1971.
- Mehmet A. Tutumlu: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara-2008.
- Mehmet Altunkaya: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara-2005.
- Mehmet Karaca, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Muaz Ergezen: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007.
- Muhittin Abacıoğlu: İmar Kanunu ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınları-1994
- Mustafa Dural: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul-1976.
- Naim İnan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara-1979.
- Nami Barlas: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü İstanbul-1992.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul-1968.
- Nevzat Koç: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. md. 58), Ankara-1990.
- Nevzat Koç: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, DEÜ Yayınları, Ankara-1992.
- Özer Seliçi: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul-1977.
- Özer Seliçi: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul-1978.

- Sanem Aksoy Dursun: Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-20082.
- Sendi Yakuppur: Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, XII LEVHA yayınları, İstanbul 2009.
- Serkan Ayan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008
- Seyfullah Edis: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara-1963.
- Süleyman Yalman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Şafak Güleç: Eser Sözleşmesinin Beklenmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Şener Akyol: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul-1995.
- Tamer İnan: Borca Aykırılık ve Sonuçları, Kazancı Yayınları, İstanbul-2004.
- Tekinay/Akman/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-1993.
- Turan Şahin: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri teslim Borcunu İfada Temerrüdü,
- Seçkin Yayınları, Ankara 2012
- Turgut Akıntürk: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler/Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul-2001.
- Turgut Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-2000.
- Turgut Öz: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, Ankara-2006.
- Turgut Öz: İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul-1989.
- Turgut Öz: Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul-1990.
- Turgut Uygur: Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. V, Ankara-1995.
- Türker Yalçınduran: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara-2000.
- Vedat Buz: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin yayınları, Ankara-1998.
- Veysel Başpınar: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara-2004.
- Yasemin Işıktaç: Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet, Filiz Kitabevi İstanbul-2004.
- Zarife Şenocak: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1995.
- Zarife Şenocak: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara-2002.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN İNŞAATTAKİ AYIP SEBEBİYLE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Alper TANRIVERDİ[1]

GİRİŞ

Ülkemizin kendine has yapısı ve sosyo-ekonomik durumu, taşınmaz malların değerinin ve inşaat maliyetlerinin hızla artıyor olması gibi sebeplerle arsa sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmayı yaygın bir şekilde tercih ettiği görülmektedir. Böylece arsa sahibi, taşınmazını herhangi bir maliyeti olmaksızın değerlendirmektedir. Yüklenici ise, inşaat maliyetini ve riskleri üstlenerek, arsa bedeli ödemeden, taşınmaz üzerine yaptığı inşaattan bağımsız bölümler elde etmekte ve bu bağımsız bölümleri satarak inşaat maliyetini karşılamakta ve kâr beklentisini gerçekleştirmektedir.

Tabi ki bu ilişki birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Bunlardan biri de inşaatın ayıplı teslim edilmesi halidir. Bu çalışmanın konusunu arsa sahibinin, inşaattaki ayıplar sebebiyle yükleniciye karşı sahip olduğu haklar oluşturmaktadır.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE ARSA SAHİBİNİN İNŞAATTAKİ AYIP SEBEBİYLE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, kararlaştırılan niteliklere sahip ve ayıpsız bir eser meydana getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin söz konusu yükümlülüklere uymayarak ayıplı bir eser meydana getirmesi halinde, arsa sahibinin sahip olduğu birtakım haklar bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun "*İş Sahibinin Seçimlik Hakları*" başlıklı 475. maddesine göre:

"Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz."

Eser sözleşmesine ilişkin bir özel hüküm niteliğinde olan bu madde karma tipli bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanır. Yüklenicinin karşısında sözleşmenin diğer tarafı olarak iş sahibi yerine arsa sahibi olacaktır.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, kendisine ayıplı bir eser teslim edilmiş olan arsa sahibinin, seçimlik haklarını kullanabilmesi için muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olması ve eseri ayıplı şekilde kabul etmemiş olması gerekir.

Arsa sahibi ortaya çıkan ayıbın önemine göre, ücretsiz onarım isteme, bedelden indirim isteme ve sözleşmeden dönme hakları arasında bir seçim yapabilir. Bu hakların arsa sahibine tanınmasının nedeni eserdeki mevcut ayıplardır.[2] Ancak ayıbın varlığını ispat yükü arsa sahibindedir.[3] Bu hakların kullanılabilmesi yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir.

TBK. m. 475'te seçimlik haklardan olan sözleşmeden dönme ve eserin onarımı hakkının kullanılabilmesi için bazı şartların arandığı görülmektedir. Buna göre arsa sahibinin ayıp durumunda ücretin indirilmesini isteyebilmesi her zaman mümkündür ancak diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için bu maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekecektir.[4]

Arsa sahibi kural olarak aynı ayıptan dolayı seçimlik haklardan sadece birini kullanabilir. Ancak arsa sahibinin ayıptan dolayı ayrıca bir zarara uğramış olması halinde, seçimlik haklarla birlikte uğradığı zararın tazminini de talep edebileceği Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilmiştir.

2 Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s.156.

3 Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.357.

4 Mustafa Cahit Günel, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar", *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*, İstanbul, 2004, s.414.

Seçimlik haklardan farklı olarak ayıp sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şarttır.[5] Kusura dayanan bu tazminat talebinin amacı, arsa sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanmasına rağmen, ayıbın sebep olduğu zarar tamamen giderilememiş ise kusuru olan yüklenicinin zarara katlanmasını sağlamaktır.[6]

Arsa sahibine ayıp sebebiyle tanınan seçimlik haklar, hukuken yenilik doğurucu hak niteliğindedir. Bu niteliğinden ötürü, seçme hakkı arsa sahibinin tek taraflı irade beyanıyla, yükleniciye seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağının bildirilmesi ile kullanılmış olur. Bunun sonucu olarak, arsa sahibi yükleniciye ulaşan beyanından dönerek seçimlik haklardan diğerinin uygulanmasını isteyemez. Bununla birlikte, TBK. m. 10'da yer alan önerinin ve kabulün geri alınması hususundaki hükmün burada da uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir. Arsa sahibi anılan madde hükmüne dayanarak beyanını geri alabilir.[7] Ayrıca, arsa sahibinin seçimlik hakkını kullandıktan sonra, yüklenicinin rızasını alarak beyanını geri almasında bir sakınca yoktur.[8]

Ayıp dolayısıyla arsa sahibine tanınan seçimlik haklar emredici nitelikte değildir.[9] TBK.m. 475 bir tamamlayıcı hukuk kuralı olduğundan[10] tarafların bu hususta sözleşmede farklı bir düzenleme yapması imkanı da bulunmaktadır.[11] Örneğin, taraflar sözleşmede arsa sahibinin seçimlik haklarını kullanmasının, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlamasını öngörebilirler. Yahut taraflar yapacakları anlaşma ile binanın ayıplı olması durumunda arsa sahibinin sadece ayıbın giderilmesini isteyebileceğini belirleyebilirler.

Arsa sahibi seçimlik haklarını kullanırken, TBK. m. 475'te belirlenen şartlar ile MK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını göz önünde bulundurmalıdır.

1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

1.1. Hukuki Niteliği

Sözleşmeden dönme hakkı, arsa sahibine tanınan tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran bir hak olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini geri-

5 Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.165.

6 Seliçi, a.g.e., s.157.

7 Seliçi, a.g.e., s.159; Fikret Eren, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, 2. bs., Ankara, 2001, s.66.

8 Seliçi, a.g.e., s.159; Uçar, a.g.e., s.166.

9 Seliçi, a.g.e., s.160; Uçar, a.g.e., s.167.

10 Mustafa Reşit Karahasan, İnşaat İhale İmar Hukuku, C.I, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1997, s.283.

11 Seliçi, a.g.e., s.160; Uçar, a.g.e., s.167.

ye etkili olarak sona erdirmeye yönelik bir irade açıklamasıdır.[12] Hakkın kullanılması herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Dönme beyanı sözlü ya da yazılı olarak yapılabileceği gibi açık ya da örtülü olarak da yapılabilir. Örneğin, arsa sahibinin yükleniciye geçirdiği arsa payını geri istemesi de zımnen sözleşmeden dönme anlamına gelecektir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda tacirler için özel bir bildirim usulü öngörülmüştür. TTK.m.18/3'e göre; *"Tacirler arasında, ...sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar... noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır."* Buna göre, iki tarafın da tacir olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflar arasındaki ilişki ticari ise, dönme beyanının yukarıda sayılan bildirim usullerinden birisi ile yapılması gerekir.

Sözleşmeden dönme beyanı yükleniciye varmakla beraber hüküm doğurur. Yüklenicinin bu beyanı kabul etmesi ya da beyan üzerine onay vermesi gerekmez.[13] Şunu da belirtmek gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkı bir kez kullanıldıktan sonra artık bunun tek taraflı irade beyanı ile geri alınması mümkün değildir.[14]

1.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Şartları

Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin 1.fıkrasının 1.bendi sözleşmeden dönme hakkının hangi şartlarda kullanılabileceğini; 3.fıkrası ise sözleşmeden dönme hakkının hangi şartlarda kullanılamayacağını belirtmektedir.

Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yapının kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı olması ve yapının yıkılması ve kaldırılmasının aşırı bir zararı doğurmayacak olması gerekmektedir. Bundan dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi oldukça kısıtlı hallerde mümkündür.

1.2.1. Yapıdaki Ayıpların Arsa Sahibinin Kabule Zorlanamayacağı Ölçüde Önemli Olması

TBK. m.475/f.1b.1'e göre; "*Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleş-*

12 Haluk Burcuoğlu, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1990, s.289; Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989, s.128; Seliçi, a.g.e., s.160; Uçar, a.g.e., s.172.

13 Seliçi, a.g.e., s.161.

14 Uçar, a.g.e., s.181.

me hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa" sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için "**kullanılamazlık**" veya "**kabule zorlanamama**" durumlarından en az birinin somut olayda bulunması yahut yapının sözleşmede kararlaştırılan hükümlere **kabul edilemeyecek ölçüde** aykırı bir şekilde yapılmış olması gerekir.

Kullanılamazlık durumunda aranan nitelik; ayıbın yapıyı tamamen ve kesin olarak kullanılamayacak hale getirmesidir. Bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini, sözleşmede öngörülmüş olan kullanım amacına göre tespit etmek gerekir.

Yapıdaki ayıp nedeniyle kabule zorlanamama durumu ise; somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri ve hakkaniyet gereğince arsa sahibinin yapıyı kabul etmesinin kendisinden beklenememesi şeklinde yorumlanabilir.

Sözleşmede kararlaştırılan özelliklerin yapıda bulunmaması ayıp olarak nitelendirilir. Ancak bu durum tek başına sözleşmeden dönmek için yeterli değildir. Aynı zamanda bu ayıp nedeniyle yapının arsa sahibinin kullanamayacağı duruma gelmiş olması yahut hakkaniyet gereği bu ayıpla yapının kabulüne arsa sahibinin zorlanamıyor olması gerekir. Bu husus mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de kabul edilmekteydi. 818 sayılı Borçlar Kanunu m.360/f.1'den farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.475/f.1 hükmüne, "aynı ölçüde" ibaresi eklendiği için, artık tartışmaya yer bırakmayacak bir şekilde sözleşmede belirtilen bir hususun yapıda bulunmaması halinde oluşan ayıplarda da sözleşmeden dönülebilmesi için kullanılamazlık veya kabule zorlanamama durumunun oluşması gerektiği ortaya konmuştur.

Kural olarak yapıyı kullanılamaz duruma getiren yahut kabule zorlanamayacak nitelikte bir ayıbın varlığını ispat yükü arsa sahibindedir. Ancak, sözleşmede özel bir kullanma biçimi öngörülmüşse, bu nitelikleri taşımayan bir yapı karine olarak kullanılamaz niteliktedir.[15] Bunun aksini iddia eden yüklenicinin ayıplı yapının kullanılamaz nitelikte olmadığını ispatlaması gerekir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, yapıyı kullanılamaz hale getiren ayıp, büyük bir masrafı gerektirmeden yapılacak onarımla giderilebilecekse yine ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme yoluna gidilemeyecektir.

15 Seliçi, a.g.e., s.163.

1.2.2. Yapının Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması

Arsa sahibinin ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkına TBK. m.475/f.3'te bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre; "*Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*" Yapının TBK. m. 475/f.1'de belirtildiği şekilde ayıplı olduğunun tespit edilmesi halinde, arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, ayıplı olan yapının yıkılması ve kaldırılmasının büyük bir zarara neden olup olmayacağını tespit etmelidir. Yapının yıkılması ve kaldırılması büyük bir zarara sebep olmuyor ise ancak bu ancak bu durumda arsa sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Aksi halde arsa sahibinin diğer seçimlik hakları olan bedelin indirimi isteme veya ücretsiz onarım isteme hakları arasında bir tercih yapması gerekecektir. Hükmün getirilmesinin temelinde yatan düşünce **yaratılmış değerin korunması**dır.[16] Bu hüküm başka birisinin arsası üzerine inşaat yapan yükleniciyi korumaktadır.

Ayıplı yapının yıkılmasının ve kaldırılmasının büyük bir zarara yol açacağını iddia eden yüklenici bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.[17]

Yapının kaldırılmasının yüklenici bakımından aşırı bir zarar doğurup doğurmayacağı hususunun tespitinde ölçüt olarak, yapının arsaya bağlı olarak taşıdığı değer ile arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer kaybı göz önünde bulundurulmalıdır.[18] Yıkılmaya mahkûm bir inşaat moloz değeri dışında bir değer taşımayacağından, bu durumda anılan ölçüt çerçevesinde sözleşmeden dönülebileceği açıktır.[19] Ancak, yapıda bulunan ayıbın bu derece ağır nitelik taşımaması halinde, menfaat dengesinin sağlanması amacıyla başka ölçütlerin de dikkate alınması gerekir. Bu ölçütlerden biri, somut olayda yapılacak ücret indiriminin yükleniciye vereceği zararın, sözleşmeden dönmenin vereceği zarardan daha fazla olması halidir. Bir diğer ölçüt ise, yapılan inşaatın çevre ve insan sağlığı açısından tehlike yaratması halidir.[20] Böyle durumlarda arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. TBK. m. 475/f.1 b.1 ve TBK. m. 475/f.3 birlikte düşünüldüğünde bu iki durum dışında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönülebilmesi pek mümkün gözükmemektedir.

16 Seliçi, a.g.e., s.163; Öz, (Eser), s.125.
17 Seliçi, a.g.e., s.164.
18 Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2013, s.215.
19 Öz, (İnşaat), s.216.
20 Öz, (İnşaat), s.216.

1.3. Hukuki Sonuçları

Arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Tarafların henüz ifa etmedikleri edimleri yerine getirme borçları ortadan kalkarken, daha önce ifa edilen edimleri iade yükümlülükleri doğar.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici inşaatı arsa sahibinin arsası üzerine yapmaktadır. Sözleşmeden dönme halinde, tamamlanmış olan yapının bozulmadan sökülmesi mümkün olmadığından, yüklenicinin edimini nasıl geri alacağı konusu değerlendirilmelidir. Sözleşmeden dönme ile tarafların yerine getirdikleri edimlerin temelindeki sebep ortadan kalktığı için, yüklenici meydana getirdiği ayıplı yapının değeri kadar bir tazminatı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilir.[21] Bunun dışında yüklenicinin inşaatı yıkıp kaldırarak molozları alma hakkının bulunduğu da söylenebilir.[22] Bu durumda yükleniciye inşaatı yıkıp kaldırması için uygun bir süre verilmelidir. Yüklenici bu sürede inşaatı yıkıp kaldırma girişiminde bulunmazsa, arsa sahibi masrafları yükleniciye ait olmak üzere inşaatı yıkıp molozları kaldırabilir.

Uygulamada arsa payı karşılığı yapılan inşaat sözleşmelerinde, ayıp dolayısıyla sözleşmeden dönülmesine pek rastlanmamaktadır. Arsa sahibi genellikle ayıbın giderilmesi veya bedelin indirilmesi taleplerinde bulunmaktadır.

2. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı

2.1. Hukuki Niteliği

Bedelin indirilmesini isteme hakkı, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli olan bir irade beyanı ile kullanılan, değiştirici yenilik doğuran[23] bir haktır.[24] Bu hakkın kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Tarafların tacir olması durumunda dahi, bu beyan TTK. m.18/f.3'te belirtilen beyanlardan olmadığı için herhangi bir şekil şartı aranmaz. Bedelin indirilmesini isteme beyanı açık ya da örtülü olarak yapılabilir. Arsa sahibi bedelin indirilmesi beyanında bulunduktan sonra, bu beyanını tek

21 Asuman Turanboy, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C.41, 1989-1990, s.169; Eren, a.g.e., s.85.

22 Seliçi, a.g.e., s.165.

23 Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.193.

24 Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010, s.148.

taraflı olarak geri alamaz.[25] Arsa sahibi bedelin indirilmesini istemekten vazgeçip diğer bir seçimlik hakkını kullanmak isterse, bunu ancak yüklenicinin rızasını alarak yapabilir.

2.2. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkının Şartları

Arsa sahibine bedelin indirilmesini isteme hakkının tanınmasının amacı, ayıplı yapı ile bedel arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır.[26] Ayıplı ifa nedeniyle edimler arasında bozulan denge, bedelin indirilmesi ile yeniden sağlanmaktadır.[27]

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye yapacağı inşaat karşılığında bedel olarak para yerine, yapılacak inşaattan bağımsız bölüm ve buna bağlı arsa payı verileceğinden, arsa sahibinin ayıp nedeniyle bedelin indirilmesini istemesi halinde, yükleniciye verilecek bağımsız bölüm ve buna bağlı arsa payı ayıp oranında azalır.[28] Eğer arsa payı yapının tesliminden önce yükleniciye devredilmişse, ayıp nedeniyle bedelin indirilmesinin istenmesi halinde, ayıp oranında arsa payının iptali talep edilmelidir.[29]

Bedelin indirilmesini isteme hakkının kullanılabilmesi için ayıp nedeniyle yapının değerinin düşmüş olması gerekir. Yapının ayıplı olmasından kaynaklanan değer düşüşüne bağlı olarak, yükleniciye düşen bağımsız bölüm ve buna bağlı olarak arsa payındaki azalma, değerler arasındaki eşitliği sağlar.

Eşitliğin sağlanabilmesi için yapılan yapının az çok değer taşıması gerekir. Ayıplı yapı hiçbir değer taşımıyorsa bu durumda arsa sahibi bedelin indirilmesini isteyemez. Şartlarının oluşması halinde TBK. m. 475'te sayılan diğer seçimlik haklarından birini kullanabilir.

Yapıdaki değer düşüşü, yapının arsa sahibi için taşıdığı sübjektif değere göre değil, objektif piyasa değerine göre tespit edilir.[30] Çoğu zaman ayıp oranında yapılan indirim, arsa sahibine verilecek olan bir veya birkaç bağımsız bölüm tutarına tam olarak denk gelmez. Bu halde, yüklenicinin alacağı bağımsız bölümlerin bir tanesinde ayıp oranında arsa sahibi ile müşterek mülkiyet kurulması söz konusu olacaktır.[31]

---

25 Uçar, a.g.e., s.186.

26 Uçar, a.g.e., s.187.

27 Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.57.

28 Öz, (İnşaat), s.205.

29 Erman, a.g.e., s.150.

30 Uçar, a.g.e., s.188.

31 Öz, (İnşaat), s.205.

Doktrinde bir görüş, [32] arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, ayıp nedeniyle bedelde yapılacak indirim tutarını, arsa sahibinin yükleniciden para olarak isteyebileceğini söylemektedir. Ancak, TBK. m. 475'te açıkça "bedelde" indirim istenebileceği öngörülmüştür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de bedel olarak konulan değer arsa payıdır. Bu sebeple TBK. m. 475'e dayanarak ayıp nedeniyle doğacak değer düşüklüğünün para olarak talep edilebilmesi mümkün gözükmemektedir.

2.3. Bedelden İndirilecek Tutarın Hesaplanma Tarzı

Arsa sahibinin ayıp nedeniyle bedelin indirilmesini istemesi halinde, üzerinde durulması gereken iki sorun ortaya çıkar. Bunlardan birincisi indirime etki edecek ayıp miktarının sebep olduğu değer düşüklüğünün hangi zamana göre tespit edileceği, ikincisi de bedelden yapılacak indirimin hangi yöntemle hesaplanacağıdır.

Yargıtay genellikle kararlarında ayıbın sebep olduğu değer düşüşünün dava tarihindeki piyasa değerine göre, [33] bazı kararlarında ise teslim tarihindeki piyasa değerine göre, [34] belirlenmesi gerektiğini söylemiştir. Yargıtay gizli ayıplar konusunda ise ayıbın ortaya çıktığı tarihteki durumu ve bu tarihteki piyasa koşullarını dikkate almıştır.[35]

Bu tespit yapının teslim anına göre yapılmalıdır.[36] Çünkü eser sözleşmesinde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de hasar ve yarar teslim ile geçer. Teslimden sonra ayıplı yapının değerinde meydana gelen düşüşten yüklenici sorumlu tutulamayacağı gibi, teslimden sonra ayıplı yapının piyasa değerinin artmış olması da yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Yapıda bir gizli ayıp var ise, ayıbın yapının değerinde ne kadar düşüş yarattığının, ayıbın ortaya çıkış tarihi dikkate alınarak tespit edilmesi gerekir.[37]

Arsa sahibinin ayıp nedeniyle bedelin indirilmesini istemesi halinde, indirilecek olan bedelin hangi yöntemle hesaplanacağına dair Türk Borç-

32 Seliçi, a.g.e., s.170.

33 Yarg. 15. HD. T. 23.5.1979, E. 1979/995, K. 1979/1237: "*Yükleniciden eksikliklerin tamamlanmasının gerektirdiği, parasal tutan istenmiş olmakla, uzman bilirkişi aracılığıyla eksikliklerin neler olduğu ve bunların dâva tarihindeki piyasa rayicine göre, tutarı saptanmalıdır*." (Yargıtay Kararları Dergisi, 1979, C.5, S.9); Yarg. 15. HD. T. 15.12.1997, E. 1995/1349, K. 1995/3392: "*…Kusurlu ve noksan işlerin bedeli, dava tarihi itibariyle rayiç fiyat üzerinden tespit edilir…*" (Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008, s.580).

34 Yarg. 15. HD. T. 21.09.1973, E.1973/83, K.1973/63, (Erman, a.g.e., s.151, dpn.120).

35 Yarg. 15. HD. T. 19.10.1973, E. 1973/201, K.1973/208, (Erman, a.g.e., s.151, dpn.120).

36 Öz, (Eser), s.93.

37 Seliçi, a.g.e., s.171-172.

lar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen "**nispi metot**" yöntemi Yargıtay uygulamasında ve doktrinde kabul görmüştür.[38]

Nispi indirim metoduna göre, yapının ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki fark oransal olarak hesaplanır. Bulunan bu oranın kararlaştırılmış olan bedele uygulanmasıyla ödenecek indirimli bedel bulunur.[39]

$$indirimli\ bedel = \frac{kararlaştırılmış\ ücret\ x\ ayıplı\ değer}{ayıpsız\ değer}$$

Nispi metodun karşılıklı edimler arasındaki dengeyi ve işin taraflara sağladığı karlılık derecesini korumasından dolayı hakkaniyete daha uygun olduğu söylenebilir.[40] Ancak ayıbın yapıda meydana getirdiği değer düşüklüğü az olmasına rağmen, yapıyı ayıpsız hale getirmek için yapılacak masrafların indirimden fazla olduğu durumlarda nispi metot uygulandığı takdirde bu durum arsa sahibinin aleyhine sonuç doğuracaktır. Ayıbın yapıda meydana getirdiği değer düşüklüğü fazla olmakla birlikte, ayıbın az bir masrafla giderilmesinin mümkün olduğu durumlarda da nispi metodun uygulanması arsa sahibi lehine bir durum yaratacaktır. Bu sebeple indirimin hesaplanmasında hakkaniyeti sağlayacak başka yöntemler de kullanılmıştır.

Yargıtay özellikle inşaat işlerinde, ayıpların giderilmesi için yapılacak masrafların maliyetine göre bedelde yapılacak indirimi hesaplamaktadır.[41] Bu yöntemin uygulanabilmesi için yapıdaki ayıbın giderilmesinin mümkün olması gerekir.[42] Yargıtay ayıbın giderilmesinin mümkün oldu-

---

38 Seliçi, a.g.e., s.169.

39 Yarg. 15. HD. T. 06.04.1995, E. 1994/ 6519, K. 1995/ 2081: "*...Kat karşılığı yapılan inşaatta eksik ve ayıplı işler nedeniyle arsa sahibine ait bağımsız bölümlerdeki değer düşüklüğü metod-oran yöntemi ile saptanmalıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile işin bedeli para değil, arsa payına tekabül eden bağımsız bölümlerin yükleniciye verilmesi kararlaştırılmıştır. Metod-oran yöntemi ile bedelden yapılacak indirim tutarı, ayıplı değerin ayıpsız değere bölünmesi ile bulunacak oranın kararlaştırılan ücrete uygulanması suretiyle bulunur. Bu ilkeden hareketle yükleniciye bedel olarak bırakılan bağımsız bölümlerin arsa payları toplamı işin bedeli olduğundan, yukarıdaki yöntemle bulunan oranın yüklenicinin payları toplamına uygulanması suretiyle arsa payından yapılacak indirim ve bu paya isabet edecek bağımsız bölüm bulunur...*" (Kostakoğlu, a.g.e., s. 611, 612).

40 Ferhat Canbolat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.128

41 Yarg. 15. HD. T. 21.09.1973, E. 1973/1914, K. 1973/1944; Yarg. 15. HD. T. 05.12.1974, E. 1974/2195, K. 1974/2177, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

42 Erman a.g.e., s.151.

ğu hallerde **maliyete göre hesaplama metodu**nu, ayıbın giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde ise nispi metodu uygulamaktadır.[43]

Bedelden indirilecek miktar arsa sahibi tarafından ispat edilecektir.[44] Bedelden indirilecek olan miktarın en azından, ayıbın giderilmesi için gereken masraflara eşit olması gerektiği konusunda fiili bir karine kabul edilmektedir.[45]

3. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı

3.1. Hukuki Niteliği

Arsa sahibine tanınan onarım isteme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, [46] bu hakkın TBK m. 475'te düzenlenen diğer seçimlik haklardan farklı olarak, yenilik doğuran bir hak olmadığını, bu talep ile yüklenici için yeni bir borç doğmadığını, yalnızca eseri ayıpsız şekilde yapma borcunun, eserdeki ayıbın giderilmesi şeklinde devam ettiğini savunmaktadır.

Diğer bir görüş ise, [47] ücretsiz onarım isteme hakkının diğer seçimlik haklar gibi yenilik doğuran bir hak olduğunu, arsa sahibi tarafından kullanıldığında yüklenici için eseri ayıpsız bir şekilde ifa etme borcunun sona erdiğini ve ayıplı eserin tamir edilmesine yönelik bağımsız bir borcun doğduğunu savunmaktadır.

Kanımca bu son görüş daha isabetlidir. İlk görüşü savunan yazarlar, onarım isteme hakkının eser sözleşmesine özel bir hüküm olduğunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda satım sözleşmesinde alıcının ayıptan doğan haklarında onarım isteme hakkının bulunmadığını gerekçe göstererek bir sonuca varmaya çalışmışlardır. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak satım sözleşmesinden doğan ayıplarda alıcının seçimlik hakları arasında ücretsiz onarım isteme hakkı da bulunmaktadır. Bu sebeple dayanılan bu gerekçe Türk Borçlar Kanunu döneminde geçerliliğini yitirmiştir.

İlk görüşü savunan yazarların dayandığı bir diğer gerekçe ise, ayıpsız ifa borcunun, ayıptan doğan sorumluluk düzeni içinde ayıbın giderilmesi borcuna dönüştüğüdür. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, teslimden sonra yüklenicinin ayıpları giderme borcu, ilk olarak arsa sahibinin bu

43 Yarg. HGK. T. 16.01.1971, E. 1971/385, K. 1971/14, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

44 Uçar, a.g.e., s.191.

45 Günel, a.g.m., s.422.

46 Seliçi, a.g.e., s.173; Öz, (Eser), s.97.

47 Kemal Dayındarlı, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4.bs., Ankara, 2008, s.39-40

hakkı kullanması ile doğar. Arsa sahibi tarafından ücretsiz onarım istenmesi, yükleniciyi masrafları kendisine ait olmak üzere ayıpları giderme yükümlülüğü altına sokar. Eğer eserin onarılmasını isteme hakkı bir yenilik doğuran hak olmasaydı, arsa sahibi bu yönde bir talepte bulunmasa dahi, yüklenicinin ayıpları gidermekle yükümlü olması gerekirdi. Oysa bu sonuç, ayıplı ifa halinde eser sahibine seçimlik haklar tanıyan kanun hükmünün ruhuna ters düşer.[48]

Ayıplı yapının ücretsiz onarımını isteme hakkı yalnızca arsa sahibine tanınmış değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Yüklenicinin onarım hakkı söz konusu değildir.[49] Arsa sahibi bu hakkı kullandığında diğer seçimlik hakları sona erer ve yüklenici ayıbı gidermekle yükümlü olur.

3.2. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkının Şartları

Arsa sahibinin ücretsiz onarım isteyebilmesi için her şeyden önce objektif olarak giderilmesi mümkün bir ayıp bulunmalıdır. Yüklenicinin işçilerini dağıtmış olması, başka bir iş almış olması yahut onarımı karşılayacak maddi gücünün bulunmaması gibi yükleniciye özel (subjektif) imkansızlıklar arsa sahibinin bu hakkını kullanmasına engel değildir. TBK. m.475/f.1 b.3'e göre arsa sahibi; *"aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme"* hakkına sahiptir. Buna göre, onarım isteme hakkının kullanılması ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmemesi özel şartına bağlanmış durumdadır.

Onarım masrafının aşırı olup olmadığını hâkim takdir edecektir. Arsa sahibinin tamir üzerine elde edeceği yarar ile yüklenicinin tamir için yapacağı masraflar arasında açık bir dengesizlik varsa, masrafların aşırı olduğu kabul edilir.[50] Tamir masrafları belirlenirken ise, ayıbın giderilmesi için kullanılacak malzeme ve işçilik masraflarının yanında, ayıplı kısım tamir edilirken ayıplı olmayan kısımda doğacak zarar ve bunların giderilmesi için yapılacak masrafların da göz önünde bulundurulması gerekir.[51] Başka bir deyişle, arsa sahibinin elde edeceği yarar karşısında yükleniciden hesaplanan giderlere katlanarak bozukluğu gidermesi, dürüstlük kuralına göre beklenemiyorsa, masrafların aşırı olduğu söylenebilir.[52]

---

48 Buz, a.g.e., s.170-171.

49 Seliçi, a.g.e., s.174.

50 Öz, (İnşaat), s.207, Yarg. HGK. T. 16.1.1971, E. 1971/385, K. 1971/4: *"...sığınağın müteahhit tarafından sözleşmeye göre 20 cm. daha alçak yapılması halinde, bütün binanın yıkılarak sığınağın yeniden yapılması istenemez..."*, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

51 Erman, a.g.e., s.153.

52 Öz, (Eser), s.97

Taraflar aralarındaki sözleşmede ayıp halinde ayıbın mutlaka giderileceğini kararlaştırmışlarsa veya yüklenici her durumda ayıpları gidereceğine dair bir garanti vermişse, yüklenici artık masrafların aşırı olduğu yönünde bir itirazda bulunamaz.[53] Ancak bu durumda dahi dürüstlük kuralına göre bozukluğu gidermesi yükleniciden beklenebiliyor olmalıdır.[54]

3.3. Onarımın Kapsamı ve Onarım Masrafları

Onarım, yapıyı ayıpsız hale getirmek için, yüklenici tarafından yerine getirilmesi gereken tüm yükümlülükleri kapsar.

Ayıbın giderilmesinin ancak yapının yıkılarak yeniden yapılması ile mümkün olması halinde, arsa sahibinin yenileme talebinde bulunup bulunamayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş, [55] yapıdaki ayıbın giderilmesinin, onarım ve düzeltme ile mümkün olmaması ve ayıbın giderilmesi için mutlaka yenileme gerektiği durumlarda, arsa sahibinin yenileme talebinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir görüş ise, [56] teslimden sonra arsa sahibinin yenileme talebinde bulunamayacağını, böyle bir talebin sözleşmeden dönme olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. 6098 sayılı TBK. m.475/f.1 b.3'te "onarım"dan söz edilmektedir. Kanımca yapının yıkılarak yeniden yapılması gibi toptan bir müdahale, onarım kapsamında değildir. Böyle bir talep sözleşmeden dönme beyanı ile birlikte inşaatın yeniden yapılması için bir icap olarak nitelendirilebilir.

Ayıbın giderilmesi için gereken masraflara, doğrudan doğruya ayıbı gidermeye ilişkin masraflar ile onarım için gereken hazırlık masrafları ve eski hale getirmek için yapılacak masraflar da dâhildir.[57] Ayıbın giderilmesi başka zararlar doğmasına neden olmuşsa yüklenici onarım borcu çerçevesinde bunları da gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte onarım sırasında ayıplı yapı dışında başka değerlerin zarar görmüş olması halinde bu zarar ancak yüklenicinin kusurlu olması halinde TBK. m. 112'ye göre tazminat talebine konu olabilir. Onarım sırasında yapıdaki mobilyaların zarar görmesinde durum böyledir.

3.4. Yüklenicinin Onarımı Yerine Getireceği Süre

Onarım talebi üzerine yüklenici TBK. m. 90 gereği derhal işe başlamalı

53 Erman, a.g.e., s.154

54 Seliçi, a.g.e., s.176.

55 Seliçi, a.g.e., s.177.

56 İsviçre ve Alman Federal Mahkemesi yenileme talebini kabul etmemektedir. (Naklen Seliçi, a.g.e., s.176-177)

57 Şenocak, a.g.e., s.151.

ve uygun bir süre içinde çalışmasını tamamlamalıdır.[58] Süre arsa sahibi tarafından belirlenmiş olabilir. Bu süre işin niteliğine uygun değilse yüklenici sürenin yeterli olmadığını arsa sahibine bildirmelidir. Bu halde onarım süresi uygun olan süreye kadar uzamış sayılır.[59] Yüklenici sürenin yetersiz olduğunu arsa sahibine bildirmezse, bu süre içinde ayıbı gidermeyi kabul ettiği ve süre yetersizliğini ileri sürmekten vazgeçtiği kabul edilmelidir.

Yüklenici uygun süre içinde yapıdaki ayıbı gideremez ise arsa sahibinin ihtarı ile, [60] eğer arsa sahibi bir süre belirlemişse bu sürenin sonunda ayrıca ihtara gerek olmadan[61] borçlu temerrüdüne düşer. Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde TBK. m.123 gereği yükleniciye uygun bir süre tanımalıdır. Bu süre içerisinde de ayıp giderilmezse arsa sahibi TBK. m.125'te yer alan ve sözleşmenin özelliklerine uygun olan seçimlik haklardan birini kullanabilir.

4. Arsa Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

4.1. Genel Olarak

TBK. m. 475/f.2'ye göre, arsa sahibinin sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesini isteme ve ücretsiz onarım isteme hakkının yanında, yükleniciden tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda arsa sahibinin yükleniciden tazminat talep edebilmesi, 360. maddedeki her bir seçimlik hakkın sonunda ek bir imkân olarak düzenlenmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise diğer seçimlik haklardan ayrı bir fıkrada arsa sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Tazminat talebi, diğer seçimlik haklarla birlikte ileri sürülebileceği gibi, tek başına da ileri sürülebilir.[62]

4.2. Tazminat İstenebilmesinin Şartları

Arsa sahibinin TBK. m. 475/f.2 uyarınca tazminat isteminde bulunabilmesi için her şeyden önce, yapının ayıplı olması gerekir. Tazminat genel hükümlere göre isteneceğinden arsa sahibinin, muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmiş olmasına gerek yoktur.

İkinci olarak ortada bir zarar olmalıdır. Burada söz konusu olan ve taz-

58 Erman, a.g.e., s.155.

59 Erman, a.g.e., s.155.

60 Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. (TBK. m. 117/1).

61 Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; borçlu temerrüde düşmüş olur. (TBK. m.117/2).

62 Erman, a.g.e., s.157.

mini gereken zarar, ayıp sonucu arsa sahibinin uğradığı ve diğer seçimlik hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zararlardır.[63] Ayıp ile uygun illiyet bağı içinde olan tüm zararlar, ayıp sonucu zarar kapsamındadır.[64] Tazminat istenebilmesi için gereken son şart ise zararın ortaya çıkmasında yüklenicinin kusurlu olmasıdır. Kusurla ilgili olarak TBK. m.112 uygulama alanı bulacaktır.[65] Yani yüklenicinin öncelikle kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekecektir. Aksi takdirde kusurlu olduğu karinesi geçerli olur.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bu çalışmada, yüklenicinin ayıplı bir yapı teslim etmesinden doğan sorumluluğu karşısında, arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği seçimlik haklarını (TBK. m.475) inceledik.

Arsa sahibi, ayıplı bir yapının inşa edilmiş olması halinde, sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesini isteme ve yapının ücretsiz onarılmasını isteme seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Bunlara ek olarak, ayıp sebebiyle oluşan ve giderilemeyen zararların kalmış olması halinde bunlar için genel hükümlere göre (TBK. m. 112) tazminat isteminde bulunabilir.

Seçimlik haklardan bazılarının kullanılabilmesi bir takım şartlara bağlanmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapı arsa sahibinin arsasına yapıldığından ve değerini yitirmeden kaldırılması mümkün olmadığından, sözleşmeden dönme hakkının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kullanılması oldukça sınırlı hallerde mümkündür. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği durumlara örnek olarak, yapının ayıp nedeniyle yalnızca moloz değeri taşıyor olması ve bu sebeple yıkılmaya mahkum olması ile çevreye zarar verecek boyutta tehlike oluşturuyor olması verilebilir.

Bedelin indirilmesini isteme hakkının kullanılması herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Ayıp sebebiyle bedelin indirilmesi her durumda istenebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel, belli bir oranda arsa payının yükleniciye devredilmesi olduğundan, bedelin indirilmesi de, yükleniciye devredilecek yahut devredilmiş olan arsa payı üzerinden yapılır.

Ücretsiz onarım isteme hakkının kullanılabilmesi için ise, yapının onarımının aşırı bir masrafı gerektirmemesi lazımdır. Onarımın yerine getirilmemesi halinde arsa sahibi yükleniciyi temerrüde düşürebilir. Bunun

63 Öz, (Eser), s.292.

64 Burcuoğlu, a.g.m., s.299.

65 Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. (TBK. m.112).

sonucunda arsa sahibi TBK. m. 125'te düzenlenen borçlunun temerrüdünden doğan seçimlik hakları kullanabilir.

Tazminat istemi TBK. m.475'teki seçimlik haklarla birlikte kullanılabileceği gibi tek başına da ileri sürülebilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ayıp sebebiyle oluşan zararlardan doğan tazminat isteminin genel hükümlere göre yapılacağı belirtilmiştir. Bu durumda tazminat istenebilmesi için, yapının ayıplı olması, yapıdaki ayıptan doğan bir zararın meydana gelmiş olması, ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve yüklenicinin kusurlu olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.

KAYNAKÇA

1) Burcuoğlu, Haluk: *"Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler"*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s.283-332.
2) Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
3) Canbolat, Ferhat: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009
4) Dayındarlı, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4.bs., Ankara, 2008
5) Eren, Fikret: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, 2. bs., Ankara, 2001.
6) Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010.
7) Günel, Mustafa Cahit: *"Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar"*, Prof.Dr.Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s.411-433.
8) Hatemi / Serozan / Arpacı: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
9) Karahasan, Mustafa Reşit: İnşaat İhale İmar Hukuku, C.1, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1997.
10) Kostakoğlu, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2008.
11) Seliçi, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
12) Şenocak, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
13) Öz, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitabevi, 2013.
14) Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989.
15) Turanboy, Asuman: *"Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.41, 1989-1990, s.151-189.
16) Uçar, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

"MUVAZAALI İCRA TAKİPLERİ (BORÇ İKRARLARI)" İLE "BORÇLUNUN SÜRESİ İÇİNDE ZAMANAŞIMI İTİRAZINDA BULUNMAMASI"NIN TASARRUFUN İPTALİ DAVASI'NA KONU EDİLMESİ

(TBK. MAD. 19; İİK. MAD. 280)

Av. Talih UYAR

I-Bilindiği gibi; İİK. mad. 277/I'de; iptâl davasının, «İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabileceği» belirtilmiştir.

Maddede kullanılmış bulunan «tasarruflar» sözcüğünün hatalı olduğu doktrinde[1] belirtilmiştir. Gerçekten, borçlunun «İİK. mad. 277 anlamında iptâl edilebilen tasarrufları» sadece «malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya sınırlayan, külfet yükleyen veya değiştiren veya sona erdiren hukukî işlemler» olarak tanımlanan[2] tasarruf işlemleri *(tasarrufi muameleler)*nden ibaret bulunmadığı gibi, tasarruf işlemlerinin ancak bir bölüm olarak dahil olduğu ve doktrinde[3] «hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan irade beyanları» olarak tanımlanan *«hukukî işlem»*lerden ibaret değildir. Bu madde gereğince iptâli söz konusu olanlar, «hukukî işlem» kavramından daha geniş olan, onu da içeren ve doktrinde[4] «kendisine hukuk düzenince hukukî bir sonuç bağlanmış olan beşeri (insan) fiilleri» olarak tanımlanan hukukî fiiller'dir.[5] Nitekim kaynak yasanın Almanca metninde, bu konuda «tasarruf» değil «hukukî fiil» kavramı yer almaktadır.[6] Bu nedenle, İİK. mad. 277 vd. geçen «tasarruf» kavramını, *«hukukî işlem»*leri, *«hukukî fiil»*leri

1 **UMAR, B.** Türk İcra - İflâs Hukukunda İptâl Davası, s: 54 vd.

2 **TUHR, von.** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (C: 1-2, s: 189) - **SCHWARZ, A. B.** Borçlar Hukuku, s: 163 - **AYİTER, K.** Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, s: 13

3 **ATAAY, A.** Medeni Hukukun Genel Teorisi, s: 317 vd. - **OĞUZMAN, K.** Medeni Hukuk Dersleri, s: 106 vd. - **ÖZSUNAY, E.** Medeni Hukuka Giriş, s: 318 vd. - **İMRE, Z.** Medeni Hukuka Giriş, s: 205 vd. - **ZEVKLİLER, A. / ACARBEY, M. B. / GÖKYAYLA, K. E.** Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), s: 131 vd.

4 **ATAAY, A.** age. s: 310 vd. - **OĞUZMAN, K.** age. s: 99 - **ÖZSUNAY, E.** age. s: 319 - **İMRE, Z.** age. s: 207 - **ZEVKLİLER, A. / ACARBEY, M. B. / GÖKYAYLA, K. E**. age. s: 129

5 **UMAR, B.** age. s: 54 vd. - **GÜRDOĞAN, B.** İflâs Hukuku, s: 222, dipn. 615 - **SARISÖZEN, İ.** İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s: 52 vd.)

6 **UMAR, B.** age. s: 54 vd. - **ÜSTÜNDAĞ, S.** İflâs Hukuku, 8. Bası, s: 295

de içerir şekilde, en geniş anlamıyla kabul etmek gerekir[7] Örneğin, borçlunun «protesto çekmemesi», «haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi», «zamanaşımı def'inde bulunmaması», «davayı kabul etmesi», «davadan feragat etmesi», «yeminden çekinmesi», «kanun yoluna başvurmaktan kaçınması», «hukukî işlem» olmadığı halde birer «hukukî fiil» sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir.[8] Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi;[9] *«borçlunun anlaşmalı olarak hakkında icra takibine geçen alacaklının» yaptığı takibe itiraz etmemesi yani 'itirazdan kaçınması' halinde, bu davranışa karşı, asıl alacaklıların iptal davası açabileceğine»* karar vermiştir. Yargıtay da, *«borçlunun 'muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi işleminin, iptal davasına konu edilebileceğini»*[10] belirtmiştir.

Şu halde, borçlunun gerek «dava dışındaki», gerek -sulh, feragat, kabul gibi- «icra takibi içindeki» en geniş anlamı ile hukukî işlemleri, iptâl davasına konu olabilecektir.[11] Kısaca, borçlunun; alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan her türlü -en geniş anlamı ile- hukukî işlemleri, iptâl davasına konu olabilir.

İptal davasına konu olan işlemler -kural olarak- maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ancak alacaklıları zarara sokan işlemlerdir. Örneğin, *«devredilen şirket hisseleri»,*[12] *«alacağın temliki»,*[13] *«devredilen miras hisseleri»,*[14] *«tapuya şerh verilerek güçlendirilen satış vaadi sözleşmeleri»,*[15] *«satılan taşınmazlar»,*[16] *«boşanma protokolü uyarınca devredilen taşınır ve taşınmazlar»,*[17] *«havale işlemleri»,*[18] *«parası borçlu tarafından verilerek eşi (oğlu vs.) adına tescil ettirilen taşınır/taşınmaz-*

---

7 **KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku, C: 4, s: 3410 - **KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s: 1197

8 **UMAR, B.** age. s: 54, dipn. 4 - **ÜSTÜNDAĞ, S.** age. s: 294

9 Bknz: BGE. 65 III, s: 133 (Naklen; **ÜSTÜNDAĞ, S.** Medeni Yargılama Hukuku, C: 1-2, s: 762)

10 Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3290

11 **ÜSTÜNDAĞ, S.** age. s: 294

12 Bknz: 17. HD. 19.4.2010 T. 2848/3607; 22.2.2010 T. 9772/1356; 12.11.2009 T. 8068/7497 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

13 Bknz: 17. HD. 5.7.2010 T. 564/6375; 19.4.2010 T. 2387/3606; 1.3.2010 T. 9111/1733; 11.2.2010 T. 10446/1043 vb. (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

14 Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 9831/1437 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

15 Bknz: 17. HD. 22.2.2010 T. 10739/1362; 5.5.2008 T. 1637/2353; 15.HD. 30.9.2002 T. 3158/4300 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

16 Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 503/1144 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

17 Bknz: 17. HD. 11.2.2010 T. 10940/1042; 24.3.2009 T. 4342/1702; 17.2.2009 T. 3448/733

18 Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 6547/8779 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

lar»,[19] *«borçlunun malvarlığının artışını önleyen işlemler»,*[20] *«borçlunun, aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasını kabul etmesi»,*[21] *«borçlunun, miras bırakandan kalan taşınmazlardan pay istemeyip, kendisine intikal edecek payları kardeşlerine devretmesi işlemi»,*[22] *«borçluların, mirasın reddi konusundaki işlemleri»,*[23]*«kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler»,*[24] *«nam-ı müstear konusu işlemler*[25] *«adi ortaklığın feshine ilişkin sözleşme»,*[26] *«borçlu tarafından yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi»*[27] *«borçlunun, üçüncü kişideki alacağını kızına devretmesi işlemi»*[28] hakkında iptal davası açılabileceği gibi, borçlunun *«bir taşınır ya da taşınmaz malın başkasına bağışlaması»*nın, *«borç ikrarında bulunması»*nın, *«ticari işletmesini üçüncü bir kişiye devretmesi»*nin vs. iptali için, «iptal davası» açılabilir.

Yüksek mahkeme[29] *«borçlunun iptale tabi tasarruflarının üç grup altında ve İİK'nin 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiş olduğunu, ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarrufların sınırlı olarak sayılmamış olduğunu, kanunun iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak, hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimin takdirine bırakmış (İİK. md. 281) olduğunu, bu yasal nedenle de, davacı tarafından İİK'nin 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi, mahkemenin bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verilebileceğini»* belirtmiştir...[30]

II-*"Muvazaalı işlemler hakkında"* da 'tasarrufun iptali davası' açılabilir[31]. Muvazaa davasının iptâl davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olur-

19 Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 6101/5325; 15.6.2009 T. 2886/4235; 14.5.2009 T. 1791/3139 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

20 Bknz: 17. HD. 4.5.2009 T. 148/2805 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

21 Bknz: 17. HD. 14.4.2009 T. 5384/2350 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

22 Bknz: 17. HD. 14.2.2008 T. 4110/617 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

23 Bknz: 17. HD. 11.2.2008 T. 5540/513 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

24 Bknz: 15. HD. 15.5.2002 T. 1010/2526 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

25 Bknz: 14. HD. 19.10.2001 T. 5932/6946; 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

26 Bknz: 13. HD. 3.5.1982 T. 2826/3119 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

27 Bknz: 13. HD. 16.4.1974 T. 640/925 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

28 Bknz: İİD. 4.11.1968 T. 9095/9886 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

29 Bknz: 17. HD. 7.6.2010 T. E.4656, K:5233 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

30 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları,4. Baskı,-C:1,s:64 vd. - www.e-uyar.com Erişim: 10.07.2013

31 **ESENER, T.** Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, s: 108 - **KOSTAKOĞLU, C.** Takip Hukukunda İptal Davaları (Yasa D. 1989/8, s: 1040 - Adalet D. 1989/6, s: 263 vd.) - Aynı görüşte: **GÜNEREN, A.** İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları,

sa, İİK'nin 277 vd.'da öngörülen iptâl davasının pratik öneme kaybolmuş olur ve bu yorum şekli borçlu ile borçlunun mal kaçırma fiiline katılan kötü niyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç yaratacağından hukuk mantığı ile bağdaşamaz.

Doğrudan veya dolayısıyla çıkarı ve yararı bulunan ve muvazaalı sözleşmenin tarafı olmayan 3. Kişiler de muvazaa nedeniyle geçersizliğin (hükümsüzlüğün) tespiti için dava açabilirler.[32]

Borçlunun muvazaalı bir işlemde bulunduğunu öğrenen alacaklı, dilerse İİK. mad. 277 vd. göre «iptâl davası» dilerse TBK. mad. 19'a göre «muvazaa davası» (daha doğrusu, yapılan işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğu konusunda tesbit davası) açabilmelidir. Alacaklının, muvazaalı işlem hakkında «iptal davası» açamayıp, «muvazaa davası» açması gerektiğini savunmak, teorik esaslara uygun olmakla beraber, özellikle, muvazaa davalarında, «muvazaa iddiasının isbatı» konusunda alacaklılar çok güç durumda kalabilir. Gerçekten, *«muvazaanın üçüncü kişilerce isbatında yazılı delile gerek yok ve bu konuda tanık dinletilebilirse»*de[33] alacaklı, muvazaa iddiasını kanıtlayabilmek için tanık beyanından da yararlanmıyor olabilir. Halbuki, iptal davasında davacı-alacaklı, borçlunun muvazaalı işlemi hakkında tanık dinletmeden de -dava konusu işlemin, kanunun öngördüğü belirli kimseler arasında veya belirli süreler içinde yapılmış olduğunu (İİK. mad. 278, 279, 280) kanıtlamak suretiyle- kendi yararına, tasarrufun iptali konusunda, mahkemeden bir karar alabilir.

Davacı-alacaklı, «muvazaa»yı her türlü kanıtla isbat edebilecek durumda ise, «muvazaa davası» açabileceği gibi, «iptâl davası»da açabilir. Ancak, iptâl davası süreye bağlı olduğundan (İİK. mad. 284) eğer davacı-alacaklı,

s: 1017 vd. - **GÜNEREN, A.**Tasarruf İptâl Davaları, s:7 - **AKKAYA, T.** Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu (Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3, s: 681 - **YILDIRIM, M. K.** İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, s: 142 - **ÜLKÜ, F. M.** Muvazaa Davaları ile İptal Davaları Arasındaki İlişki (Manisa Bar. D. 1997/Tem.-Ekim, S: 62-63, s: 84) - **YAVUZ, N.** Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik işlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler (1986/1-2, Ocak-Nisan 1986, s: 106 - Yarg. D. 1999/3, Tem./1999, s: 224 - Tür. Not. Bir. Huk. D. Ağustos/1999, S: 103, s: 8 vd.) - **KILIÇOĞLU, A.** age. s: 103 - **UYAR, T.** İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu (İBD. 1984/10-11-12, s: 574 vd; 581) - **YAVUZ, N.** Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, 2. Baskı, s. 140 -**UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age. s:53

32 **ESENER, T.** a.g.e s:93 vd.- **ANSAY, S. Ş.** Tespit Davaları (Adliye Ceridesi,1940,s:78 vd.- **ÖZKAYA, E.** İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, s:201

33 **ESENER, T.** age. s: 109 - **FEYZİOĞLU, F.** age. s: 210 - **TUNÇOMAĞ, K.** age. s: 312 - **İNAN, A. N.** age. s: 187 - **POSTACIOĞLU, İ.** Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, s: 230 - **ÖZKAYA, E.** age. s: 206

bu süreyi geçirmişse ya da iptâl davasına konu ettiği tasarruf, İİK. mad. 278, 279 ve 280'deki bir ve iki yıllık sürelerden daha önce yapılmışsa, davacı - alacaklının «muvazaa davası» açması gerekir. Çünkü, bu dava, zamanaşımına bağlı olmadığından, her zaman açılabilir.

Eğer davacı - alacaklı, açtığı «muvazaa davası»nı kazanırsa, mahkemeden alacağı ilâmı, icra dairesine sunarak, dava konusu taşınmazın -borçlunun borcundan dolayı- haczedilmesini isteyebilir. Ayrıca «iptâl davası» açmasına gerek yoktur.[34]

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldığı gibi, davacı-alacaklının, borçlunun yaptığı muvazaalı tasarrufun iptâlini isteyebilmesine karşı çıkmamak gerekir. Aksi takdirde, *«muvazaalı olan, dolayısı ile hükümsüz olan hiç bir hukukî sonuç doğurmamış olan bir işlemin iptâli istenemez»* gerekçesiyle, alacaklıların bu dava hakkından yararlanamayacakları ileri sürülürse, borçluların uygulamada sık sık başvurdukları pek çok muvazaalı işlemlere göz yumulması gerekir. Örneğin; borçlu, alacaklılarının muhtemel icra takibinden etkilenmemek ve mallarının haczini önlemek için, bir yakınına muvazaalı olarak borç senedi verip, maaşına haciz koydurursa ya da bir taşınmazı üzerine muvazaalı borç ikrarında bulunup ipotek kurdurursa, gerçek alacaklıları bu tasarrufların «muvazaalı olduğunu» nasıl kanıtlayacaklardır? Eğer bu gibi durumlarda *«alacaklılar, iptal davası açamasınlar, çünkü ortada geçerli bir tasarruf yoktur, muvazaa davası açsınlar»* denilirse, muvazaanın isbatı konusundaki güçlük -hatta, imkansızlık- nedeniyle, borçluların kötüniyetli davranışı ödüllendirilmiş olur. Halbuki, bu gibi durumlarda borçlulara «iptal davası» açma olanağı da tanınırsa, alacaklılar hiç olmazsa, İİK. mad. 278-280'de öngörülen durumların varlığını -örneğin; borçlu ile işlemde bulunan kimsenin, borçlunun İİK. mad. 278/III-1'de öngörülen hısımı ya da evlatlığı olduğunu veya kurulan ipoteğin İİK. mad. 279/III-1'deki bir yıllık süre içinde kurulmuş olduğunu- kanıtlamak suretiyle, borçlunun muvazaalı olarak yaptığı tasarrufu iptal ettirerek, bu tasarruftan etkilenmeyebilirler...

Sonuç olarak, borçlunun malvarlığını azaltmak (mal kaçırmak) amacıyla yaptığı muvazaalı işlemlerden zarar gören alacaklı dilerse *özel hüküm* niteliğindeki İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası, dilerse *genel hüküm* niteliğindeki TBK. mad. 19'a göre muvazaa davası açabilir.[35] [36] İİK. mad. 277 vd.'da düzenlenmiş «iptâl davası», genel hükümlere (TBK. mad. 19) göre «muvazaa davası» açılmasını önlemez...[37] Ayrıca davacı-alacaklı

34 **ESENER, T.** age. s: 107

35 Bknz: 1. HD. 22.5.1984 T. 3005/6104 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

36 Aynı görüşte **AKKAYA, T.** agm. s: 681 - **ÖZKAYA, E.** age. s: 215

37 **AKKAYA, T.** agm. s: 677 vd. - **ASLAN, K.** Hacizde İstihkak Davası, s: 493 - **ALTAY, S.**

bu konuda mahkemede *terditli (kademeli)* dava da açabilir (HMK. mad. 111 vd.). Yani; borçlunun mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarruflardan zarar gören alacaklı, açtığı davada önce *«işlemin muvazaalı olduğunun tesbiti ile buna göre hüküm kurulmasını»* (yani; borçlunun yaptığı işlemin hükümsüzlüğünün, hiç yapılmamış olduğunun tesbitini), bu (muvazaa) iddiasının kabul edilmemesi halinde ise *«İİK. mad. 277. vd. göre tasarrufun iptâline karar verilmesini»* talep edebilir. Ya da önce *«İİK. mad. 277 vd. göre tasarrufun iptâlini»* bu kabul edilmediği taktirde *«muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tesbitine karar verilmesini»* isteyebilir. Davacı birinci halde «ispat yükünün gereğini yerine getirmeme ihtimalini dikkate alarak, ikinci halde ise «iptâl sebeplerine ilişkin objektif koşulların gerçekleşmeme ihtimali nedeniyle» terditli (kademeli) talepte bulunur.[38]

Yargıtay'ımız (Yargıtay 17. ve 4. Hukuk Dairesi) öteden beri *"muvazaalı işlemler hakkında tasarrufun iptali davası açılabileceğini"* aşağıdaki şekilde tereddütsüz kabul etmiştir:

a) Yargıtay 17. Hukuk Dairesi bu konudaki içtihatlarında;

-"Davacının davasını özellikle BK'nın 18. maddesine dayalı olarak açtığını bildirmesi ve dava açma hakkını muvazaa yönünde tercih etmiş olması karşısında, mahkemece davanın BK'nın 18. maddesindeki genel muvazaaya dayalı tapu iptal ve tescil istemi doğrultusunda değerlendirilmesi, tarafların iddia, savunma ve delillerinin bu yönde incelenip sonuçlandırılması gerekeceğini"[39]

-«'Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki icra takibinin kendi alacağının tahsilini önlemeye yönelik olduğu' iddiası ile davacı-alacaklı tarafından açılmış olan 'alacağın muvazaalı olduğunun tesbiti ve takibin iptaline karar verilmesi' istemini içeren davanın 'tasarrufun iptali' (İİK. 277 vd.) değil 'muvazaanın iptali' (BK. 18, şimdi; TBK. 19) davası olduğunu; bu davada, davacı tarafından davalı-borçlu hakkında açılmış olan 'tazminat davası'nın kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»[40]

-«Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin 'muvazaa nedeniyle' iptalinin istenebileceğini»[41]

-«İptal davalarının 'borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı

age. C: 1, s: 671 - **BELGESAY, M. R.** İcra ve İflas Hukuku, 2. Cilt, İflas, 1946, s: 88 - **BELGESAY, M. R.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1949, s: 264

38 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** a.g.e C:1,s:67 vd.

39 Bknz:17. HD. 15.03.2012 T. E:833, K:3201

40 Bknz: 17. HD. 28.9.2009 T. 6788/5741

41 Bknz: 17. HD. 24.7.2009 T. 6030/1710

tasarrufların hükümsüz kılınması için 'açıldığını' muvazaa davalarının ise 'borçlunun yaptığı tasarrufi işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi' amaçladığını, İİK. 277 vd.'da düzenlenmiş olan iptal davası açma hakkının, davacının genel hükümlere göre muvazaa nedenine dayalı dava açmasına engel teşkil etmediğini»[42]

-«Mal kaçırmak amacı ile muvazaalı olarak yapılan satışın iptalinin istenebileceğini, bu durumda İİK. 278, 279 ve 280. maddelerde öngörülen iptal sebeplerinin araştırılması gerekeceğini»[43]

-«Muvazaaya dayalı olarak tasarrufun iptâli davası açılabileceğini, muvazaalı işlemin dışında kalan davacı-alacaklının, muvazaa iddiasını her türlü delille isbat edebileceğini»[44]

-«Muvazaalı borç ikrarının (ve icra takibinin) iptâli için dava açabileceğini»[45]

-«'Tasarrufun iptâli davası' ile 'muvazaa (BK. 18, şimdi; TBK. 19) nedeniyle tapu iptâli ve tescil davası'nın terditli olarak açılabileceğini, muvazaa hukuki nedenine dayalı davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin söz konusu olmadığını»[46]

-«Muvazaa nedenine dayalı iptâl davaları» ile «İİK 277 vd. dayalı iptâl davaları» arasında sadece güttükleri «amaç» bakımından bir benzerlik bulunmadığı; İİK 277 vd. dayalı iptâl davalarının «borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış olan bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için» açıldığı, buna karşın muvazaa davalarının ise «alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi» amaçladığı, bu tür davaların dinlenebilmesi için davacının icra takibine geçmesine ve aciz belgesi almasına gerek bulunmadığı sadece davacının, danışıklı (muvazaalı) işlemde bulunmuş olan kişide bir alacağının bulunmasının yeterli olduğu, İİK'nin 277 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan iptâl davası açma hakkının, davacının genel hükümlere (BK. 18, şimdi; TBK. 19) dayanarak «muvazaa

---

42 Bknz: 17. HD. 12.5.2009 T. 2906/3094 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

43 Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 1716/3303 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

44 Bknz: 17. HD. 19.11.2008 T. 2804/5381; 4.11.2008 T. 3947/5089; 15.5.2008 T. 5260/6830 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

45 Bknz: 17. HD. 16.9.2008 T. 1246/4471; 15.4.2008 T. 1204/1936 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

46 Bknz: 17. HD. 17.6.2008 T. 630/3223; 27.3.2008 T. 5099/1546 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

davası»nı açmasına engel teşkil etmediği, davacının muvazaa iddiasını kanıtlaması durumunda, iddianın dava konusu taşınmazın aynına ilişkin olmayıp, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu gözetilerek, dava sonucunda İİK'nin 283/I. maddesinin benzetme yoluyla (kıyasen) uygulanarak «iptâl ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazın haciz ve satışını isteyebilmesi» yönünde hüküm kurulması gerekeceğini»[47]

-«Davacı-alacaklının dilerse BK'nın 18 (şimdi; TBK'nın 19.) maddesine göre, dilerse İİK'nin 277 vd. göre 'muvazaa sebebiyle' iptâl davası açabileceğini; HUMK'un 76. (şimdi; HMK 33.) maddesine göre 'bir davada ileri sürülen maddi olgu ve bulgulara göre yasa maddelerini bulmak ve davanın hukuki nitelendirmesi yapmanın hakimin doğrudan görevi olduğunu»[48]

belirtmiştir.[49]

b) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bu konudaki içtihatlarında;

-«İİK. 277 vd. ve BK. 18'e (TBK 19'a) göre 'muvazaa' nedeniyle iptal davası açılabileceğini»[50]

-«Danışıklı (muvazaalı) olan bir hukuki işlem ile üçüncü kişiye zarar verilmesinin, ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğu, üçüncü kişinin danışıklı (muvazaalı) işlem ile haklarının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için, onun danışıklı işlemde bulunanda bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı işlemin yapılmış olması gerektiğini»[51]

-« BK'nın 18. (TBK'nın 19.) maddesine dayalı tasarrufun iptali davalarında, İİK'nin 277. maddesinde düzenlenen koşulların aranmayacağını»[52]

-«Muvazaalı icra takibinin iptâli için iptâl davası açılabileceğini»[53]

---

47 Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 4397/3011 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

48 Bknz: 17. HD. 15.11.2007 T. 3042/3663; 17.7.2007 T. 3519/2534 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

49 UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e C:1,s:77 vd.

50 Bknz: 4. HD. 24.3.2010 T. 2797/3315; 11.3.2010 T. 15119/2684; 13.7.2009 T. 7584/9369 vb. (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

51 Bknz: 4. HD. 12.5.2009 T. 12633/6745 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

52 Bknz: 4. HD. 5.3.2009 T. 7929/3172 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

53 Bknz: 4. HD. 1.5.2008 T. 2996/6066; 8.11.2007 T. 12753/13696; 31.5.2007 T. 4760/7445 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

-«Davacı alacaklı tarafından 'kendisine borçlu olan davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin, danışıklı (muvazaalı) olduğu, kendisini alacağından yoksun bırakmak amacıyla yapılmış olduğu ileri sürülerek BK. 18'e (TBK. 19'a) dayanılarak iptal davası açılabileceğini, muvazaanın, onlara karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğinde olduğunu, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi'ne dayanmak zorunda olmadığı, davadan muvazaanın varlığının anlaşılması halinde, İİK. 283/1'e göre 'iptal ve tescil olmaksızın taşınmazın haciz ve satışının istenebileceğine' karar verilmesi gerekeceğini»[54]

-«Muvazaanın 'tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları' olduğunu, muvazaa iddiasının her zaman ileri sürülebileceğini (bu durumda zamanaşımının ya da hak düşürücü sürenin söz konusu olmayacağını)»[55]

-«Muvazaalı işlemler (haciz, satış, ipotek vs.) hakkında iptâl davası açabileceğini»[56]

-«Danışıklı (muvazaalı) işlem (BK. 18; şimdi; TBK. 19) nedeniyle, hakları zarara uğratılan üçüncü kişilerin, bu danışıklı (muvazaalı) işlemin geçersizliğini ileri sürebileceklerini, çünkü danışıklı (muvazaalı) bir hukuki işlemin onlara karşı işlenmiş bir 'haksız fiil' niteliğinde olduğu, 'desteklerini öldüren' davalının (ya da 'trafik kazasında yaralanmasına neden olan' davalının veya 'boşanma davasına bağlı olarak açılan maddi/veya manevi tazminat davalarında, boşandığı eşinin') diğer davalıya-kendilerine tazminat ödememek için- yaptığı danışıklı (muvazaalı) satış işleminin iptâli istemiyle davacılar (alacaklılar) tarafından açılan iptâl davasında, davacıların açtıkları tazminat (ya da ceza) davasının sonucunun beklenilmeden, davacıların davalıdan ne kadar alacaklı olduğu belirlenmeden, iptâl davasının sonuçlandırılamayacağını»[57]

-«İİK. 277 vd. göre 'tasarrufun iptâli davası' açılabilmesi için, davacının davalıdaki alacağından dolayı yaptığı icra takibinin kesinleşmiş

54 Bknz: 4. HD. 17.3.2008 T. 6100/3475; 17.3.2008 T. 1813/3444; 21.2.2008 T. 5775/2100 vb. (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

55 Bknz: 4. HD. 13.3.2008 T. 7208/3253; 9.4.2007 T. 2654/4665 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

56 Bknz: 4. HD. 10.12.2007 T. 2393/15778; 24.5.2007 T. 5742/7066; 13.12.2004 T. 6067/14091 vb. (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

57 Bknz: 4. HD. 1.11.2007 T. 13999/13413; 26.10.2007 T. 13684/13083; 9.4.2007 T. 2660/4675 vb. (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

olması ve bu takip (ler) sonucu alacaklının 'aciz belgesi'ne dayanması gerekirse de, davacı-alacaklı tarafından açılmış veya açılacak alacak (tazminat) davasını sonuçsuz (karşılıksız) bırakmak amacı ile kötü niyetli borçlu-davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasında yapılmış olan danışıklı (muvazaalı) mal kaçırmaya yönelik hukuki işlemlerin (tasarrufların) iptâli için de – BK. 18'e (şimdi; TBK. 19'a) dayalı olarak- iptâl davası açılabileceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi' ibraz etmesine gerek bulunmadığını»[58]

-«18 yaşını henüz doldurmuş birinin, satın alma tarihine çok yakın tarihlerde yapılmış olan kira sözleşmeleriyle gelir sağlayacağının ve bu gelirle 4.865.000.000 TL bedelle taşınmaz satın alacağının kabulünün hayatın olan akışına ters düşeceğinden, davacının, davalı borçlu hakkında, alacağının tahsili için yaptığı icra takibinden sonra, davalı borçlu ile diğer davalı kızı arasındaki satışın muvazaalı olduğu sonucuna varılarak açılan iptâl davasının kabulü doğrultusunda karar verilmesi gerekeceğini»[59]

belirtmiştir...[60]

Uygulamada, örneğin; takibe konan çek zamanaşımına uğramasına rağmen, borçluların, 6 aylık (şimdi; üç yıllık) zamanaşımı süresinin geçmesinden çok sonra yapılan haciz işlemi üzerine, İİK 71/II, 33/II ve 33a uyarınca *'icranın geri bırakılması' isteminde bulunmaması"* ve alacaklının kendi aleyhine *"takibe devam etmesine itiraz etmemesi"* gibi davranışlarda bulundukları da görülmektedir.

Böyle bir durumla karşılaşan alacaklıların, borçlu ile üçüncü kişi (diğer alacaklı) arasında yapılmış ve kesinleşmiş olan icra takiplerinin "taraflar arasındaki borç ilişkisinin *'muvazaalı olması'* nedeniyle hükümsüz bulunduğunu" ileri sürerek- iptaline karar verilmesini- ve eğer bu talebi kabul edilmezse- borçlu'nun alacaklısı diğer davalı tarafından yapılmış olan takipte *"6 aylık (şimdi; üç yıllık) zamanaşımı süresi dolmuş olmasına rağmen, İİK. m. 71/II.,33/II ve 33a maddeleri uyarınca 'icranın geri bırakılması'* talebinde bulunulmamış olması"nı tasarrufun iptali davasına konu ederek *'dava (ve takip) konusu çeklerin zamanaşımı nedeniyle geri bırakılmasına karar verilmesini'* terditli olarak talep etmesi mümkündür.

Uygulamada bu muvazaalı eylemleri gerçekleştiren tarafların, yani

58 Bknz: 4. HD. 21.6.2007 T. 6454/8425; 24.5.2007 T. 8388/6948; 7.3.2007 T. 3924/2876 vb. (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

59 Bknz: 4. HD.4.11.2004 T. 12951/12703 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

60 UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e. C:1, s:79 vd.- www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013

borçlu ile gerçekte alacağı olmadığı halde borçlu aleyhine takibe geçen alacaklının, "*organik bağ"* içerisinde oldukları da görülmektedir.

Yargıtay'ın bugüne kadar istikrar kazanmış (devamlılık arz eden) içtihatlarında ve doktrinde organik bağ ve hayatın olağan akışına aykırılık kıstasları nedeniyle taraflar (davalılar) arasında *"muvazaanın varlığına karine"* sayılmıştır.

Gerçekten, yüksek mahkeme, bu konuya ilişkin içtihatlarında;

"Borçludan taşınmazı satın alan üçüncü kişi ile bunun taşınmazı devir ettiği kişinin aynı şirkete ortak bulunmaları halinde, davalılar arasında 'organik bağ'ın varlığının -ve dolayısı ile muvazaanın- kabulü gerekeceğini"[61]

"Davalı ve aracı satın alan şirketin ortakları ile aracı satan borçlu şirket ortaklarının aynı kişiler ve yakın akrabalar olması (organik bağ) sebebiyle borçlu şirketin ödeme güçlüğü içine düştüğünü, mallarını kaçırdığını bildikleri farz edileceğini, bu durumda yapılan satışın İİK. 280/I-II uyarınca iptali gerekeceğini"[62]

" 'Borçlu' ile 'üçüncü kişi'nin şirket olup, ortaklarının ve/veya yöneticilerinin aynı kişiler olması halinde, bu 'organik bağ' nedeniyle, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'mal kaçırma kasdı' ile 'alacaklılarına zarar verme kasdı'nın biliyor farzedileceğini (ve bundan dolayı üçüncü kişiye yapılmış olan tasarrufun iptâline karar verilmesi gerekeceğini"[63]

"Davacı alacaklının davalı-borçlu ile aralarında organik bağ bulunan diğer davalı üçüncü kişi arasında borcun doğumundan sonra yapılmış olan tasarrufun iptalini istemekte 'hukuki yarar'ının bulunduğu"[64]

"Davalı tüzel kişiler arasında organik bağ bulunması halinde, davalı şirketin iyiniyetli olmadığı ve borçlu şirketin durumunu bildiği do-

61 Bknz: 17. HD. 23.05.2011 T. E: 2010/10066, K: 5140; 21.03.2011 T. E: 2010/12862, K: 2521; 14.02.2011 T. E: 2010/6658, K: 1152; 02.11.2010 T. E:6623, K:9285; 05.07.2010 T. E:5290, K:6374, 15. HD. 5.3.1986 T. E:725, K:812 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

62 Bknz:17. HD. 15.03.2011 T. E:12143, K:2284; 21.10.2010 T. E:3348, K:8594;15. HD. 14.10.1992 T. E:5019, K:4759 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

63 Bknz: 17. HD. 03.02.2011 T. E:2010/5439, K:2011/685; 17. HD. 17.01.2011 T. E: 2010/3713, K:2011/44; 17. HD. 24.06.2010 T. E:2520, K:5919; 17. HD. 27.11.2008 T. E:3542, K:5572; 17. HD. 20.5.2008 T. E:1919, K:2695; 17. HD. 3.4.2008 T. E:1110, K:1685; 17. HD. 25.3.2008 T. E.2007/5321, K:1476; 17. HD. 14.1.2008 T. E:2007/5124, K:42; 15. HD. 3.3.2005 T. E:2004/2904, K:1202; 15. HD. 26.12.2002 T. E:6026, K:6188; 15. HD. 23.1.2001 T. E:2000/5126, K:399 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

64 Bknz:17. HD. 05.07.2010 T. E:5069, K:6373 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

layısıyla tasarrufun İİK'nin 280. maddesi uyarınca geçersiz olup iptale tabi olacağı, ayrıca dava konusu zeytin ağaçlı tarlanın, davalı şirketin ticari işletmesinin bir kısmını teşkil edip, bu taşınmazın devrinin aynı yasanın 280/son maddesi uyarınca 'ticari işletmenin devri' niteliğinde olduğundan yine iptale tabi olacağını" [65]

belirtmiştir…

Doktrinde de bu konuyla ilgili olarak;

-"Buradaki 'tasarruf'tan maksat, borçlunun, alacaklılarına zarar vermek için 3. kişilerle (veya 3. Kişiler lehine) yapmış olduğu 'tasarruf işlemleri'dir. Bu tasarruf işlemlerini en geniş şekilde anlamak gerekir; buradaki tasarruf (veya tasarruf işlemi) kavramı, hukuki işlem kavramından daha geniştir. Mesela borçlunun, alacaklılarına zarar vermek için borç ikrarında (tanımasında) bulunması, alacağını temlik etmesi, ticari işletmesini devretmesi... gibi"[66]

-"İİK. mad. 277 vd.nda geçen 'tasarruf' kavramını, 'hukuki işlemler' i, 'hukuki fiiller'i de içerir şekilde en geniş anlamda kabul etmek gerekir. Örneğin; borçlunun 'protesto çekmemesi' 'haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi, zamanaşımı def'inde bulunmaması aleyhine açılan davayı kabul etmesi', 'davadan feragat etmesi', 'yeminden çekilmesi', 'kanun yoluna başvurmaktan kaçınması' hukuki işlem olmadığı halde, birer hukuki fiil sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir…"[67]

-"…Borçlunun haksız icra takibine ve ödeme emrine itiraz etmemesi, takibe konu borcu kabul etmesi, zamanaşımı def'inde bulunmaması… hukuki bir fiil sayılır ve iptal davasına konu olabilir.[68]

-"Sadece burada tasarrufi işlemlerin iptale tabi olduğu belirtilmiş ve bunun tayin edilmesi hakimin taktirine bırakılmıştır. Hakim bunu taktir ederken elindeki genel ölçüt işlemin tasarrufi olup olmadığı hususudur. Örneğin; borçlunun taşınmazını ipotek etmiş olması, borç ikrarında bulunması, alacağını temlik etmesi, ticari işletmesini devretmesi gibi işlemler tasarrufi işlemlerdir."[69]

denilmiştir.

Yüksek mahkeme de bu konuyla ilgili olarak *"Borçlunun kendisine*

65 Bknz:15. HD. 23.01.2001 T. E:5126,K:399 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)
66 **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2013, s: 1398
67 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** a.g.e. C:1, s: 64 vd.
68 **GÜNEREN, A.** İcra ve İflas Hukuku'nda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2012, s: 56
69 **AKŞENER, H. S.** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2002, s: 96)

gönderilen ödeme emrine itiraz etmemesinin ve haciz sırasında gelerek borcu kabul etmesinin iptal davasına konu olabileceğini"[70] açıkça ifade etmiştir.

Davalılar arasındaki organik bağ ve davalıların alacaklı/borçlu oldukları icra takiplerinde İTİRAZ SÜRELERİNDEN FERAGAT EDİP, TAKİBİ KESİNLEŞTİRMELERİ ve BORCU KABUL ETMELERİ hayatın olağan akışına aykırı bir davranış olduğundan, taraflar arasındaki icra takiplerinin (borç ilişkisinin) de *muvazaalı olduğunu gösterdiğinden* -yani; gerçek olmayan bir borç ilişkisini yansıttığından- davalılar arasındaki bu MUVAZAALI (TBK. 19/I; İİK. 280) İCRA TAKİBİNİN İPTALİNE karar verilmesi gerekir. Nitekim yüksek mahkeme de konuya ilişkin içtihatlarında bu hususu aşağıdaki şekilde açıkça belirtmiştir:

Yüksek mahkeme;

-" Muvazaalı borç ikrarının (ve icra takibinin) iptâli için dava açılabileceğini"[71]

-" Muvazaalı icra takibinin iptâli için iptâl davası açılabileceğini"[72]

-"Davalılar arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunun anlaşılması halinde mahkemece "icra takibinin iptali" yönünde hüküm kurulması gerekeceğini"[73]

- "Muvazaalı" borç ikrarı ve takip hakkında İİK'nin 277 vd. göre iptâl davası açılabileceğini"[74]

ifade etmiştir…

"Dava dilekçesi"nde yer alan -"muvazaa nedeniyle takibin iptaline karar verilmesi" talebinin mahkemece kabul edilmemesi halinde- terditli (kademeli) olarak *"borçlu-davalının, alacaklısı diğer davalı tarafından yapılmış olan takipte -6 aylık (şimdi; üç yıllık) takip konusu çeklere ait zamanaşımı süresi dolmuş olmasına rağmen - İİK. 71/II ve 33/II maddeleri uyarınca 'icranın geri bırakılması' talebinde bulunulmamış ol-*

70 Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. E:2225, K:6230

71 Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. E: 2010/ 7832, K:2011/3036; 17. HD. 26.10.2010 T. E:5337, K:8808; 17. HD. 16.9.2008 T. E:1246, K:4471; 17. HD. 15.4.2008 T. E:1204, K:1936 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

72 Bknz: 4. HD. 1.5.2008 T. E.2996, K:6066; 4. HD. 8.11.2007 T., E: 2006/12753, K: 13696, 4. HD. 31.5.2007 T. E: 4760, K: 7445 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

73 Bknz:4. HD. 8.11.2007 T. E:12753,K:13696 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

74 Bknz:15. HD. 20.2.2002 T. E:5385,K:865; 15.11.1999 T. E:4175, K:4058 (www.e-uyar.com Erişim: 22.07.2013)

masını' da bu tasarrufun iptali davasına konu ederek "dava (ve takip) konusu çeklerin zamanaşımı nedeniyle geri bırakılmasına karar verilmesini" de mümkündür.

Borçlunun *"zamanaşımı def'inde bulunmaması"* İİK'nin 280/I. maddesindeki 'borçlunun, alacaklılarına zarar vermek kasdıyla yaptığı tüm işlemler' kapsamında yer alan bir davranış olup tasarrufun iptali davasına konu edilebilir.

Gerçekten;

-"İİK. mad. 277 vd.nda geçen 'tasarruf' kavramını, 'hukuki işlemler'i, 'hukuki fiiller'i de içerir şekilde en geniş anlamda kabul etmek gerekir. Örneğin; borçlunun 'protesto çekmemesi' 'haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi, zamanaşımı def'inde bulunmaması aleyhine açılan davayı kabul etmesi', 'davadan feragat etmesi', 'yeminden çekilmesi', 'kanun yoluna başvurmaktan kaçınması' hukuki işlem olmadığı halde, birer hukuki fiil sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir..."[75]

-"Alacaklılarına zarar vermek amacı ile borçlunun kasden yaptığı ihmali işlemler de, iptal davasına konu olabilir. Örneğin; borçlunun kasden ödeme emrine itiraz etmemesi veya alacak davasında kasden zamanaşımı def'inde bulunmamış olması da iptal davasının konusunu teşkil edebilir. Bu durumda, alacaklılar açtıkları iptal davasında, borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla hareket ettiğini ispat ederek 'ödeme emrine itirazda bulunulmuş veya zamanaşımı def'inde bulunulmuş gibi, haklarının saklı kalmasını' talep edebilirler. Bu istem üzerine, borçlunun ihmali işlemlerinin iptaline karar veren mahkeme 'davacıların itiraz hakkını veya zamanaşımı def'inde bulunmalarına' karar verebilir".[76]

-"...Borçlunun haksız icra takibine ve ödeme emrine itiraz etmemesi, takibe konu borcu kabul etmesi, zamanaşımı def'inde bulunmaması... hukuki bir fiil sayılır ve iptal davasına konu olabilir.[77]

75 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** a.g.e. C:1, s: 64 vd.

76 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** a.g.e. C:1,s:85/ **BERKİN, N.** İflas Hukuku,s:513 vd.

77 **GÜNEREN, A.** İcra ve İflas Hukuku'nda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2012, s: 56

MERKEZİ TAKAS KURULUŞLARINA GETİRİLEN YENİ ESASLAR[1]

Yavuz AKBULAK[2]

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere, 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKn/Kanun);

i) "Merkezi takas kuruluşları" başlıklı 77. maddesinde;

"Merkezi takas kuruluşları, borsalarda ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören sermaye piyasası araçlarının teslimi, bedellerinin ödenmesi ve bu işlemlere ilişkin teminat yükümlülüklerinin ifası ile ilgili işlemleri yürüten anonim ortaklık şeklindeki özel hukuk tüzel kişiliğini haiz kurumlardır. Merkezi takas kuruluşlarının kuruluşuna Kurulun teklifi üzerine ilgili Bakan tarafından izin verilir. Bu kuruluşların faaliyete geçmesi Kurulun iznine tabidir. Merkezi takas kuruluşlarının sermayesine, bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri ile faaliyetlerinin geçici ve sürekli durdurulmasına, denetimine, gözetimine, finansal raporlama standartlarına, finansal tablolarının bağımsız denetimine ve diğer kurum ve kuruluşlarla iş birliğine ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. Bu Kanuna göre kurulan merkezi takas kuruluşları, ilgili mevzuata göre yetkilendirilmek kaydıyla, bu fıkrada belirtilen işlemleri lisanslı depolar tarafından düzenlenen ürün senetleri konusunda da yürütebilir. Merkezi takas kuruluşlarında üyelik, teminat, takas esasları, disiplin, sermaye, gelir ve diğer konulardaki düzenlemeler Kurulca veya Kurulun uygun görmesi halinde ilgili merkezi takas kuruluşları tarafından hazırlanan ve Kurulca onaylanan yönetmeliklerle belirlenir. Takas sistemi, üyelik, temerrüt işlemleri, takas güvenliğini sağlamak amacıyla merkezî takas kuruluşuna verilen teminatlar ve merkezi karşı taraf olarak sorumluluk üstlenilen durumlar için üyelerin katılımı ile oluşturulacak garanti fonlarının kuruluş, işletim ve kullanımına ilişkin usul ve esaslar, merkezi takas kuruluşları tarafından hazırlanan ve Kurulca onaylanan yönetmelikle düzenlenir.

---

1 Yazarın Notu: Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz.

2 Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) Başkanlık Danışmanı

Kurul, merkezi takas kuruluşlarının takas hizmetleri verebilecekleri borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerini belirler. Merkezi takas kuruluşlarının takas hizmeti verebilecekleri borsaların belirlenmesinde borsaların uygun görüşleri alınır. Kurulun uygun görmesi halinde merkezi takas kuruluşları, TCMB tarafından oluşturulanlar hariç olmak üzere sermaye piyasaları dışında kurulmuş ve kurulacak diğer piyasaların da takas, ödeme ve teminat işlemlerini yerine getirebilir. Ayrıca Kurul, borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri dışında gerçekleştirilen sermaye piyasası araçları ile ilgili işlemlerin takasının merkezi takas kuruluşu nezdinde yerine getirilmesini zorunlu tutabilir. Kurul, bu madde kapsamındaki merkezi takas kuruluşlarının düzenleme, gözetim ve denetim merciidir. Kurul, merkezi takas faaliyetlerine ilişkin olarak gerekli gördüğü hususların yerine getirilmesini, her türlü bilgi ve belgenin talebi üzerine veya düzenli olarak gönderilmesini merkezi takas kuruluşları ile bu kuruluşların üyelerinden isteyebilir. 44'üncü madde merkezi takas kuruluşlarına da uygulanır. Merkezi takas kuruluşları, iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli gördükleri hususlarda üyelerinden bilgi ve belge istemeye ve inceleme yapmaya yetkilidirler. Üyeler, merkezi takas kuruluşlarının görev alanına giren hususlarda özel mevzuatında yer alan hükümlere dayanarak bilgi vermekten imtina edemezler."

ii) "Merkezi karşı taraf" başlıklı 78'inci maddesinde ise;

"Kurul, merkezi takas kuruluşlarının, alıcıya karşı satıcı, satıcıya karşı da alıcı rolünü üstlenerek takasın tamamlanmasını taahhüt ettikleri merkezi karşı taraf uygulamasını, piyasalar veya sermaye piyasası araçları itibarıyla zorunlu tutabilir. Borsalar veya teşkilatlanmış diğer pazar yerleri de nezdinde işlem gören sermaye piyasası araçlarıyla ilgili merkezi karşı taraf uygulamasına geçmek üzere Kurula başvurabilirler. Takas kuruluşlarının merkezi karşı taraf görevini üstlendiği takas işlemlerinde mali sorumluluğu, tesis edilecek limitler dâhilinde ve üyelerden alınacak teminatlar ile diğer garantiler çerçevesinde belirlenir. Merkezi karşı taraf hizmeti verecek merkezi takas kuruluşlarının üyelerinden alacağı teminatlar ile bünyelerinde yer alacak garanti fonuna ilişkin esaslar, ilgili takas kuruluşunun önerisi üzerine Kurul tarafından belirlenir. Merkezi karşı taraf uygulamasına tabi sermaye piyasası araçlarında takas üyeliğine ve üyelik türlerine ilişkin şartlar, üyelerin yükümlülükleri ile sermaye, iç denetim ve risk yönetim sistemlerine ilişkin asgari hususları da içerecek şekilde, Kurulun onayı alınmak suretiyle ilgili takas kuruluşu tarafından düzenlenir. Merkezi karşı taraf hizmeti verecek merkezi takas kuruluşlarının ilgili sermaye

piyasası araçlarında üstlenmiş oldukları mali riskler ile diğer risklere uyumlu olarak yeterli düzeyde sermaye bulundurması, bilgi işlem altyapısı ile iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerini kurması ve idame ettirmesi zorunludur. Bu kuruluşların iç denetim birimleri, risk yönetim ve bilgi işlem altyapılarının güvenilirliğini ve yeterliliğini asgari altı aylık dönemler itibarıyla kontrol etmek ve sonuçlarını Kurula bildirmekle yükümlüdürler. Kurul, söz konusu kontrolün daha sıklıkla yapılmasına karar verebilir ve söz konusu hususlara ilişkin bağımsız denetim yapılmasını isteyebilir. Ayrıca Kurul, merkezi karşı taraf hizmeti verecek kuruluşun mali yeterliliğinin stres testleri de dahil olmak üzere öngöreceği yöntemlerle değerlendirilmesini istemeye, gerekli görmesi halinde kredi derecelendirmesi yapılmasını talep etmeye yetkilidir. Kurul, finansal istikrarın korunmasını teminen sistemik öneme sahip olan bu kuruluşlara ve üyelerine ilişkin sermaye de dahil olmak üzere ek yükümlülükler getirebilir. Merkezi karşı taraf hizmeti verecek kuruluş tarafından alınan teminatlar ile hesap sahiplerinin malvarlıklarının bu kuruluşun mal varlığından ayrı izlenmesi esastır. Takasın yerine getirilmesine ilişkin işlemler hariç olmak üzere merkezi karşı taraf hizmeti veren kuruluş söz konusu teminat veya varlıkları tevdi amaçları dışında kullanamaz. Merkezi karşı taraf hizmeti verecek kuruluş bu fıkraya uyumun sağlanmasını teminen gerekli önlemleri alır. Merkezi karşı taraf hizmeti verecek kuruluşların, her işlemde işlemin tarafları ile ayrı ayrı sözleşme yapması zorunlu değildir."

hükümleri yer almaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul), yukarıda yer alan Kanun hükümlerine dayanarak merkezi takas kuruluşlarına ve merkezi karşı taraf uygulamasına ilişkin esasları belirlemeyi amaçlayan "Merkezi Takas Kuruluşlarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelik"i (Genel Yönetmelik) hazırlamış, anılan Genel Yönetmelik[3] 30.05.2013 ta-

3 Söz konusu Genel Yönetmelik'te geçen,
a) Borsa: Anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım-satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, SPKn'na uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerlerini,
b) MTK: SPKn'nun 77 ve 78'inci maddesinde belirtilen hizmetleri yerine getiren merkezi takas kuruluşlarını,
c) MTK Yönetmeliği: SPKn'nun 77. maddesi ve anılan Yönetmelik uyarınca MTK'larda üyelik, teminat, takas esasları, temerrüt işlemleri, disiplin, sermaye, gelir ve diğer konulara ilişkin usûl ve esasları düzenleyen, MTK'lar tarafından hazırlanarak SPK'nın onayı ile çıkarılacak yönetmeliği,

rihli ve 28662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2. KONUNUN İNCELENMESİ

2.1. Merkezi Takas Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyetleri

2.1.1. Kuruluş: MTK'ların kuruluşuna SPK'nın teklifi üzerine SPKn'nunda tanımlanan ilgili Bakan tarafından izin verilir. Bu kuruluşların faaliyete geçmesi SPK'nın iznine tabidir. MTK'ların kurulması teklif edilirken, mezkur Yönetmelik'te sayılan şartların yanı sıra yurt içi ve yurt dışı finansal piyasaların genel durumu ile sistemik risk unsurları ve MTK'ların hizmet verecekleri borsalar ve diğer hususlar göz önünde bulundurulur.

2.1.2. Kuruluş koşulları: Kuruluş izni verilebilmesi için, MTK'ların;

a) Anonim şirket şeklinde kurulmaları,

b) Paylarının tamamının nama yazılı olması,

c) Paylarının nakit karşılığı çıkarılması,

ç) Sermayelerinin Kurulca belirlenen miktardan az olmaması ve tamamının ödenmiş olması,

d) Kurucularının ve tüzel kişi kurucular üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak önemli etkiye sahip olan ortaklarının SPKn'nun 44'üncü maddesinde[4] yer alan şartları taşımaları,

---

ç) Önemli Etkiye Sahip Ortak: SPKn uyarınca kurulmuş olan borsalar ve T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı hariç, sermaye veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak %5 veya daha fazlasını temsil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylara sahip olan ortağı,

d) TCMB: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi'ni,

e) TTK: 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu,

f) Sermaye piyasası araçları: Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını,

g) Üye: MTK nezdinde gerçekleştirilen işlemlere taraf olmalarına izin verilenleri,

ğ) Yönetici: Yönetim Kurulu Başkan ve Üyeleri, Genel Müdür ve Yardımcıları ile iç kontrol, risk yönetimi, iç denetim ve gözetim birimlerinden sorumlu kişi veya kişiler ile imza yetkisine sahip diğer kişileri,

ifade eder.

4 6362 sayılı SPKn m.44: *"Aracı kurumların kurucu ortaklarının; a) Müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması, b) Faaliyet izinlerinden biri Kurulca iptal edilmiş kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması, c) Bu Kanunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması, ç) 14.01.1982 tarihli ve 35 sayılı Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması, d) 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı 5 yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin*

e) Esas sözleşmelerinin SPKn ve ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlere uygun olması,

f) Ortaklık yapısının açık ve saydam olması

gerekir. Kurucuların ve tüzel kişi kurucular üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak önemli etkiye sahip ortakların ayrıca gerekli mali güç ve işin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması şartı aranır. Kamu tüzel kişileri hariç tüzel kişi kurucuların ve tüzel kişi kurucular üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak önemli etkiye sahip ortakların son 3 yıla ait bağımsız denetimden geçmiş finansal tablolarını sunmaları gereklidir. Yabancı kurucu ve ortaklar için uygun olduğu ölçüde, Türk uyruklu gerçek ve tüzel kişiler için aranan şartların mevcut olduğuna dair, bulundukları ülkenin yetkili makamlarınca onanmış bilgi ve belgelerin noterce tasdikli çevirilerinin veya geçerliliği kanun veya uluslararası sözleşmelerle kabul edilen şekilde olduğuna dair bilgi ve belgelerin sunulması zorunludur.

2.1.3. Önemli etkiye sahip ortakların, yöneticilerin ve ihtisas personelinin sahip olmaları gereken koşullar: MTK'ların önemli etkiye sahip ortakları, yöneticileri ve ihtisas personelinin;

a) Müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması ya da haklarında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,

b) Faaliyet yetki belgelerinden biri veya birden fazlası Kurulca iptal edilmiş yahut borsa üyeliğinden sürekli olarak çıkarılmış kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,

---

güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkum olmaması, e) Gerekli mali güç ve işin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması, şarttır. (a) bendinde belirtilen şartlar, iflasın kaldırılmasına, kapatılmasına veya konkordato teklifinin tasdikine ilişkin kararın, (b) bendinde yer alan şartlar ise buna ilişkin kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 yıl geçmesi hâlinde, bu fıkranın uygulamasında dikkate alınmaz. Aracı kurumların tüzel kişi kurucu ortaklarının da doğrudan veya dolaylı olarak şartları Kurulca belirlenecek önemli etkiye sahip ortakların da birinci fıkrada yer alan şartları taşıması zorunludur. Aracı kurumların dönüşüm işlemleri ile esas sözleşme değişikliklerinde Kurulun uygun görüşünün, pay devirlerinde Kurul izninin alınması zorunludur ve bunlara ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Bu fıkra uyarınca yapılan düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen devirler pay defterine kaydolunmaz ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Aracı kurumların bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerini yürütmek için dışarıdan destek hizmeti alımına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Bankalar dışındaki diğer yatırım kuruluşlarının kurucularında aranacak şartlar Kurulca belirlenir."

c) SPKn'nunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkumiyetinin bulunmaması,

ç) 14.01.1982 tarihli ve 35 sayılı Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[5] ve eklerine göre kendileri veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,

d) 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde[6] belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı 5 yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kay-

5 06.10.1983 tarihli ve 18183 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

6 5237 sayılı TCK m.53: *"Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan, c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır. Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz. Mahkum olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir. Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz. Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar. Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde, 3 aydan az ve 3 yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar."*

naklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkum olmaması

zorunludur. (a) bendinde belirtilen şartlar, iflasın kaldırılmasına, kapatılmasına veya konkordato teklifinin tasdikine ilişkin kararın; (b) bendinde yer alan şartlar ise buna ilişkin kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 yıl geçmesi halinde, bu hükmün uygulamasında dikkate alınmaz. Tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak atanması halinde yukarıdaki şartlar atanan tüzel kişi temsilcisi için de aranır.

MTK'ların yöneticilerinde değişiklik meydana gelmesi hâlinde, durum görevden ayrılma nedenleri ile birlikte izleyen ilk işgünü içinde SPK'ya bildirilir. MTK'ların yöneticilerinin görevlerinin devamı esnasında yukarıda belirtilen şartları taşımadıklarının tespiti ya da anılan şartları kaybetmeleri durumunda bu kişilerin görevleri MTK tarafından sonlandırılır. MTK, yöneticilerinin burada belirtilen koşulları kaybedip etmediklerini takiple yükümlüdür. Bu tespitin Kurulca yapılması halinde ilgililerin Kurulca görevden ayrılmaları talep edilir ve bu talep MTK tarafından yerine getirilir. Görevden ayrılması talep edilen kişinin yönetim kurulu üyesi olması halinde MTK genel kurulu en geç 30 gün içerisinde ilgili yönetim kurulu üyesinin görevden alınması gündemiyle Kurulca olağanüstü toplantıya çağrılır. MTK'ların yönetici dışındaki ihtisas personelinin görev yapması için gerekli şartlardan birini taşımadığının sonradan tespiti veya ortaya çıkması halinde ilgili personel atamaya yetkili organ tarafından görevden alınır.

2.1.4.Kuruluş işlemleri ve faaliyet koşulları: Kurucular, kuruluş şartlarına uygun olarak hazırlayacakları esas sözleşme ve diğer tevsik edici belgelerle birlikte SPK'ya başvuruda bulunurlar. MTK'ların kuruluş izninin alınmasını müteakip, kuruluş işlemlerinin TTK çerçevesinde tamamlanması için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na başvuruda bulunulur.

Kuruluşuna izin verilen MTK'ların bu izni almasını takiben en geç 1 yıl içinde, SPK'ya faaliyet izni almak üzere başvurması şarttır. Faaliyet izin başvuruları, başvuru sırasında aranan bilgi ve belgelerin eksiksiz olarak SPK'ya sunulmasından itibaren 6 ay içinde SPK tarafından karara bağlanır ve keyfiyet ilgililere bildirilir. Kuruluş izninden itibaren 1 yıl içinde SPK'ya başvuruda bulunmayan veya başvurusunun sonucunda kendilerine faaliyet izni verilmesi uygun görülmeyen kuruluşun kuruluş izni iptal olur. Bu süre, zorunlu şartların varlığı veya başvuruda bulunulmamasının kuruluş izni alan kuruluşa hasredilemeyecek sebeplerin varlığı halinde, SPK tarafından 1 yıl uzatılabilir. Faaliyet izninin verilebilmesi için, SPK tarafından yapılan düzenlemelere uygun muhasebe kayıt, bilgi ve belge sistemi ile

düzenli iş akışı ve haberleşmeyi sağlayacak yeterli bir organizasyonun kurulmuş, teknik donanımın sağlanmış, iç kontrol, iç denetim ve gözetim ile risk yönetimi birim ve sistemlerinin oluşturulmuş ve işler hale getirilmiş olması ve MTK bünyesinde bulunacak önemli varlıkların korunmasına ilişkin gerekli güvenlik önlemlerinin alınmış olması zorunludur. Kurulca verilen faaliyet izninin iptalinde SPKn'nun 41'inci madde[7] hükmü uygulanır. Genel Yönetmelik kapsamında verilecek hizmetlere ilişkin tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirlendiği bir sözleşmenin yapılmış olması zorunludur. MTK'lar, sermaye piyasası mevzuatı dışında kalan faaliyetlerde bulunmak için SPK'ya bilgi verir. Kurul MTK'lardan söz konusu faaliyetleri yerine getirmemesini talep edebilir.

MTK'lar, üyelerine sunacakları hizmetleri ve mevzuatla kendilerine bırakılan görevleri etkin, güvenilir ve kesintisiz bir şekilde yerine getirmek amacıyla gerekli bilgi işlem sistemlerini ve teknolojik altyapıyı kurmak, bunların tutarlılığını, güvenilirliğini, bütünlüğünü ve bilgilerin zamanında elde edilebilirliğini sağlamak amacıyla gerekli sistemsel ve yönetsel önlemleri almak, kontrolleri tesis ve takip etmek üzere ilgili düzenlemeleri yapmak zorundadır. SPK gerekli gördüğü durumlarda konuya ilişkin düzenleme yapmaya ve uygulamaya yönelik karar almaya yetkilidir. SPK, MTK'ların esas sözleşmelerinde yer alacak kar payı dağıtım oranlarına ve pay sahiplerine esas sözleşmeyle tanınan imtiyazlara sınırlama getirebilir. Esas sözleşme değişikliklerinde SPK'nın uygun görüşü alınır. Doğrudan veya dolaylı olarak; %5'i aşan pay devirleri veya ortaklık yapısında %5 ve üzeri değişiklik yaratan pay devirleri ile pay devri söz konusu olmasa da doğrudan veya dolaylı kontrol devri sonucunu doğuran her türlü işlem SPK'nın iznine tabidir. İmtiyazlı payların devri her halükarda SPK iznine tabidir. Pay devirlerinde, payları devralacak gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişilerin önemli etkiye sahip ortaklarının da Yönetmelik'te sayılan şartları taşımaları zorunludur. SPK'nın uygun görüş vermediği esas sözleşme değişiklikleri ile izin vermediği pay devirleri veya kontrol devri sonucunu doğuran işlemler hükümsüzdür. Bu hükme aykırı pay devirleri

7 6362 sayılı SPKn m.41: *"Kurul, bu Kanun kapsamında vermiş olduğu yetki belgesi ve faaliyet izinlerini, bu Kanundaki ilgili diğer hükümler saklı kalmak kaydıyla, aşağıdaki hallerde iptal edebilir: a) Faaliyette bulunma yetkisinden açıkça feragat edilmesi veya faaliyet izninin verildiği tarihten itibaren 2 yıl süreyle ilgili izin kapsamında herhangi bir faaliyette bulunulmaması, b) Faaliyet izninin yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunularak ya da hukuka aykırı diğer yollarla alınmış olması, c) Faaliyet izninin alınması sırasında aranan şartların kaybedildiğinin Kurulca tespitinden itibaren üç ay içinde bu şartların yeniden sağlanamaması. Faaliyet izinlerinin tamamı iptal edilenlerin, sona erme kararı almaları veya en geç 3 ay içinde esas sözleşmelerindeki ticaret unvanı ile amaç ve faaliyet konuları da dâhil olmak üzere ilgili hükümleri yatırım hizmetleri ve faaliyetleri kapsamayacak şekilde değiştirmeleri zorunludur."*

ortaklık pay defterine kaydolunmaz ve bu şekilde yapılan kayıtlar hüküm ifade etmez. %5'i aşmayan pay devirleri, devrin gerçekleşmesinden itibaren en geç 15 iş günü içerisinde SPK'ya bildirilir.

2.1.5. Faaliyet ilke ve esasları: MTK'lar faaliyetleri sırasında;

a) Üyelerin takas işlemlerini güven ve istikrar içerisinde gerçekleştirilmesini sağlayacak gerekli altyapı, donanım ve organizasyonel yapının tesis edilmesini teminen ilgili düzenlemeleri yapmak,

b) Üyelerinin, MTK'nın iş ve işlemleriyle ilgili yapılacak düzenlemelere uyumu konusunda gerekli önlemleri almak,

c) SPKn'nunda düzenlenen suçlar ile piyasa bozucu eylemleri önlemek üzere SPKn'nun 71'inci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde borsalar tarafından yürütülen çalışmalara gerekli bilgi ve belge desteğini sağlamak,

ç) Hizmet verdiği piyasalardaki üyeleri ve piyasa katılımcıları ile kendisi ve kendisi ile SPK arasında, talep edilen çerçevede düzenli bilgi akışını sağlamak,

d) Takas sisteminin güven ve istikrar içinde yürütülmesini sağlayacak yeterli organizasyon ve özkaynağa sahip olmak,

e) Merkezi takas faaliyetlerinin düzenlenmesi ve uygulanmasında adil davranmak,

f) İş ve işlemlerini SPK ve menfaat sahipleri ile işbirliği ve koordinasyon içinde yürütmek,

g) Hizmetlerin ücretlendirilmesinde adil davranmak,

ğ) Üyelere uygulanacak disiplin tedbirlerine yönelik işlem ve süreçleri belirlemek ve uygulamada hakkaniyete uygun davranmak,

h) Finansal tablolarını, takasa ilişkin ücretleri ve organizasyon yapısını düzenli olarak internet sitesi aracılığıyla kamuya açıklamak,

ı) Mevzuatla kendisine bırakılan görevleri yerine getirmek

zorundadırlar.

2.2. MTK'nın Organları, Komiteleri ve İhtisas Personeline İlişkin İlkeler

2.2.1. Genel kurul: MTK'ların üst karar organı olan genel kurul, pay sahiplerinden oluşur. Pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. Kanuni istisnalar saklıdır. Ortak olmayan üyeler oy hakkı bulunmaksızın genel kurula katılabilir. Genel kurul olağan toplantılar haricinde gerekli hallerde, TTK hükümleri çerçevesinde olağanüstü

toplantıya çağrılır. Genel Kurul gündemi ve davet mektubu, gündemde görüşülecek hususlara ilişkin her türlü bilgi, belge ve ek ile birlikte pay sahiplerine ve SPK'ya toplantı tarihinden en az 3 hafta önce iadeli taahhütlü olarak gönderilir. SPK temsilcisi, oy hakkı olmaksızın genel kurula katılabilir. Genel kurul tutanakları, başkanlık divanınca imzalandıktan sonra, izleyen ilk iş günü SPK'ya gönderilir. Gündemde görüşülen hususlara ilişkin her türlü bilgi belge ve eklerle genel kurulda yönetim kurulu üyesi seçilmesi durumunda, yönetim kurulu üyelerinin Yönetmelik'te belirtilen nitelikleri taşıdıklarını tevsik edici bilgi ve belgeler toplantı tarihinden itibaren en geç 5 iş günü içerisinde SPK'ya iletilir. Kurulca söz konusu genel kurul kararlarına ilişkin olarak, ilave bilgi ve belge istenebilir. Yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin genel kurul kararlarının mevzuata aykırılık içermesi halinde MTK'dan bu aykırılığın giderilmesi istenir. İlgili mevzuata aykırılıklar ve/veya Kurulca gerekli görülmesi hallerinde genel kurul, gerekliliğin belirlendiği tarihten itibaren, SPK tarafından 15 iş günü içinde olağanüstü toplantıya çağrılır ve genel kurul gündemi SPK tarafından belirlenerek pay sahiplerine duyurulur.

2.2.2. Yönetim kurulu, kurulun toplantı ve karar nisabı: Yönetim kurulu en az 7, en fazla 11 kişiden oluşur. Genel müdür yönetim kurulunun doğal üyesidir. Yönetim kurulu üyelerinin işletme, iktisat, maliye, kamu yönetimi, uluslararası ilişkiler, hukuk, mühendislik, sermaye piyasaları veya bankacılık alanlarında lisans veya lisansüstü öğrenim görmüş ve yükseköğrenim sonrası finansal piyasalar ve ekonomi alanında en az 10 yıl deneyim sahibi olmaları zorunludur. Yönetim kurulu üyeleri en çok 3 yıl için seçilirler. Süresi biten üyenin tekrar seçilmesi mümkündür. Süresi bitmeden yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi halinde yönetim kurulu tarafından yapılacak ilk genel kurula kadar görev yapmak üzere TTK hükümleri çerçevesinde yeni üye seçilir. Buna ilişkin yönetim kurulu kararı alındığı tarihten itibaren 5 iş günü içerisinde yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin burada ve Yönetmelik'te sayılan diğer şartları taşıdığına dair belgeler ile birlikte SPK'ya bildirilir.

Yönetim kurulu, TTK hükümleri çerçevesinde toplanarak karar alır. Sermaye piyasası mevzuatı kapsamındaki işleriyle ilgili olarak genel müdür gerektiğinde yönetim kurulu başkanından toplantı yapılmasını isteyebilir. SPK MTK esas sözleşmesinde ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları öngörülmesini isteyebilir.

2.2.3. Yönetim kurulunun sermaye piyasası mevzuatı uyarınca görev ve yetkileri: Yönetim kurulu TTK'da ve diğer mevzuatta belirlenen görev ve yetkilerinin yanı sıra sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde;

a) MTK tarafından hazırlanması gereken düzenlemeleri karara bağlamak,

b) Hizmet verilecek borsaları, teşkilatlanmış diğer pazar yerlerini, diğer piyasaları ve hizmete konu sermaye piyasası araçlarını belirlemek,

c) Üyelik başvurularını kabulünün ve üyelikten geçici veya sürekli çıkarılmasının ölçütlerini belirlemek, üyelik başvurularını karara bağlamak ve gerektiğinde üyelerinin üyelikten geçici veya sürekli çıkarılmasına karar vermek,

ç) İşlemlerin mevzuata ve kurallara uygun olarak düzenli bir biçimde yürütülmesini sağlamak,

d) Genel Yönetmelik çerçevesinde gözetim fonksiyonu ile ilgili yerine getirilmesi gereken esasları belirlemek,

e) MTK teşkilatı ve hizmet birimlerinin çalışma ve faaliyet sonuçlarını değerlendirmek; gözetim, denetim, inceleme, araştırma ve soruşturma raporlarını karara bağlamak, sonuçlardan ve önerilerden gerekli gördüklerinin uygulanmasını sağlamak,

f) MTK'nın görev ve yetki alanına giren hususlarda yerli ve yabancı kuruluşlar ve uluslararası kuruluşlarla anlaşma yapmak, mevzuatla belirlenmiş veya mevzuat dışında olmakla birlikte ihtiyaç duyulabilecek komiteleri kurarak, üyelerini seçmek ve çalışma esaslarını düzenlemek,

g) Yönetim kurulu kararlarının ilgililere tebliğini sağlamak, bu kararların gereğinin yerine getirilmesini temin etmek ve uygulanmasını izlemek,

ğ) Bütçeyi hazırlamak ve finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporunu hazırlayarak genel kurula sunmak,

h) Kamuya açıklanması gereken bilgilerin düzenli olarak internet sitesinde yayınlanmasını sağlamak,

ı) MTK adına imzaya yetkili olanları ve yetki sınırlarını belirlemek,

i) Personel politikasına ilişkin genel esasları belirlemek,

j) Genel Yönetmelikle ve mevzuatla kendisine verilen sair görevleri yerine getirmek

ile görevli ve yetkilidir. Yönetim kurulu; TTK uyarınca münhasıran kendisine bırakılmış görev ve yetkiler ile yukarıdaki (a), (b), (e), (f) ve (ğ) bentlerinde yer alan görev ve yetkisi haricindeki diğer görev ve yetkilerini, yazılı ve sınırları açıkça belirlenmiş olmak şartıyla genel müdüre devredebilir. Yönetim kurulu (c) bendinde yer alan üyelik başvurularının kara-

ra bağlanmasına ve gerektiğinde üyelerinin üyelikten geçici veya sürekli çıkarılmasına ilişkin yetkisini genel müdüre devredebilir. Söz konusu yetkinin genel müdüre devri halinde genel müdür tarafından ilk yönetim kurulu toplantısında yönetim kuruluna bilgi verilir.

2.2.4. Genel müdür: Genel müdür ilgili mevzuat ve yönetim kurulu kararları doğrultusunda kendisine bırakılmış ve devredilmiş yönetim ve temsile ilişkin işleri yürütür. Genel müdürün yükseköğrenim sonrası mali piyasalar, ekonomi, maliye, işletme, sermaye piyasaları, bankacılık veya finans alanında en az 10 yıl deneyim sahibi olması zorunludur. Genel müdürün münhasıran bu görev için atanmış olması zorunludur. Genel müdür, MTK'nın yönetim, denetim veya sermaye ilişkisinde bulunduğu kuruluşlar, bu kuruluşların doğrudan ya da dolaylı olarak yönetim, sermaye veya denetim kontrolüne sahip olduğu kuruluşlar ile borsalar ve teşkilatlanmış piyasalar, takas ve saklama kuruluşları ve Kurulca uygun görülecek diğer finansal kuruluşlarda, icrai nitelikte olmamak ve MTK'daki görevin ifasında zaafiyete düşülmemesi kaydıyla, yönetim kurulu başkanlığı ve üyeliği gibi görevler alabilir. Genel müdürlüğe atanacakların Genel Yönetmelik'te aranan koşulları taşıdıklarını gösteren belgelerle birlikte SPK'ya bildirilmesi şarttır. Genel müdürün atanması, SPK tarafından bildirimin alındığı tarihten itibaren 15 işgünü içinde olumsuz bir görüş bildirilmediği takdirde yapılabilir.

2.2.5. MTK teşkilatı ve personeli: Genel Yönetmelik ve ilgili mevzuatla MTK'lara verilmiş görevlerin yerine getirilmesi ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin olarak; MTK'nın teşkilatı, hizmet birimleri, organizasyonu, görev tanımları, yetki ve sorumlulukları ile bunların devri ve görevlilerin çalışma usul ve esasları genel müdürün teklifi üzerine yönetim kurulunca yürürlüğe konulacak teşkilat yönergesiyle belirlenir. MTK'ca belirlenecek ve MTK'nın temel faaliyetlerinin yerine getirilmesi için görevlendirilen ihtisas personelinin yükseköğrenim kurumlarından mezun olmaları zorunludur. Personelin işe alınmaları, işten çıkarılmaları, nitelikleri, ilerleme ve yükselmeleri, performans ölçütleri, ödev, sorumluluk ve yükümlülükleri, uymaları gereken yasaklar ile disiplin konuları genel müdürün teklifi üzerine yönetim kurulunca yürürlüğe konulacak personel yönergesiyle belirlenir.

2.2.6. Sır saklama yükümlülüğü ve yasaklar: MTK'ların yöneticileri ve tüm personeli sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri; MTK'ya ve MTK'yla ilişkisi olan ortaklık, kurum ve diğer her türlü gerçek ve tüzel kişilere ait sırların gizliliğine uymak ve sırları kanunla görevli ve yetkili kılınmış kişi ve mercilerden başkasına herhangi bir suretle açıklamamak,

kendilerinin veya üçüncü kişilerin yarar veya zararına kullanmamakla yükümlüdürler. Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. tarafından MTK'lara sağlanan hak sahibi bazında bilgiler gizli olup, MTK yöneticileri ve personeli kendilerine sağlanan bu bilgilerin gizliliğinden sorumludur. Bu yükümlülük, ilgililerin MTK'daki görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder. MTK'lar, takas faaliyetleri kapsamında, yabancı MTK'lar ve uluslararası kuruluşlar ile karşılıklılık ilkesi çerçevesinde işbirliği yapabilirler. Bu kapsamda yapılan işlem ve eylemler SPKn ve diğer kanunlarda yer alan sır saklama yükümlülüğüne ve gizlilik kurallarına aykırılık oluşturmaz.

MTK'ların yöneticileri ve ihtisas personeli ile bunların eşleri ve velayeti altındaki çocukları, takas hizmeti verilen borsa bünyesindeki piyasa, pazar, platform ve sistemler ile takas hizmeti verilen borsanın piyasa işleticisi olduğu başka borsaların piyasalarında alım-satım işlemi yapamazlar. MTK'ların genel müdür dahil tüm personeli; göreve başlamadan önce maliki oldukları, Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki, borsada işlem gören ortaklıklara veya bunların iştiraklerine ait her türlü paylarını ya da menkul kıymetlerini, eşi ve velayeti altındaki çocukları dışındakilere, görev sürelerinin başlamasından itibaren 30 gün içinde satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır. Bu hükme aykırı hareket edenler aykırılığın tespit edildiği tarihten itibaren istifa etmiş sayılır.

2.3. MTK Üyelerine İlişkin Esaslar

2.3.1. MTK üyeleri ve üyelik teminatı: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, SPKn uyarınca faaliyet gösteren yatırım kuruluşları ile MTK'lar tarafından önerilen ve Kurulca kabul edilen diğer kişiler MTK'lara üye olabilir. MTK'lar, üyeliğe kabulü, bir borsanın veya teşkilatlanmış diğer piyasaların üyeliği şartına bağlayabilir. Üyelik ilişkisi sözleşmeyle kurulur. Bu sözleşmeye ilişkin hususlar, üyeliğe başvuru, üyeliğe kabul, üyelik türleri ve bu üyelerin yerine getirebilecekleri faaliyetler, üyelerin temsili, üyelerin yükümlülükleri ile bunlara verilecek disiplin cezaları, bunların durumlarında meydana gelen değişikliklerin bildirilme esasları, üyelikten ayrılma, çıkarılma ve sair konularla ilgili usul ve esaslar MTK'ların yönetim kurullarınca hazırlanarak SPK'nın onayıyla çıkarılacak MTK yönetmeliğinde gösterilir.

MTK'lar üyelerinden, takas süreci ve işlemleri dolayısıyla MTK'ya verebilecekleri zararların karşılanması amacıyla üyelik teminatı talep edebilirler. Üyelik teminatına ilişkin esaslar MTK Yönetmeliği ile belirlenir.

2.3.2. Üyelerin sorumluluğu, faaliyet esasları ve üyelere uygula-

nacak önlemler: MTK üyeleri; mevzuatta belirlenen esaslar dahilinde, borsalarda ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri ile bunların dışında işlem gören sermaye piyasası araçlarının teslimi, bedellerinin ödenmesi ve bu işlemlere ilişkin teminat ve garanti fonu katkı payı yükümlülüklerinin ifası ile ilgili işlemlerin tümünden ve bu kapsamda çalışanlarının görevleri çerçevesinde yaptıkları işlerden sorumludur. MTK üyeleri ile müşterileri arasında yapılacak sözleşmelere konulacak hükümlerle üyelerin sorumlulukları kaldırılamaz ve sınırlandırılamaz. MTK üyeleri ilgili mevzuatta yer alan ilke ve kurallarla takas faaliyetlerine ilişkin olarak;

a) MTK tarafından belirlenen ilke ve kurallara uygun hareket etmek,

b) Müşterilerine ve diğer üyelere karşı iyi niyet ve dürüstlük ilkelerine uygun davranmak,

c) Müşterilerine ve diğer üyelere karşı doğabilecek mali ve hukuki sorumluluğu teminat altına almak üzere MTK tarafından öngörülebilecek genel ve özel mahiyetteki sigortaları yaptırmak ve bu nitelikteki diğer tedbirleri almak,

ç) Ortaklık, yönetim yapısı ve mali durumu ile ilgili olarak önemli her türlü değişikliği, gerçekleştiği tarihte derhal MTK'ya bildirmek,

d) Yasal olarak tutmakla yükümlü oldukları defter ve kayıtlara ek olarak, MTK tarafından kararlaştırılan diğer kayıtları tutmak, bilgi ve belgeleri usulüne göre düzenlemek ve bunları periyodik olarak veya MTK'nın istediği zamanlarda MTK'ya iletmek ve MTK tarafından belirlenen süre boyunca saklamak zorundadırlar. Burada sayılan hususlara uymayan veya takas yükümlülüklerini tam olarak yerine getirememesi sonucunu doğuracak sermaye piyasası aracı eksikleri tespit edilen üyeler hakkında MTK kendi yetkisindeki tedbirleri uygular.

2.4. Takas Esasları

2.4.1. Verilecek takas hizmetlerinin kapsamı: MTK'lar, borsalarda ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde ve borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri dışında işlem gören sermaye piyasası araçlarının teslimi, bedellerinin ödenmesi ve bu işlemlere ilişkin teminat yükümlülüklerinin ifasıyla ilgili işlemleri yürütürler. Borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören sermaye piyasası araçlarının teslimi, bedellerinin ödenmesi ve bu işlemlere ilişkin teminat yükümlülüklerinin MTK'lar nezdinde yerine getirilmesi esastır. SPK, MTK'ların takas hizmeti verebilecekleri borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerini belirler. Bu belirleme, borsaların ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri bünyesinde oluşturulmuş

piyasa, pazar ve platformlar ve/veya işlem görecek araçlar bazında olabilir. MTK'ların takas hizmeti verebilecekleri borsaların belirlenmesinde borsaların uygun görüşleri alınır. MTK'lar, TCMB tarafından oluşturulanlar hariç olmak üzere sermaye piyasaları dışında kurulmuş ve kurulacak diğer piyasalar ile yurtdışında faaliyet gösteren borsa ve teşkilatlanmış pazar yerlerinin ve tezgahüstü piyasaların da takas, ödeme ve teminat işlemlerini SPK'nın izniyle yerine getirebilir. Ayrıca SPK, borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri dışında gerçekleştirilen sermaye piyasası araçları ile ilgili işlemlerin takasının MTK nezdinde yerine getirilmesini zorunlu tutabilir. MTK'lar ilgili mevzuata göre yetkilendirilmek kaydıyla, Genel Yönetmelik'te belirtilen işlemleri, lisanslı depolar tarafından düzenlenen ürün senetleri konusunda da yürütebilir.

2.4.2. Hizmet verilecek borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri ile imzalanacak sözleşmeler: MTK ile hizmet verilecek borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri arasında her iki kurumun hak, yükümlülük ve yetkilerinin belirleneceği bir sözleşme yapılır. Bu durumda MTK, hizmet verdiği kurumun MTK'nın görev alanına giren iş ve işlemlerinin yürütülmesine ilişkin ilgili düzenlemelerde yer alan tüm yetki ve sorumlulukları devralır. Düzenlenecek sözleşme, tarafların sözleşmeyle birbirlerine karşı belirlenen mali yükümlülükleri dışında SPK onayına tabi olup, sözleşmede söz konusu Yönetmeliğe aykırı hususlara yer verilemez. SPK, bu sözleşmede değişiklikler yapılmasını isteyebilir. MTK ile borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri arasındaki anlaşmanın feshedilmesi için asgari bir ihbar süresi belirlenmelidir. Söz konusu sözleşmelerde yapılacak değişiklikler de SPK onayına tabidir. Borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri tarafından takas işlemlerini yürüten MTK; ilgili Borsanın veya teşkilatlanmış diğer pazar yerinin yönetim kurulu kararı ve SPK'nın onayıyla değiştirilebilir. MTK ile hizmet verdiği borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri arasında piyasanın güven ve istikrar içerisinde işleyişini engelleyecek unsurların ortaya çıkması ve bunun da MTK'ların yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirememesinden kaynaklandığının tespiti halinde, MTK'nın görevlerinin bu kurumlarca doğrudan yerine getirilmesine ve/veya başka bir MTK'nın görevlendirilmesine Kurulca karar verilebilir. Hizmet verilen borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerine ilişkin işlemler ve düzenlemeler; borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri lehine haklar ve/veya yükümlülükler oluşturduğunda, bunlar MTK lehine haklar ve/veya yükümlülükler olarak da kabul edilir.

2.4.3. Takas esasları, takas sistemi ve teminatlar: Takas sistemine ilişkin esaslar MTK Yönetmeliği ile düzenlenir. Söz konusu yönetmelikte takas prensipleri her bir araç, borsa ve teşkilatlanmış diğer pazar yeri

bazında veya piyasalar gibi ayrım ölçütleri çerçevesinde ayrı ayrı belirlenebilir. Gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin zamanında ve tam olarak yerine getirilmesi ile temerrüt hali, alınacak önlemler, uygulanacak yaptırımlar ve temerrüt halinin giderilmesine ilişkin usul ve esaslar MTK yönetmeliği ile düzenlenir. MTK; MTK yönetmeliğinde tanımlayacağı durumlar için mahsup işlemi yapılmadan takas yükümlülüklerinin yerine getirilmesini istemek, alım emirlerinde emrin gerçekleştirilmesi için gerekli nakdin, satım emirlerinde ise satışa konu sermaye piyasası aracının belirli bir kısmının veya tamamının emrin gerçekleştirilmesini beklemeden depo edilmesini istemek gibi önlemleri öngörebilir.

MTK yapılan işlemler sonucunda nezdinde oluşacak yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, üyelerden MTK yönetmeliğinde belirlenecek esaslar çerçevesinde teminat talep eder. MTK üyelerine işlem, hesap ve işlem görecek araçlar bazında değişik oranlarda teminat ve teminatlandırma yöntemleri uygulanmasına, teminat olarak kabul edilebilecek kıymetlere ve bunların temini, tahsili, tamamlanma süreleri, nemalandırılması ve kullanılmasına ilişkin esaslara MTK yönetmeliğinde yer verilir. MTK üyeleri, asgari olarak MTK düzenlemeleri ile belirlenecek oran veya tutarı karşılayacak kadar teminatı müşterilerinden talep etmek zorundadır. SPK, piyasa koşullarındaki gelişmeleri dikkate alarak, gerektiğinde teminat oranlarına ya da tutarlarına asgari bir sınır getirebilir.

2.4.4. MTK'ların merkezi karşı taraf olmadığı hallerde oluşturulan garanti fonu, teminatların ve garanti fonundaki varlıkların korunması: MTK, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumlarında kullanılmak üzere gecikmelerin önlenmesi amacıyla bir garanti fonu oluşturabilir. SPK, hizmet verilen borsa ve teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde açılan piyasalar ve sermaye piyasası araçları itibariyle garanti fonu oluşturulmasını zorunlu tutabilir. Üyelerin ve MTK'nın Garanti Fonu'na yapacakları katkılar, bu katkıların nemalandırılması, fonun yönetimi ve kullanımına ve fonla ilgili diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, MTK yönetmeliğiyle belirlenir.

Borsalar ve MTK'lar nezdinde Kurulca yapılan düzenlemeler uyarınca takas risklerinin önlenmesi amacıyla tutulan teminatlar ve oluşturulan garanti fonundaki varlıklar, amaçları dışında kullanılamaz, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, idari mercilerin tasfiye kararlarından etkilenmez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamaz.

2.5. Merkezi Karşı Taraf

2.5.1. Merkezi karşı taraf uygulaması, başvuru ve izin: SPK, merke-

zi takas kuruluşlarının, alıcıya karşı satıcı, satıcıya karşı da alıcı rolünü üstlenerek takasın tamamlanmasını taahhüt ettikleri merkezî karşı taraf uygulamasını, piyasalar veya sermaye piyasası araçları itibarıyla zorunlu tutabilir. Borsalar veya teşkilatlanmış diğer pazar yerleri de nezdlerinde işlem gören sermaye piyasası araçlarıyla ilgili merkezi karşı taraf uygulamasına geçmek üzere SPK'ya başvurabilirler. MTK'lar merkezi karşı taraf uygulamasını, yazının "giriş" bölümünde verilen SPKn'nun 77 ve 78'inci maddesinde belirlenen esaslar uyarınca hazırlayacakları ve Kurulca onaylanacak Yönetmelik çerçevesinde yürütürler. Yönetmelikte SPKn'nun 78'inci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirlenen esaslar düzenlenir.

Merkezi karşı taraf görevini üstlenmek için SPK'ya başvuran MTK'lara izin verilebilmesi için;

a) Hizmet verilecek sermaye piyasası araçlarında üstlenilecek mali riskler ile diğer risklere uyumlu olarak, Kurulca belirlenecek tutardan az olmayacak şekilde asgari özsermaye bulundurmaları,

b) Merkezi karşı taraf olunması nedeniyle ortaya çıkabilecek riskleri tanımlayabilecek, hesaplayabilecek ve raporlayabilecek etkin bir risk yönetim mekanizması ve birimi oluşturmaları ve idame ettirmeleri

gereklidir. SPK, yukarıdaki şartların yanında ilave koşullar öngörebilir. MTK'ların, MTK olma veya merkezi karşı taraf olarak yetkilendirilme koşullarından herhangi birini kaybetmesi halinde, durumun ortaya çıktığı gün itibariyle SPK'ya bildirimde bulunulur. Belirli bir piyasa veya sermaye piyasası aracında merkezi karşı taraf olma izni verilmiş olan bir MTK, başka bir piyasa veya sermaye piyasası aracı için merkezi karşı taraf olarak faaliyet göstermek isterse SPK'ya yeniden izin başvurusunda bulunmak zorundadır.

2.5.2. Merkezi karşı taraf uygulamasında merkezi takas kuruluşlarının mali sorumluluğu: Takas kuruluşlarının merkezi karşı taraf görevini üstlendiği takas işlemlerinde mali sorumluluğu, tesis edilecek limitler dâhilinde ve üyelerden alınacak teminatlar ile diğer garantiler çerçevesinde belirlenir. Yükümlülüklerin yerine getirilmesi merkezi takas kuruluşunun özsermayesinde bir azalmaya neden olmuşsa, durum gerekçeleriyle birlikte aynı gün içinde SPK'ya bildirilir. MTK mali durumunu eski düzeyine getirmek için sermaye artırımı dâhil gereken her türlü tedbiri ivedilikle alır. Gerekli özsermaye tutarı yeniden tesis edilene kadar, MTK, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre hazırlayacağı özsermaye değişim tablosunu haftalık olarak SPK'ya gönderir.

2.5.3. Teminat ve malvarlıklarının ayrı izlenmesi: Merkezi karşı taraf hizmeti verecek kuruluş tarafından alınan teminatlar ile hesap sahiplerinin malvarlıklarının bu kuruluşun malvarlığından ayrı izlenmesi esastır. Takasın yerine getirilmesine ilişkin işlemler hariç olmak üzere merkezi karşı taraf hizmeti veren kuruluş söz konusu teminat veya varlıkları tevdi amaçları dışında kullanamaz. Merkezi karşı taraf hizmeti verecek kuruluş bu maddeye uyumun sağlanmasını teminen gerekli önlemleri alır.

2.5.4. Merkezi karşı taraf faaliyeti çerçevesinde oluşturulan garanti fonuna ve risk yönetimine ilişkin diğer hususlar: Merkezi karşı taraf hizmeti verecek MTK'lar verilecek hizmete ilişkin olarak üyelerinden alacağı katkı payı ile bünyelerinde her bir piyasa için ayrı ayrı veya tüm piyasa için tek bir garanti fonu oluştururlar. Başlangıçta belirlenmiş olan risk yönetim sisteminin içinde yer alan herhangi bir süreçte ya da kullanılan risk hesaplama yöntemlerinde önemli bir değişiklik yapılması gerekliliğinin ortaya çıkması halinde ve her halükarda 6 ayda bir SPK'ya bildirimde bulunulması zorunludur. SPK'nın söz konusu yöntemlerde değişiklik talep etme hakkı saklıdır. Merkezi karşı taraf olarak faaliyette bulunacak MTK'lar nezdinde oluşturulan risk yönetim sistemlerinin, herhangi bir zamanda ve her bir üyenin toplam riskini de gösterebilecek nitelikte olması gereklidir.

2.6. Mali Hükümler

MTK'lar, bütçelerini ve personel kadrolarını yönetim kurulları aracılığıyla kendileri belirler. MTK'ların verdikleri temel hizmetler kapsamında olan ve bu hizmetlerin tek sunucusu olmaktan kaynaklanan statüsüne dayalı olarak bütün üyelerine uyguladıkları ücret ve komisyonlar ile bunların tahsil zaman ve şekilleri yönetim kurullarının önerisi ve SPK'nın onayıyla yürürlüğe girer. MTK'ların temel hizmetlerinden faydalanmak için zorunlu olmayan, bu hizmetlerle ilgili olarak talep eden katılımcılara sunulan diğer hizmetlerden alınan ücretler ise MTK'larca belirlenir ve SPK'nın bilgisine sunulur. MTK'lar tarafından verilen eğitim hizmetleri üyelere zorunlu tutulsa dahi bu kapsamda değerlendirilir. Verilen temel veya yan hizmetlerle ilgisi olmayan diğer faaliyetlerden alınan ücretler ise toplu bir şekilde ve ayrıntılı olarak her hesap dönemi sonu itibariyle SPK'nın bilgisine sunulur.

2.7. Diğer Hususlar

2.7.1. MTK'ların bilgi ve belge isteme ve inceleme yapma yetkisi: MTK'lar; iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli gördükleri hususlar-

da üyelerinden bilgi, belge istemek ve inceleme yapmak, kendi nezdinde gerçekleştirilen işlemlerin güvenliğini teminen üyelerinin mali durumunu ölçmek, izlemek ve bu faaliyetleri esnasında tespit edilen takas işlemlerine ilişkin mevzuata aykırılıklarla ilgili olarak kendi yetkisinde olanlar hakkında yaptırım uygulamakla görevli ve yetkilidirler. MTK'lar; kendi bünyelerinde takas ve buna bağlı işlemleri gerçekleştiren üyelerin iş ve işlemleri ile MTK kurallarına uyumunu düzenli ve etkin olarak izler, takas işlemlerinin kesintisiz sürmesi için gerekli önlemleri alır ve bu konulardaki usul ve esasları belirler. MTK'lar Kanunla ve diğer mevzuatla kendilerine verilen yetki ve görevlerle ilgili olarak düzenlemeler yapmaya ve bunları uygulamaya, görevli ve yetkilidir. MTK'lar yaptıkları incelemelerde kendi kurallarının ağır ihmali ve kasıtlı ihlal edilmesi halinde SPK'ya bildirimde bulunurlar.

2.7.2. MTK'ların mali ve bilgi sistemleri denetimi ile finansal raporlama: SPK, SPKn kapsamındaki faaliyetleri ile ilgili olarak MTK'ların düzenleme, gözetim ve denetim merciidir. SPK gerekli gördüğü durumlarda MTK'lar nezdinde, SPKn kapsamındaki faaliyetleri ile ilgili olarak inceleme ve denetim yapmaya yetkilidir. MTK'ların denetimle görevli personele uygun bir çalışma ortamı sağlamaları zorunludur. SPK, merkezi takas faaliyetlerine ilişkin olarak gerekli gördüğü hususların yerine getirilmesini, her türlü bilgi ve belgenin talebi üzerine veya düzenli olarak gönderilmesini MTK'lar ile üyelerinden istemeye yetkilidir. MTK'ların bilgi sistemleri denetimine ve bu denetimi yapacak kuruluşlara ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. MTK'ların bilgi sistemleri denetiminin nitelikleri Kurulca belirlenecek bağımsız denetim kuruluşlarına, yılda en az 1 kez veya daha kısa zaman dilimleri içerisinde yaptırılması zorunlu tutulabilir. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eşzamanlı olarak ilgili MTK'ya ve SPK'ya gönderilir. MTK'ların mali denetimi Kurulca ilan edilen listede yer alan bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eşzamanlı olarak ilgili MTK'ya ve SPK'ya gönderilir. Kendi özel mevzuatları kapsamında, bağımsız denetime tabi olan MTK'lar, SPK'nın bağımsız denetime ilişkin düzenlemelerine uygun olarak bu yükümlülüğü yerine getirmiş sayılırlar. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eşzamanlı olarak ilgili MTK'ya ve SPK'ya gönderilir. SPK gerek gördüğünde belirlediği hususlarla ilgili bağımsız denetim yapılmasını talep edebilir.

MTK'lar, finansal tablo ve raporlarını şekil ve içerik bakımından Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak, MTK faaliyetlerinin özellikleri gözetilerek zamanında, tam ve doğru bir şekilde hazırlamak ve ibraz etmek zorundadır. SPK MTK'ların finansal tablo ve raporlarının kamuya açıklanmasını zorunlu tutabilir.

SPK, MTK'ların mevzuata aykırı faaliyet ve işlemlerinde SPKn'nun 96'ncı maddesinde; mali durumunun bozulması halinde ise 97. maddesinde sayılan tedbirleri[8] uygulamaya yetkilidir.

8 6362 sayılı SPKn m.96: *"Kurul, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, Kurulca belirlenen standartlar, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi halinde; ilgililerden aykırılıkların Kurulca belirlenen bir sürede giderilmesini ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye ya da doğrudan bu kurumların faaliyetlerinin kapsamını sınırlandırmaya veya geçici olarak durdurmaya, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etmeye ya da öngöreceği diğer her türlü tedbiri almaya yetkilidir. Kurul, hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerde sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, haklarında suç duyurusunda bulunulması kararından itibaren yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya, hukuka aykırılıkta veya gerçekleştirilen işlemlerde sorumluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya yetkilidir. Banka yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yönünde işlem tesis edilmeden önce Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun görüşü alınır."*

6362 sayılı SPKn m.97: *"Kurul, sermaye piyasası kurumlarının sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve finansal araç teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği ya da bunlardan bağımsız olarak mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğu ya da mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde, 3 ayı geçmemek üzere verilecek uygun süre içinde mali yapılarının güçlendirilmesini istemeye ya da herhangi bir süre vermeksizin doğrudan bu kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya; tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırmaya; yatırımcıları tazmin kararı vermeye; sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya ve gerektiğinde yönetim kurulunun üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya; bu kurumların tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye veya gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya yetkilidir. Yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları, yetkinin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının alındığı tarihten itibaren tedrici tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ilan edilinceye; tedrici tasfiyeyi takiben veya doğrudan iflas talebinde bulunulması hâlinde, iflas talebinin mahkemece esastan karara bağlanmasına kadar, Kurul ve tedricî tasfiye çerçevesinde YTM tarafından yapılacak işlemler hariç, devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez. Bunlar hakkında yapılmış olan tüm hacizler ve uygulanmış tüm ihtiyati tedbirler düşer ve tüm icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. İflas kararı alınması halinde, YTM'nin yapmış olduğu ödemelerden doğan alacakları Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere, imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunur. Bu alacaklar masanın nakit durumuna göre 2004 sayılı Kanunun 232. maddesinde gösterilen sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir. Hakkında 5411 sayılı Kanun hükümleri uygulanan banka ve kuruluşlar ile haklarında 5411 sayılı Kanun hükümleri uygulanan gerçek ve tüzel kişiler yönünden YTM'nin alacakları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun alacaklarından sonra gelir. Birinci fıkra uyarınca faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları da geçici*

2.7.3. Gözetim sistemi ve işbirliği: MTK'lar, Genel Yönetmelik'te düzenlenen faaliyetleriyle ilgili olarak gerekli gördükleri hususlarda üyelerinden ve emir veren veya işlem yapan gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge istemeye ve inceleme yapmaya yetkilidirler. Bilgi ve belge istenen taraflar, MTK'ların görev alanına giren hususlarda özel mevzuatlarında yer alan gizlilik ve sır saklamaya ilişkin hükümlere dayanarak bilgi vermekten imtina edemezler. Piyasa bozucu eylemlerle SPKn'nunda düzenlenen diğer suçların önlenmesi, gözetimi veya denetimi ile SPKn'na dayanılarak yapılan düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması amacıyla, Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, MTK'lar, borsalar ve diğer ilişkili kurumlarla gerekli her türlü teknik destek alıp verme, yardım ve bilgi paylaşımında bulunmakla yükümlüdürler. MTK'lar kendilerine Kurulca verilecek görevleri yerine getirirler ve gerekli işbirliğini yaparlar. Bu kapsamda yapılan işlem ve eylemler SPKn ve diğer kanunlarda yer alan sır saklama yükümlülüğüne ve gizlilik kurallarına aykırılık oluşturmaz. MTK'lar, SPKn'nun 101'inci maddesi kapsamında yapılan gözetim ve denetim faaliyetleri çerçevesince SPK tarafından talep edilen gerekli tedbirleri ivedilikle almakla yükümlüdürler. MTK'lar, takas ve merkezi karşı taraf hizmetleriyle ilgili etkinliğin sağlanması ve risklerin izlenmesi amacıyla, Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, yurtiçinde ve yurtdışında yerleşik borsa ve sermaye piyasası kurumları ile diğer ilişkili kurumlar ve kuruluşlarla karşılıklılık ilkesi gereğince işbirliği ve bilgi paylaşımında bulunma yetkisine sahiptirler. MTK, üyelerinin takas ve buna bağlı işlemleriyle ilgili olarak kendi aralarında veya müşterileriyle doğan uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde ilgili borsalara destek verir.

2.7.4. İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş.'ye ilişkin geçiş hükümleri: SPKn'nun yürürlüğe girdiği tarihte, İstanbul Takas ve Saklama

durdurma kararı verildiği tarihten tekrar faaliyete geçme izni verildiği tarihe kadar, Kurul tarafından yapılacak işlemler hariç, devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, tedbir konulamaz, haczedilemez, bu kurumlar hakkında yapılmış olan tüm hacizler ve uygulanmış tüm ihtiyati tedbirler ve tüm icra ve iflas takipleri kendiliğinden durur. Bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Kurul tarafından faaliyetlerinin devamına karar verilen sermaye piyasası kurumları hakkında, faaliyetlerin durdurulması öncesinde mevcut olup, bu fıkranın birinci cümlesi kapsamında duran tüm işlemlere kaldıkları yerden devam olunur. Bu Kanun uyarınca faaliyetleri Kurulca veya kendi talepleri doğrultusunda geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının geçici kapalılık süresi 2 yılı geçemez. Sermaye piyasası mevzuatına aykırılığın giderilmesi veya sermaye piyasası faaliyetinin yürütülmesine yönelik tedbirler hariç olmak üzere, bankalar hakkında birinci fıkrada belirlenen tedbirlerin uygulanmasına Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca karar verilir. Söz konusu tedbirlerin, 5411 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca yönetim veya denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen bankalar hakkında uygulanmasına ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından karar verilir."

Bankası A.Ş. yürütmekte olduğu sermaye piyasası faaliyetleri ile ilgili iş ve işlemleri, herhangi bir izne ve yetkiye gerek olmaksızın MTK sıfatıyla yürütmeye devam eder. İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş.'nin mevcut yönetim kurulu üyeleri herhangi bir bilgi ve belge istenmeden görev süreleri sonuna kadar görevlerine devam ederler. İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş.'nin bağımsız denetimine ilişkin olarak Kanunun 138'inci maddesinin onbirinci fıkrası hükümleri saklıdır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eşzamanlı olarak Hazine Müsteşarlığı'na, ilgili MTK'ya ve SPK'ya gönderilir.

İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. tarafından Genel Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren 1 yıl içinde Genel Yönetmeliğe uyum sağlanır. Kurulca uygun görüldüğü takdirde bu süre uzatılabilir. Genel Yönetmelik uyarınca İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. tarafından yapılması gereken düzenlemeler Genel Yönetmeliğin yayımlanmasından itibaren 6 ay içinde yapılır.

3. SONUÇ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Merkezi Takas Kuruluşları" başlıklı 77. maddesinin birinci fıkrasında Merkezi Takas Kuruluşlarının (MTK) sermayesine, SPKn kapsamındaki faaliyetleri ile faaliyetlerinin geçici ve sürekli durdurulmasına, denetimine, gözetimine, finansal raporlama standartlarına, finansal tablolarının bağımsız denetimine ve diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliğine ilişkin usul ve esasların SPK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında MTK'lara üyelik, teminat, takas esasları, disiplin, sermaye, gelir ve diğer konulardaki düzenlemelerin Kurulca belirlenecek veya SPK'nın uygun görmesi halinde ilgili takas merkezi tarafından hazırlanan ve Kurulca onaylanan yönetmelik ile belirleneceği ifade edilmiştir.

6362 sayılı SPKn öncesinde ülkemizde takas işlemlerine ilişkin temel düzenlemeler ve uygulamada kullanılan süreçler daha çok borsalar ve İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. (Takasbank) tarafından yapılan genelge, uygulama esasları gibi düzenlemelerle belirlenmiştir. Takas sisteminin bilgi işlem teknolojisindeki gelişmelerden yoğun olarak etkilenmesi sonucu dinamik ve sürekli gelişen bir süreç olması sebebiyle bu yönde bir anlayış tercih edilmiştir. Öte yandan sistemin belirli bir olgunluğa erişmesi dolayısıyla, uygulamada şekillenen birçok hususun 6362 sayılı SPKn'da öngörüldüğü şekilde mevzuata geçirilmesi ve böylelikle uygulamalardaki belirliliğin sağlanması amaçlanmıştır.

30.05.2013 tarihli ve 28662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yü-

rürlüğe giren "Merkezi Takas Kuruluşlarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelik" ile merkezi takas kuruluşlarının ve takas işlemlerinin genel çerçevesinin düzenlenmesi amaçlanmış olup, söz konusu Yönetmelik'te SPKn'nun 77. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususlara ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan konuların uygulama ve operasyonla ilgili hususlar olmasından bahisle, bu konu hakkında ayrıntı hususların ilgili MTK yönetmeliği ile düzenlenmesi öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen SPKn hükümlerinin yanı sıra, SPKn'nun "Merkezi karşı taraf" başlıklı 78. maddesinde MTK'ların merkezi karşı taraf hizmeti de verebileceği ve bu hizmete ilişkin Kurul'a sair yetkilerin verildiği düzenlenmiş olup, Genel Yönetmeliğin "Merkezi Karşı Taraf" başlıklı bölümünde merkezi karşı taraf hizmetine ilişkin genel ilkeler belirlenmiştir. MTK'ların merkezi karşı taraf faaliyetlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin önümüzdeki dönemde çıkarılacak Merkezi Karşı Taraf Yönetmeliği'nde yapılması öngörülmüştür.

Genel Yönetmelik'te de SPKn'nda öngörüldüğü üzere Takasbank'ın yürütmekte olduğu sermaye piyasası faaliyetleriyle ilgili iş ve işlemleri, herhangi bir izne ve yetkiye gerek olmaksızın MTK sıfatıyla yürütmeye devam edeceği düzenlenmiş, Yönetmeliğin yayım tarihinden itibaren 1 yıl içinde Genel Yönetmeliğe uyum sağlanması öngörülmüştür. Dolayısıyla ilk aşamada sistem mevcut yapısıyla işlemeye devam edecektir.

TUTUKLAMADA KAÇMA ŞÜPHESİ

Av. Casim YILMAZ[1]

Yazımın başlangıcında şu hususu açıklamalıyım ki tutuklama, tutuksuz yargılanma ve tutuklanmaya itiraza ilişkin kararlar her ne kadar adli yargı tarafından veriliyor ise de, aslında bu tür kararlar idari nitelikte olan yargı kararlarıdır, bu nedenle dokunulmaz ve tartışılmaz kararlar olarak kabul edilmemelidir. Örneğin Yüksek Seçim Kurulu başkanı hakim olmasına rağmen bu kurulun verdiği kararlar tam yargı kararları değil, idari nitelikli yargı kararlarıdır. İdari nitelikli yargı kararlarının özelliği bu kararlara her zaman itiraz edilebildiği ve tartışılmalarının yasak olmadığıdır. Nitekim Mustafa Balbay kararında hüküm veren İstanbul 13. Özel Yetkili Mahkemesi sanığın hükümle birlikte tutukluluğun sürdürülmesine karar vermiştir**.** Bu karara hüküm tarihinden itibaren yasal bir haftalık süre içerisinde yapılan itirazın da görevli mahkemece reddine karar verilmişti. Ancak Balbay kararı hakkında Anayasa Mahkemesine gidilmiş ve Anayasa Mahkemesi mahkumiyet hükmünün kesinleşmesini beklemeden davanın kabulüne karar vermiş, bu karar sonrasında mahkumiyete ilişkin gerekçeli karar henüz yazılmadan ancak hüküm nedeni ile dosyadan el çeken İstanbul 13. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesine Sanığın tahliyesi için başvuru yapılır ve bu başvuru kabul edilerek sanığın tahliyesine karar verilir**.** Böylece yazının başlangıcındaki düşüncemiz doğrulanmış bulunmakla tutuklamaya yönelik karar ve itirazların idari nitelikte birer yargı kararları olduğu doğrulanmış bu tür kararlara her zaman itiraz edilebilir olduğu ve kabul edilmiş bulunmaktadır.

Gelelim asıl amacımıza:

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzun md 100/1 fıkrasında ve 2709 sayılı Anayasamızın 19/3. Maddesinde tutuklamaya ilişkin yer alan ortak hükümde tutuklama sebeplerinden biri olarak gösterilen şüpheli veya sanığın : "Kaçması, Saklanması, Veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı halinde tutuklama nedeni sayılabilir." denmekle kaçma ve kaçma şüphesini uyandırmaya ilişkin somut olguların bulunması başlı başına mutlak bir tutuklama nedeni olmadığı bu olguların yasada sayılan tutuklama nedenlerinden birinin varlığı ile birlikte ancak bir tutuklama nedeni sayılabilir olduğuna yer vermiştir**.** Her ne kadar

1 İstanbul Barosu avukatlarından

CMK'nın 100/2-a. Maddesinde kaçmanın başlı başına bir tutuklama nedeni olarak gösterilmesi sözkonusu isede, bu hususun yukarıda açıkladığımız anayasal hükmü ve AİHM kararları doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.

Kaçma, kişinin suçüstü olarak yakalanması sırasında veya fiil sonrasında yakalanmamak için kaçması veya bu yönde elinden geleni yapmasıdır. Kaçma şüphesi ise somut (elle tutulur) olguların bulunması şartına bağlıdır. Kaçma şüphesi konusunda elle tutulur somut nev'inden olgular yoksa kaçma şüphesi var gerekçesiyle tutuklama kararı verilemez.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde Şüpheli; Kötülük hazırlığında sanılan, kötülük sezinen olarak tarif edilmiştir. Cezai anlamda yasak sayılan bir eylem hazırlığında olan veya suç işlediğinden kuvvetle kuşkulanılan kişi olarak anlaşılmalıdır. Kaçma şüphesi ise Hukuk Sözlüğünde "Ceza yargılamasında tevkif nedenlerinden biri " olarak tanımlanmıştır. Demek ki yasak olan bir fiil veya eylem hazırlığında olduğundan kuvvetle şüphelenilen biri hakkında cezai yönden soruşturma veya kovuşturma varsa veya o kişi yargılanıyorsa hakim veya mahkemece tutuklanmasına karar verilebilir. Nitkim 1402 sayılı CKUK'un 104. Maddesi tutuklama için sanık hakkında suç işlediğine dair kuvvetli emarelerle birlikte aynı zamanda kaçma şüphesini uyandırmasını aramaktaydı.

Şüpheli Sanık

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü yasamızda kaçma veya kaçma şüphesinin varlığı ile birlikte yasada sayılan bir tutulama nedeninin bulunması halinde sanık veya şüphelinin tutuklanabileceğine hakim veya mahkemece karar verilebilir hükmünü taşımaktadır (Md101/1).CMK . 100/2-b madde bendi ise şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların mevcudiyeti halinde tutuklama sebebi var sayılır hükmüne yer vermiştir. Şu halde kaçma, saklanma ve kaçma şüphesini uyandıran elle tutulur olguların varlığı sanık için mutlak olmamakla birlikte bir tutuklama nedenidir. Prof. Seviğ, Prof. Kantar, Selami Akdağ'a göre tutulama için gerekli nedenler, son soruşturmanın açılmasını gerektiren nedenlerden daha kuvvetli somut bulgular olması gerektiğini belirtirler (5, 149-114) Prof. Erem ise kaçma veya kaçma şüphesi olgularının basit bir kuşkuya, bir sezinlemeye değil, delil düzeyinde bir kavram olarak kabul edilmelidir (6, Erem syf.442). Tekrarlamakta fayda var, tutuklama bir ceza veya ceza türü değildir, tutuklama delillerin karartılmasını, şüpheli veya sanığın sorgulanmaktan kaçmasını önlemek üzere zorunlu hallerde uygulanabilen bir usül uygulamasıdır. Tutuklamada amaç, şüpheli veya sanığın gerektiğinde zorunlu usulü işlemlerin tamamlanmasına kadar el altında bulundurmaktır. (7, Malkoç)

-Yüksektepe sf.484). Şüphelinin daha önce benzer suçtan hüküm giymesinin başlı başına makul kuşkuyu oluşturmayacağına AİHM, AİHS'in 5/1-c maddesi gereğince karar vermiştir (12244/86).

Tutuklama genellikle hangi evrede söz konusu olur diye sorduğumuzda bu evrenin genellikle soruşturma evresinin başlangıç safhası olduğunda herkes mutabıktır**.** Soruşturmanın ortalarında veya soruşturma sonucunda dahi şartlar varsa tutuklama kararı verilebilir. Ancak bu şekildeki bir tutuklamaya sanığın kaçması veya kaçma şüphesini uyandıran olgular tutuklamaya neden olarak gösterilemez, gösterilmemesi gerekir. Şu halde soruşturma başlangıcında şüpheli veya sanığın savunması alınmadan ve savunmadan kaçma ya da kaçma şüphesinin varlığına ilişkin bulguların mevcut olması ile birlikte yasada sayılan tutuklama nedenlerinden birinin varlığı halinde mutlak olmamak şartıyla mahkemece tutuklama kararı verilebilir. **Tutuklamada adli kontrol uygulamasının yetersiz kalması göz önünde tutulur. AİHS 5. Md. Göre sadece suç işleme şüphesi tutuklama için yeterli neden oluşturmaz, dayanak yapılan gerekçenin bu kararı haklı gösterdiğinin izahı gerekir.**

Tutuklama Koşulu

Sanığın savunması alınmış olsa dahi soruşturma dosyasında başkaca savunmaların alınması gerektiği veya başkaca beyanlara başvurulması gerekli ise bu noksanlığın giderilmesine lüzum görülme ihtimali karşısında, örneğin dosyanın tanıklarının dinlenmemiş olması veya bilirkişidenmütalaa alınmamış bulunması halinde dahi aynı şekilde yasaca tutuklamaya veya tutuklamanın devamına gidilebileceği sonucu çıkmaktadır.

Mefhumumuhalifinden hareket edersek şüpheli veya sanık sorguya çağrılır çağrılmaz, kendisini saklamaya gerek görmemişse, çağrıdan kaçmamışsa veya kaçma şüphesine ilişkin somut bulgular yaratmamışsa, soruşturmayla ilgili varsa başkaca sanık, müşteki, mağdur, şikâyetçi veya katılanın beyanları alınmışsa, tanık ve bilirkişi dinlenmiş, gerekli rapor ve mütalaalar alınmışsa, yazışmalara cevap gelmişse şüpheli veya sanığın o soruşturmada kaçması, saklanması veya kaçma şüphesi ile tutuklanmasına karar verilemez (kaldı ki tahliye için tüm bu şartların gerçekleşmesi de aranmamaktadır). Zira bu durumda Anayasamızın 19. Maddesi ile CMK md 100/2-a bendindeki tutuklama için aranan şartlar ortadan kalkmıştır.

Bilindiği üzere bu yazıda değinilen husus tutuklamaya neden olarak gösterilen sanık veya şüphelinin kaçması, gizlenmesi veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı ve geçerliliği hususudur. Sanık

veya şüphelinin yukarıda değinildiği üzere gizlenmesi, kaçması veya kaçma şüphesini uyandırması hususları soruşturmanın genellikle başlangıç evresinde aranan hususlardır. Zira soruşturma başlangıcında soruşturmayla ilgili noksanlıkların ve şüphelerin giderilmesi, soruşturmada tam ve noksansız bir kanaat edinilmesi arandığından sanığın Anayasa ve CMK da sayılan nedenlerle tutuklanabileceği öngörülmüştür, buna kimsenin zaten itirazı da yoktur. Soruşturma ilerledikçe ve gerekli savunmalar alınıp tanık ve bilirkişiler dinlenmişse, soruşturma hususunda kamu davasının açılması için belli bir kanaat oluşmuşsa artık sanığın tutukluluk halinin devamına neden kalmamış olur. AİHM'in Murray/ Birleşik Krallık davasındaki 14310/88 sayılı kararı ile Talu/ Türkiye hakkında verdiği 2118/10 sayılı karar gerekçesinde "kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Zira tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırmak, adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Buna göre suç istinadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir" açıklamasına yer vermekle yukarıdaki düşüncemizi doğrulamaktadır.

Takdir Yetkisinin Kullanımı

Yukarıda açıklanan noksanlıkların tamamlanması ile kamu davasının açılması safhasına gelinmiş veya yargılama mahkemesince hazırlıkta olduğu gibi sanığın savunması alınmış, müşteki ve katılanların beyanları alınmış, tanık ve bilirkişiler dinlenmiş gereken rapor ve mütalaalar alınmışsa sanığın tutuklama nedenide ortadan kalkmış demektir. Sadece sanığın tahliyesi sonrasında kaçma şüphesinden bahisle salıverilmeye karar verilmiyorsa bu durum CMK'nın 100/2-a madde bendi ile Anayasamızın 19. Madde hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi 2012/239 sayılı kararında"tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylar uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya anayasaya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet verilmektedir" şeklinde gerekçeye yer vermiştir.

Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 283/3.Md bendine göre suç işleyen bir kişinin yakalanmasına, tutuklanmasına veya hakkındaki hükmün infazından kurtulmasına yardım eden anne, baba, eş, kardeş gibi birinci derece akrabaları hakkında cezaya hükmedilemez hükmü bulunmaktadır.

Böylece belirtilen safhadan sonra "kaçma" sanığa bir doğal hak olarak tanınmıştır.

Tutuklama, anayasal güvence altına alınmış bulunan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve ihlalidir (AYM, AİHM kararları). Anayasamızın 19. Maddesi herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, bu özgürlüklerden mahrumiyetin çok sınırlı olduğu ve anayasanın saydığı nedenlerden birinin varlığıyla ancak bu yola gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece anayasamızın 19/3 maddesinde yer alan ve CMK 100. Maddesinde sayılan nedenlerin inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir (AYM 2012/1272 sayılı karar).

Makul Süre

Anayasamızın md 19/7. Fıkrası "tutuklanan kişilerin makul süre içerisinde yargılamayı ve soruşturma ve kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma, ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir" hükmüne yer vermiştir.Bu hükümle bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları güvence altına alınmıştır. Zaten anayasanın 38. Maddesi ile masumiyet karinesi kabul edilmekle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek öncelikle derece mahkemelerinin görevidir, serbest bırakılma hususuna ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerektiğine Anayasa Mahkemesi 2012/237 sayılı kararında yer vermiştir.

Yine anayasamızın 19. Maddesi ile tutuklamanın makul bir süre ile sınırlı olması gerektiği, 38. Maddesi ile "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılacağı (ve suçsuz sayılamayacağı)" hükmünü taşımaktadır.Tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar yeterli görülebilir ancak, bu makul süre aşıldığında, "uzatma" için gösterilen gerekçelerin yeterli görülse bile yargılama süresinin yeterli yürütülüp yürütülmediğine de bakılmalıdır ve makul süre buna göre takdir edilmektedir.

Bilindiği üzere 6352 Sayılı Yasa sanığa üst had gözetilmeksizin tutuksuz yargılanma hakkı tanımıştır. Aynı yasa ile tutuklama tedbir olmaktan çıkarılmış, tedbir olarak adli denetim sistemi tesis edilmiştir.Adli denetim sisteminde yurt dışına çıkamamak, hâkim tarafından belirlenen yer ve mercilere belirlenen sürelerde düzenli olarak başvurmak ve bu yer ve mercilerden uzaklaşmamak gerektiğinde mahkemece belirlenecek maddi güvencede bulunmak gibi sanığın kaçmasını, gizlenmesini veya kaçma

şüphesini engelleyici tedbirler içermektedir. Bu tedbirlerle yetinmeyerek sanığın Anayasa ve AİHS-AİHM kararlarına aykırı olarak tutuklamayla kişinin özgürlüğünü kısıtlama veya bu özgürlüğü ihlal etme yoluna kesinlikle gidilmemelidir(AYM 2012/239 sayılı kararı ile AİHS 5-6. Maddesi ve AİHM 14310/88 ve 2118/10 sayılı kararları).

Savunma hakkı kutsaldır ve birgün mutlaka herkese lazım olur.Savunma hakkının kutsallığından daha fazla saygı duyulması gereken yargı kararlarıdır.Bu nedenle herkesin yargı kararlarına saygı duyması gerekir. Bu noktadan hareketle mahkemelerinde üst dereceli yargı mercilerinin bağlayıcı kararlarına saygı duymaları ve o kararlara uymaları gerekmektedir.Zaten yargıya saygı bu şekilde oluşur. AİHS ve AİHM'nin ülkemiz açısından bağlayıcılığı bulunduğu gibi çatışma halinde AİHS ve AİHM kararlarına öncelik verilmektedir. AİHM ve AİHS kadar yargı açısından bağlayıcılığı bulunan Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Kaçma şüphesi gerekçe yapılarak uzun süreli tutuklama kararları verilmesinin anayasaya aykırı olduğu ve bu aykırılıkların AİHS ve AİHM kararlarına aykırı olduğu yine Anayasa Mahkememizce dile getirilmiş olması bizi bu yazıyı yazmaya zorlamıştır.

KAYNAKÇA

Balbay dosyası, AYM 2012/1272 sayılı karar

CMK md 100/1, CMK md 100/2-a

TDK sözlüğü

Hukuk Sözlüğü, Eren-Malkoç

AİHM 14310/88 sayılı ve 2118/10 Sayılı Karar

Parlar-Malkoç

Prof. Eren, Prof. Seviğ

AYM 2012/239 esas sayılı kararı, 5237 sk, md 1283-3

Anayasa md 19/7, 6352 sk değişik CMK 100. Maddesi

TUTUKLULUK
TUTUKEVLERİ - CEZAEVLERİ

Av. Selen KARAÇALI [1]

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 ve devamı maddelerine göre şüpheliler veya sanıklar hakkında verilen tutuklama kararları neticesinde, bu kişiler Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 111. maddesi uyarınca *"iç ve dış güvenlik görevlisi bulunan, firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fiziki engelleri olan, 34. maddede sayılan haller dışında oda ve koridor kapıları sürekli olarak kapalı tutulan ve yasal zorunluluklar ayrık, dışarıyla irtibat ve haberleşme olanağı bulunmayan normal güvenlik esasına dayalı tutukevlerinde veya maddi olanak bulunmadığı hallerde diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde tutulurlar. Eylem ve davranışları ile 9uncu madde kapsamına giren tutuklular, yüksek güvenlikli tutukevlerinde veya buna olanak bulunmadığı hallerde yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde barındırılırlar. Kadın, çocuk ve gençlik tutukevleri müstakil olarak kurulabilir. Tutuklular, tutukevlerinde veya maddi olanak bulunmadığı hallerde kapalı ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde, büyüler, kadınlar, gençler, çocuklar olmak üzere ve suç türleri de gözetilerek ayrı yerlerde barındırılırlar."*

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 111.maddesinde açıkça belirtildiği üzere tutukluların barındırılacakları yer öncelikle tutukevleridir. Ancak maddi olanak bulunmadığı hallerde diğer kapalı ceza infaz kurumlarında barındırılabilirler. Bu husus maddenin gerekçesinde de *"İlke olarak tutuklu, tutukevinde muhafaza edilecektir. Tutukevi bu maksatla tahsis edilmiş bir bina olacaktır. Ancak bu nev'i tutukevleri bulunmayan maddî olanaksızlık hâllerinde, tutuklama kararı, diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca, yani tutukluların barındırılmasına ayrılmış bölümlerinde infaz edilecektir"* denilerek vurgulanmıştır.

Buna rağmen, ne yazık ki ülkemizde bir türlü üstesinden gelinemeyen bir "maddi olanaksızlık hali (!)" mevcuttur; kanunda yer alan ve tutuklular için öncelikle mevcut olması gereken tutukevlerinin mevcut olmaması

1 İstanbul Barosu avukatlarından.

sebebiyle haklarında tutuklama kararı verilen şüpheli ve sanıklar, hükümlülere özgü ceza infaz kurumlarında barındırılmaktadır.

Kanunda böylesine temel bir ayrıma gidilmesinin esas sebebi; hakkında henüz kesinleşmiş bir hüküm bulunmayan ancak yine de çeşitli sebeplerle özgürlüğünden yoksun bırakılmışsa da masumiyet karinesi gereğince aklanma imkanı halen mevcut olan kişiler ile suçları sübuta erip, cezaları kesinleşen kişiler arasında hem hukuki statü hem de bu statüye bağlı olarak yararlanacakları ve ihtiyaç duyacakları imkânlar açısından gereklilik görülmesidir. Çünkü haklarında tutuklama kararı verilen kişiler aylarca, hatta senelerce, haklarındaki yargılama devam ederken bu kurumlarda hükümlülerden farklı imkânlara ihtiyaç duyacaklardır.

Türkiye'de ceza infaz kurumlarından ayrı olarak tutukevlerinin bulunmaması sebebiyle mevcut ceza infaz kurumlarında yaşanılan sorunların en büyüklerinden biri "aşırı yoğunluk" olarak ön plana çıkmaktadır. Bu konuda sivil toplum örgütlerinin ve resmi mercilerin yayınladığı verilere göre, ceza infaz kurumları genelindeki "aşırı yoğunluk" sorunu yalnızca Türkiye'de değil, Avrupa ve Amerika genelinde de en temel sorun haline gelmiştir.

Avrupa Konseyi İşkencenin Önlenmesi Komitesi Başkanı Mauro Palma, Mart 2011'de yaptığı açıklamada[2] cezaevlerindeki aşırı yoğunluğun en önemli sebebinin uzun tutukluluk süreleri olduğunu belirterek, tutuklu konumda bekletilen kişilere uygulanacak özel bir cezaevi rejiminin olmamasına da dikkat çekmiştir.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki hapishanelerin durumu üzerine Fair Trials International (FTI) isimli İngiliz sivil toplum örgütünün Avrupa Komisyonu için Ekim 2011'de hazırladığı rapora [3] göre; Hapishanelerde bulunan her 5 kişiden biri tutuklu sanıktır; Tutukluluk süresi ortalama 9 aya ulaşan Fransa hapishanelerinde bu oran 4'te 1'e çıkmaktadır; Avrupa Birliği genelindeki hapishanelerde bulunan toplam 643 bin kişiden 132.800'ü tutuklu sanık konumundadır; Avrupa Birliği ülkelerindeki hapishanelerin doluluk oranı ortalaması %108'e ulaşmıştır; Bulgaristan ise %156 oran ile Avrupa Birliği ülkeleri arasında ilk sırada gelmektedir; Bulgaristan'dan sonra %149 ile İtalya ve %138 ile İspanya gelmektedir; Yunanistan'da bulunan Korydallos hapishanesindeki doluluk oranı ise %300'e ulaşmıştır. Rapordaki bu verilerin ardından, Fair Trials International örgütü Avrupa Komisyonu'na tutukluluk süresi için genel bir standart getirilmesini ve en fazla bir yıl tutukluluk süresi sınırlaması konulmasını tavsiye etmiştir.

2 http://www.dha.com.tr/avrupada-cezaevleri-alarm-veriyor_148885.html

3 http://www.fairtrials.org/documents/DetentionWithoutTrialFullReport.pdf

Çünkü, Avrupa Birliği ülkelerinde tutukluluk süresi ile ilgili genel bir süre sınırı bulunmamakla birlikte, örnek vermek gerekirse; Fransa ve Almanya'da tutukluluk süresi en fazla 1 yıl, İspanya'da 2 yıl ve İngiltere'de ise 112 gün ile sınırlıdır.

Fair Trials Internation isimli sivil toplum örgütünün 2011 tarihli raporunda Avrupa Komisyonu'na tutukluluk süresi için en fazla 1 yıl sınırlaması getirilmesi tavsiye edilirken, 21.02.2014 tarihinde kabul edilen 6526 sayılı kanun ile Türkiye'de tutukluluk süresi 5 yıl ile sınırlandırılmıştır. 6526 sayılı kanunun kabul edilmesinden önce ise, mülga Terörle Mücadele Kanunu'nun 10.maddesi uyarınca, "Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda" tutukluluk süresi için üst sınır 10 yıl olarak uygulanmakta idi.

Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği'nin yayınladığı "Türkiye'nin Cezaevleri, Uluslararası Standartlar ve Avrupa Ülkelerindeki Durum"[4] başlıklı görüş yazısına göre; Türkiye'de bulunan 400'ü aşkın sayıdaki cezaevlerinin en büyük sorunu cezaevlerinin yoğunluğudur; Son yıllarda tutuklu ve hükümlü sayısında rekor artışlar yaşanmıştır; Cezaevlerindeki yatak sayısına göre tutuklu/hükümlü sayısı oranlandığında Türkiye'de %6'lık bir fazlalık olduğunu söylemek mümkün iken, Almanya hapishanelerinde kapasitenin %95,8'i kullanılmaktadır; Türkiye'deki cezaevlerinin yoğunluğu bakımından esas sorunu tutukluların sayısı teşkil etmektedir; Avrupa ülkelerinde tutuklu kişilerin hükümlülere oranı %10 ile %25 arasında değişirken, Türkiye'de bu oran %60'a ulaşmıştır ve Türkiye'de tutuklular hükümlülere göre daha kötü şartlarda tutulmaktadır.

Türkiye ve Avrupa genelinde durum böyle iken Amerika Birleşik Devletlerinde durum çok daha farklıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nde tutukevleri ve cezaevleri ayrı ayrı, birbirinden çok farklı koşullarda ve farklı amaçlara göre kullanılmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde bir kişinin yalnızca hapishanede veya tutukevinde bulunduğunun belirtilmesi o kişinin işlediği veya işlediği iddia olunan suçun türü ve yargılama aşamasında gelinen noktayı da işaret etmektedir.[5]

Amerika Birleşik Devletleri'nde yaklaşık 3600 tutukevi *(jail)* bulun-

---

4 http://www.cezaevindestk.org/gorus-ayrinti-18-turkiye%E2%80%99nin_cezaevleri_uluslararasi_standartlar_ve_avrupa_ulkeleri%E2%80%99ndeki_durum

Tomris Atabay, "Türkiye'nin Cezaevleri, Uluslararası Standartlar ve Avrupa Ülkelerindeki Durum"

5 Deanne Katz, Aralık 2012, http://blogs.findlaw.com/blotter/2012/12/whats-the-difference-between-jail-and-prison.html

maktadır.[6] 2000 senesindeki verilere göre de yaklaşık 1562 cezaevi mevcuttur.[7]

Tutukevlerinde, yargılaması hala devam eden veya 1 yıldan daha kısa süreli hapis cezasına mahkûm olmuş kişiler bulunmaktadır.[8] Hapishaneler *(prison)* ise, 1 yıldan daha fazla süreli hapis cezasına mahkûm olmuş kişiler içindir. Bu demektir ki, tutukevlerinde daha çok haklarındaki yargılamanın sonuçlanmasını bekleyen kişiler, hapishanelerde ise haklarındaki yargılama tamamlanmış, suçları sübuta ermiş ve hapis cezasına mahkûm olmuş kişiler bulunmaktadır.[9]

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tutukevleri ile cezaevleri arasındaki bir diğer ayırım ise bağlı bulundukları yönetim açısındandır; Genel olarak tutukevleri eyalete veya bulundukları şehre bağlı iken, hapishaneler ise federal hükümete bağlıdır. Dolayısıyla da, hapishaneler maddi kaynaklarını federal devletten aldığı için, maddi kaynaklarını eyalet komisyonlarından alan tutukevlerine göre, daha iyi bir gelire sahiptirler.[10] Ayrıca, hapishane binaları ve yerleşkeleri tutukevlerine göre daha fazla fiziksel olanaklar/tesisler ile donatılmıştır.[11]

Tutukevlerinin çoğu, hapishanelere göre daha küçük ölçeklidir, yalnızca birkaç tutukevinin hapishanelere oranla büyük olduğu söylenilebilir.[12]

Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Islah Enstitüsü Tutukevi Bölümü (National Institute of Corrections' Jail Division) Başkanı Michael O'Toole 1996 yılında yapmış olduğu bir açıklamada tutukevleri ile hapishanelerin popülasyonları arasındaki en mühim farkın "giriş oranları" olduğunu söylemiştir. Çünkü, hapishaneler giren mahkumları tutarken, tutukevleri tutukluları alıp kısa bir süre sonra serbest bırakmaktadır. Bir tutukevine giriş yapan tutukluların %85'i yaklaşık 4 - 5 gün içerisinde tahliye edil-

6 http://www.lawofficeofscottmiller.com/faqs/what-is-the-difference-between-a-jail-and-a-prison-.cfm

7 Harvard Law School, Prisons Seminar By Margo Schlanger, spring 2003, sayfa 42 https://www.law.umich.edu/facultyhome/margoschlanger/Documents/Resources/The_Difference_Between_Jails_and_Prisons%20.pdf

8 http://www.diffen.com/difference/Jail_vs_Prison

9 Daron Hall, Sheriff, Davidson County Nashville, Tenn., The American Correctional Association, https://www.aca.org/fileupload/177/prasannak/1_1_1_Commentary_web.pdf

10 Harvard Law School, Prisons Seminar By Margo Schlanger, spring 2003, sayfa 42 ve 47 https://www.law.umich.edu/facultyhome/margoschlanger/Documents/Resources/The_Difference_Between_Jails_and_Prisons%20.pdf

11 Deanne Katz, Aralık 2012, http://blogs.findlaw.com/blotter/2012/12/whats-the-difference-between-jail-and-prison.html

12 Harvard Law School, Prisons Seminar By Margo Schlanger, spring 2003, sayfa 42 https://www.law.umich.edu/facultyhome/margoschlanger/Documents/Resources/The_Difference_Between_Jails_and_Prisons%20.pdf

mektedir.[13]

Ancak bu hızlı giriş ve tahliyeler tutukevlerinde başka bir soruna kapı açmaktadır. Tutukevinde bulunan tutukluların hızlı değişimi sebebiyle tutukevleri hapishanelere göre daha karmaşık ve düzensiz hale gelmektedir. Bu iki farklı kurum genel özellikleriyle kıyaslanacak olursa; tutukevinde bulunan tutukluların daha gelişigüzel, tutukevi rutinlerinin daha az nizami, tutukevinde geçirilen zamanın daha meşgalesiz ve tutukluların da daha çok bunalım içinde olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, tutukluların daha savunmasız, hapsedilme durumu ile baş etmekte daha tecrübesiz ve intihara daha meyilli oldukları, dolayısıyla da gözlemcilerin bildirdiğine göre tutukevleri hapishanelere göre daha tehlikeli yerlerdir. [14]

Genel olarak, ciddi akıl ve ruh sağlığı bozukluğu oranlarının tutukevlerinde hapishanelere göre daha yüksek olduğu belirtilmektedir.[15]

Hapishaneler ile tutukevlerinin Amerika birleşik devletlerindeki bölgesel dağılımına bakıldığında da; hapishaneler yoğun olarak kırsal alanlarda bulunurken, tutukevleri daha çok şehir içindedir.[16] Şüphesiz ki, tutukevlerinin daha çok şehir içinde bulunması da haklarındaki yargılama hala devam eden kişilerin avukatlarına ve ailelerine daha rahat ulaşabilmesini sağlayacaktır.

---

13 Harvard Law School, Prisons Seminar By Margo Schlanger, spring 2003, sayfa 43 https://www.law.umich.edu/facultyhome/margoschlanger/Documents/Resources/The_Difference_Between_Jails_and_Prisons%20.pdf

14 Harvard Law School, Prisons Seminar By Margo Schlanger, spring 2003, sayfa 44 https://www.law.umich.edu/facultyhome/margoschlanger/Documents/Resources/The_Difference_Between_Jails_and_Prisons%20.pdf

15 Jeffrey L. Metzner, "Treatment in Jails and Prisons, in Treatment of Offenders with Mental Disorders", Wettstein 1998, sf.211,230

16 Harvard Law School, Prisons Seminar By Margo Schlanger, spring 2003, sayfa 49 https://www.law.umich.edu/facultyhome/margoschlanger/Documents/Resources/The_Difference_Between_Jails_and_Prisons%20.pdf

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN ADİL YARGILANMA HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

Uğur GÜNER[1]

ÖZET

İnsanlığın en temel haklarından ve ceza muhakemesi hukukunun en temel prensiplerinden olan adil yargılanma hakkına ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemeleri çerçevesinde, adil yargılanma hakkının alt başlıkları olan silahların eşitliği prensibi, bağımsız ve tarafsız hâkim ilkesi, meram anlatma ilkesi, savunma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı ve denetim muhakemesine başvurma hakkı incelenmiştir.

1) GİRİŞ

İnsanlığın en temel sorunu olarak, günümüzde de insan haklarının devletler eliyle ihlal edilmesi problemi çözülebilmiş değildir. Bu ihlallerin azımsanamayacak bir kısmı da insanların haksız suçlamalara maruz kalması, bu haksız suçlamalara karşı kendini savunamaması, savunsa dahi bu savunmanın yargılama makamlarınca nazara alınmaması ve bunun neticesinde de insanların özgürlüğünün ellerinden alınmasıyla vücut bulmaktadır.

Bahsettiğimiz insan hakları ihlalleri adil yargılanma hakkının alt başlıklarından sadece birkaçını oluşturmaktadır. Bilindiği üzere ceza muhakemesi hukukunun bütünü üzerinde etkili olan en temel ceza muhakemesi hukuku prensibi adil yargılanma hakkı olup bu hakkın ihlali kişinin özgürlüğünü doğrudan etkilemesi hasebiyle oldukça önem taşımaktadır.

Bu çalışmada adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi hukuku perspektifinden ele alınarak ve AİHM içtihatlarından bir takım örnekler sunularak açıklanmaya çalışılacaktır.

2) GENEL OLARAK

Adil yargılanma hakkı ceza muhakemesi hukukunun en temel prensip-

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

lerinden biridir. Bunun sebebi de alenilik, silahların eşitliği, masumiyet karinesi, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerini bir nevi çatısı altında toplamasıdır.

Adil yargılanma hakkı aşağıda ayrıntısıyla inceleneceği üzere AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde bağlamında temel olarak insanlara yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkı tanınmıştır.

Anayasanın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin,

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

hükmünde ve "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin de

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsîdir.

Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez."

hükmünde adil yargılanma hakkına ve onun bazı temel prensiplerine yer verilmiştir.

Adil yargılanma ilkesi, hukuka uygun ve sağlıklı bir ceza muhakemesini güvence altına alarak, her süjenin silahların eşitliği ilkesi gereğince mümkün olduğunca en adil ve hakkaniyete uygun yargılanma şansını güvenceye alır.[2]

Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzun amacı da budur. Bunu Ceza Muhakemesi Kanunu Adalet Komisyonu Raporundan anlamamız mümkündür.[3] Anılan raporda; uluslararası alanda gerçekleştirilen ve insan hak ve özgürlüklerine ilişkin bulunan çok taraflı sözleşmelerde adil yargılanma hakkı ve bunun gerekleri olan masumiyet karinesi, susma hakkı, silâhların eşitliği ilkeleri ve savunma hakları gibi hükümlerin yer aldığı ve bu hükümlerin de Türk hukukunda uygulanmasının zaruri olduğu belirtilmiştir. Ayrıca anılan raporda; ceza muhakemesi hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ana kanunun temel amacının "gerçeğe ulaşmak" olduğu; ancak bu hedefin, insan hak ve özgürlüklerini vurgula-

2 ROXIN-SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, 68.

3 TBMM Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan CMK Tasarısına İlişkin Raporun ilgili kısmı şöyledir:

"…İkinci Dünya Savaşının sona ermesini izleyen yıllarda bütün Avrupa ülkelerinde büyük ivme kazanması nedeniyle, demokratikleşmenin, ceza muhakemeleri usulünde geniş değişiklikleri getirmesi ise kaçınılmazdı. Uluslararası alanda gerçekleştirilen ve insan hak ve özgürlüklerine ilişkin bulunan çok taraflı sözleşmeler de demokratikleşmeyi teşvik ve tahrik etmektedir. Türkiye, Birleşmiş Milletler düzeyinde insan hak ve hürriyetlerine ilişkin sözleşmeleri ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeyi (kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini) kabul etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu sözleşmelerde, adil yargılanma hakkı ve bunun gerekleri olan suçsuzluk karinesi, susma hakkı, silâhların eşitliği ilkeleri ve savunma hakları gibi hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, bugün artık Türk iç hukukunun uyulması zorunlu kısımları hâline gelmişlerdir. Söz konusu sözleşme hükümleri, Yargıtay ve mahkemelerimiz tarafından doğrudan uygulanmakta, Anayasa Mahkemesince de destek norm olarak kullanılmaktadır.

Hâl böyle iken, Türkiye'nin hızla artan nüfusu, Dünyanın küreselleşmesi, milyonlarca Türk vatandaşının Avrupa ülkelerinde çalışmaları ve hatta yerleşmeleri, Ülkemizde işlenen suçları hem miktar ve hem de nitelik itibarıyla değiştirmiş, ceza adalet sistemi büyük bir baskı altına girmiş, davaların sonuçlandırılması makul süreleri aşmıştır. Davaların uzamasının önlenmesi için millî ve uluslararası çalışmalar yapılmaktadır.

Bu durum karşısında, ceza usul mevzuatında davalara hız kazandırmak düşüncesi, kamu hak ve özgürlüklerine göre daha fazla etkili olmuş ve yapılan kanun değişiklikleri bazen ilkelerden özveride bulunulmasını sonuçlamış, bu hâl Kanunun sistematiğini de bir ölçüde etkilemiştir. Ancak, 1992 yılında, çağdaş ceza usulünde temel ilkeyi oluşturan ve savunmayı sağlayan "silahların eşitliği" çerçevesinde Kanunda değişiklikler yapılarak savunma hakkı, hatta Batı ülkelerinden de ileri gidilerek, güçlendirilmiştir.

Ceza muhakemesi hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ana kanunun temel amacı "gerçeğe ulaşmaktır"; ancak bu hedef, insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmelidir…"

yan adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanarak adil yargılanma hakkının hedeflendiği belirtilmiştir.

Adil yargılanma ilkesi devlete, adliyede görev yapan soruşturma ve kovuşturma makamlarına görev yükler.[4] Adil yargılanma hakkının işlevselliğini koruması için şüphesiz ki devletin ve yargılamanın çeşitli aşamasında görev alan devletin ajanlarının, kendilerine bunu bir amaç edinerek, azami özeni göstermeleri gerekmektedir.

Her ne kadar AİHS'nin 6. maddesinde yalnızca kovuşturma evresinden bahsediliyor gibi görünse de ceza muhakemesi hukukunda yargılama hem soruşturma evresini hem de kovuşturma evresini kapsamaktadır. Bir suçlama hakkında yapılan yargılamanın soruşturma evresini de kapsadığı anılan maddedeki "*...kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında...*" ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır, zira suçlamanın karara bağlanabilmesi için öncelikle soruşturma makamlarına yöneltilmiş olan bir suçlama mevcut olmalıdır. Bu hususta Büyük Daire'nin 27.11.2006 tarihli Salduz v. Türkiye kararı bulunmaktadır.[5]

Adil yargılama prensibi yukarıda da belirttiğimiz üzere ceza muhakemesinin pek çok temel prensibi ile sıkı ilişki içerisindedir. Adil yargılanma prensibi sadece soruşturma veya araştırma evreleriyle sınırlı olmayıp, muhakemenin tümüne ilişkin ve insan onuruna uygun merkezi noktada adilliğin bulunduğu bir yargılamayı amaçlamaktadır.[6]

3) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİNİN İNCELENMESİ

Adil yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir:

"1. Her kişi, (özel hukuk uyuşmazlıklarında) medeni hak ve yükümlülüklerinin yahut (ceza hukuku alanında) kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hüküm aleni oturumda açıklanacaktır; ancak, bir demokratik toplumda ahlak, kamu düzeni yahut ulusal güvenlik için, çocukların ve gençlerin menfaatleri ya da tarafların özel yaşamlarının korunması bunu gerektirdiğinde, ya da aleniyetin adaletin tecellisine zarar verebileceği özel koşulların bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde,

4 ÜNVER-HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2012, sf. 19

5 DOĞRU, Osman, sf.16

6 ÜNVER-HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2012, sf. 21

basın ve halk/(dinleyiciler) duruşmanın tamamından ya da bir bölümünde çıkartılabilir.

2. Kendisine bir suç isnat/(itham) edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana del masum sayılacaktır.

3. Kendisine bir suç isnat/(itham) edilen her kişi, asgari olarak aşağıdaki, haklara sahiptir:

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, anlayabileceği bir dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilmiş olmak;

(b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara/(olanaklara) sahip olmak;

(c) savunmasını bizzat yahut kendi seçimiyle belirlediği bir avukattan/(hukuki yardımdan) yararlanmak suretiyle yapmak yahut avukattan/(hukuki yardımdan) yararlanmak için yeterli ödeme gücünden yoksun olması ve adaletin tecellisinin bunu gerektirmesi halinde, ücreti kendisi tarafından ödenmeyecek olan bir avukat/(hukuki yardım) temin etmek;

(d) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhinde tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarını ve sorgulanmalarına hak sahibi olmak;

(e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyor ise bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak." [7]

AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi, insanlara **yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkını** bahşetmekte olup, sözleşmeyle bağıtlanmış olan devletlere ise tüm bu hakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü yüklemektedir.

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinden kasıt, yürütme ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız olan ve de yasalarla düzenlenmiş bir yargılama usulü güvencesine sahip olan mahkemelerdir. Mahkemenin bağımsız olması ile tarafsızlığının birbiriyle çok sıkı sıkıya bağlı olduğunu söylemek gerekmektedir, zira bağımsız olmayan bir mahkemenin tarafsızlığından söz etmek mümkün değildir.

Tarafsız mahkeme olgusu, sübjektif olarak mahkeme hâkiminin yahut

7 İlgili maddenin çevirisi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih; İnsan Hakları Belgeleri Cilt-1 Avrupa Konseyi Birinci Bölüm, sf.7-8

mahkeme heyetini oluşturan üyelerin kişisel tarafsızlığını anlatmaktadır. Burada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22-31. maddeleri arasında düzenlenen hâkimin davaya bakamaması ve reddi hükümleri ceza muhakemesi hukukumuzda bu prensibin uygulanabilirliğini sağlamaktadır.

Tarafsız mahkeme olgusu objektif olarak ise yargı erkinin bir kurumu olarak davanın tarafları üzerinde bıraktığı izlenimi açıklamaktadır.

Davaların makul süre içerisinde sonuçlandırılması temel olarak davaların kabul edilebilir bir süre içerisinde sonuçlandırılmasını açıklamaktadır. Burada makul süre somut olayın özelliklerine göre tespit edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, makul süre incelemesinde:

- Davanın konusunun niteliği,
- Yargılama sırasında şikâyetçinin tutumu,
- Yargı yerlerinin tutumunu göz önünde bulundurmaktadır. Örnek kararlar için bakınız: (Muti v. İtalya, Vale v. Fransa, Yağcı ve diğerleri v. Türkiye, Mansur v. Türkiye, Dachar v. Fransa, Kulda v. Polonya) [8]

Yargılamanın aleni ve adil bir yargılama olabilmesi için yargılama açık ve hakkaniyete uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Bunun sağlanabilmesi için de silahların eşitliği ilkesine riayet edilmesi elzemdir.

AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde ise "*Hüküm aleni oturumda açıklanacaktır; ancak, bir demokratik toplumda ahlak, kamu düzeni yahut ulusal güvenlik için, çocukların ve gençlerin menfaatleri ya da tarafların özel yaşamlarının korunması bunu gerektirdiğinde, ya da aleniyetin adaletin tecellisine zarar verebileceği özel koşulların bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, basın ve halk/(dinleyiciler) duruşmanın tamamından ya da bir bölümünde çıkartılabilir*." denilerek **aleniyet prensibi** hüküm altına alınmış ve devamında yargılamanın aleni yapılmasına bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

AİHS'in 6. maddesinin 2. fıkrasında ceza muhakemesi hukukunun da temel prensiplerinden olan **masumiyet karinesi** düzenlenmiştir. Buna göre, asıl olan suçsuzluktur, suç işleme ise istisnadır. Suçlu olduğu iddia edilen kişiye suçsuzluğunu ispat etme yükümlülüğü yüklenemez.

8 DONAY-ALTUNKAŞ-OLGUN, Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri, Seçkin Yayıncılık, 2013, sf. 148

AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasında ise kendisi bir suç isnat edilen sanığın hakları sayılmıştır.

Buna göre 3. fıkranın (a) bendinde **suçlamadan haberdar edilme hakkı**, (b) bendinde **savunmaya yeterli imkânlar dâhilinde hazırlanma hakkı**, (c) bendinde avukat bulundurma ve adli yardımdan yararlanma yani genel olarak **hukuki yardım alma hakkı**, (d) bendinde **aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhinde tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarını ve sorgulanmalarına hak sahibi olma hakkı**, yani hak eşitliği prensibi, (e) bendinde ise **tercüman yardımından yararlanma hakkı** tanınmıştır.

3) ADİL YARGILANMA HAKKININ CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI:

AİHS'in 6. Maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkının ceza muhakemesi hukukuna yansıyan sonuçları şunlardır:[9]

1- Silahların Eşitliği

2- Bağımsız ve Tarafsız Hâkim

3- Meram Anlatma

4- Savunma Hakkı

5- Makul Sürede Yargılanma Hakkı

6- Denetim Muhakemesine Başvurma Hakkı

3) a) Silahların Eşitliği Prensibi

Silahların eşitliği prensibi, yargılama esnasında taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve usuli hakkaniyetin tüm yargılama boyunca korunması olarak tanımlanabilir.[10]

AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası, Anayasa'nın 36. maddesi ve MSHS'in 14. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "herkes kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda hakkaniyete uygun bir yargılama isteme hakkına" ve "iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkına" sahiptir.

Ceza muhakemesi hukukunun tarihi gelişimi içinde beliren itham ve tahkik sistemleri günümüzde yerini karma bir sisteme bırakmıştır. Tahkik sistemi karanlık ortaçağın bir mahsulü olup bu sistemde yazılılık ve

9 ÖZTÜRK/ERDEM, sf. 166 vd.

10 ATALAY, sf. 453

gizlilik esastır.[11] **Ceza muhakemesi hukukunda günümüzde tahkik sistemi uygulanmadığı için, birbirinden bağımsız makamlar olan hâkimlik ve savcılık makamları karşısında şüpheli ya da sanığın da kendisini savunmak açısından eşit olanakları olması gereklidir**.[12] Silahların eşitliği prensibi ile ilgili olarak AİHM'in Monnel ve Morris v. İngiltere kararı örnek teşkil etmektedir.

3) b) Bağımsız ve Tarafsız Hâkim

Bağımsız ve tarafsız hâkim tabiri ile kasıt, yürütme organı ve davadaki tarafların etkisi altında olmayan, başka kişi veya kurumdan emir almayan ve objektif davranan hâkim yahut mahkemedir.

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası mucibince herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemece davasının görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki tabii hâkim ilkesini de içeren mahkemelerin yasa ile kurulmuş olması durumu, mahkemelerin yetki ve görevlerinin belirlenmiş olması, yargılama usulünün bulunması, **duruma, kişi yahut olaya göre yargı mercii oluşturulması yolunun kapalı bulunması için önemlidir**. Bu hususta AİHM'in Engel et autres v. Hollanda, Zand v. Avusturya, Barthold v. Almanya, Bulut v. Avusturya kararları örnek teşkil etmektedir.[13]

3) c) Meram Anlatma İlkesi

Meram anlatma ilkesi en basit haliyle şüpheli ya da sanığın yargılamayı yapan makamlar önünde kendisini savunabilmesini yani derdini anlatabilmesini ifade eder. Bu ilke uyarınca herkes mahkeme önünde dinlenilmek zorundadır ve tabiatıyla herkes bu hakkını kullanmayı talep etme hakkını haizdir. AİHM'in Zana v. Türkiye ve Göç v. Türkiye kararlarında meram anlatma ilkesi AİHM tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: "*...her sanığın derdini anlatabilmesi, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilmemesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesine denir. Bu ilke çerçevesinde gerekmedikçe sanığın ifadesi istinabe yoluyla alınmamalı ve hukuka aykırı yakalama*

11 YARSUVAT, Duygun, Prof. Dr.;Makale: Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler: İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?, sf.1

12 VOLK, Klaus; Grundkurs StPO, sf. 89

13 DONAY-ALTUNKAŞ-OLGUN, Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri, Seçkin Yayıncılık, 2013, sf. 147

veya tutuklama dolayısıyla açılan davalar dosya üzerinden görülmemelidir."[14]

Meram anlatma ilkesi hukuk devleti ilkesinden türetilmiş olup, hukuk devleti ilkesinin bir alt başlığı olarak nitelendirilebilir. AİHS'in 6/1. maddesi tarafından güvence altına alınan bu ilke, bireyin insan onurunu da koruyarak süje olmaktan çıkarılıp obje haline getirilmesini önleme işlevi de görerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ifade eder.[15]

Bir suçlamaya maruz kalan şüpheli ya da sanık bir başka deyişle itham edilen bir kimse bu suçlama karşısında meramını anlatabilmelidir; zira ceza muhakemesinde şüpheli ya da sanık yargılamanın gidişatına etki edebilen ve hatta etmesi zaruri olan bir süjedir.

3) ç) Savunma Hakkı

Savunma hakkı açıklanan bütün bu prensiplerin bir bakıma bütününü kapsamaktadır. "Savunma, tarihsel işlevini yerine getirirken, adil yargılanma silahların eşitliği, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, masumiyet karinesi gibi temel hukuk ilkeleri bunun kaynağını oluşturuyor. Ama asıl önemli olan, savunmanın bağımsız ve hukuktan yana konumudur, çünkü savunma kuşatılamaz."[16]

Herkesin bir müdafi vasıtasıyla savunmasını yapma hakkı, adil yargılanma hakkının asli unsurunu oluşturmaktadır. AİHS ile bağıtlanmış bir devlet bu hakkın etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür.

Savunma hakkını güvence altına alan çeşitli hükümler bulunmaktadır. Anayasa'nın 36/1. maddesindeki "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*." hükmü, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/3-b maddesindeki "*Savunmasını hazırlayabilmek ve kendi seçtiği avukatla temas edebilmek için yeterli zaman ve kolaylıkların tanınması*" hükmü ile Ceza Muhakemesi Kanunu 298. maddesinde sayılan hukuka kesin aykırılık hallerinden biri olan h bendindeki "*Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.*" hükmü ve yukarıda belirtildiği üzere AİHS 6/1. maddesinde yer alan hüküm savunma hakkının önemini vurgulayan ve bu hakkı güvence altına alan hükümlerdir.

Örnek olsun, şüpheli ya da sanıktan baskıyla alınan ifadelerin, beyanların hüküm aşamasında değerlendirilmesi durumunda savunma hak-

14 ÜNVER-HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2012, sf. 23

15 ÜNVER-HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2012, sf. 24

16 BAYRAKTAR, Köksal, Prof. Dr., Makale: Savunma Kuşatılamaz, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2012/5-101, sf. 7

kının ihlali söz konusu olacaktır. Sanık susma hakkı konusunda bilgilendirilmemişse ve kendisi aleyhinde delil toplattırılmışsa o delil hukuka aykırı olacaktır. Yine savunma hakkı kapsamında kimse kendisi veya yakınları aleyhinde delil vermeye zorlanamaz. Nemo tenetur se ipsum accusare olarak adlandırılan bu temel hakkın ihlali de AİHS'ye aykırılık teşkil edecektir.

Sanığın susma hakkı bulunmasına karşın çapraz sorguya alınmasına dair CMK hükmünün AİHS'in 6. maddesine açıkça aykırı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Savunma hakkını ihlal eden hükümlerden biri de Terörle Mücadele Kanunu'nun "Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma usulü" başlıklı 10. maddesinin 3. fıkrasının e bendinde yer alan "Gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir..." hükmüdür.

Savunma hakkının ihlal edilmesi halinde ise yapılan yargılamanın tümden sakatlanacağı konusunda kuşku bulunmamaktadır, **zira savunma hakkı yargısal makamlarca bir kez ihlal edildikten sonra bu makamlara duyulan güven zedelenmekte ve yargılamanın adil yapılabileceğinden söz edilememektedir.**

Savunma hakkının sağlanması adil yargılanma hakkının sağladığı hakların yerine getirilmesi ile gerçekleşir. Bu bağlamda şüpheli ya da sanığın hakları yüzüne karşı anlayabileceği şekilde açıklanmalıdır ve bu hakların kullanılmasının önüne hiçbir surette geçilmemelidir.

3) d) Makul Sürede Yargılanma

Makul sürede yargılanma, davaların kabul edilebilir bir süre içerisinde sonuçlandırılmasını ifade etmektedir. Herkes makul sürede yargılanma hakkına sahiptir. Bilindiği üzere gecikmiş adalet, adalet değildir. AİHS ile bağıtlanan devletler kendi iç hukuk düzenlerinde yargılamanın makul bir süre içinde sonuçlandırılması için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler. AİHS'de yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması hükmü yargılama sırasında hakların sürüncemede bırakılmamasını amaçlamaktadır.

Ceza davalarında makul sürenin başlangıç tarihi suçlamanın vuku bulduğu yani kişinin suç işleme şüphesi altında olduğu tarihtir. Yani, **ceza davasından önce savcılık soruşturmasına başlanıldığı tarih** makul sürenin başlangıcı olarak alınmaktadır. Buna örnek olarak, Foti v. İtalya ve Eckle v. Almanya kararları verilebilir.[17]

17 DONAY-ALTUNKAŞ-OLGUN, Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri, Seçkin Yayıncılık, 2013, sf. 148

Ayrıca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141/1-d maddesinde yer alan; "*Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; "Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen" kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilirler*." hükmü ile makul sürede yargılanma hakkı ceza muhakemesi hukukunda güvence altına alınmıştır ve fakat uygulamada bu tazminat miktarlarının bir kişinin haksız yere gereğinden fazla süre özgürlüğünün elinden alınmasının yaratacağı zararı karşılayabilecek miktarda olmadığını belirtmekte fayda vardır.

3) e) Denetim Muhakemesine Başvurma Hakkı

Hakkında yargılama yapılan herkesin **denetim muhakemesine başvurma hakkı** bulunmaktadır. Bu hak AİHS 7 no.lu ek protokolünde ve CMK'nın 267. ile 323. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan itiraz, henüz uygulanmaya başlamamakla birlikte, istinaf ve temyiz olağan kanun yolları ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolları kısımlarında güvence altına alınmıştır.

4) SONUÇ:

Yukarıda da açıklandığı üzere adil yargılanma hakkının alt başlıklarını bağımsız ve tarafsız hâkim önüne çıkma, yargılamaya şahsen katılım, silahların eşitliği, susma hakkı, nemo tenatur hakkı, ispat hakkı, masumiyet karinesi, isnadın ve hakların öğrenilmesi hakkı, savunmaya hazırlık yapabilme hakkı, savunma hakkı, tanıkları sorgulama hakkı, makul sürede yargılamanın neticelenmesi hakkı ve yargılama sonucunda denetim muhakemesine başvurabilme hakkı oluşturmaktadır.

Yıllardan beridir süregelen bir hastalığımız olarak insanların özgürlüklerinin hiçe sayılması, haksız yere yıllarca tutuklu kalmaları, pek çok mahkûmun aslında düşüncelerinin mahkûm edilmeye çalışılması ve daha da vahim bir problem olarak -ayrıca AİHS uyarınca yaşam hakkı ihlaline varacak nitelikte olarak- bu tutuklu ya da hükümlülerin çok ağır ve ciddi sağlık problemleri yaşamalarına karşın serbest bırakılmamaları ve hatta serbest bırakılmadıkları gibi uygun koşullarda tedavilerinin dahi yapılmadığı bilinmektedir.

Siyasi iktidarlar değişmekte, mahkûmların görüş ve düşünceleri değişmekte; ancak, yapılan insan hakları ihlalleri aynı kalmaktadır. Tüm bu hallerin AİHS ve CMK' ye aykırı oldukları açıktır. Bu hak ihlallerin önüne geçilmesi için AİHM'nin vermiş ve vermekte olduğu onlarca

mahkûmiyet kararından gereken ders çıkarılmazken, tek dileğimiz yıllardır mahkûm edilmeye çalışılan fikirlerin yıllardan beridir esasında mahkûm edilemediğinin, aksine o fikirlerin daha da yüceldiğinin görülüp bu insan hakları ihlallerinden vazgeçilmesi ve uygar bir topluma yaraşır adil yargılamaların ülkemizde de yapılmasıdır.

KAYNAKÇA

- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu
- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
- ATALAY E., Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan,
- İzmir 1997
- BAYRAKTAR, Köksal, Prof. Dr., Makale: Savunma Kuşatılamaz, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2012/5-101
- DONAY-ALTUNKAŞ-OLGUN, Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri, Seçkin Yayıncılık, 2013
- DOĞRU, Osman; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt:1, İHAMİ, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim, 2002
- GEMALMAZ, Mehmet Semih; İnsan Hakları Belgeleri Cilt-1 Avrupa Konseyi Birinci Bölüm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Protokolleri Ve İlgili Diğer Belgeler, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003
- Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
- ÖZTÜRK/ERDEM; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2007
- ROXIN-SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, 27 Auflage, München, 2012
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
- ÜNVER-HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 2012
- VOLK, Klaus; Grundkurs StPO, 4. B., München, 2005; 5. B. München 2006
- YARSUVAT, Duygun, Prof. Dr. ; Makale: Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler: İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?

KİŞİLERE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR BAĞLAMINDA HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Av. Orkun ATABAY[1]

Giriş

Tıp insan hayatı ve vücut bütünlüğü ile ilgili bir faaliyet gösterdiğinden, hukuk bu alana her zaman ilgi göstermiştir ve gösterecektir. Özellikle günümüz koşulları açısından da tıp ve hukuk arasında oluşan bu bağ daha da iç içe girmiş ve daha fazla önem arz etmiştir.

Hekimler, icra ettikleri mesleğin gereği olarak, kişilerin temelde dokunulmaz olan vücut bütünlüğüne iyileştirme amacıyla müdahale ederler. Bu müdahaleleri gerçekleştirirken, söz konusu değerler açısından – ki bunlar "Yaşam ve Sağlık Hakları"dır – bir tehlike yaratmak, onlara bir zarar vermek değil, tam aksine bu menfaatleri korumak ve daha da iyileştirme amacıyla yaparlar. Normal şartlarda hekimin amacı hastayı iyileştirmektir ve belli koşullar doğrultusunda bu müdahaleleri yerine getirirse, hekimin sorumsuzluluğundan bahsedilebilir. Yasa koyucu, hekimin hasta üzerinde uyguladığı müdahalelerinin hukuka uygunluğu bağlamında, hakkın icrası, hastanın rızası ve yapılacak müdahalenin tıp biliminin verilerine, gerek ve standartlarına uygun olması şartlarını aramaktadır ve bu doğrultuda bir hukuka uygunluk koşulu çizmektedir. Tabii ki burada hekimin sorumsuzluğu bağlamında herhangi bir sınır bulunmamakta, bu konu ile ilgili elimizde somut olarak çizilmiş bir çerçeve yoktur, elimizde sadece koşullar ve şartlar vardır. Dolayısıyla hekim sınırsız bir sorumluluğa sahip değildir. Yapılan kasti veya taksirli bir hareket sonucu ortaya çıkacak sonuç, hekimin sorumluluğunun doğmasına neden olabilir. Sorumluluk medeni hukuk açısından hekimin tazminata mahkûm olması şeklinde belirirken, ceza hukuku açısından da işlemiş olduğu fiilin karşılığı olan cezaya mahkûm edilme şeklinde kaşımıza çıkmaktadır[2].

Hekimlik mesleğini Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulayan kişilerin – araştırmamın ilerleyen kısımlar "Hekimlik Mesleğini" daha detaylı anlatacağım – sorumlu olduğu dört esas kurum/sorumluluk mevcuttur.

---

1 İstanbul Barosu avukatlarından

2 Özlem Yenerer Çakmu, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,** İstanbul, Legal, 2003,s.241

- Mesleki sorumluluk: Hekimlik mesleğini yerine getiren kişiler mesleki açıdan Türk Tabipler Birliği'nin uyulmasını şart koştuğu yönetmelik ve tüzüklere uymak zorundadır. Eğer hekim bu kuralların dışına çıkarsa ilgili meslek odası hekimi onur kuruluna sevk eder.
- İdari sorumluluk*:* Kamuda çalışan hekim çalıştığı kurumun ortaya koyduğu kanun ve yönetmeliklere uymak zorundadır. Eğer kişi bu sorumluluklarının dışına çıkarsa kurum tarafından atanacak bir soruşturmacı (muhakkik) tarafından kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılır.
- Hukuki sorumluluk: Hekimlik mesleğini yerine getiren kişi eğer bu görevi sırasında bir zarar ortaya çıkarırsa bu durumda hukuki sorumluluk devreye girer. Ülkemizde hekimlik mesleğini yerine getiren kişilerin neden olacağı zararların tazmini için özel kanun maddeleri bulunmamaktadır. Böyle bir durumda hukuk mahkemesi tarafından "Borçlar Kanununun" ilgili maddeleri hekime uygulanır.
- Cezai sorumluluk: Bir birey olarak toplumda yaşayan hekimlerin mesleklerini uygularken meydana getirdikleri zarardan dolayı yalnızca hukuki sorumluluğu yoktur, aynı zamanda cezai sorumlulukları da bulunmaktadır[3].

Bu bilgilere göre hekimin temelde dört tip sorumluluğu bulunmaktadır. Fakat doktrinde bu sorumluluk tiplerini üç ana başlık altında toplayanlar bulunmaktadır. Özellikle Prof. Dr. Hakan Hakeri bir makalesinde üç tip sorumluluk belirlemiş ve bunları; tazminat, disiplin ve cezai sorumluluk olarak açıklamıştır[4]. Aslında sonuç olarak hepsinde hemen, hemen aynı mantık hâkimdir, dolayısıyla tartışmaya açık bir alan değildir. Ben ise araştırmam da ağırlıklı olarak hekimlerin cezai sorumluluğu üstünde duracağım.

Ceza Kanunu hekimlerle ilgili olarak birçok düzenleme yapmak suretiyle hekimin cezai sorumluluğu kavramını yeniden düzenlenmiştir. Hekimin cezai sorumluluğu bakımından uygulamada yaşanan sorunla-

---

3 Daha fazla bilgi için bkz. Cemal Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları,. Ankara,Seçkin Yayıncılık, 2003 s. 40-8., Çetin Aşçıoğlu, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları, Ankara, Olgaç Matbaası, 1982; s. 37-8, 128-65 ve Ali Rıza Tümer," Hekimlerin Cezai Sorumlulukları ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunun Hekimlere Getirdiği Yenilikler," Hacettepe Tıp Dergisi, C.36, 2005, s. 3 – 8

4 İlgili makale için bkz. Hakan Hakeri, "Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorumluluğun Üç Boyutu", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-hukuksal-sorumlulugunun-uc-boyutu-ky-51008.html, 29.01.2007

rın irdelenmesi, çözümler önerilmesi ile Anayasa'mızda yer alan *"yaşam hakkı", "sağlık hakkı"* kavramlarının öneminin vurgulanması gibi konulara değinmeye çalıştım.

I. Hekimin Statüsü

Hekimlik mesleği dünyanın en eski mesleklerinden biridir. Mesleğin tarihsel gelişiminde başlangıçta hekim-hasta arasındaki ilişki babacıl (paternalist) iken hızla değişen ve gelişen tıp bilimi günümüzde, bu ilişkide hekimi savunmaya dayalı tıbba yöneltir hale gelmiştir[5].

Türkiye açısından Türk Ceza Kanunu ile bu süreç devreye girmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hekimin, amacı hastaya zarar vermek veya tehlikeye atmak değil tam aksine hastayı iyileştirmek ve sağlığına kavuşturmaktır ve bu amaca ulaşmak için de tıp bilimine ve etiğine uygun hareket etmelidir. Bu doğrultuda hekim tıbbi teşhis, tedavi ve müdahalelerde bulunur. Temelde dokunulmaz olarak kabul ettiğimiz insan vücudu hekimin uygulama alanını teşkil etmektedir. Bu nedenle de hekimlik mesleği diğer mesleklerden farklı ve ağır risk taşıyan bir meslektir. Zira hekimin en ufak bir dikkatsizlik ya da tedbirsizliği, insan (hasta) hayatını, sağlığını bir başka deyişle *"Yaşam Hakkı"nı, "Sağlık Hakkı"nı* tehlike altına sokabilmektedir[6]. Bu doğrultuda karşımıza hekimin yapmış olduğu müdahalelerin hangi koşullarda hukuka uygun olacağı sonucu çıkmaktadır. Bu koşullara kısaca değinirsek;

- Karşımıza çıkan ilk şart; hastaya müdahalede bulunacak kimsenin kanunen yetkili olmasıdır. Doğal olarak karşımıza çıkan ilk meslek grubu hekimlerdir. Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi ve bunun koşulları, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun'un 1– 3'üncü maddelerinde düzenlenmiştir[7]. Yasa'nın 1. Maddesinde; "*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfununu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.*[8]" diye belirtilmiştir. Ve burada üç kıstas bizim için önem arz etmektedir. Bunlar; diploma sahibi olmak, Türk vatandaşı olmak ve mesleğin yerine getirilmesine engel bulunmaması koşullarıdır[9].

  Yeni Türk Ceza Kanunu madde 26 ile birlikte önem kazanan ve somut-

5 Av. Sunay Akyıldız, "Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar," **Tıp Ceza Hukukun Güncel Sorunları,** İstanbul, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, 2008, s.975

6 Akyıldız, **a.g.e.,** s.975

7 Ragıp Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu,** İstanbul, Seçkin, 2003, s.93

8 Kanun metni için bkz. http://www.hukuki.net/kanun/1219.13.text.asp

9 Daha fazla bilgi için bkz. Erman, **a.g.e,** s. 93 – 95 ,Yenerer Çakmuk, **a.g.e.,** s. 26 – 35

laşan hakkın yerine getirilmesi kavramı ile birlikte; *"hakkını kullanan kimseye ceza verilemez"* şeklindeki düzenleme burada konuyu daha da önemli kılmaktadır. Buna ileride değineceğiz.

Doktrinde bu madde ile hekimin, hukuk karşısında konumunun güçlendiğini belirlenmektedirler[10]. Tabi ki unutulmamalıdır ki; burada hukuka uygunluk durumundan bahsedebilmek için elbette hekimin, tıbbi müdahaleyi iyileştirme amacıyla yapması ve müdahalenin tıp biliminin veri, gerek ve standartlarına özellikle etiğine ve kurallarına uygun olarak bir müdahalede bulunması, hareket etmesi gerekmektedir.

- Bir diğer şart ve belki de en önemlisi ise hekimin yapacağı müdahaleye hastanın rıza göstermesidir, bu temel koşuldur. "Rıza" konusu hem uygulamada hem de hekimin sorumluluğu açısından çok detaylı ve kapsamlı bir konu olduğu için sadece ana hatları ile değineceğim. Rıza kıstası hekimin sorumluluğu açısından büyük önem arz etmektedir. Bir tıbbi müdahalenin, önceden hasta ile hekim arasında kurulan ve karşılıkla bilinçli ve etkileşimli bir güven ilişkisine dayanması gerekir. Rıza da bu doğrultuda ortaya çıkmalıdır. İşte hekimin burada müdahaleden önce yapmış olduğu tanı, teşhis ve bu doğrultuda ortaya sürdüğü tedavi yöntemi bakımından hastanın yeterince bilgilendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda hastanın rızası alınır. İşte bu aydınlatmaya öğretide "Aydınlatılmış onam" denir ve rıza kısmının olmazsa olmazı ve temel bir hasta hakkıdır[11]. Tabii ki bazı acil hallerde ise hasta aydınlatılacak veya rızasını ifade edecek durumda olmayabilir. Bu gibi durumlarda, hekimin, hastaya tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir. Burada da "varsayılan rıza" kıstası devreye girer[12]. Rıza konusu belirttiğimiz gibi çok derin ve alanları geniş bir kısım olduğu için incelememi burada bitiriyorum.

Tıbbi müdahalenin bir diğer hukuka uygunluk şartı da, yapılacak müdahalenin tıp biliminin verilerine, gerek ve standartlarına uygun olmasıdır. Tıp biliminin o günkü standartlarına uygun olmayan her tür müdahale, teşhis ve tedavi amacıyla yapılmış ve hastanın açık rızasıyla gerçekleşmiş olsa da hukuka aykırıdır. Ve bu doğrultuda da yapılacak olan müdahalenin kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması gerekir. Yani hekim sağlık kazandırma, tedavi amacıyla hareket etmek zorunda ve bu amaç doğrultusunda hastanın acılarını dindirmek, vücut bütünlüğünü korumak ve bunun gibi kıstaslar doğrultusunda hareket etmelidir[13].

---

10 Aynı yönde görüş sahipleri için bkz. Akyıldız, **a.g.e.,** s. 976

11 "Hastanın Rızası" bağlamında daha detaylı bilgi için bkz. Erman, **a.g.e,** s. 79 – 170

12 Detaylı bilgi için bkz. Erman, **a.g.e.,** s. 139 – 152

13 Detaylı bilgi için bkz. Yenerer Çakmuk, **a.g.e.,** s.35 – 40

I.Tarihsel Süreç

Tıbbi faaliyetler tarihin her döneminde hukukun konularında biri olmuştur. Özellikle bu konuyu incelediğimizde çok eski dönemlerde bile hekimin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı gözükmektedir[14]. Özellikle Hammurabi Kanunlarında yer alan hükümlerde meydana gelen zarar ve bu zararın giderilmesi esas alınmış ve hekimin kusurlu olup olmadığı durumu üzerinde durulmuştur[15]. Örneğin; Hammurabi Kanunlarında, hekimin hatalı hareketine bağlı olarak insan ölür ya da gözü kör olursa, hekimin elleri kesilirdi. Aslında burada tarihsel gelişim içinde hekimin sorumluluğuna ilişkin kurallara Mısır ve Hindistan'da da rastlanmak ve bunların öncü olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de Mısır'da da hekimin kusuru doğrultusunda, hasta olan kişi öldüğünde veya yaralandığında veyahut sakat kaldığında gene hekim burada cezalandırılmaktaydı. Ancak en önemli atılım Roma Hukuku zamanında yapılmıştır ve çıkartılan 12 Levha Kanunun hekimlerin ihmal ve acemiliklerinden dolayı sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır[16].

Tarihsel süreç içinde yaşanan gelişmeler, toplumsal yaşamdaki değişimler tabi ki hukuki düzenlemelere de yansımış ve bu durum hekimin sorumluluğu belirlemede de kendini göstermiştir. Özellikle yaşam ve sağlık hakkı kıstaslarının gelmesi ve bunların uluslararası belgelerde yer bulması hekimin sorumluluk durumunu etkilemiş ve çeşitli düzenlemeleri zorunlu kılmıştır.

Türkiye'de de önceleri usta – çırak ilişkisi içinde yürütülen hekimlik, 19. Yüzyıl'dan sonra konuya ilişkin okulların açılması ve insanların yetiştirilmesiyle bilimsel bir kimliğe bürünmüştür[17]. Ve konu bu doğrultuda hukuki bir zemine oturtulmuştur. Aslında Türkiye açısından halen birçok eksiği ve tamamlanması ve doldurulması gereken birçok boşluğu olan bir konudur.

II. Tıbbi Müdahalenin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Hekimin cezai sorumluluğuna geçmeden önce tıp ve ceza hukukunda tartışılan temel sorunlardan birini cevaplarsak yerinde olur; bu sorun; hekimin tıbbi müdahalesinin cezasızlığının hukuksal dayanağı nedir? Aslında bu konuya yukarıda "Hekimin Statüsü" başlığı altında değindik. Burada ise işin biraz daha tartışma boyutuna değineceğim.

14 Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,** İstanbul, Sermet Mat., 1972, s s. 41

15 Bayraktar, **a.g.e.,** s.42 – 43

16 Bayraktar, **a.g.e,** s.45 – 47

17 Yenerer Çakmuk, **a.g.e,** s. 242

Esasen hekimin, tıbbi müdahalesinin yaralama veya öldürme suçunu oluşturduğu düşünülebilir[18]. Türk Hukuku'nda hekimin tıbbi müdahalesinin ki, bu bir ameliyat olabileceği gibi, ilaç tedavisi, ışın tedavisi, psikoterapi vs. de olabilir fakat yaralama olduğu konusunda görüş birliği vardır[19]. Karşılaştırılmalı hukukta da Fransız, İngiliz, İtalyan, Norveç ve Slovenya Hukuku'nda hekimin tıbbi müdahalesini kural olarak yaralama olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Amerika Birleşik Devletleri'nde New York Temyiz mahkemesinin 1914 yılında vermiş olduğu bir kararda da aynı hususa işaret edilmiştir: "*Temyiz kudretine sahip ve aklı yerinde her insan, kendi vücuduna nasıl davranılacağını belirleme hakkına sahiptir ve hastasının rızası olmadan bir operasyonda bulunan cerrah, zararından sorumlu olacağı bir müessir fiil işlemektedir*"[20]. Burada tıbbi müdahale olgusunu müessir bir fiil olarak açıklayan görüşler ön plan çıkmaktadır.

Temel bağlamda tıbbi müdahalelerin tipik bir yaralama ve öldürme eylemi niteliği taşıdığı kabul görmektedir[21]. Fakat bu durumda hekimin ceza almaması için bir hukuka uygunluk nedeni gerekmektedir. Burada yukarıda anlattığımız gibi mağdurun rızasının hekimin yapmış olduğu müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği düşünülse de, daha geniş bir perspektiften bakarsak, burada bazı görüş sahipleri de tıbbi müdahalede suçun unsurlarının oluşmadığını da iddia edenlere rastlanmaktadır. Tipikliğin veya maddi unsurun gerçekleşmediği, fiili çeşitli nedenlerle hukuka uygun olduğu, manevi unsurun gerçekleşmediği gibi görüşler bu kapsamda ileri sürülmektedir[22]. Bunlara kısaca değinirsek;

A. Tipikliğin Bulunmaması

Bu görüşe göre, hekimin tıbbi müdahalesi kasten yaralama veya öldürme suç tiplerine uymamaktadır[23]. Bunun nedeni bu suçlardan bahsedebilmek için kişiye zarar verecek nitelikte bir hareket yapılması gerekir. Oysaki hekimler yapmış oldukları müdahalelerde daha önce de belirttiğimiz gibi; kişileri iyileştirmek amacıyla ve tıp bilimin gereklerine uygun hareket ederler. Dolayısıyla burada suç tipikliği bakımında bunun oluştuğunu savunmak mümkün değildir. Bu doğrultuda düşünürsek; iyileştirmek ve ameliyat etmek, bir yaralama eylemi olmayacaktır. Ayrıca bu görüşü savunanlar bazıları itiraz olgusuna dikkat çekmektedir. Ve

18 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku,** Ankara, Seçkin,2007, s.275
19 Hakeri, **a.g.e.,** s.275
20 Karar için Erman, **a.g.e.,** s.62
21 Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri, **a.g.e.,** s.276
22 Bayraktar, **a.g.e.,** s.65 vd.
23 Hakeri, **a.g.e.,** s. 277

bu görüşü savunanlara göre, eğer müdahaleden sonra itiraz yok ise bu davranış, yaralama veya öldürme olarak kabul edilmez. Hatta daha da detaylandırıp, müdahale başarılı olmuşsa müdahale hukuka uygundur diyenler de vardır.

Burada karşımıza bu konu anlamında birçok görüş çıkmaktadır. Fakat hekimin cezalandırılmasını tipikliğin yokluğu ile açıklayan bu görüşler Türk Öğreti ve Uygulaması ile Alman Uygulaması'nda ağırlık kazanan bir görüş olmamıştır[24]. Zaten öğretide de bu görüş çok da kabul görmemektedir. Bunun asıl nedeni hekimin yapmış bulunduğu tıbbi müdahalenin zarar verici nitelikte olmadığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla burada, tıbbi müdahalenin sonucuna göre bir sorumluluk belirlemek çok da yerinde ve adil bir sonuç doğurmayacaktır. Burada konuya bu açıdan da bakmak gerekmektedir.

B. Maddi Unsurun Gerçekleşmemesi

Buna göre de her ne kadar hekimin başlangıçtaki hareketi bir zarar meydana getiriyorsa da, bilahare hastanın iyileşmesiyle beraber, bir zarardan bahsetme imkânı kalmaz ve bu da maddi unsurun bulunmadığı gösterir[25]. Bu görüş de eleştirilmektedir. Burada tıbbi müdahalenin başarılı olması olgusu üzerinde durulmaktadır bu çok yerinde değildir. Çünkü başarısız müdahalelerde tıbbi müdahaleler gerçekleşebilir, dolayısıyla bu da yerinde değildir.

C. Manevi Unsurun Gerçekleşmemesi

Burada ise suçun gerçekleşmeme nedenini, kasta dayandırmaktadırlar. Yani burada hekim zarar verme kastı ile bir davranışta bulunmadığı için, yapmış olduğu tıbbi müdahale suç niteliği taşımaz denmektedir. Burada hekimin hareketi kasten yapması yetmez ayrıca neticeyi de istemesi ve bunu zarar verme iradesi ile yapması gerekir. Hekimin de böyle bir şey isteyeceği düşünülemeyeceği için, yapmış olduğu müdahalenin suç teşkil etmeyeceğin iddia edilmektedir. Yani burada hekimin daima şifa verme amacı ile davrandığı noktasından hareketle bunu manevi unsurun yokluğunu bağlamaktadırlar[26] Bu görüş eleştiri aldığı nokta ise kast ile saiki karıştırdığı yönündedir.

D. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygun Olması

Bu görüşü savunanlar ise; tıbbi müdahalelerde tipik ve kusurlu bir

24 Hakeri, **a.g.e.,** s.278

25 Hakeri, **a.g.e.,** s. 279

26 Doç. Dr. Ümit Kocasakal, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu," **Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 3, SAYI: 2, 2006, s. 152

eylemin bulunduğunu kabul ederler. Ancak, tıbbi müdahalenin cezalandırılmamasının nedenini, eylemin hukuka uygun olmasında ararlar[27]. Kanımca da bu görüş yerinde uygulamada daha net ve yerinde sonuçlara yer vermektedir. Bu görüşe göre çeşitli hukuka uygunluk nedenleri vardır. Bunlara da kısaca bakarsak;

1. Hakkın Kullanılması

Burada hekimin, bu faaliyetlerini kendisine tanınan bir hakkın icrası kapsamında yapıyor olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de hekim, tıp konusunda eğitim görmüş bir kişi olarak kendisine devletin, yasaların tanıdığı bir hakkı kullanan kişi konumunda olmakla bir hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmektedir[28]. Burada TCK'nın 26. maddesi de büyük önem taşımaktadır. Çünkü burada açıkça hakkını kullanan kişi kişiye ceza verilemeyeceği belirtilmektedir. Yargıtay da bu görüşü benimsediğini göstermektedir; " *Şayet tıp ilimi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuk aykırı sayılamaz*". Ancak Yüksek mahkememiz, mağdurun rızasına önem verilmesi ile öğretinin artık rıza teorisine döndüğünü gözlemlediğini de belirtmektedir[29]. Aslında burada TCK ile gelen "hakkın icrası" hususu sadece hekimlere özel olarak getirilen bir düzenleme değildir. Bu genel hukuka uygunluk sebebidir fakat hekimlerin faaliyeti bu kapsama girmekle artık tedavi ile ilgili fiilleri daha sağlam ve açık bir hukuka uygunluk sebebine oturmaktadır[30]. Bu görüşü eleştiri aldığı yön ise, burada mağdurun rızasının hiçbir önem taşımadığı gerçeğidir. Hakeri'ye göre de burada hastanın onayına hiçbir değer tanınmamakta veya gerektiği gibi değer tanınmamakta, hekimin hakkını icra ettiği, mesleğini yerine getirdiği, kanunların kendisine verdiği yetkiyi kullandığı, hastanın iyiliğini düşündüğünü ileri sürülmekte olduğunu belirtmektedir. Ve bu çerçevede hareket eden bir hekimin başka bir şart aranmaksızın, yaptığı müdahalenin hukuka uygun olduğu kabulü ile karşı karşıya kalındığı belirtilmektedir[31]. Ve bu durum Hakeri'ye göre modern tıp hukukunun gereklerine uymayan bir sonuçtur. Ayrıca Ünver de hakkın icrasını, tıbbi müdahaleler açısından ilke olarak geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmemektedir[32].

---

27 Hakeri , **a.g.e.,** s.279

28 Kocasakal, **a.g.e.,** s.152

29 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 7.3.1977, 6297/2541, YKD 1978, 906, 907

30 Kocasakal, **a.g.e.,** s.152

31 Hakeri, **a.g.e.,** s. 286

32 Yener Ünver," Hekimin Cezai Sorumluluğu," **Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler,** 2007, s. 123

2. Hastanın Rızası

Bu konuda aynen TCK 26. madde de yer almaktadır. 26. maddenin 2. fıkrasında "ilgilinin rızası" düzenlenmiştir. Bu da tıp hukuku açısından önemlidir. Buna göre; ilgilinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Bu konuya yukarıdaki kısımlarda değinmiştim, tartışamaya açık ve birçok görüşün hâkim olduğu bir alandır. Karşılaştırmalı hukuk bağlamında birçok sonuca ve olguya hâkimdir. Temel bağlamıyla yeniden değinirsek; kanımca rıza olgusu, "Kişinin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı"nın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü burada kişinin kendi bedeni üzerinde bir söz hakkı söz konusudur. Tabi ki bu durum sınırsız değildir. Bunun da belli sınırlar çerçevesinde yapılması gerekir. Hakeri de rıza konusunda kişinin kendi vücudu üzerinde hukuk düzeni tarafından aksi açıkça kabul edilmediği ve genel ahlak ve adaba aykırı olmadığı müddetçe doğrudan tasarruf yetkisi olduğu kabul etmektedir[33]. Gerçekten de Hocam Ragıp Barış Erman'da bu konuya değinmiş ve tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluğu saplayan asıl unsuru, mağdurun rızası olarak belirtmiştir[34]. Burada unutulmaması gereken bir husus vardır. Bu da; verilecek olan rızanın geçerli ve gerçek olabilmesi için burada hastanın aydınlatılmış olması gerekir ve bunda da "aydınlatmış onam[35]" denir[36].

3. Birden Fazla Hukuka Uygunluk Nedeni Kabul Eden Görüşler

Bu görüş sahibi olanlarda genellikle ilgilinin rızasını hukuka uygunluk olarak kabul etmektedirler fakat bunun yanında buna ek olarak bir hukuka uygunluk nedeni daha aramaktadırlar. Burada genellikle yukarıda açıkladığımız iki nedenin birlikte olması gerektiği iddia edenlerle, bunlara ek olarak tıp meslek ve sanatının verilerine uygun olarak hareket edilmesi gerektiğini aramaktadırlar[37]. Ayrıca savunulan bir görüş daha var. Burada da; ikili bir ayrım söz konusudur. Eğer söz konusu olan olay basit bir yaralama ise, hakkın kullanılması ve mağdurun rızası hukuka uygunluk için yeterli sayılırken, varsayılan rıza, rızaya konu olamayacak haklar, rızanın açıkça verilmediği haller veya riskli müdahaleler söz konusu ise ayrıca izin verilen risk olgusu da aranmamalıdır denmektedir[38].

33 Hakeri, **a.g.e.,** s. 287

34 Erman, **a.g.e.,** s. 77

35 Detaylı bilgi için bkz. Erman, **a.g.e.,** s. 99 - 122

36 Kocasakal, **a.g.e.,** s. 153

37 Kayıhan İçel, Füsun Sokullu Akıncı, Adem Sözüer, İzzet Özgenç, Fatih Selami Mahmutoğlu, Yener Ünver, **Suç Teorisi,** İstanbul, Beta, 2004, s. 175

38 Yener Ünver, **Ceza Hukukunda izin Verilen Risk,** İstanbul, 1998, s. 355, aynı yönde görüş için Çakmut, **a.g.e.,** s. 119 vd.

Yargıtay da bir kararında öğretinin görüşünü tekrarlamış ve hukuka uygunluğu bakımından üç şartın bulunması gerektiğini kabul etmiştir[39]. Buna göre; *"hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın rızası bulunması ve eylemin tıp bilimin objektif ve sübjektif sınırları için kalması"*[40]diye belirtmiştir.

Sonuç olarak tüm bunların ışığında Yargıtay'ın da yapmış olduğu tanımlama koşullar bakımında yerindedir. Ayrıca burada kanımca da tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan husus, tüm koşulların bir arada olması gerektiği gerçeğidir. Hakeri'nin yapmış olduğu tanım ve görüşü yani " *tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, endikasyonun ve aydınlatılmış rızanın bulunması ve hekimin tıp bilimin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapması lazımdır*"[41] anlayışı kanımca yerinde ve modern tıp hukukuna uygun bir tanımlamadır.

I. Hekimin Cezai Sorumluluğu

Hekim sorumluluğu, yalnız hekimleri değil, tıp mensubu olan diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe, sağlık memuru, sağlık mühendisi gibi kişileri de ilgilendirir. Burada yukarıda belirttiğimiz sorumluk tipleri, hekimi ve hekim gibi kabul gören herkes için uygulanmaktadır. Bundan sonra özellikle cezai sorumluluk konusu üzerinde duracağım.

Hekimlik mesleğinden kaynaklan kişilere karşı suçlar, genel bir çerçeve çizmek gerekirse iki ana başlık altında toplanabilir. Bunlar;

- Kasıtlı olarak hekimin işlediği suçlar
- Taksirli suçlar olmak üzere ayrılmaktadır.

Temelde bir suç esasında iki türlü işlenebilir: ya suçun koruduğu hukuksal değer icrai bir davranışla ihlal edilebilir veya bu hukuksal değeri koruyan hareketin yapılması gerektiği halde yapılmaması suretiyle, yani ihmali bir davranışla ihlal edilebilir[42]. Bu iki hareket türü de hem kasten hem de taksirle gerçekleşebilir.

Tüm bunların ışığında, bunları araştırırken doktrinde genel kabul gören *"Suç Genel Teorisine"* göre, suçların oluşumunda karşımıza çıkan dört unsur çerçevesinde bunları işlemeye çalıştım. Bu unsurları da belirtirsek;

- Kanuni Unsur

39 Hakeri, **a.g.e.,** s. 285

40 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 7.3.1977, 6297/2541, YKD 1978,909

41 Hakeri, **a.g.e.,** s. 287

42 Yener Ünver," Hekimin Cezai Sorumluluğu," **Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler,** 2007, s. 125

- Hukuka Aykırılık Unsuru
- Maddi Unsur
- Manevi Unsur

Bunlara kısaca değinirsek;

Kanuni unsur, suç niteliği taşıyan fiilin kanunda tanımlanmış olmasıdır. Bu unsurun temeli *"Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi"ne* dayanmaktadır. İşlenen fiil ile ceza kanunlarında yer alan suç tanımlarından birinin örtüşmediği hallerde fiilin suç olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Maddi unsur, kanunda yer alan tanıma uygun fiili ifade etmektedir. Maddi unsurun, hareket, netice ve bu iki noktayı birleştiren nedensellik bağlantısı öğeleri mevcuttur. Hareket, iradenin olumlu ya da olumsuz bir hareket ile dış dünyada açığa vurulmasıdır. İcrai ve ihmali hareket olmak üzere iki şekilde açığa vurma söz konusu olur. Bu husus hekimler açısından oldukça önem arz etmektedir. Zira uygulamada karşılaşılan fiiller, çoğunlukla hekimlerin ihmalleri neticesinde suça vücut vermektedir. İhmal, beklenen hareketlerin hiç yapılmaması ya da geç yapılması şeklinde olabilmektedir. Ayrıca ihmalin söz konusu olabilmesi için hekimin, neticeyi önleyebilecek hareketi yapma imkânının bulunması (objektif) ve hekimden harekete geçmesi beklenebilir olması (sübjektif) gerekmektedir. Hekimler açısından, ihmalin temel unsurunu, vekâlet akdinden kaynaklanan özen gösterme kavramı belirlemektedir.

Hukuka aykırılık unsuru ise yukarıda da bazıları değindiğimiz gibi; suç oluşturan fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi halidir. Bunun için fiili hukuk düzenine uygun hale getirecek bir sebebin bulunmaması gerekmektedir. Bu sebepler hukuka uygunluk sebepleridir. Bu durumda fiil hukuka aykırı olmadığından suç oluşmamaktadır. Bu sebepler hekimin cezai sorumluluğu açısından:

1. Kanun hükmünü ifa (Türk Ceza Kanunu m. 24/1). Bu hallerde ilgilinin rızası olmasa da suç oluşmamaktadır.
2. Amirin emrini ifa (Türk Ceza Kanunu m. 24/2). Konusu suç olan emirler Anayasa m. 137 ile bu hükmün dışında tutulmuştur.
3. Meşru savunma ve zorunluluk hali (Türk Ceza Kanunu m. 25/1). Her iki halde de mevcut ya da müstakbel tehlike ile işlenen fiil arasında bir orantılılık olmalıdır.
4. Hakkın icrası (Türk Ceza Kanunu m. 26/1). Burada da önemli nokta, mevcut hakkın sınırları içinde kullanılmış olmasıdır.

5. İlgilinin rızası. (Türk Ceza Kanunu m. 26/2) olarak karşımıza çıkmaktadır[43]. Bunları detaylı bir şekilde yukarıda da anlattık.

   Burada özellikle madde 24 genç uzmanlar ve asistanlar için önem arz etmektedir. Çünkü bu maddeye göre; "Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emri uygulayan sorumlu olamaz." diye belirtilmiştir. Örnek: Bir trafik kazası geldi. Uzmanınız size dedi ki "bunu BT'ye gönder." Hasta ağır; görüyorsunuz ama uzmanınız öyle uygun gördü, gönderdiniz. Burada sizin bir sorumluluğunuz yok.

Ama 3. fıkra göre "konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ve emri veren sorumlu olur." Örnek: Size hoca ameliyathanede dedi ki "benim çok önemli bir işim çıktı, gitmek zorundayım. Bu hastanın sol gözünde retinoblastom[44] var; alıver." Genç uzmansınız, hocanız emretmiş; giriyorsunuz. Fakat dosyaya bakmıyorsunuz, hocanıza güveniyorsunuz. Zaten sol tarafı da asistanlar boyayıp hazırlamışlar. Ama retinoblastom sağda. Gözü de çıkardınız. "Emri bana hocam verdi" diyemezsiniz. Kesinlikle siz de en az onun kadar sorumlusunuz[45]. Bu yüzden özellikle asistanlar açısından suç teşkil edebilecek bir müdahalenin yapılmaması gerekir görüşü benimsenmektedir.

Manevi unsur, yani kusurluluk unsuru ise, failin isnat yeteneğine sahip olması ve hareketin istenerek yapılması yani iradi olması şartlarını gerektirmektedir. İradi şart, kast ya da taksir şeklinde ortaya çıkmaktadır. Olası kast ve bilinçli taksir ayırımı uygulamada oldukça zor ve önemlidir.

Dediğim gibi incelememin bu kısmından sonra belirlemiş olduğu hekimlik mesleğinden kaynaklanan kişilere karşı suçları bu belirlediğim unsurlara da değinerek de işleyeceğim.

A. Kasıtlı Suçlar

Kast kelimesi bilerek veya isteyerek yapılan işler için kullanılır. Aslında doktrinde hekimin kasten bir suç işleyeceği konusunda bir görüş hâkim değildir. Çünkü hekimin amacı zaten iyileştirmektir dolayısıyla burada içinde hastasına zarar verme kastı içeren bir davranışta bulunması söz konusu değildir. Bu durum zaten tıp hukukunda büyük önem arz etmemektedir. Fakat TCK ile gelen "olası kast" ve "kasten öldürme-

43 Akyıldız, **a.g.e.,** s.

44 Göz tümörü...

45 Faik Çelik, " Yeni TCK ve Hekimler" , (Çevrimiçi) http://www.istabip.org.tr/icerik/yeni-tck-ve-hekimler-doc-dr-faik-celik/ 14.05.2009

nin ihmal suretiyle" gerçekleşmesi olguları burada işlememiz ve üzerinde durmamamız gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunları incelersek;

1. Kasten Öldürme ve Yaralama

Bu durum TCK madde 81'de düzenlenmiştir. Buna göre;

"*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*" diye durum belirtilmiştir. Kast olgusu ise madde 21'de düzenlenmiş ve buna göre kast;

"*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" olarak açıklanmıştır[46]. Normal şartlar hekimlik mesleği ile bilerek ve isteyerek birini öldürme olguları yan yana kesinlikle görülemeyen durumlardır. Ancak ötenazi ve malformasyonlu bir çocuğun öldürülmesi bugün için kasıtlı adam öldürme olarak görülebilir ama bunlarda tıp etiği açısından yerinde değildir. Aynı şekilde kasıtlı yaralama da burada hekimlik mesleği ile yan yana düşünülemez. Fakat burada anlatılmak istenen; hekimin tedavi amacı dışında başka bir amaçla hareketi kasten sorumluluk meydana getirir. Aslında yukarıda da açıkladığımız gibi hekimin temel amacı hastayı iyileştirmek olmalıdır ama hekim bu amaç çerçevesinde hareket etmezse, hastaya zarar verme amacında ise işte burada hekimin kasten işlediği suçlarda diğer kimselerden farkı kalmaz. Gerçekten de hasta üzerinde tedavi amacı taşımadan, öldürmek veya sağlık durumunu daha da kötüleştirmek kastı ile hareket eden hekim, kasıtlı olarak adam öldürme veya müessir fiil suçlarından sorumlu olur. Burada kasten yaralama suçu açısından ilginç bir Yargıtay kararına değinecek olursak[47]. Yargıtay bir kararında, "diş hekimliği diploması ve diş çekme yetkisi bulunmayan sanığın, müştekinin dişini çekmesi eyleminin (765 sayılı) TCK'nın 79. maddesi (fikri içtima) de gözetilerek 1219 Sayılı Kanun'un 41. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği gözetilmeyerek yazılı şekilde TCK'nın 459/1. maddesi (taksirle müessir fiil) uyarınca hüküm tesisinin kanuna aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır[48]. Burada fikri içtima hükmünün uygulanması düşünülebilirse de, Ünver'e göre, bu içtima 1219 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile TCK'nın taksirle müessir fiile ilişkin hükmü arasında değil, 1219 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile kasten müessir fiil suçu arasında düşünülmesi gerekir[49].

---

46 Madde metinleri bkz. http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/5237.htm

47 Ünver, **a.g.e.,** s.127

48 Yargıtay 9. Ceza Dairesi 4.10.2004. Esas 2004/3787, K. 2004/4953 (Corpus) Ünver, **a.g.e.,** s.127

49 İlgili kanun metini için bkz. http://www.hukuki.net/kanun/5181.15.text.asp

Bizi kast kısmında ilgilendiren asıl kısım TCK ile gelen "olası kast" olgusudur. Bu duruma TCK madde 21/2 de düzenlenmiştir. Buna göre;

"*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır*" olarak açıklanmıştır. Olası kast olgusunun düzenlenmesinin nedeni; o dönem Bağdat Caddesinde hızlı araç kullanma ve Konya'da çöken binada ölümler olmasına başlı olarak bir tepki olarak düzenlemiştir. İlk başlarda hekimlerin etkilenmeyeceğini düşünen kanun koyucu daha sonra durumun o bakımdan gitmediğinin farkına varmıştır.

Aslında hekimler kural olarak, hekim meslekleri gereği şifa verme maksadıyla hareket ettikleri için olası bir ölüm veya yaralanma halinde taksirden dolayı sorumlu olacaktır. Yeni kanunla birlikte sadece hekimler için değil, herkes için ciddi bir tehdit oluşturan olası kast, son derece genel ve hatalı bir içerikle düzenlenmiştir. Hatta bu olguya "olmayası kast" de diyenler vardır[50]. Maddeye göre sonucu, neticeyi öngörmek istemek eşdeğer sayılmaktadır. Bu son derece tehlikeli ve riskli bir düzenlemedir. Çünkü her öngörülen şey isteniyor demek değildir. Burada hekimin bu durum içine girmesi bile oldukça yanlış ve eleştiriye açık bir durum oluşturuyor. Çünkü hekimlik ile kastı yan yana koymak bir mantık çerçevesinde eleştiriye açıktır[51]. Burada Giyomm Tel örneğini hatırlatmak konumuz açısında yerinde uygun bir örnek olabilir. Oğlunun başındaki elmayı vurmak isteyen Giyomm Tel, hata yaptığı takdirde oğlun vurabileceğini öngörmektedir ancak bu oğlunu vurmak istediği anlamına gelmez. Dolayısıyla burada düzenlemiş olan olası kast olgusu hekimler açısında oldukça büyük sorunlara neden olabilir. Ayrıca burada olası kastın ile ileri de işleyeceğimiz bilinçli taksir olguları da karışmaya eğilimli alanlardır. Hatta madde gerekçelerinde her ikisi için kırmızı ışıkta geçme örneği verilmiştir[52]. Faik Çelik'in katıldığı sempozyumda hekimler açısında durumu şöyle bir örnekle açıklamıştır; "Bir kardiyologsunuz. Koroner anjiyo yaptınız. Ancak hasta diyabetik, enfeksiyona çok eğilimli. Daha sonra bacakta morarma, kangrene kadar giden bir damar problemi çıktı. Belki de bir amputasyona[53] kadar gitti, hatta hasta öldü. Bakın; diyabetik bir hasta, bunun enfeksiyona eğilimli olduğunu biliyorsunuz. Onun enfeksiyon kapmasını istemiyorsunuz ama sonuçta hastane enfeksiyonu sonucu

50 Kocasakal, **a.g.e.,** s.154

51 Aynı yönde görüş için bkz. Kocasakal, a.g.e., s. 154 ve Faik Çelik, " Yeni TCK ve Hekimler" , (Çevrimiçi) http://www.istabip.org.tr/icerik/yeni-tck-ve-hekimler-doc-dr-faik-celik/ 14.05.2009

52 Madde gerekçeleri bkz. http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc

53 Amputasyon: organ kopması...

hasta enfekte oluyor, uygun antibiyotiği ampirik veriyorsunuz, antibiyogram yapmıyorsunuz, girişime yüksek şekerle giriyorsunuz, enfeksiyon kapınca da gerekli önlemleri almakta geç kalıyorsunuz veya yetersiz kalıyorsunuz. O yüzden hasta ya bacağını kaybediyor veya tümüyle hayatını kaybediyor. İşte burada olası kasttan bahsedebilirsiz.". Durum hekimler açısından bu kadar karışık bir hal almıştır. Olası kastın bu düzenleniş biçimi hekimler için büyük tehlike oluşturmaktadır[54].

2. Kasten Öldürmenin ve Yaralamanın İhmal Suretiyle İşlenmesi

Öldürme eylemi sadece icrai bir davranışla işlenmez, ihmali bir davranışla da işlenebilir[55]. Menfi, olumsuz hareket olarak da betimlenen ihmalin lügat anlamı, gereken ilginin gösterilmemesi, savsama, önem vermeme, üzerine/üste düşeni yapmama olarak belirtilir[56]. Yargıtay pasif davranma, edilgen tutum veya etkin olmayan hareket olarak tanımlamıştır[57]. Bu durum TCK madde 83 ve 88 de düzenlenmiştir. Madde 83 de;

"1*) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.*

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir." Madde 88'de ise yaralama düzenlenmiş ve

"*Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur*." belirtilmiştir.

54 Kocasakal, **a.g.e.,** s. 154

55 Hakeri, **a.g.e.,** s.309

56 Ünver, **a.g.e.,** s. 125

57 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 19.9.1995, K. 5753. ; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 22.12.1997, K: 114004 ve Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 25.1.1996, K: 491

Burada icrai davranışta bulunmak hususunda açık hukuki bir yükümlülüğü olan bir kimse özensiz – tedbirsiz davranır ve bir neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek tedbirleri almayarak önlenmek istenen neticeye neden olursa, hukuki anlamda bir ihmal suretiyle suç işlendiğinden söz edilir[58]. Ancak her ihmali hareketle öldürmenin neticesine sebep olan kimse kasten öldürmeden sorumlu tutulması kabul edilmemekte, bunun için ek bir takım unsurlar aranmaktadır[59]. Bunların en başından "garantörlük" gelir. Garantörlük; tipik neticenin meydana gelmesini önlemek konusunda hukuken yükümlü tutulmak[60]" demektir. Garantörlük bir kanun hükmünden, sözleşmeden veya ön gelen tehlikeli bir eylemden kaynaklanabilir. Aslında ihmali bir davranışın varlığından söz edebilmek için, suçlanan kimsenin ihmali davranmamak hususunda bir hukuksal yükümlülüğünün bulunması gerekir. İste TCK'nın 83. Maddesine göre, bu hukuksal yükümlülüğün kaynağı ya "kanun hükmü", veya "kişinin iradi bir davranışı, sözleşme" veyahut "kişinin kendi öngelen/takaddüm eden tehlikeli bir davranışından" kaynaklanan hukuksal sorumluluktur[61].

Hekimler için kısaca bu konuya değinirsek; Hekimler ise gerek kanun hükmü dolayısıyla gerekse sözleşme dolayısıyla hastalarının yaşam ve sağlıkları bakımından garantördürler[62]. Bizi ilgilendiren ve TCK'nın 83. maddesinde belirtilen garantörlüğü ise; öngelen tehlikeli eylem ile hekimin garantör olmasıdır. Mesela; hastaya yanlış bir tedavi uygulayarak onu tehlikeli bir duruma sokan hekim, bu hareketi ile garantör olur. Bu nedenle, bu yanlış tedavinin olumsuz sonuçlarını önleyecek tedbirleri alması gerekir. Bu tedbirleri kasten veya neticeyi göze alarak (olası kast) almayan hekim garantör olduğundan meydana gelen ölüm neticesinden TCK 83 gereğince sorumlu tutulabilir[63].

Burada kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini bir de Çelik'in katıldığı sempozyumda verdiği bir örnekle açıklarsak; "Yanlış entübasyon[64] oldu. Ameliyatın bir safhasında fark edildi gerekli müdahaleler yapıldı ama hasta komaya girdi, yoğun bakıma alındı. Cerrah kendisinin neden olmadığı bu durumda, (çünkü hasta dönüşümü olmayan bir nokta-

58 Ünver, **a.g.e.,** s.125

59 Hakeri, **a.g.e.,** s.309

60 Hakan, Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri,** Ankara, Seçkin, 2003, s.114

61 Ünver, **a.g.e.,** s.126

62 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku,** Ankara, Seçkin, 2007, s.309

63 Hakeri, **a.g.e.,** s. 310

64 Entübasyon: Cerrahi ve anestezi uygulamalarında solunum yolunu açık tutmak amacıyla soluk borusuna biçim, çap ve yapı açısından uygun bir tüpün sokulması. Cerrahi ve anestezi uygulamalarında solunum yolunu açık tutmak amacıyla soluk borusuna biçim, çap ve yapı açısından uygun bir tüpün sokulması.

da) "bu tamamen anestezistin hatası, anesteziden oldu" dedi. Hasta yoğun bakımda yatarken, içeriden bir haber gitti; "hastadan da ümit kesildi; onun için ilgilenilmiyor" diye. Bunun üzerine hasta sahibi dava açtı. "1- Hastanın kamaya girmesine neden oluyorsunuz. 2- Hastanın tedavisinde de ihmalkâr davranıyorsunuz ve sizi madde 83'den sorumlu tutabilir[65]. Bu madde dediğimiz gibi hekimler için oldukça tehlikeli ve uzak durulması gereken bir maddedir.

Ayrıca burada TCK 83. Madde açısından söz konusu olabilecek ve kanunumuzda düzenlenmemiş bulunan bir hukuka uygunluk sebebine de değinirsek. İhmali suçlarda "yükümlülüklerin çatışması" hukuka uygunluk sebebi sayılabilir[66]. Bu durum sadece ihmale mahsustur. Burada fail olan kişi için en azından iki hareket yükümlülüğü söz konusu olmaktadır fakat fail bunlardan yalnız birini yerine getirebilmektedir ve böylece diğer yükümlülüğü ihlal etmektedir. Örneğin; acil servise aynı anda gelen iki hastadan birine bakıp, diğerini ihmal etmek gibi olabilir. Bu noktada görevlerin farklı önceliğine veya aynı dereceye sahip olmasına göre karar vermek gerekir[67]. Burada hekimin duruma göre yapmış olduğu seçim doğrultusunda diğer durumu seçmediği için ihmali davranıştan yargılaması söz konusu değildir. Hukuk düzeni bundan fazlasını isteyemeyeceği için yapılan davranış hukuka uygun olur.

Sonuç olarak, bu maddeye göre bir sağlık kuruluşunda görev yapan bir hekimin, o sırada gelen bir hastaya müdahale etmesi gerekirken, bu müdahaleyi yapmamasına bağlı olarak kişinin ölmesi durumunda, kasten adam öldürmeden sorumlu olacağı belirtilmektedir. Bu kanımca son derece yanlış ve tehlikeli bir durumdur. Bu tür bir olayda, neticeden hareketle bir hekimin, o kişinin ölümünü istediği sonucunu çıkartmak hatalı ve tehlikeli bir yaklaşım olacaktır[68].

3. İntihara Yönlendirme Suçu

Bu hüküm TCK'nun madde 84 de düzenlenmiştir. Bu konu hekimler açısında çok geniş ve tartışmalı bir alana açıldığı için, araştırmamda da buna kısaca değineceğim; Burada başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kimse cezalandırılmaktadır. İntiharın gerçekleşmesi bir objektif cezalandırılabilme koşulu olmayıp, cezanın

65 Faik Çelik, " Yeni TCK ve Hekimler" , (Çevrimiçi) http://www.istabip.org.tr/icerik/yeni-tck-ve-hekimler-doc-dr-faik-celik/ 14.05.2009

66 Hakeri, **a.g.e,** s.315

67 Hakeri, **a.g.e.,** s.315

68 Kocasakal, **a.g.e.,** s. 155

daha da artırıldığı nitelikli bir haldir[69]. Aslında burada iki tarafa da kayan bir yaklaşım söz konusu olabilir çünkü bu maddenin gerekçesinde ilginç belirlemeler mevcuttur. İntiharı önleme hususunda hukuki bir yükümlülüğü olan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen bu intihar girişiminin engellenmemesi, kayıtsız kalınması intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilebilir. Bu durumda; eğer hastada intihara doğru bir eğilim olduğu anlamış olan hekim bunun için önlem almazsa hekim sorumlu olacaktır. Bu durumda hekimlerin her hasta için bu durumu araştırmaları gerekir bu da içinden çıkılmaz bir hal alır[70]. Bu işin bir yanıdır. Bir de Ünver'in yaptığı gibi bu konu bağlamında ilgilenmesi gereken en önemli konulardan biri de ötenazidir.

Hekimler açısında bu durum, "hekimin hastanın ölümüne yardımı" olarak adlandırılmaktadır[71]. Ötenazi konusu çok tartışmalı ve özellikle bizim ülkemizde henüz sınırları çizilmiş ve oluşan problemlere çözümler üretilmemiş bir alandır. Bilindiği gibi pasif ötenazi[72], hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirildiği için bir suç teşkil etmez fakat intihar suçuna ilişkin tipik eylemlere rastlanıyorsa burada intihara yardım suçu oluşabilir. Aktif ötenazi[73] da ise bizim mevzuatımız gereği bir suç oluşmaktadır. Yabancı ülkelerde aktif ötenazi artık suç olmaktan çıkmaktadır. Bizde de suiistimalleri engelleyici önlemler kanunen sıkı suretle düzenlenmek koşulu ile bilimsel anlamda ötenazi eylemlerde, ilgili komisyon/yasa kararı ile aktif ötenazi de düzenlenmelidir. Ancak uygulamadaki ve kanunda bu düzenleme hekimin tedaviyi/müdahaleyi ret hakkı ile de bağdaşmalıdır[74].

Sonuç olarak, intihara yönlendirme suçu hekimler açısından ötenazi çerçevesinde karşımıza çıkabilir. Bu sebepten dolayı bununla ilgili bir ayrı bir düzenlemenin yapılması hekimler açısında önemli ve gereklidir. Fakat yeni kanunda da ötenazi kabul edilmemiştir. Bu durumda diyelim ki; hekim acıyı dindirme saiki hareket etse bu durum intihara yardımdan bile ileri gidip, kasten adam öldürme sayılacaktır, bu da yanlıştır. Oysaki Dönmezer tasarısında ötenazi için bir ceza indirimi öngörülmüştü[75]. Do-

---

69 Ünver, **a.g.e,** s. 127

70 Kocasakal, **a..g.e.,** s. 157

71 Bkz. Hakeri, **a.g.e,** s.301

72 Pasif ötenazi; Pasif ötenazi de ise, ölmek üzere olan bir kimse üzerinde yaşamı uzatan tedbirlerin alınmasında vazgeçmek başka bir ifadeyle ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktirecek tıbbi tedbirlerin yarıda bırakılması demektir.

73 Aktif ötenazi; Aktif ötenazi de, sona ermek üzere olan yaşamın hastalığa ve ölüm sürecine aktif etkide bulunmak suretiyle kısaltılmasıdır

74 Ünver, **a.g.e,** s.128

75 Kocasakal, **a.g.e.,** s.156

layısıyla ötenazi olgusu iyi analiz edilmiş, uygun bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır.

B.Taksirli Suçlar

Taksir olgusu, bir kusur çeşididir. Yukarıda anlattığımız kast unsuru ile birlikte ceza hukuku bağlamında kabul gören iki kusur çeşidinden biridir. Taksir ceza hukukunda istisnai ve normatif bir manevi unsur türüdür[76], bir hata ve yanlışlık sonucu oluşur. Taksir; kişinin sonucu öngörmesine rağmen o sonucun oluşmasını istememesi ancak o sonucun meydana gelmemesi için de yeterli önlemi almaması olarak tarif edilebilir. Yani, kişi burada eyleminden doğacak sonucu bilmekte, bu sonucu istememekte ama gerekli önlemleri de almamaktadır veya yetersiz almaktadır. Taksir olgusu TCK 22. Madde de düzenlemiştir.

Hekimin tıp bilimin kurallarına aykırı hareket ederek bir kimsenin ölümüne yol açması veya vücut bütünlüğüne zarar vermesi halinde kural olarak taksir sorumluluğu uygulanır[77]. Genellikle hekimin tıbbi hatalarından dolayı taksirinden bahsedilir. Yani, hekim, hekim olmaktan kaynaklanan özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ve bu suretle istemese bile bir neticeye sebebiyet vermişse taksir vardır[78]. Taksirli suçlar içinde eski TCK'ya göre dikkatsizlik, tedbirsizlik, kurallara riayetsizlik veya acemilik bulunmaktadır. Bunlara bakarsak;

- Dikkatsizlik; bir tıbbi girişim sırasında yapılmaması gerekeni yapmak. Mesela; hastaya alerjisi olduğunu bildiğiniz bir ilacı vermek veya kan grubunu belirlemeden kan vermek gibi olabilir.
- Tedbirsizlik; önlenebilir bir tehlikeyi önlemede yetersiz kalmak. Mesela; kirli karın, diren koymadan çıkarmak veya ameliyat sırasında hastanın içinde yabancı bir cisim unutmak gibi.
- Meslekte acemilik; bunda tanımlama yok çünkü kime neye göre acemilik belirlenmediği için tartışmaya açık bir konu.
- Özen eksikliği; dikkatsizlik ve tedbirsizlik dışında evrensel tıp değerlerini uygulamamak. Mesela; size sorulan hastayı telefonla tedavi etmek buna örnek olabilir.
- Emir ve yönetmeliklere uymamak, mesela icap nöbetlerine gelmemek, icabet etmemek bu duruma örnek teşkil eder[79].

76 Ünver, **a.g.e,** s. 128

77 Kocasakal, **a.g.e.,** s. 155

78 Hakan Hakeri, "Hekimin Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009

79 Faik Çelik, " Yeni TCK ve Hekimler" , (Çevrimiçi) http://www.istabip.org.tr/icerik/yeni-tck-ve-hekimler-doc-dr-faik-celik/ 14. 05. 2009

Fakat TCK da bu kusur çeşitlerinden sadece dikkatsizlik ve özen eksikliği ön plana çıkmıştır. Bu durum da tartışmaya açıktır. Çünkü eski kanunda taksirin kalıpları; dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik ve emir ve kurallara aykırılık belirlenmiştir. Bu açıdan bakarsak örneğin; hekimin hiç denenmemiş bir tedavi yöntemini uygulaması; bizi mesleki anlamda bir acemilik faktörüne yönlendirip, taksire gitmemizi sağlayabilirdi. Oysa şu anda kullandığımız kanunda dediğimiz gibi özen ve dikkat eksikliği kalıplar olarak belirlendiği için; hekimin hiç denenmemiş bir tedavi biçimini uygulaması halinde bunun dikkat ve özen eksikliği yükümlülüğüne aykırılık çerçevesinde taksir olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır[80].

Burada ayrıca belirtmeliyim ki doktrinde bazı görüş sahibi olan kişiler bu başlığın yerinde olmadığını savunmaktadır[81]. Çünkü bu ifadenin kastı çağrıştırdığı düşünülmektedir. Oysa dediğimiz gibi taksirde neticeyi isteme söz konusu değildir, esas olan illiyet bağıdır. Bu durumda doğru ifade, taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyet olmalıdır.

Hekimlerin esas muhatap olacağı suçlar taksirle öldürme ve taksirle yaralamadır. Bu açıdan asıl bakmamamız gereken, hekimin hakkın objektif ve sübjektif sınırları içinde hareket edip etmediğidir[82]. Hakkın objektif sınırı ile kastedilen, hekimin tıp bilimin gereklerine uygun ve gerekli dikkat ve özen ile davranıp, davranmadığıdır. Sübjektif sınır ise; tedavi ve şifa verme maksadı ile hareket edip etmediğidir. Ve eğer hekim hakkın objektif ve sübjektif sınırını aşmış ise taksirli sorumluluğuna gidilebilecektir. Hatta sübjektif sınırı aşmışsa kasta bile giderilebilir[83].

Taksirli suçlarda hekimin hareketi icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir[84]. Bunlara örnek vermek gerekirse; yanlış ilacın verilmesi icrai olarak yapılmasına, zamanında hastaneye sevke etmemek de ihmali davranışa örnek teşkil edebilir.

Yukarıda dediğimiz gibi hekimin taksirden sorumlu olabilmesi için neticenin önceden bilinilmesi yani öngörülebilir olması gerekir. Hiç kimse tarafından öngörülemeyecek bir neticeden hekim de sorumlu tutulamaz[85]. Yargıtay da aynı görüştedir; " Genel anestezinin mutad komplikasyonu neticesi ölümün gerçekleştiği anlaşılmıştır. Yaralının bünyesinden kay-

80 Kocasakal, **a.g.e.,** s. 156
81 Aynı görüş için bkz. Kocasakal, **a..g.e.,** s.155
82 Kocasakal, **a.g.e.,** s. 156
83 Kocasakal, **a.g.e,** s. 156
84 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku,** Ankara, Seçkin,2007, s.319
85 Aktaran, Hakeri, **a.g.e.,** s. 319

naklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan narkoza karşı dayanıksızlık sebep – sonuç bağını kesmez. Ancak davalılara yüklenemeyen ve önceden göremeyecekleri olağan üstü hal nedeniyle zarar artmıştır. Zararın artması ve ölümle sonuçlanması narkozun olağan komplikasyonu olduğuna göre, zararın tümünden davalıların sorumlu tutulması adalete uygun düşmez"[86] diye belirtmiştir. Burada üstünde durmamız gereken kıstas; hekimin bu durumu önceden öngörebilip – öngöremediğidir. Çünkü eğer hekimin öngöremediği bir durum söz konusu ise hekimin burada tıbbi standartlara uygun olarak yapmadığı müdahaleler bile bu kapsamda sayılmaz. Öngörmenin tespitinde esas alınacak olan kişi, failini dışındaki orta kabiliyetli veya failin bulunduğu sosyal gruptan orta kabiliyetli bir kişi değil, "failin bütün kabiliyet ve niteliklerini üzerinde toplamış" bir kişidir[87]. Bu yüzden burada neticenin öngörülebilirliği noktasında da sübjektif kriterler geçerlidir[88].

Hekimler açısından problem oluşturacak en önemli kesim TCK ile birlikte hukukumuza giren "bilinçli taksir" olgusudur. Bilinçli taksir kanunumuzda 22. Maddenin 3. fıkrasında; "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" şeklinde tanımlanmış ve cezayı artıran bir durum olarak belirtilmiştir. Öğretide de öngörülmüş taksir[89] olarak da adlandırılmaktadır. Burada fail neticeyi öngörmektedir. Buna rağmen neticeyi istemese de hareketi meydana getirmiştir. Bilinçli taksiri anlatılan en iyi örnek, pratikteki uygulaması ise; maganda kurşunu dediğimiz, düğün veya maçlardan sonra ateşlenen silahlar, burada kişi o kurşunu sevinçle atar; birini öldürmek, yaralamak amacıyla değil. Ama o kurşun gidip birini vurursa işte burada "bilinçli taksir" söz konusu olur.

Bu durum özellikle hekimler açısından oldukça tartışmalıdır. Çünkü hekimlerin hemen, hemen her müdahalesinde bilinçli taksir olgusu söz konusu olabilir. Bir de bu durumun "olası" kast ile karışması durumunu ele alınacak olursak, iş içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Burada hekim yapacağı bir müdahale de ve tabi ki bu müdahalenin olumsuz sonuçlarını da ön görmektedir. Bu yüzden de hekimlerin burada direkt olarak bu madde bağlamında cezalandırılması son derece sorunlu bir yapıya neden olmaktadır. Bu yüzden hekimin tıbbi müdahalesinde bilinçli taksirin kabulü için bir takım ilave koşullar gerekmektedir[90]. Tabi ki burada getirilecek olan kıstaslar iyi analiz edilmeli ve hekimlere sınırsız bir tolerans da

86 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 04.12.1985, 8335/9043, Hakeri, **a.g.e.,** s. 320
87 Aktaran, Hakeri, **a.g.e.,** s. 320
88 Hakeri, **a.g.e.,** s. 320
89 Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku,** Ankara, Seçkin, 2005, s. 152
90 Hakeri, **a.g.e.,** s. 321

tanınmamalıdır. Hekimler açısından bu durumu bir örnekle açıklarsak; "Kulak, burun, boğaz doktorusunuz, lokalle ameliyat yapıyorsunuz, iğne kırıldı, kemikte kaldı. Uğraşıyorsunuz ama çıkaramıyorsunuz. Kanama ya da başka nedenle ameliyatı sonlandırıyorsunuz. Hastanın şikâyeti devam ediyor; gidiyor, geliyor. Fakat o iğnenin çıkarılması gerektiğini biliyorsunuz, hastaya söylemiyorsunuz; Hasta başka bir doktora gidiyor ve onu görüyor; size de o iğnenin kırıldığını gösteriyor."[91] İşte bu bilinçli taksirdir. Çünkü o iğnenin kırılması nedeniyle birtakım şikâyetlerin yapılacağını öngörüyorsunuz ama gerekli önlemleri almıyorsunuz.

Tüm bunları açıkladıktan sonra, biraz da TCK'da bulunan suçlar bağlamında bu olguyu incelersek;

1. Taksirle Öldürme Suçu

Bu suç TCK madde 85 de düzenlenmiştir. Buna göre;

"1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Taksirle adam öldürme suçu belirtilmiştir.

Hekimin taksirli hareketi sonucu hasta ölebilir, işte bu durumda taksirli öldürme suçu oluşur. Bu durumda hekim, trafik kazasında istemeden bir kimseye çarpıp da ölümüne sebebiyet veren veya fabrikada çalışırken yanlış bir düğmeye basarak arkadaşının ölümüne neden olan kimse gibi cezalandırılır. Burada hekimler açısından farklı bir düzenleme yoktur[92]. Buradaki tek kıstas kişinin özen yükümlülüğüne uygun davranıp – davranmadığı durumudur.

Bu suç tipinde korunan yarar bir başkasının yaşamıdır. Çünkü burada bir "öldürme" eylemi söz konusudur dolayısıyla burada da korunmak istenen yaşam hakkıdır. Maddeye dikkatle bakıldığın ikinci fıkrasında cezayı artıran nitelikli bir hal düzenlemesi vardır. Bu durum da hekimler açısında sorun teşkil edebilir fakat uygulamada özel bir durum olmadığı müddetçe hekim hakkında genelde cezanın asgari sınırı olan 2 yıl takdim

91 Faik Çelik, " Yeni TCK ve Hekimler" , (Çevrimiçi) http://www.istabip.org.tr/icerik/yeni-tck-ve-hekimler-doc-dr-faik-celik/ 14. 05. 2009

92 Hakan Hakeri, "Hekimin Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009

edilir, hatta hâkim takdir yetkisi doğrultusunda bu cezayı 1/6 oranında indirir[93].

Burada bu suçun hukuka uygunluk nedeni olarak rıza düşünülebilirse de, genellikle yaşama yönelik rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir[94]. Burada daha çok hukuka uygunluk nedeni olarak izin verilen risk kavramı kabul görmektedir. Mesela; bir trafik kazası sonrası yetersiz aletlerle hastaya acil müdahalede bulunana hekim izin verilen riziko çerçevesinde hareket ettiğinden hukuka uygun hareket ediyordur[95]. Ayrıca burada zorunluluk hali de söz konusu olabilir; bunu da örnekle açıklamak gerekirse; ölmek üzere olan acil bir hasta ile karşılaşıp, ona hijyen kurallarına aykırı şekilde ameliyat eden hekim, bu sırada kaptığı mikrop yüzünden hastanın ölümüne yol açtığı takdirde, zorunluluk halinden yararlanır[96].

Burada Ünver'in tebliğinde de verdiği Yargıtay kararlarında bu durum daha da iyi açıklanmıştır. Bu suçla ilgili bu yargı kararlarına değinecek olursak: "(Mülga)TCK'nun 455/1. maddesinde, taksirle (bir kimse)nin ölümüne sebebiyet verilmesi suç olarak düzenlenmiş olup, (kimse) sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılması yukarıda açıklandığı gibi, bebeğin doğumun başladığı sırada ana karnında ölmesi sebebiyle (kimse) sayılamayacağı cihetle, eylemin bu madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmaması nazara alınarak sanıkların (takipte ve sancılı geldiği zaman ileri tetkikleri yaptırmayıp acilen müdahale etmemek) şeklindeki hareketlerinin aynı Kanunun 230. maddesi (görevin ihmali suçu) yönünden tartışılması ve buna göre hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş"tir[97]. Yalnız burada kamu – özel doktor ayrımı yapılmalıdır. Buna göre, eğer özel bir doktor aynı eylemi gerçekleştirirse, TCK'nın şu andaki hükümleri gereğince yaşam doğumla başladığı ve eylem cenin doğmadan gerçekleştirildiği için sadece cenin anne karnında ölmüşse anneye karşı nitelikli taksirle adam yaralama, ceninle birlikte anne de ölmüşse anneye karşı taksirle adam öldürme suçunun işlendiği kabul edilmelidir[98]. Buna karşılık doktor kamu görevlisi ise ve eğer eylem kasten olursa KMF ve TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ve görevin kötüye kullanılmasının bir türü olarak kabul edilen kamu görevinin ihmali suç tipi

93 Hakeri, **a.g.e**

94 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku,** Ankara, Seçkin,2007, s. 395

95 Aktaran; Hakeri, **a.g.e.,** s.395

96 Aktararn, Hakeri, **a.g.e, s. 340**

97 Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 08.04.1994 E.1994/738, K. 1994/2971 Ünver, **a.g.e.,** s.128

98 Ünver, **a.g.e,** s. 128

arasında fikri içtima halin bulunduğunu kabul ederek bir uygulama yapmak gerekmektedir.

Yargıtay başka bir kararında ise şu içtihatta bulunmuştur: "Sanık hakkında diplomasız olduğu halde iğne yaparak hasta tedavi etmekten dava açılmış ise de; 1219 Sayılı Yasa'nın 25. maddesinin son cümlesine göre ... Bu surette icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verileceği ve enjeksiyon yaparak tedavi etmeye çalıştığı şahsın ölümünden dolayı sanık bakımından ayrıca (765 sayılı) TCK'nın 455/1. maddesi uyarınca dava açıldığı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.2.1995 gün ve 7370/12 sayılı kararında da açıklandığı üzere, sanığın öldürme kastı içermeyen öleni tedaviye yönelik eyleminin 1219 Sayılı Yasanın 25/son maddesi delaletiyle TCK'nın 455/1. maddesine uyan nitelikte tek suçu oluşturacağı gözetilerek, davaların birleştirilmesi ile delillerin birlikte değerlendirilip hasıl olacak sonuca nazaran sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve soruşturmayla yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırı..."[99]. Burada özel kanuni içtima kuralı nedeniyle, varılan hükmü yerinde gözükmektedir.

Taksirle öldürme suçunun takibi şikâyete bağlı değildir[100]. Yani burada savcı yapacağı soruşturma sonucunda kamu davası açabilir ve hasta yakınları şikâyetlerini geri çekse dahi durum değişmez.

Tüm bunların ışığında hekimler açısından her zaman dediğimiz gibi eğer bir öldürme sonucu doğarsa burada kastan önce hekimin bu davranışının taksiri sonucu oluşup/oluşmadığına bakmak şu anda uygulamada daha çok yer bulmaktadır. Taksir nedeniyle ölüme sebebiyet vermek, hekimler açısında karşılaşabilecekleri ve cezai sorumlukları açısından hekimler açısında problem yaratacak ana alandır.

2. Taksirle Yaralama Suçu

Bu suç da TCK madde 89 da düzenlenmiştir. Madde metninin birinci fıkrasına göre;

"Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır." diye suç tanımlanmıştır. Burada korunan hukuksal yarar insan vücudunun bütünlüğü, dokunul-

99 Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 28.3.2002, E. 2002/3679, K. 2002/3972 Ünver, **a.g.e.,** s.128

100 Hakan Hakeri, "Taksirle Öldürme Suçunun Takibi ve Cezanın Ertelenmesi", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-taksirle-oldurme-sucunun-takibi-ve-cezanin-ertelenmesi-ky-51043.html 10.05.2009

mazlığı, insanın fiziksel ve ruhsal rahatlığı, iyiliğidir.

Bu suç, tıp ceza hukukunda en çok karşılaşılan suç tipidir. Hekimler açısından; hekimin taksirli eylemi neticesinde hastanın vücudunda acının meydana gelmesi, sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması durumundan, hekimin taksirle yaralama suçunu işlediği kabul edilir[101].

Bu suçta karşımıza bir "yaralama" kavramı çıkmaktadır. Daha önce yukarıda açıkladığımız gibi tıp hukuku bağlamında yapılan tıbbi müdahalelerin yaralama suçunu oluşturup, oluşturmadığı konusu tartışmalıdır ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında da her zaman tartışılacaktır. Fakat burada tartışmaya açık olmayan tek bir nokta vardır; o da tıp bilimin esaslarına aykırı olarak yapılan her tıbbi müdahale yaralama suçu içinde değerlendirileceği bir gerçektir[102]. Bizim asıl ilgilenmemiz gereken; hukuka uygun olarak yapılan tıbbi müdahalelerin durumudur.

Yaralama suçu TCK madde 86 da düzenlenmiştir. Buna göre; " *başkasının vücuduna acı verme, sağlığını bozma ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*" bu kapsamda değerlendirilir ve yaralama olarak adlandırılır. Aslında bakacak olursa; hekimin yapacağı çoğu tıbbi müdahale bu kapsamda yaralama olarak gözükmektedir. Burada hekimler açsından sorunlu olan ve tartışılan bir konu da madde metninde geçen "acı" kavramıdır. Doktrinde bu konuda ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Çünkü acı kavramı tanımlanmamıştır ve bunun kime göre olacağı konusu tartışmalıdır[103]. Ve burada yaralama tarif edildiği için "zarar" olgusuna yer verilmesi daha uygun olacağını düşünenler bulunmaktadır.

Maddenin devamında bu suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna göre;

"(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Vücudunda kemik kırılmasına,

c) Konuşmasında sürekli zorluğa,

d) Yüzünde sabit ize,

e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

101 Hakan Hakeri, "Hekimin Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", (Çevrimiçi)http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009

102 Aynı yönde görüş için; Hakeri, **a.g.e,** s.398

103 Aynı yönde görüş için bkz. Çelik, **a.g.e,**

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hâlinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." diye belirtilmiştir. Bu düzenlemeleri hekimler açısından örnekler incelersek; hekimin eylemi, mağdurun örneğin duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olursa. Veya vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olmuşsa, ceza 4,5 aydan 1,5 yıla kadar hapis cezası olur (TCK 89/2). Keza hekimin taksirle yaralama fiili, hastanın örneğin, iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa ya da bitkisel hayata girmesine neden olursa. Veya duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır (TCK 89/3)[104]. Burada hekimin yapmış olduğu müdahale hasta üzerinde neden olduğu sonuçların ağırlaşması durumunda, daha ağır sonuçlardan sorumlu tutulacaktır. Burada belirtmeliyiz ki; taksirle yaralama halinde sonuç ne kadar ağır olursa olsun, cezanın asgari haddine hükmedildiği takdirde para cezasına çevirme imkânı bulunmaktadır[105].

Burada taksirle öldürmenin aksine bu suç şikâyete tabidir[106]. Burada bu durumun dışında kalan tek taksir unsuru, bilinçli taksirdir. Örneğin; örneğin sağlık personeli alkollü olmasına rağmen hastaya tıbbi müdaha-

104 Hakan Hakeri, "Hekimin Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009

105 Hakeri, **a.g.e**

106 Hakan Hakeri, "Taksirle Yaralama Suçu Takibi", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009

lede bulunmuş ve bunun sonucunda hasta zarar görmüşse, suçun kovuşturması savcılık tarafından re'sen, doğrudan yapılır, soruşturma ve dava açılması için şikâyet aranmaz[107]. Bu durum 89. maddenin beşinci fıkrasında belirtilmiştir. Ama TCK madde 89/1 kapsamındaki yaralamalar ise bilinçli taksir söz konusu olsa bile şikâyet üzerine soruşturulabilir[108]. Burada savcı taksirle yaralama eyleminin gerçekleştiren sağlık personeli hakkında doğrudan soruşturma yürütemez ve dava açamaz. Hastanın bu yönde bir talebi olması gerekir[109]. Ayrıca hasta daha sonradan şikâyetinden vazgeçerse burada hekim hakkında açılan dava da düşer.

Bu suç tipi şu anda uygulamada hekimlerin en çok karşılaştığı suç tipidir. Hekimler açısından yargılanmalarında yaptıkların müdahalelere bir suç kalıbı olarak uyan suçtur. Bazı yerlerinde de belirttiğimiz gibi problemler mevcuttur fakat uygulama açısından hekimler açısında en çok dikkat edilmesi gereken hükümdür.

Genel olarak ceza hukukunda hekimlerle ilgili spesifik düzenlemeler ve ayrıntılı hükümler mevcuttur. Öyle ki; tıbbi girişimler sonucunda ölüme yol açma, yaralama veya bir kusur sonucu sakat bırakma, sağlık mensuplarının suçu bildirmemesi, organ ve doku ticareti, insan üzerinde deney, yeterli tıbbi yardımda bulunmama gibi farklı suç tipleri ve otuza yakın hüküm mevcuttur.

Sonuç

İncelememde bazı konularla sınırlı tuttuğum hekimin cezai sorumluluğu aslında TCK'da bazı maddelerde daha geniş anlamda düzenlenmiştir. Örneğin madde 90 bağlamında insan üzerinde deney suçu, madde 91 bağlamında organ ve doku nakli suçu, madde 99 ve 100 bağlamında çocuk düşürme ve düşürtme suçu, madde 101 bağlamında kısırlaştırma suçu ve bunun gibi özellikle hekimleri ilgilendiren birçok hüküm TCK'da düzenlenmektedir. Tüm bu hükümler hekimin cezai sorumluluğu oluşturmaktadır. Ama özellikle vurgulamalıyım ki; hekimler bakımından kişilere yönelik suçlar bağlamında oluşabilecek cezai sorumluluk konusu incelememde de anlattığım gibi henüz tam anlamıyla bir açıklığa ve belirli bir çerçeveye sahip değildir. Özellikle TCK ile gelen bazı kavramlar ve maddeler hekimler açısında hem bir problem teşkil etmekte hem de sabit bir kalıplama oluşturamamaktadır. Bu da hekimler açısından sorumlu-

107 Hakeri, **a.g.e**

108 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku,** Ankara, Seçkin,2007, s. 400

109 Hakan Hakeri, "Taksirle Yaralama Suçu Takibi", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009

luk belirlenmesinde büyük bir problem oluşturmaktadır. Aslında temel problem burada herkes için koyulmuş olan hükümlerin hekimler bazında da uygulanmasıdır.

Hekimlik mesleği ve tıp dünyası kendine ait ve kendi özel durumlarına uygun hükümlere ve kavramlara ihtiyaç duymaktadır. TCK'da karşımıza çıkan hükümlerde, hekimlik mesleği sıradan meslek grupları ile bir tutulup, ona göre zorlama hükümler verilerek bir sonuç alınmaya çalışılmaktadır. Özellikle TCK, hekimler bakımından ciddi riskler ve belirsizlikler yaratmıştır. Aslında böyle bir tutum oluşması hekimlik mesleğinin de zedelemektedir. Çünkü bazı hekimler, şimdiden bazı tıbbi müdahalelere başvurma hususunda isteksiz ve tereddütlü davranmaktadır. Bu noktadan temel çıkış aslında yeni ve hekimler açısından daha işlevsel bir kanun düzenlemesi yapılmasıdır. Fakat bu yapılmayacak ise bu durumda da hâkimlerimizin bu maddeler bazında hekimler açısından yorumlarda bulunması ve yapılacak sempozyumlarla bilgilendirme yapılması son derece önemli bir hal almıştır. Burada özellikle hekimlerin ve hastaların tüm bu konular hakkında bilgilendirilmesi ve oluşacak bir fikir bütünlüğü neticesinde düzenlemelere gidilmesi; hekimlerin cezai sorumluluğu açısından çoğu problemi kökünden çözecektir.

KAYNAKÇA

- Çakmuk, Özlem Yenerer, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku**
- **Açısından İncelenmesi,** İstanbul, Legal, 2003
- Öztürkler, Cemal **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları,**. Ankara, Seçkin
- Aşçıoğlu,Çetin, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1982
- Tümer, Ali Rıza "Hekimlerin Cezai Sorumlulukları ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunun Hekimlere Getirdiği Yenilikler," **Hacettepe Tıp Dergisi,** C.36, 2005
- Hakeri, Hakan "Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorumluluğun Üç Boyutu", (Çevrimiçi)http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-hukuksal-sorumlulugunun-uc-boyutu-ky-51008.html, 29.01.2007
- Akyıldız, Av. Sunay "Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar," **Tıp Ceza Hukukun Güncel Sorunları,** İstanbul, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, 2008
- Erman, Ragıp Barış **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu,** İstanbul, Seçkin, 2003
- Bayraktar, Köksal **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,** İstanbul, Sermet Mat., 1972
- Hakeri, Hakan **Tıp Hukuku,** Ankara, Seçkin, 2007

- Kocasakal, Ümit "Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu," **Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 3, SAYI: 2, 2006
- Ünver, Yener "Hekimin Cezai Sorumluluğu," **Roche Sağlık Hukuku Günleri 1 Tebliğler,** 2007
- İçel, Kayıhan / Sokullu Akıncı, Füsun / Sözüer, Adem / Özgenç, İzzet / Mahmutoğlu, Fatih Selami / Ünver, Yener **Suç Teorisi,** İstanbul, Beta, 2004
- Ünver, Yener **Ceza Hukukunda izin Verilen Risk,** İstanbul, 1998
- Çelik, Faik " Yeni TCK ve Hekimler" , (Çevrimiçi) http://www.istabip.org.tr/icerik/yeni-tck-ve-hekimler-doc-dr-faik-celik/
- Hakeri, Hakan **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri,** Ankara, Seçkin, 2003
- Hakeri, Hakan Hekimin Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", (Çevrimiçi)
- http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009
- Toroslu, Nevzat **Ceza Hukuku,** Ankara, Seçkin, 2005
- Hakeri, Hakan "Taksirle Yaralama Suçu Takibi", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-hekimin-tibbi-hatalardan-kaynaklanan-cezai-sorumlulugu-ky-51031.html 10.05.2009
- Hakeri, Hakan "Taksirle Öldürme Suçunun Takibi ve Cezanın Ertelenmesi", (Çevrimiçi) http://www.medimagazin.com.tr/mm-taksirle-oldurme-sucunun-takibi-ve-cezanin-ertelenmesi-ky-51043.html 10.05.2009
- Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** Ankara, Seçkin, 2000
- Erman, Sahir / Dönmezer, Sulhi **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,** İstanbul,
- Beta, 1997
- Önder, Ayhan **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul,1992
- Keyman, Selahattin "Hekimin Cezai Sorumluluğu" (Çevrimiçi) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2929.pdf

KASTEN ÖLDÜRME SUÇU'NDA HUKUKA AYKIRILIK UNSURU VE HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ

Mehmet Can ERDÜNDAR[1]

Genel Giriş:

Kasten öldürme suçunun oluşumu bakımından en önemli unsurlardan biride, öldürme fiilinin hukuka aykırılık içermesi ile ilgilidir. Doktrinde ki yaygın görüşe göre "Hukuka aykırılık" işlenen ve kanundaki tarife uyan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir.[2] İşlenen fiilin kanundaki tarife uymaması veya hukuk düzenince cevaz verilen hallerden birisi olması durumunda hukuka aykırılık unsurunun varlığından söz edilemeyeceği için bir hukuka uygunluk durumu söz konusu olacaktır. TCK'nın meşru savunma halinde (TCK m.25) hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkacaktır demekle ve Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun m.16 ve ek m.6'da gösterilen durumlarında, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda, Sıkıyönetim Kanunu'nda, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Asayişe Müessir Fiillerin Önlenmesi Kanunu'nda silah kullanılması durumu sonucunda ölümün meydana geldiği haller belirtilerek bu hallerde hukuka aykırılık unsurundan söz edilemeyeceği için, eylem suç olarak nitelendirilmeyecektir.[3] Yukarıda değindiğimiz kanunlar çerçevesinde sınırları çizilmiş olan silah kullanma yetkisi kapsamında meydana gelen ölümler durumunda hukuka uygunluk hali söz konusu olacaktır.

Herhangi bir suçun oluştuğundan bahsedebilmemiz için gereken dört unsurdan biri olan hukuka aykırılık unsuru bakımından kasten öldürme suçlarında, öldürme fiilinin TCK m.81 kapsamında hukuka aykırı sayılması sonucunda suçun oluştuğu kabul edilebilecektir. Kasten Öldürme suçunda esas olan hal hukuka aykırılık olmakla beraber, hukuka aykırılık halinden bahsedemeyeceğimiz hukuka uygunluk hallerini ise aşağıda tek tek inceleyeceğiz.

---

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

2 Gökcen, Ahmet –Balcı,Murat, Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83),Ankara 2013,s.59.

3 Centel, Nur–Zafer, Hamide–Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C:1, 1.Bası,İstanbul 2007,s.28.

A) Kanun Hükmünü Yerine Getirme:

TCK'nın 24. maddesinin 1. Fıkrası'nda; "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*." denilmektedir. TCK m.24/1 de bahsedilen durum kanunhükmünün icrası halinde söz konusudur. Kanunda belirtilen haller mevcut ise ve bu hallerde öldürme eylemine bir ceza öngörülmediği kabul ediliyorsa, bu öldürme fiili açısından hukuka aykırılık unsurundan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır çünkü hukuka aykırı olarak kabul edilen öldürme fiili kanun çerçevesinde hukuka uygun olarak kabul edilecek ve suçun oluşması açısından gerekli unsurlarının oluşmadığı kabul edilecektir. İlgili kanun maddesinde belirtilen bir hal var ise ve kanun hükmünün yerine getirilmesi amaçlanarak hareket ediliyorsa söz konusu öldürme fiili suç teşkil etmeyecektir, fakat böyle bir halden bahsedebilmek için ise ilgili kanun hükmündeki koşulların oluşmuş olması gerekmektedir. Zira Anayasamızda yaşam hakkı tanımlanırken, bunun savaş ve benzeri hallerde devletin kanunlarla belirlenen yetkili organlarınca yapılan fiiler sonucu ölümlerden sorumlu olmayacağını açıkça belirtmektedir. Buna rağmen anayasa mahkemesi Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen Ek 2. Maddede yer alan; "*terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler" hükmünü Anayasadaki yaşam hakkına aykırı bularak iptal etmiştir.*[4]

Kanun hükmünün yerine getirilmesi durumunda hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olmaması haline en önemli örnek olarak PVSK m.16 verilebilir. "*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir." denilmektedir.Buradan anlaşılacağı üzere polislere 2559 Sayılı Kanun ile zor kullanma ve silah kullanma hakkı tanınmış olup,kanun hükmü bu hakkın nasıl ve hangi koşullarda kullanılacağını açıkça ve detaylıca belirtmiştir.Polis zor ve silah kullanmadan önce duyulacak şekilde "DUR" ihtarında bulunmalı ve bu hususu durumun vehametini belli edecek şekilde belirtmelidir. Ayrıca her dur ihtarının karşılığı olarak zor ve silah kullanımı sonucunda ölüm halinde hukuka uygunluktan bahsedilemeyecektir. Zira m.16'da bu hususun

4 Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa – Önok, Murat, 5237 S. TCK'ya Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, 2006, s.107

polisin karşılaşacağı durum ile orantılı bir şekilde ve karşı tarafında durumu da gözönünde tutularak,zorun derecesini polis kendisi takdir ve tayin edecektir.Fakat yine aynı kanunun aynı maddesi durumun özelliği gözönüne alınarak ihtarda bulunulmaksızın da zor kullanma ve silah kullanma yetkisini polise vermiştir. Bu konuda AİHM'in Farell ve Steward kararları yerinde birer örnek olacaktır. Farell kararına göre devlet mutlaka zorunlu olmadıkça şiddete başvurma hakkına sahip olmamalıdr denmekte, Steward kararında ise silah kullanımının mevcut durumun yoğunluğunu aşamayacağı; orantılı şiddete başvururken de şiddete başvurmaya gerek bıraktıran amacın önüne geçilecek bir hal oluşturulmaması ve bu şiddet halinde oluşabilecek ölüm durumunun göz önünde tutulmadan şiddete başvurmanın olası sonuçlarından kaçınılması gerektiğinden bahsedilmiştir.[5]Aşağıda yer alan Yargıtay Kararı[6] bu hususa dair önemli bir örnektir. Kısaca olay, trafik ekiplerince şüphelenildiği için dur ihtarı yapılan motosikletlinin durmaması sonucunda yapılan fiziki takip esnasında polis tarafından ateşli silah ile vurularak öldürülen maktule karşı ateşli silah kullanılarak hayatına son verilmiş olmasının, durumun kendi özelliğidegözönüne alınarak değerlendirildiğinde kanun hükmünde ki durumun söz konusu olmadığı ve bu sebeple hukuka uygunluk sebebinden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir: *"Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğü Motorize Ekipler Amirliğinde görevli polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık Ahmet'in, sanığın yönetimindeki motosiklet ile durumlarından şüphelendikleri, üzerinde yolcu olarak tanık Halil'in de bulunduğu ve maktulün kullandığı motosiklete dur ikazı yaptıkları, yapılan ikaza rağmen durmayan motosikleti takibe başladıkları... motosikletin teknik özellikleri itibariyle maktulün 1 motosikletten üstün olması nedeniyle takip sonucu yakalanabilmesinin mümkün olduğu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'n 5681 Sayılı Yasa ile değişik 16. maddesinde belirtilen silah kullanılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmadığı, Antalya ili Yeşildere Mahallesi 1173. Sokak üzerinde, gündüz sayılan zaman dilimiiçerisinde, saat 15.00 sıralarında, sanığın, kaçan maktulü durdurmak için, maktule doğru iki el ateş ettiği, maktulün ense kısmına aldığı bir adet ateşli silahyaralanması sonucu hayatını kaybettiği olayda; hayati bölgeler hedef alınarak ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinin 2. cümlesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken, suç niteliğinde yanılgıya düşülerek, unsurları oluşmayan olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması.*

---

5 Bkz.Tezcan, Erdem, Önok, s.107,dipnot

6 Yargıtay 1.CD 30.11.2010 t. ve 2565/7628 sayılı ilamı.(www.kazanci.com)

Yargıtay'ın silah kullanma yetkisinde sınırın aşılması hallerini genellikle TCK'nın 87/4 maddesi uyarınca neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak niteliyor olması ise doktrinde eleştirilin bir hususdur.[7] Bu durum TCK md.27/1 maddesinde yer alan hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması hükmünün uygulanmaması sonucunu doğurmakta ve bu maddenin konulma amacına aykırı bir durum oluşturmaktadır. Gerçektende TCK 27 maddesi kast olmaksızın sınırın aşılmış olması durumundan bahsettiğinden dolayı,silah kullanma yetkisi bulunan polisin sınırı aşması durumunda kastın varlığını araştırarak,ölüme sebebiyet veren fiilde kast unsurunu tespit edilebildikten sonra TCK 87/4'e göre hüküm tesis edilmelidir.Kastın ispatlanamadığı hallerde 27/1'e göre hüküm tesis etmek daha adil bir sonuç doğuracağı gibi ve maddenin konuluş amacına da daha uygun olacaktır.

B) Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali:

TCK'nın 25. Maddesinde meşru müdafa ve zorunluluk halleri düzenlenmiş bulunmaktadır. TCK 25/1. Fıkrasında meşru savunma hali " *Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."* denilmek suretiyle meşru savunma halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu ve öldürme eylemi bakımından suçun oluşumundan bahsedebilmek için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir hal olduğu görülmektedir. Eski TCK'da ise md.461'de özel nitelikli bir meşru savunma hükmü bulunmaktaydı. Bu TCK md.461 ve Yargıtay'a[8] göre ise bu özel nitelikli meşru müdafaa hali iki şekilde olabilmekteydi. Buna göre ; a) yol kesmek, dağa kaldırmak, yağma, garet suçlarına teşebbüs edenlere karşı malın savunulması için işlenmesi hali ve b)bu suçların eve ve içinde adam oturur diğer her türlü bina ve eklenetilerine "merdiven kurup çıkanları" veya "duvar delenleri" veya "kapısını kıranları" veya bu bina ve eklentilerine "ateş koyanları" içinde oturanların kişisel güvenlikleri açısından aklen varid bir endişe ve ciddi bir korku var olduğu takdirde defetmek için işlenmesi, olarak belirtilmekteydi. Yeni TCK'da bu hükmün korunmadığı görülmektedir. Fakat Yeni TCK *herhanngi bir hakka yönelik saldırı* içinde meşru savunmayı kabul ederek eski hükmün yerini doldurmuştur.[9] Mevcut madde metnini detaylıca inceleyecek olursak; Kendisinin veya bir başkasının hakkına yönelmiş bir saldırının olması gereklidir. Peki bu sal-

7 Bkz. Gökcen-Balcı,s.65

8 Yargıtay,1.CGK 23.11.1999 tarih ve 1-271/287 sayılı karar;alıntı Tezcan,Erdem,Önok, s.108,dipnot

9 Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s.108,dipnot

dırının, şahsa vereceği zararın meşru müdafaa ile yansıtılmasından doğan ve faile karşı verilmiş olan zararın daha onarılmaz ve büyük olması halinde ne yapılacaktır[10]? Bu konuda şahsi kanaatim, kasten öldürmenin söz konusu olduğu bir halde mağdurun amacı failin fiiline engel olmak olmalıdır. Failin kastının yansıtılarak failin öldürülmesine sebebiyet verilmiş olmasının meşru müdafaa kapsamına girip girmediği hususu detaylıca incelenmelidir. Çünkü mağdurun arasında husumet bulunan fail tarafından, öldürme saiki ile karşı karşıya kaldığı bir durumda bu hali engellemek yerine, kanun hükmünün sağlamış olduğu hukuka uygunluk sebebi de düşünülerek direk meşru müdafaa hükmünün varlığı da gözönüne alınarak failin öldürülmüş olması hususunun söz konusu olabileceği düşünülmelidir. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararında olayın meşru savunma kapsamında bulunduğuna karar verilmekle beraber diğer iki karşı görüşte meşru müdafanın varlığından söz edilip edilemeyeceğinin irdelendiği ve meşru müdafa kapsamında değerlendirilemeyeceği,fiilin mahiyeti göz önüne alındığında kasten yaralama sonucu ölüme sebebiyet verilmiş olmasına dair hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir.[11]Yine TCK'nın 25/1

10 Bkz. Gökcen-Balcı,s.66

11 1-**Yarg. 1. CD** 17.6.2013 t. Ve 1174/4438 saylı ilam- Oluşa ve dosya kapsamına göre; maktul tanık G.'in, dışarıda yemek yiyip alkol aldıkları, G.'in annesi S. ve kızkardeşiG.'in, telefonla sürekli olarak eve gelmesi hususunda G.'i aradıkları, daha sonra gece saat: 02.00 sıralarında G.le maktulün arabayla evin önüne geldikleri, G.'in evin içine girdiği sırada S. ve G.'le tartışmaya başladığı, maktulün, bunun üzerine "G.'ime bir şey yapamazsınız" diyerek arabadan çıkarak G.'i kovaladığı, G.'in, koşarak ablası G.'e ait apartmana girdiği ve kapıyı kapattığı, kapıyı açamayan maktulün giriş camına vurarak kırdığı, geri dönüp maktulün, S.'ye saldırdığı, evinde bir miktar alkol alan sanığın, gürültüler üzerine balkona çıktığında doğan çocuğuyla ilgilenen, eşine yardımcı olan yaşlı komşusu S.'ye maktulün saldırdığını gördüğü ve maktülün saldırılarını engellemek amacıyla koşarak evden sokağa indiği, bu sırada S.'nin saçlarından çekerek duvara yaslayan maktulün, olaya müdahale ettiği için kızdığı sanığa da küfürlü sözlerle hakaret ettiği ve vurmak için yumruk salladığı, bunun üzerine sanığın da maktule bir yumruk vurduğu, darbeden sonra dengesini kaybeden maktulün sırt üstü yere düşmesi sonucu başını sert zemine çarpması suretiyle künt kafa travmasına bağlı kafatası kemik kırıklarıyla birlikte beyin kanaması sonucu öldüğü olayda; her türlü hakkın meşru savunmanın konusu olabileceği hükme bağlayan T.C.K.nun 25/1. maddesi göz önüne alındığında, sanığın, beden bütünlüğüne yönelmiş haksız saldırıyı o andaki koşullara göre saldırıyla orantılı biçimde defetmek zorunluluğuyla eylemi gerçekleştirdiği ve meşru savunmada sınırı aşmadığı anlaşıldığı halde, sanık hakkında 5271 Sayılı C.M.K.nun 223/2 maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi yerine, yazılı şekilde kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi,...

KARŞI OY : 13.03.2012 tarihli Dairemizin bozma kararında belirtilen suç vasfını kabul edip uyan yerel mahkemenin kararında bir isabetsizlik bulunmadığından sayın çoğunluğun sanığın, meşru savunma sınırları içerisinde hareket ettiğinden sanık hakkında 5271 Sayılı C.M.K.nun 223/2 maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

KARŞI OY : Oluşa ve dosya kapsamına göre; maktulün komşusuna saldırdığını gören sanığın, olaya müdahale ettiği, sanığına sinirlenen maktulün, sanığa küfür edip vurmak istediği sırada sanığın, yumrukla maktule vurması sonucu sırt üstü yere düşen ve başını

maddesinde ki hak kavramına da kısaca değinecek olursak, bu madde de belirtilen hakkın, kasten öldürme suçu açısından asıl olarak yaşam hakkı olduğu muhakkaktır. Kasten öldürme suçu ile korunan hukuki değerin yaşam hakkı olduğu da düşünülecek olursa meşru müdafaa sonucunda öldürme eyleminin gerçekleşebilmesi için yaşam hakkının tehlikeye girmiş olması gereklidir. Fakat cinsel suçlar açısından da kasten öldürmenin, meşru müdafaa kapsamına girip girmediğinden bahsedebilir miyiz?- Bu durumla ilgili Yargıtay bir kararında; *gece saat 24.00 sıralarında, kadınlardan ve küçük çocuklardan başka kimsenin bulunmadığı eve tahtadan yapılmış olan tuvalet penceresini kullanarak girecek kadar gözünü karartmış ve makul hareket edemeyecek ölçüde sarhoş olan maktulün, evin içerisinde sanık Aliye Yılmaz'a, sanığın annesi Hatice Arıoğlu'na ve yengesi Satı Arıoğlu'na yönelik olarak cinsel ilişkiye girme istediğini de açıkça ortaya koyan saldırgan hareketlerde bulunup, bahsedilen üç kadının tüm uğraşlarına rağmen saldırılarına son vermeyerek onları zor durumda bırakması ve kadınların güç kullanarakta saldırılara son vermeye muktedir olamamaları sonunda; tamamen saldırıdan kurtulma gayesine yönelik olarak eline aldığı tüfeğe bir fişek koyup, maktule rastgele ateş ederek ölümüne neden olan sanığın, meşru savunmanın sınırını olay sırasında kapıldığı mazur görülebilir korku, panik ve şaşkınlıkla aştığını kabul etmek gerekir. Bu anlamda, evin içerisindeki cesedi gömleğin etekleri pantolonun dışına çıkmış vaziyette bulunan ve bu haliyle belinde silah olup olmadığı net olarak anlaşılamayan maktulün, olay sırasında gerçekten silahlı olup olmaması, sanığın içinde bulunduğu heyecan ve korku göz önünde bulundurulduğunda çok ta önemli değildir. Dolayısıyla sanık 5237 Sayılı Yasa'nın 27/2. maddesine uyan eylemi nedeniyle kusursuz sayılmalı ve kendisine ceza verilmemelidir.*[12]*demek suretiyle* örnek bir kararını aşağıda paylaştık. Bu hususta şahsi kanaatim mağdurun cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen bir suçtan kurtulmasına uygun bir fiil ile meşru savunması sonucunda ölüm meydana gelir ise bu hususunda meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu hususta da katılmadığım noktaları da ihtiva etmek suretiyle ve doktrinde de tartışmalı olan bir görüş ise[13]; "hak" kavramının dar yorumlanması gerektiğine yöneliktir.""*AİHS*"-

sert zemine çarpan maktulün, künt kafa travmasına bağlı kemik kırıklarıyla birlikte beyin kanaması sonucu öldüğü olayda;

Sanığın eylemi, kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğu görüşünde olduğumuzdan sayın çoğunluğun sanığın, meşru savunma sınırları içerisinde hareket ettiğinden, sanık hakkında 5271 Sayılı C.M.K.nun 223/2. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

12 Yargıtay CGK, 26. 2.2008 tarih ve 2008/37 K. Sayılı ilamı (www.kazanci.com)

13 Otacı,Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları,Ankara 2009 - Aktaran Gökcen – Balcı,s.65,66

nin 2.maddesinin meşru savunmayı, "mal için değil, sadece vücut bütünlüğü anlamından hayatı korumak için" kabul ettiği dikkate alınarak Anayasamızın 17/4 ve 90. maddeleri, AİHS'in 2/2. maddesiyle birlikte okunmak suretiyle, 25. maddedeki "hak" kelimesini, üst normlara uygun olarak daraltıcı şekilde yorumlamak gerekir. AİHS'in 2/2 maddesi ile Anayasamızın 17/4. Maddesinde sayılan hususlar, örnekleme değil, katı yorumlanması gereken ve sayma yoluyla belirlenen istisnalardır. Bu nedenle sınırlama yapılmadan her türlü hakkın korunması amacıyla yapılan savunmanın meşru savunma kabul edilmesi sözleşmeye uygun olmadığı gibi kanaatimizce Anayasamıza da uygun değildir." "

Kasten öldürme suçunun, ceza yargısında ki en ağır yaptırımı olan suçlardan olması ve en temel hak olan yaşam hakkını koruyor olması ile beraber diyebiliriz ki ceza yargılamasının ve ceza muhakemesinin en irdelenmesi gereken hususlarından biri olmalıdır. Bu hususta ise uygulamanın sıhhatinin mahkemelerce sağlanacağı gerçeği, meşru savunmanın uygulamada ki tartışmalarının ise muhakeme hukukunun konusuna girdiği açıktır.

Zorunluluk hali ise TCK'nın 25/2 maddesinde düzenlenmiştir.

"Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."

Zorunluluk halinin ise hukuka uygunluk unsuru ile mi yoksa kusurluluk ile mi alakalı olduğu hususu Türk Hukuku'nda tartışma konusudur. Türk Hukuku'nda bazı görüşler zorunluluğun hukuka uygunluk sebebi ile alakalı olduğu hususudur. Bir diğer görüş ise zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğuna yöneliktir. Mevcut iki görüşün haricinde ise uygulamanın zorunluluk açısından durumun özelliğine göre hem kusurluluğu etkileyen bir hal olarak hem de hukuka aykırılığı kaldıran bir hal olarak karşımıza çıkabileceği görüşüdür.[14]"*Alman CK m. 49/3'e göre, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike halinde, korunan hukuki değer, vazgeçilen hukuki değere önemli ölçüde ağır basıyorsa, bu halde kendini ya da bir başkasını korumak için suç olarak gösterilen bir fiili işleyen failin, hukuka aykırı hareket etmeyeceği ifade*

14 Bkz. Olgun, Eser,KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN TÜRK-ALMANKARŞILAŞTIRMALI CEZA HUKUKUBAKIMINDAN İNCELENMESİ;,MÜHFAD,C:19, Sayı:2, 2013 İstanbul

edilmiştir. Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin düzenlendiği Alman CK m. 35'te ise, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlikenin varlığı halinde, kendisini, ailesini ya da bir yakınını korumak için suç olarak düzenlenen bir fiili işleyen failin, kusurunun ortadan kalkacağı zikredilmektedir. İki maddenin birlikte okunması sonucunda; korunan hukuki değerin, vazgeçilen hukuki değere önemli ölçüde ağır basması halinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi sayılacağı, korunan hukuki değer ile vazgeçilen hukuki değer arasında önem bakımından ciddi bir fark olmadığında ya da eşitlik olduğunda ise, kusurluluğu etkileyen bir zorunluluk halinin mevcut olacağı anlaşılmaktadır.[15]" Şahsi kanaatimde bu hususta zorunluluk halinin kusurluluktan ziyade hukuka uygunluk halini oluşturacağı yönündedir. Zira hukuka aykırılık hali suçun oluşması bakımından zaruridir. Hukuka aykırılıktan bahsedilemiyor ise suçun unsurları oluşmamış demektir. Fakat kusurluluk hali kapsamında değerlendirilecek olursa zorunluluk hali,suçun oluşmuş olduğu kabul edilecek fakat failin cezalandırılmasının önüne geçilmiş olunacaktır.Bu durum ise şahıs tarafından suçunun sabit olması ile ağır bir yük oluşturacağı gibi mağdur olan taraf açısından da hukuki güvenlik duygusunu zedeleyecektir. Bu durumdan ayrı olarak ise kusur ve hukuka aykırılık tartışması yapmak her olay açısından vakit kaybına neden olacaktır. Bu nedenle hukuka uygunluk hali ile zorunluluk halinde adam öldürme fiilinin bir suçu teşekkül ettiremeycek olması ile daha sonradan yeniden kusurluluk ve diğer haller için değerlendirme yapılmasına gerek kalmayacaktır.

C) İlgilinin Rızası:

TCK'nın 26/2. maddesinde

"*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*"

Hukuka uygunluk sebebi olarak bir suçun değerlendirilebilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olması gerekiyor.[16] Öldürme suçu açısından korunan değer yaşam hakkıdır. Gerek Anayasa ve gerekse uluslararası sçzleşmeler,ölme hakkını değil,yaşama hakıkını garanti altına almış bulunmaktadır.[17]Yaşam hakkı ise kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak değildir. Çünkü yaşam hakkı kişiye özel bir görüntü vermekle be-

15 "Olgun, Eser Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman karşılaştırmalı Ceza Hukuku bakımından İncelenmesi; C:19, Sayı:2, 2013 İstanbul

16 Bkz.Gökcen – Balcı, s.69

17 Tezcan, Erdem, Önok, s.109

raber kamusal bir hak olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, ilgilinin rızasının bulunması öldürme suçlarından hukuka aykırılığı kaldıran bir durum teşekkül etmemektedir Baştan belirtmek gerekir ki Türk Hukuku açısından ötenaziyi Yargıtay ;*...mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötenazi, kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır*[18] *diyerek değerlendirmektedir* ve talep üzerine öldürülme halleri de TCK m.81 kapsamında değerlendirilmektedir. Kısaca ötenazi ve talep üzerine öldürülme konularına değinecek olursak;

Ötenazi, iyileşmesi olanağı günümüz tıp bilimi verilerine göre bulunmayan ve kurtuluşu olanaksız olan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken kişinin çekmekte olduğu acı ve ızdıraplardan kurtarılması amacıyla kendi özgür iradesiyle beyan ettiği rızası üzerine tıbbi yollarla öldürülmesi ya da tıbbi desteğin kesilmesiyle ölüme terk edilmesidir[19].Ötenazi; aktif, pasif ve dolaylı ötenazi olmak üzere üç çeşittir. İcrai bir hareketle hastanın ölümünün gerçekleştirilmesi hali aktif ötenazidir. Hastayı iyileştirmek için gereken müdahalelerin yapılmaması suretiyle olan ötenazi ise pasif ötenazidir. Dolaylı ötenazi ise kişinin kendi hür iradesi ile kendi ölümüne karar vermesinin suç olmadığı bir durumda, öldürme fiiline iştirak edenin de sorumlu olmadığı ötenazi şeklidir.

Talep üzerine öldürme ise ötenaziden farklı bir durumdur. Talep üzerine öldürme halinde ötenazi gibi iyileşmesi imkansız olan hastanın acılarını dindirmekten farklı bir saikle hareket etmekte mümkündür. Kişinin ruhsal bunalımları, psikolojik durumu hatta maddi durumu dahi talep üzerine öldürmeye saik teşkil edebilir. Ötenaziyi yalnız hekim gerçekleştirebilecekken talep üzerine öldürme herkes tarafından gerçekleştirilebilir.[20]

KAYNAKÇA

- Artuk (Mehmet Emin)/ Gökcen (Ahmet)/ Yenidünya (Ahmet Caner), Ceza Hukuku Özel
- Hükümler, Turhan Kitabevi, 2013
- Centel (Nur)/ Zafer (Hamide)/ Çakmut (Özlem), Kişilere Karşı Suçlar, 2007
- Tezcan (Durmuş)/ Erdem (Mustafa)/ Önok (Murat), Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2008
- Tezcan (Durmuş)/ Erdem (Mustafa)/ Önok (Murat), Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 2006
- Gökcen(Ahmet) /Balcı(Murat) Kasten Öldürme Suçları (TCK m.81-83),Ankara 2013,Seçkin Yayıncılık.
- www.kazanci.com
- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi

18 Yargıtay,CGK,1.2.2005 tarih ve 2005/3 K. sayılı ilamı.(www.kazanci.com)

19 Centel,Zafer,Çakmut,s.29

20 Tezcan, Erdem, Önok, s.110

HÜKÜMLÜNÜN OY KULLANMA HAKKI

Av. Işıl ARAL

Oy kullanmak, kişinin kendini yönetecek olan yapıya ilişkin görüşünü belirtmesini sağlayan temel insan haklarından biridir ve demokrasinin en temel unsurlarından birini oluşturur. Bu nedenle, oy kullanma hakkı günümüzde uluslararası insan hakları sözleşmeleri, devletlerin anayasaları ve kanunlarında açık bir şekilde yer alan bir haktır. Ancak çoğu insan hakkında söz konusu olduğu gibi, oy kullanma hakkı da belli hallerde, bazı kısıtlamalara tabi tutulabilmektedir ve sınırsız bir hak değildir. Oy kullanma hakkının kısıtlandığı hallerden biri kişinin hükümlü olmasıdır. Bu yazı, hükümlü bir kişinin oy kullanma hakkına dair düzenlemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını, uluslararası hukuk ve Türk hukuku bağlamında değerlendirecektir.

Türk Hukuku

Türk mevzuatında oy kullanma hakkı anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 67. maddesi uyarınca on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halk oylamasına katılma haklarına sahiptir. Maddenin devamında, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç, cezaevinde bulunanların oy kullanamayacağı belirtilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde hükümlünün belli haklardan yoksun edileceği belirtilerek, kasıtlı bir suç işleyen kimsenin hapis cezasına mahkum olmasının sonucu olarak seçme ve seçilme hakları ile diğer siyasi haklarını kullanmaktan yoksun bırakılacağı belirtilmektedir. Hak yoksunluğu kişinin mahkum olduğu hapis cezasının infazının sona ermesine kadar geçerli olacaktır. Oy kullanma hakkındaki bu sınırlama hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlü hakkında da aynı şekilde geçerlidir. Bu sınırlamanın istisnası 53. maddenin 4. fıkrasında belirtilmektedir: oy kullanma hakkından yoksun kalma, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş kişiler hakkında uygulanmayacaktır.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, Türk ceza hukuku uyarınca, yalnızca kasıtlı bir suç işleyen kimse oy kullanma hakkından mahrum bırakılmakta, taksirli suçlarda böyle bir uygulamaya gidilmemektedir. Dolayısıyla, oy kullanma hakkına müdahale kişinin suç işlemesi halinde kusurun türüne göre belirlenmektedir. Kasten işlenen suçlarda ise, bir ayrıma gidilmemekte, suçun türü, cezanın ağırlığı, failin şahsi durumuna

bakılmaksızın her türlü suç teşkil eden fiili kapsayacak şekilde bir hak yoksunluğu öngörülmektedir.

Uluslararası Sözleşmeler

Uluslararası birçok sözleşmede oy kullanma hakkı güvence altına alınmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 21. maddesinde herkesin serbestçe seçilmiş temsilciler aracılığıyla yönetime katılma hakkı olduğu, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 25. maddesinde ise her yurttaşın genel, eşit ve gizli oyla belirli dönemlerde yapılan, seçmenlerin iradelerini özgürce ortaya koymalarını garanti eden gerçek seçimlerde oy kullanma ve seçilme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesinin 13. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, Her vatandaş, yasanın öngördüğü hükümler uyarınca doğrudan ya da özgür olarak seçilmiş temsilcileri aracılığı ile, ülkesinin yönetimine özgür olarak katılma hakkına sahip olacaktır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 23. maddesinde de seçmenin düşüncelerini özgür bir şekilde ifade etmesini sağlayan seçimlerde oy kullanma ve seçilme hakkına sahip olduğunu belirtilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Venedik Komisyonu'nun İlgili Düzenlemeleri

Türkiye'yi yakından ilgilendiren diğer bir sözleşme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir (AİHS). AİHS'nin 1. Ek Protokolünün serbest seçim hakkı başlıklı 3. maddesi uyarınca sözleşmeci taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler demektedir. Bu madde uyarınca görülen önemli davalar ve bu davalar sayesinde oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı Türkiye açısından büyük öneme sahiptir.

Avrupa Konseyi'nin anayasal konularda danışma organı olarak görev yapan Venedik Komisyonu'nun 5-6 Temmuz 2002 tarihinde 51. oturumunda kabul ettiği ve daha sonra Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisine sunduğu dokümanda ancak belli şartların bulunması halinde kişinin oy kullanma hakkının sınırlandırılabileceği belirtilmektedir. Bu şartlar uyarınca, oy kullanma hakkından mahrum edilme; sınırlamanın kanunla belirlenmesi, orantılılık ilkesinin gözetilmesi, sınırlandırmanın ciddi bir suç nedeniyle ceza mahkumiyetine dayanması ve bu sınırlandırmanın bir mahkeme kararı ile açık bir şekilde hüküm altına alınmış olmasına bağlı olmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

Hirst (2)/İngiltere Kararı

AİHM'in Sözleşmenin 1. Ek Protokolünün 3. maddesi çerçevesinde verdiği en önemli kararlardan biri 2005 tarihli Hirst (2)/İngiltere kararıdır.[1] Bu kararda, başvurucu, adam öldürme suçu nedeniyle müebbet hapis cezasına çarptırılmış bir İngiliz vatandaşıdır. Başvurucu, İngiltere'de herhangi bir ayrım yapılmaksızın tüm hükümlülerin oy kullanma hakkından mahrum bırakılmalarını AİHS'in 1. Ek Protokolünün 3. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

AİHM, öncelikle söz konusu maddede yer alan oy kullanma hakkının gerçek bir demokrasi ve hukukun üstünlüğünün vazgeçilmez bir şartı olduğunu ve bu hakkın imtiyaz değil temel bir hak olduğunu belirtmiştir. Bununla beraber, Mahkeme 3. maddede yer alan hakkın mutlak bir hak olmadığını ve sınırlamalara tabi tutulabileceğini eklemektedir. Bu konuda sözleşmeci devletlere tanınan takdir yetkisini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Ancak oy kullanma hakkına getirilecek her türlü sınırlama meşru ve orantılı olmalı, hakkın özüne dokunmamalıdır. Sınırlama, seçmenlerin özgür bir şekilde düşüncelerini dile getirmelerini engellememelidir. Bu hakkın zedelenmesi, yasama organının ve bu organ tarafından çıkarılan yasaların demokratik geçerliliklerini yitirmesi anlamına gelecektir.

Hükümlüler ile ilgili olarak, Mahkeme bu kişilerin de özgürlük hakkı dışında (hukuki bir şekilde bu haktan mahrum edilmeleri halinde) tüm Sözleşme haklarından faydalanmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, bir kişinin sırf hükümlü olması nedeniyle, tüm Sözleşme haklarından mahrum olacağı gibi bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Mahkeme, seçim hakları konusunda sınırlamalara gidilebileceğini, örnek olarak, bir kamu görevini suistimal eden, demokratik temelleri veya hukukun üstünlüğünü zedeleyecek davranışta bulunan kişilerin bu haklarının kısıtlanabileceğini belirtmektedir.

Mahkeme, İngiltere'de oy kullanma hakkının tüm hükümlüler için geçerli olduğunu dikkat çekmektedir. Bir günlük hapis cezası ile müebbet hapis cezası ya da basit suçlar ve daha ciddi suçlar arasında herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Sözleşmeci devletlerin uygulamalarına bakıldığı takdirde, her devletin bu konudaki uygulaması farklı olmakla beraber, hükümlülere oy kullanma konusunda kesin bir yasak getiren tek söz-

1 AİHM, Hirst (2)/İngiltere, 74025/01, 6.10.2005, Büyük Daire.

leşmeci devlet İngiltere değildir. Mahkeme Avrupa Konseyi ülkelerini üç gruba ayırmıştır. Buna göre, hükümlülerin oy kullanma hakkına sahip olduğu 16 ülke: Arnavutluk, Bosna Hersek (Uluslararası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi tarafından verilen bir ceza söz konusu olmadığı sürece), Kıbrıs (seçim tarihinde cezaevinde olmamak şartıyla), Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Makedonya, İzlanda, Lituanya, Portekiz, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre ve Ukrayna. Hükümlülerin bazı hallerde oy kullanma hakkına sahip olduğu 13 ülke: Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Norveç, Polonya, Romanya, Türkiye. Hükümlülerin hiçbir şekilde oy kullanamadığı 13 ülke: Ermenistan, Azerbaycan, Bulgaristan, Estonya, Gürcistan, İrlanda, Macaristan, Letonya, Lihtenştayn, Moldova, Rusya, Slovakya ve İngiltere.

Mahkeme Avrupa Konseyi dışından ülkelerden de örnekler sunmaktadır. Bu ülkelerden biri olan Kanada'da 1992 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi bütün hükümlüleri oy kullanma hakkından mahrum eden bir yasayı oy birliği ile geri çevirmiştir. Yasada yapılan değişiklik ile iki seneden fazla hapis cezası alan kişilerin bu haktan yoksun bırakılması öngörülmüştür. Ancak bu yasa da Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nda yer alan oy kullanma hakkı ve temel hakların ancak meşru nedenlerle kısıtlanabileceği ilkesine aykırı bulunarak benzer şekilde geri çevrilmiştir.

Güney Afrika'da ise Anayasa Mahkemesi 1999 yılında verdiği bir karar ile, tüm hükümlülerin oy kullanma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Hükümlülerin yaptıkları bir başvuru sonucu konuyu değerlendiren Mahkeme, oy kullanma hakkının Anayasada yer aldığını, hakların meşru ve orantılı şartlar dahilinde sınırlandırılabileceğini, ancak oy kullanma hakkı konusunda böyle bir sınırlandırmanın bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, açık bir sınırlandırmanın bulunmadığı takdirde, Devletin bu hakkın yerine getirilmesi için pozitif yükümlülükleri olduğunu ve hükümlülerin oy kullanması için gerekli alt yapıyı sağlaması gerektiğini belirtmiştir.

AİHM, ülkelerin mevzuatları arasındaki bu farka dikkat çekerken, takdir yetkisinin burada da dikkate alınması gerektiğini ancak bu takdir yetkisinin hak üzerinde ülkenin istediği gibi tasarrufta bulunabileceği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mahkemenin görüşü uyarınca, sözleşmeci devlet İngiltere tarafından hükümlüler hakkında, oy kullanma hakkına getirilen sınırlamanın otomatik olarak, kişinin şahsi durumuna, aldığı cezanın uzunluğuna, suçun önemi ve ağırlığına bakılmaksızın uygulan-

ması devletlere tanınan takdir yetkisini aşan bir durum haline gelmiştir. Sonuç olarak Mahkeme Büyük Dairede görüşülen bu davada, söz konusu sınırlandırmanın Sözleşmenin 1. Ek Protokolünün 3. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle 12'ye karşı 5 oyla ihlal kararı vermiştir.

Frodl/Avusturya

Mahkeme 2010 tarihli Frodl/Avusturya kararında[2], Hirst kararına benzer şekilde karar vermiştir. Başvurucu adam öldürme nedeniyle müebbet hapis cezasına çarptırılmış bir kişidir. Avusturya kanunları gereğince, kasıtlı işlenen bir suç nedeniyle 1 yıldan fazla hapis cezasına çarptırılan kişiler, oy kullanma haklarından mahrum bırakılmaktadır. Mahkeme, oy kullanma hakkından mahrumiyetin yalnız dar sınırlarla belirlenmiş, önemli bir suç nedeniyle, uzun süreli hapis cezasına mahkum olanlar için geçerli olması gerektiğini tekrarlamıştır. Mahkumiyetin gerekçeleri ile, oy kullanma hakkından mahrumiyet arasında doğrudan bir bağ bulunmalıdır. Mahkeme aynı zamanda, bu mahrumiyet kanunun uygulanması ile değil, yargılama işlemleri sonrası hakim tarafından verilen bir karar ile elde edilen bir sonuç olması gerektiği ilkesinin altını çizmiştir.

Mahkeme Avusturya'da hükümlüler hakkında oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamaların İngiltere'deki kadar kapsamlı olmadığını, sadece bir seneden fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar için uygulanabildiğini belirtmektedir. Ancak Mahkeme, Avusturya'nın da Hirst kararında belirtilen kriterlere uymadığını belirtmiştir. Bu kriterler, oy kullanma hakkından mahrumiyetin bir istisna olarak, hakim tarafından olayın özellikleri değerlendirilerek verilmesi ve işlenen suçla, seçimler ve demokratik kurumlar arasında bir bağ olması gerektiğidir. Bu kriterler sayesinde, hak mahrumiyeti istisna bir hal olarak, gerekçeleriyle ortaya konmaktadır. Orantılılık ilkesi hak mahrumiyeti ile kişinin hareketleri ve olayın özellikleri arasında bir bağ olmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak söz konusu davada, böyle bir bağ bulunmamaktadır. Bu nedenle, Mahkeme, Avusturya'nın AİHS'in 1. Ek Protokolünün 3. maddesini altıya bir oyla ihlal ettiğine karar vermiştir.

Greens ve M.T./İngiltere

AİHM, 2010 tarihli diğer bir kararı olan Greens ve M.T./İngiltere davasında[3], İngiltere'nin Hirst kararında olduğu gibi AİHS 1. Ek Protokolün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2 AİHM, Frodl/Avusturya, 20201/04, 8.4.2010.

3 AİHM, Greens ve M.T./İngiltere, 60041/08, 60054/08, 23.11.2010.

Mahkeme ayrıca, İngiltere'nin Hirst davasında verilen ihlal kararına ilişkin yasal düzenlemeye gitmeyerek, ihlal konusu olan yasaları aynı şekilde uygulamaya devam etmesi nedeniyle, Mahkeme'ye aynı konuda yaklaşık olarak 2500 başvuru yapıldığını, yasal düzenleme yapılmaksızın geçen her seçimde de ihlal sayısının artması nedeniyle, başvuru sayılarının da aynı şekilde artacağını belirtmiştir. Mahkeme İngiltere'nin ilgili yasal düzenlemeyi yapmamasının, Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinin ihlali bir yana, aynı zamanda Sözleşme sisteminin gelecekteki etkinliğine karşı da bir tehlike oluşturduğunu ifade etmiştir. Hirst kararında, AİHM yapılması gerekli olan yasal düzenlemenin içeriğine dair bir açıklamada bulunmamış olsa da, bu konudaki uzun süreli gecikme bir zaman çizelgesinin Bakanlar Komitesi tarafından oluşturulması gerekliliğine işaret ettiğini belirtmiş ve İngiltere'ye gerekli yasal düzenlemenin yapılması için altı aylık bir süre tanımıştır.

Belirtilen nedenlerle, kabul edilebilirlik şartlarını sağlayan ve İngiltere'ye karşı Sözleşmenin 1. Ek Protokolünün 3. maddesine ilişkin her başvuru, bir ihlal kararı ile sonuçlanacaktır. Mahkeme AİHS'in tüm sözleşmeci devletlerin Mahkeme kararıyla bağlı olduğunu belirten 46. maddesine dayanarak Hirst/İngiltere kararını pilot karar kabul ettiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, bu konuya ilişkin her olayın tek tek incelenmesi gerekmemektedir. Bu konudaki tek çözüm yolu ilgili yasanın değişmesidir. Bu nedenle de Mahkeme İngiltere'ye öngörülen altı aylık yasal değişiklik yapma süresini de göz önünde bulundurarak, Mahkeme'nin dosya sayısı nedeniyle yaşadığı yoğunluk da dikkate alınarak, bu konuda yapılacak başvuruların değerlendirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, daha önce belirttiği kriterlerin her dosyada tekrarlanmasının Sözleşme çerçevesindeki hakların korunması konusunda ek bir fayda sağlamayacağı görüşündedir. Sonuç olarak Mahkeme, bu konudaki başvuruları İngiltere gerekli yasal değişiklikleri yapıncaya dek incelememe kararı almıştır. Mahkeme, ilgili devletin, gerekli yasal düzenlemeyi yapmaması halinde, incelemeye almadığı tüm davaları sonuçlandıracağını da belirtmiştir.

Scoppola/İtalya

AİHM, 2012 tarihli Scoppola/İtalya davasında[4] daha önce incelenen diğer üç kararının aksine, İtalya'da hükümlülerin oy kullanma haklarını düzenleyen yasal çerçeveyi Sözleşmeye aykırı bulmamıştır.

Söz konusu davada, başvurucu adam öldürme ve diğer birkaç suç ne-

4 AİHM, Scoppola/İtalya, 22.5.2012, 126/05, Büyük Daire.

deniyle müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, her ülkede hükümlülerin oy kullanma hakkına ilişkin düzenlemelerin farklı olduğunu bir kez daha hatırlatmıştır. İtalya'da hangi suçlar ve hangi cezalar için hükümlülerin bu haktan mahrum edileceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, yasa koyucunun bir hak mahrumiyeti söz konusu olduğunda, her olayın kendi özelliklerine göre durumun değerlendirilmesi konusundaki hassasiyetini göstermektedir. Düzenleme ayrıca, hak mahrumiyetinin ne şekilde uygulanacağı konusunda da detaylı olarak bilgi vermektedir. Bu nedenle, İtalya'da birçok hükümlü meclis seçimlerinde oy kullanabilmektedir. Ayrıca, bu haktan tamamen mahrum bırakılanların, bu hakkı daha sonra tekrar elde etmeleri de mümkün kılınmıştır. Bu düzenleme, İtalya'nın hükümlülerin oy kullanma hakkı konusunda sert bir tutum içerisinde olmadığını ve kendisine tanınan takdir yetkisinin de dışına çıkmadığını göstermektedir. Sonuç olarak Mahkeme Büyük Daire'de görülen bu davada, on altıya bir oyla Sözleşmenin 1. Ek Protokolünün 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Söyler/Türkiye

AİHM, Eylül 2013 tarihinde hükümlülerin oy kullanma hakkı konusunda Türkiye ile ilgili bir dosyayı karara bağlamıştır.[5] Mahkeme öncelikle Türkiye'de kasıtlı bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkum olanların, cezası ertelenenlerin ve koşullu salıverilenlerin oy kullanma hakkından cezalarının infazı sona erene kadar mahrum edildiğini açıklamaktadır.

Öncelikle Mahkeme, hapis cezası ertelenenlerin dahi oy kullanma hakkından mahrum edilmesi nedeniyle, Türkiye'deki uygulamanın Mahkemenin daha önce incelediği ülkeler olan İngiltere, Avusturya ve İtalya'dan dahi daha ağır şartlar içerdiğini belirtmektedir. Kararda ayrıca, söz konusu hak mahrumiyetinin yasanın doğal bir sonucu olduğu ve bunun yargı mercilerinin takdirine bırakılmadığı ifade edilmektedir. Mahkeme daha önceki kararlarında belirttiği gibi, Türkiye'nin de hükümlülerin oy kullanma hakkını düzenlerken, işlenen suçun ağırlığı, verilen cezanın uzunluğunu ve failin şahsi durumunu dikkate almadığını açıklamaktadır. Türkiye'de hükümlüler arasında yalnızca suçun taksirle mi yoksa kastla mı işlendiğine bakılarak oy kullanma hakları konusundaki durumun belirlenmesi, hakkın özünü koruyan bir düzenleme değildir. Bu düzenleme uyarınca, kasten işlenen çok basit bir suç nedeniyle bile hapis cezasına mahkum olan bir kişi oy kullanma hakkından mahrum edilmektedir. Bunların yanı sıra, Mahkeme başvurucunun hareketleri ile bu haktan

5 AİHM, Söyler/Türkiye, 17.9.2013, 29411/07.

mahrum edilmesi arasında rasyonel bir bağın da bulunmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla, Sözleşme çerçevesinde hayati bir öneme sahip olan oy kullanma hakkına dair böylesine geniş bir sınırlama öngörülmesi Mahkeme nezdinde devletlere tanınan takdir yetkisini aşmaktadır. Mahkeme, oy birliği ile Türkiye'nin Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Anchugov ve Gladkov/Rusya

Mahkeme, 2013 tarihli Anchugov ve Gladkov/Rusya kararında[6], daha önceki kararlarında belirlediği kriterleri tekrar ederek, Rusya'nın Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Rusya Anayasasında, hükümlülerin oy kullanamayacağı belirtilmektedir. Mahkeme öncelikle, sözleşmeci devletlere ait her türlü yasal düzenlemenin, anayasalar dahil olmak üzere AİHS'e uymak zorunda olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, söz konusu hak mahrumiyetinin anayasa metninde yer alıyor olması, bu durumun Mahkeme tarafından değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir.

Tüm bunların yanı sıra, Rusya hiçbir ayrım gözetmeksizin tüm hükümlülerin oy kullanma hakkından mahrum olacağını belirtmektedir. Ancak, Mahkeme'nin daha önceki kararlarında da belirttiği üzere, suçun ağırlığı, cezanın uzunluğu ve failin şahsi durumu göz önünde bulundurulmaksızın böylesine geniş bir hak kısıtlamasına gidilmesi, devletlere tanınan takdir hakkının sınırlarını aşmaktadır. Mahkeme oy birliği ile Rusya'nın Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Sonuç Olarak

Hükümlülerin oy kullanma haklarından mahrum edilmeleri halinde, demokrasinin temel yapı taşlarından biri olan seçimlerde söz sahibi olma olanağını da kişilerin elinden alınmaktadır. Oy kullanmak, ifade özgürlüğünün bir yansıması olarak, kişinin kendisini yönetecek olan yapıyı en az dört belki beş seneliğine seçme hakkını yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Temsili bir demokraside, oy kullanma hakkı büyük bir öneme sahiptir ve bu hakkı sınırlandıran haller meşru temellere dayanmalıdır. Türkiye'de olduğu gibi, kasıtlı bir suç işleyen herkesin bu haktan mahrum edilmesi, hakkın özüne dokunur şekilde orantısız bir uygulamaya neden olmaktadır. AİHM'in de belirttiği üzere, bu hak kısıtlanırken, hükümlünün işlediği suçun ağırlığı, aldığı cezanın uzunluğu, olayın özellikleri ve failin şahsi durumu göz önünde bulundurulmalıdır.

Hükümlülerin oy kullanma hakkına dair AİHM'in Hirst kararı, İngiliz

6 Anchugov ve Gladkov/Rusya, 4.7.2013, 11157/04, 15162/05.

hükümetinin ihlal kararına gösterdiği tepki nedeniyle uzun süre gündemde kalmış ve çok tartışılan bir karar olmuştur. İngiltere, Mahkeme'nin kendine tanınan yetkilerin dışına çıkarak, ülkelerin iç işlerine karışır hale geldiğini, iç hukuk düzenlemelerine dair bu kadar detaylı bir hükümde bulunamayacağını söylemiş ve Mahkeme'nin görevlerini gözden geçirmek gerektiğini ifade etmişlerdir.[7]

Oy kullanma hakkı hükümlü ile toplum arasındaki bağı temsil etmektedir.[8] Bu nedenle hükümlünün tecrit edilmeden, toplumla olan bağının korunabilmesi için oy kullanma hakkına sahip olması büyük önem taşımaktadır. Aynı şekilde, hükümlü olan kişi toplumdan uzaklaştırılmış olsa da, aynı toplum içerisinde olduğu gibi kendisini yöneten bir yapı bulunmaktadır. Bu nedenle, hükümlünün kendisi cezaevinde olduğu süre boyunca, cezanın infazını, infaz koşullarını, cezaevinin yönetimini, cezaevindeki yaşam koşullarını belirleyecek olan, bu konularda yasa çıkarma ve mevcut durumu iyileştirme olanağına sahip olacak yapıyı seçme hakkına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, hükümlü hiçbir şekilde kendi düşüncesini oy kullanarak dış dünyaya yansıtamazsa, kendi seçmediği bir politik yapının yönetimine tabi olacaktır. Bu durum da şüphesiz ki günümüzdeki demokrasi anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

AİHM içtihadı göz önünde bulundurulduğu takdirde, Türkiye'de hükümlülerin oy kullanma hakkını düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin değişmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda yapılacak değişiklik ile, yalnız taksirli suçlar değil, suçun ağırlığı ve cezanın uzunluğuna göre kasıtlı suçlarda da bazı hükümlülerin oy kullanma hakkına sahip olmaları yasal güvence altına alınmalıdır. AİHM içtihadının zorunlu kıldığı diğer bir özellik ise, bu hak mahrumiyetinin kanun tarafından belirlenmesi yerine, her olayın kendi özelliklerinin değerlendirilebilmesi için, yargılama sonunda yapılacak inceleme ile bu durum hakkında hakimin karar vermesine yöneliktir. Bu nedenle de, Türk Ceza Kanunu'nda yapılacak değişiklik sonucu, hak mahrumiyetinin kanundan kaynaklanan otomatik bir uygulama olmaması, hakime bu konuda takdir yetkisi tanınması gerekmektedir. Bu yasal değişiklikler yapılmadığı sürece Söyler/Türkiye davasında olduğu gibi Türkiye AİHM önünde daha bir çok ihlal sonucu ile karşı karşıya kalmaya devam edecektir.

Nitekim, 30 Mart 2014 yerel seçimleriyle ilgili olarak, Yüksek Seçim

7 http://www.theguardian.com/law/afua-hirsch-law-blog/2011/feb/09/uk-civil-liberties-constitution (son erişim 17.3.2014).

8 Eylem Aksoy Retornaz, Hükümlünün Oy Kullanma Hakkı, Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, Sayı: 5, s. 11.

Kurulu 21.12.2013 tarihinde aldığı bir karar[9] ile tüm AİHM içtihadını hükümlülerin oy kullanma hakkı açısından incelemiş ve Türk mevzuatının genel bir yasak getirerek, AİHM tarafından belirlenen, hakkın sınırlandırılması konusundaki kriterleri dikkate almadığı gerekçesiyle, Sözleşmeye aykırı hükümler içerdiğini belirtmiştir. Aynı zamanda, Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan hüküm gereği, uluslararası sözleşmelerde yer alan temel hakların, yerel mevzuat uyarınca daraltılması halinde, uluslararası antlaşmaların dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Karar bu nedenle, her ne kadar Türk Ceza Kanunu 53. maddesinde hükümlüler hakkında genel bir sınırlandırma getirse de, AİHM içtihatları göz önünde bulundurularak 30 Mart 2014 tarihinde gerçekleşen yerel seçimlerde: "kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkındaki mahkûmiyet hükümleri hariç olmak üzere, kişilerin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak uygulanması gereken hak yoksunluklarına ilişkin mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olmakla birlikte, henüz cezaevine alınmayan ve ceza infaz kurumuna alındıktan sonra koşullu olarak salıverilen, ancak hak ederek tahliye süresi dolmayan hükümlüler ile mahkemesince uzun süreli cezası ertelenmesi nedeniyle cezaevinde bulunmayan hükümlülerin bu süre içerisinde yapılacak olan seçimlerde oy kullanmalarının mümkün olduğuna, bu durumda olan hükümlülerin seçmen kütüğüne kayıt usulünün Örnek 140/I sayılı Genelge'de gösterilmesi gerektiğine" karar vermiştir.

Yüksek Seçim Kurulu bu kararı ile, yasal düzenlemelerde yer almadığı halde, AİHM tarafından belirlenen kriterleri gözeterek, mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olmakla birlikte, henüz cezaevine bulunmayan, koşullu salıverilen, ancak tahliye süresi henüz dolmamış olan hükümlüler ile uzun süreli hapis cezasının ertelenmesi nedeniyle cezaevinde bulunmayan hükümlülerin oy kullanmasına izin vermiştir. Yüksek Seçim Kurulu'nun almış olduğu bu karar, AİHM içtihadının doğrudan Türk iç hukukunda uygulanmasına bir örnek teşkil etmektedir. Bu kararla, kasıtlı suçtan mahkum olanları kapsamasa dahi, diğer bazı haller için hükümlülere oy kullanma hakkının tanınmış olması, Türk mevzuatının AİHS ile uyumlu hale getirilmesi açısından önemli bir adım olarak değerlendirilebilecektir.

9 Yüksek Seçim Kurulu, karar no: 590, 21.12.2013, resmi gazete sayısı: 28868, 31.12.2013.

ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARINI ÖNLEME POLİTİKALARI

Av. Gülşah GÜVEN[1]

Giriş

Dünya ülkelerinin genelinde ya da uluslararası metinlerde çocuk kavramı farklı yaş gruplarını dikkate alarak tanımlanmış olsa da tartışmasız herkes tarafından kabul edilecek en genel tanımı ile çocuk; sosyal, duygusal, ekonomik, fiziksel açılardan güçsüz ve yetişkinlere bağlı olan konumdadır[2]. Her ne kadar uzun yıllar boyunca uluslararası alanda çocuk haklarının ayrıca değerlendirilmesi ve çocuk haklarının da en temel insan haklarından biri olduğunun kabul görmesi zaman almış olsa da çocuk istismarının yaygınlaşması ile uluslararası alanda da çocukların korunması konusuna büyük bir önem verilmiştir [3].

Gerek uluslararası alanda ve gerekse devletlerin iç hukuklarında çocukların korunması ve özellikle çocuk istismarı konusunda çeşitli düzenlemelerin mevcut olmasına rağmen cinsel, fiziksel ya da psikolojik olarak gerçekleştirilen çocuk istismarı, çocuk fahişeliği, çocuğun fuhuşa yönlendirilmesi, çocuk turizmi, bir parafili türü olan pedofil eylemlerin oranlarının tam olarak tespit edilmesi çok zordur[4]. Bunun nedeni, özellikle cinsel istismar ya da pedofil eylemlerinin gerçekleşmesi halinde, gerçekleşen istismarın saklanması ya da utanılması gereken bir durum olduğuna dair inanç, ya da aile içi istismarda aile bireyi olan istismarcının cezalandırılmasının engellenmesi amacı gibi nedenler yer almaktadır [5]. Dolayısıyla yukarıda da açıklandığı üzere zaten zayıf ve muhtaç konumda olan çocukların maruz kaldıkları eylemlere karşı tepki verilmesi toplumsal baskılar dikkate alındığında oldukça güç bir hal alabilmektedir.

---

1 İstanbul Barosu avukatlarından

2 Serozan, Rona, Çocuk Hakları, Beta Yayınları, 2003, İstanbul, s.3; Savaşçı, Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Legal Yayınevi, 2012, İstanbul, s. 39

3 Aydın, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yayınları, 2012, İstanbul, s.15; Savaşçı, a.g.e., s. 40

4 Polat, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı 2, Seçkin Yayınevi, 2007, Ankara, s. 208, İlgili Makale: Çocuk İstismarı Araştırmaları – Oğuz Polat

5 Savaççı, a.g.e., s.23; Kara, Bülent/Biçer, Ümit/Gökalp, Ayşe Sevim, Çocuk Sağlığı ve Hakları Dergisi, 2004, sayı 47, s. 140; Kaymak Özmen, Suna, Aile İçinde Öfke ve Saldırganlığın Yansımaları, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt: 37. Sayı 2, s.32

İki bölüm olarak hazırlanan bu çalışmada yapılan açıklamalar ışığında ilk olarak çocuk istismarının tanımı ile türlerinin neler olduğu ve çalışmanın temeli olan cinsel istismar tanımının açıklanması, uluslararası alanda çocuk istismarına yaklaşımın gelişimi, ikinci bölümde ise ülkemizde çocukların korunmasına ilişkin olarak oluşturulan yasal mevzuat ve bunun yanı sıra çocukların cinsel istismarına ilişkin olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yasal düzenlemeler ve bunların yeterliliğinin değerlendirilmesi yapılması amaçlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. Çocuk İstismarı Nedir?

a. Genel Olarak

En genel tanımı ile çocuk istismarı; "çocuğun büyüme ve gelişimini olumsuz yönde etkileyen her türlü davranış[6]" olarak belirlenebilir. Esasında çocuk istismarını belirli kelimeler ile somutlaştırmak ve tanımlamaya çalışmak zor bir yöntem olacaktır. Bu nedenledir ki istismar olgusunun değerlendirilmesi hususunda genel olarak toplumlarda çocuk yetiştirme ve çocukların gelişimini sağlama konusundaki belli başlı davranışların gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınır[7]. Çünkü çocuk istismarı birçok farklı disiplinin ve uzmanlık alanının incelemesine girebilecek niteliktedir ki ancak hukuki, tıbbi, psikolojik ve sosyolojik kapsamlı incelemeler ile çocuğun korunması sağlanabilecektir[8].

Tüm bu açıklamalar uyarınca çocuk istismarı; "bir yetişkin tarafından bilerek ya da bilmeyerek gerçekleştirilen ve çocuğun sağlığını fiziksel ve psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen davranışlar olarak tanımlanmaktadır[9].

Çocuk istismarının neden ortaya çıktığına ilişkin kesin ve somut bir açıklamanın yapılmasının imkânsız olmasının yanı sıra çocuk istismarı nedenlerinin karmaşıklığının yanında sonuçları travmatik boyutlara ulaşan ciddi bir toplumsal problemdir[10].

Her ne kadar çocuk istismarının ciddi bir toplumsal problem olduğundan söz edilmiş olsa da çocuk istismarına yönelik tarihsel süreç incelendiğinde çocuk istismarının uluslararası toplumda önem kazanma tarihinin çok yeni

6 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 140
7 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı Araştırmaları – Oğuz Polat, s.209
8 Savaşçı, a.g.e., s. 21; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 140
9 Savaşçı, a.g.e., s. 21; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 140
10 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarında Risk ve Güvenlik Ölçümü – Oğuz Polat, s.291; Savaşçı, a.g.e., s. 23-24

olduğu görülmektedir. Çocuğun ciddi insan hakkı ihlalleri ile karşı karşıya kalması halinde özel bir konuma sahip olmasının gerekliliği hususu uzun yıllar boyunca tartışmaya dahi alınmayan bir konu olmuştur[11].

Nitekim uluslararası toplum ancak son yüzyılda çocuk istismarına ilişkin çalışmalar yapmaya başlanarak çocuk haklarının ve çocukların kendi kaderini tayin edebilme hakları (self-determination) konusunda söz sahibi olmalarının gerekliliği üzerinde durulmuştur ki bu süreçteki en önemli adım ise 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler'de kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir[12].

Uluslararası çalışmalar konusunda daha sonra ayrıntılı açıklamalar yapılacağından bu bölümde konuya ilişkin daha fazla açıklama yapılmayacaktır. Çocukların karşı karşıya kaldıkları ihlallerin artık uluslararası toplumun vicdanını da derinden etkilemesi ile toplumsal tepkilerin devletlerin iç hukukunda düzenlemeler yapmasına neden olması ile çocuk haklarının korunması açısından önemli adımlar atıldığı söylenebilmektedir.

b. Çocuk İstismarı Kimler Tarafından Gerçekleştirilir?

Yukarıda da açıklandığı üzere çocuk istismarında bulunmanın hangi nedenlerle ortaya çıktığının tespitinin yapılmasının karışık ve neredeyse imkânsız olmasının yanı sıra bu karışık nedenlerin etkilediği kişilerin yani istismarcıların kim olduklarının da tespiti net olarak yapılamayacağını söylemek doğru olacaktır. Daha açık bir anlatımla belirtmek gerekir ki; belli bir gruba ya da belli nitelikleri veya psikolojik sorunları bulunan bir topluluğa cinsel istismar eylemini gerçekleştiren grup/topluluk tanımının yapılması kabul edilmesi pek de mümkün olmayan bir sav olacaktır.

Çocuğun konumu ve özellikleri nedeni ile yetişkinlere bağımlı olduklarından söz edilmişti. Tam olarak bu nedenledir ki çocuk istismarını gerçekleştirenler anne-babalar, yakın ailevi ilişki içinde bulunanlar ya da çocuk üzerinde hâkimiyet kurabilen onun bakımını yürüten kişilerden oluşmaktadırlar[13].

Çocuk istismarında bulunan kişiler için genelde sosyo-ekonomik sorunlar, psikolojik yetersizlik ve tatmin olamama, daha önce kendilerinin istismar mağduru olmaları, sosyal izolasyon, yaş, çocuğun sağlayabileceğinden daha fazla beklenti içine girme, tek başına anne-baba olma, istenmeyen anne-babalık, madde kullanımı gibi pek çok neden sayılabilir[14].

11 Savaşçı, a.g.e., s. 39

12 Savaşçı, a.g.e., s. 40; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 140-141

13 Polat, a.g.e., İlgili Makale: İstismarcı - Oğuz Polat, s. 77, 82; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 141

14 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 141; Polat, a.g.e., İlgili Makale: İstismarcı - Oğuz Polat, s.82-86; Kaymak Özmen, a.g.e., s.32

Tüm bu sayılan nedenler arasında en önemli neden aile içi ilişkiler ve gelişim kapsamında değerlendirilebilecek nedenler olabilir. Çünkü aile her bireyin duygularının oluştuğu ilk sosyal ortamdır[15]. Daha ayrıntılı açıklamak gerekirse "aile ortamı, bireyin dünyaya geldiği andan itibaren içerisinde yer aldığı, yaşamını devam ettirebilmesi için gerekli bakım ve desteğin ona sunulduğu sosyal bir ortamdır"[16].

Dolayısıyla birey olma bilincinin oluştuğu ve yerleştiği bir ortamda özellikle çocuk gelişimi söz konusu olduğunda çocukların neyi rol model alarak benimsedikleri ve içselleştiklerinin çok önemli olduğu tartışmasızdır. Çünkü aile içinde yaşanan şiddet, öfke ve saldırganlık içeren davranışlara çocuklar ya doğrudan maruz kalırlar ya da ebeveynler arasında gerçekleşmesi anına şahit olurlar[17].

Nitekim aile içi şiddetin söz konusu olduğu bir ailede[18] yaşanan olaylardan erkek çocuklar erkeklerin istedikleri her türlü eylemi kadınlara rahatlıkla yapabileceklerini, kadınlara karşı diledikleri gibi davranabilecekleri sonucunu çıkarabilecekken kız çocukları da her türlü istismarı olağan karşılamaları gerektiği sonucunu içselleştirebilir[19].

İstismarcının kimliğinin genel tanımlamaları cinsel istismar konusunda biraz daha farklılaşmaktadır. Zira cinsel istismar haricindeki istismar türlerinde istismarcının aile bireylerinden olmasının yanı sıra diğer yakın akrabalar ya da çocuğun bakımı ile ilgilenen/ilgilenmeyen kişilerden de olabileceği görülmektedir ve fakat çocuğun cinsel istismarının yüksek oranda aile bireyleri veya akrabalar tarafından gerçekleştirildiği belirtilmektedir[20].

Dolayısıyla çocuk istismarında bulunan kişilerin pek çok nedenlerden etkilenebileceklerinin yanı sıra özellikle aile içi yaşanan olumlu ya da olumsuz tüm olayların çocukların gelişimini ciddi şekilde etkilemesi nedeniyle esasında çocukların istismar mağduruyken yetişkinlik döneminde istismarcı olmalarına neden olduğu yukarıdaki açıklamalardan açıkça görülmektedir.

---

15 Kaymak Özmen, a.g.e., s.30

16 Kaymak Özmen, a.g.e., s.38

17 Kaymak Özmen, a.g.e., s.30,31; Polat, a.g.e., İlgili Makale: İstismarcı - Oğuz Polat, s. 81

18 Erkeğin kadına yönelik şiddeti dikkate alınarak açıklamalar yapılmıştır.

19 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Kurban - Oğuz Polat, s113-114; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 142; Kaymak Özmen, a.g.e., s.29

20 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 141

2. Çocuk İstismarının Türleri Nelerdir?

a. Genel Olarak

Çocuk istismarı; ihmal, fiziksel istismar, duygusal (psikolojik) istismar ve cinsel istismar olmak üzere 4 farklı türde tanımlanmaktadır[21]. Öncelikli olarak ihlal ile istismar terimlerinin birbirinden farklı anlamlar ve etkiler içerdiği konusunun açıklanması yerinde olacaktır.

Çocuğun ihmali; çocuğun temel ihtiyacı olan bakım ve korunmasının sağlanamaması, fiziksel, duygusal ve eğitimsel açıdan ihtiyaçlarının karşılanamamasıdır[22]. Bu durumda ilgililerin bilinçli, hareket edip etmedikleri ya da eğitimsizlik nedeni ile çocuğu ihmal edip etmedikleri önemli değildir[23]. İstismar ile İhmali birbirinden ayıran en önemli nokta istismarın aktif ve fakat ihmalin pasif bir durum olarak gerçekleşmesi halidir[24].

Çocuğun istismarında ise yukarıda açıklandığı üzere sosyal, kültürel, psikolojik veya ekonomik nedenler başta olmak üzere pek çok neden olabilir. Çocuğun fiziksel, duygusal(psikolojik) ve cinsel istismarının gerçekleşmesi ve çocuk üzerindeki etkileri ise çok daha büyük ve travmatik olabilmektedir[25].

Fiziksel İstismar; Genel olarak ailelerin sosyo-kültürel ve ekonomik durumlarının olumsuz etkileri sonucunda[26] çocuğun kaza dışı sebeplerle yaralanması veya ailesi tarafından yeterli derecede gözetilmemesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır[27]. Genel olarak dövme, yanıklar, sallanmış bebek sendromu[28],zehirleme, zorla su içirilmesi, Polle sendromu[29] şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çocuğun vücudunda kalıcı etki bırakması nedeni ile kolaylıkla tespit edilebilse de anne-babaların açıklayamadıkları yaralanma ve morlukların varlığı bu istismarın yapıldığı konusunda şüphe uyandırabilir.

Duygusal (Psikolojik) İstismar; fiziksel olarak herhangi bir tespit

21 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali, s. 139-142; Savaşçı, a.g.e., s. 21; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 140;

22 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali, s. 140; Kaymak Özmen, a.g.e., s.32

23 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 144

24 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 144

25 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarında Risk ve Güvenlik Ölçümü – Oğuz Polat, s.291; Savaşçı, a.g.e., s. 23-24

26 Polat, a.g.e., İlgili makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali, s. 141

27 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 142

28 Ayrıntılı bilgi için bkz: Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 142

29 Çocuk anne-babanın aslında çocukta var olmayan bir hastalığı üretmesi ve bu hastalığın tedavisinin uygulanması ile zarar görmektedir. Ayrıntılı Bilgi için bkz. : Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143

yapılması mümkün değildir zira "çocuk ve gençlerin, kendilerini etkileyen tutum ve davranışlara maruz kalarak ya da gereksinim duydukları, ilgi, sevgi ve bakımdan mahrum bırakılarak toplumsal bilimsel standartlara göre psikolojik hasara uğratılmaları" durumudur[30]. Geçmişlerinde psikolojik veya diğer istismar öyküsü bulunan, madde bağımlılığı olan, psikolojik bozuklukları olan kişiler risk grubunu oluşturmaktadır[31].

Cinsel istismara ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar yapılacağından burada yalnızca tanımın yapılması ile yetinilecektir. ***Cinsel istismar***; psiko-sosyal gelişimini tamamlamamış bir çocuğun yetişkin tarafından cinsel uyarı ya da cinsel doyum yaşamak amacı ile kullanılmasıdır[32].

b. Çocuğun Cinsel İstismarı ve İstismarın Çocuklar Üzerindeki Etkileri

Cinsel istismarın ne olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu tanımdan hareketle cinsel oyunlar ile çocuğun cinsel istismarının birbirinden ayrılması gerektiğinin de belirtilmesi önem taşımaktadır[33].

Aynı gelişim sürecindeki çocukların birbirlerini tanımak içgüdüsü ile birbirlerinin genital organlarına bakması veya dokunması cinsel ilişki olmadıkça olağan kabul edilmektedir[34]. Burada bir cinsel istismarın varlığından söz edilemez. Ancak yine taraflar açısından cinsel istismar olarak yorumlanmamakla birlikte 6 yaşındaki bir çocuğun 3 yaşındaki bir çocukla oral-genital ilişkide bulunması normal bir davranış olmadığından[35] çocukların aile ortamı ve yakın ilişki içinde olduğu kişilerle ilişkileri dikkatle incelenmelidir.

Cinsel istismar; seksi konuşma, teşhir, röntgencilik, gibi temas içermeyen şekillerde gerçekleşebileceği gibi cinsel dokunma, oral-genital seks, interfemoral ilişki veya çocuğun pornografide kullanılması şeklinde de gerçekleşebilir[36].

Cinsel istismara uğrayan çocuğun uyku bozuklukları, karın ağrısı, genital şikâyetler ve kanama, cinsel yolla bulaşan hastalıklar depresyon, cinsel davranış bozuklukları, hayale dalma, trans, histeri nöbetleri gibi şikâyetlerde bulunduğu tespit edilmiştir[37]. Bu durumun mutlak olmadı-

30 Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143

31 Polat, a.g.e., İlgili makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali, s. 141

32 Polat, Oğuz, Tüm Boyutları İle Çocuk İstismarı 1, Seçkin Yayınevi, 2007, Ankara, s.105-107,; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143; Savaşçı, a.g.e., s.21-22

33 Savaşçı, a.g.e., s.22; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143;

34 Savaşçı, a.g.e., s.22; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143

35 Savaşçı, a.g.e., s.22; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143

36 Savaşçı, a.g.e., s.22; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143

37 Polat, a.g.e., İlgili makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali,

ğı ve cinsel istismara uğrayan tüm mağdur çocuklarda bulunmadığı da belirtilmekte ve buna ek olarak uzun süreli ve sık istismara uğrayan çocuklarla aralıklarla istismar mağduru olan çocuklarda da aynı etkilerin ortaya çıkmadığı da belirtilmektedir[38].

İstismara uğrayan kız çocuklarının olası bir istismara maruz kalmamak amacı ile cinselliklerini saklama ve cinsellikten uzak kalma eğilimini sergiledikleri, kadın kimliğini ve feminenliğini reddederek korkuyu dışlamak amacı ile maskülenlikle kendini ifade etmeyi tercih ettikleri belirtilmekte; istismara uğrayan erkek çocuklarının ise özellikle anal penetrasyona ve şiddete maruz kalma durumları söz konusu ise kendilerinin de şiddet eğilimi gösterdikleri, diğer çocuklara karşı zorlayıcı ve baskın bir cinsel tutum içine girdikleri tespit edilmiştir[39].

Çocukların cinsel istismarla karşı karşıya kalmaları halinde özellikle fiziksel güç ve şiddet kullanılmışsa istismarın etkisinin çok daha yoğun ve olumsuz olarak görülmekte olduğu belirtilmektedir[40]. Bu tür mağduriyeti olan çocukların yetişkinlik dönemlerinde diğer insanların haklarını önemsememek şeklinde anti-sosyal kişilik bozukluğu yaşadıkları da belirtilmektedir[41].

c. Çocuğu Yönelik Cinsel İstismarın Görünüş Biçimleri ve Uluslararası Uygulamalar

Cinsel istismarın vücuda temasla ya da temas gerektirmeyen başkaca hareketlerle yapılabileceğinden söz edilmişti. Bu başlıkta ağırlıklı olarak çocuğa yönelik gerçekleştirilen cinsel istismarın görünüş biçimleri açıklanacaktır.

Belirtildiği üzere çocuğun birey olarak kabul edilmesi ve çocuğun insan haklarının özellikli olarak korunması konusunun önem kazanması ile çocuğa yönelik cinsel istismar olgusu da bu konuya doğru orantılı olarak ciddi bir önem kazanmıştır. Yapılan uluslararası çalışmalar ile çocuğun cinsel istismarının görünüş biçimleri somutlaştırılmış ve özellikle koruma mekanizmaları yaratılmaya çalışılmıştır.

ca. Uluslararası Düzenlemeler

1990'lı yıllarda Birleşmiş Milletler'de çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve pornografisi ile ilgili Özel Raportörler atanması, İnsan Hakları Komisyo-

s. 142; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 143

38 Polat, a.g.e., İlgili makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali, s. 142

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaşçı, a.g.e., s.22-23; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 144

40 Polat, a.g.e., İlgili makale: Çocuk Psikiyatrisi Bakış Açısından Çocuk İstismarı ve İhmali, s. 142; Savaşçı, a.g.e., s.23

41 Savaşçı, a.g.e., s.24

nu'nun bu konuya ilişkin olarak eylem programı benimsemesi ve 1996 yılında Stockholm'de yapılan Çocukların Ticari Amaçlarla Cinsel Anlamda Sömürülmelerine Karşı Dünya Kongresi'nin düzenlenmesi önemli adımlar olarak belirlenmekle Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2000 yılında Çocuk hakları Sözleşmesi'ne ek Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokolü benimsemesi Çocuk Hakları adına çok önemli bir adım olarak tarih geçmiştir[42]. Bu özet açıklamadan hareketle uluslararası alanda çocukların korunmasına ilişkin yapılan çalışmaların özetle açıklanması yerinde olacaktır.

- ***Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme;***

Daha önce de belirtildiği üzer Çocuk Haklarına ilişkin en önemli ve ilk çalışma Birleşmiş Milletler tarafından gerçekleştirilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme 'Çocuklar İçin Dünya Zirvesi' yapıldığı sırada imzalanmıştır[43].

Bu sözleşme ile 18 yaşını doldurana kadar her birey çocuk olarak kabul edilmektedir. Bahse konu sözleşme ile çocuk haklarına ilişkin evrensel ölçütler belirlenmiş ve hukuki olarak uluslararası toplumda bağlayıcı özellik taşıyan ilk sözleşme olarak kayıtlara geçmiştir. Sözleşme ile tüm çocukların bireysel olarak yaşam koşullarının belirlenmesini ve geliştirilmesini, çocukların sağlıklı bireyler olarak topluma kazandırılmalarını ve bu amaçla mevcut olan her türlü kaynaktan aktif yararlanma haklarının olduğunu düzenlenmiş devletlere de bu konuda pozitif yükümlülükler yüklenmiştir[44]. En kısa anlatımı ile ise sözleşmenin asıl amacı "çocuğun yüksek yararının sağlanmasıdır"[45].

Türkiye sözleşmeyi 17, 29 ve 30. Maddelere çekince koyarak 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış olup 9 Aralık 1994 tarihinde ise 4058 Sayılı Kanun ile uygun bularak kabul etmiştir[46].

- ***Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol;***

Türkiye tarafından 8 Eylül 2000 tarihinde kabul edilen[47] işbu protokol ile çocuk satışının, .çocuk pornografisinin ve çocuk fahişeliğinin tanımı

---

42 Aydın, a.g.e., s.15-16; Savaşcı, a.g.e., s. 43-44

43 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı ve İhmali Hukuksal Boyutu, s. 152-153; Savaşçı, a.g.e., s. 41-42

44 Savaşçı, a.g.e., s. 42-42; Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı ve İhmali Hukuksal Boyutu, s. 154

45 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı ve İhmali Hukuksal Boyutu, s. 154

46 http://ua.mfa.gov.tr/, Z.T.: 08.12.2013; http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf, Z.T.: 08.12.2013

47 http://ua.mfa.gov.tr/; Z.T.: 08.12.2013

yapılmıştır[48]. Bu protokol ile çocuk istismar ve ihmalinin özellikle cinsel istismarının önlenmesi ile ilgili önemli bir uluslararası sözleşmedir ki son yıllarda gelişen teknolojiye de bağlı olarak çocuk satışı, fahişeliği ve pornografisi amacı ile ciddi uluslararası korumalar sağlanmaya çalışılmıştır[49].

İşbu protokole göre taraf devletler hangi yolla olursa olsun çocuğun cinsel istismarı, organlarının kar sağlamak amacı ile nakli, zorla çalıştırılması amaçları ile teklifi teslimi ya da kabulünün olduğu durumlarda ülke içinde ya da dışında bireysel ya da örgütlü olmasına önem vermeksizin kendi ceza yasalarında yaptıkları gerekli düzenlemeler ile koruma mekanizmalarını işletmekle yükümlüdürler[50].

➢ ***Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek, İnsan Ticareti, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Engellenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol;***

Türkiye'nin de 4804 Sayılı Kanun'la uygun bularak 30 Ocak 2013 tarihinde kabul ettiği Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne ek bu protokol ile 18 yaşının altında olan her birey çocuk kabul edilmektedir[51].

Bu protokol ile amaçlanan cinsel sömürü biçimleri, zorla çalıştırma veya hizmet ettirme, esaret veya esaret benzeri uygulamalar, kulluk ve organ ticaretinin önlenmesi amaçlanmıştır.

➢ ***Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmeleri;***

Cinsel istismar konusunda yapılan en yeni ve kapsamlı sözleşmelerden biri olan işbu sözleşme 25 Kasım 2007'de imzaya açılmış ve 01 Temmuz 2010'da yürürlüğe girmiş olsa da Türkiye sözleşmeyi 25 Ekim 2007'de imzalamış ancak henüz onaylamamıştır[52].

Sözleşme ile çocukların etkin şekilde korunması amaçlanmakla birlikte sözleşmenin en önemli özelliği cinsel istismar ve cinsel sömürünün maddi ceza hukuku anlamında tanımını yaparak bir ilk teşkil ediyor olmasıdır ki sözleşme; iç hukuka göre cinsel etkinlikler için yasal yaşa ulaşmamış çocuklarla yapılan cinsel etkinlikler, aile içi istismar da dâ-

48 Savaşçı, a.g.e., s. 43-44

49 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı ve İhmali Hukuksal Boyutu, s. 155

50 Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı ve İhmali Hukuksal Boyutu, s. 155; http://ua.mfa.gov.tr/; Z.T.: 07.12.2013

51 Savaşçı, a.g.e., s. 43; http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4804.html, Z.T.; 07.12.2013; http://ua.mfa.gov.tr/, Z.T. : 08.12.2013

52 Savaşçı, a.g.e., s. 44

hil olmak üzere çocuk üzerinde kurulan tüm otorite, güven ve nüfuzun kullanılmasıyla gerçekleşen cinsel davranışlar, akli ya da fiziki engellilik ve bağımlılık gibi nedenlerle çocuğun savunmasız durumundan faydalanmak eylemleri cinsel istismar olarak kabul edilmiş ve sözleşmeye taraf olan devletlerin bahse konu eylemleri suç olarak düzenlemekle yükümlü oldukları belirtilmiştir[53].

Ancak Türkiye sözleşmeye taraf olmasına rağmen halen iç hukukta geçerli olması için ön koşul olan uygun bulma kanunu ile sözleşmeyi kabul etmediğinden bu sözleşme ile esasında üstlenilen yükümlülükler bakımından Türkiye için uluslararası sorumluluk mekanizması işletilememektedir. Ancak bu kadar ciddi bir öneme sahip bir anlaşmanın imzalanmış ve çocuk istismarının gün geçtikçe gerek mağdurların bildirme oranlarındaki artış gerek uluslararası toplumun tepkilerinin de ciddi boyutlara ulaşmış olmasına rağmen uygun bulunmamasının makul bir açıklamasının olduğunu düşünmemekte ve bir an önce iç hukukta gerekli usuli işlemlerin yapılarak taraf devletlere bu denli ciddi bir maddi ceza hukuku sorumluluğu yükleyen anlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesinin Türkiye'de cinsel istismar olgusu oranları açısından yararlı olacağını düşünülmektedir.

cb. Çocuğu Yönelik Cinsel İstismarın Görünüş Biçimleri

Gerek uluslararası tanımlamalar ve gerekse tıbbi araştırmalar sonucunda elde edilen verilerden söz edilerek cinsel istismar olgusuna neden olan etkenlerin somutlaştırmasının yapılmasının güç olduğundan söz edilmiştir. Ancak gelişen ve değişen zaman dikkate alındığında ve uluslararası toplumun da cinsel istismarına ve özellikle çocuğun cinsel istismarına yaklaşımının güncel ve yoğun olması ile cinsel istismarın görünüş biçimleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu noktada uluslararası çalışmaların ışığında Aile İçi Cinsel İstismar, Çocuk Pornografisi, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Turizmi konuları hakkında kısa bilgiler veriler

i. Aile İçi Cinsel İstismar

Aralarında kan bağı olan yani birinci dereceden yakınlık bulunan kişiler arasındaki cinsel ilişkiyi tanımlamak için sıklıkla "ensest" kelimesi kullanılmaktadır[54]. Genel olarak ise yakın akrabalık ilişkisi bulunan ya da akraba kabul edilen arasındaki ilişkiden de söz edilmekle evlatlık gibi kanunla belirlenen akrabalık ilişkilerinin söz konusu olduğu kişiler arasındaki ilişkiden ensest olarak söz edilir[55].

53 Savaşçı, a.g.e., s. 44
54 Savaşçı, a.g.e., s. 24-25
55 Savaşçı, a.g.e., s. 25

Bu tür bağı bulunan ilişkiler arasında gerçekleşen cinsel ilişki daha açık anlatımla cinsel organlara dokunma, teşhircilik, mastürbasyon ve benzeri durumlar cinsel iletişim olarak kabul edilir ve toplumsal değerler ışığından ciddi bir tepki ile karşılanmaktadır. Ancak aile içi istismarın ensest ile aynı anlamda olmadığının da belirtilmesi gereklidir. Aile içi cinsel istismar konusunda öz ya da üvey ebeveynler ile çocuklar arasındaki cinselliği tanımlamak için ensest tabiri ile iç içe geçmiştir[56].

Aile içi cinsel istismarın doğası gereği çocukta yarattığı zararların ciddiyetinin ve yoğunluğunun yanı sıra bu tür olaylarda failin çocuğun en çok güvendiği kişilerden olması psikolojik etkiyi ve yıkımı çok ciddi derecede artırmakta, çocuğu içe kapanık bir duruma sokmakta ve hatta bazı durumlarda saldırganlaştırmaktadır[57].

ii. Çocuk Pornografisi

Birleşmiş Milletler Çocuk hakları Sözleşmesi çocuk kimdir sorusuna ilişkin en çok kabul gören metin olduğundan 18 yaşını tamamlamamış her birey çocuk kabul edilmektedir. Bu durumda 18 yaşını doldurmayan çocukların pornografik açıdan ne şekilde kullanıldığı hususunda yapılan farklı tanımların açılanması yerinde olacaktır.

Avrupa Konseyi, çocukların cinsel kapsamda kullanıldığı her türlü görsel-işitsel materyali çocuk pornografisi olarak kabul etmiştir[58]. Bunun yanı sıra Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'ne göre ise; çocuk pornografisi cinsel anlamda müstehcen bir eyleme **reşit olmayan** bir kişinin katılımını, cinsel anlamda müstehcen bir eyleme **reşit görünmeyen** bir kişinin katılımını gösteren görüntüleri ifade etmekle birlikte çocuk pornografisine ilişkin materyallerin elektronik olarak üretimi, sunulması, dağıtımı, bir kişiden diğerine tedarik edilmesi ve bunlara sahil olunması fiilleri suç sayılmaktadır[59].

Interpol ise; çocuğun cinsel istismarının sonucunda çocuk pornografisinin yaratıldığını, çocuğun genital organlarını veya cinsel hareketlerini içeren, cinsel sömürünün anlatıldığı ve teşvik edildiği her türlü görsel, işitsel ve yazılı materyalin çocuk pornografisi olduğunu belirtmektedir[60].

---

56 Savaşçı, a.g.e., s. 27

57 Savaşçı, a.g.e., s. 27-28; Polat, a.g.e., İlgili Makale: Çocuk İstismarı ve İhmali Hukuksal Boyutu, s. 141; Kara/Biçer/Gökalp, a.g.e., s. 144

58 Council of Europe, Europen Committee on Crime Problems, Council of Europe Directorate of Legal Affairs, Sexual Exploitation, Pornography and Prodstitution of, and Trafficking in Children and Young Adultss; Reccommendation no R(91) 11 and report of the Europen Committe on Vrime Problems, 1993, s.53

59 Orijinal metin için bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm; ZT 28.11.2013

60 Ayrıntılı bilgi için bkz.: http://www.interpol.int/contentinterpol/search?SearchText=children&x=-1006&y=-6; Z.T.: 01.12.2013

Görülmektedir ki tüm bu tanımların birleştiği nokta çocukların cinselliği ile ilgili olduğudur[61]. Bu durumda çocuk pornografisine çocukların aileleri ile dahi çektirdikleri resimler dahi dâhil olabilmektedir ki pornografide ama bu tür görsel verilerin cinsel amaçlı tahrik, doyum aracı olarak kullanılması durumudur[62]. Ayrıca belirtmek gerekir ki çocuk pornografisinde bir kişinin cir çocuğa cinsel saldırıda bulunması ya da ona cinsel açıdan sahip olmasını kayda alınmasının yanı sıra en önemli karakteristik özelliği ise çocukların her zaman gülümsemesidir[63]. Zira bunun amacı mağdur çocuğun kendisine yapılandan hoşnut ve mutlu olduğu görüntüsünün yaratılmasıdır.

iii. Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Turizmi

Cinsel istismarın bir diğer türü de çocuğun cinsel sömürüsü daha açık anlatımla çocuğun cinselliği ile beraber emeğinin de sömürüldüğü ve ticari bir amaçla hareket edilmesidir [64]. Ancak sömürü cinsel istismarla sınırlı kalmayıp çocuk fahişeliği, çocuk turizmi, çocuk pornografisi şekillerinde de gerçekleşebilir. Nitekim burada diğer istismarlardan farklı olarak ticari kazanç elde etme durumu mevcuttur.

Çocuk fahişeliği, çocuk pornografisi ile birlikte çocukların cinsel sömürülerinin en uç ve yaygın olarak kullanıldığı türlerdendir. Ücret veya başkaca bir çıkar karşılığında çocuğun cinsel eylemlerde kullandırılması çocuk fuhuşu olarak tanımlanır ve çocuk fuhuşta cinsel/ticari bir obje olarak kullanılmakta, fiziksel şiddete maruz kalmakta, zorla çalıştırılarak adeta köle muamelesi ile karşı karşıya kalmaktadır[65] .

Çocuk seks turizmi ise kişinin yaşadığı toplumdaki toplumsal baskı ve kurallardan uzak kalma isteği ve bilinci ile başka bir ülkeye giderek çocuklarla cinsel ilişkiye girmesidir[66]. Seks turistlerin cinsiyetlerine ilişkin net bir belirleme ya da ayrım yapmak genel olarak istismarcı profili konusunda belirleme yapılamaması nedenlerine dikkat edildiğinde doğru bir yöntem olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira seks turistlerinin erkek olduğu kadar kadın olma olasılığı da istismar nedenlerinin çok ve farklı olması dikkate alındığında olağandır.

61 Savaşçı, a.g.e., s. 30
62 Savaşçı, a.g.e., s. 29-30
63 Savaşçı, a.g.e., s. 31
64 Savaşçı, a.g.e., s. 33
65 Savaşçı, a.g.e., s. 33-
66 Savaşçı, a.g.e., s. 34-35

İKİNCİ BÖLÜM

1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu[67]'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

a. Genel Olarak Cinsel Saldırı Suçları

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları 'Genel Ahlak ve Aile Düzenine Karşı Suçlar' bölümünde yer almakta ve bu suçlarla korunan hukuksal değer genel adap ve aile düzeniydi[68]. Nitekim bu düzenlemenin amacı "ırz ve namus" kavramlarına verilen önemden hareketle aile düzeninin korunması ve böylece toplumsal adap ve düzenin sağlanmasıydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile bu suçlar 'kişilere Karşı Suçlar' bölümünde yer almış ve 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar' başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece 765 sayılı mülga Kanun'un aksine 5237 sayılı Kanun ile artık bu suçlar bakımından toplumsal adap ve aile düzeninin korunması mantığından uzaklaşılmış ve cinsel dokunulmazlığın ve cinsel özgürlüğün korunması yoluna başvurulmuştur.

Çocuğun cinsel istismarı suçu ile de çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğünün korunmasının yanı sıra yaşı, deneyimsizliği, içinde bulunduğu durumu değerlendirme yeteneğinden yoksunluğu ve muhatabı olduğu eylemin cinsel içerikli olup olmadığını algılama yeteneği bulunmayan çocuğun kullanılması ve sömürülmesi engellenmek istendiğinden istismar terimi kullanılarak çocuğun sonucunu algılayamayacağı cinsel deneyimlerden uzak tutulması amaçlanmıştır[69].

b. Çocuğu Cinsel İstismarı Suçu Genel Bilgiler

5237 sayılı TCK'nın 103. maddesi[70] ile düzenlenen bu suçta kullanılan

---

67 Kısaltma: TCK

68 Aydın, a.g.e., s. 16-17

69 Baytemir, Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahleka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 2009, Ankara, s. 186; Aydın, a.g.e.17-18; Savaşçı, a.g.e.,, s. 56

70 **Madde 103-** (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

cinsel istismar deyiminden;

- 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamasına rağmen fiilin hukuksal boyutunu, anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleşen her türlü cinsel davranış,

- Diğer çocuklara karşı yalnızca cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir harekete nedene bağlı olarak gerçekleştirilen herhangi cinsel davranışlar anlaşılır[71].

Kural olarak 18 yaşını doldurmayan kişilere cinsel yaşamları üzerinde tam tasarruf yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenledir ki çocukların cinsel yaşamlarına ilişkin olarak gösterdikleri rızaya önem verilmeyerek esasında çocukları dışarıdan gelecek olumsuz davranışların yanı sıra bizzat kendilerine karşı koruma amacı da söz konusudur[72].

Bu madde metninde suçun hem basit hem de nitelikli hali düzenlenmiştir. Basit cinsel istismar suçu 5237 sayılı TCK m.103/1-a ve b bentlerinde düzenlenmiştir. Bu madde fıkrası ile basit cinsel istismar için cinsel bir saldırı/istismarın gerçekleşmesi gerektiği hükme bağlanmış olup hangi eylemlerin cinsel istismar olduğu açıklanmıştır[73].

---

(3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis, cezasına hükmolunur.

71 Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, İstanbul, s.316; Çalışkan, Suat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksul Kılma Suçu, Adalet Yayınevi, 2013, Ankara, s.86

72 Çalışkan, a.g.e., s. 86; Savaşçı, a.g.e., s. 57, Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 316

73 **Madde 103- (1)** Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

İlgili yasa maddesinin (a) bendine dikkat edilmesi zaruridir. Zira burada çocuklara yapılan davranışların rızaen olup olmaması dahi önemsenmemiş ve doğrudan "çocuğun eylem sonucunu algılama yetisinde olmaması" hususuna önem verilerek ciddi bir koruma alanı yaratılmıştır[74].

Yine bu maddede düzenlenen basit hal açısından gerçekleşmesi gereken cinsel istismar eyleminin cinsel amaçla veya cinsel isteklerin tatmin edilmesi amacı ile yapılmış olabileceğine de dikkat edilmelidir. Ancak cinsel tatmin amacı suçun oluşması için mutlak bir unsur değildir.

Nitelikli cinsel istismar suçu ile ilgili yasa maddesinin 2. Fıkrasında düzenlenmiş olup işbu düzenleme uyarınca 1. Fıkranın (a) bendinde belirtilen 15 yaşından küçük çocuklara ve yaş sınırına bakılmaksızın algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara rızaen veya rıza dışı bir şekilde zorlama ile ve yine 1. Fıkranın (b) bendinde belirtilen algılama yeteneği gelişmiş çocuklara zorlama ve benze eylemlerle gerçekleştirilen eylemler nitelikli cinsel istismardır[75].

Ayrıca maddenin 3. ve 4. Fıkralarında cinsel istismar suçuna verilecek cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halle yer almaktadır. Nitekim bu fıkralarda yakın akrabalık ilişkisinin, bakım ve ilgilenme sorumluluğunu üstelenen kişilerin, hizmet ve görev ilişkisinin varlığını ile hareket eden kişilerin bu suçu işlemeleri ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmiştir.

Esasında bu fıkralarda yapılan düzenlemenin bu çalışmanın birinci bölümünde sıklıkla vurgulandığı üzere çocukla yakın ilişki içerisinde bulunan bireylere karşı duyulan güvenin ciddi bir şekilde sarsılması söz konusu olduğundan çocuğun menfaati ve yapılan eylemin de bu güven ilişkisinin varlığının kullanılması nedeniyle kolaylıkla yapılarak çocuğun psikolojik açıdan da ciddi bir şekilde sarsılması dikkate alındığından çok yerinde bir düzenleme teşkil etmiştir.

c. Suçla Korunan Hukuki Yarar

765 sayılı mülga Kanun'a kıyasen 5237 sayılı TCK temel hak ve özgürlüklere daha çok önem veren ve cinsel özgürlüğün serbestçe kullanılabilmesini yani kişinin cinsel açıdan kendi vücudu üzerinde serbest iradesi ile hareket edebileceği bir anlayışı kabul etmektedir ki bu nedenle 5237 sayılı TCK ile cinsellik bir ahlak veya edep töresi olmaktan çıkarılmış ve

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

74 Gündel, Ahmet,5237 sayılı TCK;'da Cinsel Saldırı Cinsel İstismar Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Seçkin Yayınevi, 2009, Ankara, s.71; Çalışkan, a.g.e., s. 85

75 Gündel, a.g.g., s. 72

bir özgürlük değeri olarak koruma altına alınmıştır[76].

Çocuğun cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki yarar cinsel dokunulmazlığın korunması olmakla birlikte çocuğun sonucunu algılayamayacağı ya da doğru bir şekilde yorumlayamayacağı erken cinsel deneyimlerden de korunmasının sağlanmasıdır[77].

Her ne kadar yasa maddesinde açıkça yazmıyor olsa da çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı, uluslararası toplumda da sıklıkla belirtildiği üzere zaten yetişkinler karşısında zayıf konumda olan, hayatını devam ettirebilmek için yetişkinlerin bakım ve ilgiline muhtaç olan çocukların hayatları boyunca etkisi altından çıkamayabilecekleri ve yetişkinliklerinin ne şekilde gelişeceğini belirleyecek etkilerden, ciddi travmalardan korumak amacı da bahse konu suçun ve nitelikli hallerinin düzenlenmesinin ruhunda yer alan bir amaç olduğunu düşünülmektedir. Zira nitelikli haller dikkate alındığında açıkça "***mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulması***" düzenlemesi mevcuttur[78].

d. Suçun Faili ve Mağduru

Bu suçun faili için özel bir düzenleme yoktur. Kadın veya erkek fark etmeksizin herkes bu suçun faili olabilir. Esasında cinsel istismar suçunun farklı cinsten çocuğa karşı işlenebileceği gibi aynı cinsten çocuğa karşı da işlenebileceği de tartışmasızdır[79]. Failin yaşı konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte 5237 sayılı TCK'nın 31. Maddesi[80] dışında failin çocuk olması özel bir durum yaratmamaktadır.

76 Aydın, a.g.e., s. 17; Baytemir, a.g.e.; s.6-7

77 Aydın, a.g.e., s. 17-18

78 Yarg. CGK, 20.11.2007 T., 5-142E. / 240 K. (www.kazanci.com.tr)

79 Aydın, ag.e., s.18; Çalışkan, a.g.e., s. 86-87; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e., s. 298

80 **YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ / Madde 31 -** (1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./5.mad) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./5.mad) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.

Esasında yaş küçüklüğü konusunda faillik düşünüldüğünde sorunların ortaya çıkabileceği mutlaktır. Nitekim yaşları 15 yaşından küçük olan ya da 15 yaşını doldurmuş ve ancak 18 yaşından küçük olan 2 çocuk arasında gerçekleşen cinsel ilişki söz konusu olduğunda kimin mağdur ya da kimin fail olduğunu çözümüne ilişkin ciddi sorunlar ortaya çıkabileceğinden somut olayın tahlilinin çok iyi yapılması gerekmektedir.

Bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve tartışmalar yaşanmış olsa da eylemin sonucunu bilebilecek konumda olan ve diğer tarafı bu eylemi yapmaya ikna eden, zorlayan tarafın suçun faili olduğunu düşünmek yerinde olacaktır. Ancak muhakkak ki somut durumlarda bu durumun tahlil edilmesi çok ciddi bir psikolojik disiplin gerektirecektir.

Suçun mağduru ise hiç tartışmasız "çocuktur". Uluslararası sözleşmelerden hareketle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 11. Maddesi[81] uyarınca erginlik yani reşitlik yaşı 18 olarak kabul edilmiş olur 5237 sayılı TCK'nın çocuğun cinsel istismarı düzenlemeleri de 15 yaşından küçük olan çocuklar ve 15 yaşından büyük olup 18 yaşını doldurmamış çocuklar olarak mağdur konumunu ayrı ayrı düzenlemiştir[82].

Suçun mağduru 15 yaşından küçük ise failin yaşına, mağdurun rızası olup olmadığına, mağdurun iradesinin hile veya başkaca bir şekilde etkilenip etkilenmediğine, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulup sokulmadığına bakılmaksızın ceza öngörülmüştür; ancak 15 yaşından küçük olan mağdura karşı failin cebir, hile tehdit kullanması, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokmuş olması halinde ise cezanın ağırlaştırılması söz konusudur[83].

Suçun mağduru 15 yaşından büyük ve ancak 18 yaşından küçük ise failin cinsel içerikli davranışları ne şekilde gerçekleştirdiğine, mağdurun iradesini etkileyip etkilemediğine, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokup sokmadığına dikkat edilmektedir. Eğer fail mağdurun rızasını etkilememiş, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokmamış ise eylem suç olarak değerlendirilmemektedir.

Burada önemli olan husus mağdurun 15 yaşını bitirmiş olmasına rağmen maruz kaldığı eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek olgunlukta olup olmadığının tespitidir. Zira mağdur 15 yaşını bitirmiş olmasına rağmen eylemi değerlendirebilecek algılama yetisine sahip değil

81 b. Erginlik / **MADDE 11.-**Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.
Evlenme kişiyi ergin kılar.

82 Aydın; a.g.e., s.21; Çalışkan, a.g.e., s. 87-88

83 Aydın; a.g.e., s.21

ise 15 yaşını bitirmemiş çocuklara uygulanan hukuki statüye sahip olacaktır[84].

Eğer fail 15 yaşından büyük ve ancak 18 yaşından küçük mağdur ile onun rızası dâhilinde cinsel ilişki kurmuş yanı vücuduna organ veya sair bir cisim sokmuş ise artık 5237 sayılı TCK m.103 değil "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu"nun düzenlendiği 104. madde dikkate alınacaktır.

Ancak genel olarak bu düzenlemenin çocuğun cinsel açıdan korunması ve düzenlemenin ruhunda yer alan çocuğun psikolojik açıdan korunması amaçlarının önemi ve ciddiyetine dikkat çekiyor olmasının yanı sıra mağdurun yaşı konusundaki ayrım uyarınca uygulamada yasa maddesinin amacına ulaşıp ulaşmayacağı sorunu tartışılmalıdır.

Madde okunduğu haliyle keskin hatları olan ve çocuğun korunmasını amaçlayan bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak mağdurun yaşadığı olayın etkisini atlatabilmesi ve olayın aydınlatılabilmesi için ciddi bir psikolojik destek alması ve sürecin yeniden yaşatılarak ikincil mağduriyetlerle karşı karşıya bırakılmaması gerekmektedir. Böylece yapılacak psikolojik yardım ile mağdurun hangi yaş grubuna dâhil olacağı, eylemin sonucunu anlayacak algılama erginliğinde olup olmadığı sağlıklı bir şekilde tespit edilebilecektir.

2. Değerlendirme ve Sonuç

Gerek uluslararası alanda ve gerekse ulusal düzlemlerde çocuk ve çocuk hakları son yüzyılda önem kazanmıştır. Özellikle çocukların kazanç sağlamak veya sadece tatmin sağlamak adına cinsel amaçlı kullanılmaları konusunda dünya genelinde ciddi bir gelişme söz konusudur. Her ne kadar uluslararası sözleşmeler veya iç hukuk düzenlemeleri yapılıyor olsa da bu düzenlemelerin elde edilen verilerden hareketle ortaya çıktığı açıktır. Ama bu noktada elde edilemeyen verilerin hangi oranda olduğu konusu önemlidir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde ahlak kuralları ve geleneklerden kaynaklanan toplumsal baskılar nedeni ile çocukların maruz kaldıkları istismar eylemlerine sessiz kaldıkları, aile kavramının öneminden dolayı yaşadıkları eylemi dışlama, ötekileştirme gibi davranışlar sergiledikleri ya da konuşmak istediklerine yine aile içinde uygulanan baskı ile susturulduklarından söz edilmiştir. Bu gibi engeller söz konusu olduğundan çocukların hangi boyutlarda ve ne sıklıkla cinsel istismara maruz bırakıldıklarının tespiti çok zordur.

---

84 Aydın, a.g., s.22;

Diğer yandan uluslararası toplumun çocuğun cinsel istismarına karşı tutumu çok büyük bir adım ve ümit verici bir gelişmedir. Zira doğası gereği yaşamını devam ettirebilmek için yetişkinlere ihtiyaç duyan çocuk için güvenli bir ortamın sağlanması esasında uluslararası toplumun güvenilir, huzurlu ve aydınlık bir çağa yönelik adım atmasının temelidir. Gerek fiziksel gerekse zihinsel olarak sağlıklı gelişimini sağlayan çocukların uzun vadede sağlıklı bireyler olarak başta yaşadıkları çevreye sonrasında uluslararası topluma ciddi katkıları olacağı tartışmasızdır.

Cinsel istismar ile mücadele politikalarında en büyük sorumluluk devletlere düşmektedir. Öncelikli olarak uluslararası sözleşmelere taraf olmak ile zaten uluslararası boyutta çocuğun her türlü istismara karşı korunacağı taahhüdünü veren devletlerin bu taahhüdü yerine getirmesi için iç hukuklarında ciddi bir yenilenme yapmaları gerekmektedir.

Yapılacak olan ceza kanunu değişiklikleri ya da düzenlemeleri ve bunun yanı sıra çocuğun korunmasına ilişkin özerk olarak yapılan düzenlemeler büyük bir adım olarak değerlendirilebilir. Ama asıl sorun yapılan düzenlemelerin ne şekilde ve hangi oranda başarı ile uygulandığıdır.

Ülkemizde 5237 sayılı TCK ile çocuğun cinsel istismarı suç olarak düzenlenmiş ve esasında çok büyük bir adım olan "cinsel dokunulmazlık" bir hak olarak ele alınmıştır. Bu ülkemiz açısından büyü bir gelişimdir. Ancak halen çok ciddi oranlarda çocuk istismarı ile karşı karşıya kalındığı söylenmektedir. Bu nedenle sorunun ceza hukukundan çok toplumsal gelişimi sorunu olduğunun tespiti ve bu sorunun çözümüne ilişkin çalışmalar yapılması önemlidir.

Nitekim istismar olgusu gerçekleştiğinde soruşturma ve kovuşturma makamları yalnızca kendilerine belirtilen bilgiler ışığında hareket etmektedir. Yapılan araştırma ve denetimler ancak mağdur tarafından açılan kapı ile elde edilmektedir. Oysaki toplumumuzdaki en büyük sorun istismara maruz kalan mağdurun bunu reddetmesi, bastırılma ile sessiz kalmasıdır. Bu nedenle ilk olarak ceza hukukunun yetersizliği yerine toplumsal gelişim ve bilinçlendirme çalışmalarını yapılması gerekmektedir. Öncelikle mağdur çocuklara yönelik olarak ciddi rehabilitasyon çalışmaları yapılması gerekmektedir. Yaşadıkları olayın sorumlusunun kendileri olmadığı ve yaşadıkları olayın utanç verici bir olay olmadığı ve hatta utanması gerekenin bu eylemi yapan kişi olduğu bilinci yaratılmalıdır. Böylece gelecek açısından çocukların yaşadıkları travmanın şiddetinin azaltılması ilk hedef olmalıdır.

Buna ek olarak cezaların yetersizliği veya uygulanan takdiri indirim

nedenleri konusunda mağdurun çocuk olması nedeni ile toplumsal tepki çok fazladır. Ancak asıl amacın eylemi cezalandırmak ve ibret olmasını sağlamak değil "önleme" olduğu unutulmamalıdır. Alternatif cezalandırma yöntemlerinin denenmesi yerinde bir yöntem olacaktır. Ama bunun ile amaçlanan faillerin bir daha çocuk sahibi olmalarını engelleyecek ilaçlar, cinsel olarak yetkinliklerini ortadan kaldıracak tedaviler olmamalıdır.

Zira bir hakkın korunması amaçlanırken başkaca bir hakkın ortadan kaldırılması kabul edilemez. Asıl amacın faillerin de rehabilite edilmesi, cezalandırılmaları akabinde ciddi psikolojik destek verilmek suretiyle topluma kazandırılmaları olmalıdır.

Hali hazırda Türkiye'de belirilen amaçların gerçekleşebilesi için uygun bir zemin olmadığı düşünülebilir. Nitekim ilk olarak toplumsal tabulardan, ailelerin temeline oturmuş örf ve adetlerden, ekonomik çıkmazlardan sıyrılmak gerekmektedir. Oysa Türkiye gibi gelişme sürecini sancılı geçiren ülkeler açısından rehabilitasyon çalışmaları büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle devletin bireylere yönelik ciddi geliştirme ve eğitme çalışmaları yapmaları yerinde olacaktır.

6526 Sayılı Kanun[1] İle Yapılan Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

Av. Dilan IŞIK

I. GİRİŞ

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile insanlar arasındaki haberleşme yöntemleri çeşitlilik kazanmakta ve iletişim oldukça kolaylaşmaktadır. Bu gelişmeler aynı zamanda suç işlenmesini, buna aracılık ve yardımı da kolay hale getirmektedir. Bu nedenle suçla mücadelede teknolojiden faydalanılması gereği ortaya çıkmaktadır.

Suçla mücadelede teknolojinin kullanılması, suçların önlenmesine ve işlenen suçların ortaya çıkarılmasına yardım etmekle birlikte kişi hak ve özgürlüklerine müdahaleyi de arttırmaktadır. Bu noktada kurulacak dengenin önemi oldukça fazladır. Nitekim kişi hak ve özgürlükleri uluslararası belgeler ve Anayasa ile güvence altına alınmış ve sınırlanabileceği haller ve sınırlamanın koşulları belirlenmiştir. Dolayısıyla yapılacak müdahalenin bu standartlara uygun olması, kişi hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalelerin en aza indirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Yapılan çalışmanın konusunu teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbiri, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 22. maddesinde güvence altına alınmış olan özel hayatın gizliliği hakkı ve bu hak kapsamında yer alan haberleşme özgürlüğüne müdahale teşkil etmektedir. Yapılacak olan müdahalenin de bu belgelerde belirlenmiş olan kriterlere uygun olması ve bu haklara yapılacak muhtemel keyfi müdahalelerin önlenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi temel olarak iki amaçla yapılmaktadır. Bunlardan biri 5397 Sayılı Kanun[2] ile mevzuatımıza giren önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, diğeri ise Ceza Muhakemesi Kanu-

1 "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Resmi Gazete Tarihi: 06.03.2014, Sayısı: 28933(Mükerrer)

2 Resmi Gazete Tarihi: 23.07.2005, Sayısı: 25884

nu'nda[3] düzenlenmiş olan adli amaçlı iletişimin denetlenmesidir. Önleme amaçlı iletişim denetlenmesi, suç işlenmeden önce suçun önlenmesi ve ilgili kanunda öngörülen amaçlar için yapılan denetlemedir. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ise suç işlendikten sonra veya teşebbüs aşamasında kaldığında delil elde etmek amaçlı yapılmaktadır. Çalışma kapsamının sınırlı olması nedeniyle, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine bu çalışmada değinilmeyecektir.

Bu çalışma kapsamında, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilmesi için, açık düzenleme yapılmadan önceki ve yapıldıktan sonraki uygulama durumu değerlendirilecek, kanunda öngörülen şartlar açıklanacak, tedbir kararı ve kapsamı değerlendirilerek tesadüfi deliller konusu incelenecektir.

II. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU ÖNCESİ DÖNEMDE İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin, 1999 yılı öncesinde Türk hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak yine de uygulamada iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmaktaydı. Dayanağı olarak ise mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 91. maddesinde düzenlenmiş olan "postada el koyma" tedbirinin 2. fıkrasında yer alan "vesair mersule" ifadesinin geniş yorumlama ve kıyas yoluyla genişletilmesi gösteriliyordu[4]. Fakat hiçbir düzenleme olmaksızın, kıyas yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması hukuka aykırı nitelik taşımaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; ceza muhakemesi hukukunda kural olarak kıyas mümkündür; ancak söz konusu işlem kişi hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil edecekse kıyas yasağı bulunmaktadır[5]. İletişimin denetlenmesi tedbiri de doğrudan kişinin haberleşme özgürlüğüne ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğine yapılan bir müdahaledir. Bu nedenle bu tedbirin uygulanmasında kıyas yolunun kullanılması mümkün olmamalıdır[6]. Bunun yanı sıra gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat-

3 Resmi Gazete Tarihi: 26.09.2004, Sayısı: 25611 (CMK olarak anılacaktır.)

4 Asuman Aytekin İnceoğlu, "Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 105; Nur Centel, " 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt 1, Beta, İstanbul, 2011, s. 163

5 Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 55

6 Mehmet Murat Yardımcı, İletişimin Denetlenmesi, Seçkin, Ankara, 2009, s. 172

ları[7] gerek 1982 Anayasası[8] gereği temel hak ve özgürlüklere müdahale ancak kanunla yapılabilir. Aksi halde yapılan müdahale hukuka aykırıdır.

30 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe giren Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu[9] ile iletişimin denetlenmesi tedbiri ilk kez, özel olarak ve açıkça düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesi'nde yapılan bu düzenleme ile bu kanunda gösterilen suçlar için, bu suçları işlediğinden, iştirak ettiğinden ya da işlendikten sonra faillere her ne surette yardım, yataklık ya da aracılık ettiğinden şüphelenilen kişilerin iletişimin dinlenmesi ve tespiti mümkün kılınmıştır. Bu düzenleme neticesinde kıyas yapılması ortadan kalkmış ve yalnız bu kanunda öngörülen suçlar açısından iletişimin denetlenmesi mümkün olmuştur[10].

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile iletişimin denetlenmesi daha kapsamlı olarak 135. maddede düzenlenmiş ve 4422 sayılı ÇASÖMK yürürlükten kaldırılmıştır[11].

III. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ

2005 yılında yürürlüğe giren CMK ile adli amaçlı olarak yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri bu kanunun *"Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi"* başlıklı beşinci bölümü altında 135. maddede "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" başlığıyla yer alan düzenlemeye tabi kılınmıştır. Böylece AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınmış olan haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliği hakkına ciddi ve ağır bir müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamlı olarak düzenlenmiş ve keyfi müdahalelerin hukuken ortadan kalkmasını sağlamıştır. Nitekim, 135. maddenin 8. fıkrasında (6526 sayılı Kanun öncesi 7. fıkra) yer alan *"Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez*

7 Ağaoğlu/Türkiye, 12.12.2005, Başvuru No: 27310/95; Kruslin/Fransa, 24.04.1990, Başvuru No:11801/85, Malone/Birleşik Krallık, 02.08.1984, Başvuru No: 8691/79

8 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 13: Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

9 Bundan sonra "ÇASÖMK" olarak anılacaktır.

10 İnceoğlu, s.105; Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin, Ankara, 2011, s. 64

11 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

ve kayda alamaz." hükmü getirilerek bu güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Yapılan düzenleme ile AİHS ve Anayasanın aradığı kişi hak ve özgürlüklerine müdahalenin keyfilikten uzak ve kanunla yapılması kriterlerine uygun bir hale gelmiştir.

06.03.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 Sayılı Kanun ile CMK'nın 135. maddesinde yer alan iletişimin denetlenmesi tedbirinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler sonucunda, tedbirin uygulanabilmesi için aranan şüphe, karar mercii, uygulanma süresi, tedbir kararı uygulanabilecek suçlarda önemli farklılıklar bulunmaktadır. Mevcut düzenleme ile tedbirin uygulanmasında keyfiliğin önüne geçilebilme amaçlanmış, tedbirin uygulanması zorlaşmış; ancak adeta alelacele denilebilecek bir düzenleme niteliği taşıdığı söylenebileceğinden, uygulamada çelişki yaratabilecek hususlar eksik bırakılmıştır.

A. KAVRAMLAR

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi" başlıklı beşinci bölümde düzenlendiğini daha önce belirtmiştik. Kanunda telekomünikasyon, iletişim ve iletişimin denetlenmesi kavramları kullanılmış; fakat bunların tanımları yapılmamıştır. Bu noktada bu kavramlar üzerinde durmak ve bunların ne olduğuna değinmek gerekmektedir.

Telekomünikasyon – İletişim

Telekomünikasyon kavramı, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik"[12] ve "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik"[13]te aynı şekilde tanımlanmıştır. Yönetmeliklerde telekomünikasyon tanımı *"İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması"* şeklinde yapılmıştır.

12 Resmi Gazete Tarihi: 10.11.2005, Sayısı: 25989 (2005 tarihli Yönetmelik olarak anılacaktır.)

13 Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2007, Sayısı: 26434 (2007 tarihli Yönetmelik olarak anılacaktır.)

İletişim kavramı ise ne kanunda ne de yönetmeliklerde tanımlanmamıştır. Bu kavram doktrinde *"haber, yazı, resim, ses veya sinyallerin, telefon, telgraf, radyo veya benzeri elektromanyetik dalgalarla gönderilmesi veya alınması"* şeklinde tanımlanmaktadır[14]. Mülga 4422 sayılı ÇASÖK'nin 2. maddesinde ve 4422 sayılı ÇASÖK Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde iletişim *"telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki verilerin nakledilmesi"* şeklinde tanımlanmıştır.

İletişimin Denetlenmesi

İletişimin denetlenmesi kavramı, Kanunun beşinci bölümü başlığında kullanılmakla birlikte kapsamına nelerin girdiği 135. madde içeriğinden anlaşılmaktadır. "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlıklı 135. maddede denetim kapsamında yapılabilecek işlemler olarak tespit, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sayılmıştır. Hükmün 5. fıkrasında bir de yine tespit niteliğinde olan ve şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için kullanılabilecek mobil telefonun tespiti gösterilmiştir.

135. maddede iletişimin denetlenmesi kapsamında gösterilen bu usullerin tanımları kanunda bulunmamakla birlikte 2005 ve 2007 tarihli Yönetmeliklerde yapılmıştır. Öngörülen bu usullerden iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması birlikte tanımlanmıştır. Her iki yönetmelikte de *"Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler(i)"* şeklinde tanım yapılmıştır. Yapılan bu tanım yeterli açıklıkta değildir. Şöyle ki dinleme iletişimin yetkili kişi tarafından eş zamanlı olarak gerçekleştirildiğinde bir sıkıntı bulunmamaktadır. Ancak iletişim otomatik olarak kaydedildikten sonra dinlendiğinde bu işlemin dinleme mi tespit mi olduğu tartışmalıdır. Doktrinde dinleme işleminin eş zamanlı gerçekleştirilen bir işlem olduğu kabul edilmektedir[15]. Her ne kadar yapılan tanım gerçekleştirilmekte olan iletişimlerden bahsediyor olsa da, kayıt üzerinden gerçekleştirilen dinleme ile iletişimin içeriğine girildiğinden bu işlemin de dinleme olarak kabul edilmesi gerekir[16].

14 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.44; Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin, Ankara, 2011, s. 54; Taşkın, s. 79

15 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.45; Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5. Baskı, Seçkin, Ankara,2011, s.84

16 İnceoğlu, s. 108

İletişimin tespiti kavramı, 2005 ve 2007 tarihli Yönetmeliklerde *"İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler(i)"* şeklinde tanımlanmıştır.

2005 ve 2007 tarihli Yönetmeliklerde sinyal bilgisi *"Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri(yi)"* olarak tanımlanmış; sinyal bilgilerin değerlendirilmesi tanımı ise 2007 tarihli yönetmelikte *"İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri(ni)"* şeklinde yapılmıştır.

Yapılan bu tanımların, özellikle sinyal bilgilerin değerlendirilmesi tanımının çok açık olmadığı görülmektedir. Bu iki kavramın birbirinden ayrılmasında sıkıntı yaratabilir niteliktedir. Oldukça teknik nitelikte olan bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği doktrinde, iletişimin tespiti açısından şüpheli veya sanığın yerinin tespiti, hangi zamanlarda, hangi numaralarla, ne kadar konuşmuş olduğu gibi içeriğe girilmeksizin detay bilgi edinilmesi[17]; sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından da elektrik yükünden oluşan bir verinin iletişim sistemi üzerinde ilk kullanıcıdan son kullanıcıya kadar olan yolculuğu sırasında bıraktığı izlerin tespit edilerek bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarılması[18] şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi açısından yine de çok net olmayan bir sonuç ortaya çıkmakta olup hukukçular açısından daha net anlaşılır tanımlamaların yapılması gerekmektedir.

İletişimin tespiti açısından bir diğer eksik nokta ise telekomünikasyon araçları ile gönderilen mesajlar, elektronik postalar, faksa ilişkin açık bir düzenlemenin olmamasıdır. Nitekim iletişim yöntemlerinden olan bu mesaj, elektronik postalar ve fakslar, konuşmalar gibi eş zamanlı yapılmadıklarından dinleme ve kayda alma kapsamında denetlenmesi mümkün değildir. Bu durumda ancak bu faksların, mesajların ya da elektronik postaların tespiti mümkün olabilir. Ancak mevcut düzenlemede iletişimin tespiti tanımı ile bu mümkün değildir. Şöyle ki; iletişimin tespiti işlemi, iletişimin içeriğine müdahale yapılmaksızın gerçekleşebilir. Dolayısıyla yazılı olarak gerçekleşen bu iletişim şekillerinde iletişimin tespiti de

17 İnceoğlu, s. 109

18 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 47

mümkün değildir[19]. Bu nedenle iletişim kapsamında olan bu türlerin de düzenleme kapsamına alınması gerekmektedir.

B. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNE BAŞVURMA ŞARTLARI

Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınmış haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği hakkına ciddi ve ağır bir müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbiri, CMK'nın 135. maddesinde kapsamlı olarak ve sıkı koşullara bağlanarak düzenlenmiştir. Bu tedbire başvurulabilmesi için kanunda öngörülen şartları, 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler de göz önüne alınarak, şu şekilde özetlemek mümkündür: Ceza soruşturma veya kovuşturmasının olması, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin bulunması, başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması ve denetime konu fiilin 135. maddenin 7. fıkrasında sayılan sınırlı sayıdaki suçlardan birinin kapsamında olması.

1. Ceza Soruşturma veya Kovuşturması Bulunması

İletişimin denetlenmesi tedbirine, 135. maddenin ilk cümlesinde "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada" şeklinde açıkça belirtildiği üzere soruşturma veya kovuşturma aşamasında karar verilebilir. Yani kişi hakkında soruşturma başlatılmadan ya da hüküm verildikten sonra iletişimin denetlenmesi mümkün değildir[20].

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında verilebilen bir tedbir kararı olduğundan ancak şüpheli veya sanık hakkında iletişimin denetlenmesi mümkündür. İletişimin tespiti işlemi açısında 5353 sayılı Kanun[21] ile yapılan değişiklik doğrultusunda madde metninden "kullanmakta olduğu", "kullanılan" ibareleri çıkarılmıştır. Bu nedenle şüpheli ya da sanığın fiilen kullandığı; fakat başkasına ait telefon ile gerçekleştirdiği iletişimin tespiti mümkün değildir. Özetle iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak şüpheli veya sanık hakkında, onlara ait iletişim araçları için uygulanabilir. 2007 tarihli Yönetmeliğin aksi yöndeki düzenlemesi[22], kanunda öngörülmeyen bir sınırlamayı içerdiği için kanuna aykırıdır.

---

19 Şen, s. 85; İnceoğlu, s.109

20 İnceoğlu, s.112

21 Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005, Sayısı: 25832

22 2007 tarihli Yönetmeliğin 7. maddesinin 2. fıkrasında "Birinci fıkrada sayılan tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının tümü hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim araç sahibinin farklı kişiler olması hâlinde bu durum talep ve kararda açıkça belirtilir." şeklinde üçüncü kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilmesini mümkün kılmıştır.

Mağdurun rızası ile failin bulunması amaçlı iletişiminin tespiti açısından da CMK'nın 135. maddesi doğrultusunda iletişimin tespiti kararı verilmesi mümkün değildir. Her ne kadar 2007 tarihli Yönetmeliğin 10. maddesinin 4. fıkrasındaki *"Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir."* şeklindeki düzenleme bunu mümkün kılıyor olsa da Yargıtay aynı kanaatte değildir. Yönetmelik resmi gazetede yürürlüğe girdikten sonra da aynı doğrultuda verilen Yargıtay kararlarında[23] da belirtildiği üzere CMK'nın 161 ve 162. maddelerinde yer alan savcının genel araştırma görev ve yetkisi kapsamında tespit ettirmesi mümkündür. Ancak CMK 135/8 hükmü nedeniyle dinleme ve kayda alma yoluna başvurması mümkün değildir. Bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını kanun, açıkça soruşturma ve kovuşturma aşamalarında mümkün kabul ettiğinden disiplin soruşturması ve idari soruşturmalarda delil elde etmek için 135. madde öngörülen bu tedbire başvurulamaz[24].

2. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Bulunması

Tedbirin düzenlendiği CMK'nın 135. maddesinde, 6526 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde, tedbirin uygulanabilmesi için "suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" aranmaktaydı. Kanun metninde kullanılan bu ifade kuvvetli şüphenin mi arandığı yoksa kuvvetli şüphe sebepleri dediği için daha az nitelikte olguların yeterli olacağı hususunda karmaşa yaratmıştır.

Doktrinde bir görüş bu tedbir için aranan şüphenin kuvvetli belirtilere bağlı basit ve makul şüphe olduğunu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre tedbirin uygulanması için kuvvetli şüphe aranırsa bu aşamaya kadar zaten tüm delillerin toplanmış olacak, dolayısıyla bu tedbirin uygulanmasının bir anlamı olmayacak ve tedbir hiç uygulanamayacaktır[25]. Nitekim tutuklama tedbiri için aranan "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren

23 Yargıtay 4. CD, 29.11.2006, 2006/4669 E., 2006/17007 K.; Yargıtay 4. CD, 28.03.2007, 2007/1398 E., 2007/2879 K.

24 Şen, s.109

25 Ed: Bahri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s.469; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, s.424

olgu" ifadesi ile bu tedbir için aranan şüpheyi bir tutmak doğru değildir. Kişi hakkında tutuklama kararı verilebilecek kadar kuvvetli derecede delillerin toplanmış olması durumunda bu tedbire başvurulması gereksiz olacaktır.

Aynı doğrultuda olan diğer bir görüş, şüphe ve belirti kavramlarının birbirinden ayrılması gerektiğini belirtmekte ve denetim kararı verilebilmesi için basit şüphenin yeterli kabul edilmesi gerektiğini, ancak kanunda aranan suçların işlendiğine dair "somut, elle tutulur, fiili olgulara dayanan, basit şüpheyi ortaya çıkarmaya yeterli kuvvetli belirtilerin" aranması gerektiğini belirtmektedir[26].

Kanun lafzı ve tedbirin kişi hak ve özgürlüklerine yaptığı müdahale göz önüne alındığında doktrinde belirtilen bu görüşlere katılmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Kanaatimizce yerinde olan aksi görüşe göre ise, kanun lafzında kuvvetli şüphe sebebi ifadesi kullanılarak, kuvvetli şüphenin arandığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla tedbirin uygulanması için kuvvetli şüphenin aranması gerekir. Tutuklama için aranan kuvvetli şüphe, kişinin tutuklanması sonucunu doğurabilir, ancak mahkumiyet için yeterli delil mevcut olmayabilir. Aksi halde tutuklama kararına dahi gerek kalmaksızın kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmesi kabul edilecek sonucu ortaya çıkardı[27]. Kanunda aranan şüphenin de şüpheli veya sanığa yönelmiş olması, yani hakkında tedbir uygulanacak olan kişinin o suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunmalıdır[28]. Aksi kabul bu tedbirin uygulanmasını oldukça kolaylaştıracak ve haberleşme hürriyetine çok ciddi bir müdahale sonucu doğuracaktır. Kanun koyucunun bu şartı, tedbirin aşırı kullanılmasını önlemek amacıyla koyduğunu kabul etmenin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 18.05.2011 tarihli kararında[29] da CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbiri için "(…) suç işlendiğine dair 'makul şüphe' yerine 'kuvvetli şüphe' sebeplerinin aranması (…)" şeklinde yaptığı açıklama ile bu görüşü desteklemiştir.

6526 sayılı Kanun ile, tedbirin uygulanması için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekmektedir. Yapılan bu değişiklik, ile doktrinde kuvvetli şüpheden daha zayıf belirtilerin yeterli

26 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.48;

27 İnceoğlu, s. 115,116; Kaymaz, s. 226

28 Şen, s. 102

29 18.05.2011 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı, 2009/1 E., 2011/82 K., R.G. T. 18.02.2012, S. 28208

olabileceğine ilişkin görüşün artık geçerli olamayacağı ortaya çıkmıştır. Yani iletişimin denetlenmesi için katalog suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphe oluşturacak somut delil bulunmalıdır. Ancak bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda, değişiklik öncesinde de kuvvetli şüphe aranması gerektiğinden, bu değişiklik, aslında mahkemenin verdiği tüm kararların somut gerekçeye dayanması gereğinin açık olarak maddede yazılması anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, uygulamada, kanunda yazılı şartların tekrarından ibaret soyut gerekçelerle iletişimin denetlenmesi kararı verildiği düşünülürse, somut delillerin mevcut olması gerekliliğinin kanunda açıkça yazılmasının faydalı olacağını kabul etmek gerekir.

3. Başka Suretle Delil Elde Etmenin Mümkün Olmaması

İletişimin denetlenmesi tedbiri için CMK'nın 135. maddesinde "başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması" şartı aranmıştır. Diğer bir deyişle, haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine müdahale eden bu tedbire son çare olarak başvurulması öngörülmüştür. Getirilen bu şart nedeniyle soruşturma veya kovuşturma makamlarınca somut olay için başka delil elde etme yöntemi ile delil elde etmenin mümkün olmadığının kanıtlanması gerekmektedir[30].

2007 tarihli Yönetmelik'in tanımları içeren 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmaması halini "*Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını*" şeklinde tanımlamıştır. Bu tanım, diğer tedbirlerin somut olarak uygulanmasına gerek olmadığı, uygulanmış olması varsayımında bir sonuç alınamayacak olması şeklinde sübjektif bir kanıyı yeterli kabul eder niteliktedir[31]. Ancak, kanunun amacının kişi hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale eden bu tedbirin gereksiz kullanılmaması, son çare olarak kullanılması olduğundan[32] kanunda yer alan bu durumun yönetmelikle genişletilmesi hukuka aykırı niteliktedir. Kanun koyucunun 4422 sayılı ÇASÖMK'de yer aldığı gibi "başka bir tedbirle" ifadesini muhafaza etmesi bu açıdan yerinde olacaktı. Ancak yine de "başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması" ifadesi de kanun koyucunun amacını ortaya koyar niteliktedir.

30 İnceoğlu, s. 115; Şen, s. 111

31 Aynı yönde görüş için bkz. Centel, s. 169, Kaymaz, s.233; Yardımcı, s.200

32 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 49; Taşkın, s. 224; Yardımcı, s. 200

4. Denetime Konu Fiilin, CMK'nın 135. Maddesinin 7. Fıkrasında Sayılan Suçlardan Birinin Kapsamında Olması

İletişimin denetlenmesi tedbirinin kişi hak ve özgürlüklerine ağır nitelikte olan müdahalesi nedeniyle kanun koyucu tedbirin her suç için uygulanmasının önünü kapatmış ve hükmün 7. fıkrasında (6526 sayılı Kanun öncesi 6. fıkrası) daha ağır oldukları kanaatinde olduğu suçları sınırlı sayıda saymıştır. Doktrinde katalog suçlar olarak da ifade edilen bu suçlar dışında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkün değildir. Ancak bu sınırlama tedbirin tüm usulleri için değil; dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için öngörülmüştür. Yani iletişimin tespiti için suçlar açısından bir sınırlama bulunmamakta, diğer koşulların varlığı halinde her suç için iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmektedir.

CMK'nın 135. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin bulunması halinde iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi karar verilebilecek suçlar; Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), İşkence (madde 94, 95), Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), Çocukların cinsel istismarı (madde 103), Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve Yağma (madde 148, 149), Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), Parada sahtecilik (madde 197), Fuhuş (madde 227), İhaleye fesat karıştırma (madde 235), Rüşvet (madde 252), Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları; Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları; Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu[33]; Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlardır.

6526 Sayılı Kanun öncesinde, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, Kanun kapsamında yer alan suçlar açısında tedbir uygulanması, CMK m.135'te yer alan sınırlamalar olmaksızın mümkündü. Ancak 6526 Sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca TMK'nın 10. maddesi iptal edilmiştir. 10. maddede yer alan özel yargılama usulü iptal edildiğin-

33 01.11.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 169. maddesi göre mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na yapılan atıflar, 5411 sayılı Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılacaktır.

den, bu kanun kapsamında yer alan suçlar açısından da CMK hükümleri uygulanacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması için denetime konu fiilin 7. fıkrada sayılan suçlardan birinin kapsamında olması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Tedbirin uygulanması neticesinde suçun niteliğinin değiştiği ve "katalog suçlar" kapsamından çıktığı anlaşılırsa bu durumda elde edilen kayıtların kullanılmaması gerekir[34]. Aksi halde bu sınırlamanın hiçbir anlamı kalmaz ve uygulamada, başta katalog kapsamındaki suçlardan olduğu ileri sürülerek her suç için bu tedbirin uygulanmasının önü açılır. Dolayısıyla kişi hak ve özgürlüklerine yapılan bu müdahale neticesinde hukuk güvenliği de sarsılır.

Katalog suçlar olarak da adlandırıldığını belirttiğimiz bu suçlardan, 6526 Sayılı Kanun öncesinde, özellikle 2,7 ve 8. fıkraları hariç tutulmak üzere TCK 220. maddesinde düzenlenmiş olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu işlendiğinden bahisle tedbir uygulamak mümkündü. Bu suç, tedbirin uygulanması bakımından adeta torba hüküm niteliğindeydi[35]. Her ne kadar hariç tutulan fıkralarla iddia edilen örgüt bünyesindeki herkesin dinlenmesinin önüne geçilmek istenmiş olsa da uygulamada TCK'nın 220. maddesinin 4. fıkrasında yer alan *"Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur."* hükmü ve 5. fıkrasında yer alan *"Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır."* hükmü gerekçe gösterilerek, suçun örgüt kapsamında işlendiği iddiası ile herkesin iletişiminin denetlenmesi yapılmaktaydı. Dolayısıyla tedbirin sınırlı sayıda suç için uygulanması şartı dolanılmakta ve bu şekilde şart anlamsız bırakılmaktaydı. 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, TCK m. 220 katalog suçlar kapsamından çıkarılmıştır. Böylece torba hüküm niteliğinde kullanılarak, bir anlamda her soruşturmada bu tedbirin kullanılmasının önüne geçilmiştir. Bu husus, değişiklik gerekçesinde de aynı şekilde açıklanmıştır[36]

C. HAKKINDA TEDBİR KARARI UYGULANAMAYACAK KİŞİLER

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararı CMK'nın 135. maddesi uyarınca bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında, yani şüpheli veya sanık hakkında verilebilir.

---

34 Taşkın, s. 104; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Adalet, Ankara, 2010, s. 419

35 Şen, s. 115;

36 Erdener Yurtcan, 6526 Sayılı Yasayla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler, İstanbul, 2014, s. 68

6526 Sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkra uyarınca "talepte bulunurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcısını gösterir belge veya rapor eklenir."

Şüpheli ve ya sanıkla iletişim içinde olduğu düşünülen üçüncü kişi hakkında bu tedbir kararının verilmesi mümkün değildir. Ceza Muhakemesi Kanunda ayrıca iletişimin denetlenmesi tedbirinin tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler ve müdafii için verilemeyeceği düzenlenmiştir.

1. Tanıklıktan Çekinme Hakkına Sahip olan Kişilerin İletişiminin Denetlenmesi

CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrası (6526 sayılı Kanun öncesi 2. fıkra) uyarınca hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişiler ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler arasındaki iletişimin kayda alınması yasaklanmıştır. Madde metninde sadece iletişimin kayda alınamayacağı, alınmış olması halinde bu durum anlaşıldıktan sonra kayıtların derhal yok edileceği düzenlenmiştir. Hükümde sadece kaydetme işleminden bahsedilmiş olsa da kanun koyucunun amacının tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler arasındaki iletişimin özgürce yapılabilmesi, içeriğine müdahale edilmemesi olduğu açıktır. Bu nedenle diğer işlemler açısından da tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler için uygulanmaması gerekir[37].

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişinin, hakkında tedbir uygulanan kişi ile iştirak ilişkisi mevcutsa o kişi için de 135. maddede aranan koşulların varlığı halinde iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerekir. 2007 tarihli Yönetmelik'in 7. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde yer alan *"Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir."* şeklindeki düzenleme de bu yöndedir.

2. Müdafiinin İletişiminin Denetlenmesi

CMK'nın 136. maddesinde özel bir düzenleme ile müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarında 135. maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Aslında CMK'nın 46. maddesi uyarınca avukatların da tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla 135. maddenin 2. fıkrası uyarınca da müdafiin iletişiminin denetlenemeyeceğini ileri sürmek mümkündür.

37 Ünver/Hakeri, s.424; İnceoğlu, s. 114; Yardımcı, s. 211; Kaymaz, s. 190; Özbek, s.426

Müdafiin iletişiminin denetlenemeyeceğini öngören 136. madde, 135. maddenin 3. fıkrasında olduğu gibi sadece kayıt altına almayı değil, 135. maddede öngörülen hiçbir tedbirin uygulanamayacağını düzenlemiştir. Ancak hüküm sadece müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarını saymış mobil telefonu kapsam dışı bırakmıştır. Ancak hükmün konuluş amacı ve dolayısıyla savunma dokunulmazlığı gereği, müdafiin mobil telefonunun da kapsam dahilinde kabul edilmesi gerekmektedir[38].

D. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARI

1. Karar Mercii

6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, CMK'nın 135. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, iletişimin denetlenmesi tedbirin uygulanabilmesi için hakim kararı gerekmekteydi. Haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğine ciddi müdahale teşkil ettiğinden hakim güvencesi aranmıştı. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının emri ile de denetleme yapılabilirdi. Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu yazılı emri derhal hakimin onayına sunması gerekirdi ve hakimin de en geç 24 saat içinde karar vermesi gerekirdi. Bu sürede karar vermez ya da onaylamadığına ilişkin karar verirse tedbirin derhal kaldırılması gerekirdi.

6526 sayılı Kanun ile tedbirin uygulanmasına karar verecek mercide önemli bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik sonrasında, iletişimin denetlenmesi tedbirine ancak ağır ceza mahkemesi oy birliği ile karar verebilir. İtiraz üzerine tedbir kararı verilebilmesi için de oy birliği şartı aranmaktadır. Maddede yapılan değişiklikte, eski halinde olduğu gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla tedbir uygulanabilmektedir. Ancak Cumhuriyet Savcısı'nın kararını derhal mahkemenin onayına sunması gerekir ve mahkeme en geç yirmi dört saat içerisinde karar verir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

2005 tarihli Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde gecikmesinde sakınca bulunan hal "Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması hâlini" şeklinde tanımlanmıştır.

Değişiklik öncesinde hakim, sonrasında ağır ceza mahkemesi, cumhu-

38 Fatih Selami Mahmutoğlu, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", s.10, http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/cmh/makale/iletisimindenetlenmesi.doc [E. T.: 09.06.2012]; İnceoğlu, s. 114

riyet savcısının tedbirin yapılması yönünde vermiş olduğu kararı onaylamazsa ya da yirmi dört saatlik süre içinde karar vermemişse, geçen süre zarfındaki kayıtların hukuka uygun olup olmadığı sorusunun cevabı ise olumsuz olmalıdır[39]. Çünkü hakim/mahkeme somut olayın koşullarını inceleyip aksi bir karar vermişse tedbirin uygulanması için koşuların oluşmadığının kabulü gerekir. Bu nedenle o süre zarfındaki kayıtların da yok edilmesi, tedbir dinleme ise dinleyen yetkilinin tanık olarak dinlenmemesi gerekir. Nitekim CMK'nın 137. maddesinin 3.fıkrasında yer alan, tedbirin uygulanması için hakim onayı alınmaması hallerinde tedbirin savcı tarafından derhal durdurulacağı ve o sürede yapılan kayıtların derhal yok edileceği şeklindeki düzenleme de aynı doğrultudadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6526 Sayılı Kanun ile 135. maddede yapılan değişik, ilgili maddelerle uyumlu hale getirilmemiştir. Nitekim 137. maddede belirtilen kayıtların yok edileceğine ilişkin hükümde hakim onayının alınmamasından bahsetmektedir. Ancak 135. maddede yapılan değişiklik göz önünde bulundurularak, mahkemeden onay alınmaması hali olarak değerlendirilmelidir.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uzatılmasına ilişkin kararı, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu olmayacağından mahkeme verir, savcının emri söz konusu olamaz.

2. Kararın İçeriği

İletişimin denetlenmesi tedbirinin düzenlendiği CMK'nın 135. maddesinin 4. fıkrası (6526 sayılı Kanun öncesi 3. fıkra) uyarınca, iletişimin denetlenmesine ilişkin verilen kararda; yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir.

2007 tarihli Yönetmelik'in 6. maddesinin 1. fıkrasına göre iletişimin denetlenmesine ilişkin tedbir kararında; soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası, kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü ile numarası veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kodu, tedbirin türü, tedbirin kapsamı, tedbirin süresi belirtilmelidir. 2. fıkraya göre de mobil telefonun tespiti için verilen kararda telefonun numarası ve tespit işleminin süresi belirtilmelidir.

39 İnceoğlu, s.116; Aksi görüş için Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 51

Ceza Muhakemesi Kanununda, kararda yer alması gerektiği belirtilen hususların "ve" bağlacı ile bağlanarak tüm bu bilgilerin aranıyor olması doktrinde bir görüş tarafından eleştirilmektedir. Bu görüşe göre tüm bu hususların bilinmesi ve kararda yer almak zorunda bırakılması tedbirin uygulanmasını imkansız hale getirecektir. Bu nedenle "veya" bağlacı ile düşünülmeli ve tüm bu bilgilerin hepsinin aranmasına gerek olmamalıdır[40]. Ancak aksi görüşe göre, tedbirin müdahale ettiği haklar göz önünde bulundurulduğunda kararda tüm unsurların bir arada olması gerekir[41]. Kanaatimizce de bu tedbire başvurulabilmesi için öngörülen şartlar dikkate alındığında kanun koyucunun iradesinin bu tedbire başvurulmasını kolaylaştırmak değil, aksine ağır müdahale niteliğinde olan bu tedbirin son çare olarak istisnai şekilde kullanılması yönünde olduğu görülmektedir. Bu nedenle "ve" bağlacının kanun metninde hatalı yazılmadığı ve tüm unsurların kararda bulunması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri için verilen kararların Anayasanın 141. ve CMK'nın 34. maddeleri uyarınca gerekçeli olması gerekir. Uygulamada hakimlerin tedbir kararlarına bakıldığında kanunda öngörülen koşulların tekrar edildiği ve bunlar tedbir uygulanmasının gerekçesiymiş gibi gösterildiği görülmektedir. Ancak bunun aksine kanunda aranan şartların somut olayda bağdaştığı olaylarla gerekçelendirilmesi gerekir. Nitekim 6526 sayılı Kanun ile "somut delillere dayanan" kuvvetli şüphe sebeplerinin aranması gerektiği şartı açıkça belirtildiğinden, mevcut somut delillerin gerekçede açıkça yazılmalıdır. Yönetmelikte yer alan düzenleme de bu yöndedir.

E. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNİN VERİLEBİLECEĞİ SÜRE

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararı, 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde CMK'nın 135. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca, en fazla üç ay için verilebilir ve bir defaya mahsus en fazla üç aya kadar uzatılabilirdi. Yani tedbirin, altı aydan fazla uygulanması mümkün değildi. Aynı hükme göre eğer işlendiği şüphelenilen suç örgüt faaliyetinde işlenen suç ise, bu suçlara ilişkin verilen tedbir kararı, gerekli görülmesi halinde bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabilirdi. Yani örgüt faaliyetinde işlenen suçlar için bir süre sınırı öngörülmemişti.

Örgüt suçlarına ilişkin olarak verilen tedbir kararlarında bir sınır olmamasının ölçüsüz bir koşul olduğundan haberleşme hürriyetine ve düşünce özgürlüğüne aykırı olduğundan bahisle CMK'nın 135. maddesinin

40 Kaymaz, s.280

41 Yardımcı, s. 215; İnceoğlu, s. 117; Özbek, s. 428

3. fıkrasına ilişkin Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 18.05.2011 tarihinde vermiş olduğu kararda[42] *"tedbir süresinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak müteaddit defalar uzatılmasına olanak sağlayan kuralın amacının da Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerinden 'milli güvenlik', 'kamu düzeni', 'suç işlenmesinin önlenmesi' ve 'başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması' sebeplerine uygun olduğu kuşkusuzdur. (...) özellikle teknolojinin sağladığı olanaklardan yararlanarak kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal eden ve demokratik toplumun düzeninin sürekliliğini tehlikeye sokan örgütlü suçların ve faillerinin ortaya çıkarılmasına yönelik tedbirlerin nihai bir süre ile sınırlandırılmaması bu suçların niteliği dikkate alındığında Anayasal bir sorun oluşturmaz. Öte yandan tedbir süresinin uzatılmasına hakim tarafından karar verilecek olması da özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme hürriyetinin Anayasal çerçevede sınırlandırılmadı bakımından önemli bir güvence teşkil etmektedir."*şeklinde yaptığı tespitlerle 4 karşı 12 oy ile kuralı Anayasaya uygun bulmuştur.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede örgütlü suçların niteliği gereği sınırsız bir şekilde denetleme yapılmasını makul kabul etmiş ve hakim kararı ile veriliyor olmasını da bir güvence olarak göstermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu karar, temel hak ve özgürlükleri kısıtlamacı bakış açısına sahip olduğunu gösterir niteliktedir. Karar, şekli açıdan hatalı bir karardır. Şöyle ki, Başkanvekili Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşıoy gerekçesinde de belirttiği üzere, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin amacı suç işlendikten sonra soruşturma ve kovuşturma amaçlarıyla delil toplanmasıdır. Ancak Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde kısıtlama sebebi olarak bu amaç sayılmamıştır. Mahkeme diğer gerekçeleri zorlama yoluyla kapsar nitelikte kabul etmiştir. Mahkeme hakim kararını güvence olarak göstermiştir; fakat ne yazık ki Türkiye'de iletişimin denetlenmesi kararları bir örnek şekilde denetimsiz verildiğinden fiilen bu güvenceden bahsetmek mümkün değildir. Madde bu haliyle bir üst sınır belirlemediğinden, kişinin iletişiminin ömür boyu denetlenmesine imkan sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bu kararla haberleşme özgürlüğü hakkının özüne dokunma yasağının ötesinde hakkı ortadan kaldırmıştır[43].

6526 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, düzenlemeye ilişkin eleş-

42 Bkz. Dipnot 27

43 Güçlü Akyürek, "Anayasa Mahkemesi'nden Sınırsız Dinlemeye Onay(!)" , Güncel Hukuk, Mayıs 2012/5-101, s.63

tiriler doğrultusunda ve haberleşme özgürlüğüne sınırsız müdahaleyi ortadan kaldırır niteliktedir. Şöyle ki; CMK'nın 135/4. maddesi uyarınca, tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, mahkeme yukarıdaki sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. Yapılan değişiklikle gerek katalog suçlar arasından TCK m. 220'nin çıkarılması gerek süre sınırlamasının makul hale getirilmesi, haberleşme özgürlüğüne haksız müdahaleleri önler niteliktedir.

2007 tarihli Yönetmelik'in 12. maddesinin 4. fıkrasına göre süre, kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında sisteme tanıtıldığı andan itibaren başlar. Yönetmelikte yapılan bu düzenleme de kanunda yer almayan bir sınırlamanın yönetmelikle yapılması anlamı taşımaktadır. Yönetmelik'in 9. maddesinde işlemin tanıtılması prosedürünün nasıl olacağı düzenlenmiştir. Belirlenen bu prosedür bir zaman alacak ve bu prosedürün keyfi olarak uzatılması imkanı yaratacaktır. Verilen iletişimin denetlenmesi tedbirine ise mahkeme tarafından o an ki mevcut koşulların değerlendirilmesi neticesinde karar verilmiştir. Sürenin, işlemin tanıtılmasından itibaren başlatılması hakim güvencesini hiçe sayar niteliktedir. Bu nedenle tedbir için öngörülen sürenin başladığı tarih mahkemenin karar verdiği tarih şeklinde kabul edilmelidir[44].

Uygulamada iletişimin tespiti işlemi geriye dönük olarak yapılmaktadır. Niteliği gereği bu şekilde uygulanması mümkün olan bu tedbirin mevcut düzenlemede geriye dönük olarak yapılması hukuka aykırıdır. Kanunda iletişimin tespitinin geriye dönük yapılabileceği, ne kadar süre ile uygulanabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut uygulamada sınırsız olarak geriye dönük iletişimin tespitinin yapılması haberleşme özgürlüğüne sınırsız ve ölçüsüz bir müdahale olduğundan hukuka aykırıdır[45].

F. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNDE GİZLİLİK VE KANUN YOLU

CMK'nın 135. maddesinin 6. fıkrası (6526 sayılı Kanun öncesi 5. fıkrası) uyarınca, bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur. 2007 tarihli Yönetmelik'in 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca da tüm işlemlerin gizli yapılması gerekmektedir. Gizliliğin ihlal edilmesi durumunda TCK'nın 285. maddesinde düzenlenen "gizliliğin ihlali" suçu oluşacaktır. 285. maddenin 1. fıkrası uyarınca soruş-

44 Mahmutoğlu, s.12; İnceoğlu, s.118; Özbek, s.429; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 52
45 Şen, s. 137

turmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz. Ayrıca tedbir neticesinde edinilen haberleşmenin içeriklerinin ifşası söz konusu olursa TCK'nın 132. maddesinin 2. fıkrası uyarınca haberleşmenin gizliliğini hukuka aykırı olarak ifşa edilmiş olacağından, ifşa eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri kararı, 6526 sayılı Kanun öncesi, soruşturma aşamasında sulh ceza hakimi tarafından alınan bir karardı ve CMK'nın 267. maddesi uyarınca itiraz kanun yolu açıktı. Değişiklik sonrasında, tedbir kararı ağır ceza mahkemesi tarafından verilebilen bir karar haline geldi. CMK'nın 267. maddesinde hakim kararlarına ve kanunda özel olarak gösterilen hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Bu durumda tedbire ilişkin kanun yolu olarak itirazın kabul edilebilmesi için, kanunda belirtilmesi gerekirdi. Ancak değişiklik sonrasında, tedbir kararı, bir mahkeme kararı haline gelmiş olmasına rağmen, açıkça itiraz yolu açık olduğu belirtilmemiştir. Buna rağmen, itiraz üzerine verilen tedbir kararlarında da oy birliği arandığı belirtilerek, itiraz yoluna gidileceğine ilişkin zımnen bir sonuç ortaya çıkmıştır. Kanunda yer alan bu belirsizliğin ne şekilde içtihat oluşturacağı ise, uygulamada alınan kararlara göre belirlenecektir.

İletişimin denetlenmesi kararına kaşı her ne kadar kanun yolu açık olsa da alınan kararlar ve işlemler gizlilik esasına tabi olduğundan ilgilinin bu kararlardan haberi olmayacak ve kanun yolunu kullanma imkanı olmayacaktır[46].

G. İLETİŞİM İÇERİKLERİNİN YOK EDİLMESİ, İLGİLİYE BİLDİRİM VE TAZMİNAT

İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulandığı sırada CMK'nın 137. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Kanun metninde anlaşılamaz bir şekilde kovuşturma aşamasında, iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 135. maddeye göre kovuşturma aşamasında da iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmektedir. Bu

46 Centel, s. 181

durumda kişi hakkında beraat kararı verildiğinde iletişimin içeriklerinin yok edilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmaması eksikliktir[47].

CMK'nın 137. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir.

CMK'nın yedinci bölümünde 141. madde ve devamında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kurumu düzenlenmiştir. Ancak 141. maddede sayılan tazminat isteme halleri arasında iletişimin denetlenmesine ilişkin hiçbir koşul sayılmamıştır. Özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne uzun süreli ve çok ağır müdahale teşkil eden iletişimin denetlenmesi tedbiri için tazminat talebi öngörülmemesi yerinde değildir ve kanunda tazminat sebepleri arasında sayılması gerekir[48].

H. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ SONUCU ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DELİL DEĞERİ VE TESADÜFİ DELİLLER

İletişimin denetlenmesi tedbiri suç işlendikten sonra ya da teşebbüs aşamasında kaldığında, soruşturma veya kovuşturma kapsamında delil elde etme amaçlı uygulanan bir koruma tedbiridir. Kanunda öngörülen koşullara uygun yapılmış olan denetleme neticesinde elde edilen kayıtlar delil niteliğindedir ve belirti delili olarak kabul edilmekte, keşfin konusunu oluşturmaktadır[49].

Hukuka uygun olarak yapılan denetleme sonucu elde edilen deliller, hakkında tedbir uygulanan kişinin ikrarını dahi içerse, mahkumiyet için hükme tek başına esas alınamaz. Yargıtay içtihatlarında[50] da belirtildiği üzere denetleme neticesinde elde edilen delillerin başkaca maddi, kesin, inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekmektedir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken, başkaca bir suçun işlendiğine ilişkin bir bilgi edinilmesi durumunda ne olacağı hususu CMK'nın 138. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre; *"Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza al-*

47 İnceoğlu, s. 121; Centel, s. 182

48 Mahmutoğlu, s.12; Ünver/Hakeri, s. 443; İnceoğlu, s. 122

49 Centel, s. 187; Şen, s. 165

50 Yargıtay 8. CD., 22.01.2009, 13862-479; Yargıtay 8. CD., 15.09.2008, 12115/95-13

tına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.". Hükmün lafzından anlaşılacağı üzere, temel alınan "suç" olup, iletişimi denetlenen kişiler açısından bir açıklık getirilmemiş, kimler hakkında delil teşkil edeceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin kanun geneline uyumlu olmaması durumu 138. maddede de görülmektedir. Hüküm de belirtilen 6. fıkrada belirtilen katalog suçlar, değişiklik sonrası 7. fıkrada bulunduğundan, burada 7. fıkra olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada doktrinde "dolaylı dinleme" olarak nitelendirilen, iletişimi denetlenen kişi ile görüşen üçüncü kişinin dinlenmesine değinmek gerekmektedir. Doktrinde, üçüncü kişinin de soruşturma veya kovuşturma kapsamındaki suça iştirak ettiği anlaşılırsa, onun hakkında delil teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Bu şekilde herkesin dinleme tedbirine maruz kalabileceği korkusu altında kalacağı ve hukuk devleti güvenliğinden bahsetmenin mümkün olmayacağını kabul etmek gerekir. Kaldı ki bu durum başka bir suça ilişkin olmadığından 138. maddenin 2. fıkrasında yer alan tesadüfi delil kapsamında da değildir[51].

"Dolaylı dinleme" hususu 18.05.2011 tarihli Anayasa Mahkeme'si kararına[52] konu olmuş ve Mahkemenin önüne 135. maddenin 3. fıkrasının, dolaylı dinlemeyi mümkün kılarak hukuka aykırı bir şekilde üçüncü kişilerin dinlenmesine olanak sağladığı gerekçe gösterilerek iptal istemi ile götürülmüştür. Mahkeme ise verdiği kararında *"dinleme kararı her ne kadar şüpheli ya da sanık hakkında verilmiş olsa da telefonla yapılan iletişimin, en az iki kişi arasında gerçekleştiği dikkate alındığında, uygulamada iletişimi yasal olarak dinlenen kişi ile iletişim kuran üçüncü kişilerin iletişimlerinin de dolaylı olarak dinlenmesi kaçınılmaz olmaktadır."* şeklinde gösterdiği gerekçe ile üçüncü kişilerin dinlenmesini mümkün kılmış, ancak elde edilen kayıtların kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin bir açıklık sağlamamıştır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbir uygulanırken tesadüfi bir delil elde edilmesi durumunda, bu delillerin kimler için kullanılabileceği hususu sorun teşkil etmektedir. Hakkında bir suça ilişkin tedbir kararı verilen bir kişinin, tedbir uygulanırken, bu suçtan başka, katalogda yer alan başka bir suçun işlendiğine ilişkin bilgi elde edilirse 138. maddenin 2. fıkrasındaki hükmünün uygulanacağı mutlaktır. Ancak katalogda yer almayan başka bir suç işlediği öğrenilmesi durumunda kayıtların delil olarak kullanılması 138. maddenin 2. fıkrası uyarınca mümkün değildir[53].

51 Şen, s. 104

52 Bkz. Dipnot 27.

53 Taşkın, s. 190; Yardımcı, s. 240

Hakkında tedbir kararı verilen kişi ile iletişimi dinlenen üçüncü kişinin suç işlediği durumda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre hukuka uygun bir denetleme kararı var ise suç katalog suçlar kapsamında yer aldığında 138. maddenin 2. fıkrası hükmü uygulanarak elde edilen kaydın hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir[54]. Nitekim kanun hükmü, kişiye ilişkin bir düzenleme yapmayarak suçu dikkate almıştır. Diğer görüşe göre ise üçüncü kişi hakkında dinleme kararı bulunmadığından elde edilen kaydın kişi aleyhine delil olarak kullanılması mümkün olmamakla birlikte, kişi hakkında soruşturma açılması için kullanılabilir. Üçüncü kişinin işlediği suç katalog kapsamında olmazsa delil niteliği taşıması mümkün olmamakla birlikte soruşturma başlatılmasını sağlayabileceği kabul edilmektedir[55]. Bu noktada kamu görevlisinin TCK'nın 279. maddesinde düzenlenmiş olan suçu bildirme yükümlülüğü de dikkate alınmalıdır.

İletişimin denetlenmesi kararı verilen kişinin telefonundan başka bir kişinin yaptığı görüşmenin tesadüfi delil teşkil etmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2009 tarihli 2009/1 Esas (Değişik İş), 2009/1 Karar sayılı aynı yöndeki kararında, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişinin telefonundan başka bir kişinin yaptığı görüşme, CMK'nın 135. ve 138. maddelerine uygun nitelik taşımadığından bahisle tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

IV. SONUÇ

Özel hayatın gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğüne uzun süreli ve ağır bir müdahale niteliğinde olan iletişimin denetlenmesi tedbiri, 4422 sayılı kanunla yapılan sınırlı düzenleme sonrası 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan düzenleme ile kapsamlı olarak Türk hukuk mevzuatına girmiştir. 06.03.2014 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanun ile de haberleşme özgürlüğüne sağlanan koruma arttırılmıştır.

İletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin CMK'de yapılan düzenleme kapsamlı olmakla birlikte, kavramların ne olduğu, şüphe derecesinden ne anlaşılması gerektiği hususlarında eksiklikler içermektedir.

Tedbirin sınırsız süre ile uygulanabilmesi, müdahalenin ölçüsüz ve hakkı ortadan kaldıracak nitelikteyken, yapılan değişiklikle bu durum kaldırılmış ve makul süre sınırı getirilmiştir. Aynı şekilde katalog suçlar kapsamında torba hüküm niteliği kazanmış olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, uygulamada sınırsız ve adeta keyfi denetim yapılması-

54 Kaymaz, s. 492

55 Taşkın, s. 190; Özbek, s. 435

na sebep olmaktayken, bu suçun katalog suçlardan çıkarılması, keyfiyeti önleyecek niteliktedir.

Kanunda ve yönetmelikte tedbir kararının gerekçeli ve belirtilen bilgileri içermesi gerektiği öngörülmüş olmasına rağmen, uygulamada tedbir için verilen kararlar tek bir örnek şeklinde gerekçesiz ve somut olayla ilişkilendirilmeden verilmektedir. Bu nitelikteki kararların hukuka aykırı olduğu kabul edilmeli ve elde edilen deliller de hukuka aykırı nitelikte olduğundan kullanılmamalıdır. Yapılan değişiklikle somut delillerin, bir şart olarak aranması, bu sorunun ortadan kaldırır nitelikte gibi gözükse de uygulamanın ne şekilde olacağı, ancak tedbire ilişkin verilen kararlarla ortaya çıkacaktır.

İletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanırken elde edilen tesadüfi delillerin kimler açısından aleyhe delil olarak kullanılabileceğinin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri, haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın gizliliğine ciddi bir müdahale teşkil ettiğinden, tüm sınırlamaların kanunda açıkça yapılması gerekir. Yapılan değişiklikle koşulların bir nebze sınırlandığı kabul edilebilirse de, demokratik bir toplumun varlığı ve hukuk güvenliği gereği uygulamada Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin de kişi hak ve özgürlüklerini korumayı öncelik kabul eden bakış açısıyla karar vermesi gerekir.

BANKACILIK, ADİ ve TİCARİ İŞTE AKDİ, TEMERRÜT FAİZ, 3095 SAYILI FAİZ KANUNU'NUN UYGULANMASI, YASAL/TİCARİ FAİZ CETVELLERİ VE BAZI YARGITAY İÇTİHATLARINA ELEŞTİREL BAKIŞ

Enver KARMIŞ[1]

Yeni Türk Ticaret ve Borçlar yasası faiz uygulamasına önemli yeni düzenlemeler getirmiştir.

Ticari işlerde faizin serbest belirlenmesi esas olmakla birlikte (TTK/m. 8), 6098 Sayılı T. Borçlar Kanunu 88 ve 120. Maddesi ile akdi ve temerrüt faiz oranlarına sınırlamalar getirilerek, mal alan, kredi kullanan borçluların korunması, fahiş faizin önüne geçilerek haksız kazancın önü kesilmeye çalışılmıştır.

Akdi ve temerrüt faiz oranları sınırlandırılarak belli kıstaslara ve sınırlara kavuşması enflasyonun belli seviyede durmasına katkı sağlayacak, mal ve para satan kurumlar daha basiretli davranacaklardır.

Üç aydan aşağı olmamak üzere faizin anaparaya eklenerek birlikte –birleşik- faiz yürütülmesi yalnız cari hesaplarla iki tarafı da tacir olan ticari iş niteliğindeki ödünç sözleşmeleri için geçerli hale getirilmiştir (TTK/m. 8, TBK/Md. 121/son).

Tüketiciler lehine düzenlemeler yapılarak, pasif durumda olan tüketici korunmaya çalışılmıştır (TTK/m.8-son).

Yıllık (anapara akdi) faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecek, her durumda yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacaktır (TBK/m.80)

Yıllık temerrüt faiz oranı sözleşmede belirlenmemiş ise, doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre ve yüzde yüz fazlasını aşamayacak, akdi faiz oranı kararlaştırılmış, ancak temerrüt faizi kararlaştırılmamış ise, kararlaştırılan yıllık akdi faiz oranı yürürlükte olan (3095 Sayılı Yasa) mevzuat hükümleri faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olacaktır (TBK/m. 120).

1 Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Yeni TTK'nın 1530/7 düzenlemesinde, geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hâllerde uygulanacak faiz oranının ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari gider tutarının Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca her yıl ocak ayında ilan edileceği ve faiz oranının, 3095 sayılı Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olacağı belirtilmiştir.

TBK.'nun atıfta bulunduğu yürürlükteki mevzuat olan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 2. Maddesinde, 4489 Sayılı 15.12.1999 tarihli Yasanın 2. Md. İle yapılan değişikliğe göre ise, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran uygulanacaktır (Yargıtay'ın bazı dairelerinin 3095 s. Yasa'nın 2. Md.'si değişikliğini yanlış yorumlaması aşağıda eleştiri konusu yapılacaktır).

Aşağıda 6102 Sayılı T Ticaret Kanunu, 6098 S. Türk Borçlar Kanunu ve 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun'un faizle ilgili maddeleri, oluşmuş Yargıtay içtihatları ve görüşlerimiz ışığında akdi, temerrüt, adi, avans, yabancı para, azami mevduat faiz uygulamasına ışık tutmaya çalışacağız.

A- 6102 S. T. Ticaret Kanunu 8 ve 9. Md. Göre TİCARİ AKDİ VE TEMERRÜT FAİZİN BELİRLENMESİ:

I/a- 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ticari işlerde faiz, 1. oran serbestisi ve bileşik faizin şartları başlıklı T. Ticaret Kanunu Madde 8;

Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.

(Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz.

Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir.

b- TTK/MADDE 8 GEREKÇESİ:

Tasarının bu maddesinde ve 9. maddelerde yapılan değişikliklere hakim olan düşünceler şöyle özetlenebilir:

(1) Ticarî işlerde faiz oranının serbestçe tayin olunacağı, Türk Ticaret Kanununda temel bir ilke olarak yer almalıdır. Doğru olan budur. Gerçi, bugün aynı ilke ticarî olmayan (âdi) işlere uygulanan faiz için de geçerlidir. Ancak, anılan ilkeden zaman zaman sapıldığı görülmektedir. Ticarî işlerde temel bir kanun olarak Türk Ticaret Kanunu konunun düzenlemesi gereken yerdir. Ayrıca bir kanun sadece kendi kapsamındaki konuları düzenlemeli, bunlara ilişkin hüküm koymalıdır. Bu sebeple, hüküm 6762 Sayılı Kanun'da olduğu gibi ticarî işlere özgülenmiştir. 6762 sayılı Kanunda kullanılan "tayin olunabilir" ibaresi ilke ile bağdaşmayan gereksiz bir esnekliğe yer vermiştir. İlkenin tam olarak öngörülebilmesi için kesin bir ifade kullanılmalıdır. Bu sebeple ibare "belirlenir" şeklinde düzeltilmiştir.

(2) Kanunda veya sözleşmede belirtilmediği durumlarda uygulanacak faiz ve temerrüt faizi oranlarını gösteren 3095 Sayılı Kanun ve benzeri kanunlar sık değiştirilmektedir. Türk Ticaret Kanunu söz konusu kanunlara ad ve sayı anarak gönderme yaparsa, değişiklikler dolayısıyla bu gönderme, anlam ifade etmez duruma gelebilir. Onun için 8 inci maddenin ikinci fıkrası hükmünde genel bir gönderme tercih edilmiştir. "Temerrüt faizi" terimi yerine mevzuatta sık sık "gecikme faizi" terimi kullanılmaktadır. İkinci terimin, yeniliğinin tercih edilmesinde rol oynadığı düşünülebilir. Oysa ikinci terim dardır; temerrüt sadece gecikme halini içermez. Bu sebeple Tasarı "temerrüt faizi" terimini kullanmıştır. "Temerrüt" kelimesi yerine görüşbirliği ile kullanılacak yeni bir kelime bulunursa onun faizini ifade eden terim de değişir.

(3) Mürekkep faize ilişkin 6762 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve etrafında önemli birikim sağlayan hüküm, 9 uncu maddede bağımsızlaştırılmalıdır.

(4) 6762 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüş bulunan, saklı tutma hükmünün yorumu güçlük doğurmuştur. Gerçekten saklı tutulan "hususî hükümler" ile; mürekkep faiz hakkındaki hükümlerin mi yoksa hükümde anılan kanunlarda bulunan faize ilişkin kuralların mı kastedildiği belirsizdir. Üçüncü fıkrada sayılan kanunlar, mürekkep faize dair "hususî hükümler"i içermemektedir; içerseler bile, 3095 Sayılı Kanun'un 3. maddesi karşısında bu hükümleri geçerli saymak mümkün değildir. Çünkü, hem anılan Kanun bileşik faizi kesin olarak yasaklamıştır, hem de sadece "Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri(ni)

saklı" tutmuş, diğer "hususî hükümler"i dikkate almamıştır. Bu gerekçelerle, 6762 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne Tasarıda yer verilmemiştir. 6762 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin artık pek bir anlam ifade etmeyen ikinci fıkrası da Tasarıya alınmamıştır. Tasarının 8 ilâ 10. maddesi hükümleri faiz konusunda bir Ticaret Kanununun içermesi gereken hükümlere yer vermiştir.

Açıklama:

l- Tacirler arasında faiz oranı TBK/m. 88, 120. Md. sınırı gözetilerek serbestçe belirlenebilir, ancak olağanüstü ekonomik dalgalanmalarda, bir tarafın zor durumundan faydalanılarak aşırı belirlenmiş oranlara Hakim müdahalesi yapılıp uyarlanabilmesi gerekir.

1- Banka, cari hesap, ticari ödünç sözleşmelerinde üç aydan az olmamak üzere işleyen faiz anaparaya eklenerek bulunacak kapitalize olmuş anaparaya tekrar faiz yürütülebilir. Üç aylık biriken akdi faiz ödenmesi ile, anapara kalanı üzerinde akdi faiz hesaplamaya devam edilir.

2- Yasa maddesi Tüketicinin Korunmasına İlişkin Kanun hükümlerini saklı tutarak, Hakim müdahalesinin önünü açmış olmakta ve son fıkra ile bu maddeye aykırı olarak işletilen faiz oran ve tutarının yok hükmünde olduğunu vurgulayarak kredi kullanan alıcı tüketiciyi korumaya çalışmaktadır.

Ancak, günümüzde hemen hemen bütün dava, takip, sözleşmelerin konusu ticari iş, taraflardan hiç olmazsa biri tacirdir. Bu durumda taraflar, daha doğrusu, pozitif –üstün- tarafta olan kredi veren, zayıf –pasif- durumda olan kredi kullanana, eskiden olduğu gibi "sözleşme" isimlendirmesi altında akdi ve temerrüt faiz uygulayacak mıdır ?, Kanaatimizce ticari işlerde 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce doğmuş ve takip konusu yapılmış olsa bile, TBK/m. 88, 120 ye göre akdi ve temerrüt faiz oranlarının uygulanması gerekir.

***Y. TBK. 88/1 fkr. Dairesinde akdi faiz oranı**, sözleşme ile kararlaştırılmamış ise mevzuat (3095 Sayılı Faiz Kanun'a) göre oluşan faiz oranı olacağı, sözleşmede ile ancak yürürlükteki mevzuat faiz oranının % 50 fazlası ile akdi faiz oranının belirlenebileceği kararlaştırılmıştır.*

***TBK./md. 120 dairesinde temerrüt faizi;** sözleşme ile kararlaştırılmamış ise doğduğu tarihteki mevzuat hükümlerine göre belirlenecek, sözleşme ile yıllık temerrüt faiz oranı mevzuata göre yürürlükteki faiz oranının yıllık % 100'ünü aşmayacak şekilde saptanacaktır.*

Görüldüğü gibi T. Borçlar Yasası akdi ve temerrüt faiz oranlarını belli kıstaslara bağlamış, ticari hayatı bir düzen ve disipline sokmuş iken, Y. TTK. 8. Maddesi, "Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir." Düzenlemesinden sonra 9. Md. ile "yürürlükteki mevzuata" örtülü atıfta bulunarak, TBK/m. 88, 120. Md. uygulama yolu açılmıştır.

Sayın Prof. Dr. Seza Reisoğlu, "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı 15 Haziran 2012 tarihli makalesinde, aynı tereddütleri göstermiş, "….Her iki Ticaret Kanununun 8/1. maddesine göre "Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir". Yürürlükteki T. Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre; Bankalar akdettikleri sözleşmelerinde –karşı tarafla anlaşarak gerek akdi faizleri- ana para faizi ve gerekse temerrüt faizlerini serbestçe belirledikleri halde; yeni Türk Ticaret Kanunundaki 8 ve 9. maddeler tartışma yaratmıştır. Yeni T. Ticaret Kanunu Hükümet Tasarısında 8. maddede " (1) Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir (2) Ticari işlerde kanuni anapara ve temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır" denilmek suretiyle 1. fıkradaki ticari işlerde gerek anapara faizinin –akdi faizin- gerekse temerrüt faizinin serbestçe belirleneceği kabul edilmiş; sadece temerrüt faizinin belirlenmediği hallerde ticari işlerde kanuni temerrüt faizine ilgili mevzuatın uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Buna karşılık T.B.M.M. komisyonlarında yapılan değişiklik ile 8. maddeye bileşik faiz (fıkra 2) ilave edilmiş, ticari işlerde temerrüt faizi ise 9. maddede düzenlenmiştir. 8/1. maddede sadece "ticari işlerde faiz miktarı serbestçe tayin olunabilir" denilmesi ve ikinci fıkrada; sadece anapara faizlerinin söz konusu olduğu, bileşik faizlere yer verilmesi ve ticari işlerde temerrüt faizinden 9. fıkrada söz edilmesi tereddüde yol açtığını…." belirtmiştir.

c- Uygulanacak hükümler, TTK. Madde 9- " Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır…",

d- Faizin Başlangıcı, TTK/Madde 10; "…Aksine sözleşme yoksa, ticari bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar…" şeklinde düzenlenmiştir.

2- 6102 S. TTK. 8. Maddesi "Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir" düzenlemesi, **8. Md'ye göre** "ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanacağı" **emri ve 6098 S. TBK. 88 ve 120. Md. birlikte değerlendirildiğinde,**

TİCARET YASA'SINA GÖRE AKDİ ve TEMERRÜT FAİZ ORANLARI SINIRI:

Ticari iş olan bankacılık faaliyetleri genel kredi alacağında uygulanacak akdi ve temerrüt faiz oranı TTK. 8 ve 9. Md. Yorumu ile sözleşmede öngörülen akdi ve temerrüt faizi mi olacak, yoksa TBK'nın sınırlama getirdiği 88 ve 120. Md. mi uygulanacak tartışılmaktadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Banka Kredi Kartı ve Kredili Mevduat alacağında TBK/md. 88, 120 ye göre akdi ve temerrüt faiz dönem ve oranlarının belirleneceğine hükmetmiş iken, Y. 19. Hukuk Dairesi Banka Genel Kredi alacağında, sözleşmede kaynaklanan akdi ve temerrüt faiz oranlarına göre geri dönüşüm faiz hesabının yapılması gerektiğini benimsemiştir.

Kanaatimizce Türk Ticaret Yasası'nın 9. Maddesinin öngördüğü Ticari işlerde kanuni, anapara ve temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı emredici hükmü ile, TBK. 88, 120. Md.'nin aynı paralelde akdi ve gecikme faiz oranlarının, yürürlükteki mevduat hükümlerine göre belirleneceği düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde, T. Ticaret Yasası'nın 8. Md. 1. Fıkrasının "Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir" düzenlenmesindeki–serbestlik- kavramı sınırının, TTK/m. 9 ve TBK/md. 88 ve 120. Md. öngörülen yürürlükteki mevzuat olan 3095 Sayılı Yasa'nın öngördüğü faiz oranları üst sınır kabul edilerek belirlenmesi gerekir.

3/aa- TİCARİ HÜKÜMLERLE YASAKLANMIŞ İŞLEMLER ile MAL ve HİZMET TEDARİKİNDE GEÇ ÖDEMENİN SONUÇLARI:

Y. TTK./Madde 1530- (1) Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.

(2) Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.

(3) Mütemerrit borçlunun alacaklısı sözleşmede öngörülen tarihten ya

da ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren, şart edilmemiş olsa bile faize hak kazanır.

(4) Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır:

a) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

b) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

c) Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

d) Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hâllerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşıyor ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir.

(5) Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz.

(6) Gecikme faizi ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğini öngören sözleşme hükümleri geçerizdir. Geçersizlik durumunda yedinci fıkra uygulanır.

(7) Bu madde hükümleri uyarınca alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hü-

kümlerin geçersiz olduğu hâllerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl ocak ayında ilan eder. Faiz oranı, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olmalıdır.

(8) Mal veya hizmet bedelinin taksitle ödenmesinin öngörüldüğü durumlarda, bu maddenin ödeme sürelerini düzenleyen hükümleri birinci taksit bakımından uygulanır. Her bir taksit tutarının ödenmeyen kısmı yedinci fıkrada öngörülen oranda gecikme faizine tabidir. Alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hâllerde taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

bb- Ticari İşletmeler Arasındaki Bazı İşlemlerde Borçlunun Temerrüdü ve Uygulanacak Temerrüt Faizine İlişkin TTK. md. 1530 hükümlerinin Uygulanması:

20111/7 sayılı, 23.02.2011 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanan "Ticari İşlerde Para Borçlarının İfasındaki Gecikmelerle Mücadale" isimli Avrupa Birliği Yönergesi esas alınarak düzenlenen bu madde ile;

6102 Sayılı TTK'nın Madde 1530/ 2 ve 8. Fıkraları, borçlunun temerrüdünün koşulları ve sonuçlarını geniş olarak düzenlemiştir.

Mal ve hizmet tedariki için yapılan işlemlerde, ödemenin tarihi kesin vade olarak belirtilmemiş ise borçlu, faturanın alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir.

Para borcunun vadesi, kural olarak altmış günlük süreyi aşamayacaktır.

Temerrüt faiz oranı, 3095 Sayılı Faiz Kanun'un 2. Md. Göre ticari işlerde uygulanacak faiz oranından en az % 8 fazla olmak kaydıyla, TCMB tarafından her yıl ocak ayından ilan edilecek, böylece uygulanacak temerrüt faiz oranı, dieğeer ticari ilişkilerde uygulanacak temerrüt faizinden daha yüksek olması düzenlenmiştir.

Madde 1530/2 fıkraya göre, ticari işletmeler arasındaki hukuki işlemlerde bu madde uygulanarak, tacir kavramı yerine ticari işletme kavramı ağırlık kazanmış, ticari işletmeyi işletenin tacir sıfatı olmasa bile, sözleşmenin tarafı işletme 15330 madde kapsamında olacaktır.

1530. Md. Uygulaması için, borcun para borcu olması, eser sözleşmeleri, kira, taşınmaz satışı, komisyonculuk sözleşmeleri, leasing sözleşme taksitleri gibi mal veya hizmet tedarikinden doğması gerekir. Ayrıca her iki tarafın ticari işletme ve yapılan hukuki işlemin ticari işletmelerle ilgili olmasına bağlı olacak, taraflardan biri tacir olmasına rağmen, diğer taraf tacir değilse, madde uygulanamayacaktır.

Hükümde geçen altmış günlük sürenin başlangıcı, faturanın veya ödeme talebinin alındığı, mal ya da hizmetin alındığı, veyahut mal ya da hizmetin gözden geçirme ve kabulünün tamamlandığı tarihte başlaması,

Bedelin; sözleşme anında ödenmesi, sözleşmeden sonra 60 günde ödenmesi, teslimden itibaren 60 gün içinde ödenmesi, hizmetin ifasından itibaren 60 günde ödenmesi, fatura veya ödeme talebinin ulaşmasından itibaren 60 günde ödenmesi, mal veya hizmetin kabulü için sürenin dolmasından itibaren 60 gün içinde ödenmesi bu yasa maddesine uygun olur.

Nilayet Madde 1530/son fıkranın 1. Cümlesine göre, mal veya hizmet bedelinin taksitle ödenmesinin öngörüldüğü durumlarda, bu maddenin ödeme sürelerini düzenleyen hükümleri birinci taksit -60 gün içinde ödenmek- bakımından uygulanacaktır.

Ancak, Alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu durumlarda, taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

Başka anlatımla;

1- Ticari hükümlerle yasaklanmış işlem ve şartlar geçerli değildir. Sözleşme gereği yerine getirilecek edimler için Yasa veya yetkili makamların koyduğu en yüksek sınırı aşan akitler üst sınır üzerinden yapılmış kabul edilir. Sınırı aşan edimler hata ile olmasa bile, geri alınır.

2- Ticari işletmeler arasındaki işlemlerde, alacaklı edimini yerine getirmiş ve borçlu süresinde borcunu ödemezse, istisnai haller hariç olmak üzere ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olur.

3- Borçlu mütemerrit olmuş ise, öngörülen tarihten veya ödeme süresi sonundan sonraki günden itibaren, akdedilmiş olsa bile alacaklı faize hak kazanır.

4- Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemiş olsa bile alacaklı;

l- Borçlu faturayı alması veya ödeme talebini kabul etmesinden itibaren 30 günlük sürenin sonunda,

ll- Faturanın alınması, ödeme talebinin kabulü tarihi belirsiz ise, mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden 30 günlük süre sonunda,

lll- Faturanın alınması veya ödeme talebi mal veya hizmetin tesliminden önce yapılmış ise, mal veya hizmetin teslim tarihini takep eden 30 günlük süre sonunda,

lV- Mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulü öngörülmüş ise, borçlu fatura veya ödeme talebini kabul ettiği tarihte veya daha önce almışsa, bu tarihten sonraki 30 gün sonunda,

Öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren 30 günü aşıyor ve bu durum alacaklının aleyhine bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren 30 gün kabul edilerek faize hak kazanır.

5- Akite belirlenen ödeme zamanı; fatura veya ödeme talebinin veya mal ve hizmetin alındığı veya gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren 60 gün olabilir. Alacaklı aleyhine haksızlık oluşturmamak şartıyla taraflar daha uzun bir süre öngörülebilir.

6- Gecikme faizi ödenmeyeceği, az faiz ödeneceği, borçlunun zarardan sorumlu olmayacağını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

7- Alacaklıya yapılan geç ödemelerde, sözleşmede temerrüt faizi belirtilmemiş olsa bile, TCMB'nın Ocak ayında ilan ettiği asgari giderim tutarı[2] + 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 2. Md. göre ticari faiz + % 8 fazlası ile borçlu sorumlu olur.

8- Taksitle ödeme halinde, ödeme süreleri bu madde hükümlerine göre 1. Taksit bakımından uygulanır. Her taksit tutarının ödenmeyen kısmı 7. Fıkrada öngörülen oranda gecikme faizine tabi olur. Alacaklı küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olduğu hallerde taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümleri geçersiz olur.

---

2 Bkn; http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/pgm/temerrut.html, TCMB Web adresinde;

"Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesinin 7. Fıkrası Uyarınca Mal Ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemelerde Uygulanacak Temerrüt Faiz Oranı Ve Alacağın Tahsili Masrafları İçin Talep Edilebilecek Asgari Giderim Tutarı" başlığı altındaki

Geçerlilik Tarihi	Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemelerde Uygulanacak Temerrüt Faiz Oranı (%)	Alacağın Tahsili Masrafları İçin Talep Edilebilecek Asgari Giderim Tutarı (TL)
01.01.2013	% 15,00	% 95,00

B/l- 01/07/2012 Tarihinde Yürürlüğe Giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'un, 88. Maddesine Göre, AKDİ (Anapara) ve TEMERRÜT FAİZİN TATBİK ŞEKLİ;

a- Türk Borçlar Kanun'u Madde 88- Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, *sözleşmede kararlaştırılmamışsa* faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan *mevzuat hükümlerine* göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.

b- Madde 87 Gerekçesi-

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 72. maddesini karşılamaktadır.

Tasarının iki fıkradan oluşan 87. maddesinde, yasal faiz düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkrada, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının sözleşmede kararlaştırılmaması durumunda, bu oranın faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği öngörülmektedir. Faiz oranının, zaman içinde sıkça değiştirilebildiği göz önünde tutularak, temel bir kanun olan Türk Borçlar Kanununda sabit bir oranın belirtilmesi uygun görülmemiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmede kararlaştırılacak yıllık faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı öngörülerek, bu emredici hükümle, uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunması amaçlanmıştır.

c- 6098 S. TBK/md. 88'in yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren ve derdest dava ve icra takiplerine Uygulanması:

Md. 88/1. fıkraya göre, taraflar arasında kapital faiz oranı ile ilgili bir sözleşme yoksa, mevzuat hükümleri (dönem ve oranları) referans alınarak akdi faiz oranına ulaşılacaktır. "Yürürlükte olan mevzuat", Faiz ödemesini yapacak olan borçlu ile alacaklılardan biri Türk Ticaret Kanun'un 12. Maddesine göre tacir ise, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 2. Maddesinin öngördüğü ticari işlerde uygulanacak ticari (avans) faizi, her iki taraf da tacir değil ise 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faiz esas alınacaktır.

Bazı görüşlere göre, referans alınacak faiz cinsinin 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 1. Md. göre "yasal"

faiz olduğu belirtilmekte ise de, ticari iş ve sözleşmeye bakılması, taraflardan birinin tacir olması halinde 2. Maddenin öngördüğü ticari (avans) faizinin nazara alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Taraflar, yürürlükte olan mevzuata göre geçerli faiz oranının % 50 fazlasını aşmayacak şekilde akdi faiz oranı/ları olarak kararlaştırabilir.

2. fıkranın bahsettiği, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı belirlenirken, 1. fıkranın vurguladığı faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan "mevzuat", örnek olarak;

1475 Sayılı İş Kanunu Mdr. 14,

4857 Sayılı İş Kanunu Madde 34,

Anayasa Md. 46/son,

5464 S. Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu,

6183 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Madde 51, 52.

Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR), Türü: ÇT-BM (BM Avrupa Ekonomik Komisyonu), RG Tarihi: 04/01/1995, RG No: 22161 Madde 27.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Madde 61 – gibi özel Yasalarda düzenlenen faiz cins/oranı değildir. Yani bu mevzuattan herhangi birinin geçerli oranı alınarak % 50 fazlası ile akdi faize ulaşılamaz.

88. Maddeye göre saptanacak faiz oranı kapital/akdi faiz oranı olup, bu oran esas alınarak temerrüt faiz oranına ulaşılacaktır. (TBK/Md.120),

Sözleşmede aksi yoksa ve borçlu temerrüde düşmüş ise, anaparaya temerrüt tarihine kadar akdi/kapital faizi hesaplanıp eklenerek ulaşılacak toplam alacak kapitalize (bindirilmiş) anapara olup, bu alacak üzerinde temerrüt faizi yürütülecektir.

ll.1- BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ (Md. 117, 271), 2. TEMERRÜT FAİZİ BAŞLIKLI TBK/m. 120 ve AÇIKLAMASI:

aa. Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı:

Borçlunun Temerrüdü, TBK. Madde 117-

Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tu-

tulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.

Maddenin Açıklaması:

a- Vadesi daha önce taraflar arasında kararlaştırılmamış ise, vadesi-ödenmesi gereken hale gelmiş bir borcun borçlusunu, alacaklı ihtarname çekerek temerrüde düşürebilir.

b- Ödeme günü taraflar birlikte veya sözleşme ile belirlenmiş veya taraflardan birinin usulüne uygun bildirimi ile saptanmış ise, bu günün geçmesi ile;

c- Haksız fiilde, fiilin işlendiği tarih,

d- Sebepsiz zenginleşmede, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşer.

İstisnai olarak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim yapılması şarttır.

bb- Y.13. HD. Esas: 2012/2417, Karar: 2012/7299, Tarih: 21.03.2012, (818 s. BK m. 101, 6098 s. Borçlar K m. 117) kararla, temerrüt ve icra takibi hakkında;

"...Taraflar arasındaki sözleşmenin 13.2.maddesinde," Dosyanın evraklarının eksiksiz, tam olarak teslim edildikten sonra, saymanlığa aktarılmasından itibaren 120 takvim günü içerisinde ödenir." hükmü düzenlenmiştir. B.K.nun 101.maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Sözleşmenin 13.2 maddesi alacağın muaccel olacağı tarihi gösterir. Davacı icra takibi yapılmadan önce davalıyı yöntemine uygun olarak temerrüde düşürmediği için davalı, icra takip tarihi itibariyle temerrüde düşmemiştir. İşlemiş faiz yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..."

Vadenin belirsiz olması halinde icra takibi ile temerrüdün oluşacağı içtihadında bulunmuştur.

ll.2- TEMERRÜT FAİZİ TBK/Madde 120-

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur.

ll.3- TBK. Madde 120 Gerekçesi-

818 sayılı Borçlar Kanununun 104 üncü maddesini karşılamaktadır.

Tasarının üç fıkradan oluşan 120 nci maddesinde, faiz, irat ve bağışlamalarda temerrüt faizi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan "b. Faizin, mütedahil taksitlerin, bağışladığı mebaliğin tediyesinde mütemerrit olan borçlu" şeklindeki ibare, Tasarıda "b. Faizlerde, iratlarda ve bağışlamada temerrüt faizi" şeklinde değiştirilmiştir.

Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

ll.4- TBK. 120. Maddeye göre, Sözleşmede Temerrüt-Gecikme-Direnme Faiz Oranı belirlenmemiş ise, Temerrüt Faiz Oranının Saptanması ile İlgili Açıklama:

TBK. Madde 120/l e göre temerrüt faiz oranı, "faiz borcunun doğduğu tarihte" yani borçlunun temerrüde uğradığı tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre yürürlükteki oran, temerrüt faiz oranı olarak değerlendirilecektir.

88/ll. fıkra "yıllık akdi faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranın yüzde elli fazlasını aşamayacağını" belirtmiş iken, 120/ll. fıkra "yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz." şeklinde kaleme alınmıştır. Temerrüt faiz oranı sözleşme ile kararlaştırılacak ise, direnme faiz borcunun doğduğu temerrüt tarihinde yürürlükte olan mevzuat hükümlerine, yani ticari iş ise 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 2. Maddesine göre, adi işte 1. Maddeye uygun olarak yürürlükteki faiz oranının % 100 fazlasını aşmayacak oranda temerrüt (gecikme-direnme) faiz oranı kararlaştırılabilecektir.

TBK. Md 88'de öngörülen kapital/akdi faiz oranı taraflar arasında sözleşme ile belirlenmiş, ancak sözleşmede TBK/m. 120'ye göre temerrüt faiz oranı kararlaştırılmamış ve akdi faiz oranı da TBK/md. 120/l.

fıkrada öngörülen temerrüt tarihinde yürürlükte olan mevzuat hükümlerinde öngörülen faiz oranından veya akitle belirlenen temerrüt faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi olarak akdi faiz oranı geçerli olarak uygulanacaktır.

Başka anlatımla, sözleşmede temerrüt faiz oranı belirtilmemiş, ancak md. 120/l e göre temerrüt faizinin doğduğu tarihteki mevzuata göre uygulanacak gecikme faiz oranı, 88. Md. dairesinde oluşan akdi faiz oranından daha az ise, akdi faiz oranı temerrüt faizi olarak nazara alınacaktır.

lll- AKDİ ve TEMERRÜT FAİZ HANGİ SAFHADA, HANGİ ALACAĞA UYGULANACAKTIR ?:

AKDİ (Anapara) FAİZE ESAS ALACAK:

İki veya daha çok kişinin, aralarında bir hukuki bağ yaratmak, bu bağı değiştirmek veya ortadan kaldırmak amacıyla, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan ederek yaptığı hukuki işlem, akitle belirlenen, sözleşme veya Kanun uyarınca alacaklı -para sahibinin- faiz getirisi elde etmek üzere, borçlu -kredi kullanan- yana belli bir zaman için veya süresiz olarak borç verdiği para sermaye (kapital-anapara)'ya, temerrüt tarihine kadar uygulanacak gecikme faizi akdi faiz, oranı akid veya Kanun'la belirlenmemiş ise işleyecek faiz de anapara akdi-Kanuni- faizdir.

Yeni Türk Borçlar Kanun'u Madde 88'e göre uygulanacak yıllık akdi faiz oranı, *sözleşmede kararlaştırılmamışsa* faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan *mevzuat hükümlerine* göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacak şekilde hesaplanır.

lV- TBK/md. 88, 120'nın GETİRDİĞİ AKDİ VE TEMERRÜT FAİZ DÜZENLEMESİNİN, ADİ, TİCARİ ve DİĞER ALACAKLARA 01.07.2012 tarihinden itibaren ve derdest dava ve icra takiplerine UYGULANMASI:

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un, Kanuni Faiz başlıklı 1. Maddesi, borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmediği durumlarda ödenecek kanuni –adi- faiz dönem ve oranlarını belirlemiştir.

3095 S. Yasa düzenlemesine göre, sözleşme ile belirlenecek faiz oranı geçerli olacak, taraflar belirlememiş ise Bakanlar Kurulu bu oranı belirleyecektir.

Yeni T. Borçlar K. Md. 88, sözleşme ile yıllık faiz oranı belirtilmemiş ise, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat (3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun) hükümlerine göre, adi alacakta 3095 Sayılı Yasa'nın 1. Md.'de saptanan –adi/kanuni- faiz dönem ve oranları, ticari işlerde ise 2. Md.'de saptanan ticari –avans- dönem ve faiz oranları esas alınarak oluşturulacaktır.

Görüldüğü gibi, T. Borçlar K. 88 ve 120. Md.'ye göre akdi ve temerrüt faiz, ticari alacakta (3095/m.2) olduğu gibi adi alacakta (3095/md.1) söz konusu olacak, ayrım yapılmadan uygulanacaktır.

1.aa- Adi kiraya 01.07.2012 tarihinden itibaren, İşyeri Kira alacağında 6098 Sayılı Türk B.K.nun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354. maddelerinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıldan sonra BK. Md. 88, 120 Md. Uygulamasıyla ilgili ;

"….Kira bedellerinin gününde ödenmemesi sebebiyle kararlaştırılan % 3 gecikme zammına dair temyiz itirazlarına gelince; Kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlıklı 6098 Sayılı TBK'nın 346. maddesinde, kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına dair anlaşmaların geçersiz olduğu, 6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçmişe Etkili Olma başlıklı 2. maddesinde, T. B.K.nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kurallarının gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, aynı Kanunun görülmekte olan davalara dair uygulama başlıklı 7. maddesinde de; T. B.K.nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kurallarıyla geçici ödemelere dair 76'ncı, faize dair 88'nci, temerrüt faizine dair 120. ve aşırı ifa güçlüğüne dair 138. maddesinin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Kiracıyı koruma amacıyla getirilen TBK'nın 346. maddesindeki bu yasal düzenlemenin kamu düzenine dair olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte, 6217 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Kanunun 53. maddesine göre, kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişilerle özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk B.K.nun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354. maddelerinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı, bu halde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara dair olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin tatbik olunacağı da öngörülmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin özel şartlar 6. maddesinde "kira bedeli gününde ödenmediği takdirde, kiracı ayrıca aylık % 3 oranında gecikme zammı ödemeyi peşinen kabul eder koşuluna yer verildiği görülmekte ise de; dosya kapsamından kiracının TTK kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda, mahkemece kiracının tacir olup olmadığı araştırılarak, tacir olması durumunda hakkında TBK'nın 346. maddesinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı gözetilmeli, Yargıtay HGK'nın 18.2.2004 tarih 2004/10-104 Esas, 2004/94 Sayılı kararında belirtildiği şekilde gecikme zammı temerrüt faizi niteliğinde olduğundan TBK'nın 120. maddesi nazara alınmalı tacir olmadığının anlaşılması halinde ise, yeni yasal düzenleme karşısında bu koşulun davalı kiracı yönünden geçersiz hale geldiği kabul edilerek davacının yasal faiz talep edebileceği kabul edilmelidir. Hüküm bu sebeplerle bozulmalıdır" (Y.6. HD.E. 2012/17220, K. 2013/10224, T. 10.6.2013. 6098/m.120, 346)

İçtihadı ile, adi kira alacağına, sözleşmede öngörülen akdi faiz oranı yerine 6098 S. T. Borçlar K. 120. Md. Göre değişen dönem ve oranlarda temerrüt faiz oranı uygulanacağı, işyeri kirası olması halinde *6098 Sayılı Türk B.K.nun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354. maddelerinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmayacağı, akit serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin tatbik olunacağı da öngörülmüştür.*

1.bb- Aracılık hizmetinde komisyon ücretine TBK./m. 88, 120. Md. Uygulanacağı;

"....Davacı, davalıya ait taşınmazların dava dışı şirkete kat karşılığı verilmesine aracılık ettiğini, 03.03.2010 tarihinde komisyon sözleşmesi yapıldığını, aracılık hizmetinin yerine getirildiğini ancak davalının satıştan vazgeçtiğini ileri sürerek, şimdilik 7.060 TL. komisyon ücretinin temerrüt tarihi 04.11.2010 tarihinden itibaren sözleşmede öngörülen aylık % 10 faizi ile ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının aracılık hizmetini yerine getirmediğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile, davacının fazla hakları saklı kalmak üzere 7.250 TL. komisyon ücretinin 23.11.2010 temerrüt tarihinden itibaren aylık % 10 oranında temerrüt faizi uygulanarak davalıdan tahsiline karar verilmiş; hükmün davalı tarafından temyizi üzerine Daire'mizce onanmış ve bu kez davalı karar düzeltme isteğinde bulunmuştur.

1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer karar düzeltme itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı ve davalı imzasını taşıyan 03.05.2010 tarihli komisyon sözleşmesinin 1. maddesinde satıcının taşınmazın satış bedelinin % 3'üne tekabül eden meblağı komisyon ücreti olarak ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği açıklandıktan sonra, 3. maddesinde, satıcının satıştan vazgeçmesi halinde hem kendi ödeyeceği komisyon ücretini hem de diğer tarafın ödeyeceği komisyon ücretini ödeyeceğinin kararlaştırıldığı, 5. maddesinde de, emlak komisyoncusunun iş bu akitten doğacak alacaklarının zamanında ödenmemesi halinde aylık % 10 temerrüt faizinin uygulanacağının kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre, satış bedelinin % 3'ü komisyon bedeli iken 3. maddesinde kararlaştırılan bedelin ise, cezai şart niteliğinde bulunduğunun kabulü ile mahkemece bu husus tartışılmadan, BK'nın 161 /son maddesi gereğince cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilmeden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

3- Davacının komisyon ücretinin ödetilmesi için davalıya 04.11.2010 tarihinde ihtar çektiği ve davalının 23.11.2010 tarihinde temerrüde düştüğü anlaşılmaktadır. Mahkemece, taleple bağlı kalınarak, hükmedilen ücret alacağına temerrüt tarihinden itibaren aylık % 10 oranında temerrüt faizi işletilerek dava kabul edilmiştir.

Temerrüt (gecikme) faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresince varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır (Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.06.1997 gün ve 1997/11-278 - 529 sayılı ilamı).

Para borçları açısından borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlardan birisi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etmeme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içindedir.

Ne var ki, uyuşmazlığın Dairemiz incelemesine geldiği aşamada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş olup, 6101 sayılı

Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 2. maddesinde, "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır" denildikten sonra, görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığını taşıyan 7. maddesinde aynen "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır." düzenlemesi getirilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz" hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden sonra yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 sayılı yürürlük Kanununun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de ge-

rektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.

Kural olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren ortaya çıkan olay ve hukukî ilişkilere uygulanırlar. Dolayısıyla geçmişe yürümezler. Yürürlükten kalkan kanunlar ise artık etkilerini kaybederler ve yeni ortaya çıkan olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanmazlar. Bununla beraber, çeşitli sebeplerle bazen yeni kanunun daha önce ortaya çıkmış olaylara ve hukukî ilişkilere uygulanması söz konusu olabilir.

Genellikle kamu yararının, kamu düzeninin, genel ahlakın, zayıfların, kişiliğin korunmasına hizmet eden ve bir hukuki işlemin şekline ilişkin getirilen hükümler, emredici hukuk kuralı özelliği taşır. Emredici kurallar aksi taraflarca kararlaştırılamayan ve uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu kuralların uygulanmaması konusunda yapılan sözleşmeler hüküm ifade etmediği gibi, emredici kuralın uygulanmasına da engel teşkil etmez. Bir hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı genel olarak kuralın ifade ve yazılışından anlaşılırsa da bazı durumlarda değişiklik gösterebilir. Bu yüzden ilk olarak maddenin yazılış ve ifade tarzına bakılmalı, maddenin düzenleniş amacı da değerlendirilerek kuralın emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir.

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar değerlendirildiğinde, TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir. O halde faize ilişkin TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin uygulama şeklinin irdelenmesi gerekmektedir.

Buna göre, TBK 88. maddesinden de açıkça anlaşıldığı gibi; faiz (anapara faizi) ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir.

Yürürlükte olan mevzuat hükümleri hiç şüphesiz şu anda da yürürlükte olan 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'dur. Burada "yedek hukuk kuralı" veya "ikâme faiz"de denilebilecek olan kanunî (yasal) faiz devreye girmektedir (3095 sayılı Kanun m. 1).

Faiz (anapara faizi) ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmışa buna itibar edilecektir. Burada bir sınır getirilmiştir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen (yani 3095 Sayılı Yasa'ya göre belirlenen) yıllık

faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz (TBK. m. 88/f.2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 1 ile belirlenen faizin % 50 arttırımlı hali, yani %9 + 4,5 = %13,5 oranını aşamaz). Burada emredici hukuk kuralı devreye girmektedir (TBK m. 88/f.2).

TBK.nda "temerrüt faizi" başlıklı düzenlemede de (m. 120) şu şekilde bir çözüme gidilmiştir:

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir (TBK m. 120/f.l atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2).

Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu oran (sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı), birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. (TBK m. 120/f.2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2- âdi işlerde %9 + yüzde yüz fazlası yani %9 =18'i; ticari işlerde avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını, (01.01.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faizi %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır.)

Hal böyle olunca; mahkemece, hükmedilecek komisyon ücretinin yukarıda açıklanan şekilde temerrüt tarihinden itibaren yıllık % 18 temerüt faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde aylık % 10 (Yıllık 120) faizi ile tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ancak, mahkeme kararının bu şekilde bozulması gerekirken, yanılma sonucu yazılı şekilde onandığı, bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından, davalının karar düzeltme isteğinin kabulü ile, Dairemizin onama kararının kaldırılarak ve mahkeme kararının bu şekilde bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir…." (Y. 13. HD. E. 2012/17865, K. 2012/26319, T. 22.11.2012. 6098/m.76, 88, 120, 138. 6101/m.2,7. 3095/m.2. 818/m.161).

1.cc- Kaçak elektrik borcu için istenen gecikme zammı oranının TBK/m. Md. 88, 120'ye göre belirlenmesi;

".....davacı, davalının kaçak elektrik borcunun tahsili amacıyla takip başlatmış, asıl alacak, gecikme zammı ve KDV olmak üzere toplam alacağın tahsilini talep etmiştir. Davaya konu alacağın abone sözleşmesinden değil, kaçak elektrik kullanımından kaynaklandığı gözetildiğinde gecikme zammı isteme hakkı bulunmayan davacının kaçak elektrik bedelini zamanında ödenmemesi nedeniyle dava dilekçesinde gecikme zammı olarak davalıdan istediği bedelin Borçlar Kanununun 101 inci maddesi hükmünde belirtilen gecikme (temerrüt) faizi olduğu

kabul edilerek gecikme nedeniyle istenebilecek bedelin buna göre belirlenmesi gerekir

..... para borçlarında borçlunun borcunu vadesinde ödememesi halinde yasal faizden ayrık olarak uygulanan ve borçlu tarafından ödenmek zorunda bırakılan gecikme zammının aslında bir faiz olduğunda kuşku yoktur. Nitekim HGK'nın 16.06.2004 gün ve 2004/19-357 E, 2004/360 K. sayılı ilamında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Nevar ki, uyuşmazlığın Hukuk Genel Kurulu'na geldiği aşamada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş olup, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun (6101 SK) 7 nci maddesinde aynen " Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarıyla geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır." hükmünü içermektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz." hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Davacı vekili tarafından Mersin 1. İcra Müdürlüğü'nün 2007/1167 esas sayılı icra dosyasıyla davalı hakkında başlatılan icra takibinde; asıl alacak ve KDV istemiyle birlikte 6.035,00 YTL gecikme zammının tahsili de istenilmiştir. Davacının takip talebinde "gecikme zammı" olarak istediği bedel gecikme (temerrüt) faizi olup asıl alacağa temerrüt faizi eklenmek suretiyle toplam alacak miktarının belirlenmesi gerekir.

Ancak, somut uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden sonra yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uy-

gulanması gereken hükümler içeren 6098 sy TBK ve 6101 s. Kanun'un, somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının yerel mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir...." (YHGK. 2012/7-502 E, 2012/707 K, 10.10.2012 T. 6098 s. Borçlar K m. 76, 88, 120, 138. 6101 s. Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında K m. 7. 818 s. BK m. 101)

1.dd- Takiple istenen faiz oranı ile ödenen fazla borcun istirdat alacağı hesabında, TBK/m. 88, 120. nazara alınacağı;

"...Davacı, davalının 26.08.2003 tarihinde faizle borç aldığı davalı alacaklı tarafından aleyhine ödünç para alacağına istinaden 1.170.00. TL'nın aylık % 180 faiziyle birlikte tahsili için ilamsız takip başlatıldığını, bu takiple ilgili haricen ödemelerde bulunmasına rağmen takibin tekrardan yenilendiğini ileri sürerek vaki icra takibinden dolayı borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

... uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden önce yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 sayılı Yürürlük Kanununun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir. O halde faize ilişkin TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin 26.03.2003 tarihinde davacı tarafından aylık %180 faizle birlikte alacağın tahsili amacıyla yapılan icra takibine itiraz edilmeksizin kesinleşmesi ve icra takibinin daha sonra 28.10.2008 tarihinde yenilenmesiyle birlikte değerlendirme yapılması hususunda taraf ve yargı denetimine elverişli uzman bilirkişi veya bilirkişi heyeti raporu alınarak hüküm kurulması gerekir...." (Y. 13.HD. E: 2012/28324, K: 2013/15997, T: 12.06.2013. 6098/TBK. Md. 88, 120, 138)

1.ee- Kooperatif aidat alacağında TBK/m. 88, 120, Md. Nazara alınacağı;

".....Mahkemece, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bozma ilamına uyulmuş ise de, bozma ilamındaki ödemelerin temerrüt faizine mahsup edilip edilmediği yönünde davacı kooperatifin uygulamasının ne olduğuna dair araştırmanın kooperatifin tüm ortakları için yapılması gerekirken, sadece davalı ortak yönünden bu uygulama araştırılmıştır. Bu durumda mahkemece, 10.1.1999 tarihli genel kurul öncesinde aidat ödemelerini geciktirenlerin yaptığı ödemelerin öncelikle temerrüt faizine mahsup edilip edilmediği hususunda genel uygulamanın ne olduğu araştırılıp, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Öte yandan, mahkemece karar verilmeden önce 1.7.2012 tarihinde 6098 Sayılı T.B.K. yürürlüğe girmiş olup, T. B.K.'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 Sayılı Kanunu'nun 7. maddesinde aynen 'T. B.K.'nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kurallarıyla geçici ödemelere dair 76, faize dair 88, temerrüt faizine dair 120 ve aşırı ifa güçlüğüne dair 138. maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

6098 Sayılı T.B.K.'nun 88. maddesinin "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, 1. fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranını yüzde elli fazlasını aşamaz." hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine dair 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, 1. fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da 1. fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranının anılan yasal düzenlemedeki yerine gelince; para borçları açısından borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlardan birisi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etmeme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içindedir. 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 42. maddesine göre genel kurul bütün üyeleri temsil eden en yetkili organ olup, kanun veya anasözleşmeyle genel kurula tanınmış olan konular hakkında karar verme yetkisini haizdir. Konut Yapı Kooperatifi Tip Anasözleşmesi'nin 23/1. maddesinin 6. bendi uyarınca ortaklardan tahsil edilecek taksit miktar ve ödeme şartlarıyla gecikme halinde uygulanacak esasları tespit etmek genel kurulun yetkisi dahilindedir.

Genel kurulca, ödeme günü belirlenerek, (belirlenmemişse ayın sonu ödeme günü olup) aidat bedelinin süresinde ödenmesine, süresinde ödenmemesi halinde ise temerrüt faizi uygulanmasına dair alınan kararın kesinleşmesi halinde, bu kararın tüm ortakları bağlayaca-

ğı açıktır. Genel kurul kararları, üyelerle kooperatif arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, kooperatif ve üyeler arasında ayrıca faiz oranlarıyla ilgili sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarca kararlaştırılan faiz oranları daha sonraki yıllarda değiştirilmediği ve iptal edilmediği sürece genel kurula katılmasa dahi tüm üyeleri bağlar. Bu durumda, 818 Sayılı B.K.nın 101/2. (6098 Sayılı T.B.K.nın 117.) maddesi hükmü karşısında, genel kurulun belirlediği tarih kesin vade olup, üyenin bir ihtarla ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek kalmadan, borcun ifasının istenebileceği kuşkusuzdur. Anapara faizi ise, borçlunun henüz temerrüde düşmeden ödemesi gereken sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir.

Bu durumda, kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranı, T.B.K. nin 88. maddesinde düzenlenen anapara faizi olmayıp, 120. maddede düzenlenen temerrüt faizine ilişkindir. Kooperatifle üyesi arasında ticari ilişki bulunmadığından yasal oranda temerrüt faizi uygulanmalıdır. 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun' un 2/1. maddesi gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen yasal faiz oranına göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere temerrüt faizinin, yasal faiz oranından fazla alınması taraflarca kararlaştırabilir. Anılan maddeler birlikte değerlendirildiğinde kooperatif genel kurulunca belirlenen aidatların ödenmesinde gecikme durumunda alınacak temerrüt faizinin yasal temerrüt faiz oranından daha fazla miktarda kararlaştırılabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak taraflar, uygulanacak temerrüt faizi oranını belirlerken, yukarıdaki paragrafta belirtilen 6098 Sayılı T.B.K.nın 120/2. maddesinde öngörülmüş olan sınırlamayı dikkate almak zorundadırlar.

Somut olayda, davaya konu aidat miktarı kooperatif genel kurul kararlarıyla belirlendiğinden ve genel kurul kararları da sözleşme niteliğinde olduğundan davacının takip konusu alacak kalemlerine uygulanması gereken azami faiz oranı T.B.K.nın 120/2. maddesinde düzenlenmiş yıllık temerrüt faiz oranı olup, davacı kooperatifin genel kurullarında kabul edilmiş temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata yani 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/1. maddesine göre belirlenen yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır.

Diğer yandan, mahkemece bozma ilamına uyulmasından sonra geçmişe etkili yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi halinde, bozma ilamına

uyulmakla oluşan usuli kazanılmış hak, hukuki değer taşımayacaktır. (9.5.1960 gün ve 21/9 Sayılı YİBK, YHGK'nın 7.3.2012 tarih ve 2011/19 - 799 E, 2012/128 K sayılı ilamı bu yöndedir.)

Bu durumda, mahkemece, karar verilmeden önce yürürlüğe giren anılan yasal düzenleme bu açıklamalar çerçevesinde işlemiş temerrüt faizi oranı ve miktarıyla aidat alacağı miktarı üzerinden 31.5.2001 tarihinden itibaren işletilmesi gereken temerrüt faizi oranı bakımından değerlendirilerek, gerektiğinde bilirkişiden denetime elverişli bir rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yasa değişikliği gözden kaçırılarak, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru olmamıştır.

Bir diğer yandan; 818 Sayılı BK'nın 104/ son (6098 Sayılı T.B.K.nın 121/ son) maddesi uyarınca, temerrüt faizine faiz yürütülmesi mümkün değildir. Mahkemece, hüküm altına alınan 2.841,10 TL alacağın bir kısmı temerrüt faizi olduğu halde anılan madde hükümlerine aykırı olarak faize faiz işletilmesi sonucunu doğuracak şekilde toplam alacağa faiz yürütülmesi de doğru olmamış ve mahkeme kararının bu sebeple de davalı yararına bozulması gerekmiştir…" (Y. 23. HD. E: 2013/3919, K: 2013/4292, K: 21.06.2013. 818 s. BK/104. 6098 s. TBK/120, 121. 3095 s. Faiz K/m. 2)

1.ff- Ödünç para alacağına TBK/m. 88, 120'ye göre faiz hesaplanacağı;

"….Davacı, davalının 26.08.2003 tarihinde faizle borç aldığı davalı alacaklı tarafından aleyhine ödünç para alacağına istinaden 1.170.00. TL'nın aylık % 180 faizi ile birlikte tahsili için ilamsız takip başlatıldığını, bu takiple ilgili haricen ödemelerde bulunmasına rağmen takibin tekrardan yenilendiğini ileri sürerek vaki icra takibinden dolayı borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, Ankara 8. İcra Müdürlüğünün 2008/13646 Esas sayılı dosyasında fazla ödenen 9.085.69.TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Mahkemece, dosyada mevcut bilirkişi rapor ve ek raporlarında belirtilen terditli görüşten hükme avans faizi oranı esas alınarak yapılan hesaplama dikkate alınmıştır. Uyuşmazlığa ilişkin olarak; temyiz incelemesine geldiği aşamada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürür-

lüğe girmiş olup, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 2. maddesinde, " Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır " denildikten sonra, görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığını taşıyan 7. maddesinde aynen " Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır. " düzenlemesi getirilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz " hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur. " düzenlemesine yer verilmiştir.

TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde, emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden önce yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 sayılı Yürürlük Kanununun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir. O halde faize ilişkin TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin 26.03.2003 tarihinde davacı tarafından aylık %180 faiz ile birlikte alacağın tahsili amacıyla yapılan icra takibine itiraz edilmeksizin kesinleşmesi ve icra takibinin daha sonra 28.10.2008 tarihinde yenilenmesi ile birlikte değerlendirme yapılması hususunda taraf ve yargı denetimine elverişli uzman bilirkişi veya bilirkişi heyeti raporu alınarak hüküm kurulması gerekir. Karar bu nedenle bozul-

malıdır....” (Y. 13. HD., E: 2012/28324, K: 2013/15997, T: 12.06.2013. 6098/m. 88, 120, 138)

V- YABANCI PARA SÖZLEŞME ve BORÇLARINDA TBK. 88 ve 120 Md. 01.07.2012 tarihinden itibaren derdest dava ve icra takiplerine UYGULANACAK ise, HANGİ VERİLER HESAPLAMADA NAZARA ALINACAKTIR ?

Y. Boçlar Kanun'un 88 ve 120 Maddesi, yalnız TL. alacakları için düzenlenmemiştir, “yürürlükteki mevzuat” demek suretiyle 3095 Sayılı Faiz Yasası'nın 1, 2, 4a maddeleri ayrımına gitmemiştir.

Bu durumda yabancı para alacak ve sözleşmelerinde akdi/kapital faiz oranı (YBK/md.88) ile temerrüt faizinin (YBKK/md. 120) referans alacağı “yürürlükteki mevzuat” olan 3095 Sayılı Faiz Yasası'nın 4a Md. ile belirlenen ve Kamu Bankaları'nın o yabancı para cinsindeki mevduat için uyguladığı azami yabancı para azami faiz oranı esas alınarak, akdi ve temerrüt faiz oranı belirlenecektir.

3095 Sayılı Yasa'nın 4a. Md. Göre, sözleşmede daha yüksek akdî veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanması gerekiyordu.

6098 S. T. Borçlar K. Md. 88 ile, yabancı para alacağında, nazara alınacak yıllık faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan 3095 Sayılı Faiz Yasası'nın 4a. Md. Verileri gözetilecektir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık –akdi- faiz oranı, 3095 Sayılı Faiz K. 4a. Md. uyarınca belirlenen, değişen dönem ve oranının yüzde elli fazlasını (TBK/m. 88), temerrüt faizi ise yüzde yüzünü (TBK/m. 120) Ancak, 3095 Sayılı Faiz Kanun'un 4a Md. öngördüğü Kamu Bankaları Azami Mevduat faiz dönem ve oranları Kamu Bankalarının Web sitesinde ayrı, resmen Bankalarda ve TCMB'de alınan cevaplarda ayrı belirlenmektedir. Uygulayıcıların Mevduat Kabul etmeyen ve azami mevduat faizini uygulamayan ve Yargıtay Kararlarına göre referans alınmaması gereken TCMB www.tcmb.gov.tr > veriler > bankacılık verileri > Azami Mevduat Faiz Oranları > Kamu Bankalarınca .... Uygulanan azami mevduat faiz oranları sayfasında ulaşılan cetvelde saptanan faiz dönem ve oranları (TL azami mevduat faiz oranlarında olduğu gibi) hesaplaması gerekir.

Bütün Bankaların azami faiz dönem ve oranlarına doğru ve geçmişi kapsar şekilde ulaşılamadığı için, takip ve davalarda faiz oranları ve hesaplamaları sağlıklı yapılmamakta, yazışmalar ve bilirkişi incelemeleri

sebebi ile takip ve davaların yığılmasına sebep olunmaktadır[3].

İlgili Faiz Yasal düzenlemelerinde, "Bankalar, Yabancı para, TL. azami mevduat ve Toplu İş Sözleşmelerinde nazara alınacak Azami İşletme Kredi Faiz dönem ve oranlarını, Kredi Kartı akdi ve Temerrüt faiz oranlarını, Genel ve Cari Hesap Kredi borçları için nazara alınan akdi ve temerrüt faiz oranları listesini asgari 10 yılı kapsar şekilde web sitelerinde ilan ederler" şeklinde bir yasal düzenleme yapılarak bu çok önemli konu sorun olmakta çıkacaktır. Böylesi bir düzenleme ile haksız kazançların ve bazen de fakirleşmenin önüne geçileceği gibi, İnsanlar bu faiz oranlarına göre kendi borçlarının hesabını da denetleyebilecekler, Avukatlar ve Mahkemeler de bu verilere hemen ulaşarak yazışmalara ve yanlışlıklara sebebiyet verilmemiş olacaktır.

V.a- Yasa'ya uygun olmayan TCMB'nnın belirlediği yabancı para azami mevduat faiz oranları ile 100.000,00 USD.'nın 10.02.2001 / 10.01.2013 arası faiz getirisi [4];

(1)	USD anapara alacağı TCMB Azm. USD Faizi				
İşleme Tabi Tutulan Miktar 100.000,00 $					
#	**Dönem Başı**	**Dönem Sonu**	**Gün**	**Faiz %**	**Getiri**
1	10.02.2001	10.02.2002	365	14,00	14.000,00 $
2	10.02.2002	10.02.2003	365	5,25	5.250,00 $
3	10.02.2003	10.02.2004	365	5,50	5.500,00 $
4	10.02.2004	10.02.2005	366	6,00	6.016,44 $
5	10.02.2005	10.02.2006	365	6,00	6.000,00 $
6	10.02.2006	10.02.2007	365	6,25	6.250,00 $
7	10.02.2007	10.02.2008	365	7,50	7.500,00 $
8	10.02.2008	10.02.2009	366	7,50	7.520,55 $
9	10.02.2009	10.02.2010	365	10,00	10.000,00 $
10	10.02.2010	10.02.2011	365	7,50	7.500,00 $
11	10.02.2011	10.02.2012	365	6,00	6.000,00 $
12	10.02.2012	10.01.2013	335	7,00	6.424,66 $
Σ	**10.02.2001**	**10.01.2013**	**4352**	**7,38**	**87.961,65 $**
100.000,00 $'e, % 7,00 ile günlük Faiz: 19,18 $ = 34,10 TL (1 $ = 1,778 TL)					

3 KARMIŞ E. "İş Kanun'u ve 3095 Sayılı Faiz Kanun'u 4a Md. Göre, Yabancı Para ve TL Alacağının Hesaplanmasında Kullanılan Yanlış Veriler, Karşılaştırmalı Hesap Sonuçları, Tarafların Sebepsiz Zenginleşmesi veya Fakirleşmesi" başlıklı, İstanbul Barosu'nun 2011/Kasım Dönemi Dergisinde Yayınlanan Makale

4 E. KARMIŞ tarafında yapılandırılıp verileri güncellenen www.icradestek.com elektronik hukuk hesap sitesinde yapılmıştır.

ve 3095/md.4aya göre üç kamu bankası verilerine göre, aradaki farkın belirlenmesi için, 100.000,00 USD.'nın 10.02.2001 / 10.01.2013 arası faiz tutarı;

(1)	USD asıl alacağı 3KamuBank USD Faizi				
#	**Banka**		**Gün**	**Faiz %**	**Getiri**
1	Vakıfbank		4352	∑3,55	42.302,05 $
2	**Halkbank**		**4352**	**∑3,71**	**44.392,46 $**
3	Ziraatbank		4352	∑3,29	39.374,65 $
Halkbank Azami Faiz Açlım Tablosu					
1	10.02.2001	10.02.2002	365	14,00	14.000,00 $
2	10.02.2002	10.02.2003	365	3,75	3.750,00 $
3	10.02.2003	10.02.2004	365	4,00	4.000,00 $
4	10.02.2004	10.02.2005	366	2,50	2.506,85 $
5	10.02.2005	10.02.2006	365	2,50	2.500,00 $
6	10.02.2006	10.02.2007	365	2,75	2.750,00 $
7	10.02.2007	10.02.2008	365	5,25	5.250,00 $
8	10.02.2008	10.02.2009	366	3,25	3.258,90 $
9	10.02.2009	10.02.2010	365	2,00	2.000,00 $
10	10.02.2010	10.02.2011	365	1,50	1.500,00 $
11	10.02.2011	10.02.2012	365	1,50	1.500,00 $
12	10.02.2012	10.01.2013	335	1,50	1.376,71 $
∑	**10.02.2001**	**10.01.2013**	**4352**	**3,71**	**44.392,46 $**
100.000,00 $'e, % 1,50 ile günlük Faiz: 4,11 $ = 7,31 TL (1 $ = 1,778 TL)					

Nerdeyse 2 kat fark olduğu, uygulamada yanlış olarak TCMB'nın belirlediği azami yabancı para faiz dönem ve oranlarının kullanıldığı, kitap ve makalelere konu yapmamıza, ilgili dairelere yazmamıza rağmen doğru olmayan uygulamaya devam edilmekte, TCMB'nın www.tcmb.gov.tr adresinde, İşçi alacağı için bankaların azami mevduat faiz oranları, toplu sözleşme alacağı için kamu bankaları işletme kredisi faiz cetveli, yabancı para için kamu bankalarının fiilen uyguladığı azami yabancı para mevduat faiz dönem ve oranları geçmişe doğru 10 yıllık cetveller halinde yayınlanarak sebepsiz zenginleşme-fakirleşmeye devam edilmektedir.

V.b- Ağırlıklı olarak işçi alacaklarında kullanılan ve fiilen mevduat kabul etmediği için bankaların kendisine bildirdiği azami faiz dönem/oranlarının ortalamasını istatistiki bilgi şeklinde yayınlayan ve ağırlıklı olarak yanlış kullanılan TCMB'nın belirlediği www.tcmb.gov.tr **Web sitesinde yayınladığı azami TL. mevduat faiz dönem ve oranları ile 100.000,00 TL.'nın 10.02.2001 / 10.01.2013 arası faiz getirisi;**

(1)	Kıdem tazminatı asıl alacağı TCMB Azm. TL Faizi				
İşleme Tabi Tutulan Miktar 100.000,00 TL					
#	**Dönem Başı**	**Dönem Sonu**	**Gün**	**Faiz %**	**Getiri**
1	10.02.2001	10.02.2002	365	100,00	100.000,00 TL
2	10.02.2002	10.02.2003	365	70,00	70.000,00 TL
3	10.02.2003	10.02.2004	365	61,00	61.000,00 TL
4	10.02.2004	10.02.2005	366	28,00	28.076,71 TL
5	10.02.2005	10.02.2006	365	24,00	24.000,00 TL
6	10.02.2006	10.02.2007	365	21,00	21.000,00 TL
7	10.02.2007	10.02.2008	365	26,00	26.000,00 TL
8	10.02.2008	10.02.2009	366	24,50	24.567,12 TL
9	10.02.2009	10.02.2010	365	27,00	27.000,00 TL
10	10.02.2010	10.02.2011	365	19,00	19.000,00 TL
11	10.02.2011	10.02.2012	365	17,00	17.000,00 TL
12	10.02.2012	10.01.2013	335	17,00	15.602,74 TL
∑	**10.02.2001**	**10.01.2013**	**4352**	**36,21**	**433.246,57 TL**
100.000,00 TL'e, % 17,00 ile günlük Faiz: 46,58 TL					

Aynı verilerle, Bankaların bu dönem mevduat kabul ederken uygulayıp Web sitelerinde yayınlayıp, kaldırdıkları cetveldeki azami TL. faiz dönem ve oranları nazara alınarak, en yüksek mevduat faizi verenin verileri ile, aynı alacağın belirtilen dönem içinde azami mevduat TL. faiz getirisi;

(1)	Kıdem tazminatı asıl alacağı Bankalar Azami Faizi			
#	**Banka**	**Gün**	**Faiz %**	**Getiri**
1	Finansbank	4352	∑24,83	297.541,10 TL
2	HSCB	4352	∑21,19	253.782,20 TL
3	Tekstilbank	4181	∑24,15	285.223,97 TL
4	Yapıkredibank	4352	∑22,93	274.567,81 TL
5	Akbank	4352	∑23,33	279.531,51 TL
6	Cıtıbank	3888	∑20,71	224.115,07 TL
7	Denizbank	4352	∑22,89	274.189,04 TL
8	Fortisbank	4352	∑24,08	288.537,94 TL
9	Garantibank	4352	∑23,00	275.551,37 TL
10	Şekerbank	3642	∑18,10	180.926,03 TL
11	Anadolubank	4352	∑22,39	268.109,58 TL
12	İşbank	4352	∑23,29	278.844,52 TL
13	Tekfenbank	4352	∑23,81	285.105,48 TL
14	Milleniumbank	3298	∑14,15	134.339,72 TL
15	Vakıfbank	4352	∑20,54	246.111,64 TL
16	Oyakbank	4352	∑22,88	273.779,45 TL
17	Halkbank	4352	∑23,79	284.578,35 TL
18	Turkishbank	4352	∑22,35	267.769,18 TL
19	Ziraatbank	4352	∑20,44	244.855,48 TL
20	T-Bank	4352	∑23,83	285.277,39 TL
21	**TEB**	**4167**	**∑29,60**	**349.139,32 TL**
22	TCMB	4352	∑36,21	433.246,57 TL

Bu dönem azami mevduat faizi veren TEB Azami Faiz Açlım Tablosu

1	14.08.2001	14.08.2002	365	75,00	75.000,00 TL
2	14.08.2002	14.08.2003	365	60,00	60.000,00 TL
3	14.08.2003	14.08.2004	366	43,00	43.117,81 TL
4	14.08.2004	14.08.2005	365	27,60	27.600,00 TL
5	14.08.2005	14.08.2006	365	27,10	27.100,00 TL
6	14.08.2006	14.08.2007	365	27,10	27.100,00 TL
7	14.08.2007	14.08.2008	366	19,60	19.653,70 TL
8	14.08.2008	14.08.2009	365	20,50	20.500,00 TL
9	14.08.2009	14.08.2010	365	21,00	21.000,00 TL
10	14.08.2010	14.08.2011	365	12,25	12.250,00 TL
11	14.08.2011	14.08.2012	366	11,50	11.531,51 TL
12	14.08.2012	10.01.2013	149	10,50	4.286,30 TL
Σ	**14.08.2001**	**10.01.2013**	**4167**	**29,60**	349.139,32 TL
100.000,00 TL'e, % 10,50 ile günlük Faiz: 28,77 TL					

Görüldüğü gibi, TCMB'nın belirlediği ortalama bankalar azami mevduat faiz oranları ile hesaplama yapıldığı takdirde alacakı haksız olarak daha zenginleşmiş olacaktır.

VI.1- T. BK/md. 88, 120'nın GETİRDİĞİ AKDİ VE TEMERRÜT FAİZ DÜZENLEMESİ, BANKACILIK GENEL KREDİ, TÜKETİCİ, KREDİ KARTI VS. ALACAĞINA 01.07.2012 tarihinden itibaren ve derdest dava ve icra takiplerine UYGULANACAK MI ?

Israrla Y. 13. HD., E. 2013/9, K. 2013/10102, T. 17.4.2013 kararı ile Davacı bankanın kredi kartı alacağına TBK/m. 88. 120.'ye göre akdi-temerrüt faizi hesaplanacağı,

Y. 13. HD., E. 2013/6932, K. 2013/16922, T. 20.6.2013 içtihadı ile bankanın kredili mevduat hesabı alacağına TBK/m. 88. 120.'nın nazara alınacağı yolunda içtihatlar oluştururken,

Yargıtay 19. HD. İse, banka genel kredi alacağına, sözleşme temerrüt faizi hesaplanacağını, TBK/md. 88, 120'nın nazara alınmayacağını belirtmektedir.

6098 S. Türk Borçlar Kanunu 88 ve 120. Md. 'Bankacılık işlemleri" için ayrım yapmadığı, Bankaların da Türk ticaret Kanunu'na göre birer ticari şirket olduğu, üretim ve ticari şirketlerin mal üretip veya alıp, ithal edip sattıkları, bankaların ise para alıp sattıkları,

TTK'nın 4 ve 8. maddesine göre; ticari işletmelerin de Bankalar gibi ticari iş yaptıkları. Üretim yapan bir fabrika bayisine kredili mal verirken temerrüt halinde uygulayacağı faiz oranı ile, ayni bayiye genel kredi sözleşmesi kapsamında cari hesap açan ve para veren bankanın temerrüt halinde uygulayacağı faiz oranlarının aynı Yasa'dan kaynağını alması gerektiği,

Bu nedenle, Yargıtay 19. HD.'nın banka genel kredi alacağına, sözleşme temerrüt faizi hesaplanacağını, TBK/md. 88, 120'nın nazara alınmayacağı yolundaki aşağıda içtihatlarına iştirak etmemekteyiz**.**

Yüksek 13. Hukuk Dairesi;

"….Bazı hukukçular anılan yasa hükmünün ayrım gözetmeksizin ticari işlerde de uygulanacağını savunmakta ise de, Dairemizin uygulaması 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddelerinde akdi ve temerrüt faizi ile ilgili sınırlamaların ticari işlerde uygulanamayacağı yönündedir.

Zira 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Yasa hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir…" gerekçesi ile;

1.aa- "…Davacı vekili; müvekkili banka ile davalı D. Y. M. Ltd. Şti. arasında imzalanan kredi genel sözleşmesi uyarınca kredi kullandırıldığını, diğer davalıların kredi sözleşmelerini müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzaladığını, kredi taksitlerinin ödenmemesi nedeniyle hesabın katedilerek davalılara ihtarname gönderildiğini, yapılan ihtara rağmen borcun ödenmemesi üzerine davalılar aleyhine icra takibi başlattıklarını, davalıların itirazı üzerine takibin durduğunu belirterek itirazın iptali ile takibin devamına ve %40'tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davaya dayanak takip konusu alacak davacı banka tarafından 24/12/2012 tarihli temlik özleşmesi ile G. V. Y. A.Ş.'ye temlik edilmiştir.

Davalılar vekili; davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece toplanan deliller ve dosya kapsamı doğrultusunda; davalıların kredi sözleşmesi uyarınca davacı bankaya 100.517,55 TL borçlu oldukları, asıl alacağa takip tarihinden itibaren TTK'nın 9. maddesi delaletiyle TBK.'nın 120. maddesi ve 3095 sayılı Yasa uyarınca belirlenecek faiz oranının uygulanması gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, itirazın 100.517,55 TL üzerinden iptali ile takibin bu miktar üzerinden devamına, asıl alacağa %32 oranında faiz uygulanmasına karar verilmiş, hüküm temlik alan davacı G. V. Y. A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık ticari nitelikteki banka genel kredi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Anılan sözleşmenin 38.1. maddesinde temerrüt faizi düzenlenmiştir. Davacının temyizi somut olayda temerrüt faizine ilişkin 6098 sayılı TBK'nın 120. maddesinin uygulanamayacağına ilişkindir.

6098 sayılı TBK'nın 120. maddesinde temerrüt faizi düzenlenmiş ve temerrüt faizinin belirlenmesinde sınırlama getirilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7. maddesinde ise TBK'nın 120. madde hükmünün görülmekte olan davalarda uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda somut olay bakımından TBK'nın 120. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağının tartışılması gerekmektedir. Bazı hukukçular anılan yasa hükmünün ayrım gözetmeksizin ticari işlerde de uygulanacağını savunmakta ise de, Dairemizin uygulaması 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddelerinde akdi ve temerrüt faizi ile ilgili sınırlamaların ticari işlerde uygulanamayacağı yönündedir.

Zira 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Yasa hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir...." (Y. 19. HD.

E: 2013/8556, K: 2013/12306, K: 18/02/2013. 6098 s. TBK/88, 120, 141. 6102 s. TTK/8, 9)

bb- "….Dava, davalının kefili olduğu Genel Kredi Sözleşmesinden kaynaklanan borcun ödenmemesi nedeniyle başlatılan takibe vaki itirazın İİK'nın 67. maddesi gereği iptali istemine ilişkindir.

Somut olayda Mahkemece 6098 sy. TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren davacı banka alacağına TBK'nın 88. ve 120. maddelerinde öngörülen sınırları uygulanarak faiz yürütülmesine karar verilmiştir. 6101 sy. TBK'nın yürürlüğü ve uygulanma şekli bakımından Kanun'un 7. maddesine göre; TBK, kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşın ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi görülmekte olan davalara da uygulanır.

Bununla birlikte davacı banka ile imzalanan Genel Kredi Sözleşmesi bankacılık işi olup TTK'nın 4. maddesi gereği ticari iş niteliğindedir. Aynı Yasa'nın 8. maddesine göre; ticari işlerde temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenecektir. Bu durumda TBK'ndaki 88. ve 120. maddelerindeki hükümlerin ticari işler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Mahkemece bu yönler ve taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesi'nde kararlaştırılan akdi ve temerrüt faiz oranlan gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda (1) nolu bentte yer alan nedenlerle davacı vekilinin öteki temyiz itirazlarının reddine, (2) no'lu bentte açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davacı yararına Bozulmasına, peşin harem istek halinde iadesine, 18.09.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi…." (Y. 19. HD. E: 2013/10777, K: 2013/14096, K: 18.09.2013. 2004 s. İİK/67. 6098 s. TBK/76, 88, 120, 104, 141. 6102 s. TTK/4, 8)

cc- "….Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında akdedilen kredi sözleşmesinden kaynaklanan borcun ödenmemesi üzerine davalı aleyhine Samsun 2. İcra Müdürlüğü'nün 2012/4206 E. sayılı dosyası ile icra takibi yapıldığını, davalının icra müdürlüğünün yetkisine, icra takip talebinde işlemiş faize, faiz oranına itiraz ettiği ve takibin durduğunu belirterek davalının icra dosyasına yaptığı itirazın iptali ile takip tarihi itibariyle 315.681,42 TL olan alacaklarının 277.982,94 TL asıl kısmına takip tarihinden itibaren % 95,5 temerrüt faizi uygulanmasına, takibin devamına, takip tarihi itibariyle 12.000,00 TL olan gayri nakdi kredi alacağının depo edilmesine ve müvekkili lehine % 20'den az olmamak

üzere icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı cevap vermemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davacının davasının kısmen kabulü ile Samsun 2. İcra Müdürlüğü'nün 2012/4206 E. sayılı dosyasında takibin nakdi kredi açısından 285.202,06 TL üzerinden devamına, davalının bu bedelden 6.665,26 TL olan faiz ve BSMV toplamı olan miktara yönelik itirazının iptaline, bu bedelden asıl alacak miktarı olan 277.982,94 TL'sine takip tarihinden itibaren 24.330,11 TL sine % 24 oranında temerrüt faizi, 40.344,14 TL sine % 33,60 oranında temerrüt faizi, 86.946,63 TL sine % 35,50 oranında temerrüt faizi, 15.953,89 TL sine % 18,72 oranında temerrüt faizi, 14.867,43 TL sine % 5.66 oranında temerrüt faizi, 0.473,75 TL sine %32,16 oranında temerrüt faizi, 35.912,76 TL sine % 35,50 oranında temerrüt faizi, 29.804,21 TL sine % 63 oranında temerrüt faizi, 16.885,34 TL sine % 63 oranında temerrüt faizi, 1.362,69 TL sine%63 oranında temerrüt faizi 1.101,99 TL sine%63 Oranında temerrüt faizi ve BSMV uygulanmasına, davalının yalnızca faize ve BSMV'ye itiraz etmiş olması nedeniyle, itiraz edilen miktarın belirlenebilir olması nedeniyle haksız itiraz edilen, faiz ve BSMV toplamı olan 6.665,26 TL'nin % 20 oranında icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine, fazlaya dair talebin reddine, gayrinakdi kredi yönünden davalının 12.000,00 TL tutarındaki depo takibine yönelik itirazının iptali ile takibin aynen devamına, davacının icra inkar tazminat talebinin, takibin depo takibi olması edeniyle koşulları oluşmadığından reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin genel kredi sözleşmesinden kaynaklanması ve tarafların da tacir sıfatının bulunduğu gözetilerek sözleşmede kararlaştırılan faiz oranlarına göre hesaplama yapılması gerekirken uyuşmazlıkta uygulama yeri bulunmayan 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. madde hükümlerinin uygulanması doğru olmadığı gibi, uyuşmazlıkla ilgili incelemenin bankacılık konusunda uzman bankacı bir bilirkişiye yaptırılması gerekirken hukukçu bilirkişiden rapor alınmak suretiyle eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...."(Y. 19. HD., E: 2013/5446, K: 2013/9052, K: 16.05.2013. 6098 s. TBK/88, 120)

İştirak etmediğimiz içtihatlarda bulunmuştur.

VI.2- Davacı bankanın kredi kartı alacağına TBK/m. 88. 120.'ye göre 01.07.2012 tarihinden itibaren derdest dava ve icra takiplerinde akdi-temerrüt faizi hesaplanacağı;

"….Davacı, 7.733,25 TL asıl alacak ve işlemiş faizi ile birlikte toplam 8.893,59 TL nın tahsili için yaptığı icra takibine davalının itiraz ettiğini belirterek, itirazın iptali talepli bu davayı açmıştır. Davacı dava konusu icra takibinde 7.733,25 TL asıl 2013/9-10102

Alacak ile birlikte % 27,12 akdi işlemiş faiz ve ayrıca % 33 temerrüt faizi işletilmesini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlığın Dairemiz incelemesine geldiği aşamada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş olup, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 2. maddesinde "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır " denildikten sonra, görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığını taşıyan 7. maddesinde aynen " Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır." düzenlemesi getirilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz " hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde;

Uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden sonra yürürlü-

ğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 sayılı yürürlük Kanununun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar değerlendirildiğinde, TBK'nun 88 ve 120. Maddelerinin emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir. O halde faize ilişkin TBK'nun 88 ve 120. maddelerinin uygulama şeklinin irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre, TBK 88. maddesinden de açıkça anlaşıldığı gibi; faiz (anapara faizi) ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenecektir.

Yürürlükte olan mevzuat hükümleri hiç şüphesiz şu anda da yürürlükte olan 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'dur. Burada "yedek hukuk kuralı" veya "ikâme faiz" de denilebilecek olan kanunî (yasal) faiz devreye girmektedir (3095 sayılı Kanun m.l)

TBK.nda " temerrüt faizi" başlıklı düzenlemede de (m 120) şu şekilde bir çözüme gidilmiştir: Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. TBK m.120/f.2 atfıyla 3095 sayılı yasa m.2 adi işlerde % 9 + %100 fazlası yani %18'i aşamayacaktır. Hal böyle olunca mahkemece asıl alacağa temerrüt tarihi olan 26.01.2011 den itibaren icra takip tarihine kadar %18 temerrüt faizi yürütülmesine karar verilmesi gerekirken, icra dosyasında talep edildiği gibi % 33 faizle tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...." (Y. 13. HD., E. 2013/9, K. 2013/10102, T. 17.4.2013. 6098/m. 88, 120)

VI.3- Dava, bankanın kredili mevduat hesabı alacağına TBK/m. 88. 120.'nın 01.07.2012 tarihinden itibaren derdest dava ve icra takiplerinde uygulanacağı;

".....Mahkemece davanın kısmen kabulüyle davalının itirazının 6.284,73 TL asıl alacak, 320,81 TL işlemiş faiz, 16,05tl gider vergisi olmak üzere 6.621,59 TL üzerinden takibin devamına, asıl alacağa takip tarihinden itibaren %50 temerrüt faizi ve %5 BSMV uygulanmasına karar verilmiştir.

Uyuşmazlığa dair olarak; temyiz incelemesine geldiği aşamada 6098 Sayılı T.B.K. yürürlüğe girmiş olup, 6101 Sayılı T.B.K.'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 2. maddesinde, " T.

B.K.nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır" denildikten sonra, görülmekte olan davalara dair uygulama başlığını taşıyan 7. maddesinde aynen " T. B.K.nun kamu düzenine ve genel ahlaka dair kurallarıyla geçici ödemelere dair 76., faize dair 88., temerrüt faizine dair 120. ve aşırı ifa güçlüğüne dair 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır. " düzenlemesi getirilmiştir.

6098 Sayılı T.B.K.'nun 88. maddesindeki "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, 1. fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz " hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine dair 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, 1. fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da 1. fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden önce yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 Sayılı T.B.K. 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 Sayılı Yürürlük Kanununun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin düzenleniş amacı ve niteliği gözetildiğinde, emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir. O halde faize dair TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin uygulama şeklinin irdelenmesinde; T.B.K.nda " temerrüt faizi" başlıklı 120. maddedeki düzenlemeye göre, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a göre belirlenecektir.

Buna göre, mahkemece hükmedilecek temerrüt faizinin TBK'nın 120. maddesine göre belirlenmesi gerekir. Mahkemece izah edilen bu hususları kapsayan taraf ve yargı denetimine elverişli bilirkişi raporu alınarak hüküm kurulması gerekir. Karar bu sebeple bozulmalıdır...." (Y. 13. HD., E. 2013/6932, K. 2013/16922, T. 20.6.2013. 6098/m.88,120)

Vl.abc- BANKALARIN İCRA TAKİBİ ve DAVA SAFHALARINDA, "Kredi Kullandırım Faizi" YERİNE "Takip Sonrası Değişen Dönem ve Oranlarda Kredi Temerrüt –Dava/takip safhası- Faizi" HESAPLANMASI GEREKLİLİĞİ:

Bir Kamu bankasının alacaklı olduğu itirazın iptali davasında, bilirkişi sıfatı ile yaptığımız alacak hesaplamasında, icra takibi ile istenen % 140 temerrüt faiz oranına itiraz edilmediği ve ağırlıklı uygulama gözetilerek, davacı alacaklı bankanın 170.058,31 TL. takiple istenebilir anapara alacağının, 29.09.1999 takip tarihinden, 12.02.2007 dava tarihine kadar *temerrüt faiz alacağı;*

İşleme Tabi Tutulan Miktar 170.058,31 TL anapara					
#	Dönem Başı	Dönem Sonu	Gün	Faiz %	Getiri
∑	29.09.1999	12.02.2007	2693	140,00	1.756.585,86 TL

1.756.585,86 TL. olarak hesaplanmış, kurulan hüküm;

Yargıtay 19. HD. E. 2008/3371, K. 2008/7729, T. 10.7.2008 sayılı kararla;

"....Davacı vekili, davalı T. B. AŞ'ye kullandırılan krediye, diğer davalıların kefalet ettiklerini, alacağın tahsili için 1998/4237 esas sayılı icra takibi yapıldığını, davalıların takibe itiraz ettiklerini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

... Mahkemece benimsenen bilirkişi raporuna göre davalı kefil Ali'nin 17.157 YTL'sına diğer davalıların 126.057 YTL'sına yaptıkları itirazların iptaline karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

.... 2-Davacı banka tarafından başlatılan icra takibinde takipten sonraki dönem için KKDF talep edilmiş olup, itirazın iptaline denilmek suretiyle bu kalem talebin tahsiline imkan sağlanmıştır. Oysa takip sonrası dönem için KKDF talep olunamaz. Bu yönün düşünülmemiş olması hatalı görülmüştür.

Diğer yandan takip sonrası dönem için banka %140 oranında temerrüt faizi talep etmiştir. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu ile de temerrüt faizi %140 olarak belirlenmiş ise de, %140'ı geçmemek üzere değişen oranlar gözetilerek takibin devamına olanak sağlayacak şekilde karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

Ayrıca, asıl borçlu T. B. A.Ş'nin kullandığı kredilerin teminatını teşkil

etmek üzere davacı banka lehine ipotekler tesis olunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda asıl borçlu yönünden İİK'in 45. maddesi hükümleri gözetilerek 1998/4237 esas sayılı ilamsız takipte talep edilebilecek alacağın tespiti gerekirken bu hususun dikkate alınmamış olması da hatalıdır.

3-Davacının temyizine gelince; alacak likit bir başka anlatımla borçlusu tarafından hesaplanabilecek durumdadır. Bu durumda İİK'in 67/2. maddesi hükmü dikkate alınarak davacı banka yararına icra inkar tazminatına hükmolunmak gerekirken davacının icra inkar tazminatı isteminin reddi doğru görülmemiştir...." bozulmuştur.

Yargıtayın bozma kararına uygun olarak ek inceleme ile, alacaklı bankanın ibraz ettiği ve takipten sonra uygulayıp TCMB'ye bildirdiği cari değişen dönem ve oranlarda kredi faiz cetveline göre,

İşleme Tabi Tutulan Miktar 170.058,31 TL					
#	**Dönem Başı**	**Dönem Sonu**	**Gün**	**Faiz %**	**Getiri**
1	29.09.1998	01.02.2000	490	140,00	319.616,43 TL
2	01.02.2000	01.03.2000	29	120,00	16.213,78 TL
3	01.03.2000	01.05.2000	61	90,00	25.578,63 TL
4	01.05.2000	15.08.2000	106	80,00	39.509,44 TL
5	15.08.2000	17.09.2001	398	75,00	139.075,08 TL
6	17.09.2001	01.01.2002	106	133,00	65.684,44 TL
7	01.01.2002	01.04.2002	90	105,00	44.028,79 TL
8	01.04.2002	01.06.2002	61	100,00	28.420,70 TL
9	01.06.2002	01.12.2002	183	95,00	80.999,00 TL
10	01.12.2002	15.05.2003	165	86,00	66.113,08 TL
11	15.05.2003	07.08.2003	84	80,00	31.309,36 TL
12	07.08.2003	17.10.2003	71	73,00	24.148,28 TL
13	17.10.2003	09.01.2004	84	62,00	24.264,76 TL
14	09.01.2004	24.03.2004	75	55,00	19.218,92 TL
15	24.03.2004	18.06.2004	86	51,00	20.434,95 TL
16	18.06.2004	01.01.2005	197	50,75	46.580,83 TL
17	01.01.2005	28.02.2005	58	70,00	18.916,07 TL
18	28.02.2005	12.02.2007	714	64,00	212.903,68 TL
Σ	**29.09.1998**	**12.02.2007**	**3058**	**84,99**	**1.223.016,22 TL**

1.223.016,22 TL. temerrüt faizine ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi takipten sonra sabit temerrüt faiz oranı ile istenebilir faiz alacağı 1.756.585,86 TL – 1.223.016,22 TL. Takipten sonra Bankanın uygulayıp TC Merkez Bankası'na bildirdiği Genel Kredi Cari Hesap alacağına uyguladığı değişen dönem ve oranlarda temerrüt faizi uygulandığında yığılan faiz alacağı = 533.569,64 TL. fazla faiz hesaplanmış, Yüce Yargıtay bu yönde içtihat oluşturmamış olsa idi, davacı alacaklı banka dönem boyunca cari hesap kredi alacaklarına % 140 temerrüt faiz oranı uygulamadığı halde, "takiple istenen faiz oranı kesinleşti" gerekçesi ile, sebepsiz olarak bu miktar zenginleşmiş, borçlu yan ise fakirleşmiş olacaktı.

Hesap kat ve/veya takipten sonra bankanın diğer cari hesap kredi alacağına uyguladığı ve 01.07.1987 tarihinde yürürlüğe giren 30.06.1987 tarih ve 87/11921 sayılı Kararname ve bu kararnameye ilişkin 19.02.1991 tarih, 20791 sayılı resmi gazetede yayımlanan 91/1 no.lu TCMB tebliğinin 2 ve 4. üncü maddeleri ile 07.03.2002 tarihinde yürürlüğe giren 04.02.2002 tarih, 2002/3707 sayılı Kararnameye ilişkin 29.03.2002 tarih, 24710 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/1 sayılı T.C. Merkez Bankası Tebliği'nin 2, 3 ve 4 üncü maddelerine göre, bankaların mevduat ve kredi işletmelerinde uygulayacakları azami faiz oranlarını vade ve türlerine göre serbestçe tespit edebileceği, tespit edilen mevduat ve kredi faiz oranlarının ve bunların yürürlük tarihlerinin TC Merkez Bankasına bildirdikleri değişen dönem ve oranlarda temerrüt faizinin uygulanarak hesaplama yapılması gerekir.

Ağırlıklı uygulama, bankalar uyguladıkları kredi faiz cetvellerini, 10 yıllık zaman aşımını kapsar şekilde Web sitelerinde yayınlamadıklarından dava ve takip alacaklıları, icra daireleri, bilirkişiler, yukardaki örnekte görüldüğü gibi kat veya dava/takip tarihinde yürürlükte olup istenen -sabit- temerrüt faiz oranını infaz seneler sürse de uygulamaktadırlar.

Yukardaki örnekte görüldüğü gibi, takip tarihi ile itirazın iptali dava tarihi arasında 3058 gün geçmiştir. Davadan sonra alacağın tespiti yönünden karar verilmiş, Yargıtay tarafında bozulmuş, yeniden hüküm oluşmuş, bu defa temerrüt faiz oranı açısından hüküm bozulmuş, bir o kadar da davada süreler işlemiştir. Eğer icra takip tarihinde yürürlükte bulunan % 140 (bazen takiple istenen % 750,00' temerrüt faiz oranları da rastlanmaktadır) temerrüt faiz oranı ile bu anapara alacak faizi hesaplanmış olsa, borçlu ve kefillerin mal varlığı, aile huzuru, toplumda saygınlıkları kalmayacaktı.

Diğer taraftan;

(Y. 19. HD. 1994/6472 E. 11467 K. 26.11.1994 T.) içtihatla;

".....1. Yapılan kredi sözleşmesinde, kredi faiz oranının gösterilmemiş olduğu hallerde; kredinin kullanıldığı tarihteki bankanın aynı nitelikteki kredilere uyguladığı cari faiz oranının bu kredi için de kullanıldığı tarih itibariyle geçerli bulunduğunun kabulü müstakar içtihat gereğidir.

2. Kredi sözleşmesinin 2. maddesindeki: "Bankanın dilediği zamanda açılan kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek yahut kullandırılan kredinin cari hesabını kat etmek, cari hesab bakiyesinin iadesini talep etmek " yetkisini bankaya tanıyan hükmün, ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabulü mümkün değildir. Meğer ki banka tarafından bu hakkın kullanılmasında Medeni Kanunun 2. maddesindeki "objektif iyiniyet" ve 3. maddesindeki "hakkın kullanılmasının suistimal edilmemesi" kurallarına aykırı davranılmamış olsun.

3. Tacirler arasında, sözleşme faiziyle temerrüd faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK.19/1 maddesine uygun olup kamu düzenine yahut ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliği taşımadığı da tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranması da yasanın emredici bir hükmüdür. (MK. m.2)

4. Medeni Kanunun 2 ve 3. madde hükümlerini doğrudan gözetmekle yükümlü mahkemece, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda inceleme yapılarak, vadesiz kredinin kullanıldığı süreç gözetilerek, bu süreçteki yükselen faz oranlarının bu tarihten sonraki kullanım süresinde uygulanmasında ve kredi cari hesabı kat edilmiş ise bankanın bu eyleminde haksız bir davranışta bulunmuş olup olmadığının saptanması, gerektiğinde banka defter ve kayıtlarını uzman bilirkişilere incelettirilip, hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir...."

Yüksek Mahkeme bu kararı ile, "sözleşmede kredi faiz oranı göstermiş ise, bu oranın uygulanacağı" manasında içtihatta bulunmuş, sözleşmede temerrüt faiz oran gösterilmemiş ise, bir önceki Yargıtay 19. HD. E. 2008/3371, K. 2008/7729, T. 10.7.2008 kararı gibi, "..kredinin kullanıldığı tarihteki bankanın aynı nitelikteki kredilere uyguladığı cari faiz oranının bu kredi için de kullanıldığı tarih itibariyle geçerli bulunduğu.." kabul edilerek hesaplama yapılmasını öngörmüştür.

Vl.abd- Y. 12. HD.'sinin Banka icra takibinde TBK/M. 120 GÖRE HESAPLAMA YAPILMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ:

".....Alacaklı tarafından genel kredi sözleşmesi ve ihtarnameye dayalı olarak genel haciz yoluyla ilamsız icra takibi yapıldığı, borçlunun

icra müdürlüğünce yapılan 16.05.2012 tarihli hesap tablosunun iptali istemiyle icra mahkemesine başvurduğu anlaşılmıştır.

Takip tarihinden sonrası için taraflar arasındaki kredi sözleşmesi esas alınarak uygulanacak temerrüt faizi oranı belirlendikten sonra TBK'nın 120. maddesi nazara alınarak hesaplama yapılıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, avans faizi oranı üzerinden faiz miktarı belirlenerek ve Yargıtay denetimine imkan vermeyecek biçimde yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi isabetsizdir...." Y. 12. HD. E: 2013/11677, K: 2013/20481, T: 03.06.2013. TBK/m. 120)

Kararı ile Yargıtay 19. HD.'sinin görüşünün aksine ve kanaatimizce isabetli içtihatta bulunmuştur.

VI.6- 4077 S. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN, Taksitli Satış Başlıklı 6/A-d fkr. ve Tüketici Kredisi Başlıklı Madde 10/f fıkr. 6098 S. TBK Md. 88 ve 120 DÜZENLEMESİNDE ETKİLENİR Mİ ?:

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Md. 6/A'ya göre sözleşmede bulunması gereken asgari koşullar sıralanırken d) fıkrası, "Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen -akdi- faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme-temerrüt faizi oranı" şeklinde düzenlenmiştir.

Aynı Yasa'nın Tüketici Kredisi başlıklı 10. Maddesi, Sözleşmede, f) "Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı", olacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, 4077 Sayılı Yasanın 6/A ve 10. Maddesi, gecikme (temerrüt) faiz oranının, tüketici sözleşmesinde öngörülen ve belirsiz olan akdi faiz oranının % 30'ını geçmemek üzere temerrüt faizi olarak uygulanacağını öngörmüştür.

6098 Sayılı yeni T. Borçlar Kanun'un 120. Maddesi ise, Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceğini, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağını.

Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olacağını vurgulamıştır.

Kanaatimize göre, Genel Yasa olan 6098 Sayılı T. Borçlar Kanun'un 88. Maddesi düzenlemesi esas alınarak, özel düzenleme olan 4077 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 6/A ve 10. Maddesine göre ve tüketicinin yararına olmakla akdi tüketici faiz oranı olarak, ticari iş olduğundan 3095 Sayılı Faiz Kanun'un 2. Md. Öngörülen avans (ticari) faiz dönem ve oranları esas alınarak belirlenmesi, gecikme (temerrüt) faiz oranının da TBK/m. 120.'ye göre % 100 artırılmak suretiyle uygulanması, böylece akdi ve temerrüt faiz oranında uygulama birliğinin sağlanması gerekir.

VI.7- Borcun İfa Edileceği Gün Birlikte Belirlenmemiş Ve Borçlu İhtarname İle Temerrüde Düşmemiş İse, Temerrüt Tarihi:

Bankanın hesabın kat edildiğine ve asıl alacağın kesim tarihine kadar işlemiş akdi faiziyle birlikte hesaplandığı miktarın ödenmesi gerektiğine ilişkin ihtarnamesi borçluya tebliğ edilememiş ise, sözleşmede temerrüt için ihtarın aranmadığına ilişkin özel bir hüküm de yoksa, borçlu temerrüde düşmüş kabul edilemeyeceğinden alacaklının isteyebileceği faiz temerrüt faizi olmayıp, Kat tarihinden takip/veya dava tarihine kadar yürürlükte olan ve sözleşmede tarafların kararlaştırdığı akdi faiz uygulamaya devam edilecektir. (Bknz.; YHGK. E: 2002/19-266, K: 2002/264, T: 10.4.2002, 2004/m.67, 818/m.19,20)

Kanaatimizce, Y. BK. Md. 117 md.'ye uygun olarak, Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşecektir. Eğer borcun ifa edileceği gün, taraflarca belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, ihtarname veya bildirimdeki Yasa'ya uygun ödeme süresinin geçmesiyle temerrüt oluşmuş olacaktır.

Sözleşmede "temerrüt için ihtarın aranmadığına" ilişkin özel bir hüküm, borçlu kredi kullananın zor durumda iken (TBK/Madde 138) önüne konulan şartları kabulü sonucu olup, ödeme günü birlikte kararlaştırılmamış ise, ihtarnamenin tebliği suretiyle borçluya bir ödeme fırsatı verilmesinden sonra, daha yüksek oranda temerrüt faizine müstahak olmaması hakkının tanınması gerekir.

Diğer taraftan, bilhassa cari hesap alacaklarında ihtarname ile direngenlik tarihi oluşmazsa, temerrüt tarihi belirsiz olacak, alacaklının iradesine bırakılmış olacaktır.

Elektronik iletişimin geliştiği çağımızda, hesap kat ihtarnamelerinin artık Noter vasıtası ile gönderilmesi, alacaklı tarafın zaman kaybına, borçlu yanın Noter masrafına tabi tutulması, artık ticari bir yöntem olmaktan çıkmıştır.

Sözleşme ve Ticari Belgelerde taraflar, TC Vatandaşlık numarasından ayrı olarak elektnonik posta adresleri ve SMS için mobil telefon numaralarının belirtmeleri yönünde düzenleme yapılması, ihtarnamelerin, icra takip ve davalarda tebliğatların bu e-mail adreslerine gönderilerek, cep telefonlarına da hak kayıplarına sebep olunmaması için SMS şeklinde gönderilerek tebliğin sağlanması gerekir.

VI.8- Temerrüt Faizine Temel Alınacak Kapitalize (bindirilmiş-anapara) Alacağı:

Faizlerde, iratlarda ve bağışlamada temerrüt faizi başlıklı TBK/m. 121. Maddesi, Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlü olur, aykırı anlaşmaların ceza koşuluna tabi olur ve temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi uygulanmayacağı şeklinde düzenlemiştir.

Bu durumda, faiz, irat ve bağışlanan bir paranın ödemesinde temerrüde düşen borçlu aleyhine ancak icraya veya Mahkemeye başvuru tarihinden sonra temerrüt faizi istenebilir. Ancak para borçlarında bu kural uygulanmaz.

Bahsedilen kapital faizidir, temerrüt faizleri kastedilmemekte olup, temerrüt faizlerine dava veya takipten sonra temerrüt faizi yürütülmesi yasaklanmıştır.

VII- SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ: C. ALICININ TEMERRÜDÜ ALT BAŞLIKLI TBK. Md. 271. MD. ve UYGULAMASI:

VII.aaa- ALICININ TEMERRÜDÜ, TBK/ Madde 271-

Alıcı bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşerse satıcı, ancak vadesi gelmiş olan ödemeleri isteyebilir. Bununla birlikte, toplam alacağın en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen iki ön ödemenin veya toplam alacağın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödemenin ya da sonuncu ön ödemenin vadesi gelmişse satıcı, ayrıca alıcıya tanıyacağı bir aylık ödeme süresinin geçmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

Satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dönerse, 260 ıncı maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır. Süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcı, ancak 269 uncu maddenin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının giderilmesini isteyebilir.

Bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alı-

cının malın devrini istemesi hâlinde satıcı, yasal anapara faizi ile birlikte, devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderilmesini isteyebilir. Ceza koşulu öngörülmüşse miktarı, satış bedelinin yüzde onunu geçemez.

Satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda 260 ıncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

Vll.bbb- TBK/Madde 270 Gerekçesi-

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "c. Alıcının temerrüdü" kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının dört fıkradan oluşan 270 inci maddesinde, alıcının temerrüdü düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, ön ödemeli taksitle satışta alıcının bir veya birden çok ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcının vadesi gelmiş olan ön ödemeleri isteme hakkı ile fıkrada öngörülen koşullar gerçekleşmişse, sözleşmeden dönme hakkı düzenleme konusu yapılmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, satıcının ödeme süresi bir yıl veya daha kısa olan sözleşmeden dönmesi durumunda, Tasarının 259 uncu maddesinin ikinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Aynı fıkranın son cümlesi uyarınca, süresi bir yıldan uzun olan sözleşmelerde satıcı, ancak Tasarının 268 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve ortalama banka faizlerini aşan zararlarının karşılanmasını isteyebilir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcıya, yasal anapara faizi ile birlikte devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderimini isteme hakkı tanınmakta ve sözleşmede öngörülmesi durumunda ödenecek ceza koşulunun miktarının, satış bedelinin yüzde onunu geçemeyeceği belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise, satılanın devrinden sonra, alıcının temerrüde düşmesi sebebiyle satıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, Tasarının 259 . maddesinin birinci fıkrası hükmünün uygulanacağı ifade edilmektedir.

bbb- TBK/271 *Madenin Uygulanması;*

1- Borçlar Kanun'un 271/l. fıkrasına göre Uygulama;

l- Alıcı/müşteri- kredi kullanan borçlu bir veya daha çok taksit (ön

ödeme) direngenlik gösterirse, satıcı/kredi veren alacaklı vadesi gelmemiş (muaccel olmamış) ödemelerin tamamını isteyebilir.

Ayrıca;

ll- Toplam alacağın 1/10 unu oluşturan kadar ödeme yapılmamış ise,

lll- Birbirini izleyen 2 ön ödeme (taksit) ödenmemiş ise,

lV- Toplam alacağın en az ¼ ü tutarında bir tek ön ödeme (taksit) yerine getirilmemiş ise,

V- Veya sonuncu taksit ödemenin vadesi gelmişse satıcı/kredi kullandıran alacaklı, alıcı/kredi kullanan borçluya ayrıca bir aylık ödeme süresi tanıyarak, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

2- TBK. 271/ll fıkrası değerlendirildiğinde;

a- Satıcı/kredi kullandıran-alacaklı, ödeme zamanı bir yıl veya daha az olan akitlerde, TBK/m. 260/ll ıncı fıkraya göre, alıcı/müşteri-kredi kullananın peşinatı ödemede temerrüde düşmesi yüzünden satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcı/müşteri-kredi borçlusu sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 1. Md.'nın öngördüğü işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz.

b- Süresi bir yılı aşan akitlerde satıcı/alacaklı-kredi kullandıran, TBK/m.269/ll ıncı fıkrasının öngördüğü sözleşmeden cayma hâlinde, alıcı/borçlu-kredi kullanan tarafından ödenmesi öngörülen cayma parası, durumun özelliğine ve sözleşmenin kurulması ile cayma arasında geçen süreye bakılarak belirlenir. Ancak, bu miktar satıcının toplam alacağının yüzde ikisinden az ve yüzde beşinden fazla olamaz. Alıcı, yapmış olduğu ödemelerin cayma parasını, ayrıca alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının aşan kısmının, getirileri ile birlikte kendisine geri verilmesini isteyebilir.

Bu fıkrada vurgulanan "banka mevduat faizi" uyulamada çok büyük sorunlara sebebiyet vermektedir.

Ülkemizde asgari 30 banka faaliyete bulunmakta ve her banka ayrı dönem ve oranlarda mevduat faiz oranı uygulamaktadır. Bankalar bu oranları Internet sayfalarında değişik, TCMB'na bildirirken değişik, banka pencere ilanında değişik, müşterileri ile pazarlıkta değişik

uygulamaktadırlar. TCMB, 30 bankanın değişik dönem ve oranlarını karıştırarak istatistiki veri olarak çok daha değişik "bankalar azami mevduat faiz cetveli" oluşturmaktadır. Bankacılık Kanun'unda, Faiz Kanun'unda, İş Kanun'da, Borçlar Kanunu'nda "bankaların azami mevduat faiz dönem ve oranlarını web sitelerinde yayınlayacağı" yasa ile düzenlenmediği için, UYAP faiz hesapları dahil Piyasada uygulayıcıların kullandığı bütün hesap proğramlarında kullanılan yasal, ticari, yabancı para, azami mevduat, işletme kredisi, amme faiz dönem ve oranları yanlış değerlendirilmekte ve bir taraf haksız olarak fakirleşirken, diğer tarafın zenginleşmesine sebep olunmaktadır [5]. Bu nedenle fıkranın atıfta bulunduğu "banka mevduat faizi" uygulanabilir, belirli, ulaşılabilir bir faiz cinsi değildir. Uygulamada sorunların çıkmasına, Şikayet/Dava yolu ile Mahkemelerin iş yükünün artmasına sebep olacak şekilde düzenlenmiştir.(Bkn. Dipnot 1 nolu makaleye)

3- TBK 271/f. lll ile, bir yıldan fazla süreli akitlerde temerrüdün oluşması halinde, alıcı/müşteri-borçlu malın devrini talep ederse, satıcı/alacaklı Anaparanın 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 1. Md. göre Yasal faizi ile birlikte, devir talebinden sonra malın değerinde meydana gelecek eksilmelerin giderilmesini de isteyebilir. Ceza sözleşmede kararlaştırılmış ise miktarı, satış bedelinin % 10 unu geçemez.

TBK/m. 260/f. ll ye göre Satıcı, alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi sebebi ile, satılanın devrinden önce sözleşmeden dönerse, alıcıdan sadece ödenmeyen peşinat üzerinden, sözleşmeden döndüğü tarihe kadar 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 1. Md. göre işleyecek yasal faiz ile sözleşmenin kurulmasından sonra, satılanın uğramış olduğu değer kaybı sebebiyle tazminat isteyebilir. Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz.

Vlll.ab- AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ, TBK/Madde 138:

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya

5 Karşılaştırınız, KARMIŞ E.-(Tarafında düzenlenen www.icradestek.com hukuk proğramının; a- "Faiz Alacak Hesapları", b- "İcra Kapak/İflas Depo Hesapları" menüsü altındaki bütün faiz, alacak hesaplamaları ve c- "Bilgilendirme" sayfasında basın haberleri ile UYAP proğram verilerinin yanlışlığının düzeltilmesi yolundaki yazışmalarımız)

ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.

VIII.ac- MADDE 137 (138) Gerekçesi:

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "III. Aşırı ifa güçlüğü" kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının tek fıkradan oluşan 137 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü düzenlenmektedir.

Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, Tasarının 137 nci maddesinde belirtilen şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır.

Açıklaması;

Gerek 3095 Sayılı Faiz Yasası, gerek Bankacılık, Cari Hesap, Sözleşmelerde kabul edilemez ve aslında yüksek enflasyonun sebebi olan aşırı faiz oranlarına Hakim'in müdahalesi, eski BK. 105. Md. dairesinde Hüküm anında gerçek zarar ziyanın tespiti ile zarar işleyen faizden fazla ise öncelikle munzam zarara hükmedilmesi savunmuş makale,

yazışma ve "Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku" iki cilt eserimizin önsüzü dahil bu konu ısrarla vurgulamıştık.

Gerçekten bu maddeye dayanarak, artık Hakim Aşırı ifa güçlüğünü tespit ederek sözleşmeye müdahale edebilecek, kabul edilebilir şekilde uyarlama yolu ile hüküm kurabilecektir.

TBK. 88 ve 120. Md. birlikte değerlendirildiğinde, gerçek, tüzel kişi, tacirler, bankalar, adi alacaklar ayrımı yapılmaksızın borçlarda uygulanması gereken akdi ve temerrüt faiz oranının belirlenmesi düzenlenmiştir.

Artık Bankaların Kredi Kartı alacakları için özel yasa olan 5464 S. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi diğer özel Yasa'larda getirilen düzenlemeler uygulanacak, bilhassa bankacılık ve bütün karz akitleri, hizmet sözleşmeleri ve kredilerde akdi ve temerrüt faiz oranları bu maddelerin emredici hükmüne göre saptanacak, böylece taraflar arasında sürtüşme asgariye indirilmiş, icra ve Yargının takip ve davalarının çoğalmasına sebebiyet verilmemiş olacaktır.

Peki TBK. 88 ve 120. Md.'ye göre akdi ve temerrüt faiz oranı, mal alan veya kredi kullanan borçlunun o zaman kaldığı zor ekonomik duruma göre kabul edilemez ve altında çıkılmaz bir faiz oranı kararlaştırılmış ise, sözleşme vardır diye Hukuk bu borçluyu korumayacak mı (Md. 138)?

Gabin, Örf, adet, ahlak (MK/m.1), dürüstlük, kişilik haklarına saldırı, hakkın kötüyü kullanılması (MK/md.2), kötü niyet, ailenin ekonomik olarak korunması, tacir ve ticarethanenin korunarak istihdamın devamının sağlanması gözetilerek sözleşmelerin kabul edilemez hükümlerinin toplum lehine düzeltilmesi gerekir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun getirilen faiz sınırlandırması ile, taksitli satışlarda 06.03.2003 tarih 4822 sayılı Kanun ile değişik Mad. 6/A, f.2, d ile, Tüketici Kredilerinde 06.03.2003 tarih 4822 Sayılı Kanun ile değişik Md. 10/f.2, f ile ve Konut Finansman Sözleşmelerinde 21.02.2007 tarih 5582 sayılı Kanun ile eklenen md. 10/B. F.15 ile faiz sınırlandırılması getirilmiştir.

lX- 12/01/2011 Tarihinde Kabul Edilip, 01/07/2012 Tarihinde Yürürlüğe Giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun, Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun:

Yeni Borçlar Kanunu 88 ve 120. Md.'nın GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARA (takip-istemlere) İLİŞKİN UYGULANMASI Madde 7:

".....Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76 ncı, faize ilişkin 88 inci, temerrüt faizine ilişkin 120 nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138 inci maddesi, **görülmekte olan davalarda da uygulanır..**" şeklinde Yasa'laşmıştır.

Bu durumda;

Subuta ererek hüküm kurulup ilama bağlanmamış derdest davalarda, Yeni Borçlar Kanunu 88. Maddesinde öngörülen kapital/akdi faiz ile 120. Maddede düzenlenen temerrüt/gecikme-direnme faiz oranları belirlenip uygulanacaktır.

Dava konusu olmuş ve ilama bağlanmış ilamlı veya ilamsız alacakların icra takibine konu yapılması halinde, TBK/md. 88, ve 120. Md. göre akdi ve temerrüt faiz oranları uyarlanarak icra takip ve kapak hesaplarında kullanılacak mı?.

Kanaatimizce Temel Yasa olan Türk Borçlar Kanun'un bu maddeleri, nihayete ermemiş, henüz derdest olan davalarda uygulanacağını öngördüğüne göre, infaz edilmemiş takiplerde veya geçmiş tarihlerde temerrüde uğradığı halde henüz icra takiplerine konu edilmemiş alacaklarda, Özel Yasalarla getirilen faiz oranları uygulanmıyorsa,

[Örnek; Kambiyo takiplerinde (3095/md.2), işçi alacaklarında (1475/m.14 ve 4857/m. 34), amme alacağında (6183/m. 51, 52), yabancı para alacağında (3095/md. 4a), Kamulaştırma alacağında (Anayasa Md.46/son), Banka Kredi Kartı Takiplerinde (5464 S. Kan.), Apartman aidat ve ortak giderleri alacağında (Kat Mülkiyeti K. md/ 20) gibi...]

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce doğmuş ve takip konusu yapılmış olsa bile, TBK/m. 88, 120 ye göre akdi ve temerrüt faiz oranının uyarlanıp hesaplamada kullanılması gerekir.

Buna göre, TBK "Faiz" başlıklı md. 88, Temerrüt Faizi başlıklı TBK/m. 120, Borçlunun Temerrüdü başlıklı TBK/md. 117, Alıcının Temerrüdü başlıklı TBK/Md. 271, Alıcının Temerrüdü TBK. Md. 271, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ilgili hükümlerine göre sorunlara çare üretilecektir.

01.07.2012 Tarihinden önce gerçekleşmiş olup da Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğe Girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış fiil ve işlemlere Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

Yürürlük Yasası'nın "Kazanılmamış Haklar" başlıklı 4. Madde gerekçesinde taliki şarta bağlı bir satış sözleşmesinde; taliki şart 01.07.2012

tarihinden sonra gerçekleşirse, 818 Sayılı Yasa döneminde herhangi bir hak doğmadığından, sözleşmeye 6098 Sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

X- 6098 S. TBK'nun md. 84, 120 HÜKÜMLERİNİN, HENÜZ SONUÇLANMAMIŞ -İLAMLI- İCRA TAKİPLERİNDE DE UYGULANMASI GEREKİR,

"….Alacaklı tarafından genel haciz yoluyla ilamsız icra takibi yapılmış, borçlunun itirazı üzerine takip durmuş, itirazın iptali davası sonucunda İncirliova Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/283 E, 2010/14 K. sayılı kararıyla itirazın iptaline karar verilmiş, borçlu tarafından alacağın ferileri olan faiz ve icra takip masraflarının yanlış hesaplandığı belirtilerek şikayet yoluna başvurulmuştur.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 648. maddesi gereğince 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, görülmekte olan davalara ilişkin olarak, "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76' ncı, faize ilişkin 88'inci, temerrüt faizine ilişkin 120'nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'inci maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır." şeklinde düzenleme getirilmiştir. İcra takibi de dava gibi düşünüleceğinden, 6098 sayılı TBK'nun anılan hükümlerinin henüz sonuçlanmamış icra takiplerinde de uygulanması gerekir (HGK'nun 12.09.2012 tarihli, 2012/19-314 E, 2012/557 K. sayılı kararı).

6098 sayılı TBK'nun faiz ve temerrüt faizine ilişkin 88. ve 120. maddeleri gereğince değişen oranlarda faiz oranlarının uygulanabilmesi için talep edilen faiz oranının takip tarihi itibariyle ticari veya yasal faiz oranına denk olması gerekir. Böyle bir durumda alacaklının ticari ya da yasal faiz istediğinin kabulü gerekeceğinden, faizin anılan faiz türlerine göre değişen oranlarda hesaplanması gerekmektedir

Ancak, ödeme emrinde talep edilen faiz oranının yasal ve ticari faizin üzerinde olması durumunda itiraz edilmeksizin kesinleşmesi nedeniyle takip sonuna kadar anılan faizin uygulanması gerekecektir.

Somut olayda takip tarihi olan 09.07.2003 tarihinde ticari faiz oranının %57 olmasına göre alacaklının bu oranın oldukça üzerinde %74 faiz oranı istediği görülmektedir. Bu nedenle alacaklının talebinin ticari faiz olduğu sonucuna varılamaz. Borçlunun yasal sürede ödeme emrinde talep edilen faiz oranına itiraz etmemesi üzerine kesinleşen bu oran üzerinden faiz hesaplanması gerekir.

O halde mahkemece 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddeleri dikkate alınmak suretiyle ve yukarıda yapılan açıklamalar ışığında şikayetin değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken değişen ticari faiz oranlarına göre hesaplama yapan bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan HMK'nun 297. maddesinin 1. fıkrası gereği hükümde "gerekçeli kararın yazıldığı tarihin" yer alması zorunlu olup, kanunun bu emredici hükmüne aykırı davranılması da doğru bulunmamıştır...." (Y. 12. HD., E. 2013/915, K. 2013/10021, T. 18.3.2013. 6098/m. 88,120. 2004/m. 67. 6100/m. 297)

{ **EK-1 CETVEL:** (BK. 88, 120 Md. Göre uygulanacak akdi ve temerrüt faiz dönem oranları]

C- 3095 SAYILI KANUNİ FAİZ VE TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN KANUN 1. 2, ve 4a Md. UYGULAMASI:

l- 3095 Sayılı K.'nun 1 ve 2. Md.'de başvurulacak "reeskont" faizine atıfta bulunmadığı halde, takip ve davada "reeskont" ismi ile faiz istemi ve neticeleri:

Türkiye Barolar Birliği'nin yayınlanan[6] KARMIŞ E.'nın " Bazı Alacaklara Uygulanacak Faiz Ve Fer'i Oranları" makalesinde vurgulandığı gibi, Yasal Faiz ile Ticari Faizi düzenleyen 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun değişikliklerinde yasal faiz ismi bazen kanuni, bazen reeskont ismi ile, 2. Maddede belirtilen ticari faiz ismi ise ticari işlerde temerrüt faizi, iskonto, reeskont daha sonra avans ismi ile anılmış ve bu karışıklıktan dolayı, daha önce ticari işlerde uygulanan ticari faiz "reeskont" ismi ile anılır iken, 4489 nolu, 15.12.1999 kabul ve 01.01.2000 yürürlük tarihli Yasa değişikliği ile 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 1. Md. öngörülen Yasal (Kanuni) faiz olarak isimlendirilmiş, uygulayıcılar uzun süre ticari faiz olarak "reeskont" ismi ile uygulama yaptıklarından, "ticari faiz istiyorum" düşüncesi ile aslında o dönem yasal faiz olan "reeskont" faiz sıfatı ile daha az faiz dava ve talep etmiştir.

Konuyla ilgili YHGK: E. 2010/12-124 K. 2010/110 T. 3.3.2010 kararında;

"....Takip dayanağı ilama göre davacı tacir; dava ise, eser sözleşmesine dayalı alacak istemidir. Asıl ve birleşen davalar 23.06.2003 ve

6 http://eski.barobirlik.org.tr/siteiciara.aspx?cx=009307049610765510159%3Akq6aifrvsxk&cof=FORID%3A9&ie=windows1254&q=Enver+KARMI%DE&sa=Ara&siteurl=eski.barobirlik.org.tr%2F&ref=www.barobirlik.org.tr%2F&ss=1888j313680j14

23.10.2003 tarihlerinde açılmış olup; her iki tarih itibariyle de 3095 Sayılı Kanunun 4489 Sayılı Kanunla değişik şekli yürürlüktedir. Dava dilekçelerinde ise temerrüt olgusu açıklanarak reeskont faiz oranı üzerinden ticari temerrüt faizine hükmedilmesi istenmiştir. Dava sürerken 3095 Sayılı Kanunun yasal faizi düzenleyen 1. maddesi 5335 Sayılı Kanunun 14. maddesiyle değiştirilmiş; bu değişiklik 01.05.2005 tarihinde yürürlüğe girmekle, yerel mahkemece dosya bu tarihten sonra 23.11.2006 tarihinde hükme bağlanmıştır. Mahkeme, reeskont oranı üzerinden faiz istemini kabul etmiş ve hüküm fıkrasında faize ilişkin olarak aynen; "..Asıl davada; davanın, 48.296,49.-YTL'lik kısmının kabulü ile işbu meblağın temerrüt tarihi olan 08.08.2003 tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine... Birleşen davada; davanın, 253.077,63.-YTL'lik bölümünün kabulü ile işbu meblağın dava tarihi olan 23.06.2003 tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine ..., her iki dava yönünden de fazla istemlerin reddine.." hükmetmiştir.

Bu şekliyle ilamın hüküm fıkrasında yer alan faize ilişkin hüküm, yasal ticari temerrüt faizine ilişkin düzenleme içeren 3095 Sayılı Kanunun 2/2. maddesine dayanmaktadır. Bu madde gereğince avans işlemlerinde uygulanan yıllık orana göre faiz talep edebilecek olan tacir, bu oranın altında bulunan reeskont faizi üzerinden karar verilmesini istemiş; mahkemece de bu faize hükmedilmiştir. Hüküm fıkrasında ticari temerrüt faizi ibaresinin kullanılmamış olması hükmedilen faizin yasal faiz olarak kabulünü gerektirmemektedir.

Yasal faize ilişkin 3095 Sayılı Kanunun 1. maddesinde 5335 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle hesap tarzının değiştirilmesi ve artık yasal faizin hesabında reeskont oranının hesaplamada dikkate alınmaması, ticari olmayan temerrüt faizinin de yine aynı usulle belirlenecek olması, aynı kanunun değişikliğe uğramayan 2/2. maddesine dayalı istemi ve bunu kabul eden hükmü ortadan kaldıracak bir unsur olarak görülemez.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde özel daire sözcülerince savunulan ve bozma ilamında da işaret olunan "Merkez Bankası'nın reeskont oranlarını belirtme yetkisinin 5335 Sayılı Yasa ile kaldırıldığı, bu nedenle artık reeskont oranında faize hükmedilemeyeceği" ve "takip dayanağı ilamda hükmedilen faizin ticari temerrüt faizi olduğuna ilişkin bir belirleme olmadığından, bunun yasal faiz olarak uygulanması gerektiği" yönündeki görüşlerine, çoğunluk katılmamıştır.

Yukarıda ayrıntısıyla açıklanan yasal süreç ve ilgili yasa maddeleri karşısında sonuç itibariyle; 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Fai-

zine İlişkin Kanun'da 5335 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik, kanunun 1. maddesinde düzenlenen yasal faize ilişkin olmakla birlikte, yasanın 2. maddesinin birinci fıkrasındaki atıf nedeniyle ticari olmayan işlerde uygulanacak yasal temerrüt faizi oranlarını da etkilemektedir. 5335 Sayılı Kanunla 2. maddenin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmamış; ticari işlerde uygulanması gereken ve kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden belirlenen yasal temerrüt faizi 4489 Sayılı Kanunla değişik şekliyle aynen korunmuştur.

5335 Sayılı Kanun ile 3095 Sayılı Kanunun 1. maddesinde yapılan düzenleme ile yeni hesap tarzının getirilerek T.C. Merkez Bankası'nın belirlediği reeskont oranlan üzerinden faiz hesap yönteminin bırakılması, sadece 3095 Sayılı Kanun yönünden söz konusu olup; bu kanun dışındaki uygulamalar yönünden bankanın reeskont oranlarını belirleme yetkisi devam etmektedir. Gerek eldeki davadaki gibi hükme konu olması, gerekse taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması hallerinde, TCMB'ca belirlenmekte ve ilan edilmekte olan reeskont oranı üzerinden faiz hesaplanabilecektir. Hükmün faize ilişkin bölümünün açıkça "Reeskont faizi" olarak adlandırılarak kurulmuş olmasına rağmen, yorumla bunun hükümde ifade edilmeyen yasal faizi ifade ettiğini kabule olanak bulunmamaktadır.

Dava açıldığı tarihte yasal faizin oran olarak reeskont faizine eşit olması davacının dava dilekçesinde talep ettiği reeskont faizinin yasal faiz olarak kabulü sonucunu doğurmaz.

Nitekim, şikayete konu takip dayanağı ilamda yer alan asıl ve birleşen davaya konu alacaklar yönünden temerrüt ve dava tarihlerinden başlamak üzere "reeskont faizi"ne hükmedilmekle, bu faizin ticari işler için söz konusu olan yasal temerrüt faizi olarak hükme bağlandığı ve uygulanacak oranın da, T.C. Merkez Bankası'nın reeskont işlemlerinde uyguladığı oran olduğunun kabulü gerekir. İlamın infaz edilecek kısmı hüküm bölümü olduğuna ve hükmün yukarıda açıklanan içeriğinin aynen infaz edilmesinin gerekmesine göre, icra mahkemesinin yukarıda açıklanan hususlara değinen direnme kararı usul ve yasaya uygun olup; onanması gerekir...."

İçtihadında bulunmuştur.

II- 3095 S. K.'nun 2. Md.nın 4489 sayılı Yasa ile değişiklikten sonra, TCMB'nın 30 Aralık ile 31 Haziran itibarı ile - , + 5 puanlık avans faiz oranlarının refarans alınacağı, Yargıtay'ın aykırı kararlarının eleştirisi:

3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un ticari

faizi düzenleyen 2. Maddesi 4489 nolu Yasa'nın 2. Maddesiyle değişime uğramış ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanunun 2. Mad.'de yapılan değişikiliğe göre TCMB tarafında belirlenen Avans faiz devre ve oranları referans alınarak, 30 Aralık ile 31 Haziran itibarıyla 5 puanlık değişimler gözetilerek, 01.01.2000 tarihinden sonra Ticari Faiz olarak uygulanacak "avans" faiz devre ve oranları ismiyle faiz uygulaması getirilmiştir.

Uygulama olarak, 1 Ocak – 31 haziran arası TCMB'nın belirlediği avans faiz dönem ve oranlarında - , + 5 puanlık değişim olduğu takdirde, 01.07…- 01.01…. tarihinden itibaren değişen bu oran değerlendirilecek, 31 Haziran – 30 Aralık arası - , + 5 puanlık değişim olursa 01.01…. – 01.07…. bu değişen oran ticari işlerde avans faizi olarak nazara alınacaktır.

Hukuki ve fiili durum bu olmakla birlikte, 3095 Sayılı Yasa'nın 2. Md. 'de 4489 nolu Yasa'nın 2. Maddesiyle yapılan değişiklik gözetilmeden yüksek mahkeme,

aa- Y. 12. HD. E. 2011/7281, K. 2011/22483, T. 17.11.2011 kararında,

"….Alacaklı tarafından, borçlu hakkında başlatılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte borçlu, takipten önce uygulanan işlemiş faize ve takipten sonrası için uygulanması istenen %29 faiz oranına da itiraz etmiştir.

Takip dayanağı belge, bono niteliğinde olduğundan taraflar arasında ticari bir ilişkinin olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, 3095 Sayılı Yasada yer alan ticari temerrüt faizine dair 2 ve 3. maddelerinde öngörülen ticari reeskont faiz oranının (avans faiz oranlarının) uygulanması gerekir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, 07.11.2009- 19.03.2010 tarihleri arasında % 20 faiz oranıyla hesap yapıldığı görülmektedir.

Oysa 3095 Sayılı Kanun'un 4489 Sayılı yasayla değişik 2. maddesine göre avans faiz oranı, 07.11.2009 tarihinde %19, 01.01.2010 tarihinden itibaren ise %16'dır. Mahkemece, alacaklının takip talebinde belirttiği döneme dair avans faiz oranının araştırılıp belirlendikten sonra; belirtilen oranlar esas alınarak bilirkişiden ek rapor alınmak ve işleyecek faiz oranının da %16 ve değişen oranlarda düzeltilmek suretiyle şikayetin kabulüne karar vermek gerekirken, hiçbir inceleme yapılmaksızın itirazın reddine dair karar verilmesi isabetsizdir…."

İçtihadında görüldüğü gibi, 4489 sayı 15.12.1999 tarihli 2. Maddesi ile getirilen -, + 5 puanlık değişim gözetilerek uygulanacak avans (ticari) faiz dönem ve oranları (3095/md.2) 01.01.2006 tarihinde % 25, 01.07.2009 tarihinde % 19, 01.01.2013 tarihinde % 13,75 iken,

Yüksek Mahkeme TCMB'nın avans faiz cetvelini aynen almış ve 07.11.2009 tarihinde % 19 oranı 01.01.2013 tarihinden sonra % 13,75 olarak uygulanması gerekir iken, bankanın belirlediği ve 22.12.2009 tarihinde oluşan % 16 avans faizinin uygulanması gerektiğine hükmederek, 3095 s. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2. Maddesinde, 4489 sayı 15.12.1999 tarihli 2. Maddesi ile getirilen 5 puanlık değişim uygulaması gözetilmemiştir.

bb- Bilirkişi sıfatıyla yaptığımız iflas depo hesabı raporuna uygun olarak sayın Mahkeme'nin hükmü, Y. 23. HD. 2012/3521 E. 2012/5785 K. Sayı ve 08.10.2012 tarihli;

"....Dava, İİK. Nun 171. Maddesi uyarınca borçlu hakkında başlatılan kambiyo senedine mahsus iflas takibinin itiraz edilmeksizin kesinleşmesine dayalı iflas istemine ilişkindir.

İİK'nin 158. Maddesine göre, mahkeme faiz ve icra masrafları ile birlikte borcunu ifa veya o miktar meblağın mahkeme veznesine depo edilmesini borçluya veya iflas davasında kendisini temsil etmiş olan vekiline, dava vicahda devam ediyorsa duruşmada, aksi takdirde Tebliğat kanunu hükümleri dairesinde yapılacak tebliğ ile emreder.

Borçlu imtina ederse ilk oturumda iflasına karar verilir. Fakat iflasa karar verebilmek için depo emrinde gerçek borcun gösterilmesi zorunludur. 27.12.2012 tarihli duruşmada yüze karşı tebliğ edilen depo emrinde, 22.02.2012 tarihli bilirkişi raporundaki hesaplamalar esas alınmıştır. Bilirkişi raporunda fer'ileriyle birlikte toplam borç miktarı 240.686,06 TL. olarak hesaplanmıştır. Ancak, borcun takipten sonraki faizinin hesaplanma şekli 3095 sayılı Kanun'un 2. Maddesine aykırıdır.

Anılan yasa önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, aradaki sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geç erli olur. Avans faizinde 5 puan veya aşan oranda bir farklılık bulunmadığı gerekçesiyle 01.07.2009 – 27.12.2012 tarihleri arasında faiz oranı % 19 olarak kabul edilmiştir.

Merkez Bankası'nın açıkladığı avans faiz oranları ise 12.06.2009 için % 19, 22.12.2009 için % 16, 30.12.2010 için % 15, 29.12.2011 için % 17,75'dir.

Yasa'da geçen "beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur" *hükmü değişikliğin yapıldığı yıl için sonuç doğurur. Yani 30 Haziran'da belirlenen avans faizinin beş puan ya da daha çok farklı olması halinde uygulanacağı kuralı belirlemenin yapıldığı yıla ilişkindir. Takip eden yıllar için bir bağlayıcılığı yoktur. Bir sonraki dönem için belirlenen oran, oran farkı gözetilmeksizin uygulanacaktır. Bilirkişinin azalan faiz oranlarına karşın 01.07.2009 – 27.02.2009 tarihleri arasında faiz borcunu % 19 oranı üzerinden hesaplaması yasaya aykırıdır…"*

Kararla, kanaatimizce yasa kuyucunun amacına ve maddenin teknik uygulamasına uygun olmayan içtihadı ile bozulmuştur.

3095 S. Yasa'nın 2. Md.'nın 11. Fıkrası, 15.12.1999 tarih 4489 sayılı Yasa'nın 2. Md. Değişikliği, "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur."

Şeklinde düzenlenerek, yılı iki 6 aylık döneme ayırmış, bir önceki 6 ay içinde TCMB'nın avans faiz oranlarında + , - 5 puanlık değişim olması halinde, bir sonraki dönem 6 ay için bu değişimin uygulanacağı belirtilmiştir.

Yüksek Daire, <"beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur" hükmü değişikliğin yapıldığı yıl için sonuç doğurur> görüşüne göre, devam eden yılın ilk 6 ayı için hangi oran gözetilerek - , + 5 puanlık değişim esas alınarak, sonraki 6 aylık dönem uygulamasına ulaşılacağı belirsizdir. <Bir sonraki dönem için belirlenen oran, oran farkı gözetilmeksizin uygulanacaktır. Bilirkişinin azalan faiz oranlarına karşın 01.07.2009 – 27.02.2009 tarihleri arasında faiz borcunu % 19 oranı üzerinden hesaplaması yasaya aykırıdır> görüşüne göre, bir önceki 6 ay uygulanan avans faiz oranından daha düşük değişim varsa, bu değişim uygulanacağı öngörülmüştür. Yasa <azalan faiz oranları> yerine, belirli oran olan + , - 5 puanlık azalma veya yükselme varsa, sonraki 6 aylık dönem için bu oranın uygulanmasını düzenlemiştir.

Yüksek Mahkeme'nin <Merkez Bankası'nın açıkladığı avans faiz oranları ise 12.06.2009 içn % 19, 22.12.2009 için % 16, 30.12.2010 için % 15, 29.12.2011 için % 17,75'dir> örneğinde görüldüğü gibi geçerli ve 01.07.2009 ikinci 6 ay için uygulanan % 19,00 oranından sonraki TCMB avans dönem ve oranlarındaki değişimler - , + 5 puan olmadığı için 22.12.2009 için % 16, 30.12.2010 için % 15, 29.12.2011 için % 17,75 dönem/oranları nazara alınmayacak, Yasa maddesine uygun 5 puanlık değişimin olduğu 6 aylık dönem içinde değil, devam eden 6 aylık dönem için uygulamaya devam edilecektir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU ÖNÜNE GİDEN –ALACAĞA İTİRİAZ- DAVASINDA 3095 s. KANUN 2. Md. -,+ 5 PUANLIK DEĞİŞİMİ UYGULAMASINA DA IŞIK TUTMUŞTUR.

YHGK. Esas: 2009/18-1, Karar: 2009/62, Karar Tarihi: 11.02.2009 kararı ile,

".....Uyuşmazlık; 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre değişen oranlar gözetilerek kurulan faiz hükmünün yerinde olup olmadığı, bundan ayrı olarak, açıkça bir temyiz olmadığı halde Özel Dairece faiz oranı ve cinsi yönünden bozma yapılıp yapılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

1-Davalı temyiz talebinde alacağın miktarına yönelik olarak itirazda bulunmuştur. Buradaki faiz anaparaya dönüşmüştür. Faiz ile alacak miktarı artacağından dolayısı ile davacı vekili faize de itiraz etmiş bulunmaktadır. Bu nedenle Özel Dairece faiz miktarına yönelik olarak yapılan denetimde usule ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

2-Kanuni faiz 3095 sayılı Kanunun 1.maddesinde düzenlenmiştir. 04/12/1984 tarihli ve 19/12/1984 de yayınlanarak yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanuna göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş ise faiz oranı % 30 dur.

Bakanlar Kurulu 01/01/1998 tarihinden itibaren bu oranı %50 ye çıkarmıştır.

Daha sonra 18/12/1999 tarih 23.910 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 4489 sayılı Kanunun 1.maddesi; Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde bu miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş ise bu ödeme yıllık TC M. Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vade işlemlerine uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılacağı hükmünü getirmiştir. Bu Kanun 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu reeskont oranı 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından 5 puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur demektedir…."

TCMB'nın belirlediği avans dönemsel değişim tarih ve oranlarının aynen uygulanmayacağını, 30 Haziran ve 31 Aralık günü itibarı ile -,+ 5 puanlık değişimler gözetilerek uygulama yapılacağını belirtmiştir.

lll.a- Avans faizinde -,+5 puanlık değişimler nazara alınarak faiz getirisi;

(1)	Ticari anapara alacağı Ticari Faizi				
İşleme Tabi Tutulan Miktar 100.000,00 TL					
#	**Dönem Başı**	**Dönem Sonu**	**Gün**	**Faiz %**	**Getiri**
1	10.02.2001	01.07.2002	506	70,00	97.041,10 TL
2	01.07.2002	01.07.2003	365	64,00	64.000,00 TL
3	01.07.2003	01.01.2004	184	57,00	28.734,25 TL
4	01.01.2004	01.07.2004	182	48,00	23.934,25 TL
5	01.07.2004	01.07.2005	365	42,00	42.000,00 TL
6	01.07.2005	01.01.2006	184	30,00	15.123,29 TL
7	01.01.2006	01.07.2009	1277	25,00	87.465,75 TL
8	01.07.2009	01.01.2013	1280	19,00	66.630,14 TL
9	01.01.2013	10.01.2013	9	13,75	339,04 TL
Σ	**10.02.2001**	**10.01.2013**	**4352**	**40,97**	**425.267,82 TL**
100.000,00 TL'e, % 13,75 ile günlük Faiz: 37,67 TL					

b. Aynı veriler esas alınarak, TCMB'nın belirlediği ve -,+ 5 puanlık değişim gözetilmeden avans dönem ve faiz oranları ile faiz alacağı;

{1}	TL. Anapara Alacağı Sabit Faiz				
İşleme Tabi Tutulan Miktar 100.000,00 TL					
#	Dönem Başı	Dönem Sonu	Gün	Faiz %	Getiri
1	10.02.2001	17.05.2002	461	70,00	88.410,96 TL
2	17.05.2002	14.06.2003	393	64,00	68.909,59 TL
3	14.06.2003	08.10.2003	116	57,00	18.115,07 TL
4	08.10.2003	15.06.2004	251	48,00	33.008,22 TL
5	15.06.2004	13.01.2005	212	42,00	24.394,52 TL
6	13.01.2005	25.05.2005	132	35,00	12.657,53 TL
7	25.05.2005	20.12.2005	209	30,00	17.178,08 TL
8	20.12.2005	20.12.2006	365	25,00	25.000,00 TL
9	20.12.2006	28.12.2007	373	29,00	29.635,62 TL
10	28.12.2007	09.04.2009	468	27,00	34.619,18 TL
11	09.04.2009	12.06.2009	64	20,00	3.506,85 TL
12	12.06.2009	12.06.2009	0	19,00	0,00 TL
13	12.06.2009	30.12.2010	566	16,00	24.810,96 TL
14	30.12.2010	29.12.2011	364	15,00	14.958,90 TL
15	29.12.2011	19.06.2012	173	17,75	8.413,01 TL
16	19.06.2012	20.12.2012	184	16,50	8.317,81 TL
17	20.12.2012	10.01.2013	21	13,75	791,10 TL
Σ	**10.02.2001**	**10.01.2013**	**4352**	**32,06**	**412.727,40 TL**
100.000,00 TL'e, % 13,75 ile günlük Faiz: 37,67 TL					

Şeklinde faiz alacağı tahakkuk edecektir.

Yeni Türk Borçlar Kanun'u ve Ticaret Kanunu "Geçerli Mevzuat" demek suretiyle 3095 Sayılı Yasa uygulamasını referans olarak öne çıkarmış olduğundan, 1. Maddenin öngördüğü Yasal faiz ve 2. Maddeye göre 01.01.1057 tarihinden itibarın çeşitli isimler altında değişen dönem ve oranlarla ticari faiz cetvelleri bu çalışmaya dahil edilmiştir (Ek-2, 3 CETVEL).

EK-1 CETVEL:

1/aa- TL. ALACAĞINDA TBK. MD. 88 VE 120. MD. GÖRE, 3095 SAYILI FAİZ YASASI'NIN 1 VE 2. MD. ESAS ALINARAK UYGULANACAK AKDİ VE TEMERRÜT FAİZ DÖNEM VE ORANLARINI GÖSTERİR VE TARAFIMIZDA DÜZENLENEN BİLGİLENME MAHİYETİNDE CETVELİ:

01.07.2012'den İtibaren AKDİ FAİZ (TBK/md. 88)			
Sözleşmede kararlaştırılmamışsa (TBK/m. 88/l);		**Sözleşmede Kararlaştırılmışsa -limit- (TBK/m. 120/ll);**	
Adi Alacakta (3095/m.1)	Ticari Alacakta (3095/md.2)	Adi İşte (% 50 artırımla)	Ticari İşte (% 50 artırımla)
01.07.2012 sonra **% 9/yıl**	01.01.2011 de **% 15,00 /yıl**	01.07.2012'de % 9 x % 50= **% 13,50 / yıl**	01.07.2012'de % 15 x % 50=% **22,50 / yıl**

01.07.2012'den İtibaren TEMERRÜT FAİZİ (TBK/md 120)			
Temerrüt faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa (TBK/m. 120/l);		Sözleşme ile Kararlaştırılmışsa –azami- (M. 120/ll)	
Adi Alacakta (3095/m.1)	Ticari Alacakta (3095/md.2)	Adi İşte (% 100 artırımla)	Ticari İşte (% 100 artırımla)
01.07.2012 sonra **% 9/yıl**	01.07.2012 de % **15,00/ yıl**	01.07.2012'de % 9 x % 100= **% 18,00 / yıl**	01.07.2012'de % 15 x % 100= **% 30,00 / yıl**
Akdi faiz oranı belirlenmiş, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamış ve yıllık akdi faiz oranı mevzuata belirlenen orandan fazla ise, temerrüt faiz oranı hakkında akdi faiz oranı uygulanarak, Temerrüt Faiz Oranı (M. 120/lll);			
Adi İşte (% 50 artırımla)		Ticari İşte (% 50 artırımla)	
01.07.2012'de % 9,00 x % 50= % 13,50 / yıl		01.07.2012'de % 15,00 x % 50= % 22,50 / yıl	

bb- EURO ALACAĞINDA TBK/MD. 120'YE GÖRE TEMERRÜT FAİZİ CETVELİ:

VAKIFBANK'ın 3095 S. Faiz Kanun'u 4a Md. göre Euro cinsi mevduata uyguladığı Azami Mevduat faizi, **Sözleşmede Euro temerrüt faizi düzenlenmiş ise, 3095/4a md. göre Vakıfbank'ın azami Euro faiz oranının % 100 artışıyla TBK'nu 120. Md. göre Euro Temerrüt Faiz Cetveli:**		
3095/Md.4a göre Değişim Tarihi	**3095/Md 4a göre Vakıfbank Azami Euro %**	**01.07.2012 Den Sonra % 100 Artışla TBK/m. 120 göre;**
16/10/2011 (01.07.2012'de)	3,85 % Euro / yıl	7,70 % Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
15/08/2012	3,25 % Euro / yıl	6,50 % Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
10/10/2012	2,80 % Euro / yıl	5,60 % Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
15/08/2013	1,50 % Euro / yıl	3,000 % Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)

HALKBANKASI 3095 S. Faiz Kanun'u 4a Md. göre Euro cinsi mevduata uyguladığı Azami Mevduat faizi, **Sözleşmede Euro temerrüt faizi düzenlenmiş ise, 3095/4a md. göre Halkbank'ın azami Euro faiz oranının % 100 artışıyla TBK'nu 120. Md. göre Euro Temerrüt Faiz Cetveli:**		
3095/Md.4a göre Değişim Tarihi	**3095/Md 4a göre Vakıfbank Azami Euro %**	**01.07.2012 den Sonra % 100 Artışla TBK/m. 120 göre %;**
15/04/2012 (01.07.2012'de)	% 3,50 Euro / yıl	7,00 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
15/08/2012	% 3,25 Euro / yıl	6,50 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
15/10/2012	% 3,00 Euro / yıl	6,00 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
15/08/2013	% 2,40 Euro / yıl	4,80 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)

ZİRAATBANKASI 3095 S. Faiz Kanun'u 4a Md. göre Euro cinsi mevduata uyguladığı Azami Mevduat faizi, **Sözleşmede Euro temerrüt faizi düzenlenmiş ise, 3095/4a md. göre Ziraatbankası'nın azami Euro faiz oranının % 100 artışıyla TBK'nu 120. Md. göre Euro Temerrüt Faiz Cetveli:**		
3095/Md.4a göre Değişim Tarihi	**3095/Md 4a göre Vakıfbank Azami Euro %**	**01.07.2012 den Sonra % 100 Artışla TBK/m. 120 göre %;**
25.09.2009 (01.07.2012'de)	% 1,75 Euro / yıl	3,50 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
15.08.2012	% 1,50 Euro / yıl	3,00 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
10.11.2013	% 1,75 Euro / yıl	3,50 Euro/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)

cc- USD ALACAĞINDA TBK/MD. 120'YE GÖRE TEMERRÜT FAİZİ CETVELİ:

VAKIFBANK'ın 3095 S. Faiz Kanun'u 4a Md. göre Usd cinsi mevduata uyguladığı Azami Mevduat faizi, **Sözleşmede Usd temerrüt faizi düzenlenmiş ise, 3095/4a md. göre Vakıfbank'ın azami Usd faiz oranının % 100 artışıyla TBK'nu 120. Md. göre Usd Temerrüt Faiz Cetveli:**			
3095/Md.4a göre Değişim Tarihi	**3095/Md 4a göre Vakıfbank Azami Usd %**	**01.07.2012 Den Sonra % 100 Artışla TBK/m. 120 göre;**	
15.04.2012 (01.07.2012'de)	3,75 % Usd/Yıl	7,50 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	5,63%
15,08.2012	3,25 % Usd/Yıl	6,50 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	4,88%
10.10.2012	2,80 % Usd/Yıl	5,60 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	4,20%
15.08.2013	1,50 % Usd/Yıl	3,00 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	2,25%

HALKBANKASI 3095 S. Faiz Kanun'u 4a Md. göre Usd cinsi mevduata uyguladığı Azami Mevduat faizi, **Sözleşmede Usd temerrüt faizi düzenlenmiş ise, 3095/4a md. göre Halkbankası'nın azami Usd faiz oranının % 100 artışıyla TBK'nu 120. Md. göre Usd Temerrüt Faiz Cetveli:**		
3095/Md.4a göre Değişim Tarihi	**3095/Md 4a göre Vakıfbank Azami Usd %**	**01.07.2012 den Sonra % 100 Artışla TBK/m. 120 göre %;**
25.09.2009 (01.07.2012'de)	1,50 % Usd/yıl	3,00 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
10.08.2012	1,25 % Usd/yıl	2,50 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)
10.11.2013	1,50 % Usd/yıl	3,00 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)

ZİRAATBANKASI 3095 S. Faiz Kanun'u 4a Md. göre Usd cinsi mevduata uyguladığı Azami Mevduat faizi, **Sözleşmede Usd temerrüt faizi düzenlenmiş ise, 3095/4a md. göre Ziraatbankası'nın azami Usd faiz oranının % 100 artışıyla TBK'nu 120. Md. göre Usd Temerrüt Faiz Cetveli:**			
3095/Md.4a göre Değişim Tarihi	**3095/Md 4a göre Vakıfbank Azami Usd %**	**01.07.2012 den Sonra % 100 Artışla TBK/m. 120 göre %;**	
15.08.2012 (01.07.2012 'de)	3,25 % Usd/Yıl	6,50 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	4,88%
15.10.2012	3,00 % Usd/Yıl	6,00 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	4,50%
15.08.2013	2,50 % Usd/Yıl	5,00 % Usd/yıl (TBK/m. 120 temerrüt faiz oranı)	3,75%
			0,00%

EK-2 CETVEL:

TTK. Md. 8, 9, 1461. ve 3095 SAYILI ve 4489 NOLU KANUN'un 2. Md. GÖRE TİCARİ FAİZ DEĞİŞİM CETVELİ=

aa- TTK. 9/2. fıkrasına göre **30.04.1979-01.01.1957 dönemi "Ticari işlerde temerrüt faizi" adıyla,**

bb- TTK. 1461/2. Maddesine Göre % 10 iskonto oranının ziyade olduğu dönemlerde iskonto miktarı uygulanarak, **01.01.1957-19.12.1984 arası Ticari - İskonto Faiz ismiyle,**

cc- 19/12/1984 Ta. Sayı: 18610 S. RG. Yayınlanan 3095 S. Faiz Kanun'un **1. Md. göre 19.12.1984-31.12.1999 Arası Ticari Faiz Olarak Reeskont sıfatıyla,**

dd- 4489 nolu Yasa'nın 2. maddesiyle, 3095 Sayılı Yasa'nın 2. Mad.'de yapılan değişikiliğe göre TCMB tarafında belirlenen Avans faiz devre ve oranları referans alınarak, 30 Aralık ile 31 Haziran itibarıyla 5 puanlık değişimler gözetilerek, 01.01.2000 tarihinden sonra Ticari Faiz olarak uygulanacak avans faiz devre ve oranları ismiyle faiz uygulanacaktır

TİCARİ FAİZ OLARAK UYGULANACAK " TİCARİ", "REESKONT" İSMİYLE TİCARİ FAİZ DEVRE VE ORANLARI CETVELİ:

Ticari Faiz Devreleri	Ticari - İskonto, Reeskont, Avans İsmiyle "Ticari Faiz" Olarak Uygulanacak Faizin Dayandığı Mevzuat;	Gün	Faiz
01.01.1957 –30.04.1979	TTK. Md. 8, 9, 722, 1461/ Md. ile yapılan düzenleme dönemi	8040	10,00
01.05.1979 –28.02.1980	TTK. 1461/2. Md. göre 13.04.1979 T. 16608 RG.- İskonto oranında ticari faiz	300	10,75
01.03.1980 –31.06.1980	TTK. 1461/2. Md. göre 23.02.1980 T. 16909 RG.- İskonto oranında ticari faiz	120	14,00
01.07.1980 –01.02.1981	TTK. 1461/2. Md. göre 05.07.1980 T. 17038 RG.- İskonto oranında ticari faiz	210	26,00
02.02.1981 –30.04.1981	TTK. 1461/2. Md. göre 15.02.1981 T. 17252 RG.- İskonto oranında ticari faiz	88	30,25
01.05.1981 –30.06.1983	TTK. 1461/2. Md. göre -- İskonto oranında ticari faiz	780	31,50
01.07.1983 –18.12.1983	TTK. 1461/2. Md. göre 16.06.2983 T. 18079 RG.- İskonto oranında ticari faiz	167	28,00
19.12.1984 - 19.12.1983	TTK. 1461/2. Md. göre 19.12.1983 T. 18256 RG.- İskonto oranında ticari faiz	360	48,50
20.12.1984 –30.10.1986	10.05.1984 gün 18397 nolu Resmi Gazete.- Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	670	% 52

01.11.1986 –23.01.1987	30.10.1986 gün 19266 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	82	% 48
24.01.1987 –18.02.1988	24.01.1987 tarih 19351 sayılı ResmiGazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	385	% 45
19.02.1988 –01.01.1990	19.02.1988 gün 19730 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	669	% 54
02.01.1990 –19.09.1990	09.12.1989 gün 20367 sayılı Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	257	% 45
20.09.1990 –22.11.1990	20.09.1990 gün 20641 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	62	% 48,25
23.11.1990 –14.02.1991	23.11.1990 gün 20704 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	81	% 50,75
15.02.1991 –26.01.1994	16.02.1991 tarih 20788 sayılı Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	1061	% 54,50
27.01.1994 –20.04.1994	28.01.1994 tarih 21832 sayılı Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	83	% 65
21.04.2994 –11.07.1994	22.04.1994 gün 21913 nolu Resim Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	80	% 98
12.07.1994 –26.07.1994	12.07.1994 gün 21988 sayılı Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	14	% 85
27.07.1994 –30.09.1994	27.07.1994 gün 22068 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	63	% 75
01.10.1994 –09.06.1995	01.10.1994 gün 22068 sayılı Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	248	% 64
10.06.1995 –31.07.1995	10.06.1995 tarih 22309 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	51	% 60
01.08.1995 –01.08.1997	01.08.1995 tarih 22361 nolu Resmi Gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	720	% 57
02.08.1997 –31.12.1999	02.08.1997 tarihli 23068 nolu resmi gazete - Ticari-Reeskont Faiz dönemi.	869	% 80

Sonraki Dönem;

3095 ayılı Kanunu Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, Temerrüt faizi başlıklı;

Madde 2 – (Değişik : 15/12/1999 - 4489/2 md.) Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz…"

Maddesinin Yürürlüğe girdiği 01.01.2000'den sonra TİCARİ – AVANS- FAİZ DÖNEM ve ORANLARI CETVELİ:

TCMB Avans Faiz Değişim Tarih %	31 Aralık TCMB Avans faiz oranına göre -,+ 5 puanlık değişim varsa;	30 Haziran TCMB Avans Faiz Oranına göre -,+ 5 puanlık değişim varsa;	-,+5 Puan değişime göre Uygulanacak Avans Faiz Değişim Tarihleri=	Uygulanacak Avans faiz % :
30.12.1999 - % 70	31.12.1999 - % 70		01.01.2000'den itibaren >>>>>>>>>> – 01.07.2002'ye kadar	% 70
17.05.2002 - % 64		30.06.2002 - % 64 (- 5 puanlık değişim)	01.07.2002'den itibaren >>>>>>>>> – 01.07.2003'e kadar	% 64
14.06.2003 - % 57		30.06.2003 - % 57 (- 5 puanlık değişim)	01.07.2003'den itibaren >>>>>>>>> – 01.01.2004'e kadar	% 57
08.10.2003 - % 48	31.12.2003 - % 48 (- 5 puanlık değişim)		01.01.2004'den itibaren >>>>>>>>> – 01.07.2004'e kadar	% 48
15.06.2004 - % 42		30.06.2004 - % 42 (- 5 puanlık değişim)	01.07.2004'den itibaren >>>>>>>> - 01.07.2005'e kadar	% 42
13.01.2005 - % 35	---	---	30 Haziran 2005 dönemine kadar - % 35 değişim -,+ 5 puanlıktır. Ancak 25.05.2005 tarihinde tekrar -+ 5 puanı karşılar 25.05.2005 tarihinde % 30 değişim olduğundan % 35 oranlık değişim uygulamaya konulmamıştır.	
25.05.2005 - % 30		30.06.2005 -- % 30 (- 5 puanlık değişim)	01.07.2005'den itibaren >>>>>>>>> – 01.01.2006'e kadar	% 30
20.12.2005 - % 25	31.12.2005 - % 25 (- 5 puanlık değişim)		01.01.2006'den itibaren >>>>>>>>>> – 30.06.2009 kadar	% 25
20.12.2006 - % 29			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
28.12.2007 - % 27			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	

09.04.2009 - % 20		30.06.2009 - % 20 (- 5 puanlık değişim)	01.07.2009 - ..... den itibaren >>>>>> 01.01.2011 tarihine kadar	% 20
12.06.2009 - % 19			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
22.12.2009 - % 16			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
30.12.2010 - % 15	31.12.2010 - % 15 (- 5 puanlık değişim)		01.01.2011 - ..... den itibaren >>>>>>	% 15
29.12.2011 - % 17,75			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
19.06.2012 - % 16,50			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
20.12.2012 - % 13,75			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
21.06.2013 - % 11,00			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
27.12.2013 - % 11,75			31 Aralık veya 30 Haziran günü değişen % göre önceki dönem oranına göre 5 puan değişim değil	
E. KARMIŞ'ın -Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku- 2007 baskı, Cilt l, sayfa 34'de alınan cetvel güncellenmiştir				

EK-3 CETVEL:

BK. 72, 4489 ve 5335 Sayılı Yasalar ile 3095 Sayılı Faiz Kanun'un. 1. Md. Göre, 24.10.1926'dan İtibaren KANUNİ-YASAL FAİZ DÖNEMSEL DEĞİŞİM CETVELİ:

aa- BK. Md. 72'ye göre **18.12.1984-24.10.1926 dönemi arasında kanuni faiz ismiyle,**

bb- 3095 S. Kanuni ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. Md. göre **19.12.1984-30.12.1999 devresi Kanuni faiz adıyla,**

cc- 4489 nolu, 15.12.1999 kabul ve 01.01.2000 yürürlük tarihli "kanunî faiz ve temerrüt faizine ilişkin 3095 S. Kanun'un 1. md. değişiklik yapılması hakkında kanun'a göre; **01.01.2000- 30.04.2005 arası (kanuni faiz olarak) reeskont faiz sıfatıyla:**

dd- 5335 S. Yasa'nın 14. Md. ile 3095 Sayılı Faiz Yasası'nın 1. Mad. Değişikliğiyle, **01.05.2005'den sonra tekrar "Kanuni Faiz" olarak**,

UYGULANACAK KANUNİ-REESKONT FAİZ DEVRE VE ORANLARI CETVELİ:

Yasal Faiz Devreleri	Kanuni (Yasal) Faizin Dayandığı Mevzuat	Gün	Faiz %
18.12.1984-24.10.1926	BK. 72. Madde hükmüne göre Kanuni Faiz dönemi;	20934	% 5
31.12.1997-19.12.1984	3095 Sayılı Faiz K. 1. Md. Göre belirlenen Kanuni Faiz dönem;	4692	% 30
30.12.1999-01.01.1998	3095 Sayılı Faiz K. 1. Md. Göre belirlenen Kanuni Faiz dönemi; Bakanlar Kurulunun 8/8/1997 tarih ve 97/9807 sayılı Kararı ile 1/1/1998 tarihinden geçerli olmak üzere senelik % 30'dan, % 50'ye çıkarılmıştır. (Bkz. R.G: 20/8/1997-23086)	720	% 50

(4489 Nolu Yasa / Madde 1.- 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.)

Madde 1.- "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31

Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur."

4489 Nolu Yasa'ya Göre TC Merkez Bankası Tarafında Belirlenerek Referans Alınan ve 30 Haziran Günü Önceki Yılın 31 Aralık Günü Uygulanan Reeskont Oranından (-, + 5) Beş Puan Veya Daha Çok Farklı Oran Belirlenmiş İse, Yılın İkinci Yarısında Bu Oranın Geçerli Olacağı Gözetilerek,

4489 S. KANUN'UN 1. Md. GÖRE 01.01.2000 TARİHİNDEN İTİBAREN 5335 S. KANUN 14. MD. YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ 01.05.2005 TARİHİNE KADAR UYGULANACAK REESKONT (KANUNİ) FAİZ DEVRE VE ORANLARI CETVELİ;

TCMB belirlediği 31 Aralık / 30 Haziran Faiz Devreleri	T.C. Merkez Bank. Referans Alınacak Reeskont faiz değişim %	TCMB referans alınan Reeskont oranları esas alınarak, 3095 S. F. Kan. 1. Md. Göre 31 Aralık ve 30 Haziran'da 5 puan değişimi gözetilerek, REESKONT (KANUNİ) FAİZİ OLARAK UYGULANACAK DEVRELER:	Gün	4489 No. Yasa ile 3095/m.1'e göre UYGULANACAK REESKONT/ YASAL FAİZ %
31.12.1999	**% 60 (4489 S. K. Md. 1 Yürürlüğü 2000/1 ci 6 ay)**	30.06.2002-01.01.2000	900	% 60
30.06.2000	% 60 (2000/2 ci dönem -,+ 5 puan değişimi yok)			
31.12.2000	% 60 (2001/1 ci dönem -,+ 5 puan değişim yok)			
30.06.2001	% 60 (2001/2 ci dönem -,+ 5 puan değişim yok)			
16.05.2002	% 60 (2002/1 ci dönem -,+ 5 puan değişim yok)			
17.05.2002	% 55 (2002/1 ci dönem içinde değişim)	30.06.2003-01.07.2002	360	% 55
29.06.2002	**% 55 (2002/2 – 5 puan değişimi olmakla 01.07.2002 de uygulanacak)**			
13.06.2003	% 55 (TCMB Reeskont dönem/oranı)			

14.06.2003	% 50 (TCMB Reeskont dönem/oranı)	31.12.2003-01.07.2003	180	% 50
29.06.2003	**% 50 (– 5 puan değişim olmakla 01.07.2003 itibaren uygulanacak)**			
07.10.2003	% 50 (TCMB Reeskont dönem/oranı)			
08.10.2003	% 43 (TCMB Reeskont dönem/oranı)	30.06.2004-01.01.2004	180	% 43
31.12.2003	**% 43 (– 5 puan değişim olmakla 01.01.2004 itibaren uygulanacak)**			
14.06.2004	% 43 (TCMB Reeskont dönem/oranı)			
15.06.2004	% 38 (TCMB Reeskont dönem/oranı)	30.04.2005-01.07.2004 01.01.2005de 5335 Sayılı Yasa 14. Md. uygulaması son buldu, 3095 S. Faiz K. 1. Md. göre yasal faiz devre ve oranlarının Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlemesi yürürlüğe girdi.	300 300	% 38 % 38
29.06.2004	% 38 (– 5 puan değişim olmakla 01.07.2004 itibaren uygulanacak)			
13.01.2005	% 32 (TCMB reeskont % değişimi – 5 puan değişim 31.12.2003'den sonra değerlendirilecek, ancak 5335 **Sayılı Yasa 14. Md. ile Yasal faiz düzenlemesini Bakanlar Kurulu kararına bırakmış olduğundan, 30.04.2005 tarihi itibarı ile TCMB Reeskont -+ 5 puanlık değişim 3095 S. Faiz K. 1. Md.'de değerlendirmesi son bulmuştur.**			

3095 Sayılı Faiz Kanunun 1. Maddesi'ni Değiştiren 18/12/1999 Tarih 4489/1 md. ve yine Bu Maddeyi Değiştiren 21/04/2005 gün 5335 Sayılı Kanun 14. mad. ile; "04.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir";

5335 s. Kanun MADDE 14.- 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

3095 S. Kanun/madde 1- "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır.

Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, ***yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir."*** *emredici hükmünü getirmiştir.*

*** c) 14 ve 22 nci maddeleriyle 29 uncu maddesinin (c) bendinin*

5277 sayılı Kanunun 37. maddesinin (e) fıkrasına ilişkin hükmü yayımını izleyen ayın başında "Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 27 Nisan 2005 - Sayı: 25798"

01.05.2005 yürürlük tarihinden sonra yasal (kanunu) faiz dönem ve oranları cetveli:

Yasal Faiz Devreleri	Kanuni (Yasal) Faizin Dayandığı Mevzuat	Gün	Faiz %
31.12.2005-01.05.2005	**5355 Sayılı Yasa'nın 14. Md. ile yeniden kanuni faiz dönemi;** 3095 Sayılı Faiz Kanun'un 1. Md. Değişliğine göre;	240	% 12
01.01.2006'dan sonra	5355 S. Yasa'nın 14. Md. değişikliğiyle 3095 S. Faiz Kan. 1. Md.' göre Bakanlar Kurulu'nun 2005/9831 sayılı ve 30.12.2005 T. 26039 sayılı RG. Yayınlanan kararıyla **01.01.2006'den itibaren kanuni faiz...**	---	% 9

E. KARMIŞ'ın "Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku" 2007/ Mayıs, Cilt l sayfa 8'de alınmıştır.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

MUVAZAALI İŞVEREN • MUVAZAA SAVUNMASI • İŞÇİLİK HAKLARI

ÖZET: Bir kimsenin kendi hilesine dayanarak hak araması mümkün değildir.

Bu nedenle, işçinin gerçek işvereni olmayıp da muvazaalı işlemle kayden işveren gibi görünen şirket de, gerçek işveren olmasa dahi işçilik haklarının mali sonuçlarından sorumlu olacaktır.*

Y. HGK. E: 2008/9-704 K: 2008/730 T: 03.12.2008

("... 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacı ile davalılardan Seyhan Belediye Başkanlığı'nın tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı M. Yönetim Org. Ltd. Şirketinin temyizine gelince:

Mahkemece, davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin olduğu gerekçesiyle davaya konu istekler bakımından her iki davalı birlikte sorumlu tutulmuştur.

Dairemizin konuya dair kararlarında davalılar arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı kabul edilmiş ve yerel mahkemece bu yönde verilen kararlar onanmka suretiyle kesinleşmiştir. Böyle olunca davalılardan M. Yönetim Org. Ltd. Şirketi hakkında husumet yokluğu sebebiyle red kararı verilmesi gerekirken diğer davalı ile birlikte sorumlu tutulması hatalı olmuştur....") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

---

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiş; Özel Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine; iyiniyetli olan davacı yönünden taraf olmadığı muvazaanın ileri sürülemeyeceği ilkesi nedeniyle hükmedilen miktardan davalıların müteselsil sorumlu olduğu belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Somut olayın özelliği dikkate alındığında; davacının işçilik hak ve alacaklarının korunması ve tahsili amacına yönelik olarak, davacı işçiyi hizmet akdi ile fiilen çalıştıran davalı şirketin de dava konusu alacaklar yönünden sorumluluğu bulunduğu gözetildiğinde davalıların müteselsil sorumluluğuna karar verilmesi doğru bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında Yerel Mahkemenin direnme kararı isabetli bulunmaktadır.

Ne var ki, Özel Dairece işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmemiş olup, dosyanın temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan dosyanın işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için 9. HUKUK DAİRESİ'NE **(GÖNDERİLMESİNE)** 31.12.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • ORTAK YER • ECRİMİSİL • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Özel amaca tahsisli yer olan ve davacıya ekonomik gelir sağlamaya sığınağın işgalinden dolayı haksız işgal tazminatı (ecrimisil) istenemez.

Ortak mülkiyete bağlı bir yerden ecrimisil istenebilmesi için, haksız işgali gerçekleştiren paydaş diğer paydaşlar tarafından uyarılmış olmalıdır.

Kat mülkiyeti davalarında maktu vekalet ücreti uygulanır.*

Y. HGK. E: 2011/18-546 K: 2011/748 T: 07.12.2011

(….Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlara yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

1-Dava konusu edilen yerlerin (bodrum kata bulunan sığınağın) ana taşınmazın ortak yerlerinden olduğunda kuşku yoktur. Kat Mülkiyeti Yasası'nın 16. maddesi hükmü uyarınca kat malikleri ana taşınmazın bütün ortak yerlerine arsa payları oranında ortak mülkiyet hükümlerine göre maliktirler.

Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince ortak mülkiyete bağlı olan bir yeri paydaşlardan birisinin kendi kullanımına özgülemesi durumunda diğer paydaşların ecrimisil (haksız işgal tazminatı) isteyebilmesi için öncelikle o paydaş bu ortak yeri münhasıran kullanmaktan yöntemince men edilmiş olmalıdır. Başka bir deyişle diğer paydaşlar bu yerden kendilerinin de yararlanmak istediklerini şagil paydaşa yöntemince ihtar etmiş olmalarına karşın kullanımın sürdürülmüş olması gerekir.

Somut olayda ortak mülkiyet hükümlerine tabi olan dava konusu yerleri kullanarak müdahalede bulunan davalının diğer paydaşlarca

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 18. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

önceden uyarıldığı yolunda bir kanıt ortaya konulup kanıtlanmadığı, sığınak özel amaca tahsisli ortak yer olmakla niteliği gereği ekonomik bir zarar sağlamayacağı gözetilmeden davacı yanın ecrimisil (haksız işgal tazminatı) isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle ecrimisile hükmedilmesi,

2- Kat Mülkiyeti Yasasının uygulanmasından doğan davalara da, davanın niteliği gereği, mahkemece yargılama harcı ile taraflar lehine hükmedilecek avukatlık ücretinin maktu tarifeler dikkate alınarak hükmedilmesi gerekirken, nispi tarifelere göre harç ve avukatlık ücretine hükmedilmesi,

Doğru görülmemiştir...)

Gerekçesiyle hüküm bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü.

Dava, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, davalının 2, 3, 4, 5, 6 nolu bağımsız bölümleri müvekkillerine sattığını, tapuda devir tarihinden itibaren bodrumdaki depoyu tahliye etmediğini, bodruma haksız müdahale ettiğini belirterek, davalının el atmasının önlenmesine, 5.000.00 YTL ecrisilin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu edilen yerin bina niteliğindeki taşınmazın ortak bölümü olduğunu, müvekkilinin de yararlanma hakkı olduğu halde burayı depo olarak kullanmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; el atmanın önlenmesi talebi konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına, ecrimisil isteminin kabulüne dair verilen karar; Özel Daire'ce yukarıda başlık bölümünde metni aynen yazılı gerekçe ile ecrimisil noktasından bozulmuş; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Hükmü temyize davalı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davaya konu, davalının işgal ettiği alanine sığınak niteliğindeki ortak kullanım yerlerinden olması, ana taşınmazda kat mülkiyetinin kurulmuş olması karşısında; olayda

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nu hükümlerinin mi, yoksa 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 16. maddesinin mi uygulanacağı; müdahalede bulunan davalının diğer paydaşlarca önceden uyarılmasının gerekip gerekilmediği; burada varılacak sonuca göre, davacıların haksız işgal tazminatlarının kabul edilip edilmeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

Ne var ki, Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında, işin esasının incelenmesinden önce, ilk karar ile direnme kararı arasındaki gerekçe farklılığı karşısında, direnme kararının gerçekte yeni hüküm niteliğinde olup olmadığı; dolayısıyla, temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulu'nca mı, yoksa Özel Dairece mi yapılması gerektiği hususu, ön sorun olarak değerlendirilmiştir.

Bilindiği üzere; direnme kararının varlığından söz edilebilmesi için, mahkeme bozmdan esinlenerek yeni herhangi bir delil toplamadan önceki deliller çerçevesinde karar verilmeli; gerekçesini önceki kararına göre genişletebilirse de değiştirmemelidir (6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi).

Eş söyleyişle; mahkemenin yeni bir delile dayanarak veya bozmadan esinlenerek gerekçesini değiştirerek veya daha önce üzerinde durmadığı bir hususu bozmada işaret olunan şekilde değerlendirerek karar vermiş olması halinde, direnme kararının varlığından söz edilemez.

Somut olayda ise:

Yerel Mahkemenin ilk kararının gerekçesinde çekişmeli kısmın ortak yerlerden olduğu, davalının bu yeri kullanmakla diğer kat maliklerinin buradan yararlanmasını engellediği, bu haksız kullanım nedeniyle ecrimisile hükmedilmesi gerektiğine işaret edilmişken; direnme olarak adlandırdığı kararın gerekçesinde dava konusu yerin ortak alan olup, projede sığınak olarak gösterilen kısmın davalının kullandığı yerin bir kısmını teşkil ettiği, işgal edilen yerin tamamının sığınak olmadığı, depo niteliğinde bir yer olduğuna dayanılmıştır. Bu haliyle son kararın gerekçesi ilk karara göre yasal sınırlarda genişletilmiş olmayıp, bozmadan esinlenerek tümüyle değiştirilmiştir.

Bu haliyle, mahkemece, ilk kararda, tartışılıp değerlendirilmeyen, yeni bir gerekçe ile direnme olarak adlandırılan karar verildiğine göre ortada bir direnme kararı bulunduğundan söz edilemez.

Hal böyle olunca, mahkemenin direnme olarak adlandırdığı temyize

konu kararın, usul hukuku anlamında, gerçek bir direnme kararı olmadığı; bozmadan esinlenilerek ilk kararda tartışılıp, değerlendirilmemiş, yeni bir gerekçeye dayalı, yeni hüküm niteliğinde olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

O halde, kurulan bu yeni hükmun temyizen incelenmesi görevi, Hukuk Genel Kurulu'na değil, Özel Daireye aittir.

Bu nedenle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 18. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 07.12.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİHKAK İDDİASI
•
FATURANIN DELİL OLMASI •MÜLKİYET KARİNESİ

ÖZET: İstihkak iddiasını ispatlamakla yükümlü olan üçüncü kişinin sunduğu hacizle aynı günde düzenlenmiş fatura istihkak iddiasını ispatlamaya elverişli belge değildir.

Y. HGK. E:2011/17-638 K:2012/13 T:18.01.2012

Taraflar arasındaki "istihkak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Manisa 2. İcra Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 08.12.2009 gün ve 2009/342 E. 2009/535 K. sayılı kararın incelenmesi davalı alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 31.03.2011 gün ve 2011/219 E. 2011/2924 K. sayılı ilamı ile;

(….Davacı (üçüncü kişi) vekili, Manisa 1. İcra Müdürlüğü'nün 2009/3613 Esas sayılı dosyasında yapılan 26.06.2009 günlü hacze konu menkullerden 1500 adet derinin üçüncü kişi şirkete ait olduğunu, haciz adresinde 01.01.2007'den beri faaliyet gösteren K.Deri adlı işyerinin sahibi Y.Ö.'e tıraşlanmak üzere fason olarak teslim edildiğini, borçlu şirketin 2006 yılında iflas ederek haciz adresi ile ilgisini kestiğini, mahcuzlarla ilgisinin bulunmadığını, belirterek istihkak iddiasının

kabulü ve haczin kaldırılmasına ve tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalı (alacaklı) vekili, "davacının sunduğu faturanın hacizden sonra düzenlendiğini, her zaman temini mümkün belgelerden olduğunu, istihkak iddiasının kanıtlanamadığını" belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı (borçlu) usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmalara katılmadığı gibi cevap da vermemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre; "Ödeme emri haciz adresinde sekreter imzasına tebliğ edilmişse de, Vergi Dairesi'nden getirtilen yoklama fişine göre bu adreste 21.11.2008'den itibaren Y.Ö.'in faal olduğu, üçüncü kişinin sunduğu fatura kapsamında satın aldığı derilerden 1.500 tanesini fason traş yapılmak üzere Y.Ö.'e teslim ettiği, aksinin kanıtlanamadığı" gerekçesi ile davanın kabulü ile 1500 adet kromlu deri üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm, davalı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, üçüncü kişinin İİK'in 96.vd. maddeleri uyarınca açtığı "istihkak" davası niteliğindedir.

Dava konusu haciz ödeme emrinin de tebliğ edildiği takip adresinde yapılmış, hacizde borçlu adına düzenlenmiş bir adet fatura ele geçmiştir. Kolluk tarafından mahallinde yapılan araştırmada, haciz tarihi itibarı ile haciz adresinde borçlu şirketin fiilen faaliyet gösterdiği belirlenmiştir. İİK'nin 97/a maddesindeki mülkiyet karinesi borçlu, dolayısıyla alacaklı yararınadır ve ispat yükü altında bulunan üçüncü kişinin sunduğu, hacizle aynı gün düzenlenmiş fatura, sonradan temini mümkün belgelerden olup, istihkak iddiasını kanıtlamaya elverişli değildir. Esasen davacı ticari ilişki içinde olduğunu dahi kabul etmediği borçlu şirketin faaliyet adresine mahcuzları neden bıraktığını kanıtlayamamıştır.

Davanın reddi yerine oluşa ve dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçe ile yazılı biçimde kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir…)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı-alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 18.01.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

ŞİKAYET PROSEDÜRÜ • İSTİHKAK DAVASI • TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Üçüncü kişi İcra Müdürlüğünün haciz işleminin iptalini talep etmiş, maktu harç yatırmış ve istemini şikayet prosedürüne göre gerçekleştirmiştir.

Talebin aşılması ve bu istemin istihkak davası olarak kabul edilmesi doğru olmamıştır.*

Y. HGK. E: 2012/12-241 K: 2012/446 T: 04.07.2012

(…HUMK'un 74. maddesinde; mahkemelerin tarafların talepleriyle bağlı olup, fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda şikayetçi, haczin İİK'nin 99. maddesine göre yapılmasını, alacaklıya istihkak davası açması için süre verilmesini talep etmiş, bunun için istihkak davasına ilişkin nispi harç yerine maktu harç

* Legalbank Hukuk sitesinden alınmıştır.

yatırmış olmasına rağmen, açılmış bir istihkak davası olmadığı halde, mahkemece talep istihkak davası gibi değerlendirilerek mahcuzlar üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmiştir.

Yukarıda anılan yasa maddesine aykırı olarak üçüncü kişi tarafından talep edilmemesine rağmen, talepten başka bir konuda karar verilmesi doğru olmayıp kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

İstem, icra memuru muamelesini şikayete ilişkindir.

İstanbul 13. İcra Müdürlüğü'nün 2008/24065 esas sayılı dosyası incelendiğinde, alacaklı T.E tarafından borçlular C.B. vs. aleyhinde bonoya davalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapıldığı, İcra Müdürlüğü tarafından 11.11.2008 tarihinde borçlu C.'nin bildirilen adresine hacze gidildiği ve evde bulunan menkullerin haczedildiği anlaşılmaktadır.

Haciz sırasında şikayetçi 3. kişi D.A. tarafından borçlu C.'nin haciz mahallinde oturmadığını, 2007 yılında boşandıklarını, hacze konu menkullerin de kendisine boşanma protokolü ile bırakıldığını belirterek, istihkak iddiasında bulunulmuş,

Alacaklının buna karşı koyması üzerine, 12.11.2008 tarihinde İcra Müdürlüğü'nce borçlunun haciz mahallinde oturduğu kanaatı ile İİK'nin 97. maddesi uyarınca işlem yapılarak, istihkak iddiası hakkında karar verilmek üzere dosyanın İstanbul 11. İcra Hakimliği'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Öte yandan şikayetçi D. tarafından sunulan 17.11.2008 tarihli dilekçe ile anılan İcra Müdürlüğü'nden alacaklıya İİK'nin 99. md.si uyarınca dava açması için süre verilmesi istenilmiş; ancak 13. İcra Müdürlüğü 17.11.2008 tarihli kararı ile yapılan haciz hakkında İİK'nin 97.maddesi uygulanarak dosya İstanbul 11. İcra Hukuk Hakimliği'ne sevk edildiğinden bu istemin reddine karar vermiştir.

İstihkak, İcra İflas Kanunu'nda istihkak iddiası 96-99. maddelerde düzenlenmiştir.

İİK'nin 96. maddesinde:

Borçlunun, elinde bulunan bir malı başkasının mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut üçüncü bir şahıs tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği takdirde, icra dairesi bunu haciz ve icra zabıtlarına geçirir ve keyfiyeti iki tarafa bildirir. İcra dairesi aynı zamanda istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığını bildirmek üzere alacaklı ve borçluya üç günlük mühlet verir.

İİK. 97. maddesinde ise:

İstihkak iddiasına karşı alacaklı veya borçlu tarafından itiraz edilirse, icra memuru dosyayı hemen icra mahkemesine verir. İcra mahkemesi, dosya üzerinde veya lüzum görürse ilgilileri davet ederek mürafaa ile yapacağı inceleme neticesinde varacağı kanaate göre takibin devamına veya talikine karar verir.

İİK'nin 99. maddesine göre de:

Haczedilen şeyin borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet hakkı iddia eden üçüncü bir şahıs nezdinde bulunursa, icra memuru o şahıs aleyhine icra mahkemesine mücacaat için alacaklıya yedi gün mühlet verir. Bu mühlet içinde merci hakimliğine dava açılmazsa üçüncü şahsın iddiası kabul edilmiş sayılır.

Görüldüğü üzere

Haczedilen menkuller eğer borçlunun elinde kabul edilir ve 3. Kişi istihkak iddiasında bulunur da alacaklı veya borçlu buna itiraz ederse, dosya İİK'nin 97. maddesi uyarınca istihkak iddiası ile ilgili olarak karar verilmek üzere İcra Mahkemesine gönderilir.

3.kişinin elinde olursa, İcra Müdürlüğü istihkak iddiası üzerine alacaklıya istihkak davası açması için İİK'nin 99. maddesi uyarınca süre verecektir.

Somut olayda;

Şikayetçi 3. kişi, maktu harç yatırmak suretiyle İcra Mahkemesi'nden İcra Müdürlüğü'nün 17.11.2008 tarihli İİK'nin 99.maddesinin uygulanması talebinin reddine ilişkin işleminin iptalini, İİK'nin 16.maddesi uyarınca şikayet yolu ile istemiştir.

Yerel mahkemece, şikayetçinin istemi aşılarak, ortada bir istihkak davası olmadığı halde talebi istihkak davası olarak nitelendirilerek haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir. Talepten başka şeye kural olarak karar verilemez (Mülga 1086 sayılı HUMK madde 74; 6100 sayılı HMK madde 26)

O halde, Özel Daire bozma ilamında belirtilen gerekçelerle, Hukuk Ge-

nel Kurulu'nca da benimsenen bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı (**BOZULMASINA)** hükmün tebliği tarihinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, oybirliği ile karar verildi.

İSTİHKAK DAVASI • DAVA KOŞULU • HACİZ HAKKINDA ŞİKAYET • BEKLETİCİ MESELE

ÖZET: İstihkak iddiasını borçlu ileri sürebileceği gibi üçüncü kişi de bu iddiayı ileri sürebilir.

İstihkak davasının yürütülmesi için öncelikle bir icra takibinin ve haczin varolması gerekir.

İstihkak davası devam ederken, dava konusu mal üzerindeki haciz kalkarsa istihkak davası konusuz kalır.

Bu nedenle haciz hakkındaki şikayet talebi, istihkak davasında bekletici mesele yapılmalıdır.

Y. HGK. E: 2012/17-1400 K: 2013/213 T: 06.02.2013

"... Davacı 3. kişi vekili, İstanbul 14. İcra Müdürlüğü'nün 2009/32830 Esas, Tuzla İcra Müdürlüğü'nün 2009/4627 Talimat sayılı dosyasından, 21.10.2009 tarihli haciz tutanağının 7-10-14-15-16 ve 17 sırasında kayıtlı gemi yapımında kullanılan malzemenin, davacı tarafından satın alındığı ve borçlu şirketin davacı adına yapacağı gemilerin montaj ve işçiliğini yapması için teslim edildiğini belirterek, İİK'nin 96 ve devamı maddelerine dayalı olarak istihkak davasının kabulü ile anılan haczin kaldırılmasını istemiştir.

Davalı alacaklı vekili, dava konusu taşınır malların, borçlu şirkete

ait tersanede haczedildiğini, davacı ve borçlu şirket ortakları arasında organic bağın bulunduğunu, sunulan faturalardaki malların ayırt edici özelliği bulunmadığından tek başına ispata yeterli bulunmadığını, tersandeki tüm malların borçlunun kontrolünde olup, davacı şirketin alacaklılardan mal kaçırma amacı ile paravan şirket olarak kurulduğunu ve haksız açılan davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davalı borçlu vekili, dava konusu malların, davacı adına inşa edilecek gemiler için, davacı tarafından yatırım teşvik belgesi kapsamında yurt dışından ithal edildiğini ve davacı 3. kişi şirkete ait olduğunu belirtmiştir.

Mahkemece, haczin borçlu şirkete ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste ve borçlu vekilinin huzurunda yapıldığını, borçlu ve 3. kişi şirket ortakları arasında organik bağ bulunduğu, dava konusu malların davacının ticari defterlerine kaydedilmiş ise de ticari defterlerin usule uygun tutulmadığını, bir kısmının borcun doğumundan sonra işlendiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiş hüküm davacı 3. kişi vekili ile davalı alacaklı vekili ve dahili davalı (borçlu) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 3.kişinin İİK'nin 96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir.

1.Dava konusu haciz 21.10.2009 tarihinde borçlu şirkete ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste ve borçlu şirket vekilinin huzurunda haczedilmiştir. İİK'nin 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısı ile davalı alacaklı yararınadır.Bu yasal karine aksine davacı 3.kişi tarafından her türlü delille ispatlanması olanaklıdır.

Borç kaynağı 14.01.2008 tarihli kredi sözleşmesinin teminatı olarak verilmiş 15.01.2008 tanzim tarihli bonodur. Davacı şirket bu tarihten önce 27.02.2007 tarihinde kurulmuş ve 29.03.2007 tarihinde her türlü gemi inşaası ve tadili için yatırım teşvik belgesi almıştır.Bu kapsamda haczedilen taşınır malları yurt dışından ithal ettiğine dair gümrük belgeleri, faturalar ve bu malların alımına ilişkin satıcı firma tarafından düzenlenmiş belgeler sunulmuştur.

Davacının, dava konusu malzemelerin kullanacağını belirttiği gemiler 24.01.2008 ve 12.05.2008 tarihlerinde davacı şirket adına, İstanbul Limanının inşa halindeki gemilere mahsus siciline kaydedilmiş ve daha sonra dava dışı Y...Bankasına rehin verilmiştir. Nitekim anılan banka tarafından yaptırılan bilirkişi incelenmesi sonucunda haczedilen malzemelerin bu gemilerde kullanıldığı ve 29.03.2007 tarihli Yatırım Teş-

vik Belgesi'ne ekli Yurtdışından ve Yurtiçinden temin edilecek makine ve teçhizat listesinde kaydı bulunan mallar olduğu tesbit edilmiştir.

Öte yandan, davacı haczedilen 28 kalem maldan bir bölümü için istihkak iddiasında bulunması iddianın samimi ve davalının mal kaçırma amacı ile hareket edildiği tezi aksine bir tutamda olduğu ve aynı gün haczedilen haciz tutanağının 25-26 sırasında yer alan 87 ve 88 nolu Gemiler ile ilgili alacaklının itirazı olmaması nedeniyle talep ile hacizlerin kaldırılmasına karar verildiği de görülmüştür.

Mahkeme gerekçesine alınan, Y……Bankası'nın Anadolu Yakası Şubesi müzekkere cevabında belirtilen davacıdan borçluya 19.02.2009 tarihinde yapılan 500.000.00 USD para transferinin yanlış işlem olduğu ve aynı gün düzeltildiği banka kayıtları ve cevaplarından anlaşılmıştır.

Tüm bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, davacı 3. Kişi şirketin borcun doğumundan önce kurulduğu ve dava konusu malların yine borçtan önce aldığı yatırım teşvik belgesi kapsamında bu belge eki listed de belirtilen mallar olduğu ve karine aksinin ispatlandığının kabulü gerekmiştir.

Mahkemece belirtilen gerekçelerle davacı şirketin davasının kabulü gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

2. Kabule göre ise, davalı borçlu vekili haciz sırasında ve yargılama aşamasında dava kousu malların davacıya ait olduğunu belirtmiş ve uyuşmazlık yaratmamış olduğundan yasal hasım olmadığı halde, hatalı olarak davaya dahil edilmiş ve açılan davayı da kabul etmiş olduğundan lehine vekalet ücreti takdir edilmesi hatalı olmuştur…"

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Dava, 3. Kişinin İİK'nin 96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir.

Davacı-istihkak iddiasında bulunan 3. kişi vekili, müvekkilinin gemi inşa sektöründe faaliyet gösterdiğini,

İstanbul 14. İcra Müdürlüğü'nün 2009/32830 Esas sayılı dosyasına borçlu Ç…Tekne San.ve Tic. A.Ş. ne ait tersanede haciz yapıldığını,

21.10.2009 tarihli haciz tutanağının 7.Sırasında yazılan 5000 Ton Muhtelif Gemi Sacı 10. Sırasında yazılan 1 adet M. Marka Gemi Ana Makinesi P20666-01-11 seri no'lu, 14. sırasında yazılan 1 adet KGS FORS 74 Yelpaze, 15.sırasında yazılan 2 adet Tuvalet Ünitesi, 16. sırasında yazılan 3 adet Kazan-Buhar Kazanı, 17. sırasında yazılan 1800 metre muhtelif paslanmaz çelik boru – kayıtlı malların davacı F…DENİZCİLİK SAN. VE TİC. A.Ş.'ne ait olduğunu, söz konusu malların yatırım teşviki ile satın alındığını belirterek, İstihkak iddiasının kabulü ile, haczedilen malların takip dışı davacıya ait olduğunun tespitine, dava konusu mallar üzerindeki hacizlerin fekki ile müvekkile ait haczedilen bu malların takip dışı bırakılmasına, müvekkile teslim ve iadesine, kötü niyetli davalı hakkında haczedilen malların değerinin %15 inden az olmamak üzere icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-alacaklı F…..A.Ş. vekili, müvekkili Banka ile borçlu Ç….Tekne San. ve Tic. A.Ş. arasında "Genel Kredi Sözleşme"leri imzalanarak kredi kullandırıldığını, dava dışı borçlular G…Holding Eğitim ve San. A.Ş. T….. Teknoloji ve Nakliyat San. ve Tic. A.Ş. A.Z. ve M.D.'nİn kredi sözleşmelerini müşterek borçlu müteselsil kefil olarak imzaladıklarını,

Aynı şekilde 15.01.2008 tanzim, 14.10.2009 vade tarihli 27.500.000.00 USD bedelli bonoyu düzenlediklerini, söz konusu bononun vadesinde ödenmemesi üzerine, borçlular hakkında İstanbul Asliye 12.Ticaret Mahkemesi'nin 2009/2240 D.İş sayılı ve 20.10.2009 tarihli kararı ile ihtiyati haciz kararı alınarak, İstanbul 14. İcra Müdürlüğü'nün 2009/32830 E. sayılı dosyasından infaz olunarak, aynı tarih de takibe geçildiğini,

Davacı adına düzenlenmiş faturaların tek başına istihkak iddiasını ispata yeterli delil olmadığını, borçlular ile davacı 3.Kişi arasında organic bağ bulunduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Dahili Davalı Ç… Tekne San. ve Tic. A.Ş.vekili, İstanbul 14. İcra Müdürlüğü'nün 2009/32830 E. sayılı dosyasından verilen haciz talimatı ile Tuzla İcra Müdürlüğü'nün 2009/4627 Talimat sayılı dosyasından yapılan 21.10.2009 günlü haciz sırasında, dava konusu mahcuz malların 3. Şahıs davacı F…Denizcilik Sanayi ve Ticaret A.ş.'ne ait olduğunun taraflarınca beyan edildiğini, bu beyanın Haciz Zaptına da geçirildiğini, müvekkili tarafından davacı adına düzenlenmiş yatırm teşvik belgesi kapsamında büyük kısmı yurt dışından ithal ve tamamı faturalı menkul malların haksız ve yersiz şekilde davalı tarafından haczedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, haczin borçlu Ç….Tekne A.Ş.adına ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste ve borçlu vekilinin huzurunda yapıldığını,

Davacı F…. Denizcilik San. ve Tic. A.Ş.'nin yönetim kurulu üyelerinden ve yetkililerinden Ali Zihni'nin aynı zamanda borçlular Ç…Tekne A.Ş., G…..A.Ş.ve T….A.Ş.'nin de yönetim kurulu üyesi ve yetkilisi olduğunu,

Şahsının da borçlu olduğu bu olguların davacı şirket ile borçlunun organik bağ içinde bulunduğunu gösterdiği ve istihkaka konu bazı malların davacı tarafından ticari defterlerine 2008 tarihnide kaydedilmiş ise de TTK 70. maddeye göre kapanış tasdikinin yapılmadığı dolayısı ile davacı lehine delil olmayacağı,

Bazı malların 2009 tarihli deftere takip konusu senedin tanzim tarihinden sonraki tarihte işlendiğinden ve Y…..Bankası Anadolu Yakası Şubesi'ne ait hesapta borçlu Ç….Tekne A.Ş.tarafından davacıya ödeme yapıldığı görüldüğünden dolayı;

Davanın reddine dair verilen karar;

Özel Dairece, yukarıda metni aynen yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki gerekçeler tekrarrlanarak direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını, davacı vekili ve dahili davalı vekili temyiz etmiştir.

Açıklanan maddi olgu, bozma ve direnme kararlarının kapsamları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık;

Üçüncü şahıs-davacı F….Denizcilik San.ve Tic. A.Ş. ile borçlu- dahili davalı Ç….Tekne San. ve Tic. A.Ş. arasında "organik bağ" bulunup bulunmadığı, ayrıca davacı şirketin, borçlu şirket adresinde alacaklı tarafından haczedilen davaya konu malların mülkiyetinin kendisine ait olduğunu kanıtlayıp kanıtlayamadığı; burada varılacak sonuca göre davacı şirketin istihkak iddiasının kabul edilip edilmeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında işin esasının incelenmesinden önce; dahili davalı Ç…Tekne Sanayi ve Ticaret A.Ş. vekilinin 21.10.2011 tarihli direnme kararını temyiz ettiği dilekçede belirttiği "Şikayet" dosyasının akıbetinin beklenmesinin gerekip gerekmediği hususu, ön sorun olarak tartışılmıştır.

Somut olayda, borçlu-dahili davalı ile davalı – alacaklı arasında 14.01.2008 tarihinde "Kredi Kullanım Sözleşmesi" 15.01.2008 tarihinde ise 27.500.000 USD bedelli bono düzenlendiği, davalı – alacaklı tarafından borçlular hakkında İstanbul 14. İcra Müdürlüğü'nün 2009/32830 E. sayılı dosya ile söz konusu bonoya dayanılarak icra takibi başlatıldığı ve borçlu – dahili davalıya ait işyerinde 21.10.2009 tarihinde gerçekleştirilen

hacizde istihkak davasına konu malların da haczedildiği hususlarında taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Dahili – davalı vekilinin 21.10.2011 tarihli temyiz dilekçesinde; İstanbul 5.İcra Hukuk Mahkemesinin 2009/3653 E. 2010/1352 K.sayılı dosyası ile, müvekkili aleyhinde kambiyo yolu ile başlatılan takipte dayanılan senedin teminat amaçlı verildiği, kambiyo senedi niteliğinde olmadığı iddiaları ile takibin iptalini istediklerini;

Mahkemenin davanın reddine karar verdiğini ancak kararın Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 21.06.2011 gün ve 2010/3144 E., 2011/12749 K. sayılı kararında; "…takip konusu senedin teminat senedi olduğu ve kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediği ve alacağın varlığının yargılamayı gerektirdiğinden itirazın kabulü yerine reddi doğru değildir…" gerekçesi ile kararın bozulduğunu ileri sürerek söz konusu kararların örneklerini dilekçesine eklediği anlaşılmaktadır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 96. maddesinde aynen;

"Borçlu, elinde bulunan bir malı başkasının mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut üçüncü bir şahıs tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği takdirde, icra dairesi bunu haciz ve icra zabıtlarına geçirir ve keyifiyeti iki tarafa bildirir.

İcra dairesi aynı zamanda istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığını bildirmek üzere alacaklı ve borçluya üç günlük mühlet verir. Sükutları halinde istihkak iddiasını kabul etmiş sayılırlar.

Malın haczine muttali olan borçlu veya üçüncü şahıs, ıttıla tarihinden itibaren yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunmadığı takdirde, aynı takipte bu iddiayı ileri sürmek hakkını kaybeder. İstihkak iddiasının yapıldığı veya istihkak davasının açıldığını tarihte istihkak müddeisi ile birlikte outran kimseler yahut bu şahısların iş ortakları, iddianın yapıldığı tarihte veya istihkak davası 97.maddenin 9. fıkrası gereğince açılmışsa davanın açıldığı tarihte malın haczine ıttıla kesbetmiş sayılırlar." Denilmiştir.

Haczedilen bir mal üzerinde, (alacaklı ve borçlu dışındaki) bir üçüncü kişinin, mülkiyet veya rehin hakkı gibi bir hak sahibi olduğunun ileri sürülmesine, istihkak denir.

Görüldüğü üzere, istihkak iddiasını borçlu ileri sürebileceği gibi, üçüncü kişi de, borçlunun elinde haczedilen bir mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı gibi bir hakka sahip olduğunu ileri sürebilir; yani böyle bir hakkı olduğundan bahisle istihkak iddiasında bulunabilir.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi, istihkak iddiasının dinlenebilmesi için öncelikle, usulüne uygun yapılmış bir icra takibinin ve haciz işleminin bulunması gerekmektedir.

İstihkak davası devam ederken, dava konusu mal üzerindeki haciz kalkarsa, istihkak davası konusuz kalır.Bu halde, icra mahkemesinin dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekir.

Bu durumda, İstanbul 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan "şikayet" istemi sonucunda eldeki davanın konusu olan mallar üzerindeki haciz işlemi iptal edilebileceğinden, görülmekte olan istihkak davası da konusuz kalacaktır.

Mahkemece yapılacak iş, öncelikle söz konusu "şikayet" isteminin sonucunun eldeki dava yönünden bekletici sorun yapılarak, hasıl olacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.Sonuç itibariyle, mahkeme kararının açıklanan değişik gerekçelerle bozulması gerekir.

Sonuç: Dahili davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının değişik gerekçe ile **BOZULMASINA** bozma nedenine göre davacı vekili ve dahili tebliğden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 06.02.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ADİ ORTAKLIK • ORTAĞIN BORCU • KAR VE TASFİYE PAYI TESPİTİ

ÖZET: Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı icra takibi yapılması halinde, borçlu ortağın kar ve tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait hak edişin (istihkakın) doğrudan haczine karar verilemez.

Y. HGK. E: 2012/12-863 K: 2013/432 T: 03.04.2013

(…Alacaklı tarafından borçlu ……Tic. Ltd. Şti. hakkında yapılan takipte, borçlu şirketin ortağı bulunduğu….. Tic. Ltd. Şti. ……Nak. Tic. San. Ltd. Şti.nin ortaklığında borçlu firmanın kar payına ve tasfiye halinde tasfiye payına haciz konulmasına karar verildiği ve karar gereği-

nin ifası için Ulaştırma Bakanlığı karayolları 10. Bölge Müdürlüğü'ne hitaben haciz müzekkeresi yazılması üzerine, iş ortaklığına ait hak edişten borçlu şirketin payına düşen miktarın kesilerek gönderildiği, bunun üzerine de borçlu şirket tarafından haczin iptalinin talep edildiği görülmektedir. Borçlar Kanunu'nun 522 ve 523.maddeleri gereğince adi ortaklıkta her ortak şirketin iştirak hakkına sahip olduğundan, ortağın kişisel alacaklıları borçlu ortağın şirketteki kar payını haczettirebilirler. Ayrıca, adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payının da haczi mümkün bulunmaktadır. Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında takip yapılması halinde, adi ortaklığın istihkakına haciz konulamaz. Bu nedenle şikayetin kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle reddi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Şikayetçi-borçlu .... Tic. Ltd. Şti.vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

İstek, icra memuru işleminin şikayet kanun yolu ile iptali istemine ilişkindir.

Şikayetçi-borçlu ....Tic. Ltd. Şti. vekili, eldeki şikayeti ile; ...9.İcra Müdürlüğü'nün 2010/15574 ve 2010/14950 esas sayılı dosyalarındaki "....Tic. Ltd.Şti. .... Nak. Tic. Ltd. Şti.'nin ortaklığında borçlu firmanın kar payına ve tasfiye halinde payına haciz konulmasına" dair kararlarının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya üzerinden yapılan yargılama sonucunda, "....9. İcra Müdürlüğü'nün 2010/14950 ve 15574 esas sayılı dosyalarında, takip alacaklısı şirketin ....Tic. Ltd. Şti. aleyhine başlattığı takipler çerçevesinde alacaklı vekilinin her iki takip dosyasında 20.07.2011 tarihinde borçlu şirketin ortağı olduğu " ..... Tic. Ltd. Şti. .....Nak. İnş. Ltd. Şti." adi ortaklığının tasfiye payı ve kar payı üzerine haciz konulmasına ilişkin her iki dosyada talebin kabul edilerek,

Ulaştırma Bakanlığı'na talep doğrultusunda haciz müzekkeresi yazıldığı, haciz müzekkeresi üzerine Ulaştırma Bakanlığı'ndan 83.999.96 TL. nin icra osyasına gönderildiği, haciz kararında ve haciz müzekkeresin-

de kanuna aykırılığın bulunmadığı, zira alacaklı adi ortaklığı oluşturan ortaklardan birinin borcu nedeniyle adi ortaklıkta ortağın tasfiye sonucundaki payına haciz koydurabileceği, ancak icra dosyasına gönderilen paranın adi ortaklığa ait olduğuna dair iddia, üçüncü kişi lehine istihkak iddiası niteliğinde olduğu, bu iddia karşısında icra dairesinin, icra ve iflas Kanunun 97. vd. maddeleri çerçevesinde istihkak prosedürünü işletmesi gerektiği, istihkak prosedürü işletilmeden icra dosyasına giren paranın kime verilmesini tesbit etmenin mümkün olmadığı" gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

Şikayetçi – borçlu …. Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında takip yapılması halinde, adi ortaklığın istihkakına haciz konulamayacağı gerekçesiyle karar bozulmuş;

Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü şikayetçi borçlu …Tic.Ltd. Şti.vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında takip yapılması halinde adi ortaklığın üçüncü kişiden olan istihkakına haciz konulup konulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 522. maddesinde, ortakların ortaklığa ait bütün kazançları aralarında taksim etmekle yükümlü oldukları; 523.maddesinde de, aksine bir anlaşma olmadıkça her ortağın, kar ve zarardan hissesinin eşit olacağı; 535/1-(3) bendinde ise, ortaklardan birinin tasfiyedeki hissesine haciz konulabileceği; belirtilmiştir.

Buna göre, adi ortaklıkta, ortağın kişisel alacaklıları borçlu ortağın şirketteki kar payını veya adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payını haczettirebilir.Ne var ki, henüz adi ortaklığa ait kazancın ortaklar arasında taksim edilmediği veya ortaklığın tasfiyesi halinde borçlu ortağa isabet edecek tasfiye payının belirlenmediği bir aşamada, adi ortaklığın yaptığı işin karşılığında üçüncü kişiden alacağının haczi mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Karşı taraf-alacaklı…. Akaryakıt A.Ş. tarafından şikayetçi-borçlu …… Tic. Ltd. Şti. hakkında yapılan takipte, borçlu şirketin ortağı bulunduğu "…. Tic. Ltd. Şti. …….Nak. Tic. Ltd. Şti." in oluşturduğu ortak girişimde borçlu şirketin kar payına ve tasfiye halinde tasfiye payına haciz konulma-

sına karar verildikten sonra karar gereğinin ifası için Ulaştırma Bakanlığı Karayolları 10. Bölge Müdürlüğü'ne hitaben haciz müzekkeresi yazılması üzerine, ortak girişime ait hak edişten (istihkaktan) borçlu şirketin payına düşen miktarın kesilerek icra dosyasına gönderildiği anlaşılmış; bunun üzerine de borçlu şirket tarafından haczin iptali talep edilmiştir.

".....Tic. Ltd. Şti. ..... Nak. Tic. Ltd. Şti."in oluşturduğu ortak girişimin, Karayolları 10. Bölge Müdürlüğü'ne yaptığı işin karşılığı hak edişi (istihkakı) ortakların aralarında paylaştıklarını gösteren bir delil dosyada bulunmamaktadır.

Öyleyse, yukarıda belirtildiği üzere, adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması halinde, borçlu ortağın kar veya tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait hak edişin (istihkakın) doğrudan haczine karar verilemeyeceğinden, Ankara 9. İcra Müdürlüğü'nün 2010/14950 ve 15574 esas sayılı dosyalarında, ".... Tic. Ltd. Şti. .....Nak. Tic. Ltd. Şti."in oluşturduğu ortak girişimin, Ulaştırma Bakanlığı Karayolları 10. Bölge Müdürlüğü'ndeki hak edişinin (istihkakının) haczine ilişkin icra memurluğu işlemi usul ve yasaya aykırıdır.

Şu durumda; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, özellikle emsal nitelikte bulunan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.12.2005 gün ve E.2005/13-700, K.2005/715 sayılı kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Şikayetçi-borçlu .....Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının, Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA** kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 03.04.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİHKAK İDDİASI • ORGANİK İLİŞKİ • MÜLKİYET KARİNESİ

ÖZET: İstihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi şirket ile borçlu şirketin ortaklarının aynı kişiler ve akraba olmaları, her iki şirketin de aynı iş kolunda faaliyet göstermeleri şirketler arasında organik bağın mevcudiyetini göstermekte olup, dosyaya sunulan diğer belgeler de inandırıcı değildir. Bu durumda istihkak iddiasının reddi gerekir.

Y. HGK. E: 2012/17-1333 K: 2013/426 T: 03.04.2013

(….Davacı (3.kişi) vekili, davalı alacaklı tarafından borçlu aleyhine Ankara 17. İcra Müdürlüğü'nün 2010/2380 sayılı dosyasından yürütülen takipte uygulanan 26.02.2010 tarihli haciz işleminde, müvekkiline ait menkulün haczedildiğini, mahcuzun davacı 3.kişi müvekkilince imal edildiğini, üzerinde davacı logosunun bulunduğunu ve Makine Kira Sözleşmesi ile borçlu şirkete kiraya verilmiş olduğunu ileri sürerek, haczin kaldırılmasına ve tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı (alacaklı) vekili, borçlu ile 3. kişi şirketler arasında organik bağ bulunduğunu, alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı işlemler yapıldığını ve davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; dosya kapsamı ve bilirkişi raporuna göre, dava konusu mahcuzun borcun doğumundan çok önce noterlikte tanzim edilen, daha sonra adi sözleşme ile yenilenen Makine Kira sözleşmesi ile davacı 3.kişi tarafından borçluya kiraladığı, şirketlerin farklı tüzel kişiliklerinin bulunduğu ve adreslerinin farklı olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile mahcuzların davacıya ait olduğunun tespitine, şartları oluşmadığından davacının tazminat talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı 3.kişi vekili ile davalı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 3. Kişinin İİK'nin 96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir.

Dava konusu mahcuz 26.02.2010 tarihinde borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste ve borçlu şirket yetkilisinin huzurunda haczedil-

miştir. Davacı 3.kişi şirket ile borçlu şirketin kurucu ortakları aynı kişilerden oluştuğu gibi, mevcut ortakları arasında da yakın kan bağına dayalı organik ilişki bulunduğu ve her iki şirketin aynı iş kolunda ticari faaliyette bulundukları görülmektedir.

Davacı 3.kişi tarafından ibraz edilen ve noterlikçe düzenlenmiş olan 15.09.2006 tarihli Makine Kira Sözleşmesi iki yıllık olup, haciz tarihini kapsamadığı gibi, 3.kişi ile borçlu arasında yukarıda açıklanan türden bağlantı nedeniyle muvazaaya yönelik olarak her zaman düzenlenmesi mümkündür. Kaldı ki, kira sözleşmesinde ve dava konusu mahcuzda seri numarası olmadığından, malların aynı mal olup olmadıkları dahi belli değildir.

Buna göre, davacı 3. Kişi ile borçlu şirketin dava konusu mahcuzu birlikte ellerinde bulundurdukları ve İİK'nin 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesinin borçlu dolayısı ile alacaklı yararına olduğu, borçlu ile 3. kişi tarafından alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı işlemler yapıldığı kabul edilmelidir. Yapılan bu işlemlerin alacaklının haklarını etkilemeyeceği açıktır. Davacı 3. kişi tarafından ibraz edilen ve her zaman temini mümkün belgelerle yasal mülkiyet karinesinin aksinin kesin ve güçlü delillerle ispat edildiğinden de söz edilemez.

O halde, açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre, mahkemece davanın reddine karar vermek gerekirken, dosya içeriği ile uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir…)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı-alacaklı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, üçüncü kişinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 96 ve devamı maddelerine dayalı istihkak iddiasına ilişkindir.

Davacı-üçüncü kişi K.Mak. İnş. Oto. San. ve Tic. Ltd. Şti. vekili dava dilekçesinde özetle; şirketlerinni imalatı bir adet hidrolik silindir (saç büküm silindiri) ve bir adet Borveg'in, ilki 04.10.2005 tarihinde yapılan "Makina Kira Sözleşmesi" ikincisi noterde düzenlenen 15.09.2006 tarihli "Makina Kiralama Sözleşmesi" ve üçüncüsü 03.09.2008 tarihinde yapılan "Makina Kiralama Sözleşmesi" ile takip borçlusu L.Ltd. Şti.'ne kira-

landığını, mahcuzların mülkiyetinin takip dışı davacı şirkete ait olduğu, takip borçlusu şirketin elinde bulunma nedeninin ise aralarındaki kiralama ilişkisi olduğunu, ancak 26.02.2010 tarihinde kiracı L. Ltd. Şti.'nin borcundan dolayı, şirketlerine ait silindirin kiracının elinde iken haczedilerek götürüldüğünü beyanla, mahcuz malların davacı şirkete aidiyeti ile haczin kaldırılması ve iadesi ile kötüniyetli davalının %15 tazminat ödemesini talep etmiştir.

Davalı – alacaklı Ç. Çelik Met. Mak. İml.San. ve Tic. Ltd. Şti. vekili cevap dilekçesinde özetle; makine üzerindeki imalatçıyı gösterir logonun makinenin mülkiyetinin marka sahibine ait olduğunu göstermeyeceğini, davacının sunduğu sözleşmelerin 15.09.2006 tarihli olanı dışındakilerin adı yazılı olduğu ve zilyetlik karinesini ortadan kaldırıcı güçte delil olarak kabul edilmelerinin mümkün olmadığını, noterde düzenlenen kira sözleşmesinde ise kiraya veren şirket yetkilisinin, kiracı şirket yetkilisinin annesi olduğu, tek başına bu durumun bile borçlunun alacaklılardan mal kaçırmak için davacı ile muvazaalı işlem yaptığının göstergesi olduğunu, ayrıca değeri 100.000 TL. olan makinenin aylık 400 TL. bedelle kiraya verilmesinin mümkün olmadığını belirterek davanın reddi ile istihkak iddiası haksız ve kötüniyetli davacıdan %40'dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatı alınmasını istemiştir.

Borçlu L. Ltd. Şti. davaya dahil edilmiş, ancak borçlu tarafından yazılı veya sözlü beyanda bulunulmamıştır.

Yerel mahkemece, mahcuzun davalı – alacaklının borcunun doğumundan çok önce noterde düzenlenen ve daha sonra adi şekilde yenilenen kira sözleşmesi ile borçluya kiralandığı ve davacı ile borçlu şirketlerin ayrı tüzel kişilikleri olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, Yerel Mahkeme tarafından önceki gerekçe genişletilerek, ortakları ve tescil tarihleri farklı şirketler arasında sadece şirket müdürlerinin akraba olması nedeniyle organic bağdan sözedilemeyeceği de belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı-alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 97/a maddesinde belirtilen mülkiyet karinesinin aksinin borçlu, dolayısıyla alacaklı yararına oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

İİK'nin 96/1.maddesinde, "Borçlu, elinde bulunan bir malı başkasının mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut üçüncü şahıs tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği takdirde..." denilmek

suretiyle, istihkak iddiasını üçüncü kişinin kendi adına ve borçlunun üçüncü kişi yararına ileri sürebileceği öngörülmüştür.

Bunun gibi, 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 Sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen İİK'nin 85/2.maddesi de, "…..borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran şahıslar taşınır mal üzerinde üçüncü bir şahsın mülkiyet veya rehin hakkı gibi sınırlı bir ayni hakkının bulunması… halinde bu hususu haciz yapan memura beyan etmek…." Denilmek suretiyle haczedilen malı borçlu ile birlikte elinde bulunduran kişilere, üçüncü kişi yararına istihkak iddiasında bulunma olanağı tanımıştır.

Görüldüğü üzere, borçlunun, haczedilen malın üçüncü kişiye ait olduğunu söylemesi, üçüncü kişi adına yapılmış bir istihkak iddiası niteliğindedir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan İcra ve İflas Kanunu'nun 97/a maddesi uyarınca; "Bir taşınır malı elinde bulunduran kimse onun maliki sayılır. Borçlu ile üçüncü şahısların taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde addolunur. Birlikte oturulan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve ade, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu karinenin aksini ispat külfeti iddia eden kişiye düşer.

İstihkak davacısı malı ne suretle iktisap ettiğini ve borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili sebep ve hadiseleri göstermek ve bunları ispat etmekle mükelleftir."

Görüldüğü üzere anılan madde; borçlu ile üçüncü kişinin taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi malın borçlu elinde addolunacağına ilişkin, borçlu dolayısıyla alacaklı yararına mülkiyet karinesi içermektedir.

Somut uyuşmazlıkta, 26.02.2010 tarihinde yapılan taşınır mal haczi sırasında hazır bulunan borçlu şirket yetkilisi, haczedilen malların davacı-üçüncü kişi şirkete ait olduğu, kira sözleşmesi uyarınca kendilerinde bulunduğunu söylemek ve bunu tutanağa yazdırmak suretiyle, İİK 96/1. madde uyarınca üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunmuştur.

Dava konusu haciz, ödeme emrinin de tebliğ edildiği takip adresinde ve borçlu şirket yetkilisinin huzurunda yapılmıştır. Davacı-üçüncü kişi şirket ile borçlu şirketin kurucu ortaklarının aynı kişiler ve akraba olmaları; her iki şirketin aynı işkolunda faaliyet göstermesi nedeniyle aralarında organic bağ olduğu ve öte yandan, mahcuzların üçüncü kişiye ait olduğuna ilişkin fatura bulunmaması; kira sözleşmesine ilişkin faturanın yasal süreden ve haciz tarihinden sonra düzenlenmiş olması nedeniyle

tahakkuk ettirilen verginin cezalı olarak haciz tarihinden sonra ödenmesi; ödeme makbuzlarınnı deftere işlenmemiş adi yazılı belge niteliğinde olması; demirbaş defterinde yazılı silindirin mahcuz mal ile aynı olduğunu tespite yarayacak hiçbir özelliğinin bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacı üçüncü kişi ile borçlu şirketin, dava konusu mahcuzu birlikte ellerinde bulundurduklarının kabulü gerekmektedir.

Bu kabul karşısında İİK 97/a maddesi uyarınca malın, borçlunun elinde olup, mülkiyet karinesi borçlu, dolayısıyla alacaklı yararına oluşmuştur. Bu durumda, mülkiyet karinesinin aksini ispat yükü davacı-üçüncü kişi şirket üzerindedir.

2004 Sayılı Kanun'un 97/a-2 maddesi uyarınca, istihkak davacısı, malı ne suretle iktisap ettiğini ve borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili sebep ve hadiseleri göstermek ve bunları ispat etmekle mükellef olup, somut olayda, davacı-üçüncü kişi tarafından ibraz edilen ve noterlikçe düzenlenmiş 15.09.2006 tarihli Makine Kira Sözleşmesi iki yıl süreli olup, haciz tarihini kapsamadığı gibi; yine 04.10.2005 ve 15.09.2006 tarihli ai şekilde düzenlenmiş kira sözleşmeleri ise her zaman düzenlenmesi ve temini mümkün nitelikte olmaları nedeniyle istihkak iddiasını kanıtlamaya elverişli değildir.

Bu durumda, davacı-üçüncü kişi tarafından haciz tarihinde borçlu ve davacı arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı; diğer bir ifade ile İİK'nin 97/a maddesi 2. fıkrasında öngörüldüğü gibi, hacizli malın borçlu elinde bulunmasını haklı gösterir hukuki ve fiili sebep kanıtlanamamıştır.

Bu nedenlerle, Mahkemece, istihkak iddiası kanıtlanamadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile davanın kabulüne dair kararda direnilmesi isabetsizdir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, kira sözleşmelerinin borcun doğumundan önce yapılmış olması; haciz tarihinden önce 2006 tarihli noter onaylı demirbaş defterinde mahcuzun kayıtlı olması; tüzel kişilikleri yarı olan şirketlerde akrabalık ilişkisinin bir hüküm ifade etmesinin mümkün olmaması, dolayısıyla mahcuzun davacı-üçüncü kişiye ait olduğunun borcun doğumundan önceki belgelerle sabit olması nedeniyle davanın kabulüne yönelik direnme hükmünün onanması gerektiği dile getirilmiş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan gerekçelerle çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı-alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda belirtilen ilaveli nedenler ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerle 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 2004 sayılı İcra İflas Kanunun 366/III.maddesi uyarınca hükmün tebliğden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03.04.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

VAKFIN SONA ERMESİ • TASFİYE YÖNTEMİ

ÖZET: Vakfın sona ermesi halinde malvarlığının tasfiyesi ve artan malvarlığının tahsisi konusu ortaya çıkar.

Kanunda ve kuruluş belgesinde hüküm yoksa, terekenin resmi tasfiyesine göre tasfiye yapılır.

Kanunda ve kuruluş belgesinde başka hüküm yoksa tasfiye edilen tüzel kişinin varlığı en yakın amacı güden kamu kuruluşuna geçer. Bu iş yapılırken Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınır.*

Y. HGK. E: 2012/18-1929 K: 2013/782 T: 29.05.2013

(...Davalı vakfın dağıldığının tespitine karar verilirken, 5737 sayılı Vakıflar Yasası'nın 27., Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 33. ve vakfın senedinin 41. maddeleri gereğince, mal varlığının tespiti ile devri konusunda bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, vakfın dağıldığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce düzenlenen denetim raporu ile davalı vakfın hiç gelirinin olmadığını, bu mal varlığı ile vakfın hayatiyetini devam ettirmesinin mümkün olmadığını ve vakıf yöneticilerinin ilgisiz kaldığı hususlarının tespit edildiğini belirterek, Türk Medeni Kanunu'nun 116. Maddesi gereğince vakfın mal varlığının tespiti ile vakfın dağıtılmasına, malvarlığının gayece benzer bir vakfa devrine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı… .Vakfı Başkanı cevabında; …. Vakfı'nın amacının eğitim gören çocuklara burs vermek ve fakirlere yardım etmek olduğunu, ancak bu amaçlarına ulaşamadıklarını, vakıf senedindeki taşınmazın tapusunun vakıf adına devrinin yapılamadığını, bu taşınmazın başkasına satıldığını beyan etmiştir.

Mahkemenin; davanın kabulü ile davalı … Vakfı'nın Türk Medeni Kanunu'nun 116.maddesi uyarınca dağılmıy olduğunun tespitine, vakfın herhangi bir mal varlığı bulunmaması nedeniyle benzer vakfa devir ile ilgili karar verilmesine yer olmadığına dair verdiği karar; davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş; Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava konusu vakfın mal varlığının tespiti ve tahsisi konusunda bir karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için vakfın sona erme sebepleri ve sona ermenin hukuki sonuçlarının açıklanmasında fayda vardır.

Hemen belirtmek gerekir ki, vakıflar, bizzat kendi kararıyla sona erme hali dışında, tüzel kişiliğin sona erme sebepleriyle sona ererler.

Dernekler ile şirketlerin aksine vakıflar, varlıklarının sona ermesine kendi iradeleriyle karar veremezler. Çünkü buy olla sona erme vakfın mahiyetine uymadığı gibi, vakfın zorunlu organı olan yönetim organının ve hatta bizzat vakfı kurmuş olan kişinin (vakfedenin) dahi vakfın sona

ermesine karar verme yetkileri yoktur. Ancak, vakfeden, vakıf kurarken vakfın sona ermesini gerektirecek sebepleri veya vakfın süresini vakıf senedinde belirtmiş olabilir; çünkü buna hakkı bulunmaktadır. (Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, I.Cilt, Sekizinci Bası, Beta yayınları, İstanbul 2011, s.704)

Vakıflar ya kendiliğinden (dağılma) veya mahkeme kararı (dağıtma) (TMK.m.116, Vakıflar Yön, m.19-20) ile sona ererler.Bazı hallerde mirasçı veya alacaklıların itirazı üzerine de vakıf sona erebilir. (M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s.320)

Vakıfların kendiliğinden sona ermesi (dağılması) hiç bir karara gerek olmaksızın kişiliğinin kanundan ötürü ortadan kalkması ile olur.Türk Medeni Kanunu (TMK) kendiliğinden sona erme sebeplerinden sadece birisini düzenlemiştir. Bu da, vakfın amacının gerçekleşmesinin imkansız hale gelmiş olmasıdır. (TMK.m.116/I) Bu durumun dışında bir vakıf, vakıftan yararlanmaları öngörülmüş olanların tamamının ölmüş veya kuruluş amacının gerçekleşmiş olması yahut aciz (ödeme güçsüzlüğü) haline düşmüş bulunması hallerinde de kendiliğinden (dağılma ile) ortadan kalkmış olur.

Diğer taraftan, vakfı kuran kişi, kuruluş sırasında bu vakfın belli bir süre faaliyette bulunmasını arzulamış ve bu arzısunu süreyi göstermek suretiyle vakıf senedinde belirtmiş bulunabilir. Vakıf kuranın (vakfedenin), vakıf senedine bu yolda bir kayıt koyma hakkına sahip bulunduğu genellikle kabul edilmektedir. Bu nedenle vakfeden tarafından belirli bir süre için kurulmuş olan bir vakıf, bu sürenin dolmasıyla kendiliğinden ortadan kalkmış olur.

Vakfın sona ermesi hallerinden bir diğeri ise, vakfın mahkeme kararı ile sona erdirilmesidir.

TMK.101/I madde; “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz” şeklindedir.

Kurulmuş olan bir vakfın yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılırsa veya amacı sonradan yasaklanmış olan vakfın yasaklanan amacının değiştirilmesine imkan bulunmazsa, vakıf denetim makamının veya C. Savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak mahkemece dağıtılır. (TMK.m.116/2)

Vakfın sona ermesi halinde, ortaya mal varlığının tasfiyesi ile arta kalan malvarlığının özgülenmesi (tahsisi) konusu çıkar.

Tüzel kişilere ilişkin gene hükümlerde belirtildiği gibi, vakfın tasfiyesi, MK.'nun 53.maddesi hükmüne tabidir.Buna göre Kanunda ve kuruluş belgesinde aksine hüküm yoksa tasfiye, terekenin resmi tasfiyesine ilişkin hükümlere göre yapılacaktır.Tasfiye için vakfın malvarlığının aktif ve pasifi tespit edilerek defteri tutulur, mal ve haklar paraya çevrilir, alacaklar tahsil edilir, borçlar ödenir. (TMK.m.634-635)

Medeni Kanun m. 54/I'e göre; kanunda veya kuruluş belgesinde başka hüküm yoksa ya da yetkili organ başka türlü karar vermedikçe, tasfiye edilen tüzel kişinin malvarlığı en yakın amacı güden kamu kurum ve kuruluşuna geçer.Ancak özgülenme amacının aynı olmasına dikkat edilir. Medeni Kanun'un vakıflarla ilgili hükümlerinde, sona erme halinde mal varlığının tahsisinin nasıl yapılacağı belirtilmemiştir.

Vakıflar Kanunu'nun 27. maddesinde bu konuda getirilen düzenlemeye göre ise; sona eren yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar, vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa, dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder.

Vakfın sona ermesi halinde eğer sona eriş, amacın gerçekleşmesinin imkansızlaşması sebebine dayanıyorsa, vakıf mahkeme kararıyla sicilden silinir. (TMK.m.116/I)

Eğer vakfın kişiliği asliye hukuk mahkemesinin kararıyla dağıtılmak suretiyle sona ermişse, durum mahkeme siciline tescil edilir.

Tüzüğe göre, vakfın sona ermesi durumu Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezi sicile kaydedilir ve Genel Müdürlük tarafından Resmi Gazetede ilan olunur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu vakfın, aciz (ödeme güçsüzlüğü) haline düşmüş olduğu (TMK.m.116/I) tespit edildiğinden yerel mahkemece, vakfın dağılmış olduğunun tespitine karar verilmiş, ancak vakfın mal varlığının tahsisi konusunda bir hüküm kurulmamıştır.

Az yukarıda anlatıldığı üzere, Vakıflar Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca mahkeme kararı ile vakfın dağıldığına karar verilmesi halinde, vakfın mal varlığının tahsisi konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.

Dava konusu vakfın vakıf senedinde, 1119 parsel sayılı taşınmaz vakfa

özgülenmiş olup, TMK.m.105 gereğince taşınmazın mülkiyeti, vakfın tüzel kişiliğini kazanmasıyla vakfa geçmiş bulunmaktadır. Her ne kadar, vakfa ait taşınmazı başkasına satılmış olsa da, vakfın bu taşınmaz nedeniyle en azından tazminat hakkı bulunduğundan mahkemenin; vakfın herhangi bir mal varlığı bulunmaması nedeniyle benzer vakfa devir ile ilgili karar verilmesine yer olmadığına yönündeki direnmesi yerinde değildir.

Hal böyle olunca; aynı hususa işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının bozma ilamında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine aynı Kanun'un 440.maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.05.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

TESPİT DAVASI • EDA DAVASI
•
HUKUKİ YARAR KOŞULU

ÖZET: Davacı yoğun bakım durumunun ve süresinin tespitiyle bu dönemdeki harcamalarının S.G.K. tarafından ödenmesi gerektiğinin tespitini istemiştir.

Böyle bir davadaki istem sonucunun açılacak olan eda davası ile elde edilmesi mümkün olduğundan davacının tespit davası açmasında hukuki yararı bulunmamaktadır.* **

Y. HGK. E: 2013/10-436 K: 2013/1748 T: 25.12.2013

Taraflar arasındaki "tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 05.05.2010 gün ve 2010/235 E., 2010/254 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 21.02.2012 gün ve 2010/11172 E.,2012/2874 K. sayılı ilamı ile;

"...Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta iken 17.11.2008 tarihinde beyin kanaması tanısıyla Düzce Özel Sivrikaya Hastanesinde tedaviye alınan ancak yakınlarının isteği üzerine anılan özel hastaneye ait ambulansla doktor ve hemşire nezaretinde aynı gün Sosyal Güvenlik Kurumu ile anlaşması bulunmayan Şişli Florence Nıghtingale Hastanesine sevkedilen ve durumunun ağırlaşması üzerine 19.11.2008-17.12.2008 tarihleri arasında yoğun bakım ünitesinde tedavi edildikten sonra, 17.12.2008 tarihinde Kurumla anlaşması bulunan Özel Balat Hastanesi'ne sevkedilen davacı, anılan hastanede yapılan tedavi giderlerinin Kurumca karşılanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiş olmasına göre, uyuşmazlık, böyle bir tespit davasının açılıp açılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlük başlıklı 451. maddesinde "Bu Kanun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girer." Zaman bakımından uygulama başlıklı 448. maddesinde "Bu Kanun hükümleri,

---

* Gönderen: Ali Yiğin İstanbul 4. İş Mahkemesi Yargıcı

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan 21.02.2012 tarihli Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır." Hükmünü öngörmekte olup, eldeki dava temyiz aşamasında bulunduğundan 6100 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasında yasal zorunluluk vardır. Bu kural, hakların himayesi bakımından daha lehe hükümlerin öngörüldüğünün kabul edilmesi gereken yeni usul hükümlerinin devam etmekte olan davalar bakımından da hemen uygulanmaya başlanması düşüncesine dayanır.

6100 sayılı Kanun, kısmi davaya ilişkin genel hüküm olan 109.madde yanında, kısmi davanın bir türü olarak belirsiz alacak davası müessesesini ihdas etmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davası başlıklı 107. maddede "davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." Hükmü öngörülmüştür.

Açıklanan yasal düzenlemelerin ışığı altında somut olaya baktığımızda, Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta olan davacının Genel Sağlık Sigortası kapsamında bulunduğu çekişmesiz olup, tedavinin özel sağlık kuruluşunda yapılması nedeniyle Kurum, tedavi giderlerinin aciliyet durumuna göre bir bölümünü ödemek durumundadır. Kurumca ödenecek miktar 107. madde kapsamında tam ve kesin olarak belirlenebilir nitelikte değildir. Bu nedenle kısmi davaya konu edilebilir ve 107/3 madde kapsamında tespit davası da açılabilir.

Mahkemece, yapılacak iş, işin esasına girilerek hastalık ve tedavinin niteliğine göre aciliyet ve hayati tehlike durumu incelenerek belirlenecek miktar üzerinden Kurumun sorumluluğuna karar vermekten ibaret olup, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..."

Gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, sürekli işgöremezlik oranının tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacının Kurum ile anlaşması olmayan özel sağlık kuruluşundaki tedavisi karşılığı düzenlenen fatura bedelinin; hastanenin acil ve yoğun bakım ünitesindeki tedavisi karşılığı olan kısmının Kurumca karşılanması gerektiğinin tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) vekili cevap dilekçesinde özetle, davacının hastane masraflarına ilişkin fatura miktarı belirli olduğundan, eda davası açması gerektiğini, eda davası açılabilecekken tespit davası açılamayacağını ve davacının hastaneye yatışı acil kapsamında olmadığından, tedavi giderlerinin Kurumca karşılanmasının mümkün olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, "eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle oyçokluğuyla bozulmuş, mahkemece; "dava ve karar tarihinde yürürlükte olmayan 6100 Sayılı Kanun esas alınarak kararın bozulamayacağı, dava tarihinde mevcut olan kısmi dava açma imkanını değerlendirmeyen davacının bunun sonuçlarına katlanması gerektiği ve tedavi giderlerinin miktarı belirli olduğundan belirsiz alacak davası açılamayacak bu halde tespit davası açılmasının da mümkün olmadığı" gerekçeleriyle, davanın reddine ilişkin kararda direnilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, eda davası açma imkanı varken, tespit davası açılıp açılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle, somut olayda uygulanacak mevzuatın belirlenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, usul hukuku alanında geçerli temel ilke; yargılamaya ilişkin kanun hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesidir. Bu ilkenin benimsenmesinin nedeni ise, usul kanunu hükümlerinin kamu düzeni ile yakından ilgili olması, yeni hükümlerin daima eskisinden daha iyi ve amaca en uygun olduğu fikri ile kanun koyucunun, fertlere ait olan hakların yeni usul hükümleri ile daha önce yürürlükte olan kanundan daha iyi ve daha adil bir şekilde korunacağına ilişkin inancıdır.

Usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasında, derhal uygulanırlık kuralı ile birlikte dikkate alınması gereken diğer bir husus da, yeni usul kuralı yürürlüğe girdiğinde, ilgili "usul işleminin tamamlanıp tamamlanmadığı"dır.

Hemen belirtilmelidir ki, dava; dava dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayan ve bir kararla (hükümle) sonuçlanıncaya kadar devam eden, çeşitli usul işlemlerinden ve aşamalarından oluşmaktadır. Yargılama sırasındaki her usul işlemi, ayrı ayrı ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.Bir davayı bütün olarak değerlendirip, bu konuda yeni kanunun etkili olup olmayacağı söylenemez. Yargılama sırasında yapılan bir usul işlemi ve kesiti tamamlanmış ise, artık yeni kanun o usul işlemi hakkında etkili olmayacak, dolayısıyla da uygulanmayacaktır.

Eğer bir usul işlemi, yargılama sırasında yapılmaya başlanıp, tamamlandıktan sonra, yeni bir usul kuralı yürürlüğe girerse, söz konusu işlem geçerliliğini korur.Başka bir deyişle, tamamlanmış usul işlemleri, yeni yürürlüğe giren usul hükmünden (veya kanunundan) etkilenmez. Buna karşın, bir usul işlemine başlanmamış veya başlanmış olup da henüz tamamlanmamış ise, yeni usul hükmü (veya kanunu) hemen yürürlüğe gireceğinden etkilenir. Çünkü, usule ilişkin kanunlar –aksine bir kural benimsenmediği takdirde- genel olarak hemen etkili olup, uygulanırlar (Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt:I-II, 6. Bası, İstanbul 1997, sahife: 73-78; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011, sahife: 61-66; YİBK.'nun 08.07.1942 gün ve E.13, K.19; Hukuk Genel Kurulu'nun 23.09.1964 gün ve E.7/1139, K.575; 09.03.1988 gün ve E.860, K.232; 23.11.1988 gün ve E.1988/1-825, K.1988/964; 22.02.2012 gün ve e.2011/2-723, K.2012/87 sayılı ilamları)

Bir işlem tamamlanmış ise, artık bu işlem bozulamaz; aksini düşünmek gereksiz yere bu işlemin bozularak tekrarlanması gibi zaman ve emek kaybına neden olacaktır. (Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:age.s.62, 63)

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nın "Zaman Bakımından Uygulanma" başlığını taşıyan 448/1.maddesi de yapılan açıklama ve ilkelere uygun olarak;

"(1) Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır."

Hükmünü içermektedir.

Bu madde hükmüne göre, kanunda aksine bir düzenleme getirilmediği

takdirde, yeni usul hükümlerinin tamamlanmış usul işlemlerine bir etkisi olmayacak, önceki kanuna göre yapılmış ve tamamlanmış olan işlemler geçerliliğini koruyacaktır.Buna karşın, tamamlanmış usul işlemleri yeni kanun hükümlerine göre yapılacaktır.

Aynı hususlar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2011 gün ve 2011/19-735 E., 2012/93 K. ile 22.02.2012 gün ve 2011/2-733 E., 2012/87 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda uyuşmazlığın çözümünde, somut olay yönünden; dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ve gerekli harçların yatırılması ile tamamlanan dava açılması işleminde, diğer bir ifade ile davanın açıldığı 19.08.2009 tarihinde yürürlükte bulunan mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Buna göre, 6100 sayılı HMK. ile hukukumuza giren belirsiz alacak davasına ilişkin hükümlerin, somut uyuşmazlıkta uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için bu aşamada mülga 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönem yönünden davada menfaat (hukuki yarar) kavramı hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Medeni Usul Hukuku'nda, davacının mahkemeden hukuksal korunma istemi ile bir dava açılabilmesi için, bu davayı açmakta veya hukuki korunma istemekte haklı bir yararının bulunması gerekir.

Öte yandan, bu hukuksal yararın, "hukuki ve meşru", "doğrudan ve kişisel", "doğmuş ve güncel" olması gerekir.

Mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, öğreti ve yargısal kararlarda, hukuki yarar, "dava şartı" olarak kabul edilmiştir. Bu şart, "dava konusuna ilişkin genel dava şartlarından biri" olup, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için varlığı gerekli olduğundan "olumlu dava şartları" arasında sayılmaktadır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1982 gün ve 1982/7-1874 E., 1982/914 K.; 05.06.1996 gün ve 1996/18-337 E. 1996/542 K.; 10.11.1999 gün ve 1999/1-937 E. 1999/946 K. ile 25.05.2011 gün ve 2011/11-186 E. 2011/352 K. sayılı kararları)

Dava açmakta hukuki yarar olduğunun kabulü için; hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada halen mevcut bulunmalıdır. Ayrıca,

açılacak davanın ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte olması gerekir.Bir kimsenin, hakkına ulaşmak için, mahkeme kararının o an için gerekli olması durumunda hukuki yararın olduğundan sözedilebilir. Bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa hukuki yarardan söz edilemez. (Pekcanıtez H., Atalay, O./Özekes, age. S.297)

Belirtilmelidir ki, mahkemeden istedikleri hukuki korunmaya göre davalar eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar olarak ayrılmaktadır.

Eda davalarında; bir şeyin yaratılması istenir.İnşai (yenilik doğurucu) davanın kabulü ile yeni bir hukuki durum yaratılır ve hukuksal sonuç genellikle bir yargı kararı ile doğar.

Tespit davasında ise sadece tespit hükmü verilebilir.Tespit davasında verilen karar ile hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu kesin olarak tespit edilir, diğer bir anlatım ile davalının varlığını inkar ettiği ilişkinin var olduğu veya yokluğunu inkar ettiği hukuki ilişkinin yok olduğu hükme bağlanır.

Bir tespit davasının kabule şayan olabilmesi için, bu davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının menfaatinin (hukuki yararının) bulunması gerekir.

Tespit davasında; eda davasından ve inşai davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz.Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın, ancak tespit davası ile giderilebileceğini kanıtlamalıdır.Çünkü tespit davası, hukuki bir durum ya da hak henüz inkar ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabildiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır.

İşte davacının hukuki ilişkinin derhal tespitinde menfaatinin (hukuki yararının) varlığı için öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) ve ciddi bir tehditle karşı karşıya olması gerekir.Bu tehdit çoğunlukla davalının davranışları ile ortaya çıkar.Bu tehdidin davacı için bir tehlike oluşturabilmesi, bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumunun tereddüt içinde olmasına ve bu hususun, davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmasına bağlıdır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.02.2012 gün ve 2011/10-642 E., 2012/38 K. sayılı kararı)

Bu doğrultuda, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki

durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Davacının tespit davası ile istediği hukuki koruma diğer dava çeşitlerinden birisi ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur. Bu şartların bulunmaması halinde tespit davası dinlenmez, davanın usulden (dava şartı yokluğundan) reddi gerekir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.05.2013 gün ve 2013/22-561 E., 2013/733 K. ile 12.06.2013 gün ve 2013/8-1013 E., 2013/816 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında belirtilmelidir ki, somut olayda karar tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK uyarınca, Kanunda istisnai olarak belirtilen haller dışında ancak, henüz şartları tamam olmadığı için açılamayan eda davası için ilerde hukuki ilişkinin belirlenmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere ve bu hukuki amaçla tespit davası açılabilir.

Dava dilekçesinde, davacının yoğun bakım durumunun ve süresinin tespiti ile bu dönemdeki sağlık harcamalarının Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) doğrultusunda davalı Kurum tarafından ödenmesi gerektiğinin tespiti istenmektedir. Davacı eda davası açmış olsa idi, eda davası sonunda verilecek hükmün tespite ilişkin bölümü ile bu dava sonucunda verilecek tespit hükmünün aynı olacağı, kesin hüküm etkisi bakımından da hiçbir fark bulunmayacağı açık olup, dava dilekçesindeki istem sonucunun, açılacak eda davası ile elde edilmesi mümkün olduğundan, davacının bu tespit davasını açmada hukuki yararı bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından davanın muarazanın men'I niteliğinde olduğu ve bu nedenle davacının hukuki yararı bulunduğundan bahisle, davanın niteliğinin tespitine ilişkin bu değişik gerekçe ile direnme kararının bozulması gerektiği belirtilmiş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Sonuç olarak, davacının, faturaya konu edilmiş, miktarı belirli sağlık harcamasının Kurumca karşılanması istemiyle eda davası açma olanağı varken, tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığının kabulü gerekir.

O halde, yerel mahkemece davacının tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair kararda direnilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu nedenle, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3.fıkrası uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25.12.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Taraflar arasındaki davanın konusu; "….Davacının özel hastanedeki acil-yoğun bakım ünitesinde 19.11.2008-17.12.2008 tarihleri arasındaki tedavi giderlerinin sağlık güvencesini sağlayan SGK (Devredilen Bağ-Kur) tarafından karşılanması gerektiğinin tespiti" ne yönelik olup; bu giderler için Kuruma yaptığı başvurudan herhangi bir sonuç alamayınca davacının iş bu davayı açtığı,

Mahkemece tesbit davası olarak görülen dava ile ilgili olarak; "…eda davası açmak mümkün iken tesbit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığından davanın reddine karar vermek gerekmiştir…" gerekçesiyle, davanın reddine karar verildiği,

Davacı temyizi üzerine mahkeme hükmünün 10. Hukuk Dairesinin 21.02.2012 günlü kararıyla; "….Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta iken 17.11.2008 tarihinde beyin kanaması tanısıyla Düzce Özel Sivrikaya Hastanesinde tedaviye alınan ancak yakınlarının isteği üzerine anılan özel hastaneye ait ambulansla doktor ve hemşire nezaretinde aynı gün Sosyal Güvenlik Kurumu ile anlaşması bulunmayan Şişli Florence Nightıngale Hastanesine sevkedilen ve durumunun ağırlaşması üzerine 19.11.2008-17.12.2008 tarihleri arasında yoğun bakım ünitesinde tedavi edildikten sonra, 17.12.2008 tarihinde Kurumla anlaşması bulunan Özel Balat Hastanesine sevkedilen davacı, anılan hastanede yapılan tedavi giderlerinin Kurumca karşılanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiş olmasına göre, uyuşmazlık, böyle bir tespit davasının açılıp açılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlük başlıklı 451.maddesinde "Bu Kanun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girer." Zaman bakımından uygulama başlıklı 448.maddesinde "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır." Hükmünü öngörmekte olup, eldeki dava temyiz aşamasında bulunduğundan 6100 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasında yasal zorunluluk vardır. Bu kural, hakların himayesi bakımından daha lehe hükümlerin öngörüldüğünün kabul edilmesi gereken yeni usul hükümlerinin devam etmekte olan davalar bakımından da hemen uygulanmaya başlanması düşüncesine dayanır.

6100 sayılı Kanun, kısmi davaya ilişkin genel hüküm olan 109.madde yanında, kısmi davanın bir türü olarak belirsiz alacak davası müessesesini ihdas etmiştir. Belirsiz ancak ve tespit davası başlıklı 107.madede "davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Ayrıca, kısmi eda davası-

nın açılabildiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." Hükmü öngörülmüştür.

Açıklanan yasal düzenlemelerin ışığı altında somut olaya baktığımızda, Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta olan davacının Genel Sağlık Sigortası kapsamında bulunduğu çekişmesiz olup, tedavinin özel sağlık kuruluşunda yapılması nedeniyle Kurum, tedavi giderlerinin aciliyet durumuna göre bir bölümünü ödemek durumundadır. Kurumca ödenecek miktar 107.madde kapsamında tam ve kesin olarak belirlenebilir nitelikte değildir. Bu nedenle kısmi davaya konu edilebilir ve 107/3 madde kapsamında tespit davası da açılabilir.

Mahkemece, yapılacak iş, işin esasına girilerek hastalık ve tedavinin niteliğine göre aciliyet ve hayati tehlike durumu incelenerek belirlenecek miktar üzerinden Kurumun sorumluluğuna karar vermekten ibaret olup, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." Gerekçesiyle oy çokluğu ile bozulduğu,

Daire kararına muhalif üyeler ise karşı görüşlerini; "….Tespit davaları, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Bu davaların işlevi, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespiti olup, bundan öteye gitmez.Henüz şartları ouşmadığı için açılamayan eda davası için ilerideki hukuki ilişkinin belli edilmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir.

Tespit davasının dinlenebilmesi için diğer genel dava şartlarından başka, iki ek şartın daha bulunması gerekir; Tespit davasının konusu yalnız hak ve hukuki ilişkiler olabilir; davacının bu hak veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının hemen tespit edilmesinde (güncel bir) hukuki yararı bulunmalıdır.Bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu, tespit davası açılabilmesi için yalnız başına yeterli değildir. Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması ise üç şartın birlikte varlığına bağlıdır;

Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu hususun davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunması; yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Davacının tespit davası ile istediği hukuki koruma diğer dava çeşitlerinden birisi ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur.Bu şartların bulunmaması halinde tespit davası dinlenmez, davanın usulden (dava şartı yokluğundan) reddi gerekir.

6100 sayılı HMK açısından değerlendirme yapılması halinde ise, açılacak davanın miktarı biliniyor ya da tespit edilebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılamaz. Talep sonucunun belirlenememesi iki halde mümkündür: Dava açarken talep sonucunun belirlenmesi imkansızdır; davacının dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Ancak m.107/3'de bu konuda bir istisna getirilmiştir.Böylelikle dava açarken talep sonucunu belirleyemeyen davacı dilerse belirsiz alacak davası açabilecek, dilerse kısmi dava ile birlikte alacağın geri kalan kısmının tespitini isteyebilecek ve yine dilerse alacağın tümünün belirlenebilmesi için bir tespit davası açabilecektir.

Davada istem, özel bir Hastanedeki acil-yoğun bakım ünitesindeki tedavi giderlerinin SGK sağlık güvencesiyle karşılanması gerektiğinin tespiti şeklinde özetlenmiş-

tir.05.05.2010 günlü dilekçede ise, tıbbi bir kurul tarafından yapılacak inceleme ile davacının yoğun bakım durumunun ve süresinin tespiti ile bu dönemdeki sağlık harcamalarının SUT doğrultusunda davalı Kurum tarafından ödenmesi gerektiğinin tespiti istemi dile getirilmektedir.

6100 sayılı HMK hükümleri uyarınca da icrai etkisi bulunmayan ve hukuki ilişkiyi belirlemeye yarayan tespit davasının, somut uyuşmazlıkta gözetildiğinde, açılmasında hukuki yarar bulunduğunun kabulü, etkin hukuki koruma yada hak arama özgürlüğü kavramları ile de açıklanamaz.

Tespit davasına konu bulunan sağlık harcaması faturası 129.665 TL.bedel içermektedir. Davacının, (Bağ-Kur kapsamında) genel sağlık sigortasından, Kanun, Yönetmelik ve SUT hükümleri doğrultusunda yararlanmakta olduğu yönünde bir çekişme bulunmamaktadır.Bedelin bilinemezliğinden de söz edilemez.

Bu davanın incelenmesi halinde, eda davaları ile tespit davaları arasında elde edilecek hukuki koruma açısından bir fark kalmayacaktır.Bununda ötesinde, maktu harç ödenerek eda kararı etkisine sahip ilamların elde edilmesi sonucu doğacaktır.

Yerel mahkemenin bu gerekçelerle dayalı kararının onanması gerektiği görüşü ile sayın çoğunluğun bozma kararına katılamıyoruz." Şeklinde belirttikleri,

Bozma sonrası Mahkemece, karşı oy gerekçeleri de gösterilmek suretiyle önceki kararda direnildiği anlaşılmaktadır.

Davacı mevcut rahatsızlığı sebebiyle Şişli Florence Nightingale Hastanesi bünyesinde aldığı tedavi gideri Kurumdan sağlık güvencesi bulunmasına rağmen karşılanmadığı için ve de anılan sağlık kuruluşunun verdiği bu sağlık hizmeti bedelini icra yoluyla doğrudan davacının kendisinden almaya çalışması üzerine iş bu davayı açtığı tartışmasızdır.

Bu durumda davacı ile sağlık güvencesini sağlayan SGK (Devredilen Bağ-Kur) arasında Davacının özel hastanedeki acil-yoğun bakım ünitesinde 19.11.2008- 17.12.2008 tarihleri arasındaki tedavi giderlerinin karşılanması noktasında muaraza çıktığı bir gerçektir.Davacı da işte tam bu noktada uyuşmazlık konusu davayı açmış bulunmaktadır.

Davacı davayı açarken, özel hastanedeki acil-yoğun bakım ünitesinde 19.11.2008 – 17.12.2008 tarihleri arasındaki tedavi giderlerinin sağlık güvencesini sağlayan SGK (Devredilen Bağ-Kur) tarafından karşılanması gerektiği hususun tespiti suretiyle, SGK (Devredilen Bağ-Kur) ile aralarında çıkan muarazanın men'ine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacının 19.11.2008 – 17.12.2008 tarihleri arasındaki tedavi giderlerinin sağlık güvencesini sağlayan SGK (Devredilen Bağ-Kur) tarafından karşılanması gerektiğinin tespitini istemekte, SGK (Devredilen Bağ-Kur) ile aralarında çıkan muarazanın men'ini istemede hukuki yararı vardı.

Mahkemece işin esasına girilip, taraf delilleri toplanarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir.Davanın yazılı şekilde tespit davası açılamayacağı gerekçesiyle davanın reddi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın farklı gerekçeyle bozulması gerektiği kanaatiyle sayın çoğunluğun onama kararına katılamıyorum.

Ç.Ş.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

İHTİYATİ TEDBİRİN AMACI
•
TAŞINMAZIN TAPU KAYDINA AYARA DEVİR VE TEMLİKİNİ ÖNLEYİCİ TEDBİR KONULMASI
•
İHTİYATİ TEDBİRİN TEMİNAT KARŞILIĞI KONULMASI

ÖZET: Doğaldır ki, davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra otaya çıkacaktır. Ancak, davaya konu taşınmaz payının başkalarına devri durumunda mahkemece verilecek hükmün infaz kabiliyetinin de ortadan kalkabileceği de açıktır. Bu durum ileride telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkarabilecektir.

Öyleyse yerel mahkemece gerektiğinde davalının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekli iken, reddine ilişkin olarak verilen kararının doğru ve yasal olduğu söylenemez.

Y.1. HD. E: 2012/6976 K: 2012/6023 T: 24.05.2012

Davacı vekili, müvekkillerinden M.'ye ait iken inanç sözleşmesi gereğince teminat olarak davalıya tapudan devredilen konutun, inanç sözleşmesi gereğince yüklendikleri borç ödendiğinden, davalı adına olan kaydının iptali ile müvekkilleri adına tesciline; ayrıca ileride telafisi güç veya imkansız durumların yaşanmaması için taşınmazın başkalarına devir ve temlikinin önlenmesi için ihtiyati tedbire karar verilmesini; olmadığı takdirde tapuya "davalıdır" şerhi konulmasını talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, 04.01.2011 tarihinde verilen tensip kararı ile "taşınmaz yönünden tedbir talebinin reddine, tapu iptali ve tescil davası açıldığının tapu kaydına bilgi olarak yazılmasına" şeklinde karar verilmiştir.

Davacı vekilince yargılama aşamalarında yinelenen tedbir talepleri üzerine, mahkemece verilen 18.04.2012 tarihli ara kararı ile "Davacılar

vekilinin 04.04.2012 tarihli dilekçesi ile talep ettiği Kadıköy S. Mahallesi Eski ...., yeni .... ada .... parselde kat irtifaklı D Blok 14. Kat 28 numaralı bağımsız bölümün davalı H.Y. adına olan tapu kaydı üzerine ihtiyati tedbir şerhi konulmasını talep etmiş ise de dosyanın incelenmesinde, davacının ileri sürdüğü Kadıköy 4.İcra Müdürlüğünün 2011/20123 E. Sayılı takip dosyasında alacaklının davanın tarafı olmayan üçüncü kişi olduğu ve ihtiyati tedbirin dosyanın taraflarının haklarını kısıtlayıp üçüncü şahıslar yönünden bağlayıcı olmayacağından ihtiyati tedbir şerhi konulması talebinin reddine" karar verilmiş ve bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 1086 sayılı HUMK'un iptal eden 6100 sayılı HMK'nın da 1086 Sayılı Yasa'nın 101 ve takip eden maddelerindeki ihtiyati tedbirle ilgili öngörülen düzenlemelerden ayrılacak değişik hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan bir tanesi ihtiyati tedbir isteğinin reddine dair verilen veya itiraz üzerine verilen karara karşı kanun yolunun açılmış olması, öncelikle incelenip, kesin olarak karara bağlanmasıdır. (6100 sayılı HMK.391/3.md.)

Bilindiği ve öğretide de kabul edildiği üzere ihtiyati tedbir "...kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır" şeklinde tariff edilmiştir. (Prof. Dr. Hakan Pekcantez, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku 12.Baskı Sh. 714) Anılan tariften de anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbir diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibariyle geçici bir hukuki korumadır.

Nitekim 6100 sayılı HMK'nın 10. kısmının birinci bölümünde düzenlenen ihtiyati tedbir müessesesi 389. madde başlığında "geçici hukuki korumalar" olarak vasıflandırılmış ve aynı maddenin birinci fıkrasında "mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir" şeklinde şartları belirtildikten sonra takip eden maddelerde bu konudaki talep verilecek karar ve içereceği hususlar, teminat, kararın uygulanması.... Gibi sair hususlar da duraksamaya yer bırakmayacak şekilde takip edilmesi ve yapılması gerekli usul ve prosodür vazedilmiştir.

Anılan yasal düzenlemeler ışığında somut olaya bakıldığında; davacılar vekili dava dilekçesinde davalı üzerindeki kaydın inançlı işlemle oluştuğunu ve aslında davaya konu payın müvekkillerine ait olduğu iddia ede-

rek taşınmazın tapuda kayıtlı olduğu il, ilçe, ada, parsel sokak adı gibi belirgin tüm hususiyetlerini bildirerek, davalının yargılama sırasında taşınmazın üçüncü kişilere satılması, devir veya temlikinin önlenmesi bakımından tedbir kararı konulması isteğini açıklamıştır.

O halde, isteğin taşınmazın sicil kaydına ahara devrinin önlenmesi yönünden davalı olduğu bildirilerek el değiştirmesinin önlenmesi bakımından geçici hukuki koruma niteliğindeki ihtiyati tedbir kararı konulmasından ibaret olduğu sabittir.

Diğer taraftan, ihtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından HMK'nın 390/3. Maddesi hükmünde ihtiyati tedbir isteyenin haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, Yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda "….hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimalde olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez…. Bu sebepledir ki haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması…" hükme bağlanmıştır.

Dosya kapsamına göre, Kadıköy 4.İcra Müdürlüğünün 2011/20123 E. sayılı takip dosyasında davalı aleyhine kambiyo senetlerine mahsus yolla ve haciz talebi ile icra takibi başlatıldığı, takip sonunda davaya konu taşınmazın satışının söz konusu olabileceği ve bu durumun davacının açtığı davayı akim bırakabileceği anlaşılmaktadır.Burada taşınmaz üzerine HMK'nın 397/2.maddesi gereğince bu dosya üzerine konulan "davalıdır" şerhinin taşınmazın devir ve temlikini önleyici bir fonksiyonunun da olmayacağı açıktır.

Doğaldır ki, davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra otaya çıkacaktır.Ancak, davaya konu taşınmaz payının başkalarına devri durumunda mahkemece verilecek hükmün infaz kabiliyetinin de ortadan kalkabileceği de açıktır.Bu durum ileride telafisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkarabilecektir.

Öyleyse yerel mahkemece gerektiğinde davalının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekli iken, reddine ilişkin olarak verilen kararının doğru ve yasal olduğu söylenemez.

Hal böyle olunca, davacının temyiz talebi yerindedir. Kabulü ile yerel mahkemenin kararının (6100 Sayılı Yasa'nın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 24.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

SOYBAĞININ VE BABALIĞIN TESPİTİ
•
KAYYIM TAYİNİ

ÖZET: Soybağının tespiti ve babalığın tespitine ilişkin davada küçüğe kayyım atanması zorunludur.

Daha önce açılmış olan davada seçilen kayyımın yeni davada da küçüğü temsil edeceği düşünülemez.

Y. 2. HD. E: 2010/7346 K: 2011/10593 T: 15.06.2011

Dava, soybağının reddi (TMK.md.286) ile babalığın tespitine ilişkin (TMK.md.301) olup, daha önce açılan soybağının reddi davasında atanan kayyım tarafından küçük N.S.adına açılmıştır. Bu bakımdan küçüğe vesayet makamınca yeniden kayyım atanması zorunludur. 06.08.2007 tarihli 2007/279-994 sayılı kararla atanan kayyım, 2006/550 esas sayılı soybağının reddi davasında küçüğü temsil etmek üzere atanmış olup, saybağının reddi davasının neticelendirilmediği bir işte küçüğü temsil etmesi mümkün bulunmamaktadır. O halde, bu davada küçüğü temsil etmek, hak ve menfaatlerini korumak amacıyla yetkili vesayet makamınca yeniden küçüğe kayyım tayin ettirilmesinin sağlanması ve kayyımın davaya katılımı ve böylece taraf teşkili sağlanarak, davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken; usulünce taraf teşkili sağlanmadan hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 15.06.2011

İPOTEĞİN KALDIRILMASI
•
NİSBİ HARÇ

ÖZET: Aile konutu şerhiyle tapu kaydındaki ipoteğin kaldırılması talep edilmiş olup, ipoteğin kaldırılması talebi nisbi harca tabidir.

Y. 2. HD. E: 2011/12878 K.2011/13742 T.21.09.2011

Davacı, açılan davada aile konutu şerhi konulması isteği yanında aile konutu üzerinde davalı şirket lehine tesis edilen ipoteğin kaldırılmasını da talep etmiştir. Bu istek nisbi harca tabidir. İpotek değeri üzerinden nispi peşin harç noksanlığının Harçlar Kanunun'un 30-32. maddeleri gereğince tamamlattırılması harcın tamamlanması halinde işin esasının incelenmesi, aksi takdirde Harçlar Kanunun'un 30. maddesinde gösterilen usul çerçevesinde hareket edilmesi gerekirken harç noksanlığı giderilmeden işin esasının incelenmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 825.00 TL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalılardan E. A.Ş.'ye verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUK
•
ANA VE BABANIN EVLENMESİ

ÖZET: Evlilik dışında doğan çocuk anne ve babanın evlenmesiyle kendiliğinden evlilikte doğan çocuk haline gelir.

Bu duruma itiraz edilmesi için açılan davada küçüğe kayyım tayin edilmelidir.

Y. 2. HD. E: 2012/12444 K: 2012/16618 T: 18.06.2012

Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbirleriyle evlenmesi halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabidir. (TMK.md. 292) Küçük Şeyma tarafların evlenmesinden önce evlilik dışı doğum nedeniyle davalı annenin nüfusuna kayıt edilmiş, tarafların evlenmesiyle ve birlikte bildirimde bulunulması üzerine davacının nüfusuna kayıt edilmiştir.Dava bu haliyle soybağının reddi değil, sonradan evlenmeyle kurulan soybağına itiraz niteliğindedir.

Davada yasal temsilci olan ana ile çocuk arasında menfaat çatışması vardır. (TMK.md. 426/2) 1996 doğumlu küçük Şeyma'ya kayyım tayin ettirilerek, davaya katılımının sağlanması, gösterdiği takdirde delillerinin toplanıp hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre diğer temyiz itirazının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle 18.06.2012 tarihinde karar verildi.

BABALIK DAVASI • KAYYIM TAYİNİ
•
DAVANIN İHBARI

ÖZET: Babalık davasında küçüğe kayyım atanmalıdır. Anne tarafından açılan davanın Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye ihbarı gerekir. Kayyımın açtığı davanın ise anneye ihbarı gerekir.

Y. 2. HD. E: 2011/8027 K: 2012/19197 T: 09.07.2012

1-Babalık davası anne tarafından açıldığında anne ile küçüğün menfaati çatıştığından Türk Medeni Kanunu'nun 426/2. maddesi gereğince çocuğun yararının korunması ve davada temsili için vesayet makamınca kayyım atanır. Mahkemece 18.11.2009 günlü tensip kararında küçüğe kayyım tayini için sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulmasına karar verilmiş ancak bu karar yerine getirilmemiştir.

Küçük N.D.'ye kayyım tayin edilmesi, kayyımın davaya dahil edilmesi ve gösterdiği takdirde delillerinin toplanıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan yargılamaya devam edilmesi bozmayı gerektirmiştir.

2-Kabule göre de; Türk Medeni Kanunu'nun 301/3.maddesi uyarınca davanın Cumhuriyet Savcısı'na ve Hazineye ihbar edilmemesi de doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 1.bentte gösterilen sebeple **(BOZULMASINA)** bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının ise şimdilik incelenmesine yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 09.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

DAVADA TARAF • MADDİ HATA
•
İNTERNET ABONESİ • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Maddi bir hatadan doğan ve dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği kabul edilecektir.

İnternet hizmeti veren şirket ile bu hizmetten yararlanan kişi arasında abonelik sözleşmesi bulunuyorsa, ücrete ilişkin davaya, Tüketici Mahkemesinde bakılacaktır.*

Y. 3. HD. E: 2013/12483 K: 2013/15496 T: 07.11.2013

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı tarafça davacı aleyhine internet ve telefon hizmeti abone sözleşmesi bulunduğu iddiasıyla ödenmeyen faturalara dayalı olarak icra takibine girişti̇ğini, davacı tarafından takibe itiraz edilmiş ise de itirazın süresinde yapılmadığı gerekçesiyle davacının evine hacze gelindiğini, davacının haciz işlemini durdurmak için ihtirazi kayıtla ve istirdat haklarını saklı tutarak dosya borcunu icra dosyasına depo ettiğini, takibe dayanak yapılan abonelik sözleşmesindeki imzanın davacıya ait olmadığını, sahte olduğunu, müvekkilinin böyle bir hizmet almadığını, borcunun bulunmadığını ileri sürerek Antalya 7. İcra Müdürlüğü'nün 2011/8381 Esas sayılı dosyasında takibe konu edilen alacaktan ötürü davacının borçlu olmadığının tespiti, haksız tahsil edilen paranın istirdadı ve sahte imza ile tanzim edilen sözleşmenin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı T. T. A.Ş. vekili cevap dilekçesinde; dava konusu takip alacaklısının müvekkili şirket olmadığını, takip dayanağı ADSL aboneliği sözleşmesinin tarafının müvekkili şirket olmadığını, 7 İcra Müdürlüğünün 2011/8381 Esas sayılı dosyasında internet aboneliğinin ve takip alacaklısının T. A.Ş. olduğunun söz konusu şirketin farklı olduğunu bildirmiştir.

---

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

T. A.Ş. vekili cevap dilekçesinde HMK.124. maddesi uyarınca taraf değişikliğinin kabul edilemeyeceğini dava (....) görevsizlik kararı verilmesini, ayrıca davanın esastan da reddini istemiştir.

Mahkemece, her ne kadar davacı tarafından T.T. A.Ş.'ye karşı dava açmış ise de HMK 124.maddesi kapsamı içerisinde düzeltme dilekçesi verildiği, söz konusu maddede maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebinin hakim tarafından kabul edilebileceğinin belirtildiği, davacının internet hizmet sağlayıcının T.T.Ş. olduğunu sanmasının mümkün olduğu, taraf değişikliğinin dürüstlük kuralına aykırı olmadığı belirtilerek taraf değişikliğini kabul edilmiş, davacının hizmet alıp almadığının ve bundan ötürü borçlu olup olmadığının tespitinin mahkemenin görevine girmediği, davaya bakma görevinin Tüketici Mahkemesine ait olduğu belirtilerek davanın görev nedeniyle usulden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz yolu ile Dairemizin önüne gelen uyuşmazlık, Mahkeme'nin görevi noktasında olup, taraflar arasındaki ilişkinin hukuksal niteliğinin ne olduğu, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesi'nde mi, yoksa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre Tüketici Mahkemesinde mi bakılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Görülmekte olan davada davacı, takibe dayanak yapılan abone sözleşmesindeki imzanın kendisine ait olmadığını, imzanın sahte olduğunu, davalıdan böyle bir hizmet almadığını, sahte imza ile düzenlenmiş hizmet ve abonelik sözleşmesi nedeniyle borçlu olmadığının tespitini talep etmiştir.

4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir. Yasa'nın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde, yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. 4077 sayılı Yasanın 23.maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür.

Somut olayda, taraflar arasında abonelik sözleşmesinin bulunması halinde uyuşmazlık niteliği itibariyle Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kalacağından, davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Ancak, mahkemece, taraflar arasında abonelik sözleşmesinin kurulup kurulmadığı yönünde araştırma yapılmadan davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir, gerekçesiyle davanın reddi cihetine gidilmiştir.

Mahkemece, abonelik sözleşmesinin aslı ve ekleri dosyaya celp edilerek, sözleşmedeki imzanın aidiyeti hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak, imzanın davacıya ait olması durumunda şimdiki gibi görevsizlik kararı verilmesi, imza davacıya ait değil ise işin esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, belirtilen konularda araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme sonucu karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 07.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

İŞGÜCÜ KAYBININ TESPİTİ
•
İZLENECEK YOL

ÖZET: Trafik kazasında doğan yaralanmadan dolayı oluşan işgücü kaybı Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ne göre belirlenmelidir.*

Y. 4. HD. E: 2008/13399 K: 2009/8103 T.18.06.2009

Dava, trafik kazası sonucu yararlanmadan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, taraflarca temyiz olunmuştur.

Davacılar, davalının yol açtığı trafik kazası sonucu yaralanmadan dolayı sürekli iş görmez hale geldiklerini belirterek tedavi giderleri ile birlikte iş göremezlik zararlarının da ödetilmesi isteminde bulunmuşlardır. Yerel mahkemece, davacıların iyileşme süreleri dikkate alınarak geçici iş göremezlik zararlarının ödetilmesine karar verilmiştir. Davacılar sürekli iş görmezlik zararlarının da ödetilmesi istediklerine göre Adli Tıp Kurumu Yasası'nın 16/II-c maddesi gereğince, meslekte kazanma gücü kaybı konusunda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle görevli Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'ndan alınacak SSK Sağlık İşlemleri Tüzüğüne uygun raporla davacıların iş göremezlik oranları belirlendikten sonra varılacak sonuca göre zarar kapsamı belirlenmesi gerekir.

Yerel mahkemece, açıklanan yönler gözetilmeyerek yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacılar yararına bozulmasına, bozma nedenine göre davalının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve temyiz eden davacılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 10. ve 17. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

AİLE BAŞKANININ SORUMLULUĞU
•
AİLE MAHKEMESİ

ÖZET: Reşit olmayan çocuğun sebebiyet verdiği kaza sebebiyle ev başkanı babaya karşı açılan tazminat davasına Aile mahkemesinde bakılır.*

Y. 4. HD. E: 2009/9442 K: 2010/5246 T: 03.05.2010

Dava, trafik kazası nedeniyle yaralanmadan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davacı ve davalılardan N.F. tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı; davalılardan M.F.'nin, sürücü belgesiz olarak kullandığı araç ile kendisine çarparak yaralanmasına yol açan ergin olmayan oğul diğer davalı N.F.'nin haksız eyleminden dolayı Medeni Yasa'nın 369. maddesi gereğince, ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulmasını istemiştir.

Yerel Mahkemece, aile başkanı olan davalılardan M.F. hakkındaki istemin bir yıllık zamanaşımına bağlı olduğu gerekçesiyle adı geçen davalı yönünden istemin zamanaşımı nedeniyle reddine, diğer davalılar yönünden ise istemin bir bölümünün kabulüne karar verilmiştir.

4787 sayılı Aile Mahkemesi'nin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Yasa'nın 4/1.maddesi gereğince, 4721 sayılı Medeni Yasa'nın ikinci Kitabı'ndan doğan dava ve işlere aile mahkemesinde bakılır. Somut olayda Medeni Yasa'nın İkinci Kitabı içerisinde yer alan 369. maddenin uygulanması gerektiğinden eldeki davaya aile mahkemesinde bakılması gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre tarafların öteki temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve temyiz eden taraflardan peşin alınan harçların istekleri halinde geri verilmesine 03.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar, Bursa Barosu

DESTEKTEN YOKSUN KALMA
•
KIZ ÇOCUĞUN DESTEK SÜRESİ

ÖZET: Ölenin kız çocukları için yaş ve muhtaçlık sınırının 22 yaş olduğu kabul edilerek destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmalıdır.

Y. 4. HD. E: 2010/12929 K: 2012/863 T: 25.01.2012

Dava, destekleri trafik kazasında hayatını kaybeden davacıların destek tazminatı ve manevi tazminat, aynı kazada yaralanan davacı D.'nin işgöremezlik ve manevi tazminat talebinden ibarettir.Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı A.V. tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya arasında mevcut bilgi ve belgeler incelendiğinde; dava nedeni trafik kazasının bir kısım davacıların desteğinin asli kusuru ile meydana geldiği, desteğin idaresindeki motosiklette yolcu olan destekle akrabalığı olmayan diğer davacı D'.nin yeralandığı, mahkemenin desteğin köyde yaşayan 17 yaşında bekar kızı N. ile 16 yaşında olan ortaokul/lise öğrencisi R.'nin 25 yaşına kadar, 19 yaşındaki bekar oğlu F.'nin 22 yaşına kadar, 21 yaşında olan bekar Z.'nin 25 yaşına kadar ve 29 yaşında olan bekar kızı E.'nin 35 yaşına kadar destek göreceğinin kabul edildiği anlaşılmıştır.

Destekten yoksun kalma tazminatı, ölenin sağ kalan çocuklarının askerlik süreleri ve eğitim durumları gibi bir özel durumları yok ise destek ve muhtaçlık yaş sınırının en geç 22 yaş olduğu kabul edilmeli, 22 yaşından sonrası dönem için destek hesabı yapılmamalıdır. Şu halde mahkemece davacı E. yararına 35 yaşına kadar, diğer davacı kız çocuklar R. , Z. ve N. yararına 25 yaşına kadar destek hesabı yapılması doğru olmamış, kararın bu yönlerden temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA,** diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 25.01.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİŞİLİK HAKLARI
•
İZİNSİZ RESİM KULLANIMI

ÖZET: Verilen haberle, olayla ilgisi bulunmayan davacıların, çete üyesi gibi olarak gösterilmiş olmaları ve fotoğraflarının izinsiz yayınlanması hukuka aykırı olup kişilik haklarına saldırı oluşturur.

Y.4. HD. E.2012/3614 K.2012/14910 T.11.10.2012

Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacılar Bodrum ilçesinde yapılan yat yarışları sırasında, bir yat üzerinde hatıra olarak çektirdikleri fotoğrafın, A. Gazetesinin 26.08.2008 tarihli sayısında birinci sayfada "FBI listesindeki hacker paraları böyle yemiş" başlığıyl verilen ve devamındaki 15.sayfada "vurgun parası hatırası" başlığı altındaki haberde yayınlanarak kendilerinin çete üyesi olarak gösterildiklerini ve böylece kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek manevi tazminat istemişlerdir.

Davalılar ise; dava konusu haberin gerçek ve güncel olduğunu, haberin hukuka uygun olduğunu, davacının kişilik haklarına saldırının söz konusu olmadığını belirterek davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, "….dava konusu haberde, emniyet güçlerince yapılan operasyon hakkında bilgi verildiği, ele alınan konu bakımından haberin yayımlanmasında kamu yararı bulunduğu, haberin ve fotoğrafın kaynağının resmi merciler olduğu, davacıların fotoğrafı yayınlanmış olsa da açık kimlik bilgilerinin yazılmamış olduğu ve davacıların örgüt üyesi olduklarına dair bir bilgiye yer verilmediği…." Gerekçesiyle istem reddedilmiş; karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Dava konusu A Gazetesinin 26.08.2008 tarihli sayısında birinci sayfada "FBI listesindeki hacker paraları böyle yemiş," başlığı altında "Dünyayı dolandıran sanal vurguncular binlerce kişinin hesabından boşalttıkları milyon dolarlarla keyif sürmüş. Liderliğini yaptığı çetenin beyni ise FBI listesinde "en tehlikeli ikinci hacker" olarak yer alan Ercan F. denilerek ve davacıların da bulunduğu fotoğraf kullanılarak haber yapıldığı, fotoğraf etrafındaki yazıda "Yelkenliye benzeyen Dubai Otelinde kalan Hacker'lar böyle poz verdi" denilerek habere devam edildiği, sayfadaki haberin so-

nunda 15 sayfaya atıf yapılarak, 15. Sayfadaki "Vurgun parası hatırası" başlığı altındaki haberde aynı fotoğraf kullanılarak ve fotoğraf altında "Günlüğü 15 bin dolara yat keyfi... Zanlılardan E.F.nin boşalttığı hesaplardan elde ettiği paraları yorgan gibi üzerine örttüğü fotoğraf soruşturma dosyasına eklendi. Bazı zanlıların özellikle Dubai'deki 7 yıldızlı Burj Al Arab Oteli'nde çektirdiği fotoğraflarla günlüğü 15 bin Dolara kiraladıkları yatlarda çekilmiş fotoğrafları ortaya çıktı." Şeklinde habere devam edildiği görülmüştür.

Dosyadaki kanıtlara göre; davacılardan D.B.'nin, bir seyahat ve turizm şirketinin yönetim kurulu başkanı olduğu, diğer davacının da yat kaptanı olduğu, davacıların, yat yarışları sırasında cep telefonu ile hatıra olarak çektirmiş oldukları fotoğrafın, "internet yolu ile bankaları dolandıran bir sanal çetenin yakalanması için yapılan operasyonlarla ilgili yapılan haberde izinsiz olarak kullanıldığı, davacıların yazıda sözü edilen çete ile hiçbir ilgilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan biçimde verilen haberle, olayla ilgisi bulunmayan davacıların, çete üyesi gibi olarak gösterilmiş olmaları, onların kişilik hakkına saldırı oluşturur. Gerçekliği kanıtlanamadığından hukuka aykırı olduğu anlaşılan bu yayın nedeniyle davacıların kişilik hakları zarar görmüştür. Kural olarak bir kimsenin fotoğrafının izinsiz yayınlanması da hukuka aykırı olup kişilik haklarına saldırı oluşturur. Bu nedenle davacıların, fotoğraflarının altına ayrıca isimlerinni yazılmamış olmasının sonuca etkisi yoktur.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacılar yararına olaya uygun düşecek bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle istemin tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

İŞGÜCÜ KAYBININ TESPİTİ
•
PMF TABLOSU

ÖZET: Yaralanmadan doğan işgücü kaybını tespit eden rapor Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğüne göre düzenlenmelidir.

Ortalama yaşam süresi PMF yaşam tablosuna göre belirlenmelidir.

Y. 4. HD. E: 2012/7104 K: 2013/6433 T: 08.04.2013

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı Y.G.'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, trafik kazası nedeniyle yaralanmadan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasıdır. Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş, karar davalılardan Y.G. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı sürücü Y.G.'in kusurlu olarak davacıya çarpıp yaralanmasına neden olduğunu beyanla maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

a) Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; mahkemece Trabzon Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'ndan alınan maluliyet oranını gösterir raporu esas alınarak istemin bir bölümünün kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, söz konusu rapordaki maluliyet oranının Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğüne uygun düzenlenmediği görülmektedir.

Yine; destekten yoksunluk tazminatı hesap raporu ise CSO 1980 muhtemel yaşam tablosu esas alınarak düzenlenmiştir.

Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre maluliyet oranının, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğüne göre, yaşam sürelerinin de, PMF yaşam tablosuna göre hesaplanması gerekmektedir.

Şu durumda mahkemece, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğüne göre yaşı ve meslek grubu gözetilerek, Adli Tıp Kurumu veya üniversitelerin ilgili bölümlerinden alınacak maluliyet oranını gösterir rapor ve PMF yaşam tablosuna göre hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatı

raporu alınarak sonucuna göre ve bir karar vermek gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi isabetli olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

b) Ayrıca, dosya kapsamından, davacı M.'in maluliyetinin kaza sırasında başına aldığı darbeden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Motorsiklet kaskı, oluşabilecek kaza ve darbelerde zararı en aza indirmek ve engellemek için kullanılması zorunlu bir aksesuar olup kaza sırasında davacının kask takmaması müterafik (Birlikte) kusur oluşturacaktır. Bu nedenle, mahkemece olay anında davacının kask takarak kendi can güvenliği için gereken önlemi alıp almadığının araştırılması, takmamış ise hesaplanacak tazminattan olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu 44. madde uyarınca uygun bir hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru bulunmamış ve kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2 a-b) nolu bentlerde gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA,** davalının diğer temyiz itirazlarının ilk bentte gösterilen nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 08.04.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN İLGİLİSİNE TEBLİĞ EDİLMESİ ŞARTI

ÖZET: Kamulaştırma bedelinin artırılması davasında hak düşürücü süre tebligatla başlar.

Y. 5. HD. E: 2013/20235 K: 2014/4703 T: 25.02.2014

Dava, kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Kamulaştırma işlemi davacılar murisi S.Y.S. adına 05.07.1975 tarihinde muhtara tebliğ edilmiştir. 7201 sayılı Tebligat Yasası'nın 20,21 ve Tüzüğün 28. maddelerine uygun bir tebligat olmadığı ve kamulaştırma işlemleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 25. maddesi gereğince mal sahibi için 13. madde uyarınca yapılan tebligatla başlayacağından işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken, hak düşürücü süre nedeniyle davanın reddine karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 25.02.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA

ÖZET: Taşınmazın imar kısıtlamasından kaynaklı uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır.

Y. 5. HD. E: 2013/23222 K: 2014/5270 T: 27.02.2014

Kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkin davada mahkemece davanın kabulüne dair karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine Dairemizce onanmış, bu karara karşı davalı idare vekilince karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden; dava konusu taşınmazın Ömerli Barajı Mutlak Koruma Alanı olarak ayrılmış olduğu, ancak taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmadığı anlaşılmıştır.

11.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6487 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişiklik ile; "Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır." Hükmü getirilmiştir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 25.09.2013 gün 2013/93 Esas, 2013/101 Karar sayılı ilamında da; "Kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için taşınmazı zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerektiği; imar kısıtlamalarında taşınmazın zilyetliğinin malikte kalmaya devam etmekte olup, yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kaldığı, bu nedenle imar kısıtlamalarından kaynaklanan tazminat davalarının idari yargıda açılabileceği" kabul edilmiş olup,

Davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden, dava dilekçesinin görev yönünden reddi yerine, kabulüne dair hükmün bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla;

Davalı idare vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 04.06.2013 gün ve 2013/9470-11701 sayılı onama kararının kaldırılmasına, hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** davalıdan peşin alınan temyiz ve karar düzeltme harçları ile davacıdan peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 27.02.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

KİRA DAVALARI
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Kira ilişkisinden doğan davalarda Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Y. 6. HD. E: 2013/4054 K: 2013/15230 T: 13.11.2013

Dava, kira alacağı nedeniyle yapılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, HMK'nın 2. maddesi gereği Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, 01.10.2010 tarihli sözleşme ile kiracı olan davalıya kalıp malzemelerinin kiralandığını, kira bedelinin tahsili için cari hesaba dayanılarak başlatılan takibe davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiş, davalı ise davanın reddini savunmuştur. Mahkemece kira sözleşmesinin taşınmaza değil taşınırlara ilişkin olduğu gerekçesiyle HMK 2. maddesine göre Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğu belirtilerek dava dilekçesinin görev sebebiyle reddine karar verilmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 4/1-a maddesine göre "Kiralanan taşınmazların, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda" Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin kurallardan olup, yargılamanın her aşamasında istek üzerine ya da re'sen gözetilmesi gerekir. Taraflar arasındaki davanın kira ilişkisinden kaynaklandığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yukarıda belirtilen hükmün taşınır – taşınmaz ayrımı olmaksızın tüm kira ilişkilerinde uygulanması gerekir. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 13.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA ARTIŞ ORANLARI

ÖZET: Yeni Borçlar Kanunu'nun kira artışına ilişkin düzenlemesi kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle kira artış oranları üretici fiyat endeksi artış oranlarını aşmamalıdır.*

Y. 6. HD. E: 2013/13435 K: 2013/16370 T: 05.12.2013

Davacı dava dilekçesinde, davalının 01.09.2008 tarihli kira sözleşmesi ile müvekkilinin kiracısı olduğunu; Ağustos 2010–Ocak 2013 arası (2012 yılı Ekim ayı hariç) aylara ilişkin toplam 56.100.00 TL kira bedelinin tahsili için icra takibi yaptığını, davalının takibe itiraz ettiğini, itirazın haksız olduğunu belirterek itirazın kaldırılmasına, icra inkar tazminatına ve tahliyeye karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, talebe konu alacağın TÜFE'ye göre hesap edilmediğini belirterek borca itiraz etmiş; yargılama sırasında da itirazını tekrarlamıştır. Taraflar arasında 01.09.2008 tarihli kira sözleşmesine ilişkin uyuşmazlık bulunmamaktadır.Kira sözleşmesinde aylık kira bedeli 1.500.00 TL.olup, kira sözleşmesinin 6.maddesinde kira bedelinin her yıl Türkiye İstatistik Kurumu Tüketici Fiyat Endeksi oranında arttırılacağı kaarlaştırılmıştır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde "Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalarının, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemesi koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır." Hükmü, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinde geçmişe etkili olma başlığı altında "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır." Hükmü, aynı Kanun'un 7. maddesinde ise görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığı altında "Türk

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallar ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçülüğüne ilişkin 138.maddesi, görülmekte olan davalara da uygulanır." Hükmü yer almaktadır.Türk Borçlar Kanununun kira artışına ilişkin 344. maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir. Az yukarıda yazılı olduğu üzere Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunu'nun 2 ve 7. maddesi gözetildiğinde, TBK'nın yürürlüğünden önce serbest irade ile belirlenen sözleşmedeki artış oranı, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. O halde, kira bedeli TBK'nınyürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra, yenilenen 01.09.2012 tarihinden sonraki dönem için, kira artış oranı TBK'nın 344. maddesinde belirlenen artış oranını geçmediği ölçüde sözleşmedeki artış oranına itibar edilerek sonuca gidilmelidir.

Somut olayda sözleşmedeki artış oranının yasal (ÜFE) artış oranını geçtiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece yukarıda açıklanan esas ve ilkeler doğrultusunda 01.09.2012 tarihinde başlayan kira dönemi için kira artışı üretici fiyat endeksindeki (12 aylık ortalama) artış oranına göre belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

3-Davalı vekilinin vekalet ücretine ilişkin temyiz itirazlarına gelince; Yargılama sırasında davalı kendisini vekille temsil ettirmiştir. Davanın kısmen kabulüne karar verildiğine göre reddedilen kısım üzerinden davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken mahkemece vekalet ücreti konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru değildir.

Karar bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenle hükmün tahliyeye ilişkin bölümünün **ONANMASINA,** (2) ve (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca kararın alacağa ve vekalet ücretine ilişkin kısmının oybirliğiyle **BOZULMASINA,** onanan kısım için temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına 05.12.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KİRA BORCU
•
İLERDEKİ AYLARIN KİRA PARALARI
•
MUACCELİYET KOŞULU

ÖZET: Yeni Borçlar Kanunu'nun getirdiği düzenlemeye göre; Sözleşmeye ceza koşulu konulmak suretiyle meskenlerde kira bedeli işlememiş ilerdeki ayların kira alacaklarının muaccel hale getirilmesi mümkün değildir.

Y. 6. HD. E: 2013/15638 K: 2013/16200 T: 02.12.2013

Dava, temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesi ve alacak istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 4.836 TL.kira alacağının tahsili ile davalının tahliyesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı alacaklı, 21.06.2012 tarihinde çektiği temerrüt ihtarnamesi ile sözleşmenin özel şartlar 6.maddesindeki muacceliyet şartına da dayanarak dönem sonuna kadar kira parasını istemiş, 16.08.2012 tarihinde açtığı davada ise, 2012 yılı Haziran ayından kira dönemi sonuna kadar ödenmeyen kira alacaklarının tahsili ile kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı vekili, davacının bir yıllık kira bedeli istemesinin haksız olduğunu, ödenmemiş kira borcu bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlıklı 346. maddesinde; kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin özel şartlar 6.maddesinde herhangi bir ayın kirası ödenmediğinde ihtara gerek kalmaksızın kira döneminin sonuna kadar tüm kira parasının tamamı muaccel olur düzenlemesi bulunuyorsa da 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'nın 346. maddesi gereği meskenlerde muacceliyet koşulu kaldırılmıştır. Davalı borçlu hakkında çekilen ihtarnamede ödenmeyen 2012 yılı Haziran ayı kirası ile muacceliyet koşulu uyarınca dönem sonuna kadar kira paralarının da tahsili istenildiğine göre kira alacağı

bakımından değerlendirmenin dava tarihi itibariyle ödenmemiş muaccel kira alacağı üzerinden yapılması, temerrüt ihtarının da yine muaccel hale gelmiş Haziran ayı üzerinden değerlendirilmesi gerekirken, muacceliyet koşulu gereğince istenen aylar kirasının da değerlendirmeye tabi tutulup bu aylar kirasının tahsili ile davalının tahliyesine karar verilmesi, yeni yasal düzenleme karşısında doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 02.12.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

BİRDEN FAZLA KİRALAYAN
•
PAYDAŞIN HAKLARI

ÖZET: Kira sözleşmesini kiralayan sıfatıyla imzalamış olan paydaş kendi payına isabet eden kira parasını dava ve takip konusu yapabilecektir.

Y. 6. HD. E: 2013/8827 K: 2013/16925 T: 17.12.2013

Dava kira alacağının tahsiline yönelik icra takibine yapılan itirazın kaldırılması ve tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine Dairemizin 18.03.2013 tarih ve 1684/4644 sayılı kararı ile bozulmuş, bozma kararı üzerine davacı vekili süresinde karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

1-Düzeltilmesi istenen Yargıtay ilamıyla bunda atıf yapılan mahkeme kararında yazılı gerekçeler ve dosyada mevcut belgeler karşısında davacının tahliye istemine yönelik karar düzeltme isteği yerinde görülmediği gibi karar düzeltme istemi 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 440.maddesinde yazılı hallerden hiçbirine de uymadığından İİK'nin 366. HUMK'un 442.maddeleri uyarınca **REDDİNE,**

2-Davacının alacağa yönelik karar düzeltme istemine gelince; Kiralanan taşınmaz paylı mülkiyete konu olup, davacının tapudaki payı 3/16'dır. Kira sözleşmesi L….ve müşterekleri ile davalı arasında düzenlenmiştir. Kiralayan konumundaki L…'da kiralananın paydaşlarındandır. Sözleşmeyi davacı L…. ve müşterekleri adına vekil olarak imzalamıştır. Bozma ilamında her ne kadar icra takibinin kiralayan sıfatı bulunmayan ve sözleşmeyi kefil sıfatıyla imzalayan Ş…tarafından yapıldığı davanın da aynı şekilde açıldığı, bu durumda davanın aktif dava ehliyeti yönünden reddi gerektiği belirtilmiş ise de tapu kaydından anlaşıldığı üzere davacının da kiralananda payı bulunduğu bu yönü ile kiralayanlar arasında yer aldığı bölünebilir kira alacağı bakımından davacının aktif dava ehliyetinin bulunduğu, davacının kira parasından kendi payına isabet eden kısmını dava ve takip konusu yapabileceği, bu defaki incelemede anlaşılmıştır. Bu yönüyle davacının alacak yönünden karar düzeltme istemi yerindedir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle davacı vekilinin alacağa ilişkin karar düzeltme isteğinin kabulü ile Dairemizin 18.03.2013 tarih ve 1684/4644 sayılı bozma kararının alacağa ilişkin bölümünün kaldırılarak yerel mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan karar düzeltme harcının karar düzeltme talebinde bulunan davacıya iadesine, 17.12.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KİRA SÜRESİ • KİRACININ BORÇLARI • KİRA PARASINDA FAİZ • YEMİN DELİLİ

ÖZET: Kira süresi sona ermeden kiralananı tahliye eden kiracı kira süresi sonuna kadar olan kiradan sorumludur. Bu durumda kiralanan yerin ne kadar süreyle boş kalacağı bilirkişilerce belirlenerek kiracının borcu saptanmalıdır. Sözleşmede kiracının ödeneceği tarih belirlenmiş ise, faiz de bu tarihten itibaren işletilmelidir.

Delil listesindeki "sair deliller" ibaresi yemin delilini de kapsar.

Uygulanacak faiz yeni Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir.

Y. 6. HD. E: 2013/7207 K: 2014/768 T: 23.01.2014

Dava, kira alacağının tahsili istemine ilişkindir.Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmesi üzerine, hüküm davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davada dayanılan 17.02.2006 başlangıç tarihli 1 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.Sözleşme ile kiralanan daire mesken olarak kullanılmak üzere kiralanmış olup aylık kira bedelinin 550 TL olduğu, sözleşmenin 2. Yılda yenilenmesi halinde %20 oranında zam yapılacağı, kira bedelinin her ayın 17'sinde peşin olarak elden ödeneceği, geciken aylık ödemelere %30 faiz uygulanacağı belirtilmiştir.Sözleşmenin 11.maddesinde kiracının bir yıldan önce evi tahliye edemeyeceği, kalan kiraları defaten ödeyeceği düzenlenmiştir. Davacı vekili dava dilekçesinde; Davalının kiralanan meskende 17.02.2006 tarihli kira kontratı ile kiraca iken kira bedellerini ödemeden ve anahtarı teslim etmeden kiralananı terk ettiğini, 17.12.2007 – 17.02.2008 arasında aylık 600 TL.den 1200 TL, 17.02.2008 tarihinden itibaren aylık 650 TL'den 12 aylık 7800 TL kira borcu olduğunu, davalının 2009 yılı mayıs ayından sonra kiralananda oturmadığını ancak sözleşmenin 11.maddesi gereğince 17.02.2009-17.02.2010 tarihleri arasındaki 7800 TL kira bedelinden de sorumlu olduğunu, sözleşmede aylık %30 faiz karralaştırıl-

dığını ancak kat mülkiyeti kanunu uyarınca aylık %5 olarak uygulanması gerektiğini, bu miktarın yapılacak hesap sonrasında ortaya çıkacağını fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 200 TL faiz alacağı bulunduğunu belirterek toplam 17.000 TL alacağın dava tarihinden itibaren %5 faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı asil ve vekili kiralananın 2009 yılı Mart ayında tahliye edilerek anahtarların teslim edildiğini, kira paralarının sözleşmede yazılı olduğu üzere elden ödendiğini, davalının baskısı üzerine evi erken tahliye etmek zorunda kaldığım, kira ödemeden evde oturmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, yapılan bir takip veya ihtarın da bulunmadığını, belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davalının kira bedellerini ödediğini belge ile ispat edemediği taşınmazın 2009 yılı Mayıs aylarında tahliye edildiği, belirtilerek tahliye tarihi itibariyle 11.600.00 TL kira alacağı ile talep edilen faiz alacağı bakımından kabul edilen asıl alacağın oranına göre belirlenen 136,47 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, asıl alacağa dava tarihinden itibaren %5 aylık faiz işletilmesine karar verilmiştir.

1- Davacı vekilinin alacağın reddedilen kısmına ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Davalı kiracının kira süresi sona ermeden kira sözleşmesini tek taraflı feshederek kiralananı tahliye etmesi durumunda, kural olarak kira süresinin sonuna kadar kira parasından sorumludur. Bununla birlikte davacı kiralayanın da bu yerin yeniden kiralanması konusunda gayret göstermesi, böylece zararın artmasının önlenmesi için kendisine düşen ödevi yapması gereklidir. Bu durumda davacının zararı, tahliye tarihinden kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verilebileceği tarihe kadar boş kaldığı süreye ilişkin kira parasından ibarettir. Dava dilekçesinde kira dönemi sonuna kadar boş kalan aylar kira bedelleri de talep edildiğine göre mahkemece konusunda uzman bilirkişilerle birlikte yerinde keşif yapılarak, tahliye tarihinden sonra kiralananın aynı koşullarla ne kadarlık süre içerisinde yeniden kiralanabileceği tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken tahliyeden sonraki kira alacağı isteminin reddedilmesi doğru değildir.

2- Davacı vekilinin faize yönelik temyiz itirazlarına gelince; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 101/2.(6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117/2) maddesi hükmü gereği borcun ifa olunacağı zaman sözleşme ile belirlenmiş ise ihtar şartı aranmadan bu günün bitmesi ile borçlu mütemerrit olur.Davalı davacıya ait taşınmazda kiracı olup taraflar arasında imzalanan kira sözleşmesinin özel şartlar 3.Maddesinde aylık kira bedellerinin

her ayın 17'sinde peşin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Mahkemece, davalının işlemiş faiz yönünden sorumlu olduğu miktarın gerektiğinde konusunda uzman hesap bilirkişisi aracılığıyla hesaplanarak tespiti ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davacının faiz talebinin başlangıç tarihi ve uygulamasını göstermediği gerekçesi ile kabul edilen asıl alacak miktarına göre oranlama yapılarak tespit edilen faiz alacağı yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3- Davalı vekilinin alacağın kabul edilen kısmına ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Davalı vekili, her ne kadar kira bedellerinin sözleşmede yazılı olduğu şekilde elden ödendiğini savunmuş ise de, sunulan delillerle bu savunmasını kanıtlayamamıştır. Bununla birlikte delil listesinde sair deliller demekle yemin deliline de dayanmış olduğundan davalı vekiline ödeme savunmasına ilişkin olarak davacıya yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

4- Davalı vekilinin faize ve faiz oranına yönelik temyiz itirazlarına gelince;

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76.f aize ilişkin 88. Temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddelerinin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesi gereğince, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur. Bu durumda mahkemece davacının faiz talebi konusunda davanın halen derdest olması nedeni ile 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken asıl alacağa dava tarihinden itibaren aylık %5 faiz istenilmesine karar verilmesi de doğru görülmemiştir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda (1) ve (2) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davacı vekilinin, yukarıda (3) ve (4) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edenlere iadesine, 23.01.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ*

YÜKLEME BOŞALTMA İŞLERİ
•
HİZMET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Mahallinde keşif yapılmalı, işyerinin kapasitesi giren çıkan mal miktarına göre yükleme ve boşaltma işlerinde sürekli eleman çalıştırılması gerekip gerekmediği işin mevsimlik olup olmadığı belirlenmeli ve davacının başka yerlerde çalışıp çalışmadığı araştırılmalıdır.

Y. 7. HD. E: 2013/3977 K: 2013/2195 T: 05.03.2013

Davacı vekili davacının davalılara ait işyerinde çalışırken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ancak kıdem ve ihbar tazminatının ödenmediğini, hafta tatili ile milli bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını, yıllık izinlerini kullanmadığını iddia ederek kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar vekili davacının davalılara ait işyerinde hizmet akdi ile çalışmadığını, serbest hamal olarak iş olduğunda çağrı üzerine çalıştığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının davalılar nezdinde hizmet akdi ile çalıştığı, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği, kıdem ve ihbar tazminatı yanında bilirkişi raporunda hesap edilen alacaklarının bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalılar vekili temyiz etmiştir.

Uyuşmazlık davacı ile davalılar arasında hizmet ilişkisi bulunup bulunmadığı noktasındadır.

Mahkemece bozma ilamına uyularak bozma ilamında belirtilen davalılara karşı başka şahıslar tarafından aynı istemlerle açılıp temyiz incelemesinden geçerek kesinleşen dosyalar gerekçe gösterilerek başkaca bir inceleme yapılmadan davacının davalıların işçisi olduğu kabul edilmiş ise de, bu kabul yerinde değildir.

* "Bu kararlar Mersin Barosu Avukatlarından Sayın Hulki ÖZEL tarafından gönderilmiştir."

Zira, mahkemece hükmüne uyulan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 04.06.2012 tarih ve 2012/5715 Esas 2012/12206 Karar sayılı bozma ilamında "...davacı, davalıların deposunda hamal olarak sürekli çalıştığını iddia etmiş, davalılar ise sürekli çalışmanın söz konsu olmadığını savunmuşlardır. Dosyada davacının çalışmalarını gösterir kayıt ve belge bulunmamaktadır. Davacı tanıkları iddiayı, davalı tanıkları savunmayı doğrulayan beyanlarda bulunmuşlardır. Tanık anlatımları, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlemeye yeterli değildir. Aynı kondua davalılara karşı açılıp kesinleşen davalara ait kararlar sunulmuş ise de; dosyaları getirtilmediği için o davalardaki delil durumunun ve varılan sonucun bu davayı etkileyip etkilemediği anlaşılamamaktadır.Toplanan deliller ve mahkemece yapılan araştırma ve inceleme taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlemeye yeterli bulunmamaktadır. Davanın aydınlatılması ve uyuşmazlık konusu ilişkinin niteliğinin gerçeğe uygun olarak belirlenebilmesi için öncelikle davacının çalıştığını iddia ettiği işyerine ait kayıt ve belgelerle yükleme ve boşaltma işleri için yapılan ödemelere ait belgeler ve emsal gösterilen davalara ait dosyalar getirtilip incelenmeli, işyerinde bilirkişi eşliğinde keşif yapılarak işyerininkapasitesi, giren-çıkan mal miktarına göre yükleme ve boşaltma işlerinde sürekli olarak eleman çalıştırılmasının gerekip gerekmediği, işin mevsimlik olup olmadığı, davacının başka işyerlerinde çalışıp çalışmadığı, iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeli, bundan sonra tüm deliller yeniden değerlendirilmeye tabi tutularak oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

Mahkemece tüm bu yönler gözetilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." Şeklinde bozma nedenleri belirtilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmasına rağmen bozma ilamının gerekleri tam olarak yerine getirilmemiş, işyeri kapanmadığı halde aradan geçen zaman gerekçe gösterilerek keşif yapılmasından vazgeçilmiş sadece emsal dosyaların getirtilip incelenmesi ile yetinilmiştir.

Mahkemece işyerine ait kayıt ve belgelerle yükleme ve boşaltma işleri için yapılan ödemelere ait belgeler getirtilmeli, bozma ilamında belirtilen hususların tespiti bakımından ehil bilirkişi veya bilirkişilerin katılımı ile mahallinde keşif yapılmalı, işyerinin kapasitesi, giren-çıkan mal miktarına göre yükleme ve boşaltma işlerinde sürekli olarak eleman çalıştırılmasının gerekip gerekmediği, işin mevsimlik olup olmadığı belirlenmeli, davacının başka yerlerde çalışması olup olmadığı araştırılmalı, bu tespitler dosya içindeki emsal dosyalar ve diğer tüm deliller ile birlikte bir değer-

lendirmeye tabi tutularak taraflar arasında iş sözleşmesi olup olmadığı saptanmalıdır. Bu yönler üzerinde durulmadan bozma gerekleri yerine getirilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde ilgiliye iadesine, 05.03.2013 günü oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİNİN ÜCRETLERİNİN ÖDENMEMESİ
•
HAKLI FESİH • İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: Davacının; fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ve yıllık izin alacaklarının ödenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda işyerini terk eden davacı işçinin hizmet akdini eylemli şekilde haklı nedenle fesh ettiği ve bu bağlamda kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna varılmalıdır.

Ancak, bu durumda fesih haklı da olsa işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz.

Y. 7. HD. E: 2013/1449 K: 2013/2406 T: 07.03.2013

Davacı, davalıya ait işyerinde şef garson olarak çalıştığını, her gün 12 saat çalışmasının olduğunu ancak fazla mesai alacaklarının ödenmediğini, iş sözleşmesinin herhangi bir neden gösterilmeksizin 06.09.2010 tarihinde işveren tarafından tazminatı ile bazı işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı, davacının tüm çalışmasının yasal karşılığını aldığını, davacının kendi isteği ile işyerinden ayrıldığını ve işyerinden ayrılırken tüm alacaklarını aldığına dair belge imzaladığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğinin ispat edilemediği, davalı işverenin davacının işe gelmediği savun-

masının davacıya kıdem tazminatı ödendiği ve belgesinin olduğu savunması ile çelişki oluşturduğu gerekçesiyle davacının taleplerinin kabulüne karar verilmiştir.

İşçinin emeğinin karşılığı olan ücret işçi için en önemli hak, işveren için en temel borçtur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinin 4.fıkrasında, ücretin en geç ayda bir ödeneceği kurala bağlanmıştır. 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin aksine, 4857 Sayılı Yasa'da ücretin peşin ödeneceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece işçinin ücreti bir ay çalışıldıktan sonra ödenmelidir.

Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödenme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı fesih imkanı bulunmaktadır.

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanun'un 24 ve 25.maddelerinde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı ödenmelidir. Yine haklı fesih nedeni bulunmakla birlikte, işçi ya da işverenin 26.maddede öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra fesih yoluna gitmeleri durumunda, karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar.

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. İşçinin 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

Somut olayda davacı taraf iş sözleşmesinin haksız bir şekilde işveren tarafından sonlandırıldığını, davalı taraf ise davacının kendi isteği ile ayrılarak işyerini terk ettiğini savunmuştur. Mahkemece işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği ispatlanamadığından davacı

taleplerinin kabulü yönünde hüküm kurulmuştur. Dosya kapsamına ve özellikle tanık beyanlarına göre davacının işe gelmemek suretiyle iş akdini eylemli olarak feshettiği fazla mesai, yıllık izin, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının işveren tarafından zamanında ödenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı işçinin 4857 sayılı İş Kanunu 24/2-e maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle sonlandırma imkanı doğmuştur. Davacı işçinin bu hakkını kullanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip işyerinden ayrıldığı anlaşıldığından kıdem tazminatına hak kazanacağı ancak ihbar tazminatına hak kazanamayacağının kabulü gerekir.

Mahkemece bu husus gözetilmeksizin ve davalı tarafın savunmasında ileri sürdüğü belgenin 1.1.2009 tarihli olduğu gözetilmeksizin hatalı değerlendirme sonucu ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalı tarafa iadesine, 07.03.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

YILLIK İZİN HAKKI • ÜCRETE DÖNÜŞMESİ • HAKLI FESİH

ÖZET: Yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır.

İşçinin yıllık izin ücretini isteyebilmesi için hizmet sözleşmesinin sona ermesi gerekir.

Yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının haklı fesih sebebi olması için çok uzun süre hiç izin kullandırılmama veya talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması gerekir.

Y. 7. HD. E: 2013/1422 K: 2013/2711 T: 11.03.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı.

Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının tüm davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı, dava dilekçesi ile iş akdinin devamı sırasında bazı aylara ait ücretlerinin, fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinin eksik olarak ödendiğini, yıllık izinlerinin tamamının kullandırılmadığını bu nedenle ihtarname çekerek iş sözleşmesini feshettiğini beyanla aylık ücret, fazla çalışma, yıllık izin, genel tatil ücreti ile kıdem tazminatı alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacının işe gelmemeis nedeniyle tutanaklar tutulduğunu, davacının tüm işçilik alacaklarının ve ücretinin ödendiğini, sözleşmeyi kendisinin haksız olarak feshetmesi nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacağı ile ödenmeyen ücreti bulunmadığından bu taleplerinin reddine, yıllık izin ve kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının iş akdini haklı nedenle feshedip etmediği noktasındadır.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin önelli fesih bildiriminin normative düzenlemesi ise aynı yasanın 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında Yasa'da işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olmadığı gibi, ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamaz. İstifa durumunda işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi yükümü ortaya çıkabileceğinden, istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerekir. İmzaya itiraz ya da metin kısmına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmelidir.

İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer.

Yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır. İşverence yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için çok uzun süre hiç izin kullandırılmama ya da talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması gereklidir.

Somut olayda, davacının 25.04.2011 tarihli Mersin 5. Noterliği'nin 9674 yevmiye nolu ihbarnamesi ile çalıştığı süre içinde ücret alacaklarının fazla çalışma ücretlerinin ve tatil ücretlerin zamanında ödenmediğini, yıllık izinlerinin tamamının kullandırılmadığını bu nedenle iş akdini tek taraflı olarak feshettiğini bildirdiği, davalı işverenin 25, 26, 27 Nisan 2011 tarihli tutanaklarla davacının işe gelmediğini belgelediği, her ne kadar davacı, ödenmeyen bir kısım işçilik alacakları ile haklı fesih nedeniyle kıdem tazminatının ödetilmesini talep etmiş ise de dosyaya sunulan ücret bordroları, ödeme makbuzları ve tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde, davacının ödenmeyen ücret, fazla çalışma ve genel tatil ücreti bulunmadığı ve ücretin geç ödendiğine dair bir belgenin ve tanık beyanının olmadığının 90 günlük iznin 56 günün kullandırıldığı, kullanılmayan 34 günlük izin süresi bulunduğu, hiç izin kullandırılmama, talep edildiği halde iş verence gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması hallerinin söz konusu olmadığının anlaşılması karşısında iş akdinin davacı tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü mümkün değildir. Davacı kıdem tazminatına hak kazanmadığı halde mahkemece yıllık izninin zamanında kullandırılmadığı gerekçesiyle kıdem tazminatını hak ettiği sonucuna varılarak kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, aşağıda yazılı harcın davacıdan alınmasına, 11.03.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SÖZLEŞMELİ PERSONEL
•
HİZMET AKDİ • İŞÇİ SIFATI

ÖZET: Somut olayda davacı sahne makinisti, ışık ve ses görevlisi olarak çalıştırılmış olup, bu haliyle yasanın belirlediği sözleşmeli personel tanımına uygun düşecek bir iş yapmamıştır. Bunun yanında hizmet akdinde olması gereken "denetim, gözetim, zaman, bağımlılık ve ücret" unsurları da gerçekleşmiştir. O halde davacının İş Kanunu kapsamında işçi olduğu kabul edilmelidir.

Y. 7. HD. E: 2013/3424 K: 2013/4202 T: 25.03.2013

Davacı davalı işyerinde figüran unvanı ile görevlendirildiği yazılı ise de, Meslek Lisesi Elektrik Elektronik Bölümü mezunu olarak dekorcu, ışıkçı ve ses düzenleyicisi olarak 01.11.2000-31.12.20104 ve 01.09.2005-21.01.2006 tarihleri arasında istihdam edildiğini, her iki sözleşmesinin de işverence haksız olarak feshedildiğini belirterek 2.000.00 TL. kıdem tazminatı, 500 TL. ihbar tazminatı, 500 TL.yıllık izin ücreti, 500 TL.ulusal bayram ve genel tatil ücreti, 500 TL.hafta tatili ücreti ve 2000 TL. fazla çalışma ücreti alacağının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, idari yargının görevli olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının 657 Sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli personel olarak çalışması nedeniyle davaya bakmaya adli yargı yeri değil idari yargı yeri görevli olduğundan yargı yolu caiz olmadığından davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı temyiz etmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında, iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Somut olayda davacı ile davalı idare arasında davacının figüranlık yapmasına ilişkin sözleşmeler imzalanmışsa da davacı tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere sahne makinisti ve ışık ve ses görevlisi olarak çalıştırılmıştır.

Mahkemece davacının 657 Sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında kaldığı kabul edilmiş ise de, 657 Sayılı Yasa'nın 4-B maddesinde sözleşmeli personelin hangi hallerde çalıştırılacağı açık olarak belirtilmiştir. Buna göre sözleşmeli personel, kamu hizmet ve görevlerinin yürütülebilmesi amacıyla, geçici süreler için esasen kamu görevlisi sıfatını taşımayan özel bilgi ve ihtisası olan kişilerin zaruri ve istisnai hallere mahsus olmak üzere çalıştırılır.

Davacı sahne makinisti ve ışık ve ses görevlisi olarak çalıştığından, bu anlamda yasanın aradığı zorunluluk, istisnailik ve özel mesleki bilgi koşulları gerçekleşmemiş olup, davacı sözleşmeli personel tanımına uygun düşecek bir iş de yapmamıştır.

Dava konusu hukuki ilişkide, hizmet akdinin denetim, gözetim, zaman, bağımlılık ve ücret unsurlarının bulunduğu, davacının çalışmalarının 506 sayılı Yasa kapsamında gerçekleştiği, taraflar arasında hizmet ilişkisinin mevcut olduğu, davacı 1475 Sayılı Yasa'nın 2.ve 4857 Sayılı Yasa'nın 1.maddesine göre işçi olup İş Kanunu kapsamında yer aldığı, uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Buna göre işin esasına girilerek bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde yargı yolu yönünden davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 25.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİNİN NİTELİĞİ

ÖZET: Asgari geçim indirimi işçinin vergiye giden ücretinin bir bölümünün işçiye iade edilmesidir. Bu nedenle asgari geçim indirimi ücrete ilave edilmesi gereken bir sosyal hak değildir.

Y. 7. HD. E: 2013/4101 K: 2013/11443 T: 18.06.2013

Davalı vekili davacının iddialarının asılsız olduğunun savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının ücretinin brüt 950.00 TL. olduğu tespiti yapılarak buna 150.00 TL yemek, 85.80 TL yol ücreti ile 59.74 TL asgari geçim indirimi eklenerek 1245,54 TL giydirilmiş ücret üzerinden kıdem tazminatı hesap edilmiştir.

Asgari geçim indirimi, bireyin veya ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır. Asgari geçim indirimi, bir kimsenin vergi ödeme gücünün ancak, o kimsenin fizyolojik varlığını sürdürebilecek gerekli vasıtalar sağlandıktan sonra söz konusu olabileceği noktasından hareket ederek vergilendirmede sosyal adaleti sağlama amacına yönelik olarak ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda asgari geçim indirimi, işçiye işveren tarafından sağlanan nakdi bir yardım olarak kabul edilemez. Bu nedenle de tazminata esas giydirilmiş ücretin hesaplanmasında asgari geçim indirimi miktarı çıplak ücrete dahil edilemez. Bir başka anlatımla asgari geçim indirimi giydirilmiş ücretin bulunmasında nazara alınamaz.

Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, giydirilmiş ücret bulunurken asgari geçim indirimi miktarının da ücrete eklenmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalıya iadesine, 18.06.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İBRANAMEDEKİ BEDELİN ALINDIĞININ İNKARI
•
İŞVERENİN MALİ KAYITLARI

ÖZET: Davacı işçinin ibranamediki parayı almadığı yönündeki beyanı dikkate alınarak, işveren şirketin mali kayıtları üzerinde inceleme yapılmalıdır.

Y .7. HD. E: 2013/5279 K: 2013/12346 T: 01.07.2013

Davacı, iş akdinin sözleşme süresinin dolması nedeniyle haksız olarak işveren tarafından feshedildiğinden bahisle kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai, ulusal bayram genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesini istemiş, davalı tarafından sunulan ibranamedeki meblağın kendisine hiç ödenmediğini bildirmiştir.

Davalı, Üniversite kendisinin ihale makamı olduğunu ve davacıya ödeme yapılıp ibraname alındığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, ödendiği iddia olunan meblağ, kıdem tazminatından mahsup edilmek suretiyle kıdem tazminatı talebinin ve diğer işçilik alacaklarının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Somut olayda, davacının iş akdinin ihale süresinin bitmesi nedeniyle feshedildiği, her ne kadar davalı tarafından dosyaya kıdem tazminatı ödendiğinden bahisle ibraname sunulmuş ise de, davacının bu parayı hiç almadığı yönündeki inkarı göz önünde tutularak, bilirkişi marifetiyle davalı işveren şirketin mali kayıtları incelenmek suretiyle bu paranın kayıtlarda yer alıp almadığının saptanması ve çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken ödemenin yapıldığının kabulü ile kıdem tazminatından mahsubu hatalı olup bozma nedenidir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine 01.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE
•
GÜVEN İLİŞKİSİNİ ZEDELEYEN DAVRANIŞLAR

ÖZET: Davalı şirkette uzun yıllar tıbbi tanıtım sorumlusu olarak çalışan davacı işçinin facebook kişisel sayfasına şirketin üretmediği ve başka firmalar tarafından üretilen ürünlerin tanıtımlarına ilişkin yazıların konulmasına müsaade etmesi güven ilişkisini zedeleyici nitelikte davranıştır.

Y. 7. HD. E: 2013/17272 K: 2013/12524 T: 03.07.2013

Davacı vekili, iş sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğinin tespitine, işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili ise davacının facebook sayfasında "W. insulin pompası

artık Türkiye'de L. ve S.ürünü setlerde ve cihazda fark ödemenize gerek yok", "rezervuar ve infizyon setlerine para vermiyorsunuz, fark yok çünkü biz bu işi fark çıkmasın sizlere yardımcı olabilmek adına iki yıldır kopartmaya çalışıyorduk ve başardık artık hizmetinizde… paranız sizde kalsın Türkiye Cumhuriyeti'nin ödediği miktar yetiyor, fark alınacak bir durum kalmadı", "J. Hanım, ilginiz için teşekkür ederiz pek yakında W. Türkiye Facebook adresinde veya …. Adresinden de bizlere ulaşabilirsiniz" şeklinde yazılar yazdığı, bu durumun iş sözleşmesine aykırılık olup yapılan feshin geçerli nedene dayandığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, "……yazının Ü.O. tarafından yazıldığı, bir an için davacı tarafından yazıldığı kabul edilse bile davalı şirketin bahsedilen insulin pompaları üretip ve satışını yapmadığı, işverenle rekabet içine girmediği, bu durumun başka bir işte çalışma olarak da değerlendirilemeyeceği, iş sözleşmesinin feshinin geçerli ve haklı nedene dayanmadığı" gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmıştır.

Davacı, tıbbi tanıtım sorumlusu olarak yaklaşık 16 yıldan beri davalı şirket bünyesinde çalışmıştır.

İş sözleşmesi, cevap dilekçesinde de belirtildiği üzere davacıya ait facebook kişisel sayfası üzerinden yazılan yazılar ve içeriklerinin iş sözleşmesinin 4.maddesine aykırı davranış olup şirket dışında bir firma adına yaptığı tanıtım ve faaliyetler nedeniyle iş sözleşmesinin temelini teşkil eden güven ilişkisinin zedelendiğinden bahisle feshedilmiştir.

Davacı, fesih öncesi alınan savunmasında "bahsi geçen facebook profilinin herkese açık olup bahsedilen işin muhatabı ve sahibinin eczacı Ünal olduğunu, kendisinin aile dostları olduğunu, facebook şifresi ve kullanıcı adını başta eşi, birçok kuzeni ve Eczacı Ü'.de mevcut olduğunu, söz konusu kişilerin zaman zaman bilgisi dahilinde ya da dışında paylaşımlarda bulunduklarını, bahsi geçen birçok paylaşımın kendisi tarafından değil Eczacı Ü.'ye ait olduğunu, şirket ve ürünleri dışında hiçbir şirket adına resmi ve gayri resmi olarak hiçbir tanıtım ve pazarlama faaliyetinde bulunmadığını, kimseden çıkar sağlamadığını, özel de olsa facebook adresini aktif kullanmamakta olduğunu" beyan etmiştir.

Dinlenen davacı tanıklarından Ü.O., söz konusu yazıları kendisinin yazdığını, gerek davacının gerekse kendisinin ürünün alım-satım işinin olmadığını beyan etmiş iken diğer davacı tanıklarının ise yazılan yazılar ile ilgili bilgileri olmadığı anlaşılmıştır.

Taraflar arasında imzalanmış iş sözleşmesinin 4. maddesinde "….görevli olduğu süre içinde ivazlı veya ivazsız başka hiçbir yan işte çalışamaz" hükmü bulunduğu görülmüştür.

Davalı işveren tarafından feshe konu yazılarda bahsedilen insulin pompası üretimi veya satışının şirket ve grup şirketlerince hem Türkiye'de hem de dünyada üretiminin yapılmadığı bildirilmiştir.

Davacıya özel/kişisel bilgiler içeren facebook kişisel sayfasının şifresinin eşi dışında kuzenleri ve aile dostları olan eczacı tarafından bilinmesi ve bu şifre ile söz konusu eczacının, davacının kişisel sayfasına giriş yapıp tıbbi bir ürün ile ilgili yazılar yazması ve yorum yapmasının ve özellikle de iki yıl boyunca uğraştık ve başardık gibi açıklamaların, hayatın olağan akışına aykırılık oluşturduğu bir gerçektir. Kaldı ki davacının savunmasının kabul edilmesi halinde dahi davalı şirkette uzun yıllar tıbbi tanıtım sorumlusu olarak çalışan davacının facebook kişisel sayfasının şirketin üretmediği ve ancak yazıların içeriğinden başka firmalar tarafından üretildiği belirtilen ürünlerin tanıtımlarına ilişkin yazıların yazılmasına müsaade etmesi ve olayın işverence tespitine kadar bu yönde hiçbir tedbir almamış olması dahi davalı şirket ile davacı arasındaki güven ilişkisini zedeleyici nitelikte aykırılık oluşturmaktadır. Bu haliyle davalı işveren arafından yapılan feshin geçerli nedene dayandığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup davacının işe başlatmama tazminatının miktarına yönelik temyiz itirazı yerinde değildir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2-Davanın **REDDİNE,**

3-Alınması gereken 24,30 TL.harçtan peşin alınan 21,15 TL.harcın mahsubu ile kalan, 3,15 TL.harç giderinin davacıdan alınarak Hazineye gelir kaydına,

4-Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 70.00 TL.yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ne göre 1.320.00 TL.avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Artan gider ve delil avansının ilgilisine iadesine,

7-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, temyiz harcı peşin alındığından davacıdan harç alınmasına yer olmadığına, 03.07.2013 gününde oybirliğiyle **KESİN** olarak karar verildi.

YILLIK İZİN HAKKI • ÜCRETE DÖNÜŞME • İSPAT KÜLFETİ • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada sözleşmenin haklı ya da haksız sona erdiğinin önemi yoktur.

Yıllık izinlerin kullanıldığını ispat yükü işverene aittir. İşveren bu yükümlülüğünü imzalı izin defteri ya da eşdeğerde delil ile yerine getirecektir.

İzin ücretinde zamanaşımı akdin feshi tarihinden itibaren başlar.

Y. 7. HD. E: 2013/5219 K: 2013/13279 T: 12.07.2013

Taraflar arasında uyuşmazlık, işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır.

Yıllık izinlerin kullandırılmadığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kınıtlamaladır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür.Bu nedenle zamanaşımı da iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

Somut olayda dosyaya sunulan davacının imzasını içeren izin defterinde, davacı işçinin 16.05.2009-03.06.2009 tarihleri arası 14 gün ve 17.05.2010 – 03.06.2010 tarihleri arasında 14 gün olmak üzere toplam 28 gün izin kullandığı halde, davacıya toplam 14 gün izin kullandırılmış gibi hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibar edilerek, kullandırılmayan 14 günlük izin süresi ücretine hak kazanan işçi yararına, 28 gün üzerinden izin ücreti hesaplanması hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılar . Ltd. Şirketi ile Ç. Elektrik Dağıtım A.Ş.'ne verilmesine,12.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ GÜVENLİĞİ
•
İŞÇİNİN GÖREVLERİ

ÖZET: İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işçinin de yükümlülükleri vardır.

İmalat aşamasından sonra paketlenen ürünleri yeterince incelemeyerek işverenin ekonomik güvenliği ile ticari itibarını tehlikeye düşüren işçinin hizmet akdinin işveren yönünden haklı nedenle feshedildiği kabul edilmelidir.*

Y.7.HD. E.2013/14439 K.2013/21939 T.12.12.2013

Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmakta iken paketleme bölümünde hazırlanan poşetlenen peynirleri kolileme işi yaptığını, davacının kendisine hazır ve poşetlenmiş olarak kolilenmek üzere gelen 1 adet poşetin içinde kıl görünmesi sebebiyle iş akdine işverence son verildiğini, yapılan feshin haksız olduğunu, poşet içindeki kılın davacıdan kaynaklanmasının mümkün olmadığını, çünkü davacının sürekli olarak bone ve maske kullandığını, ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsilini istemiştir.

*Gönderen: Av. Coşkun Mavioğlu Uşak Barosu

Davalı, davacının davalı işyerinde peynir paketleme bölümünde çalıştığını, davacının çalıştığı bölümde üretimi tamamlanmış vakumlanarak paketlenmiş ürünlerin vakumlarının düzgün olup olmadığının, vakumlanan paket üzerinde ürünün üzerinde bulunması gereken üretim bilgilerinin, fiyat ve yasal her türlü bilgiyi içeren imalat ve son kullanım tarihlerinin basılıp basılmadığının ve diğer tüm son kontrollerin yapılarak eksiksiz olan ürünün koliye yerleştirildiğini, gelen ürünlerde bir eksiklik var ise onların paketleme yapılmayarak ayrıldığı, davacının tek görevinin bu olduğunu, davacının iş akdinin feshinden önce dalgın ve işinin önem ve ehemmiyetini unutacak kadar hatalar yaptığını, uyarılara rağmen son 2 hafta içinde en az dört kez paketleme hatası yaptığını, 04.02.2009 tarihinde işyeri kuralları ve gıda hijyeni açısından üzerinde iğne bulundurulmaması gerekirken iğne bulundurduğu için tutanak tutulduğunu, yine aynı şekilde kurallarına uygun davranmadığı için ihtar edildiğini,

06.07.2009 tarihinde ihracaata gidecek 500 gr. Kaşar içerisindeki kılı görmeyerek kolilediği için hakkında tutanak tutulduğunu yine 13.07.2009 tarihinde 250 gr. Otlu peynirlerde vakum hatası tespit edildiğini ve yine hakkında tutanak düzenlendiğini, son olarak 18.07.2009 tarihinde ihracat için hazırlanan 250 gr. Van Otlu peynirleri içerisinde bir adet kıl bulunduğunu ve 2 tanesinde de vakum hatası tespit edildiği için savunmasının alındığını ve aynı gün iş akdinin İş Yasası'nın 25/2-h ve ı fıkrası gereği haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, "Toplanan tüm deliller, davacıya ait şahsi sicil dosyası, bir kısım işyeri kayıtları, tanık anlatımları ve bilirkişi raporu doğrultusunda; davacının davalıya ait işyerinde 07.03.2006-18.07.2009 tarihleri arasında kolileme bölümünde asgari ücretle çalıştığı, davacının paketleme bölümünde kolileme ve kolilerin etiketlenmesi işinde çalıştığı, davacının 250 gr.Van Otlu Peynirleri arasında bir adet kıl olan ve 2 adet vakum hatası olan ürünleri kolilemesinin tespiti üzerine iş akdine işverence 18.07.2009 tarihinde son verildiği, ancak tanık anlatımlarından anlaşıldığı gibi davacıya yetişemeyeceği miktarda iş verilmesi sebebiyle kolilediği ürünlerde yeterli denetimi yapamadığı, ayrıca 250 gramlık 3 adet ürün hatasının ve verilen zararın iş akdini feshedecek nitelikte olmadığı, bu nedenlerle işverence yapılan feshin haklı olmadığı böylece davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı" gerekçesi ile isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

İş sözleşmesinin, işçinin kendi isteği ile veya işini savsaması sonucu işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle ve haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (ı) alt bendinde, işçinin isteği ile ya da işini ihmal etmesi sonucu işyerindeki işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hali işverenin haklı fesih nedenleri arasında gösterilmiştir.

İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işveren açısından derhal "haklı nedenle fesih hakkı" ortaya çıkar.

İşçinin bu konuda uyarılması veya hatırlatmada bulunulmasına gerek olmadığı gibi, belli bir zararın oluşması da gerekmez. Aynı bentte belirtilen işçinin otuz günlük ücretinin tutarıyla karşılanamayacak bir zarar vermesi, işin güvenliğini tehlikeye düşürmekten bağımsız bir fesih nedenidir.

Güvenlik hizmeti veren bekçinin uyuması veya görev yerini terk etmesi, yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde yasaklanmış olmasına rağmen sigara içilmesi basınçla veya yüksek ısıyla çalışabilir bir cihazın kontrolü ile görevlendirilen işçinin görevini savsaması gibi durumlar, işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlara örnek olarak verilebilir.

Somut olayda, davalı işverenin iştigal alanı gıda sektöründe peynir imalatı olup, ürettiği ürünleri marketler aracılığı ile tüketiciye ulaştırmaktadır.

Davacının görevinin ise imalat aşamasından sonra paketlenen peynirleri kolilere yerleştirip, bozuk ve sakıncalı ürünleri tespit etmek olduğu anlaşılmaktadır.

Son olarak 18.07.2009 tarihinde paketlediği 250 gr. Otlu peynirde "kıl" olmasına rağmen yeterli inceleme yapmadan kolilediği tespit edilmiştir.

Davalının yaptığı ticari işin mahiyeti, müşteri kitlesi dikkate alındığında içinde "kıl" bulunan peynirin müşteriye ulaşması durumunda uyandıracağı tiksinme duygusu düşünüldüğünde, davalının ekonomik güvenliği ile ticari itibarının tehlikeye düşeceği açıktır.

Bu durumda davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı olması nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine 12.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

VEKALET ÜCRETİ
•
CMK ALACAĞINA HACİZ

ÖZET: Görevlendirme sonucu CMK'dan kaynaklı vekalet ücreti alacaklarına haciz konulmasında yasaya aykırılık söz konusu değildir.*

Y.8. HD. E.2013/4195 K.2013/9316 T.17.06.2013

Borçlu şikayetinde; icra takibinde avukat olduğu için doğması muhtemel CMK ücret alacaklarına haciz konulduğunu ancak doğması muhtemel bir alacağın haczedilemeyeceğini bu nedenle CMK ücret alacaklarına uygulanan haczin iptali ile kesilen paraların tarafına iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, CMK uyarınca, ileride doğacak avukatlık ücreti alacaklarının haczinin mümkün bulunmayacağından ve ayrıca Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinin avukatlık ücretleri haczedilemez, şeklindeki hükmüne göre de, CMK alacaklarına konulan haczin kaldırılmasına karar verilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca, "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haciz edilemez" (HGK'nın 07.04.2004 tarih ve 2004/12-213 Esas, 2004/215 sayılı Kararı) Bu madde avukat olan haczedilemeyeceğini düzenlemiştir.

Ayrıca kural olarak, iki kişi arasında mevcut olan bir hukuki ilişkiye (temele) dayanan, henüz doğmamış olmakla birlikte ilerde doğması muhtemel bulunan alacaklara müstakbel alacak denir. Müstakbel (beklenen) bir alacaktan bahsedilebilmesi için, bir hukuki ilişkinin (temelin) mevcut olması, bu hukuki ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlunun (olayda borçlunun çalıştığı kurumun) belli olması yeterlidir. Alacağın miktarının belil olup olmaması veya böyle bir alacağın doğmama ihtimalinin bulunması önemli değildir. İşçiler ve memurların işveren nezdinde işleyecek

* Gönderen: Av. Mehmet Tuna

ücret alacakları, müstakbel alacaklara örnek olarak gösterilebilir. (Baki Kuru İcra ve İflas Hukuku El Kitabı – sh.428 vd.) Kanun, ücret hacizlerinde, bu anlamdaki müstakbel alacakların haczedilebileceğini açıkça kabul etmektedir. (İİK 83, 355, 356)

Somut olayda, H….aynı zamanda avukat olmasına rağmen kendisinin taraf olduğu kira sözleşmesinden kaynaklı alacak nedeniyle takip borçlusu konumundadır. CMK'nın zorunlu müdafilik hükümleri gereğince, avukatların zorunlu müdafi olarak girdikleri davalardan tarifeye göre vekalet ücret alacaklarının, yukarıda açıklandığı üzere yasa gereği rutin olarak …..Barosu tarafından görevlendirilmesi ile süregelen bir hukuki ilişki sonucunda doğacağı bellidir. Böylece borçlunun mesleğinin avukatlık olması nedeniyle ….Barosu tarafından görevlendirme sonucu CMK'dan kaynaklı vekalet ücreti alacaklarına haciz konulmasında yasaya aykırılık söz konusu değildir. Sonuç olarak şikayetin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile borçlunun CMK alacaklarına konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK.m.297/ç) ve İİK'nin 366/3.maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine 17.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ASKERDEN DÖNEN İŞÇİNİN HAKLARI

ÖZET: Askerliğin sona ermesiyle iki ay içinde işverene başvuran işçinin tekrar işe alınmaması halinde, yaptığı işe veya benzer işteki kadrolarda boş yer olup olmadığı bu kadrolara yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılmalıdır.*

Y. 9. HD. E: 2008/24783 K: 2010/12023 T: 03.05.2010

Davacı vekili davacının davalı işyerinde 24.05.2000 tarihinde işe başladığını, 16.02.2005 tarihinde askere gittiğini, askerlik dönüşü 31.05.2006 tarihinde İş Kanunun'un 31.maddesi kapsamında tekrar işe alınması için işverene başvurduğunu, ancak işe başlatılmadığını iddia ederek, İş Kanunu'nun 31.maddesi uyarınca 3 aylık ücret tutarı tazminatın faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi talebi ile dava açmıştır.

Davalı İşveren Vekili davayı kabul etmediklerini bildirerek, davacının askerlik dönüşü işe başlama yönünde bir talebi olmadığını" savunmuştur.

Mahkemece "....davacının iş akdinin askıya alınmasına fırsat bırakmadan askerlik öncesinde iş akdini feshedip, kıdem tazminatı aldığından bu durumda iş akdini davacının feshettiğinden davalının davacı işçiyi işe alma konusunda sorumluluğu bulunmamaktadır" gerekçesi ile talebin reddine karar vermiştir.

Kararı davacı Vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; Davacının 24.05.2000 tarihinde davalı işveren nezdinde belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışmaya başladığı, iş akdinin davacı tarafından 15.02.2005 tarihinde "muvazzaf askerlik" nedeni ile feshedildiği, iş akdini fesheden davacının 01.06.2006 tarihinde Şirket kayıtlarına giren 31.05.2006 tarihli dilekçe ile işverene başvurarak İş Kanunu'nun 31/4. Maddesi uyarınca işe başlatılmayı talep ettiği, ancak işverenin davacıyı işe başlatmadığı anlaşılmıştır.

Davanın yasal dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun "ASKERLİK VE KANUNDAN DOĞAN ÇALIŞMA" başlıklı 31. maddesinin son fıkrasıdır.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 20.11.2012 tarihli Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

31.maddenin son fıkrası "Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder" hükmünü içermektedir.

Mahkemenin gerekçesinde belirttiği "iş akdinin işverence feshedilmediği" gerekçesi askı haline ilişkin olup, bu halde davacı işçinin yasanın 31/son maddesindeki tazminattan yararlanması mümkün olmayıp, koşulları varsa işe iade davası açabilir.

Dairemizin istikrar kazanmış kararlarında da (ör.08.11.2004 gün ve 2004/9607 E.2004/25022 K.sayılı) belirtildiği üzere muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile işten kendisi ayrılan işçinin, iş Kanununun 31/son maddesindeki koşulların varlığı halinde 3 aylık ücreti tutarında tazminata hak kazanacağı yasa gereğidir.

Muvazzaf askerlik sonrası terhisten itibaren 2 aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlama talebinde bulunan ve bu talebi işveren tarafından gerekçesiz biçimde reddedilen davacının "3 aylık ücreti tutarında tazminat" talebinin "iş akdinin işverence feshedilmediği" gerekçesi ile reddi hatalıdır.

Mahkemece yapılması gereken iş, işveren tarafından davacının yerine alındığı bildirilen işçinin davacının işini yapıp yapmadığının tespiti ile davacının talepte bulunduğu tarihte davacının yaptığı iş ya da benzeri işlerde boş kadro olup, olmadığını saptamak, talepte bulunulduğu tarihte davacının yaptığı iş ya da benzer işlerde boş kadro yoksa talepte bulunduğu tarihten sonra işyerine davacının yaptığı iş ya da benzeri işlere yeni işçi alınıp, alınmadığı araştırılarak sonuca gitmektir.

Mahkemece yukarıda belirtilen şekilde gerekli ve yeterli araştırma yapılmadan maddenin amacına aykırı gerekçe ile talebin reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** 03.05.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY BOZMASI • TAHKİKAT AŞAMASI • DAVANIN ISLAHI

ÖZET: Yargıtay bozmasından sonra tahkikat devam ediyorsa davanın ıslahı mümkündür.*

Y. 9. HD. E: 2011/33835 K: 2011/42324 T: 01.11.2011

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, bozma kararından sonra ıslah yapılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

04.02.1948 tarih ve 10/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında,

"….Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve diğer hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkanını veren ve makeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen ıslahın; Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının seksendördüncü maddesinin açık hükümü dairesinde tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabilip Yargıtay'ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olamıyacağına…" denmek sureti ile

Yargatay bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağına karar verilmiştir.

Buna karşın 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ise "Bir mahkeme kararının her ne nedenle olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir…" açıklaması bulunmaktadır.

Somut olayda, dairemizin 27.10.2009 gün ve 2008/11352 E., 2009/29488 K sayılı ilamı ile, "…dosya içerisinde bulunan 17.05.2004 tarihli …., 24.11.2003 tarihli ….belgeler altındaki imzalar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak sureti ile diğer deliller ile birlikte değerlendirilerek karar verilmesi.." yönünden hükmün esasına ilişkin bozma yapılmıştır.

Davacı 07.01.2011 tarihinde bozma ilamı sonrasında ıslah harcını yatırmak sureti ile davasını ıslah etmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ıslahın zamanı ve şekli başlıklı 177.maddesinde;

---

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

"(1) Islah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" ve

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Tahkikatın sona ermesi başlıklı 184. Maddesinde

"(1) Hakim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. (2) Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder." Hükümleri yer almaktadır.

O halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir. (m.177)

27.10.2009 gün ve 2008/11352 E. 2009/29488 K. sayılı dairemiz bozma ilamı hükmün esasına ilişkin olmaması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargalamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir.

Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek bir uyuşmazlığın bir başka konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır. Bu düşünce Hukuk Muhakemeleri Kanunu Usul ekonomisi ilkesi başlıklı 30. maddesindeki

"(1) Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." Düzenlemesi ile de örtüşmektedir.

SONUÇ

Sonucu itibari ile doğru olan kararın bu gerekçe ile **ONANMASINA** aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine 01.11.2011 tarihinde karar verildi.

HAFTA TATİLİ • BÖLÜNMEZLİK İLKESİ
•
İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Hafta tatili kesintisiz yirmidört saattir. Yirmidört saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.

Hafta tatilinin Pazar günü dışında kullandırılması mümkündür.

Hafta tatilinde çalıştığını davacı işçi ispatlamakla yükümlüdür.*

Y. 9. HD. E: 2012/18891 K: 2012/32580 T: 01.10.2012

Davacı işçinin hafta tatili ücretine hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde, işçinin tatil gününden önce aynı yasanın 63. maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla, yedi günlük zaman dilimi içinde yirmidört saat dinlenme hakkının bulunduğu belirtilmiş, işçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46. maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmi dört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılamaz. Buna göre hafta tatilinin yirmi dört saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller hakkında Kanun'un 3.maddesine göre, hafta tatili Pazar günüdür. Bu genel kural mutlak nitelikte olmayıp, hafta tatili Pazar günü dışında da kullandırılması mümkündür. Hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi, norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde, işçi hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

Hafta tatili çalışmalarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. İmzalı ücret bordrolarında hafta tatili ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin hafta tatili çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin bordroda yazılı olanın dışında hafta tatillerinde çalışmaların yazılı delille kanıtlaması mümkündür. Hafta tatili ücretlerinin tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt yoksa ödenen tutarın dışında hafta tatili çalışması yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerekir.

Somut olayda davacı, hafta tatili ücretinin ödetilmesini istemiş, davalılar talebin reddini savunmuştur.

Tanıklar, işyerinde 3 vardiya olup her vardiyanın 12 saat çalıştığını, ilk vardiyanın saat 98.00 – 20.00, ikinci vardiyanın 10.00-22.00, üçüncü vardiyanın ise 20.00-08.00 arasında çalıştığını, 10.00-22.00 vardiyasında çalışanların haftada 1 gün izin kullandığını, diğer vardiyalarda çalışanların ise izin kullanmadığını söylemişlerdir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının vardiyasının belli olmadığı, 10.00-22.00 vardiyasında çalışıyor ise haftada 1 gün izin kullandığı, diğer vardiyalarda çalışmış ise hafta tatili ücretini hak edeceği belirtilmiş ve tüm hafta tatillerinde çalıştığı varsayımına göre hesaplama yapılmıştır.

Mahkemece, davacının bütün hafta tatillerinde çalıştığı kabul edilerek hüküm kurulmuştur. Aynı gün Dairemiz incelemesinden geçen Mersin 1. İş Mahkemesinin 2011/299 esas ve devamı emsal dosyalarda ise, davacıların hafta tatili ücreti taleplerinin reddedildiği görülmüştür.

Dosya kapsamına göre davacının hangi vardiyada ne kadar çalıştığı belli olmadığından ve hafta tatillerinde çalışma olgusu davacı tarafından ispat edilemediğinden hafta tatili ücreti talebinin reddi yerine yetersiz bilirkişi raporuna ve çelişkili tanık beyanlarına itibar edilerek davacının

hafta tatili ücreti isteğinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.10.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TAHKİKATIN SONA ERMESİ • YARGITAY BOZMASI • DAVANIN ISLAHI

ÖZET: Islah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.

Tahkikatın tamamlanmasını izleyen Yargıtay bozmasından sonra ıslah yapılması mümkün değildir.*

Y. 9. HD. E: 2012/24441 K: 2012/33628 T: 09.10.2012

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, bakiye ücret alacağı, yıllık izin ücreti, işsizlik ödeneği, fazla çalışma, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem, ihbar tazminatı, bakiye ücret, yıllık izin ücreti, işsizlik ödeneği, fazla çalışma, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

* www.kazancihukuku.com sitesinden alınmıştır.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2.Dosyada sorun bozma üzerine verilen kararda bozma dışında kalan hususlarda yeniden hüküm kurulup, kurulmayacağıdır.

1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388.maddesi uyarınca, mahkeme kararlarının;

Kararı veren mahkeme ile hakim veya hakimlerin ve tutanak katibinin ad ve soyadları ve sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa kararın hangi sıfatla verildiği,

Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adresleri

a. İki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep

b.Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi

c. Kararın verildiği tarih ve hakim veya hakimlerin ve tutanak katibinin imzaları

Hüküm sonucu kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi zorunludur. Bu biçim yargıda açıklık ve netlike prensibinin gereğidir. Aksi hal, hükmün infazında zorluklara ve tereddütlere, yargılamanın ve davaların gereksiz yere uzamasına, davanın tarafı bulunan kişi ve kurumların mağduriyetlerine sebebiyet verecek ve Kamu düzeni ve barışını olumsuz yönde etkileyecektir.

(Hukuk Genel Kurulu- 2007/14-778 E., 2007/611 K. Dairemizin 01.04.2008 gün ve 2007/38353 Esas, 2008/7142 Karar sayılı ilamı)

Hükmün bir kısmının bozma kapsamı dışında bırakılması bu kısımların bağımsız bir şekilde onandığını göstermez. Hükmün bir kısmının bozma kapsamı dışında bırakılmasının amacı bu kısımların doğru olduğunu

belirlemek, bozmanın sınırlarını çizmek ve bu şekilde usulü kazanılmış hakları oluşturup, korumaktır.

Bozma kararı üzerine önceki hüküm tamamen ortadan kalkar. Bu nedenle bozma kararından sonrada Mahkemece HUMK'un 388 vd. HMK. nun 297.maddelerinde belirtilen unsurları taşıyacak şekilde yeni bir karar verilmek zorundadır.

Somut olayda; Mahkeme tarafından hükmüne uyulan bozma kararı doğrultusunda yapılan inceleme sonunda bozma kapsamı dışında kalan alacaklar hakkında açıkça hüküm kurulması gerekirken "4-Davacının diğer alacak talebine ilişkin mahkememizce 2006/704 esas 2008/715 karar sayılı 24.09.2008 tarihli hükmü Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008/41572 Esas 2010/12386 Karar sayılı hükmü ile kesinleştiğinden bu taleplerle ilgili yeniden karar verilmesine yer olmadığına," şeklinde karar verilmesi hatalı olup kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

3. Davacı taraf bozmadan sonra yapılan yargılama sırasında 05.01.2012 tarihinde ıslah dilekçesi vererek dava konusunu arttırmış ve mahkemece arttırılan miktarlar üzerinden hüküm tesis edilmiştir.

Hukku Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 84. (Hukuk Muhakemeleri Kanununun 177) maddesinde belirtildiği üzere ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.

Mahkemece tahkikat aşamasının tamamlanmasının ve karar verilmesinin ardından verilen bozma kararı üzerine ıslah yapılabilmesi mümkün değildir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 04.02.1948 gün ve 10/3 sayılı kararında da ifade edildiği üzere Yargıtay bozma kararından sonra ıslah yapılamaz.

Mahkemece bu husus göz ardı edilerek bozma kararından sonra ıslah yoluyla arttırılan miktarların hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı, **BOZULMASINA** 09.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BELEDİYE TAŞERONU • İŞÇİLİK HAKLARI • HAFTA TATİLİ ÜCRETİ

ÖZET: Belediyenin ihale ile temizlik işlerini verdiği taşeron şirkette çalışan işçinin işçilik haklarından belediye de sorumludur.

Hafta tatili yedinci günün çalışma karşılığıdır. İşyerinde altı gün çalışan işçinin hafta tatili ücretine hak kazandığından söz edilemez.*

Y. 9. HD. E: 2010/45434 K: 2013/4784 T.11.02.2013

A) Davacı İsteminde Özetle:

Davacı, davalı işverenler nezdinde 22.04.1997 tarihinden emekli olduğu 02.05.2006 tarihine kadar aralıksız çalıştığını, çalışmasını esasen belediyeye bağlı olarak gerçekleştirdiğini ancak belediyeden temizlik ihalesini alan şirketler bünyesinde sigortalı çalışan olarak gösterildiğini, emekli olduğu dönemde davalı C. Hizmet İşletmeleri A.Ş.de sigortalı göründüğünü ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti, genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti ve fazla çalışma ücretlerinin davalılardan tahsiline karar verilmesi talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar cevaplarında Özetle:

Davalı C. Hizmet İşletmeleri A.Ş. vekili; davacının 01.01.2004 tarihinden itibaren süreli iş sözleşmeleri ile kesintili olarak çalışmasının bulunduğunu, diğer davalı Akdeniz Belediye Başkanlığı'nın açmış olduğu temizlik ihalelerinin alındığı dönemlerde ihale süresi boyunca çalıştırmak üzere davacı ile sözleşme yapıldığını, davacının temizlik ihalelerini alan diğer şirketlerdeki çalışmasının kendilerinden talep edilemeyeceği, ihalede temizlik işinde çalışacak olan işçileri belirleme yetkisinin diğer davalı belediyeye ait olduğunu, emeklilik nedeni ile iş akdinin sona erdiğini, ihbar tazminatı talep edemeyeceğini ve davacının davalıyı ibra ettiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Davalı Akdeniz Belediyesi vekili, davalı belediyenin ihale makamı olduğunu, görev alanına giren bütün yerlerin temizlik işini KİK uyarınca ihale yöntemi ile yaptırdığını, iş sahibi olarak diğer davalı ile asıl işve-

* Gönderen: Av. Hulki Özel, Mersin Barosu

ren alt işveren ilişkisininde bulunmadığını, ihale makamı olarak ücret ve tazminatlarından sorumlu tutulamayacağını, temizlik ihalelerini alan firmalarla yapılan sözleşmelerde çalıştırılacak işçilerin mevzuattan doğan tüm alacaklarının firma tarafından karşılanacağının belirtildiği, davacının belediye işçisi olmadığını savunarak, davanın husumetten reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara göre, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar süresi içinde davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

D) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2) Davacı, dava dilekçesinde hafta içinde 1 gün tatil yaparak 06.00-15.00 saatleri arasında çalıştığını iddia ederek fazla çalışma ile hafta tatili ücretleri taleplerinde bulunmuş ise de bilirkişi tarafından haftada 14 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek hesaplama yapılmış ve mahkeme fazla çalışma ücretini hüküm altına almıştır.

Davacının dava dilekçesindeki açıklamasına göre 06.00-15.00 saatleri arasındaki çalışması 9 saat olup, 1 saatlik ara dinlenmenin düşümü ile günlük çalışması 8 saattir. Haftalık çalışma süresi 6x8=48 saat olup, haftalık fazla çalışma süresi 48-45=3 saattir. Mahkemece bu şekilde hesaplama yapılması gerekirken talep aşımı ile fazla çalışma süresinin yazılı şekilde hesabı hatalıdır.

3) Dava dilekçesinde davacı, hafta içi 1 gün dinlendiğini belirtmiştir. Hafta tatili ücreti 7.gün çalışma karşılığıdır. Davacı hfata içi 1 gün izin yaptığından, haftada 6 gün çalışmakla hafta tatili ücretine hükmedilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BELİRSİZ SÜRELİ SÖZLEŞMESİ
•
ASGARİ ÇALIŞMA SÜRESİ

ÖZET: Belirli sözleşme olmayan bir iş sözleşmesine asgari çalışma süresi konulabilir.

Sözleşmenin belirli süreli olması başka şey, süreye bağlanması ise başka şeydir.

Y. 9. HD. E: 2010/45546 K: 2013/4762 T: 11.02.2013

Davacı, davalı şirkete ait iş yerinde 5 yıl süreli iş sözleşmesi ile doktor olarak 05.05.2006 tarihinde çalışmaya başladığını, 30.11.3006 tarihinde ise davalı şirketin İnegöl'deki şubeyi kapatacağını bildirerek iş sözleşmesini feshettiğini iddia ederek aralarındaki iş sözleşmesi uyarınca kararlaştırılan cezai şart alacağını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, cezai şart talep koşulunun bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davacının davalı iş yerinde sorumlu hekim ve diyaliz doktoru olarak çalıştığı, belirli süreli iş sözleşmesinin kabulü için işçinin niteliğinin değil, işin niteliğinin önem arzettiği, yapılan işin sürekli bir iş olması gözetildiğinde taraflar arasıdaki 01.05.2006 tarihli sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabulünün mümkün olmadığı taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirli süreli iş sözleşmesi için uygulama alanı bulan cezai şart koşulunun geçerli sayılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın koşullarının oluşup oluşmadığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır. (Tunçomağ, Kenan Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963)

Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür.

Daire, 12.03.2012 gün, 2009/48252 E.2012/8025 K. sayılı kararı ile hekim ile yapılan sözleşmenin belirsiz süreli olması gerektiğini kabul ederek asgari çalışma süresine bağlı cezai şartın geçerliliğini benimsemiştir.

Sözleşmenin belirli süreli olma koşullarını haiz olması başka bir şey, süreye bağlanması başka bir şeydir.

Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmede "…sözleşme 01.05.2006 tarihinden itibaren geçerli ve mer'idir ve süresi 5 yıldır. Taraflardan herhangi birinin 90 gün önceden yazılı bir bildirimle yenilenmeme iradesini ortaya koymaması durumunda iş bu sözleşme yukarıda belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden bir yıllık sürelerle uzar…" ibaresine yer verildiği görülmekle tarafların gerçek iradesinin asgari süreli iş sözleşmesidir.

Taraflar arasında imzalanan 01.05.2006 tarihli sözleşmenin cezai şarta ilişkin 5 numaralı maddesi işverenin sözleşmenin herhangi bir hükmünü ihlali halinde hükmedilmesi gereken bir cezai şart olup, iş yerinin kapatılarak iş sözleşmesinin haksız sona erdirilmesi de sözleşmenin ihlali niteliğinde olduğundan belirlenecek cezai şarttan Borçlar Kanunu 161/son maddesi uyarınca makul bir indirim yapılarak karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 11.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SÖZLEŞMEDE CEZAİ ŞART
•
TRANSFER ÜCRETİNİN İADESİ DAVASI
•
İADENİN ŞARTA BAĞLI OLMASI

ÖZET: Transfer ücretinin iadesi şarta bağlı olup, 08.02.2007 tarihli "Beyan–Protokol-Taahhütname" başlıklı belgedeki haklı feshe neden olma hususu davacı işveren tarafından kanıtlanamadığı gibi, transfer ücretinin %10'u oranındaki cezai şart tek taraflı olup hükümsüz olduğundan mahkemece davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

Y. 9. HD. E: 2011/898 K: 2013/9120 T: 18.03.2013

A)Davacı İsteminin Özeti:

Davacı şirket, Uluslararası B. Petrolleri A.Ş. firmasının akaryakıt dağıtımını yaptığını, aldığı sürücüleri B.'nin uyguladığı eğitimlere tabi tutarak işe aldıklarını, davalının yetişmiş sürücü olarak işe başlatıldığını, şirkette 2 yıl çalışma şartı ile B. Petrolleri A.Ş. tarafından istenilen nitelikte yetişmiş bir eleman olması nedeniyle kendisine 7.367.00 TL.transfer ücreti ödendiğini, 01.02.2007 tarihinde 2 yıl çalışma taahhüdü içeren iş sözleşmesi akdedilerek işe başlatıldığını, davalının işe başlarken imzaladığı beyan-protokol- taahütname başlıklı belge ile işveren tarafından iş akdinin haklı nedenle feshine neden olması halinde kendisine ödenen transfer ücretini ve %10 ceza işart bedelini şirkete nakden defaten ve derhal ödemeyi taahhüt ettiğini, ancak şirkette 4 ay kadar çalışan davalının İzmir'de trafik ekiplerince yapılan kontrolde %30 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine davalının gerek yasal düzenleme ve gerekse taraflar arasında akdedilmiş sözleşme hükümlerine aykırı olarak alkollü araç kullanmak suretiyle işin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü anlaşıldığından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini iddia ederek, yasa ve sözleşme hükümlerine aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshine sebep veren davalıdan kendisine ödenen 7.367.00 TL. transfer ücreti ve %10 cezai şarttan oluşan 8.103.70 TL.davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, işe giriş sırasında imzaladığı ve davacı şirketin dayandığı beyan-protokol-taahhütname başlıklı belgeye bir itirazları bulunmamakla birlikte, belirtilen ödemenin transfer ücreti olmayıp B. Petrolleri A.Ş.den ihale ile iş alan önceki işvereni O. A.Ş.deki çalışmaları karşılığı hak ka-

zandığı kıdem tazminatı olduğunu, adı geçen şirketin B. Petrolleri A.Ş. ile olan sözleşmenin bitimi üzerine aynı işi ihale suretiyle kazanan davacı şirketin önceki işvereninden hak kazandığı kıdem tazminatını ödeme koşulu ile iş teklifinde bulunması üzerine bu teklifini kabul ile sözleşme akdederek davacı şirkette işe başladığını, davacının aşırı faydalanmak kastı ile hareket ederek düzenlediği sözleşme de kıdem tazminatı alacağını transfer ücreti olarak ifade etmek ve cezai şartı da eklemek suretiyle davacıya imzalattığını ve sonrasında da sözleşmeye aykırı durumlar yaratarak hem yaptığı ödemenin hem de cezai şart alma çabasına girdiğini akdedilen sözleşmenin gabin nedeniyle geçmişe dönük olarak hükümsüz olduğunu, davacının bu sözleşmeye dayalı olarak bir talep hakkı olamayacağı savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının önceki işvereni O.A.Ş.ile davacı şirket arasında gerçekleşmiş bir işyeri veya bir iş sözleşmesi devri olgusu bulunmadığı gibi davalının önceki işvereni ile olan iş ilişkisini istifa ettirildikten sonra davacı şirketle yeni bir iş sözleşmesi akdettiği, davalının sözleşmenin gabin nedeniyle hükümsüz olduğunu ileri sürmüş ise de bu konudaki iddiasını kanıtlayı bir delil ileri sürülmediği gibi mevcut delillerden tarafların sözleşme serbestisi içinde vardıkları anlaşma sonucu davalıya 2 yıl çalışma taahhüdü karşılığı transfer ücreti olarak adlandırılan bir meblağın ödendiği ve davalının 2 yıl çalışma taahhüdüne uymadan işten ayrılması veya iş akdinin feshine sebebiyet vermesi halinde kendisine ödenen transfer ücretinin iade etmeyi kabul ve taahhüt ettiği ve 27.05.2007 tarihinde kendi kusuru ile akdin sona ermesine sebebiyet verdiği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili yasal süresi içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Transfer ücretinin iadesi şarta bağlı olup, 08.02.2007 tarihli "Beyan –Protokol- Taahhütname" başlıklı belgedeki haklı feshe neden olma hususu davacı işveren tarafından kanıtlanamadığı gibi, transfer ücretinin %10'u oranındaki cezai şart tek taraflı olup hükümsüz olduğundan mahkemece davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAPICININ KAT MALİKLERİ ALEYHİNE AÇTIĞI DAVA
•
YÖNETİCİNİN DAVADAKİ SIFATI

ÖZET: Davacının çalıştığını iddia ettiği taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde davalılar dışında da kat malikleri olduğu anlaşılmaktadır.

Kapıcı-kalorifercinin ya da apartmanda çalışan diğer işçilerin işçilik alacaklarından sorumluluğu 634 Sayılı Kanun'un 20/A maddesi uyarınca kat maliklerine aittir. İşçilik alacaklarından kiracı ya da başka sıfatta oturanların bu davada taraf olması mümkün değildir.

Yönetici, İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisidir. İş hukuku anlamında ortay çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yönetici işvereni temsil eder. Bu itibarla, kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekmekte ise de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru değildir. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. Zira Yönetmeliğin 4/d maddesine göre, yöneticinin ana taşınmazda üstlendiği görevleri itibarıyla kat maliki ya da maliklerinden tahsil ederek, kapıcının Yasadan doğan haklarını ödeme yükümlülüğü vardır.

Y.9. HD. E.2013/6362 K.2013/20936 T.09.07.2013

(A) Davacı İsteminin Özeti:

Davalı vekili, 16 daireden müteşekkil K. Apartmanında kapıcı ve apartman görevlisi olarak çalışmakta olan davacının iş aktinin davalı tarafından haksız feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı,

yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve kötüniyet tazminatı alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar İbrahim Varinlioğlu, M.Ü., Z.S.Y, M.V., B.A. mirasçıları vekili, davanın tüm kat malikleri hasım gösterilerek açılması gerektiği, davacının apartman görevlisi olarak işe alındığı, davacının kapıcının yapması gereken hizmetleri devamlı olarak aksattığı, bina içindeki merdivenlerin ve sahanlıkların temizliklerini tam yapmadığı, servis işlerini aksattığı, zaman zaman işe hiç gelmediği dışarda başka binalarda kapıcılık yaptığı, gündelikçi olarak başka kişilerin evine gittiği, kendisinin sık sık uyarıldığı, ancak davacının tutumlarını değiştirmediği, bunun üzerine savunması istendiği, savunma da vermeyeceğini belirtmesi üzerine iş aktinin haklı feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Diğer davalılar davaya cevap vermemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davacının davalıların maliki olduğu K. Apartmanı'nda apartman görevlisi olarak çalıştığı, duruşmada dinlenen davacı tanıkları iş akdinin system değişikliği olması sebebiyle feshedildiğini, davalı tanıkları ise davacının kapıcılık görevini yapmaması, başka velere temizliğe gitmesi sebebiyle feshedildiğini belirttikleri, Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.1995 tarih, 1995/9-670 Esas, 1995/813 karar sayılı ilamlarında belirtildiği üzere davacının mesai saatleri içinde ve dışında davalı işverenin iznini almadan çalışmasının haklı fesih sebebi olduğu, davacının davalıdan yazılı izin almadan ev temizliğine gittiği, başka iş yerinde çalışabileceği konusunda işverenden yazılı olarak izin aldığını ispat edemediği, iş akdinin davalı işveren tarafından 4857 Sayılı Yasa'nın 25.maddesine istinaden haklı nedene dayanılarak feshedildiği, davacının davalı apartmanda belirli aralıklarla çöp ve alışveriş servislerine baktığı, serbest zamanlarında başka evlerde temizliğe gittiği, fazla mesai yapmasının yapılan işin niteliğine göre mümkün olmadığı gibi fazla mesai iddiasının davacı tarafından ispatlanamadığı, iş akdi haklı nedenle feshedilen davacının kötü niyet tazminatına hak kazanamayacağı, davacının haftanın 7 günü genel tatil günleri dahil olmak üzere çalıştığı, yıllık ücretli izinlerinin kullandırıldığının davalı tarafından yazılı ve eşdeğer belge ile ispat edilemediği gerekçesi ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, kötüniyet tazminatı talepleri dışındaki taleplerinin kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresi içinde davacı vekili ve davalılar İ.V., M.Ü., Z.S.Y., M.V., B.A. mirasçıları vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1-Tapu kayıtlarında maliklerden biri olarak ismi bulunan ancak yargılama aşamasında hayatta olmadığı anlaşılan B.A. mirasçılarının karar başlığında belirtilmemesi hatalıdır.

2-Davacının çalıştığını iddia ettiği taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde davalılar dışında da kat malikleri olduğu anlaşılmaktadır.

Kapıcı-kalorifercinin ya da apartmanda çalışan diğer işçilerin işçilik alacaklarından sorumluluğu 634 Sayılı Kanun'un 20/A maddesi uyarınca kat maliklerine aittir. İşçilik alacaklarından kiracı ya da başka sıfatta oturanların bu davada taraf olması mümkün değildir.

Yönetici, İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisidir. İş hukuku anlamında ortay çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yönetici işvereni temsil eder. Bu itibarla, kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekmekte ise de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru değildir. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. Zira Yönetmeliğin 4/d maddesine göre, yöneticinin ana taşınmazda üstlendiği görevleri itibarıyla kat maliki ya da maliklerinden tahsil ederek, kapıcının Yasadan doğan haklarını ödeme yükümlülüğü vardır.

Somut olayda davacı bir kısım kat maliklerine karşı davayı açmış olup, yukarda açıklandığı şekilde taraf teşkilini tamamlamamıştır. Davacıya taraf teşkili sağlanması için süre verilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra yargılama yapılarak sonuca gidilmelidir.

Ayrıca kat maliki olmayan davalılar açısından davanın husumetten reddi gerekir.

Diğer taraftan, hüküm kurulurken 634 Sayılı Kanun'un 20/A maddesindeki eşit sorumluluk düzenlemesi de dikkate alınmalıdır.

SONUÇ

Açıklanan nedenler ile, temyiz edilen kararın sair temyiz sebepleri incelenmeksizin **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.07.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İSTİFASI • GERÇEK İSTİFA ŞARTLARI • HİZMET SÜRESİNİN TESPİTİ

ÖZET: İşçinin haklı bir nedene dayanmadan kendi isteğiyle işyerinden ayrılması istifa olarak değerlendirilmelidir.

İstifa dilekçesi veren işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez.

Şarta bağlı istifa geçerli değildir.

İradenin fesada uğratılmış olması halinde de geçerli bir istifadan söz edilemez.

Haklı fesih halinde de geçerli bir istifadan söz edilemez.

Genel ifadeler içeren istifanın hangi sebeplere dayandığı dava dilekçesinde açıklanabilir.

Gerçek bir istifanın mevcudiyeti halinde işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Aksini kanıtlayan ikna edici delil bulunmuyorsa, işçinin hizmet süresi sigorta kayıtlarına bakılarak belirlenmelidir.*

Y. 9. HD. E.2012/29565 K.2013/27666 T.02.12.2013

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin işçinin istifası ile sona erip ermediği uyuşmazlık konusudur.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı hak sahibine karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin önelli fesih bildiriminin normative düzenlemesi ise aynı yasanın 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında İş Kanunu'nda işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

* Gönderen: Av. Cihangir Saraç

İşçinin haklı bir nedenle dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de, işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. Bununla birlikte istifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdiği kabul edilmelidir.

Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşıladığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

İşverenin haklı fesih nedenlerine dayanarak işçiye istifa dilekçesi vermesi halinde baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine de gerçek anlamda istifa olarak değer vermek mümkün olmaz.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih nedenleri mevcut olduğu ve buna uygun biçimde bir fesih yoluna gideceği sırada, iradesi fesada uğratılarak işverence istifa dilekçesi alınması durumunda da istifaya geçerlilik tanınması doğru olmaz. Bu ihtimalde ise işçinin haklı olarak sözleşmesini feshettiği sonucuna varılmalıdır.

İstifa belgesine dayanılmakla birlikte işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması, Türkiye İş Kurumu'na yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi gibi çelişkili durumlarda, her bir somut olay yönünden bu çelişkinin istifanın geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yöne bulunmamaktadır. Bu halde de istifanın ardındaki gerçek durum araştırılmalıdır.

İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olmadığı gibi, ihbar ve kıdem taz-

minatlarına da hak kazanılamaz. Bundan başka işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi yükümü ortaya çıkabileceğinden istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerekir. İmzaya itiraz ya da metin kısmına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmelidir.

Somut olayda, davalı işveren işyerinde depo sorumlusu olarak çalışan davacının, "S. Turizm Hizmetleri ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti.den aralık 11.2010 tarihinde kendi rızamla işten ayrılmak istiyorum" şeklindeki el yazısı ile yazıp imzalayarak işverene verdiği istifa dilekçesi üzerine işten ayrıldığı; yine davacı tarafından imzalanan ibranamede de "iş akdimi kendi isteğimle feshetmiş bulunmaktayım" şeklinde bir açıklamaya yer verildiği anlaşılmaktadır. Davacı ise iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ve istifa dilekçesinin zorla imzalattırıldığını iddia etmiş olup, yargılamanın hiçbir aşamasında ödenmeyen işçilik alacakları nedeni ile iş sözleşmesini haklı olarak feshettiğini iddia etmediği gibi, istifa dilekçesinin irade fesadı ile baskı altında alındığı da yöntemince ispatlanamadığına göre, iş sözleşmesinin haklı bir neden yokken işçi tarafından feshedildiğinin kabulü dosya içeriğine daha uygun düşecektir. İş sözleşmesini haklı bir neden olmadan fesheden işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağından, bu isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3-Davacının hizmet süresi hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı, davalı işverene ait işyerinde 01.02.2004 tarihinde işe başladığını iddia etmiş, davalı ise davacının tüm çalışmasının SGK'ya bildirildiğini ve SGK kayıtlarında olduğu gibi davacının 02.08.2004 tarihinde işe başladığını savunmuştur. Davacı tanıkları husumetli olup davacının 2004 yılında işe girdiğini bildiklerini ancak yılın hangi ayında başladığını bilmediklerini beyan etmişlerdir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise, hizmet süresinin başlangıcı olarak 01.07.2004 tarihi esas alınmıştır. Davacı iddiasını yöntemince ispatlayamadığından Kurum kayıtları nazara alınarak davacının 02.08.2004 tarihinde işe başladığı kabul edilmeli ve hüküm altına alınan alacak yönünden gerekirse ek bilirkişi raporu aldırılmalıdır. Eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın , yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 02.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KIDEM TAZMİNATI • HESABA ESAS ÜCRET • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Kıdem tazminatı işçinin son aldığı brüt ücrete göre hesaplanır. Bu ücrete parayla ölçülen tüm sosyal yardımlar da ilave edilir.

Ücretin miktarı ile ekleri gibi konularda ispat yükü işçiye aittir.*

Y. 9. HD. E: 2011/50314 K: 2014/176 T: 13.01.2014

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücret, işçinin son ücretidir. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesinin feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesihte önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücreti esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ve ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından, iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, işçinin brüt ücretidir. O halde, kıdem tazminatı, işçinin fiilen eline geçen ücreti üzerinden değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmaksızın belirlenen brüt ücret göz önünde tutularak hesaplanır.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası prim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.

---

* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar, Bursa Barosu

Dairemiz kararlarında, ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin, tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir (9.HD. 29.9.2005 gün 2005/342 E, 2005/31714 K., Yargıtay 9.H.D. 12.4.1999 gün 1999/5910 E, 1999/7119 K.). Dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından, yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesi yerindedir. Örneğin tır şoförünün yıl içinde aldığı sefer (yol) primi sürekli değişiklik gösterebilir ve belli bir dönemin hesaplamada esas alınması zorluk taşıyabilir. Öte yandan, işçiye dini bayramlarda yılda iki kez ödenen harçlığın belli bir dönem için yapıldığını söylemek pek olası değildir. Burada yıllık ödeme tutarının 365 rakamına bölünmesi yerinde olur. Son olarak belirtmek gerekir ki, yılda bir kez yapılan parasal yardımların (yakacak yardımı gibi) tazminata esas ücrete yansıtılacağı ve yıllık tutarın 365'e bölünmesi suretiyle gerçekleştirileceği tartışmasızdır.

Somut olayda; davacı vekili müvekkiline yemek servis ve erzak yardımları yapıldığını, giydirilmiş ücretin hesaplanması sırasında bu yardımların da dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüş; davalı vekili ise sosyal yardımlar konusunda herhangi bir beyanda bulunmamıştır. Yerel mahkemece; işçiye yemek, servis ve erzak yardımlarında bulunulduğunun kabulü ile giydirilmiş ücret miktarını hesaplayan bilirkişi raporuna itibar edilerek kıdem tazminatı alacağı hüküm altına alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmış olup, kural olarak ücretin miktarı ile ekleri gibi konularda ispat yükü işçiye aittir. Davacı işçinin yemek, servis ve erzak yardımlarından yararlandığını ispat edemediği gözetilmeksizin, kıdem tazminatı hesaplanırken giydirilmiş ücret miktarına bu yardımların da eklenerek sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL İŞVEREN • ALT İŞVEREN • TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Y. 9. HD. E.2013/10902 K.2014/5507 T.24.02.2014

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalı Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ait işyerinde davalı B.Şehir Belediyesi tarafından kurulan ve iştiraki olan diğer davalı şirket işçisi olarak 24 saat çalışma 48 saat dinlenme esası ile çalışan davacının sendikaya üye olduğunu, her iki davalının da aynı işkolunda faaliyet gösterdiğini, sendikanın davalı B. için Toplu İş Sözleşmesi bağıtlanması için yetki başvurusu üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce 2822 sayılı kanunu 3.maddesindeki "kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır" kuralı gereğince ayrı bir Toplu İş Sözleşmesi imzalanmasına gerek olmadığına ve B.şirket işçisi olarak itfaiye işinde çalışan ve davalı B.Şehir Belediye Başkanlığı'nın taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesinde yararlandırılması gerektiğinin tespit edildiğini, bu tespit üzerine davalılara başvuruda bulunduklarını, ancak davalıların Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırmadığını, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, ihbar tazminatı ödenmediğini belirterek, ihbar tazminatı ile fazla mesai ve Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan

alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Belediye Başkanlığı vekili husumet ve zamanaşımı itirazı yanında, davalı B. şirketinin işletme düzeyinde imzalanan Toplu İş Sözleşmesinde kapsam içinde olan işyerlerinden olmadığını belirtirken, diğer davalı B.şirket vekili ise davacının ihale ile alınan iş kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edildiğini, iş ilişkisinin geçerli nedenlerin ortaya çıkmasından son bulduğunu, şirketin dava dilekçesinde iddia olunan TİS'in tarafı olmadığından davacının TİS hükümlerinden yararlanamayacağını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, davacının yapmış olduğu itfaiyecilik işinin sürekli bir iş olduğu, İş Kanunu 11.maddesi kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirir objektif nedenler olmadığı gibi belirli bir işin tamamlanması olgularının da olmadığı, ayrıca işin mahiyeti gereği sürekli yenilenen iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü davacının iş sözleşmesinin ihale bitimi sonunda feshedildiği, davacının alt işveren B.A.Ş.'nin işçisi olarak asıl işveren davalı Belediye nezdinde İtfaiye Müdürlüğünde itfaiyeci olarak çalıştığı, ihaleyi kaybeden davalı şirket tarafından tazminata hak kazanacak şekilde iş akdine son verildiği, davacının davalı Belediye ile Belediye-İş Sendikası arasında akdedilen TİS hükümlerinden yararlanması gerektiği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından ikramiye ve ilave tediyenin hükme esas bilirkişi raporunda 90 gün hesaplandığını oysa 52 gün ilave tediye ve iki ayda 60 gün ikramiye olmak üzere 112 gün hesaplanması gerektiği, ayrıca davalılar arasında muvazaa olduğunu asıl işin verildiği gerekçesi ile davalılar vekilleri tarafından ise cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide

asıl veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. "Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin muvzaalı işleme dayandığı kabul edilerek altı işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde,

Biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı,

Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları,

Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı;

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,

Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,

İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,

Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekono-

mik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

1960 yılında Türkiye tarafından onaylanan 194 sayılı Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteallik Sözleşmenin hükümlerine göre kamudan iş alan işverenler, çalıştırdıkları işçilere, sendika üyesi olup olmadıklarına bakmaksızın, işkolunda geçerli olan toplu iş sözleşmesindeki hakları uygulamak zorundadır.

Diğer taraftan davacının sendikaya üye olduğu ve iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte 2822 sayılı TİSGLK'un 3. Maddesi 1 ve 2. Fıkralarına göre "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir. Bir gerçek ve tüzelkişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir.Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır."

Dosya içeriğine göre davacının üyesi olduğu sendika ile davalı B.Şehir Belediye Başkanlığı arasında uzun süredir yenilenen işletme düzeyinde Toplu İş Sözleşmeleri imzalandığı, davalı B.'ın sicil kayıtlarına göre aynı TİS kapsamında davalı Belediye iştiraki olarak bulunurken, unvan ve faaliyet alanı değişikliği üzerine daha sonra imzalanan Toplu İş Sözleşmeleri kapsamından çıkarıldığı, ancak adı geçen davalı şirketin iş kolunun "genel işler" olarak tespit edildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği, davacının üyesi sendikanın sözleşme yapmak için başvurusu üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından 2822 Sayılı Kanun'un 3. Maddesindeki düzenlemeye atıf yapılarak davalı şirketin işletme toplu iş sözleşmesine taraf Belediye'nin iştiraki olduğu ve aynı işletme içinde yer aldığı, bu nedenle ayrı bir sözleşme imzalanması gerekmediği, sendika üyesi davacının bu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiğinin tespit edildiği, 01.09.2008 tarihinde sendikaya üye olan davacının 08.09.2008 tarihinde imzalanan Toplu İş Sözleşmesinden faydalanmak üzere sendika vasıtası ile 24.04.2009 tarihinde başvurduğu, ancak kapsam dışında işyeri olması nedeni ile davalıların yararlandırmadığı, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının iş sözleşmesinin feshi üzerine bir miktar kıdem tazminatı ödendiği, ancak ihbar tazminatı ödenmediği anlaşılmaktadır.

Davalılar arasında imzalanan sözleşme incelendiğinde de, sözleşmenin "İtfaiye Daire Başkanlığı Personel Hizmet Alımı" adı altında düzenlen-

diği, itfaiye araç ve gereçlerinin davalı Belediye Başkanlığına ait olduğu, davalı şirketin faaliyet alanine içerisinde itfaiye hizmeti bulunmadığı, bu anlamda bir organizasyona sahip olmadığı, personelin işe alımlarının ve çıkışlarının şirket yetkilileri tarafından değil, Belediye yetkilileri tarafından yapıldığı ve sözleşmenin işçilik teminine yönelik olduğu, hizmet alımı olmadığı, dolayısıyla davalılar arasında asıl – alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi kapsamında başlangıçtan itibaren Belediye işçisi sayılması gerektiği anlaşılmıştır.

Somut belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre;

1.Davalılar arasındaki sözleşmenin işçilik teminine yönelik olması, davacının başlangıçtan itibaren davalı Belediye işçisi sayılarak Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması doğru olduğu gibi, 2822 sayılı yasanın 3.maddesindeki düzenleme ile 94 sayılı İLO sözleşmesi hükümleri de dikkate alındığında isabetli olmuştur.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş sözleşmesi haksız feshedilen davacının 24 saat çalışma 48 saat dinlenme, 24 saat çalışmada sözleşme hükmüne göre 4 saat ara dinlenme yapılması esasına göre ihbar tazminatı ve fazla mesai ile Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının hüküm altına alınması yerinde olduğundan davalılar vekillerinin temyizinin reddine karar verilmiştir.

2. Davacılar vekilinin temyizine gelince;

Davacı işçi Toplu İş Sözleşmesi imzalanmadan sendikaya üye olduğundan 2822 Sayılı Kanun'un 9/2 maddesindeki "Toplu İş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden ……yararlanır" kuralı uyarınca yürürlük tarihi ile fesih tarihi arasında ikramiye ve ilave tediye alacağının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken, sendikanın başvurduğu 24.04.2009 tarihinden fesih tarihine kadar ilave tediye ve ikramiye alacağının eksik olarak hesaplanıp hüküm altına alınası hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşina alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 24.02.2014 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

EMEKLİ OLMAYA HAK KAZANAN İŞÇİ
•
KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün prim ödeme" şartlarını sağlayan ve emekli olmaya hak kazanan işçinin bu nedenle işyerinden ayrılması halinde kıdem tazminatı ödenecektir.

İşçinin işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlaması bu sonucu etkilemez.* **

Y. 9. HD. E: 2011/51535 K: 2014/52 T: 13.01.2014

Davacı, 17 yıllık sigortalılık ve 4739 gün prim ödemesi olduğunun Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bildirilmesi üzerine yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini feshettiğini iddia ederek, kıdem tazminatının ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının akdi feshettikten kısa bir süre sonra başka bir yerde işe başladığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının, gerçekte emekli olmak için değil başka bir yerde iş bulması sebebiyle akdi feshettiği ve kötüniyetli olduğu sonucuna varılarak, davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bent kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İş sözleşmesinin işçi tarafından yaşlılık aylığı tahsisi amacıyla feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem hakkının doğup doğmadığı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

*Dergimizin 2013/4.sayısında yayımlanan Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

**Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte olan 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum ve sandıktan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılması halinde, kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde anılan hüküm uyarınca, feih bildiriminde bulunulabilmesi için işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olması şarttır. Bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Böylece işçinin yaşlılık, emeklilik, mamullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı denetlenmiş olur. Öte yandan işçinin, sosyal güvenlik anlamında bu hakkı kazanmasının ardından, ilgili kurum ya da sandığa başvurmaksızın kıdem tazminatı talebiyle işyerinden ayrılması ve buy olla hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmiş olur. İşçi tarafından bağlı bulunduğu kurum ya da sandıktan tahsise ya da tahsis yapılabileceğine dair yazının işverene bildirildiği anda işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümü doğar. Faiz başlangıcında da bu tarih esas alınmalıdır.

Dairemizce daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli süresi içinde işçinin emeklilik için başvurması durumu, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sebebiyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde, feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsis talebinde bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından,

işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsis talebinde bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır.

4447 Sayılı Yasa'nın 45.maddesi ile 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasına (5) numaralı bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkanı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanamamış olsa da, anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle işyerinden ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak, işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için değinilen yasa hükmüne dayanması, yasal hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dairemiz, konuyla ilgili bir kararında, işçinin bir gün sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmasının, feshin anılan (5) numaralı bent hükmüne uygun olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır. (Yargıtay 9.HD. 4.4.2006 GÜN, 2006/2716 E., 2006/8547 K.)

Somut olayda davacı, davalıya ait işyerinde 29.05.2000 tarihinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışmaya başlamış, akit devam ederken 12.10.2010 günü, Yatırım Men. Değ. Şti.ne iş başvurusu yapmıştır.

Davacı, yaşlılık aylığını hak edip etmediğini 21.10.2010 günlü dilekçesi ile Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan sormuş ve Kurumun aynı tarihli yazısında 17 yıl sigortalı ve 4749 gün prim ödemesi olduğu belirtilmiştir.

Davacı, bunun üzerine, 25.10.2010 gününde iş sözleşmesinin yaşlılık aylığı amacıyla feshettiğini davalıya bildirmiş ve davalı işyerindeki iş sözleşmesi bu tarihte sona ermiştir.

Davacı, 01.11.2010 gününde Yatırım Men. Değ. Şti.nde çalışmaya başlamıştır.

Mahkemece, davacının, gerçekte emekli olmak için değil başka bir yerde iş bulması sebebiyle akdi feshettiği ve kötüniyetli olduğu kanaatine varılarak, davanın reddine karar verilmiştir.

Somut olayda davacı, 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrası (5) numaralı bendi uyarınca on beş yıl sigortalılık ve 3600 gün prim günü şartlarını sağladığı için 25.10.2010 tarihli dilekçesi ile işyerinden ayrılmış, 01.11.2010 günü başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlamıştır. Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüniyetli kullanılması olarak değerlendirilemez. Davacı, Kanunun kendisine verdiği yasal hakkını kullanmıştır. Kanunda tanınan bu hakkın amacı, işyerinde çalışarak yıpranan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlayan işçinin, emeklilik için bir yaşı beklemesine gerek olmadan iş sözleşmesini aktif sonlandırabilmesine imkan tanımaktır. Bu nedenle davacının, davasının kabulü ile kıdem tazminatının ödenmesine karar verilmesi gerekirken, mahkemece, hatalı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.01.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

İŞGÜCÜ KAYBININ TESPİTİ
•
İZLENECEK YOL

ÖZET: İşgücü kaybının tespitinde Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.*

Y. 10. HD. E. 2011/1446 K: 2011/2295 T: 24.02.2011

Davacı, görme kaybı bulunduğu gerekçesiyle, tahsis talebinde bulunduğu 16.05.2006 tarihinden itibaren, 506 Sayılı Kanun'un 53 ve devamı maddeleri uyarınca maluliyet aylığına hak kazandığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Davanın kabulüne ilişkin ilk karar. Dairemizin 08.12.2009 tarih 13910/18241 Sayılı ilamı ile; Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu ile Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporları arasındaki çelişkinin 506 Sayılı Kanun'un 109.maddesindeki prosedür çerçevesinde giderilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemece, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Hastanesinin Göz ve Nöroloji Ana Bilim Dalı Öğretim üyelerinden oluşan kurul tarafından tanzim edilen 30.07.2010 tarihli rapor hükme esas alınmış ise de; muayene bulguları sayılarak görsel işlev kaybının %53 olduğuna ilişkin belirlemelerle yetinilen söz konusu raporda, Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü çerçevesinde bir değerlendirme ve davacının çalışma güç kaybı oranına ilişkin bir tespit yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu sebeple Mahkemece, Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğünün 10.maddesinin "Göz Hastalıkları ve Görme Arızalarına İlişkin "B" alt bendi de nazara alınarak, davacının arızasının çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş sayılmasını gerektirir düzeyde olup olmadığı hususlarda anılan kuruldan ek rapor alınarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan Yargıtay 4 ve 17. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarda açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA** 24.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMUN ÖDEYECEĞİ TEDAVİ GİDERLERİ
•
TESPİT DAVASI

ÖZET: Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı alan ve Genel Sağlık Sigortası kapsamında bulunan sigortalının Kurumun ödemekle yükümlü olduğu tedavi giderlerinin miktarını belirlemek için "Tespit Davası" açabilmesi mümkündür.* **

Y.10. HD. E: 2010/11172 K: 2012/2874 T: 21.02.2012

Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta iken 17.11.2008 tarihinde beyin kanaması tanısıyla Düzce Özel Sivrikaya Hastanesinde tedaviye alınan ancak yakınlarının isteği üzerine anılan özel hastaneye ait ambulansla doktor ve hemşire nezaretinde aynı gün Sosyal Güvenlik Kurumu ile anlaşması bulunmayan Şişli Florence Nıghtıngale Hastanesine sevkedilen ve durumunun ağırlaşması üzerine 19.11.2008-17.12.2008 tarihleri arasında yoğun bakım ünitesinde tedavi edildikten sonra, 17.12.2008 tarihinde Kurumla anlaşması bulunan Özel Balat Hastanesine sevkedilen davacı, anılan hastanede yapılan tedavi giderlerinin Kurumca karşılanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiş olmasına göre, uyuşmazlık, böyle bir tespit davasının açılıp açılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlük başlıklı 451. maddesinde "Bu Kanun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girer." Zaman bakımından uygulama başlıklı 448. maddesinde "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır." Hükmünü öngörmekte olup, eldeki dava temyiz aşamasında bulunduğundan 6100 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasında yasal zorunluluk vardır. Bu kural, hakların himayesi bakımından daha lehe hükümlerin

* Gönderen: Av. Ertuğrul Sakaoğlu, Kocaeli Barosu

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan 25.12.2013 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

öngörüldüğünün kabul edilmesi gereken yeni usul hükümlerinin devam etmekte olan davalar bakımından da hemen uygulanmaya başlanması düşüncesine dayanır.

6100 Sayılı Kanun, kısmi davaya ilişkin genel hüküm olan 109.madde yanında, kısmi davanın bir türü olarak belirsiz alacak davası müessesesini ihdas etmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davası başlıklı 107.maddede "davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." Hükmü öngörülmüştür.

Açıklanan yasal düzenlemelerin ışığı altında somut olaya baktığımızda, Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta olan davacının Genel Sağlık Sigortası kapsamında bulunduğu çekişmesiz olup, tedavinin özel sağlık kuruluşunda yapılması nedeniyle Kurum, tedavi giderlerinin aciliyet durumuna göre bir bölümünü ödemek durumundadır. Kurumca ödenecek miktar 107. madde kapsamında tam ve kesin olarak belirlenebilir nitelikte değildir. Bu nedenle kısmi davaya konu edilebilir ve 107/3 madde kapsamında tespit davası da açılabilir.

Mahkemece, yapılacak iş, işin esasına girilerek hastalık ve tedavinin niteliğine göre aciliyet ve hayati tehlike durumu incelenerek belirlenecek miktar üzerinden Kurumun sorumluluğuna karar vermekten ibaret olup, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, Üyeler, F.A. ve T.A.'nın muhalefetlerine karşı; Başkan S.C., Üyeler, A.C. ve Ç.Ş.'in oylarıyla ve oyçokluğuyla 21.02.2012 gününde karar verildi.

KARŞI OY

Tespit davaları, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Bu davaların işlevi, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespiti olup, bundan öteye gitmez. Henüz şartları oluşmadığı için açılmayan eda davası için ilerideki hukuki ilişkinin belli edilmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir.

Tespit davasının dinlenebilmesi için diğer genel dava şartlarından başka, iki ek şartın daha bulunması gerekir: Tespit davasının konusu yalnız hak ve hukuki ilişkiler olabilir; davacının bu hak veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının hemen tespit edilmesinde (güncel bir) hukuki yararı bulunmalıdır. Bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu, tespit davası açılabilmesi için yalnız başına yeterli değildir. Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması ise üç şartın birlikte varlığına bağlıdır.

Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunması; yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebir icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Davacının tespit davası ile istediği hukuki koruma diğer dava çeşitlerinden birisi ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur. Bu şartların bulunmaması halinde tespit davası dinlenmez, davanın usulden (dava şartı yokluğundan) reddi gerekir.

6100 sayılı HMK açısından değerlendirme yapılması halinde ise, açılacak davanın miktarı biliniyor ya da tespit edilebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılamaz. Talep sonucunun belirlenememesi iki halde mümkündür: Dava açarken talep sonucunun belirlenmesi imkansızdır; davacının dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Ancak m.107/3'de bu konuda bir istisna getirilmiştir. Böylelikle dava açarken talep sonucunu belirleyemeyen davacı dilerse belirsiz alacak davası açabilecek, dilerse kısmi dava ile birlikte alacağın geri kalan kısmının tespitini isteyebilecek ve yine dilerse alacağın tümünün belirlenebilmesi için bir tespit davası açabilecektir.

Davada istem, özel bir Hastanedeki acil-yoğun bakım ünitesindeki tedavi giderlerinin SGK sağlık güvencesiyle karşılanması gerektiğinin tespiti şeklinde özetlenmiştir. 05.05.2010 günlü dilekçede ise, tıbbi bir kurul tarafından yapılacak inceleme ile davacının yoğun bakım durumunun ve süresinin tespiti ile bu dönemdeki sağlık harcamalarının SUT doğrultusunda davalı Kurum tarafından ödenmesi gerektiğinin tespiti istemi dile getirilmektedir.

6100 sayılı HMK hükümleri uyarınca da icrai etkisi bulunmayan ve hukuki ilişkiyi belirlemeye yarayan tespit davasının, somut uyuşmazlıkta gözetildiğinde, açılmasında hukuki yarar bulunduğunun kabulü, etkin hukuki koruma yada hak arama özgürlüğü kavramları ile de açıklanamaz.

Tespit davasına konu bulunan sağlık harcaması faturası 129.665 TL.bedel içermektedir. Davacının, (Bağ-Kur kapsamında) genel sağlık sigortasından, Kanun, Yönetmelik ve SUT hükümleri doğrultusunda yararlanmakta olduğu yönünde bir çekişme bulunmamaktadır. Bedelin bilinemezliğinden de söz edilemez.

Bu davanın incelenmesi halinde, eda davaları ile tespit davaları arasında elde edilecek hukuki koruma açısından bir fark kalmayacaktır. Bununda ötesinde, maktu harç ödenerek eda kararı etkisine sahip ilamların elde edilmesi sonucu doğacaktır.

Yerel mahkemenin bu gerekçelere dayalı kararının onanması gerektiği görüşü ile sayın çoğunluğun bozma kararına katılamıyoruz.

TRAFİK KAZASINDA YARALANMA
•
TEDAVİ GİDERLERİ

ÖZET: Trafik kazasında yaralanan sigortalının tedavi giderleri SGK tarafından karşılanır.

Bu noktada, SGK'nın; sigorta şirketlerine, güvence hesabına, sürücüye ve işletene karşı rücu hakkı bulunmamaktadır.*

Y. 10. HD. E: 2013/18707 K: 2013/17896 T: 01.10.2013

Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2013 gün 2012/10-1156 E. 2013/339 K.sayılı kararında da belirtildiği üzere, …..6111 sayılı Kanunun 59.maddesi ile 2918 sayılı Kanunun 98.maddesinde yapılan değişiklik ve 6111 sayılı Kanunun Geçici 1.maddeleri birlikte gözetildiğinde; Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana gelen trafik kazalarında, 2918 sayılı Kanunun 98.maddenin 2. Fıkrası düzenlemesinden, primlerin aktarılmamış olması halinde sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı'nın sorumluluğunun devam edeceği anlamının çıkarılabileceği görülmekte ise de, bu hükmün aynı maddenin 3. Fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde; maddenin, sigorta şirketleri ve Güvence Hesabına eski hükümlere göre, rücu hakkı verdiği şeklinde değil, süresinde aktarılmayan primleri tahsil için takip yapabilme yetkisini verdiği, dolayısıyla sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının, yapacağı aktarım ile prim aktarma borçlarının sona ereceği şeklinde anlaşılması gerekir. Buna karşılık aktarımın yapılmaması halinde, Kurumun sigorta şirketine, Güvence Hesabına, işletene ve şoföre rücu hakkının devam edeceği şeklindeki düşünce, Kanunun amacına uygun düşmeyecektir.

Özellikle Yasa'da aktarım için üç yıllık bir sürenin öngörülmüş olması nedeni ile, aktarımın yapıldığı tarihe kadar sorumluluğun devam edeceğinin kabulü, 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 1.maddede düzenlenen geçmiş dönemlerin prim ve katkı paylarının aktarımı hükmü fiilen uygulanamaz hale gelecektir. Bunun sonucunda da Kurum, geçmiş dönem için hem primleri ve katkı paylarını tahsil ederken aynı zamanda, zararını rücuan tahsil edebileceği için sebepsiz zenginleşebilecektir…

Sonuç olarak, Kurumun, süresinde aktarılmayan prim ve katkı pay-

* Dergimizin 2013/5 sayısının 539.s ayfasında yayımlanan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

ları için sigorta şirketlerine karşı 5510 Sayılı Kanun'un 89. maddesine göre takip yaparak tahsil yetkisi bulunduğu gözetildiğinde, trafik kazası nedeniyle sigortalıya yapılan tedavi giderleri için 6111 Sayılı Kanun'un 59.maddesi ile 2918 Sayılı Kanun'un 98. maddesinde yapılan değişikliğin yürürlük tarihi olan 25.02.2011 tarihinden itibaren, sigorta şirketlerine, Güvence Hesabına, sürücü ve işletene karşı, Kurumun rücu hakkının sona erdiğinin kabulü gerekir…"

Yukarıda belirtilen açıklamalar karşısında, bozma ilamımızda belirttiğimiz yasal düzenlemeler sonrasında, trafik kazaları sonucu genel sağlık sigortalılarına yapılan sağlık giderlerinin zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi limiti kapsamında kalan kısmı yönünden Kurumun rücu imkanının kalmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılar M.T. ve K. Devlet Hast. İzafeten Sağlık Bakanlığı vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle hükmün **BOZULMASINA,** 01.10.2013 tarihinde temyiz harcının istek halinde davalılardan M.T.'e iadesine oybirliğiyle karar verildi.

VAKIFLARA TABİ ÇALIŞMASI OLANLAR
•
VAKIFLARDAN EMEKLİLİK
•
EMEKLİ SANDIĞI VAKFI NİTELİĞİ

ÖZET: Davalı vakfın 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi bulunmadığı, Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre kurulduğu, taraflar arasında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir sosyal güvenlik ilişkisi bulunmadığı, ortada iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında bir uyuşmazlığın bulunmadığı vakıf senedinin uygulanmasından doğan davalara bakma görevinin genel mahkemelere ait olduğu düşünülmeksizin, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilip yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Y. 10. HD. E: 2013/14595 K: 2013/19203 T: 28.10.2013

Dava, 01.05.1989-01.01.1996 dönemindeki çalışmalar gözetilerek emeklilik aylığının ödenmesi gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalılar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi H.K. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen geçici 3. madde atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 435. maddesinde sayalı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Müstahdem

ve İşçiler lehine yardım akçesi" başlıklı 468. maddesi hükmü uyarınca; "Esas mukavelede şirketin müstahdem ve işçileri için yardım sandıkları ve sair yardım teşkilatı kurulmsaı ve idamesi maksadiyle akçe ayrılması derpiş olunabilir. Yardım maksadına tahsis olunan para ve diğer mallar, şirket mallarından ayrılarak bunlarla Medeni Kanun hükümleri dairesinde bir tesis (vakıf) meydana getirilir."

13.07.1967 tarih ve 903 Sayılı Kanun'un 1.maddesiyle 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne eklenen "İstihdam Edilenlere ve İşçilere Yardım Vakıfları" başlıklı 77/A maddesi ile getirilen düzenleme uyarınca; "Türk Ticaret Kanununun 468.maddesi gereğince kurulan istihdam edilenler ve işçilere yardım vakıfları ayrıca aşağıdaki hükümlere tabidirler." Denmekte olup, maddenin son fıkrasında "Faydalananlar vakfa aidat ödedikleri veya vakıf düzenliyen hükümler onlara edayı talep hususunda bir hak bahşettiği takdirde, vakfın edalarını dava yoliyle..." talep edebilecekleri hükme bağlanmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakfı" başlıklı 110. maddesi de benzer bir düzenleme içermekte olup; "Yararlananların, vakfın edimlerinin yerine getirilmesini dava yoluyla" isteyebilecekleri belirtilmektedir.

17.07.1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi üzerine "Bankalar, Sigorta şirketleri, ticaret ve sanayi odaları ve borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personelinin malullük, yaşlılık ve ölümlerinde yardım yapmak üzere bu kanunun yayımı tarihine kadar tesis veya dernek olarak kurulmuş bulunan sandıklar, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren "…. Bu personelin, iş kazalarıyle meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az ub kanunda belirtilen yardımları sağlıyacak, birer tesis (vakıf) haline getirildikleri takdirde, bu teşekküllerin ve sandıkların personeli 506 Sayılı Kanun uygulanmasında sigortalı sayılmayacakları belirtilmektedir.

İşlevi, tıpkı Sosyal Güvenlik Kurumu (devredilen SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı) gibi emeklilik sandığı niteliğinde bulunan bu vakıflar dışında bulunan, Türk Ticaret Kanunu 468. maddesi hükmü dikkate alınarak, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 77/A maddesi uyarınca tesis (vakıf) şeklinde yapılandırılan ve "munzam sandık-vakıf" olarak ifade de edilen yardımlaşma sandıklarından yararlananlara dava hakkı da anılan Medeni Kanun hükümleriyle tanınmıştır.

Bu tür "munzam sandık-vakıf'lara ilişkin olarak, 506 sayılı Sosyal Si-

gortalar Kanununun "Yardımlaşma sandıkları" başlıklı 128.maddesinde; "Sigortalı çalıştırılan her türlü işlerde ve işyerlerinde, herhangi ad altında kurulmuş veya kurulacak olan borç verme, emekli ve yardım sandıkları ve benzerleri, faaliyetlerine ve kuruluş amaçlarına göre ilgililere menfaatler sağlamaya devam edebilir" ifadeleriyle yer verilmiş olması, 1964 yılında kabul edilen 506 Sayılı Kanunun Geçici 20. maddesinde tanımlanan, emeklilik sandığı niteliğinde bulunan vakıflar gibi bir yeniden yapılanma sürecine girip-girmeyecekleri yönünde oluşan tereddütleri gidermeye yönelik olup, amacı; "İş kazalariyle meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde bu kanunda yazılı şartlarla sosyal sigorta yardımları" sağlımık olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun, "uyuşmazlıkların çözüm yeri"ni düzenleyen 134.maddesindeki "Bu kanunun uygulanmasında doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelirinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür." Hükmü kapsamında ele alınarak, yardımlaşma sandıklarınca sağlanan, bir ekonomik, mali değerle ifade edilen yardımların dahi, sigorta kollarından sağlanan yardımlar gibi ele alınmasında yasaca olanak bulunmamaktadır.

Kaldı ki, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda da "yardımlaşma sandıkları" na ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmeyerek bu yönde oluşan tereddütler giderilmiştir.

Davalı vakfın, Türk Ticaret Kanunu'nda ifade edilen olanaktan yararlanmak üzere, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 77/A maddesi uyarınca kurularak, yararlananlarına belirli şartlar altında ekonomik ve mali olanaklar sağlamayı amaçladığı, 506 Sayılı Kanun'un Geçici 20. maddesinde tanımlanan nitelikte emekli sandığı vakfı niteliğinde bulunmadığı, Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 29.06.2000 gün ve 24094 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Uygulanmasına ilişkin 2 Nolu Tebliği ekindeki "506 Sayılı Kanun'un Geçici 20. maddesine Tabi Özel Emekli Sandıkları" başlıklı listed de davalı vakfın adının geçmediği anlaşılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.2006 gün 2006/18-820 Esas, 810 Karar, 29.09.2010 gün 2010/10-382 Esas, 441 Karar, 29.04.2011 gün 2010/10-548 E, 11/257 K.sayılı kararlarında da belirtildiği gibi; davalı vakfın 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi bulunmadığı, Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre kurulduğu, taraflar arasında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir sosyal güvenlik ilişkisi bulunmadığı, ortada iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında bir uyuşmazlığın

bulunmadığı vakıf senedinin uygulanmasından doğan davalara bakma görevinin genel mahkemelere ait olduğu düşünülmeksizin, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilip yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmesi ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 28.10.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

KISITLI ADINA AÇILAN DAVA • İZİN KOŞULU • VASİLİK SÜRESİ

ÖZET: Kısıtlı adına dava açılabilmesi için vesayet makamından izin alınması gerekir.

Bu izin dava açıldıktan sonra da alınabilir.

Vasinin azledildiğine dair bir delil olmadıkça, yasada belirlenen iki yıllık sürenin geçtiğinden bahisle vasilik sıfatının sona ereceği kabul edilemez.*

Y. 11. HD. E: 2008/3068 K: 2009/7230 T: 04.06.2009

Davacı Vekili, kısıtlı olan müvekkilinin Emekli Sandığından sakatlık maaşı aldığını, maaş ödemelerinin davalı bankaca yapıldığını, müvekkiline atanan vasinin verdiği vekaletnameye dayalı olarak maaş tahsilatını kendisinin yaptığını, davalının vasisinin görev süresinin uzatılmaması nedeniyle ödeme yapmaktan çekindiğini ileri sürerek, hesapta bulunan 2.131.00 YTL'nin tahsili suretiyle muarazanın men'ine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, TMK'nın 456. maddesi uyarınca vasinin kural olarak iki yıl için atandığını, bu sürenin vesayet makamınca her defasında ikişer yıl uzatılabileceğini, aynı yasanın 480. maddesi uyarınca vasilik görevinin uzatılmaması halinde sürenin dolması ile sona ereceğinin belirtildiğini, davacı vekilinin vekaletnamesine dayanak vasilik kararının 25.10.1999 tarihli olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, vasilik kararının uzatıldığına dair ek kararın alınmadığı, ayrıca bu davanın açılması için vesayet makamından izin alınmadığı, bu koşullar yerine getirilmeden dava açma imkanının olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

* Gönderen: Av. Hulki Özel, Mersin Barosu

Dava, davalı banka aracılığı ile maaş alan kısıtlının, vasisinin görev süresinin uzatılmamasına dayalı olarak maaşının ödenmemesi nedeniyle, hesapta biriken paranın tahsili suretiyle muarazanın giderilmesi istemine ilişkindir.

TMK'nın 462/8 maddesi uyarınca, dava açmak için vesayet makamından izin alınması gereklidir. Dosya kapsamından davacı tarafın böyle bir izni aldığına dair delile rastlanmamıştır.

Bu durumda, mahkemece, dava açmaya izin alması için davacı tarafa süre verilmesi ve alınacak izin sonrasında davaya devamla işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davacı tarafa böyle bir süre verilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

Öte yandan TMK'nın 456.maddesi ile vasinin iki yıl için atanacağı kural olarak kabul edilmiştir. Bu kural emredici olmadığına ve kısıtlıya vasi olarak atanan A.T.nin bu görevinden azledildiğine dair bir delil de bulunmadığnıa göre, vasinin görev süresinin uzatıldığına dair ek karar alınmadığı gerekçesiyle de davanın reddi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcının isteği halinde temyiz edene iadesine, 04.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SENET ÜZERİNDEKİ İMZA İNCELEMESİNİN SONUCU GELMEDEN HÜKÜM KURULAMAZ

ÖZET: Dosya içeriğinden ve davacı vekilinin beyanlarından davacı hakkında Sultanbeyli 3.Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/881 Esas sayılı dosyası ile kamu davası açıldığı ve bu dosyanın davaya konu senet hakkında inceleme yapılmak üzere Adli Tıp Kurumu'na gönderildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53.maddesi hükümleri nazara alınarak ceza dosyasının neticesi beklenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Y. 11. HD. E: 2012/17903 K: 2013/15823 T: 16.09.2013

Taraflar arasında görülen davada İstanbul Anadolu 5. Asliye Hukuk (Sultanbeyli 1. Asliye Hukuk) Mahkemesince verilen 08.05.2012 tarih ve 2011/193-2012/875 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, 32.000 TL. bedelli bir senetten dolayı davalı aleyhine icra takibi yaptıklarını, davalının icra hukuk mahkemesi nezdinde yaptığı itiraz üzerine mahkemenin senette tahrifat yapıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verildiğini, ancak Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan rapor alınmadan verilen hükmün doğru olmadığını ileri sürerek Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan alınacak raporla birlikte alacağın tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, senetteki imza inkarı ve tahrifat iddiasının araştırıldığı icra hukuk mahkemesinin 2009/91 esas sayılı dosyasının temyiz edilmeksizin kesinleştiğini, anılan dosyada müvekkili lehine kötüniyet tazminatına hükmedildiğini, bu tazminatın tahsili için başlatılan takibe davacının iş bu davayı gerekçe gösterek itiraz ettiğini, bu sebeple davanın sadece takibi geciktirmek amacı taşıdığını, davacı hakkında sahte senet düzenleme

suçundan cezalandırılması talebi ile açılan kamu davasının devam ettiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, Sultanbeyli İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2009/91 Esas sayılı dosyası, Adli Tıp Kurumu raporları ve tüm dosya kapsamına göre, icra hukuk mahkemesinde alınan raporların yeterli olduğu, yeniden rapor alınmasına gerek bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1-Dosya içeriğinden ve davacı vekilinin beyanlarından davacı hakkında Sultanbeyli 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/881 Esas sayılı dosyası ile kamu davası açıldığı ve bu dosyanın davaya konu senet hakkında inceleme yapılmak üzere Adli Tıp Kurumu'na gönderildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hükümleri nazara alınarak ceza dosyasının neticesi beklenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

2-Bozma sebep ve şekline göre, davacı vekilinin sair, davalı vekilinin ise tüm temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenle, davacı vekilinin temyiz itirazınını kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** (2) nolu bentte açıklanan nedenle davacı vekilinin sair, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 16.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FRANCHİSE SÖZLEŞMESİ
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İtirazın iptali davası marka hukukuna dair değilse görev Asliye Hukuk Mahkemesinindir.*

Y. 11. HD. E: 2013/7608 K: 2013/20990 T: 20.01.2013

Taraflar arasında görülen davada Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 06.02.2013 tarih ve 2011/76-2013/26 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili; müvekkili ile davalı arasında 18.01.2007 tarihinde 01.02.2007 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli Franchise Sözleşmesi imzalandığını, sözleşmenin 4/4.maddesi uyarınca davalının her ay 100 USD+KDV'yi her ayın birinci iş günü döviz olarak ya da o günkü Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Efektif Satış Kuru TL. karşılığı olarak aidat bedelini ödemeyi borçlandığını, vadesinde aidat bedelinin iki ay üst üste ödenmemesi halinde o yıla ait aidat bedelinin muaccel olacağının kararlaştırıldığını, başlangıçta davalının kredi kartından tahsil edilmekte olan aidat bedeline ilişkin 01.02.2009 tarihli 195.88 TL.lik ve Nisan-Aralık 2009 dönemine ait dokuz aylık ile Ocak-Şubat 2001 dönemine ait aidat bedeli ve temerrüd faizlerini içeren 02.12.2010 tarihli 3.241.46 TL.'lik fatura bedelinin ödenmediğini, bunun üzerine müvekkil tarafından davalıya karşı Ankara 27. İcra Müdürlüğü'nün 2011/4735 esas sayılı takip dosyasında 18.03.2011 tarihinde 3.643.84 TL. alacak için ilamsız icra takibi yapıldığını, ödeme emrinin borçlu davalıya 30.03.2011 tarihinde tebliğ olunduğunu, borçlunun borcun tamamına faize ve takip ferilerine itiraz ettiğini ve takibin durduğunu, borçlunun takipten sonra 21.03.2011 tarihinde 973.00 TL.ödeme yaptığını, davalının icradaki borca itirazının haksız olduğunu, alacağın likit bulunduğunu ifade ederek davalının anılan takip dosyasındaki 3.643.84 TL. borca yaptığı itirazın iptaline, takibin devamına takip konusu alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

* Gönderen: Av. Sinem Türküner Moralar

Davalı vekili; müvekkilinin anılan sözleşme uyarınca davacı tarafa ödemeler yaptığını, takip konusu alacağın müvekkilinin borcu olmadığını ifade ederek, davanın reddine ve %40'dan aşağı olmamak üzere kötü niyet tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, takip konsuu borcun sözleşmeden doğduğu, sözleşmenin davacıya ait markanın davalı tarafından kullanımını da düzenlediği, 556 sayılı KHK hükümlerinin düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan itirazın iptali davalarında görevli mahkemenin Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri olduğu, taraflar arasında 28.01.2007 tarihinde marka kullanımını da konu alan franchise sözleşmesi imzalandığı, sözleşme uyarınca davalının davacıya her ay 100 USD veya karşılığını Türk Parası olarak ödeme borcu altına girdiği, davalının davacıya bir kısım ödemeler yaptığı, davacının sözleşmenin devam ettiği süre zarfında yapılması gereken ödemelerin eksik yapıldığını iddia ettiği, davalının ise böyle bir iddiayı kabul etmediği, benimsenen ikinci bilirkişi raporu kapsamına göre, davacının davalıdan takip tarihinden evvel 3.588.97 TL.alacağının bulunduğu, davacının bu miktar için davalıya karşı icra takibinde bulunduğu, icra takibinden sonra ve fakat ödeme emrinin tebliğinden önce davalının davacıya 973.00 TL.ödediği, borcun 2.615.97 TL.'ye düştüğü ödeme emrinin davalıya tebliğ edildiği, davalının itirazda bulunduğu ve takibin durduğu, anılan miktar kadar davalının borçlu olduğu, itirazın iptali davasının yapılan ödeme gözetilerek ve ödeme düşüldükten sonra kalan miktar üzerinden açılmasının gerektiği, şu hale göre davalının itirazının 2.615.97 TL.için haksız olduğu, bu nedenle anılan miktar için itirazının iptaline ve takibin devamına karar verilmesinin gerektiği, takip konusu alacağın likit olduğu, bu nedenle İcra İflas Kanunu'nun 67.maddesi uyarınca anılan alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsilinin gerektiği, fazlaya yönelik istemin reddinin icap ettiği, ancak reddedilen miktar yönünden davacının icra takibi ve davada kötüniyetli olmadığı anlaşıldığı, davalının icra inkar tazminatı isteminin kabulüne de olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile Ankara 27. İcra Müdürlüğü'nün 2011/4735 esas sayılı icra takip dosyasında davalının gerçekleştirmiş olduğu itirazın 2.615.97 TL.asıl alacak için iptaline, takibin 2.615.97 TL. için devamına karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, 18.01.2007 tarihli franchise sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla başlatılan takibe yapılan itirazın iptali davasıdır. Mahkemece davada Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görevli

olduğu belirtilerek davanın esasına girilmiş ve davanın kısmen kabulü ile itirazın kısmen iptaline ve kabul edilen kısım üzerinden davalı aleyhine %40 oranında icra inkar tazminatının davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

556 sayılı KHK'nın 71/1 maddesi "Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hakimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler." Hükmüne amirdir. Ayrıca 5846 Sayılı Yasa'dan doğan haklar ile 551, 555, 554 sayılı KHK'lardan doğan haklara ilişkin uyuşmazlıkları çözme görevi de ihtisas mahkemelerine bırakılmıştır.

Davacı, dava dilekçesinde taraflar arasında imzalanan Franchise Sözleşmesinin 4.4 maddesi uyarınca kararlaştırılan aidat bedelinin ödenmediğini ve bu sebeple takibe girişildiğini açıklamıştır. Dosyada mevcut Franchise Sözleşmesi hükümleri ve dava dosyası içerisinde tarafların iddia ve savunmaları itibariyle, davacı tarafça sözkonusu sözleşme kapsamında 556 sayılı KHK'dan kaynaklanan bir hak sahipliği veya marka hakkına tecavüzden ya da anılan KHK'da düzenlenen lisans vb. Diğer hususlardan kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğu ileri sürülmediği gibi, uyuşmazlığın niteliği itibariyle işbu davada 5846 sayılı FSEK ve 551, 554 ve 555 sayılı KHK hükümlerinin de uygulama yeri bulunmamaktadır.

Bu durumda davaya bakmakla görevli mahkemenin genel mahkemeler olduğu gözetilmeksizin işin esasına girilerek kısmen kabul kararı verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

2-Bozma sebep ve şekline göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle kararın bozulmasına, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle bozma sebep ve şekline göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞIMA SÖZLEŞMESİ
•
TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

ÖZET: Taşıyıcının yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için yükleme ve istiflemeyi basiretli bir taşıyıcı gibi gözetmesi, hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması, yükün yüksekliğiyle ile birlikte aracın yüksekliğini, geçilecek yerdeki yükseklik sınırının kontrol etmesi ve yükün güvenle taşınabilmesi için gereken her türlü tedbirleri alması gerekir.

Y. 11. HD. E: 2012/17577 K: 2013/18544 T: 23.10.2013

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 32. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 11.10.2011 tarih ve 2011/101-2011/25 sayılı kararın yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilmiş olduğu anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirkete nakliyat emtia sigorta poliçesiyle sigortalı bulunan iş makinasının davalı nakliyat şirketi olan taşıyanın aynı zamanda maliki bulunduğu araç ile İstanbul'dan Zonguldak'a taşınması sırasında davalı sürücünün kusuruyla meydana gelen trafik kazası sebebiyle hasarlandığını, davalı taşıyana ait aracın davalı G.Sigorta A.Ş'ye yurtiçi taşıyıcı sorumluluk sigortası ile sigortalı olduğunu, tespit edilen 50.608,84 TL hasar bedelinin davacı tarafından sigortalısına ödendiğini ileri sürerek, 50.608,84 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı E. Turizm Gıda İnş. Nakl. Dış Tic. Ltd. Şti vekili, kazanın demiryolu köprüsünün gabarisinin düşük olması sebebiyle meydana geldiğini, istiab haddi ve gabarinin aşılmadığını, iş makinesinin kamyona yüklenmesinin gönderen tarafından yapıldığını, bu durumda taşıyıcının sorumluluğunun ortadan kalktığını, araç sürücülerinin yoğun trafikte köprünün gabari levhasını göremeyeceklerini, kusurun KTK'nın 86. Maddesi gereğince TCDD ve Zonguldak Belediyesi'nde olduğunu savunarak, davanın rettini istemiştir.

Davalı G. Sigorta vekili, Davalı E.Turizm Gıda İnş. Nakl. Dış Tic. Ltd. Şti'nin nakliyelerinde meydana gelecek hasar ve ziyaların 30.000,00 TL sigorta bedeliyle sigorta himayesine alındığını, kamyon klozuyla verilen teminatlarda istiab haddini aşan, gabari dışı yüklemelerin sigorta kapsamına dahil olmadığını, yükleme/boşaltma hasarları ile emniyeti suistimal hasarlarında muafiyet uygulanacağını savunmuştur.

Diğer davalı yargılamaya katılmamış, davaya cevaplarını bildirmemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; yükte meydana gelen hasardan davalı sürücünün %40 oranında kusurlu bulunduğunu, toplam hasar bedelinin 42.888,42 TL olduğu gerekçesiyle; davanın kısmen kabulüne 17.153,39 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, nakliyat emtia sigorta poliçesi uyarınca ödenen bedelin rücuen tahsili istemine ilişkin olup mahkemece, yükte meydana gelen hasardan davalı sürücünün %40 oranında kusurlu bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 781. maddesi uyarınca "taşıyıcı eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten göderilene teslim olunduğu tarihe kadar geçen müddet içinde; uğradığı zıya ve hasardan mesuldür." Taşıyıcı ancak anılan maddenin 2.fıkrasında sayılan hallerin varlığı halinde sorumlulukan kurtulabilir.

Somut uyuşmazlıkta, sigortalı iş makinasının taşınması sırasında demiryolu köprüsüne çarpması suretiyle meydana gelen kazada davalı taşıyıcının, malın emniyetle taşınmasını sağlamak üzere her türlü tedbiri alması, hatalı yüklemeye karşı çıkması gerektiğinden, basiretli bir taşıyıcıdan beklenen davranışta bulunmaması nedeniyle davalının sorumluluğunun bulunduğunun kabulü gerekir. Yani taşıyıcının yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için yükleme ve istiflemeyi basiretli bir taşıyıcı gibi gözetmesi, hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması, yükün yüksekliğiyle ile birlite aracın yüksekliğini, geçelicek yerdeki yükseklik sınırının kontrol etmesi ve yükün güvenle taşınabilmesi için gereken her türlü tedbirleri alması gerekmektedir. Bu suretle, davalı taşıyıcının özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği, olayda tam kusurlu olduğu kabul edilerek karar verilmesi gereken hasardan davalı sürücünün %40 oranında kusurlu bulunduğu yönündeki kabul doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 23.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

KATKI PAYINA İLİŞKİN İLAM
•
İCRA TAKİBİ • KESİNLEŞME

ÖZET: Katkı payına ilişkin ilamların kesinleşmeden icraya konulabilmeleri mümkündür.* **

Y. 12. HD. E: 2009/23781 K: 2009/21947 T: 28.10.2009

HUMK'un 443/4.maddesi gereğince "… aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler katiyet kesbetmedikçe icra olunamaz." Anılan maddede belirtilen hükümler, Medeni Kanunun "Kişiler Hukuku" ve "Aile Hukuku" kitaplarında yer alan konulara ilişkin tüm hükümler olmayıp, kişinin doğrudan şahsı ya da ailevi yapısı ile ilgili hukuki durumunda değişiklik yaratan ilamlar ile bu ilamların fer'i (eki) niteliğindeki hükümlerdir. (Örneğin ad, soyad, yaş tashihi, velayetin nez'i, babalık davası, nesep tashihi, boşanma ve bunun fer'i niteliğindeki hükümler gibi…)

Somut olayda takibin dayanağı olan ilam, Medeni Kanun'un 227 ve devamı maddelerine dayalı katkı payı alacağına ilişkin olup, bu nevi ilamlar konu olarak anılan kanunun "Aile Hukuku" kitabında yer alsa da, tarafların şahsı ya da ailevi yapılarına ilişkin hukuki durumlarında bir değişiklik yaratmayan, sonuçları itibariyle ancak tarafların mal varlığı etkileyebilen, boşanma ilamının fer'i niteliğinde olmayıp ondan bağımsız olan edaya ilişkin ilamlardır. Bu nitelikleri itibariyle de katkı payı alacağına ilişkin ilamların, diğer edaya ilişkin ilamlar gibi, kesinleşmeden icraya konulmaları mümkündür. O halde mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, mahkeme kararının belirtilen nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 03.11.2008 tarih ve2008/15818 Esas – 2008/19020 Karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428 maddeleri uyarınca bozulmasına, 28.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Hulki Özel, Mersin Barosu

** HMK 367.maddesinde de aynı hüküm bulunmaktadır.

İLAMA BAĞLANAN ALACAK
•
İLAMSIZ TAKİP

ÖZET: İlama bağlanmış bir para alacağının ilamsız takibe konu yapılması mümkün değildir.*

Y.12. HD. E.2013/9819 K.2013/19458 T.27.05.2013

Alacaklı tarafından Ankara 4. İş Mahkemesi'nin 2009/547 Esas, 2012/966 Karar sayılı 30.04.2012 tarihli ilamına dayalı olarak genel haciz yoluyla ilamsız icra takibine başlandığı, örnek 7 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun icra dairesine itirazı ile takibin durduğu, alacaklının takibin devamını sağlamak amacıyla itirazın kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurduğu anlaşılmıştır.

İcra İflas Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca, alacaklı tarafından para borcuna veya teminat verilmesine dair ilam icra dairesine verilince icra memuru borçluya bir icra emri tebliğ eder. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup, icra memurunun aksi yöndeki işlemleri kamu düzenine aykırılık oluşturacağından, süresiz şikayete tabi olacağı gibi hakim tarafından da re'sen gözetilmelidir.

Alacaklının takip talebine eklediği belgenin para borcuna veya teminat verilmesine dair ilam olması halinde icra memurunun borçluya örnek 4-5 nolu icra emri tebliğ etmesi yasal zorunluluktur. Alacaklının talebi üzerine ya da kendiliğinden ilamsız icra takiplerine ilişkin ödeme emri göndermesi açıkça yasanın emredici hükmüne aykırı olacaktır.

Pek tabidir ki elinde ilam olan bir alacaklının ilama dayalı olarak ilamsız icra takibi yapması da hayatın olağan akışı ile bağdaşmayacaktır. Nitekim ilamlı icra takibinde borçlunun itirazı takibi durdurmayacağı gibi itfa ve imhal itirazlarının ispatı ancak "yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle" (İİK.m.33) mümkün olacaktır. Halbuki ilamsız icra takibinde itiraz üzerine takip duracak ve alacaklının itirazın kaldırılması için icra mahkemesine başvurarak olumlu karar alması gerekecektir. Yine ilamlı icra takibini alacaklı istediği icra dairesinde yapabilecekken (İİK.m.34) ilamsız İcra takibinde genel yetki kurallarına göre (İİK. M.50) takip yapması gerekecektir.

O zaman elinde ilam olan bir alacaklı bu kadar avantajlar var iken neden ilamsız icrayı tercih eder? Burada ilk akla gelen ilamlı icra takip-

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

lerinde uygulanan İİK.nun 36.maddesini, bir diğer anlatımla borçlunun icranın geri bırakılması kararı alarak takibi durdurmasını bertaraf etmek olabilir. Bir diğer neden de ilamın bozulması halinde takibin durmasının ve sonrasında alacağın olmadığı ya da daha az olduğunun ilamla belirlenmesi halinde icranın iadesinin yolunu kapatmak olarak düşünülebilir (İİK.m.40)

İcra ve İflas Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde bu kanuna aykırı düşmediği ölçüde genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümlerinin icra takipleri hakkında da uygulanması gerekir. 6100 Sayılı HMK.nun 29/I.maddesine göre ise taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Buna göre elinde ilam olan bir alacaklının ilamlı icra takibi yapmak yerine ilamsız icra takibi yapmasının anılan maddede düzenlenen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı muhakkaktır.

Kaldı ki mahkemeye başvurup alacağını ilama bağlayan bir kişinin, ilamlı takip yapmak yerine ilamsız takibi tercih etmek suretiyle borçlunun yapabileceği itiraz üzerine yeniden itirazın kaldırılması ya da iptali amacıyla mahkemeye başvurması, Devletin yargı organlarının gereksiz şekilde meşgul edilmesi anlamına da geleceğinden kabulü mümkün değildir.

Şu hale göre alacaklının para borcuna veya teminat verilmesine dair ilama dayalı olarak ilamsız icra takibi yapması en başta İİK.nun 32.maddesi amir hükmüne aykırılık teşkil edeceği gibi, dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacağından hukuk düzeni tarafından korunamaz. Bu doğrultuda, Dairemizin yeniden oluşturulan içtihadı ile ilama davalı olarak ilamsız icra takibi yapılamayacağı sonucuna varılmıştır.

O halde ilama dayalı olarak ilamsız icra takibi yapılamayacağından, mahkemece bu hususun nazara alınarak alacaklının itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan HMK'nın 297. maddesinin (1) fıkrasının (e) bendi gereği hükümde "gerekçeli kararın yazıldığı tarihin" yer alması zorunlu olup, kanunun bu emredici hükmüne aykırı davranılması da doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428.maddeleri uyarınca BOZULMASINA bozma nedenine göre alacaklının temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İHALENİN FESHİ DAVASINDA İHALE BEDELİ • ALEYHE BOZMA YASAĞININ GEÇERSİZLİĞİ

ÖZET: Kamu düzenine aykırılıkta aleyhe bozma yasağı işlemez.

Y.12. HD. E.2013/30001 K.2013/36146 T.14.11.2013

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

1-İcra mahkemesinin ihalenin feshi isteminin reddine yönelik kararı yönünden;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK.366. ve HUMK.438.maddeleri uyarınca **ONANMASINA,**

2-İİK.nun 134/2.maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece re'sen uygulanmalıdır. Hukuk Genel Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/1-433 esas sayılı kararında da benimsendiği üzere kamu düzenine aykırılıkta aleyhe bozma ilkesi nazara alınamayacağından, mahkemece işin esası incelenerek, istemi esastan reddedilen davacının para cezasına mahkum edilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile para cezasına hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırı bulunmuştur.

SONUÇ

Mahkeme kararının yukarıda (2) maddede yazılı nedenlerle para cezasına hasren İİK. 366 ve HUMK'un 428.maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

YAZILI DELİL BAŞLANGICI
•
ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN ÇEK

ÖZET: Senet hukuku bakımından zamanaşımına uğramış olan çekin genel hükümlere göre açılan alacak davasında yazılı delil başlangıcı olması mümkündür.

Y. 13. HD. E: 2012/13219 K: 2012/16309 T: 21.06.2012

Davacı, çek alacağına karşılık davalı hakkında icra takibi başlattığını, davalının zamanaşımı dolduğu iddiası ile icranın geri bırakılması talepli dava açtığını, bu davanın mahkemece kabul edildiğini, bu kez davalı hakkında ilamsız icra takibi başlattığını, davalıya borç verdiğini alacağına karşılık dava konusu çeki aldığını, davalının takibe itiraz ettiğini bildirerek itirazın iptali ile icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı verdiği borç para karşılığı dava konusu çekleri aldığını ancak ödeneceği vaadi ile çeklerin zamanaşımına uğradığını bildirerek tahsili için takip başlatmıştır.

Davalı çeklerin zamanaşımına uğradığını, ispat yükünün davacı da olduğunu savunmuştur.

Dava konusu alacağa dayanak çeklerin cirantası davalı olup hamili davacıdır.

Davacı çeklerin zamanaşımına uğraması sebebiyle kambiyo hukukuna göre müracaat hakkını kaybetmiş ise de hamil kendi cirantasına karşı aralarında ki temel ilişki sebebiyle açacağı davasında genel hükümler çerçevesinde çeke yazılı delilbaşlangıcı olarak dayanıp alacağını her türlü delil ile kanıtlama hakkına sahiptir.

Mahkemece isabetli olarak zamanaşımına uğrayan çekler yazılı delil

başlangıcı sayılarak davacı tanıkları dinlenmiş ancak tanık beyanları yanlış değerlendirilmiş ve akdi ilişkinin ispat edilemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dinlenen davacı tanıklarının beyanlarına ve dosya kapsamına göre davacı taraflar arasında akdi ilişki bulunduğu, çekin bu sebeple verildiğini ispatlamıştır. Tanık beyanları davacının iddiasını ispatladığının kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** 21.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YAZILI DELİL BAŞLANGICI
•
ÖDEME BELGESİ • BORÇ İDDİASI

ÖZET: Bir kişiye ödeme yapıldığını gösteren belgenin borç belgesi olduğu kabul edilemez. Bu ödemenin ne için yapıldığını ispatlamak yükümlülüğü davacının üzerindedir.

Ancak, anılan belgede davalının imzasının bulunduğu dikkate alınarak, o belgenin yazılı delil başlangıcı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Y. 13. HD. E: 2012/14260 K: 2012/17362 T: 04.07.2012

Davacı, davalıya verdiği ödünç paraya karşılık davalının "aldım, Cumhur" imzalı evrakı kendisine verdiğini, ancak aldığı parayı ödemediğini, alacağının tahsili amacıyla davalı hakkında icra takibi başlattığını ileri sürerek, icra takibine haksız itirazın iptali ile takibin devamına %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı talimatla alınan isticvabında; davacıdan 4.549.00 TL. borç almadığını, bu tarihte davacının şantiyesine muhtelif malzemeler naklettiğini bunun karşılığında fatura kestiğini, 4.549.00 TL. yı da bu iş karşılığında faturaya istinaden aldığını, evraktaki imzanın kendisine ait olduğunu, davalıya borcunun bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın asıl alacak yönünden kabulüne, davalının takip

dosyasına yaptığı itirazın iptali ile takibin 4.549.00 TL. asıl alacak ile alacağın takip tarihinden tahsil tarihine kadar işleyecek yasal faiz üzerinden devamına, asıl alacağın takip tarihinden tahsil tarihine kadar işleyecek yasal faiz üzerinden devamına, asıl alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş;

Hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı tarafından dosyaya ibraz edilen belge borç belgesi olmayıp, sadece davalıya ödeme yapıldığını gösteren bir belgedir. Bu ödemenin ne için yapıldığını ispat külfeti davacıdadır.

Davalının savunması gerekçeli inkar niteliğinde olup davacı, bu paranın borç olarak verildiğini ayrıca yasal delillerle ispat etmek zorundadır. Anılan belgenin davalı eli mahsulü olduğu anlaşıldığından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Öyle olunca, HUMK'un 292/2.maddesi uyarınca tanık dinlenebilir.

Davacı yan tanık listesi vermiş olup, davalıdan da tanık dahil mukabil delilleri toplanıp sonucuna göre, karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın **BOZULMASINA** 04.07.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖZEL TIP MERKEZİ • SGK'YA AÇILAN DAVA • TİCARET MAHKEMESİ

ÖZET: Anonim şirket olan özel tıp kuruluşunun sigortalı hasta için yaptığı tedavi giderlerinin tahsili için SGK'ya açtığı davaya Ticaret Mahkemesinde bakılacaktır.*

Y. 13. HD. E: 2013/19251 K: 2013/22275 T: 20.09.2013

Davacı, davalı kurum ile 5510 sayılı yasa kapsamında akdettiği sağlık hizmeti satım alım sözleşmesi kapsamında işlev üstlenen sağlık hizmeti sunumcusu olarak faaliyetteyken 07.01.2012 tarihinde H.İ. isimli hasta-

* Gönderen: Av. Hulki Özel, Mersin Barosu

nın, Fizik Tedavi Rehabilitasyon Merkezine müracaat ettiğini, saptanan Parkinson hastalığı tanısı ile SGK onayını takiben 10.01.2012-13.02.2012 tarihleri arasında 30 seans fizik tedavi ve rehabilitasyon tedavisi, uygulandığını, faturayı davalı kuruma ibrazı sonrasında, davalı kurumun H.İ. isimli hastaya verdiği sağlık hizmetinde "tedavinin süresinin belirtilmediği, FTR reporunun ayrıntılı olmadığı" gerekçesiyle istihkaklarından 42.801.33 TL kesinti yapıldığını belirterek kesinti yapılan 42.801.33 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, yapılan kesintilerin yasaya ve tebliğlere uygun olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, iş mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı sigortalılarına tedavi hizmeti verdiğini, hakedişlerinden haksız yere kesinti yapıldığını belirterek haksız olarak kesilen miktarın tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık özel hukuk hükümlerine tabi ve taraflar arasında yapılmış bulunan tedavi hizmeti alım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı sözleşmenin ifası nedeniyle hak edişlerinden yapılan haksız kesintilerin tahsili isteminde bulunmuştur. Davanın niteliği itibariyle görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. O halde mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken aksine düşüncelerle ve yazılı şekilde iş mahkemesi görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 20.09.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YAZILI DELİL BAŞLANGICI
•
TESELLÜM BELGESİ

ÖZET: Teslim edilen mal karşılığında teslim edilenden alınmış olan belgenin alacak davasında yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkündür.

Y. 13. HD. E: 2013/10894 K: 2013/22898 T: 25.09.2013

Karar: Davacı, davalıların 2010 yılında Belediye hoparlöründen peşin para ile kiraz alacaklarını duyurduğunu, buna dayanarak kirazları teslim ettiğini, pusula aldığını paranın 10 gün içinde ödeneceği söylendiği halde ödenmediğini, alacağın tahsili için başlattığı icra takibine haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek vaki itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, peşin satışın aksi ispat edilemediğinden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davada davalılara teslim ettiği mal karşılığında pusula aldığını belirterek bu belgeleri dosyaya sunmuştur. 9 adet belge üzerinde yapılan adli tıp incelemesinde 7 adet belgedeki yazıların davalıların elinden çıktığı tespit edilmiştir. Bu belgeler yazılı delil başlangıcı sayılır. Kiraz satışının peşin olduğunu savunan davalıların bu belgeleri davacıya vermeleri de hayatın olağan akışına uygun değildir. Mahkemece, dayanılan belgelerden davalılara ait olduğu belirlenen 7 adet pusulanın yazılı delil başlangıcı olduğu ve dinlenen tanık beyanları ile de bu pusulalardaki kirazların davalılara teslim edildiği ve teslim edilen kiraz bedellerinin ödenmediği kabul edilerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde davanın reddi yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Sonuç

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün, davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.09.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

YAZILI DELİL BAŞLANGICI
•
BONONUN DELİL NİTELİĞİ

ÖZET: Senet hukuku bakımından zamanaşımına uğramış da olsa, bono yazılı delil başlangıcı niteliğinde belgedir.

Y. 13. HD. E: 2013/13436 K: 2013/23956 T: 01.10.2013

Davacı; yurt dışında yaşadığını, yakını durumundaki davalıya 5.000 USD borç verdiğini ancak geri ödemediğini belirterek, 5.000 USD'nin davalıdan dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının delil olarak dayandığı bononun zamanaşımına uğradığı, zaman aşımına uğramış bonoların yazılı delil başlangıcı niteliği de olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, bu davasında davalıdan alacaklı olduğunu ileri sürmek ve davalının el ürünü olduğunu iddia ettiğini, 01.01.2001 vade tarihli bonoya dayanmak suretiyle talepte bulunmuştur. Mahkemece bu belgenin yazılı delil başlangıcı niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysaki davada dayanılan bono zamanaşımına uğramış dahi olsa HUMK 292 maddesi hükmüne uygun olarak düzenlenmiş yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belgedir. Hal böyle olunca, davacının iddiasını HUMK 292 maddesi kapsamında her türlü delillerle ispatlayabileceği de gözetilerek bu yöndeki tarafların tanık dahil tüm delilleri toplandıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu yönlerin göz ardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Sonuç

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan 24.30 TL. harcın istek halinde iadesine, 01.10.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

AVUKATLIK ÜCRETİ

ÖZET: Dava konusunun bir kısmının avukata ait olacağı yönündeki sözleşme geçersizdir.*

Y. 13. HD. E: 2012/25898 K: 2013/28624 T:19.11.2013

Davacı avukat, davalı ile tapu iptal ve tescil davası açılması konusunda 04.05.2004 tarihinde avukatlık ücret sözleşmesi imzaladığını, sözleşmede, dava konusu taşınmazların kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhide verildiğinde mal sahibine isabet edecek dairelerden bir adedinin satış bedeli karşılığının vekalet ücreti olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığını, ancak davalının, davanın açılması için gereken masrafları ödememesi nedeniyle davanın açılamadığını, 26.05.2004 tarihinde de haksız olarak azledildiğini ileri sürerek, yaptırmış olduğu tespit gereğince sözleşmeye göre ödenmesi gereken 100.000.00 TL.ücret alacağının 16.06.2004 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek aylık %10 gecikme faizi ve KDV'si ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının vekalet görevini yerine getirmediğini, sözleşmeyle üstlendiği davayı açmadığını, azlin haklı olduğunu savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, azlin haksız olduğu kabul edilerek, alınan bilirkişi raporuna göre sözleşmede ücret olarak öngörülen dairenin değerinin 140.000.00 TL olması nedeniyle taleple bağlı kalınarak davanın kabulüne, 100.000.00 TL'nin 16.06.2004 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 Sayılı Yasa'yla değişik 163. maddesinde, "Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerekir." 164.Maddesinin 1. Fıkrasında, "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." Aynı maddenin 2. Fıkrasında da "Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir." Aynı maddenin 3. Fıkrası ise, "ikinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan

* Legalbank.net sitesinden alınmıştır.

bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz." Düzenlemeleri mevcuttur.

Taraflar arasındaki "Avukatlık Ücret Sözleşmesi" başlığı altında düzenlenen sözleşmenin avukata ödenecek ücret ile ilgili bölümünde, "Bodrum ilçesi, Tepecik mah. ... ada ... parsel sayılı taşınmazlar kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhide verildiğinde mal sahibine isabet edecek binaların bir katının satışı yapıldığında, yani mal sahibine isabet edecek bir kat paraya çevrildiğinde bir dairenin satış bedeli, vekalet ücreti olarak ödenecektir." Ifadeleri bulunmakta olup, açılacak tapu iptal ve tescil davasına ilişkin bir avukatlık ücret sözleşmesinde, dava konusu taşınmazlar için kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılıp yapılmayacağının belli olmadığı bir dönemde, kaldı ki böyle bir sözleşmenin yapılması muhtemel olsa bile, söz konusu inşaatın yapılmasının yasal olarak mümkün olup olmadığının bilinemeyeceği bir durumda, dava konusu sözleşmede olduğu gibi, "taşınmazlar kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhide verildiğinde mal sahibine isabet edecek binaların bir katının satışı yapıldığında, bir dairenin satış bedeli, vekalet ücreti olarak ödenecektir." Şeklindeki bir ücret sözleşmesinin, az yukarda belirtilen Avukatlık Kanunu'nun "ücretin belirlenmesine" ilişkin hükümlerine aykırı ve bu nedenle de geçersiz olduğunun kabulü gerekir.

Avukatlık Kanunu'nun 164/4.maddesinde, dava konusu olayda olduğu gibi, "ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde" avukatlık ücretinin müddeabihin değerinin %10'u ile %20'si arasındaki bir oran üzerinden mahkemece belirleneceği öngörülmüştür. Her ne kadar davacı avukat, söz konusu tapu iptal ve tescil davasını henüz acmadan 26.05.2004 tarihinde azledilmişse de aynı davanın, davalı tarafından vekaletname verilen bir başka avukat tarafından 28.09.2004 tarihinde açıldığı, 10.05.2007 tarihinde davanın reddine karar verildiği, 15.09.2008 tarihinde de verilen bu kararın temyiz edilmeden kesinleştiği anlaşılmaktadır. O halde davacıya ödenecek olan vekalet ücretinin, söz konusu bu davanın müddeabihinin (harçlandırılmış olan dava değerinin) %10'u ile %20'si arasındaki bir oran üzerinden mahkemece takdir edilerek, tespit edilecek bu miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, sözleşmenin geçerli olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

1. Bent gereğince davalının diğer temyiz itirazlarının reddine 2.bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** 990.00 TL.duruşma aukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan 1.485.00 TL.temyiz harcının istek halinde iadesine, 19.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

KAR KAYBI HESABI
•
TAŞERONLUK

ÖZET: Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda hakedişler ve imalat hesabına esas olan diğer belgelerin bulunmadığı, bu nedenle imalatların ayrıntılı hesabının yapılamadığı belirtildiği halde; bu belgeler olmaksızın davacı vekilinin sunduğu dilekçedeki hesaplamalara bağlı kalınarak kar kaybı hesabı yapılması doğru olmadığı gibi; kar kaybı hesabı yapılırken az yukarıda açıklanan "kesinti yöntemine" aykırı olarak ve davacının iddiasına bağlı kalınarak hesaplanan yapılmayan iş bedeli üzerinden %25 oranında kar kaybı hesaplanması da doğru olmamıştır.

Y. 15. HD. E: 2013/764 K: 2014/353 T:16.01.2014

Dava, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanan kar mahrumiyeti, sözleşme nedeniyle yapılan harcamaların tahsili ve tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Taraflar arasında düzenlenen "Alt yüklenici istisna sözleşmesi" ile davacı taşeron "Bomonti Dolmabahçe tünelinin Bomonti-Dolapdere arasındaki nihai kaplama betonları yapımı" işini üstlenmiştir. Sözleşmesinin 5.maddesinde işin sözleşme ekinde sunulan ve taraflarca kabul edilen birim fiyatlara göre yapılması kararlaştırılmıştır. Davacı taşeron işin yapımına başladığını, işin zor kısmını bitirdiğini, işlerin hız kazanacağı ve kazanç elde edilecek dönemde davalı yüklenicinin, 10.04.2008 tarihli yazı

ile sözleşmeyi haksız olarak feshettiğini belirterek; diğer talepleri yanında sözleşmenin feshi nedeniyle uğradığı kar kaybının da davalıdan tahsilini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillerin değerlendirilmesi sonucu davalı yüklenicinin sözleşmenin feshinde haksız olduğunun kabulünde isabetsizlik bulunmamaktadır.

Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre eser sözleşmesinin haksız feshi halinde diğer tarafın kar kaybının hesabında 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollama yaptığı aynı Kanun'un 325. maddesindeki yönteme "kesinti yöntemi" denilmektedir. Kesinti yöntemine göre, yüklenicinin yapılmayan sözleşme konusu işlerden ötürü mahrum kaldığı karın, yapılmayan (kalan) işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedeli saptandıktan sonra bu bedelden, yüklenicinin işi tamamlayamaması nedeniyle sağladığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş bulup çalışmışsa elde ettiği kar, başka bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanabileceği miktar tesbit ettirilip, çıkartılarak kalan üzerinden kar kaybı tutarı hesaplanmaktan ibarettir.

Somut olayda, mahkemece alınan tarihsiz bilirkişi raporunda, "dosyasında taşeron hakedişleri ile bu hakedişlere ve yerindeki imalata esas metraj, ataşman, yeşil defter ve imalat hesapları bulunmadığından, imalatların ayrıntılı hesap ve kontrolünün yapılamadığı" belirtildikten sonra, davacı vekilinin sunduğu tarihsiz dilekçede yapmış olduğu ve değerlendirmeler essa alınarak yapılmayan iş tutarı 575.000.00 TL olarak hesaplanmış" bu tutardaki imalatın gerçekleşmesi için gerekli olan harcamalar gözönüne alındığında serbest piyasa malzeme ve işçilik rayiçleri ile işin yapım koşulları, iş güçlüğü de gözönünde bulundurulduğunda benzer işlerde olduğu gibi bu iş için de %25 oranında kar elde edilebileceği kabul edilerek 575.000x%25 – 143.750.00 TL'nin davacının yapılmayan iş nedeniyle mahrum kaldığı kar olduğu" bildirilmiş, mahkemece de bu miktar kar kaybı olarak hüküm altına alınmıştır. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda hakedişler ve imalat hesabına esas olan diğer belgelerin bulunmadığı, bu nedenle imalatların ayrıntılı hesabının yapılamadığı belirtildiği halde; bu belgeler olmaksızın davacı vekilinin sunduğu dilekçedeki hesaplamalara bağlı kalınarak kar kaybı hesabı yapılması doğru olmadığı gibi; kar kaybı hesabı yapılırken az yukarıda açıklanan "kesinti yöntemine" aykırı olarak ve davacının iddiasına bağlı kalınarak hesaplanan yapılmayan iş bedeli üzerinden %25 oranında kar kaybı hesaplanması da doğru olmamıştır.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi heyetiyle yerinde keşif yapılarak, taraflar arasında

düzenlenen hakedişler ve yapılan imalata ilişkin tüm belgelerin getirilmesinden, böylece yüklenicinin yapmadığı kalan iş miktarının sözleşme ekinde yer alan birim fiyatlarla belirlenerek bu miktar üzerinden yukarıda açıklanan "kesinti yöntemine" uygun olarak davacının kar mahrumiyeti alacağının hesaplattırılmasından, bilirkişilerden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna göre kar kaybı alacağı ile ilgili hüküm kurulmasından ibarettir.

Eksik araştırma ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak verilen kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2.bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunmadığından davalı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 16.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

KULLANIM KADASTROSU

ÖZET: Kullanım kadastrosuna itiraz niteliğindeki davalarda mülkiyet sahibi Hazine yanında lehine sevk verilenlerin de taraf olmaları ve karar başlığında gösterilmeleri zorunludur.

Y. 16. HD. E: 2013/11026 K: 2013/12385 T:11.12.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtayca incelenmesi istenilmekle; temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu, **GEREĞİ GÖRÜŞÜLDÜ:**

Kullanım kadastrosu sırasında A. Köyü çalışma alanında bulunan .... ada ... parsel sayılı 232 metrekare yüzölçümündeki taşınmaz, kadarstro tutanağının beyanlar hanesine, 6831 Sayılı Yasa'nın 2/B maddesi uyarınca orman sınırları dışına çıkarıldığı ve B.Y., T.Ş., E.İ, A.C., V.Ş., F:C., H.K'nin fiili kullanımında bulunduğu şerhi yazılarak arsa vasfıyla Hazine adına tespit edilmiştir. Davacı N.C., taşınmaz üzerindeki binanın 6 numaralı bölümünün kendi kullanımında olduğu iddiasına dayanarak dava açmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne, çekişmeli taşınmazın üzerinde bulunan binadaki 6 numaralı dairenin 1991 yılından beri davacının zilyetliğinde olduğunun tespitine karar verilmiş; hüküm, davalı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı çekişmeli parsel üzerinde bulunan binanın 6 numaralı dairesinde oturduğunu belirterek tutanağın beyanlar hanesine lehine şerh verilen kişiler yanında kendi adının da kullanıcı olarak şerh edilmesi istemi ile dava açmış olup, dava dilekçesinde Hazine yanında beyanlar hanesine lehine şerh verilen kişileri de hasım göstermiştir. Ancak mahkemeye sunduğu 24.05.2012 havale tarihli dilekçe ile beyanlar hanesinde zilyet olarak gösterilen kişileri davalı olarak göstermekten vazgeçmiş, tanık sıfatı ile dinlenmiş ise de karar başlığında davalı olarak yer almamışlardır. Ne var ki, kullanım kadastrosuna itiraz niteliğindeki davalarda mülkiyet sahibi Hazine yanında lehine şerh verilenlerin de taraf olmaları ve karar başlığında gösterilmeleri zorunludur. Taraf koşulu dava şartı olup, bu şart sağlanmadan esasa girilemez. Hal böyle olunca, Mahkemece davanın zilyetlik şerhi sahibi B.Y., T.Ş., E.İ, A.C., V.Ş., F:C., H.K'ye de yönlendiril-

mesi için davacı yana olanak verilmeli, davanın adı geçenlere yaygınlaştırılması halinde esas yönünden inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır. Mahkemece açıklanan husus gözetilmeden yargılamaya devam ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup, Hazinenin temyiz itirazları açıklanan nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** 11.12.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASI • İŞGÜCÜ KAYBININ TESPİTİ • SİGORTACININ TEMERRÜDÜ

ÖZET: Trafik kazasından doğan iş gücü kaybının tespiti sağlık işlemleri tüzüğüne göre yapılmalıdır.

Davadan önce sigortacıya yapılmış bir ödeme başvurusu varsa temerrüt bu başvuru tarihinden itibaren başlar. Aksi taktirde temerrüt dava tarihinde gerçekleşir.*

Y. 17. HD. E: 2009/3444 K: 2009/5803 T: 29.09.2009

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin davalı sigorta şirketine zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi ile sigortalı araçta yolcu olarak bulunduğu sırada meydana gelen kazada yaralandığını, sağlık kurulu raporuna göre %11 oranında işgücü kaybı belirlendiğini belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 7.000.00 YTL Tazminatın davalı şirketin temerrüde düştüğü tarihten itibaren işleyecek yasal faizi davalıdan tahsilini talep etmiş, 03.07.2008 tarihli dilekçesi ile talebini 27.498.44 YTL olarak ıslah ederek 07.08.2007 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, davacının iş gücü kaybının kesin olarak belirlenmediğini, tazminat miktarını kabul etmediklerini davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kabulü ile 27.498.44 YTL'nin 07.08.2008 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş;

Hüküm, davalı.....Sigorta A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

---

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 24.2.2011 tarihli Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Kaza sonucunda yaralanan kişinin daimi iş göremezlik derecesinin Adli Tıp Kurumu tarafından, Sağlık işlemleri Tüzüğü hükümlerine uygun olarak düzenlenecek raporu nazara alınarak aktüerya uzmanından ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, üniversite hastanesinin özürlü sağlık kurulundan alınan rapora itibar edilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3-2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 99/1.maddesinde, "sigortacının, kendisine tazminat ödenmesi için gerekli ihbar yapılıp, belgenin ibrazından itibaren 8 iş günü içinde ödeme yapacağı" hükme bağlanmıştır.

Davalı sigortacı yönünden, sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü ancak bu tarihte, böyle bir başvuru olmadığı takdirde ise, dava tarihinde doğmaktadır. Dava açılmadan önce davacı tarafından davalı sigorta şirketine müracaat edildiğine göre başvuru tarihi tespit edilerek sonucuna göre, bu davalı yönünden temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde davacının beyan ettiği tarihe göre faize hükmedilmesi isabetli değildir.

Sonuç

Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** 29.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TRAFİK KAZASI • İŞGÜCÜ KAYBI • SOSYAL SİGORTALAR SAĞLIK İŞLEMLERİ TÜZÜĞÜ

ÖZET: Özürlüler için verilen raporda hangi Tüzük hükümlerine dayanıldığı belirtilmemiş ve işgücü kaybının tespitine ilişkin unsurlar belirlenmemiştir. Bu durum karşısında Sosyal Sigortalar sağlık işlemleri Tüzüğüne uygun şekilde rapor alınarak işgücü kaybı tespit edilmelidir.*

Y. 17. HD. E. 2010/4361 K.2011/2017 T.08.03.2011

Davacılar vekili, plakası belirlenemeyen bir aracın davacıların çocuğu M'ye çarptığını, çocuğun kaza nedeniyle malul kaldığını, davacıların tedavi gideri ödediğini belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 7.100 TL. maddi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile talebini 57.103.42 TL.olarak ıslah etmiştir.

Davalı duruşmalara katılmamış, savunma yapmamıştır.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kabulü ile 57.103.42 TL maddi tazminatın olay tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı Güvence Hesabı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava trafik kazasından kaynaklanan daimi iş göremezlik tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece Osmaniye Devlet Hastanesi özürlüler için sağlık kurulu tarafından verilen raporda küçüğün işitme kaybının bulunması nedeniyle vücut fonksiyon kaybı oranı %20 olarak belirlenmiş ve bu rapor esas alınarak hesaplama yaptırılmıştır. Ancak raporun hangi tüzük esas alınarak düzenlendiği, belli olmadığı gibi raporda meslek grubu ve arıza ağırlık ölçüsü gibi çalışma gücü kayıp oranının tespitinde etkili unsurlar gösterilmemiştir.

Bu durumda mahkemece, davacı küçüğün sosyal sigortalar sağlık işleri tüzüğüne uygun olacak şekilde maluliyet oranının tespiti ile maluliyetinin dava konusu kaza sonucu meydan gelip gelmeyeceği konularında Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesinden rapor alınarak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 24.02.2011 tarihli Yargıtay 10.Hukuk Dairesi kararına bakınız.

2-Dava dilekçesinde davacıların çocuğu küçük M…'a çarpan araç tespit edilemediğinden dava Güvence Hesabına yöneltilmiştir.

Mahkemece, Güvence hesabı olay tarihinden işleyecek yasal faiz ile sorumlu tutulmuşur. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 5684 sayılı yasanın 14.maddesi ve Güvence hesabı yönetmeliğinin 14 ve 15.maddesi gereğince, gerekli belgelerle birlikte güvence hesabına başvuru yapıldıktan sonra temerrüde düşeceğinden davalı güvence hesabı yönünden sigorta bedelini ödeme yükümlülüğü ancak bu tarihte, böyle bir başvuru olmadığı takdirde ise dava tarihinde doğmaktadır.

O halde, davacılar tarafından dava açılmadan önce güvence hesabına gerekli belgelerle birlikte başvuru yapılıp yapılmadığı araştırılarak, sonucuna göre davalı yönünden temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde olay tarihinden faizden sorumlu tutulması isabetli değildir.

SONUÇ

Yukarıda 1 ve 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Güvence Hesabı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** 08.03.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAZMİNAT TALEBİ • ZİLYEDİN HAKLARI • KUSUR TESPİTİ • ÇELİŞKİLİ RAPORLARI

ÖZET: Bir malın zilyedi de o mala ilişkin hasarın tazminatını sorumlusundan isteyebilir. Ancak, malın sahibi tazminat davası açmış ise, artık zilyedin de tazminat isteme hakkından söz edilemez.

Kaza tespit tutanağı ile bilirkişi raporu arasında kusur konusunda oluşan çelişki giderilmelidir.*

Y.17.HD. E.2013/5112 K.2013/6854 T.13.05.2013

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

1) Tazminat davasında davacı olma ehliyeti (aktif husumeti kural olarak mal varlığında doğrudan doğruya zarar gören kişiye ait bulunmaktadır. Ancak, bir şeyi sözleşmeyle (kira, ariyet v.s.) elinde bulunduran zilyedi de onu aldığı gibi malikine aynen iade etmek zorunda olduğundan, zarar gibi malikine aynen iade etmek zorunda olduğundan, zarar bedelini zarar sorumlularından talep etme hakkına sahip olacaktır.

Somut olayda; araç maliki (işleten) R.Ö.zarar bedelinin tahsili için dava açmış olduğundan, bu durumda araç sürücüsü olan A.Ö'nün dava açmakta hukuki yararının, dolayısıyla aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gözetilerek, bu davacının davasının mahkemece aktif husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

2) Olaya ilişkin olarak düzenlenen 31.05.2011 tarihli Trafik Kazası Tespit Tutanağında, olay yeri kontrolsüz kavşakta her ne kadar davacı tarafa ait 19 M .... plakalı araç sağdan gelmekte ise de davalı tarafa ait 07 F ... plakalı araç geçişini tamamlamak üzere olduğundan olayda davalı sürücünün kusursuz olduğu, davacı araç sürücüsünün asli ve tam kusurlu olduğu, davacı araç sürücüsünün asli ve tam kusurlu olduğu belirtilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan 09.08.2012 tarihli bilirkişi raporunda da özetle, davalı aracının sağdan gelen davacı araç sürücüsünün ise kavşağa hızlı ve dikkatsiz girdiğinden bahisle %25 oranında kusurlu olduğu ifade edilmiştir.

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

Buna göre, mahkemece,kaza tespit tutanağı ile bilirkişi raporu arasında kusur oranları yönünden meydana gelen çelişkiler giderilmeden hüküm kurulduğu gbi, davalı tarafın olaya dair dinletmek istediği tanık Dilara Demirali'nin tanık sıfatıyla bilgi ve görgüsüne başvurulmadığı da görülmektedir.

O halde, öncelikle yukarıda belirtilen davalı taraf tanığının olaya dair bilgi ve görgüsünün yöntemince tespitinden ve davacı tarafa ait aracın varsa, sigorta şirketi nezdindeki hasar dosyası da getirtildikten sonra, tarafların olaydaki kusur durumlarının açık bir şekilde belirlenmesi için dosyanın İTÜ ya da Karayolları Trafik Fen Heyeti gibi kurumlardan seçilecek uzman bilirkişi kuruluna tevdii ile olay yeri, çarpma noktaları ve oluş şekli itibariyle, kaza tespit tutanağı, mevcut bilirkişi raporu, hazırlık soruşturma dosyası içeriği ve tüm dosya kapsamı birlikte irdelenerek tarafların olaydaki kusur oranlarının duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi, kusur yönünden meydana gelebilecek çelişkilerin giderilmesi, ayrıca; davaya konu hasar kalemleri yönünden davacı tarafın gerçek zararının belirlenmesi için ayrıntılı, gerekçeli ve denetime açık rapor alındıktan ve varsa dava dışı sigorta şirketi ödemesinin zarar bedelinden indirilmesinden sonra varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle ve davalı tarafın tanık dinletme yönündeki savunma hakkı kısıtlanarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı F.K.B. ile davalı Y.Ş. tarafın temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı F. K.B. ile davalı Y.Ş.'ye geri verilmesine 13.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK HASARI • HASARIN İSPATI • ZARARIN HESABI

ÖZET: Trafik polisinin düzenlediği kaza tespit tutanağında aracın hasarlı durumu belirlenmiş olup, dosyaya sunulan fotoğraflarda da aracın hasarlı durumu görülmektedir. Bu durumda fatura ve diğer delillerin sunulmadığı gerekçesiyle hasarın ispatlanmadığı sonucuna varılması doğru olmamıştır.

Mevcut delillere göre makul bir tazminata hükmedilmelidir.*

Y. 17. HD. E: 2013/15116 K: 2013/15956 T: 18.11.2013

Davacı vekili, trafik kazası sonucu müvekkiline ait araçta meydana gelen hasar bedelini, aracın kasko sigortacısı olan davalıdan talep etmiş, mahkemece davacı tarafından hasara iişkin fatura ve diğer delillerin sunulmaması nedeniyle ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa, dosya kapsamında bulunan trafik polislerince tanzim edilen kaza tespit tutanağında, aracın yol kenarındaki dereye düşerek hasarlandığı belirtilmiş ve aracın hasarlı bölgeleri tutanakta gösterilmiştir. Bununla birlikte, davacı tarafça aracın hasarlı halini gösteren fotoğraflar da dosyaya sunulmuştur. Kaldı ki, araçtaki hasarın tam olarak tespitinin mümkün olmaması halinde dahi 818 sayılı BK'nın 42.ve 43. maddeleri (8102 sayılı TBK'nın 51. Ve 52.maddeleri) hükümleri de gözetilerek makul bir tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Bu durumda mahkemece, dosyada mevcut belgelere göre aracın tamirinin ekonomik olup olmadığı, ekonomik ise tamir bedelinin, ekonomik değilse aracın kaza tarihi itibariyle 2. El piyasa rayiç değerinden sovtaj bedelinin mahsubu ile gerçek zarar miktarının belirlenmesi için hasar uzmanı bilirkişiden ayrıntılı, gerekçeli ve denetime açık rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 18.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu Antalya Barosu

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

KLİMA CİHAZI
•
KAT MÜLKİYETİ • ORTAK YER

ÖZET: Komşularını rahatsız etmemek koşuluyla kat malikinin kendi bağımsız bölümünün pencere veya balkonuna klima cihazı koyması mümkündür.

Buna karşın ortak yere konulmuş olan klima cihazının kaldırılması gerekir.

Y.18. HD. E: 2012/610 K: 2012/128 T:13.02.2012

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde, dava konusu ana taşınmazın ortak alanı olan balkon demirlerinin dışına davalı tarafça monte edilmiş olan bir adet klimanın kaldırılarak eski hale getirilmesini istemiş, mahkemece klimanın duvarda değil balkonda olduğu ve rahatsızlık vermediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, ana taşınmazın projesinde yer almamış olsa bile kat maliklerinin klima cihazını kendi bağımsız bölümünün pencere ve balkonuna konulmasına komşularını rahatsız etmemek koşuluyla izin verilmekte ise de, somut olayda dava konusu edilen klimanın ortak yer niteliğindeki balkon demirinin dışına monte edilmiş olduğu anlaşıldığından bu eylemin Yargıtay'ın yukarıda sözü edilen yerleşik uygulamasına ve Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19.maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu gözetilerek dava konusu cihazın bulunduğu yerden kaldırılmasına hükmedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** 13.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

KLİMA CİHAZI KONULMASININ ŞARTLARI

ÖZET: Kapatılan mutfak balkonunun dış duvarına monte edilmiş olan klima cihazının kaldırılması gerekir.

Y. 18. HD. E: 2012/4588 K: 2012/6374 T: 28.05.2012

Davacı vekili dava dilekçesinde, dava konusu ana taşınmazın ortak alanı olan balkon dışına davalı tarafça monte edilmiş olan bir adet klimanın kaldırılarak eski hale getirilmesini istemiş, mahkemece klimanın davalıya ait pencerenin altında bulunduğu, binanın dış görünüşünü ve estetiğini bozmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, ana taşınmazın projesinde yer almamış olsa bile kat maliklerinin klima cihazını kendi bağımsız bölümünün pencere ve balkonuna konulmasına komşularını rahatsız etmemek koşuluyla izin verilmekte ise de, somut olayda dava konusu edilen klimanın kapatılan mutfak balkonunun dış duvarına monte edilmiş olduğu anlaşıldığından bu eylemin Yargıtay'ın yukarıda sözü edilen yerleşik uygulamasına ve Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık oluşturduğu gözetilerek dava konusu cihazın bulunduğu yerden kaldırılmasına hükmedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir.

Sonuç

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 28.05.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÇATININ ONARIMI • KAT MALİKLERİ

ÖZET: Blok çatısının onarımından o bloktaki tüm kat malikleri sorumludur.

Y.18. HD. E: 2012/5855 K: 2012/8123 T: 26.06.2012

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde, davaya konu sitede 5711 Sayılı Yasa'yla değişik kat mülkiyeti yasası hükümleri uyarınca Toplu Yapı Yönetimine geçilmemiş olduğu, siteyi oluşturan herbir parsel için ayrı yönetim planı yapılmış bulunduğu ve yönetim planlarında da

diğer parselleri de kapsayacak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, tüm parsel maliklerince imzalanmış sözleşme niteliğinde bir toplu yapı yönetim planının bulunmadığı, ancak 5910, 5911, 5916 ve 5917 numaralı parsellerin birlikte yönetildikleri, davalıların icra takibine konu olan çatı tadilatı yapılması ve bunun için ödenecek ortak gider borcunun belirlendiği toplantıya katılmadığı, alınan kararların kendilerine tebliğ edilmediği, yapılan icra takibi üzerine borcu kabul anlamına gelmemek üzere bir miktar ödemede bulundukları anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen borç çatı onarım giderine dair olup, blok çatısının projeye uygun olarak onarımından o bloktaki kat malikleri sorumludurlar. Dosya içerisinde yer alan bilirkişi raporuyla davaya konu taşınmazın projesine göre kiremit örtülü ahşap çatı yapılması öngörülmüş olmasına rağmen hali hazırda bu çatı sisteminin yerine trapez saç örtülü ve çelik makas sistemli çatının yapıldığı belirlenmiş olup kat malikleri ve yöneticileri projeye aykırı olarak yapılan tadilat bedellerini diğer kat maliklerinden isteyemezler.

Buna göre varsa blok çatılarında projeye uygun yapılmış olan onarım giderleri bilirkişiye tespit ettirilerek davalıların sorumlu olduğu miktar belirlenip buna hükmedilmesi gerekirken, projeye aykırı olan çatı bedelinden davalıların sorumlu tutulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde olduğundan kabulüyle hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istenmesi halinde temyiz edene iadesine, 26.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • ORTAK YERDE YAPILAN TESİS • BEŞTE DÖRT KURALI

ÖZET: Ortak yere yapılmış olan tesislerin kat malikleri kurulunun beşte dört çoğunluğuyla kabul edildiği anlaşıldığından, söz konusu tesislerin kaldırılmasına ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekir.

Y.18. HD. E: 2012/13989 K: 2013/4 T:14.01.2013

Dava dilekçesinde, davalının bağımsız bölümünde kopek beslemesinin, yönetici olarak sorumlu olduğu depoda gaz dağıtım düzeneği ve kom-

bisi ile elektrik sayaçlarının tehlike yaratacak şekilde yanyana bulundurulmasının önlenmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı dava dilekçesinde, davalı tarafından ana taşınmazın ortak alanında gerçekleştirildiği iddia edilen tesis sebebiyle yapılan müdahalenin önlenmesini istemiş, mahkemece davanın kabulüne, ortak Alana yapılan tesisin (kombi odasının) yıkılmak suretiyle projeye uygun eski hale getirilmesine karar verilmiştir.

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin 2. Fıkrasında; kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça ana taşınmazın ortak yerlerinde inşaat, onarım, tesis ve değişiklik yaptıramayacağı hükme bağlanmış olup buradan hareketle dava konusu tesislerin kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızasıyla her zaman yaptırabileceği anlaşılmaktadır.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; ana taşınmaz kat malikleri kurulunun 24.05.2008 tarihli toplantısında bu davanın mahkemesi ve esas numarası da belirtilmek suretiyle beşte dört çoğunlukla geçmişte yapılmış dava konusu tesis ve değişikliklere muvafakat edildiğine ilişkin karar alındığından, bu durum mahkemece gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçe ile kabulü doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ORTAK ALANIN KİRALANMASI
•
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

ÖZET: Ortak alanın kiralanmasının kaldırılması istenebilir. Kira sözleşmesinin tarafı olmayan davacı sözleşmenin iptalini isteyemez.

Mahkemece ortak alana tecavüzün kaldırılması için uygun bir süre verilmelidir.

Y. 18. HD. E: 2013/1887 K: 2013/3246 T: 07.03.2013

1-Davacı dava dilekçesinde davalılar tarafından kiraya verildiği iddia edilen, ortak alan olan yerdeki müdahalenin men'I işleminin iptalini istemiştir. Mahkemece işlemin iptali, kira sözleşmesinin iptali istendiği şeklinde değerlendirilmiştir. Kira sözleşmesine taraf olmayan davacının bu kira sözleşmesinin iptalini isteme hakkı bulunmadığı dikkate alınarak bu yönde karar verilmiş olması,

2- Kat Mülkiyeti Yasası'nın 33.maddesi uyarınca, davalıya karar gereğini yerine getirmesi için uygun bir süre verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi,

Doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 07.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ORTAK ALANIN AİDİYETİ DAVASI
•
DAVADA TARAFLAR

ÖZET: Otopark, garaj ve sığınak gibi ortak alanların bir kişiye ait olduğunun değil ortak alan olduğuna ilişkin davada tüm kat maliklerinin davaya dahil edilmeleri gerekir.

Y.18. HD. E: 2013/2382 K: 2013/3820 T: 14.03.2013

Dava dilekçesinde onaylı projede ortak yer olan otopark, garaj ve sığınağın arsa payı olarak ayrılarak davalı lehine tapuya tescil edildiğini, davalı adına haksız olarak tescil edilen 204/4800 payın iptali ile davacılar adına payları oranında tescili istenmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; dava konusu ana taşınmazda 2. Ve 3.bodrum kat 29 bağımsız bölüm numarasıyla otopark ve garaj niteliği verilerek davalı adına tapuya tescil edildiği, taşınmazın niteliğinin ise altında otopark ve garaj olan 28 meskenli kagir apartman olarak geçtiği anlaşılmaktadır.

Kat Mülkiyeti Yasasının 4.maddesine göre; ortak yerlerin konusunun sözleşmeyle belirlenebileceği, anılan maddede sözü edilen yerlerin ortak yer olduğu bunların dışında yine ortaklaşa kullanma, koruma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerlerin de ortak yer konusuna gireceği belirtilmiş olup bağımsız bölümler olup ana taşınmazdaki ortak yerler ve bağımsız bölümlerin projesine uygun olarak belirlenmesi gerekir.

Buna göre; öncelikle bu dava sonucunda verilecek karar tüm kat maliklerinin hukukunu yakından ilgilendirdiğinden kat maliklerinin tamamının davaya dahil edilerek taraf teşkilinin sağlanmasından sonra ana taşınmazın onaylı projesinin yerinde uygulanmak suretiyle dava konusu yerin onaylı projede ortak yer veya bağımsız bölüm olarak gösterildiği hususu bilirkişiye tespit ettirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan yetersiz araştırma ve eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MALİKLERİ KURULU
•
KARARLARIN İPTALİ

ÖZET: Gerekli kayıtlar incelenmeden ve belgeler getirtilmeden davaya başlanamaz.

Y.18. HD. E: 2014/1970 K: 2014/3065 T:24.02.2014

Dava konusu ana taşınmazın birden fazla parsel üzerinde kurulu olup olmadığı, kurulu ise diğer parsellerin ada ve parsel numarası tarafların açıklamalarına başvurulmak suretiyle düzenlenecek tutanakla tespit edilip sözü edilen sitenin üzerinde kurulduğu parsel ya da parsellerde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulup kurulmadığı birde fazla parselde kurulu ise 5711 Sayılı Yasa ile değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine göre toplu yapı yönetimine geçilip geçilmediği, geçilmiş ise tarihi, 5711 Sayılı Yasa ile değişik Kat Mülkiyeti Yasası'nın 66 ve 67. maddeleri gereğince toplu yapıyı oluşturan imar parselleri ve ortak yerlerin tapuda birbirleriyle bağlantıları sağlanmak suretiyle irtibatlandırılıp irtibatlandırılmadığı sorularak buna ilişkin tapu kayıtlarının ve toplu yapı yönetim planı örneğinin, toplu yapı kurulmamış ise ilgili ada ve parsellere ait tapu kayıtları ile yönetim planları örneklerinin tapu müdürlüğünden getirtilip dosyaya konulmasından sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere iadesi için dosyanın mahkemesine **GERİ ÇEVRİLMESİNE,** 24.02.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

RESEN YAPILAN TESCİLİN İPTALİ
•
İDARİ PARA CEZASINA İLİŞKİN YARGI YOLUNUN İDARİ YARGI YOLU OLDUĞU

ÖZET: İşyeri bulunup bulunmadığı, site yönetiminin ne zaman faaliyete geçtiği, hangi tarihten itibaren işçi çalıştırmaya başladığı konularında zabıta araştırması yapmak, belediye kayıtlarını getirtmek, araştırmayı genişleterek, site de malik olmayan kiracılar veya komşu işyeri tanıkları tesbit edilerek, bunların beyanlarına başvurmak ve idari para cezasının iptaline ilişkin dava yönünden ise davaya bakmaya adli yargı yeri değil idari yargı yeri görevli olduğundan, dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerekir.

Y. 21. HD. E: 2010/2607 K: 2011/5424 T: 13.06.2011

Dava, davalı Kurumca resen yapılan işlemle oluşturulan SS M.H. Kent Konut Yapı Kooperatifi Site Yönetimi unvanlı .(...) sicil numaralı işyeri kaydının iptali ile bu işyeri kaydı nedeniyle tahakkuk ettirilen prim ve idari para cezalarının iptali istemine ilişkindir.

Mahkece, davanın kısmen kabulü ile, Site yönetimi adı altında kurumca tescil edilen(...) sicil sayılı işyerinin işverenlik durumu bulunmaması sebebi ile iptaline, bu sebeple işveren aleyhine takip ettirilen primlerin iptaline, idari para cezasının iptaline ilişkin davaya bakmaya Sulh Ceza Mahkemesi görevli olduğundan mahkemenin görevsizliği nedeni ile dava dilekçesinin reddine, karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, Kurum Müfettişi tarafından hazırlanan 18.10.2006 tarihli raporda, Sitede 80 dairenin oturulur durumda olduğu ve üç kapıcının çalıştırıldığının tesbit edildiği, SS M.H. Kent Konut Yapı Kooperatifi Site Yönetimi adına 8592 işkolu kodunda işyeri dosyasının tescilinin yapılması ve işverene idari para cezası uygulanması gerektiği-

nin, çalıştığı tesbit edilen H.Ö. için 01.07.2006 C.Y. için 12.09.2006 ve N.D. için 12.09.2006 tarihli işe giriş bildirgelerinin talep edilmesi gerektiğinin ve işe giriş bildirgeleri yönündende idari para cezası uygulanmasının bildirildiği, davalı Kurumca Müfettiş raporuna dayanılarak prim borcu tahakkuk ettirilerek idari para cezaları uygulandığı, idari para cezalarına dair takip belgelerinin dosyada buluduğu ancak prim tahakkukuna ilişkin belgelerin dosyada bulunmadığı anlaşılmıştır.

a) İşyeri tescil kaydının ve davalı Kurumca tahakkuk ettirilen prim borcunun iptaline ilişkin dava yönünden;

Dava, sonucu itibariyle dava dışı H.Ö., C.Y. ve N.D. isimli kişilerin davacıya ait işyerinde hizmet akti ile 506 sayılı Yasaya tabi çalışmadığının tesbiti istemine ilişkindir. Hal böyle olunca, verilecek kararın H.Ö., C.Y. ve N.D.'nin de hak alanına doğrudan etkilediği açıktır. Bu bakımdan, H.Ö., C.Y. ve N.D.'ye davanın yöntemince yönetilmesi gerektiği ortadadır. Mahkemece yargılamanın H.Ö., C.Y. ve N.D.'nin katılımı sağlanarak südürülmesi gerekirken yazılı şekilde sonuçlandırılması isabetsizdir.

Mahkemenin kabul şekli bakımından da SS M.H. Kent Konut Yapı Kooperatifi Site Yönetimi unvanlı (...) sicil numaralı işyeri bulunup bulunmadığı, site yönetiminin ne zaman faaliyete geçtiği, hangi tarihten itibaren işçi çalıştırmaya başladığı konularında geniş bir araştırma yapılarak, malik olmayan komşu işyeri tanıkları tesbit edilerek, beyanlarının alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile sonuca varılması hatalı olmuştur.

b) İdari para cezasının iptaline ilişkin dava yönüden; Anayasa Mahkemesi'nin 04.10.2006 tarih 2006/75 E. 2006/99 Karar sayılı kararı ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 5454 Sayılı Yasa ile değişik 140 maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı red edilen kararların tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yetkili Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulabilir." Ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu kabul edilerek iptal edilmiş ve bu karar 07.04.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde işlemin idari bir işlem olması nedeni ile idari yargının görevli olması gerektiğini belirtmiş yasa koyucu tarafından da bu gerekçeye uygun şekilde çıkarılan 5655 Sayılı Yasa'nın 2.maddesi ile 506 Sayılı Yasa'nın 14p. maddesi değiştirilmiştir.

09.05.2007 tarihli 5655 Sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değişik 506 Sayılı Yasa'nın 140. maddesinin son fıkrasınca; idari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın

kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kesinleşir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenmeyen idari para cezaları, bu Kanunun 80. maddesi hükmü gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idari para cezalarına karşı Kuruma itiraz etme veya yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. Ancak, Kurumca itirazın reddedilmesi veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarı, 80. Madde hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir.

Hal böyle olunca, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinin 4. fıkrasında yer alan Sulh Ceza Mahkemesine 15 gün içinde başvurulabileceğine ilişkin hükmün iptal edilmiş olmasına ve yapılan yeni yasal düzenleme ile idari para cezalarına karış yapılan itirazın reddi halinde yetkili idare maklemelerine 30 gün içinde başvuru yapılabileceği belirtilmesine karşın mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş, davacı adına davalı Kurumca dava konusu işlemlerle tahakkuk ettirilen primlere ilişkin tüm belgeleri istemek, davayı yönteminince H.Ö., C.Y. ve N.D.'ye yöneltmek ve bu kişilerin ileri süreceği delilleri toplamak, SS M.H. Kent Konut Yapı Kooperatifi Site Yönetimi unvanlı (...) sicil numaralı işyeri bulunup bulunmadığı, site yönetiminin ne zaman faaliyete geçtiği, hangi tarihten itibaren işçi çalıştırmaya başladığı konularında zabıta araştırması yapmak, belediye kayıtlarını getirtmek, araştırmayı genişleterek, site de malik olmayan kiracılar veya komşu işyeri tanıkları tesbit edilerek, bunların beyanlarına başvurmak ve idari para cezasının iptaline ilişkin dava yönünden ise davaya bakmaya adli yargı yeri değil idari yargı yeri görevli olduğundan, dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerektiğini de gözeterek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalının öteki itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 13.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI
•
SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK

ÖZET: Bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda, artık üst-alt işveren ilişkisi ortada bulunmamaktadır. Arsanın veya binanın salt maliki olmak ve ihale makamı olarak işi bütünüyle devretme durumlarında, ortada aracı denilen kurumdan söz edilemez. Çünkü burada iş tamamıyla ve bütün olarak bağımsız bir işverene devredilmektedir.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işverenin, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususstaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu olay tarihinde yürürlükte bulunan İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.*

Y. 21. HD. E: 2013/1744 K: 2013/21194 T:19.11.2013

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle, davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacı vekilince istenilmesi ve de duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 19.11.2013 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı vekili geldi, karşı taraf adına gelen olmadı. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek ayın gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava 02.06.2007 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu %45.00 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının hak sahiplerinin maddi tazminat istemine ilişkindir.

* Hasan Tahsin Işıltan

Mahkemece ihale makamı olup, anahtar teslimi iş verdiğinden davalılardan İSKİ Genel Müdürlüğü'ne yönelik davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine, zararlandırıcı olayın kaçınılmazlık ve kötü tesadüf sonucu meydana geldiği üçüncü kişilerin ağır kusurunun illiyet bağını kestiği, davalı şirketlerin doğrudan kusurlarının da bulunmadığından bahisle davalı şirketler bakımından da davanın reddine karar verilmiş ve bu karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Mahkemece, ihale makamı olduğundan bahisle davalılardan İSKİ Genel Müdürlüğü'ne yönelik davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olduğu gibi diğer davalılar bakımından hükmün oluşturulmasına esas alınan kusur bilirkişi raporunun da hatalı olduğu görülmektedir.

Gerçekten, bir iş kazası sonucu, zarara uğrayan işçi veya hak sahiplerinin maddi veya manevi tazminat talepleri, ancak işveren veya kusurlu üçüncü kişilere karşı yöneltilebilir. Bunun dışında, aracı olarak tabir edilen kişiler aracılığı ile işe alınan işçilerin uğrayacakları zararlardan dolayı, asıl işveren aracılarla birlikte 4857 Sayılı Yasa'nın 2/6.maddesi uyarınca sorumlu olur.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre davalı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün Büyükçekmece şubesi sorumluluk sahası içerisindeki içme suyu, atık su ve yağmursuyu şebeke yapımı, bakım ve onarım, kanalizasyon onarım ve yapım vs.işini anahtar teslimi yaptırdığının kabulü mümkün bulunmamaktadır. Gerek 4857 Sayılı Yasa'nın 2/6 ve gerekse 5510 Sayılı Yasa'nın 12/son maddeleri ile yürürlükten kalkan Sosyal Sigortalar Kanununun 87/2. maddesinde; aracının hukuksal açıdan tarifi yapılmış kimlerin aracı veya halk arasındaki deyimi ile "Taşeron" sayılacağı belirlenmiştir. Buna göre; aracıdan bahsedilebilmek için; öncelikle üst işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerinden bir iş alt işverene devredilmelidir. Çoğu kez bina inşaat işlerinde görüldüğü gibi, ana binayı veya asıl işi bitirmekle yükümlü bir işveren, bu işin doğrama, döşeme, su tesisatı gibi bölümlerini aracılara devretmektedir. Bu gibi durumlarda üst-alt işveren ilişkisinden söz edilebilir. Buna karşı, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda, artık üst-alt işveren ilişkisi ortada bulunmamaktadır. Arsanın veya binanın salt maliki olmak ve ihale makamı olarak işi bütünüyle devretme durumlarında, ortada aracı denilen kurumdan söz edilemez. Çünkü burada iş tamamıyla ve bütün olarak bağımsız bir işverene devredilmektedir. Dava konusu olayda, İski Genel Müdürlüğünce Büyükçekmece Şube müdürlüğü sorumluluk alanı içerisinde kalan bölgede su, kanal, yağmursuyu

yapım bakım rehabilitasyon işinin yapımının davalı A. İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne anılan şirketin de içme suyu, atık su ve yağmursuyu şebeke yapım, bakım ve onarım, kanalizasyon onarım ve yapım vs. işlerin yapımının davalı B.İnş.Taah.Mad.Tic. Ltd. Şti.'ne verdiği, 2560 sayılı yasanın1.ve2. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında yapılan işlerin İSKİ Genel Müdürlüğü'nün asıl işi kapsamında bulunduğu açıktır. Asıl işi olan İstanbul Büyük Şehir Belediyesinin su ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gereken her türlü tesisi kurmak işinin bir bölümünün başkasına verilmesi asıl işveren olarak İski Genel Müdürlüğünün sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hal böyle olunca İş Kanunu'nun 2/6. maddesi gereğince kusuru bulunmasa bile asıl işveren olarak İski Genel Müdürlüğünün sorumlu olduğunun kabulü gerekirken sözleşme ve ekleriyle fiili durumun yanlış yorumlanarak işin anahtar teslimi verildiğinden bahisle davalı İski Genel Müdürlüğüne yönelik davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Dairemizin kararlılık gösteren uygulamaları ve Yargıtay HGK'nın 2012/21-732 E. 2013/207 K. ve 2012/21-135 E., 2012/146 K.sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Zararlandırıcı sigortala olayına maruz kalan işçinin Bostancılar İnş. Taah. Mad. Tic. Ltd. Şti.'de iş makinesi operatörü olarak çalıştığı, olay günü İski İçme Suyu şebekesindeki boru kırığı arızasının bildirilmesi üzerine B. İnş. Taah. Mad. Tic. Ltd. Şti. çalışanlarınca 01.06.2007 günü sabah başlayan çalışmanın aynı gün bitirilememesi nedeniyle ertesi günde devam olunduğu, 02.06.2007 günü saat 22.00 sularında kazı sırasında çıkan hafriyatın yüklendiği kamyonun çalışma alanından ayrılması sırasında karşı yönden gelen bir kamyonet ve içerisindekilerle yol verme yüzünden başlayan tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine kullanmakta olduğu iş makinesinden inerek kavgaya karışan davacının atılan taşlardan birinin başına isabeti ile yaralandığı, dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işverenin, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu hususstaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu olay tarihinde yürürlükte bulunan iş kanununun 77. maddesinin açık buyruğudur.

15.02.2010 günlü bilirkişi raporunda; olay kaçınılmaz olarak belirtilmiştir. Kaçınılmazlık; hukuksal ve teknik anlamda; fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade eder.

Oysa, hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişiler, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğünün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıkları anlaşılmaktadır. Davalı işverenin sözleşme gereği 72 saat içerisinde arızanın giderilmesi gerektiğine ilişkin açıklamaları da dikkate alındığında, 01.06.2007 günü 9.30'da başlayan ve 02.06.2007 günü saat 22.00 sularında aynı ekiple halen devam eden arıza giderme çalışması sırasında işçilerin bedensel yorgunluklarının yanı sıra psikolojik olarak da yorulacakları, tahammül sınırlarının azalacağı, bu durumun yani aşırı çalıştırmanın da işçilerin kavgaya karışmasının nedenleri arasında bulunup bulunmadığının değerlendirmediği de ortadadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanunu'nun 77. Maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan, davalı İski Genel Müdürlüğünün hukuki durumunun belirlenmesinde yanılgıya düşülerek ve İş Kanununun 77.maddesinin öngördüğü koşulları içermeyen bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** davacı yararına takdir edilen 990.00 TL duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 19.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVA AÇMADA HUKUKİ YARAR

ÖZET: Davacının amacının; Almanya'daki sigorta başlangıç tarihinin, ülkemizde de sigorta başlangıç tarihi olarak tespiti istemine ilişkin olduğu, sigortalılık hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacının bulunduğu, davacıya ait hizmet döküm cetvelinde Almanya'da sigorta başlangıç tarihi olan 10.03.1987 tarihini davalı Kurum'un sigorta başlangıç tarihi olarak kabul etmediği ve taraflar arasında uyuşmazlık bulunduğu; bu nedenlerle davacının da dava açmakta hukuki yararının bulunduğu anlaşılmaktadır.*

Y. 21. HD. E: 2013/21322 K: 2013/23994 T:16.12.2013

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal gerektirici nedenlere göre davalı Kurum vekilinin tüm; davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, davacının 5510 Sayılı Yasa'nın 4/a maddesi kapsamında (SSK sigortalısı olarak nitelendirmek suretiyle) değerlendirilmesi gerektiği ve Türk - Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 29/4 maddesi uyarınca Almanya'da ilk işe giriş tarihinin, ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının işe giriş tarihinin 10.03.1987 tarihi olarak talep edilen şekilde kurum kayıtlarına işlenmiş olduğu ve davacının dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan usulden red kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık; davacının, Almanya'daki sigorta başlangıç tarihinin, ülkemizde de sigorta başlangıç tarihi olarak tespiti için böyle bir dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

3201 Sayılı Kanun'un 17.04.2008 tarih ve 5754 Sayılı Kanun ile değişik 5. maddesinin son fıkrasında "Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz." Hükmü bulunmakta ise de 02.11.1984 tarihinde imzalanan ve 05.12.1984 tarihli 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 01.04.1987

* Gönderen: Av. Şahin Zenginal

tarihinde yürürlüğe giren ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca yöntemine göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşme olarak 3201 Sayılı Kanun'un 5. maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip bulunan 30 Nisan 1964 tarihli Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurt dışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Uygulamada davalı Kurum, 3201 Sayılı Kanun'un 5/son maddesine dayanarak yurt dışında çalışmaya başlanılan tarihi sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul etmemektedir. Kurum uygulamasıda yurt dışında çalışmaya başlanılan tarihten itibaren borçlanma imkanı tanınsa dahi Kurumca sigortalılık başlangıç tarihi 3201 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2.ve 3. Fıkralarına göre bulunmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında sigortalılık başlangıç tarihi hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Burada yeri gelmişken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.02.2012 gün ve 21011/10-642 Esas, 2012/38 Karar sayılı ilamında da açıkça belirtildiği üzere,uyuşmazlığın çözümü için öncelikle huku yargılamasının amacı ve davada menfaat (hukuki yarar) kavramları hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Medeni usul hukukunda hukuki yarar, mahkemeden hukuksal korunma istemi ile bir davanın açılabilmesi için davacının bu davayı açmakta (veya mahkemeden hukuksal korunma istemekte) bir çıkarının bulunmasıdır.

Davacının dava açmakta hukuk kuralları tarafından haklı bulunan (korunan) bir yararı olmalı, hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı bulunmalı ve davacı mahkemeyi gereksiz yere uğraştırmamalıdır. (Arslan, Ramazan; aktaran: Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, önsöz VII)

Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.1992 gün ve 1992/1-347 E., 1992/396 K. ve 30.05.2001 gün ve 2001/14-443 E., 2001/458 K.sayılı kararlarında da belirtildiği üzere buna hukuki korunma (himaye) ihtiyacı da denir. (Rechts-schutzbedürfnis) Mahkemelerden hukuki himaye istenmesinde, himayeye değer bir yarar olmalıdır.

Öte yandan, bu hukuksal yararın, "hukuki ve meşru", "doğrudan ve kişisel", "doğmuş ve güncel" olması gerekir (Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s.135)

Mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yürürlük-

te olduğu dönem içinde öğreti ve yargısal kararlar, dava açarken hukuki yararın bulunması gereğini, "dava şartı" olarak kabul etmiştir. Bu şart, "dava konusuna ilişkin genel dava şartlarından biri" olup, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için varlığı gerekli olduğundan "olumlu dava şartları" arasında sayılmaktadır.

Nitekim, aynı görüş, Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1982 gün ve 1982/7-1874 E.-914 K., 5.6.1996 gün ve 1996/18-337 E.-542 K.; 10.11.1999 gün ve 1999/1-937 E.-946 K.ve 25.05.2011 gün ve 2011/11-186 E.-2011/352 K.sayılı kararlarında da, benimsenmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öğreti ve yargısal kararların bu uygulaması aynen benimsenerek, davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması "Dava Şartları" başlıklı 114. maddesinin 1.f ıkrasının (h) bendinde açıkça dava şartları arasında sayılmıştır.

Bir davada , hukuki yarar ilkesinin dava şartı olarak gözetilmesinin, yargılamanın amacına ve usul ekonomisi ilkesine uygun olarak yargılama yapılmasına yarar sağlayacağı, her türlü duraksamadan uzaktır.

Bu ilkeden hareketle, dava şartı olarak hukuki yararın varlığının, mahkemece, taraflarca dava dosyasına sunulmuş deliller, olaya veya olgular çerçevesinde, kural olarak davanın açıldığı tarihe göre, kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6.maddesi ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" nün dürüstlük kuralına uygun kullanılması sağlanabilecek; bu durum, haksız davalar açmak suretiyle, dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence oluşturacaktır.

Dava açmaktaki hukuki yarar; hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada halen mevcut bulunmalıdır. Ayrıca açılacak davanın, ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte olması gerekir. Bir kimsenin hakkına ulaşmak için mahkeme kararının o an için gerekli olması durumunda hukuki yararın olduğundan sözedilebilir. Bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa hukuki yarardan söz edilemez (Pekcanıtez, H./Atalay, O./ Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s.297)

Uyuşmazlığın çözümünde, hukuki yarar kavramının tespit davasındaki yansımasının ne olacağının ayrıca irdelenmesinde yarar vardır.

Bilindiği üzere mahkemeden istedikleri hukuki korunmaya göre davalar eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar olarak ayrılmaktadır.

Eda davalarında, bir şeyin yapılması, bir şeyin verilmesi veya bir şey yapılmaması istenmekte iken; inşai (yenilik doğuran) davalar ile de var olan bir hukuki durumun değiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun yaratılması istenir. İnşai (yenilik doğurucu) davanın kabulü ile yeni bir hukuki durum yaratılır ve hukuksal sonuç genellikle bir yargı kararı ile doğar.

Tespit davaları ise bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalar olup, konusunu hukuki ilişkiler oluşturur. Bu dava türü ile bir hukuksal ilişkinin varlığı veya yokluğu saptanmaktadır. Bu davalarda davacının amacı ve dolayısıyla talep sonucu, bir hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesidir.

Tespit davasında sadece tespit hükmü verilebilir. Tespit davasında verilen karar ile hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu kesin olarak tespit edilir, diğer bir anlatım ile davalının varlığını inkar ettiği ilişkinin var olduğu veya yokluğunu inkar ettiği hukuki ilişkinin yok olduğu kesin olarak hükme bağlanır.

Bir tespit davasının kabule şayan olabilmesi için, bu davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının menfaatinin (hukuki yararının) bulunması gerekir.

Tespit davasında, eda davasından ve inşai davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz. Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın ancak tespit davası ile giderebileceğini kanıtlamalıdır. Çünkü tespit davası, hukuki bir durum ya da hak henüz inkar ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabildiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır.

İşte davacının hukuki ilişkinin derhal tesptinde menfaatinin (hukuki yararının) varlığı için öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) ve ciddi bir tehlike ile tehdit edilmelidir. Bu tehdit çoğunlukla davalının davranışları ile ortaya çıkar.

Söz konusu bu tehdidin davacı için bir tehlike oluşturabilmesi, bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumunun tereddüt içinde olmasına ve bu hususun, davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmasına bağlıdır.

Yukarıda açıklanan açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davacının amacının; Almanya'daki sigorta başlangıç tarihinin, ülkemizde de sigorta başlangıç tarihi olarak tespiti istemine ilişkin olduğu, sigortalılık hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacının bulunduğu, davacıya ait hizmet döküm cetvelinde Almanya'da sigorta başlangıç tarihi olan 10.03.1987 tarihini davalı Kurum'un sigorta başlangıç tarihi olarak kabul etmediği ve taraflar arasında uyuşmazlık bulunduğu; bu nedenlerle davacının da dava açmakta hukuki yararının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece yapılacak iş, yargılamaya devamla işin esasına girerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 16.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ
•
İSPAT SORUNU

ÖZET: Hizmet tespiti davasında çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı biçimde belirlenmesi gerekir.*

Y. 21. HD. E: 2012/11259 K: 2013/24113 T: 17.12.2013

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, davacının 01.05.1997-31.12.2008 tarihleri arasında davalılara ait işyerinde çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, dava davalı M.yönünden husumet yokluğu nedeniyle reddedilmiş, diğer davalılar yönünden yazılı şekilde kısmen kabul edilmiştir.

* Gönderen: Av. Erengül Altan

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 79/10 ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/8.maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi öngörmemiş ise de davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir öngörmemiş ise de davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir. Bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu koşul oluşmuşsa işyerinin gerçekten var olup olmadığı kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma olgusunun varlığı özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispat edilebilirse de çalışmanın konusu niteliği başlangıç ve bitiş tarihleri hususlarında tanık sözleri değerlendirilmeli, dinlenen tanıkların davacı ile aynı dönemlerde işyerinde çalışmış ve işverenin resim kayıtlara geçmiş bordro tanıkları ya da komşu işverenlerin aynı nitelikte işi yapan ve bordrolarına resmi kayıtlarına geçmiş çalışanlardan seçilmesine özen gösterilmelidir. Bu tanıkların ifadeleri ile çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün 1999/21-549-555, 03.11.2004 gün 2004/21-480-579 sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Somut olayda ise, yazılı şekilde tespitine karar verilen çalışmalar yönünden mahkemece inceleme yapılmış ise de; incelemenin yukarıda açıklanan şekilde yapılmadığı ortada olup, dinlenen tanıkların kayıtlara geçmiş kişilerden olmadığı, çalışmanın sezonluk veya part-time olup olmadığı hususları üzerinde durulmadığı, dinlenen tanık beyanları arasında çelişki bulunduğu, bu çelişkilerin giderilmediği anlaşılmış olup böylece çalışma olgusunun yeterli ve gerekli bir araştırmaya hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş, davacının ihtilaflı dönemde kaptanlık yaptığını iddia ettiği davalıya ait teknenin bağlandığı liman (marina) görevlilerinin tespiti ile beyanlarına başvurmak, tekneye ait seyir defteri, jurnal bulunup bulunmadığı araştırılarak bulunması halinde getirterek incelemek, tanık beyanları arasındaki çelişkiyi gidermek ve gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde kanıtladıktan sonra davacının çalışmasının sürekli çalışma olduğu anlaşılırsa sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın

eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden M.T.U. ile N.U.'ya iadesine, 17.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ
•
TARAF SIFATI

ÖZET: Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için defi değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Yapılacak iş; dava konusu edilen dönem içerisinde işhanında malik olan bütün kişileri tespit edip davaya dahil etmek ve toplanan delillerin sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.

Y. 21. HD. E: 2012/22439 K: 2014/346 T.16.01.2014

Davacı, davalılardan işverenlere ait işyerinde geçen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Dava, davacının 01.07.2005-01.03.2010 tarihleri arasında davalı işverenlere ait iş yerinde geçen ve Kuruma bildirilmeyen sigortalı çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, açılan davanın 11.04.2012 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen süre ve miktarlar doğrultusunda kabulüne, bu itibarla; davacının tespiti mümkün sürelerinin 01.07.2005-31.12.2005 arası 180 gün günlük 16.29 YTL., 01.01.2006-31.12.2006 arası 360 gün günlük 17.70 YTL. 01.01.2007-31.06.2007 arası 180 gün, günlük 18.75 TL.01.07.2007-31.12.2007 arası 180 gün günlük 19.50 TL. 01.01.2008 – 31.06.2008 arası 180 gün günlük 20.28 TL., 01.07.2008 – 24.09.2008 arası 84 gün günlük 21.29 TL. ücretle olacağının tespitine karar verilmiştir.

Bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir. Bir hakkın sahibinin kim olduğu, dolayısıyla o hakkı dava etme yetkisinin kime ait olduğu, (o davada davacı sıfatının kime ait olacağı) veya bir hakkın elde edilmesi amacıyla kime karşı dava edileceği (o davada davalı sıfatının kime ait olacağı) tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirlenir. Ancak, bir davanın davacısının veya davalısının o dava yönünden davacı veya davalı sıfatına sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, mahkeme dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını inceleyemeyeceği ve sıfat yokluğundan davanın reddine karar vermek zorunda olduğu için, taraf sıfatı usul hukukunun da düzenleme alanıdır.

Eş söyleyişle, sıfat, dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir.

O halde, dava konusu şey üzerinde kim veya kimler hak sahibi ise, davayı da bu kişi veya kişilerin açması gerekir. Davayı açabilmek için gerekli sıfat, dava konusu şey üzerinde hak sahibi olan kişiye aittir.Bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı tıpkı hakkın mevcut olup olmadığının tayininde olduğu gibi maddi hukuka göre belirlenir.

Mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir.

Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def'I değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 gün ve 2004/4-371 E. 2004/375 K., 18.04.2007 gün ve 2007/5-233 E., 2007/221 K. 04.03.2009 gün ve 2009/10-34 E. 2009/104 K., 04.11.2009 gün ve 2009/2-402 E., 2009/484 K., 03.02.2010 gün ve 2010/4-4 E., 4 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının çalıştığını iddia ettiği işhanı ile ilgili bir yönetim oluşturulmadığı, işhanında bulunan büroların son maliklerinin M. ve İ. Gıda San ve Dış Tic. Ltd. Şti.olduğu, bu kişilerin büroları 2010 yılında satın aldıkları, davalı gösterilen işverenlerin işhanında bulunan büroların daha önceki malikleri olduğu ancak dava konusu edilen dönem içerisinde davalı işverenlerden başka maliklerin de bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş; dava konusu edilen dönem içerisinde işhanında malik olan bütün kişileri tespit edip davaya dahil etmek ve toplanan delillerin sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın husumetin bütün maliklere yöneltilmesi sağlanmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 16.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

FİİLEN FAZLA ÇALIŞMA YAPILDIĞININ İSPATI VE DEĞERLENDİRMESİ

ÖZET: Fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları şahit beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada gözönüne alınabilir.*

Y. 22. HD. E: 2012/21039 K: 2013/13117 T: 31.05.2013

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin haksız şekilde 23.03.2010 tarihinde işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret, izin, fazla çalışma ve genel tatil alacaklarını istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının 22.03.2010 tarihinden itibaren devamsızlık yaptığını iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı ve davalı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlü-

* Gönderen: Sait Karakaya, İstanbul Barosu Avukatlarından

dür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda görünen gazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları şahit beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir.Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada gözönüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

Somut olayda beton santralinde mikser şoförü olarak çalışan davacı 07.30-19.00 saatleri arasında çalışıldığını beton dikme işinin yoğun olduğu dönemlerde 23.00-24.00 e kadar çalışmaya devam ettiklerini iddia etmiştir. Davacı tanıkları 07.30-18.00 mesai saatlerinde çalıştıklarını ve gece 23-24 bazen 03.00 – 04.00'e kadar fazla çalışma yaptıklarını beyan etmişlerdir. Dosyaya ibraz edilen bordrolarda 2-3 saat şeklinde fazla çalışma tahakkuklarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı ve tanıklar bordrolarda yer alan fazla çalışma tahakkuklarının gerçeği yansıtmadığını fiilen çalıştıkları sürenin daha fazla olduğunu beyan etmiştir. Davacının yaptığı işin niteliği gözönüne alındığında bordrolardaki fazla çalışma tahakkuklarının gerçek durumu yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Bilirkişi raporunda fazla çalışma tahakkuku bulunan aylar dışlanarak fazla çalışma alacağının hesaplanması hatalıdar. Mahkeme, ek rapor aldırılarak davacının tespit edilen fiili çalışma saatlerinden bordrlarda tahakkuk bulunan aylara ilişkin fazla çalışma süreleri mahsup edilerek fazla çalışma alacağının hesaplanmaı gerekirken yazılı gerekçe ile kabul karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 31.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • İSPAT KÜLFETİ • BORDRO KAYITLARI

ÖZET: Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

İmzalı bordroda görünen fazla çalışma ücretinin ödendiği kabul edilmelidir. İmzasız bordrolardaki ücretlerin banka kanalıyla ödenmesi halinde de o bordrolar imzalı bordro sayılır.

İmzalı bordrolarda fazla çalışma ücreti ödendiği görülüyor. İşçinin daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir.*

Y. 22 H. E: 2012/6060 K: 2012/25791 T: 19.11.2012

Davacı vekili, müvekkilinin davalı site yönetiminde 11.04.2004-04.06.2010 tarihleri arasında 620.00 TL net ücretle site görevlisi olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin 02.06.2010 tarihinde emekliliğe hak kazanması sebep gösterilerek haksız olarak feshedildiğini, kapıcı dairesinde ikamet ettiğini, su faturasının da yönetim tarafından karşılandığını, haftanın altı günü 07.00-23.00 saatleri arasında sürekli olarak çalıştığını, ancak fazla mesai ücretleri ile ulusal bayram ve genel tatil üretlerinin ödenmediğini, çalıştığı süre boyunca sadece bir defa izin kullandığını ve izin ücretlerinin de ödenmediğini, 2010 yılı Nisan, Mayıs ve Haziran aylarına ait ücretlerinin de ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, ücret alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağının faiziyle beraber davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili; davacının, müvekkilinin sitesinde 17.09.2004-31.05.2010 tarihleri arasında çalıştığını, iş sözleşmesini emeklilik sebebiyle kendisinin feshettiğini ve ihbar tazminatı isteminin yerinde olmadığını, kıdem tazminatı olarak ise 2.910.00 TL ödeme yapıldığını, tüm kanuni haklarının bordrolarda gösterildiği gibi olduğunu ve oturduğu konuta ait faturaları kendisinin ödediğini, ücretlerinin ödendiğini, ayrıca sadece haftada bir gün temizlik ve sabah-akşam servisi yapmak suretiyle çalıştığını, yılın 1-1,5 ayını yurt dışında geçirdiğini, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışması olmadığı gibi fazla çalışma da yapmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar Bursa Barosu

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı işverenin iş sözleşmesini haklı bir sebep bulunmaksızın feshettiği ve diğer taraftan davacının ücret, ulusal bayram ve genel tatil çalışması ile fazla çalışma ücreti alacakları bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı ve yapmışsa miktarının ne olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği kabul edilmelidir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir.Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir.

Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda; davacının site görevlisi olarak davalı işyerinde çalıştığı

anlaşılmaktadır.Site görevlilerinin yaptıkları işler bakımından bir standart mevcut değildir. Site görevlileri servise çıkma, bina ve çevre temizliği, bahçe düzenlemesi, bekçilik ve benzeri işleri yapabilmektedirler. O halde mahkeme tarafından davacının yaptığı işlerin net bir şekilde ortaya konularak yapılan işlerin fazla çalışmayı gerektirip gerektirmediği ve gerektiriyorsa fazla çalışma miktarının ne olduğu hususunda uzman bilirkişiden rapor alınıp dosyada yer alan diğer delillerle birlikte konunun değerlendirilmesi ve sonucuna göre davacının fazla çalışma ücreti talebi hakkında hüküm kurulması gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile talebin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET SÜRESİ• İŞYERİ DEVRİ • ORGANİK BAĞ • ARA DİNLENMESİ

ÖZET: Sigorta kayıtlarında işçinin işvereni olarak görünen işyerlerinin kayıtları getirilmeli ve somut olayda "işyeri devri", "birlikte istihdam" veya "organik bağ" olup olmadığı araştırılmalıdır.

Günde ondört saatlik çalışmadan bir saat dinlenme arası düşülmesi azdır.*

Y. 22. HD. E: 2012/6059 K: 2012/25790 T: 19.11.2012

Davacı vekil; müvekkilinin davalıya ait işyerinde 18.04.2007 – 12.02.2009 tarihleri arasında usta olarak en son aylık net 675.00 TL.ücret ile çalıştığını, işyerinde yemek ve servis sosyal haklarının olduğunu, ücretlerinin sürekli olarak geç ödendiğini, 2008 yılı Ekim ayından itibaren ücretlerinin hiç ödenmediğini, davacının 09.02.2009 tarihinde üc-

* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar Bursa Barosu

** Bu kararda günde onbir saatlik çalışmadan bir buçuk saat ara dinlenmesi düşüleceği belirtilmiş ise de, Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Daireleri'nin yaklaşık bir yılı aşkın süreden beri benimsediği uygulamada onbir saatlik çalışmadan bir saat ara dinlenmesi düşüleceği kabul edilmektedir. (Bkz. İstanbul Barosu Dergisi 2013/5.sayıda yayımlanan Yargıtay Kararları)

retsiz izine çıkarıldığını ve 12.02.2009 tarihinde ise haksız ve hukuka aykırı olarak işten çıkarıldığını, işyerinde fazla çalışma yaptıklarını ancak ücretlerinin ödenmediğini, hafta sonları ve ulusal bayram-genel tatil günlerinde de çalıştıklarını ancak ücretlerinin yine ödenmediğini, 2008 yılından beri ödenmesi gereken vergi iadesi alacağının da ödenmediğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığı gibi ücretlerinin de ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, fazla çalışma ücreti, vergi iadesi, ulusal bayram ve genel tatil çalışması ücreti, hafta tatili çalışması ücreti ve yıllık izin ücreti alacaklarının faiziyle beraber davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili; davacının işe giriş tarihinin 01.01.2008 ve aylık net ücretinin 550.00 TL.olduğunu, ekonomik kriz sebebiyle karşılıklı olarak mutabakata varılarak davacının bir hafta dinlendirilmesine ve bu süre içerisinde ücret ödenmemesine karar verildiğini, bir hafta sonra davacıyı aradıklarını ancak davacının gelip işe başlamadığını, davacının istifa ederek iş sözleşmesini sona erdirdiğini, daha sonra müvekkili şirkete başvuran davacının mağdur olduğunu beyan ettiğini, tüm işçilik alacaklarınnı hesaplanıp kendisine ödendiğini, bunun ekte sunulan ibranameden de açıkça anlaşıldığını, dava şirkette ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ve hafta tatili günlerinde çalışma yapılmadığını, fazla mesainin de söz konusu olmadığını ve bu sebeplerle davacı tarafın taleplerinin yerinde olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı işverenin iş sözleşmesini haklı bir sebep bulunmaksızın feshettiği ve diğer taraftan davacının ücret, hafta tatili çalışması, genel tatil çalışması ve fazla çalışma ücreti alacakları bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı ve davacı vekilleri temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacı vekilinin tüm davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı 18.04.2007 tarihinde işe başladığını iddi ederken davalı ise davacının 01.01.2008 tarihinde işe başladığını savunmuştur. Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre davacının 18.04.2007-31.05.2007 tarihleri arası 62802.16 sicil numaralı işyerinde, 01.06.2007-30.12.2007 tarihleri arası 1134960.16 sicil numaralı işyerinde, 01.01.2008-12.12.2009 tarihleri arasında ise 1142323.16 sicil numaralı işyerinde çalıştığı görülmektedir. Mahkemece davacının 18.04.2007 tarihinde davalı şirket nezdinde

çalışmaya başladığı kabul edilmiş ise de davacının çalışma süresinin bir bütün olarak değerlendirilmesini gerektirecek "işyeri devri" ve "birlikte istihdam" ile "işverenler arası organic bağ" gibi olguların mevcudiyet olup olmadığı somut olayda anlaşılamamaktadır. Bu sebeple mahkemece öncelikle davacının çalışma kaydının gözüktüğü işveren kayıtlarının Sosyal Güvenlik Kurumundan getirtilerek davacının çalışma süresinin bir bütün olarak değerlendirilmesini gerektirecek olgu ya da olguların bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre davalı işverenin sorumlu olduğu çalışma süresinin tespiti ile davacının talepleri hakkında hüküm kurulmalıdır.Belirtilen esaslara uyulmaksızın eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3-4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi hükmüne göre, günlük çalışma süresi onbir saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok onbir saate kadar olan çalışmalarda ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde onbir saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az bir buçuk saat olarak verilmelidir.

Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre davacının haftanın üç günü 08.00 – 22.00 arası çalıştığı kabul edilerek günlük bir saat ara dinlenmesi düşülüp bu dönem için davacının otuzdokuz saat çalışma süresi olduğu belirlenmiştir.

Ara dinlenmesinin eksik belirlenerek yüksek fazlak çalışma süresi üzerinden fazla çalışma ücretlerinin hesaplanması da isabetsiz olup ayrıca bozma sebebi yapılmıştır.

4-Öte taraftan hükme esas alınan bilirkişi raporunda makbuz hükmünde kabul edilen ibranamedeki net tutarların hesaplanan brüt tutarlardan indirilmesi de hatalıdır.Bu şekilde hesaplama yanlışlığı yapılarak fazladan alacaklara hükmedilmiştir.Bu sebeple de kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ASKERDEN DÖNEN İŞÇİNİN HAKLARI

ÖZET: Askerlik dönüşünde iki ay içinde işverene başvuran işçinin işe alınmaması halinde, yaptığı işe veya benzer işteki kadrolarda boş yer olup olmadığı, bu kadrolara yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılmalıdır.* **

Y. 22. HD. E: 2012/6252 K: 2012/25880 T: 20.11.2012

Davacı, davalıya ait işyerinde 17.08.2006 tarihinde çalışmaya başladığını, çalışmasına devam etmekte iken 10.08.2009 tarihinde askere gittiğini ve askerlik dönüşü işveren tarafından işe başlatılmayarak iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31.maddesinde öngörülen tazminatının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davacının askerlik dönüşü işbaşı yapılmak istediği yönünde müracaata bulunmdığını, böyle bir başvuru yapmış olsa dahi davacının çalıştığı bölümde personel ihtiyacı olmaması sebebi ile işe başlatılmayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının askerlik sebebi ile işi bıraktığı bu sebeple kıdem tazminatı almaya hak kazandığı kanaatine varılmış ancak 4857 Sayılı Kanun'un 31/son fıkrasına göre askerlik dönüşü yapılacak buşvurunun şart olduğu, işveren tarafından dosyaya sunulan belge ve verilen cevaplardan davaçının çalıştığı enjeksiyon ve benzeri işler bölümünde başvuru tarihi itibari ile boşluk bulunmadığı gerekçesiyle davacının 4857 Sayılı Kanun'un 31/son fıkrasına üç aylık ücret bedeline ilişkin talebinin kabul edilmeyeceği belirtilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davacı ve davalı taraflarca temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kaalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının temyiz itirazları yönünden taraflar arasındaki uyuşmazlık; askerlik dönüşü işe başlatılmak hususunda davalı işverene başvuruda bulunan işçinin 4857 Sayılı Kanun'un 31/son maddesine göre üç

* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar Bursa Barosu

** Dergimizin bu sayısında yayımlanan 03.05.2010 tarihli Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

aylık ücret tutarında tazminata hak kazanıp kazanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı Kanun'un 31/son maddesine göre, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.

Davacı tarafça her ne kadar işe başlamak hususunda işveren başvuruda bulunduğunu gösterir yazılı belge ibraz edilmemiş ise de, davacının başvuruda bulunduğu halde işe başlatılmadığı beyanını içerir ihtarnamesi 01.12.2010 tarihli olup, terhis belgesi içeriği ile de davacının 10.11.2010 tarihinde askerden döndüğü anlaşıldığından 4857 sayılı Kanunun 31.maddesinde öngörülen iki aylık süre içerisinde başvuruda bulunma şartlarının gerçekleştiği sabittir. Makemece 31.maddede öngörülen tazminat istemi davacının çalıştığı enjeksiyon ve benzeri işler bölümünde başvuru tarihi itibari ile boşluk bulunmadığı ve bu bölüme yeni işçi alınmadığı gerekçesi ile reddedilmiş ise de, davacının talep de bulunduğu tarihte işçi alınmadığı gerekçesi ile reddedilmiş ise de, davacının talep de bulunduğu tarihte davacının yaptığı işe benzer işlerde boş kadro bulunup bulunmadığı, boş kadro yok ise başvuru tarihinden sonra işyerine davacın yaptığı iş veya benzeri işlere yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılmamıştır. Ayrıca davalı tanığı Gönül Görgüç'ün anlatımından, taraflar arasında curette anlaşmazlık çıkması sebebi ile davacının işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacının işe başlamak için talepte bulunduğu tarihte, yaptığı işe benzer işlerde boş kadro bulunup bulunmadığı, işyerindeki kadro durumunu gösterir tüm kayıtlar celp edilerek ve tanıkların bu hususta beyanları tespit edilerek belirlenmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik incelemeye dayalı karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 20.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞVERENİN FESİH BEYANI
•
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ

ÖZET: İşverenin "Çalışacaksanız böyle çalışın yoksa defolun gidin" şeklindeki sözleri fesih anlamındadır.

Fesih beyanından sonra işçinin izinli olduğunun söylenmesi fesih beyanının sonuçlarını kaldırmaz.

İmzalı bordrolardaki ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesinin ortaya çıkması halinde tanık beyanları da dikkate alınarak emsal ücret araştırması yapılmalıdır.*

Y. 22. HD. E: 2012/7893 K: 2012/27157 T: 04.12.2012

Davacı, davalıya ait işyerinde 01.05.1995-21.05.2010 tarihleri arasında çalıştığını, en son aylık net 1.200.00 TL ücret aldığını, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı, davacının asgari ücret ile çalışmakta olduğunu, iş sözleşmesinin devamsızlık haklı sebebine dayalı olarak sonlandırıldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu, davacı son olarak aylık net 1.200.00 TL. ücret aldığını iddia etmiş ise de; iddiasını kanıtlar delil sunamadığından asgari ücretle çalıştığının kabulü gerektiği belirtilerek, kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin reddine, bir kısım işçilik alacakları yönünden ise davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

1-İş sözleşmesinin, işçinin devamsızlıkta bulunması nedeniyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (g)

* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar Bursa Barosu

alt bendinde, "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi" halinde, işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. Devamsızlığın haklı bir sebebe dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı sebeple fesih imkanı bulunmamaktadır.

Somut olayda; davacı ve davalı tanıklarının birbirini doğrulayan ifadeleri ile; fesih tarihinde işe geç gelen davacıya işverenin "çalışacaksanız böyle çalışın yoksa defolun gidin" dediği, daha sonra davacı soyunma odasından döndüğünde ise "bu gün izinlisin yarın gel" demek sureti ile bu iradesinden geri dönmek istediği sabittir. Feshe esas bu olayın gelişimi dikkate alındığında, iş sözleşmesinin öncelikle davalı işveren tarafından "Çalışacaksanız böyle çalışın yoksa defolun gidin" sözleri ile sonlandırdığı anlaşılmaktadır. Fesih yenilik doğuran bir hal olup karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğurur. İş verenin fesih iradesini açıkladıktan bir süre sonra "bugün izinlisin yarın gel" demiş olması feshi ortadan kaldırmaz. Davacının işe geç gelmiş olması işverene haklı fesih imkanı tanıyan hallerden değildir. Bu sebeple, davacının, kıdem ve ihbar tazminatın istemlerinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi hatalıdır.

2-Taraflar arasındaki diğer uyuşmazlık noktası ise; işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda toplanmaktadır.

4857 Sayılı Kanun'da 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin ikinci fıkrasına göre tespit olunmamalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek ünvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin

tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek ünvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda; davacı onüç yıllık kıdemli usta konumunda olup, 1.200.00 TL ücret aldığını ileri sürmektedir. Her ne kadar, davacı tanıkları ücrete ilişkin bilgilerinin olmadığını beyan etmiş iseler de, emsal ücret araştırması yapılmaksızın asgari ücret ile çalıştığı yönündeki mahkeme kabulü de hatalı olup kararın bu sebeple de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI • ARA ÖDEMELERİ • FAZLA ÇALIŞMALAR

ÖZET: Fesihten önceki tarihlerde davacıya ödenen ihbar ve kıdem tazminatlarının ara ödemesi olduğu dikkate alınmalı ve bu ödemeler faizleriyle birlikte hesaplanacak olan tazminatlardan düşülmelidir.

Davacı tanıkları davacıya fazla mesai ücreti ödendiğini söylemişler ise, davacı işçi isticvap edilerek sorgulanmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.*

Y. 22. HD. E: 2012/22689 K: 2013/10889 T: 14.5.2013

Davacı.iş sözleşmesinin haksız şekilde işverence feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ücreti fazla çalışma ücreti alacaklarını istemiştir.

* Gönderen Av.Orhan Rüzgar Bursa Barosu

Davalı , davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece , toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak , davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı tarafından temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacıya çalışma dönemi içerisinde bazı dönemlerde kıdem ve ihbar tazminatı adı altında ödemelerin yapıldığı dosya içerisinden anlaşılmaktadır.

Mahkemece hüküme esas alınan bilirkişi raporu içeriğine göre kıdem ve ihbar tazminatı ödemeleri yapılan çalışma dönemleri tasfiye edildiği kabul edilerek bakiye çalışma dönemi dikkate alınarak sözkonusu alacaklar hesaplanmıştır.

Davacıya kıdem ve ihbar tazminatı adı altında yapılan ödemelerin fesih tarihine kadar yasal faiziyle birlikte hesaplanacak tutar mahsup edilerek bakiye kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı, genel tatilde çalışıp çalışmadığı hususları taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai, genel tatil çalışması konusunda hesap yapılırken davacı tanık anlatımları esas alınmıştır.Mahkemece bilirkişi raporundaki yoruma dayanılarak hüküm kurulmuş ise de davacı tanığı işyerinde fazla mesai ve genel tatil çalışması yapıldığında ücretinin ödendiğini ifade etmiştir.Bu durumda mahkemece, 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 169. ve devamı maddeleri gereğince davacı isticvap olunarak, işyerinde fazla mesai ve genel tatil çalışması yapıldığında ücretini alıp almadığı veya hangi sürelerin ücretini aldığı belirlendikten sonra varsa karşılanmayan fazla mesai ve genel tatil ücreti alacağı tespiti yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİ OLAN İŞÇİ • KIDEM TAZMİNATI • YASAL HAKKIN KULLANILMASI

ÖZET : Emeklilik sebebiyle yapılan fesihte işçiye kıdem tazminatı ödenecektir. İşçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması sonucu değiştirmez.* **

Y. 22. HD E: 2013/26562 K: 2013/21200 T: 8.10.2013

Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait işyerinde 14.02.1995 tarihinden itibaren çalışırken yaş şartı hariç, emeklilik için kanunda öngörülen şartların gerçeklemesi üzerine ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun cevabı yazısına istinaden 27.07.2010 tarihinde emeklilik sebebiyle işten ayrıldığını, ancak kıdem tazminatı ile 07.07.2010-27/07/2010 tarihleri arası yirmi günlük ücreti ile aynı tarihler arasında yaptığı fazla mesai ücretinin ödenmediğini belirterek bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı-karşı davacı vekili; davacının emekli olmak için değil başka bir işyerinde çalışmak üzere kendi isteği ile işten ayrıldığını, asıl iradesinin başka bir işyerinde çalışmak olduğunu, işten ayrıldığı tarihi takip eden gün aynı işi yapan takip firmada çalışmaya başladığını, kendisi ile birlikte çok sayıda işçinin işten ayrıldığını, bu şekilde iş sözleşmesini sona erdirmesinin bir hakkın kötüye kullanılması olduğunu, bu sebeple kıdem tazminatına hak kazanmadığını beyanla davanın reddine karar verilmesini, kanunda öngörülen feshi ihbar süresine uymadan işten ayrıldığından 1.588,16 TL ihbar tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacının davalı şirkete ait işyerinden ayrıldıktan sonra 10.02.2011 tarihinden itibaren K. Oluklu Mukavva Ambalaj San. ve Tic. A.Ş.'ye ait başka bir işyerinde çalışmaya başladığı, başka bir işyerinde çalışmak iradesiyle davalı işyerinden ayrıldığı gerekçesiyle kıdem tazminatına ilişkin talebin reddine, diğer isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı kanuni süresi içinde davacı avukatı temyiz etmiştir.

* Birleşik Metal İş Sendikası tarafından yayımlanan Çalışma ve Toplum Dergisi'nin 40. sayısından alınmıştır.

** Dergimiz 2013/4. sayısında yayımlanan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacı vekilin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İş sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik sebebiyle feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığı konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca yürürlüğüne devam olunan mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinin 5.bent hükmüne göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer şartları yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkanı tanınmıştır.Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer şartları tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişme ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir.

Somut olayda, davacının 30.05.2010 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurduğu, Sosyal Güvenlik Kurumunun 19.07.2010 tarihli yazısında, davacının 30.05.2010 tarihi itibariyle yaş hariç, prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik şartlarını taşıdığına ilişkin sosyal güvenlik belgesini işverene vererek 27.07.2010 tarihinde iş sözleşmesini emeklilik sebebiyle feshettiği 10.02.2010 tarihinde başka işyerinde çalışmaya başladığı anlaşılmış olup, mahkemece, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararına atıfla davacının emeklilik sebebiyle işyerinden ayrıldıktan sonra başka işyerinde çalışmaya başladığı, asıl amacının emeklilik yaşının beklenmesi değil de başka bir işyerinde çalışmak üzere işyerinden ayrıldığını gerekçesiyle kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmiş ise de kıdem tazminatının emeklilik sebebiyle yapılan fesihlerde işçiye ödenmesi gerektiğinin kanuni bir hak olarak davacıya verildiği, kanunda işyerinden bu şekilde ayrılan işçinin başka yerde çalışmama şartı öngörülmediğinden kanuni hakkın kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği de düşünülmeden, kıdem tazminatı talebinin kabulü yerine yanlış yorum ile yazılı şekilde reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeple **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.10.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

EMEKLİLİK SEBEBİYLE FESİH
•
KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: Emeklilik sebebiyle işyerinden ayrılan işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekir.

İşyerinden ayrıldıktan sonra işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması bu sonucu değiştirmez .* ** ***

Y. 22. HD. E: 2012/27761 K: 2013/23841 T: 8.11.2013

Davacı vekili, müvekkilin 13.10.2008-27.07.2011 tarihleri arasında davalı bankada çalıştığını, ücretinin 3.000,000 TL olduğunu, müvekkilinin iş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre sonlandırdığını, kıdem tazminatının ödenmediğini, 09:00-19:00 saatleri arasında çalıştığını belirterek kıdem tazminatı ve fazla mesai alacağının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının 13.10.2008-27.07.2011 tarihleri arasında müvekkili bankada çalıştığını, istifa ederek işyerinden ayrıldığını, davacının işyerinden ayrıldıktan iki gün sonra başka banka şubesinde çalışmaya başladığını, bu nedenle kanun maddesinden yararlanamıyacağını, fazla çalışma sürelerinin ücretine dahil olduğunu belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, dosyadaki belge ve kayıtlarından anlaşıldığı üzere 27.07.2011 tarihinde işten ayrıldığı ve 01.08.2011 tarihinde başka bir iş yerinde çalışmaya başladığı, bu durumda davacının davalı işyerindeki işinden ayrıldıktan beş gün geçtikten sonra dava dışı başka bir şirkette işe girdiğini, davacının esasında daha önce dava dışı şirkette çalışmak üzere iş bulduğu ve planlamasını buna göre yaptıktan sonra asıl gayesini gizleyerek 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesindeki düzenlemeyi bahane etmek suretiyle işten ayrıldığı, bu durumda davacının asıl gayesinin emeklilik olmadığı, dolayısıyla sözleşmenin feshi açısından haklı nedene dayandığını kabul etmenin hakkaniyete uygun olmayacağı, taraflar arasındaki sözleşmeye göre fazla mesai ücretinin ücrete dahil edildiği, bu du-

---

* Birleşik Metal İş Sendikası tarafından yayımlanan çalışma ve Toplum Dergisinin 40.sayısından alınmıştır.

** Dergimiz 2013/4. sayısında yayımlanan YARGITAY 22.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

*** Dergimizin bu sayısında yayımlanan YARGITAY 9.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

rumda Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gözetildiğinde davacının ancak yıllık 270 saatten fazla olan çalışmalarının fazla çalışma olarak değerlendirilebileceği, bilirkişi raporunda ayrıntılı bir şekilde hesaplandığı üzere davacının maksimum fazla çalışmasının yıllık 255 saat olduğu bu durumda davacının fazla çalışma talebinin de yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı kanuni süresi içinde davacı avukatı temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İş sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik sebebiyle feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığı konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesine 25.08.1999 gün 4447 Sayılı Kanun'un 45. maddesi ile 5. bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkanı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve pirim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir.

Somut olayda, davacının 01.07.2011 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurduğu, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 02.07.2011 tarihli yazısında, davacının 25 yıl sigortalılık süresi ve üçbinaltıyüz gün prim ödeme gün sayısının olduğunun bildirildiği, 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasına göre kendi isteği ile işten ayrılarak yazılı talepte bulunması halinde kıdem tazminatı alabileceğinin bildirildiği, 27.06.2011 tarihli dilekçesinde iş sözleşmesini 1475 Sayılı Kanun'un 1. fıkrası uyarınca feshettiğini belirttiği, iş sözleşmesinin 29.07.2011 tarihinde feshedildiğini, davacının 01.08.2011 tarihinde başka işyerinde çalışmaya başladığı anlaşılmış olup, mahkemece,davacının emeklilik sebebiyle işyerinden ayrıldıktan beş gün sonra başka işyerinde çalışmaya başlaması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ise de, kıdem tazminatının emeklilik sebebiyle yapılan fesihlerde işçiye ödenmesi gerektiğinin kanuni bir hak olarak davacıya verildiği, kanuni hakkın kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmeden, kıdem tazmi-

natı talebinin kabulü yerine yanlış yorum ile yazılı şekilde reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeple **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,08.11.2013 gününde oy birliği ile karar verildi

İŞE İADE • EMEKLİLİK • OBJEKTİF SEÇİM KRİTERİ

ÖZET: Davacı işçinin hizmet akdi emekli olmaya hak kazanması sebebiyle feshedilmiştir.

Bu durumda fesih tarihinde işyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile emekliliğe sevk edilen işçi sayısı ve emekliliğe hak kazandığı halde çalıştırmaya devam edilen işçi sayısı belirlenmeli ve objektif seçim kriteri ile işin devamının sağlanması kriterinin uygulanıp uygulanmadığı araştırılmalıdır.

Y. 22. HD E: 2013/26971 K: 2014/155 T: 14.01.2014

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi, iş sözleşmesinin haklı neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verlilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin şirket politikası ve İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nin 20. maddesi gereğince emekliliğe hak kazanmış olması nedeni ile geçerli olarak feshedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalı işyerinde belli bir yaşa gelenlerin işten çıkarılabileceğine ilişkin bağlayıcı bir düzenleme bulunmadığı, davalı işyerinde emekli olma hakkını kazanmış olmakla birlikte çalışmaya devam eden

yüksek üst düzey yöneticiler ve düşük derecedeki görev ve statülerde çalışan kişilerin halen bulunduğu, davalı şirket tarafından emekliliğe ilişkin genel ve objektif uygulama yapılmadığı, bu nedenle feshin geçerli nedene dayandığına ilişkin işveren savunmasına itibar edilmeyeceği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.ve devamı maddeleridir.

4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı,ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı,ham madde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini olanaksız hale getiren iş yeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, iş yerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi iş yeri içi sebeplerdir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihten önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerine geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihten kaçınma olanaklarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekir.

4857 Sayılı Kanun'un 20.maddesinin ikinci fıkrasına göre feshin geçerli sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Somut olayda; davalı işyerinde iş analisti olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin, 31.01.2013 tarihinde işyerinde uygulanmakta olan İnsan Kaynakları Yönetmeliğinin 20. maddesi gereğince feshedildiği anlaşılmaktadır.

Davalı tarafından dosyaya ibraz edilen listelerin incelenmesinde emekliliğe hak kazandığı halde çalışma süreleri uzatılan ve çalışmaya devam eden bir kısım personel bulunduğu görülmektedir. Ancak, davalı taraf; emekliliğe hak kazanan tüm personelin bir anda işten çıkartılması halinde işin devamlılığının olumsuz etkileneceği bu nedenle emekliliğe hak kazanan personelin periyotlar halinde işten çıkartıldığını savunmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, İnsan Kaynakları Yönetmeliğinin 20.maddesine uygun olarak emeklilik hakkını hak kazanan bir kısım işçinin iş sözleşmelerinin feshedilmediği ve işverenin işletmesel kararı objektif ve tutarlı uygulamadığı belirtilmiş ise de; dosya içerisinde emekliliğe sevk edilen işçiler ile bu hakkı elde etmelerine rağmen çalıştırılmaya devam eden işçilerin görev ve niteliklerini gösterir belgeler bulunmamaktadır. Ayrıca bu işçilerin hangi bölümlerde çalıştıkları araştırılmamış ve tümünün aynı anda işten çıkarılması halinde işin devamının etkilenip etkilenmeyeceği hususunda da bir değerlendirme yapılamamıştır.

Bu durumda İnsan Kaynakları Uzmanı bilirkişiye gerekirse yerinde işyeri kayıtlarını inceleme yetkisi verilerek, fesih tarihi de işyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile emekliliğe sevk edilen işçi sayısı ve emekliliğe hak kazandığı halde çalıştırılmaya devam edilen kaç işçi olduğu belirlenmeli, emekliliğe sevk edilen işçiler ile emekli edilmeyen işçilerin görev ve nitelikleri karşılaştırılarak, işin devamının sağlanması kriterinin uygulanıp uygulanmadığı ve seçimin objektif esaslara dayanıp dayanmadığı araştırılıp sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine. 14.01.2014 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

KOOPERATİFTEN ÇIKARMA • ŞEKİL KOŞULU • GECİKME ZAMMI

ÖZET : Parasal yükümlülüklerini yerine getirmeye ortak hakkında çıkarma kararı verebilmesi için gerçek borç durumunu belirten iki ihtar tebliğ edilmeli ve borç yasa ve sözleşmede belirlenen süreler içerisinde ödenmemelidir.

Çıkartılan ortak kooperatiften alacağının bulunduğunu iddia ediyorsa bu durum irdelenmelidir.

Temerrüt faizi niteliğindeki gecikme zammı hesaplanırken Borçlar Kanunu'nda belirlenen sınırlar dikkate alınmalıdır.*

Y. 23. HD. E: 2013/38 K: 2013 /703 T:11.02.2013

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin üyesi olduğunu, aidatları ödemediği gerekçesi ile yönetim kurulunun 16.05.2011 tarih ve 3 sayılı kararı ile ortaklıktan çıkarıldığını, 1995 yılından 2001 yılına kadar kooperatifte müdürlük yaptığını ve kendisine hiç ücret ödenmediğini, sahibi olduğu şirkete ait büronun kullanıldığını ve kirasının ödenmediğini, kendisine ödenmesi gereken ücretin ve kira alacağının borcundan mahsubunu istediğini, borcunu inkar etmediğini ve üyelikten çıkarma kararı verme yetkisinin genel kurula ait olduğunu ileri sürerek ihraç kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, ihraç yasa ve anasözleşme hükümlerine uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları, toplanan kanıtlar, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının kooperatif üyesi olduğu, iki ayrı ihtara rağmen borcunu ödemediği, ihtarnamede bildirilen borcun bilirkişi tarafından hesaplanan gerçek borçtan daha düşük olduğu ve davacının mahsup iddialarının açılacak ayrı bir davanın konusu olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

---

* Gönderen: Av. Hulki Özel. Mersin Barosu

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, kooperatif ortaklığından ihraç kararının iptali istemine ilişkindir.Davacının parasal yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesi ile 16.05.2011 tarih ve 3 sayılı yönetim kurulu kararı ortaklıktan çıkartılmasına karar verilmiştir.1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 27.maddesine ve davalı Kooperatif Anasözleşmesi'nin 14.maddesine göre parasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen ortak hakkında çıkarma kararı verilebilmesi için gerçek borç durumunu yansıtan iki ihtar tebliğ edilmeli, kanun ve anasözleşmede yazılı süreler için ortak tarafından borç ödenmemelidir.

Davacı vekili müvekkilinin kooperatifte müdürlük yaptığını, müdürlük ücretinin ödenmediğini, ayrıca kooperatifin ofis olarak kullandığı taşınmazın müvekkiline ait şirketin olduğunu ve bu yerin kirasının da ödenmediğini iddia ederek, bu alacaklılarının kooperatif alacağından mahsup edilmesini istemiştir.Müdürlük ücretinin tahsili istemiyle de 15.10.2012 tarihinde Antalya 6.İ ş Mahkemesi'nin 2012/426 esasında kayıtlı alacak davasını açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda kooperatifin tüm kayıt ve defterleri, genel kurul ve yönetim kurulu kararları, banka kayıtları, davacı tarafından açılan alacak davasına ilişkin dava dosyası getirtilerek, kooperatif uygulamaları konusunda uzman bir bilirkişi veya bilirkişi heyetinden, davacının aidat borcunun ne kadar olduğu, müdürlük hizmeti ve kira iddiaları nedeniyle kooperatiften alacaklı olup olmadığı, bu nedenlere dayalı olarak davacıya ödeme yapılıp yapılmadığı, davacının da alacaklı olduğu takdirde alacağının mahsubu ile bu durumdan ihraç kararının dayanağı olan ihtarnamelerdeki borcun gerçek borcu yansıtıp yansıtmadığı hususlarında açıklamalı, gerekçeli ve denetime elverişli bir rapor alındıktan sonra oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yanılgılı gerekçe ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Öte yandan davacıya çıkartılan ihtarnamelerde borç, kooperatif genel kurullarında alınan kararlar uyarınca gecikme zammı ilave edilerek hesaplanmıştır.Kooperatif genel kurullarında aidat ödemelerinin geciktirilmesi halinde alınması kararlaştırılan gecikme zammı temerrüt faizi niteliğindedir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 120/ 2. maddesine göre, sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık temerrüt faiz oranı, birinci fıkrada belirlenen yıllık faiz oranının yüzdeyüz fazlasını aşamaz. 6101 Sayılı Kanun'un 7.maddesine göre Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüt faizine ilişkin 120. maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır. Bu yön gözetilmeksizin, kooperatif genel kurullarında

kabul edilen faiz oranlarına göre hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması da doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına, **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 11.02.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

HIRSIZLIK
•
OLAYDA KUŞKU

ÖZET : Suçtan ceza verilmesi için kesin kanıtlara ihtiyaç vardır. Şüpheden sanık yararlanır.

Y. CGK. E: 2012/13-1327 K: 2013/261 T: 28.05.2013

Hırsızlık suçundan sanık H'nin 765 sayılı TCK'nun 492/2, 522 ve 81/1-3.maddeleri uyarınca 1 yıl 2 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Edirne 3. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 08.06.2007 gün ve 810 – 372 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 13. Ceza Dairesince 29.02.2012 gün ve 4680 – 4657 sayı ile;

"…Sanığın, yüklenen suçu işlediğine ilişkin, hükümlülüğüne yeterli hukuka uygun, kuşkudan uzak,kesin, yeterli ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gibi kuşkudan sanık yararlanır evrensel ilkesi de gözetilmeden, beraatı yerine yetersiz gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi"isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 04.04.2012 gün ve 285046 sayı ile;

"…Olay tarihinde müştekinin G. alışveriş merkezi otoparkına geldiği, burada arabasını park ettiği, kapılarını ve bagajını kilitlediği geri döndüğünde ise park halinde bulunan aracın kapısının açılarak arabanın içerisinde bulunan bir adet stepne, bir adet kriko ve araç papasının çalındığının anlaşıldığı, daha sonra yapılan arama sırasında müştekiye ait malzemelerin otopark içinde bulunan ve sanığa ait aracın içerisinde gizlenmiş vaziyette bulunduğu bu nedenle sanığın üzerine atılı hırsızlık suçunu işlediği sabit olmakla sanığın eylemine uyan ve lehine sonuç doğuran 765 sayılı TCK'nın 493/2, 522 ve 81/1-3. maddeleri gereğince cezalandırılmasına ilişkin mahkeme kararının doğru olduğu " görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 13. Ceza Dairesince 26.09.2012 gün ve 18234-19827 sayıl ile, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birince Başkanlığına gönderilen

dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın hırsızlık suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; suçun sabit olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

24.04.2005 günlü görgü tespit tutanağına göre; şikayetçiye ait aracın şoför kapısının anahtar uydurulmak suretiyle açıldığı, şoför tarafında bulunan arka kapının da açık bırakıldığı, teyp kısmının boş olup, kablolarının dışarı çıkarılmış durumda olduğunun belirlendiği,

24.04.2005 tarihli olay, eşya teşhis, muhafaza altına alma, değer tespiti ve teslim tutanağına göre de; saat 16.30 sıralarında G otoparkında 34.... 1 plaka sayılı kırmızı renkli Şahin marka bir aracın uzun süredir otoparkta terk edilmiş olduğu yönündeki ihbar üzerine sözkonusu yere gidildiğinde, aracın sol arka lastiğinin inik durumda, dört kapısının ve bagajının açık olduğu, arka koltuk üzerinde boş bira şişeleri bulunup aracın kontağının içinde kırık bir anahtar olduğu, teybinin olmayıp bagajında iki adet bijon anahtarı, bir adet stepne, bir adet kriko ve bir adet yırtık paspas ve gazoz şişesinin bulunduğunun tespit edildiği, olay yerine gelen şikayetçi H'nin bagajdaki eşyaların kendisine ait olduğunu beyan etmesi üzerine değer tespiti yapılarak adı geçene teslim edildiği ve aracın muhafaza altına alındığı, 02.05.2005 tarihli tutanağa göre; saat 11.30 da Selimiye Devlet Hastanesi bahçesinde otların ve çiçeklerin arasında gizlenmiş durumda oto malzemeleri bulunduğu yönündeki ihbar üzerine tespit yerine gidildiğinde, bir adet Kamasonik marka oto teybi, üç adet hoporlör , birer adet sağlık çantası ve reflektör, kutu içinde Porsce marka kilit sistemi, eski kot pantolon ve tişört, bir adet Süper Sonaks marka pompanın ele geçtiği, yapılan araştırmada ele geçen eşyaların 24.04.2005 günü G otoparkında bulunan 22 .... 8 plakalı araçtan çalınan eşyalar olduğunun belirlendiği ve aynı gün şikayetçiye teslim edildiği,

Şikayetçi aşamalarda; Ş marka aracını G Otoparkı'na kapılarını kilitleyerek park ettiğini, saat 09.00 sularında geri döndüğünde şoför kapısının açık olduğunu gördüğünü, aracının içini kontrol ettiğinde Kamasonik marka oto teybi, üç adet hopörlör, henüz araca etmediği merkez kilit sistemi, torpido gözünde bulunan ruhsat sürücü belgesi, sigorta poliçeleri, arka bagajdaki yedek lastik ve bijon anahtarının olmadığını tespit ettiğini,

görevlilerce yapılan araştırmalar sonucunda eşyaların bir kısmının aynı gün, bir bölümünün de sekiz gün sonra kendisine teslim edildiğini beyan ettiği,

Sanığın aşamalarda benzerlik gösterecek şekilde; olay günü saat 05.00 sıralarında G yanında benzin istasyonundan benzin aldığını, karbüratöründeki bir sorun nedeniyle arabayı çalıştırmadığını, uğraşırken kontak anahtarını kırdığını, kırılan kısmın yarısının kontak içinde kaldığını, aracı iterek G Otoparkına uygun bir yere çektiğini, aracın kilit sistemleri bozuk olduğundan arabanın kapılarını ve bagajını kilitleyemediğinden kapıları kapatmakla yetintiğini, aynı gün saat 13.00 sıralarında otoparka gittiğinde arabasını gördüğünü, kalan kırık anahtarla yeniden çalıştırmayı denemesine rağmen yine sonuç alamadığını, günlerden Pazar olduğu için açık anahtarcı da bulamayacağını düşünerek aracı zorunlu olarak aynı şekilde bıraktığını, 25.04.2005 günü gittiğinde ise arabasının yerinde olmadığını fark ettiğini, polis tarafından götürüldüğünü öğrenince karakola gittiğini, kolluk görevlilerinden aracında hırsızlık malı bulunduğunu öğrendiğini, şikayetçinin arabasından alındığı söylenen malzemelerin kim tarafından aracına konulduğunu bilemediği, aracının kapıları kilitli olmadığı için başkaları tarafından bırakılmış olabileceği, hırsızlık suçlamasını kabul etmediğini, kafeterya işletmesi nedeniyle halinin vaktinin yerinde olduğunu ve hırsızlık yapmaya ihtiyacının olmadığını savunduğu,

Anlaşılmaktadır.

Ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri olan "in dubio pro reo" yani "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel şartı, suçun şüpheye yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkumiyeti, yargılama sürecinde toplanan delillerin bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı da göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır.Bu ispat hiçbir şüphe ve başka türlü bir oluşa imkan vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza muhakemesinde mahkumiyet, büyük veya küçük bir ihtimale değil, her türlü şüpheden uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilebilmesinin başka bir yolu da bulunmamaktadır.

Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde ;

Olay ve eşya teşhis tutanağında sanığa ait aracın sol arka lastiğinin inik durumda olduğu ve aracın kontak bölümünün içinde kırık bir anahtarının bulunduğu ve tüm kapılarının kilitsiz olduğu hususlarının tespit edilmiş olması, şikayetçinin ifadesinde belirttiği malzemelerden yalnızca bijon anahtarı ve yedek lastiğin sanığa ait araçta ele geçirilmesi, diğer malzemelerin ise sekiz gün sonra bir hastanenin bahçesinde bulunması, aracının arızalı olduğunu ve kontak anahtarının kırık olmasından dolayı aracını çalıştıramadığını belirten sanığın aşamalarda tutarlılık gösteren savunmasının, olay ve eşya teşhis tutanağı ile de doğrulanması karşısında; iddia konusu hırsızlık eyleminin sanık tarafından gerçekleştirildiği hususu şüpheli kaldığından, şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiğini belirten evrensel hukuk ilkesi de göz önüne alındığında, sanığın üzerine atılı hırsızlık suçundan cezalandırılması gerektirir her türlü şüpheden uzak, kesin ve yeterli delil olmadığının ve yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, yerel mahkeme hükmünün, sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetli olduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığ itirazının **REDDİNE,**

2-Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE,** 28.05.2013 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ

HIRSIZLIK
•
HAYVANLA CİNSEL TEMAS

ÖZET : Hırsızlık suçunda ceza indirimi yapılması somut olayın koşullarına bağlıdır. *

Y. 2. CD .E: 2013 / 12769 K: 2014/3888 T: 13.02.2014

O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz dilekçesinin içeriğine göre, sanık hakkında mala zarar verme suçundan kuruln beraat hükmünü temyiz ettiği belirlenerek yapılan incelemede;

5237 sayılı TCY'nin 145. maddesindeki kavramının, 765 sayılı TCY'nin 522. maddesindeki veya ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, 5237 Sayılı Yasa'ya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi ve olayın özelliği ile sanığın kastı da gözetilmek suretiyle, daha çoğunu alma olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da gerekiyorsa ceza vermekten vazgeçilebileceği ölçüdeki düşük değerler esas alınmak, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanmak koşuluyla uygulanabileceği düşünülmeden, somut olayda uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında hırsızlık suçundan tayin olunan temel ceza üzerinden 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesi uyarınca indirim yapılmasına karar verilmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış, sanığın şikayetçinin ahırına girerek eşeği ile cinsel ilişkide bulunması şeklindeki eyleminin mala zarar verme suçunu oluşturmadığı, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 28 / k maddesi uyarınca idari para cezasını gerektirdiği ve mahkemece mala zarar verme suçundan beraat kararı ile birlikte ayrıca idari yaptırım kararı verilmesi gerektiği gözetilmemiş ise de, idari yaptırım kararının mahallinde verilmesi mümkün görülmüştür.

SONUÇ

Yapılan duruşmaya toplanan delillere, gerekçe, hakimin kanaat ve takdirine göre temyiz itirazları yerinde olmadığından reddiyle hükmün istem gibi **(ONANMASINA)...**

* www.kazancihukuk.com'dan alınmıştır.

HIRSIZLIK
•
SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK

ÖZET : Yeni işlenen suçun, açıklanması geri bırakılan hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesi halinde ertelenen hüküm açıklanamaz.

Y. 2. CD. E: 2013/7355 K: 2013/30503 T: 19.12.2013

21.10.2009 günlü karar ile hırsızlık, işyeri dokunulmazlığını bozma ve mala zarar verme suçlarından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve suça sürüklenen çocuğun 3 yıl denetim süresine tabi tutulmasına karar verildiği hükmün 03.11.2009 tarihinde kesinleştiği, 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 11. fıkrasında, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranılması halinde, mahkemece hükmün açıklanacağı düzenlenmiş olup, suça sürüklenen çocuğun hükmün kesinleşmesinden önce 17.08.2009 tarihinde işlediği kasten yaralama suçundan dolayı Kestel Sulh Ceza Mahkemesi'nin 16.03.2011 tarihli ilamı ile verilen ve 18.04.2011 tarihinde kesinleşen mahkumiyet hükmü nedeniyle açıklanması geri bırakılan hüküm yönünden mahkemesine ihbarda bulunulması üzerine, mahkemece duruşma açılarak hükmün açıklanmasına karar verilmiş ise de, yeni işlenen suçun, açıklanması geri bırakılan hükmün kesinleşme tarihinden önce işlenmesi ve koşullarının oluşmaması nedeniyle hükmün açıklanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan diğer yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı **(BOZULMASINA)** 19.12.2013 günü oy birliğiyle karar verildi.

HIRSIZLIK

•

SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

ÖZET: Suça sürüklenen çocuk hakkında etkin pişmanlık yolunun denenmemesi Bozmayı gerektirir*

Y. 2. CD. E: 2014/ 3586 K: 2013/ 29486 T:11.12.2013

DAVA VE KARAR:

Dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Dosya içeriğine göre diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak,

1-Yakınan tarafından kontak anahtarı üzerinden alınarak sokağa park edilen motosikletin, kabloları kesilip düz kontak yapılarak çalınması biçimindeki eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b. Maddesinin birinci cümlesinde tanımlanan "herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında " hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun hukuki nitelendirilmesinde yanılgıya düşülerek aynı Kanun'un 141/1. maddesi ile uygulama yapılması,

2-Yakınanın kendi çabaları ile motosikleti terk edilmiş olarak ve hasarlı bir şekilde bulduğu, yakınanın isteği üzerine suça sürüklenen çocuğun motosikleti ait bazı parçaları sakladığı yerden çıkartıp soruşturma evresinde yakınana teslim ettiği, kovuşturma evresinde ise yakınanın zararının tamamının giderildiğinin anlaşılması karşısında; soruşturma evresinde yapılan kısmi iade nedeniyle çocuk, hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına onay verip vermediği yakınandan sorularak sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nın 168/1-4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi, yakınanın rızasının bulunmaması halinde ise, suçun işlenmesiyle meydana gelen zararı kovuşturma evresinde tamamen gideren çocuk hakkında 168.maddenin 2. fıkrasının uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,

SONUÇ

Bozmayı gerektirmiş, suça sürüklenen çocuk müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan sebeplerden dolayı isteme aykırı olarak **(BOZULMASINA),** suça sürüklenen

www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

çocuğun eyleminin mahkemenin kabulü gibi 5237 sayılı TCY'nın 141/1. maddesindeki suçu değildi, aynı Yasa'nın 142/1-b maddesindeki suçu oluşturduğuna ilişkin bozmanın oyçokluğuyla, olayda suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı TCY'nın 168.maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle bozma ile, 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesinin yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'un 326/son. Maddesi uyarınca yeni hüküm kurulurken bozma öncesi hükmolunan yaptırımın(cezanın)ve sonuçlarının ağırlaştırılamayacağı kuralının gözetilmesine, 11.12.2013 günü oybirliğiyle karar verildi.

KARŞI OY

Hırsızlık; başkasına ait taşınır bir malın, elmeninin(zilyedinin) rızası olmadan, kendisine ya da başkasına yara sağlamak amacıyla, bulunduğu yerden alınmasıdır.

Hırsızlık suçunun temel şeklini oluşturan bu tanım, hırsızlık suçu yönünden genel hükümdür.Aynı zamanda bu tanımın yer aldığı, yeni 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 141/1.maddesi, eski 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 491/1.(ilk) maddesi gibi açıktan hırsızlık, basit hırsızlık da denilen hırsızlık suçunun temel şeklini açıklamaktadır.Bu suçun nitelikli hallerini oluşturan, diğer hırsızlık suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın(TCY) 142. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Hırsızlık suçunun nitelikli hallerini düzenleyen TCY'nın 142.ve devamı maddeleri, bu suçun temel şeklini tanımlayan genel hüküm niteliğinde olan aynı Yasa'nın 141/1. maddesi uygulanır.

Suçun nitelikli halini oluşturan öğe ve koşullar tam olarak gerçekleşmedikçe, özel hükümler (TCY'NIN 142.ve devamı maddeleri) değil, genel hüküm olan TCY'nın 141/1. maddesi uygulanır.

Somut olayda; yakınan tarafından bina ya da eklentisinde koruma(muhafaza) altına alınmadan sokağa park edilen suça konu motosiklet, sanık tarafından bulunduğu yerden alınıp götürülmüştür.

Yakınan,hırsızlık suçuna konu mal olan motosikleti, herkesin girebileceği bir yer olan sokağa açığa bırakmıştır.Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle koruma(muhafaza) altına alınmış malın/eşyanın alınması şeklinde suçun işlenmesi durumunda, sanığın eylemi, TCY'nın 142/1-b. Maddesinde düzenlenen, hırsızlık suçunun nitelikli oluşturur.Kilitlemeden bırakılmışsa ya da kilitleme inalın/eşyanın koruma(muhafaza)altına alınmasını sağlayacak şekilde değilse, ya da kilitlenmek suretiyle koruma(muhafaza) altına alma olanağı olmayan malın/eşyanın herkesin girebileceği bir yere bırakılma durumu söz konusu ise, bu durumlarda eylem TCY'nın 141/1.maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun, basit/açıktan/temel şeklini oluşturur.

Kapalı kilide el atmadan ve(örneğin; kapıları kilitli, camları kapalı otomobili çekici arayıcılığıyla taşımak gibi) özel düzenek kullanılmadan taşınır malı kaldırmak, sürüklemek,itmek suretiyle götürülme olanağı bulunmayan durumlarda,Yasa'nın öngördüğü koruma(muhafaza) altına almak koşulu ve hırsızlık suçunun, TCY'nın 142/1-b. maddesindeki nitelikli durumu gerçekleşmiş olur.

Diğer yönden; kilide el atmadan, örneğin motosikleti sağlam zincir, kablo tel ve kilitle demir parmaklık, direk, sağlam köklü ağaca bağlaması gibi önlemlerin alınmaması nedeniyle taşınır mal olan motosiklet; kaldırmak, sürüklemek ve itmek suretiyle ya

da ön tekerleği yerden biraz kaldırılıp arka tekerleği yerden biraz kaldırılıp arka tekerleği üzerinde kaydırılarak götürülebiliyorsa, kontağı kilitli olsa da koruma (muhafaza) altına alma koşulu ve suçun nitelikli durumu meydana gelmemiştir.Bu durumlarda hırsızlık suçunun nitelikli halini oluşturan öğe ve koşullar tam olarak gerçekleşmediği için, eylem TCY'nın 141/1.maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun basit/açıktan/temel şeklini oluşturur.

Açıklanan bu ilkeler ışığında; her somut olayda nitelikli durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak için, herkesin girebileceği yerde bırakılan taşınır malın hem kilitlenmiş ve hem de gerekli ek önlemlerle koruma(muhafaza) altına alınmış olup olmadığı; diğer bir anlatımla kilitleme ve/veya ek önlemler koruma(muhafaza)altına alma(koruma,saklama,bir yerde tutma) işlevini sağlamış bulunup bulunmadığının araştırılıp saptanması gerekmektedir.

Herkesin girebileceği yerde bırakılan taşınır malın hem kilitlenmiş ve hem de gerekli ek önlemlerle koruma(muhafaza)altına alınmış olup olmadığının saptanması konusu, salt olaya/olgusal değil, olaya/olguya bağlı hukusal bir sorundur.Bu yüzden, duruşma yargıcı ya da olay/ilk derece mahkemesi, keşif yoluyla gözlemlerini saptamak ve bir bilirkişiye çizdirdiği taslakla/krokiyle, herkesin girebileceği yerde bırakılan taşımı malın hem kilitlenmiş ve hem de gerekli ek önlemlerde koruma(muhafaza) altına alma işlevinin yerine getirilip getirilmediğinin, bölgedeki gelenek ve yerleşik inançları da gözeterek, Yargıtay denetimine olanak sağlayacak biçimde saptamalıdır.

Bunun sonucuna göre de İlk derece/olay mahkemesince sanığın eylemi değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır.

Bu nedenle yukarıdaki ilkelere uyulmadan hiçbir araştırma yapılmadan, eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile Olay/İlk derece mahkemesince kurulan hükmün, temyiz incelenmesi sonucu ; "Yakınan tarafından kontak anahtarı üzerinden alınarak sokağa park edilen motosikletin, kabloları kesilip düz kontak yapılarak çalınması biçimindeki eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b. maddesinin birinci cümlesinde tanımlanan " herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında" hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun oluşturduğu gözetilmeden, suçun hukuki nitelendirilmesinde yanılgıya düşülerek aynı Kanun'un 141/1.maddesi ile uygulama yapılması gerekçesi ile bozulmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmamaktayız.

YARGITAY 14. CEZA DAİRESİ

CİNSEL SALDIRI

ÖZET : 18 yaşından büyük mağdureye beden ve ruh sağlığı raporu istemek bozmayı gerektirmiştir.*

Y. 14. CD. E: 2013/ 8131 K: 2013/ 11924 T:21.11.2013

Nitelikli cinsel saldırı suçundan sanıklar Ş. ve M. yapılan

Yargılamaları sonunda; beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde nitelikli cinsel saldırı suçundan mahkumiyetlerine dair Tunceli Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 19.04.2013 gün ve 2012 / 74 Esas, 2013 / 36 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtayca incelenmesi O Yer Cumhuriyet Savcısı ve sanıklar müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

Adli Tıp Kurumu'nun bilinen uygulamalarına göre 18 yaşından mağdurların ruh sağlığındaki bozulmanın tespiti için 1 sene beklenmesi ve her iki sanığın eylemlerinin mağdureye etkisini değerlendirecek şekilde rapor istenmesi gerektiği gözetilmeden nüfus kaydına göre, 23.06.2012 tarihinde meydana gelen olay nedeniyle 18 yaşından büyük olan mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti bakımından, 23.01.2013 tarihli muayeneye istinaden Fırat Üniversitesi Hastanesi 6. İhtisas Kurulu Başkanlığı tarafından düzenlenen rapor hükme esas alınarak sanıklar hakkında TCK'nın 102/5. maddesinin uygulanması,

Kanuna aykırı O Yer Cumhuriyet Savcısı ve sanıklar müdafiin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK'un 321. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 21.11.2013 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

* Gönderen : Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

YARGITAY 15. CEZA DAİRESİ

BOŞANAN ÇİFTLERİN DURUMU
•
EMEKLİ MAAŞI ALMA

ÖZET : Boşanan çiftlerin bir arada yaşayıp maaş almaları dolandırıcılık suçu oluşturmaz.*

Y. 15. CD. E: 2012/22273 K: 2013/16356 T: 31.10.2013

Dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir.

Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağı ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.

Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.

TCK'nın 158/1-e bendinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, nitelikli hal kabul edilmiştir. Hangi kurum ve kuruluşların, kamusal nitelik taşıdığı, o kurumun kadro bakımından bağlı olduğu durumu düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Bu nitelikli halin oluşması için, eylemin kamu kurum ve kuruluşlarının mal varlığına zarar vermek amacıyla işlenmesi gerekir.

Zarar vermek, kamu kurum ve kuruluşlarından hakkı olmayan bir parayı almak yada bir borcu geri vermemek şeklinde olabilir.Bu suçun zarar göreni kamu kurum ve kuruluşunun tüzel kişiliğidir.Kamu kurum ve kuruluşlarının zarar görmesi söz konusu değilse bu suç oluşmayacaktır.Dolandırıcılık suçunun kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına işlenmesi madde kapsamında değildir.

---

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004- 5170/ 7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

Buna göre, iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan Uluslar arası Sözleşmeler, yasalar üstü bir konumdadır ve iç hukukun bir parçası olarak yürütmeyi ve yargıyı bağlamaktadır.

İç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) temel amacı, insan haklarının korunması ve bu haklara yönelik ihlallerin engellenmesidir. İnsan hakları, insan onurunu korumayı, insanın maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan haller olup, insanın doğuştan varolan hak ve özgürlükleridir.Bu haklar hak sahiplerini yetkili bir konuma getirirken, devlete ve diğer üçüncü kişileri o kişinin hakkına saygılı olma yükümlülüğü altına sokar.

AİHS madde 1'e göre, sözleşmeye taraf devlet, hangi yolla olursa olsun sözleşmede öngörülen haklara riayet yükümlülüğü altındadır.Madde 2'ye göre, her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Madde 3'e göre, hiç kimse... aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz. Madde 8'e göre, herkes özel ve aile yaşamına... saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

AİHS, özel ve aile yaşamına, haksız ve keyfi müdahalelere karşı, bireyi korumaktadır. Özel yaşam bireyin içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesidir. Geniş manada tanımlanan aile, anne-baba ister meşru ister gayri meşru olsun bunların çocukları ile olan ilişkilerini içermektedir.Aile yaşamına saygı hakkı, anne-baba arasındaki ilişki sona ermiş artık birlikte yaşamıyor veya boşanmış olsalar bile, çocukla eşler arasında birlikte yaşama ve kişisel ilişki kurma hakkına da içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pek çok kararlarında tanımladığı gibi bir davranış eğer kişilerde aşağılık duygusu yaratıyorsa ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte ise aşağılayıcı muameledir. Bu muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı nitelikte olup olmamasında rol oynamakla beraber kişinin kendi gözünde küçük düşmesi yeterli sayılmaktadır.

Somut olayda; sanıklar resmi nikahlı evli iken, B'nin vefat eden ba-

basından yetim maaşını alabilmek için 15.04.2004 tarihinde muvazaalı olarak boşandıkları, ancak aynı evde birlikte yaşamaya devam ettikleri, SGK'dan maaş almak suretiyle haksız menfaat temin ederek kamu kurumunu dolandırdıkları iddia edilmiş ise de,

Mahkeme tarafından mutlak butlanla malul bir karar olduğuna hükmedilmeyen bu nedenle hukuken geçerli olan bir kararla boşandıktan sonra, eşlerin bir arada yaşamasını engelleyen birlikte yaşamanın suç olduğuna dair kanuni bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, eşlerin bir arada yaşamasının boşanmanın maaş almak amacıyla yapıldığının ve hileli davranışın kanıtı olamayacağı, nitekim 5510 Sayılı Kanun'un 56. maddesinde bu durumu tespit edilen kimselerin gelir ve aylığının kesileceği ve ödenmiş tutarların geri alınacağının belirtildiği, bu hususta cezai düzenlemenin bulunmadığı, sanıkların eyleminin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu gözetilerek, dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi yerine sanıkların suç işleme kasıtlarının bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi sonuca etkili olmadığından

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün değişik gerekçe ile **ONANMASINA,** 31.10.2013 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/2187

Karar Tarihi: 19/12/2013

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1 Başvurucu, evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine istinaden yapılan uygulama neticesinde, cinsel olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespitiyle, uğradığı manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 21/3/2013 tarihinde İstanbul 11. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölümün 6/6/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı'nın 2/8/2013 tarihli görüş yazısı 12/8/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

6. Başvurucu tarafından 23/9/2013 tarihinde Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyan dilekçesi ibraz edilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru dilekçesindeki ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. İstanbul Barosuna bağlı avukat olarak çalışan başvurucu, evlenmekle Akat Eşki olan soyadının Akat olarak düzeltilmesi istemiyle dava açmıştır.

9. Fatih 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 13/11/2007 tarih ve E.2007/277, K.2007/325 sayılı görevsizlik kararı ile dosya aile mahkemesine devredilmiştir.

10. Fatih 3. Aile Mahkemesi'nin 17/7/2008 tarih ve E.2008/93, K.2008/511 sayılı kararı ile nüfus müdürlüğü aleyhine açılan dava husumet yönünden reddedilmiştir.

11. Başvurucu tarafından, evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle, eşi hasım gösterilmek suretiyle Fatih 2. Aile Mahkemesi'nin E.2009/189 sayılı dosyası üzerinde açılan davanın yargılaması sırasında, Mahkemece 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş, Anayasa Mahkemesi'nin 10/3/2011 günlü, E.2009/85, K.2011/49 sayılı kararıyla talep reddedilmiştir.

12. Fatih 2. Aile Mahkemesinin 14/6/2011 tarih ve E.2009/189, K.2011/386 sayılı kararı ile başvurucunun davası reddedilmiştir.

13. Başvurucu tarafından yapılan temyiz talebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 24/11/2012 tarih ve E.2011/22361, K.2012/31270 sayılı kararı ile reddedilerek, Yargıtay ilamı başvurucuya 22/2/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

14. 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Kadının soyadı*" kenar başlıklı 187. maddesi şöyledir:

"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme me-

muruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Mahkemenin 19/12/2013 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 21/3/2013 tarih ve 2013/2187 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

16. Başvurucu, İstanbul Barosu'na bağlı avukat olarak çalıştığını, 2005 yılında evlendiğini, ancak evlendikten sonra uzunca bir süre evlilik öncesindeki soyadını kullanmaya devam ettiğini, yurt dışına çıkış işlemleri nedeniyle nüfus müdürlüğüne başvurarak evlilik öncesi soyadı ve evlilik soyadını beraber içeren kimlik belgesi aldığını, fakat diğer resmi işlemlerini evlilik öncesi soyadı ile yapmaya devam ettiğini, bu duruma bağlı olarak yaşadığı zorluklar nedeniyle evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açtığı davanın reddedildiğini, belirtilen durum nedeniyle cinsel olarak ayrımcılığa tabi tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğini belirterek, Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

17. Başvurunun incelenmesi neticesinde, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas İnceleme

18. Başvurucu evli kadınların yalnızca evlilik öncesindeki soyadlarını kullanmasını engelleyen 4721 Sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanılarak yapılan uygulama nedeniyle, Anayasa'nın 17. ve 20. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

19. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM), somut başvuruya benzer başvurular açısından, evli erkeklerin evlendikten sonra kendi soyadlarını kullanma imkânları bulunmasına rağmen, evli kadınların evlilikten önceki soyadlarını tek başına kullanma imkânlarının bulunmamasının cinsiyete dayalı farklı bir mua-

mele oluşturduğuna ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddesini ihlal ettiğine karar verildiği belirtilerek, başvurucu tarafından açılan davanın 4721 Sayılı Kanun'da kadının evlendikten sonra evlilik öncesi soyadını tek başına kullanabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle reddedildiğinin yapılacak değerlendirmede nazara alınması yönünde beyanda bulunulduğu anlaşılmıştır.

20. Başvurucu Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyan dilekçesinde, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarına rağmen, iç hukukta gerekli yasal düzenlemenin yapılmadığını ve bu durumun somut başvuru benzeri birçok ihlal iddiasına neden olduğunu beyan etmiştir.

21. Başvurucu tarafından, Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüş olmakla beraber, belirtilen ihlal iddiasının mahiyeti gereği sadece Anayasa'nın 17. maddesi açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

22. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, § 18, 26/3/2013)

23. Başvurucunun ihlal iddiasına konu isim hakkı, Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

24. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

25. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korun-

ması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

26. Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "*özel yaşam*" kavramı AİHM tarafından oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır.

27. Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslar arası insan hakları belgesinde "*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*" kavramına yer verilmekle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir.

28. Bununla birlikte, Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında, "*bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi*" kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da, Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır.

29. AİHM, Sözleşmenin 8. maddesinin ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermediğini belirtmekle beraber, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla ilgili olduğunu ve bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlenmesi konusuyla ilgilenmesinin bu unsuru özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmayacağını kabul etmektedir. Bu kapsamda, soyadı değiştirme ile çocuğun ve kadının soyadı bağlamında AİHM içtihatlarına konu edildiği görülen soyadının da Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanında olduğu anlaşılmaktadır. AİHM'e göre soyadı, mesleki bağlamın yanı sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olup, onları dış dünyaya tanıtma fonksiyonunu üstlenmektedir (*Burghartz/İsviçre*, B.No: 16213/90, 22/2/1994, § 24; *Stjerna/Finlandiya*, B.No: 18131/91, 25/11/1994, § 37; *Niemietz/Almanya*, B.No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

30 Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır.

31. Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra, isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (E.2011/34, K.2012/48, 30/3/2012; E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011).

32. Başvuruya konu yargılama kapsamında başvurucunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmekle, belirtilen uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır.

33. Anayasa'nın 17. maddesinde, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir.

34. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Ana-

yasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

35. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup, Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır.

36. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır.

37. Sözleşme'nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca da, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu, öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olup, müdahalenin hukukîlik unsurunu taşımadığının tespiti halinde, Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin, müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Bkz. *Fadeyeva/Rusya*, B. No: 55723/00, 9/6/2005, § 95; *Bykov/Rusya*, B. No:4378/02, 10/3/2009, §82).

38. Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin yasallık şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur.

39. Başvuru konusu olayda başvurucunun evlilik öncesi soyadını kullanması yönündeki talebinin, ilk derece mahkemesince, 4721 sayılı Kanun'da evli kadının kocasının soyadı olmaksızın yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı belirtilerek reddedildiği anlaşılmaktadır.

40. Anayasa'nın "*Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma*" kenar başlıklı 90. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

41. Belirtilen düzenlemeyle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslarası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.

42. Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "*özel hayatın ve aile hayatının korunması*" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır (bkz. *Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 16/11/2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye*, B. No: 7971/07, 28/5/2013; *Tuncer Güneş/Türkiye,* B. No: 26268/08, 3/10/2013; *Tanbay Tüten/Türkiye*, B. No:38249/09, 10/12/2013).

43. Cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili

hususlar, insan hakları ile ilgili diğer bir takım uluslararası hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Türkiye'nin 4/6/2003 tarihinde onayladığı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasında taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacakları düzenlemesine yer verilmiştir.

44. Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

45. Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

46. Somut başvuru açısından, başvurucunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyuşmazlığın karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

47. Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören

iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyuşmazlık açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurucunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

48. Yapılan bu tespit çerçevesinde, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

49. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

c. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

50. Başvurucu, 10.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

51. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun tazminat talebine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

52. 6216 Sayılı Kanun'un "*Kararlar*" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

53. Mevcut başvuruda müdahalenin kanuniliği şartının sağlanmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

54. Başvurucu tarafından manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından, başvurucunun manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

55. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 harç ve 2.640,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.838,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine,

D. Başvurucunun manevi tazminata ilişkin talebinin **REDDİNE,**

E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 2.640,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.838,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,**

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

19/12/2013 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

YARGITAYA GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Ocak	12.81	1.14	8.89	11.11	5.33	5.22
Şubat	12.63	1.20	9.23	10.96	4.72	6.11
Mart	11.99	1.63	9.36	10.79	4.23	6.95
Nisan	10.65	2.52	9.17	10.72	3.74	7.89
Mayıs	8.96	3.50	9.21	10.57	3.27	
Haziran	7.34	4.30	9.42	10.24	3.18	
Temmuz	5.47	5.33	9.59	9.88	3.23	
Ağustos	4.19	6.18	9.76	9.33	3.39	
Eylül	3.22	6.89	10.03	8.60	3.58	
Ekim	2.20	7.71	10.26	7.80	3.93	
Kasım	1.37	8.27	10.72	6.98	4.10	
Aralık	1.23	8.52	11.09	6.09	4.48	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Ocak	0.58	2.36	0.38	0.18	3.32	1.85	0.41	0.56	1.65	1.98
Şubat	1.66	1.72	-0.09	0.13	1.38	1.45	0.73	0.56	0.30	0.43
Mart	1.94	1.22	0.36	0.81	0.74	0.58	0.42	0.41	0.66	1.13
Nisan	2.35	0.61	0.08	-0.51	0.09	0.60	0.87	1.52	0.42	1.34
Mayıs	-1.15	0.15	0.53	1.00		-0.36	2.42	-0.21	0.15	
Haziran	-0.50	0.01	-1.49	1.46		-0.56	-1.43	-0.90	0.76	
Temmuz	-0.16	-0.03	-0.31	0.99		-0.48	-0.41	-0.23	0.31	
Ağustos	1.15	1.76	0.26	0.04		0.40	0.73	0.56	-0.10	
Eylül	0.51	1.55	1.03	0.88		1.23	0.75	1.03	0.77	
Ekim	1.21	1.60	0.17	0.69		1.83	3.27	1.96	1.80	
Kasım	-0.31	0,65	1.66	0.62		0.03	1,73	0.38	0.01	
Aralık	1.31	1.00	0.12	1.11		-0.30	0.58	0.38	0.46	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Ocak	0.58	2.36	0.38	1.88	3.32	1.85	0.41	0.56	1.65	1.98
Şubat	2.25	4.13	0.29	0.31	4.75	3.32	1.14	1.13	1.95	2.41
Mart	4.24	5.40	0.65	0.50	5.52	3.93	1.57	1.55	2.63	3.57
Nisan	6.69	6.04	0.73	-0.01	5.61	4.55	2.45	3.09	3.06	4.96
Mayıs	5.47	6.20	1.27	0.99		4.17	4.93	2.87	3.21	
Haziran	4.93	6.21	-0.24	2.46		3.59	3.43	1.95	4.00	
Temmuz	4.77	6.18	-0.56	3.48		3.09	3.00	1.71	4.32	
Ağustos	5.98	8.05	-0.30	3.52		3.50	3.75	2.28	4.21	
Eylül	6.52	9.72	0.72	4.43		4.77	4.53	-3.34	5.01	
Ekim	7.80	11.48	0.90	5.15		6.69	7.95	5.36	6.90	
Kasım	7.47	12.20	2.58	5.80		6.72	9.82	5.76	6.91	
Aralık	8.87	13.33	2.45	6.97		6.40	10.45	6.16	7.40	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Ocak	6.30	10.80	11.13	1.88	10.72	8.19	4.90	10.61	7.31	7.75
Şubat	6.82	10.87	9.15	1.84	12.40	10.13	4.16	10.43	7.63	7.89
Mart	8.58	10.08	8.22	2.30	12.31	9.56	3.99	10.43	7.29	8.39
Nisan	10.42	8.21	7.65	1.70	12.98	10.19	4.26	11.14	6.13	9.38
Mayıs	9.21	9.63	8.06	2.17		9.10	7.17	8.28	6.51	
Haziran	7.64	10.19	6.44	5.23		8.37	6.24	8.87	8.30	
Temmuz	8.24	10.34	6.13	6.61		7.58	6.31	9.07	8.88	
Ağustos	9.03	11.00	4.56	6.38		8.33	6.65	8.88	8.17	
Eylül	8.91	12.15	4.03	6.23		9.24	6.15	9.19	7.88	
Ekim	9.92	12.58	2.57	6.77		8.62	7.66	7.80	7.71	
Kasım	8.17	13,67	3.60	5.67		7.29	9,48	6.37	7.32	
Aralık	8.87	13.33	2.45	6.97		6.40	10.45	6.16	7.40	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	**ÜFE**					**TÜFE**				
	2010	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Ocak	1.14	8.89	11.11	5.33	5.22	6.16	8.28	6.95	8.62	7.53
Şubat	1.20	9.23	10.96	4.72	6.11	6.38	7.76	7.48	8.33	7.60
Mart	1.63	9.36	10.79	4.23	6.95	6.53	7.29	8.02	8.08	7.70
Nisan	2.52	9.17	10.72	3.74	7.89	6.87	6.79	8.59	7.66	7.97
Mayıs	3.50	9.21	10.57	3.27		7.20	6.64	8.68	7.51	
Haziran	4.30	9.42	10.24	3.18		7.41	6.47	8.89	7.47	
Temmuz	5.33	9.59	9.88	3.23		7.59	6.37	9.11	7.47	
Ağustos	6.18	9.76	9.33	3.39		7.83	6.24	9.29	7.42	
Eylül	6.89	10.03	8.65	3.58		8.16	6.00	9.53	7.32	
Ekim	7.71	10.26	7.80	3.93		8.45	5.93	9.53	7.32	
Kasım	8.27	10.72	6.98	4.10		8.59	6.13	9.26	7.39	
Aralık	8.52	11.09	6.09	4.48		8.57	6.47	8.89	7.49	

Tablolar Açıklaması:

Ekli faiz tablosunda 25 Ocak 2014 tarihli güncelleme yapılmıştır.

Sürelerle ilgili diğer tablolarda da 25 Ocak 2014 tarihli güncelleme yapılmıştır.

Buradaki veriler bilgi amaçlı olup, olası yanlışlıklardan dolayı sorumluluk kabul edilmez.

01.01.2014	BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER								Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü
MAHKEME	**Cevap**	**Bilirkişi Raporuna İtiraz**	**İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz**	**Temyiz**			**Tashih –i Karar**		**Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararları Temyizi**
				Tefhim	**Tebliğ**	**Cevap**	**Tebliğ**	**Cevap**	
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	15	10	15	15	7
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	8	10	15	15	7
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	10	---	---	7
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	10	10	10	7
İCRA - Ceza	Duruşma	2 Hafta	---	7	7	---	---	---	1 Hafta
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	2 Hafta	---	1 Hafta	1 Hafta	---	1 Ay (C.Sav.)	---	1 Hafta
İDARİ YARGI (İdare Vergi)	30	2 Hafta	7	---	30	30	15	30	7

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINSIRLAR						
YILLAR	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Hukuk Mahkemeleri / Temyiz / Kesinlik 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427. maddesinin 2. fıkrası. Fıkranın ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 1.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2 ve m.3, 6100 geçici m.3, 5521 geçici m.1	1.400,00	1.430,00	1.540,00	1.690,00	1.820,00	1.890,00
Murafaa 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 438. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 10.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	14.200,00	14.510,00	15.620,00	17.220,00	18.560,00	19.280,00
Tashih -i Karar 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 440. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 6000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	8.510,00	8.690,00	9.350,00	10.300,00	11.100,00	11.530,00
İcra Mahkemeleri / Temyiz / Kesinlik 2004 sayılı kanunun 5311 sayılı kanunla ilga edilen 363. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı kanunun 101. maddesiyle sınır (2003 yılı için) 2000TL idi. Aynı tarihte yürürlüğe giren aynı kanunun 102. maddesi (2004 ek m.1) de, bu oranın 2003 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 2004 geçici m.7	4.030,00	4.110,00	4.420,00	4.870,00	5.240,00	5.440,00

Tablonun devamı

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR							
YILLAR		2009	2010	2011	2012	2013	2014
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		7.630,00	7.790,00	8.380,00	9.230,00 05.07.2012'den sonra 25.000,00	26.950,00	28.000,00
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı veya delil olmasına ilişkin sınır 4077 m.22		936,97	938,75	1.031,87	1.161,67	1.191,52	1.272,19
Görev – Büyükşehirlerde Tüketici İl veya İlçe Hakem Heyetleri Tük. Sor. Hak. Yön. m.5		2.446,03	2.450,67	2.693,78	3.032,65	3.110,58	3.321,17
Senetle / Tanıkla İspat 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		540,00	550,00	590,00 01.10.2011'den sonra 2.500,00	2.500,00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı **İlk altı ay ve Son altı ay**		2.260,05 2.365,16	2.427,04 2.517,01	2.623,23 2.731,85	2.917,27 3.033,98	3.129,25 3.254,44	3.429,44
Görev - Sulh / Asliye 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.
Ceza Mahkemeleri para cezaları **Temyiz / Kesinlik sınırı** 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi,	Beraat>	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00
	Mahkûmiyet>	2.000,00	2.000,00 07.10.2010'den sonra Sınır yok	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000,00	2.000,00	2.000,00 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00	3.000,00

01.01.2014		BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SÜRELER								Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü
MAHKEME	**Cevap / Cevaba Cevap / İkinci Cevap**	**Bilirkişi Raporuna İtiraz**	**İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz**	**İstinaf**			**Temyiz**			**İstinaf veya İtiraz veya Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararı Temyizi**
				Tef-him	**Tebliğ**	**Cevap**	**Tef-him**	**Tebliğ**	**Cevap**	
ASLİYE (Ticaret, Tüke-tici, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
SULH (Basit Yargılama Usulüne tabi davalar)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	2 Hafta	---	8	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	---	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Ceza	Duruşma	Duruşma	---	7	7	---	---	7	7	7
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	Duruşma	---	7	7	7	7 (5271 m.291 f.2)	7	7	7
İDARİ YARGI (İdare, Vergi)	30	2 Hafta	7	**İtiraz veya Temyiz**			**Tashih –i Karar**			7
				---	30	30	---	15	30	

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR						
YILLAR	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Hukuk Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik 1086 mülga m.426A ve ek m.4, 6100 m.341	1.400,00	1.430,00	1.540,00 01.10.2011'den sonra 1.500,00	1.500,00	1.500,00	1.500,00
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik 1086 mülga m.428 ve ek m.4, 6100 m.362	7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra 25.000,00	25.000,00	25.000,00	25.000,00
Temyizde Duruşma 1086 mülga m.438 ve Ek m.4, 6100 m.369	14.200,00	14.510,00	15.620,00 01.10.2011'den sonra 60.000,00	60.000,00	60.000,00	60.000,00
İcra Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik 2004 m.363 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 24. maddesiyle istinaf sınırı (2005 yılı için) 1.000TL olarak belirlenmiştir.	1.400,00	1.430,00	1.540,00	1.690,00	1.820,00	1.890,00
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik 2004 m.364 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 25. maddesiyle temyiz sınırı (2005 yılı için) 10.000TL olarak belirlenmiştir.	14.200,00	14.510,00	15.620,00	17.220,00	18.560,00	19.280,00
İş Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik (5521 m.8)	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00
İş Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik (5521 m.8)	5.000,00	5.000,00	5.000,00	5.000,00	5.000,00	5.000,00

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR							
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		7.630,00	7.790,00	8.380,00	9.230,00 05.07.2012'den sonra 25.000,00	26.950,00	28.000,00
Tüketici Hakem Heyetleri Kararlarının bağlayıcı veya delil olmasına ilişkin sınır 4077 m.22		936,97	938,75	1.031,87	1.161,67	1.191,52	1.272,19
Görev – Büyükşehirlerde Tüketici İl veya İlçe Hakem Heyetleri Tük. Sor. Hak. Yön. m.5		2.446,03	2.450,67	2.693,78	3.032,65	3.110,58	3.321,17
Senetle / Tanıkla İspat 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		540,00	550,00	590,00 01.10.2011'den sonra 2.500,00	2.500,00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay		2.260,05 2.365,16	2.427,04 2.517,01	2.623,23 2.731,85	2.917,27 3.033,98	3.129,25 3.254,44	3.429,44
Görev - Sulh / Asliye 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		7.080,00	7.230,00	7.780,00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar, Asliye Hukukta açılır.
Ceza Mahkemeleri para cezaları İstinaf / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi, 5271 m.272	Beraat>	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00 Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün
	Mahkûmiyet>	2.000,00	2.000,00	2.000,00 07.10.2010'den sonra Sınır yok	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000,00	2.000,00	2.000,00	2.000,00 14.04.2011'den sonra 3.000,00	3.000,00	3.000,00

6100 ve 5521 sayılı kanunlarda parasal sınırların arttırılacağı yönünde bir düzenleme olmadığından bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır. 1086, 2004, 2576 ve 2577 sayılı kanunlardaki sınırlar ise, her yıl için ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre belirlenir. On lirayı aşmayan küsurlar dikkate alınmaz. Tüketici Hakem heyetine ilişkin sınırlar ise, her sene Sanayi Bakanlığı tarafından tespit edilmektedir.

01.01.2014	FAİZ TABLOSU	Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

Faizler, oran açısından **"Yasal Faiz"** ve **"Akdi Faiz"** olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yasal faiz oranları, her alacağın mahiyetine göre mevzuatın belirlediği oranlardır. (6098 m.88 f.1, 3095 m.4, 6098 m.120 f.1, 6102 m.9) Mahiyeti açık olmayan alacaklarda faiz oranı kanuni (adi) faize göre belirlenir. (Örneğin 2004 m.118) Akdi faiz oranı ise sözleşmeyle belirlenir. Faizler, tür olarak ise **"Anapara faizi"** ve **"Temerrüt Faizi"** olmak üzere ikiye ayrılırlar. Anapara faizi, borçlu henüz temerrüde düşmeden ödenmesi gereken faizdir. Sözleşme uyarınca alacaklıya ait paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüş ise anapara faizinden söz edilir. (Örneğin 6098 m.193 b.1, m.217 f.1 b.1, m.234, m.229 f.1 b.1, m.387 f.2, m.529 f.1, m.538 f.1, m.627 f.2, 6102 m.20) Anapara faizi, genellikle kredili, taksitli, vadeli vs. sözleşmelerde vade farkı adı altında alınır. Borçlu temerrüde düştüğünde ise ayrıca temerrüt faizi alınır. Anapara faizi temerrüt halinde anapara halini alır ve dolayısıyla temerrüt halinde anapara sayılan anapara faizi üzerinden ayrıca temerrüt faizi işletilir. Gerek anapara faizi ve gerek temerrüt faizi sürecinde, işleyen faizin belirli bir süre sonra anaparaya katılacağı ve oluşan yeni anapara üzerinden faiz işletilmesine devam edileceği kararlaştırılamaz. (3095 m.3, 6098 m.121 ve m.388 f.3) Sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile faize faiz işletilmesi geçersizdir. İstisna olarak cari hesap sözleşmelerinde ve ayrıca iki tarafın tacir olduğu ödünç (karz) sözleşmelerinde sadece anapara sürecinde üç aydan aşağı olmamak üzere faize faiz işletilmesi kararlaştırılabilir. (6102 m.8 f.2) Faiz başlangıcı temerrüt tarihi olan alacaklarda temerrütten önceki döneme ilişkin faiz işletilemez.

Türk Borçlar kanununa ve Türk Ticaret Kanununa göre gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda ödenmesi gereken anapara faizlerinde kanuni (adi) faiz oranı uygulanır. (3095 m.1, 6098 m.88 f.1, 6102 m.9) Günümüzde yıllık kanuni (adi) faiz oranı %9'dur. Diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar anapara faizi oranı olarak uygulanır. (6098 m.88 f.1) Temerrüt faizi ise alacağın mahiyetine göre belirlenir; Adi alacaklarda kanuni (adi) faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f.1) Ticari alacaklarda ise ticari faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f.2, 6102 m.9) Günümüzde yıllık ticari faiz oranı %11,75'dir. Taraflardan biri için ticari iş sayılan veya tacire karşı haksız fiil sayılan veya tacirin sebepsiz zenginleşmesi sayılan işlemlerde temerrüt halinde ticari faiz uygulanır. Ticari işletmeler arası mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan ve iki tarafın tacir olduğu ticari işlemlerde kanundan veya sözleşmeden kaynaklı borcu ödemede temerrüde düşen borçlunun ödeyeceği en düşük ticari faiz oranı ise, normal ticari faiz oranından en az %8 fazla olmak koşuluyla Merkez bankası tarafından belirlenir. (6102 m.1530 f.2

f.6 f.7). Adi ve ticari alacaklar dışında diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.4, 6098 m.120 f.1)

Anapara faizi oranı ile temerrüt faizi oranı sözleşmeyle farklı oranlarda belirlenebilir. Adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen akdi anapara faizi oranı kanuni (adi) faiz oranının %50 fazlasını aşamaz, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi oranı ise kanuni (adi) faiz oranının %100 fazlasını aşamaz. (6098 m.88 f.2, 6098 m.120 f.2) Kanuni faizin %9 olarak uygulandığı günümüzde adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen anapara faizi (%9x1,5) %13,3 oranını, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi ise (%9x2) %18 oranını aşamaz. Ticari işlerde ise gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.8 f.1) Taraflardan biri için ticari iş sayılan sözleşmelerde de gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.19 b.2) Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır. (6102 m.8 f.3) Adi ve ticari alacaklar dışında yabancı para gibi diğer alacak türlerinde mevzuatta bir sınırlama yoktur.

Taksitli taşınır satışı, tüketici kredisi, konut finansmanı vs. gibi alıcının tüketici sayıldığı ve satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitli sözleşmelerde ise; anapara faizi kanuni (adi) faizin en fazla %50 fazlası, temerrüt faizi ise yasaya göre uygulanan veya sözleşmeyle belirlenen anapara faizinin (değişken faizli konut finansmanı sözleşmelerinde cari faiz oranının) en fazla %30 fazlası olarak kararlaştırılabilir. (6098 m.253, 4077 m.6/A f.2 b.d, 4077 m.10 f.2 b.f, 4077 m.10/B f.15 b.i). Bu durumda yıllık anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlendiğinde, yıllık temerrüt faizi oranı da en fazla (%13,5x1,3) %17,55 olarak belirlenebilir. Tüketiciye yönelik peşin satımlarda temerrüt halinde %30 sınırlaması uygulanmaz. 6098 ve 4077 sayılı kanunlardaki sınırlamalar, kredi kartları faizinde de uygulanmaz. (5464 m.26 f.6) Kredi kartlarında Merkez bankasının belirlediği ve ilan ettiği azami akdi anapara faizi ile azami akdi temerrüt faizi oranları aşılamaz. Tüketici işlemi sayılmayan ticari kredilerde de hem anapara faizi oranı ve hem temerrüt faizi oranı sözleşmeyle serbestçe belirlenebilir.

Sözleşmede anapara faizi oranı belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise ve anapara faizi oranı da mevzuatın alacak için düzenlediği temerrüt faizi oranından fazla ise, bu durumda anapara faizi oranı temerrüt faizi oranı olarak da uygulanır. (3095 m.2 f.3, 6098 m.120 f.3) Örneğin adi bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık %9 değil %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi kanuni (adi) faizden yüksektir. Ticari bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık ticari temerrüt faizi oranı olan %11,75 değil anapara faizi olarak kararlaştırılan %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi oranı normalde uygulanması gereken ticari faiz oranından yüksektir.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
AZAMİ MEVDUAT FAİZİ 4857 m. 34, 1475 m.14	**Kıdem tazminatı**: Kıdem tazminatı alacağının tümü için fesih tarihi–10 yıl–Fesih tarihi / **Fazla mesai ücreti:** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl–İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Bayram ve Genel tatil ücreti:** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih / **Hafta tatili:** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih / **Aylık Ücret:** Her aylık ücret için ay sonu–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih / **İkramiye, yol, yemek vs. gibi yardımlar:** Her yardım için yardım tarihi–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İlgili alacaklarda bankaların açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Alacaklı, hangi bankanın mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunlu değildir. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranlarını uygulamaktadırlar. Geçekte Merkez Bankasının web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranları, bankaların fiilen uyguladığı oranlar değillerdir, bankalarca uyulması gereken azami sınırlardır. Faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği bankalardan fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Faiz başlangıç tarihi esas alınarak birer yıllık devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin mayıs ayının on sekizi ise oluşturulan tüm yıllık devirlerin başlangıç tarihi de her mayıs ayının on sekizi olur. Her bir devirde devir başlangıç tarihinde bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi oranı, asıl alacağa devir sonuna dek uygulanır. Devir başlangıç tarihlerinin tekabül etmediği ara dönemlerde mevduat faizi oranlarındaki artışlar veya azalmalar dikkate alınmazlar. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç devir geçtiği ve her devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve devre ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek mevduat faizi veren bankadan sorulur. **TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları:** 02.06.2009-04.10.2010 % 23 05.10.2010-13.10.2010 % 20 14.10.2010-20.10.2010 % 19 21.10.2010-13.01.2011 % 18 14.01.2011-20.04.2011 % 17 21.04.2011- % 18
AZAMİ İŞLETME KREDİSİ FAİZİ 2822 m.61	Kanuni işçilik alacakları dışında kalıp Toplu iş sözleşmesinden kaynaklı ilave ayni ve nakdi alacaklar için uygulanır. Örneğin asgari ücret miktarı için azami mevduat faizi, asgari ücreti geçen miktar için azami işletme kredisi faizi uygulanır. Örneğin fazla çalışma ücretlerinin %50'ye kadar olan miktarına azami mevduat faizi, %50'yi aşan miktarlarına işletme kredisi faizi uygulanır. Zamanaşımı başlangıcı, zamanaşımı süresi ve faiz başlangıç tarihi normal işçi alacaklarında olduğu gibidir. **İşçi sendikası aidatı** Her ay aidatı için ayrı olarak her ay sonu–5 yıl–Toplu sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İşletme kredisi veren bankalarının işletme kredilerinde temerrüt tarihi itibarıyla uyguladığı YILLIK en yüksek faiz oranı uygulanır. Faiz oranı dava konusu yapıldığı takdirde, tarafların bildirdiği bankalardan faiz başlangıç tarihinde uygulanan yıllık en yüksek işletme kredisi faiz oranları sorulur. Kanun bankaların kamu bankası olmasını zorunlu kılmamıştır. Ancak bankaların Türkiye Halk Bankası, Sınai Kalkınma Bankası, Türkiye Kalkınma bankası gibi işletme kredisi veren kamu bankaları olması gerektiği şeklinde Yargıtay içtihatları vardır. Merkez bankasından sorulması gerektiğini söyleyen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. (Yargıtay 9. E:1998/3831 K:1998/3093 T:03.03.1998)	Azami mevduat faizi gibi hesaplanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme kredisi faizi veren bankadan sorulur.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KAMU FAİZİ 6183 m.51, Anayasa m.46/ son	Vergi, resim, harç, prim, aidat vs. tüm kamu alacakları Tahakkuk tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilmesine rağmen vade tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde işlem yapılmayan alacaklar zamanaşımına uğrar. (213 sayılı kanun m.114, 6183 sayılı kanun m.102) Tahakkuk veya Vade tarihi–5 yıl–Vade tarihi **Kamulaştırma bedeli** Mülkiyetin idareye devri tarihi–10 yıl–Mülkiyetin idareye devri tarihi	6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında kanunun 51. maddesi uyarınca kamu alacakları ile Anayasanın 46/ son fıkrasına göre kamulaştırma alacaklarına uygulanacak olan gecikme zammı oranları Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden AYLIK faiz hesaplanır. Ay kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Geçen her aya uygulanacak faiz oranı, ayın içinde bulunduğu döneme göre belirlenir. Faiz başlangıç tarihi esas alınarak AYLIK devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin ayın on sekizi ise oluşturulan tüm aylık devirlerin başlangıç tarihi de her ayın on sekizi olur. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç aylık devir geçtiği ve geçen her aylık devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve aya ait AYLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her aylık devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	**Dönemler Ve AYLIK Oranlar** 09.07.1998-20.01.2000 % 12 21.01.2000-01.12.2002 % 6 02.12.2000-28.03.2001 % 5 29.03.2001-30.01.2002 % 10 31.01.2002-11.11.2003 % 7 12.11.2003-01.03.2005 % 4 02.03.2005-20.04.2006 % 3 21.04.2006-18.11.2009 % 2,5 19.11.2009-19.10.2010 % 1,95 19.10.2010- % 1,4
TECİL FAİZİ 2577 m.28 f.6, 213 m.112 f.4, 6183 m.48	Vergi, resim, ikmalen tarhiyata dayanan tapu harçları, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı, tecile konu olan kamu alacaklarıdır. (213 m.112 f.4, 6183 m.48 Tam yargı ve vergi davalarında hükmedilen meblağın idarece hak sahibine geç ödenmesi durumunda da tecil faizi uygulanır. (2577 m.28 f.6,)	Tecil faizi oranları Maliye bakanlığı tarafından yıllık oran olarak belirlenmektedir.	Tecil edilecek alacak miktarı ve vade tarihi belirlenir. Daha sonra alacağın kaç takside bölüneceği ve her bir taksitin ödeme tarihi belirlenir. Her taksit için vadeden itibaren ödeme tarihine dek kaç DÖNEM geçtiği ve her bir dönemde de kaç GÜN geçtiği bulunur. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 28.04.2006-20.11.2009 % 24 21.11.2009-20.10.2010 % 19 21.10.2010- % 12
YABANCI PARA FAİZİ 3095 m.4a	Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır. (Yargıtay 12. HD, E:2006/12270 K:2006/15287 T:11.07.2006)	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

AYLIK ORAN ÜZERİNDEN AYLIK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Ay Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 100 AYLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 3000

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KANUNİ (ADİ) FAİZ **3095 m.1**	**Adi alacak sözleşmeleri** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **İhbar tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Yıllık izin ücreti** Yıllık izin ücreti alacağının tümü için fesih tarihi –5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Haksız fiil maddi ve manevi tazminat** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Tam yargı davası** Hizmet kusurunu öğrenme tarihi–1 yıl ve her durumda 5 yıl–Temerrüt tarihi **İşveren kötü niyet tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Sebepsiz zenginleşme** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda zenginleşme tarihinden itibaren 10 yıl–Zenginleşme tarihi (Zenginleşen iyi niyetli ise faiz başlangıcı borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihtir) **Gazeteci ve Denizci kıdem tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl–Temerrüt tarihi **İş kazası maddi ve manevi tazminat** Kaza tarihi–10 yıl–Kaza tarihi **Kira ve Ecrimisil** Her ay için ayrı olarak ay sonu–5 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Kamu zararı alacağı** Zarar tarihini takip eden yılın başı–10 yıl–Zarar tarihi **Tüketiciye yönelik satış dolayısıyla satıcının alacağı** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–5 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	29.04.1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesi, yıllık faiz oranını %5 olarak belirlemiştir. 22 mart 1303 tarihli Mürabaha nizamnamesi de, adi alacaklarda sözleşmeyle yıllık faiz oranının %9'a kadar artırılabileceğini düzenlemiştir. 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı yasanın 5. maddesi, Borçlar kanununda ve Ticaret kanununda faiz oranlarını düzenleyen hükümleri ve ayrıca Mürabaha nizamnamesini yürürlükten kaldırmış, aynı yasanın 1. maddesi ise, kanuni faiz oranını %30 olarak belirlemiş, ancak Bakanlar Kuruluna bu oranı yüzde seksenine kadar artırma veya indirme yetkisi de vermiştir. 1997/9807 sayılı bakanlar kurulu kararı ile 01.01.1998-31.12.1999 dönemi kanuni faiz oranı %50 olarak uygulanmıştır. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 18.12.1999 tarihli 4489 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilmiş, buna göre Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı Reeskont oranı, sonraki yıl için kanuni faiz oranı olarak belirlenmiştir. 30 Haziran günü uygulanan reeskont oranı eğer önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan az veya fazla ise, bu durumda yıl iki döneme bölünmüş, yılın ikinci yarısında 30 haziran tarihindeki reeskont oranı geçerli olmuştur. Reeskont oranının uygulandığı süreçte yıllık veya yarım yıllık dönemler söz konusu olmuştur. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 5335 sayılı yasanın 14. maddesi ile 30.04.2005 tarihinden geçerli olmak üzere tekrar değiştirilmiş, 01.05.2005 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kanuni faiz oranı yıllık % 12 olarak belirlenmiş, Bakanlar kurulu da bu oranı yüzde onuna kadar indirmeye veya iki katına çıkarmaya veya kanuni faiz oranını aylık olarak belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu tarihten itibaren artık reeskont oranı dikkate alınmamıştır. 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren kanuni faiz oranı yıllık %9 olarak belirlenmiştir.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Faiz başlangıç tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönem için ayrı faiz hesaplanmalıdır. Faiz başlangıç tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönemde kaç gün gecikme olduğu belirlenir, daha sonra döneme ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur, daha sonra her dönem için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır. Yıllık oran üzerinden günlük faiz hesaplanırken yılın 360 gün ya da 365 gün olarak kabul edilmesi konusunda birbirinden farklı kararlar bulunmaktadır. Genel teamülde bir ayın 30 gün kabul edilmesi yılın 360 gün kabul edilmesini gerektirmiştir. Yılın 360 gün kabul edilmesi halinde aşağıdaki formülde 36500 (365 x 100) olan paydanın 36000 (360 x 100) yapılması gerekmektedir.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 29.04.1926-19.12.1984 % 5 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 60 01.07.2002-30.06.2003 % 55 01.07.2003-31.12.2003 % 50 01.01.2004-30.06.2004 % 43 01.07.2004-30.04.2005 % 38 01.05.2005-31.12.2005 % 12 01.01.2006- % 9

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TİCARİ TEMERRÜT FAİZİ **3095 m.2/2**	**Aksi bir oran kararlaştırılmadığı sürece tüm ticari işlerde; temerrütten önce anapara faizi ödenmesi gerekiyor ise kanuni faiz oranı, temerrüt halinde ise ticari faiz oranı uygulanır.** **Ticari sözleşmeler** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl (inşaat ve imalat işleri gibi bazı sözleşmelerde 5 yıl)–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Tacirin sebepsiz zenginleşmesi** Örneğin bankanın sözleşme olmaksızın müşteri hesabından kesinti yapması, tacirin sebepsiz zenginleşmesi sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda işlem tarihinden itibaren 10 yıl–İşlem tarihi **Tacirin ticari işine veya ticari itibarına yönelik haksız fiiller** **Örneğin kaçak elektrik kullanma, tacire karşı haksız fiil sayılır.** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe)** Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi **Fikri haklar** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Tüketicinin iade alacağı** **(Yargıtay 18.HD E:2010/19122 K:2011/11578 T:18.07.2011)** Ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–2 yıl–Temerrüt tarihi Konutta ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–5 yıl–Temerrüt tarihi Ayıplı mal ve hizmetten zarar tarihi–3 yıl ve 10 yıl–Temerrüt tarihi	6762 sayılı Türk Ticaret kanunun 9. maddesi, ticari faiz oranının belirlenmesinde 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesine atıf yapmıştır. 3095 sayılı kanunun 1. maddesi, kanuni faiz olarak belirlenen sabit oranın gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda uygulanacağını, ancak reeskont oranının kanuni faiz oranından yüksek olması halinde ticari faiz oranının reeskont oranına göre belirleneceğini düzenlenmiş idi. Aynı kanunun 2. maddesinde 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, artık reeskont oranının kanuni (adi) faiz oranı sayılacağı, dolayısıyla reeskont oranının hem adi alacaklarda ve ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak avans faiz oranının reeskont (kanuni) faiz oranından fazla olması durumunda avans faiz oranının ticari faiz oranı olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ise sadece kanuni faiz oranının belirlenmesinde reeskont oranından vazgeçilmiştir, 4489 sayılı kanunun ticari faize ilişkin getirdiği hükümler halen yürürlüktedir. Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir. Merkez Bankasının yayınladığı avans faizi oranlarına 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanuni faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü uyguladığı avans faiz oranı sonraki yıl için ticari faiz oranı olarak uygulanır. 30 Haziran tarihinde uygulanan avans faiz oranı bir önceki yılın 31 aralık tarihinde uygulanan avans faiz oranından 5 puan altta veya üstte ise, bu durumda yıl iki döneme bölünür, 1 temmuz-31 aralık dönemi için 30 hazirandaki avans faiz oranı uygulanır.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır. Ticari Faiz tabiri, 4489 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin kanunun 1/1. maddesine göre belirlenecek yasal faiz oranını ifade etmekteydi. (Yargıtay HGK E:1997/11-278 K:1997/529 T:11.6.1997) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önce dava dilekçesinde ticari faiz talep edilmiş ancak oran belirtilmemiş ise mahkemece kanuni (adi) faize hükmedilirdi. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra ise, ticari faiz tabiri, 3095 sayılı kanunun 2/2. maddesinde açıklanan avans faiz oranını ifade etmektedir. (Yargıtay 11.HD, E:2004/2192 K:2004/3206 T:29.03.2004) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra dava dilekçesinde ticari faiz talep edildiği takdirde oran belirtilmese bile mahkemece ticari avans faizine hükmedilmektedir.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 %70 01.07.2002-30.06.2003 %64 01.07.2003-31.12.2003 %57 01.01.2004-30.06.2004 %48 01.07.2004-30.04.2005 % 42 01.05.2005-30.06.2005 % 42 01.07.2005-31.12.2005 % 30 01.01.2006-31.12.2006 % 25 01.01.2007-31.12.2007 % 29 01.01.2008-30.06.2009 % 27 01.07.2009-31.12.2009 % 19 01.01.2010-31.12.2010 % 16 01.01.2011-31.12.2011 % 15 01.01.2012-31.12.2012 % 17,75 01.01.2013-31.12.2013 % 13,75 01.01.2014- % 11,75

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TEDARİK TEMERRÜT FAİZİ **6102 m.1530**	Ticari sözleşmeler Sözleşmede ödeme günü tayin edilmiş ise zamanaşımı ve faiz başlangıcı bu tarihtir. Sözleşmede ödeme günü belirlenmemiş ise; teslimden önce fatura gönderilmiş ise teslimden itibaren, teslimden sonra fatura gönderilmiş ise faturanın alındığı tarihten itibaren, faturanın alım tarihi belli değil ise teslim tarihinden itibaren, kabul veya gözden geçirme usulü olan hallerde kabul veya gözden geçirmeden önce fatura gönderilmiş ise kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 30 günlük sürenin sonu, zamanaşımı ve faiz başlangıcıdır Burada bahsedilen 30 günlük süreler yerine sözleşmeyle daha uzun süreler kararlaştırılabilir. Ancak alacaklı küçük ölçekli işletme (KOBİ) ise veya alacaklı tarım veya hayvan üreticisi ise veya borçlu büyük ölçekli işletme ise, teslim tarihinden veya faturanın alındığı tarihten veya gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren 60 günlük süreden daha uzun süreler sözleşmeyle kararlaştırılamaz. Zamanaşımı 10 yıldır.	Ticari işletmeler arası mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan ve iki tarafın tacir olduğu ticari işlemlerde kanundan veya sözleşmeden kaynaklı borcu ödemede temerrüde düşen borçlunun ödeyeceği en düşük ticari faiz oranı, normal ticari temerrüt faizi oranından en az %8 fazla olmak koşuluyla Merkez bankası tarafından belirlenir. Merkez bankası, alacağın tahsili masrafları için asgari giderim tutarını da belirlemektedir. (6102 m.1530/7)	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 01.01.2013-31.12.2013 % 15 01.01.2014- %12,75
BİNA GENEL GİDER FAİZİ **634 m.20**	Bina aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her aybaşı–5 yıl–Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Aidat şeklinde olmayıp bir kerede ödenmesi karar altına alınan bina ortak giderinde kanuni faiz uygulanır. Karar tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	02.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı kat mülkiyeti kanunun 20. maddesi, kat maliklerinin ortak giderlere katılımını düzenlemiştir. Ödemenin gecikmesi halinde genel hükümlere göre kanuni faiz uygulanmakta idi. Aynı kanunun 20. maddesinde 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve ödenmeyen giderler için aylık yüzde on gecikme tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ise, yüzde onluk oranı yüzde beşe indirmiştir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK gecikme faizi hesaplanır. Aidata YILLIK yasal faiz oranının uygulanacağı dönem için KANUNİ FAİZ gibi hesap yapılır. Aidata AYLIK faiz oranının uygulanacağı dönemler için KAMU FAİZİ gibi hesap yapılır.	**Aidata YILLIK Yasal Faiz Oranının Uygulanacağı Dönem** 02.01.1965-13.04.1983 **Aidata AYLIK Oranın Uygulanacağı Dönemler** 13.04.1983-28.11.2007 % 10 28.11.2007- % 5
YABANCI PARA FAİZİ **3095 m.4a**	Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

Kamulaştırmasız elatma kavramı, 6830 sayılı İstimlâk kanunun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihinden sonraki olaylar için söz konusudur. Bu tarihten önceki elatmalar ise, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Kamulaştırmasız elatmaya ilişkin düzenlemeler, birikmiş problemleri temizlemeye matuf af yasası görünümündedirler. Her bir düzenlemenin ilişkin olduğu dönem ile düzenlemenin yürürlük süresi farklılık arz eder. Aşağıda kamulaştırmasız elatmaya ilişkin düzenlemeler kolay anlaşılabilmesi için tablo haline getirilmiştir.

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER	HUKUKİ DURUM
-221 sayılı kanun	12.01.1961 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir.	09.10.1956 tarihinden önceki elatmalar	Bedel	12.01.1961'den itibaren 2 yıl hak düşürücü süre	Fiili tahsis tarihindeki değer	09.10.1956 tarihinden önce idarece elatılan yerler, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Bu döneme ait elatmalar için yasanın yürürlüğe girdiği 12.01.1961 tarihinden itibaren 2 yıllık hak düşürücü süre içinde sadece bedel davası açılabilir.
-16.05.1956 tarihli 1956/1 Esas 1956/6 Karar sayılı İçtihadı birleştirme kararı -16.05.1956 tarihli 1954/1 Esas 1956/7 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararı	16.05.1956 ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, 09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalarda aksini düzenleyen kanun yürürlükte olmadığı sürece uygulanır	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, idarece yerine el atılan mülk sahibinin dilerse müdahalenin meni davası açabileceğini ve dilerse bedel davası açabileceğini, mülk sahibinin bu davalardan birini tercih etmeye zorlanamayacağını, ancak mülk sahibinin bu davalardan sadece birini açabileceğini, bu davalarda zamanaşımının söz konusu olmadığını, bedel davalarında dava tarihindeki değere hükmedileceğini düzenlemiştir.
			Bedel	Süre yok		
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı		
-2942 sayılı kanunun 38. maddesi -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları	2942 sayılı kanunun 38. maddesinin yürürlüğe girdiği 08.11.1983 tarihi ile Anayasa mahkemesinin bu kanunu iptal eden kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası	09.10.1956 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	20 yıl hak düşürücü süre	Fiili tahsis tarihindeki nitelikler dikkate alınarak dava tarihindeki değer	2942 sayılı kanunun 38. maddesi, 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarını yürürlükten kaldırmamış, dolayısıyla dava çeşitlerini artırmamış veya sınırlandırmamış, sadece hak düşürücü süreyi düzenlemiş, ayrıca mülk sahibi dışında zilyet ve mirasçılara da dava açma hakkı tanımıştır. Anayasa mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğilikesi gereği, 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden kararın yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihinden önceki kazanılmış haklara uygulanması imkânı bulunmamakta idi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlük tarihine kadar ve ayrıca dava tarihine kadar 20 seneden fazla süre geçmiş ise, davacının her türlü dava hakkının düşeceği benimsenmiş idi.
			Bedel	20 yıl hak düşürücü süre		
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı		

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	5999 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi ile kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "sadece" kelimesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*Kademeli normlar sıralamasında içtihadı birleştirme kararları sonra gelirler. 2942 sayılı Kamulaştırma kanunun 38. maddesinin iptal edilmesiyle kamulaştırmasız elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanmaya başlamıştır.
**5999 Sayılı Kanun, müdahalenin meni davasını açma imkânını ortadan kaldırmış, bununla birlikte bedel davalarında 20 yıllık hak düşürücü süreyi de geriye dönük olarak kaldırmış, hak düşürücü süreden dolayı reddedilen bedel davalarının tekrar açılmasını sağlamış, ancak bedel davası açmak için en önce idareye müracaat edilmesini şart koşmuş, bedele ilişkin alacağa da ilama bağlı olsa bile haciz yasağı getirmiş, buna karşılık idareye aynı kamulaştırmaya pay ayırır gibi kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden %2 pay ayırmasını ve ödemelerin sadece bu ödenekten yapılmasını emretmiştir.5999 sayılı kanun, ayrıca tescile ilişkin yerel mahkeme kararının kesin olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının ise temyiz edilebilir olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının kesinleşmese bile icra takibine konabileceğini, alacağa da kanuni faizin uygulanacağını düzenlemiştir.5999 sayılı kanun, müracaat için bir süre öngörmemiş ancak müracaat var ise sessiz geçen altı aylık sürenin sonundan itibaren veya uyuşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren dava hakkını üç aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırmıştır. Yargıtay, idareye müracaat etmeden direkt açılan davada uzlaşmazlık iradesi içeren dava dilekçesinin müracaat ve uzlaşmazlık iradesi yerine geçeceğini, dava açmadan önce idareye müracaat etmenin dava şartı sayılmadığını ve dolayısıyla bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın direkt dava açabileceğini karar altına almıştır. (Yargıtay 5.HD, E:2011/967 K:2011/5754 T:31.03.2011, E:2011/17580 K:2011/20948 T:13.12.2011) Ancak dava açmadan idareye müracaat yapılmış ise veya açılan dava takipsizlikten dolayı düşmüş ise üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihi ile Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları***	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesinin Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle, bu dönem elatmalar için dava sınırlaması ortadan kaldırılmış ve mülk sahibine müdahalenin meni davası açma hakkı da tanınmıştır. 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar, yürürlük süresince bu döneme ait elatmalar için aynen geçerli olmuştur.
**6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi, bu döneme ait elatmalar için 5999 sayılı kanunun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki halinin) aynen uygulanmasını öngörmüş, ancak bu döneme ait elatmalar için idarenin yıllık bütçesinden ayıracağı payı %5’e çıkarmıştır. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için sadece bedel davası açılabilir.
***Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının 5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesini iptal eden A/2a maddesi, 22.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı kararın 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesini iptal eden B maddesinin yürürlük tarihi her ne kadar 22.08.2013 ise de aynı dönemi düzenleyen 6487 sayılı kanunun 21. maddesi daha önce 11.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda 22.02.2013 ile 11.06.2013 tarihleri arası, 5999 sayılı kanunun 22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali ile birlikte kanunun boş bıraktığı alanda 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları da uygulama alanı bulur. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için mülk sahipleri bedel davası yerine müdahalenin meni davası açabilir. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar aynen geçerlidir.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-6487 sayılı kanun m.21 -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak davet veya müracaat tarihindeki değer. İdarenin sessiz kalması veya uzlaşmazlık tutanağının düzenlenmesi sonucu dava açılmış ise el koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak dava tarihindeki değer.
			Bedel	Süre yok ancak malik ile idare arasında yapılan görüşmede uzlaşmazlık tutanağı tutulmuş ise malik açısından 3 aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Bu 3 aylık sürede bedel davası açmayan idare de artık sadece kamulaştırma davası açabilir.	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM

*2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesi, sadece bedel davası açılabileceğini düzenlemediğinden kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği bedel davası yerine müdahalenin meni davası da açılabilir. Malik bu davalardan sadece birini açabilir. Malik ayrıca ecrimisil davası da açabilir.

Bedel davası açılacak ise en önce idareye müracaat edilmesi gerektiği açıkça dava şartı olarak düzenlenmiştir. Derdest olan davalarda ise davacılar uzlaşma isteyip istemediklerini idareye veya mahkemeye kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde bildirebilirler. Malik tarafından müracaat veya dava konusu edilmemiş taşınmazlarla ilgili olarak idareye de maliki davet etme yetkisi tanınmıştır.

Bedel davası bir süreye tabi değildir. Hak düşürücü süreden dolayı reddedilen eski davalar da yeniden açılabilir. Ancak bedel davası açılmadan önce idareye müracaat edilmesi ve uzlaşma talep edilmesi gerekir. Müracaat tarihinden itibaren idare 6 ay sessiz kalmış ise veya idarece 6 ay geçmeden davet yazısı tebliğ edilmiş ancak tebliğden itibaren 6 ay içinde uzlaşma görüşmeleri yapılamamış ise, sürenin sonunda kamulaştırmasız elatma davası açılabilir.

Uzlaşma görüşmelerinde hemen nakdi ödemeye karar verilemez. Uzlaşma görüşmelerinde nakdi ödemeye ancak idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle uzlaşma sağlanamaması halinde karar verilir.

Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş ise malik açısından üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararında benzer düzenleme içeren 5999 sayılı yasada düzenlenen 30 günlük sürenin hak düşürücü süre sayılmasında anayasaya aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir. İdare de, uzlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren üç ay içinde bedel davası açılabilir. Üç aylık sürede bedel davası açmayan idare, eğer hala taşınmaza sahip olmak istiyor ise artık sadece kamulaştırma davası açabilir. Süresi içinde bedel davası açmadığından dolayı kamulaştırma davası açmak zorunda kalan idare, artık tüm bedeli peşin bloke etmek zorunda kalacak ve dolayısıyla bedel davalarında olduğu gibi kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan paydan garameten ve taksitle ödeme imkânını kaybetmiş olacaktır.

Bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamındadır. Buna karşılık idarece kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılır ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemeler sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılır.

Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenir. Tescile ilişkin yerel mahkeme kararı kesindir, bedele ilişkin yerel mahkeme kararı ise temyiz edilebilir. Bedele ilişkin yerel mahkeme kararı kesinleşmese bile icra takibine konabilir ancak haciz işlemleri yapılamaz. Alacak takside bağlansa bile kanuni faiz uygulanır.

Hukuki elatmalara ilişkin davalar idari yargıda görülür. Bu hüküm kesinleşmemiş ve halen derdest olan davalara da uygulanır. İdare mahkemelerinin tapu tescil kararı verme yetkisi olmadığından, idare mahkemesi kararına dayanarak ödemede bulunan idare, adli yargıda malike karşı tapu tescil davası açmalıdır. Hukuki elatmalara ilişkin daha önce adliye mahkemeleri tarafından belirlenmiş ve kesinleşmiş olan bedeller, sadece kamulaştırmasız elatmalara ilişkin ayrılan ödenekten ödenir. Hukuki elatmalara ilişkin idare mahkemesi tarafından belirlenen alacaklar ise genel bütçeden ödenir.

2981 sayılı kanun uygulamaları sonucu doğan her türlü alacak, uygulama tarihinde belirlenen bedele kanuni faiz işletilerek güncellenir. Bu hüküm kesinleşmemiş ve halen derdest olan davalara da uygulanır. 2981 sayılı kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan her türlü bedele ilişkin ödemeler hakkında da 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı yasayla değişik geçici 6. maddesi hükümleri uygulanır. Dolayısıyla bu alacaklar için de haciz yasağı getirilmiştir. Ayrıca bu alacaklar da, ancak kesinleştiğinde ödenen ve sadece kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan ödenekten ödenmesi gereken alacak haline getirilmiştir.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO				Hazırlayan: Bayrampaşa Belediyesi Hukuk İşleri Müdürlüğü
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21.maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir	04.11.1983 ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlüğe girdiği 11.06.2013 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Bu döneme ilişkin bedelin takdiri konusunu düzenleyen kanun hükmü olmadığından kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği dava tarihindeki değer belirlenecektir.
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları**	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen yürürlüktedir	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlüğe girdiği 11.06.2013 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM

*2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası, bu dönem fiilen el atılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili açılan kamulaştırmasız elatma davalarını kapsadığı gibi bu dönem fiilen elatılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili idare tarafından gerçekleştirilen kamulaştırmaları da kapsar. Kamulaştırma işleminin uzlaşmayla veya kamulaştırma davası açmak suretiyle gerçekleşmiş olması fark etmez. Bu dönem fiili elatmalara ilişkin tespit edilen bedel ile bedele ilişkin dava ve icra vekalet ücretleri bu fıkra hükmüne tabidir.

Bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamındadır. Buna karşılık idarece kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılır ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemeler sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılır. Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenir. Bu fıkra hükmü derdest davalarda da uygulanır.

Bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili idare tarafından açılan kamulaştırma davalarında mahkemece kamulaştırma bedeline ilişkin peşin blokaj kararı verilmez ve sadece kamulaştırma bedeli tespit edilir. Bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili kamulaştırma davasında tespit edilen bedel, kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan paydan ödenir.

Haciz yasağı, harçların ve vekalet ücretlerinin maktu olması ve kamulaştırmasız elatma ödeneğinden ödenmesi hususları dışında bu dönem elatmalara ilişkin başkaca sınırlamalar yoktur. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmamaktadır. Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda değildir. Bu döneme ait elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz.

**6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin iptal edilmesi ve 6487 sayılı kanunun da herhangi bir düzenleme yapılmaması sebebiyle bu döneme ilişkin kamulaştırmasız elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanır. Bu dönem elatmalar için 5999 ve 6487 sayılı yasalardaki sınırlamalar söz konusu değildir. Mülk sahipleri bu döneme ait elatmalar için müdahalenin meni davası açabileceği gibi isterlerse bedel davası da açabilirler. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmamaktadır. Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin alacak için haciz yasağı da söz konusu değildir. İdarenin bu döneme elatmalar için yıllık bütçeden pay ayırması da zorunlu değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin borçlar genel bütçeden ödenebilir. Bu dönem elatmalarda dava ve icra harçları ve vekalet ücretleri maktu değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz.

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 9341 sicil sayısında kayıtlı

Av. KÖKSAL HAYTA

20/02/2014 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1940 yılında Giresun-Görele'de doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8949 sicil sayısında kayıtlı

Av. BEDİ ENSARİ

08/03/2014 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1935 yılında Mardin'de doğmuş 1960 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş stajını Mardin Barosu'nda yaparak 1961 yılında Mardin Barosu'na kaydolmustur. 1974 yılında da Mardin Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur

Merhuma Tanrı'dan rahmet kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz

Baromuzun 5335 sicil sayısında kayıtlı

Av. METİN KUMBASAR

09/03/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Balıkesir'de dogmuş. 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1964 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10924 sicil sayısında kayıtlı

Av. TEMEL ŞÜKRÜ TURHAN

11/03/2041 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1927 yılında Yomra'da dogmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargıç iken emekli olup 1978 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslekraşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3190 sicil sayısında kayıtlı

Av. FATMA TAYYURE KESKİN

15/03/2014 tarihinde vefat etmiştir

Merhume 1926 yılında Konya Ereğli'de doğmuş,1950 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş stajını Baromuzda yaparak 1953 yılında Baromuzun levhasına kaydolmuştur. Konya ve Ankara'da avukatlık yapmış 1969 yılında Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8057 sicil sayısında kayıtlı

Av. CENGİZ YILDIRIM

28/03/2014 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1948 yılında Suşehrin'de doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuş.1975 yılında Aydın Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet kederli ailesine ve meslektaşlarına başsaglığı dileriz.

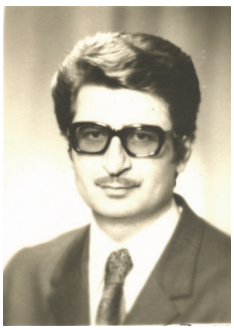
Baromuzun 6079 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEMİRAMİS AS

31/03/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1943 yılında İzmit'de doğmuş, 1967 yılında İsviçre Cenevre Hukuk Fakültesi ve İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1968 Baromuz levhasına kaydolmustur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9409 sicil sayısında kayıtlı

Av. NURİ AHMET YENİ

11/04/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhun 1942 yılında İstanbul 'da doğmuş 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesi ve meslektaşlarımıza başsaglığı dileriz.

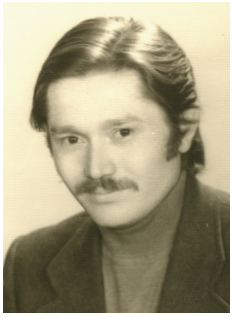
Baromuzun 14196 sicil sayısında kayıtlı

Av. TUNÇ CEBE

09/04/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Ankara'da dogmuş, 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1986 yılında levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsaglığı dileriz.



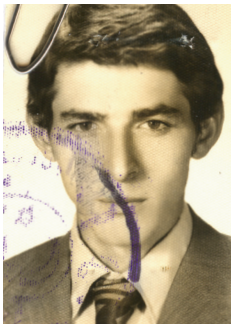
Baromuzda 10580 sicil sayısında kayıtlı

Av. HASAN HALUK ARAL

11/04/2014 tarihinde vefat etmistir.

Merhum 1948 yılında İstanbulda doğmuş. 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesi ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9461 sicil sayısında kayıtlı

Av. EDİP BARUTÇU

15/04/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum1947 yılında Trabzon Vakifebir'de doğmuş, 1973 yılında istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmulştur.

Merhuma Tanrıda rahmet, kederli ailesi ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13112 sicil sayısında kayıtlı

Av. BETÜL KINIK

16/04/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1947 yılında İstanbul'da doğmuş, 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmulştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesi ve mestektaşlarımıza başsaglığı dileriz

Baromuzda 4967 sicil sayısında kayıtlı

Av. SABRİ İŞ

16/04/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında İstanbul'da doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1962 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesi ve mestektaşlarımıza başsaglığı dileriz..

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	33255	SEMA	AKŞİT ÖZDEMİR	06/03/2014	DENİZLİ BAROSU
2	46606	SEMA	TARHAN	06/03/2014	DİYARBAKIR BAROSU
3	44084	SEVGİ	YILMAZ NANELİ	06/03/2014	BATMAN BAROSU
4	44794	SELİN	EVREN	06/03/2014	KOCAELİ BAROSU
5	46894	SAMET	TÜRKEL	06/03/2014	BURSA BAROSU
6	46754	MUHAMMED	PEYNİRCİ	06/03/2014	ŞIRNAK BAROSU
7	41179	HASAN	DURMAZ	06/03/2014	DİYARBAKIR BAROSU
8	45796	OSMAN	TAŞKIN	13/03/2014	BURSA BAROSU
9	43787	ALİ RIZA	UZUN	13/03/2014	TEKİRDAĞ BAROSU
10	40524	AYCAN	ASLAN	13/03/2014	EDİRNE BAROSU
11	37989	ZÜHRE	ÇALIŞIR TAV-İLOĞULLARI	13/03/2014	HATAY BAROSU
12	37841	KORAY	ERSAN	13/03/2014	KIRIKKALE BAROSU
13	19103	AYSEL	GÜLEÇ	20/03/2014	KOCAELİ BAROSU
14	26423	İREM	ATEŞOĞLU	20/03/2014	IĞDIR BAROSU
15	29970	NACİYE NAZAN	GÜLER	20/03/2014	MUĞLA BAROSU
16	39005	GÜRKAN	UYSAL	20/03/2014	KOCAELİ BAROSU
17	43157	İBRAHİM OKAN	AYBAR	27/03/2014	MARDİN BAROSU
18	38994	KEMAL	HACIÖMEROĞLU	27/03/2014	İZMİR BAROSU
19	36357	OYA	ÖKTEM	27/03/2014	İZMİR BAROSU
20	41364	BURAK	ŞAŞMAZ	27/03/2014	ANKARA BAROSU
21	34925	SERAP	YANIK	27/03/2014	MARDİN BAROSU
22	34538	ÖZDEMİR	ÖZER	27/03/2014	MANİSA BAROSU
23	45963	BEGÜM	GENCER	03/04/2014	SAKARYA BAROSU
24	44759	FAHRİ	ÖZTÜRK	03/04/2014	KOCAELİ BAROSU
25	44421	ERDEM	BAŞGÜL	03/04/2014	ANKARA BAROSU
26	43521	FADİME EBRU	SEVİNÇ	03/04/2014	BURSA BAROSU
27	43440	NURİ ÇAĞRI	SOYLU	03/04/2014	BURSA BAROSU
28	40890	NURAY	UYUMAZ	03/04/2014	BURSA BAROSU
29	34055	AYCAN	URLU	03/04/2014	TRABZON BAROSU
30	24318	OSMAN KAĞAN	KAVRUK	03/04/2014	ANTALYA BAROSU
31	26881	MÜBERRA	DEMİR YILMAZ	10/04/2014	EDİRNE BAROSU
32	46516	HACER	ÖZDEMİR	10/04/2014	ANTALYA BAROSU
33	42655	SABİHA	ŞİMŞEK	10/04/2014	GİRESUN BAROSU
34	29078	SAMİ	UZAR	10/04/2014	BURSA BAROSU
35	44951	LOKMAN	BENLİ	17/04/2014	ESKİŞEHİR BAROSU
36	43687	BERKİN	CİVELEK	17/04/2014	ANTALYA BAROSU
37	42565	SELİN	PORTAKALCI	17/04/2014	ADANA BAROSU
38	41963	SERPİL	ERDİL ÖZDEMİR	17/04/2014	KOCAELİ BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
39	39564	MEHMET YUNUS	YÜRÜK	17/04/2014	ORDU BAROSU
40	39376	TEVFİK ENGİN	ASİL	17/04/2014	SAKARYA BAROSU
41	35616	HASAN	ŞEKER	17/04/2014	DİYARBAKIR BAROSU
42	45856	FATİH	ÜÇLER	17/04/2014	KONYA BAROSU
43	21599	İBRAHİM HALİL	ASLAN	17/04/2014	ADANA BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	45192	MUHAMMET	AKDEMİR	06/03/2104
2	46449	ESRA	ÇETİNKAYA	13/03/2014
3	43930	TUĞÇE	SOYDAL	13/03/2014
4	42143	İLYAS	KOCAMAN	27/03/2014
5	30531	MELİKA	ARSLAN ÖZCANAN	27/03/2014
6	7797	MUSTAFA	YÖRÜKOĞLU	27/03/2014
7	30429	CEM GİRAY	CANKAT	03/04/2014
8	45592	ÖZKAN	BİLGİN	10/04/2014

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

ADİ ORTAKLIK 525
AİLE BAŞKANININ SORUMLULUĞU 560
AİLE MAHKEMESİ 560
ALEYHE BOZMA YASAĞININ GEÇERSİZLİĞİ 652
ALT İŞVEREN 620
ANA VE BABANIN EVLENMESİ 554
ARA DİNLENMESİ 700
ARA ÖDEMELERİ 707
ASGARİ ÇALIŞMA SÜRESİ 608
ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİNİN NİTELİĞİ 586
ASIL İŞVEREN 620
ASKERDEN DÖNEN İŞÇİNİN HAKLARI 597, 703
AVUKATLIK ÜCRETİ 659

B

BABALIK DAVASI 555
BEKLETİCİ MESELE 519
BELEDİYE TAŞERONU 606
BELİRSİZ SÜRELİ SÖZLEŞMESİ 608
BEŞTE DÖRT KURALI 675
BİRDEN FAZLA KİRALAYAN 572
BONONUN DELİL NİTELİĞİ 658
BORÇ İDDİASI 654
BORDRO KAYITLARI 698
BOŞANAN ÇİFTLERİN DURUMU 729
BÖLÜNMEZLİK İLKESİ 601

C

CİNSEL SALDIRI 728
CMK ALACAĞINA HACİZ 595
ÇATININ ONARIMI 674
ÇELİŞKİLİ RAPORLARI 670

D

DAVA AÇMADA HUKUKİ YARAR 687
DAVADA TARAF 556
DAVADA TARAFLAR 678
DAVA KOŞULU 519
DAVANIN ISLAHI 599, 603
DAVANIN İHBARI 555
DESTEKTEN YOKSUN KALMA 561

E

ECRİMİSİL 511
EDA DAVASI 539
EMEKLİLİK 713
EMEKLİLİK SEBEBİYLE FESİH 711
EMEKLİ MAAŞI ALMA 729
EMEKLİ OLAN İŞÇİ 709
EMEKLİ OLMAYA HAK KAZANAN İŞÇİ 625
EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUK 554

F

FATURANIN DELİL OLMASI.....514
FAZLA ÇALIŞMA 698
FAZLA ÇALIŞMALAR 707
FİİLEN FAZLA ÇALIŞMA YAPILDIĞININ İSPATI VE DEĞERLENDİRMESİ 696
FRANCHİSE SÖZLEŞMESİ 643

G

GECİKME ZAMMI 716
GERÇEK İSTİFA ŞARTLARI 615
GÖREVLİ MAHKEME 568, 643
GÜVEN İLİŞKİSİNİ ZEDELEYEN DAVRANIŞLAR 588

H

HACİZ HAKKINDA ŞİKAYET 519
HAFTA TATİLİ 601
HAFTA TATİLİ ÜCRETİ 606
HAKLI FESİH 580, 582
HASARIN İSPATI 672
HAYVANLA CİNSEL TEMAS 723
HESABA ESAS ÜCRET 618
HIRSIZLIK 719, 723, 724, 725
HİZMET SÖZLEŞMESİ 578
HİZMET SÜRESİ 700
HİZMET SÜRESİNİN TESPİTİ 615
HİZMET TESPİTİ 691, 693
HUKUKİ YARAR KOŞULU 539

I

İADENİN ŞARTA BAĞLI OLMASI 610
İBRANAMEDEKİ BEDELİN ALINDIĞININ İNKARI 587
İCRA TAKİBİ 649
İDARİ PARA CEZASINA İLİŞKİN YARGI YOLUNUN İDARİ YARGI YOLU OLDUĞU 680
İHALENİN FESHİ DAVASINDA İHALE BEDELİ 652
İHBAR TAZMİNATI 580
İHTİYATİ TEDBİRİN AMACI 549
İHTİYATİ TEDBİRİN TEMİNAT KARŞILIĞI KONULMASI 549
İLAMA BAĞLANAN ALACAK 650

İLAMSIZ TAKİP 650
İNTERNET ABONESİ 556
İPOTEĞİN KALDIRILMASI 553
İSPAT SORUNU 691
İSTİHKAK DAVASI 516, 519
İŞÇİLİK HAKLARI 509, 606
İŞÇİNİN GÖREVLERİ 592
İŞÇİNİN İSTİFASI 615
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ 705
İŞÇİNİN ÜCRETLERİNİN ÖDENMEMESİ 580
İŞE İADE 588, 713
İŞGÜCÜ KAYBI 668
İŞGÜCÜ KAYBININ TESPİTİ 559, 564, 629, 666
İŞ GÜVENLİĞİ 592
İŞ KAZASI 683
İSPAT KÜLFETİ 591, 601, 618, 698
İSTİHKAK İDDİASI 514
İŞVERENİN FESİH BEYANI 705
İŞVERENİN MALİ KAYITLARI 587
İŞYERİ DEVRİ 700
İZİN KOŞULU 639
İZİNSİZ RESİM KULLANIMI 562
İZLENECEK YOL 559, 629

K

KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN İLGİLİSİNE
TEBLİĞ EDİLMESİ ŞARTI 566
KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA 567
KAPICININ KAT MALİKLERİ ALEYHİNE AÇTIĞI DAVA 612
KARARLARIN İPTALİ 679
KAR KAYBI HESABI 661
KAR VE TASFİYE PAYI TESPİTİ 525

KATKI PAYINA İLİŞKİN İLAM 649
KAT MALİKLERİ 674
KAT MALİKLERİ KURULU 679
KAT MÜLKİYETİ 511, 673, 675
KAYYIM TAYİNİ 552, 555
KESİNLEŞME 649
KIDEM TAZMİNATI 618, 625, 709, 711
KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI 707
KISITLI ADINA AÇILAN DAVA 639
KIZ ÇOCUĞUN DESTEK SÜRESİ 561
KİRA ARTIŞ ORANLARI 569
KİRACININ BORÇLARI 574
KİRA DAVALARI 568
KİRA PARASINDA FAİZ 574
KİRA SÜRESİ 574
KİŞİLİK HAKLARI 562
KLİMA CİHAZI 673
KLİMA CİHAZI KONULMASININ ŞARTLARI 674
KOOPERATİFTEN ÇIKARMA 716
KULLANIM KADASTROSU 664
KURUMUN ÖDEYECEĞİ TEDAVİ GİDERLERİ 630
KUSUR TESPİTİ 670

M

MADDİ HATA 556
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ 677
MUVAZAALI İŞVEREN 509
MUVAZAA SAVUNMASI 509
MÜLKİYET KARİNESİ 514

N

NİSBİ HARÇ 553

O

OBJEKTİF SEÇİM KRİTERİ 713
OLAYDA KUŞKU 719
ORGANİK BAĞ 700
ORTAĞIN BORCU 525
ORTAK ALANIN AİDİYETİ DAVASI 678
ORTAK ALANIN KİRALANMASI 677
ORTAK YER 511, 673
ORTAK YERDE YAPILAN TESİS 675
ÖDEME BELGESİ 654
ÖZEL TIP MERKEZİ 655

P

PAYDAŞIN HAKLARI 572
PMF TABLOSU 564

R

RESEN YAPILAN TESCİLİN İPTALİ 680

S

SENET ÜZERİNDEKİ İMZA İNCELEMESİNİN SONUCU GELMEDEN HÜKÜM KURULAMAZ 641
SGK'YA AÇILAN DAVA 655
SİGORTACININ TEMERRÜDÜ 666
SOSYAL SİGORTALAR SAĞLIK İŞLEMLERİ TÜZÜĞÜ 668
SOYBAĞININ VE BABALIĞIN TESPİTİ 552
SÖZLEŞMEDE CEZAİ ŞART 610
SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK 724
SUÇUN NİTELİKLİ HALİ 725
SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK 683

ŞEKİL KOŞULU 716
ŞİKAYET PROSEDÜRÜ 516

T

TAHKİKAT AŞAMASI 599
TAHKİKATIN SONA ERMESİ 603
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ 516
TARAF SIFATI 693
TASFİYE YÖNTEMİ 534
TAŞERONLUK 661
TAŞIMA SÖZLEŞMESİ 646
TAŞINMAZIN TAPU KAYDINA AYARA DEVİR VE TEMLİKİNİ ÖNLEYİCİ TEDBİR KONULMASI 549
TAŞIYICININ SORUMLULUĞU 646
TAZMİNAT TALEBİ 670
TEDAVİ GİDERLERİ 633
TESELLÜM BELGESİ 657
TESPİT DAVASI 539, 630
TİCARET MAHKEMESİ 655
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ 620
TRAFİK HASARI 672
TRAFİK KAZASI 666, 668
TRAFİK KAZASINDA YARALANMA 633
TRANSFER ÜCRETİNİN İADESİ DAVASI 610
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 556

U

ÜCRETE DÖNÜŞME 591
ÜCRETE DÖNÜŞMESİ 582

V

VAKFIN SONA ERMESİ 534
VASİLİK SÜRESİ 639
VEKALET ÜCRETİ 511, 595

Y

YARGITAY BOZMASI 599, 603
YASAL HAKKIN KULLANILMASI 709
YAZILI DELİL BAŞLANGICI 653, 654, 657, 658
YEMİN DELİLİ 574
YILLIK İZİN HAKKI 582, 591
YÖNETİCİNİN DAVADAKİ SIFATI 612
YÜKLEME BOŞALTMA İŞLERİ 578

Z

ZAMANAŞIMI 591
ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN ÇEK 653
ZARARIN HESABI 672
ZİLYEDİN HAKLARI 670