İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2014

CİLT: 88 • SAYI: 2014/2 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2014

CİLT: 88 - SAYI: 2014/2 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.
(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. 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

Abonelik için:info@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: Nisan 2014

İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulundan 1

Yazılar..... 3

Avukatların Vergilemesinde Gelir Vergisi Kanunu Tasarısının Da Gidermediği Adaletsizlikler
Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ 5

Karayolu Trafik Kazalarında Bilirkişilik Ve Kusur Tespiti
Prof. Dr. Nadir YAYLA 25

Emlak Vergisi Ve Kentsel Dönüşümde Vergi Uygulamaları
Av. Hasan TANYOL 30

Konut Ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı Ve Uygulama Alanı
Av. Mustafa ÖZDOĞAN / Av. Tuba OYMAK 54

Sağlıklı Ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı İçin Fiziksel Çevre Tasarımında "Herkesi" Düşünebilmek
Yrd. Doç. Dr. Göksenin İNALHAN 66

6306 Sayılı Yasa Ve Riskli Yapı Uygulaması
Nafi PAKEL 77

Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları
Doç. Dr. Herdem BELEN 89

Av. GÜLÇİN ÇAYLIGİL ARMAĞAN YAZILARI 113

10 Nisan 2013 İçin...
Av. Fikret İLKİZ 115

15 Yıl Sigortalılık + 3.600 Gün Prim Ödeme Ve Kıdem Tazminatı
Av. Yörük KABALAK..... 119

Basın Özgürlüğü Ve Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı
Coşkun ONGUN 124

Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M Kararının İncelenmesi
Doç. Dr. H. Burak GEMALMAZ..... 128

Cevap Ve Düzeltme Hakkı
Av. Merve GÜRKAN..... 144

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Devletin Yaşam Hakkına Müdahalesi
Av. Fatih Burak UZUN 161

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 40 Yıllık Pratiği Ya Da Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Behemehâl Kaldırılmalıdır?
Haluk İNANICI 184

Koruma Tedbiri Olarak Arama - Elkoyma
Av. Can CİHAN 213

İnternet Kullanımının Özelleşmesiyle Artan Sosyal Platformlarda Kişi Taklidinin Bilişim Suçları Açısından Değerlendirilmesi
Erdem KOZAN 226

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu
Av. Enver AKSAKAL 257

Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk Ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması
Av. Ediz BİNGÖL 276

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Bakımından Meşru Savunmanın İncelenmesi
Uğur GÜNER 313

İşveren Ve İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi
Av. Gözde Engin GÜNAY 319

Tescilsiz Markaların Korunması
Av. Çağrı ULUSLU 361

Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı
Av. Gözde SARUHAN 412

İcra Ve İflas Hukukunda «Aciz Halinde İken Yapılan Tasarruflardan Dolayı» İptal
Av. Talih UYAR 429

Güvenli Liman/ İskele Klozlari (Safe Port/ Berth Clauses)
Av. D. Deniz ÇELİK 440

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları 447
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 491
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 493
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 503
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 507
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 511
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 513
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 516
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 530
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 533
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 547
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 553
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 559
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 576
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 578
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 589
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 590
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 602
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 625
Yargıtay Ceza Daireleri Kararları 632

YARARLI BİLGİLER
Tablo ve Çizelgeler 651

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz 683
Nakiller 687
Ayrılmalar 688

KAVRAM DİZİNİ
Kavramlara Göre Arama Dizini 691

YAYIN KURULUNDAN

GÜLÇİN ÇAYLIGİL ÖZEL BÖLÜMÜ

Çoğu avukat onu İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi'ndeki katkılarından tanır. Hem Merkezin kuruluşuna katkı sunmuş hem de merkez kurulduktan sonra deneyimlerini genç meslektaşlarıyla paylaşmıştır.

Ancak o asıl olarak Türkiye'deki demokrasi engelleriyle hukuksal zeminde mücadele eden otoritelerin karşısına dimdik çıkan güzel insan, Avukat Gülçin Çaylıgil'den başkası değildir.

Çaylıgil'in bize göre iki yönü öne çıkar.

O, hukuk dünyasından olmayan aydın, sanatçı, yazar ve gazeteciler için evrensel insan hakları savunucusu, basın özgürlüğünün yılmaz bekçisi ve emeğe değer veren demokrasi sevdalısıdır.

Biz avukatlar içinse, avukatlığın salt maddi karşılık beklenerek yapılabilecek bir iş olmadığı inancıyla yola çıkan, avukatlık felsefesini genç meslektaşlarla buluşturmayı başarmış, ömrünün son demlerine kadar bu ideal ve amaçlar için mücadelesini sürdürmüş dirençli ve aydınlık yüzlü bir meslektaşımızdır.

Onun bu ikinci yönü doğrusu bize ışık tuttu. Baromuzca Gülçin Çaylıgil Armağanı çıkarılması kararlaştırıldı. Bunun duyurusunu da birçok kez tekrarladık. Amacımız armağan kitabı ölüm yıldönümüne yetiştirmek idi. Ancak uzun bir süre geçmesine karşın bir armağan kitap çıkarmaya yetecek ne yazılı ne de görsel bilgi Baro yayın kurulumuza ulaşmadı.

Bunun üzerine Yayın kurulumuzun önerisiyle Baro Yönetim Kurulumuz armağan çıkarmak yerine ölüm yıl dönümüne denk gelen Baro dergisi sayısında kendi adına özel bir bölüm oluşturmayı uygun gördü.

Çaylıgil adı ve hayatı üzerine yayımlanmış eserler bulunuyor. Kendisini her yönüyle tanımak isteyenler o eserleri inceleyebilirler.

Bizler bu özel bölümün, onun adını, hayatını ve ilkelerini merak eden meslektaşlar için bir esin kaynağı olmasını ve onu daha çok tanıma isteğinin gönüllerde oluşmasını tetiklemesini diliyoruz.

Gülçin Çaylıgil, meslektaşımızı bu vesile ile bir kez daha anıyor, çağrımıza uyarak bize bu özel bölüm için yazı gönderen tüm yazarlarımıza teşekkür ediyoruz.

Onun hayalini kurduğu ve mücadelesini verdiği aydınlık günlerde yeni yayınlarda buluşmak dileği ile…

Yayın Kurulu

YAZILAR

AVUKATLARIN VERGİLEMESİNDE GELİR VERGİSİ KANUNU TASARISININ DA GİDERMEDİĞİ ADALETSİZLİKLER

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ[1]

1. GİRİŞ

Avukatlar gelir vergisi sistemi içinde tamamen ayrı ve bağımsız bir şekilde değil de, serbest meslek erbabı olarak adlandırılan mükellef kesimi içinde bütün bu kesim için belirlenen kurallara göre vergilendirilmektedirler. İncelememize konu olan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan Gelir Vergisi Kanunu Tasarısında da bu anlayış aynen benimsenmiştir.

Yürürlükteki Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanunu kaldıran bu Tasarı, avukatlar için yeni bir vergi yükü getirmemektedir. Ancak zaten serbest meslek mensupları için sorun yürürlükteki hükümlerdeki vergi yükleri ile potansiyel riskler içeren hükümlerdir. Tasarı reel ve potansiyel vergi yüklerini kaldırma arayışına da girmemiştir. Denebilir ki bu Tasarının bütün amacı, gelir ve kurumlar adı altında iki ayrı vergi ve kanunla alınan vergileri gelir vergisi adıyla bir tek vergi ve kanun çatısı altında toplamak olmuştur.

Çalışmamızda avukatların gelir ve giderlerinin tespitinde fiktif vergilemeye açık hükümler, gelir vergisi ve KDV yasalarının vergilendirme alanında aynı konuda farklı kurallar içeren hükümleri, gelir vergisi stopajı karşısındaki ağır yükleri ve kayıtdışılık, tuttukları defterler, düzenledikleri belgeler incelenmiştir. İncelememiz, vergi ceza hukukunun avukatların da içinde olduğu serbest meslek erbabını diğer mükellef kesimlerine göre daha ağır cezalar öngören hükümlerini de kapsamıştır.

2. GELİR VE KURUMLAR VERGİLERİNİN TEK BİR VERGİ VE KANUN ALTINDA BİRLEŞTİRİLMESİNİN NEDENLERİ

Ülkemizde gelir ve kazanç üzerinde alınan vergiler 60 yıldan uzun süredir Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu adı altında iki ayrı kanunla alınmaktadır. Denilebilir ki bu vergiler ve bu yasalar, bu şekliyle kanıksanmış ve uygulaması da oturmuştur. Hal böyle iken bugün-

1 Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Yeminli Mali Müşavir

lerde bu iki ayrı vergi, Gelir Vergisi Kanun Tasarısı adı altında toplanarak yeni bir tasarı hazırlanmış ve bu tasarı TBMM'ye sunulmuştur[2]. Tasarı kanunlaştığında yürürlükteki Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanunu yürürlükten kalkmakla birlikte bu iki kanundaki hükümler bu kez gelir vergisi adı altında uygulamaya girecektir. Tasarı, mevcut hükümlerden bazılarını bir daha yürürlüğe sokmadığı gibi bazı yeni hükümler de getirmektedir.

Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı'nın en büyük iddiası 210 maddede oluşan Gelir Vergisi Kanunu ile 45 maddede oluşan Kurumlar Vergi Kanunu birleştirerek tasarıdaki madde sayısını 92'ye indirmek olmuştur. Elbette böyle bir gerekçe bu iki ayrı vergi ve kanunun tek vergi ve kanun altında toplanmasına haklı bir dayanak olamaz. Bu kanunlardan Kurumlar Vergisi Kanunu[3] kısa bir süre önce, önceki kanunu bütünüyle kaldırarak yürürlüğe girmişti. Zaten sıra Gelir Vergisi Kanununa gelmişti. GVK yönünde yapılacak benzeri bir çalışma ile bu konu çözüme ulaşacakken her iki kanunun birleştirilmesi tercih edilmiştir.

Belirtme gerekir ki bu iki verginin tek kanun çatısı altında birleştirilmesini haklı gösterecek başkaca bir gerekçe de ortaya konulamamıştır. Böyle olunca da akla "acaba zaman içerisinde kurumlar vergisi büsbütün kaldırılacağı için bu yapılan, büyük bir projenin ilk adımı mıdır? Sorusu gelmektedir. Zira ayrı bir kurumlar vergisine gerek olmadığına yani bağımsız bir kurumlar vergisi uygulamasına karşı olan görüşler bidayetinde beri hep var ola gelmiştir[4]. Bu görüşü savunanlara göre "kurumların kazançları ortaklarına aittir, vergilerin alınmasında kullanılan yöntem ne olursa olsun, sonuçta, bütün vergilerin gerçek yüklenicisi kişilerdir. Gelir vergisinin yanı sıra 'bağımsız' bir kurumlar vergisinin konması, 'çifte vergileme' olayına neden olur[5]." Büyük kurumlara ve ulus üstü şirketlere yarar sağlayacak olan bu bakış açısı öğretide tartışılsa da Hazineye getireceği büyük vergi kayıpları nedeniyle uygulamaya sokulması o kadar kolay değildir. Kalıcı olmak isteyen bir iktidar vergi gelirlerinin %10.1 teşkil eden kurumlar vergisinin elinin altında kaymasına razı olmayacaktır[6]. Nitekim yeni tasarıda da yürürlükteki Kurumlar Vergisi Kanunu hükümleri

2 Bkz.http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0789.pdf

3 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu 21.06.2006 tarih ve 26295 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4 Konuşmacı olarak katıldığım Maliye ve Muhasebe Formu, 30.10.2010 tarihli "Yeni Maliye" sempozyumundaki tartışma konuları.

5 Öğretideki tartışmalar için bkz. Salih TURHAN, Vergi Teorisi ve Politikası", Filiz Kitapevi, İstanbul-1993,s.135

6 http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/CVI/Tablo_59.xls.htm

vergi yükünü ve dağılımını değiştirmeyecek şekilde yeni tasarıya aktarılmıştır. Şu halde böyle bir düşünce varsa bile belli ki göze alınmamış başka bir döneme veya iktidara bırakılmıştır.

3. AVUKATLIK KANUNU AVUKATLIĞI EMEK EKSENLİ SERBEST BİR MESLEK OLARAK GÖRMEKTEDİR

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukatlığın kamu hizmeti sunan serbest bir meslek olduğu belirtilmiştir. Kanunun 44. maddesinde ise avukatların aynı büroda birlikte veya şahıs ortaklığı halinde faaliyette bulunacakları belirlenmiştir. Anılan madde, avukatın gerek şahsi faaliyeti ve gerekse şahıs ortaklığı adı altında yürüteceği mesleki faaliyete ticari sayılmaz diyerek kamusal yönünün önemine dikkat çekmiştir. Kanunda avukatların sermaye şirketi kurmalarına izin veren bir düzenleme yoktur. Avukatlık Kanunu, avukatlık mesleğinin anonim, limited ve eshamlı limited gibi bir sermaye şirketi çatısı altında yürütülmesine kapalıdır. Belli ki, Yasa koyucu avukatlık mesleğini emek eksenli kurgulamış; ticarileşmesinin ve sermayenin eline geçmesinin önüne geçmek istemiştir. Nitekim Avukatlık Kanunun 44. maddesinde "Avukatlık ortaklığı" tüzel kişilik sayılmakla birlikte vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümlere tabi tutulur denilerek bu anlayış pekiştirilmiştir.

Maliye Bakanlığı'nın verilerine göre 2010 yılında 41.477 avukatın vergi mükellefiyet kaydı vardır. Bu sayı 2011 de 43.501'dir. 2012'de 43.982'dir[7]. Avukatlar ister şahıs olarak isterse şahıs ortaklığı adı altında faaliyette bulunsunlar serbest meslek erbabı olarak gerçek usulde gelir vergisi mükellefi oldukları için bu rakamlar aynı zamanda serbest çalışan avukat sayısını verir. Ücretli çalışan avukatlar serbest meslek erbabı sayılmadıklarından bu sayının ve çalışma konumuzun dışındadır.

4. SERBEST MESLEK KAZANCI ADI ALTINDA AYRI BİR SINIFLANDIRILMANIN NEDENİ

Vergi ödeme gücü, mükelleflerin gelir düzeylerine, kişisel ve ailevi durumlarına bağlı olduğu kadar, gelirin niteliği ve kaynağı ile de ilgili görülür. Gelirler, bazen tutar bakımından aynı olsalar bile nitelik veya kaynağındaki farklılık nedeniyle, ait oldukları mükelleflerin vergi ödeme güçleri aynı olmayabilir. Emek gelirleri ile sermaye gelirleri arasında bu bakımdan bir farkın var olduğu, emek gelirlerinin sermaye gelirlerinden daha güçsüz durumda bulunduğu ileri sürülerek, vergi eşitliğinin sağlanması ve korunması açısından vergi oranlarında, gelirin kaynak ve niteliğine göre

7 http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/FGGOVB/faaliyetgrp2011GV.xls.htm

farklılaştırma yapılması gerektiği kabul edilmektedir[8]. Bunun yanı sıra tüm diğer vergilerde olduğu gibi gelir vergisinde de en önemli husus, vergiye esas alınacak matrahın doğru olarak kavranabilmesidir. Bu nedenlerdendir ki GVK'da, gelire giren kazanç ve iratlar yedi ayrı başlık altında sınıflandırılmıştır[9]. Gelirin hukuki özelliklerinin ve farklılıklarının böyle model kavramlarla tasnif edilmesi tipleştirmedir[10]. Amaç, farklı gelir türleri ve olayları farklı kavramlar; benzer gelir ve olayları aynı kavramlar altında toplamak suretiyle hem sağlıklı bir vergilendirme gerçekleştirmek hem de vergi adaletinde gerçeğe yaklaşmaktır. Zira her bir gelir unsuru ile bu gelir unsuru içinde yer alan mükellef kesiminin diğerlerine göre vergilendirme açısından farklı özellikleri vardır.

Ezcümle gelir vergisinde, vergiyi doğuran olay esas olarak gelirin hukuken ve iktisaden tasarruf edilmesine yani "tahakkuk" esasına bağlandığı halde ücret ve serbest meslek kazançlarda "tahsil" esası benimsenmiştir. Öte yanda defter tutma, belge düzeni gibi alanlarda da serbest meslek erbabı için farklı sistemler devrededir.

Serbest meslek faaliyetinin tanımı, Tasarının 29. maddesinde yapılmıştır.

"Serbest meslek faaliyeti, "sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi ve mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında, kendi nam ve hesabına yapılmasıdır."

Bu tanım, Gelir Vergisi Kanunun 65. maddesindeki tanımın aynen aktarılmasıdır. Gerek Tasarı gerekse yürürlükteki Gelir Vergisi Kanunu avukatların kazançlarının vergilendirilmesinde bu meslek gurubunu kendileri gibi hukuk, bilim, teknik ve kültürün değişik alanlarında özel öğrenim görmüş mesleklerle birlikte serbest meslek erbabı adı altında toplamıştır. Saymaya çalışırsak avukat, müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, mühendis, mimar, doktor, ressam, yazar, bestekar, kimyager, noter, öğretmen, artist vb. meslekleri icra edenlerin faaliyetleri gelir vergisi karşısında serbest meslek faaliyeti olarak kabul edilmiştir. Ülkemizin en önemli entelektüel insan kaynağı olma vasfını taşıyan kesimince sağlanan kazançların ayrı bir gelir unsuru olarak vergilendirilmesi önemlidir. Ancak buna olumlu anlamlar atfedebilmek için tasarının ve vergi yasalarının ilgili hükümlerine bakmak gerekecektir.

8 Abdurrahman AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 14. Baskı, Gazi Kitapevi, Eylül-2011, s.252

9 Ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları, diğer kazanç ve iratlar.

10 Mualla ÖNCEL, Ahmet Kumrulu, Nami ÇAĞAN; Vergi Hukuku, 3.Baskı, Savaş Yayınları, S:31

5. AVUKATLARIN VERGİLEMESİNDE İKİLİ BİR YAPI VARDIR.

5.1. GELİR VERGİSİNDE TAHSİLAT ESASI BENİMSENMİŞTİR.

Tasarının 30. maddesinin birinci fıkrasında (GVK'nın 67. maddesindeki tarifin aynıdır) serbest meslek kazancı "Bir hesap döneminde mesleki faaliyeti karşılığı tahsil ettiği para ve ayinler ile diğer suretlerle sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerden, bu faaliyet dolayısıyla yapılan giderler düşüldükten sonra kalan farktır." Şeklinde tarif edilmiştir.

1.Tanımdan da anlaşıldığı üzere serbest meslek erbabının bu kapsamda avukatların kazancı tahsil esasına bağlanmıştır. Buna göre bir avukat tahsilatı yaptığı esnada serbest meslek makbuzu düzenlemek zorundadır. Hizmetin tamamlanıp tamamlanmadığının bir önemi yoktur. Bir başka deyişle hizmet tamamlanmış olsa dahi, bedel eğer tahsil edilmemişse serbest meslek kazancı doğmamış olacak, aksi durumda hizmet tamamlanmamış ancak tahsilat yapılmış ise serbest meslek kazancı elde edilmiş sayılacaktır. Tahsilatın cari yıla, önceki veya gelecek yıllara ait olup olmadığının önemi yoktur. Tahsil edildiği yılın geliri sayılıp vergilendirilmektedir[11].

Özelde avukatların, genelde tanım kapsamına giren diğer erbabın sermayeden ziyade emek eksenli bir kazanç elde ettiğine bakılırsa tahsilat esasının benimsenmesi doğru bir tercihtir.

5.2. KDV'DE HİZMETİN İFASI VERGİLENİRME İÇİN YETERLİ GÖRÜLMÜŞTÜR.

Katma değer vergisinde vergiyi doğuran olay, hizmetin ifasına bağlanmıştır. Kanunun 10 uncu maddesine göre, hizmet ifası hallerinde vergiyi doğuran olay hizmetin yapılması anında gerçekleşmektedir. KDV'nin hizmet ifasına bağlanması, serbest meslek erbabını tahsil etmediği bir tutarın vergisini ödemek gibi bir paradoksla karşı karşıya bırakmaktadır. Nitekim bu doğrultuda tarhiyatlar yapılmıştır. Danıştay'ın bu tür tarhiyatları onayan[12] ve kaldıran[13] kararları vardır. Hiç tahsil edilmeme veya emsaline göre düşük bedelle tahsil durumlarında dahi, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, emsal bedel (asgari ücret tarifesi)

11 Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Beyanname Düzenleme Kılavuzu 2011, s.147

12 Danıştay Dokuzuncu Dairesi 18.02.1997 tarih ve E:1995/2833, K:1997/453 (Şükrü KIZILOT Danıştay Kararları ve Özelgeler, Yaklaşım Yayınları, Ankara-1998. S.1344); Danıştay Onbirinci Dairesi 17.01.1996 tarih ve E:1995/1004,K:1996/189 (Şükrü KIZILOT age, s.1347)

13 Danıştay 11. Dairesinin 8.11.1997 tarih ve E:1995/5209, K:1997/61 sayılı kararı. Danıştay 9. Dairesinin 19.11.1997 tarih ve E:1996/4227, K:1997/3641 sayılı kararı.

matrah olarak esas alınmakta ve üzerinden katma değer vergisi hesaplanmaktadır.

Dipnotlarda verilen Danıştay'a yansıyan uyuşmazlıklarda anlaşılacağı gibi bu hükme ve uygulamaya mükelleflerin uyum sorunu vardır. Yasa hükmü, ifa edilmiş bir hizmetten para alınmamış olsa dahi KDV hesaplanmalı ve Hazineye ödenmelidir demektedir. Bu, Anayasamızın mali güce göre vergi ödeme ilkesini içeren 73. maddesi ile VUK'un vergilendirmede vergiyi doğuran olayın gerçekliği esastır diyen 3. maddesine aykırıdır. Serbest meslek erbabı, ifa ettiği halde alamadığı ücretine mi yansın, yoksa üstüne bir de ödeyeceği vergiye mi?

5.3. BELGELENDİRME

Bu ikiciliği belgelendirmek ise ayrı bir sorundur. VUK'nun 227 inci maddesi serbest meslek makbuzunun düzenlenmesini tahsilata bağlamıştır. Vergi Usul Kanunu, belgelendirme hususunda Gelir Vergisi Kanunu ile bütünlüklüdür. Net bir şekilde serbest meslek makbuzu, tahsilat yapılacağı esnada düzenlenecektir demektedir. VUK ile GVK'nın söz konusu hükümleri aynı tarihlerde 1960 yılında yasallaşmıştır. Tabii olarak, ele aldıkları hususlarda paralel düzenlemeleri içermektedirler. Sorun, KDV yönündedir yani alınmamış ücretin KDV'sinin nasıl belgelendirileceği hususundadır. KDV Kanunu sonradan yürürlüğe girmiş olup, 1985 tarihlidir. Vergiyi doğuran olayı gelir vergisinden ayırmış, tahsilat yerine hizmetin ifasını esas almış ama bu yeni anlayışa uygun belgelendirme sistemini kurgulamamış ve düzenlememiştir. Bu hususta VUK'da da paralelliği sağlayacak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bugüne kadar da bir düzenleme yapılmadığına bakılırsa, bu demektir ki "kervan yolda dizilir" mantığıyla sorunun çözümü uygulamaya bırakılmıştır.

6. GİDERLEŞTİRMEDE SAYMA YÖNTEMİ FİKTİF VERGİLEMEYE YOL AÇMAKTADIR.

Tasarı, avukatlarca yapılan her türlü tahsilatı, kazancın bir unsuru görmesine karşın mesleki kazançtan indirilecek giderlere yaklaşımı farklıdır. Tasarının 19 ve 30. maddesinin 7. fıkrasında mesleki kazancın tespitinde dikkate alınacak giderler sayma yöntemi ile belirlenmiştir[14]. Belirtmek gerekir ki serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesinde GVK olsun Tasarı olsun en zayıf halkası giderleştirme ilgili hükümlerdir. Zira bu bakış açısı, geliri safi ve gerçek tutarıyla kavranmasına elverişli değildir. Bir taraftan meslek mensubu tarafından yapılan her tür tahsilatı vergi

14 GVK'da giderler 68. maddede sayılmış idi.

matrahına dahil eden; diğer taraftan yaptığı harcamaların ise tamamını değil, sadece kanunda yazılanları vergi matrahından indiren bir anlayış. Terazinin bir tarafına gelirlerin tamamı konurken diğer tarafına seçilenler. Bu durumda terazinin gelir tarafının hep yüklü olacağı buna karşın giderler tarafının havada kalacağı ortadadır.

6.1. TASARIDA SAYILAN GİDERLER AÇISINDAN

Çalışmamızda sadece eleştiri konusu ettiğimiz giderler yazılacaktır. Önce Tasarının 19. maddesinde sayılanlar irdelenecektir. Belirtmek gerekir ki bu maddenin başlığı "Ticari kazancın tespitinde indirilecek giderler" başlığını taşımaktadır. Halen yürürlükte olan GVK'da her gelir unsuru için giderler ayrı bir madde ile düzenlenmiş idi. Tasarının bir iddiası da önceki Kanuna hakim olan bu anlayışın gereksiz tekrarlara yol açtığı yönündedir. Tasarı bu sorunu atıflarla çözmeye çalışmıştır. Kuşkusuz bunun pratik bir çözüm mü olduğu yoksa daha fazla karışıklığa mı yol açacağını uygulama ve zaman gösterecektir. Bizim görüşümüz yeni uygulamanın daha fazla karışıklığa yol açacağıdır. Zira vergi gibi ayrıntıları ve incelikleri çok fazla olan bir mevzuda farklı gelir unsurlarını dar bir kalıpla tipleştirme istenilenin tam tersi de sonuç verebilir. Umarım, mevcut yasalarda 60 yılı aşkın bir yolculukla gelinen noktaya daha kısa bir sürede gelinmez.

- Tasarının 19. maddesinin 1. fıkrasını (a) bendine göre serbest meslek erbabı kazancın elde edilmesi ve faaliyetin sürdürülmesi için yapılan genel giderleri hasılattan indirecektir. Burada sözü edilen giderlerin neler olduğu bellidir. Bu hüküm çerçevesinde maddede ayrı bent olarak açıkça tanımlanmayan "aydınlatma, ısıtma, telefon, kırtasiye giderleri, işle ilgili şehir içi ulaşım, posta, telgraf giderleri, işle ilgili bina, demirbaş, taşıt alımı dolayısıyla alınan borçlara ödenen faizler, bina ya da demirbaş eşyaların bakım onarım giderleri, hizmetli ya da işçilere ödenen ücretler, mesleki gelişim için açılan kurslara yapılan ödemeler, yapılan faaliyetin hacmi ile orantılı temsil ağırlama giderleri" mesleki kazancın tespitinde dikkate alınabilecektir. Bu tarz giderlerin mesleki faaliyetle doğrudan ilgisi aranacaktır.

- Tasarının 19. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, hizmetli ve işçilerin sigorta primleri ve emeklilik aidatları, işyerinde veya işyerinin eklentilerinde iaşe, ibate, tedavi ve ilaç harcamaları nedeniyle katlanılan giderleri ile belli koşullarla bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları indirilecek giderler arasında sayılmıştır. Bura-

da eleştirimiz bu hükme değil Ülkemizde istihdam üzerindeki Devlet yükünün (vergi, sigorta vb.) ağırlığınadır. Maalesef bu nedenle bu alanda, hem tam ve sağlıklı bir giderleştirme yapılamamakta, hem de kayıt dışılık nedeniyle vergi ve parafiskal kayıplar doğmaktadır. Hiç kuşku yok ki bu husus imalat sanayinin ve hizmet sektörünün kangrenleşmiş sorunudur. Kayıt dışılık, yüksek maliyetler nedeniyle ilk başta cazip gelmekte ise de, bu potansiyel bir risktir. Gerçekten de sonradan geçmişe dönük yapılan incelemelerde salınan vergi, sigorta primleri, faiz, vergi cezaları ve idari para cezaları yıkıcı sonuçlar doğurmaktadır. Bu meselenin kayıtdışılığa yol açmayacak şekilde çözümü, vergi barışı kadar, toplumsal barış açısından da oldukça önemlidir. Bunun yolu da hizmet sektörü ile imalat alanında çalıştırılan işçiler üzerindeki vergi ve sosyal güvenlik yüklerinin azaltılmasından geçmektedir.

- Seyahat maksadının gerektirdiği süreyle sınırlı olmak üzere, işle ilgili ve yapılan işin önem ve hacmi ile orantılı seyahat ve ikamet giderleri. (Tasarı 19/1-ç). Ülkemizde adli ve mali tatiller yasa ile devrede olduğu halde tatil harcamalarının giderleştirilememesi fiktif kazanç yaratmaktadır.

- Vergi Usul Kanunu'na göre ayrılan amortismanların hasılattan indirilmesi kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki serbest meslek erbabının azalan bakiyeler usulüne göre amortisman[15] ayırmaları ve yenileme fonu[16] uygulamasından yararlanmaları mümkün değildir[17]. Hızlandırılmış amortisman olarak bilinen azalan bakiyeler usulüne göre amortisman sistemi mükelleflere ilk yıllarda yüksek amortisman ayırma dolayısıyla daha az vergi ödemek imkanı tanımaktadır. Yenileme fonu ise, amortismana tabi iktisadi kıymetlerin yenilenmek amacıyla satılması halinde, satıştan elde edilen karın yenileme giderlerini karşılamak üzere üç yıl boyunca vergilendirilmemesini ertelemeye imkan sağlamaktadır. Yasaya göre sadece bilanço usulünde defter tutanlar azalan bakiyeler usulüne göre amortisman ayırabilir ve yenileme fonu uygulamasından yararlanabilirler. Avukatların "Serbest Meslek Kazanç Defteri" tutmaları gerekçe gösterilerek bu imkanlardan faydalanmaları engellenmiştir.

Avukatlar mesleki kazanlarını tespit ederken 19. maddede yer veri-

15 Vergi Usul Kanunu Mükerrer Madde 315

16 Vergi Usul Kanunu Madde 328

17 Azalan bakiyeler usulüne göre amortisman ve yenileme fonu hakkında geniş bilgi için bkz. Hasan YALÇIN, Selçuk YÜCEL, Giderler, Hesap Uzmanları Kurulu Yayınları

lenlere ilave olarak tasarının 30. maddesinin (7). bendinde sayılan giderleri de indirebileceklerdir. Bu bağlamda;

- Serbest meslek erbabından yerleşim yeri olarak kullandıkları konutun bir kısmını işyeri olarak kullananların, bu konut için ödedikleri kiranın tamamı ile ısıtma, aydınlatma gibi giderlerin ve konutun kendi mülkleri olması halinde amortismanın yarısı mesleki kazançtan indirilecektir.

İşyeri için ödenen kira bedellerinin tamamı indirim konusudur. İşyerinin bir bölümünün konut olarak kullanılması durumu değiştirmeyecek, yine kiranın tamamı hasılattan indirilecektir. İlk bakışta meslek mensubunun konut için ödediği kiraları da giderleştirdiği ve bu durumun kendi yararına bir sonuç yarattığı düşünülebilir. Ancak işin özü böyle değildir. Çünkü eğer işyeri gerçek kişilerden kiralanmışsa, kiracı yaptığı ödemelerden GVK'nın 94 maddesi uyarınca gelir vergisi stopajı yapmak zorundadır. Eğer mülk sahibi kurumlar vergisi mükellefi ise kiracının kira tutarı üzerinde %18 KDV ödemesi gerekecektir. Stopaj oranı %20'dir. Mevzuata bakılırsa bu stopaj mülk sahibinin kira gelirinden ve onun vergisine mahsuben kesilmektedir. Uygulamada ise mülk sahipleri genellikle talep ettikleri kira tutarını net olarak belirlediklerinden stopajın reel yükü meslek mensubu üzerinde kalmakta, ancak bu tutarları vergisinden mahsup etme nimetinden mülk sahibi faydalanmaktadır. Be nedenledir kiranın tamamının indirimi kabul edilmişken, ısıtma, aydınlatma gibi giderlerin yarısının gider yazılmasına izin verilmiştir.

-İşyerinin avukatın mülkü olması ve tamamının işyeri olarak kullanılması durumunda, bu işyerine ait amortisman giderlerinin tamamı indirilecektir. Mülkün hem konut hem de işyeri olarak kullanılması halinde ise ince bir ayar yapılmış amortisman giderinin yarısının indirim konusu yapılmasına izin verilmiştir.

Maddenin (9) bendinde ise indirilemeyecek giderler sayılmıştır. Buna göre kazancın safi tutarının tespitinde;

a)Mesleki faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluk halleri hariç olmak üzere serbest meslek erbabı tarafından işlenen suçlardan doğan tazminatlar ve basın veya diğer iletişim araçları yoluyla işlenen fiillerden veya radyo ve televizyon yayınlarından doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı ödenen tazminatlar,

b)Kiralanan veya envanterde kayıtlı olan yat, kotra, tekne, sürat teknesi gibi motorlu deniz taşıtları ile uçak ve helikopter gibi hava taşıtlarının giderleri ve amortismanları, indirim konusu yapılamayacaktır. Önceki

yasada yer almayan bu hükümler bir nevi malumun ilanı anlamında düzenlenmiştir.

6.2.TASARIDA SAYILMAYAN GİDERLER

Geliri sadece mesleki kazancından ibaret olan bir serbest meslek erbabı gayet tabii olarak sağlık, eğitim, konut temini, inanç, tatil, eğlence vb. her çeşit giderini bu gelirlerle finans edecektir. Bu durumda meslek mensubu kendisi, eşi ve çocukları için yaptığı harcamaları kazançtan indiremeyince, kazanç, harcandığı halde indiremediği tutar kadar yüksek görünecek ve dolayısıyla fiktif bir kazanç üzerinde vergi ödemek durumunda kalacaktır. Maliye Bakanlığı tarafından çeşitli faaliyet guruplarının 2013 yılında beyan ettikleri vergi matrahlarla ilgili yapılan bir çalışmada ilk 6 sırayı serbest meslek erbabı almıştır[18].

Sıra No	Faaliyet Grupları	Mükellef Sayısı	Toplam Matrah	Ortalama Yıllık Gelir(TL)	Ortalama Yıllık Vergi(TL)	Vergi Sonrası Net Aylık Gelirleri(TL)
	Tüm mükellefler	**1.813.070**	**28.066.237.864**	**15.480**	**4.056**	**952**
1	Noterler	2048	558.751.092	272.827	90494	15194
2	Doktorlar	7349	606.514.185	82.530	24407	4843
3	Sanatçılar	2.408	140.995.991	58.553	18781	3314
4	Eczaneler	23.368	1.095.961	46.900	11909	2916
5	YMM, Mali Müşavirler	41.124	1.648.684.213	40.091	10194	2491
6	Avukatlar	43.982	1.756.237.976	39.930	11.396	2378
7	İhracat ve İthalat	2.145	83.701.866	39.022	11.887	2261
8	Akaryakıt Tic	10.186	230.516.075	22.630	5784	1404
9	Bina İnşatçıları	3.472	113.215.664	32.608	9268	1945
10	Demir, çelik imalat	19.Şub	42.538.634	22.365	5940	1369
11	Lokantalar	105890	486.264.997	4.592	943	304
12	Kürk malı	242	1.129,22	4.666	1.045	302
13	Seyahat ve Tur İşletme	9.405	58.526.475	6.223	1.266	413
14	Deri Eşya İmalatçıları	3.206	204.094.491	6.366	1.373	416

18 Maliye Bakanlığın Gelir İdaresi Başkanlığı(2012 dönemlerine ilişkim 2013'de beyan edilen kazanç). http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/FGGOVB79.htm

Türkiye'de, faaliyet gurupları itibariyle gelir vergisi rekortmenleri GVK'da serbest meslek erbabı sayılan kesimdir. Birinci sırada noterlerin, ikinci sırada doktorların, üçüncü sırada sanatçıların, dördüncü sırada eczanelerin[19], beşinci inci sarada yeminli mali müşavir ve serbest muhasebeci mali müşavirlerin ve altıncı sırada avukatların yer aldığı listenin sonrasında kimler yok ki! İhracat ve ithalat işi yapanlar, akaryakıt bayileri, bina inşaatçıları, demir çelik tüccarları, restoranlar, kuyumcular, kürk tüccarları vb. liste uzayıp gidiyor.

Bu sıralamanın, GVK ve Tasarıda yer alan giderleştirme sistemiyle yakın ilgisi vardır. Hasılattan indirilecek giderler sayma yöntemiyle belirlenince gelir ve giderler arasında makasın hep açık kalması tabii olanıdır. Öte yanda bir süredir kayıt dışılığı sonlandırmak ve vergi gelirlerini arttırmak adına yeni araçlar devreye sokulmuş ve vergi incelemesini yapacak idare bu iddialarla aşağıdan yukarıya yeniden şekillendirilmiştir[20]. Bütçe açıklarını kapatma vb. için önümüzdeki dönemde vergiye daha çok önem atfedileceği bir gerçekliliktir. Bütün dünyada da böyle bir ivme vardır. İşin bir tarafı da küçük ve orta işletmelerle serbest meslek erbabı gibi mükellef kesimlerinin daha kolay incelenebilmesidir. İşte bütün gelirlerin tam olarak kavrandığı bir sitemde sayma yönteminin giderleştirmede yetersiz olduğu çok daha çarpıcı bir şekilde görülecektir.

Sorunun çözümünde en sağlıklı yolun tıpkı gelirlerde olduğu gibi giderleştirmede de sayma yönteminin terk edilmesi, meslek mensubu tarafından yapılan her harcamanın tam ya da bir oran dahillinde kazançtan indirilmesine imkan sağlayan bir sisteme işlerlik sağlanmasında geçtiğine inanmaktayız. Böylesi bir uygulama ekonomik faaliyetlerin tam kavranması sonucunu doğuracağı gibi sadece vergisel alanda değil uygulanacak diğer para ve maliye politikalarında da daha sağlıklı sentez yapma imkanı sağlayacaktır.

Bu noktada eksikli de olsa GVK'da bu yönde bir düzenlemenin mevcut olduğunu belirtelim. GVK'nın 89. maddesi ile mükellefin kendisi, eşi ve küçük çocuklarına ait eğitim ve sağlık harcamalarının, beyan ettiği gelirin %10'nu aşmayan sınırlı bir tutarını vergi matrahından indirilmesi sağlanmıştır. İndirilecek tutarın beyan edilen gelirin %10'uyla sınırlı olduğuna

19 Eczaneler, ilaç ve çeşitli emtia alım satımı faaliyetleri nedeniyle GVK'da serbest meslek erbabı sayılmamıştır. Böylede olsa vurgulamak gerekir ki, eczacıların temel nitelikleri serbest meslek erbabı tarifine uygundur.

20 Bu amaçla Vergi Usul Kanunundaki vergi incelemesine ilişkin hükümler yeniden düzenlenmiş ve 10.07.2011 tarih ve 27990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 646 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Maliye Bakanlığı bünyesinde Vergi İnceleme Kurulu oluşturulmuştur.

bakılırsa oldukça yetersiz bir düzenleme olduğu açıktır. Ya eğitim ve sağlık harcamalarının her biri bir başına ya da toplamı beyan edilen geliri aşıyorsa ne olacaktır?

Öte yandan Ülkemizde mesleki yetenek ve uzmanlığın sürdürülebilmesi için katlanılan dolaylı harcamalar vergi matrahıyla ilişkilendirilmemektedir. Oysa bu harcamalar, insan unsuruna yapılan yatırım ile fiziki sermaye arasındaki ilişkiye benzer bir nitelik taşımaktadır. Eğitim ve öğretim ile ilgili olarak yapılmış olan harcamaların, (vergi bakımından dikkate alınan) amortisman gibi bir işleme tabi tutulması gerekir[21].

Günümüzde bir meslek mensubunun ruhsatını alıncaya kadar önemli bir servet harcamak zorunda kaldığı gerçeği herkesçe malumdur. Bunun için okul sistemimize bakmak yeterlidir, Konumuz itibariyle somutlaştırmak gerekirse, önceki aşamaları da bırakıp sadece yüksek öğrenime bakmak gerekirse; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlığa Kabul Şartları" başlıklı 3. maddesinde yer alan koşullardan birisi de "Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş olmak"tır. Hukuk fakülteleri devlet üniversiteleri yanısıra vakıf üniversiteleri çatısı altında kurulmaktadır. Ülkemizde son yıllarda vakıf üniversitelerinin sayısında önemli bir artış olmuştur. Devlet üniversitelerindeki örgencilerinden harç, vakıf üniversitelerinde katkı payı alınmaktadır. Elbette hukuk fakülteleri özelinde ele aldığımız bu örneği; tıp, diş hekimliği, mühendislikler, iktisat-işletme fakülteleri ve benzerleriyle çoğaltmak mümkündür. İşte bütün bu yüksek öğretim programlarında ödenen tutarların vergi matrahlarıyla ilişkilendirilmesi günümüz gerçeklerine uygun olacaktır. Şu halde avukat olmanın olmazsa olmaz koşullarından biri hukuk fakültesini bitirmekse bu okullara yapılan harcamaların vergi matrahından indirilmesi makul ve mantıklı olanıdır. Ne var ki eğitim ve öğretim için yapılan yukarıda belirttiğimiz harcamalar indirilecek giderler arasında sayılmamıştır. Bu, Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "mali güce" göre vergi ödeme ilkesine aykırıdır."

7. AVUKATLIK KAZANÇLARINDA VERGİ TEFKİFATI

Serbest meslek kazançları kural olarak tevkif suretiyle ön vergilendirmeye tabi tutulmakta, nihai vergileme ise beyan üzerine yapılmaktadır. GVK'nın 94. maddesinin 2 ve 4 numaralı bentlerinde serbest meslek kazançları için vergi tevkifatı öngörülmüştür. Avukatların elde ettiği tahsilat-

21 Abdurrahman AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 14. Baskı, Gazi Kitabevi, s.263.

lar da bu kapsamda (ödemeyi yapanın gerçek usulde gelir vergisi mükellefi olması halinde) %20 oranında gelir vergisi tevkifatına tabidir[22]. Diğer tevkifat oranları ile karşılaştırıldığında tevkifat oranının oldukça yüksek olduğu açıktır. Bir fikir edinmek gerekirse zirai mahsullerde üstelik nihai vergilendirme olduğu halde tevkifat yüzde 2 ila 4 aralığındadır[23]. En gözde sermaye kazancı olan mevduat faizlerinden tefkifat oranları %15 düzeyindedir.

Tevkifat demek, bir avukatın tahsil edeceği tutarın %20'sinin daha eline geçmeden vergi olarak alıkonmasıdır. Gerçi avukat bu tutarları üçer aylık dönemler halinde verdiği gelir vergisi beyannamesi ile yıllık gelir vergisi beyannamesi üzerinde tahakkuk eden vergilerde mahsup etmek, artan tutarları ise diğer vergi borçlarına takas ya da iadesini talep etmek hakkına sahiptir. Ancak burada önemli bir sorun vardır. Beyanname üzerinde mahsup edilenler dışında kalan takas ve iade işlemleri yıllık beyannamenin verilmesinden sonra gerçekleşebildiği için meslek mensubu kendisinden peşin alınan bu tutarlardan uzun bir süre yoksun kalabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse 2013 yılının Ocak ayında tevkif edilen 8.000,-TL bir verginin zarar ya da matrahsızlık nedeniyle beyanname üzerinde tahakkuk eden vergilerden mahsup edilemediğini varsayarsak, indirilemeyen bu vergi ancak bir sonraki 2014 yılı Mart ayında gelir vergisi beyannamesi verildikten sonra diğer vergi borçlarından mahsubu ya da iadesi istenebilmektedir ki, mahsup ya da iadenin hemen 2014/Nisan ayında gerçekleştirildiğini kabul etsek dahi arada bir yıldan uzun bir süre geçmektedir. Bu süre zarfında bu para için faiz talep etmek de hukuken mümkün değildir[24].

Daha da sıkıcı olanı kesintiyi yapan mükellefin bu vergiyi hiç beyan etmemesi veya beyan ettiği tutarları ödememesidir. Ezcümle bu kesintiyi yapan mükellef, tevkif ettiği vergileri beyan etmediği veya beyan ettiği tutarları ödemediği takdirde avukatın kendisinden kesilen bu vergileri beyanname üzerinden mahsup etmesi mümkün değildir. Şayet avukat kesintiyi yapan mükellefin bu tutarları beyan edeceğini ve ödeyeceğini öngörerek mahsup yapmışsa ileride bu tutarları faizleriyle birlikte ödemek zorunda kalacaktır. Gerçi ödediği bu tutarları açacağı bir davayla kesintiyi yapana rücu edilmesini talep hakkı vardır ancak bunların meşakkatli işler olduğu açıktır. İşte bu tür sakıncaların göz önüne alınarak tevkifat

22 Bakanlar Kurulu Kararı 2006/11449

23 Bu oranlar, konunun anlaşılırlığı açısından verilmiştir. Tarım alanında yüksek tevkifat ve ağır bir vergileme, ülkemiz gerçeklerine uygun düşmeyeceği gibi bu makalede ortay konan bakış açısıyla da örtüşmemektedir.

24 Bkz.VUK'un 112. Maddesine 6322 sayılı Kanunla eklenen 4 ve 5. fıkra

oranlarının makul düzeyde tutulmasında yarar vardır. Zira avukata ödeme yapan mükellefin tevkif ettiği vergileri finansman olarak kullanmaya başlaması, bu arada ödeme güçlüğüne düşmesi ve nihayetinde şu ya da bu nedenle bu verginin ödenmemesi halinde işin faturası kendisinden tevkifat yapılan avukata çıkacak ve bu vergiyi ikinci kez ödemek zorunda kalacaktır.

8. SERBEST MESLEK MAKBUZUNDAKİ VERGİSEL YÜK

Yüksek tevkifat oranları katma değer vergisi ile birleştiğinde ortaya ağır bir tablo çıkmaktadır. Konu bir örnek üzerinde daha da anlaşılır olacaktır. Ücretin 1.000,-TL olduğunu varsayarsak ödemeyi yapanın gerçek usulde gelir vergisi mükellefi olması halinde, bu tutardan (1.000 x %20 =) 200,-TL gelir vergisi stopajı yapacak, avukatın eline 800,-TL geçecektir. Avukat bu tutar üzerinden ayrıca (1.000 X18 =) 180,-TL KDV hesaplayıp, iş sahibinden tahsil ettiği bu tutarı vergi dairesine ödeyecektir. Yani bir mesleki ödemede diğer tarafın da vergi mükellefi olması halinde taraflardan avukat olan müşterisinden KDV tahsil edecek, müşteri ise avukattan gelir vergisi stopajı kesecektir. Örneğimize dönersek toplam 1.000,-TL'lik bir hizmet bedelinden meslek erbabına 800,-TL kalmakta Devlet ise gelir vergisi stopajı ve KDV adı altında (200 + 180 =)380,-TL tahsil etmektedir. Oranlara vurursak avukatın payı %67'8'ken hazinenin payı ise %32.20'dır. Gerçi bu tutarın 200,-TL'sini meslek mensubu 180,-TL'sini müşteri ödeyecektir yani vergi yükü dağılmaktadır, ancak yine de bu yüksek tutarlar kayıt dışına elverişli bir ortam yaratmaktadır. Zira daha işin başında yani henüz bu işte kar mı zarar mı yapılacağı belli olmadan Hazine oldukça yüksek tutarlar tahsil etmektedir. Kayıt dışılığa uygun ortam yaratmamak için stopaj ve KDV'nin buluştuğu mesleki kazançlarda gerek stopaj ve gerekse KDV oranlarında indirime gidilmesi akla en yakın yol olarak görülmektedir.

9. AVUKATLARIN TUTACAĞI DEFTERLER VE KULLANACAĞI BELGELER

Avukatlar "Serbest Meslek Kazanç Defteri[25]" tutarlar ve her türlü tahsilatları için serbest meslek makbuzu düzenlemek zorundadırlar. İşte serbest meslek kazançları adı altında ayrı bir gelir unsurunun oluşturulmasının nedenlerinden biri de budur. Yasa koyucu, serbest meslek erbabını defter tutma ve belge düzenleme hususlarında tüccarlar gibi karmaşık ve maliyeti yüksek işlemlerin dışında tutmuştur. Bu defter, basitlik ve

25 Doğrusu bu defterin ismi içinde "kazanç" sözcüğüne niçin yer verildiğini anlamak mümkün değildir. Zira bu deftere giderler de yazıldığı gibi serbest meslek erbabının zarar yapması halinde zarar beyanının önünde yasal bir engel yoktur.

maliyet açısından II'inci sınıf tüccarların tuttuğu "İşletme Defterine" benzediğinden karşılaştırma I'inci sınıf tüccarlarla yapılacaktır. Gerçekten de ticari kazanç elde eden I'inci sınıf tüccarların tutmak zorunda olduğu bilanço usulüne tabi defterler oldukça karmaşık ve kapsamlı olup, defter maliyetleri ve tasdik ücretleri Serbest Meslek Kazanç Defterinin maliyetlerine göre yüksektir. Bu mükellef gurubu ayrıca serbest meslek erbabına göre yüksek muhasebe ve müşavirlik ücretleri öderler. Ancak belirtelim ki, kolektif, adi komandit ve adi şirketler şeklinde örgütlenip mesleki faaliyet yürüten avukatlar da bilanço usulüne göre defter tutacaklardır. Mevcut GVK'da olduğu gibi Tasarının 30/4 maddesinde de bu şirketler ayrıca "Serbest Meslek Kazanç Defteri" tutmaktan ayrık tutulmuşlardır.

Öte yandan 2012 yılı itibariyle hasılatları 130.000,-TL'nin altında olan serbest meslek erbabının defterlerini bizzat tutup beyannamelerini de verebilmeleri mümkündür. Bu tutarı aşan mükelleflerin beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat almış bir serbest muhasebeci mali müşavir ya da yeminli mali müşavir tarafından verilmesi zorunludur[26]. Buna karşın bilanço usulünde defter tutan mükellefler için böyle bir istisna yoktur.

Ne var ki avukatların serbest meslek erbabı olarak ayrı bir gelir unsuru altında vergilendirmelerinde sağladıkları bu en önemli imkan, ilginçtir yine tuttukları defter gerekçe gösterilerek bir takım vergisel avantajlardan mahrum edilmelerine dayanak yapılmıştır. Yukarıda 6.1. bölümünde açıklandığı üzere azalan bakiyeler usulüne göre amortisman ayırmaları engellenmiş ve yenileme fonunda faydalandırılmamışlardır. VUK Mükerrer 315'inci madde metninde, hızlandırılmış amortisman sisteminde yalnızca bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerin yararlanabileceği açıkça yazılmıştır. VUK'nun 328 inci maddesinde düzenlenen yenileme fonu uygulamasında aranan şartlar ise sadece bilanço usulünde defter tutanlara uymaktadır.

10. CEZA UYGULAMASI

Vergi suçu, vergi kanunlarında gösterilen maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmemesi veya bu ödevlere aykırı davranışlarda bulunulması nedeniyle devletin vergi kaybına uğratılmasına veya kamu düzeninin bozulmasına sebep olan ve ceza öngörülen fiiller olarak tanımlanabilir[27]. Vergi suçları öğretide neredeyse tam bir mutabakatla idari vergi suçları ve adli

26 29.06.1997 tarih ve 23034 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4 Seri No.lu SM, SMMM, YMM Genel Tebliğ ile belirlenen 5.000,-TL her yıl yeniden değerleme oranında artmaktadır..

27 Şükrü KIZILOT vd, Vergi Hukuku, YaklaşımYayıncılık-2007, s.199

vergi suçları şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır[28]. Adli vergi suçlarını; kaçakçılık suçu, vergi mahremiyetini ihlal suçu, mükelleflerin özel işlerini yapma suçu, haysiyet ve şerefe tecavüz suçu ile ekim ve sayım beyanlarını denetlememe suçu olarak sayabiliriz. İdari vergi suçları ise, "vergi ziyaı suçu ve "usulsüzlük suçu" olmak üzere temelde iki kategoriye ayrılır. Usulsüzlük suçu da biri "genel usulsüzlük suçu", diğeri "özel usulsüzlük suçu" olmak üzere iki alt guruba ayrılmaktadır. Vergi hukukunda suç sayılan fiille uygulanacak cezanın belirlenmesinde fiillin niteliği belirleyicidir. Usulsüzlük suçu hariç adli ve idari değer bütün suçlara uygulanacak cezanın belirlenmesinde bu kuralda sapma yoktur. Bunun tek istisnasını usulsüzlük suçlarında görmekteyiz. Hem genel usulsüzlük suçlarında hem de Vergi Usul Kanunu Mükerrer Madde 355'de düzenlenen özel usulsüzlük suçlarında vergi suçu oluşturan fiil belirlendikten sonra uygulanacak ceza tutarı mükellef gurupları ile farklılaştırılmıştır. İlginçtir, bu farklılaştırmada avukatların da içerisinde yer aldığı serbest meslek erbabının yeri yüksek tutulmuştur. Şimdi bu hükümleri inceleyelim.

10.1.GENEL USULSÜZLÜK SUÇU

Genel usulsüzlük suçu vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine uyulmaması halini ifade eder (VUK m.351). Bu yapısıyla genel usulsüzlük suçu vergi mükellefiyetine bağlı olarak, bildirim, belge alma-verme, belge bulundurma, defter tutma-tasdiki vb. hususlara ilişkin aykırılıkları cezalandırmayı amaçlar[29]. Maddede Kanunda suç sayılan fiiller, birinci derece ve ikinci derece filler olmak üzere iki gurupta toplanmıştır. Usulsüzlük fiili re'sen takdiri gerektirirse, cezalar iki kat olarak kesilir. Usulsüzlük suçlarına uygulanacak cezalar "213 Sayılı Vergi Usul Kanuna Bağlı Cetvel"le belirlenmiştir[30]. Dikkat edilirse Cetvelde ceza tutarları mükellef gurupları itibariyle sınıflandırılmış olup, serbest meslek erbabı 2. sıradadır. 422 Seri No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile arttırılan ceza tutarları 1.1.2013 tarihinden geçerli olan şekliyle şöyledir[31].

28 Şukrü KIZILOT vd., age, s.200. Mali nitelikli suçlar ve Ceza hukuku şeklinde ayrımlar da yapılmaktadır. Ancak bunların aynı anlamda olduğu açıktır. Bkz. Mualla ÖNCEL vd, Vergi Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara-2013, S.211

29 Şükrü KIZILOT vd., Vergi Hukuku 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık-2007, sh.208

30 Bu tutarlar VUK'un 414. maddesi uyarınca her yıl yeniden değerleme oranında arttırılmak suretiyle uygulanır.

31 Gelirler Kontrolörleri Derneği, Vergi Kanunları 14. Baskı, Nisan 2013, S:168

USULSÜZLÜK CEZALARINA AİT CETVEL

Mükellef Grupları	Birinci Derece Usulsüzlükler (TL)	İkinci Derece Usulsüzlükler (TL)
1.Sermaye Şirketleri	110,00	60,00
2.Sermaye şirketleri dışında kalan 1. sınıf tüccar ve serbest meslek erbabı	70,00	35,00
3. 2. sınıf tüccarlar	35,00	17,00
4.Yukarıdakilerin dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	17,00	9,40
5.Kazancı basit usulde tespit edilenler	9,40	4,30

En yüksek cezalar sermaye şirketlerine, akabinde avukatların da içinde yer aldığı serbest meslek erbabına kesilecektir. Bu sıralamanın haksızlığını gösteren diğer bir husus ise serbest meslek erbabının "1. sınıf tüccarlar"la eş tutulması, aynı gurup içine alınmasıdır. II. Sınıf tüccarlar dahi serbest meslek erbabının gerisinde tutulmuştur. VUK'un 177. maddesine göre yıllık alışları 150.000,-TL satışları ise 200.000,-TL'nin altında olan tüccar ve imalatçılar 2. sınıf tüccar olarak kabul edilmektedir. Hizmet işletmelerinde ise yıllık 80.000,-TL'nin altında ciro yapan mükellefler II nci sınıf tüccar statüsündedirler. Daha yüksek hasılat yapanlar olmakla birlikte serbest meslek erbabının bu bağlamda avukatların rakamları da ortalama böyledir. Büyük çoğunluk serbest meslek erbabı bu cirolara dahi ulaşamamaktadır. Maliye Bakanlığı'nın resmi internet sayfasında diğer meslekler gibi avukatların beyan ettiği matrahlara yer verilmiştir. Bu verilere göre avukatların ortalama olarak 2010 yılı vergi matrahı 38.945,95,-TL, 2011 yılı matrahı ise 39.347,71,-TL, 2012 yılı matrahı ise 39.930,83,-TL'dir[32]. Orta sınıfa mensup ikinci sınıf tüccarlarla serbest meslek erbabının vergi karşısında başkaca da benzerlikleri vardır. İkinci sınıf tüccarlar de tek defter tutmaktadırlar. Bu mükellef gurubunun tuttuğu İşletme Defteri ile serbest meslek erbabının tuttuğu "Serbest Meslek Kazanç Defteri" benzer içerikler taşımaktadır. Serbest meslek erbabını aynı fiille suç işleyen ikinci sınıf tüccara göre daha da ağır cezalandırılması haklı nedenlere dayanmamaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki serbest meslek erbabı daha evvel 3. sıradaki "2. sınıf tüccarlar"la aynı gurup içinde iken 12 Eylül 1980 Ara Rejim döneminde 2365 sayılı Kanun'un[33] 98. maddesiyle gerçekleştirilen

32 http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/FGGOVB/faaliyetgrp2011GV.xls.htm

33 31.12.1980 tarih ve 17207 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yasa değişiklikleriyle 2. sıraya alınmıştır. Bu ülkenin entelektüel insan kaynağını oluşturan kesimlerinin bir darbe döneminde gerçekleştirilen yasalarla cezalarının arttırılması kayda değerdir.

10.2.ÖZEL USULSÜZLÜK CEZALARI

Özel usulsüzlük cezaları mükelleflerin vergi kanunlarınca öngörülen şekle ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesine bağlı olarak kesilmektedir. Bu cezalar, bazı fiiller için nispi bazıları için maktu para cezası şeklinde belirlenmiştir. Özel usulsüzlük cezalarından serbest meslek erbabı için haksızlık öngören hüküm Vergi Usul Kanunu Mükerrer Madde 355'de yer almıştır.

Maddede, Maliye Bakanlığı ile vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından istenilen bilgilerin verilmemesi halinde uygulanacak cezalar belirlenmiştir. Burada serbest meslek erbabının yeri genel usulsüzlük cezalarına göre bir basamak daha yükseltilmiş sermaye şirketleri ile birlikte en üst guruba alınmıştır. Sermaye şirketleri vergi uygulamasında birinci sınıf tüccar kabul edilmektedir. Maddenin birinci fıkrası şöyledir:

Bu Kanunun 86,148,149,150,256 ve 257. maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan(…);

1. Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında 1.200 TL'si,
2. İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında 600 Türk Lirası,
3. Yukarıda bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında 300 TL'si

Özel usulsüzlük cezası kesilir[34].

Tanınan süre içinde bilgi verilmemesi halinde avukata kesilecek ceza 2003 yılı için 1.200,-TL'dir. Maddenin 3. fıkrasına göre, "Özel usulsüzlük cezası kesilmesine rağmen mecburiyetleri yerine getirmeyenlere yeniden süre verilerek bu mecburiyetleri yerine getirmeleri tebliğ olunur. Verilen sürede bu mecburiyetlerin yerine getirilmemesi halinde yukarıda yazılı özel usulsüzlük cezaları bir kat arttırılarak uygulanır." Yani 2.400,-TL'dir. Brüt asgari ücretin iki aylık tutarını aşan bu cezaların bir meslek mensubu için ağırlığı bir yana bir serbest meslek erbabı ile bir sermaye şirketinin aynı tutarla cezalandırılması ayrı bir ağırlıktır. Aynı maddede serbest

34 Ceza tutarları yasa gereği her yıl yeniden değerleme oranında artmaktadır. Maliye Bakanlığının yayımladığı 422 Seri No.lu Genel Tebliğinde 2013 yılı için açıklanan tutarlar yazılmıştır.

meslek erbabına denk gelen ikinci sınıf tüccarlar için öngörülen cezalar ise bu tutarların yarısı yani ilkinde 600,-TL, ikincisinde 1.200,-TL'dir.

11. SONUÇ

Bu açıklamalar ışığında;

1. Türk vergi sisteminin en temel iki maddi vergi yasasında GVK, vergilendirmeyi ücretin tahsiline bağlarken; KDV'de hizmetin ifası esas alınmıştır. Vergiyi doğuran olayın hizmetin ifasına bağlanması avukatları tahsil etmediği bir tutarın KDV'sini ödemek zorunda bırakmaktadır. Sorunun çözümü gelir vergisinde olduğu gibi KDV'de de vergiyi doğuran olayın tahsilata bağlanmasını sağlayacak yasal düzenlemede geçmektedir.

2. Yasa koyucu avukatlarca yapılan her türlü tahsilatı kazancın bir unsuru görmesine karşın, mesleki kazançtan indirilecek giderleri sayma yöntemi ile belirlemiştir. Bu durum mesleki kazancın elde edilmesiyle ilgili bir takım giderlerin kazançtan indirilmemesi dolayısıyla vergilendirilen kazancın bir bölümünün fiktif olması sonucunu doğurmaktadır. Oysa nasıl ki kazanç tarif edilirken "her türlü tahsilat" denilmiş ise, giderleştirmede de aynı anlayış kabul edilse; vergilendirilecek kazanç, safi tutarıyla gerçeğe uygun bir şekilde sağlıklı tespit edilmesi mümkün hale gelecektir.

3. Mesleki yetenek ve uzmanlığın sürdürülebilmesi ile ilgili eğitim ve öğretim harcamalarının insan unsuruna yapılan bir yatırım olarak vergi bakımından amortisman gibi bir işleme tabi tutulması gerekir. Bunun yolu da hukuk fakültesi öğrencilerinden alınan harçlar ile katkı paylarının amortisman yoluyla vergi matrahıyla ilişkilendirilmesinden geçmektedir. Böyle bir düzenleme, Anayasamızın mali güce göre vergi ödeme ile ilgili 73. maddesine uygun olacaktır.

4. Bugün için serbest meslek faaliyeti adı altında ayrı bir sınıflandırmanın bu kesime "tek defter tutma" kolaylığı dışında sağladığı başka bir avantaj yoktur. Gerçekten de avukatların mesleki kazançları için yalnızca "Serbest meslek kazanç Defteri'ni tutmaları hem basitlik hem de maliyet açısından önemli bir avantajdır. Ne var ki bu kez de "Serbest Meslek Kazanç Defteri" gerekçe gösterilerek hızlandırılmış amortisman ayırmalarına ve yenileme fonunda faydalanmalarına yasak getirilmiştir.

5. Avukatların da kapsamında yer aldığı serbest eslek erbabının düzen-

lediği, "Serbest meslek Makbuzu"nun vergisel yükü ağırdır. Çalışmamızın içeriğinde de açıklandığı üzere bu makbuz düzenlendiği anda serbest meslek erbabına %20 gelir vergisi stopajı yükü, müşteriye ise %18 KDV yükü getirmektedir. Daha makbuzun düzenlendiği anda böylesine bir yükün çıkması kayıt dışılığa elverişli bir ortam yaratmaktadır. Bunu düzeltmenin yolu stopaj ve KDV oranlarını indirmek, vergilendirmeyi gerçek kazancın ortaya çıktığı nihai aşamaya kaydırmaktan geçmektedir.

6. Öte yandan yüksek oranda yapılan stopaj gelir vergisinin, kesintiyi yapan tarafından ödenmemesi halinde, meslek mensubunun bu vergiyi ikinci kez ödeme gibi bir riski vardır. Stopaj oranlarının düşük tutularak vergilendirmenin gerçek kazancın ortaya çıktığı nihai aşamaya bırakılması bu açıdan da önemlidir.

7. Vergi hukukunda suç sayılan fiille uygulanacak cezanın belirlenmesinde fiillin niteliği belirleyicidir. Ancak usulsüzlük suçlarıyla, VUK Mükerrer 355'de belirlenen özel usulsüzlük suçlarında suç sayılan filer belirlendikten sonra uygulanacak ceza mükellef gurupları itibariyle farklılaştırılmıştır. Bu farklılaştırmada avukatların da için de yer aldığı serbest meslek mensupları yüksek cezaların öngörüldüğü guruba alınmıştır. Bu ülkenin entelektüel insan kaynağını oluşturan kesimleri vergi cezaları karşısında diğer mükelleflere göre anlaşılmaz bir şekilde daha ağır cezai hükümlere layık görülmüştür.

KARAYOLU TRAFİK KAZALARINDA BİLİRKİŞİLİK ve KUSUR TESPİTİ

Prof. Dr. Nadir YAYLA [1]

1.GİRİŞ

Resmi istatistiklere göre trafik kazalarından dolayı her yıl 5.000'e yakın vatandaşımız ölmektedir. Bu rakam kaza sonucu hemen ölenlerin yani kaza tutanaklarında ölü olarak gösterilenlerin sayısıdır. Halbuki, WHO (Dünya Sağlık Örgütü) kazadan sonra geçen 30 gün içinde kazaya bağlı olarak hastanede veya evinde ölenlerin de nazara alınmasını istemektedir. Ülkemizde hastanede veya evinde kazaya bağlı olarak ölenlerin sayısı bu yönde bir istatistiki düzeltme yapılmadığı için belli değildir. Ancak, konu ile ilgili bilimsel toplantılarda bu şekilde ölenlerin de dahil edilmesi ile sayının 8-10.000'e ulaştığı kabul edilmektedir.

Kazaların sebep olduğu manevi kayıpların parasal olarak ölçülendirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık Dünya Bankası'nın araştırmalarına göre trafik kazaları ülkelerin GSMH (gayri safı milli hasıla)'larının %1,5 -2,5'u arasında maddi kayba yol açmaktadır. Ülkemiz için oran %2 kabul edildiğinde maddi kayıp yılda 15 milyar dolara varmaktadır.

Ülkemizin başta gelen sağlık ve sosyal sorunlarından birisi olan trafik kazalarının ilgili kurumların çabalarına rağmen istenilen düzeye indirilememesinin çok sayıda sebebi vardır. Ulaşım politikasında yanlışlıklar, yolcu ve yük taşımasında taşıma türleri arasında dengeli paylaşım yerine karayolu ağırlıklı taşıma yapılması, altyapı yetersizlikleri, denetim zayıflığı, hızlı ve çarpık kentleşme, sürücü ve yaya olarak kurallara uyulmaması, eğitim yetersizliği sonucu yoldan yararlananlarda kalıcı bir trafik kültürünün oluşturulamamış olması gibi çeşitli sebepleri yanında, trafik kazalarında suçlu olanların cezalandırılmalarındaki gecikmelerin de etkisi olduğu ifade edilebilir.

Bu yazıda, trafik kazaları ile ilgili adli soruşturma aşamasında, ceza ve tazminat davaları sırasında başvurulan bilirkişi incelemelerinde rastlanan ve sonucu istemeyerek de olsa olumsuz yönde etkileyebilecek hususların önemli görülenleri ile kusur oranlarının tespiti konusu ele alınmıştır.

---

1 İ.T.Ü. Ulaştırma Anabilim Dalı Karayolu ve Trafik Mühendisliği Em. Öğr. Üyesi

2.TRAFİK KAZALARI VE BİLİRKİŞİ KULLANILMASI

Bilindiği gibi trafik kazası ; karayolunda hareket halinde olan ve en az bir aracın karıştığı ölüm, yaralanma ya da maddi hasarla sonuçlanan olaydır.

Bir kazada etkili üç ana unsur, sürücü /yaya veya yolcu olarak insan, araç ve yoldur. Çevre ve meteorolojik koşullar da bazı durumlarda kazada etkili olabilir.

Yolun yapımı, bakımı ve üzerindeki trafiğin yönetimi esas olarak mühendislik alanına giren teknik bir konudur. Yolcu ve yük taşıyan araçların imali, bakımı ,onarımı ve işletilmeleri de teknik bir konudur. Bu bakımdan meydana gelen bir trafik kazasının sebeplerinin analizinde, dolayısıyla kusur değerlendirmesinde yol ve trafik mühendisliği, ayrıca motorlu araçlar konusunda (otomotiv) uzman kişilerin görüşünün alınması doğal bir durumdur. Buna göre bilirkişilerin "*özel bilgiyi gerektiren konularda görüşü alınan kimseler*" olarak tanımlanması doğrudur.

Trafik kazalarında bilirkişinin vereceği rapor olayın doğru şekilde aydınlanmasına olanak vermelidir. Bu bakımdan Prof. Faruk Erem'in de ifade ettiği gibi bilirkişi hakimin/savcının yardımcısıdır ve bir hadisede neticeyi doğru şekilde çıkarmak için görevlendirilir *(Faruk EREM, Ceza Usulü Hukuku, 1960, sh. 22)*. Bilirkişiler sahip oldukları özel bilgileri kullanmak suretiyle olayı aydınlatarak görüş ve kanaatlerini ifade ederler. Bu görüş ve kanaatlerinin kabulü ve takdiri hakim /savcı olarak karar vericiye aittir.

3. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN HAZIRLANMASI

Konusunda uzman olduğu kabulü ile hakim ya da savcı tarafından görevlendirilen bilirkişi / bilirkişi heyeti için Trafik Kazası Tespit Tutanağı, Olay Yeri Tespit Tutanağı, kaza yeri ve araçların fotoğrafları, sürücü veya yaya olarak kazaya karışanlar ile varsa tanıkların beyanları raporun hazırlanmasında esas olan başlıca belgelerdir. Bazı durumlarda örneğin kaza yerindeki yol veya kavşak durumu ile görüş şartlarını daha iyi anlayabilmek için bilirkişi keşif talebinde bulunabilir.

Kazaya karışanların ya da tanıkların beyanlarının gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususunda şüpheye düşülmesi halinde olay yeri ile araçların hasarlı fotoğrafları, ayrıca otopsi raporundaki bulgu ve bilgiler yararlı olabilir. Dolayısıyla bu belgeler de dosyada bulunmalıdır.

Trafik zabıtasınca veya Jandarmaca düzenlenen ve ilk tespitleri içeren *Trafik Kazası Tespit Tutanakları* ile kazayı takiben yani hazırlık aşamasında alınan ilk ifadeler kazanın oluş şeklini anlama ve kusur tespiti bakımından son derecede önemli belgelerdir. Bu belgelerde, çarpışma/çarpma noktasının yeri, varsa fren izinin başladığı ve bittiği yerler ve uzunluğu , çarpışma sonucu yola dökülen cam vb döküntüler, araçlara ait lastik ve kazıntı izlerinin yeri, kazaya karışan araçların çarpışmadan sonra durdukları yer ve konumları düzenlenecek basit krokide mesafeleri ile doğru şekilde belirtilmelidir. Krokide araçların hasar aldığı yerler gösterilmeli, yolun genişlik ve eğimi gibi geometrik özellikleri yanında yüzey durumu, ayrıca hava ve görüş şartları , kaza yerinin yerleşim bölgesi içi olup olmadığı kaza yeri kavşak ise buradaki trafik işaretlemesi tutanakta ve krokide muhakkak surette yer alması gereken hususlardır.

Kaza ile ilgili tutanakların yetersizliği bilirkişinin istemeyerek kazayı yanlış değerlendirmesine ve hatalı kusur tespitine sebep olabilir. Daha önce de belirtildiği üzere dava dosyası içinde bilirkişi açısından belki de tutanak ve tutanağa ekli krokide yukarıda sıralanan hususların açık ve rahat okunabilir, ayrıca ölçüleri ile belirtilerek verilmesi son derecede önemlidir. Daha önce de ifade edildiği üzere trafik zabıtasınca veya jandarma bölgelerinde jandarmaca düzenlenen Trafik Kazası Tespit Tutanakları ile, ölümlü kazalarda Cumhuriyet Savcısı'nın da katılımı ile hazırlanan Olay Yeri Görgü ve Tespit Tutanakları'nın ayrıntılı ve krokili olarak düzenlenmeleri sağlıklı bir kusur değerlendirmesi yanında kazaya karışanların ve tanıkların ifadelerinin doğruluk derecesini tahkik bakımından da son derecede önemli bulunmaktadır.

Bu arada, son yıllarda uygulamada olan ve kazaya karışan araç sürücülerince düzenlenip imzalanan *Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları* kaza yerinin özellikleri ile kazaya ait izler bakımından çok az bilgi içerdiklerinden bilirkişiler için çok zaman sorun yaratan ve hatalı sonuçlara götüren belgeler niteliğindedirler.

Trafik kazalarına ait bilirkişi raporu esas olarak;

- Kazanın zamanı, yeri ve oluş şeklinin özeti,
- Bilirkişiden istenen,
- Tazminat davalarında tarafların iddia ve savunmalarının önemli noktaları,
- İnceleme başlığı altında kaza yerindeki yol şartları, kazaya ilişkin

ilk tespitler, kazaya karışan sürücünün/yayanın , ayrıca tanıkların beyanlarının özetleri, daha önce alınmış bilirkişi raporlarının sonuçları,

- Kusur tespiti (değerlendirmesi),
- Kazaya karışanların veya varsa kazada etkili olan harici unsurların ceza davalarında asli kusurlu/tali kusurlu olarak, tazminat davalarında ise yüzde üzerinden oran belirtilmek suretiyle verilen sonuç

bölümlerinden oluşturulmalıdır.

4. KUSUR TESPİTİ

Bilirkişi raporunun hakim/savcı açısından en önemli bölümü *kusur tespiti (değerlendirmesi)* bölümüdür. Bu bölümde öncelikle olayın analizi sonucu kazada etkili olan sürücü / yaya davranışları ile yol , görüş, hava koşulları ve araçlarda varsa teknik arıza gibi harici faktörlerin somut delil ve tespitler ile tutarlı ifadelere dayanılarak ortaya konup açıklanması gerekir. Bu belirlemelerden sonra bunların kazanın meydana gelmesi ve sonucu üzerindeki ağırlıkları takdir olunmalıdır. Kazada etkili olan sürücü ve yaya davranışları ile harici faktörler belirlenip ağırlıkları takdir olunduktan sonra da ceza davalarında asli/tali kusurlu, tazminat davalarında ise yüzde olarak oran verilerek görüş ve kanaat belirtilir.

Kusur tespitinde bulunulurken sürücü veya yayaya izafe olunan kusurlar Karayolları Trafik Kanunu ve Yönetmeliğinin ilgili maddelerine dayandırılmalı, ayrıca kazaya karışanların kusurlu davranışlarının *kaza ve sonucu ile illiyet bağı olup olmadığı* açıklanmalıdır. *Şüpheye dayalı beyanlara veya varsayımlara göre kusur değerlendirmesinden kaçınılmalıdı*r. Örnek olmak üzere, Trafik Kazası Tespit Tutanaklarında sıkça rastlandığı üzere kişilerin ".. dikkatsizliği ve tedbirsizliği sebebiyle…" gibi genel bir ifade ile kusurlu gösterilmesi doğru değildir. Kişinin dikkatsiz ve tedbirsiz davrandığı görüşüne neye dayanılarak varıldığı açıklanmalıdır. Bu kapsamda, sürücü ve yayanın davranışlarının kaza ile illiyet bağının aranması da önemlidir. Bir sürücünün alkollü ya da sürücü belgesiz olarak araç kullanmış olması kusurlu sayılmasını gerektirmeyebilir. Yine örnek olmak üzere, alkollü araç kullanan bir sürücüye arkadan gelen bir aracın çarpması halinde, öndeki sürücünün alkollü olmasının kaza ile illiyet bağı yoktur. Keza, sürücü belgesiz bir kişinin nizami bir şekilde giderken ani olarak ve yakın mesafeden önüne çıkan bir yayaya çarpması halinde kusursuz sayılması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda alkollü olarak veya sürücü belgesiz araç kullanılması kaza ile ilgisi olma-

yan ve trafik suçu olarak değerlendirilebilecek davranışlar olarak kabul edilmelidir.

5. SONUÇ

Gerçekte oldukça geniş olan, burada dar bir çerçevede ele alınan yazıdan aşağıdaki sonuçlar çıkarılabilir.

a- Bilirkişilik belli bir bilgi birikimi ve tecrübe gerektirir. Bilirkişilerin konusunda uzman kişilerin arasından seçilmesi önemlidir. Kanımca uygulamada bu hususa fazla dikkat edilememekte, bunun sonucu olarak davanın karar vericileri yanılabilmekte, ya da birden fazla bilirkişi raporu alınmak suretiyle davanın uzamasına sebep olunmaktadır.

b- Trafik kazaları veya başka tür kazalarda ilk tespitlerin zamanında, doğru ve ayrıntılı şekilde yapılıp tutanak ve kroki ile belgelenmesi hakkaniyetli kusur değerlendirmesi için son derecede önemlidir.

c- Kusur tespitinde kazada rol oynayan faktörlerin ve bu faktörlerin kazanın meydana gelmesi, ayrıca kaza ile illiyet bağı ve sonucu üzerindeki etkisi (ağırlığı) somut delil, tespit ve tutarlı beyanlara dayandırılmalıdır.

d- Genel ifadeler ve varsayımlara dayanılarak kusur atfında bulunulmamalıdır. Bu durum karar vericiyi yanıltabileceği gibi telafisi mümkün olmayan mahkumiyet ya da haksız tazminat ödemelerine yol açabilir.

EMLAK VERGİSİ VE KENTSEL DÖNÜŞÜMDE VERGİ UYGULAMALARI

Av. Hasan TANYOL

Türk vergi sisteminde yer alan Emlak Vergisi, servet üzerinden alınan vergilerin bir türüdür. Servet vergilerinin ortak niteliği, gerçek veya tüzel kişilerin ekonomik faaliyetlerinin değil, sahip oldukları iktisadi varlıklarının vergilendirilmesidir. Özel bir servet vergisi türü olan Emlak Vergisi de gerçek veya tüzel kişilerin mülkiyetindeki bina, arsa ve arazilerden alınır.[1] Türkiye'de emlak vergisi 1319 sayılı ve 29 Temmuz 1970 tarihli Emlak Vergisi Kanunu ('**Kanun**') ve buna ilişkin diğer sair mevzuat ile düzenlenmiştir. 11 Aralık 1985 tarihli ve 18955 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3239 sayılı Kanun ile de Emlak Vergisi belediyelere devredilmiştir. Emlak Vergisi kendi içerisinde bina ve arazi vergisi olmak üzere ikiye ayrılır. Arazi Vergisi de, arsa ve arazi vergisi başlıkları altında iki gruba ayrılır.

Bina Vergisi, Emlak Vergisi kapsamında tarihin en eski vergi türlerinden birisidir. M.Ö. 2000'li yıllara dayanan bina vergisinin izlerine Çin ve Roma devletlerinde de rastlanmaktadır.[2] Bu tür sevetler ödeme gücünün yüksek olduğunun göstergesi olarak kabul edildiği için bu vergiler çok eski tarihlerden günümüze kadar gelmiş ve hemen hemen bütün toplumlarda yer bulumuştur.[3] Cumhuriyetimiz de Emlak Vergisi dahilindeki Bina Vergisi uygulamasını Osmanlı İmparatorluğu'ndan devralmıştır. Günümüzde ise Bina Vergisi yukarıda bahsedilen Kanun ve sair düzenlemeler çerçevesinde yürütülmektedir.

I. BİNA VERGİSİ

A. Bina Vergisinin Konusu

Türkiye sınırları içerisinde bulunan binalar ve bunların eklentileri (avlu, bahçe, diğer binalar vb.) Kanun kapsamında Emlak Vergisine tabi kılınmıştır. Bina ile kastedilen yapı malzemesi fark etmeksizin karada veya su üzerinde bulunan sabit inşaatlardır. Yüzer havuz gibi sair yüzer

1 Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s.325

2 Aksoy Şerafettin, Kamu Maliyesi, s.293-295

3 Uluatam Özhan, Örnekler, Belgeler ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler, s.377

yapılar, çadırlar ve karavan gibi nakil vasıtalara takılıp çekilebilen seyyar evler ve benzeri binalar ise Kanun kapsamına girmemektedir. Binanın mülkiyetinin gerçek veya tüzel kişiye ait olması bir fark yaratmamaktadır. Ayrıca, devlet ait arazi üzerine kaçak konut yaparak oturan kişiler de Kanun kapsamında mükelleftir.[4] Ancak, kullanımı açısından binaya eklenti olarak bağlı bulunmayan arsa ve araziler Bina Vergisinin değil, arsa ve arazi vergisinin konusunu oluşturacaktır.

B. Bina Vergisinin Mükellefi

Binalar nezdinde emlak vergisinin mükellefi Kanun'un 3. maddesinde "binanın maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa binaya malik gibi tasarruf edenler" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin devamında ise maliklerin paylı mülkiyeti söz konusu olduğu takdirde mükellefiyetin de payları oranında olacağı, ancak maliklerin elbirliğiyle mülkiyeti söz konusu ise mükelleflerin Bina Vergisi'nden müteselsil olarak sorumlu tutulacakları belirtilmiştir.

C. Bina Vergisinde Muafiyet

Kanun'un 22. Maddesi uyarınca, Bina Vergileri ile ilgili muaflık ve istisna hükümleri bu kanuna eklenmesi veya bu kanunda değişiklik yapılması suretiyle düzenlenir. Bu doğrultuda, Kanun bina vergisinden muaf tutulacakları daimi muaflıklar (Madde 4) ve geçici muaflıklar (Madde 5) altında iki ana gruba ayırmıştır.

a) Daimi Muafiyet

Kanun'un 4. Maddesinde, daimi olarak bina vergisinden muaf tutulacak binalar sayılmıştır. Bunlar çoğunlukla kamu kuruluşlarına ait binalar olmak üzere özel bütçeli idarelere (Mazbut vakıflar dahil), il özel idarelerine, belediyelere, köy tüzel kişiliğine, kanunla kurulan üniversitelere ve Devlete ait binaları; İl özel idareleri, belediyeler ve köyler ile bunların teşkil ettikleri birlikler veya bunlara bağlı müesseselere ait binaları; Türk Silahlı Kuvvetlerini (Jandarma Genel Komutanlığı dahil) güçlendirmek amacıyla kurulmuş vakıflara ait binaları; 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimleri veya hisseleri kısmen veya tamamen Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal eden bankalara, tasfiyeleri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu eliyle yürütülen müflis bankaların iflâs idarelerine ait binaları; 28 Mart 2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç

4 Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, s.286

Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 7/A maddesi kapsamında kira sertifikası ihracı işlemine konu olan binaları; ve kiraya verilmemek şartıyla Köylere ve köy birliklerine ait tarım işletme binaları, soğuk hava depoları, içmeler ve kaplıcalar ile bunlar tarafından köylünün umumi ve müşterek ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla işletilen hamam, çamaşırhane, değirmenler ve köy odaları; Ordu evleri, askeri gazino ve kantinler ile bunların müştemilatı; Kurumlar Vergisi'ne tabi işletmelere ait olmamaları veya bunlara tahsis edilmiş bulunmamaları şartıyla kamu menfaatlerine yararlı derneklere ait binaları; Kazanç gayesi olmamak şartıyla işletilen hastane, dispanser, sağlık, rehabilitasyon, teşhis ve tedavi merkezleri, sanatoryum, prevantoryum, öğrenci yurtları, düşkünler evi, yetimhaneler, revirler, kreşler, kütüphaneler ve korunmaya muhtaç çocukları koruma birliklerine ait yurtlar ve işyerleri ile benzeri binaları; Dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan ibadethaneler ve bunların müştemilatları; Zirai istihsalde kullanılmak şartıyla makine ve alet depoları, zahire ambarları, samanlıklar, arabalıklar, ağıllar, ahırlar, kümesler, kurutma mahalleri, böcekhaneler, serler (seralar) ve benzeri binalarla, işçi ve bekçi bina, kulübe ve barakaları; Su ürünleri müstahsillerinin istihsalde kullandıkları ağ ve alet depoları, kayıkhaneler, denizlerde ve göllerdeki işçi ve balıkçı kulübe ve barakaları; Umuma tahsis edildiği Maliye ve Gümrük Bakanlığınca kabul edilen rıhtım, iskele, dalgakıran ve bunların mütemmimleri ile, demiryolları ve köprü, rampa ve tünel, yeraltı ve yerüstü geçitleri, peron alimantasyon tesisleri, iskele ve istasyon binaları ile yolcu salonları, cer ve malzeme depoları gibi demiryolu mütemmimleri, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ait hava liman ve meydanlarındaki terminal binaları, teknik blok, hangar, sistemlere ait depo; elektronik, elektrik ve mekanik sistemlere ait laboratuvar ve bakım tesisleri, pist taksirut ve apron sahası ile ısı ve enerji santralleri, hidrofor tesisleri, gerek hava liman ve meydanlarında ve gerekse uçuş yolları üzerindeki seyrüsefer yardımcı tesisleri ile hava yer ve yer muhabere sistemleri ve yukarıda belirtilen sistem ve tesislerin mütemmimleri (Diğer depolar, antrepolar, müstakil lojman ve müstakil idarehane binaları mütemmim sayılmaz); Her nevi su bentları, baraj, sulama ve kurutma tesisleri; Yabancı devletlere ait olup elçilik ve konsolosluk olarak kullanılan binalar ile elçilerin ikametine mahsus binalar ve bunların müştemilatı (Karşılıklı olmak şartıyla) ve merkezi Türkiye'de bulunan milletlerarası kuruluşlara, milletlerarası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerine ait binaları; Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara ait binaları (Vakıf senedindeki cihete tahsis edilmek şartıyla); Enerji nakil hatları ve direkleri; Gençlik ve Spor Bakanlığı Beden Terbiyesi Gene Müdürlüğü'ne

tescil edilmiş amatör spor kulüplerine ait binaları (Gelir veya Kurumlar Vergisi'ne tabi işletmelere ait olmamaları veya bunlara tahsis edilmemeleri şartıyla); Tarım kredi, tarım satış kooperatifleri, 1163 sayılı Kanun'a uygun olarak teşekkül eden kooperatifler ve bu kooperatiflerin kuracağı kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği'nin ve Türk Kooperatifçilik Kurumu'nun sahip oldukları kendi hizmet binaları; Karşılıklı olmak şartıyla Uluslararası Antlaşmalar hükümlerine göre azınlık sayılan cemaatlere ait özel okul binaları; Tersane binaları (müstakil büro ve müstakil lojman binaları hariç.); Belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan binaları (Gelir Vergisinden muaf esnaf ile basit usulde Gelir Vergisi'ne tabi mükellefler tarafından bizzat işyeri olarak kullanılan binalar hariç olmak üzere, ticari, sınai ve turistik faaliyetlerde kullanılan binalar ile muayyen zamanlarda dinlenme amacıyla kullanılan binalar için bu muafiyet uygulanmaz.); Doğalgaz, ham petrol ve bunların ürünlerinin nakli ve dağıtımı amacıyla kullanılan boru hatları ile bunların ayrılmaz parçası olan istasyonları (Pompa, kompresör, basınç düşürme ve ölçüm, hat vana grupları, haberleşme, pik, katodik koruma gibi) kapsamaktadır.

b) Geçici Muafiyet

Kanun'un 5. Maddesinde düzenlenen geçici muafiyetler belli şartların varlığı halinde belli bir süre için hak sahibine tanınan istisnalardır.

Buna göre, anılan Kanun 5. maddesinin (a) fıkrası itibariyle, mesken olarak kullanılan bir bina veya apartman dairesi için ödenecek emlak vergisi, inşaatın sona erdiği yılı takip eden bütçe yılından itibaren, 5 sene boyunca 1/4 indirimli olarak ödenir.[5] Ancak, emlak vergisi miktarı her halde 2.500 Türk Lirası'ndan az olamaz. Binaya ait su, elektrik ve doğalgaz aboneliğinin tesis edilmesi inşaatın sona erdiğine karine teşkil etmektedir. Dolayısıyla, binanın iskan belgesinin bulunmasına gerek yoktur. Muafiyetten yararlanmak binanın kullanılmaya başlanmasını takip eden bütçe yılı itibariyle mümkün olacaktır.[6]

Ayrıca mesken olarak kullanılan bu tür binaların veya apartman dairelerinin satın alma veya herhangi bir suretle iktisap olunması halinde de yukarıda anlatılan geçici muafiyet kalan süre için uygulanır. Dolayısıyla, yeni hak sahibi de şartları ve süresi dahilinde geçici muafiyetten faydalanır.

5 Bütçe yılı, bir bütçenin uygulanmaya başladığı günden ertesi yıl aynı güne kadar geçen süreyi ifade eder.

6 13 Ekim 2011 tarihli ve B.07.1.GİB.4.34.18.01-006.01-1809 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı Özelgesi.

Mevcut binalara ilave yapılması halinde ise, Kanun'un 33. Maddesinin 1. bendine göre tadil edilen değerden bu kısma isabet eden değer için, yukarda yazılı muafiyet aynı şart ve süre ile uygulanır.

Binanın ya da apartman dairesinin, kısmen veya tamamen mesken olarak kullanılmaktan çıkması halinde bu binaya veya daireye tanınmış bulunan geçici muafiyet hakkı bu halin gerçekleştiği yılı takip eden bütçe yılından itibaren uygulanmaz.

Kanun'un 5. Maddesinin (b) fıkrasında Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu hükümleri dairesinde turizm müessesesi belgesi almış olan Gelir veya Kurumlar Vergisi mükelleflerinin adı geçen kanunda yazılı maksatlara tahsis ettikleri ve işletmelerine dahil binalar ele alınmıştır. Bu tür binalar, inşalarının sona erdiği veya mevcut binaların bu maksada tahsisi halinde turizm müessesesi belgesinin alındığı yılı takip eden bütçe yılından itibaren 5 yıl süre ile geçici muafiyetten faydalandırılır.[7]

Aynı Maddenin (c) fıkrasına göre ise, "deprem, su basması, yangın gibi tabii afetler sebebiyle binaları yanan, yıkılan veya kullanılmaz hale gelen veya yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ ve benzeri (Deprem hariç) afetlerle zarar görmesi muhtemel yerlerdeki binaların vergi mükellefleri tarafından afetin vuku bulduğu veya afete maruz bulunduğunun yetkili kuruluşça tebliği tarihinden itibaren en geç 5 yıl içinde afetin vuku bulduğu yerde veya kamu kuruluşlarınca gösterilen yerlerde inşa edilen binalar inşalarının sona erdiği yılı, kamu kuruluşlarınca ilgili kanunlarına göre inşa olunup hak sahiplerine teslim edilen binalar devredildikleri yılı takip eden bütçe yılından itibaren 10 yıl süre ile geçici muafiyetten faydalandırılır". Bu geçici muafiyetten faydalanmak isteyen mükellefler İmar ve İskan Bakanlığından veya bu Bakanlığın yetkili kıldığı kuruluşlardan afete maruz kaldıklarına dair bir belge almalı ve bunu ilgili belediyeye ibraz etmelidir. Böylesi bir durumda 5. Maddenin (a) fıkrasında bahsedilen ve %25 oranında indirim öngören geçici muafiyet uygulanmaz.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, kamu kuruluşlarınca afet bölgesi olarak belirlenen ve inşaat yasağı bulunan yerlerde yapılan binalar için bu muafiyet uygulanmaz.

Beşinci Madde fıkra (d) ise fuar, sergi ve panayır yerlerinde inşa edilen binaları kapsamaktadır. Bu tür binalar sayılan faaliyetleri gerçekleştirmek üzere tahsis edildikleri süre boyunca vergiden muaftır. Ayrıca, bu yerlerin muafiyetten yararlanabilmeleri için açık bulunmadıkları zamanlarda kullanılmıyor olması gerekir.

7 2005/00004 Esas numaralı ve 2006/01686 Karar numaralı Danıştay 9. Dairesi kararı.

Maddenin (e) fıkrasında Planlama Teşkilatınca tespit ve tayin edilen geri kalmış bölgelerde inşa edilen sınai tesislerin, (f) **fıkrasında ise** organize sanayi bölgeleri ile sanayi ve küçük sanat sitelerindeki binaların, inşalarının sona erdiği tarihi takip eden bütçe yılından itibaren 5 yıl süre ile geçici muafiyetten faydalanacağı öngörülmüştür.

Yukarda bahsedilen ve Kanun'un (a), (b), (c) ve (d) fıkralarında yazılı muafiyetlerden yararlanmak için, anılan fıkralarda yazılı hallerin gerçekleşmesi halinde, durumun bütçe yılı içerisinde ilgili belediyeye bildirilmesi şarttır. Ancak, bu olaylar bütçe yılının son üç ayı içerisinde gerçekleştiği takdirde bildirim, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılmalıdır. Dolayısıyla, muafiyetten faydalanabilmek için ilgili belediyeye bir beyanname ile bildirimde bulunulması şart olduğu gibi bunun belirtilen süreler dahilinde yapılması da aranmaktadır.

Ancak, (e) ve (f) bendine ilişkin muafiyetten yararlanabilmek için herhangi bir bildirim şartı aranmaz, binaların ilgili yerlere inşaa edilmesi geçici muafiyetten yararlanılması için yeterlidir.[8]

Geçici muafiyet hakkına haiz bir kimse eğer süresinde bildirimde bulunmaz ise muafiyet hakkından bir sonraki bütçe yıldan itibaren yararlanabilir. Kanun'da da bu durum "muafiyet, bu takdirde bildirimin yapıldığı yılı takip eden bütçe yılından muteber olur" denilmek suretiyle belirtilmiştir. Dolayısıyla bildirimin yapılmadığı yıl veya yıllarda muafiyetten yararlanılamaz iken geç bildirim yapılan yılda da muafiyetten yararlanılamaz. Ancak, köylerdeki inşaatlar için bildirimde bulunulmasına gerek yoktur.

D. Matrah

Matrah vergi hesaplamasının temelini oluşturan ve üzerinden hesaplama yapılan ana değerdir. Kanun'un 7. Maddesindeki tanım ise "Bina Vergisinin matrahı, binanın bu kanun hükümlerine göre tespit olunan vergi değeridir" şeklinde düzenlenmiştir.[9]

E. Vergi Değeri

Vergi değeri, Kanun'un 29. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, binalar için Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (eski adıyla Bayındırlık ve İskan Bakanlığı) tarafından tespit ve ilan edilen bina metrekare normal inşaat bedelleri ile arsa ve araziler için belirtilen esaslara göre takdir edilen arsa ve arsa payı değeri esas alınarak hesaplanan bedel

8 2005/00004 Esas numaralı ve 2006/01686 Karar numaralı Danıştay 9. Dairesi kararı.

9 Erol Ahmet, Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, s.383

vergi değeridir. Binalarda bu değerler toplamı ilgili yıla ait binanın rayiç bedelini belirler. Ancak, binada bulunan mobilya vesair eşya ile sabit istihsal tesisatına ait değerler vergi matrahına alınmaz.

Vergi değerinin hesaplanması, 15 Mart 1972 tarihli ve 14129 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük ("**Tüzük**") ile düzenlenmiştir. Tüzüğün 2. Maddesi uyarınca, vergi değeri binanın rayiç bedelidir.

Tüzüğe göre binaların vergi değeri (i) kullanılış tarzı, (ii) inşaatın nev'i, (iii) inşaatın sınıfı ve (iv) diğer özellikleri göz önünde bulundurularak hesaplanır. Dolayısıyla, rayiç bedel binanın emsali olan diğer binaların bedellerine göre belirlenir. Ancak, bu şekilde belirlenemeyen hallerde, binanın maliyet bedeli ile inşa edildiği arsanın rayiç değeri üzerinden hesaplanır.

Binanın inşa edildiği yıla ilişkin maliyet bedeli, Maliye Bakanlığı ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından her yıl yayımlanan Emlak Vergisi Genel Tebliğlerinde belirtilen binaların metrekare normal inşaat maliyet bedelleri cetvelindeki birim fiyatlar üzerinden hesaplanarak bulunur. Bu cetvelde çeşitli yapı türleri (Çelik karkas, betonarme karkas, yığma kagir, yığma yarı kagir, ahşap, taş duvarlı, gecekondu tipi ve kerpiç diğer basit binalar) ile çeşitli amaçlara özgülenmiş bina türleri (fabrika, imalathane, otel, sinema, tiyatro, hastane, banka, okul, yurt, mesken, vb.) lüks, 1. sınıf, 2. sınıf, 3.sınıf ve basit olmak üzere 5 sınıfa ayrılmaktadır. Binanın hangi sınıfa dahil olduğunu bularak metrekare maliyet bedeli tespit edilir. Bu hesaplamalar, binanın inşa edildiği yıla ilişkin değerler üzerinden yapılmalıdır. Ancak, bu bedellere asansör, kalorifer ve klima tesisatı bedelleri dahil değildir. Binada asansör, kalorifer veya klima tesisatı varsa, kalorifer veya klima için %8; asansör varsa bunun için de %6 oranında ilave yapılır.

Maliye Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın 2014 yılına ilişkin binaların metrekare normal inşaat maliyet bedellerini gösterir cetvel 17 Ağustos 2013 tarihli ve 28738 sayılı Resimi Gazete'de yayımlanan 62 Seri No'lu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliğ ile açıklanmıştır. Her sene açıklanan bu bedellere karşı ilanı takip eden 15 gün içerisinde Danıştay'da dava açılabilir.

Belediyeler bu maliyet bedelleri haricinde her yıla ilişkin binaların bulunduğu konum itibariyle şerefiye adı altında binanın bulunduğu konum (mahalle, cadde, sokak vb.) için de rayiç bir bedel (sokak rayiç bedeli) belirler.

Binanın inşa edildiği yıla ilişkin metrekare üzerinden yapılan maliyet hesabına, inşa edildiği yıla ilişikin konumu nedeniyle takdir edilen rayiç bedel eklenir ve böylece binanın inşa edildiği tarihteki rayiç bedeli bulunur. Başka bir ifadeyle mükellefiyetin başladığı andaki vergi değeri tespit edilmiş olur.

Eğer bina yeni inşa edilmemiş ise, güncel vergi değeri, mükellefiyetin başlangıç yılını takip eden yıldan itibaren her yıl, bir önceki yıl vergi değerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca aynı yıl için tespit edilen yeniden değerleme oranının yarısı nispetinde artırılması suretiyle bulunur. Bakanlar kurulu, bu belirtilen artış oranını sıfıra kadar indirmeye veya yeniden değerleme oranına kadar artırmaya yetkilidir. Keza, 2013 yılının vergi değerleme oranı 1 Ocak 2013 tarihli ve 28515 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan 24 Aralık 2012 tarihli ve 2012/4116 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yeniden değerleme oranı kadar artırılmıştır. Yani yarısı oranında değil tam oranda artırım yapılmıştır. Böylece, 2013 yılı için belirlenen vergi değeri oranı %7.8 olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla 2013 yılıl için rayiç bedeller ve bina vergisi bu artış üzerinden hesaplandı ve tahmin edilenden daha yüksek bir artış yaşandı. Eğer Bakanlar Kurulu kendisine tanınan yetkiyi kullanmaz ise 2014 yılı için vergi değerleme artış oranı %3,9 olacaktır.

Kanun'un 29. Maddesinin son cümlesine göre Bakanlar Kurulu vergi değerleme oranını değiştirme yetkisini, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 95. Maddesi uyarınca belirlenen belediye grupları itibariyle farklı oranlar tespit etmke suretiyle de kullanabilir.

F. Oran (Nispet)

Matrah bedeli üzerinden belli oran dahilinde yapılan hesaplama sonucunda mükellefin ödeyeceği vergi bedeli hesaplanır. Bina vergisinin oranı, Kanun'un 8. Maddesi uyarınca, meskenlerde binde bir, diğer binalarda ise binde ikidir. Ancak bu oranlar, 5216 sayılı ve 10 Temmuz 2004 tarihli Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun uygulandığı büyük şehir belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde % 100 artırımlı uygulanır. Bu nedenle bina vergisi oranı büyükşehir sınırları içerisindeki bir mesken için binde iki; diğer binalar için ise binde dört olacaktır. Bakanlar Kurulu, vergi oranlarını yarısına kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir. [10]

Aynı maddenin ikinci bendindeki hüküm uyarınca ve 2006/11450 sa-

10 Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nam,, Vergi Hukuku, s.363-364

yılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bir takım kimseler için vergi oranı sıfıra indirilmiştir. Buna göre, kendisine bakmakla mükellef kimsesi olup onsekiz yaşını doldurmamış olanlar hariç olmak üzere hiçbir geliri olmadığını belgeleyenlerin, gelirleri münhasıran kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumlarından aldıkları aylıktan ibaret bulunanların, gazilerin, engellilerin, şehitlerin dul ve yetimlerinin Türkiye sınırları içinde brüt 200 m^2'yi geçmeyen tek meskeni olması (intifa hakkına sahip olunması hali dahil) halinde, bu meskenlerine ait vergi oranlarını 2007 yılı itibariyle sıfıra indirilmiştir. Bu hüküm, yukarıda belirtilenlerin tek meskene hisse ile sahip olmaları halinde hisselerine ait kısım hakkında da uygulanır. Ancak, muayyen zamanda dinlenme amacıyla kullanılan meskenler hakkında bu hüküm uygulanmaz. Geliri olmadığını belgelemenin usul ve esaslarını belirlemeye ise Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Ayrıca, oranlar hesaplanırken dikkat edilmesi gereken başka bir husus da yeni inşa edilen bir bina veya binaların vergisi, arsasının (veya arsa payının) vergisinden az olamaz. Bu hüküm binaların inşalarının sona erdiği yılı takip eden bütçe yılından itibaren dört yıl uygulanır. Başka bir deyişle

G. Bina Vergisinin Mükellefiyetinin Başlama ve Sona Erme Tarihi

Bina vergilerinde mükellefiyet;

- Yeni bina inşaatının tamamlandığı veya tamamlanmadan önce kısmen kullanılmaya başladığı tarihi (Mevcut binalara ilaveler yapılması veya asansör veya kalorifer tesisleri konulması yeni inşaat hükmündedir.)[11];
- Müteaddit hisselere ayrılmış olan bir binanın bütün hisselerinin birleştirildiği tarihi[12];
- Herhangi bir sebep yüzünden bir şehir, kasaba veya köyün tamamında devamlı olmak üzere bina değerlerinde % 25 i aşan oranda artma veya eksiltme olması ve bu duruma bağlı olarak takdir işleminin yapıldığı tarihi[13];
- Dört yılda bir yapılan takdir işlemlerinde takdir işleminin yapıldığı tarihi ve

11 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Kanunu Madde 33/1
12 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Kanunu Madde 33/7
13 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Kanunu Madde 33/8

- Muafiyetin sukut ettiği tarihi takip eden bütçe yılından itibaren başlar.

Yanan, yıkılan, tamamen kullanılmaz hale gelen veya vergiye tabi iken muaflık şartlarını kazanan binalardan dolayı mükellefiyet, bu olayların gerçekleştiği tarihi takip eden taksit tarihinden itibaren sona erer. Oturulması ve kullanılması kanunların verdiği yetkiye dayanılarak yasak edilen binaların vergileri, mükelleflerce keyfiyetin ilgili belediyeye bildirilmesi veya ilgili belediye tarafından re'sen tespit edilmesi üzerine, bu olayların gerçekleştiği tarihlerden sonra gelen taksit tarihinden itibaren, bu hallerin devam ettiği sürece alınmaz.

H. Bina Vergisi Bildirimi

Yeni inşa edilen binalar için, inşaatın sona erdiği veya inşaatın sona ermesinden evvel kısmen kullanılmaya başlanmış ise her kısmın kullanılmasına başlandığı bütçe yılı içerisinde ve Kanun'un 33. Maddesinde yazılı vergi değerini tadil eden sebeplerin doğması halinde, değişikliğin gerçekleştiği bütçe yılı içerisinde, emlakın bulunduğu yerdeki ilgili belediyeye emlak vergisi bildiriminde bulunulur. Eğer söz konusu durum bütçe yılının son üç ayı içerisinde gerçekleşmişse, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde bildirimde bulunulmalıdır.

Kanun'un 33. Maddesi uyarınca vergi değerini değiştiren sebepler özetle şöyle sıralanmaktadır:

- Yeni inşa edilen binalar için inşaatın tamamlanması veya tamamlanmadan önce kısmen kullanılmaya başlanması veya binaya ilaveler yapılması,
- Mevcut binanın yanması veya yıkılması,
- Mesken olarak kullanılan dairenin iş yerine dönüştürülmesi,
- Binanın eklentisi durumunda olan arazinin bu durumdan çıkması veya bir arazi ya da arsanın binanın eklentisi haline gelmesi,
- Binanın taksim veya ifraz edilmesi veya mükellefinin değişmesi (istimlak da ifraz hükmünde sayılır),
- Herhangi bir sebeple bir şehir, kasaba veya köyün tamamını kapsayacak şekilde bina ve arazinin değerlerinde, %25'i aşan oranlarda artış veya eksiltme olması.[14]

14 Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, s.290

Elbirliğiyle mülkiyet konusunda, mükellefler ya münferiden bildirim de bulunurlar ya da müşterek imzalı bir bildirim verirler. Paylı mülkiyet söz konusu ise, bildirimler münferiden verilir.

Bina vergisinde ve genel olarak emlak vergisinde Vergi Usul Kanunu Madde 371'de yazılı pişmanlık hükümlerinden yararlanılamaz. Bildirimde bulunduktan sonra pişmanlık talebi ile yeni bir bildirimde bulunulamaz.

I. Bina Vergisinin Tarhı ve Tahakkuku

Emlak vergisi bildirimini alan belediye, Kanun'un 29. Maddesine göre hesaplanan vergi değeri üzerinden yukarıda bahsedilen esaslara göre vergiyi yıllık olarak tarh eder. Ocak ve Şubat ayları içerisinde tarh işlemi yapılır.

Yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda ise, emlak vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılır.

Bina vergisi bildirimini alan belediye, vergiyi tarh eder. Tarh, vergi alacağının kanunen belirtilen matrah ve nispetler üzerinden ilgili belediye tarafından hesaplanarak alacak miktarının tespit edildiği işlemdir.

Dolayısıyla, bina vergisi ilgili belediye tarafından;

- Dört yılda bir defa olmak üzere takdir işlemlerinin yapıldığı yılı takip eden bütçe yılının Ocak ve Şubat aylarında,
- Kanun'un 33. Maddesinde sayılan yeni bina inşaatının tamamlanması veya tamamlanmadan önce kısmen kullanılmaya başlanması[15] ile müteaddit hisselere ayrılmış olan bir binanın bütün hisselerinin birleştirilmesi[16] hallerinde vergi değerini tadil eden sebeplerin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılın Ocak ayı içinde, vergi değerini tadil eden sebep yılın son üç ayı içinde vuku bulmuş ve bildirim, vergi değerini tadil eden sebebin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılda verilmiş ise bildirimin verildiği tarihte,
- Kanun'un 33. Maddesinin sekiz numaralı fıkrasında yazılı olan hallerde, takdir işlemlerinin yapıldığı bütçe yılını takip eden yılın Ocak ve Şubat aylarında Kanun'un 29. maddesine göre hesaplanan vergi değeri esas alınarak yıllık olarak tarh olunur.

Bildirim posta ile gönderilmiş ise vergi, bildirim verme süresinin son

15 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Kanunu Madde 33/1

16 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Kanunu Madde 33/7

gününü takip eden yedi gün içinde tarh olunur. Bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılır ve mükellefe bir yazı ile bildirilir.

Yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda, 29. maddeye göre tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan bina vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılır.

Bir il veya ilçe hududu içerisinde birden fazla belediye olması halinde, belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan binaya ait bina vergisini tarha yetkili olacak belediye, ilgili valiler tarafından belirlenir.

Elbirliğiyle mülkiyet halinde münferiden bildirim verilirse, gayrimenkulün vergi değeri üzerinden hissedarların adedine göre ayrı ayrı tarh ve tahakkuk yapılır.

Bina vergisi bildirimi süresi içerisinde yapılmaz ise, vergi belediye tarafından tarh edilir.

J. Bina Vergisinin Ödenmesi

Ödeme süresi Kanun'un 30. Maddesinde düzenlenmiştir. Emlak vergisi iki eşit taksit halinde ödenebilmektedir. Buna göre, birinci taksit Mart ile Mayıs ayları arasında ödenirken, ikinci taksit Kasım ayı sonuna kadar ödenir. Her yıl için bu tarihler belirlenir ve ilan edilir. Ödeme yapılacak son gün eğer haftasonu ya da tatil günü ise onu takip eden ilk iş günü ödemenin yapılacağı son gün olarak tayin edilir. Ayrıca, Maliye Bakanlığı ödeme aylarını bölgelerin özelliklerine göre değiştirebilir.

Bir binanın mevcut ve geçmiş yıllara ait vergi borcu olmasına rağmen devri veya ferağı gerçekleşmiş ise, binayı devreden ve devralan müteselsilen sorumlu tutulurlar. Ancak, devralanın devredene rücu hakkı saklı kalır.

Tapu daireleri devir ve ferağ işlemini, işlemin yapıldığı ayı takip eden ayın 15. günü akşamına kadar ilgili belediyelere bildirir.[17]

Ayrıca, bina vergisinin ödenmediği ya da ödenmesinin geciktiği durumlarda, her ay için yüzde 1,4 oranında gecikme zammı uygulanır.

K. Bina Vergisinde Tahakkuk Zamanaşımı

Bina Vergisinde zamanaşımı, 4 Ocak 1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 114. Maddesi uyarınca "vergi alacağının doğduğu

17 29 Temmuz 1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Kanunu Madde 30

takvim yılını takip eden yılın başından başlıyarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar" şeklinde ifade edilmiştir. Muafiyetten yaralanan binalar için de muafiyetin ihlal edildiği tarihi takip eden takvim yılı başında 5 yıllık zamanaşımı süresi başlar.

II. ARAZİ VERGİSİ

A. Arazi Vergisinin Konusu

Emlak Vergisi Kanunu Madde 12 arazi vergisinin konusunu şöyle açıklamaktadır "Türkiye sınırları içinde bulunan arazi ve arsalar bu kanun hükümlerine göre arazi vergisine tabidir."

Arazi, üzerinde imar ile ilgili çalışma yapılmamış alanlara denir. Bu nedenle arzinin kapsamı çok geniştir. Arsa ise, belediyeler tarafından üzerinde imar çalışması yapılmış ve üzerinde yapılaşmaya izin verilen alanlardır. Dolayısıyla her arsa bir arazidir ancak, ancak her arazi bir arsa olmayabilir.

Kanun belediye sınırları içerisinde parsellenmiş olan arazilerin de arsa sayılacağını belirtilmiştir. Fakat, belediye sınırları içerisinde parsellenmemiş halde bulunan araziler de Bakanlar Kurulu Kararı ile arsa olarak belirlenebilir. [18]

Arazi vergisi ile ilgili hükümler büyük ölçüde bina vergisinin hükümleri ile benzerlik göstermektedir.

B. Arazi Vergisinin Mükellefi

Arazi Vergisinin mükellefi de bina vergisinde olduğu gibi arazinin maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa araziye malik gibi tasarruf edendir. İntifa hakkının varlığı halinde, bu hakkın devam ettiği sürece asıl malik vergi mükellefi olamaz. Paylı mülkiyet halinde malikler hisseleri oranında mükellftir. Elbirliğiyle mülkiyette ise malikler vergiden müteselsilen sorumludurlar.[19]

C. Arazi Vergisinde Muafiyet

Arazi Vergisinde de muaflıklar daimi (madde 14) ve geçici (madde 15) olarak ikiye ayrılmaktadır.

a) Daimi Muafiyet

Bina Vergisinde olduğu gibi arazi vergisinde de daimi muafiyet arazi sahibinin veya araziyi kullanan işletmenin özelliklerine göre belirlenmektedir. Arazi vergisinden muaf tutulanlar Emlak Vergisi Kanunu'n 14. Maddesinde şöyle sıralanmıştır:

18 Uluatam Özhan, Örneklerle, Belgelerle ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler

19 Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku

Özel bütçeli idarelere, il özel idarelerine, belediyelere ve köy tüzel kişiliğine, kanunla kurulan üniversitelere ve Devlete ait arazi; İl özel idareleri, belediyeler ve köyler ile bunların teşkil ettikleri birlikler veya bunlara bağlı müesseseler tarafından işletilen su, elektrik, havagazı, mezbaha ve soğuk hava işletmelerine ait arazi veya belediye sınırları içindeki yolcu taşıma işletmelerine ait arazi; Türk Silahlı Kuvvetleri'ni (Jandarma Genel Komutanlığı dahil) güçlendirmek amacıyla kurulmuş vakıflara ait arazi ve arsalar. 4389 sayılı Bankalar Kanunu hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimleri veya hisseleri kısmen veya tamamen Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na intikal eden bankalara, tasfiyeleri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu eliyle yürütülen müflis bankaların iflâs idarelerine ait arazi ve arsalar; 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesi kapsamında kira sertifikası ihracı işlemine konu olan arazi ve arsalar; ve kiraya verilmemek üzere (24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun kapsamında yapılan işletme hakkı devirleri hariç) Kamu menfaatlerine yararlı derneklere ait arazi (Kurumlar Vergisine tabi işletmelere ait olmamaları veya bunlara tahsis edilmiş bulunmamaları şartiyle); Yabancı devletlere ait olup gerek elçilik ve konsolosluk binaları gerekse elçilerin ikamelerine mahsus binalar yapılmak üzere sahip olunan arazi ve arsalar ile bu çeşit binalardan yanan, yıkılanların arsaları (Karşılıklı olmak şartiyle) ve merkezi Türkiye'de bulunan milletlerarası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerine ait arazi ve arsalar; Mezarlıklar; Belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan arazi; (Gelir Vergisinden muaf esnaf ile basit usulde Gelir Vergisine tabi mükellefler tarafından bizzat işyeri olarak kullanılan arsa ve arazi hariç olmak üzere, ticarî, sınaî ve turistik faaliyetlerde kullanılan arazi ile arsalar ve arsa sayılacak parsellenmemiş arazi için bu muafiyet uygulanmaz.); Petrolün boru hatları ile transit geçişi ile ilgili projeler kapsamında; kamulaştırma ile görevlendirilen kamu kurum veya kuruluşunun maliki veya irtifak hakkı sahibi olduğu ve ilgili proje yatırımcıları lehine irtifak hakkı tesis edilmiş gayrimenkuller; Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na ait arazi ve arsalar.

b) Geçici Muafiyet

Kanun'un 15. Maddesinde düzenlenen geçici muafiyetler belli şartların varlığı halinde belli bir süre için hak sahibine tanınan istisnalardır. Kanun'da bu muafiyete hak kananlar aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- Özel kanunlarına göre Devlet ormanları dışında insan emeğiyle yeniden orman haline getirilmek üzere ağaçlandırılan arazi 50 yıl;
- Çeşitli haller nedeniyle üzerinde tarım yapılamayan sahaların, ıslah tedbirleriyle yeniden tarıma elverişli hale getirilmesinde 10 yıl;

- Teknik, ekonomik ve ekolojik bakımdan gerekli şartları haiz olan arazide yeniden fidanla dikim veya aşılama veya yeniden yetiştirme suretiyle ağaçlık, meyvalık, bağ ve bahçe meydana getirilmesinde asgari 2 yıl, azamî 15 yıl;
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca, organize sanayi bölgeleri için iktisap olunduğu veya bu bölgelere tahsis edildiği kabul edilen arazi (Sanayici lehine tapudaki tescilin yapılacağı tarihe kadar).

Geçici olarak muaflıktan yararlanmak için arazinin yukarıda yazılı amaçlara tahsis edilmiş olduğunun ilgili vergi dairesine bütçe yılı içinde bildirilmesi şarttır. Muafiyetler, arazinin tayin olunan amaçlara tahsis edildiği yılı takibeden bütçe yılından başlar. Bütçe yılı içinde bildirim yapılmazsa muafiyet, bildirimin yapıldığı yılı takibeden bütçe yılından başlar. Bu takdirde bildirimin yapıldığı bütçe yılının sonuna kadar geçen yıllara ait muafiyet hakkı düşer.[20]

İlk iki halde ve gerekli şartları haiz arazide yeniden yetiştirme suretiyle ağaçlandırma yapılması halinde, muafiyet konusu arazinin cihetlere tahsis edilmiş olup olmadığının şartları ile muafiyet süreleri Maliye Bakanlığınca belirlenir ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur.

D. Arazi Vergisinde İstisna

Kanun'un 16. Maddesine göre mükelleflerin bir belediyenin mücavir alan sınırları içinde bulunan arazisinin (arsalar hariç) toplam vergi değerinin 10.000 Türk Lirası Arazi Vergisinden müstesnadır. Bakanlar Kurulu, bu miktarı üç misline kadar artırmaya yetkilidir. Mükellef ile eş ve velayet altındaki çocuklara ait arazi değerleri toplu olarak nazara alınır. Hisseli arazilerde ise mükelleflerin hisse miktarları ayrı ayrı nazara alınmak suretiyle uygulanır.[21]

E. Matrah

Arazi Vergisinin matrahı arazinin bu kanun hükümlerine göre tespit olunan vergi değeridir.

F. Arazi Vergisinde Değeri

Arazilerde ve arsalarda vergi değeri arazinin veya arsanın rayiç bedelidir. Bu bedel Arsa ve araziler için, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun

20 Uluatam Özhan, Örneklerle, Belgelerle ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler

21 Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s.338

asgari ölçüde birim değer tespitine ilişkin hükümlerine göre takdir komisyonlarınca arsalar için her mahalle ve arsa sayılacak parsellenmemiş arazide her köy için cadde, sokak veya değer bakımından farklı bölgeler (turistik bölgelerdeki cadde, sokak veya değer bakımından farklı olanlar ilgili valilerce tespit edilecek pafta, ada veya parseller), arazide her il veya ilçe için arazinin cinsi (kıraç, taban, sulak) itibarıyla takdir olunan birim değerlere göre hesaplanan bedeldir.

Vergi değerinin hesaplanması, 15 Mart 1972 tarihli ve 14129 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük ("**Tüzük**") ile düzenlenmiştir. Tüzüğün 2. Maddesi uyarınca, vergi değeri arazi ve arsanın rayiç bedelidir. Rayiç bedel de arazi veya arsanın alım satım bedelidir.

Tüzüğün 26. Maddesi uarınca, arsaların vergi değeri metrekare itibariyle takdir olunur. Ayrıca, arsaların (i) işyerlerine ve meskûn yerlere uzaklık ve yakınlığı ve ulaştırma durumu, (ii) bulunduğu meydan, sahil, cadde ve sokak itibariyle mevkii, (iii) su, elektrik, havagazı ve kanalizasyon gibi belediye hizmetlerinin gelmiş olup olmadığı, (iv) hangi nevi bina inşaatına müsait olduğu, (v) imar ve istikamet planındaki durumu, (vi) bina ve inşaat sahası büyüklüğü ve (vii) topografik durumu da değerleme yapılırken göz önünde bulundurulan diğer unsurlardır.[22]

Müşterek mülkiyette öncelikle arsanın tamamı için vergi değeri hesaplanır ve takdir olunan bedel maliklerin payları nispetinde bölünerek her bir paydaşa düşen vergi değeri bulunur. İştirak halinde ise malik bulunulan arsanın vergi değeri arsanın tamamı itibariyle takdir olunur. Ayrıca, İştirak halinde malik bulunulan arsanın vergi değeri, arsanın tamamı itibariyle takdir olunur. Mükellefler ayrı ayrı beyanda bulunmuşlarsa, takdir olunan vergi değeri hissedarların adedine göre ayrı ayrı hesaplanır.

Arsanın vergi değerlemesi normal alım-alım satım bedeli, emsal arsanın alım-satım bedeline göre hesaplanır. Eğer bu imkan dahilinde değilse, emsal olabilecek herhangi bir arsanın üzerine inşa edilmiş binanın vergi değerinden, Tüzükte belirtilen esaslara göre bu değer tespit edilir.[23]

Arazi vergi değeri ise arazinin cinsi, sınıfı ve kullanma durumu itibariyle yapılır. Takdirde, arazi üzerinde bulunan bina dışındaki tarımsal tesisler, dikili şeyler, kaynaklar ve gölcükler de göz önünde bulunduru-

22 Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s.339

23 Uluatam Özhan, Örneklerle, Belgelerle ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler

lur. Arazilerde takdir dönüm (bin metrekarelik arazi parçası) itibariyle yapılır. Müşterek mülkiyet halinde malik bulunan arazinin vergi değeri, arazinin tamamı itibariyle takdir olunur ve pay oranlarına bölünmek suretiyle her bir hissedara düşen vergi değeri hesaplanır. İştirak halinde malik bulunulan arazinin vergi değeri, arazinin tamamı itibariyle takdir olunur. Mükellefler ayrı ayrı beyanda bulunmuşlarsa, takdir olunan vergi değeri hissedarların adedine göre ayrı ayrı hesaplanır.

Arazinin vergi değerlemesi de arazinin normal alım-satım bedeli, emsal arazinin alım-satım bedeline göre bunun mümkün olmadığı halde, yıllık istihsal değerine göre, Tüzükte belirlenmiş esaslar dahilinde belirlenir.

Yukarıda sayılanların haricinde, vergi değeri, mükellefiyetin başlangıç yılını takip eden yıldan itibaren her yıl, bir önceki yıl vergi değerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca aynı yıl için tespit edilen yeniden değerleme oranının yarısı nispetinde artırılması suretiyle bulunur.

Ancak, Kanun'un 29. Maddesinin 5. fıkrası uyarınca Bakanlar Kurulu, bu maddede belirtilen artış oranını sıfıra kadar indirmeye veya yeniden değerleme oranına kadar artırmaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 95. maddesi uyarınca belirlenen belediye grupları itibarıyla farklı oranlar tespit etmek suretiyle de kullanabilir.

Örneğin, 1 Ocak 2013 tarihli ve 28515 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan 24 Aralık 2012 tarihli ve 2012/4116 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi uyarınca 2013 yılı için arsa ve arazi vergisi matrahları ve asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin hesabında uygulanacak artış oranı tespit edilmiştir. Buna göre, 2013 yılı arazi vergisi matrahları ile asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin hesabında uygulanacak artış oranı, 2012 yılı için belirlenen yeniden değerleme oranı (%7,8) olarak tespit edilmiştir. Bakanlar Kurulu yetkisini en azami ölçüde kullanmıştır ve bu nedenle beklenenden fazla bir artış yaşanmıştır. Eğer Bakanlar Kurulu kendisine tanınan yetkiyi kullanmaz ise 2014 yılı için vergi değerleme artış oranı %3,9 olacaktır.

Kanun'un 29. Maddesinin son cümlesine göre Bakanlar Kurulu vergi değerleme oranını değiştirme yetkisini, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 95. Maddesi uyarınca belirlenen belediye grupları itibariyle farklı oranlar tespit etmke suretiyle de kullanabilir.

G. Oran (Nispet)

Arazilerde vergi oranı binde birdir. Arsalar için ise bu oran binde üçtür. Ancak bu oranlar 5216 sayılı ve 10 Temmuz 2004 tarihli Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun uygulandığı büyük şehir belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde % 100 artırımlı uygulanır. Bu nedenle, büyükşehir sınırları içerisinde arazi vergisi oranı binde iki, arsa vergisi oranı ise binde altıdır. Bakanlar Kurulu, vergi oranlarını yarısına kadar indirmeye veya üç katına kadar artırmaya yetkilidir.[24]

H. Arazi Vergisinin Mükellefiyetinin Başlama ve Sona Erme Tarihi

Arazi Vergisi mükellefiyetinin başlaması ve sona ermesi Kanun'un 19. Maddesinde düzenlenmiştir. Arazi Vergisinde mükellefiyet Bina Vergisi ile aynı şekilde başlar. Ancak sona erme araziye özgü hal ve durumlarda meydana gelmektedir. Şöyle ki, vergiye tabi iken muaflık şartlarını kazanan araziden dolayı mükellefiyet, bu olayın vukubulduğu tarihi takibeden taksitten itibaren sona erer. Kanunların verdiği yetkiye dayanılarak tasarrufu yasak edilen arazinin vergisi, mükelleflerce keyfiyetin vergi dairesine bildirilmesi veya vergi dairesince re'sen tespit edilmesi üzerine yasaklama tarihini izleyen taksitlerden itibaren bu hallerin devam ettiği sürece alınmaz.[25]

Deprem, su basması, yangın gibi tabii afetler sebebiyle yanan, yıkılan binaların arsalarına ait vergiler, bu olayların vukua geldiği tarihleri takibeden bütçe yılından itibaren iki yıl süre ile alınmaz.

Üzerine bina yapılan arsanın Arazi Vergisi mükellefiyeti, inşaatın bittiği yılı takibeden bütçe yılından itibaren sona erer.

I. Arazi Vergisinin Bildirimi

Yeni inşa edilen binalar için, inşaatın sona erdiği veya inşaatın sona ermesinden evvel kısmen kullanılmaya başlanmış ise her kısmın kullanılmasına başlandığı bütçe yılı içerisinde ve Kanun'un 33. Maddesinde yazılı vergi değerini tadil eden sebeplerin doğması halinde, değişikliğin gerçekleştiği bütçe yılı içerisinde, emlakın bulunduğu yerdeki ilgili belediyeye emlak vergisi bildiriminde bulunulur. Eğer söz konusu durum bütçe yılının son üç ayı içerisinde gerçekleşmişse, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde bildirimde bulunulmalıdır.

---

24 Aksoy Şerafettin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, s.339

25 Uluatam Özhan, Örneklerle, Belgelerle ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler

Kanun'un 33. Maddesi uyarınca vergi değerini değiştiren sebepler özetle şöyle sıralanmaktadır:

- Yeni inşa edilen binalar için inşaatın tamamlanması veya tamamlanmadan önce kısmen kullanılmaya başlanması veya binaya ilaveler yapılması,
- Mevcut binanın yanması veya yıkılması,
- Mesken olarak kullanılan dairenin iş yerine dönüştürülmesi,
- Binanın eklentisi durumunda olan arazinin bu durumdan çıkması veya bir arazi ya da arsanın binanın eklentisi haline gelmesi,
- Binanın taksim veya ifraz edilmesi veya mükellefinin değişmesi (istimlak da ifraz hükmünde sayılır),
- Herhangi bir sebeple bir şehir, kasaba veya köyün tamamını kapsayacak şekilde bina ve arazinin değerlerinde, %25'i aşan oranlarda artış veya eksiltme olması.[26]

Elbirliğiyle mülkiyet konusunda, mükellefler ya münferiden bildirim de bulunurlar ya da müşterek imzalı bir bildirim verirler. Paylı mülkiyet söz konusu ise, bildirimler münferiden verilir.

Bina vergisinde ve genel olarak emlak vergisinde Vergi Usul Kanunu Madde 371'de yazılı pişmanlık hükümlerinden yararlanılamaz. Bildirimde bulunduktan sonra pişmanlık talebi ile yeni bir bildirimde bulunulamaz.

J. Arazi Vergisinin Tarh ve Tahakkuku

Verginin tarh ve tahakkuku, Kanun'un 20. maddesi ile düzenlenmiştir. Arazi vergisi hesaplanan vergi değeri üzerinden yıllık olarak tark edilir. Kanun'un 20. Maddesi uyarınca, ilgili belediyeler arazi vergisini,

- Dört yılda bir defa olmak üzere takdir işlemlerinin yapıldığı yılı takip eden yılın Ocak ve Şubat aylarında,
- Yeni bina inşa edilmesi ile müteaddit arazi ve arsaların tek bir arazi ve arsa haline getirilmesi gibi vergi değerini tadil eden sebeplerle bildirim verilmesi icabeden hallerde, vergi değerini tadil eden sebeplerin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılın Ocak ayı içinde, vergi değerini tadil eden sebep bütçe yılının son üç ayı içinde

26 Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, s.290

vuku bulmuş ve bildirim, vergi değerini tadil eden sebebin meydana geldiği bütçe yılını takip eden yılda verilmiş ise bildirimin verildiği tarihte,

- Herhangi bir sebep yüzünden bir şehir, kasaba veya köyün tamamında devamlı olmak üzere arazi değerlerinin % 25'i aşan oranda artması veya eksilmesi halinde, takdir işlemlerinin yapıldığı bütçe yılını takip eden yılın Ocak ve Şubat aylarında tarh ederler.[27]

Bildirim posta ile gönderilmiş ise vergi, bildirim verme süresinin son gününü takip eden yedi gün içinde tarh olunur. Bu suretle tarh olunan vergiler, tarh edilen tarihte tahakkuk etmiş sayılır ve mükellefe bir yazı ile bildirilir.

Yapılan tarh ve tahakkuku takip eden yıllarda, Kanun'un 29. maddesine göre tespit edilen vergi değeri üzerinden hesaplanan arazi vergisi, her bütçe yılının başından itibaren o yıl için tahakkuk etmiş sayılır.

Bir il veya ilçe sınırları içerisinde birden fazla belediye olması halinde, belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan araziye ait arazi vergisini tarha yetkili olacak belediye, ilgili valiler tarafından belirlenir.[28]

Ayrıca Kanun'un 23. Maddesi uyarınca, elbirliği mülkiyetinde münferiden bildirim verildiği takdirde, gayrimenkule ait vergi değeri üzerinden hissedarların adedine göre ayrı ayrı tarh ve tahakkuk yapılır.

K. Arazi Vergisinin Ödenmesi

Bina vergisinde de belirtildiği üzere Arazi Vergisinin birinci taksidi Mart, Nisan ve Mayıs aylarında, ikinci taksidi Kasım ayı içinde olmak üzere iki eşit taksitte ödenir.

Maliye Bakanlığı ödeme aylarını, bölgelerin özelliklerine göre değiştirebilir.

Kanunlar veya diğer kamu düzeni koyan mevzuatla tasarrufu kısıtlanan arsa ve arazinin vergisi, kısıtlamanın devam ettiği sürece 1/10 oranında tahsil olunur. Ancak Kanun'un 19. Maddesinde sayılan Arazi Vergisi mükellefiyetini başlatan ve bitiren hallere ilikşin hükümler saklıdır.

---

27 Uluatam Özhan, Örneklerle, Belgelerle ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler, s.383

28 Uluatam Özhan, Örneklerle, Belgelerle ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler, s.383

Kısıtlamanın kaldırılması halinde, kaldırılma tarihini takibeden bütçe yılından itibaren emlâkin vergisi, tüm vergi değeri üzerinden ödenir.

Kısıtlamanın devam ettiği sürede tecil edilen verginin 9/10'u bina, arsa veya arazinin satılması, istimlâki veya hibe yoluyla âhara devir ve temliki halinde, tahsilât zamanaşımına uğramamış olanları muaccel hale gelir.

Kanunla ve diğer mevzuatla yapılan kısıtlamaların neler olduğu, süresi, tevsiki ve kısıtlama koyan kamu organlarının görevleri ve sorumlulukları Maliye Bakanlığınca, Millî Eğitim, İmar ve İskân ve İçişleri Bakanlıklarının mütalaaları alınarak hazırlanacak bir yönetmelikle tanzim olunur.

Devir ve ferağı yapılan bina ve arazinin, devir ve ferağın yapıldığı yıl ile geçmiş yıllara ait ödenmemiş Emlak Vergisinin ödenmesinden devreden ve devralan müteselsilen sorumlu tutulurlar. Devralanın mükellefe rücu hakkı saklıdır. Tapu daireleri devir ve ferağ işlemini, işlemin yapıldığı ayı takip eden ayın 15. günü akşamına kadar ilgili belediyelere bildirir.

L. Arazi Vergisinde Tahakkuk Zamanaşımı

Bina Vergisinde zamanaşımı, 4 Ocak 1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 114. Maddesi uyarınca "vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlıyarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar" şeklinde ifade edilmiştir. Muafiyetten yaralanan araziler için de muafiyetin ihlal edildiği tarihi takip eden takvim yılı başında 5 yıllık zamanaşımı süresi başlar.

III. KENTSEL DÖNÜŞÜM VE VERGİ UYGULAMALARI

A. Kentsel Dönüşüm

Kentsel Dönüşüm Kanunu olarak da bilinen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun (bundan sonra "**Kentsel Dönüşüm Kanunu**" olarak anılacaktır), riskli alanların belirlenmesi ve bu alanlarda yenileme çalışması yapılmasını düzenlemektedir. Kentsel Dönüşüm Kanunu madde 1'de amaç şöyle tanımlanmıştır:

"Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir."

Bu amaç doğrultusunda, dönşümün hızlandırılması ve kişilerin buna teşvik edilmesi için bazı vergisel istisnalar da tanınmıştır. Bu kanun kapsamına giren çalışmalar 3 ana alanı kapsar: (i) riskli alan, (ii) riskli yapı, ve (iii) rezerv yapı alanı. [29]

29 Şahin Tayfun, Kentsel Dönüşümü Etkileyen Vergi Uygulama ve İstisnaları, Mdergi Sayı 116

Riskli alan, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler, bu sınırlar dışında il özel idareleri, büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyeler (bundan sonra "**İdare**" olarak anılacaktır) tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alandır.

Riskli yapı, riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı ifade eder.

Rezerv yapı alanı ise, Kentsel Dönüşüm Kanunu uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (bundan sonra "**TOKİ**" olarak anılacaktır)'nın veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından belirlenen alanları ifade eder.

Riskli alan ve yapılar belirlendikten sonra duyurulur ve itiraz süresi beklenir. İtiraz süresi bitiminde de uygulamaya geçilir. Öncelikle yapılar tahliye edilir ve yıkılır. Yıkım konusunda öncelikle maliklerle anlaşma yoluna gidilir, anlaşma ile tahliye edilen maliklere, kiracılara veya sınırlı ayni hak sahiplerine ya da bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsis edilebilir veya kira yardımı yapılabilir. Ancak İdare tarafından yıktırılan yapılarda bu imkanlar sunulmaz. Şöyle ki, riskli yapıların yıktırılması için maliklere en az 60 gün süre verilir. Bu süre içerisinde yapı malik tarafından yıktırılmaz ise, sürenin sonunda, yapı İdare tarafından yıktırılır. Eğer yapı İdare tarafından yıktırılırsa, bu durum ilgili İdarenin yazısı ile ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğüde yıkılan yapının arsa payları üzerinde paydaşları müteselsil sorumlu kılacak şekilde İdare lehine müştere kanuni ipotek kurar. İpotek meblağı yapılan yıkım masrafı kadardır. Bu İpotek tesisi ilgili ayni ve şahsi hak sahipleri ile ilgili İdareye bildirilir. Yıkılan yapı yerine yapılacak yapının ne usulde (eni bina yapılması, payların satılması, kat karşılığı bina yaptırılması vb.) yapılacağına payları oranında pay sahiplerinin en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Eğer üçte ikilik çoğunluk sağlanamazsa, Bakanlık, TOKİ veya İdare ivedi kamulaştırma yoluna gidebilir.[30]

Kentsel dönüşüm alanı içerisinde kalan ve yukarıda sayılan riskleri taşımayan yapılar da kentsel dönüşümün bütünlüğü içerisinde yıkılıp ye-

30 Şahin Tayfun, Kentsel Dönüşümü Etkileyen Vergi Uygulama ve İstisnaları, Mdergi Sayı 116

nilenebilir. Ayrıca, yeni yapılacak yapılar, yıkılan yapıların yerine yapılabileceği gibi belirlenmiş olan farklı alanlara da yapılabilir.

Kentsel dönüşüm kapsamında yukarıda sayılan hallerden herhangi birinde yapı malikleri ve hak sahipleri (i) konut, işyeri veya arsa, (ii) dönüşüm projeleri özel hesabından kredi veya (iii) mülkiyet ya da sınırlı ayni hak sağlayan ve usul ve esasları Bakanlık tarafından belirlenen konut sertifikası talep edebilirler.

B. Vergi Uygulamaları

Vergi istisnaları Kentsel Dönüşüm Kanunnu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 9. fıkrasına göre kentsel dönüşüm kapsamında yapılacak işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamalar, noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paralar ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisna edilmiştir.[31]

Emlak Vergisi Kanunu'nun 30. Maddesinde tasarrufu kısıtlanan bina, arsa ve arazilerden bahsetmektedir. 17 Kasım 1986 tarihli ve 19284 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tasarrufu Kıstlanan Bina, Arsa ve Arazi Hakkında Yönetmelik'e göre de tasarrufu kısıtlanan bina, arsa ve araziler tespit edilmektedir.

Kentsel dönüşüm alanı olarak tayin edilen alanlardaki bina, arsa veya arazilerin tasarrufu kısıtanmış sayılmalıdır. Bu durumda yukarıdaki konularda da bahsedildiği üzere, tasarrufu kısıtlanan bina, arsa veya arazinin vergisi kısıtlama devam ettiği sürece 1/10 oranında tahsil edilir. Tasarrufun kısıtlanma anı projelerin onaylandığı an olacaktır.

Kentsel dönüşüm kapsamında yıkılan yapılar yeni kullanım şekilleri ile tamamlandığında ya da tamalanmadan önce kısmen kullanımın başladığı tarihte Emlak Vergisi mükellefiyeti de olağan miktarıyla doğacaktır.

Bunun haricinde, 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca imar programları çerçevesinde umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunlar gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılıncaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.

Yargıtay Hukuk Genel Kururlu'nun 15 Aralık 2010 tarihli E: 2010 /

31 Şahin Tayfun, Kentsel Dönüşümü Etkileyen Vergi Uygulama ve İstisnaları, Mdergi Sayı 116

5-662 K: 2010 / 651 numaralı kararı uyarınca, imar planlarında kamulaştırma için ayrılan alanlarda kamulaştırma yapılıncaya kadar emlak vergisi ödemesi durdurulur. Kamulaştırmanın yapılması halinde durdurma tarihi ile kamuaştırma tarihi arasında tahakkuk edecek olan emlak vergisi, kamulaştırmayı yapan İdare tarafından ödenir.

Ancak imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanama şekli devam eder. Bu tür yerlerin kamulaştırma yapılmadan önce plan değişikliği ile kamulaştırmayı gerektirmeyen bir maksada ayrılması halide ise durdurma tarihinden itibaren geçen sürenin emlak verigisini mal sahibi öder.

KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARI KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

Av. Mustafa ÖZDOĞAN / Av. Tuba OYMAK

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölümü'nün *"İkinci Ayırımı"*nın 339-356.maddelerinde düzenlenmiş olan Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un (GKHK) temel felsefesi korunarak yapılan değişikliklerle kapsamına alındığı Türk Borçlar Kanunu'ndaki adıdır. Ancak benzerlik sadece özel düzenleme olması ile ilgili olup, uygulama alanı, kapsam ve içerik bakımından 6570 sayılı GKHK'dan oldukça farklıdır.

Kanun'un, Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile ilgili genel gerekçesinde;*"-Tasarının 338.* (339 olarak kanunlaşmıştır) *maddesiyle başlayan İkinci Ayırımında "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" düzenlenmiştir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Tasarıda kira sözleşmesi düzenlenmesine dahil edildiği için, belirtilen özel Kanuna tâbi kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar, bu ayırımda düzenlenmiştir"* denmiştir.

Yeni düzenleme ile, mülga 6570 sayılı GKHK'nın uygulama alanı ile ilgili olarak *"belediye teşkilâtı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki"* şeklinde ifade edilen idari ve coğrafi sınırlama kaldırılmıştır. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiraları ile ilgili 339-356. madde hükümleri, hangi idari yapı ve coğrafi konumda olursa olsun, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm konut ve çatılı işyeri kiralarına uygulanacaktır. Ayrıca, konut ve çatılı işyeri kiraları ile birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında da bu hükümlerin uygulanacağı belirtilerek, taşınır eşyalar için de aynı hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir[1]**.**

Kanun'un 339/2 hükmünde de, kamu kurum ve kuruluşlarının, gerek kiraya veren ve gerekse kiracı sıfatı ile yaptıkları tüm kira sözleşmelerine,

1 M. M. İnceoğlu,Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu-Makaleler,Tebliğler,Onikilevha,1. Baskı,Ocak 2012,s:247

hangi usul ve esaslar içinde yaptıklarına bakılmaksızın konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Madde gerekçesinde her ne kadar 6570 sayılı GKHK'nın 1.maddesinin kısmen karşılanmakta olduğu ifade edilmişse de, 2. fıkrası ile 6570 Sayılı Kanun'un 14. maddesi de karşılanmıştır. 339.maddenin 2. fıkrasındaki *"kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun"* şeklindeki genel anlatım ile; 6570 sayılı GKHK'nın 14.maddesindeki *"2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununa...."* şeklindeki düzenleme nedeniyle, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, *"14. maddenin 2490 sayılı Kanun'a atıf yaptığı, bu Kanun'un yürürlükten kaldırılmış olduğu, yerine yürürlüğe giren 2886 sayılı Kanun'a paralel bir düzenlemenin 6570 sayılı Kanun'da yapılmamış olduğu"*[2] gerekçesiyle geçmişte yaşanan tereddütlerin gelecekte yeniden yaşanmasının önüne geçilmiştir.

Mülga 6570 sayılı GKHK'nın 1. maddesinde, Kanun'un, belediye sınırları içinde veya belediye sınırları içinde olmasa bile iskele, liman ve istasyonlardaki musakkaf (üstü ve etrafı örtülü) taşınmazların tamamına uygulanması öngörülmüşken; TBK'nın 339. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kirası ile ilgili hükümlerin uygulanması, konut ve çatılı işyeri ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla,*"Konut ve Çatılı İşyeri"* başlığı altındaki düzenlemeler (md:339-356), kiralananın konut olarak kullanılmak amacıyla kiralandığı tüm taşınmaz kira ilişkilerine uygulanacak; işyeri kiralarında ise, yalnızca *"Çatılı İşyeri"* kirası olması halinde uygulanacaktır. Çatılı olmayan işyeri kira sözleşmeleri ile işyeri olmayan ve konut olarak kullanılmak üzere de kiralanmayan çatılı yerlerin kira sözleşmeleri, TBK'nın *"Kira Sözleşmesi"* ile ilgili genel hükümlerine (md:299-338) tâbi olacaklardır. Bu nedenle, konut ve çatılı işyeri niteliği taşımayan; örneğin, bir genç kızın çeyizini koymak için kiraladığı depo kirasına, 339-356. madde hükümleri uygulanamayacak, 299-338. madde hükümleri *(Genel Hükümler)* uygulanacaktır.

Kanun koyucu, Kanun'da ve gerekçede *"konut"* ve *"çatılı işyeri"* tanımlarını vermemiştir. Elbette ki insanların, genel bir *"konut"* ve "*çatı-işyeri"* (çatılı işyeri) algısı vardır. Ancak kişiden kişiye değişebilen sübjektif algılar, kanunların uygulanmasında esas olan objektiflikle bağdaşmayacağından, genel kabul görecek ortalama bir *"konut"* ve *"işyeri"* tanımının yapılması gerekir. Kanun koyucunun, bu tanımları yapmayı uygulamaya ve öğretiye bıraktığı anlaşılmaktadır.

2 HGK 22.10.2010 T., E:2010/13-671, K:2010/696

Konutu, insanın barınma ihtiyacını karşılamak ve mahremiyetini yaşamak için seçtiği kapalı alan olarak tanımlayabiliriz. Burada önemli olan, kullanma amacıdır. Kiralanan yerin yapı kullanma izninin, mutfak, banyo ve tuvaletinin olup olmamasının önemi yoktur. Bu bağlamda, 339. maddenin 1.cümlesinde *"taşınmaz"* denmemesinden de hareketle, taşınır yapı/eşya niteliğindeki baraka, konteynır ve teknenin dahi kullanım amacına göre bu madde kapsamında konut kirasına konu olabileceği öğretide ileri sürülmektedir[3]. Benzer görüşteki başka bir yazar da[4]; "sonucu, kullanım amacının belirlediğini; konut ve çatılı işyeri sözünün taşınmazla sınırlı olmadığını, aslında 6570 sayılı Kanun'da taşınmaz sözünün kullanılmasının da doğru olmadığını, konut ve çatılı işyeri kavramının ortaya konulmasında eşya hukuku anlamında türün değil, kullanım amacının esas alındığını" söylemektedir. Aksi görüştekiler ise; "barakaların, büfelerin genelde ağaç, tahta ve benzeri malzemelerden yapılan basit ve temelsiz yapılar olması, geçici amaçla yapılmış olması, malzemenin sökülmesiyle ortadan kalkacakları gerekçesiyle, bunlarla ilgili kira ilişkilerinin taşınır mal kirası sayılması ve genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerektiğini", dolayısıyla, 339-356. maddelerin ancak taşınmaz niteliğindeki konut kiralarına uygulanabileceğini savunmaktadırlar[5].

Mülga 6570 sayılı GKHK'nın *"Gayrimenkul Kiraları..."* ile başlayan adının yanında, 1. maddesinde de açıkça kira konusunun gayrimenkul (taşınmaz) olması, uygulama kapsamının koşulu olarak belirlenmişti. Oysa TBK'nın 339/1 maddesinin 1. cümlesinde *"taşınmaz"* terimine yer verilmemiştir. Eğer maddenin lâfzına bakılır ve geniş yorumlanırsa, barınma amaçlı kullanılan taşınır nitelikteki baraka, kulübe, konteynır, tekne ve karavan gibi yapılar/eşyalar da, TBK'nın 339. maddesi kapsamında *"konut"* olarak kabul edilebilir. Biz, *"çatılı işyeri"* diyerek, madde kapsamına girecek işyeri için nitelik belirlemiş olan kanun koyucunun, *"konut"* kavramını bu kadar basitleştirecek bir düşünce ile hareket etmiş olabileceğini ve *"taşınmaz"* terimine maddenin 1. cümlesinde bilinçli olarak yer vermemiş olabileceğini düşünmüyoruz. Nitekim, yukarıya almış olduğumuz Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile ilgili genel gerekçenin ikinci cümlesinde *"6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Tasarıda kira sözleşmesi düzenlenmesine dahil edildiği için,* ***"belirtilen özel Kanuna tâbi kira sözleşmelerinin konusunu oluştu-***

3 M.A.Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi,Vedat Kitapçılık,2011, s:16

4 H.Belen, Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi Türleri İle Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Verenin Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Dergisi,2013/3,s:109

5 E.Aydemir,Kira Hukuku,Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre,Seçkin,Ankara,2012, s:26

ran taşınmazlar, bu Ayırımda düzenlenmiştir" denmektedir. "..... ***belirtilen özel kanuna tâbi*** *(6570 sayılı GKHK'na tâbi)* ***kira sözleşmelerinin konusunu oluşturan taşınmazlar"***, 6570 sayılı GKHK'nın 1.maddesine göre üstü ve etrafı örtülü *(musakkaf)* taşınmazlardır. Gerekçedeki bu açık anlatımın yanında, 339/1 maddesinin 2. cümlesindeki ***"taşınmazların"*** teriminden, konut ve çatılı işyerinin ***"taşınmaz"*** olduğu konusunda duraksamaya yer olmadığını düşünüyoruz. Konut ve çatılı işyeri kirasına sadece taşınmazların değil, taşınır yapıların da konu olabileceğinin kabulü hâlinde, 339.maddenin 1.fıkrasının 2. cümlesinin aksi yorumundan, altı ay ve daha kısa süreli kira sözleşmelerine konu taşınır yapılara da bu hükümlerin uygulanabileceği sonucu çıkar ki, böyle bir yorumun özel düzenlemenin amacına *(ratio legis)* aykırı olacağı kuşkusuzdur[6]**.** Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Taşınır nitelikteki baraka, konteynır, kulübe, tekne ve benzeri yapı ve eşyalar hem özel hukuk, hem de kamu hukuku yönünden konut sayılmaktadır ve sayılması da gerekir[7]. Böylece, uluslararası sözleşmelerle ve Anayasa ile korumaya alınmış[8] özel yaşam alanına dokunulmazlık sağlanmaktadır[9]. Bu açıdan bakıldığında, konut olarak kullanılan yapının/eşyanın fiziki özellikleri önemli değildir. Önemli olan, kişinin orayı barınma ve mahremiyetini yaşamak için seçmiş olmasıdır. Ancak bu gibi yerlerin genel olarak *"konut"* sayılmaları, TBK' nun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile ilgili hükümlerin uygulanması için yeterli değildir. TBK'nın *"Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları"*na ilişkin hükümler, sadece taşınmaz niteliğindeki konut kiralarına uygulanabilecek, taşınmaz niteliğinde olmayan konut kiralarına *"Kira Sözleşmesi"* ile ilgili genel hükümler uygulanacaktır.

Çeşitli kanunlarda[10], işyeri tanımları yapılmıştır. Ancak bu kanunlardaki işyeri tanımları, kendi amaçlarına uygun tanımlardır. TBK'nın 339-356.madde hükümlerinin uygulanabileceği çatılı işyeri; mesleki faaliyette, mal ve hizmet üretimi ile ticari faaliyetin üretim, depolama ve satış gibi üretim – tüketim sürecinin çeşitli aşamalarında kullanılan çatılı (üstü ve etrafı örtülü) taşınmaz olarak tanımlanabilir[11]. Burada özellikle dikkat

6 M.Özdoğan/T.Oymak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira, Bilge Yayınevi, Ankara,2013,s:511

7 G. Okuyucu, Türk Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlâl Suçları, Ankara, 2003, Yüksek Lisans Tezi, :61-62. www.acikarshiv.ankara.edu.tr/browse/393/687.pdf

8 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, md:12; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, md:8, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, md:21

9 TCK,md:116

10 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, md:156, 4857 sayılı İş Kanunu, md:2 ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel sağlık Sigortası Kanunu, md:11

11 "Mülga 6570 sayılı GKHK'da kullanılan "müsakkaf"ın karşılığının "çatı" olmadığı, "dam" gibi çatısız da örtülü yer olabileceği; "çatı"nın çatmaktan geldiği ve üçgen şeklinde bir

edilmesi gereken husus; mesleki, üretim ve ticari faaliyet kapsamında yer almayan çatılı taşınmazlara, 339-356. madde hükümlerinin uygulanamayacağıdır. Örneğin, bir genç kızın çeyizini koymak için kiraladığı depo kirasına, işyeri niteliğinde olmayan hobi amaçlı[12]; örneğin, satranç oyununu gençlere sevdirmek için kurulmuş dernek lokali ile ilgili kira sözleşmesine bu hükümler uygulanamaz. TBK'daki konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin düzenleme; belediye sınırları içindeki veya belediye sınırları içinde olmasa bile iskele, liman ve istasyon alanındaki tüm musakkaf (çatılı-örtülü) taşınmazları uygulama kapsamına alan mülga 6570 sayılı GKHK'dan bu noktada ayrılmaktadır. Başka bir anlatımla; mülga 6570 sayılı GKHK, yer itibariyle uygulama alanı içerisindeki tüm musakkaf taşınmazlara uygulanırken, TBK'daki konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler, sadece konut ve çatılı işyerleri kiralarına uygulanabilecektir.

Mülga 6570 sayılı GKHK'nın yürürlük döneminde; işyeri olarak kiralanan ve hem açık alan hem de çatılı sabit yapı bulunan taşınmaza, boş arsa olarak kiralanan yere sonradan sabit yapı yapılması hâlinde ve büyük mağazalarda, alışveriş merkezlerinde kiralanan tezgâh, vitrin, koridor, sahanlık gibi yerlerle ilgili kira sözleşmelerine 6570 sayılı GKHK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalara konu olmuştur.

Hem açık alan, hem de çatılı sabit bina bulunan işyeri kiralarına BK mu, yoksa 6570 sayılı GKHK hükümlerinin mi uygulanacağı, kullanım amacındaki üstün niteliğe (galip vasfa) göre belirlenmekteydi. TBK'nın yürürlük döneminde de, kira sözleşmesi ile ilgili genel hükümlerin mi, yoksa konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı aynı ölçüte göre belirlenecektir. Kiralananın üstün niteliği (galip vasfı) belirlenirken önce kullanım amacına bakılacaktır. Kullanım amacını açık alan karşılıyor ve sabit çatılı bina, açık alanın amaca uygun daha verimli kullanılmasını sağlayan bir unsur olarak varlığı açık alanın varlığına bağlı ise, kira ilişkisine genel hükümler uygulanacaktır. Örneğin; tenis sporunun yapıldığı bir tesiste, soyunma odaları, masaj odaları, duşlar, tuvaletler ve dinlenme salonun yer aldığı çatılı yapı bulunur. Burada amaç, tenis oynatmaktır. Çatılı yapı, tenis oynayanların ihtiyaçlarını karşılamak için vardır. Orada tenis kortu olmasa, o çatılı yapı da olmayacaktır. Aynı

örtü olduğu, "çatılı" yerine "örtülü" denmiş olsaydı daha doğru olurdu" diyen değerli hukukçular da vardır(E.Kurt, SEM Cumartesi Forumları, 2012-5,s: 177). İnşaat terminolojisi açısından bu itiraz doğru olabilir. Ancak kanun koyucunun, "çatı" terimini, binayı dış etkenlerden koruyan kalıcı, sabit örtü anlamında kullandığını, geniş anlamda "dam"ı da "teras çatı" olarak değerlendirmenin mümkün olduğunu, bu nedenle amacın ifade edilmiş olduğunu ve inşaat terminolojisini ilgilendiren ayrıntılara takılmamak gerektiğini düşünüyoruz.

12 M.A.Gümüş,a.g.e.s:19

durum, plâj, havuz ve açık otopark kiraları için de geçerlidir. Dolayısıyla, burada üstün nitelik (galip vasıf) açık alan olduğundan, kira ilişkisine, TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Yargıtay, kiralananın akaryakıt istasyonu, lokanta ve çayhane olarak tanımlandığı sözleşmede, üstün niteliğin musakkaf (çatılı işyeri) olmadığına karar vermiştir[13].

Şehirlerarası yolların üzerinde moteller, oteller, lokantalar vardır. Bunlar, genellikle, 300-500 m^2 alan üzerinde oturmaktadır. Önlerinde, arkalarında, yanlarında da 1000-2000 m^2'lik otopark alanları bulunmaktadır. Burada asıl amaç, lokanta ve otel, motel işletmektir. Otoparklar, lokantaya, dinlenmeye, konaklamaya gelenlerin park ihtiyacını karşılamaktadır. Orada lokanta, otel ve motel olduğu için otopark vardır. Bu nedenle de üstün nitelik, çatılı işyeridir ve bunlarla ilgili kira sözleşmelerine konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Arsa olarak kiralanan yere sonradan kiracı tarafından sabit yapı yapılması hâlinde hangi yasa hükümlerinin uygulanacağı konusunda mülga 818 sayılı BK ve 6570 sayılı GKHK'nın yürürlük döneminde kararsızlık yaşanmıştır. Yargıtay, uzun bir süre; *"boş arsa olarak kiraya verilen yere daha sonra kiracı tarafından kalıcı yapı yapılmasının kiralananın arsa vasfını etkilemeyeceği"* yönünde kararlar vermiştir[14]. Daha sonra, 818 sayılı mülga BK'nın 266.maddesine dayanarak *"boş olarak kiraya verilen arsaya kiracı tarafından, kira süresi sonunda kiraya verene kalmak üzere çatılı yapı yapılmış olması hâlinde 6570 sayılı GKHK hükümlerinin uygulanacağı"* şeklinde kararlar vermeğe başlamıştır[15]. Bazı hukukçular[16], arsa nitelikli yer kiraya verilip de sonradan konut veya çatılı işyeri yapılması hâlinde, taraflar arasındaki ilişkinin özelliğine bakılacağını; tarafların, başta kurdukları sözleşme ilişkisini sonradan yapılan yapıya rağmen aynı şekilde sürdürdükleri ve sözleşmede değişiklik yapmadıkları görüldüğü takdirde, bina yapılmış olsa da kiralananın arsa olarak değerlendirileceğini ve uyuşmazlıklara konut ve çatılı işyerine ilişkin hü-

---

13 6.HD 11.06.1997 T., E:1997/5035, K:1997/5355-"Kiralananın, Petrol Ofisi akaryakıt istasyonu, lokanta ve çayhane olarak tarif edildiği görülmektedir. Mahalinde yapılan keşifte bu yerin 605,53 M2 genişliğinde olduğu, üzerinde bir kısım binaların bulunmasına rağmen galip vasfının musakkaf olmadığı saptanmıştır. Bu itibarla 6570 Sayılı Yasa'nın uygulama yeri bulunmamaktadır."

14 6.HD 08.04.1969 T., E:1969/439, K:1969/8106; ; HGK 06.06.1970 T., E:1970/4-859, K:1970/302

15 3.HD 17.02.1987 T., E:1987/13328, K:1987/1626)-6.HD 20.12.1988 T., E:1988/15604, K:1988/20134- 12.HD 17.11.1989 T., E:1989/11226, K:1989/14143

16 E.Aydemir,a.g.e.,s:23 vd.

kümlerin uygulanmayacağını söylemektedirler. Fakat Yargıtay'ın[17] son yıllarda verdiği kararlardan sonra uygulamada artık durumun netleştiğini düşünüyoruz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, anılan kararında; *"Arsa olarak kiralanan taşınmaza, kiracıya açıkça verilen yetki ile çatılı bir yapı yapılmışsa, 6570 sayılı GKHK hükümlerinin uygulanması gerektiğini"* vurgulamaktadır. Yargıtay'ın *"açıkça verilen yetki"*nin üzerinde durduğu, *"zımnen (örtülü)"* olarak verilen yetkiyi dikkate almadığı anlaşılmaktadır[18]**.** Mevcut uygulamanın değiştirilmesini gerektiren bir düzenleme TBK'nda bulunmamaktadır. Dolayısıyla, arsa olarak kiralanan taşınmaza, kiracıya verilen açık yetki ile çatılı bir bina yapılmışsa, TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümleri; aksi hâlde genel hükümler uygulanacaktır.

Büyük mağazalar, iş ve alışveriş merkezlerinde kiralanan tezgâh, vitrin, koridor, sahanlık, merdiven altı gibi işyerlerinin kirasında; *"sabit yapı niteliğinde olmayan, sökülüp takılabilen, taşınabilen ve boş alan niteliğinde olan sahanlık, koridor, merdiven altı, tezgâh, vitrin gibi yerlerle ilgili kira sözleşmeleri BK kapsamında"* kabul *edilmektedir*[19]*.* Öğretide, "*sayılan kiralananların zaten musakkaf yapı (çatılı işyeri) içinde oldukları, bu nedenle 6570 sayılı Kanun kapsamında olmaları gerektiği"*[20] gerekçesiyle haklı olarak eleştirilen mevcut uygulama değişmedikçe, söz konusu yerlerin kiralarına TBK'nın 339-356. madde hükümleri uygulanamayacaktır.

Mülga 818 sayılı BK ve 6570 sayılı GKHK döneminde, 6570 Sayılı Kanun kapsamına giren yerlerle ilgili hasılât (ürün) kirasına hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı da tartışma konusu olmuş ve çelişkili kararlar çıkmıştır. Yargıtay, bazen *"6570 Sayılı Kanun kapsamındaki yerlerle ilgili hasılat kirasına 6570 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini"*[21] söylerken**,** bazen de, *"musakkaf olsa bile BK hükümlerinin uygulanması gerektiği"*ni[22] söylemiştir. Artık kira konusunu düzenleyen iki kanun olmadığından, kanunlar arası bir çatışma yaşanmayacaktır.

17 HGK 30.03.2005 T., E:2005/6-181, K:2005/208

18 6.HD 22.03.2007 T., E:2007/1713, K:2007/3240 "...hükme esas alınan 05.09.2000 tarihli ve yedi yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmede kiralanan yer arsa olarak belirtilmiştir. Daha sonra arsa üzerine restaurant yapılması kiralananın niteliğini değiştirmez" diyerek, kiraya verenin restaurant yapılmasına ve yedi yıl boyunca restaurant (muaskkaf bina) olarak kullanılmasına sessiz kalmasını önemsememiştir.

19 6.HD 16.09.1982 T., E:1982/7070,K:1982/7960

20 F. Erçin, İstanbul Barosu Dergisi, 2008/1, s: 64

21 6.HD 22.09.1997 T., E:1997/6475, K:1997/6743

22 HGK 14.04.2004 T., E:2004/11-222, K: 2004/222

Olsa olsa hükümler arası bir çatışmadan söz edilebilirdi. Ancak TBK'nın 357-378. maddelerinde üçüncü ayırım olarak ürün kirası düzenlenmiş olup, hasılat kirasından kaynaklanan sorunlar, hasılât kirası hükümleri ile çözülecektir. Kanun koyucu, geçmiş tartışmalardan ders çıkararak, mülga 818 sayılı BK'nında olmayan 358. maddeyi getirmiştir[23].Bu madde hükmüne göre, ürün kirasına öncelikle ürün kirasına ilişkin özel hükümler, özel hüküm bulunmayan hâllerde de TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümlerin ürün kirasına uygulanıp uygulanamayacağı tartışması geçmişte kalmıştır.

Konut ve çatılı işyeri kiraları ile ilgili hükümler, konut ve çatılı işyeri ile birlikte kullanımı kiracıya bırakılmış eşyalar hakkında da uygulanır. Demek oluyor ki, kararlaştırılan kira ve güvence, kullanımı kiracıya bırakılmış menkul eşyaları da kapsar. Bunların geri verilmesi de ancak kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ile sağlanır[24]**.**

Konut ve çatılı işyeri kiraları ile ilgili hükümler, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında uygulanmaz. *"Geçici kullanıma özgülenmiş"* olmayı, sadece yazlık, pansiyon, devre mülk gibi geçici ihtiyacın karşılanması amacıyla yapılmış taşınmaz yapılarla ilgili kira sözleşmesi olarak anlıyoruz. Gerekçede, *"geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazlar"*a örnek olarak yazlık, otel odası, motel, pansiyon v.b. yerler gösterilmiştir. Niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazlar altı aydan daha uzun süre ile kiralanmışsa, yine konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Kanun, bu tür yerlerin altı ay ve daha kısa süre ile kiralanmalarına konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını söylerken, belirli süreli kira sözleşmesini esas almıştır. Bu tür yerlerin kira sözleşmesi belirsiz süreli ise ne olacaktır? Öğretide, bu durumda konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini söyleyenler vardır[25]**.** Kanun'da ve madde gerekçesinde buna ilişkin herhangi bir ipucu yoktur. Burada bir ayırım yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş bir taşınmaz ile ilgili belirsiz süreli kira sözleşmesi, yapıldıktan altı ay sonrası için (ilk altı aylık fesih dönemi sonunda) sona erdirilmek isteniyorsa, 329.maddedeki bildirim ve fesih sürelerine uyularak feshedilebilir. Bu durumda konut ve çatılı iş-

23 Md: 358:"Bu ayırımda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır".

24 E. Akyiğit, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Seçkin,Ankara,2012,s: 141

25 E.Akyiğit, a.g.e.142

yeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak, belirsiz süreli kira sözleşmesi altı aydan uzun süredir devam ediyorsa veya fesih bildirim süresi geçmiş olduğundan ilk altı aylık fesih dönemi sonu için artık fesih olanağı kalmamışsa, bu durumda konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Kiralanan, geçici kullanıma özgülenmiş *(sadece geçici kiralamaya konu olabilecek nitelikte)* bir taşınmaz niteliğinde değilse, kira süresinin altı aydan kısa veya uzun olmasına bakılmaksızın konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Örneğin, Şişli'deki bir binada bulunan bir bağımsız bölümün, seçim döneminde bir siyasi partinin seçim bürosu olarak kiralanması ile ilgili kira sözleşmesi altı aylık veya daha kısa süreli olsa bile, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlere tâbi olacaktır.

Mülga 6570 sayılı GKHK'nın 14.maddesinin uygulama alanı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75., 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/p-3 hükmü ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7/g-3 hükmü ile sınırlandırılmıştı[26]**.** TBK'nın 339/2 hükmü ile bu sınırlandırma kaldırılmış ve kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun, gerek kiracı ve gerek kiraya veren sıfatı ile yaptıkları tüm kira sözleşmelerine konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. *"Bütün kira sözleşmeleri"*nden kast edilen, "kira sözleşmesinin yapılış ve yöntem esaslarıdır**"**[27]*.* Bu anlatımdan, konut ve çatılı işyeri dışındaki kiralamalara da 339-356. madde hükümlerinin uygulanacağı anlamı çıkarılamaz. Örneğin, çatılı olmayan işyeri kiralarına bu hükümler değil, TBK'nın kira sözleşmesi ile ilgili genel hükümler veya - varsa - ilgili kurumun özel kanunundaki hükümler uygulanacaktır. Öğretide, anılan hükümlerin, asker-sivil kamu görevlilerine tahsis edilen lojmanlara uygulanamayacağı ileri sürülmektedir[28]**.**

Mülga 6570 sayılı GKHK'nın 1.maddesinin 2.fıkrası ile, mâbetlerin kiraya verilmesi ve ibadethane dışında bir iş için kullanılması yasaklanmıştı. Bu hüküm, TBK'na alınmamıştır. Neden alınmadığına ilişkin bir bilgiye ulaşmak mümkün olmadı. Artık mabetlerin kiraya verilmesi ve ibadethane dışında başka amaçlarla kullanılması serbest bırakıldığına göre, bunun hukuki veya siyasi bir açıklamasının olması gerekir.

26 13.HD 26.04.2012 T., E:2010/4464, K:2010/11339; 6.HD 2i.04.2010 T., 2010/381, K:2010/4761; 6.HD 13.12.2011 T., 2011/7605, K:2011/2086; 3.HD 24.12.2008 T., 2008/3802, K:2008/8696

27 E.Akyiğit,a.g.e.143

28 E.Akyiğit,a.g.e.143

BAĞLANTILI SÖZLEŞME

Bağlantılı sözleşme, mülga 6570 sayılı GKHK'da yer almayan ve kiracıyı koruma amacıyla getirilmiş yeni bir düzenlemedir.

Konut ve çatılı işyeri kiralarında bir sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi başka bir sözleşmeye bağlanmışsa, bağlantılı sözleşme söz konusu olur. TBK'nın 340. maddesi, konut ve çatılı işyeri kiralarında; kiracıyı, kira sözleşmesinin kurulmasını ya da sürdürülmesini, yararına olmaksızın, kiralananın kullanılması ile doğrudan ilgisi olmayan bir yükümlülük altına sokan sözleşmeleri geçersiz saymıştır. Uygulamada, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi ile bağlantılı sözleşme, aynı sözleşme metninde, kiralananın doğrudan kullanımı ile ilgisi olmayan hükümler veya ayrı bir sözleşme şeklinde karşımıza çıkabilir. Konut ve çatılı işyeri kirası ile bağlantılı sözleşmenin geçersiz sayılabilmesi için:

a. Kiracı ile kiraya veren veya kiracı ile üçüncü kişi arasında, kiracı ve kiraya veren arasındaki konut ve çatılı işyeri kirası ile bağlantılı bir sözleşmenin bulunması,

b. Bu bağlantılı sözleşme ile, kiracının, kiralananın kullanımı ile doğrudan ilgisi olmayan bir borç altına girmiş olması,

c. Borç ilişkisinin kiracının yararına olmaması,

d. Kira sözleşmesinin kurulması ya da sürdürülmesinin, kiracının, bağlantılı sözleşmedeki borçlarını yerine getirmesine bağlı olması, gerekmektedir.

Madde gerekçesinde bağlantılı sözleşmeye bazı örnekler verilmiştir. Bunları çoğaltmak mümkündür: Kiralanandaki asansörün periyodik bakımının kiracı tarafından ücretsiz yapılacağı, kiracının ihtiyaç duyacağı kırtasiye malzemelerini kiraya verene ait kırtasiye dükkânından karşılayacağı, kiracı şirket ortaklarının kiracılık süresince paylarını üçüncü kişilere devredemeyecekleri, işyerine dışarıdan yiyecek ve içecek getirilemeyeceği, vb. Verdiğimiz örneklerde, eğer kira bedeli, bağlantılı sözleşme ile kiracıya yüklenen yükümlülükler dikkate alınarak belirlenmişse veya kırtasiye malzemeleri kiracıya piyasadan daha ucuza verileceği kararlaştırılmışsa; yüklendiği yükümlülükler kiralananın kullanımı ile doğrudan ilişkili olmamasına rağmen kiracının bunlardan yararı olduğu için, bağlantılı sözleşmeler veya bağlantılı hükümler geçersiz sayılmazlar. Böyle durumlarda bağlantılı sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın

kötüye kullanılması olur(TMK,md:2). Bazı yazarlar[29], hükmün amacının kiracıya yönelik dayatmaların önlenmesi olduğunu, bu nedenle, bağlantılı sözleşme yapılması isteğinin kiracıdan gelmesi hâlinde de hükümsüzlüğün ileri sürülemeyeceğini söylemektedirler.

Madde gerekçesinde, bağlantılı sözleşmenin geçersizliğinin, mülga 818 sayılı BK'nın 20.maddesi anlamında her zaman ileri sürülebilen ve hâkim tarafından re'sen nazara alınması gereken kesin hükümsüzlük niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Mülga 818 sayılı BK'nın 20.maddesinin TBK'daki karşılığı 27. maddedir. TBK'nın 340. maddesindeki açık anlatımdan anlaşılacağı üzere; geçersiz, kesin hükümsüz olan bağlantılı sözleşmedir. Bağlantılı sözleşme, kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersiz sayılacak, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi geçerli olarak varlığını sürdürecektir(md:27/2, cümle:1, 340). Burada bir soru akla takılabilir: TBK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi hükmü, acaba 340. maddedeki durumda da geçerli olacak mıdır? Başka bir anlatımla, kiraya verenin, bağlantılı sözleşme koşullarının hükümsüz sayılması hâlinde kira sözleşmesini yapmayacağının kesin olarak anlaşılması durumunda, yine kira sözleşmesi geçerli sayılacak mıdır? Yoksa, kira sözleşmesi de hükümsüz mü sayılacaktır? Burada ikisi de emredici, biri genel (md, 27), diğeri özel (md, 340) iki hükmün karşılaşması söz konusudur. Maddenin özel oluşuna, kanun koyucunun madde gerekçesinde üzerine basa basa yaptığı kiracıyı koruma vurgulamasına ve maddenin lâfzına bakılacak olursa; kiraya verenin bağlantılı sözleşme koşullarının olmaması hâlinde bu kira sözleşmesini yapmayacağı anlaşılsa bile, kira sözleşmesinin korunması gerektiğini düşünüyoruz. Öğretide[30] de bu görüşü savunanlar vardır. Ne var ki; kanun koyucu, madde gerekçesinde üzerine basa basa vurgulamış olduğu kiracıyı koruma düşüncesinden Kanun'un kabulünden beş ay sonra vazgeçerek, tacir veya tüzel kişinin kiracı olduğu işyeri kiraları ile ilgili olarak 340. maddenin uygulanmasını önce 6217 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile beş yıl, daha sonra da 6217 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesini değiştiren 6353 sayılı kanunun 53. maddesi ile, TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl ertelemiştir. Ertelerken de, *"bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak kira sözleşmesi hükümlerinin, kira sözleşmesinde hüküm olmayan hâllerde de mülga 818 sayılı BK hükümlerinin uygulanacağını"* belirtmiştir. Buna göre, TBK'nın 340. maddesi, kiracının tacir veya tüzel kişi olduğu çatılı işyeri kiralarında 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süre ile uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, TTK'nda tacir sayılan kişilerin veya özel

29 M.M.İnceoğlu, a. g.e.,s:249

30 M.M.İnceoğlu,a.g.e,s:248

hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişilerin kiracı olduğu çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, kiracı, kira sözleşmesinin kurulması ya da sürdürülmesi, kiralananın kullanımı ile doğrudan ilgisi ve kendi yararına olmayan bağlantılı sözleşme ile yükümlülük altına sokulabilecektir.

Yargıtay, mülga 818 sayılı BK'nın yürürlük döneminde, TBK'nın 316. maddesinin karşılığı olan 256. maddenin uygulamasında, kanunlarımızda TBK'nın 340. maddesine benzer bir hüküm bulunmadığı için, kiralanının doğrudan kullanımı ile ilgili olmayan sözleşme hükümlerine aykırılığı sözleşmenin feshi nedeni *(dikkat!, tahliye nedeni değil)* olarak kabul ediyordu[31]**.** TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, kiralananın doğrudan kullanımı ile ilgisi olmayan sözleşme hükümleri eğer bağlantılı sözleşme niteliğinde ise geçersiz sayılacaklarından, bunlara aykırılık 316.maddeye göre kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyecektir.

Ayrıca; 340. maddede hükümsüz olduğu belirtilen bağlantılı sözleşmelerin, kiralananın kullanımı ile doğrudan ilgisi olmayan sözleşmeler olduğuna göre, kiralananın kullanımı ile doğrudan ilgisi olan bağlantılı sözleşmeler geçerlidir. Bu bağlamda bazı yazarlar[32], özellikle yan borçların bağlantılı sözleşme kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini söylemektedirler.

TBK'nın 340. maddesinin, kira sözleşmesinde kiracı aleyhine düzenleme yasağı getiren 343. maddede veya başlığı ile genel bir yasak izlenimi veren ancak madde içeriği ve gerekçesinden sadece parasal yükümlülüklerle ilgili olduğu anlaşılan 346. maddedeki başlık altında düzenlenmesi daha doğru olurdu diye düşünüyoruz.

31 6.HD 08.03.2007 T., E:2007/2811, K:2007/2523

32 M.M.İnceoğlu, a.g.e,s:349

SAĞLIKLI VE DENGELİ BİR ÇEVREDE YAŞAMA HAKKI İÇİN FİZİKSEL ÇEVRE TASARIMINDA "HERKESİ" DÜŞÜNEBİLMEK

Yrd. Doç. Dr. Göksenin İNALHAN[1]

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) sağlığı, "sadece hastalıklardan ve mikroplardan korunma değil, bir bütün olarak fiziki, ruhi ve sosyal açıdan iyi olma hali" olarak açıklar. Sağlık, sadece hastalık ve sakatlık durumunun olmayışı değil kişinin bedenen ruhen ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir.

Dünya Sağlık Örgütü, sağlığın bozulmasını dört aşamada değerlendirmektedir. Semptom ve bulgularla seyreden patolojik durum "hastalık", hastalığın organ düzeyinde bir fonksiyon kaybına yol açması" yetersizlik", yetersizlik sonucu bireyde yeteneğin azalması ya da kaybedilmesi "sakatlık (özürlülük)", sakatlığın toplumsal düzeyde o kişinin sosyal durumunda neden olduğu kısıtlanma "engellilik" olarak tanımlanmıştır (Doğan, 2012).

Yaşam herkesin hakkı olduğu gibi, yaşama başladıktan sonra sağlık bakımından eşit koşullarda yaşamın sürdürülebilmesi de herkesin hakkıdır. Genel olarak fiziksel, zihinsel ve sosyal esenlik hali olarak tanımlanan sağlıklı koşullara erişmek her insanın temel haklarından birisidir. Toplum hayatına tam katılımda mekâna ulaşmak ve mekânı kullanabilmek büyük önem taşımaktadır. Bu sebepledir ki inşa edilmiş çevrenin düzeni herkes için önemlidir (Sürmen, 2010; 2004). **Ancak bireylerin toplumsal faaliyetleri yerine getirmesinde engel oluşturmayan özürü, ulaşılabilirliği ve kullanılabilirliği kısıtlı mekânlar nedeni ile bir engel haline gelebilmektedir (Ulaşabilirlik Ulusal Eylem Planı 2010-2011)**.

Anayasamızın 5. Maddesinde ifade bulan bir Sosyal Hukuk Devlet'inde devlet,

- **Yine Anayasamızın 10. maddesine göre her vatandaşına kanun önünde eşit davranmalı,**
- **Anayasanın 17. Maddesi "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."**

1 İstanbul Teknik Üniversitesi, Mimarlık Bölümü

- **56. maddeye göre ise herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı tesis etmeli,**
- **60. maddede devlet herkesin güvenliğini sağlayacak tedbirler almalıdır.**

Bugün özürlü bireye dair tespit edeceğimiz sorunlara ait olası çözüm alternatiflerinin uygulanması anayasal zorunlulukların da doğal sonucudur.

'İnsanların yaşamlarının belli bir bölümünü bazı kısıtlamalarla geçirmesi doğaldır, yanlış olan, bu kişilerin bu durumda iken herkese açık mekânları kullanamaz duruma getirilmeleridir' şeklindeki özürlülüğe yaklaşan **Sosyal Model** düşüncesi giderek daha çok taraftar bulmaktadır. Bu kişilerin aslında engelli sayılamayacakları ancak tasarım yoluyla engelli hale getirildikleri devamlı vurgulanan bir olgudur (Sürmen, 2010, 2004). Sosyal modele göre sakat kişi ve bedenlerden ziyade, öncelikle engelleyen, engel inşa eden egemen toplumsal pratiklerin sorgulanmalıdır (Bezmez ve diğerleri, 2011). Bunun bir sorumlusu olarak da 'tasarımcılar' çok ağır eleştirilere hedef olmaktadırlar. Mimarların, yapılarını sadece 15-40 yaş arasındakiler (ki insan bu yaşlarda da pekâlâ özürlü konuma düşebilir) için tasarımladıkları, bunun dışındakileri hiç dikkate almadıkları ifade edilmektedir.

Hâlbuki mimarlık (tasarım) bir anlamda,

1. Doğa içinde yer alışı ve doğal kaynakların bir değerlendirme biçimi olmasından dolayı **Doğal Ortam**'ın tüm olanak ve sınırlarını,
2. Oluşumuna insanın katıldığı bir etkinlik olması nedeniyle **İnsan** kavramının kapsadığı tüm boyutları,
3. Yapı üreten uğraş olarak **Üretim** olgusunun tüm verilerini,
4. Sosyal nitelikleri içermesi nedeni ile **Toplum Yapısı**'nın bütün özelliklerini,
5. Tasarlayıcı ve kullanıcı arasındaki bir bilgi alış-verişi süreci olarak toplumun **Kültür Düzeyi**'nin göstergesi olan değerleri içermelidir (Aksoy, 1974; Kıran ve Baytin,2009).

Bu sebeple, özürlülerin toplum yaşantısına en az özürlü olmayanlar ile eşit fırsatlarda katılabilmelerinin sağlanmasında mekânsal düzenlemeler önemli bir yer tutmaktadır. Konutunda dahi yaşamakta zorlanan özürlü,

çeşitli fiziksel engeller nedeniyle erişebilirliği sağlanamadığı için eğitim, sağlık, istihdam ve diğer birçok hizmetten yoksun bırakılarak kendi ekonomik bağımsızlığını kazanamamakta ve toplumda tüketici konumunda kalmaktadır **(Ulaşabilirlik Ulusal Eylem Planı 2010-2011)**.

Bireyin, toplum hayatının insanlara sunduğu olanak ve hizmetlerden yararlanabilmesi ve kendi hizmetini sunabilmesi, yani toplum hayatına tam katılabilmesi, ancak bireyin söz konusu faaliyetlerin gerçekleştiği mekânlara bağımsız olarak ulaşabilmesi ve bu mekânları kullanabilmesi ile mümkündür. Mekâna ulaşmakta ve kullanmakta kısıtlılık ve kayıp halleri nedeniyle özel gereksinime ihtiyaç duyan özürlülerilerin bu gereksinimlerini karşılamayan mekân, özürlüleri toplum hayatının dışına itmekte ve engellemektedir.

Sosyal ve ekonomik başarı için ulaşılabilir bir çevre öncelikle gerekliliktir. Demokratik toplumların mekân organizasyonlarında belirli ihtiyaçların gözetilmesi kapsamında, özürlü kişilerin kentsel çevreden ve ulaşım araçlarından yararlanabilmeleri için Türkiye'de çeşitli yasal düzenlemeler yapılmış, standartlar çıkarılmıştır.

Ülkemizde 2005 yılında yayınlanan 5378 Sayılı Kanun'un Geçici 2. Maddesi erişilebilirlik konusunda yerel yönetimlere düşen görevler ile ilgili; "Kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmî yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları ve benzeri sosyal ve kültürel alt yapı alanları (kamusal alanlar) ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapılar bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi yıl içinde özürlülerin **erişebilirliğine** uygun duruma getirilir" denilmektedir. (Karacalı, 2011)

Zaten "**Kamusal alan**" nedir ki? Pek tabii ki **herkesin** erişimine açık olan mekândır. Burada bahsedilen "herkes"in tanımı sadece genç ve sağlıklı olan kişileri değil, kentsel alanda hareket etmekte güçlük çeken yaşlı ve özürlü insanları da içermektedir. (Bugünkü durumda bahsedilen bu ikinci grubun Avrupa ülkeleri toplam nüfusuna oranı % 30'u geçmektedir ve bu oran her geçen gün artmaktadır) (Chwalibog, 2009).

Chwalibog (2009), kamusal alanı sadece erişilebilirlik kavramı üzerinden açıklayamayacağımızı, kamusal alan **erişilebilir** (accessible) olmanın yanısıra **kullanıcı dostu** olması gerektiğinin üstünde durur. Burada "kullanıcı dostu mekân", kişinin kendini güvende, kaygısız ve rahat hissettiği yer olarak tanımlanır. Peki böyle bir ortam nasıl sağlanır? Kullanıcı dostu mekân hangi koşullar altında yaratılabilir? Bu soruların cevabı tasarım

yetisinde (sanatında) gizlidir der Chwalibog (2009). "Herkes için tasarlamak", tasarımda "herkesi" düşünebilmek boyutuyla ilişkilidir.

21.yy'daki gündemde çevre koşulları, ekolojik dengeler, demokratik, eşitlikçi ve sürdürülebilir toplumsal yarar ve tasarım tartışılmaktadır. Günümüzdeki bu tartışmaların omurgası ise "herkes için tasarım" olgusu üzerinde gelişmektedir. Herkes için tasarım, özellikle Amerika, Japonya ve İskandinav ülkelerinde, çeşitli tasarım perspektiflerinde okullarda ele alınan yeni bir tasarım düşüncesidir (Christophersen, 2002).

"Herkes için tasarım" ilk bakışta, mekânda "özürlü" sorunlarına bir çözüm arayışı gibi görünse de, düşünsel temelinde, bunun ötesine geçen bir anlayışı barındırmaktadır. Herkes için tasarlamak, artı bir fiziksel norm getirmekten öte, kullanıcıyı insanlığın tüm hallerinde düşünebilen niteliğiyle mimarlıkta kamu düşüncesine bağlanabilmektedir. Her bireyin kendi yaşam süresi içerisinde çeşitli aşama (bebeklik, çocukluk, yaşlılık vb gibi) veya durumlarda (hastalık, özürlülük, gebelik vb gibi) farklı fiziksel düzenlemelere, standartlara gereksinim duyacağı bu konunun temel çıkış noktası olarak görülebilir (İncedayı, 2009; Sürmen, 2010).

Ancak günümüzde insanlık "herkesi içine alan, herkese uygun bir toplum" modelinden yoksundur. İşte bu nedenle insanlık, çoğu kez, sorunlar karşısında kendisini çaresiz hissetmektedir. Bir toplumun gereksinimini karşılayacak hizmetlerde çözümler üretirken öncelikle "normal insanlar" için harekete geçiliyor, "ötekiler" için "sonra yaparız" deniliyor. Bu yaklaşım, toplumdaki herkesi içine alan, herkesi en baştan düşünen bir anlayışı yansıtmıyor. Yaratılan bu eksik modelle toplumun bir bölümü dışlanıyor, sonra da bu dışlamanın yarattığı olumsuzluklarla da pekişen sorunların içinden çıkılamıyor. Dışlanan bu kesimleri toplumla bütünleştirecek yollar aranıyor (Kaplan ve Ulvi, 2009).

Birleşmiş Milletler tarafından 30 Mart 2007'den itibaren tüm devletler ve bölgesel bütünleşme örgütlerinin imzasına açılan amacı, engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı güçlendirmek olan Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin Giriş kısmı,

"..sözleşmeye taraf olan devletlerin

(e) Engelliliğin gelişen bir kavram olduğunu ve engellilik durumunun, sakatlığı olan kişilerin topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını engelleyen tutumlar ve çevre koşullarının etkileşiminden kaynaklandığı gerçeğini kabul ederek,...

(v) Fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel çevreye, sağlık ve eğitim hizmetlerine, bilgiye ve iletişime erişimin engellilerin tüm insani haklarından ve temel özgürlüklerden tam yararlanmasını sağlamadaki önemini kabu l ederek, aşağıdaki hükümler üzerinde anlaşmaya varmışlardır" demektedir.

Sözleşme adı itibarıyla "haklar" a yönelik bir sözleşme izlenimi vermekle birlikte, içerik olarak engellilik olgusunu çağdaş insan hakları anlayışıyla yorumlayan ve Birleşmiş Milletler (BM)'in diğer sözleşmelerinde yer alan insan haklarını, engellilerin ihtiyaçlarına uyarlama amacını güden bir insan hakları belgesidir (Çağlar, 2011).

Bahsi geçen sözleşmenin 2. maddesinde bu sözleşme'nin dayandığı genel ilkeler ve yükümlülükler açısından önemli tanımlamalarda (iletişim, dil, engelliliğe dayalı ayırımcılık, makul düzenleme, evrensel tasarım) bulunulmuştur. Bu tanımlamalardan en önemlisi ***"Makul düzenleme"***, ile engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler ifade edilmiştir. Aynı hükümle makul uyumlaştırmanın (düzenlemenin) (reasonable accommodation) yapılmaması da ***"Engelliliğe dayalı ayrımcılık"*** ayrımcılık kabul edilmiştir (Çağlar, 2011).

Sözleşmede "ürünlerin, çevrenin, programların ve hizmetlerin özel bir ek tasarıma veya düzenlemeye gerek duyulmaksızın, mümkün olduğunca herkes tarafından kullanılabilecek şekilde tasarlanması.." olarak tanımlanan **'evrensel tasarım'**, engelliliğe dayalı ayrımcılık tanımı içinde yer almamakla birlikte, 'ayrımcılık' ve 'makul düzenleme' tanımlarının altında yapılan düzenlemeyle ayrımcılık yasağının tamamlayıcı bir unsuru olarak değerlendirilmiştir (Çağlar, 2011).

Sözleşmenin 3. Maddesinde Sözleşme'nin dayandığı belirtilen sekiz ilkenin üçüncüsü (c bendi): 'engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması'; f bendi: 'erişebilirlik''tir. Madde 9'da erişebilirlik, madde 20'de kişisel hareketlilik ilişkin hükümler yer almaktadır. Her iki madde de evrensel tasarım fiziksel çevrenin düzenlenmesi içeriğini, ''engelsiz-tasarım''ı da içererek belirlemektedir (Kaplan ve Ulvi,2009).

Evrensel Tasarım Kavramının Tanımı

Oldukça yakın bir geçmişe sahip olan "erişilebilirlik-ulaşabilirlik" kavramı ve tasarımın herkes için, yani toplumun herhangi bir kesimini dışlamadan yapılması birbiriyle yakından ilgilidir.

"Ulaşılabilirlik"; bütün mekânların, alanların, inşa edilmiş çevrelerin, binaların, yapıların, ulaşım sistemlerinin; hangi insanlık durumlarında bulunurlarsa bulunsunlar, bütün insanlar için açık, erişilebilir ve kullanılabilir olmalarının gerektiğini kabul eden rasyonel bir insanca tavırla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kavramı "fiziksel erişim" anlayışının da ötesine taşırsak daha olgun bir tanım elde ederiz. Yani en genelde; toplumsal hayatın, toplumsal katmanların tamamının ve mutluluk tablolarının tümünün bütün insanlara açık olması gerekir. Böylece "Ulaşılabilirlik", demokrasi ve sosyal adalet kavramlarını da içeren geniş bir kavrayışa dönüşür. Her imkân ve her güzellik herkes içindir (Sürmen, 2010).

"Evrensel tasarım", tüm ürünlerin ve çevrelerin, yaş, beceri ve durum farkı gözetmeksizin pek çok kişi tarafından kullanılabilmesini olanaklı kılan, bütünselleşme sağlayan bir tasarım yaklaşımı olarak tanımlanmaktadır. Yaklaşım, ürün tasarımından, mimarlığa ve kentsel tasarıma, çevre kontrolü sağlayan basit sistemlerden, karmaşık bilgi teknolojilerine kadar değişen ölçekleri kapsamaktadır (Dostoğlu ve diğerleri, 2009).

"Evrensel tasarım", terim olarak ilk kez 1980'li yılların ortalarında Mimar Ronald L. Mace tarafından kullanılmıştır (Mace, 1985). Bu tasarım yaklaşımının ilkelerine göre inşa edilmiş çevre, adaptasyona gerek duyulmadan tüm insanların kullanımını sağlamaktadır.

"Evrensel tasarım" kavramı, taşıdığı sosyal eşitlik öğesi ve performans temelli olmasıyla "ulaşılabilirlik" kavramından ayrılmaktadır. Evrensel tasarım yaklaşımında, ulaşılabilirlik, tasarımın tümüne entegre edilmiştir. Bu bütünleşme önemlidir, çünkü tasarım sürecinin sonlarında veya süreç tamamlandıktan sonra eklenen ulaşılabilirlik özelliklerinin damgalayıcı niteliğinden uzaklaşılmakta ve sonucunda daha iyi bir tasarım ortaya çıkmaktadır. Evrensel tasarım, standartlar veya gereklilikler yerine kullanılabilme sonuçlarına dayalıdır. Ulaşılabilirlik kurallarında, tekerlekli sandalye kullanan, görsel ve işitsel açıdan eksikliği olan kişiler ele alınmış, dolayısıyla engellilik dar kapsamda irdelenmiştir. Ulaşılabilir çevre sağlamak, genellikle ulaşılabilir olarak tasarlanan bazı özel öğeler eklemek anlamını taşımaktadır. Evrensel olarak kullanılabilir çevrede ise tasarlanan mekân ayrılmamış, bu alanları başka kişilerin kullanımı engellenmemiştir. Ulaşılabilir mekânların ayırıcı, sevimsiz niteliği ve maliyeti yerine, evrensel tasarımda estetik standartlar yüksek düzeydedir (Dostoğlu ve diğerleri, 2009).

Evrensel tasarım kavramında önemli olan genelde kullanıcıdır ve konu edilen engelli insanlar değil, tüm insanlardır. Buradaki ana fikir, aslında

tüm insanların, yaş, beceri kaybı gibi nedenlerle, bir çeşit özürlü olduğu görüşüdür. Evrensel tasarım yaklaşımını benimseyenler bu anlayıştan yola çıkarak, tasarımda kullanıcı boyutunu geniş çapta değerlendirmekte ve kullanım problemlerine bütünleştirici bir tutumla yaklaşarak çözüm aramaktadırlar (Dostoğlu ve diğerleri, 2009).

Evrensel biçimde tasarlanmış yapılı çevrenin, herkes için adil kullanım olanağı sağlayan, farklı düzeyde beceriye sahip kişiler için kullanımda esnekliğe sahip, yalın, algılanabilir bilgilendirme içeren, hatalar için toleranslı, düşük fiziksel çaba gerektiren ve yaklaşım ve kullanım için uygun boyut ve alana sahip biçimde kurgulanmış olması gereklidir (Dostoğlu ve diğerleri, 2009).

Evrensel Tasarımda Genel İlkeler

1989 yılında Ronald L. Mace tarafından temelleri atılan ve 1996 yılında North Carolina State Üniversitesi'nde Evrensel Tasarım Merkezi (The Center for Universal Design) ismini alan merkez, 1997 yılında "evrensel tasarım" kavramını anlaşılır kılmak ve yol gösterici olmak amacıyla 7 ilke yayımlamıştır (Mace, 1985). Bu düşüncenin temelinde, kişilerin aslında "ortalama" olarak nitelendirilebilecek bir tanıma uymadığı, dolayısı ile bu hayali "ortalama" bireyin sorunları çözüldüğünde tasarım probleminin çözülmediği anlayışı yatmaktadır. Farklı antropometrik, bilişsel ve yetkinlik düzeyindeki (görme, işitme, hareketlilik) bireylerin özelliklerinin anlaşılması ile daha çok kişiyi kapsayan tasarımlar üretilebilecektir. Burada, evrensel tasarım yaklaşımının benimsendiği 7 ilke sıralanmaktadır: (Dostoğlu ve diğerleri, 2009; Olguntürk, 2007)

1. Eşitlikçi Kullanım: Tasarım, farklı yetkinlik düzeyleri olan bireyler için kullanılabilir olmalıdır. Farklı kullanıcılar için tasarımda eşit şartlar sağlanmalıdır.

2. Kullanımda Esneklik: Tasarım, farklı bireysel tercih ve yetkinlikleri kapsamalıdır. Farklı kullanım biçimleri olanağı sağlanmalıdır.

3. Basit ve Sezgisel Kullanım: Tasarım, kullanıcının tecrübe, bilgi, dil becerisi ve anlık odaklanma düzeyinden bağımsız olarak kolay anlaşılabilir olmalıdır. Gereksiz karmaşıklıktan kaçınılmalıdır.

4. Algılanabilir Bilgi: Tasarım, kullanıcı için gerekli bilgiyi, ortam koşullarından, ya da kullanıcının duyusal algılama becerisinden bağımsız olarak, etkin bir biçimde sunmalıdır. Temel bilgilerin "okunabilirliği" en üst düzeyde olmalıdır.

5. Hata için Tolerans: Tasarım, kaza veya istenmeyen davranışlar sonucu ortaya çıkabilecek tehlikeli ve kötü sonuçları en aza indirmelidir. Tasarım unsurlarının en kullanılanları en ulaşılabilir biçimde, tehlikeye sebep olabilecekler ise yokedilmiş, izole edilmiş veya korunaklı biçimde düzenlenmiş olmalıdır.

6. Düşük Fiziksel Güç Gereksinimi: Tasarım, etkinlik ve rahatlıkla kullanılabilir olmalı, yorgunluğa en az derecede olanak vermelidir. Kullanıcı, vücudunu doğal olmayan konumlarda bulundurmak zorunda kalmamalıdır.

7. Yaklaşım ve Kullanım İçin Uygun Boyut ve Mekân: Kullanıcının vücut ölçüleri, duruş pozisyonu ve hareketliliğinden bağımsız olarak, yaklaşma, uzanabilme, elle kullanım ve genel kullanım için uygun boyut ve alan sağlanmış olmalıdır. Hem oturan, hem de ayaktaki kullanıcılar için önemli kullanım öğelerine engelsiz bakış açısı temin edilmelidir (Dostoğlu ve diğerleri, 2009).

Türkiye'de Özürlülük ve Erişilebilirliğin Durumu

Türkiye'de özürlülüğün gerek devletin gerekse toplumun gündemine gelmesi oldukça yakın bir geçmişe sahiptir. Dünyadaki sakatlık çalışmaları alanındaki temel tartışmaları ve literatürü derleme aracılığıyla sunan Dikmen Bezmez ve diğerleri (20119, Türkiye'de politik düzlemde son dönemde gözle görünür şekilde hareketlenen sakatlık politikalarının,

1. Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler gibi ulus-üstü kurumların dolaylı müdahaleler ile ortaya çıkan iyileştirmelerden,

2. Ulusal ve yerel düzeyde şekillenen kısmen hak-temelli kısmen de yardımseverlik eksenli sosyal politikalardan,

3. Tabandan gelen taleplerden ve eylemliliklerden (eski geleneksel dernekler, internet üzerinde örgütlenen platformlardan). Başbakanlığa bağlı yeni adıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğünden (Özürlüler İdaresi), İstanbul Özürlüler Müdürlüğüne ve engelli masalarına kadar, birçok kamu kurumunun ve bunlara eşlik eden dernek ve vakıflardan kaynaklandığını saptar (Bezmez ve diğerleri, 2011).

Türkiye'de özürlülük alanındaki önemli gelişmelerden ilki, Birleşmiş Milletler tarafından "Özürlüler Onyılı" olarak ilan edilen 1983-1992 döneminde Sakatların Korunması Milli Koordinasyon Kurulu'nun kurulmasıyla birlikte devlet tarafından daha bütüncül ve kapsamlı adımlar atılmaya başlanmasıdır.

1997 yılında Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın kurulması önemli bir dönüm noktası niteliğindedir. Başkanlık tarafından çeşitli yasalarda düzenlemeler yapılmış, özürlülerin yapılı çevre, istihdam, sağlık, rehabilitasyon vb konularda önemli kazanımlar elde etmeleri sağlanmıştır. 2005 tarihli Özürlüler Yasası'nın göze çarpan özgün yanı ise özürlülere yönelik ayrımcılığın yasaklanmasıdır (Çağlayan Gümüş, 2009).

Ülkemizde evrensel tasarımın temel ilkesi olan ulaşılabilirlik konusu ilk kez 1997 yılında 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen Ek Madde 1'deki; "Fiziksel çevrenin özürlüler için ulaşılabilir ve yaşanılabilir kılınması için, imar planları ile kentsel, sosyal, teknik altyapı alanlarında ve yapılarda, Türk Standartları Enstitüsünün ilgili standardına uyulması zorunludur" hükmüyle yasal altyapıya kavuşturulmuştur. 8. ve 9. Beş Yıllık Kalkınma Planların da "özürlülerin ekonomik ve sosyal hayata katılımlarının artırılmasına yönelik, sosyal ve fiziki çevre şartlarının iyileştirileceği" belirtilmiştir. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmeliklerde konu yer almış, Türk Standartları Enstitüsü (TSE) tarafından konuyla ilgili birçok standart yayımlanmıştır (Ayataç, 2013). Bu düzenlemenin ardından 1999 yılında ilgili altı yönetmelikte değişiklik yapılarak yeni yapılaşan alanlarda erişilebilirliğin sağlanması yerel yönetimler, kamu kurumları ve ilgili tüm taraflar için bağlayıcı nitelik kazanmıştır (Çağlayan Gümüş, 2009).

Özürlüler Yasası'ndaki iki geçici madde, mevcut yapılı çevrenin erişilebilir hale getirilmesiyle ilgilidir. 7 yıl içinde kamuya açık tüm alan ve binaların standartlara uygun biçimde yeniden düzenlenmesi ve toplu taşıma sistemlerinin yine aynı sürede erişilebilir hale getirilmesi hüküm altına alınmıştır. Bu yasada ayrıca 634 sayılı kat Mülkiyeti Kanunu'nda da değişiklik yapılarak, özürlülerin gereksinim duyduğu tadilatları gerçekleştirebilmeleri için kolaylık sağlayıcı tedbirler yasallaştırılmıştır (Çağlayan Gümüş, 2009).

Sözün Sonu: Nasıl bir Gelecek İstiyoruz?

Dünya Sağlık Örgütü (1946) tarafından tanımlanan sağlık kavramı kapsamında, sağlık politikalarının yalnızca sağlıkla ilgili olan profesyonellerin değil aynı zamanda birçok mesleğin ve kuruluşun temel amaçlarından biri olduğu, özellikle fiziksel çevre tasarımı alanında çalışan profesyonellerin (şehir plancısı, mimar…) sağlıklı bir çevre yaratılması konusunda anahtar bir role sahip olduğu ifade edilmektedir (Ayataç, 2013).

Herkes için tasarım yaklaşımı, yapılı çevrenin düzenlenmesinde herkesi içine alma konusunda bir araçtır. Herkesi kapsayan bir toplum ya-

ratmak mimarların sorumluluğu olduğu kadar, insan haklarını gözeten yönetimlerin de sorumluluğudur. Bir süredir değişen gereksinmelere uymak, kullanıcı hangi yaşta, cinsiyette veya ergonomik özelliklerde olursa olsun, onu kullanıcı dostu yapmakla aynı anlama gelmektedir (Sivri Gökmen, 2009).

Mittler (2008), özürlülerin temel insan haklarının korunduğu ve topluma tam katılımlarının sağlandığı bir toplumun temellerinin atılabilmesi için gerekli yeni ulusal ve uluslararası fırsatların yakalanması bakımından uygun zaman geldiğini savunur ve sorar:

- Günümüzde belirgin bir özürle doğan bir bebek için nasıl bir gelecek istiyoruz?
- Sözünü ettiğimiz bu çocuk ve ailesi için toplumda ve eğitim sisteminde ne gibi değişikliklerin yapılması gerekecektir?
- Görevine kısa süre önce başlamış günümüz personeli, 2040'lı yıllarda emekli olduğunda toplumda, hizmetlerde ve okullarda ne tür reformlar gerçekleştirmiş olacaktır? (Mittler, 2008)

Ülkemizde engellilerin toplumsal yaşama katılmasını sağlamak açısından yapılması gerekenler, yasalarda ve yönetmeliklerde yer almaktadır, ancak tanımlanan gerekliliklerin kente ve mimariye yeterince yansımadığı görülmektedir. Yetersizlikler ve beklentiler engelli bireyler ve onları temsil eden kurumların yetkilileri tarafından sıklıkla ifade edilmektedir. "Ulaşılabilir Uygulamaların Teknik Açıdan Niteliğinin Geliştirilmesi" açıdan, evrensel tasarım felsefesinin bizim ortak geleceğimiz açısından anlaşılması ve dünyada gerçekleştirilen uygulamaların tasarımcılar tarafından takip edilmesi büyük önem taşımaktadır (İncedayı,2009; Ulaşabilirlik Ulusal Eylem Planı 2010-2011).

"Herkes için tasarım" düşüncesiyle mimar, bireyin, kentlinin, yurttaşın mimarlığı ve kentsel mekânı bir "ortak" yaşam alanı olarak değerlendirmesine fırsat vermektedir. Böylelikle mimarın yaratıcılığı, tasarımın kamusal alanda, topluma mesajlar vermesiyle farklı bir anlam da yüklenmektedir. Mimarın ya da tasarımcının farklı (sadece fiziksel değil, örneğin farklı sosyal ve kültürler vb gibi), geçici (göçmenler vb) ve öteki (belirli bir bakışa göre) olana karşı tavrı, "herkes için tasarım" çerçevesinde, ya da felsefesinde farklı açılardan değerlendirmelere açılmaktadır (İncedayı, 2009).

Evrensel tasarım yaklaşımının savunduğu ilkelerin yaygınlaştırılması, bu konudaki bilincin oluşturulması ve güçlendirilmesine bağlıdır. İnsanların bulundukları çevrelerde sağlıklı, mutlu, mutsuz oluşlarının tasa-

rımla doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Evrensel tasarım ilkelerinin, mimarlıkta ve yaşamın diğer alanlarında egemen olabilmesi, doğru tasarımlar için "ben" yerine 'sen' olabilmekle olasıdır (Sürmen, 2010; 2004).

KAYNAKÇA

1. **Aksoy Ö.** (1974),Uyum Sürecinin Mimarlık Sistemi içinde Örneklenmesi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Yayınları, Trabzon.
2. **Ayataç H.** (2013), Sağlıklı bir yaşam için engelleri tekrar düşünmek, http://www.skb.org.tr/saglikli-bir-yasam-icin-engelleri-tekrar-dusunmek/ (erişim: 22 Aralık 2013)
3. **Bezmez D., Yardımcı S., Şentürk Y.** (2011)(der.) Sakatlık Çalışmaları, Sosyal Bilimlerden Bakmak, Koç Üniversitesi Yayınları.
4. **Christophersen J. (Ed)** 2002."Universal Design, 17 ways of Thinking and Teaching", Husbanken.
5. **Chwalibog K.** (2009), Kullanıcı Dostu Mekânlara Duyulan İhtiyaç, Dosya: Tasarıma Kapsayıcı Yaklaşım, Mimarlık, No: 347, Temmuz-Ağustos, Mimarlar Odası Yayınları.
6. **Çağlar S.** (2011) Engelli Haklari Sözleşmesi'nde Ayrimcilik Yasağı ve Türkiye'nin Uyum Sorunu, TBB Dergisi (96).
7. **Çağlayan Gümüş D.** (2009), Tasarımda Önemli Bir Kesim: Özürlüler, İngiltere, Japonya ve Türkiye'de Özürlülük ve Erişilebilirlik, Dosya: Tasarıma Kapsayıcı Yaklaşım, Mimarlık, No: 347, Temmuz-Ağustos, Mimarlar Odası Yayınları.
8. **Doğan D. (2012),** Özürlülüğün Tanımı ve Sağlık Kurulu Raporu**,** http://www.drdenizdogan.com/2012/07/ozurlulugun-tanm-ve-saglk-kurulu-raporu.html, (erişim: 22 Aralık 2013)
9. **Dostoğlu N., Şahin E. ve Taneli Y.** (2009), Evrensel Tasarım: Tanımlar, Hedefler, İlkeler, Dosya: Tasarıma Kapsayıcı Yaklaşım, Mimarlık, No: 347, Temmuz-Ağustos, Mimarlar Odası Yayınları.
10. **İnceoğlu D.** (2009), Dosya: Tasarıma Kapsayıcı Yaklaşım, Mimarlık, No: 347, Temmuz-Ağustos, Mimarlar Odası Yayınları.
11. **Kaplan H. ve Ulvi H.** (2009) Engellilerin Kaldırım ve Yaya Geçitlerinde Karşılaştıkları Kaza Riskleri: Konya Kent Merkezleri Örneklemi, ÖZ-VERİ Dergisi, Aralık,Cilt: 6 Sayı: 2.
12. **Karacalı Y. (**2011), Erişilebilirlik, Sağlıklı Kentler Birliği Toplantısı Sunuş Bildirisi, İSÖM.
13. **Kıran A. ve Polatoğlu Baytin Ç.** (2009), Bina Bilgisi'ne Giriş, Yıldız Teknik Üniversitesi Basım Yayın Merkezi.
14. **Mace R. L.** (1985), Universal Design, Barrier Free Environments for Everyone, Designers West, Los Angeles.
15. **Mittler P.** (2008) 2040'lı Yılların Planlanması; Herkesin Görevi, ÖZ-VERİ Dergisi . Ağustos. Cilt: 5 Sayı: 1.
16. **Olguntürk N.** (2007) Evrensel Tasarım: Tüm Yaşlar,Farklı Yetenekler ve Çeşitli İnsanlık Durumları İçin Tasarım, Dosya 04 Tasarım ve Özgürlük, Bülten: 46, TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi.
17. **Sivri Gökmen H.** (2009), Birlikte Oynamak, Dosya: Tasarıma Kapsayıcı Yaklaşım, Mimarlık, No: 347, Temmuz-Ağustos, Mimarlar Odası Yayınları.
18. **Sürmen Ş.** (2004), Ben Sakatlandım...: Sakatlık, Özürlülük Üzerine Yazılar, Nüans Yayınları.
19. **Sürmen Ş. (2010)** Karışık yazılar, biraz insan, biraz sakatlık, biraz şehir, biraz mimarlık, biraz kapitalizm, İstanbul.
20. **Ulaşabilirlik Stratejisi ve Ulusal Eylem Planı (2010-2011)**, T.C. Başkanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Ankara.

6306 SAYILI YASA VE RİSKLİ YAPI UYGULAMASI[1]

Nafi PAKEL[2]

01.05.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun başlıklı yasanın Riskli Yapılara ilişkin hükümlerine yönelik düşünce ve yorumlarımızı içeren yazıya İstanbul Barosu Dergisi'nin Ocak-Şubat 2013 sayısında yer verilmişti.

O tarihten bu yana yasanın riskli yapılara ilişkin ilk uygulamaları başlamış olmakla, bu uygulama ve sonuçlarına ilişkin gözlem ve düşüncelerimiz bu yazıda ifade edilmeye çalışılmıştır.

Riskli yapı uygulamasında inisiyatif bina malikine bırakılmıştır.

Bilindiği gibi bir taşınmazın, 6306 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi d fıkrasında sözü edilen "riskli yapı" statüsüne alınması ve bu konuda bir karar oluşturulabilmesi için bu taşınmaz maliklerinden birisinin binaya ilişkin bir statik raporun düzenlenmesi istemi yasanın yetkili kıldığı bir kuruluşa başvurması, giderini karşılamak sureti ile aldığı raporu yasanın yetkili kıldığı kurula "yapının riskli yapı olduğu yolunda karar oluşturması talebi ile" iletmesi gerekmektedir.

Açıkça görüldüğü gibi, "riskli yapı" işleminin başlatılıp bir karar oluşturulması bina maliki inisiyatifine bırakılmıştır.

Uygulamada gözlemlenen durum, malikleri arasında uyum olan binalarda bu yasa uygulamasına başvurulmadığıdır. Bunun aksine, malikleri ihtilaflı olan veya 6306 uygulamasından beklentisi olan bir malikin bulunduğu binalarda ise yasanın uygulamasına gidilmektedir.

---

1 Yazarın Notu: Bu yazının basıma girmesinden sonra Anayasa Mahkemesi 6306 Sayılı Yasa'nın aşağıdaki hükümlerini 27.02.2014 tarihinde iptal etmiştir.

1- Bu yasaya dayalı işlemlerin iptali talebi ile açılacak davalarda Yürütmeyi Durdurma Kararı istenemeyeceğine ilişkin hüküm.

2- Bu yasa uyarınca yapılan işlemler için adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adrese çıkartılan tebligatların muhataplara yapılmış sayılacağı hükmü

3- Bu yasanın uygulamasına engel teşkil eden "Uygulanmayacak Mevzuat" başlıklı 9. Madde hükmü

2 İstanbul Barosu avukatlarından

Bilindiği gibi, 6306 Sayılı Yasa uyarınca bir binanın "riskli yapı" olup olmadığının belirlemesinde uygulanan kriter, bu yasanın uygulamasına ilişkin 04.08.2012 tarihli yönetmeliğin 5. maddesi hükmü gereği, 06.03.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olan 2007 Deprem Yönetmeliğidir

2007 Deprem Yönetmeliği hükümleri esas alındığında, nadir istisnalar dışında, "2007 yılından önce inşa edilmiş tüm binalar riskli yapı statüsünde" dir, dolayısı ile de 6306 Sayılı Yasa kapsamında olup yıkılması gerekmektedir.

Hal böyle olmasına karşın 6306 Sayılı Yasa uygulaması bugün için vatandaş inisiyatifine bırakılmış o bulunmakla hedeflenen sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bu gün vatandaşın, diğer malikler ile bir hesaplaşması veya hissedarı olduğu binanın yıkılmasından bir beklentisi varsa 6306 Sayılı Yasa'yı devreye sokmak üzere yetkili merci ye başvuru yapılmakta, aksi halde ise, binada belirgin bir tehlike olsa dahi bu durum göz ardı edilmektedir.

6306 Sayılı Yasa amacının **"riskli yapıların** günün koşullarına göre **yenilenmesi** sureti ile **can ve mal güvenliğinin sağlanması**" olduğu gözetildiğinde, yasa koyucu amacının mevcut koşullar altında beklendiği ölçüde gerçekleşmediği açıkça görülmektedir. Bu nedenle halihazırda Yasa'nın 3. maddesinde yer alan "Bakanlık riskli yapıların tespitini maliklerden isteyebilir" hükmünün yeterli olmadığı açıktır.

İtirazı karara bağlayan kurulda hukukçu yoktur.

Uygulamada gözlemlenen diğer bir sorun "riskli yapı" kararını veren ve bu karara vaki itirazı değerlendiren kurulun oluşumu ile ilgilidir.

Bilindiği gibi, riskli yapı başvurusuna esas olan, yapıya ilişkin statik raporun değerlendirmesi 6306 Sayılı Yasa'nın 3. maddesi hükmü ile bu konuda yetki verilen 7 kişilik teknik bir kurula aittir, bu kurulda hukukçu yoktur.

Yapılan başvuruyu değerlendiren bu kurulun verdiği riskli yapı kararı tapuya gönderilmekte, riskli yapı şerhini taşınmaz kütüğüne işleyen tapu idaresi taşınmaz maliklerine bu konuda bildirimde bulunmakta, riskli yapı kararına karşı 15 gün içinde karar merci olan kurula itiraz yapılabileceğini bildirmektedir.

Taşınmaz malikinin riskli yapı kararına karşı yaptığı itirazı inceleyen kurulunda hukukçu üye olmaması büyük bir eksikliktir. Çünkü, teknik nitelikli 7 üyeden oluşan ve itirazı sadece teknik yönden değerlendirme

olanağına sahip bu kurul hukuki içerikli bir itirazı değerlendirme imkanından yoksundur. Örneğin, "karar konusu binanın yıkılma tehlikesi arz etmediğini, dolayısı ile de 6306 Sayılı Yasa anlamında riskli bir yapı olmadığını belirleyen bir kesin hükmün varlığı nedeni ile bu yapının yasa kapsamı dışında kaldığı" yolundaki bir itirazı değerlendirmek konumunda değildir.

Uygulamada Çevre ve Şehircilik Bakanlığı İstanbul 1 No.lu İtiraz Değerlendirme Komisyonu 26.06.2013 gün ve 35/1 sayılı kararında, binanın yıkılma tehlikesi olmadığını belirleyen kesin hüküm nedeni bu binanın riskli yapı olup olmadığı yolundaki bir incelemenin/tartışmanın yapılamayacağına ilişkin, itirazı göz ardı etmiş ve itirazın reddine karar vermiştir.

Bu durumda, riskli yapı kararına itirazı değerlendiren kurulun bir idare mahkemesi başkanı ile takviyesi veya riskli yapı kararına yönelik itirazın münhasıran hukuki nitelikte olması halinde bu itirazın 3 idare mahkemesi başkanından oluşan bir kurul tarafından karara bağlanması yolunda 6306 Sayılı Yasa içinde ek bir düzenlemeye gidilmesi zorunludur. Aksi halde bu hatalı uygulama kazanılmış hakların, sonradan telafisi mümkün olmayacak şekilde, kaybedilmesi kaçınılmazdır.

6306 Sayılı Yasaya dayalı işlemler için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası uyarınca iptal davası açmak mümkündür. Ancak söz konusu yasanın 6. maddesi 9. bendi hükmü ile, açılan davada yürütmenin durdurulması (YDK) kararı verilmesi yasaklanmıştır. YDK verilemeyen bir idari dava sonucunda istenen doğrultuda tesis edilen bir hükmün, yargılama süreci içinde iptal konusu tasarrufa dayalı işlem icra edilerek bitirilmiş olacağı için, pratik sonucu yoktur. Bilindiği gibi dava konusu bina, riskli yapı kararı verilmesinden itibaren 60 gün içinde yıkılmaktadır.

Yasanın getirdiği bu hak arama kısıtlaması nedeni ile, tapu idaresinin riskli bina bildirimi işleminin, yıkılma tehlikesi arz etmeyen binanın riskli yapı olamadığını belirleyen kesin hüküm dairesinde iptali istemi ile mahkemesine gidilmiş ise de idari yargının işleyiş düzeni içinde 07.05.2013 tarihinde İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 2013/1212 Esasına kayıtlı bu davadan halen sonuç alınamamış, bu arada bina yıkılmıştır.

Bu koşullar altında, riskli yapı kararına itirazı değerlendiren komisyonun verdiği itirazın reddi kararının, görünüşte öyle gözükmese de, pratikte nihai bir hükmün sonucunu doğurduğunu söyleyebiliriz.

Riskli yapı kararı kesinleşmesi üzerine yapılan uygulama.

Riskli yapı kararının, itiraz edilmemesi veya itirazın reddi ile kesin-

leşmesi üzerine bilindiği gibi 60 günlük süreç içinde binanın malikleri tarafından yıkılmaması halinde bu işlemin mahalli belediye tarafından gerçekleştirileceği ve tahakkuk eden yıkım gideri alacağının taşınmaz kütüğüne işleneceği yasanın 5. maddesi hükmü gereğidir. Yıkımın belediye tarafından gerçekleştirilmesi halinde belediyenin her bir yıkım işlemi için ihale açıp teklif alması yıkım giderinin malikler ve belediye arasında tartışma konusu olması halinde uyuşmazlığın daha kısa sürede sonuca bağlanmasında etkili olacaktır. Yıkımı belediyenin yapması halinde komşu taşınmazlarda bu nedenle doğabilecek can ve mal kaybından, taşınmaz malikinin kusursuz sorumluluğu prensibi dairesinde o bina maliklerinin mi yoksa bu işlemi yasadan doğan yetkisine binaen yapan belediyenin mi sorumlu olacağı üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Her halükarda, yıkım işlemine başlanmadan önce, yıkım işlemi sırasında vuku bulabilecek bilcümle zarar için, 3. kişileri de kapsayan bir mali mesuliyet sigortası yaptırılmasında yarar olduğu açıktır.

Riskli yapıların bulunduğu parseller üzerinde yapılacak uygulama.

Yıkım işleminin tamamlanmasından sonraki sürecin, iyi niyetten yoksun malik ve müteahhitlerin diğer malikleri yıldırma amacı ile kullanıldığı görülmektedir.

Bu nedenle yıkımdan sonraki hukuki prosedürü düzenleyen yasanın 6. maddesi hükmü ile 15.12.2012 tarihli yönetmeliğinin 15. maddesi hükmü üzerinde durulması gerekir.

a- Yıkılan binanın arsası malikleri adına ve hisseleri oranında tapu kütüğüne kaydedilir. (6306/ 6).

b- Parselin (arsanın) malikleri tarafından değerlendirmesi esastır. (6306/6, Yön.15/1). Yıkılanın yerine yapılacak uygulamaya malikler 2/3 çoğunluk ile karar verir. (6306/6, Yön.15/2)

c- Yıkılan bina arsasında (parsellerde) münferiden veya birleştirilerek uygulama yapılmasını, yeniden bina yapılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ile yeniden değerlendirilmesine oy birliği ile karar verilememiş ise riskli yapının değeri SPK'ya kayıtlı değerleme kuruluşlarına tespit ettirilir ve tüm malikler toplantıya çağrılır (Yön.15/2).

d- Bu toplantıda 2/3 çoğunluğun kararına katılmayan paydaşın/paydaşların hissesi diğer maliklere arttırma yolu ile satılır. Paydaşlara satış gerçekleşmediğinde bu payların rayiç bedeli bakanlıkça ödenir ve hazine adına tescil edilir (6306/ 6,Yön. 15/3). Diğer maliklere satılamayan hisse/hisseler TOKİ aracılığı ile değerlendirilir.

(Çoğunluk kararına katılmayan paydaş hisse/hisselerin satış yöntemi 02.07.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve o tarihte yürürlüğe giren yönetmelikte daha detaylı belirlenmiş olmakla söz konusu payların satışına ilişkin düzenlemeye yazının sonundaki "Uygulamaya İlişkin Sair Hüküm" bölümünde yer verilmiştir.)

- Öncelikle kabul etmek gerekir ki üzerindeki riskli yapı yıkılan taşınmaz, daha önce ister kat mülkiyetine ister paylı/müşterek mülkiyete tabi bulunsun, TMK'nın 698 maddesi hükmüne dayalı bir ortaklığın giderilmesi davası açılması kesinlikle söz konusu değildir. 6306 Sayılı Yasa gereği riskli binayı yıkan **kanun koyucunun, "can ve mal güvenliği kriterlerine uygun yeni bir bina yapımı için malikleri icbar etmek amacı" ile hareket ettiği** gözetildiğinde bunun aksinin düşünülmesi yasanın özüne ve ruhuna aykırıdır.

Yasa koyucunun bu amacı yasanın 6.maddesi hükmünde **"parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır"** kuralı ile açıkça belirlenmiş, **aynı söylem 15.12.2012 tarihli Yönetmeliğin 15/1 maddesi hükmünde tekrarlanmıştır.**

- Riskli yapıların üzerinde bulunduğu parsellerde yapılacak uygulamayı belirleyen 15.12.2012 tarihli yönetmeliğin 15. maddesi 2. fıkrasında, sözü edilen muhtelif seçenek arasında bir öncelik sırası gözetilmemiş, seçenekler gelişigüzel yazılmıştır. Bu **seçenekler içinde ilk sırada gözetilmesi gereken olasılığın yeni "bina inşaatının malikler tarafından yaptırılması" şıkkı** olduğu kuşkusuzdur.

Bu itibarla **yeni bina inşaatın parsel maliklerince** hisseleri oranında finanse edilerek **yapımı mümkün ise, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı sureti ile bir inşaat** şekli **söz konusu dahi olmamalıdır.**

Bu fıkrada yer alan "payların satımı" seçiminin ise yeni bina inşaatına katılmak istemeyen malik/malikler için, cebri satıştan önce hisselerini değerlendirmek üzere, en son seçenek olarak getirilmiş bir hak olduğu düşünülebilir.

15.12.2012 tarihli yönetmeliğin 15. maddesi hükmünü değiştiren 02.07.2013 tarihli yönetmeliğin 9. maddesinde yer alan" arsanın satışına karar verilmiş ise bu satışın öncelikle Bakanlık, İdare ve TOKİ'ye teklif edilmesi gerekir" yolundaki bir hükme neden gerek görüldüğü sorusuna mantıklı bir gerekçe gösterilmesi mümkün değildir. Mülkiyet hakkının serbestçe değerlendirilmesini getirilen bu sınırlamaya uyulmamasının sonucu da belirsizdir.

Madde hükmünün yukarıda belirtilen öncelik sıralaması gözetilmeksizin uygulanabileceğinin düşünülmesi "güçlünün gerekçesi daha geçerlidir" söylemi doğrultusunda 2/3 çoğunluğun, sağduyu ve mantık kuralları aksine, 1/3 azınlık payı ezmesi sonucunun peşinen kabulü anlamındadır.

- Madde 15/2 de yer alan diğer bir seçenek olan **"parsellerin tevhit edilmesine, birleştirilerek uygulama yapılmasına"** ilişkin durumun söz konusu olabilmesi için yıkılan binaya ait parselin yürürlükteki imar mevzuatına göre inşaat yapımına elverişli olmaması gerekir. Şayet söz konusu parselin tek başına yeni bina yapımına elverişli bir imar durumu mevcut ise komşu bir parsel ile birleştirilmesi ancak bu durumda daha elverişli bir imar durumu elde edilecek ise söz konusu olmalıdır.

- Riskli yapı arsası üzerinde yukarıda sözü edilen uygulama şekli konusunda parsel malikleri arasında görüş ayrılığı varsa, uygulamada 2/3 ekseriyeti oluşturan paydaşların riskli bina değerini tespit ettirip 1/3 azınlığı teşkil eden paydaşları, görüşecek gündemi belirleyip noter aracılığı ile toplantıya davet ettiği (Yön.15/2), toplantıda da diledikleri uygulama şeklini azınlık hisseye dayattığı görülmektedir.

Toplantı sonrasında 2/3 çoğunluğun aldığı karar bu karara katılmayanlara noter aracılığı ile tebliğ edilmekte ve 15 gün içinde 2/3 kararına katılmayan malik hissesinin açık arttırma yolu ile satılacağı bildirilmektedir.

Açıkça görüldüğü gibi, 6306 Sayılı Yasa ile bu yasanın uygulamasına ilişkin 15.12.2012 tarihli yönetmelik 2/3 çoğunluğun diğer pay sahiplerine tahakküm etmesine dolayısı ile de bir hakkın TMK'nın 2. maddesi emredici söylemine aykırı olarak kullanılması sonucunu doğuran hükümler içermektedir.

Yasa'nın kötü niyetli uygulaması halinde izlenecek yöntem

6306 Sayılı Yasa'nın **"mevcut yapının can ve mal emniyetini sağlayacak gibi maliklerince yeniden inşa edilmesi"** olan **asli amacı**nın göz ardı edilip yasa uygulamasının 2/3 ekseriyetin, mantık/sağduyu ve iyi niyet kuralları dışında, azınlık paylarını mağdur etmesine cevaz vermek şeklinde yürütülmesi vatandaşın mağduriyetine yol açacağı gibi yargı erkine de bu yolda açılacak tazminat davalarına bakmak yükünü getirecektir. Vatandaşın kaybolmuş hakkını geri getirmeyecek olan bu kabil davaların ancak kısmi bir tatmin sağlayacağı açıktır.

Bu koşullar altında 15.12.2012 tarihli Yönetmeliğin 15/2 maddesi hükmünde öngörülen prosedürün öncelikle, yukarıda değindiğimiz sıralama gözetilmeksizin, 2/3 ekseriyetin olağan hayat tecrübesine açıkça aykırı bir kararı bu karara katılmayan paydaşları iyi niyet kurallarına aykırı olarak diretmesi halinde bu sorunun aşağıdaki yöntem izlenerek hukuk mahkemesine taşınabileceği kanısındayız .

- Yönetmeliğin 15/2 maddesinde söz konusu toplantı daveti ile gündemi alan ve bu suretle 2/3 ekseriyet niyet ve kararından haberdar olan, yukarıda belirttiğimiz makul ve haklı nedenlerle olağan hayat tecrübesine aykırı ekseriyet kararına katılmayan paydaş bu karara neden katılmadığını, madde 15/2 de öngörülen olasılıklardan hangisini neden tercih ettiğini gerekçeleri ile birlikte açıklayan bir beyanı noter aracılığı ile toplantı davetini yapan tarafa göndermelidir. Bu bildirimin noter aracılığı ile yapılması elzemdir. Zira 2/3 ekseriyetin, karara katılmayan 1/3 azınlığın bu yoldaki beyan ve gerekçelerini toplantı zaptına hiç veya gereği gibi geçirmeyeceği açıktır.

- Toplantıda alınan 2/3 ekseriyet kararı noter aracılığı ile bu karara katılmayan paydaşlara,15 gün içinde katılmadıkları taktirde paylarının açık arttırma ile satılacağı ihtarı ile, tebliğ edildiğinde bu paydaşların cevabi bir ihtarname ile, hisselerinin satılması tehdit ve tehlikesini bertaraf etmek için, iyi niyet kuralları ve sağduyuya aykırı olan karara katılmak zorunda kaldıklarını bildirdikten sonra, mevcut koşullar dairesinde katılmaya icbar edildikleri bu kararın iptali talebi ile Hukuk Mahkemesine başvurmaları gerekir.

- Söz konusu kararın, uygulamanın ihtiyati tedbir yolu ile durdurulması ve iptali istemi ile açılacak bu davanın hukuki gerekçesi Borçlar Kanunu 37/1 maddesi hükmünde yer alan korkutma/ ikrah halidir. Borçlar Yasasının 38. maddesin de sözü edilen, mal varlığına yönelik zarar tehlikesinin böyle bir durumda varlığı tartışmasızdır.

Uygulamada, toplantı davetini yapan 2/3 ekseriyete sahip bir inşaat şirketinin bu konuda ikinci bir teklif dahi olmaksızın inşaatın kendisi tarafından yapılmasına, imar mevzuatının ileride değişmesi ve yeni inşaat hakkı kazanılması halinde diğer paydaşların bu haklarından peşinen feragat etmiş sayılacaklarına ilişkin bir kararı, paylarının satılması tehdidi ile azınlık hissedarlara zorla kabul ettirme istemine kadar varan TMK'nın 2. maddesi hükmüne aykırı örneklere rastlanmaktadır.

Bu veya benzer koşullar altında, hissesinin satılması korkusu altında 2/3 ekseriyet kararına bizzarur katılan bir paydaşın açtığı bu kabil bir davada yasaların emredici hükümleri uygulanacaktır.

Yeni inşaatın tabi bulunduğu yasal düzenleme

- 6306 Sayılı Yasa'nın "Uygulanmayacak Mevzuat" başlıklı 9. maddesinde bir kısım yasa sıralanmış ve "bu **yasaların 6306 uygulamasını engelleyici hükümleri ile sair kanunun bu kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz"** denildikten sonra, maddenin devamında "**ancak** bu kanunun öngördüğü uygulamalar sırasında bahsedilen kanunların **amaçları ayrıca gözetilir"** hükmüne yer verilmiştir.

  Öncelikle kabul etmek gerekir ki, uygulanmayacak mevzuat arasında Türk Medeni Kanunu ile 634 sayılı sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na yer verilmemiştir.

  Maddenin devamında yer alan, **sair kanunun bu kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz ibaresi** ise bu söylemi takip eden "**ancak** uygulamalar sırasında kanunların **amaçları ayrıca gözetilir**" ibaresi ile ortadan kaldırılmıştır.

  Bu itibarla, çelişen iki zıt sonuç içeren bu cümlenin yok hükmünde olduğunun, ayrıca "ancak amaçları ayrıca gözetilir" ifadesinin, "uygulanmaz" söyleminden baskın olduğunun kabulü gerekir.

  Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, **riskli yapıyı yıktıran yasa koyucunun amacı** bu binayı daha güvenli olarak inşa ettirmek sureti ile **can ve mal emniyetini sağlamaktır. Bu nedenle asıl olan, malikler oy birliği ile aksine bir karar vermedikçe, yıkılan binanın aynen yeniden inşa edilmesidir.** Gayet tabidir ki yıkılan 5 katlı bina yerine 10 katlı bir bina yapmak imkanı mevcut ise bu imkandan malikler 634 Sayılı Yasa'nın bu konudaki düzenlemesi dairesinde yararlanacaklardır.

- Yıkılan binanın eskisi gibi, vasfı ve kullanım şekli değiştirilmeksizin, yeniden inşa edilmesi halinde bir sorun yoktur.

  Bunun aksine yeni binanın vasfı ve önceki kullanım şeklinin değiştirilmesi isteniyor ise, TMK'nın 692. maddesinde yer alan **"taşınmazın kullanım şeklinin değişmesi"** veya **"olağan kullanım şeklinin gerekli kıldığı bir inşaata girişilmesi"** söz konusudur. **Bu durumda paydaşların oybirliği ile karar vermesi zorunludur**.

  Örneğin, tapu kaydına göre altında mağaza diğer katları konut olan apartman vasıflı bina yıkıldığında bu kullanım şeklinin (vasfın) İş Merkezi veya Otel olarak değiştirilerek inşa edilebilmesi için maliklerin oybirliği aranacaktır.

6306 Sayılı Yasa amacının, riskli yapıyı yıkıp yerine can ve mal emniyetini sağlayan bir yapı inşa etmek olduğu gözetildiğinde bundan farklı düşünmek mümkün değildir. **Çünkü yasa koyucu amacının, vatandaşın konutunun bulunduğu binayı yıkıp yerine iş merkezi veya otel yapmak isteyen 2/3 ekseriyete sahip çıkarcılara fırsat yaratmak olmadığı açıktır.**

Bu itibarla, yapılacak yeni inşaat için ayrıca 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24 ve 44. maddeleri hükümlerinin dikkate alınması ve kıyasen uygulanması gerekir.

634 Sayılı Yasa'nın bu hükümlere göre, binanın ortak alanlarına yapılacak inşaat için maliklerin oy birliği kararına ihtiyaç vardır. Örneğin yıkılan apartmanın kazan dairesi ve kömür deposu olarak kullanılan ortak alanın veya bahçesinin yeni inşaata bağımsız bölüm olarak katılabilmesi için tüm maliklerin oybirliği ile karar vermesi gerekir.

Keza, yeni imar durumunun elvermesi halinde yıkılan binanın çatı katının tam kata dönüştürülmesi, son kat üzerine ilave kat/katlar inşa edilebilmesi de maliklerin oy birliği ile karar almasına bağlıdır.

- Yeni inşaatın yukarıda belirtilen yasa hükümleri dairesinde aynen ve maliklerce yapılması için karar alındığında, önceden kat mülkiyetine konu teşkil eden taşınmazlarda kural olarak her bir malikin arsa payının aynı kalması ve önceki bağımsız bölümünün bina üzerindeki konumunun değişmemesi gerekir.

  Bunun aksinin düşünülmesi ve uygulamada karşılaşılan, "bina yıkılıp arsa şekline dönüştüğüne göre önceki fiili ve hukuki durum son bulmuştur, dairelerin katlardaki yeni konumunun kura çekilerek belirlenmesi gerekir" yolundaki düşünceye katılmak mümkün değildir.

  Kat mülkiyeti konusu iken yıkılan bir binada önceden mevcut arsa paylarının yeni yapılacak inşaatta değişmesi ancak taşınmaza yeni bağımsız bölüm kazandırılması halinde mümkündür.

  Yeni inşaat için alınacak tekliflerin malikler kurulunca değerlendirilmesi ve inşaatın hangi müteahhide hangi koşullar ile verileceği konusunda karar alınması gerekir.

  Uygulamada sıkça rastlandığı gibi, malikler arasında ki bir müteahhidin bu inşaatı ben yaparım yolundaki istemi yasal dayanaktan

yoksundur. O müteahhidin yasal hakkı bu konuda teklif vermekten ibarettir.

Uygulamaya ilişkin sair hüküm

- 6306 Sayılı Yasa'da, riskli yapının güçlendirilmesine ilişkin bir söylem, uygulama işlemleri başlıklı 6. maddenin 8. fıkrasında yer almaktadır.

  Bu fıkrada, riskli alan ve rezerv yapı alanı dışında yer alması kaydı ile, "güçlendirilebileceği teknik olarak tespit edilen yapılar için güçlendirme kredisi verilebilir" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hüküm 6306 Sayılı Yasa uygulamasında yapının güçlendirilmesinin de söz konusu olduğunu ortaya koymakta ise de, yasada ve yönetmeliklerde güçlendirme olasılığına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

Bir yapının yıkılıp yeniden inşa edilmesinin ekonomik yük getiren bir yöntem olduğu gözetildiğinde, 2007 deprem yönetmeliği şartlarını karşılamayan bir binanın özellikle yaşı gözetilmek sureti ile, yıkıma gidilmeksizin güçlendirme yolu ile ekonomiye kazandırılmasının mümkün olup olmadığının 6306 Sayılı Yasa'da dikkate alınmamış bulunması büyük bir eksikliktir.

Bu eksikliğin, riskli yapının güçlendirme yolu ile güvenli hale getirilmesinin yıkılıp yeniden inşa edilmesinden daha ekonomik ve dolayısı ile rasyonel olup olmadığının araştırılması sureti ile giderilmesi mümkündür.

Bunun için "riskli yapı raporu düzenleyen kurumlar, inceleme konusu yapının güçlendirme yolu ile ekonomiye kazandırılmasının mümkün olup olmadığını, mümkün olması halinde bu yöntem maliyetinin yıkıp yeniden inşa etmekten daha ekonomik olup olmadığını raporlarında incelemek ve vardıkları sonucu açıkça belirtmekle yükümlüdür" yolunda bir düzenlemeye gidilmesi düşünülebilir.

- Yasanın uygulamalar başlıklı 6. maddesi 10. fıkrasındaki hükmün yazılış şeklinden, bu kanuna dayalı tebligatların "adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere" yapılacağı anlamı çıkmaktadır. Nitekim bugüne kadar yapılan uygulamada tapu idaresi malikin tapuda kayıtlı adresine değil, Mernis de ki adresine tebligat yapmaktadır.

  15.12.2012 tarihli yönetmeliğin 7. maddesi 5.bendinde de tebligatın Ulusal Adres Veri Tabanındaki adrese, Tebligat Yasası uyarınca

yapılacağı yazılıdır. Yasanın tebligata ilişkin düzenlemesinde bundan başka bir hüküm yoktur.

Bu durumda, örneğin riskli yapı belirlemesinin tebliğ edileceği malik Mernis sisteminde kayıtlı değilse tebligat nasıl yapılacaktır sorusu gündeme gelmektedir. Bu yolda da " Tebligat yapılacak kişinin Mernis de kayıtlı adresi yoksa 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır" şeklinde bir ek düzenlemeye gidilmesi düşünülebilir.

- 15.12.2012 tarihli yönetmeliğin "riskli yapıların tespiti ve itiraz" başlıklı 7. maddesi 3.bendinde "her yapı için sadece bir adet riskli yapı tespiti düzenlenebilir" hükmünün aşağıdaki gibi algılanması ve uygulanması gerekir :
- Lisanslı kuruluş tarafından usulüne uygun olarak düzenlenmiş olmasına rağmen yetkili kurulca kabul görmeyen bir riskli yapı tespiti mevcut ise, aynı yapı için ikinci bir riskli yapı tespiti talebinde bulunmak mümkün değildir.
- Riskli yapı tespitine itiraz eden malik şayet bu itirazına söz konusu binanın riskli yapı olmadığını belirleyen bir lisanslı kuruluş raporuna dayandırıyor ise bu itirazı değerlendiren yetkili kurul, farklı sonuç içeren iki tespit raporundan hangisine itibar edileceğini incelemelidir.
- Yasanın uygulanmasına ilişkin 15.12.2012 tarihli yönetmeliğin 15. maddesi hükmüne 15/A fıkrasını ekleyen 02.07.2013 tarihli yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca, 2/3 ekseriyet kararına katılmayan paydaş hissesi satışı için belirlenen yöntem aşağıdaki gibidir :
- 2/3 ekseriyetin arsanın yeniden değerlendirilmesi konusunda aldığı karar ve bu konuda ki anlaşma şartları, değerlendirme kuruluna tespit ettirilen değer ile birlikte Müdürlüğe bildirilir.
- Söz konusu karara katılmayanların arsa paylarının rayiç değerinin tespit ve satış işlemini yapmak üzere Müdürlük bünyesinde 3 kişilik "Bedel Tespit Ve Satış Komisyonu" oluşturulur. Bu komisyon satılacak payın rayiç değerini, değerlendirme komisyonu tespit değerini de gözetmek sureti ile, belirler.
- Müdürlük satış, yer ve zamanını tüm maliklere elden veya Mernis adresine taahhütlü posta ile tebliğ eder. **Taahhütlü gönderinin postaya verildiği tarihi izleyen 10. gün sonunda bu tebligat gönderilene yapılmış sayılır.**

Yorum gerektirmeyen bu hüküm, 6306 Sayılı Yasa düzenlemesinde hakim olan ve uygulamadaki temel yasa hükümlerini yok sayan zihniyetin bu yoldaki özensizliğini ne kadar ileri götürdüğünün açık bir örneğidir.

- Tebligatlarının yapılmasından en az 7 gün sonrası için belirlenecek olan arttırma yoluyla satışa 2/3 paydaş grubu dışındakiler katılamaz. Ancak payı satılan hissedar salona alınır. Satış, tespit edilen değerden az olmamak üzere, en yüksek bedeli verene yapılır. Bu kişi 7 gün içinde satış bedelini yatırmaz ise satış 2. en yüksek teklifi verene yapılır. Satış bedelinin yatırılmasından sonra Müdürlük, satılan bedelin tescil işlemi için tapuya bildirim yapar.

  Satış işlemi tamamlanıp Satış Komisyonunca karara bağlanmadan önce satış konusu hisse sahibi 2/3 ekseriyet kararına katıldığında satış işlemi geçersiz sayılır.

  Anayasa teminatında ki mülkiyet hakkına, bu mülkiyet hakkının garantisini teşkil eden temel düzenlemeyi içeren TMK ile 634 Sayılı Yasa'nın emredici hükümlerine açıkça aykırı olarak "ben yaptım oldu" yöntemi ile hazırlanmış 6306 Sayılı Yasa, devenin neden boynun eğri sorusuna verdiği yanıtı anımsatmaktadır.

  Yasa'nın, yukarıda dile getirilen sorun ve kaygılar dikkate alınmaksızın halihazır tatbikatında olduğu gibi, açık haksızlığa ve özellikle de hakkın kötüye kullanılmasına cevaz verecek şekilde uygulanması halinde T.C Devletinin, vatandaşın bu nedenle maruz kaldığı zarar nedeni ile kayda değer bir tazminat yükümlülüğüne maruz kalacağı açıktır.

MEDENİ HUKUKUN BAZI TEMEL KAVRAMLARI[1]

Doç. Dr. Herdem BELEN[2]

I. GİRİŞ

Borçlar Hukuku Genel Hükümler Sempozyumu başlığı altında iki gün içinde yapılacak değerlendirmeler, belirlediğimiz bazı konular hakkında hem kavram bilgisi verme hem yasal düzenleme irdeleme ekseninde olacaktır.

Medenî Hukuk Temel kavramları, hukuk fakültesi birinci sınıflarda, başlangıç konularını oluşturmaktadır. Bütün içeriğiyle, bütün hukuk yaşamı boyunca, ekmeği yenilen bilgilerdir. Bu belirleme, öğrenme, sürekli tekrar etme, hep anımsama gereğini getirmektedir.

Genel Hükümler Sempozyumu, temel kavramlara bir çerçeve çizmektedir. İlk tebliğin adı da yasal düzenlemenin bazı başlıkları ile irdelenecek kavramlar hakkında ipuçları vermektedir. Bunun için fasıl adı, ayırım adı, ayırım adını izleyen başlıklara bir göz atmak gerekmektedir: **İlk Fasıl** Genel Hükümler; **İlk Ayırım** Sözleşmeden Doğan Borçlar, **ayırım adı sonrası başlıklar** (A) Sözleşmenin Kurulması, (I) İrade Açıklaması şeklinde sıralanmaktadır. Bütün başlıkların bizi vardıracağı **üst kavram, hukukî olay**dır: Bu başlık altında, çatallanacak irdeleyişin hedefi olarak varılacak çekirdek (özde yer alan) kavramlar, sözleşme ile malvarlığıdır. Yukarıdan aşağıya gidişte izlenecek sıralama iki nokta arasındaki en kısa yolu bulduracaktır. Birden fazla yolla birden fazla doğruyu.

Öncelikle hukukî (hukukun sonuç bağladığı) olaydan, sözleşmeye vardıracak yollar yürünecektir. Başlıklar sırasıyla şunlardır: Hukukî fiil (sonuç bağlanan insan davranışı), hukuka uygun (olumlu sonuç bağlanan) fiil, irade (bir konudaki kararlı, güçlü istek) açıklamaları, hukukî işlemler (belirli sonuca yönelik irade açıklamaları), sözleşmeler ([çoğunlukla] iki ya da [bazen] çok taraflı hukukî işlemler)[3].

---

1 Metin, 16-17 Haziran 2012 tarihlerinde, Muğla Barosu'nca Bodrum'da düzenlenen Borçlar Hukuku Genel Hükümler Sempozyumu'nda sunulan **Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları Ve Borçlar Kanununun Düzenleme İlkeleri Işığında Sözleşmenin Kurulması** Başlıklı Ilk Tebliğin Ilk Bölümüdür.

2 Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı öğretim üyesi.

3 Hukukî olay çıkış noktasından, hukukî işleme varan yolu belirlemede ayrıntılı bilgi için

Çekirdek kavramlardan ikincisi malvarlığına gelince: Malvarlığına gidişteki hareket noktası, önceki varış noktası sözleşmedir. Açıklamalar öncesi sözleşme ile bağı kuran bilgileri anımsamak yarar sağlayacaktır. Genel Hükümler faslının ilk **Ayırımı Sözleşmeden Doğan Borçlar**; hukukî işlemlerin, günlük yaşamda en çok karşılaşılan türü sözleşmenin, çoğunlukla borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu kabulünü ayırımın adına taşımıştır. Öyleyse malvarlığından sonra malvarlığını etkileyen işlemler; ardından malvarlığında azalma-artış oluşturan işlemler; içerikleri borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi (malvarlığında azalma oluşturan), kazandırıcı işlem (malvarlığında artış oluşturan) alt başlıkları açıklanacaktır.

İnceleme hakkında kısa bir ön açıklama yapalım: Metinde, kavramlar hakkında verilen bilgilerin kapsamı farklılık göstermektedir. Bunun nedeni gerek hukuk öğreniminde gerek uygulamada anlatılması, anlaşılması güçlük taşıyan kavramlara ağırlık verme yönündeki tercihimizdir. Bu tür güçlük barındırmayan kavramlara ise kısaca değinilmiştir. Bunun nedeni ise başlıca kolaylaştırıcı sistematik kurmadır.

II. İRADE AÇIKLAMALARI

Hukukun ilgilenerek sonuç bağlamasıyla **hukukî fiil (eylem)** adını alan insan davranışlarının alt başlıkları, **hukuka uygun** ve **hukuka aykırı (borca aykırılık, haksız fiil) eylemler** olarak ikidir. Hukuka uygun eylemlerin alt başlıkları, **duygu açıklamaları**; **düşünce, bilgi (tasavvur) açıklamaları**; **irade açıklamaları** olarak üçtür. İrade açıklamalarının alt başlıklarıysa **hukukî işlemler**, **hukukî işlem benzerleri**, **maddî eylemler** olarak üçtür. **(Sözleşmeler, hukukî işlemlerin alt başlıklarındandır)**[4].

Sözleşmenin tam yerini belirlemede, hukukun sonuç bağlama boyutunu biraz daha vurgulamak yarar sağlayacaktır. İrade açıklamaları, bir konudaki kararlı, güçlü istek açıklamaları olarak nitelenebilecektir. Bu,

bkz. AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 16 vd; DURAL/SARI, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Bölümleri, İstanbul 2012, s. 187 vd; HATEMİ, Hüseyin, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 2012, s. 149; OĞUZMAN/BARLAS, Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, İstanbul 2012, s. 177-180; PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, München 2013, (PALANDT/Ellenberger), Überbl v § 104, Rn 4 vd; SCHMIDT, Rolf, BGB Allgemeiner Teil, Grundlagen des Zivilrechtes Aufbau des zivilrechtlichen Gutachtens, Bremen 2006, 3. Auflage, Rn 192 vd; SCHWARZ, Andreas, Medenî Hukuka Giriş, (Çev. VELDET, Hıfzı), İstanbul 1946, s. 143 vd; SEROZAN, Rona, Medenî Hukuk (Genel Bölüm - Kişiler Hukuku), İstanbul 2011, s. 191-196.

4 İrade açıklamaları, alt başlıkları hakkında bilgi için bkz. AYBAY, s. 17; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997, § 22 Rn 5 vd; WOLF/NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München 2012, § 28 Rn 2 vd.

üç alt başlığın ortak yönüdür. Ancak başlıklar, içeriğin oluşturulmasında bir nebze farklılaşmaktadır. Üç alt başlık, ifade ederek açıklama, maddî sonuç ortaya koyarak açıklama şeklinde iki alt başlığa ayrılabilecektir.

Hukukî işlemler, hukukî işlem benzerleri; kararlı, güçlü istek açıklamasının ifadeyle [anlatarak] ortaya konulduğu hukukî eylemlerdir (bu iki eylemde -çoğu kez en azından- ayinesi laftır iradenin, örneğin, "IPad'imi 500 TL'ye satıyorum, alır mısın?" [sözleşme önerisi, hukukî işlem]; "Ben IPad'i teslim ettim; sen de paranı öde artık!" [temerrüt ihtarı, hukukî işlem benzeri]). Maddî eylemler ise kararlı, güçlü istek açıklamasının dış dünyada **maddeleştirilen şeyle** ortaya konulduğu hukukî eylemlerdir (bu eylemde ayinesi iştir iradenin; örneğin, yonttuğum taşa şekil verdim, heykel yaptım, **işleyerek** değerini artırdım, sahibi benim, MK m. 775], **hususiyeti** olan bir şey ortaya çıktıysa **eser yarattım**, eser sahibi benim, FSEK m. 1/B bent a, b)[5].

Eylemle ortaya çıkarılan maddî sonuca yoğunlaşan bu tarz bir belirleme, kararlı güçlü isteği, "bilinç"ten biraz (daha) uzaklaştıracaktır[6]. Hukukun sonuç bağlaması, davranışı koruması anlamı taşıdığı üzere, belirleme yerinde, hayata da uygundur. Böylece maddî eylemlerde, fiil ehliyeti koşullarından ayırt etme gücünün (davranışlarının sonucunu öngörüp, öngörüye de uygun davranmaya dair akıl durumu) eksikliği, maddeleşen sonucu, davranışın ilgilisiyle ilişkilendirerek tanımaya engel değildir. Örnekle birleştirelim, eseri yaratan, ayırt etme gücü olmayan insan (kişi) olduğunda da adı eser sahibidir, korunacaktır, bununla FSEK'in amaç maddesi gerçekleşecektir (FSEK m. 1).

---

5 Burada 5846 sayılı Fikir ve(ya) Sanat Eserleri Kanununun konusunu oluşturan eser kavramının unsurlarından **"somutlaşma"**yı kısaca anmak yarar sağlayacaktır. Somutlaşmadan kasıt eserin -ilim, musiki, güzel sanat, sinema eserlerinden- ait olduğu tür bağlamında, eser sahibi dışındaki kişiler tarafından, beş duyudan seslendiklerince algılanabilir şekilde ortaya çıkmasıdır. Güzel sanat eseri -görülesi eser- görme duyusuna seslenecek biçimde ortaya çıktığında, yağlı boya tablo örneğinde, tablo bittiğinde somutlaşır. Müzik eseriyse -dinlenesi eser- melodiyle -sesle- ifade edildiği için notaya dökülmesinden bağımsız, seslendirilebildiğinde (ıslıkla, gitarla, piyanoyla çalındığında), işitme duyusunca algılanabilmesiyle somutlaşır. Tıpkı bunun gibi **hukukî işlemlerde ifadeden** kastımız, **iradenin** sadece **ortaya dökülmesi**, **isteğin açığa vurulmasıdır**.

6 **Biraz daha**yı biraz açalım: Hukukî işlem benzerlerinde, hukukun sonuç bağlaması, sonucun istenmesinden, öngörülmesinden bağımsızdır. Bir anlamda hukuk bilinçli isteği (iradeyi) varsa da bir yana bırakmaktadır. Orada sadece ifadeye sonuç bağlarken, burada sadece maddeleşmeye (cisimleşmeye) sonuç bağlamaktadır! (Oysa irade açıklamalarının üçüncü alt başlığı için bkz. karş. aşağıda **III. HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI – EN YAYGIN TÜR: SÖZLEŞMELER** başlığı altındaki açıklamalar).

III. HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI - EN YAYGIN TÜR: SÖZLEŞMELER

Bir konudaki kararlı, güçlü istek açıklamasını ortaya koyuş, belirli bir sonucu öngörüp isteme, o sonuca yönelik iradeyi ortaya koyma (irade açıklaması) yoluyla gerçekleştiğinde, yapılan, hukukî işlemdir.

Hukukun, istenen sonucu bağladığı (hukuk düzeninin içerikteki isteği tanıdığı) irade açıklamaları, sonucun doğması için gerekli irade beyanı sayısı açısından yapılan ayrımla, tek taraflı ve çok taraflı hukukî işlem alt başlıklarını getirir. Tanıma (MK m. 295), vasiyetname (MK m. 531 vd), mirasın reddi örneklerinde (MK m. 605 vd), tek kişinin, işlemde konum belirleyen kavramla tek **taraf**ın irade açıklaması, hukukî sonucun doğması için yeterlidir. Günlük yaşamda bu hukukî işlemlerin sayısı, diğer başlık altındakilere oranla azdır.

Çoğu zaman hukukî sonucun doğması için birden fazla konumu işgal eden kişinin (**taraf**ın) iradelerini açıklaması gerekir; hukukî işlemler, çok taraflı olur. Çok taraflı hukukî işlemler, birden sonraki en az taraf sayısıyla iki **taraflı** hukukî işlemler ve kararlar başlıklarıyla irdelenir. İki taraflı hukukî işlemler çoğunlukla sözleşmelerdir (eşitlikle ifadesi yanlış olmayacaktır: iki taraflı hukukî işlemler = sözleşmeler)[7].

Sözleşmeler karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur (BK m. 1/I). Sözleşmenin kurulmasında, iradeler ilgilisine yöneltilerek açıklanmalıdır. Zaman olarak önceki irade açıklaması (sözleşme yoluna ilk çıkan) **öneri,** sözleşme yapmak üzere göze kestirilen (hedefe) **muhatab**a yöneltilmelidir. İlgilisince (**muhatap**) ilk açıklanana (**öneri**) uygun düşen karşı irade açıklamasıyla (**kabul**) sözleşme kurulacaktır ("Almayı düşünürsen [yönelme anlatır] IPad'imi 500 TL'ye **satıyorum!"** açıklamasına uygun karşı açıklama **"alıyorum"** sözüdür). İki irade açıklamasının

7 Hukukî işlem başlığı altında, hukukî sonucun doğması için gerekli irade beyanı sayısı açısından yapılan ayrımlarda, sözleşmelerin yeri, taraf sayısı hakkında bilgi için bkz. AYBAY, s. 19; BROX/WALKER, Allgemeines Schuldrecht, 36. Auflage, München 2012, § 3 Rn 2 vd; DURAL/SARI, s. 196-199; EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 165-167; HATEMİ, s. 150-152; HÜBNER, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin 1996, Rn 614 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 46-47; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, (Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme), İstanbul 2010, s. 94-98; LARENZ/WOLF, § 23 Rn 2 vd; MEDICUS/PETERSON, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 9. Auflage, München 2011, Rn 33 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 180-181; PALANDT/Ellenberger, Überbl v § 104, Rn 11 vd; SCHMIDT, Rn 197 vd; SCHWARZ, s. 150-154; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 102-107; von TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku Umumî Kısım, Cilt 1-2, (Çev. EDEGE, Cevat), Ankara 1983, s. 134, 137 vd; WOLF/NEUNER, § 28 Rn 1 vd.

toplamının sözleşme etmesi için sözler birbirini tamamlamalıdır. Uygunluktan kasıt budur.

Çok taraflı işlemlerden kararlarda, ikiden fazla kişi, aralarında iç ilişki bulunacak şekilde bir hukukî ilişki sürdürmektedir (paylı mülkiyet gibi, MK m. 688 vd). İlişki yürütülürken karşılaşılan sorunlar, ilgili düzenlemelerde belirlenen -yeter- sayıdaki iradenin aynı yönde açıklanmasıyla aşılacaktır. Sözleşmeden farklı noktayla, karardan söz edebilmede yanıt bekleyen soruya, aranan çoğunluğu -karar yeter sayısını- sağlayacak sayıda kişinin aynı yanıtı vermesi gerekmektedir. Örneğin, "Paylı mülkiyete konu taşınmazımızı kiralayalım mı?" sorusuna çifte çoğunluğun (hem pay oranı hem paydaş sayısı) "evet" demesi gerekir (MK m. 691/I). Başka deyişle yeter sayıda kişinin aynı şeyi söylemesi gerekir (birbirine uyan şeyi değil). Böylece alınan kararlarla, geçerli işlem yapılacaktır[8].

Geldiğimiz aşamada bir kısmı tekrar oluşturacak bilgilerle devam edelim: Hukukî işlemler içinde, günlük yaşamda en çok karşılaşılan tür, sözleşmelerdir. Hem eski hem yeni Borçlar Kanunu, sözleşmeyi temel alarak hükümlerini getirmektedir. Bu bağlamda iki kanun da metin öncesi son başlıkla, Sözleşmelerin Kurulması sözleriyle başlamaktadır. Sözleşmelerin nasıl kurulacağı sorusunun yanıtını veren ilk hüküm uyarınca sözleşmeler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun **irade açıklamalarıyla kurulur;** hukuk sahasında **varlık** bulurlar. İradenin açıklanması, **açık** veya **örtülü** olur (BK m. 1).

İrade açıklamalarında tür ayrımlarından birisinin ölçütünü de oluşturan, **açık** ve **örtülü** kavramlarına kısaca değinmek yarar sağlayacaktır[9]. **Açık irade** açıklamasında, **taraf(lar)ın** hukukî sonuca yönelik **arzusu (isteği)**; "irade açıklaması var" demede, başkaca herhangi bir şeye başvurmak gerekmeksizin, iradeyi ortaya koyan davranıştan anlaşılacak şekilde ortadadır[10]. **Katmerlisinden (a'lasından)** geriye, yasal geçerlik şekillerini

8 Müşterek (ortak) işlemler, çok taraflı işlemler başlığı altındaki ayrımın dışında yer almaktadır. Bir tarafın irade açıklaması, birden fazla kişinin irade açıklamasının birleşmesiyle oluştuğunda, karşımızda müşterek işlem vardır. Dört üniversite öğrencisinin, sahibinden kiraladıkları ev örneğinde; tek kişi malik iki taraflı işlem kira sözleşmesinin bir tarafını (kiraya veren) oluştururken; dört üniversite öğrencisi birlikte diğer tarafı (kiracı) oluşturacaktır (BK m. 299, 339 vd). Kira sözleşmesi iki taraflı hukukî işlemdir; taraflardan birisi dört kişiden oluşmaktadır. Deyim yerindeyse dört kişinin iradelerinin toplamı, bir irade açıklamasıdır; bu onlar için müşterek işlemdir.

9 Açık ve örtülü irade açıklaması hakkında bilgi için bkz. ayrıca DURAL/SARI, s. 195; EREN, s. 134-135; HÜBNER, Rn 669 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 143 vd; LARENZ/WOLF, § 24 Rn 13 vd; MEDICUS/PETERSON, Rn 57; OĞUZMAN/BARLAS, s. 196-201; SCHMIDT, Rn 232 vd; TEKİNAY, s. 99; von TUHR, s. 149 vd.

10 Açık irade açıklaması ifadesi, kulağı tırmalamakla birlikte, yasal terminolojinin değerlendirilmesi bağlamında, çaresiz kullanılmıştır.

de içeren örneklerin sayımıyla, resmî şekilde yapılmış sözleşmelerde (taşınmaz satımı [MK m. 706, BK m. 237/I, TK m. 26], resmî vasiyetname [MK m. 532-537, NK m. 60 bent 2]), nitelikli yazılı şekilde yapılmış sözleşmelerde (el yazılı vasiyetname [MK m. 538]; kefalet sözleşmesi [BK m. 583]), âdî yazılı şekilde yapılmış sözleşmelerde (bağışlama [BK m. 288], önalım sözleşmesi [BK m. 237/III]), **açık irade açıklaması** asıldır[11].

Asgarî açıklık sağlayan irade ortaya koyan davranış örneği, iradelerin sözlü dile getirilmesidir. Serbestî ilkesinin sürdüğü taşınır satımı (BK m. 209/I), kira (BK m. 299), vekâlet (BK m. 502) sözleşmelerinin kurulabilmesi için sözlü irade açıklamaları yeterlidir. Bu denli netlik taşımasa da herkesçe aynı anlama gelen işaretlerde de açık irade açıklaması bulunacaktır. Sözleşme önerisini, başını yukarıdan aşağıya sallayarak karşılayan muhatabın iradesi açıktır. Ülkemizde, yukarıdan aşağıya kafa sallamanın anlamı "evet"tir. Önerinin yöneltildiği muhatabın "evet" demesi, "ama"sız karşı irade açıklaması, **kabul** niteliğindedir; sözleşmeyi kuracaktır. Kısa yinelemeyle iradenin, (resmî, nitelikli ya da âdî) yazıyla, sözle, işaretle **netlikle** ortaya konulması durumunda, irade açıklaması **açık**tır.

İradeyi ortaya koyan davranışın, arzuyu bu denli netlikle ortaya sermediği, kişinin sözleşme görüşmesi sırasındaki hâline, davranışlarına bakılarak çıkarılan anlamdan, irade açıkladığı sonucuna varılan durumlarda

11 Borçlar Kanununun şekil düzenlemeleri, **irade serbestîsi ilkesini** vurgulayarak hükümleri sıralamıştır (BK m. 12 vd). Başka bazı ilkeler ardı sıra gelmektedir: Yasada sözü edilen **geçerlik şekli**dir (BK m. 12/II). Yasada şekilden söz açılmıyorsa, sözleşmeler sözlü, hatta örtülü irade açıklamalarıyla da yapılabilecektir (BK m. 1/II). **Şekilde asgarî açıklık**, **metin**de somutlaşmayla sağlanacaktır. Öyleyse en azından **yazı** sözü geçiyorsa, **şekil** aranıyor demektir. (Bu vurgunun bir sağlaması, sözlü irade açıklamalarının istisnaen şekil koşulunu gerçekleştirmesidir. Dolayısıyla yasada belirtilmeleri gerekir. Sözlü vasiyetname [MK m. 539], sulh hakimliğine sözlü beyanla yapılabilen mirasın reddi [MK m. 609/I] açıklaması bunlara örnektir). O halde kural **yazılı şekil**dir. Yazı, **âdî**, **nitelikli**, **resmî** olabilecektir. Borçlar Kanunu düzenlemeleri, **kuralı** yazılı şekilde de **âdî yazılı şekil** olarak belirlemiştir. Âdî yazılı şekil, **metin ile imzadan** oluşur (BK m. 14/I). Borç altına giren kişinin el yazısıyla -atılmış- imzasını içeren herhangi **yazılı metin** geçerlik için yeterlidir (BK m. 15/I). Abartarak sayalım kimin (taraflar ya da üçüncü kişi), nereye (kağıda, duvara, papirüse, peçeteye), neyle (kalem, tüy, tebeşir, kan), hangi dilde (ana dil, yabancı dil, hiyeroglif, yazanın yarattığı alfabe [yeter ki yazılanların anlamı belirlenebilsin]) yazdığı önem taşımaksızın, altında (yanında, üstünde de olur) borç altına girenin el yazılı imzasını barındıran metin, âdî yazılı şekli gerçekleştirir. Âdî yazıdan bir sonraki kademeyi oluşturan (ağırlaştırılmış) şekil, nitelikli yazılı şekildir. Tipik örneği el yazılı vasiyetnamedir (MK m. 538). Baştan sona vasiyetname hazırlayanın el yazısıyla yazılmış, tarihi el yazısıyla atılmış, imza içeren metni anlatır (MK m. 538/I). Kefalet, eski kanun döneminde âdî yazılı şekle bağlıdır (EBK m. 484). Yeni kanunda şekil koşulu ağırlaştırılmış bir sözleşmedir: A'zamî sorumluluk miktarı, kefalet tarihi, müteselsil kefil ibaresi, buyurucu hüküm uyarınca kefilin kendi el yazısıyla yazılacaktır (BK m. 583/I). Kanımızca kanun düzenlemesinin şekli geçerlik koşulu olarak belirlemesi (BK m. 12/II), imza dışında el yazısıyla yazılması buyrulan unsurlar karşısında, kefaletin, âdî yazılıdan nitelikli yazılı şekle bağlı sözleşmeye terfi ettirildiği söylenebilecektir.

ise irade, **örtülü** açıklanmaktadır. Kişi davranışlarıyla iradesinin üstünü örtmektedir. Bizim yaptığımız, örtüyü kaldırarak irade açıklamasını bulmaktır. İndirimli satışları değerlendirip ayakkabı almak üzere mağazaya giren kişi (altındaki fiyat etiketinde satış bedeli bulunan ayakkabılarla, satıcı **öneride** bulunmaktadır, BK m. 8/II) denediği ayakkabılarla mağaza içinde bir iki tur attıktan sonra, ayakkabı kutusu isteyip, eskileri kutuya koyarak kasaya doğru yürüyor olsun. Bu durumda ortada yazıyla, sözle, işaretle açıklanmış irade yoktur. Kişinin hâlinden, davranışlarından, ayakkabıları satın alma yönünde irade açıkladığı (kabulle borçlandırıcı işlemin kurulduğu) sonucuna varılacaktır[12]. Devamla kasada parayı çıkarıp ödemeyi yaptığında ise satım bedeli borcunu ifa ederek (tasarruf işlemini yaparak); sözünü yerine getirip, mağazadan ayrılacaktır (BK m. 207/I).

Sözleşmenin açık ya da örtülü irade açıklamasıyla kurulacağı bilgisi, irade açıklamasının bulunmadığı yerde, sözleşme kuruluşundan söz edilemeyeceğini göstermektedir. O halde açık ve örtülü irade açıklaması kavramlarına ilişkin bilgilerle varılacak bir sonuç şudur: İradenin gerek açık gerek örtülü açıklandığı durumların ortak özelliği, tarafın arzusunu ortaya koymasıdır. Ortaya koyma, anlamlandırmada yardım gerektirmeyecek denli net olduğunda -anlayana iş bırakmadığında- irade açıktır. Bu denli net olmasa da hâlin, davranışların anlamlandırılmasıyla belirlenebilen bir ortaya koyma varsa -sessiz sinema oyunundaki gibi- irade örtülüdür. Ortak paydayla her iki durumda da **olay** sözünün içini dolduran **olan-biten** (yazı, söz, işaret; hâl, durum ve koşullar) üzerinde fikir yürütülmektedir.

Bu aşamada, iki kanun döneminde de devam eden katılamadığımız bir madde başlığına (BK m. 6, **Örtülü kabul**) işaretle, teknik kavramlaşmış insan davranışı **susma**ya değinmek yarar sağlayacaktır: **Susma** her zaman bir insan davranışıdır. Hiçbir zaman nitelikli olay, **hukukî olay**ın insan davranışıyla buluştuğu fiil kavramının içini dolduran **eyleme**, **ortaya koyma**, **anlatma** değildir[13]. Bu nedenle **susma,** irade açıklaması değildir[14]. Kural iradenin açık ya da örtülü açıklanması olunca, istisnaen

12 Eski ayakkabıları kutuya koyarak kasaya doğru yönelen kişinin davranışları, hızla koşarak mağazadan ayrılmasıyla da sonuçlanabilecektir. Örnekte kasaya yürüyüp, ödemeyi yapmakla, ikinci seçenek uyarınca davranmış; hukuka uygun eylemlerden, sözleşme kurmuştur.

13 Günlük yaşamın bazı yaşananlar karşısındaki değişmez "sükut ikrardan gelir" sözü, kimi zaman -ne diyeceğini bilemeyen, bir şey demeye yüzü olmayan kişi davranışı örneğidir- geçerlidir; öte yandan çoğu zaman klişedir. Hukukun ilkeleri vardır, klişeleri olamaz!

14 Aynı yöndeki vurgular için bkz. ayrıca HÜBNER, Rn 671; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146; MEDICUS/PETERSON, Rn 57; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 68; PALANDT/Ellenberger, § 147, Rn 3; SCHMIDT, Rn 236; SEROZAN, s. 302-303. EREN'in b) Kapalı irade beyan-

de olsa susmaya sonuç bağlama durumunda, **susma** dahi irade açıklaması sayılmaktadır. İstisna getirme lüksünün hakkının verilmesi, kuralı burada bırakmayı gerektirmektedir. Sorulmayacak açık mı örtülü mü sorusunun yanıtını vermek gereksizdir. Bu nedenle içeriğe bakıldığında, **kabul sayılır** denilen davranış olarak **susma** görülen yerde, madde başlığı örtülü kabul olmamalıdır[15].

Biraz daha açalım: Hayatın olağan akışında, sözleşme kuruluşunda -açık ya da örtülü- irade açıklaması aranmaktadır. Ancak öyle bazı durumlar, ilişkiler vardır ki işleyiş susmalarla yürümektedir. Daha doğru deyişle **susma**; **anlatma**, **açıklamadır.** Olağan işleyişlerde olumsuz anlam taşıyan susmanın anlamı, bu tür durumlarda -tam tersi- olumludur. Yukarıdaki açıklamalarla birleştirmek üzere **susma fiildir**. **Hatta susma, açık olumlu irade açıklamasıdır dense yeridir!** O zaman bu tür durumlarda olumsuzluğu ifade etmek üzere harekete geçmek, **anlatmak**, iradeyi **açık** ortaya sermek, **açıkça reddetmek** gerekmektedir. Dikkat edilecek bir başka nokta şudur: Öğretide konu değerlendirilirken verilen örneklerde, susma dışındaki davranışlar bir yönden de işi uzatacaktır; kanun koyucunun gözettiği pratikliktir; susmaya sonuç bağlama, işi kısa yoldan çözmektedir![16]

IV. MALVARLIĞI KAVRAMI - MALVARLIĞINA ETKİ AÇISINDAN HUKUKÎ İŞLEMLER

Bir teorik soyutlama olan malvarlığı, kişiliği izleyen kavramlardandır. Anlamı şudur: Kişilerin malvarlığı olur. Hak sınıflandırmasında bir ayrımın ölçütünü de oluşturacak şekilde, malvarlığı, kişilerin para ile ifade edilebilen hak ve borçlarının bütünüdür. Aktif ve pasif kısımlardan oluşan malvarlığının aktifinde haklar (aynî haklar, alacak hakları, malî yönleriyle fikrî haklar, maddî değeri olan yenilik doğuran haklar), pasifinde

---

ları başlığı altındaki açıklamalarında, bir paragrafa "Zımni irade beyanlarının başında susma gelir" tümcesiyle başlaması duraksatıcı olmakla birlikte, yazar devamda, aslında susmanın bir irade beyanı özellikle de kabul beyanı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir (s. 256). Kabul başlığı altında susma değerlendirmeleri için bkz. ayrıca EREN, s. 256-258. Alman Hukukunda susmaya sonuç bağlanan durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MEDICUS, Dieter, Bürgerliches Recht, 21. Auflage, 2007, Rn 52 vd; WOLF/NEUNER, § 37 Rn 48 vd.

15 Maddeye Örtülü Kabulden daha çok yakışan, eylemi kavrama çevirme kararını da vurgulayan Susmanın Kabul Oluşturması gibi bir başlık olabilecektir.

16 Öğretide verilen örnekler hakkında bilgi için bkz. AYBAY, s. 31; EREN, s. 256; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 146; OĞUZMAN/ÖZ, s. 69; REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 68; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 95-96; Von TUHR, s. 182-184.

borçlar yer alır[17] (**Şekil 1**). Kişilerin, para ile ifade edilen sahip oldukları değerlerle ilgili hukukî işlemleri, malvarlığını ya artırır ya azaltır. Malvarlığında artış oluşturan işlemler kazandırıcı işlem; malvarlığında azalma oluşturan işlemler ise borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi adını alırlar[18]. İyiyi sona saklama, anlaşılmayı da kolaylaştırma adına, aşağıda öncelikle malvarlığını azaltan işlemler, ardından malvarlığını artıran işlemler açıklanacaktır.

AKTİF	**MALVARLIĞI**	**PASİF**
HAKLAR:		**BORÇLAR**
aynî haklar		
alacak hakları		
malî yönleriyle fikrî haklar		
maddî değeri olan yenilik doğuran haklar		

(Şekil 1: Malvarlığı, içeriği**)**

1. Malvarlığını Azaltan İşlemler (Borçlandırıcı İşlemler - Tasarruf İşlemleri)

Temel kavramlar açısından malvarlığını azaltan işlemler, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi alt başlıklarıyla birlikte gelir. Bir noktayı vurgulayarak açıklamalara başlamak yarar sağlayacaktır. Borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı, malvarlığında azalma oluşan kişi açısından yapılan adlandırmalardır. Başka deyişle yaptığı işlemle malvarlığını azaltan kişinin hukukî işlemi ya bir borçlandırıcı işlemdir ya da bir tasarruf işlemidir.

Kişilerin yaptıkları hukukî işlemlerle malvarlıklarının azalması ya pasifin ya aktifin etkilenmesi yoluyla kendini gösterir. Borçlandırıcı işlem-

17 Malvarlığı kavramı, malvarlığının içeriği hakkında bilgi için bkz. DURAL/SARI, s. 167; LARENZ/WOLF, § 21 Rn 2 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 145; SCHWARZ, s. 116 vd; WOLF/NEUNER, § 26 Rn 15 vd.

18 Malvarlığını etkileyen işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL/SARI, s. 200 vd; LARENZ/WOLF, § 23 Rn 32 vd; OĞUZMAN/BARLAS, s. 184-192; SEROZAN, s. 307 vd; WESTERMANN, Harm Peter, Grundbegriffe des BGB, 16. Auflage, Stuttgart 2004, s. 70-74; WOLF/NEUNER, § 26 Rn 23 vd.

ler, işlemi yapanın pasifini (borçlarını) artırarak malvarlığını azaltırlar. Taşınırı hakkında satım sözleşmesi yapan (malik) satıcı, mülkiyeti devir borcu altına girerek pasifini artırır (BK m. 209/I, 207/I). Başka örnekle, iş yoğunluğu dolayısıyla yaz tatili yapamayacağı üzere yazlığı hakkında kira sözleşmesi yapan (malik) kiraya veren, kullanma veya kullanmayla birlikte yararlanma için kiralananı kiracıya bırakma sözü vererek pasifini artırır (BK m. 299).

Tasarruf işlemleri ise aktifteki hakkı doğrudan etkileyip onu başkasına devrederek, sınırlayarak, değiştirerek veya sona erdirerek malvarlığını azaltırlar. Malik satıcının satım sözleşmesinden doğan borcu ifasıyla (aynî sözleşme devamında zilyetlik ve mülkiyeti devredince BK m. 207/I, MK m. 763/I) aktifindeki taşınır, alıcının aktifine geçerek satıcının malvarlığından gider. Bir başka tasarruf işlemi örneğiyle, tapuya kayıtlı arazisi üzerinde bir kimseye intifa hakkı tanıyan taşınmaz maliki, mülkiyet hakkının kendisine verdiği üç yetkiden (kullanma, yararlanma, [hukukî, fiilî] tasarruf etme, MK m. 683/I) ikisini (kullanma, yararlanma, MK m. 794/II, 803/I) irtifak hakkı sahibine tanıyarak, mülkiyet hakkının içeriğini sınırlar. Başka bir örnekle, eskiyen masasını çöp tenekesinin yanına koyan malik, aynî hakkından feragatle (tek taraflı hukukî işlem terk iradesi, ardından yapılan terk eylemiyle), mülkiyet hakkını sona erdirir[19].

2. Borçlandırıcı İşlem-Tasarruf İşlemi İlişkisi

Malvarlığını azaltan işlemlerin kısa açıklamasının ardından **birbirleriyle ilişkilerine** de bir nebze değinmek yarar sağlayacaktır[20]:

Borçlandırıcı işlemlerde söz verilir, tasarruf işlemlerinde sözün gereği yerine getirilir. Söz verme çoğu zaman bir sözleşme ile olur. Pekiştirme yinelemesiyle sözleşmeler, çoğu zaman borçlandırıcı işlemlerdir[21]. Sözleşmelerden doğan borçların yerine getirilmesi, teknik kavramla **ifa**, kimi zaman tasarruf işlemiyle olur[22].

19 Bkz. aşağıda dn. 40'daki açıklamalar.

20 Borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi kavramları, birbirleriyle ilişkisi hakkında bilgi için bkz. DURAL/SARI, s. 200-203, özellikle, s. 202-203; EREN, s. 171-179; HATEMİ, s. 174-175; HÜBNER, Rn 626 vd; LARENZ/ WOLF, § 23 Rn 61 vd; MEDICUS/PETERSON, Rn 36; OĞUZMAN/BARLAS, s. 185-187; SCHMIDT, Rn 205 vd; SEROZAN, s. 308, 310; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 45-47, özellikle s. 46; von TUHR, s. 188-193, özellikle s. 190; WESTERMANN, s. 72-73; WOLF/NEUNER, § 29 Rn 51 vd.

21 Borcun kaynaklarından sözleşme, borç ilişkisinin süjeleri alacaklı ile borçlunun edim konusunda anlaşmasıyla kurulur. Günlük yaşamı kuşatanlar karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler olmakla birlikte, pasif süjenin rolünü vurgulayarak sözleşmede borçlunun, verme (dare), yapma (facere), yapmama (katlanma veya kaçınma, non facere) sözü vererek borç altına girdiğini anımsatalım. O halde sözleşmenin kurulmasıyla birlikte çoğu zaman, edimin türüne göre borçlunun pasifine, verme, yapma, yapmama borcu yazılacaktır.

22 Çoğu zaman borçlandırıcı işlem olan sözleşmeler, kimi zaman malvarlığının aktifini

Tasarruf işleminin, kendisine temel oluşturan borçlandırıcı işlemin **(sebebin)** geçerliğine bağlı olup olmaması değişik sonuçlar doğurur. Tasarruf işlemi **sebebe bağlı (illî)** ise temelini oluşturan borçlandırıcı işlemin hükümsüzlüğü, tasarruf işlemini de hükümsüz kılar[23]. Borçlandırıcı işlemin geçersizliği tasarruf işlemine de bulaşır. Deyim yerindeyse sebebin geçersizliği sonucu da geçersiz kılar. Taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlıdır (MK m. 706, 1015). Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sebeplerden bir tanesi satım sözleşmesidir. Taşınmaz satımı sözleşmesinin geçerliği resmî şekilde yapılmasına bağlıdır (BK m. 234/I, TK m. 26). Satım sözleşmesi kanunda öngörülen şekilde yapılmadığında, tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinin ardından yapılan tescil (MK m. 1013/I) yolsuzdur (MK m. 1024/II), adına tescil yapılan kişiye aynî hakkı kazandırmaz.

Bulaşmanın anlamı vurgulamada bilgi yelpazesini biraz daha açalım: Taşınmaz satımı sözleşmesi tapu memurlarınca re'sen düzenlenmemiş, noterde veya âdî yazılı şekilde yapılmış olsun: Haricî satım. Taşınmaz satımının geçerliğinin resmî şekle bağlı kılınması karşısında, haricî satım sözleşmesi şekle aykırıdır. Şekil, bazı hukukî işlemlerde aranan, kamu düzenini ilgilendiren önemde geçerlik koşullarından birisidir (BK m. 12 vd). O halde şekle aykırı sözleşme kesin hükümsüzdür. Devam edelim, haricî satımın ardından, tasarruf işlemi geçerli şekilde yapılmış olsun. Tapuda adı malik olarak tescil edilmiş, tasarruf yetkisi sahibi kişinin talebinin (tasarruf işlemi) ardından, tapu memuru tescil işlemini (usulî işlem) yapmış bulunsun (MK m. 1013/I, 1015/II). Sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü, tescil talebi sonrasında yapılan tescili de kesin hükümsüz hale getirir. Tescil sadece şeklen vardır; maddî değeri yoktur (yolsuz tescil, MK m. 1024).

Tasarruf işleminin **sebepten soyut, bağımsız (mücerret)** olması du-

doğrudan etkilerler, tasarruf işlemleridir. İbra bunun örneklerindendir. "**İbra**", hem bir sözleşmedir (tek taraflı irade açıklamasıyla değil, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla olur) hem bir tasarruf işlemidir (BK m. 132).

23 Sebep, burada, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ilişkisini belirtmek üzere kullanılmaktadır. Çoğu zaman sözleşmelerde söz verilir (borçlandırıcı işlem); sözün gereği ilerde bir zamanda yerine getirilir (ifa). İfa, tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinde, temeldeki borçlandırıcı işlem, söz tutma eyleminin sebebini oluşturur. Özetle, burada kullanılan sebep sözü, kazandırma amacı hukukî sebepten farklı bir anlam taşımaktadır (Bkz. aşağıda **2. Malvarlığını Artıran (Kazandırıcı) İşlemler – Kazandırma Kavramı** başlığı altındaki açıklamalar). Alman hukukundaki, soyutluk ilkesiyle, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi arasındaki bağ kopartılmış; işlemler bağımsızlaştırılmıştır. Buna göre borçlandırıcı işlemin geçersizliği, tasarruf işleminin geçerliğini etkilemeyecektir. Kökleri Savigny'ye uzanan ilke hakkında bilgi için bkz. LARENZ/WOLF, § 23 Rn 74 vd; MEDICUS/PETERSON, Rn 37; SCHMIDT, Rn 49-53, 67; WESTERMANN, s. 73; WOLF/NEUNER, § 29 Rn 65 vd.

rumunda ise borçlandırıcı işlemin hiç bulunmaması veya hükümsüzlüğü, tasarruf işleminin geçerliğini etkilemez. Öğretideki katıldığımız görüş uyarınca alacağın devri (BK m. 183 vd)[24], katılmadığımız görüş uyarınca taşınır mülkiyetinin devri (MK m. 763) soyut tasarruf işlemleridir. Cömert, sarhoşken yaptığı taşınır satımı sözleşmesinden (BK m. 209/I, MK m. 762) iki gün sonra, satım konusu saati Umut'a teslim etmiş (mülkiyeti devir amacıyla zilyetliği devretmiş MK m. 763/I, 975) olsun. Geçici ayırt etme gücü kaybı sebebi sarhoşluk, kişiyi tam ehliyetsiz kılar (MK m. 13, 14). Tam ehliyetsiz kişilerin hukukî işlem ehliyetsizliği mutlaktır (MK m. 15). Bütün hukukî işlemlerde aranan, kamu düzenini ilgilendiren önemde geçerlik koşullarından bir tanesi, işlemi yapan kişinin fiil ehliyetinin -ayırt etme gücünün- bulunmasıdır. O halde tam -fiil- ehliyetsiz Cömert'in yaptığı satım sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Öte yandan başkaca bir geçerlik koşulu sorunu bulunmadığı takdirde, satım sözü temeliyle iki gün sonra yapılan tasarruf işlemi geçerlidir. Soyutluk görüşü kabul edildiği takdirde, satım sözleşmesinden doğan borcun ifası uyarınca, mülkiyetin devri amacıyla saatin verilmesi durumunda, Umut saatin mülkiyet hakkını kazanır. Satım sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü, tasarruf işleminin geçerliğini etkilemez. Baba yadigârı saati sattığına pişman olan Cömert, şahsî nitelikteki sebepsiz zenginleşme davasıyla saati geri alabilecektir (BK m. 77/II). Katıldığımız aksi görüşün kabulü halinde ise mülkiyet hakkını kaybetmediği için aynî nitelikteki istihkak davasıyla saati geri alabilecektir (MK m. 683/II)[25].

Borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ilişkisinde değinilecek bir başka nokta, **zamanın işlemlere etkisidir**. **Aynı konuda birden fazla borçlandırıcı işlem** yapmak olasıdır. Taşınırı hakkında birden fazla satım sözleşmesi (**aynı sözleşme**); satım, bağışlama, trampa (mal değişim), kira, ariyet (kullanma ödüncü) sözleşmesi (**farklı sözleşmeler**) yapabilecektir kişi. Başka deyişle aynı konu hakkında birden fazla, birbiriyle bağdaşmaz hukukî işlem yapılabilecektir. **Borçlandırıcı işlemin geçerliği noktasında, işlemlerin yapıldığı zamanın önemi yoktur.** Başkaca bir hüküm-

24 Alacağın devrinin soyutluğu görüşü için bkz. AYBAY, s. 185; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 534; REİSOĞLU, s. 463; SEROZAN, s. 319.

25 Taşınır mülkiyetinin kazanılmasının sebebe bağlı olduğu görüşü için bkz. AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 154; ESENER/GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 300-302; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2012, s. 493; AKİPEK/AKINTÜRK, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 584; GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 674; HATEMİ, s. 175; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 741-742; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II-III, İstanbul 1994, s. 4. Soyutluk görüşü için bkz. SEROZAN, s. 318.

süzlük sebebi bulunmaması koşuluyla, bütün hukukî işlemler geçerlidir. Üstelik bu sonuç, işlemin karşı tarafını korumaya hizmet edecektir. Borca aykırılığın kaçınılmaz olacağı bu olasılıkta, kendisine verilen sözün tutulmadığı bütün karşı taraflar, sözünü tutmayanın sorumluluğu yoluna gidebilecektir (BK m. 112 vd). Kuşkusuz bu çözüm, pek çok açıdan, işlem geçerli bulunmasa seçenek oluşturacak haksız eylem uyarınca sorumluluktan daha avantajlıdır (BK m. 49 vd).

Aynı konu hakkındaki borçlandırıcı işlemlerin sayısının birden fazla olabilmesi, zamanın geçerliğe etkisinin bulunmaması, işlemlerin malvarlığına etkisiyle uyumludur. **Borçlandırıcı işlemler -sadece- pasifteki borç sayısını artırırlar**. Oysa tasarruf işlemleri hakkında aynı şey söylenemeyecektir. **Aktifi doğrudan etkileyen işlemlerin bazılarında aktifin etkilenişi; birden fazla geçerli işlem yapılmasına engeldir. Birden fazla satım** sözleşmesine konu edilmiş taşınır hakkında, **ilk (geçerli) tasarruf işlemi kiminle yapılırsa, hakkı o kazanır.** Artık diğer borçlanmalardaki sözün tutulması olası değildir. Bu sonucu getiren eşyanın tabiatıdır.

Bu sonuç bir başka kavramın anımsanmasını gerektirmektedir. **Borçlanma yetkisi diye bir kavram yoktur**. Kişi kendisine ait olmayan, yetkili kılınmadığı (temsil yetkisi tanınmadan, BK m. 42), hatta hırsız çaldığı şey hakkında geçerli sözleşme yapabilecektir. Ancak verilen sözün tutulması için yapılacak tasarruf işleminin geçerliği, tasarruf yetkisini gerektirir. **Tasarruf yetkisi diye bir kavram vardır!** Tasarruf yetkisi olmayan kişinin yaptığı işlemle, karşı taraf hak kazanamaz. Kural olarak hak kimdeyse yetki de ondadır[26] [27]. Malik, **mülkiyeti devir borcu** altına girdiği birden fazla sözleşmeden sonra, taşınırı hakkında yaptığı ilk tasarruf işlemiyle, mülkiyet hakkının verdiği şeyde hukukî tasarruf yetkisini tüketir (MK m. 683/I). Anımsanmalıdır hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez (nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet). Örneğe uyarlamayla hiç kimse sahip olmadığı hakkı devredemez! İşte zaman olarak ilk tasarruf işleminin geçerliği, artık başkaca geçerli tasarruf işlemi yapılamayacağı vurgusunun anlamı burada yatmaktadır[28].

---

26 SCHWARZ'ın sözleriyle, "bir kimsenin bir hak üzerinde tasarruf edebilmesine, tasarruf salâhiyeti (yetkisi) denir. Kaideten tasarruf salâhiyeti bizzat o hakka sahip olanındır; malik mülkünü ahara devretmek ve ona bir külfet tahmil eylemek; alacaklı, alacağını temlik etmek veya bu alacaktan vazgeçmek kudretini haizdir" (s. 155). Tasarruf yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. LARENZ/WOLF, § 23 Rn 40 vd; SCHWARZ, s. 154-157; SCHMIDT, Rn 211-214; WOLF/NEUNER, § 29 Rn 36 vd.

27 Kuralın istisnaları olabilecektir; kanunda belirtilmelidir; elden rıza ile çıkan taşınırlarda iyiniyetli üçüncü kişilerin aynî hak kazanması (MK m. 988, 763/II) buna örnektir.

28 Benzer vurgu için bkz. HÜBNER, Rn 632.

Bir noktaya dikkat çekilmelidir. Tasarruf işlemi, hakkın bütünüyle devri, sona erdirilmesi dışında bazen hakkı sınırlama biçiminde de aktifi etkileyebilmektedir. Mülkiyetin devri, alacağın devri, mülkiyet hakkından feragat (terk), aktifteki değeri bütünüyle malvarlığından çıkaran tasarruf işlemleridir. Malikin şey üzerinde başkalarına sınırlı aynî hak tanımasında durum değişmektedir. Taşınmazda intifa hakkı (MK m. 794 vd), üst hakkı (MK m. 726, 826 vd), ipotek hakkı (MK m. 850, 853, 881 vd) tanıma örneklerinde tasarruf işlemleri aktifteki hakkı sınırlayacaktır. Mülkiyet hakkı malike kullanma, yararlanma, (hukukî, fiilî) tasarruf etme yetkilerini verir (MK m. 683/I). Anılan örneklerde mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerin bir kısmı, mülkiyetten alınıp -çoğunlukla- bir süre boyunca hak sahiplerine verilmektedir. Hem mülkiyet hakkı sınırlanmaktadır hem hak sahiplerine sınırlı yetki tanınmaktadır[29].

En geniş yetki tanıyan sınırlı aynî hak -irtifaklardan- intifada, kullanma ve yararlanma yetkisi irtifak hakkı sahibindedir (MK m. 794/II, 803/I). Üst irtifakında arazinin üzerinde yapı yapma ve/veya var olan yapının mülkiyet hakkı -arazi mülkiyetinin madde itibariyle kapsamından ayrılıp- hak süresince üst hakkı sahibine tanınmaktadır (MK m. 726/I, 826/I, 718). Güvence haklarından ipotekte ise koşullar oluştuğunda (borç ödenmediğinde), malikin rızası (aracılığı) gerekmeksizin, ipotek konusunun paraya çevrilmesi talebiyle, satıştan alacağı elde etme yetkisi hak sahibine verilmektedir (MK m. 881/I, 873/I). Bütün bu örneklerde mülkiyet hakkından ayrılan yetkiler, ilgili haklar sona erdiğinde, mülkiyet hakkına geri dönüp yeniden onun içine yerleşecektir (mülkiyet hakkının esnekliği).

Eşyanın tabiatı uygundur, bazen aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynî hak kurulabilecektir (ipotek hakkı [MK m. 881-882], geçit irtifakı [MK m. 838], kaynak irtifakı [MK m. 837], üst irtifakı [MK m. 826 vd]...)[30]. Bu durumda her bir hak için tapudaki resmî senedin (borçlandırıcı işlem MK m. 856, 781, TK m. 26) ardından yapılan tescil talepleriyle,

29 Sınırlı aynî haklar başlığındaki sınırlı sözünün çifte anlamı: Tek çizgiyle iki sınır çizer!

30 Aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynî hak kurulmasını konu alan düzenleme, rehinden sonra kurulan aynî haklar başlığını taşıyan MK m. 869 hükmüdür. Madde kişiliğin korunması temel ilkesi MK m. 23 hükmünün bir yönünü pekiştiren buyruk getirmektedir: "Malikin rehinli taşınmaz üzerinde yeni sınırlı aynî haklar kurmayacağını taahhüt etmesi geçerli değildir". Bir taşınmaz üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulabilmesi gibi birden fazla farklı (içerikte, türde) sınırlı aynî hak da kurulabilecektir. Taşınmaz üzerinde kurulacak tek bir sınırlı aynî hakkın taşınmazın bütünü üzerinde yük oluşturması ilkesi, birden fazla hakkın birbirine zarar vermeden varlığını sürdürebildiği sıra eşitliği durumunda da geçerliğini koruyacaktır. Ancak görülmektedir ki hukuken bütünü sınırlama, fiilen bir arada bulunabilmeye engel değildir.

aynı şey birden fazla tasarruf işlemine konu edilebilecektir[31] [32]. **İçerikler uyuştuğu sürece** (bankadan alınan kredinin güvencesi için tanınmış ipotek hakkı, büyük arazinin bir köşesinden göle inmek üzere komşu arazi malikine tanınan geçit hakkı, otobana yakın yerde tanınan üst hakkı, diğer haklarla ilgisiz bir köşedeki kaynakta tanınan kaynak irtifakı örneklerinde) **sorun yoktur: Sıralar eşittir**. İlk yapılan tasarruf işlemi diğerlerini hukuken (madden) etkisiz kılmaz. Öte yandan **haklar bağdaşmıyorsa** (üzerinde yapı, kaynak bulunan arazide tanınan ipotek hakkından sonra intifa hakkı, yapıda bir de üst hakkı, kaynakta bir de irtifak tanınırsa) **çatışma vardır! Kıdeme itibar edilir** (tarih önceliği, üstünlük getirir; eski tarihli intifa hakkı yeni tarihli üst, kaynak irtifaklarını saf dışı bırakır)[33]. Borç ödenmediğinde paraya çevirmede irtifaklar taşınmazın değerini etkilediğinde ise ipotek hakkı sahibi, hepsinin terkinini isteyebilecektir (MK m. 869/II)[34].

3. Malvarlığını Artıran (Kazandırıcı) İşlemler - Kazandırma Kavramı

Günlük yaşamda malvarlığını etkileyen işlemler, aslen malvarlıksal çıkar elde etmek üzere yapılmaktadır. Dolayısıyla çoğu zaman artış ve azalma madalyonun iki yüzü gibidir. Kişi, yaptığı işlemle bir yandan malvarlığını azaltırken (borçlanır ya da tasarruf ederken) diğer yandan malvarlığını artırmaktadır. Böylece bir başkasına malvarlıksal çıkar sağlarken (kazandırmada bulunurken) aynı işlemle kendisi de bir çıkar elde etmektedir. Bu anlaşılmaz görünen karşılıklı aynı şekilde etkileşim (aynı işlemin iki taraf için de hem kazandırma hem borçlandırıcı işlem veya ta-

---

31 Birkaç paragraf önceki açıklamalar, aynın bütünüyle başkasına devredilmesi hedefli birden fazla tasarruf işleminin yapılamayacağını vurgulamaktadır.

32 Aynî haklar tescille kurulur (MK m. 1021). İlke bütün aynî hakları kapsamaktadır (MK m. 1008). Mülkiyet dışında, taşınmaz üzerinde irtifak haklarının, taşınmaz yükünün, ipotek haklarının kurulması da malikin tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinin ardından tapu memurunca yapılacak tescille olur. Malik sözü **maddî+şeklî** anlam taşır; gerçek hak sahibi hem madden hem şeklen (tapuda adı malik hanesinde tescil edilmiş kişi) maliktir. (İstisnaen, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasında sadece şeklen malik olmak yeterlidir, MK m. 1023, 1025, 1013/I, 1015/II. Bu, madden malike şekli düzeltmesi için uyarıdır [bkz. ayrıca MK m. 705/II]).

33 Aynı taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynî hak kurulabilmesi ile sıra bilgisini buluşturmada kısa bir anımsatma yapalım. Aynî hakkı kazandıran tapu sicil işlemi tescil olmakla birlikte (MK m. 1021, 1008), sicil işleyişinde, tescil talebiyle tescil arasına yevmiye defterine yazım girer. Tapu memurları, tescil taleplerini gün saat dakika esasıyla, önce yevmiye defterine yazar (MK m. 1002, TST m. 22). Haklar, yevmiye defterinden sonra, tapu siciline tescil edilir. İtibar edilecek kıdemi belirlemede, bakılacak şey yevmiye defteridir. Çünkü haklar sıralarını yevmiye defterine yazımla alırlar (MK m. 1022/I, II).

34 Bir başka yönden, birden fazla geçerli tasarruf işlemi yapılamayacağı vurgusu, verdiğimiz örneklerdeki haklardan birinin birden fazla kez tanınmasında da geçerlidir. Birden fazla sayıda üst hakkı tanımada, ilk tescil edilen üst hakkı, sonraki hakları kendi süresi boyunca hükümsüz, etkisiz -bir anlamda- geçersiz kılar.

sarruf işlemi oluşturması) tek işlemle karşılıklı çıkarların gerçekleşmesi vakıasından kaynaklanmaktadır.

Bir noktaya dikkat edilmelidir. Kişilerin hukukî işlemlerle malvarlıksal çıkar elde etmesini sonuçlandıran, işlemin karşı tarafının bu yöndeki iradesidir. Başka deyişle tek başına çıkar sağlayan kişinin iradesi değildir. Tıpkı sözleşmenin kurulmasındaki karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının sözleşmeyi kurması (BK m. 1) gibi karşı tarafın kazandırmaya yönelik irade açıklaması bulunmalıdır ki kazandırıcı işlem gerçekleşsin. **İşte bu nedenle bir işlemde kazandırmayı yapan -kazanana, malvarlığında artış oluşana nazaran- işlemin karşı tarafıdır[35].** Kavram ifade edilirken bu yön akıldan çıkarılmamalıdır. Kazandırıcı işlem kavramı, kazandırma kavramıyla birlikte akılda tutulmalıdır ki içerik doğru oluşturulsun, kavrayışta sorun yaşanmasın.

Malvarlığının azalması ile artmasının madalyonun iki yüzü olması, malvarlıksal çıkar sağlamanan nasıl gerçekleşeceğini, kazandırma yapanın nasıl işlemin karşı tarafı olduğunu ortaya koymaktadır. Malvarlıksal çıkar, aktifin artması (karşı tarafın borçlandırıcı işlemiyle alacak hakkı kazanma, tasarruf işlemiyle hakka konu malvarlığı değerini kazanma), pasifin azalması, aktifin azalmasının önlenmesi yollarından birisiyle gerçekleşecektir. Bu soyut açıklamalar aşağıdaki örneklerde somutlaşacaktır.

Bu aşamada bir kavram bilgisini de kısaca anımsamak yarar sağlayacaktır. Malvarlığını etkileyen hukukî işlemler başlığı, malvarlıksal çıkar elde etme sözleriyle ifade edilecek kazandırıcı işlemlerle buluşurken, kazandırma kavramının anlamını bir nebze daraltır. Burada sözünü ettiğimiz, kazandırıcı işlemlerle yapılan deyim yerindeyse dar anlamda kazandırmalardır. Geniş anlamda kazandırma, hukukî işlem dışında bir insan davranışıyla, haksız yapı örneğinde olduğu gibi (MK m. 722-724) maddî eylemle de gerçekleşebilecektir[36].

4. Kazandırıcı İşlemlerin Özellikleri

Hukuk düzeni, **kazandırmaları**, **kazandırma yapanın amacını da göz önünde tutarak** değerlendirir. Sınıflandırma, adlandırma ilkesini burada da uygulayıp, **belirli amaçları tanır.** Hukuk düzeninin tanıdığı amaçlar, **kazandırmanın hukukî sebebi** olarak adlandırılır. Bu bağlamda hukukî

35 HÜBNER kazandırıcı işlemi, bir kişinin bir başkasına malvarlığı çıkarı sağlayarak onun malvarlığını artırması sözleriyle ifade etmektedir (bkz. Rn 634).

36 Örnek için bkz. DURAL/SARI, s. 204. Kazandırma kavramı, kazandırıcı işlem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL/SARI, s. 203-206; EREN, s. 181-185; HÜBNER, Rn 634 vd; LARENZ/WOLF, § 23 Rn 57; OĞUZMAN/BARLAS, s. 187-192; SCHWARZ, s. 157-158; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 48-49; von TUHR, s. 193-195; WOLF/NEUNER, § 29 Rn 55.

sebep, bir diğer hukukî kavram kazandırmayı izler. Başka deyişle hukukta kazandırmaların sebebi olur[37]. Kazandırma-sebep ilişkisi, roma hukukundan günümüze varan üç sebep hâkimiyetiyle yürümektedir. Buna göre kazandırma sebepleri **alacak** (causa **credendi**), **ifa** (causa **solvendi**), **bağışlama**dır (causa **donandi**). Sayılanların dışındaki sebepler, işlemi yapan(lar)ın içsel sebepleridir (**saik**), hukuk düzeni bunlarla ilgilenmez[38].

Kişilerin kazandırma yaparken, **karşılık** beklentisi bulunup bulunmamasına göre de ivazlı-ivazsız kazandırmalar ayrımı gelir. Günlük yaşamda kazandırıcı işlemler, çoğunlukla bir ivaz elde etmek üzere -başka deyişle- karşılık gözetilerek yapılmaktadır. İşte burada kazandırıcı işlem-kazandırma kavramlarının anlaşılması kolaylaşmaktadır. Birisine kazandırmada bulunan kişi, kendisi de ya bir ivaz beklentisine (borçlandırıcı işlemle alacak hakkı kazanma) ya ivazın kendisine (tasarruf işlemiyle değerin kendisini kazanma) kavuşmaktadır. Karşılık beklentisi bulunmaksızın yapılan kazandırmalar ise ivazsızdır.

Satım sözleşmesi örneğiyle yukarıdaki açıklamaları birleştirelim: Satım konusu bisiklet, satım bedeli (semen) 500 TL; satıcı Satılmış, alıcı Alcan (BK m. 207/I, 209/I, MK 762). Satım sözleşmesinin (borçlandırıcı işlemin) kurulmasıyla birlikte, **iki tarafın da malvarlığının iki bölümü de işlemden etkilenir**. İşlem iki taraf açısından da hem borçlandırıcı (malvarlığını azaltan) işlemdir hem kazandırıcı (malvarlığını artıran) işlemdir. Satılmış, bisikleti teslim borcu ile malvarlığının pasifini artırırken, malvarlığının aktifine de 500 TL satım bedeli (semen) alacağı yazılmaktadır. **Alcan, Satılmış'a 500 TL'lik alacak hakkı kazandırmıştır (Şekil 2)**. Öte yandan Alcan da 500 TL ödeme borcu ile malvarlığının pasifini artırırken, aktifine de bisiklet mülkiyetine ilişkin alacak hakkı yazılmaktadır. **Satılmış, Alcan'a bisikletin mülkiyet hakkına ilişkin alacak hakkı kazandırmıştır. Alcan'ın** Satılmış'a **yaptığı kazandırma ivazlıdır (bisiklet beklemektedir)**. **Satılmış'ın** Alcan'a **yaptığı kazandırma ivazlıdır (500**

37 SUNGURBEY'in sözleriyle, "Asıl hakiki ve teknik manasıyla causa = hukukî sebep, kazandırmanın gayesi hususundaki anlaşma demektir. **Hakikatı halde, ancak kazandırma yoluyla iktisapların causa'sı = hukukî sebebi düşünülebilir**" (SUNGURBEY, İsmet, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul 1957, s. 7, 8). Hukukî sebep kavramına ilişkin açıklamalar, kavrama verilen farklı anlamlar, değerlendirmeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY, s. 3-10.

38 Başka deyişle **hukuk düzeni saiklere sonuç bağlamaz**. O halde saiklerin göz önünde tutulması istisnadır; kanunda belirtilmesi gerekir. Bir örnek, saik kavramını metne de sokan yeni kanunun iradeyi sakatlayan sebeplerden yanılma (hata) düzenlemeleridir. Dikkat edilecek bir yön, hukuk düzeni, **saiklere rastgele sonuç bağlamamış**, esaslı saik yanılmasını aramış, unsurlarını açıklamıştır (bkz. BK m. 32). Hukuk düzeninin saiklerle ilgilenmemesi noktasında benzer vurgu, Alman Hukukunda saiklere hüküm bağlama örnekleri için bkz. HÜBNER, Rn 638-640.

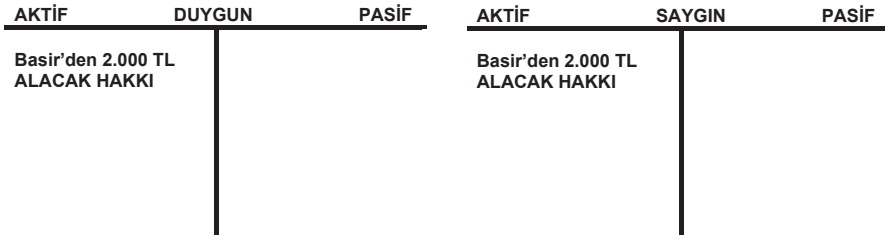
TL beklemektedir). Her iki tarafın diğerine yaptığı kazandırmanın sebebi, alacaktır (causa credendi). Karşı tarafa kazandırırken, alacak hakkı elde etmektedirler **(Şekil 3)**.

(Şekil 2, 3: Satım sözleşmesinin malvarlıklarına etkisi**)**

Satım sözleşmesinde tasarruf işlemlerinin yapılmasından sonraki irdelemeye gelince: Satılmış'ın bisikleti mülkiyeti devir amacıyla teslim etmesi (aynî sözleşmenin devamında zilyetliği devretmesi, BK m. 210, MK m. 763/I); aktifteki bisikleti doğrudan etkileyip, onu aktiften bütünüyle çıkararak malvarlığını azaltır; tasarruf işlemidir; bisikleti Alcan'ın aktifine yerleştirir. Alcan'ın 500 TL'yi ödemesi; aktifteki 500 TL'yi doğrudan etkileyip, onu aktiften bütünüyle çıkararak malvarlığını azaltır; tasarruf işlemidir; parayı Satılmış'ın aktifine yerleştirir **(Şekil 4)**. **Öte yandan Satılmış, bisikleti teslim ederek, Alcan'a kazandırmada bulunurken (onun aktifine taşınır katarken); Alcan, 500 TL'yi ödeyerek, Satılmış'a kazandırmada bulunmaktadır (onun aktifine 500 TL katmaktadır) (Şekil 5).** Satılmış'ın bisiklet kazandırmasının sebebi, daha önce verdiği sözü tutmaktır; ifadır (**causa solvendi).** Aynı şekilde Alcan'ın 500 TL kazandırmasının sebebi, daha önce verdiği sözü tutmaktır; ifadır (**causa solvendi).**

(Şekil 4, 5: Satım sözleşmesinde tasarruf işlemlerinin malvarlıklarına etkisi**)**

Kazandırmada bulunan kişinin karşılık beklentisi bulunmadığı zaman, karşımızda ivazsız kazandırma vardır. **İvazsız kazandırmaların sebebi bağışlamadır.** Önce bir örnekle ivazsız, sebebi (causası) bağışlama olan kazandırma açıklaması yapalım. Ardından karmaşık gibi görünen bir sorunu anlaşılır kılmaya çalışalım. Yakını Saygın, kredi taksidi ödemesi için sıkışmış; Duygun bunu bir şekilde öğrenmiş; ona imzasını içeren şu metni vermiş bulunsun: "Basir'den 2.000 TL alacağım Saygın'ındır". (Duygun, Saygın'dan bu parayı geri almayacaktır). Yazılı metinden önce **Duygun'un malvarlığının aktifinde Basir'den 2.000 TL alacak hakkı** bulunmaktadır **(Şekil 6)**. **Yazılı metin, alacak hakkının devridir; tasarruf işlemidir (BK m. 184/I).** Alacağın devri, Duygun'un aktifini doğrudan etkilemiş; alacak hakkı onun malvarlığından çıkıp Saygın'ın aktifine geçmiştir. (Devirden önce Duygun'un aktifinde yazılanlar, devirden sonra aynen Saygın'ın aktifine yazılacaktır. [**Şekil 7]).** Duygun, tasarruf işlemiyle (kendi) malvarlığının aktifini azaltırken, Saygın'a kazandırmada bulunmuştur. Duygun, kazandırmadan karşılık beklememektedir; kazandırması ivazsızdır. Kazandırmasının sebebi **alacak değildir** (Saygın'dan 2.000 TL'yi geri almayacaktır), **ifa değildir** (Saygın'a borcu yoktur). Kazandırmanın sebebi **bağışlamadır** (causa donandi).



(Şekil 6, 7: Alacağın devrinden önce Duygun'un- sonra Saygın'ın malvarlığı durumu**)**

Gelelim karmaşası giderilecek soruna: Sözleşme bağışlama ile **kazandırma sebebi bağışlama ayrımına**...

Bağışlama sözleşmesini kısaca anımsayalım: Yasadaki tanım hükmünü tekrarla bağışlama, malvarlığındaki bir değerin karşı edimsiz (ya da yasal tanımda bulunmamakla birlikte öğretideki katıldığımız görüş uyarınca ivaz denemeyecek bir edim karşılığında) devrini hedefleyen sözleş-

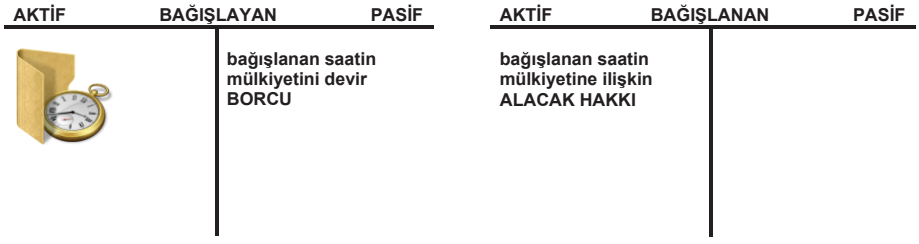
medir (BK m. 285/I)[39]. **Bağışlama sözleşmesi** de çoğu sözleşme gibi **borçlandırıcı işlemdir**. Yine **bağışlama sözleşmesi** de **adını** kuşkusuz **ivaz beklentisi bulunmamasından almaktadır. Tanım** hükmündeki **karşılıksız** sözü **bunu vurgulamaktadır** (BK m. 285/I)[40]. Bu demektir ki b**ağışlayanın, borçlandırıcı işlem bağışlama sözleşmesiyle bağışlanana yaptığı kazandırmanın sebebi de bağışlamadır.** (**Sözleşme bağışlama ile kazandırma sebebi bağışlama çakışmaktadır.) Bağışlama** sözleşmesinden doğan **borcun ifası**, bağışlama konusunun bütünüyle bağışlanana devrine ilişkin **tasarruf işlemiyle yapılacaktır**. Taşınırda mülkiyetin devri amacıyla zilyetliğin devriyle (MK m. 763/I), taşınmazda mülkiyetin devri amacıyla bulunulacak tescil talebinin ardından yapılacak tescille (MK m. 1013/I, 1015/I) bağışlanan, mülkiyet hakkını kazanacaktır.

Görüldüğü üzere karşılık beklemeksizin malvarlığı değeri devri borçlanıp, ardından tasarruf işlemi yaparak karşı tarafın malvarlığına geçirme ile karşılık beklemeksizin birine malvarlıksal çıkar sağlama farklı şeylerdir. **Sözleşme bağışlama** ile **kazandırma sebebi bağışlama ayrı hukukî kavramlardır.** Malvarlığında ifade için bağışlama sözleşmesi yelpazesini biraz açalım: Bağışlayan, sözleşmeyle; bağışlananı, ivaz beklentisiz karşı tarafa bütünüyle devretme sözü vererek (borçlandırıcı işlemle) malvarlığını azaltmaktadır. Geçerlik şekline uygun (âdî yazılı, BK m. 288, 12/II) sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, bağışlayanın malvarlığının pasifine örneğin bağışlanan saatin mülkiyetinin devri borcu yazılmaktadır **(Şekil 8)**. Bağışlananın malvarlığının aktifine de bağışlama sözleşmesinden doğan, saatin mülkiyetini devir alacağı yazılmaktadır **(Şekil 9)**. Bağışlayanın kazandırmadan ivaz beklentisi yoktur. Bu nedenle bağışlayanın, borçlandırıcı işlemle bağışlanana yaptığı kazandırmanın sebebi bağışlamadır **(causa donandi)**. Bağışlayan, borcunu ifa ettiğinde -bağışlama konusu saatini, mülkiyeti devir amacıyla bağışlanana verdiğinde- yaptığı tasarruf işlemidir. Bağışlayan, malvarlığının aktifini doğrudan etkileyen işlemle, aktifindeki taşınırı bütünüyle bağışlananın aktifine geçirmiştir. Saati vermesinin nedeni, daha önce verdiği sözü tutmaktır. **Tasarruf işlemiyle yaptığı ka-**

39 Bağışlama sözleşmesi tanımında, denk ivaz içermeme vurgusu için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 164.

40 Tanımdaki "kazandırma yapmayı üstlenme" sözleri ise doğru değildir (BK m. 285/I). Yukarıdakı açıklamalarda belirttiğimiz üzere, kazandırma borçlandırıcı işlemle de tasarruf işlemi ile de yapılabilmektedir. Her durumda yapılan **kazandırıcı işlem**dir. "Kazandırma yapmayı üstlenme" sözleri, bağışlama sözleşmenin kazandırıcı işlem olduğu gerçeğinde, gerçeği doğrulayan bilgide kuşku uyandıracak, uygun olmayan dile getiriştir. Eski hükmün yine yanlış sözü "tasarruf" yerine kullanılan "kazandırma"nın gelme gerekçesi açıklanmamıştır (EBK m. 234/I, gerekçesiz gerekçe metni için bkz. ERMAN/İNAL/BAYSAL, Karşılaştırmalı - Gerekçeli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 411-412).

zandırmanın sebebi ifadır (causa solvendi). Saat, artık bağışlananındır **(Şekil 10)**. Bağışlanan, bağışlama sözleşmesiyle de kazanmıştır (**alacak hakkı**), tasarruf işlemiyle de kazanmıştır (**saatin kendisi**). Her iki işlemle de bağışlananın malvarlığı sadece artmıştır. (Bağışlayanın malvarlığı ise sadece azalmıştır!)

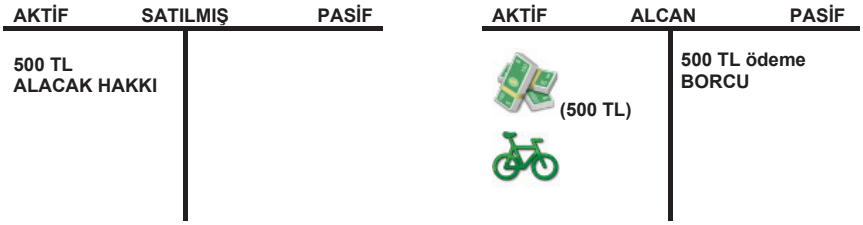


(Şekil 8, 9: Bağışlama sözleşmesinin malvarlıklarına etkisi**)**

(Şekil 10: Bağışlayanın tasarruf işleminden sonra Bağışlananın malvarlığı durumu**)**

Satım sözleşmesi örneğinin, tasarruf işlemi aşamasına bir ekle, karmaşayı çözen yukarıdaki açıklamalardan sonra sağlama yapalım: Satılmış, bisikleti teslim etmekle birlikte, Alcan parayı ödemek istediğinde, "Gerek yok; bisiklet hediyem olsun", Alcan da "Sağ olasın", demiş bulunsun. Malvarlığına gidelim. 500 TL, Satılmış'ın malvarlığının aktifindeki alacak hakkıdır. "Hediyem olsun" sözünün hukukçası, "alacak hakkımdan vazgeçiyorum, ibra önerisinde bulunuyorum"dur **(Şekil 11)**. Alcan'ın "sağ olasın", sözünün hukukçası ise alacağın borçlusu olarak, "ibra önerisini kabul ediyorum"dur. **İbra sözleşmesi tamamlanmıştır (BK m**

132) (Şekil 12). Satılmış bir tasarruf işlemi yapmıştır[41] [42]. Malvarlığının aktifindeki alacak hakkı, bütünüyle ortadan kalkmıştır (malvarlığı azalmıştır). Alcan, 500 TL'yi ödeme borcundan kurtulmuştur. **İbra ile silinen borç, pasifi azaltarak, Alcan'a malvarlıksal çıkar sağlamıştır.** Satılmış, Alcan'a kazandırmada bulunmuştur; ivaz beklentisi yoktur; kazandırmanın sebebi bağışlamadır (causa donandi). **(Yineleyelim: İvazsız kazandırmaların sebebi bağışlamadır[43].)**

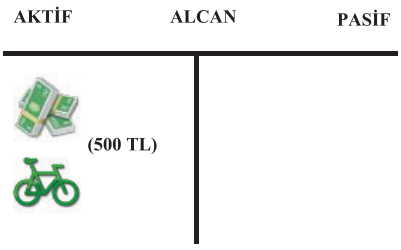


(Şekil 11: Satılmış bisiklet teslim borcunu ifa etmiş; Alcan'a ibra önerisinde bulunmuştur**)**

41 Karş. yukarıda **IV. 1. Malvarlığını Azaltan İşlemler (Borçlandırıcı İşlemler - Tasarruf İşlemleri)** başlığı altındaki açıklamalar.

42 Burada bağışlanamaz bir yanlışa, fahiş bir adlandırmaya değinmek kaçınılmazdır. Alacak hakkından vazgeçme ile aynî haktan vazgeçme karıştırılmaktadır. Aynî haktan da alacak hakkından da vazgeçmek olasıdır. Aynî haklar, eşya üzerindeki hâkimiyet haklarıdır. Aynî haklardan vazgeçmenin adı **feragattir**; teknik adı **terk**tir; **tek taraflı hukukî işemin** ardından terk eylemiyle gerçekleşir. Öte yandan alacak hakkından vazgeçmenin adı **ibra**dır. **İbra bir sözleşmedir;** borçlu ile alacaklının, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla kurulur. Unutulmamalıdır, teorik soyutlamada alacaklının malvarlığının aktifindeki alacak hakkı, borçlunun malvarlığının da pasifine yazılıdır. Alacak hakkından vazgeçme sadece alacaklının malvarlığını değil borçlunun malvarlığını da etkileyecek bir işlemdir. Tarafların karşılıklı rızasıyla gerçekleşecektir. Alacaklının tek taraflı irade açıklamasıyla alacağından vazgeçmesi hukuken olanaksızdır. Tek taraflı vazgeçme anlatan feragat sözü burada asla kullanılmamalıdır!

43 Kısa bir açıklama... Satılmış'ın "Gerek yok, bisiklet hediyem olsun", Alcan'ın "Sağ olasın" sözlerinin anlamına ilişkin açıklamalar, yaşamın olağan akışına uygun yorumumuzdur. Sözlerin anlamı, istisnaî durumda, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları olarak, "aramızdaki satım sözleşmesini sona erdiriyoruz = ikale sözleşmesi yapıyoruz"; devamla Satılmış'ın bisikleti Alcan'a vermesi, elden bağışlama (BK m. 289) da olabilecektir. Bağışlama, tek taraflı bir hukukî işlem olmadığı -iki taraflı hukukî işlem, sözleşme olduğu- için Alcan'ın "Sağ olasın" sözü, borçlandırıcı işlemle tasarruf işleminin iç içe geçtiği elden sözleşmedeki -çifte- kabul açıklaması niteliğinde bulunacaktır! Böylelikle Satılmış, Alcan'a **bağışlama sebebi**yle, **tasarruf işlemi** elden bağışlamayla **ivazsız kazandırma** yapmış olacaktır.



(Şekil 12: İbra sözleşmesi tamamlanmıştır**)**

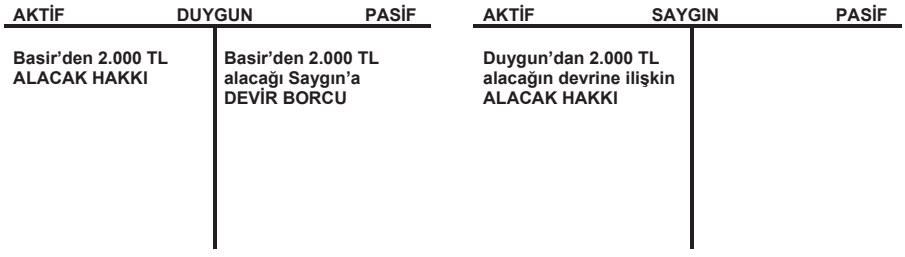
Bağışlama sözleşmesinin malvarlığındaki herhangi bir değere ilişkin borçlandırıcı işlem olduğu bilgisini, kazandırma sebebi bağışlama ile ayırıp, öğretide yapılan bazı açıklamalarla doğan karmaşayı gidermede birkaç söz daha gerekmektedir[44]: Bağışlama sözleşmesi borçlandırıcı işlemdir. Alacak hakkının devri tasarruf işlemidir. Alacak hakkını ivazsız kazandırma, tasarruf işlemiyle yapıldığında, adı alacağın devridir (BK m. 184 vd), bağışlama sözleşmesi (BK m. 285 vd) değildir. Alacak hakkını ivazsız kazandırmada söz verip, ardından sözü tutma; alacağın devri vaadi ve ardından yapılacak devir işlemiyle gerçekleşecektir. O halde alacak hakkını bağışlama sözleşmesi, borçlandırıcı işlem alacağın devri vaadinden sonra yapılacak tasarruf işlemi alacağın devri işlem sırasıyla gerçekleşecektir.

Saygın-Duygun örneğine dönüp, biraz değiştirelim: Duygun, "Basir'den 2.000 TL alacağımı, **karşılıksız** Saygın'a **devredeceğim**" dediğinde, alacak hakkı bağışlama sözleşmesini yapmış olur (BK m. 184/II)[45]. (Duygun, gelecek zaman ekiyle, şu anda devri gerçekleştirmediğini, devir sözü ver-

44 Bkz. SCHWARZ, s. 158.

45 Aynı yönde bkz. ENGİN, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 18. Hemen bir noktayı vurgulayalım. Alacağın devri vaadinin geçerliği, şekle bağlı değildir (BK m. 185/II). Öte yandan bağışlama sözleşmesi yazılı geçerlik şekline bağlıdır (BK m. 288, 12/II). Alacağın devri ivazlı ya da ivazsız olabilecektir. İvazsız devir vaadinin bağışlama sözleşmesi olacağı belirlemesi karşısında, şekil sorununu çözmek gerekmektedir. Genel-özel hüküm ayrımıyla bakıldığında kanımızca hem alacağın devri -bölüm adı üstünde Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri, temel ilke nisbîliğin devrilmesi- düzenlemeleri hem bağışlama sözleşmesi -kısım adı üstünde özel borç ilişkileri- düzenlemeleri özel normlardır. Bağışlamanın tanımı karşısında, alacak hakkının ivazsız devri vaadi, bağışlama hükümlerini gündeme getirmektedir. Kanun koyucu bağışlama sözleşmesinin geçerliğini, taşınmazda resmî geçerlik şekline, diğer bağışlama konularında âdî yazılı şekle bağlı kılmıştır (BK m. 288/II, I). Bu durumda alacağın devri vaadinin de bağışlama sözleşmesi niteliğinde olduğunu ancak özel hüküm uyarınca geçerlik şeklinden bağışık kılındığını söylemek olasıdır. Karşıt görüş için bkz. NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 357.

diğini belirtmektedir). Duygun'un daha sonra vereceği imzalı, "Basir'den 2.000 TL alacağım, söz verdiğim üzere Saygın'ındır" içerikli yazılı metinse alacak hakkı bağışlama sözleşmesinin tasarruf işlemidir (BK m. 184/I). **Alacağın devri vaadi**, Duygun için **borçlandırıcı işlemdir**, **malvarlığının pasifine**, **alacak hakkını** Saygın'a **devir borcu** yazılır. Duygun'un borçlandırıcı işlemi, Saygın için **kazandırıcı işlemdir**, **malvarlığının aktifine, alacağın devrine ilişkin alacak hakkı yazılır (Şekil 13)**. Duygun, Saygın'a borçlandırıcı işlemle yaptığı kazandırmadan bir karşılık beklememektedir. O halde bu kazandırma ivasızdır. Daha sonra **alacak hakkı devredildiğinde**, Duygun'un **malvarlığı tasarruf işlemiyle azalacaktır (Şekil 14)**. Bu kez verdiği sözü tutmak amacıyla yaptığı **kazandırmanın sebebi ifadır (causa solvendi)**.



(Şekil 13: Alacağın devri vaadinin malvarlıklarına etkisi**)**

(Şekil 14: Alacağın devrinden sonra Saygın'ın malvarlığı durumu**)**

Av. GÜLÇİN ÇAYLIGİL
Armağan Yazıları

10 Nisan 2013 için...[1]

Av. Fikret İLKİZ

GÜLÇİN,

Sevgilimi kaybettim. Onu Halikarnassos topraklarına kendi ellerimle gömdüm. Halikarnossos halkı Lelegler ve Karyalılar onu benden çok seviyorlarmış meğerse.

Güller, karanfiller, kır çiçekleri onun üstünü örttü, çiçeklerin çokluğundan toprak gözükmüyordu. Şimdi onu toprak, çiçek ve insan sevgisiyle baş başa bırakıp gitmek zamanıydı. Ne acı!

Yüreğimi ve sevgilimi öylece toprağa verdiğim gibi, orada bırakıp gittim.

Yağmurlar yağacak, Gülçin önce toprak olacak, gökyüzüne çıkacak. Sonra yağmur, sonra yağmur damlası olacak. Halikarnossos martılarının kanadına damlayacak, onlar kanatlarında Gülçin'i Moda sahillerine kadar getirecek, bir alçalacak bir yükselecek ve bir yağmur damlası gibi Gülçin toprağa yeniden düşecek.

Ben, zamansız zamanlarda, Halikarnossos martılarını Moda'da bekliyor olacağım.

Ne uzun yolculuk, günlerce sürer git git bitmez. Yazık değil mi martılara, yazık değil mi yağmur damlasına, ne gerek vardı bu kadar uzun yolculuğa...

Koskoca ben, bi Gülçin'i Moda'da tutamadım ya, yazıklar olsun bana. Yok, artık işte, yok!

"Bütün tariflerin canı cehenneme! Ben onu bunu bilmem; "Aşk" bir başkasından sana dönen sevinçtir. Hem nasıl bir sevinç! Gözleri parlar insanın, pırıl pırıl olur" demişti.

Yüzüne baktığımda, yüzüme baktığında pırıl pırıl olurdu gözlerimiz. Çok özleyeceğim onu.

Sevgilimin ardından ağlamak zor geliyor. Kendimi yıllardır ağlamaz

1(15 Nisan 2013 bianet)

biliyordum. Ağlıyorum işte. Ama mutluyum, çünkü benim de gözyaşlarım varmış, hafif tuzlu ve birazcık sıcak. Demek ağlayabiliyormuşum!

Arada bir ve hiç olmadık zamanda durup dururken ağlarsam eğer Gülçin yüzündendir. O da bazen şaşırtırdı, durup dururken sevdiklerini hatırlar ve ağlardı. Şaşıranlara şöyle demişti*: " Hele bi gün, güneyde bi teknede, rakı sofrasında oturuyoruz. Mina ve Muhlis nasıl da şaşırmışlardı, çünkü ben sanki Şadan'ın ölümünü yeni duymuşcasına ağlamaya başlamıştım. Ne oluyor, diye sorduklarında, onları, insanın gülmesi, kahkaha atması neyse, hüzünlenmesi de aynı şey, diyerek yanıtladım. Demin hep birlikte gülüyorduk, şimdi bırakın ağlıyim dedim. Sevdiğin bir insanın yokluğuna alışmak kolay mı? İşin belki de ölüm kadar acı yanı, bir süre sonra alışıyorsun, evet yok işte diyorsun, yok! Alışmayıp da ne yapacaksın, yine o klasik deyimle, yaşam devam ediyor…"*

1 Şubat 2013 tarihinde Eskişehir'de yaptığım bir konuşmamın bir bölümünü çok şahsi hissederek Gülçin'e olan sevgimin bir tezahürü olarak gördüğüm için atlamıştım. Bu yazı zaten "çok şahsi" olduğuna göre, oldu olacak bu bölümü de yazmalıyım.

Eskişehir'de konu biraz hukuk, biraz hukukçuluk ve biraz da avukatlar üzerineydi. Kısa konuşma yapmalıydım. Tam da Çağdaş Hukukçular Derneği'nden avukat meslektaşlarımın tutuklandığı günlere rastlamıştı. Ne söylemeliydim? Konuşmamın atladığım bölümü şöyleydi: " Belki bir şiirin ilk iki dizesini söylemeliyim… Nazım Hikmet'in **"Saat 21-22 Şiirleri"** ile **"Rubailer" ve "Dört Hapishaneden".** İki kitabı da yayınlayan Memet Fuat hakkında ceza davası açılmış. Dava görülecek, savunma yapılacak. Avukat lazım. O zamana kadar tanımadığı iki avukat bulur. Birisi **Av. Gülçin Çaylıgil**, diğeri ise **Av. Ziya Nur Erün.** Şiirler yargılanır ve beraat eder. Sonrasını Memet Fuat'ın 27 Temmuz 1996 günlü Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan "**Şiiri Savunan Avukat"** başlıklı yazısının bazı bölümlerinden okuyalım: *" Türkiye'de neler yaşandı, **Gülçin Çaylıgil** ile onun gibi insan haklarına saygılı avukatlar ne davalara girip çıktılar, insanlık onurunu korumak için ne büyük savaşımlar verdiler. Onca savaşın yanında iki şiir kitabının aklanmasının sözü mü olur!*

İçinizde şiirler söylenmiyorsa şiiri savunamazsınız…

*Çağdaş Hukukçular Derneği, geçen hafta düzenlenen bir törenle, çalışmalarında **" insan haklarını ön planda tuttuğu için",** Gülçin Çaylıgil'e **"Çağdaş Hukuk Mücadelesi İçin Emek Ödülünü"**nü verdi. Daha önce, sırasıyla, **Halit Çelenk, Server Tanilli, Emin Değer'e** verilen bu*

ödülün, bir güzel insana daha verilişini anlatan satırları mutlulukla okurken, kafamda Saat 21-22 Şiirleri'nin, Dört Hapishaneden'in dizeleri dolaştı durdu."

Yazı şu cümleyle bitiyor: **"Berlin'de yargıçların olması yetmez, şiiri savunabilecek avukatınız var mı?"**

Çok şükür, adı geçen savunmanların tümünü tanıdım. Yan yana duruşmalara girdiğim için kendimi şanslı ve mutlu ve bir o kadar sorumlu sayıyorum. Adı bende saklı bir avukat arkadaşımın Gülçin için benimle paylaştığı bir mutluluğu var. Sizlerle paylaşmalıyım. En büyük mutluluğum, ben **Av. Gülçin Çaylıgil'in paltosunun içinden çıktım**."

Dediğiniz ve ölümü üzerine yazdığınız haberlerdeki gibi olsun. O devrimciydi, o sosyalistti, insan hakları savunucusuydu, o avukattı. Mezarını örten çiçekler gibi yaşadı. Yaşadığı yaşam gibi hepimizi yaşamıyla etkiledi. Güzelleştirdi, aydınlattı. Çok insan savundu, çok savunmalar yaptı, çok güzel yaşadı. İnsandı, insanları severdi, yürekliydi.

Ben seyrettim, o tarih yazdı.

Dostlarından hiç kimseyi hiçbir zaman yarı yolda bırakmadı. Hatta onlardan mezarına bir gül, bir karanfil, birkaç söz göndermelerini bile beklemedi. Kimseye gönül koymadı, giderken kırgın değildi. Kimse kendi kendine üzülmesin. Benimle söz gönderenler, benimle karanfil ve çiçek gönderenler bilsinler ki tüm sözlerinizi Gülçin'e söyledim, tüm çiçeklerinizi mezarına bıraktım. Hatta onu son kez anmak için söz göndermeyenlerin sözlerini ve çiçeklerini de…

Zaten her şey "yürekte" değil mi ve zaten bütün mesele;

"Tahir olmak da ayıp değil / Zühre olmakda / Hatta sevda yüzünden ölmekde ayıp değil / Bütün iş Tahir ile Zühre olabilmekte yani yürekte." değil mi?

15 YIL SİGORTALILIK + 3.600 GÜN PRİM ÖDEME VE KIDEM TAZMİNATI[1]

Av. Yörük KABALAK

Bilindiği gibi halen yürürlükte bulunan 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14/5. maddesinde; "*……yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi isteğiyle işyerinden ayrılan işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı*" öngörülmüştür.

Buna göre sosyal güvenlik hükümleri bakımından emekli olmaya hak kazanan işçinin hizmet akdini feshederek kıdem tazminatı alabileceği anlaşılmaktadır.

Gene bilindiği gibi şu anda yürürlükte olan 506 Sayılı Yasa'nın Geçici 81/C. maddesinde; " *23/05/2002 tarihinde 15 yıllık sigortalılık süresini kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş ve 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunanlara istekleri halinde yaşlılık aylığı bağlanır* " hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre birçok kişinin "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirmesiyle yaşlık aylığı almaya hak kazanacağı, buna karşın yaşlılık aylığı bağlanması için kadınsa 50 yaşını,erkekse 55 yaşını bekleyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, yukarda sözü edilen 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14/5. hükmüne göre de, "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştiren işçinin bu nedenle işyerinden ayrılıp kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucu da ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada da bu konuda birçok dava açıldığı ve bu davalarda "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştiren işçinin işyerinden bu nedenle ayrıldığını ileri sürerek işvereninden kıdem tazminatı talep ettiği iş hukuku çevrelerinde bilinen bir vakıadır.

---

1 Bu yazı,geçen yıl kaybettiğimiz değerli Avukat Gülçin ÇAYLIGİL'in anısı için hazırlanmış iddiasız ve sade bir çalışmadır. İstanbul Barosu'ndan birçok özgürlük ve hukuk savaşçısı avukat gelip geçmiş ve tarihin parlak sayfalarına isimlerini yazdırmışlardır.Gülçin ÇAYLIGİL de onlardan biriydi; anısı önünde derin bir saygı ile eğiliyorum.

Bu şekilde işverenlerinden kıdem tazminatı talep eden işçiler, genelde "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunun gerçekleştiğini gösteren ve SGK'dan aldıkları belgeyi işverene ibraz etmektedirler.

Ancak,işçinin işverene hiçbir sebep beyan etmeden işyerinden ayrılması ve hatta soyut bir beyanla istifa ettiğini bildirmiş olması halinde dahi, daha sonra işverene açacağı davada işyerinden hangi sebeple ayrıldığını açıklayarak kıdem tazminatı talep edebileceği Yargıtay uygulamalarında kabul görmektedir.[2]

İşçinin yaşlılık aylığı bağlanması için gereken yaş koşulunu gerçekleştirmeden sadece "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirmesi sebebiyle hizmet akdini feshedip kıdem tazminatı talep etmesine ilişkin olarak uygulamada iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır.

Bunlardan birinci görüşte; yasa hükmünün açık olduğu buna göre yasanın tanıdığı hakkı kullanarak yaşlılık aylığına hak kazanması sebebiyle hizmet akdini fesheden işçinin fesihten sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde de kıdem tazminatına hak kazanacağı düşüncesi savunulmaktadır.

İkinci görüşte ise, yaşlılık aylığı bağlanması için gereken yaş koşulunu gerçekleştirmeden sadece "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirmesi sebebiyle hizmet akdini feshedip başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin yasanın tanıdığı hakkını kötüye kullandığı ve bu nedenle işçi için kıdem tazminatından söz edilemeyeceği düşüncesi ileri sürülmektedir.

Bu konuda Yargıtay'ın da verdiği kararlarıyla, işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması sebebiyle işyerinden ayrılıp 10 – 15 gün sonra başka bir işyerinde çalışmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirdiği görülmektedir.[3]

Karşıt fikir ise, az yukarda belirtildiği gibi "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirerek işyerinden ayrılan işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlasa da kıdem tazminatına hak kazanacağını,bu durumda yasadan doğan bir hakkın kullanıldığını,bu nedenle işçinin kötüniyetinden söz edilemeyeceğini savunmaktadır.

Gerçekten, öteden beri benimsenmiş olan temel hukuk ilkesi:

2 Yargıtay 9.HD 11.4.2008 T. 2007/14438 – 2008/8222 İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları Şahin ÇİL 2010 Ankara Sh 846 vd Yargıtay 9 HD 1.2.2010 T. 2008/16403 – 2010/1875 Çalışma ve Toplum Dergisi Say 25 sh 344 vd

3 Yargıtay 9.HD 4.4.2006 T. 2006/2716 – 2006/8547, Yargıtay 9.HD 14.5.2009 T. 2008/1760 – 2009/13519 Yargıtay 9.HD 12.11.2009 T. 2008/11743 – 2009/31427 Hamit TİRYAKİ Maliye Postası Dergisi Sayı 801 Sh100 vd

"Qui iure suo utitur neminem laedit : Kendi hakkını kullanmak başkasına haksızlık etmek sayılmaz" Şeklindedir.[4]

Ancak; " *Bir kimsenin kendi hakkını yasanın tanıdığı amaçtan başka bir maksatla kullanmasının hakkın kötüye kullanılması* " anlamında olduğu da başka bir hukuk ilkesidir.[5]

Bu noktada, "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirmesiyle işyerinden ayrılıp başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin kıdem tazminatı isteminin ne şekilde değerlendirileceği sorusu gündeme gelmektedir.

Yargıtay'ın 27.5.1958 T. 1957/15 – 1958/5 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında:[6]

"*Kanun koyucuya İş Kanunları'nı kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaide- lerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır.*"

Açıklaması bulunmaktadır.

Bu durum karşısında; Yargıtay'ın da çok eski yıllardan beri bir İçtihadı Birleştirme Kararıyla benimsenmiş olduğu " *şüphe ve kuşku halinde iş hukukunda işçi lehine yorum kuralının geçerli olacağına* " ilişkin ilkesinin ışığında düşünüldüğünde; "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirmesiyle işyerinden ayrılıp başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin kıdem tazminatı isteminin hakkın kötüye kullanılması anlamında olmayacağı işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucu ortaya çıkacaktır.

Bu şekildeki çözüm tarzı benzer olaylarda Yargıtay'ın öteden beri benimsemiş olduğu ilkelere de aykırı değildir.

Gerçekten, yazımızın konusu teşkil eden ve yaşlılık aylığına hak kazanan işçiye kıdem tazminatı hakkı tanıyan 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14/5.

---

4 Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Andreas Von TUHR,Cevat EDEGE çevirisi,Yargıtay Yayınları sh 370

5 Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Andreas Von TUHR,Cevat EDEGE çevirisi,Yargıtay Yayınları sh 370

6 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Yargıtay Yayınları Cilt 5 Sh 89 vd

fıkrasının hemen altındaki 6. fıkrada: "*Evlenen kadının hizmet akdini evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sona erdirmesi halinde kıdem tazminatı ödeneceği*" hükmü bulunmaktadır.

Bir olayda, evlenen kadın evliliğini izleyen bir yıl içinde işyerinden ayrılıp başka bir işyerinde çalışmaya başlamıştı. Ayrıldığı işyeri bu kadın işçisinin iyiniyetli olmadığını, hizmet akdini evlilik sebebiyle değil başka işyerinde çalışmak amacıyla feshettiğini iddia etmişti.

Mahkemeye intikal eden bu uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na kadar gitti. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.4.1988 T. 1988/9 – 225 – 1988/369 Sayılı Kararında:[7]

"1475 sayılı İş Kanunu'nun değişik 14. maddesinin ikinci, fıkrası hükmünce hizmet akitlerinin "kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi" halinde kıdem tazminatına hak kazanılacaktır. Bu değişik hüküm kuşkusuz aile birliğini koruma amacıyla getirilmiş olup çalışma hayatını evlilikle birlikte gereği gibi yürütemeyeceği düşüncesinde olan kadına Yasa ile tanınmış bir olanaktır. Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın, Yasa'nın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılmışsa, daha sonraki dönemlerde çalışma hakkını kaybettiğinden söz edilemez; diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadın ayrılmasını hemen takiben çalışma ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir"

Açıklamasıyla, evliliğini izleyen bir yıl içinde hizmet akdini fesheden kadının başka bir işyerinde çalışmaya başlamasının kötüniyetli davranış anlamında olmadığı ve ayrıldığı işyerinden kıdem tazminatı istemesine engel olamayacağı belirlenmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.1.2013 T. 2010/37179 – 2013/1571 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.[8]

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 10.5.2012 T.2010/10705– 2012/16586 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.[9]

Görülüyor ki, evliliğini izleyen bir yıl içinde hizmet akdini fesheden kadının başka bir işyerinde çalışmaya başlamasının kötüniyetli olduğu anlamında kabul edilmeyeceği ve bu nedenle ayrıldığı işyerinden kıdem tazminatı istemesine engel olamayacağı Yargıtay'ın sapma göstermeyen uygulamasıdır.

Burada okuyucu yanılmamalıdır.

7 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlar İsmail ÖZMEN 1998 Ankara Sh.196 vd.

8 İstanbul Barosu Dergisi 2013/3 sh 392 vd

9 İstanbul Barosu Dergisi 2013/1 sh 379 vd

Zira, evlilik ile emekliliğe hak kazanma şeklen ayrı kavramlar gibi görünüyor iseler de, tartışma konusunun özü aynıdır.

Bir tanesinde işçi evlilik sebebiyle işyerinden ayrılmakta ve yeni bir işyerinde çalışmaya başlamakta, diğerinde işçi emekli olmaya hak kazanması sebebiyle işyerinden ayrılmakta ve yeni bir işyerinde çalışmaya başlamaktadır.

Hal böyle olunca, bunlardan bir tanesinde başka işyerinde çalışmaya başlayan işçinin kötüniyetli sayılması, diğerinde ise aynı durumda olan işçinin kötüniyetli olmadığının kabul edilmesi tutarlı olmayan bir mahkeme kararları ve içtihat uygulamasının mevcudiyetinin işareti olarak düşünülebilecektir.

Bu nedenlerle, "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme" koşulunu gerçekleştirmesiyle işyerinden ayrılıp başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin kötüniyetli sayılamayacağı ve bu nedenle ayrıldığı işyerinden kıdem tazminatı isteyebileceği görüşünün daha adil ve iş hukukunun temel ilkelerine de aykırı olmayan bir değerlendirme olduğu düşünülecektir.

Öte yandan, Yargıtay'ın son uygulamalarına da bakıldığında:

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 12.2.2013 T. 2012/3673 – 2012/2597 ve 25.1.2013 T. 2012/10954 – 2013/909 Sayılı Kararlarında:[10]

"Çalışmakta olduğu iş yerinde yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ilişkin yükümlülüklerin tamamlayan işçinin, kendisi için çalışma koşullarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir işyerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması halinde Medeni Kanun'un 2 maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilemeyeceği, Kanun ile tanınmış emeklilik sebebi ile fesih hakkının kullanması ile birlikte kıdem tazminatına hak kazanılacağının kabulü gerekeceği, işçinin hangi amaçla bu hakkı kullandığının kıdem tazminatına hak kazanması açısından önem arz etmediği"

Belirtilmektedir.

Yargıtay'ın bu son yeni kararlarıyla; "15 yıl sigortalılık + 3.600 gün primi ödeme " koşulunu gerçekleştirmesiyle işyerinden ayrılıp başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin kötüniyetli sayılamayacağı ve bu nedenle ayrıldığı işyerinden kıdem tazminatı isteyebileceği görüşünün Yargıtay tarafından da benimsendiği anlaşılmaktadır.[11]

10 İstanbul Barosu Dergisi 2013/4 sh 485 vd

11 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, 8.11.2013 T.2012/27761-23841 Sayılı Kararı ve 8.10.2013 T.2013/265-21200 Saylı Kararları da aynı doğrultudadır. Bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi Sayı 40 Sh. 566 ve 588.

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE KAMUYA MAL OLMUŞ KİŞİ KAVRAMI

Coşkun ONGUN[1]

Yazılı ve görsel basın yani medya, geçmişten günümüze demokratik sistemlerde daha da artan yönleriyle önemli bir baskı aracı olarak varlığını sürdürüyor. İnsanların haber alma ve ifade özgürlüklerini rahatlıkla kullanabilme hakları, medya sayesinde olası... Medyanın bu işlevini yerine getirirken hukuka uygun hareket etmesi de kaçınılmaz.

Basın özgürlüğü demokrasi adına oldukça kutsal ve korunması gereken bir kavram bir olgu. Çünkü günümüzde bir yerde demokrasinin işleyip işlemediğini inceleme ve tespit etmekteki ölçüt, kuvvetler ayrılığının uygulanıp uygulanmadığı ya da parlamentosunun çalışıp çalışmadığından da öte; basının görevini özgürce yerine getirip getirmediği üzerine şekillenmekte daha çok.

Ancak bu özgürlüğün sağlanması ve de korunması ne denli önemliyse, bireylerin kişilik haklarının basın karşısında korunması ve kollanması da bir o kadar önem arz ediyor.

Uluslararası sözleşmeler başta olmak üzere yabancı ve yerli birçok düzenleme Basın özgürlüğü kavramını bir şekilde ele almış ve bu kavramın sınırlarını belirlemeye çalışmıştır.

Gerek kamu nezdinde gerekse özel kurum ve kişilerce basının işlevini yerine getirmesine engel yaratabilecek eylemler, hem Anayasamızda hem de Yasalarımızda getirilen düzenlemelerle en aza indirgenmiştir.

Yargıtay kararlarında da biçimlendiği üzere yazılı ve görsel basın araçları, yalnız halkın bilgi alma hakkını değil, **yönlendirme ve bilinç oluşturmanın yanı sıra denetim göreviyle** kamuoyunda halkın sözcülüğü görevini üstlenirler. Basının görevini özgürce yerine getirmesi "kamu yararı" kavramının hayata geçirilmesi ile doğru orantılıdır. Basın özgürlüğünün sağlanması hukuk devletinin işlerliği bakımından son derece önem arz eder. Çünkü basın özgürlüğünün gördüğü ya da göreceği olası zarar ve aksamalar, kısa sürede bireye ve oradan topluma yayılacak bir özgürlük ve kendini ifade etme sorunsalına yol açma tehlikesi doğuracaktır.

1 İstanbul Barosu avukatlarından.

Toplumsal özgürlüğün yolu bireyin kendini rahatça ifade etmesinden geçer. Bireylerin bir araya gelmesiyle ortaya çıkan toplumsal yapı ifade özgürlüğünde kitle iletişim araçlarına her zaman için gereksinim duyar.

Bu durumda dördüncü kuvvet denilen medya, güce karşı kuvvet konumuna yükselir.

Basın özgürlüğünün yan yana kullanıldığı kavram olan kişilik hakları tanımına doktrin ve yargı kararları üzerinden ulaşılabilir. Hukuk öğretisinde **"genel anlamda kişilik hakkı, kişisel varlıklar üzerinde söz konusu olan şahsa bağlı bir mutlak hak olarak nitelenir. Bu anlamda yaşam, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim, his yaşamı gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade eder,** denilmiştir.

Basın özgürlüğünün kişilik haklarıyla çatışması durumunda somut olayın özelliklerine göre yargı tarafından bir karar verilecektir. Ancak burada göz önünde bulundurulması gereken ölçütler de yüksek yargı kararları ve öğretide genel çerçevesiyle tanımlanmıştır. Yargının önüne gelen en çok uyuşmazlık konusu kamuya mal olmuş kişilerin ne ölçüde eleştirilecekleri ve de sıradan insanlara göre bu eleştiriye katlanma düzeylerinin ne olacağında şekillenmektedir.

Yargıtay bu konudaki bir kararında davaya konu olayda şu şekilde hüküm kurmuştur: "Milli futbolcu olan davacının, kamuya mal olmuş kişilerden olduğu gözetilerek yayın tarihinden önce milli maç sırasında yaşananlar gündeme getirilmiş ve davacının davranışları eleştirilmiştir. Davacının daha sert eleştirilere katlanması konumunun gereğidir." Yargıtay kararlarında öne çıkan bir diğer husus, verilen haberin içeriğinin hukuka uygun olmasından çok veriliş şeklinin de küçük düşürücü ve abartılı olmaması yönündedir.

Yüksek mahkeme önüne gelen başka bir olayda da muhalefet liderinin bir yasa tasarısı hakkındaki görüş ve eleştirilerinin açıklanmasına ilişkin sözlerinin basın ve yayın organlarınca kamuoyuna duyurulmasının basının Anayasa ile düzenlenmiş bulunan haber verme hakkı kapsamında kaldığının kuşkusuz olduğunu, aksinin kabulü, muhalefet liderinin sözlerinin basın ve yayın organlarınca sansür edilmesi sonucunu doğuracağını, böyle bir uygulamanın ise demokratik toplumlarda kabul edilebilir bir durum olmayacağını, Muhalefet liderinin söylediği sözlerin açıkça hakaret içermediği takdirde basının bu sözleri aynen yayınlamasının basının haber verme hakkı kapsamında kalacağından hukuka aykırılık içermeyeceğine kanaat getirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da özellikle kamuya mal olmuş kişilerin basında yer alan ağır eleştiri ya da şok edici ifadelere katlanmaları gerektiği yönünde ifadeler yer almıştır.

AİHM, Başbakan tarafından açılan bir tazminat davasının yerel mahkeme tarafından kabul edilip karara bağlanması sonucunda aleyhinde manevi tazminata karar verilen başvurucunun dosya incelemesi sonucunda şu hükümlere varmıştır: "Mahkeme, Yazarın kendi siyasi görüş ve algıları ile renklendirdiği katı eleştirilerini hicivli bir stilde aktarmayı tercih ettiğini gözlemler. Bu bağlamda, Mahkeme sadece olumlu karşılanan veya zararsız veya tarafsız görülen bilgi ve fikirleri değil, "demokratik toplumun," gereklilikleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin parçası olan ve rencide eden, şoke eden ve rahatsız eden bilgi ve fikirleri de koruma altına aldığının altını çizer. Kaba ifadelerin kullanımının, tek başına saldırgan ifade olarak değerlendirmesi yapmaya yetmeyeceğini çünkü bu tarz ifadelerin stil (üslup)amaçları için de kullanılabileceğini belirtir. Mahkeme için, iletişimin bir parçası olarak (üslup) stil, bir ifade şeklidir ve ifadenin içeriği ile birlikte koruma altındadır. Ancak, söz konusu davada, yerel mahkemeler davayı incelerken, dava konusu ifadeleri kendi bağlamı ve ifade ediliş şekilleri içerisinde değerlendirmemiştir. Bunun sonucunda, Mahkeme, makalelerde bulunan çeşitli katı ifadelerin ve özellikle de yerel mahkemeler tarafından altı çizilenlerin, Başbakan'a karşı haksız bir kişisel saldırı olmadığı kanaatindedir. Buna ek olarak, Mahkeme, dava dosyasında, başvuru sahibinin makalelerinin, Başbakanın siyasi kariyeri veya profesyonel veya özel hayatı üzerinde bir etkisi olduğu yolunda hiçbir bulguya rastlamamıştır. Mahkeme, yerel mahkemelerin, Başbakan'ın kişisel haklarını başvuru sahibinin haklarının ve halkı ilgilendiren konularda basın özgürlüğünün üzerinde tutmak için ikna edici acil bir toplumsal ihtiyaç ortaya koyamadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Mahkeme, yerel mahkemelerin, karar verirken takdir yetkilerini aştıkları ve başvuru sahibi aleyhine aldıkları kararların güdülen meşru amaç ile orantısız olduğu kanaatindedir. Hükumet'in dikkat çektiği gibi, yasal işlemlerin cezai değil hukuki olması da, Mahkeme'nin yukarıda ortaya konan düşüncelerini etkilemez. Her durumda, Mahkeme, başvuru sahibinin, yayıncı şirket ile birlikte çarptırılmış olduğu tazminat cezasının miktarının kayda değer olduğuna dikkat çeker ve bu gibi miktarların, başkalarını, kamu görevlilerini eleştirmekten caydırabileceğinin ve bilgi ve fikirlerin serbest dolaşımını kısıtlayabileceğinin altını çizer *(bkz Cihan Öztürk/Türkiye, no. 17095/03, § 33, 9 Haziran 2009).* Başvuru sahibinin ifade özgürlüğü haklarını kullanmasına müdahale, demokratik bir toplumda, başkaları-

nın itibar ve haklarını korumak için gerekli görülemez. *(http://t24.com.tr/media/editorials/files/Link-1.doc)*

Türk yargısının, basın özgürlüğü / kişilik hakları çekişmesinde bıçak sırtı dengeyi korurken AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurması demokratik toplum gerekleri ve hukukilik adına işleri kolaylaştıracaktır.

MALİ GÜÇ ÖLÇÜTÜNÜ DİKKATE ALMAYAN AŞIRI VERGİ MÜLKİYET HAKKI İHLALİDİR: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN MACARİSTAN'A KARŞI 14 MAYIS 2013 TARİHİNDE VERDİĞİ N.K.M. KARARININ İNCELENMESİ

Doç. Dr. H. Burak GEMALMAZ[1]

Vergi kaynaklı birçok mesele aynı zamanda bir insan hakları meselesidir. Vergi kaynaklı müdahaleler adil yargılanma hakkı, özel yaşam hakkı, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi çok sayıda hak kapsamında sorun doğurabilmektedir. Aslında bugünkü insan hakları hukuku belgelerinin arkasında yatan ilk hareket noktalarından biridir vergi. "Temsil yoksa, vergi de yok" sloganında ifadesini bulan talepler 1215 tarihli Magna Carta'dan bugüne onlarca belgede çeşitli formlarda kendisine yer bulmuştur.[2] Vergi, bugün de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS veya Sözleşme)[3] yer alan birçok hak bakımından çeşitli sorunlar doğuran bir konudur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uzun yıllardan bu yana vergisel sorunları çeşitli Sözleşmesel haklar çerçevesinde ele almıştır, halen de almaktadır.

---

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

2 Vergiye ilişkin hükümler içeren tarihsel insan hakları belgeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, 2. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2012, sf:50-56, 134-149; Gülsen Güneş, **Verginin Yasallığı İlkesi**, 3. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2011, sf:34-46; Tamer Budak, **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, XII Levha Yay., İstanbul, 2010, sf:32-41.

3 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan "**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi**" (No.005, ***"Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"),*** 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'ni 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun"u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s.8662). Aynı Resmi Gazetede, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS'in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt I – Bölgesel Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:5-27.

Gerçi Devletlerin münhasır egemenlik yetkisi kapsamında bir uygulama olarak görüldüğü için Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve AİHM'in vergisel meselelerdeki tutumu, başlangıçta oldukça pasifti. Devletlerin vergi salma ve tahsili konusundaki yetkilerine saygı gösteren AİHM vergisel meselelerinin esasına girmekte çekinden davranıyordu. Zaten Sözleşmenin yapılış evresinde Devletler, mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin vergi salma ve tahsili yetkilerine zarar verme ihtimalinden çekindikleri için, bu yetkilerini açıkça tanıyan bir hükmü mülkiyet hakkını düzenleyen 1 numaralı Protokolün 1. Maddesine (bundan böyle **P1-1**) eklemişlerdi.

> "**Madde 1 – Mülkiyetin korunması**
>
> Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.
>
> Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da **vergilerin** yahut **diğer katkıların/yükümlülüklerin** yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir."[4] (vurgular eklenmiştir).

AİHM'in vergiye ilişkin kararları bu tarihi perspektiften beslendiğinden oldukça muhafazakar nitelikteydi. Hatta, sadece mülkiyet hakkı bakımından değil, adil yargılanma hakkı bakımından dahi benzeri bir pasif tutum AİHM'i sarmalamıştı. AİHM'e göre, vergi aslına dair uyuşmazlıklarda Sözleşmenin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı güvenceleri uygulanabilir nitelikte değildir.[5] AİHM'in vergisel meselelerdeki yaklaşımı

4 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1**"in (No.009, "***Protocol No.1 tothe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention***"), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **AİHS Protokol No.1**'in Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt – Bölgesel Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf:151-154.

AİHS Protokol No.1'e dair bilgi için bkz. Semih Gemalmaz,**Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt II**, Genişletilmiş 8. Baskı, 2012, sf:102-109.

5 Buna karşılık cezai nitelikte vergi uygulamaları adil yargılanma güvencelerinden faydalanabilmektedir.

doktrinde hem teknik hukuki açıdan hem de arkasında yatan perspektif açısından uzun zamandır eleştirilmekteydi. Günümüzde gelinen aşamada Devlet yönetiminin şeffaflaşması, hesap verilebilirlik ve giderek yerleşen iyi yönetişim kavramı, verginin mutlak olarak Devletin takdir yetkisi içinde kalan siyasi ve hatta yargısal olarak sorgulanamaz bir konu olmaktan çıktığına işaret etmektedir ve AİHM bu yeni perspektiften etkilenmektedir. Nitekim AİHM yeni yaklaşımın Avrupa Birliği Hukuku standartlarına ve Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi kararlarına yaklaştığı söylenebilir.[6] Nitekim aşağıda ele alınacak Macaristan'a karşı *N.K.M* kararı bu gözle okunabilir.[7]

Nihayetinde AİHM de yeni devlet anlayışının bu ilkeler çerçevesinde kurumsallaşmasından etkilenerek vergisel meselelerde daha aktivist bir tutum almaya başlamıştır. Yeni kararlarında mülkiyet hakkı çerçevesinde vergi aslının esasına ilişkin kapsamlı değerlendirmeler yaptığı gibi adil yargılanma hakkı güvencelerinin vergi aslına dair ihtilaflarda uygulanabilir olmadığı yönündeki yaklaşımını da, tamamen kaldırmış değilse de, yumuşatmıştır.[8]

Vergi aslına dair uyuşmazlıkların mülkiyet hakkını ihlal edebileceği ihtimalinin sinyallerini çeşitli kararlarında önceden veren AİHM Macaristan'a karşı 14 Mayıs 2013'te verdiği *N.K.M*. kararında (App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013) bu konudaki yaklaşımını netleştirmiştir. Anılan kararı **P1-1** mülkiyet hakkı genel teorisi çerçevesinde okumak, Türkiye için de dersler çıkartılmasına vesile olacaktır.

I) AİHS P1-1 Kapsamında Mülkiyet Hakkı

Strasbourg içtihatlarına göre **P1–1** normatif olarak **üç kuralı** düzenlemektedir: **Kural 1-** mülkiyete saygı (**P1–1**/1, ilk cümce), **Kural 2-** mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasallık koşulu) (**P1–1**/1, ikinci cümle) **Kural 3-** Taraf Devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi

6 Bkz. H. Burak Gemalmaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf:503-504.

7 ***N.K.M. v. Hungary***, App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013, paras.20-22, 70. Ayrıca aynı yönde olarak bkz. ***Gall v. Hungary***, App. No. 49570/11, Judgment of 25 June 2013, paras. 19, 69; ***R.Sz. v. Hungary***, App. No. 41838/11, Judgment of 2 July 2013, paras.18, 59.

8 Vergi aslına dair uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkı güvencelerini uygulanamayacağına dair içtihadındaki yumuşama için bkz. H. Burak Gemalmaz, "Basiretli İşadamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: AİHM'in YUKOS ve Soros Kararları Üzerine Düşünceler", **Güncel Hukuk**, Kasım 2011, Sayı:11-95, sf:63 ve dn.21.

(**P1–1**/2).[9] AİHM, anılan bu kurallara ek olara, bu üç kuralın bağlantılı olduğuna dair bir ilke daha kabul etmiştir: "Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildirler; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten müdahalesiz biçimde yararlanma hakkına yöneltilebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır."[10] Kanımca bu son ilke, aslında **P1-1**'de mündemiç **4. Kural**ı teşkil etmektedir. Zira somut uyuşmazlıkların çözümünde etkin bir rol oynama potansiyeli taşımaktadır. Bu kapsamda özellikle **4. Kural**'ın mevcut içtihadi yaklaşıma katkı sağlayabileceği ileri sürülebilir. Hatta **4. Kural**dan hareketle mülkiyete yapılan müdahalenin "yoksun bırakma" veya "kontrol" tipi olmasına bağlanan farklılıkların azalacağı iddia edilebilir.[11]

P1-1'de düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, doğumla (veya insan olmakla) kazanılmaz. **P1–1** anlamında mülkiyet hakkından söz edebilmek için mülkiyetin ulusal hukuka göre var olması gerekir. Yani, **P1–1** anlamında mülkiyet hakkının konusu olacak nesne/değer kişinin malvarlığına önceden dahil olmuş olmalıdır. Strasbourg organları bunu net olarak belirlemiştir.[12]

P1-1'de yer alan mülkiyet hakkının kavramsal düzeyde AİHS tarafı Devletlerin ulusal hukuklarından daha geniş bir kapsamda ele alınması otonom kavramlar doktriniyle sağlanmaktadır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, **P1–1** bakımından mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Sözleşme anlamında mülkiyet hakkı her türlü maddi malları, fikri mülkiyet, işletme ruhsatları ve müşteri çevresi gibi gayri maddi malları, ayni haklar ve alacak hakları ile miras hakkını kapsamaktadır. Parayla ölçülebilen neredeyse her değeri kapsayan ve dolayısıyla devasa bir uygulanabilirlik spektrumu bulunan **P1–1** mülkiyet hakkının koruduğu değerler arasında kişilerin sosyal güvenlik hukukundaki (mevcut ya da beklenen) statüleri de yer almaktadır.[13]

Son derece önemli ve güncel bir hak olan mülkiyet hakkı, kamusal yet-

---

9 ***Sporrong and Lönnroth v. Sweden***, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, para.61.

10 ***Lithgow and others v. United Kingdom***, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106; ***Agosi v. United Kingdom***, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para.48; ***Air Canada v. the United Kingdom***, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.29-30.

11 Burak Gemalmaz***,* Mülkiyet Hakkı**, sf:18 ve dn.49, 22, 535, 586.

12 ***Marckx v. Belgium***, Judgment of 13 July 1979, para.50.

13 Mülkiyet hakkı özelinde otonom kavramlar doktrinine dair bilgi ve AİHM içtihatları için bkz. Burak Gemalmaz***,* Mülkiyet Hakkı,** sf:124-229.

kileri kullanan kamu makamlarının müdahalesine açıktır ve dolayısıyla sınırlanabilir bir karakterdedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının sınırlanmasının tabi olacağı bazı ilke ve kurallar bulunmaktadır. Kamusal makamlar, tıpkı diğer haklar gibi, mülkiyet hakkını keyfi olarak sınırlayamazlar.

P1-1'e muhatap Devlet tarafından bir müdahalede bulunulmuş olduğu organlarca kabul edilirse, söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenir. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır: **a)** Birinci aşama, söz konusu müdahalenin kanunla öngörülüp görülmediği; **b)** ikinci aşama, yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine ya da bir başka deyişle meşru amaçlara uygun olup olmadığı ve **c)** üçüncü aşama, müdahalenin/sınırlamanın ölçülü olup olmadığıdır. Bu sürecin ayrıntılarına *N.K.M.* davasının spesifik boyutlarında değinilecektir.

II) Kıdem Tazminatı Açısından Mülkiyet Hakkının Mevcudiyeti

Mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla AİHM önüne gelen davalarda çözümü gereken ilk sorun, ortada başvurucu tarafından talep edilebilir bir malvarlığı değeri olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, **P1-1**'de yer alan mülkiyet hakkından yararlanabilmek için, talep edilen nesnenin/alacağın uyuşmazlık tarihinde başvurucunun/malikin malvarlığında bulunması veya bulunacağı yönünde meşru bir beklenti olması gereklidir. Bu meşru beklenti de ulusal hukukta yeterli bir hukuki temele dayanmalıdır. Aksi halde zaman duvarı engeli nedeniyle mülkiyet hakkı koruması hiç devreye girmeyecektir.[14]

Macaristan idare sisteminde memur olarak çalışan başvurucu, 30 yıl çalıştıktan sonra işten çıkartılmıştır. O dönemde uzun süredir yürürlükte olan mevzuat ve uygulama, kendisine işten çıkarma karşılığı olarak 8 aylık maaşına denk gelen kıdem tazminatı (severence pay) ödenmesini gerektirmektedir. Bu açından kıdem tazminatı esaslı bir malvarlığı değeridir ve **P1-1** mülkiyet hakkı kapsamında girmektedir. Nitekim Macaristan Anayasa Mahkemesi bu değeri koşulsuz kanuni hak olarak nitelendirmiştir. Kaldı ki AİHM'e göre bu tazminattan vergi alınması bile, bu değerin başvurucun malvarlığı içinde olduğuna işaret etmektedir. (para.36).[15]

Bu kıdem tazminatına %98 oranında vergi uygulanacağını amir 2010 yılında çıkartılan kanun hükmü, Macaristan Anayasa Mahkemesi tara-

14 çtihatları içeren ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:137-170.

15 Dipnot sayısını çoğaltmamak için karar paragraflar numaraları, metin içerisinde ilgili satır ya da paragrafların sonunda verilecektir.

fından iptal edilmiştir. Fakat yasama, aynı gün bu %98'lik oranın sadece 3,5 milyon forinti aşan kıdem tazminatlarına uygulanacağını amir yeni bir düzenleme getirmiştir. Aynı hükme göre, anılan vergi oranı sadece kamu sektöründe istihdam edilenlerin belirli kategorilerine uygulanacaktır. Bu hükmün de Anayasa Mahkemesine götürülmesi sonucu, hükmün geriye yürürlü etkisi iptal edilirken, vergi aslına dair kısmı, yani esasa dair kısmı yetkisizlik sebebiyle iptal edilmemiştir.

Vergi, mülkiyet hakkına bir müdahaledir.[16] Bu noktada verginin nasıl tarh ve tahsil edildiğinin bir önemi bulunmamaktadır.[17] Belirleyici olan, vergisel müdahale yoluyla malikin malvarlığında azalma meydana gelmesidir. Zaten davada başvurucu ve davalı Macar Hükümeti arasında bu noktada bir ihtilaf yoktur. AİHM de buradan hareketle verginin kıdem tazminatına ilişkin olduğunun altını özellikle çizmiştir.

"Spesifik bir hukuki rejimi, bazı temel haklarındaki sınırlamaları ve mevzuatla tek taraflı olarak belirlenen maaşı almayı kendi isteğiyle kabul eden Devlet memurları söz konusu olduğunda, (…) kanunen taahhüt edilen kıdem tazminatı memur bakımından uzun dönemli bir beklenti teşkil ettiği gibi Devlet açısından da uzun dönemli bir söz verimi ifade etmektedir. AİHM'in gözünde, uzun yıllarca değişmeyen kanuni güvencelerle pekişen bu tip uzun dönemli beklentiler, basitçe göz ardı edilemez. (…) Mahkemeye göre, iyi yönetim (good goverment) yöneten ve yönetilen arasındaki güvene bağlıdır (…)" (para. 37).

AİHM devamla kıdem tazminatının önemini şöyle vurgulamıştır. "Üstelik, kıdem tazminatı sıradan mali bir değer olarak mütalaa edilemez; toplumsal işlevi göz önünde bulundurulduğunda kıdem tazminatı, işsiz kalan ve fakat emek piyasası içinde kalmak isteyen işçiler için toplumsal açıdan önemli bir tedbirdir." Bu noktada AİHM Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının ilgili maddelerine ve Avrupa Adalet Mahkemesi'nin bu çerçevedeki kararlarına atıf yapmaktadır (para.39).

AİHM'e göre kıdem tazminatı hem memurlar hem de diğer çalışanlar için verilen hizmetin karşılığında hak edilen kazanılmış hak niteliğindedir ve kanundan kaynaklanmaktadır (para. 40). Burada AİHM bir adım daha atarak kıdem tazminatıyla prim katkısız sosyal yardım ve hizmetlerin

16 Türk Anayasa Mahkemesi de vergiyi kişilerin malvarlıklarının (**P1-1** sisteminde mülkiyet anlamında) bir bölümünün Devlete geçirilmesi olarak tanımlamaktadır (bkz. Şahnaz Gerek-Ali Rıza Aydın, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara 2005, sf:25 vd.).

17 İlgili vergi hukuku kavramları için bkz. S. Ateş Oktar, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2013, sf:109-118, 129-130.

malvarlığı değeri oluşturduğu yönündeki içtihadıyla paralellik kurmuştur (para. 41).[18]

III) Uyuşmazlık Konusu Verginin Miktarı Açısından Yoksun Bırakma ve Kontrol Tipi Müdahaleler Arasındaki Farkın Anlamsızlığı

Yukarıda değinildiği üzere, **P1-1**'in yapısı mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ikili bir ana ayrıma gitmektedir. Buna göre, bir müdahale maliki mülkiyetinden (veya mülkiyet hakkından) yoksun bırakma tipinde olabileceği gibi (**Kural 2**) mülkiyetin kullanılmasının kontrolü niteliğinde, yani mülkiyeti malikte bırakmasına rağmen bunun kullanımını sınırlayan nitelikte de olabilir (**Kural 3**). Bunların yanında, nitelemesi pek kolay olmayan veya hem yoksun bırakma hem kontrol niteliğini aynı anda gösteren müdahaleler mülkiyete saygı ilkesini içeren ve şemsiye kloz niteliğindeki birinci cümlenin korumasından yararlanmaktadır (**Kural 1**). Dördüncü bir ilke olarak da, bu üç kuralın birbiriyle bir bütün olarak ele alınması gerekliliği içtihat eylenmiştir (**Kural 4**).

AİHM'in, özellikle ilk dönem kararlarında bu ayrıma bağladığı sonuçlar önemliydi. Zira, mülkiyete yapılan müdahalenin niteliğine göre, ölçülülük incelemesinin tabi tutulacağı rejimdeki ölçütler değişebilmektedir. Mülkiyetten yoksun bırakma tipi müdahalelerde (**Kural 2**) tazminat gerekliliği zorunlu bir koşul iken, kontrol tipi müdahalelerde (**Kural 3**) tazminat gibi ağır bir karşı yükümlülük aranmayabiliyor, daha hafif usuli güvencelere riayet edilmesi müdahalenin mülkiyet hakkına uygunluğu sonucunu doğurabiliyordu. İşte doktrinde bu ayrımın yapay ve geçersiz olduğu, birçok müdahale tipi arasındaki ayrımın belirsiz olduğu ve dolayısıyla **Kural 1**'deki ilkenin **Kural 4**'le birlikte ele alındığında her türlü müdahale tipi için aynı veya yakın derecede hassas bir tartımı gerektirdiği ileri sürülmüştü. Özellikle **4. Kural**'ın mevcut içtihadi yaklaşıma katkı sağlayabileceği; bu Kuraldan hareketle mülkiyete yapılan müdahalenin "yoksun bırakma" veya "kontrol" tipi olmasına bağlanan farklılıkların azalacağı iddia edilmişti.[19]

İşte AİHM'in burada ele alınan *N.K.M.* kararı aslında **Kural 1** ile **Kural 4**'ün etkinliğinin bir göstergesi olarak okunabilir. Bu davada AİHM uyuşmazlık konusu olayların karmaşıklığı ve uygulanacak hukuki rejiminin

18 Prim katkısız sosyal güvenlik pozisyonlarının malvarlığı değeri olduğu yönünde bkz. H. Burak Gemalmaz, "Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması", **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No.:720, İstanbul, 2011, sf: 704-736, özellikle 708-713.

19 Burak Gemalmaz**, Mülkiyet Hakkı**, sf:18 ve dn.49, 22, 535, 586.

belirsizliği sebebiyle, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin niteliğinin ne olduğunun ve dolayısıyla hangi **Kural**ın uygulanacağının tam anlamıyla tespitinin mümkün olmadığı değerlendirmesini yapmıştır (para. 43).[20] Normalde malvarlığına vergisel müdahale, **P1-1**'in ikinci fıkrası hükmü gereğince kontrol tipi bir müdahale addedilir ve daha zayıf bir ölçülülük incelemesi yapılırdı.

Mahkeme devamla, sosyal bir politika olarak gelir dağılımını düzenleyen genel nitelikli bir işlemin kontrol veya yoksun bırakma tipi müdahale niteliğinde olup olmadığının bir öneminin bulunmadığını, zira her iki tip müdahalenin meşruiyeti meselesinin çözümünde göz önünde bulundurulacak ilkelerin esasında özdeş olduğunu hükme bağlamıştır. Mahkemeye göre, her bir müdahale tipi için de meşru sınırlama amacı güdülüp güdülmediği ve bireyin mülkiyet hakkı ile güdülen meşru amaç arasında adil denge kurulup kurulmadığı incelenmelidir. Mahkeme hak sahibinin meşru beklentisini kaldıran yasal değişikliklerin bir başına malvarlığına müdahale teşkil ettiğini de önceki kararlarına atıfla vurgulamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, meseleyi mülkiyete saygı hakkı ilkesini içeren **Kural 1** ışığında ama vergi salma yetkisini Devlete veren **Kural 3**'ü de gözeterek ele almaya karar vermiştir (paras.44-45).

IV) Mülkiyete Vergisel Müdahale Hukuki Temele Sahip Midir?

P1-1'de yer alan mülkiyet hakkının uygulanabilir bulunmasını müteakip bu hakka Sözleşmesel manada bir müdahale olup olmadığına bakılır. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin uyması gerekli koşullardan birincisi, bu müdahalenin hukuki dayanağı olup olmadığıdır. Eğer müdahalenin hukuki dayanağı yoksa, derhal mülkiyet hakkının (veya dava konusu herhangi bir hakkın) ihlal edildiğine karar verilir. Eğer müdahale hukukilik testini karşılıyorsa, incelemede sonraki aşamalara geçilir.

Müdahalenin kanunla yapılmış olması gerekliliği, öncelikle, müdahalenin mutlaka iç hukukta bir temeli olması gerektiğini ifade eder. Bu unsur sınırlamanın tekniği ve koşuluna ilişkindir. Sınırlama mutlaka ve zorunlulukla yasaya uygun olarak yapılmalıdır. Müdahale, "hukukun/yasanın öngördüğü" biçimde olmalıdır. Bununla belirtilen "yasallık" ya da "yasaya dayalılık" ilkesidir. İkinci olarak, söz konusu iç hukuk temeli, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır. Müdahalenin iç hukukta temeli olması demek, söz konusu hu-

20 Mahkeme burada **Üç Kural**'a bağlanan ayrımların vergisel müdahalelerde bile çok keskin olmadığına yönelik bazı belirlemelerde bulunmuş ve önemli bazı kararlarını hatırlatmıştır.

kuk normunun mutlaka "kanun/yasa" formunda olması demek değildir; daha alt dereceli normatif düzenlemeler de (örneğin yönetmelik) "kanunla öngörülmüş olma" unsurunu karşılamakta yeterlidir. Üstelik "kanunla öngörülmüş olma" unsuru yargıç yapımı hukuku, yani içtihadi hukuku da kapsamaktadır. Sınırlamanın kaynağının, ulaşılabilir, anlaşılabilir ve öngörülebilir olması gereklidir.[21]

Somut olaya dönülürse, AİHM'in verginin başvurucunun mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil ettiği saptamasından sonra ele aldığı ilk hukuki mesele, söz konusu müdahalenin ulusal hukukta yasal bir temelinin olup olmadığıdır. Muhatap Macaristan Hükümeti, %98'lik vergi oranını Avrupa Birliği kurallarını hatırlatarak meşrulaştırmaya çalışmıştır. Mahkeme, her ne kadar uyuşmazlık konusu verginin belirli ölçüde geriye yürürlü etkisi olduğunu, bu sebeple müdahalenin hukuki bakımından bir sorun doğurabileceğini not etmiş ve hatta Macaristan Anayasa Mahkemesinin kararlarını hatırlatmışsa da nihayetinde usulüne göre çıkartılan bir kanuna dayandığı için hukukilik unsuru açısından bir ihlal tespit etmemiştir. Mahkemeye göre vergisel meselelerde Taraf Devletlerin takdir marjı, hukukilik testi bakımından dahi oldukça geniştir (paras.52-54).[22]

V) Vergisel Müdahale Meşru Amaç Gütmekte Midir?

Bir müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunun incelenmesindeki ikinci aşama, söz konusu müdahalenin sınırlama ölçütlerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını açığa çıkarma işlevi görür. "Sınırlama ölçütü" denildiğinde, hak ya da özgürlüğün kullanım alanının, yetkili makamlar tarafından daraltılmasında yahut doğrudan kullanımının yasaklanmasında dayanak teşkil eden gerekçeler veya meşru amaçlar ifade edilmek istenmektedir. Hak ve özgürlüklerin kullanılmasına bu "kayıtlamalar" getirilirken, temelde, bireysel yarar ile toplumun çıkarları bir biçimde dengelenmeye ve bağdaştırılmaya çalışılır.

P1-1'de sadece "kamu yararı" (**P1–1**/1 c.2) (**Kural 2**) ile "genel yarar" (**P1–1**/2) (**Kural 3**) ölçütleri açıkça zikredilmiştir. Bu iki sınırlama ölçütü çerçevesinde sosyal siyasalar, çevrenin korunması ve şehir planlaması, ahlakın korunması ve suçla mücadele edilmesi, vergi tahsili, diplomatik

21 Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 453-468; H. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında Hukukilik İlkesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:85, Sayı:3, Yıl: 2011, sf:3-22.

22 Kanımızca AİHM'in vergisel meselelerle sınırlı olmasına rağmen hukukilik testi aşamasında Taraf Devletlere geniş takdir marjı vermesi oldukça problemlidir. Zaten AİHM, giderek ciddiyeti artmakla birlikte, genel olarak hukukilik testinde zayıf bir inceleme yapmaktadır. Bkz. H. Burak Gemalmaz, **Hukikilik**, sf: 21.estinde zayıf bir inceleme yapmaktadır. Bkz. H. Burak Gemalmaz, Hukikilik, sf: 21.

bağışıklıklar, kamu güvenliği ile ulusal güvenliğin sağlanması ve ekonomik hayatın korunması adına mülkiyet hakkının sınırlandığını görmekteyiz.[23]

AİHM bu iki ölçüt arasında anlamlı bir farkın olmadığına karar vermiştir. **P1-1**'in lafzı gereği (**Kural 3**) vergisel meselelerde ilke olarak genel yarar ölçütü aranmaktadır. Nitekim hatırlanacağı üzere, somut davada AİHM uyuşmazlığa uygulayacağı **Kural 1**'i izole olarak değil **Kural 3**'le beraber ele alacağını hükme bağlamıştı.

Vergisel meselelerin, hemen her zaman meşru bir amaç güttüğü kabul edilmektedir. AİHM bu noktada Taraf Devletlere neredeyse mutlaklık derecesinde çok geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Gerçi somut uyuşmazlıkta Mahkemenin verginin amacının meşruluğunu, gerçekten kamu yararına hizmet edip etmediğini her zamankine göre biraz daha fazla sorguladığı görülmektedir. Mahkemenin özellikle *sosyal adalet beklentisine* (*social justice expectations*) hiçbir referans içermeyen performansa dayalı risk temelli finansal sektör rejiminin tabiiyet ilişkisi içerisindeki kamu görevlileri bakımından örnek alınamayacağı yönündeki değerlendirmesi burada vurgulanmalıdır. Hatta Mahkeme devamla, başvurucunun sorumlu olmadığı mali krizin faturasını başvurucu ve aynı pozisyondakilere vergi yoluyla yüklenmesinin yerinde olmadığına dair bazı belirlemeler de yapmıştır. Ama nihayetinde bu meseleyi ölçülülük testinin içine entegre etmeyi tercih etmiştir (paras. 58-59).[24]

VI) Vergisel Müdahale Ölçülü Müdür?

Sınırlama rejimindeki son aşama sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini ifade eden "sınırlamanın sınırı" incelemesidir. Bu ilke, aynı zamanda müdahalede güdülen meşru amaçla yapılan müdahalenin "*ölçülü*" olması veya başvurucunun hakları ile kamu yararı ve diğer değerler arasında bir *denge kurulması* anlamına gelmektedir. "Demokratik bir toplumda gerekli olmayan" veyahut diğer bir deyişle "*ölçüsüz*" sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olur.[25]

---

23 H. Burak Gemalmaz, "Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması", **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'**

24 AAİHM bir müdahalenin meşru amaç gütmediğinden şüphe duyduğu bazı hallerde, bu konudaki meseleyi ölçülülük incelemesi içine yedirmektedir. Genel bir belirleme olarak, Mahkemenin bir müdahalenin meşru sınırlama ölçütüne dayanmadığı hususunda şüphesinin olduğu hallerde, çok istisnai bir iki karar hariç, her halükarda ölçülülük aşamasında mülkiyet hakkının ihlali kararı bulunmaktadır.

25 **AİHS** sisteminde sınırlama ölçütleri için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 448-453.

Mahkeme **P1–1**/1 c. 1'deki kuralın (**Kural 1**) amaçları bakımından toplumun genel yararın gerekleri ile bireylerin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına karar vermesi gerektiğini belirlemiştir. AİHM'e göre, bu denge arayışı Sözleşmenin bütününde mündemiç olup ayrıca **P1-1**'in yapısında yansımaktadır.[26]

Ulusal yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı Sözleşme organlarınca denetlenir. "*Ölçülülük ilkesi*" bağlamında, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için, başvurulan "*araç*" ile güdülen "*meşru amaç*" arasında "*makul*" ve "*dengeli*" bir orantılı ilişkinin olup olmadığı sorgulanır.[27] AİHM kamunun genel yararının talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını veya başvurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediğini incelemek durumundadır.[28] Mahkeme, mülkiyet hakkı müdahaleye maruz kalan başvurucunun, "*olağan dışı ve aşırı*" bir külfet altına sokulması halinde "*adil denge*"nin bozulacağı ilkesini kendisine düstur edinmiştir.[29] AİHM ölçülülük incelemesinin **P1-1**'in yapısına içkin olduğunu ve dolayısıyla **P1–1**/2 için de geçerli olduğunu kabul etmiştir.[30] Bu vargı, malvarlığına yönelik vergisel müdahalelerin de ölçülü olması gerektiği anlamına gelmektedir.[31]

Kısacası, AİHM'in odaklandığı asıl aşama, söz konusu verginin ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediğidir. Nihayetinde mülkiyet hakkına müdahalenin **P1-1**'e uygun olabilmesi için adil dengenin mutlaka kurulmuş olması gerekir. Ancak bu genel sonuç, yeni soruları da beraberinde getirmektedir: Adil denge veya ölçülülük hangi faktörler ve unsurlar çerçevesinde kurulmuş sayılır?

Bu konuda dikkate alınan ve AİHM'in geliştirdiği çok sayıda faktör bulunmaktadır. Bu faktörlerin birincisi tazminattır. Buna göre, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü olabilmesi için belirli bir oranda

26 ***Sporrong and Lönnroth v. Sweden***, App. Nos.7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, paras.69; ***Allard v. Sweden***, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

27 ***Allan Jacobsson v. Sweden,*** App. No.10842/84, Judgment of 25 October 1989, Series A No. 163, para.55;***Allard v. Sweden***, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54.

28 ***Gashi v. Croatia***, App. No.32457/05, Judgment of 13 December 2007, para.31.

29 ***Allard v. Sweden***, App. No. 35179/97, Judgment of 24 June 2003, para. 54; ***Ghigo v. Malta***, App. No.31122/05, Judgment of 26 September 2006, para. 61.

30 ***Mellacher and others v. Austria***, App. Nos.10522/83-11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989, Series A No.169, para.48.

31 ***Musa v. Austria***, App. No.40477/98, Admissibility Decision of 10 September 1998, para.1 (The Law);

tazminat karşı ediminde bulunulması gereklidir. Başta mülkiyetten yoksun bırakma niteliğindeki müdahalelerde aranan bir koşul olan tazminat verilmesi gerekliliği, artık hemen her müdahale tipi bakımından aranmaktadır.

Tazminat faktörünün yanında bazı ek faktörler de bulunmaktadır. Bunlar arasında müdahale süresinin makullüğü, başvurucunun niyeti ve davranışı, başvurucunun özeni, hukukun üstünlüğü nosyonu ve usuli güvenceler, zararın miktarı, ekonomik/ticari risk ve ayrımcı motif gibi unsurlara yer verildiğini görüyoruz. Özellikle mülkiyet hakkının kontrolü niteliğinde mütalaa edilen müdahaleler bakımından işlevsel olan bu unsurlar bir arada etki doğurmaktadır.[32]

Nitekim burada incelenen *N.K.M.* kararının ölçülülüğe dair genel ve teorik açıklamalar kısmında, vergisel müdahalelerde müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirmede kullanılan aracın (verginin tahsili için tercih edilen önlemin) elverişliliğinin göz önünde bulundurulduğu vurgulanmıştır (para.63). AİHM'e göre, vergisel müdahalelerde başvurucuya uyuşmazlığın esasını etkileyecek nitelikteki argümanlarını ileri sürmesine ve karşı argümanları cevaplayabilmesine olanak sağlayan, silahların eşitliği ilkesine uygun çekişmeli bir yargısal usulün tanınması da ayrıca önemlidir (para.64).[33] Vergisel önlemin ayrımcılık teşkil etmemesi de gereklidir (para.65).[34]

Bu genel perspektif ışığında somut olayı inceleyen AİHM'e göre, Alman ve Fransız mahkemeleri %50'yi aşan vergileri anayasaya aykırı bulmuştur. Macaristan'ın aslında uygulanan verginin gerçekte %52 olduğu yönündeki argümanını ele alan AİHM bu oranın bile Macaristan'da uygulanan kişisel gelir vergisinin 3 katına tekabül ettiğini saptamıştır. Üstelik kıdem tazminata bu kadar yüksek oranda vergi uygulayan yeni düzenleme, başvurucu ve benzer durumdaki memurlar için herhangi geçiş ve alışma dönemi öngörülmeden derhal uygulanmıştır. Kanun başvurucunun işten çıkarılmasından sadece 10 hafta önce yürürlüğe girmiştir.

Bu külfetin vahameti uyuşmazlık konusu verginin sadece belirli grup

---

32 AİHM'in mülkiyet hakkı eksenli içtihatlarından hareketle belirlenen bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:530-614.

33 AİHM burada kendisinin ***Hentrich***, ***Jokela*** ve ***AGOSI*** kararlarına atıf yapmaktadır. Anılan kararların usuli güvenceler ve haklı beklentiler açısından analizi için bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:466-467, 566-588.

34 Mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitinde, müdahalede tercih edilen önlemin ayrımcı nitelikte olup olmadığı da göz önünde bulundurulmaktadır (Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:602-604).

kişileri hedef aldığı dikkate alındığından daha da artmaktadır. Görünen o ki bu kişileri işveren sıfatıyla kamu idaresi seçmiştir. Uyuşmazlık konusu aşırı vergi oranının ekonomik zordaki (economic hardship) Devletin bütçe açığını düzeltmek amacına hizmet edildiği düşünüldüğünde dahi, vatandaşların büyük çoğunluğunun benzeri bir kamusal külfete katlanmak zorunda bırakılmadığı gerçeği karşısında müdahalenin ölçülü olduğundan bahsedilemez.[35]

Uyuşmazlık konusu vergi, başvurucuyu kanunla güvenceye alınmış ve toplumsal entegrasyona hizmet eden kazanılmış hakkının (acquired right) büyük kısmından yoksun bırakmaktadır. Mahkemeye göre, hukuk temelinde iyi niyetli olarak tasarrufta bulunan kişilerin kanuna dayanan beklentileri, gerçekten çok zorunlu ve spesifik sebepler olmadıkça zarar görmemelidir. Sonuç olarak, uyuşmazlık konusu vergi oranı, mülkiyete müdahale eden bir önlem olarak, güttüğü varsayılan amaçla orantılı değildir (paras.65-76). Bu tespitin ardından Mahkeme başvurucuya 11.000 Euro tazminat (maddi ve manevi birleşik) ödenmesine ve 6.000 Euro yargılama giderine hükmetmiştir.

Mahkeme başvurucunun AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesine yönelik iddiasını bakımından (bu noktada başvurucu, şikayet konusu vergi oranının memurlarla vergi mükelleflerinin geneli arasında hakkaniyetli ve ölçülü olmayan bir ayrım yarattığını ileri sürmüştür), meseleyi genel olarak mülkiyet hakkı başlığı altında çözdüğü için ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir.

Sonuç

AİHM'in somut uyuşmazlığı **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının genel teorisi kapsamındaki unsurlar ekseninde değerlendirdiği görülüyor. Vergisel müdahalenin ölçülü olup olmadığı noktasında başvurucunun niyetini ve uyuşmazlık konusu verginin başvurucunun yaşamına etkisini ele alması bunun göstergeleri arasında sayılabilir. Malvarlığına yönelik müdahalenin yarattığı zararın miktarı, müdahalenin ölçülü olup olmadığının tartımında önemli bir faktördür. Buna göre, mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya malvarlığında esaslı bir azalmaya yol açacak ölçüde vergi salınması **P1-1**'e uygun olmayacaktır.[36]

35 Ancak AİHM, vergisel meselelerde Devletin çok geniş takdir marjı olduğu için, müdahalede kullanılan önlem/araç anlamında vergi oranının bir başına belirleyici olmadığı değerlendirmesini yapmıştır (para. 67, ***in fine***).

36 H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:592-594.

Aslında zararın miktarının gerçek etkisi mağdurların mali ve ailevi durumuna göre değişkenlik gösterebilmektedir. Uyuşmazlığa konu olan zarar miktarının gerçek etkisini

Hatta bu tip bir verginin 1982 Anayasas'ının hem mülkiyet hakkını düzenleyen 35. Maddesine hem de verginin mali güce göre salınacağını düzenleyen 73/I. Maddesi hükmüne aykırı olduğu dahi söylenebilir.[37] Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi AY Madde 73/I hükmünde yer alan mali güç ölçütünü açımlayan çok sayıda karar üretmiştir.[38]

Karar AİHM'in malvarlığına/mülkiyete vergisel müdahalelere ilişkin pasif tutumunu değiştirdiği yönünde okunmaya açıktır. Zaten bunun işaretlerini daha önceki bazı kararlarında vermeye başlamıştı. Örneğin *M.A ve diğerleri v. Finlandiya* kararında AİHM, mülkiyet hakkı ihlali bulmamasına rağmen mali güç ölçütünü özellikle vurgulamıştı.[39] AİHM'in gerek ödenmeyen veya ödenmesinde gecikmeler olup bu gecikme için faiz verilmeyen vergi iadeleri[40] ile ek vergi tarhiyatı ve vergi cezaları[41] konulu uyuşmazlıklarda da etkinliğini giderek arttırdığı biliniyor.

Ancak yine de vergisel müdahalelerde Devletlerin hem vergisel müdahaledeki kamu yararının takdirinde hem de bu yarara ulaşmak için kullanılan vergisel önlemin tercihinde çok geniş takdir yetkileri olduğunu

ortaya çıkartabilmek için göreli bir değerlendirme yapmak icap etmektedir (H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:600).

Gerçi AİHM ***N.K.M***. kararında, vergisel müdahale her halükarda aşırı oranda olduğu için başvurucunun ailevi ve kişisel durumunu, yaşadığı ülkenin ülke ya da bölgenin durumunu göz önünde bulundurmamıştır. Ama görece daha ölçülü bir orandaki müdahalede sadece verginin oranı değil, başvurucunun ailevi ve kişisel durumu ve içinde bulunulan ülkenin durumu göz önünde bulundurulması şaşırtıcı olmayacaktır.

37 Nitekim Türk hukuk doktrininde de Fikret Eren, "***Mülkiyet Kavramı***", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, AÜHF Yay. No: 351, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, sf: 765-795, 793'te "mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak veya varlığını tehlikeye düşürecek ölçü ve oranda vergi kanunlarının çıkarılması mümkün değildir" diyerek benzer bir yaklaşımı ulusal anayasa düzleminde dile getirmiştir (yakın tarihli kapsamlı bir çalışma için ayrıca bkz. Tamer Budak, **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, XII Levha Yay., İstanbul, 2010).

38 AYM'nin mali güç ölçütüyle ilgili kararlarının ayrıntılı özetleri için bkz. Gerek-Aydın, **a.g.e**, sf:50-90 (atfı verilen son sayfada, anılan kitabın yayın tarihi itibariyle, AYM'nin mali güç ölçütüne yer verdiği kararların listesi bulunmaktadır).

39 ***M.A and others v. Finland***, App. No. 27793/95, Admissibility Decision of 10 June 2003.

40 ***S. A. Dangeville v. France***, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002; ***Buffalo Srl v. Italy***, App. No. 38746/97, Judgment of 03 July 2003; ***Eko-Elda Avee v. Greece***, App. No.10162/02, Judgment of 9 March 2006.

41 Nitekim tanınmış bir Rus petrol şirketinin açtığı ***YUKOS*** davasında söz konusu olan çok sayıda ek vergi tarhiyat ve cezaları AİHM tarafından tek tek ele alınarak, 2000-2001 vergi tarhiyatının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine, 2000-2003 tarhiyatının ise mülkiyet hakkını ihlal etmediğine karar verilmiştir. Buna ek olarak 2000 yılındaki tarhiyata ilişkin ulusal hukuktaki dava hakkını kullanması sırasında savunmasını hazırlamak için yeterli zaman tanınmamış olması dolayısıyla adil yargılanma hakkının ve vergi tarhiyatının icrasında kullanılan yöntemlerin mülkiyet hakkının ayrıca ihlalini teşkil ettiğini de hükme bağlamıştır (***OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia***, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011).

hatırda tutmak gereklidir. *N.K.M.* kararında ihlal sonucuna ulaşılmasına yol açan ana faktör, başvurunun iyi niyeti çerçevesindeki haklı beklentileriyle birlikte, uyuşmazlık konusu vergi oranının başvurucunun hayatını aşırı zorlaştıracak ölçüde yüksek olmasıdır.[42]

N.K.M. kararı "mali güç" ölçütünün (**P1-1** açısından "zararın miktarı" faktörünün) aşırı vergilerin salınması halinde işlevsel olabileceğinin göstergesi olarak değerlendirilebileceğinden, anılan kararda benimsenen yaklaşımın ve kullanılan ölçütlerin Türkiye bakımından önemli sonuçları olacağını söylemek mümkündür. Türk Anayasa Mahkemesi'nin *mali güç ölçütü* hakkındaki birikimi ile AİHM'in mülkiyet hakkına vergisel müdahalelerde kullandığı *zararın miktarı ölçütü* hakkındaki birikimi, vergisel müdahalelerin Türk Anayasa Mahkemesi önünde yeni işlevselleşmeye başlayan bireysel başvuru usulünde etkili şekilde incelenmesini sonuçlayabilir. Hatta bu noktada hem mülkiyet hakkı (AY madde 35) hem de bireysel başvuru bloğunda yer alıp almadığı şüpheli mali güç ilkesi (AY madde 73/I) birlikte etkileşime geçerek, Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetimin kapsamını dahi genişletebilir.[43]

Son olarak, *N.K.M.* kararının yerleşik içtihat haline geldiği not edilmelidir. Yine Macaristan'a karşı aynı konulu *Gall* ve *R.Sz.* kararları da neredeyse birebir *N.K.M.* kararını takip etmektedir. *Gall* ve *R.Sz.* kararlarında AİHM karşılaştırmalı hukuk verilerine daha bir önem vermiştir. Anılan iki kararda Mahkeme, *N.K.M.* kararında yer verdiğinden daha fazla AB Adalet Divanı kararına yer vermiş ve Alman, Fransız, İsviçre ve ABD hukuklarından karar örneklerini ayrıntılı şekilde göstermiş[44]; ayrıca, İsveç, Belçika, İtalya, Portekiz ve Hollanda hukuklarını zikrederek OECD'nin konuya ilişkin bir raporundaki verilerden faydalanmıştır.[45] Oysa pilot

42 Nitekim karara onaylayıcı ayrık oy yazan yargıçlar, bu kararının AİHM'in vergisel uyuşmazlıklara ilişkin mevcut içtihadi yaklaşımını değiştirmediği yönünde okunması gerektiğini vurgulamışlardır (***N.K.M. v. Hungary***, App. No. 66529/11, Judgment of 14 May 2013, Concurring Opinion of Judge Lorenzen Joined by Judges Raimondi and Jociene).

43 Anayasal mülkiyet hakkı ile anayasal mali güç ilkesinin etkileşimi, somut bir bireysel başvuruda mali güç ilkesinin mülkiyet hakkı içine entegrasyonu üzerinden sağlanabilir.

44 Gall v. Hungary, App. No. 49570/11, Judgment of 25 June 2013, paras. 19 (AB hukuku), 20-23 (karşılaştırmalı hukuk); R.Sz. v. Hungary, App. No. 41838/11, Judgment of 2 July 2013, paras.18 (AB hukuku), 19-22 (karşılaştırmalı hukuk).

45 ***Gall v. Hungary,*** App. No. 49570/11, Judgment of 25 June 2013, para. 64 (karşılaştırmalı hukuk verilerine ölçülülük incelemesi aşamasında yer verilmesi), para 69 (AB hukuku verilerine ölçülülük incelemesinde yer verilmesi); ***R.Sz. v. Hungary,*** App. No. 41838/11, Judgment of 2 July 2013, para. 54 (karşılaştırmalı hukuk verilerine ölçülülük incelemesinde yer verilmesi), 59 (AB hukuku verilerine ölçülülük incelemesinde yer verilmesi).

N.K.M. kararında bu veriler çok daha yüzeyseldi.[46]

Karşılaştırmalı hukuk verilerinin kararlarda kullanımı vergisel meselelerde devletlerin takdir marjlarının boyutunu belirlemek ve böylelikle mülkiyet hakkının etkililiğini arttırmak bakımından önemlidir. Zira bilindiği üzere, AİHM önündeki bir meselede özellikle Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin yeknesak bir çözüm tarzı benimseyip benimsemediğine bakmaktadır. Eğer önündeki bir mesele hakkında Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin çoğunda bir konsensüs oluşmuşsa, bu durumda Devletlerin o konuyu düzenlemekteki takdir marjları daralmakta ve bu konsensüsten sapan Devletin AİHS'e aykırı düştüğü sonucuna varılabilmektedir. AİHM bu karşılaştırmalı hukuktan hareketle geliştirdiği konsenüs yaklaşımında artık sadece Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin hukuklarına değil, Avrupa kıtası dışındaki Devletlerin hukukları ile uluslararası hukuk materyallerini de göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim burada ele alınan *Gall* ve *R.Sz* kararlarında ABD hukukuna yer verilmiştir.[47]

Aslında AİHM mülkiyet hakkı özelinde karşılaştırmalı hukuk/konsensüs yaklaşımını pek kullanıyor değildir. Bugüne dek çok nadir bir iki kararında yer vermişti. Bu sebeple doktrinde, bütün metodolojik ve pratik sorunlarına rağmen AİHM'in bu karşılaştırmalı hukuk/konsensüs yaklaşımını mülkiyet hakkı özelinde artırarak kullanması gerekliliğine işaret edilmişti. Özellikle Avrupa Birliği hukukun, bazı mülkiyet meselelerinde karşılaştırmalı hukuk kaynağı olarak işlevsel biçimde kullanılabileceği fikri ileri sürülmüştü.[48] Dolayısıyla, *N.K.M., Gall* ve *R.Sz* kararlarındaki AB hukuku ve hatta karşılaştırmalı hukuk atıflarını, kendi içinde sorunlu yönleri olmakla birlikte, bu tezi desteklediği şekilde okumak mümkündür.

---

46 Gerçi **Gall** ve ***R.Sz.*** kararlarında da karşılaştırmalı hukuk verilerinin kullanımı sorunludur. Zira anılan kararlarda Mahkeme "karşılaştırmalı hukuk" başlığı altında yer verdiği, ***N.K.M.*** kararında bulunmayan İsviçre ve ABD hukuklarına yaptığı ölçülülük incelemesinde yer vermemiştir, kararında bir daha kullanmamış ve hatta zikretmemiştir. Ölçülülük incelemesinde yer verdiği Almanya ve Fransa hukukları ise ***N.K.M.*** kararında da aynı şekilde yer almış ve kullanılmıştı. Normalde karşılaştırmalı hukuk bölümünde yer verilen bilgilerin uyuşmazlığın esasına ilişkin kısımda kullanılması gerekirdi.

Yine ***Gall*** ve ***R.Sz.*** kararlarında "karşılaştırmalı hukuk" başlığı altında zikredilmeyen İsveç, Belçika, İtalya, Portekiz ve Hollanda hukuklarına ve OECD ülkelerine ilişkin bilgilere direkt ölçülülük incelemesinde yer verilmiştir.

47 Karşılaştırmalı hukukun ve konsensüs yaklaşımının AİHM kararlarında hem genel olarak hem de mülkiyet özelinde kullanımı ve eleştirisi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:91-93 (AİHS genelinde), 524-525, 529-530 (mülkiyet hakkı özelinde) ve orada gösterilen eserler.

48 H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı,** sf:529-530.

CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Av. Merve GÜRKAN

I. GİRİŞ

Kısaca bilgi edinme ve yayma özgürlüğü olarak tanımlayabileceğimiz basın özgürlüğünün[1] amacı toplumun gerçeğe ulaşmasını sağlamaktır. Basın bilinmeyenleri araştırıp ortaya çıkararak tartışmalar açarak halkı aydınlatmaya çalışır. Ancak kimi zaman basın, haber verirken, tartışırken ve eleştirirken, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesine yardımcı olan haklarını (örneğin kişinin adı, resmi, vücut bütünlüğü üzerindeki hakları gibi) ihlal edebilir. Bu ihlalden hızla gelişen bilim ve teknolojiye paralel olarak ortaya çıkan modern kitle iletişim araçları yoluyla yapılan yayınlar aracılığı ile daha geniş kitleler haberdar olabilir ve söz konusu kişilik hakkı daha ciddi zararlar görebilir. Bu nedenle bireyin korunması başka bir deyişle silahların eşitliğinin sağlanabilmesi için, cevap ve düzeltme hakkı büyük önem taşımaktadır.

II. KAVRAM

Cevap ve düzeltme hakkı; kişi ve kuruluşların, kendileri ile ilgili yayınlar konusunda, aynı araçtan yararlanarak düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma ve böylece yanlış beyanları düzeltme imkânı veren temel bir haktır.[2] Söz konusu yayın yasalarda bir suç ya da haksız fiil olarak tanınması dahi, cevap ve düzeltme hakkı yoluyla etkin ve hızlı bir şekilde yayın sonucu ortaya çıkmış yanlış anlaşılmalar ve kötü sonuçlar ortadan

---

1 Y. 4. HD. T. 8.5.2008, E. 2007/11582, K. 2008/6398: "Basın özgürlüğü, Anayasa`nın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasası`nın 1 ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir." www.kazancihukuk.com

2 Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2004, s. 68; Abdullah Güzel, Cevap ve Düzeltme Hakkı, Ankara, 2010, s. 22.

kaldırılabilir. Zaten cevap ve düzeltme hakkının mantığı da diğer yollara nazaran daha hızlı ve etkin bir biçimde çözüm üretmesinde yatmaktadır. Ayrıca cevap ve düzeltme hakkının kullanılması, söz konusu yayına karşı diğer hukuki yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmaz.[3]

İletişim özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önlemek, kamusal iletişim görevinin amaca uygun kullanılmasını sağlamak amacıyla öngörülen koruma yollarından biri olan cevap ve düzeltme hakkı hem bir hakkı hem de bir yükümlülüğü kapsar. Kendisi hakkında, kanunun belirttiği şekilde yayında bulunulan kişi, bu yayına cevap vermek ve yanlış beyanları düzeltmek yetkisine sahiptir. Yayında bulunan organ ise, verilen cevabı yahut yapılan düzeltmeyi yayımlamakla yükümlüdür.[4]

Hukukumuzda cevap hakkı, düzeltme hakkı ve tekzip aynı kavramlar olarak kullanılmaktadır. Oysa bu kavramlar birbirlerinden farklı anlamlar içermektedir. Karşılaştırmalı hukukta da bu kavramlar birbirlerinden farklı şeyleri ifade etmektedirler. Tekzip[5]; ilgilinin açıklaması değil, tam tersine, yayımlanmış olan açıklamanın gerçek dışı olduğu hakkında yayımlayanın açıklamasıdır. Burada ilgili kişi, yayımlayanı mahkeme kararı yardımıyla açıklamanın gerçek dışı olduğunu kabule zorlayabilmek için, önce ilk haberin yanlışlığını ispat etmek zorundadır. Cevap ve düzeltme hakkı için, ilk haberin gerçek dışı olduğunun kanıtlanması gerekmez. Bu hak sadece ilk haberin gerçek dışı olmasıyla sınırlı olarak da tanınmış değildir.[6] Cevap hakkı, kişinin, hakkındaki yayına karşılık vermesi demektir. Düzeltme hakkı ise, kişinin, kendisi hakkındaki gerçeğe aykırı, yalan açıklamaların doğrusunu, gerçeğe uygun olanını yayımlatma hakkıdır.[7]

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Cevap ve düzeltme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu hakkın kamunun doğru bilgi alma hususundaki bilgilenme hakkını gerçekleştirmesi nedeniyle, eskiden kamu hukukuna ait bir kavram oldu-

3 Ahmet Çiftçi, "Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı", AÜHFD C:42, 1991-1992, s. 49; Şeyda Dursun, "Türk Hukuku' nda Cevap ve Düzeltme Hakkı", Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, II. Kitap, İstanbul, 2010, s. 393.

4 Feyyaz Gölcüklü, Haberleşme Hukuku, Ankara, 1970, s. 131; İlknur Serdar, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Ankara, 1999, s. 325; Gürsel Öngören, "Basın, Radyo ve Televizyonda Cevap ve Düzeltme Hakkı", İBD, C:69, S:1-2-3, 1995, s. 361.

5 Tekzip; yalanlama anlamına gelen Arapça kökenli bir sözcüktür, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://tdkterim.gov.tr/bts/, 15.04.2012.

6 Serdar, s. 325; Öngören, s. 364.

7 Mukayeseli hukukta, cevap hakkı genellikle şahıslar, düzeltme hakkı ise devlet teşkilatı (kamu kurum ve kuruluşları) için kabul edilip ayrı ayrı düzenlenmektedir. Çiftçi, s. 53.

ğu düşünülmekteydi. Daha sonra bu görüş karma görüş olarak adlandırılan, cevap ve düzeltme hakkını kamu hukukuna ait olarak görmekle birlikte, özel hukuka ilişkin bir talep olarak da kabul gören görüşün taraftar bulması sonucunda etkisini yitirmiştir. Bu görüşe göre cevap ve düzeltme hakkı, tıpkı isim hakkı, şeref ve haysiyet gibi genel kişilik hakkına etkili bir haktır. Bugün cevap ve düzeltme hakkının özel hukuka ait bir kavram olduğu kabul edilmektedir.[8]

DÖNMEZER'e göre cevap ve düzeltme hakkı belirli bir suçlamaya karşı kullanılan ve meşru müdafaanın benzeri olan bir araçtır. Aksi fikirde olanlar ise, meşru müdafaadan yararlanabilmek için kanunda suç olarak belirtilen bir fiilin gerektiğini, cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi için ise böyle bir zorunluluk olmadığını belirtmektedirler.[9]

Cevap ve düzeltme hakkını durdurma davasının özel düzenleniş biçimi olarak yorumlayan yazarlar bulunduğu gibi, bu hakkın manevi tazminatın bir türü olduğunu öne sürenler de bulunmaktadır.[10]

Bireysel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik diğer hukuki yollara nazaran daha hızlı koruma sağlayan cevap ve düzeltme hakkı, aynı zamanda daha geniş bir alanda etki doğurmaktadır. Örneğin gerçeği yansıtmayan bir habere ilişkin ilgililerin tazminata mahkûm edilmesi küçük bir kitlenin haberdar olabileceği bir durum iken, cevap ve düzeltme hakkının kullanılarak söz konusu gerçeği yansıtmayan haberin düzeltilmesi daha geniş bir kitle üzerinde daha hızlı etki doğurur. Bunun yanı sıra cevap ve düzeltme hakkı, basının doğru haber vermesi, bununla bağlantılı olarak da toplumun doğru olarak bilgilenmesine de yardımcı olur.[11]

IV. TÜRK HUKUKUNDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

A. GENEL OLARAK

Türk Hukukunda cevap ve düzeltme hakkı her şeyden önce anayasal bir haktır. 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlığı altındaki

8 Serdar, s. 332; Özel, s. 69; "Cevap ve düzeltme hakkı kendine özgü özellikleri olan, basın ile okuyucu arasındaki ilişkilerle ilgili ve basın hukukunda tesisi zaruri temel bir haktır." Çiftçi, s. 49.

9 Cevap ve düzeltme hakkı, kişinin basına karşı bireyselliğini, daha genel bir tarzda, kişiliğini korumaya yöneliktir. Kullanılması, ilgilinin cezai veya medeni sorumluluğu şartına bağlı olmadığı için bir meşru müdafaa hakkına da benzetilemez. Ahmet Danışman, "Cevap ve Düzeltme Hakkı", Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK' a Armağan, SÜHFD, C:2, S.2, Ocak-Haziran, 1989.

10 Dursun, s. 396; Güzel, s. 40.

11 Dursun, s. 396.

32. maddesinde düzenlenerek hem yazılı, hem de sözlü basın için Anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre;

"Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.

Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir."

Cevap ve düzeltmeye karar verecek yargılama makamının kararını kaç gün içinde vereceği hükmünü dahi belirleyen Anayasa düzenlemesi, bu hakkın yasa koyucu tarafından ne derece önemsendiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.[12]

Cevap ve düzeltme hakkına ilişkin iki temel sistem bulunmaktadır. Bunlardan ilki anavatanı Fransa olan mutlak hak sistemidir. Buna göre; cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi için kişinin kendisi ile ilgili yayın yapılması yeterli olup, yapılan yayının gerçek olup olmaması veya kişi bakımından zarar verici sonuç doğurması önemli olmadan kişi ilgili yayına karşı cevap ve düzeltme hakkını kullanabilir. Bu sisteme göre salt maddi olaylara karşı değil, görüş ve değerlendirmelere karşı da cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. İkinci sistem ise sınırlı hak sistemidir. Buna göre cevap ve düzeltme hakkının kullanılması belli koşullara bağlıdır. Bu koşullar genelde haberin gerçek dışı olması veya ilgilinin kişilik hakkına dokunmasıdır. Bu sisteme göre değerlendirme ve görüşlere karşı cevap ve düzeltme hakkı kullanılmaz.[13] Cevap ve düzeltme hakkının basın hürriyetinin kötüye kullanılmasını önleme ve kişileri kendilerine göre güçlü durumda olan basından koruma amacı dikkate alındığında bu hakkın hem maddi olaylara, hem haberlere, hem de değer yargısı ve görüşlere karşı kullanılması daha uygundur. Anayasamızdaki düzenleme ve diğer mevzuatlar dikkate alındığında Türk Hukuk siteminde cevap ve düzeltme hakkı sınırlı hak sistemi çerçevesinde kabul edilmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Türk hukukunda cevap ve düzeltme hakkı özel bir kısıtlama olmadığı için ilan ve reklamlara karşı da kullanılabilecektir. Ayrıca olay açıklamaları yanında düşünce açıklamaları da cevap ve düzeltme hakkının kapsamında yer almaktadır.

---

12 Coşkun Ongun, Gazete, Radyo, TV ve İnternet Yayınlarında Basın Davaları (El Kitabı), İstanbul, 2008, s. 9.

13 İçel/Ünver, s. 194; Çiftçi, s. 51; Dursun, s. 396; Güzel, s. 36; Öngören, s. 365.

Türk Hukukunda cevap ve düzeltme hakkı yazılı basın için, görsel ve işitsel basın için ve internet yayınları için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Şimdi bu düzenlemelerin her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

B. YAZILI BASINDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Yazılı basında cevap ve düzeltme hakkına ilişkin düzenlemeler 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14 ve 18. maddelerinde yer almaktadır.

1. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

a. Yayım

Cevap ve düzeltme hakkının doğması için gerekli ilk koşul, süreli bir yayında yer alan bir yayımdır. Basın Kanunu'nun tanımlar başlıklı 2. maddesine göre, süreli yayından anlaşılması gereken; belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarıdır. Yayım kavramından anlaşılması gereken ise; basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır. Buradan anlaşılması gereken, cevap ve düzeltme hakkı sadece süreli yayınlar bakımından tanınmaktadır.

b. Kişilerin Şeref ve Haysiyetinin İhlali

Şeref ve haysiyet, kişilik haklarını oluşturan değerlerden olup, bir kimseye içinde yaşadığı toplum tarafından verilen manevi değerlerin bütünüdür. Kişinin şeref ve haysiyeti, onun toplum içi saygınlığını ve sosyal yaşamını önemli derecede etkileyen unsurlardır. Haysiyet ve şeref ihlali yazı veya resimlerle meydana gelebileceği gibi, burada asıl önemli olan, kullanılan kelimelerin içerdiği anlamın iyi saptanmasıdır.[14]

Ceza Kanunu'na göre hakaret suçunu oluşturan her yayın şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte olmasına rağmen, şeref ve haysiyeti her yayın hakaret suçunu oluşturmaz.[15]

Şeref ve haysiyeti ihlal eden yayının objektif haber verme kriterine sahip olması ya da başka kaynaktan iktibas edilmiş olması cevap ve düzeltme hakkının doğması yönünden önemsizdir.[16]

---

14 Dursun, s. 400; Güzel, s. 69; Ongun, İBD, s. 53.

15 Çiftçi, s. 57; Güzel, s. 69.

16 Dursun, s. 401; YHGK 7.6.2006 T. 349 K.; "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalı T. T. tarafından davaya konu mektupların İstanbul Emniyet Müdürlüğü Mali Şube Müdürlüğü'ne teslim edildiği, Murat ile ilgili olarak görülen ceza davalarında delil olarak değerlendirilmesi nedeniyle gizliliğinden söz edilemeyeceği, bu mektupların davacılara ait olmadığı, Daire ilamında belirtilen kararın davacısının M. olduğu, görülmekte olan davacıların önceki davada yer almadığı ve bu kişiler yönünden önceki davanın bağlayıcılığının bulunmadığı gibi, … bu nedenlerle yapılan yayında kişi-

c. Gerçeğe Aykırılık

Kişilerin şeref ve haysiyetinin ihlalinden başka, kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde de cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus kişinin ancak kendi ile ilgili gerçeğe aykırı haberlere karşı bu hakkı kullanabileceğidir. Bu bağlamda salt gerçeğe aykırı yayın cevap ve düzeltme hakkının doğumu için yeterli olmayacaktır.[17]

Haberin gerçeğe uygunluğundan anlaşılması gereken görünürdeki gerçekliktir. Yani haberin kamuoyuna veriliş anındaki gerçeklere uygun olmasıdır.[18] Her ne kadar Basın Meslek İlkeleri arasında haberin doğruluğunu yeterli şekilde araştırıp, doğruluğundan emin olunduktan sonra yayınlanması gerektiği ilkesi yer alsa da yapılan araştırma gazeteciden beklenmeyecek düzeyde olmamalıdır. Zira gazeteci maddi gerçeği bulmak zorunda değildir.[19]

1. CEVAP VE DÜZELTME HAKKINI KULLANABİLECEK OLANLAR

5187 Sayılı Basın Kanunu'nda cevap ve düzeltme hakkı yalnızca gerçek kişilere tanınmıştır. Yasa'da açıkça belirtilmese de tüzel kişilerin de cevap ve düzeltme hakkını kullanabilecekleri asıldır.[20] Bu hakkın kullanılabilmesi için vatandaşlık şartı aranmamaktadır.

---

lik haklarına zarar veren ve özel hayatın dokunulmazlığını ihlal eden bir yön bulunmadığı anlaşıldığından …" Coşkun Ongun, "Medya Yayınlarına Karşı Cevap ve Düzeltme Hakkı(Tekzip)", İBD, C:86, S: 2012/1, s. 52-73, s. 57.

17 Dursun, s. 401; Güzel, s. 71.

18 YCGK, 2009/7-182 E. 2009/256 K. 3.11.2009; " Anayasa'nın 28. ve 5187 sayılı Basın Yasası`nın 3. maddesinde ifadesini bulan basının haber verme hakkı gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık unsurları ile sınırlıdır. Haber verme hakkı bu sınırlar içinde kaldığı sürece hukuka uygundur. Bu unsurlardan birini taşımayan haberin veya eleştirinin hukuka uygun olduğundan söz edilemez ve saldırıya uğrayan kişisel hak korunmaya değer bir üstünlük kazanır…."; Y 7. CD, 2005/16901 E. 2009/2638 K. 4.3.2009; "5187 sayılı Basın Kanunu`nun 14. maddesi uyarınca cevap ve düzeltme hakkı, basının haber verme hürriyetinin sınırlanmasına yol açacak şekilde kullanılamayacağı gibi, eleştiri sınırları içersinde ele alınan ve objektif olarak verilen bir haberin de cevap ve düzeltme konusu yapılamayacağının gözetilmemesi…" www.kazancihukuk.com

19 YHGK, 2006/4-406 E. 2006/15469 K. 27.9.2006; Çiftçi, s. 61.

20 Cezai sorumlulukları bile bulunan tüzel kişilerin cevap ve düzeltme hakkını kullanamamaları düşünülemez. Kaldı ki Basın Kanunu'nda açıkça belirtilemese de Radyo ve Televizyon yayınlarında cevap ve düzeltme hakkını düzenlemelerinde tüzel kişilerin de cevap ve düzeltme haklarının bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Bu durumda radyo ve televizyon yayınları için tüzel kişilere cevap ve düzeltme hakkının kullanımını tanıyıp, gazete ya da dergiler için bu hakkı tanımamak yasa koyucunun amacı olarak değerlendirilemez ve de uygulamada eksiklik yaratır." Coşkun Ongun, Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku, İstanbul, 2010. s. 134.

Kural olarak bu hak yayına hedef olan, yayından zarar gören kişi tarafından şahsen kullanılabilecek bir hak olmakla birlikte, vekâletnamede bu konuda kendisine özel yetki verilen vekilde müvekkil adına söz konusu hakkı kullanabilmektedir.[21]

Küçük ve kısıtlılar bu hakkı bizzat kullanabilecekleri gibi temsilcileri vasıtası ile de kullanabilirler. Ana babanın akıl hastası olması durumunda ise bu hak mahkemece atanacak bir vasi tarafından kullanılır.[22]

Basın Kanunu'nun 14. Maddesin son fıkrasına göre, cevap ve düzeltme hakkına sahip kişinin ölmesi durumunda, söz konusu hak mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir.

2. CEVAP VE DÜZELTMENİN ŞEKLİ

Cevap ve düzeltme yazısı ilgili yazıdan uzun olamayacaktır. Ancak ilgili yazı yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür ise düzeltme ve cevap otuz satırı geçememelidir.

Cevap ve düzeltme hakkı kişiye bağlı haklardan olduğu için kural olarak cevap ve düzeltme yazısı hak sahibi kişi tarafından imzalanır. Ancak ölen bir kimsenin cevap ve düzeltme hakkı mirasçıları tarafından kullanılıyorsa, metni bu kimseler imzalayacaktır. Aynı şekil de vekilin ve kanuni temsilcinin imzası da geçerli sayılmalıdır.

3. CEVAP VE DÜZELTMENİN İÇERİĞİ

Cevap ve düzeltme, bu hakkın kullanımına sebep olan eser belirtilerek[23], yapılan yayınla ilgili olmalı, bu hakkın kötüye kullanımına izin verilmemelidir. Örneğin cevap ve düzeltme hakkı sahibinin kendisini övmesi, işi ile ilgili reklam yapması… Basın Kanunu md. 14' e göre cevap ve düzeltme suç unsuru içermemeli ve üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamalıdır.[24]

21 İçel/Ünver, s. 200; Dursun, s. 403.

22 Dursun, s. 403.

23 Y. 7. CD. 6.12.2006 T. 18587 K. "Dosya kapsamına göre, düzeltme istemine konu yazının hangi nüshada yayımlandığı hususun tekzip dilekçesinde belirtildiği ve yazının fotokopisinin eklendiğinin anlaşılması karşısında, yazının yer aldığı gazetenin nüshasının, tekzip talebine ilişkin dilekçeye eklenmemiş olmasının, tekzip isteminin reddini gerektirmeyeceği gözetilmeksizin yazılı şekilde verilen karara vaki itirazın kabulü yerine reddine karar isabet görülmemiş…" Ongun, İBD, s. 58.

24 Y. 7. CD. 17.9.2006 T. 15469 K. "5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca kullanılan düzeltme ve cevap hakkının, kişilik haklarına saldırı ve gerçeğe aykırı yayın yapılmasına karşı düzenlenmiş bir hak olduğu, ancak bunun haber verme hakkının sınırlanmasına yol açacak yaygınlıkta kullanılamayacağı, ilgilinin gerçeğe aykırılık iddiasının objektif ölçülere dayanılarak değerlendirilmesi gerektiği, düzeltme ve cevap hakkı

4. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASI USULÜ

Kanundaki koşulları taşıyan cevap ve düzeltme yazısı, yayımdan itibaren iki ay içinde dönemsel yayının sorumlu müdürüne gönderilmelidir.[25] Cevap ve düzeltme hakkı sahibinin ölümü nedeniyle bu hakkı mirasçıların kullanacağı durumunda, bu süreye bir ay daha eklenecektir. Sorumlu müdür bu yazıyı aldıktan itibaren günlük süreli yayınlarda üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda aynı punto ve şekilde[26] hiçbir düzeltme ve ekleme[27] yapmaksızın yayımlamak zorundadır.

Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, cevap ve düzeltme yazısı, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanmalıdır. Ancak birden çok yerde basılıp da, ek niteliğinde farklı bölgesel yayın yapan gazetelerin sadece bir ekinde düzeltme gerektiren yayın yapılmışsa, bu durumda salt o bölgesel yayında düzeltme metninin kullanılması yeterli olacaktır.[28]

---

kullanılırken suç unsuru içermeyen ve üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan ifadelerin kullanılması gerektiği, ayrıca tekzip metninin ilişkin olduğu yazının cevap vereni ilgilendiren kısmından fazla olamayacak biçimde düzenlenmesi zorunluluğuna uyulmadığı gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş…" Ongun, İBD, s. 56; Y 7. CD, 2005/16901 E. 2009/2638 K. 4.3.2009; "5187 sayılı Basın Kanunu`nun 14. maddesi uyarınca cevap ve düzeltme hakkı, basının haber verme hürriyetinin sınırlanmasına yol açacak şekilde kullanılamayacağı gibi, eleştiri sınırları içersinde ele alınan ve objektif olarak ver düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına ilişkin olarak düzenlenen ve aynen yayınlanmasına karar verilen tekzip metninde yer alan, " ... E`nin suçsuz olduğunu bildiği kişilere karşı iftira atmak suçunu işlediği kanısına varılmıştır ... " " ... E. Türk halkını senelerden beri yanıltmaya çalışmış, masum insanları yayında olduğu gibi kendisine şantaj yaptıkları iddiası ile suçlamıştır ... " gibi ifadelerin, anılan gazetede yayımlanan yazı metninde bulunmadığı, bu sebeple düzeltme metninin aynen yayımlanması durumunda yeni bir tekzip düzeltme talebine konu olabileceğinin değerlendirilmemesi,ilen bir haberin de cevap ve düzeltme konusu yapılamayacağının gözetilmemesi…" www.kazancihukuk.com.

25 Metnin doğrudan sorumlu müdür tarafından teslim alınması gerekmez. Tebligat Yasası hükümleri doğrultusunda kurumda sürekli çalışan birine de tebligat yapılabilir. Önemli olan cevap ve düzeltme metninin iki aylık süre içinde basın kuruluşuna ulaşmış olmasıdır. Eğer yayının künyesinde sorumlu müdür gözükmüyorsa, yayının sorumlusu olan Yazı İşler Müdürüne de ihtarname gönderilebilir. Bazı yayın kuruluşlarının künyelerinde "sorumlu Yazı İşleri Müdürü" tanımı yerine "Tüzel kişi temsilcisi ve sorumlu müdür" ibaresi yer almaktadır. Bu tür durumlarda da ihtarname ile ekindeki cevap ve düzeltme metninin gönderileceği kişi burada yazandır. Ongun, İBD, s. 53.

26 Uygulamada sürmanşetten büyük puntolarla verilen bir haberin yayınlanmasına karar verilen düzeltme metni, genelde sürmanşetten değil, ilk sayfanın yakınlarında bir yerlerde yayınlanmaktadır. Kanımızca cevap ve düzeltme metninin bu şekilde yayınlanması yasaya uygundur. Ancak ilgili sayfada yayınlanması gereken haberin başka bir sayfada yayınlanması örneğin haberin birinci sayfada verilmesine karşın cevap ve düzeltme metninin iç sayfalarda verilmesi hukuka aykırılık nedenidir. Ongun, İBD, s. 53.

27 Cevap ve düzeltmedeki imla ve gramer hatalarını düzeltilmesi bu kapsama girmediği yönünde bknz. Dursun, s. 406.

28 Ongun, İBD, s. 54.

Cevap ve düzeltme gerektiren yayının ilgili yayın kuruluşunda birden fazla yayın şeklinde yer alması durumunda her sayıda yer alan yayına ayrı ayrı cevap ve düzeltme başvurusunda bulunulabileceği gibi, söz konusu yayın örneğin bir yazı dizisi ise yazıların bitiminden itibaren genel ve tek bir başvuru da yapılabilir. Ancak bu durumda hangi günkü yayın için tekzip hakkının kullanıldığı özellikle belirtilmelidir. Cevap ve düzeltme metninin içeriği ve yasada belirtilen kapsamı belirtilen günkü yayına bakılarak belirlenir.[29]

Cevap ve düzeltme talep eden kişi, cevap ve düzeltme yazısı kanunda belirtilen süre içinde yayımlanmazsa, yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren ya da kanuna aykırı bir biçimde yayımlanırsa, yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde bulunduğu yer sulh ceza hâkimine müracaat edebilir.[30]

Sulh ceza hâkimi, cevap ve düzeltmenin kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verecektir. Bu incelemeyi yaparken, cevap ve düzeltmenin suç unsuru taşıyıp taşımadığı, söz konusu hakkın kanunda öngörülen sürede kullanılıp kullanılmadığı, şekil şartlarına uyulup uyulmadığı ve üçüncü kişilerin menfaatlerine zarar verip vermediği noktaları üzerinde durmalıdır.

Hâkim, cevap ve düzeltme metni üzerindeki incelemesini bitirdikten sonra, cevap ve düzeltme metninin aynen yayımlanmasına, uygun göreceği değişiklikleri yaparak yayımlanmasına ya da yayımlanmamasına karar verebilir. Söz konusu karar üç gün içinde ve duruşma yapılmaksızın verilmelidir. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu açıktır. Ceza Muhakemesi Kanunu' na göre itiraz makamı asliye ceza mahkemesidir.

Basın Kanunu md. 14'de göre; düzeltme ve cevabın yayımlanmasına hâkim tarafından karar verilmesi halinde, md. 14/1' de ki süreler, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse, yetkili makamın kararının tebliğ tarihinden itibaren başlar.

5. CEVAP VE DÜZELTMENİN YAYIMLANMAMASI

Basın Kanunu'nun 18. maddesine göre düzeltme ve cevabın yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hâkim kararlarına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili on milyar liradan yüzeli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ağır para cezası, bölgesel süreli yayınlarda yirmi milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda elli milyar liradan az olamaz.

29 Ongun, İBD, s. 55.

30 YCGK 85/5451 E. 86/1401 K. 3.3.1986.

Sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilen ağır para cezasının ödenmesinden yayın sahibi, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Bazı yazarlar, kanunda bu şekilde bir müteselsil sorumluluğun yer almaması gerektiğini; çünkü ceza sorumluluğunda müteselsil sorumluluğun olmayacağını esasen suçun borca aykırılık ve haksız fiilden en önemli farklarından birinin de bu olduğunu savunmaktadırlar. Ayrıca böyle bir düzenlemenin ceza hukukunun temel niteliğine ve Anayasa' nın 37. maddesi ve TCK md. 20'de yer alan "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi ile bağdaşmadığını ve anayasaya aykırı olduğunu belirtmektedirler.

Basın Kanunu md. 18'de yer alan bir diğer husus ise; düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14. maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlara uyulmaksızın yayımlanması hallerinde hâkimin ayrıca, masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, bu yazının tirajı yüzbinin üzerinde olan iki gazetede ilân şeklinde yayımlanmasına da karar verebileceğidir.

C. TÜRKİYE RADYO VE TELEVİZYON KURUMUNDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

Cevap ve düzeltme hakkına ilişkin bir diğer düzenleme 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu md. 27'dir.

1. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

TRT Kanunu'nun 27. Maddesine göre cevap ve düzeltme hakkının doğması için yapılan yayınlarda kişinin şeref ve haysiyetine dokunulması veya kişinin kendi ile ilgili gerçeğe aykırılıklar bulunması gerekir.

Kanunda yayın türü bakımından hiçbir ayırım yapılmadığından ötürü, ön hazırlıktan geçtikten sonra yapılan yayınlar kadar, ön hazırlık olmadan yapılan yayınlarda da cevap ve düzeltme hakkı doğabilir.

Bazı yazarlar yayınlanması zorunlu yayınlar açısından da cevap ve düzeltme hakkının kullanılabileceğini belirtmektedirler. Bu görüşü savunanlara göre, TRT personelinin bu yayınlardan sorumlu tutulamaması kişilerin cevap ve düzeltme hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Çünkü cevap ve düzeltme hakkı bir tür savunma hakkıdır ve yayını yapanın sorumluluğu veya sorumsuzluğu ile ilgili değildir.[31]

31 Dursun, s. 410.

2. CEVAP VE DÜZELTME HAKKINI KULLANABİLECEK OLANLAR

Basın Kanunu kapsamında cevap ve düzeltme hakkına sahip olanlar dışında TRTK md. 27/2 uyarınca özel hukuk tüzel kişilerinin de cevap ve düzeltme hakkı vardır. Maddede özel hukuk tüzel kişileri için ayrı bir hüküm olmasına rağmen kamu tüzel kişileri için böyle bir hüküm olmaması, kamu tüzel kişilerinin cevap ve düzeltme hakkı olmadığı anlamına gelmektedir.

Ayrıca TRTK md. 19 uyarınca yapılan yayınlar nedeniyle TBMM'de grubu bulunan fakat hükümete dahil olmayan siyasi partiler cevap ve düzeltme taleplerini yayın tarihinden başlayarak üç gün içinde Ankara Sulh Ceza Hakimliği nezdinde yaparlar. Siyasi partilerin radyo ve televizyondan özel kanunları uyarınca yapacakları seçim propaganda konuşmaları ile TRTK md. 18 uyarınca yayınlanan hükümet bildirisi veya konuşmaları hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.[32]

3. CEVAP VE DÜZELTMENİN İÇERİĞİ VE ŞEKLİ

Cevap ve düzeltme hakkını kullanan kişi, cevap ve düzeltme metninde, yayında kendisine gerçeğe aykırı bir husus atfedildiğini veya şeref ve haysiyetine dokunulduğunu ve gerçeğin ne olduğunu kısaca açıklamalıdır. Ayrıca cevap ve düzeltme metni yasa kurallarına aykırı olmamalıdır, yeni bir cevap hakkı doğurur nitelikte olmamalıdır ve suç niteliğinde ifadeler yer almamalıdır. Metnin bu nitelikte olup olmadığı, hem genel müdürlük nezdinde hem de olay yargıya intikal ettiğinde hâkim tarafından incelenir. Bunlara ilaveten hâkim bir de cevap ve düzeltme metninin zamanında TRT Kurumu' na gönderilip gönderilmediğini inceler.

4. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASI USULÜ

Cevap ve düzeltme hakkını kullanmak isteyen kişi, yayın tarihinden itibaren yedi gün içinde cevap ve düzeltmesini TRT Genel Müdürlüğü'ne göndermelidir. Genel Müdürlük cevap ve düzeltmeyi aldığı tarihten itibaren üç gün içinde yayımlamalıdır. Eğer, cevap ve düzeltme, kanunda aranan nitelikleri taşımıyorsa, Genel Müdürlük yayımlamayı reddedebilir ve yayımlamayı reddettiğini söz konusu üç günlük sürenin ardından iki gün içinde ilgilisine bildirmelidir. İlgili red kararına karşı, iki gün içinde Ankara Sulh Ceza Hâkimliği nezdinden itiraz edebilir. İlgili hâkimlik söz konusu cevap ve düzeltmenin TRTK md. 27'nin aradığı nitelikleri taşıyıp taşımadığını ve süresinde TRT Genel Müdürlüğü'ne gönderilip gönderilmediğini inceleyerek, iki gün içinde karar vermelidir. Hâkim, cevap ve

32 Dursun, s. 411.

düzeltme metninin aynen yayımlanmasına karar verebileceği gibi uygun göreceği değişiklikleri bizzat yaptıktan sonra yayımlanmasına da karar verebilir. Taraflar bu karara da kararın kendilerine tebliğinden başlayarak iki gün içinde Ankara Asliye Ceza Hâkimliği nezdinde itiraz edebilirler. Burada da hâkim, sulh ceza hâkiminin yaptığı incelemeye benzer bir inceleme yapacaktır. Hâkimin bu inceleme sonucu verdiği karar kesindir ve kararın Genel Müdürlüğe tebliğinden itibaren iki gün içinde cevap ve düzeltmenin yayımlanması zorunludur. Cevap ve düzeltme metni, cevap ve düzeltmeye neden olan yayının yapıldığı aynı saatte ve aynı programda, aynen yayımlanmalıdır.

5. CEVAP VE DÜZELTMENİN YAYIMLANMAMASI

Kesinleşmiş hâkim kararının aksine cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması durumunda, ne tür bir yaptırımın söz konusu olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Bu durumda, meseleye genel hükümler çerçevesinde çözüm aramamız gerekir.

TRT'nin devlet eliyle kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip ve kamu hizmeti gören bir kurum olması ve bu kamu hizmetini yerine getiren TRT personelinin de devlet memuru statüsünde olmasından hareket edersek 5237 sayılı TCK'nın "görevi kötüye kullanma" başlıklı 257. Maddesindeki yaptırımlar diğer kamu görevlileri için geçerli olduğu gibi TRT personeli için de geçerli olacaktır.

Söz konusu suçun faili olarak TRT Genel Müdürünü göstermek doğru olmayacaktır. Çünkü kanunda geçen "Genel Müdürlük" ifadesi tüm genel müdürlük personelini kapsadığından, sorumlu kişiyi Türk ceza hukuku genel ilkeleri çerçevesinde belirlemek yerinde olacaktır. Buna göre, cevap ve düzeltme, TRT Genel Müdürünün emri ile yayımlanmıyorsa Genel Müdür suçun sorumlusu olarak kabul edilmelidir. Ancak, cevap ve düzeltme, Genel Müdürün bilgisi dışında Genel Müdürlük personeli tarafından yayımlanmamışsa, "ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi" gereğince o personelin sorumluluğuna gidilmelidir.[33]

D. ÖZEL RADYO VE TELEVİZYONLARDA CEVAP VE DÜZELTME HAKKI

6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun md. 18 hükmü de cevap ve düzeltme hakkını içermektedir. Genel kabul edilen görüşe göre, Kanunda her hangi bir sınırlama yapılmadığı için bu düzenlemenin TRT yayınlarını da kapsadığı ve bu nedenle

33 Güzel, s. 97; Dursun, s. 413.

açıkça yürürlükten kalkmasa bile 2954 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin artık uygulanmayacağı belirtilmektedir.[34]

1. CEVAP VE DÜZELTME HAKKINI KULLANABİLECEK OLANLAR

Kanuna göre bu hakkı kullanabilecek olanlar gerçek ve tüzel kişilerdir. Bazı yazarlar tüzel kişi kavramının hem özel hukuk tüzel kişisi, hem de kamu hukuku tüzel kişisi kavramını içine aldığını düşünmektedirler. Yargıtay da bir kararında[35], GAP İdaresi' nin cevap ve düzeltme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Bazı yazarlar ise kanunda kamu tüzel kişileri için ayrıca düzenleme olmadığı için "tüzel kişiler" ibaresinden sadece özel hukuk tüzel kişilerinin anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler.[36]

Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmadan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılarından biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, ölümün altmış günlük düzeltme ve cevap hakkı süresi içinde gerçekleşmiş olması kaydıyla, kalan düzeltme ve cevap hakkı süresine otuz gün ilâve edilir.

2. CEVAP VE DÜZELTME HAKKININ KULLANILMASININ USULÜ

Hak sahibi, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya[37] gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilecek biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullandırılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir.

Düzeltme ve cevabın kanunda belirtilen süre içinde yayımlanmaması

34 Dursun, s. 414; Karşı görüş için bknz. Güzel, s. 84.

35 Y 7. CD. 1995/4522 E. 1995/5259 K. 7.6.1995 T.

36 Dursun, s. 415.

37 6112 Sayılı Kanun md. 3 medya hizmet sağlayıcıyı şu şekilde tanımlamıştır: "Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişi". Ayrıca md. 6'da medya hizmet sağlayıcıya ulaşmayı sağlayacak bir yükümlük de getirilmiştir. Söz konusu hükme göre ; "Medya hizmet sağlayıcıların, yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde künye bilgilerini, iletişim adresini, izleyici temsilcisinin adını ve iletişim bilgilerini Üst Kurula bildirmek ve internet sitelerinde yayınlamak zorundadır."

hâlinde bu sürenin bitiminden; kanuna aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin kanuna uygun olarak yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'dir.

Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Hâkim tarafından düzeltme ve cevabın yayımlanmasına karar verilmesi hâlinde, yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

İlgili kişi yukarıda belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir.

3. CEVAP VE DÜZELTMENİN YAYIMLANMAMASI

Yargı kararlarına rağmen düzeltme ve cevap hakkına uyulmaması durumunda medya hizmet sağlayıcılarına idari yaptırımlar öngörülmüştür. İlgili yayın kuruluşunun mahkeme kararını yerine getirmemesi durumunda, o yayın kurumuna uygulanacak yaptırım Yasa'nın 32. Maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre 8. maddenin birinci fıkrasının düzeltme ve cevap hakkına saygılı olmayı gerektiren bentlerinin de yer aldığı düzenlemeler ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Yasa'nın diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcılarının uyarılacağı, uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. İdarî para cezasının da radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları içinse on bin Türk Lirasından az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Para cezalarına karşı idari yargı yoluna gidilebileceği ancak bunun ödeme zorunluluğunu durduramayacağı ve de ceza oranlarının en geç bir ay içinde ödeneceği belirtilmiştir.

E. İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARDA İÇERİĞİN YAYINDAN ÇIKARILMASI CEVAP HAKKI

Cevap ve düzeltme hakkına ilişkin düzenlemelerin en yenisi internet yayınlarını düzenleyen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dur. İnternet yaşamımızda yerini sağlamlaştırdıkça, bu alana ilişkin hukuki düzenlemeye duyulan ihtiyaç da artmıştır. Basın Kanunu hükümlerinin internet yayınları için de uygulanabilirliği meselesi doktrinde bir süre tartışılmıştır. 5651 Sayılı Kanun ile bu tartışmalara son verilmeye çalışılmıştır.

1. CEVAP HAKKININ DOĞMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

5651 Sayılı Kanun md. 9'a göre, cevap hakkının doğması için, içeriği itibari ile kişinin haklarını ihlal eden bir yayın olmalıdır. Kanunda yer alan "haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi" ifadesi muğlâktır ve hak kavramından ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bu anlamda, gerek 5187 Sayılı Kanun'da gerekse 2954 Sayılı Kanun'da cevap ve düzeltme hakkının doğması için "şeref ve haysiyetin ihlali" gibi somut bir halden bahsedilmektedir. Ayrıca kanunda yer alan söz konusu ifade, Anayasa'daki düzenleme ile de uyuşmamaktadır. Zira, Anayasa'da söz konusu hakkın doğumu için aranan şartlar kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapılmasıdır. Düzenlemenin devamında da, cevap ve düzeltme hakkının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Kanunda geçen "haklar" ifadesi hukuki anlamda kişilik hakları, sosyal haklar ve ekonomik haklar da dâhil olmak üzere birçok kavramı kucaklayan bir ifadedir. Cevap ve düzeltme hakkının "haklar" kavramının içerisine giren her bir hak için kullanıldığı düşünülürse, basın özgürlüğü ve kişilik hakları arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlayan bir araç olma özelliği ortadan kalkar. Terazinin dengesi, basın özgürlüğünün özüne dokunulur bir biçimde ve aleyhine bozulur. Dolayısıyla 5651 Sayılı Kanun'da yer alan bu düzenleme; esas olarak Anayasa'da ki düzenlemeyi, yardımcı olarak ise cevap ve düzeltme hakkının amacına dikkate aldığımızda Anayasaya aykırı bulunmaktadır.

2. CEVAP HAKKINI KULLANABİLECEK OLANLAR

5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine göre, cevap hakkını kullanabilecek kişi, cevap hakkının doğumuna neden olan internet ortamındaki yayının içeriğinden dolayı hakları ihlal edilen kişidir. Düzenlemede sadece "kişi" ifadesi kullanılmış, bunun dışında ne ölen kişinin mirasçıları, ne de tüzel

kişiler bakımından bir düzenleme yapılmamıştır. Düzenleme bu haliyle gerçek ve tüzel kişileri kapsar niteliktedir.[38]

3. CEVAP HAKKININ KULLANILMASININ USULÜ

İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

Görüldüğü üzere diğer kanunlardan farklı olarak burada başvuru için öngörülen bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Başvurucu hakkındaki yayını fark ettiği andan itibaren içerik ya da yer sağlayıcıya başvuracak, ancak bu tarihten itibaren belirli sürelere uymak gerekecektir.

Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

4. CEVABIN YAYIMLANMAMASI

Sulh ceza hâkiminin kararını kanunda belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu hüküm yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Medyanın sahip olduğu güç günümüzde çok büyük boyutlardadır. Gelecek yıllarda daha da büyüyeceği açıktır. Zira iletişim günden güne gelişmekte ve gitgide küreselleşmektedir. Bu nedenle cevap ve düzeltme hakkının önemi her geçen gün daha da artmaktadır. Nitekim cevap ve dü-

38 Güzel, s. 119; Dursun, s. 420.

zeltme hakkının amacı, basın hürriyeti ile kişilik hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamaktır.

Kişilik hakkının ihlal edilebileceği mecralar her gün büyümekle birlikte cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen hükümler de bu büyümeye ayak uydurabilmek adına sürekli güncellenmektedir. Bu sebeple cevap ve düzeltme hakkının kullanım alanları tarihsel boyutta genişlemiş bulunmakla birlikte, kimi zaman bu hakkın kötüye kullanımını engellemek adına sınırlayıcı hükümler getirilmiş, kimi zaman ise, kişilik haklarının ihlali gibi ağır bir sonuçla karşıya kalan kişilerin, bu ihlale karşı başvurabilecekleri yollardan biri ve belki de en hızlısı olan cevap ve düzeltme hakkı kişilere geniş yetkiler tanınmıştır.

Hukukumuzda cevap ve düzeltme hakkı, ihlal sonucunu doğuran yayının yapıldığı yer bakımından farklı kanunlarda düzenlenmiş ve farklı prosedürlere tabi tutulmuştur. Bu nedenle ihlale yol açan yayının hangi yayın türüne tabi olduğu göz önünde tutularak, ilgili prosedüre göre cevap ve düzeltme hakkının ileri sürülmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

1. ÇETİN, Erol **Basın Hukuku**, Ankara, 2007.
2. ÇİFTÇİ, Ahmet **"Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı",** AÜHFD C:42, 1991-1992, Ankara.
3. DANIŞMAN, Ahmet **"Cevap ve Düzeltme Hakkı",** Prof. Dr. Coşkun Üçok'a Armağan, SÜHFD, C:2, S.2, Ocak-Haziran, 1989.
4. DÖNMEZER, Sulhi **Basın ve Hukuk**, İstanbul, 1976.
5. DURSUN, Şeyda**"Türk Hukuku' nda Cevap ve Düzeltme Hakkı",** Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, II. Kitap, İstanbul, 2010.
6. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz **Haberleşme Hukuku**, Ankara, 1970.
7. GÜZEL, Abdullah **Cevap ve Düzeltme Hakkı**, Ankara, 2010.
8. İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, 2005.
9. ONGUN, Coşkun **Gazete, Radyo, TV ve İnternet Yayınlarında Basın Davaları (El Kitabı),** İstanbul, 2008.
10. ONGUN, Coşkun **Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku**, İstanbul, 2010.
11. ONGUN, Coşkun **"Medya Yayınlarına Karşı Cevap ve Düzeltme Hakkı(Tekzip)",** İBD, C:86, S: 2012/1, s. 52-73. (İBD)
12. ÖNGÖREN, Gürsel "**Basın, Radyo ve Televizyonda Cevap ve Düzeltme Hakkı",** İBD, C:69, S:1-2-3, 1995.
13. ÖZEK, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, 1978.
14. ÖZEL, Sibel **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması,** Ankara, 2004.
15. SERDAR, İlknur **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması,** Ankara, 1999.
16. www.kazancihukuk.com
17. www.tdkterim.gov.tr

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI DOĞRULTUSUNDA DEVLETİN YAŞAM HAKKINA MÜDAHALESİ

Av. Fatih Burak UZUN

GİRİŞ

Yaşam hakkı, bir insanın sahip olabileceği en temel haktır. Bu hakka yapılan müdahalenin doğurduğu sonucu geri alabilmenin imkânı yoktur. Bunun yanında yaşam hakkına her toplumda büyük değer verilmektedir. Hammurabi Kanunları'ndan başlayarak günümüze kadar gelen hemen her kanunda bir kişiyi öldürmenin cezası ölüm olarak tanımlanmıştır. İnsanlığın geldiği son nokta itibarı ile öldüren kişinin yaşam hakkının da tüm kişilerle aynı değerde olduğu kabul edilerek adam öldürme suçunun cezası hapis cezasına çevrilmiştir. Bu basit örnek dahi yaşam hakkı konusunda ne kadar hassas davranılması gerektiğini göstermektedir.

Yaşam hakkı tüm haklar içerisinde en temel hak olarak kabul edilmektedir. Bu temel niteliğine karşılık yaşam hakkı tarih boyunca sürekli ihlal edilmiştir. Günümüzde bu ihlalleri engellemek adına birçok uluslararası ve ulusal düzeyde düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin etkili olabilmesi için, söz konusu düzenlemelerin de amaca uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesini yorumlarken son derece katı davranmaktadır. Maddenin içeriğini yorum yolu ile genişleterek yaşam hakkına daha çok koruma sağlamaya çalışmaktadır. Mahkeme bu tutumunun gerekçesi olarak Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birinin yaşam hakkının korunması olmasını göstermektedir.

Bu çalışmada öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre yaşam hakkının tanımı ve unsurları incelenecektir. Bu aşamadan itibaren devletin yaşam hakkı konusundaki yükümlülükleri ve devletin yaşam hakkına müdahalesinin şartları incelenerek gerekli görülen başlıklar altında mahkeme kararları incelemelerine yer verilecek ve son olarak İstanbul Barosu tarafından verilen örnek olay değerlendirilecektir.

1. AİHS KAPSAMINDA YAŞAM HAKKININ TANIMI VE KAPSAMI

Yaşam hakkı, insanın hayatını sürdürme hakkına sahip olması anlamına gelir. Yaşam hakkı diğer hakların süjesi olabilmek için gereken tek haktır. Bu nedenle en önemli hak olarak kabul edilmektedir. Önemi nedeni ile en sert şekilde korunan yaşam hakkına karşı en küçük bir girişim dahi ihlal olarak değerlendirilmektedir.

Yaşam hakkı temel olarak kişinin öldürülmemesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak insan öldürülmese dahi sürekli olarak öldürülme riski altındaysa, o kişinin yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmak gerekir. Çünkü yaşam hakkı tehlikede olan kişinin diğer haklarını düşünmesi dahi mümkün değildir.[1]

Yaşam hakkı aynı sadece kişinin hayatını korumakla kalmamakta, kişinin vücut bütünlüğünü de koruma altına almaktadır. Yani kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan saldırılar da, ölüm sonucunu meydana getirmese dahi, yaşam hakkının ihlali sayılacaktır.

İnsan, doğuştan gelen özellikleri gereği, düşünen ve duyguları olan bir varlıktır. Özellikle insanın düşünme yeteneği, onun kendisini sürekli geliştirme isteği ve ihtiyacını doğurmaktadır. Bunun sonucu olarak yaşam hakkı, insanın sadece fiziki yönden değil, ruhani, psikolojik ve düşünce yönünden de korunmasını ve kendisini geliştirmesini kapsamaktadır. Nitekim bu yaklaşım Anayasamızda "*herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*" olarak kendisine yer bulmuştur. Buna benzer hükümler neredeyse her ülkenin anayasalarında bulunmaktadır.

2. AİHS KAPSAMINDA YAŞAM HAKKINA MÜDAHALE EDİLEBİLECEK DURUMLAR

AİHS, yaşam hakkını 2. maddesinde düzenlemektedir. Bu madde herkesin yaşam hakkının yasayla korunacağını ve hiç kimsenin kasten öldürülemeyeceğini hüküm altına almıştır. Ancak maddenin 2. fıkrasında yaşam hakkına üç adet istisna getirmiştir. Bir başka deyişle, 2. fıkradaki şartlar varsa bir ya da birçok kişinin öldürülmesi yaşam hakkının ihlali sayılmayacaktır. İlgili madde metni şu şekildedir:

Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

1 Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara Ve Diyarbakır Örneği, Fatih Doğru, Ankara, Haziran 2006

(a) bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

(b) bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

(c) bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.

Öncelikle açıklamak gerekir ki, üç istisnai halde kullanılmasına cevaz verilen güç, sınırsız bir güç değildir. Kullanılacak güç olumsuz durumu ortadan kaldırmaya yetecek kadar olmalıdır. Madde metninde geçen "mutlak zorunlu" ifadesi, kullanılabilecek en alt seviye gücü ifade etmektedir. Kullanımı mutlak zorunlu olan güç kavramı ile orantılı güç kavramı birbirine yakın kavramlar olmasına rağmen tamamen aynı değillerdir.

Orantılı güç, bir olaya müdahale edilirken kullanılması gereken güç miktarını tespit etmektedir. Orantılı güç kullanımın ihlali örneği olarak hukuka aykırı gösteri yapan bir grup üzerine otomatik silahlarla ateş açılması gösterilebilir. Kullanımı mutlak zorunlu olan güç ise devletin güç kullanılmasını gerektirecek durumu engellemek için yapılması gereken her şeyi yapmasını da kapsar. Aynı örnekten açıklamak gerekirse, devlet hukuka aykırı bir gösteri yapılmasını engellemek için, henüz kişiler toplanmadan kişilerin toplanmasını engelleyecek önlemleri almamışsa ve gösteri sırasında orantılı güç kullanılmasına rağmen ölüm olayı meydana gelmişse, devlet yaşam hakkı ihlalinden sorumlu olacaktır.[2]

AİHS m. 2/2a, bir kişinin yasa dışı şiddete karşı korunması sırasında güç kullanılmasının yaşam hakkını ihlal etmeyeceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin gerekçesi hukuka aykırı bir saldırıya hedef olan kişilerin, bir başka değişle masum kişilerin, yaşam haklarının korunmasının saldırıda bulunan kişilerden üstün tutulmasıdır. Bu madde sayesinde, devlete yasa dışı saldırıya maruz kalan bireyleri korumada esneklik sağlanmıştır. Ayrıca bu madde bireye de meşru savunma imkânı tanıyarak kendisine karşı yapılan saldırılara karşı koyma imkânı getirmiştir.

AİHS m. 2/2b, ceza yargılamasından doğan yakalama ve tutuklama gibi hallerdeki güç kullanımlarını düzenlemiştir. Getirilen bu istisna ile ceza hukukunun toplumda yarattığı güven ve huzur ortamının getirdiği faydalar, yakalama ve tutuklama işlemine tabi tutulan kişilerin yaşam hakkından öne koyulmuştur. Böylelikle kamu düzenin sağlanabilmesi için temel

2 Detaylı Açıklama İleriki Kısımlarda Yapılmıştır.

Ayrıca Bknz: İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Douwe Korff, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Belçika, Kasım 2006

şartlardan biri gerçekleştirilmiş olmaktadır. Bu istisna hükmün olmaması halinde, suç işlemiş kişilerin topluma daha büyük zararlar vermeleri mümkün olacaktır.

AİHS m. 2/2c, ayaklanma veya isyan halinde devletin bu durumlara müdahale etmesinin yolunu açmaktadır. Bu tarz durumlar birçok kişinin beraberce ve silahlı olarak gerçekleştirdiği eylemler oldukları için, söz konusu durumların kontrol altına alınabilmesi ve önüne geçilebilmesi için devletin de büyük güçler kullanması gerekmektedir. Haliyle ayaklanma ve isyan ile bunların bastırılması hallerinde çok fazla can kaybı yaşanmaktadır. AİHS, bu durumlarda güç kullanılmasına izin vermiş ancak keyfi kullanımı engellemek adına mutlak zorunluluk şartını getirmiştir.

Sözleşme metnindeki bir diğer bahse değer konu, 2. maddede düzenlenen istisnalar arasında mülkü korumak için güç kullanılmamasının bulunmamasıdır. Bu durum mülkü korumak için bir ya da birden çok kişinin yaşam hakkına son verilmesinin mümkün olmadığıdır.[3]

3. AİHS KAPSAMINDA YAŞAM HAKKI KONUSUNDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Devletlerin yaşam hakkı konusunda AİHM içtihatları ile oluşturulmuş ve detaylandırılmış negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin dayanağı sözleşme metni olup herhangi bir hukuki dayanaktan yoksun olarak oluşturulmuş değildir. AİHM, sözleşmeyi geniş yorumlayarak oluşturduğu yükümlülüklerle yaşam hakkının korunmasını genişletmektedir.

I.1. Pozitif Yükümlülükler

Devletin yaşam hakkı konusundaki pozitif yükümlülüğü, temel olarak kişinin yaşam hakkının devlet tarafından korunmasını kapsamaktadır. Devlet yaşam hakkını korumak için gerekli ve yerinde olan tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, devletin her durumda yaşam hakkını korumakla sorumlu olduğu anlamına gelmez. Burada sınır, korumanın devletin gücü oranında olmasıdır. Yani bireyin yaşam hakkını korumak devlet için dahi imkânsızsa, bu durumda devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini söylemek mümkün değildir.

Devletin pozitif yükümlülüğünün getirdiği temel sorumluluklardan biri, devletin etkin bir yargı sistemi oluşturmakla yükümlü olmasıdır.

3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Douwe Korff, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Belçika, Kasım 2006

Etkin yargı sistemi, kolluk tarafından yeterince desteklenmelidir. Bunun yanında uygulanan ceza hukuku da yaşam hakkını etkili bir şekilde korumalıdır. Yargı sistemi, yaşam hakkı ihlallerini cezalandırarak gelecekteki yaşam hakkı ihlallerini önleme amacı taşımaktadır.[4]

Devletin pozitif yükümlülüklerinden biri bireyin yaşam hakkının korunmasıdır. Bu koruma kişinin kendisine karşı, üçüncü kişiye karşı ve devlete-topluma karşı olmalıdır. Ayrıca bu koruma kişinin ideolojik sebeplerle saldırıdan korunmasını da kapsar.[5] Ötanazi ve intihar durumları kişinin kendisine karşı korunmasına örnektir. Ölüm cezası kişinin toplu-ma-devlete karşı korunması kapsamındadır.

Kişinin üçüncü kişilerin yarattığı tehditlere karşı korunması da devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Bu konudaki ihlaller genellikle kişinin devletten koruma talep etmesi ve bu talebin karşılanmaması halinde meydana gelmektedir. AİHM'in kişinin yaşam hakkının üçüncü kişilerin yarattığı tehditlere karşı korunması konusunda verdiği Osman v. Birleşik Krallık Davasının incelemesi, AİHM'in konuya ve devletin pozitif yükümlülüklerine bakış açısının anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Ayrıca pozitif yükümlülükler konusuna değinen Kılıç v. Türkiye Davası'nın incelemesi aşağıdadır.

4.1.2. Osman v. Birleşik Krallık Davası[6]

4.1.2.1. Olayın Özeti

Paul 7 Mart 1988 tarihinde başvurucunun kocasını öldürmüş ve ikinci başvurucu olan Ahmet'in da ağır yaralanmasına sebep olmuştur. Ahmet ailesi ile birlikte Londra da yaşayan bir lise öğrencisidir. Paul ise Ahmet'in öğretmenlerinden biridir.

Okul müdürü John 1987 yılının mart ayında Paget'in Ahmet'e karşı aşırı bir bağlılık duyduğunu fark eder ve bu durumu kurum içinde halletmeye karar verir. Bu sırada Ahmet'in arkadaşlarından biri olan Leslie'in annesinden bir telefon alan Price, Paget"in Leslie'in evine kadar takip ettiğini ve evin önünde beklediğini öğrenir. Ayrıca Paget okulda Ahmet ile Leslie in birbirleriyle cinsel ilişkiye girdiklerine dair söylentiler yaymak-

4 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Yaşam Hakkı, Ağustos 2012, Basın Birimi

5 Yaşam Hakkı Ve Boyutları, Prof. Dr. Bahri Savcı, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:1, Ankara, 1980, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı Ve Sınırları, Mine Yıldız, Isparta, 2004

6 Case Of Osman V. The Unıted Kıngdom (Application No. 87/1997/871/1083) 28 October 1998

tadır. Price, bu olaylar üzerine, ilgili tüm kişiler ile mülakatlar yaparak bilgi toplar. Paget suçlamaları kabul etmez ancak Price onun psikolojik sorunlar yaşadığı izlenimine kapılır. Paget'in durumu polise de bildirilir ancak bu bildirilerin kayıtları tutulmamıştır.

17 Mart 1987 günü okulun etrafında 6 adet grafiti tespit edilir. Her biri aynı olan bu grafitilerde "*Leslie, Ahmet ile birlikte olurken prezervatif kullanmayı unutma yoksa Ahmet AİDS olur*." yazmaktadır. O. ailesi Ahmet'in bir başka okula alınmasını talep eder. Gerekli işlemler yapılırken Ahmet ve Leslie'e ait sicil dosyalarının çalındığı fark edilir. Bu olayların şüphelisi Paget olsa dahi herhangi bir delil bulunamaz. Başka bir okula transfer edilen Ahmet ise 2 hafta sonra müfredat sorunları nedeni ile geri dönmek zorunda kalır.

Durumun Eğitim Müdürlüğü'ne bildirilmesi üzerine, müdürlüğün görevlendirdiği bir doktor Paget'i muayene eder. Muayene sonucunda Paget'in bir başka okula gönderilmesi yönünde görüş bildirir.

Yeni okul döneminin başlaması ile birlikte O. ailesinin yaşadığı eve karşı mala zarar verme fiilleri meydana gelmeye başlar. Evin camları kırılır, dışarıda bulunan ampuller çalınır, garajda bulunan aracın camları kırılır tekerlekleri patlatılır. Bu olaylar hakkında polis inceleme yapar ancak bir sonuca varılamaz. Paget aracı ile Leslie'in içinde bulunduğu servis aracına çarpar. Bu olay ile ilgili polise verdiği ifadede "*Bu olay önemli değil ne de olsa bir kaç ay içinde ömür boyu hapse mahkûm olacağım.*" der. Ancak bu beyan devlet tarafından yalanlanmıştır.

Bu olay üzerine polis tarafından tüm olayları kapsayan bir soruşturma başlatılır. Ancak delil yetersizliği nedeni ile Paget tutuklanamaz. Nihayet tutuklama kararı çıkarıldığında ise Paget evini ve işini terk edip kayıplara karışmıştır. 7 Mart 1988 günü ortaya çıkan Paget başvurucunun kocasını ve Ahmet'i vurur. Ayrıca okul müdürü yardımcısı ve onun oğlunu öldüren Paget olay yerinde yakalanarak adam öldürme suçundan cezalandırılır. Akli dengesi yerinde bulunmadığı için süresiz olarak akıl hastanesinde tedavi görmeye mahkûm edilir. Paget'in yakalandığı andaki beyanı "*Neden beni bu işi yapmadan durdurmadınız? Gereken tüm işaretleri vermedim mi?*" olur.

4.1.2.2. Başvurucunun İddiası

Başvuruculların iddiası devletin yaşam hakkını korumadaki pozitif yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğidir. Yani devlet yaşam hakkını koruyamamıştır.

4.1.2.3. Devletin Savunması

Devlet, polisin olayın her safhasında etkili bir şekilde soruşturma yaptığını ancak elde yeterli delil olmaması ve durumun bu hale geleceğinin önceden tahmin edilmesinin mümkün olmaması nedeni ile Paget'in cinayetleri işlemesinin engellenemediğini iddia etmiştir. Devlet cinayetin işlenmesinden önce ve sonra yaşam hakkından doğan tüm sorumluluklarını yerine getirdiğini beyan etmiştir.

4.1.2.4. Mahkemenin Görüşü

Mahkemeye göre başvurucular polisin O. ailesinin gerçekten hayati tehlikede olduğunu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispatlayacak herhangi bir delil sunamamışlardır. Başvurucular delil elde edilmesi için yapılabilecek bir takım işlemlerin, örneğin ev araması, yapılmadığını ve bu nedenle de Paget'in engellenemediğini öne sürmüşlerdir. Buna karşılık mahkemenin kararı polisin temel hak ve özgürlüklere saygı göstermek zorunda olduğu ve yeterli şüphe bulunmadan bu işlemlerin gerçekleştirilemeyeceği yönündedir. Sonuç olarak mahkeme, devletin kişilerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü ihlal etmediğini dolayısıyla yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

I.2. Negatif Yükümlülükler

Yaşam hakkı konusunda devletin negatif yükümlülüğü devletin yaşam hakkını sonlandırmaması anlamına gelmektedir. Bu yükümlülüğün temel getirisi öldürme yasağıdır. Yani devlet tarafından kast ya da taksirle bir kişinin öldürülmesi devletin yaşam hakkı konusunda negatif yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelir. Negatif yükümlülük ayrıca kişinin yaşamının tehlikeye atılmaması sorumluluğunu da kapsamaktadır.

İdam cezası, devletin bir ceza olarak kişinin yaşamını sonlandırması olup devletin yaşam hakkı konusundaki negatif yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir. İdam cezası modern ceza hukukunda benimsenmemektedir. Bunun sebepleri, adli hata halinde geri dönüşün mümkün olmaması, yaşam hakkının kutsallığı ve yaşam hakkının sonlandırmanın etik boyutu gibi durumlardır. AİHS 2. maddesinde idam cezasına cevaz gösterilmiş olsa da, 6 ve 13 numaraları protokollerle idam cezası barış ve savaş hallerinde tamamen kaldırılmıştır.[7]

AİHM içtihatlarına göre, negatif sorumluluk kapsamında, devlet gözal-

7 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı Ve Sınırları, Mine Yıldız, Isparta, 2004

tında meydana gelen yaralanma ve ölümler hakkında makul açıklamalar yapmakla yükümlüdür. Bu durum bir bakıma iddia edenin ispat etmekle yükümlü olduğu kuralının tersten yorumlanmasıdır. Bunun nedeni gözaltındaki kişilerin devlet kontrolü ve koruması altında oldukları gerçeğidir. Ülkemizde 90'lı yıllarda birçok gözaltında ölüm ve kayıp vakaları yaşanmıştır. AİHM'in içtihatları da genellikle ülkemiz hakkında verdiği kararlarla oluşmuştur. Gözaltında ölüm ve devletin negatif yükümlülüklerine AİHM'in bakış açısının daha net anlaşılabilmesi açısından mahkemece verilen kararlardan birinin incelemesi aşağıdadır.

I.2.1. Çakıcı v. Türkiye Davası[8]

I.2.1.1. Olayın Özeti

Dava İ.'nin 2 Mayıs 1994 tarihinde hem kendi hem kardeşi adına kardeşinin devletin gözetimi ve sorumluluğu altındayken ortadan kaybolması üzerine başvuruda bulunmasına ilişkindir. Ahmet Çitlibahçe Köyünde jandarma ve köy korucuları tarafından yapılan operasyonda gözaltına alınmış ve üzerinde bulunan 4.700,00 TL bir üsteğmen tarafından kendisinden alınmış ve önce Hazro ya oradan Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığında gözaltına alınmıştır. Burada dövülmüş, kaburgası kırılmış ve kafatası yarılmıştır. Başvurucu İ. tarafından Ahmet'in öldüğü 17 ve 19 Şubat 1995 tarihlerinde Kıllıboğan Tepesinde çatışmada öldüğü, kimlik tespitinin ise Ahmet'e ait kimlik belgesinin cesetlerden birinin üzerinde bulunduğu iddiasına dayanak yapıldığı görülmüştür.

I.2.1.2. Başvurucunun İddiası

Başvurucu, gözaltında kardeşinin kaybolmasından dolayı devletin kardeşinin yaşam hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

I.2.1.3. Devletin Savunması

Olayın geçtiğinin bahsedildiği dönemde PKK'nın binlerce masuma zarar vererek halka baskı uyguladığından bahsedilmiştir. Ahmet Çakıcı'nın bu tarihte ve böyle bir operasyon ile gözaltına alınmadığını belirterek gözaltı kayıtlarını (Hazro ve Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığındaki) sunmuştur. Devlet, A'hmet'in Kıllıboğan Tepesinde PKK ve güvenlik güçleri arasındaki çatışmada ölen 55 militandan biri olduğunu ileri sürmüştür.

Devlet; iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile Remziye'nin ve Mustafa'nın ifadelerinin çelişkili ve zayıf noktaların dikkate alınmadığı gerek-

8 Case Of Çakıcı V. Turkey (Application No. 23657/94) 8 July 1999

çesiyle komisyonun tespitinin noksan olduğu ve yeniden değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiş olsa da mahkemece bu itirazı reddedilmiştir.

I.2.1.4. Mahkemenin Görüşü

Komisyonun Ahmet Çakıcı adlı kişiyi aramak için operasyon yaptığını tespit ederek, jandarma tarafından Ahmet'in götürüldüğünü gören Remziye'nin ve Mustafa'nın (Ahmet Çakıcı ya bir kere de olsa elektrik soku verildiğini gören şahıs) ifadesini güvenilir ve tutarlı bulmasından hareketle Ahmet Çakıcı'ya kötü muamelede bulunulduğunu kabul etmiştir. Ancak Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığından Hazro'ya ve Hazro'dan Kavaklıdere Jandarma Karakolu'na götürüldüğüne dair bulguya rastlanmamıştır. Başvuranın erkek kardeşi için yaşam hakkının ihlal edildiği ve bu doğrultuda başvurunun kabul edilebilir olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu ihlal, devletin yaşam hakkı konusundaki negatif sorumluluklarının ihlal etmesine ilişkindir.

Ayrıca gözaltına alma eyleminden yakınlarına haber verilmediği ve gözaltına alındıktan sonra da neler olduğu hususunda bilgi verilmemiş olmasının da yaşam hakkının ihlali olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme ayrıca sözleşmenin 2. maddesi kapsamında sorumluluğun sadece devlet görevlilerinin kuvvet kullanması sonucu kasten adam öldürme ile sınırlı olmadığı madde 2/1'den hareketle devletlere yasam hakkının kanunla korunması için sorumluluk yüklediğini belirtmiştir. Şahısların kuvvet kullanımı sonucu öldürüldüğü durumlarda etkin soruşturma yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Ahmet'in ortadan kayboluşu ve cesedin bulunması hakkında yürütülen yetersiz soruşturma ile izlenen usulle ilgili etkili güvencelerin yokluğu sebebiyle devletin yasama hakkını güvenceye alma sorumluluğu yerine getirmediğini tespit etmesinden dolayı yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

5. AİHM İÇTİHATLARI KAPSAMINDA DEVLETİN YAŞAM HAKKINA MÜDAHALESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

Devletin kamu güvenliğini sağlamak adına yaşam hakkına doğrudan müdahalede bulunması mümkündür. Ancak bu tür bir müdahalenin gerçekleştirilmesi sırasında yaşam hakkına haksız müdahalelerden kaçınmak devlet için bir zorunluluktur. Terör sorunları bulunan Birleşik Krallık, Rusya ve Türkiye gibi ülkelerle ilgili davalar, bu hususta AİHM içtihatlarının oluşmasına sebebiyet vermiştir. Yaşam hakkına devletin mü-

dahalesi ile ilgili ilk dava[9] 1988 yılında M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasıdır. Bu dava ile konu ile ilgili genel kıstaslar oluşturulmuştur.

Devletin yaşam hakkına müdahalesinde göz önüne alınması gereken önemli bir husus da özgürlük ve güvenlik dengesidir. Toplum halinde yaşamanın doğurduğu mecburi sonuç, bireylerin bir takım özgürlüklerinin sınırlanmasıdır. Bu sınırlamanın yapılmaması halinde bireylerin özgürlükleri kesişecek ve bunun sonucu olarak toplu yaşama mümkün olmayacaktır. Ancak toplum yararını gözetirken bireysel özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırması da sakıncalar doğuracaktır. Bu nedenle, bu doktrinde anılan adıyla, özgürlük güvenlik dengesi sağlanmalıdır. Bu kapsamda devletin yaşam hakkına müdahalesinin tamamen yasaklanmasının doğuracağı zararlar ile keyfi öldürmelere sebep olunmasına varacak şekilde kolluk kuvvetlerine serbestlik sağlanmasının doğuracağı zararlar aynı seviyededir.

Kolluk kuvvetlerinin temel görevi kamu güvenliğini ve dolayısıyla bireylerin güvenliğini sağlamaktır. Kamu güvenliğinin sağlanması için en son çare olarak kolluk kuvvetleri tarafından güç kullanılabilir. Kullanılacak güç mutlaka orantılılık ilkesine uygun olmalıdır. Kolluk kuvvetlerinin kamu güvenliğine tehdit oluşturan kişilere karşı kullandığı güç, değişik hedeflere yönelik olabileceği gibi değişik metotlarla da vuku bulabilir. Ancak kullanılan gücün hedefi ve niteliği fark etmeksizin, güç kullanılmasının bireyin temel insan haklarına yönelik sınırlamada bulunulduğu gerçeği değişmemektedir. Örneğin bomba olduğundan şüphelenilen çanta, kolluk tarafından patlatılabilir. Ya da kolluk kuvvetleri üzerinde bomba taşıyan ve patlatmak üzere olan bir kişiyi bombayı patlatmadan önce öldürebilir. İlk örnekte mülkiyet hakkına ikinci örnekte yaşam hakkına müdahale edilmektedir.

Kolluk kuvvetleri tarafından bireylere karşı güç kullanımı son derece rahatsız sonuçlar doğurabilmektedir. Bir ya da birden çok kişinin hayatını kolluk kuvvetlerinin güç kullanması sonucu kaybetmesi, özellikle bu kişi ya da kişiler masumsa, kamuoyundan büyük tepkiler görebilmektedir. Gereksiz yere can kayıpları ve kamuoyu tepkisini önlemek yanında esasen bireylerin yaşam hakkını güvenceye alabilmek için kolluk kuvvetleri tarafından güç kullanılmasının yasalarla düzenlenmesi gerekir. Hemen hemen tüm ülkelerin anayasalarında kolluk kuvvetlerinin güç kullanması ile ilgili düzenlemeler vardır. Aynı konu üzerinde kanunlar da bulunmaktadır. Bu durum ülkemiz açısından da farklılık arz etmemektedir.

9 Olive Farrell V. The Unıted Kıngdom Komisyon Kararı daha eski tarihli olmasına rağmen uzlaşma yolu ile çözüldüğü için aihm önüne gelmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi M. vs. Birleşik Krallık davasında kolluk kuvvetleri tarafından güç kullanılması ile ilgili olarak durumun hassaslığı nedeni üç şart geliştirmiştir. Normal şartlar altında kolluk kuvvetlerinin görevi vatandaşların güvenliğini sağlamaktır. Ancak kolluk kuvvetlerinin bir vatandaşın hayatını sona erdirmesi hali, kolluk kuvvetlerinin görevleri ve kamu gücünün kullanılması nedeni ile normal bir öldürmeden farklı muameleye tabi tutulmalıdır. Bunu sağlamak amacıyla AİHM M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararı ile üç kıstas oluşturmuştur. Bunlardan ilki olayın gerçekleşmesinden sonra tarafsız ve etkin bir soruşturma yürütülmesidir. İkincisi olayın görünüş itibarı ile müdahale gerekçesini haklı çıkarmaya yetecek şüpheyi uyandırması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta gerçek durum ile görünen durumun aynı olmasının gerekmemesidir. Son kıstas ise güç kullanımından önce alınması gereken tüm önlemler alınmalı, güç kullanımı gereksinimini en aza indirecek eylemler gerçekleştirilmelidir. Söz konusu kıstasların analizinden önce M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasının incelenmesi yerinde olacaktır.

I.3. M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davası[10]

I.3.1. Olayın Özeti

4 Mart 1988 tarihinden önce Birleşik Krallık, İspanya ve Cebelitarık hükümetleri, Cebelitarık 'da bulunan kraliyet alayına karşı IRA tarafından terörist saldırı gerçekleştirileceğinin istihbaratını almışlardır. Teröristlerin kimliği Daniel M., Sean Savage ve Mariead Farrell olarak tespit edilmiş olup bu kişiler 4 Mart 1988 günü İspanyanın Malaga şehrinde görülmüşlerdir.

Birleşik Krallık tarafından görevlendirilen askeri yetkililer ile Cebelitarık yetkilileri 5 Mart 1988 gününde operasyonla ilgili bir toplantı yapılmış ve katılanlara brifing verilmiştir. Terörist saldırının kraliyet muhafız alayının yakınına bırakılacak bomba ile yapılacağı ve teröristlerin bombayı uzaktan patlatabilecek cihazları üzerlerinde taşıyabilecekleri bilgisi katılanlarla paylaşılmıştır.

6 Mart 1988 günü şüpheliler Birleşik Krallık askerleri tarafından izlenmeye başlanmışlardır. Şüpheliler otomobillerini kraliyet muhafız alayına karşı yapılacak bir bombalı saldırıya elverişli bir yere park ederek araçtan inip uzaklaşmaya başlamışlardır. Hala askerler tarafından takip edilmekte olan şüpheliler bir süre sonra birbirlerinden ayrılmışlardır. Sean

10 Case Of Mccann And Others V. The Unıted Kıngdom (Application No. 18984/91) 27 September 1995

Savage diğer iki şüpheliden ayrılarak başka bir yöne gitmiştir. Şüphelilerin ayrılması anında askerler şüphelileri yakalamaya karar vermişlerdir. İlk önce Daniel ve Mariead"e müdahale eden askerler ilk temas anında ateş açmışlardır. Aynı durum Sean'nin de başına gelmiştir. Askerler ilk temas anında ateş açmalarını, şüphelilerin hareketlerinden askerleri görür görmez bombayı patlatacak uzaktan kumandaya erişmeye çalıştıklarını düşünmelerine bağlamıştır.

Şüphelilerin öldürülmelerinden sonra üzerleri arandığında herhangi bir uzaktan kumanda bulunamamıştır. Aynı şekilde şüphelilerin arabaları incelenmesi sonucu herhangi bir patlayıcı madde bulunamamıştır. Ancak şüphelilerin araçtan ayrılmaları üzerine bir asker tarafından yapılan kısa bir inceleme sonucu aracın bomba taşıması ihtimalinin çok yüksek olduğu belirtilmiştir. Yakalama yapmakla görevli askerler de buna göre hareket etmişlerdir.

I.3.2. Başvurucuların İddiası

Başvurucular Birleşik Krallık devletinin şüphelileri yakalama değil öldürme kastı bulunduğunu ve bu nedenle yaşam hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

I.3.3. Devletin Savunması

Devlet AİHS m. 2/2 kapsamında hareket edildiğini masumların güvenliği ve kanun kaçaklarının yakalanması için hareket edildiğini öne sürmüştür.

I.3.4. Mahkemenin Görüşü

Mahkeme yanlış istihbarat nedeni ile sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Şüphelilerin uzaktan kumanda ya da silah taşımamaları, şüphelilere ait araçta bomba bulunmaması, bu eşyaların bulunma riskinin yeterince kuvvetli olmadığı anlamına gelmez. Ayrıca söz konusu eşyaların bulunma ihtimali görünüşte yüksektir. Diğer taraftan mahkeme, kolluk kuvvetlerinin şüphelilere olay gününden daha erken müdahale edebilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde bomba patlama riski bulunmadan şüphelilerin canlı yakalanması mümkün olabileceğinden mahkeme geç müdahale sebebiyle madde 2'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

9 hâkimin karşı görüşü ise madde 2'nin ihlal edilmediği yönündedir. Mutlak zorunluluk halinde kolluk kuvvetleri masum hayatları kurtarmak adına öldürmek için silah kullanabilirler. Karşıt görüşe göre bu şart

sağlanmıştır. Çünkü olayda masum hayatların tehlikeye düştüğüne inanılabilecek derecede şüphe oluşmuştur. Ayrıca azınlık hâkimleri kolluk kuvvetlerinin olay günü yargılama gününe göre çok daha az bilgi sahibi olduklarını beyan etmiştir. Tüm bu şartlar birlikte değerlendirilerek madde 2'nin ihlali olmadığına karar verilmelidir.

I.4. Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

Kolluk kuvvetinin güç kullanması sonucu yaşam hakkı ihlali durumu ortaya çıktığında devletin bu durumu aydınlatmak için etkin soruşturma başlatması gerekir. Bu durum devletin pozitif yükümlülüklerinin de bir gereğidir. Başlatılan soruşturma, normal bir suç iddiasına yapılacak soruşturmaya göre çok daha özenli yapılmalıdır. Ayrıca devletin son derece tarafsız davranması ve memurlarını korumaktan kaçınması gerekmektedir. Bu şartların sebebi ihlalin kamu kuvveti kullanılarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Ayrıca ancak bu şekilde yaşam hakkını koruyan yasalar uygulanabilir ve kamu kurumlarının hesap verebilirliği sağlanabilir. Bunların yanında öldürücü güç kullanılmasının sebeplerinin ve hukuka uygunluğunun aydınlatılması da ancak söz konusu şartlara uyularak yapılan soruşturma sonucu belirlenebilir. Son olarak belirtmek gerekir ki etkin soruşturma yükümlülüğü kamu görevlilerinin sebep olduğu yaşam hakkı ihlalleri nedeniyle getirilmiş olmasına rağmen AİHM içtihatlarında, zaman içinde tüm yaşam hakkı ihlallerinin soruşturulmasına yayılmıştır.

Etkin soruşturmanın yapılıp yapılmadığı her olayın tek tek incelenmesi yolu ile tespit edilmelidir. 2000'li yıllara kadar AİHM etkin soruşturma konusunda objektif kıstaslar getirmemiş olmasına rağmen 2001 yılında yapılan bir başvuruda verdiği kararla etkin soruşturmanın şartlarını belirlemiştir. Bu şartlar "Jordan Prensipleri" olarak anılmaktadır. Ancak Jordan Prensipleri tamamen yeni şartlar olmayıp M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Davasından beri AİHM önüne gelen davalarda uygulanan bir takım prensiplerin sistematikleştirilmesinden ibarettir. Jordan Prensipleri şunlardır:

- Soruşturma makamlarının yaşam hakkının ihlali hakkında bilgi alır almaz re'sen harekete geçmeleri.
- Olayla ilgili tüm delillerin mümkün olan en iyi şekilde ve kısa sürede toplanması.
- İhlali gerçekleştiren kamu görevlileri ile soruşturmacı arasında bağlılık bulunmaması. (soruşturmacının bağımsızlığı)
- Soruşturmanın mümkün olan en kısa sürede tamamlanması.

- Soruşturma sürecinin mağdurun ve yakınlarının katılımına açık olması ile soruşturmanın kamuya açık ve tarafsız olarak yapılması.

Etkin soruşturmanın temel şartlarından biri soruşturmacının ihlali gerçekleştiren kişilerden teoride ve pratikte tamamen bağımsız olmasıdır. Bunun yanında ihlal olayına karışan kişilerin soruşturmada görev almamaları gerekmektedir. Ülkemizin güneydoğusunda olağanüstü hal uygulandığı tarihlerde, kamu görevlilerine soruşturma yapılabilmesi için idari amirlerden oluşan bir kuruldan izin alınması gerekmektedir. Bu durum soruşturmacının bağımsızlığını zedelemektedir. Aynı zamanda devletin tarafsız davranma yükümlülüğüne de aykırılık teşkil etmektedir. Konu hakkında Türkiye aleyhine verilen kararların önemli bir gerekçesi de bu kurulun varlığı ve işlevidir.

Etkili soruşturma için gereken bir diğer şart ise soruşturmanın gereğinden uzun sürmemesidir. Soruşturma süresi, soruşturmanın etkililiğini gösteren en önemli faktördür. Soruşturma olaydan haberdar alınmasından itibaren derhal başlamalı ve makul bir hızla bitirilmelidir. Soruşturmanın makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığı her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Makul süre, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığını zedelemeyecek ve halka hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik görünümü verilmesini engelleyecek bir süre olarak kabul edilmelidir.

Soruşturma olayı aydınlatmaya yönelik olmalıdır. Bu kapsamda tüm deliller toplanmalı, tanıklar dinlenmeli ve bilirkişi raporları hazırlanmalıdır. Soruşturma aşamasında toplanan deliller mahkemece karar verilmesine elverişli olmalıdır. Soruşturma aşamasında yeterince delil toplanmaması, etkin soruşturma yükümlülüğüne aykırılık oluşturan temek etkenlerdendir.

Soruşturmanın etkinliğini sağlayan unsurlardan bir diğeri de mağdurun, mağdur hayata veda etmişse ailesinin soruşturma evresine dâhil edilmesidir. Mağdurun ailesi ve yakınları herhangi bir kişiden farklıdırlar. Kimi zaman intikam amacı ile de olsa bu kişiler adaletin sağlanması için soruşturmaya katılmak istemektedirler. Kamuoyunun tatmini ve soruşturmanın kamuoyuna açık ve tarafsız olarak yapıldığını göstermek amacıyla mağdurun ailesi ve yakınları soruşturmaya taraf olarak kabul edilmelidirler.

Yaşam hakkı ihlalinden haberdar olan tüm yetkililerin, olay hakkında bilgi aldıkları andan itibaren derhal ve re'sen harekete geçmeleri gerekir. Yetkililerin mağdurun veya mağdurun akrabalarının katılımını beklemeleri AİHM içtihatlarına göre mümkün değildir. Zaten bu durum iç hukukumuza göre de hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Devletin soruşturmanın sonucundan dolayı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Devletin sorumluluğu soruşturmanın makul sürede tamamlanmasından, olayla ilgili tüm delillerin toplanmasından ve soruşturmanın tarafsızlığından dolayıdır. Yani devletin sorumluluğu sonuç değil vasıta sorumluluğudur.

Etkin soruşturma yükümlülüğüne aykırılık, yaşam hakkı ihlallerinin en büyük sebeplerinden biridir. Bu konu hakkında birçok karar bulunmaktadır. Yukarıda incelenen Çakıcı v. Türkiye Davası da etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlaline ilişkindir. Aynı şekilde M. vs. Birleşik Krallık Davasında mahkeme olayın etkili bir şekilde soruşturulduğuna karar vermiştir. Buna gerekçe olarak Cebelitarık yetkililerince yapılan soruşturmada 79 tanık dinlenmesini, bilirkişilerin mahkemeye rapor vermişini, duruşma süresi sadece 19 gün olmasını göstermiştir. Etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin karar örnekleri aşağıda incelenmiştir.

I.4.1. Bozkır ve Diğerleri v. Türkiye Davası [11]

I.4.1.1. Olayın Özeti

Başvuruculların akrabaları olan toplam 5 kişi Hakkâri'nin Otluca köyünün kırsalında 26 Ağustos 1996 günü çobanlık yapmaktadırlar. Aynı günde ve bölgede güvenlik güçleri ile PKK üyesi teröristler arasında çatışma yaşanmıştır. Başvuruculların akrabaları ise bu çatışmadan sonra ortadan kaybolmuştur.

Bu olay üzerine başvurucular cumhuriyet savcılığına başvurmuşlardır. 5 Eylül 1996 günü başvurucular operasyon bölgesinde kendi çabaları ile bir arama yapmışlardır. Bu tarihlerde kolluk kuvvetleri valilik ve savcılığa kaybolan kişileri tutuklamadıklarını bildirmişlerdir. Bu bildirim yanında kaybolan kişilerin PKK'ya katılmış olabilecekleri ihtimali hatırlatılmıştır.

Soruşturmaya devam eden savcılık bazı köylülerden ifade almıştır. 9 Temmuz 1997 günü başvuruculardan biri savcılığa Susurluk olayı ile ilgili olarak TBMM komisyonuna ifade veren bir subayın bu olayla ilgili de ifadesinin alınmasını talep etmiştir. 8 Aralık 1997 tarihinde ifadesi alınan subay başka bir subaydan başvuruculların akrabaları olan 5 çobanın çatışma bölgesinde öldürüldüklerini duyduğunu söylemiştir.

23 Mart 1998 de başvurucular yaptıkları arama sonucu buldukları kaybolan çobanlara ait eşyaları savcılığa teslim etmişlerdir. Bu eşyalar üzerinde kan ya da mermi izi olmadığı savcı tarafından görülmüştür. 2004 yılında başvurucular avukat tutmuşlardır. Savcılık bu avukatla dosyada olan tüm bilgileri paylaşmıştır.

11 Case Of Bozkır And Others V. Turkey (Application No. 24589/04) 26 February 2013

I.4.1.2. Başvurucunun İddiası

Başvurucular, akrabalarının kaybolmasından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğunu iddia etmektedirler. Bunun yanında devletin olayı aydınlatmak adına etkili bir soruşturma yapmadığını iddia etmektedirler.

I.4.1.3. Devletin Savunması

Devlet, PKK nedeni ile bölgede güvenlik zafiyeti bulunduğunu kişilerin kaybolmasında güvenlik güçlerinin herhangi bir payının olmadığını, olay sonrası yapılan soruşturmanın etkili olduğunu iddia etmektedir.

I.4.1.4. Mahkemenin Görüşü

Mahkeme taraflar arasında kişilerin kayboldukları konusunda bir uyuşmazlık bulunmadığını kabul etmekle beraber uyuşmazlığın kaynağının kaybolan kişilerin kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alınıp alınmadığı konusunda olduğunu tespit etmiştir. Ancak eldeki delillerin kaybolan kişilerin akıbetini aydınlatmakta yetersiz kalması nedeniyle mahkeme kişilerin kaybolmasından dolayı devletin yaşam hakkını ihlal ettiği iddiasını reddetmiştir.

Mahkeme içtihatlarında da belirtildiği gibi devletlerin yaşam hakkını ihlal eden bir durumu aydınlatmak için etkin soruşturma yürütme yükümlülüğü vardır. Olaydaki soruşturma da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Olayda kaybolan kişilerin kaybolduğu bölgede herhangi bir araştırma ya da delil toplama faaliyeti soruşturma makamı tarafından yapılmamıştır. Köylülerce olay yerinden toplanan eşyalar üzerinde kriminal inceleme yapılmamıştır. Bunun haricinde hiç bir kolluk kuvvetleri personelinin ifadesi de soruşturma makamınca alınmış değildir. Tüm bu eksikler değerlendirilince, mahkeme yürütülen soruşturmanın etkin bir soruşturma olmadığına hükmetmiştir. Bu durum da devletin yaşam hakkını ihlal ettiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

I.4.2. Slyusar v. Ukrayna Davası [12]

I.4.2.1. Olayın Özeti

Başvurucunun ikiz kardeşi A, vasiyetnamesinde ölümü halinde kendisine ait apartmanı kardeşi olan başvurucuya bırakacağını beyan etmiştir.

A 16 -17 Nisan 2003 tarihlerinde ortadan kaybolmuştur. A ile göstermelik bir boşanma yaşamış olan eski eşi B aynı evde yaşamaktadırlar. B ise olay günü eski eşinin evde olup olmadığını görmediğini söylemiştir.

12 Case Of Slyusar V. Ukraine (Application No. 39797/05) 17 January 2013

A'nın evine ziyarete giden başvurucunun arkadaşı başvurucuya B ve oğlunun O son derece gergin olduğunu, O'nun elinin kesilmiş olduğunu ve evden bir halının eksik olduğunu söylemiştir.

Olay yerine gelen polisler delilleri toplamışlardır. Ancak polis bundan sonra delil eksikliği nedeni ile soruşturmaya devam edilmemesi kararı almıştır. Savcılık ise bu kararı bozarak soruşturmanın devam etmesini sağlamıştır.

Soruşturma hala devam etmektedir. Soruşturmayı yapacak makam sürekli değiştirilmiştir. 16 değişik kişi soruşturmanın başına geçmiştir. Toplanan delillerden bazıları, olayla ilgili bazı kişilerin yalan makinesi ile vermiş oldukları ifadeler kaybolmuştur. Ayrıca soruşturmaya katılan bazı polis memurları da soruşturma esaslarına aykırı davrandıkları için disiplin soruşturması geçirmişlerdir. Bu kişilerin maktulün eski eşinden rüşvet aldıkları şeklinde bir iddia söz konusu olsa da ispatlanamamıştır.

Olaydaki hukuki sorum başvurucunun kardeşinin yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğidir.

I.4.2.2. Başvurucunun İddiası

Başvurucu, devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında etkin soruşturma yapma görevini yerine getirmediğini bu nedenle de yaşam hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvurucuya göre 15 Kasım 2003'e kadar soruşturma başlatılmamıştır. Kriminal incelemelerin parasını başvurucunun kendisi ödemiştir. Bu kriminal inceleme haricinde başka bir inceleme yapılmamıştır. Başvurucuya göre soruşturma plansız ve özensiz yapılmış, sürekli resmi makamlar arasında dolaştırışmış ve deliller yeterince iyi toplanmamış ve muhafaza edilmemiştir. Başvurucuya göre bu durum yaşam hakkının ihlali teşkil etmektedir.

I.4.2.3. Devletin Savunması

Devlete göre etkin soruşturma yapma yükümlülüğüne aykırı bir durum olayda söz konusu değildir. Olayın bildirilmesi ile polis olay yerine gitmiş ve tüm delilleri toplanmıştır. Mağdurun cesedinin bulunamaması ve elde olan delillerin yeterli olmaması nedeniyle soruşturma tamamlanamamıştır. Ancak devlete göre bu durum etkin soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlali değildir. Ayrıca devlet, başvurucunun soruşturmaya katılımının sağlandığını söylemektedir. Son olarak devlete göre soruşturmaya katılan bazı polislerin sorgulanmaması soruşturmanın tamamının etkisiz kabul edilmesini gerektirmez.

I.4.2.4. Mahkemenin Görüşü

Mahkemeye göre devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü vardır. Bu kapsamda devlet bir cinayet olayında olayı aydınlatmak için etkin bir soruşturma yapmalı ve suçluları tespit ederek cezalandırmalıdır. Ancak bu yükümlülük her soruşturmanın başarıya ulaşmasını gerektirmez. Tarafsız ve etkili yapılmış bir soruşturma yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterlidir.

Mahkeme dava konusu olayda soruşturmanın gereksiz yere uzatıldığını ve sürüncemede bırakıldığı kanısındadır. Bazı delillerin kaybolması, soruşturmanın sürekli makam değiştirmesi bu durumu göstermektedir. Ayrıca bazı polislerin disiplin soruşturması geçirmesi ve yetkili makamların soruşturmadaki taktik hataları da mahkemeyi soruşturmanın etkin yapılmadığına ikna etmiştir. Mahkemeye göre başvurucu soruşturmaya dâhil edilmemiştir. Bu durum da soruşturmanın etkinliğini azaltmaktadır. Açıklanan bu nedenlerle mahkeme devletin etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeni ile yaşam hakkı ihlali bulunduğuna hükmetmiştir.

I.4.3. Kılıç v. Türkiye Davası[13]

I.4.3.1. Olayın Özeti

Başvurucu C.'nin kardeşi maktul K'nin, Şanlıurfa'da "Özgür Gündem" adlı gazetede gazeteci olarak çalışmaktadır.1992 – 1994 yılları arası yayınlanan gazete Kürt kökenli Türk vatandaşlarının görüşlerini yansıtmaktadır. Gazete PKK'nın görüşlerini yansıtmakla suçlanmakta ve tehditler almaktadır.

Külünce köyünde babası ile yaşayan K., aynı zamanda İnsan Hakları Derneği üyesidir. Şanlıurfa Valiliğinden, tehditler aldığı gerekçesi ile kendisi ve gazetede çalışan diğer kişiler için koruma talebinde bulunan K.'nin bu talebi, tehdit, saldırı ya da benzeri durumun olmadığı gerekçesi ile valilik tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine kendisinin ve gazetenin tehditler aldığını gazete yolu ile duyuran K. hakkında kamu görevlisine basın yolu ile hakaret nedeni ile soruşturma açılmıştır.

18 Şubat 1993 günü akşam saatlerinde evine dönmekte olan K., belediye otobüsünden indiği sırada, indiği durakta bekleyen beyaz Renault marka otomobilden inen kişilerce başından iki kez vurularak öldürülmüştür. Yapılan soruşturmada yeterli delile ulaşılamamıştır.

13 Case Of Kılıç V. Turkey (Application No. 22492/93) 28 March 2000

24 Aralık 1993'de A. Ticaret isimli işletmeye yapılan bir saldırı sonucu yakalanan H.'nin üzerinde K.'yi öldüren silah bulunmuştur. Bu silahın Hizbullah adlı terör örgütüne ait olduğu ortaya çıkmış ancak H'nin, silahı başka bir üyeden aldığını belirtmiştir. Sonuç olarak K'yi öldüren kişiler tespit edilememiştir.

I.4.3.2. Başvurucunun İddiası

Başvurucuya göre K. ya kamu görevlileri ya da kamu görevlilerince görevlendirilen kişiler tarafından öldürülmüştür. Devletin bölgede güvenliği sağlayamadığı açıktır. Başvurucuya göre, Susurluk Raporunda da belirtildiği gibi, devlet illegal oluşumlarla işbirliği yaparak faili meçhul cinayetlere zemin hazırlamakta ve göz yummaktadır. Devlet güvenlik mahkemelerinin ve olağanüstü hal bölgesindeki cumhuriyet savcılarının bağımsız ve tarafsız olmadıklarını iddia eden başvurucu yargı organlarının kasten yeterli ve etkili soruşturma yapmayarak cinayetlerin faili meçhul bırakıldığını iddia etmektedir.

I.4.3.3. Devletin Savunması

Devlet, Susurluk Raporu'nun delil olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağını öne sürmüştür. 1993-1994 yılları arasında bölgedeki terör sorunun had safhaya çıkmış olup Hizbullah ve PKK arasında bir güç savaşı bulunmaktadır. Devlete göre böyle bir ortamda hiç kimsenin kendisini güvende hissetmesi mümkün değildir. Güvenlik güçleri ellerinden geleni yapmakta olmasına rağmen yeterli olamamaktadır. Ayrıca K. ile ilgili soruşturma son derece profesyonelce yapılmış olup yargı organlarının işi savsaklaması gibi bir durum söz konusu değildir.

I.4.3.4. Mahkemenin Görüşü

Mahkeme, önünde bulunan tüm delillerden K'nin kamu görevlilerince ya da kamu görevlilerince görevlendirilmiş kişilerce öldürüldüğü sonucuna varmıştır. Bu kararda devletin dönemin Şanlıurfa valisini tanık olarak dinletememesi de etkili olmuştur.

Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin K'nin öldürülmesiyle ilgileri olduğu ispatlanamamıştır. Buna karşılık, K'nin koruma talebini kabul etmeyen devletin, yaşam hakkını koruma yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varılmıştır.

M. v. Birleşik Krallık kararında da belirtildiği gibi devletin güç kullanımı sonucu yaşam hakkının ihlali meydana geldiğinde, etkili bir soruştur-

ma yapma yükümlülüğü vardır. Dava konusu olayda ise durum kamu görevlilerinin güç kullanması şüphesi olarak nüksetmektedir. Mahkeme'ye göre devlet etkili soruşturma yapma görevini yerine getirmemiştir. Dosyanın Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderilmesinden sonra soruşturma ile ilgili herhangi bir adım atılmamıştır. Mahkeme bu durumu etkili soruşturmanın yapılmadığı şeklinde değerlendirmiştir.

Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti'ni yaşamı koruma yükümlülüğüne ve etkili soruşturma yapma yükümlülüğüne aykırı davrandığı için mahkûm etmiştir.

I.5. Olayın Görünüşünün Yarattığı Şüphenin Güç Kullanılmasına Elverişli Olması

Yaşam hakkında devlet tarafından yapılan müdahaleler genellikle kolluk kuvvetlerinin terör örgütü mensuplarına karşı olan mücadeleleri sırasında meydana gelmektedir. Teröristlere yönelik operasyonlarda devletler en iyi eğitimli personellerini en son teknolojik aletlerle beraber kullanmaktadırlar. Bu kişilere istihbarat örgütlerince bilgi desteği sağlanmaktadır. Bunca imkâna rağmen operasyon alanındaki birlikler kullanılacak metodu ve gücü belirlemekte temel olarak kendi gözlemlerinden yararlanmaktadırlar. Eğer kolluk kuvvetleri olayın analizini doğru yapmazsa şüpheliye uygulanacak güç artacağı için hak ihlali kaçınılmaz olacaktır.

Binlerce masum hayatın tehlikede olduğu anlarda kolluk kuvvetlerinden durumu doğru olarak analiz etmeleri ve yerinde karar vermeleri beklenmektedir. Bu durumlarda tehlikede olan hayatlar nedeni ile kolluk kuvvetlerinin normalden daha fazla güç kullanmaya meyilli oldukları ve teröristlerin yaşam haklarını dikkate almadıkları bir gerçektir.

Bu konu AİHM tarafından M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında ele alınmıştır. Bu davada verilen karar göre olayın görünüş itibarı ile müdahale gerekliliği doğurması halinde yapılan müdahalenin ihlal oluşturmayacaktır. Bunun anlamı, sahada görev yapan birliklerin yeni topladıkları ve ellerinde hali hazırda var olan bilgileri birlikte değerlendirmeleri sonucu müdahale etmeleri gerektiği izlenimini edindikleri halde müdahale etmelerinin yaşam hakkının ihlalinin söz konusu olmayacağıdır. Ancak mahkemenin kolluk kuvvetleri ile aynı şartlar altında yaptığı değerlendirme sonucu müdahale gerekliliğini izlenimi edinmeyi yerinde bulması gerekmektedir.

Operasyon sırasında varılan sonuç ile daha sonraki soruşturma sırasında varılan sonuç birbirinden farklı olabilir. Bu farklılığın doğması

son derece normaldir. Çünkü kolluk kuvvetlerinden saha operasyonu sırasında soruşturma evresindeki gibi detaylı analiz yapması beklenemez. Mahkeme sadece olay sırasında müdahale gerekliliğine inanmanın yerinde olup olmadığına bakmaktadır. Eğer operasyon sırasında müdahale etmek yerinde görünüyorsa müdahale yaşam hakkının ihlali sayılmayacaktır. Ancak her halde kolluk kuvvetleri orantılı güç kullanmak zorundadır.

Mahkemenin bu yaklaşımı, kolluk kuvvetlerine hareket imkânı sağladığı için masum hayatların korunmasına hizmet etmektedir. Mahkemenin görünüş itibarıyla müdahaleyi haklı görmemesi halinde kolluk kuvvetlerinin şüphelilere müdahaleden kaçınması ve buna bağlı olarak da şüphelilerin amaçlarına ulaşması sağlanmış olacaktır.

M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında AİHM, kolluk kuvvetlerinin şüphelilere müdahale etmek için olay sırasında yeterli sebebe sahip olduklarını söylemektedir. Olay dış görünüş itibarı ile müdahale edilebilir niteliktedir. Kolluk kuvvetlerinin müdahale etmek gerektiği yönündeki çıkarımları mahkemece haklı bulunmuştur. Şüphelilerin silah ya da uzaktan kumanda taşımamaları, araçlarında bomba bulunmaması olaydan sonra ortaya çıkan gerçekler olup olay sırasında şüpheyi ortadan kaldırmamaktadır.

I.6. Güç Kullanılmaması Adına Her Türlü Önlemin Alınmış Olması ve Orantılı Güç

Orantılı güç kullanımı kolluk kuvvetlerinin tehdidi ortadan kaldırmaya yetecek kadar güç kullanmasıdır. Gereğinden fazla güç kullanımından kaçınılmalıdır. Bunun haricinde kolluk kuvvetleri güç kullanımına diğer tüm seçenekleri tükettikten sonra son çare olarak başvurmalıdır. Kolluk kuvvetleri en az güç kullanmalarını gerektirecek anda müdahale etmelidirler. Ayrıca güç kullanılabilmesi için mutlak gereklilik şarttır. Güç kullanılmadan önce mutlaka uyarı yapılmalı ve güç kullanımı dereceli olarak arttırılmalıdır.

Kolluk kuvvetleri mutlaka yasal düzenlemelere dayanarak güç kullanmak zorundadır. Kanuni bir dayanak olmadan güç kullanımı tüm şartlar sağlanmış olsa bile yasal bir güç kullanımı olarak kabul edilemez ve ihlal teşkil eder. Orantılı güç kullanımı sınırlarının aşılması halinde de ihlal gerçekleşmiş sayılır.

AİHM, orantılı güç kullanımı prensibini ile güç kullanılmaması adına her türlü önlemin alınmış olması prensibini M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında ilk kez uygulamıştır. Bu karara göre devlet güç kulla-

nımını gerektirecek unsurları ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Kolluk kuvvetleri en az güç kullanımını gerektirecek anda müdahale etmelidirler. Aynı zamanda kolluk kuvvetlerinin en az güç kullanımını gerektirecek önlemleri almaları gerekmektedir M. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında kolluk kuvvetlerinin şüphelileri İspanya - Cebelitarık sınırı geçişi sırasında yakalayabilme imkânı bulunmaktadır. Ancak bunu, şüphelilerin hapse atılması için delil gerekmesi nedeni ile delili etme amacına uygun olarak yapmamışlardır. Aracın park edilmesinden sonra kolluk kuvvetleri yakalama işlemini gerçekleştirmiştir. Çünkü bu anda şüphelilerin hapse atılması için yeterli delil elde edilmiştir. Ancak kolluk kuvvetlerinin delil etme çabası aynı zamanda şüphelilerin hayatlarını tehlikeye sokmuştur. Kolluğun şüphelilerin aracı patlatma ihtimallerinin olduğunu düşünmesi öldürmek amacı ile ateş açmasına sebep olmuştur. Mahkeme kararına göre şüphelilerin yaşam hakkı kolluğun delil toplama amacından daha değerlidir. Şüphelileri tutuklamak için kolluk kuvvetlerinin delille ihtiyaç duyduğu doğrudur ancak yaşam hakkı, teröristlerin bile olsa, delil toplanmasından önde gelir. Bu nedenle mahkeme yaşam hakkının ihlali bulunduğuna karar vermiştir.

Güç kullanılmaması adına her türlü önlemin alınmış olması ve orantılı güç kullanılması prensipleri hakkında M. ve Diğerler v. Birleşik Krallık davasından daha eski bir komisyon kararı bulunmaktadır. Bu olay sulh ile sonuçlandığı için mahkeme önüne getirilmemiştir.

I.6.1. Olive Farrell v. Birleşik Krallık Komisyon Kararı[14]

Başvurucunun eşi ve eşinin iki arkadaşı 23 Ekim 1971 günü Kuzey İrlanda'nın Newry kentinde kolluk kuvvetlerince öldürülmüşleridir. Başvurucunun kocası ve iki arkadaşı bir bankanın önünde parasını bankaya yatırmak isteyen iki kişiyi soymaktadır. Bankaya karşı terörist bir saldırı olacağı istihbaratını alan kolluk kuvvetleri bir subay ve üç askerden oluşan bir timi olay yerine önlem olarak göndermiştir. Askeri tim ise bankayı gören karşı binanın çatısına üslenip nöbet tutmaya başlamıştır. Olay yerine gelip hırsızlık fiilini gerçekleştirmeye başlayan başvurucunun eşi ve iki arkadaşı timin başındaki subay tarafından teslim olmaları için uyarılmıştır. Bu uyarı üzerine kaçmaya başlayan üç kişiye karşı "*Dur yoksa ateş edeceğim*" diye bağıran subay, bu uyarısının üzerinde durmayan kişilere ateş açmıştır. Subay ile birlikte askerlerde ateş açmıştır. Açılan ateş sonucunda başvurucunun eşi ve iki arkadaşı öldürülmüştür. Başvurucunun eşi üzerinde herhangi bir silah ya da patlayıcı madde bulunmamıştır. Baş-

14 Olive Farrell V. The United Kingdom (Application No. 9013/80) 11 December 1982

vurucunun eşi olaydan sonra ölüm olayı ile ilgili olarak iç hukuk yollarını tüketmiştir.

Komisyon, kolluk kuvvetlerince güç kullanımında mutlak zorunluluk şartının gerçekleşmemesi ve orantılı güç kullanımı ilkesinin ihlal edilmesi nedeni ile başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Olayda taraflar daha sonra dostane çözüm yolu ile sulh olmuştur. Dostane çözüm metninde devlet yaşam hakkını ihlal ettiğini kabul etmiş ve bu durumu telafi etmek adına emsallerin çok üzerinde bir tazminat miktarını ödemeye razı olmuştur.

KAYNAKÇA

- Olive FARRELL v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 9013/80) 11 December 1982
- CASE OF McCANN AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 18984/91) 27 September 1995
- CASE OF OSMAN v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 87/1997/871/1083) 28 October 1998
- CASE OF ÇAKICI v. TURKEY (Application no. 23657/94) 8 July 1999
- CASE OF KILIÇ v. TURKEY (Application no. 22492/93) 28 March 2000
- CASE OF SLYUSAR v. UKRAINE (Application no. 39797/05) 17 January 2013
- CASE OF BOZKIR AND OTHERS v. TURKEY (Application no. 24589/04) 26 February 2013
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA YAŞAM HAKKI, Serkan Cengiz http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-93-698.pdf
- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YAŞAM HAKKI VE SINIRLARI, Mine YILDIZ, ISPARTA, 2004 http://eprints.sdu.edu.tr/175/1/TS00341.pdf
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Yaşam Hakkı, Ağustos 2012, Basın Birimi http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/24A3B5D0-FC87-42D3-B798-2EDADC4EABB7/0/FICHES_Droit_%C3%A0_la_vie_TUR.pdf
- YAŞAM HAKKI VE BOYUTLARI, Prof. Dr. Bahri Savcı, İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:1, Ankara, 1980 http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/075.pdf
- YAŞAMA HAKKI VE İŞKENCE YASAĞI BAĞLAMINDA POLİSİN İNSAN HAKLARI TUTUMU: ANKARA VE DİYARBAKIR ÖRNEĞİ, Fatih Doğru, Ankara, Haziran 2006

  http://www.belgeler.com/blg/rut/yaama-hakki-ve-ikence-yasai-balaminda-polisin-insan-haklari-tutumu-ankara-ve-diyarbakir-rnei-the-attitudes-of-police-towards-human-rights-regarding-the-right-to-life-and-prohibition-of-torture-the-case-of-ankara-and-diyarbakir
- YAŞAM HAKKI: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN VERDİĞİ KARARLAR BAĞLAMINDA KAVRAMIN DEVLETLER VE ÖZELLİKLE GÜVENLİK BİRİMLERİ AÇISINDAN ORTAYA KOYDUĞU ANLAMIN DEĞERLENDİRİLMESİ, Ersin Yalçın, Polis Bilimleri Dergisi Cilt: 8 http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_statik/_dergi/2006/1/25-54.pdf
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Douwe Korff, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Belçika, Kasım 2006 http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/Coe-YasamHakki.pdf
- Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu Genelge No: 10
- Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz, 7. Baskı, İstanbul 2010, Legal Yayıncılık

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ'NİN 40 YILLIK PRATİĞİ YA DA ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ BEHEMEHÂL KALDIRILMALIDIR?

Haluk İNANICI[1]

Bir hukuk devletinde askeri yüksek idari yargısına ihtiyaç olup olmadığı sadece teorik bir tartışma konusu değildir. Gelişmiş ülkelere bakarak, "askeri idari yargısı" adı altında, "idari yargı sistemi dışında" bağımsız bir idari yargı kurmanın çok mantıklı olmadığı söylenebileceği gibi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) askeri personel lehine verdiği onlarca önemli karardan bahsedilebilir. Biz yazımıza, AYİM'in kuruluş öyküsüyle başlayacağız. Ardından, 12 Mart 1971 darbesini gerçekleştiren darbeci generallerin, Danıştay'a güven duymamasının ve "sol görüşlü subay, astsubay ve askeri öğrenciler"in Türk Silahlı Kuvvetleri'ne (TSK) dönüş yollarını kapatma arzusu"nun ürünü olan AYİM'in; kendisine biçilen misyona uygun davranıp davranmadığını 40 yıldır verdiği kararları, neşter altına yatırarak değerlendirmeye çalışacağız.

Mahkemenin kuruluşu

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, (AYİM) 12 Mart Askeri müdahalesi sürecinde 20.7.1972 tarihinde yürürlüğe giren 1602 Sayılı Kanun'la kurulmuştur. Bu kanunun çıkabilmesi/AYİM'in kurulabilmesi için önceden, 1961 Anayasası'nın değiştirilmesi gerekmiştir. Ancak bilmek gerekir ki, 12 Mart 1971 döneminde Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde görev yapan yaklaşık 600 civarında subay, astsubay ve askeri öğrencinin (asker) emekli edilmesi, ilişiğinin kesilmesi işlemleri devam ederken, bu mahkeme henüz kurulmamıştı.

Doğal olarak, bu tarihte TSK'dan ilişiği kesilen askerlerin bir kısmı haklarını aramak için Danıştay'a başvurdular ve hukuka aykırı işlemlerin iptali davalarını bu mahkeme nezdinde açtılar.

Hatta o dönem, AYİM kanunu hazırlanırken, dönemin genelkurmay başkanının Danıştay'a telefon açtığı ve davalar hakkında karar verilmeye-

1 Avukat, İstanbul Barosu; Bu yazı ADAM-DER Yıllık Raporu içinde yer alan yazımın genişletilmiş biçimidir.

rek, yeni kanunun beklenmesinin "rica edildiği" bilinmektedir. Bu bilginin, Danıştay tarafından bir yıllık süre içinde askerlerle ilgili hiçbir dava hakkında karar verilmemesi nedeniyle de teyit edilmiş bir bilgi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Nitekim 1602 Sayılı Kanun'un "Meclis'ten çıkartılma" sürecinde askeri personelin Danıştay'da açmış olduğu tüm iptal davaları bekletilecek, bilahare görevsizlik kararı verilecek ve dosyalar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne gönderilecektir.[2]

Hukuksuzluk daha, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulurken başlamıştır. Çünkü yargının olmazsa olmaz koşulu olan; "tabii hâkim/doğal yargıç" ilkesi, bir vatandaşın işlem, fiil, suç vb. eylemlerin oluştuğu, işlendiği, icra edildiği tarihteki tabii mahkemede yargılanma/hak arama hakkı, üstelik bir kanun hükmüyle ihlal edilmektedir.[3]

> **1602 Sayılı Kanun Eski Davalar Hakkında Yapılacak İşlem**
>
> GEÇİCİ MADDE 4 - **Bu Kanunun yürürlüğünden önce açılmış ve karara bağlanmamış olan davalar hakkında dosyayı elinde bulunduran idarî ve adlî mahkemeler görevsizlik kararı verirler.** Bu karar davacıya ve tebligat yapılmış ise davalıya, tebliğ edilerek dosya Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına gönderilir.
>
> Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve görevsizlik kararına bağlanmış dosyalar da Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevine girerler. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ne gönderilen dosyalar diğer dosyalar gibi işleme tabi tutulur.

12 Mart askeri müdahale döneminde, askeri makamların hukuksuz işlemlerine maruz kalarak TSK'dan uzaklaştırılan subay, astsubay ve askeri öğrenciler, bu defa yine aynı müdahale döneminin ürünü olan ve hukukun dışında, "askerlik hizmetinin gereklerine" göre de hareket edecek, karar verecek "özel bir mahkeme"ye yönlendirilmektedir.

Bu Kanun kapasamında AYİM adıyla özel bir mahkeme kurulması, dayanağını aldığı 61 Anayasası'nın bir başka maddesine ve yukarıda belirttiğimiz tabii hâkim ilkesine de açıkça aykırılık teşkil etmekteydi.

---

2 Böylece, sivilleri bile yargılama yetkisi olan askeri ceza mahkemelerinden sonra, askerler; idari yargı alanında da bağımsız bir kale yaratmış oldular.

3 Prof.Dr.Bülent Tanör, İki Anayasa, 1961-1982, Beta Yayınları, 1986, sy. 59; "Ayrıca tabii yargı kavramından da uzaklaşılmaktadır..... asker kişilerle ilgili davalar normal ve tek yargı yeri olan Danıştay'ın elinden alınarak 'askerlik hizmetinin gereklerine göre" de iş yapacak olan bir askeri mahkemeye verilmiştir."

1961 Anayasası

b) Kanuni Yargı Yolu
Madde 32- (20.9.1971-1488) (10) Hiç kimse, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılama .
Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz

12 Mart döneminde sol görüşü nedeniyle TSK'dan uzaklaştırılan Tğm. Orhan Alkan'ın AYİM'in kuruluş öyküsü ile ilgili hafızasında kalanları dinleyelim:[4]

1– 12 Mart 1971 sonrası ilk önce Subay Sicil yönetmeliği değiştirilerek, en üst sicil amiri olarak Kuvvet Komutanlarına, emrindeki subayları sicilen emekliye ayırması hakkı verilmiştir.Bu değişiklik bizlere uygulanmak için yapılmıştır.

2– Sicilen emekliye sevk tarihlerimiz; hapishanede tutuklu iken (31 Mayıs 1971 – 12 Haziran 1971 ve 15 Temmuz 1971) tarihleridir. Avukatlarımız normal karar mercii olan Danıytay'a başvurmuşlardır.

3– Danıştay'ın usulsüz sicilen emeklilik kararlarını bozacağını düşünen 12 Mart'ın cunta liderleri, T.B.M.M.'ne baskı yaparak, bizim Danıştay'a müracaatımız sonrası 22 Eylül 1971 tarihinde Anayasa'yı değiştirtmişler ve bu doğrultuda 1488 Sayılı Kanun'la değişik 140. Madde konmuştur. Bu kanunda Askeri kişilerle ilgili yargı işlemlerinin A.Y.İ.M.'ce yapılacağı belirtilmektedir.

4– Danıştay 10.Dairesi 13 Mart 1972 tarihli kararında yukarıdaki kanuna atıf yaparak, o tarihte henüz kuruluşu bile tamamlanmayan AYİM'e müracaatlarımızın gönderilmesine karar vermiştir. Bu karara muhalefet şerhi koyan Sn. Hâkimler "Hiç kimse için hak arama hürriyeti ve hukuk durdurulamaz" demelerine rağmen hak arama hürriyeti ve hukuk bizler için durdurulmuştur. 22 Eylül 1971'de AYİM ile ilgili Anayasa değişikliği yapılmış, 4 Temmuz 1972 tarihli 1602 Sayılı Yasa ile AYİM kurulmuş, 6 Eylül 1972 tarihinde AYİM göreve başlayabilmiştir.

5– Hakkımızdaki karar sicilen emekliye sevk işlemimizden 4,5 yıl sonra verilebilmiştir. (Buna sebep olarak haksızlıklarını bildikleri

4 ADAM-DER, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Çıkmaz Sokak"isimli raporu içinde.

için olsa gerek) Sıkıyönetim Mahkemeleri'ndeki yargılanmamızdan mahkumiyet kararları beklenmiş ve bu istenilen biçimde olmayınca beraat kararını veren İstanbul 1 No'lu Sıkı Yönetim Mahkemesinin görevine son verilmiştir.

6– Bu konuda; 1 Eylül 1973 tarihli zamanın MSB, AYİM'e yazdığı yazıda "Davacı hakkında İstanbul Sıkı Yönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nde Anayasayı Cebren Tağyir ve Tebdile teşebbüs suçundan kamu davası açılmıştır. Mülga 1 No'lu SıkıYönetim Mahkemesi'nce beraat kararı verilmiş ise de; hüküm aleyhte temyiz edilmiş olup, halen Askeri Yargıtay'ca incelenmektedir. Sonucu arz edilecektir" diyebilmiştir.

7– Zamanın Askeri İdare Mahkemesi; sicilleri bozulan bazı subaylar hakkındaki kararı bozmuş ama M.S.B.'lığı buna uymamıştır. (Tğm. H.G. kararı) (Esas no:1974/111, Karar No: 1975/71 AYİM Daireler Kurulu kararı)

8– AYİM 2.Dairesi kanun sözcüsü Hakim Albay Hikmet BURAT, (Tğm. O.A. hakkında) davacı hakkında 1.3.1971 tarihinde düzenlenmiş sicilin olumlu ve vasatın üstünde olduğunu belirterek, hukuka aykırı emekliye sevk işleminin iptal edilmesi gerektiğini belirtmiş ama o zamanki AYİM 2. Dairesi bunu görmezden gelmiştir.

9– Tğm. E.K. için ise; solcu oldukları bilinen subaylarla arkadaş olduğu, İç Hizmet Kanunu Md.35'e uyum sağlayamayacağı gerekçesi ile sicilen emekliye sevk işlemi uygun olmuştur diyebilmişlerdir.

10– 12 Mart 1971 sonrası bizlerin sadece şeklen "mahkemeye başvuru" hakkımızın olduğu bunlarla açık olarak görülmektedir.

11– Genelkurmay Başkanlığı'nın 1973 yılında yayınladığı "Ders Alalım" kitabı başlı başına bir ibret vesikasıdır. Burada henüz yargılanmakta olanlar için kullanılan suçlayıcı ibareler bile o devirde hukukun hiç olmadığının işaretidir. Henüz yargılama devam ederken bu kitapta suçlu olarak tanımlanmaktayız.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bünyesi

AYİM üyeleri, kuruluş kanununun 7. maddesine göre, AYİM, a)General, amiral ve albay rütbesindeki subaylarla, en az albay rütbesinde birinci sınıf askeri hakimler arasından seçilecektir. Hâkim sınıfından olmayan üyeler Genelkurmay tarafından önerilecek ve Cumhurbaşkanı tarafından

seçilecektir. Mahkeme üye salt çoğunluğu hâkimlerden oluşacaktır.

Ne ilginçtir; AYİM'in verdiği birçok hukuka uygun kararda, bu muvazzaf subaylar hep muhaliftirler. Bu muhalefeti, "hukuk"la açıklamak çok zordur. Zaten bu üyeler "heyet"te hukukçu olarak değil muvazzaf subay olarak yer almaktadırlar.

1981 yılında yapılan değişiklikten sonra AYİM üyeleri,

a) İki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla albay rütbesinde üç yılını doldurmamış kurmay subaylar,

b) En az yarbay rütbesinde birinci sınıf askerî hâkimlerden oluşacaktır. AYİM üyelerinin seçiminin bile yargı etiği kurallarıyla bağdaşmadığı tartışmasız biçimde açıktır.

1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu

Madde 8 - (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)
Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri hakim sınıfından olan üyeleri, bu sınıftan olan başkan ve üyeler tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterilecek üç aday arasından, Hakim sınıfından olmayan üyeleri, **Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından, Cumhurbaşkanınca seçilir.**

Ayrıca askeri hâkimler de taşıdığı rütbelerle keskin bir hiyerarşi içindeki subaylardır. Doğrudan ve dolaylı bağlarla kuşatılmış bir kurula mahkeme denemeyeceği için, AYİM'i mahkeme/adil yargılanma makamı olarak nitelendirmek oldukça zordur. Öte yandan Mahkeme ilk kuruluş döneminde doğrudan bir kışla içinde faaliyet göstermekteyken, şimdi daha bağımsız bir kışla içinde faaliyet göstermektedir.

AYİM'in varlık gerekçesi

AYİM'in varlık gerekçesiyle ilgili ileri sürülen tezler "demokratik toplum gerekleri"ne uygun açıklamalar olmadığı gibi; askeri ceza mahkemelerini askeri suçları bilen uzman mahkemeler olduğu için meşru sayan görüşe benzer bir mantıkla, "askeri işlemlerin" belirli bir uzmanlık gerektireceği bu nedenle de uzman mahkeme statüsündeki AYİM'in meşru olduğunu ileri sürenlere de katılmak mümkün değildir. Bir idari işlemin, eylemin, askeri ve sivil olması arasında ne fark vardır? Bir sivil yargıç askeri bir idari işlemi ya da eylemi anlamaktan aciz midir? Bu konuda sadece bir görüşe yer vermek istiyoruz:

> Bu mahkemede, askeri hâkim sınıfından olan üyelerin yanında, Genelkurmay Başkanlığı'nca gösterilen adaylar arasından cumhurbaşkanınca seçilen, hâkim sınıfından olmayan subaylar vardır. Tarihimizde örneği bulunmayan bu mahkemenin, idari yargıda çift başlılığa neden olduğu ve kuruluşunda, güvencesiz askeri hâkim ve memur statüsündeki subayların bulunması nedeniyle adil yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı açıktır. İdari yargının, adli yargı içine alınarak, yargı alanındaki çift başlılığın önlenmesi tartışılırken, ayrıca idari yargının, sivil-askeri idari yargı olarak ikiye bölünmesi kabul edilemez. İdari yargıda bu zihniyet geçerli olursa, İçişleri Bakanlığı'nın ya da Milli Eğitim Bakanlığı'nın kendilerine ait bir danıştay istemeleri doğal hale gelir. "Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı"nda, bu mahkemenin bünyesinde iki dereceli hale getirilmesinin öngörülmesi meselenin anlaşılmadığını göstermektedir. Askeri idari yargının bizatihi varlığı hukuka aykırıdır. Askeri mahkeme bünyesi içinde sağlanacak iki derecelilik, adil yargılanma hakkı açısından asker ve sivil kişilere hiçbir güvence sağlamaz. Ayrıca, idari yargıda silahlı bürokrasiye sağlanan bu ayrıcalık, kurumun şeffaf ve hesap verebilir olmasını da engeller. Prof. Giegerich sözü geçen raporunda, askeri idari yargı mercilerinin temyiz incelenmesinin Danıştay'da yapılmasını öngörmekte, özerk bir askeri idari yargının Avrupa'da istisna olduğunu belirtmektedir. Kanımızca, yerel askeri idare mahkemelerinin varlığı da yargılama birliğine aykırılık oluşturur. Bu nedenle, yerelde de askeri makamların tesis ettikleri idari işlemler bakımından sivil idare mahkemelerinin görevli olması gerekmektedir.[5]

AYİM'in kurulduğu olağanüstü dönemi gözden kaçıranlar, bu mahkemenin özellikle 12 Mart döneminde TSK'dan ilişiği kesilen "sol görüşlü" subay, astsubay ve öğrenciler için özel olarak çıkartılan, "Özel Mahkeme" statüsünde olduğunu, "Tabii Hâkim" ilkesine doğrudan ters düşen bir yapı olduğunu işaret etmekten özenle kaçınmaktadırlar. Bu teorik konuya, yazımızda daha fazla yer ayıramıyoruz. Ancak, AYİM'in 40 yıldır verdiği karar örneklerine yer vererek, değinerek bu mahkemenin ""hukuk dışında" önyargılarla verdiği, birbiriyle çelişkili, fahiş hukuki hatalar içeren kararlarıyla modern, demokratik Türk yargılama sisteminde yeri olmadığını göstereceğiz. Böylece bir daha anlaşılacaktır ki; AYİM içtihat

5 Emekli Askeri Yargıç, Avukat, Ümit Kardaş, "Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler," TESEV, siyasal raporlar serisi içinde; http://www.tesevdns.net/Upload/Publicatio/5eb35859-d856-488b-8279-ac3123cdec7d/Yargi%20Siyasa%20Raporu %201%2005 _2010.pdf

suretiyle, özellikle "sol görüşlü" subay, astsubay ve askeri öğrencilere karşı, hak ve özgürlükleri daraltıcı yorum yapmakta, otoritenin yanında yer almakta ve içtihat suretiyle askerlere yargı yolunu kapamaktadır. Özellikle sol görüşlü askerler açısından AYİM'e dava açma hakkı, davanın sonu önceden belli "şekli bir başvuru"dan öteye geçmemektedir**.**

Birinci Dönem: AYİM'in 20.7.1972-12 Eylül 1980 döneminde verdiği kararlar

27 Mayıs döneminde hukuksuz biçimde TSK'dan yaklaşık 235 general, 4.171 subayın ilişiği kesildi. O dönemde TSK'dan ilişiği kesilen askeri personel için 1960-1992 tarihleri arasında 4 kanun çıkartıldı. 27 Mayıs döneminde TSK'dan ilişiği kesilen askeri personele bu kanuni düzenlemeler sonunda; "göreve devam etmiş olsalardı elde edecekleri mali haklar" tanındı. [6]

12 Mart döneminde sol görüşlü 600 civarında subay, astsubay ve askeri öğrencinin TSK'dan ilişiği kesildi. Bu dönemde TSK'dan atılan askeri personel 27 Mayıs'da atılanlar kadar şanslı olamadı. Bu personelin önemli bir bölümü Danıştay'a başvurarak, ilişik kesme işlemlerinin iptalini talep ettiler. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, dönemin genelkurmay başkanının riyasetinde çıkartılan 20.7.1972 tarihli kuruluş kanunu ile AYİM kuruldu. Bir yıldır Danıştay'da bekleyen iptal dava dosyaları, görevsizlik kararıyla AYİM'e gönderildiler. AYİM'in ilk hukuk sınavı da bu dosyalarla birlikte başlamış oldu.

AYİM'in 12 Mart dönemi için verdiği red kararlarından Tğm. E.K. hakkında verilen karara örnek olarak değiniyoruz:

> 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 35. Maddesi, Silahlı Kuvvetlerin görevlerini, Türk Yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumak şeklinde vaz etmiştir. **Anayasa dışı tutum ve davranış içinde bulundukları hususunda kuşku bulunmayan kimselerle davacının temasta bulunması hali**, **davacının Silahlı Kuvvetler mensubu kimse olarak 35 nci maddede yazılı görevleri yayamayacağı durumunun açık bir ifadesidir.** Davacının durunu bilen, hal hareketini takip edebilen sırasıyla okul Tb, bl. komutanı gibi gerek resmi ve gerekse özel yaşamını görev olarak takiple mükellef kimselerdir. Devlet parası sarf edilerek senelerce eğitim gördükten sonra subay çıkmış bir kimse

6 ADAM-DER 'in "6191 Sayılı Yasa ile 926 Sayılı TSK Personel Kanununa Eklenen Geçici 32.m. ile İlgili Raporlar," broşürü

> hakkında bu kimselerin, celfel kalem silahlı kuvvetlerde kalması uygun değildir, sicili verebileceklerinin düşünülemez. Nerede kaldı ki, bu kimselerden herhangi birinin davacıya özel bir sebepten husumeti olduğu hususunda iddia ve ispat edilemediğine göre işleme esas sicili düzenleyen veya disiplin kararına imza atan beş yetkili kimsenin yüzlerce subay öğrenci arasından davacı ile beraber 27 kişi hakkında objektiflikten ayrıldıklarını düşünmeye dahi imkan bulunmamaktadır. ... işlem şekil, sebep, maksat ve konu yönlerinden kanuna uygun bulunmakla... davanın reddine.. oybirliğiyle karar verildi. (AYİM 2. Daire, 1972/1967 Gen. Sek. No., 1975/1236 Esas ve 1976/98 karar numaralı ve 21.1.1976 tarihli kararı)[7]

Kararda açıkça görüleceği üzere; bir teğmenin "sol görüşlü bir vatandaşla temas"ı, AYİM tarafından, TSK'dan ilişiğinin kesilmesi için yeterli görülmektedir. Teğmenin ilişiğinin TSK'dan kesilmesine ilişkin idari kararın gerekçesinde, bıraktık kesinleşmiş bir mahkeme hükmünü aramayı, "Anayasa dışı tutum ve davranışlar içinde bulundukları hususunda kuşku bulunmayan kimselerle temasta bulunulması" ibaresinin TSK'dan emekli edilmenin haklı olduğu yorumuna gerekçe yapılması, bir diğer deyişle hukuki hiçbir değeri olmayan bir sübjektif bir değerlendirmenin karara gerekçe yapılması dönemin hukuksuzluğunu gözler önüne sermektedir.

Teğmen E.K. kararı benzeri kararların arasında bir iki tane istisnai karar vardır. Bunlardan biri olan ***H.G.* Kararı'na** değinmemiz zorunludur. Bu karar, i)Mahkemenin kuruluş aşamasında hukuktan yana tavır koyan nitelikli bazı yargıçların bulunduğu, ii) İnsan haklarına saygı gösteren demokratik hukuk devletinde nitelikli bir idari yargı kararının nasıl olması gerektirdiğini göstermesi açısından nadir örnekler arasındadır.

> Davacının disiplinsizliğini gösteren olaylar adı geçen disiplin kurulu kararında (12 Mart 1971 tarihinde takaddüm eden ve sonraki günlerde **halen tutuklu bulunan Astğmn. İ. Y. ile olan teması her zaman ve yer yerde bulunuşu, gizli gizli konuşmaları zaten üzerinde şüphe olan bu öğrenci hakkındaki kanaati çok kuvvetlendirmiştir. Okul içi istihbarat bilgilerine göre yapılan kıymetlendirmede aşırı sol fikir ve ideolojiyi ..... bu hususta bu fikir ve düşüncede olan arkadaşlarıyla beraber okul ..... diğer arkadaşları üzerinde müşavir olabilmesi için çalışmaları olduğu tespit ve ..... Edilmiştir.) Şeklinde müracaat olarak yazılmış, zaman ve**

7 Kararda imzası olan, 2.Daire Üyeleri: J.Kd.Alb Necati Kartal, Hak.Kd.Alb. Kemal Okuşoğlu, Hak.Kd.Alb. Ahmet Tetik, Hv.Alb Muharrem Erus, Hak.Alb. Şahap Erenel

yer gösterilerek, bir takım dokümanlar eklenerek olaylar açığa çıkarılmıştır. Kararda ilgilinin savunmasından bahsedilmediği gibi özlük dosyasında da yoktur.

Şayet davacının özlük ve sicil dosyasına girmemiş, idarenin cevap layihasına ekleyemediği, kurulumuca gösterilmeyen **belge ve dökümana dayanan başkaca eylemleri yok ise; Disiplin Kurulu Kararındaki, mahiyetleri açıkça belli edilmeyen davacının eylemleri "Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir." Sicili tanzimine "sebep" olacak nitelik ve nicelikte görülmemiştir.**

Disiplinsizlik sicili sebep yönünden sakattır.

Bu sicilin sebebi bulunduğu emeklilik işleri de, sicil işlemi iptali gerekli olunca sebepten yoksun, ….. duruma düşer.

Bu nedenlerle;

Davacının davalarının kabulü ile, menfi sicil işlemi ve buna dayanan emeklilik işleminin ayrı ayrı İPTALİNE

Ancak bu kararı okuyunca, "hukuk" adına hemen umuda kapılmamak veya yazarın görüşünün çürütüldüğü yanılgısına düşmemek gerekiyor. Sürece bakalım. H.G., bu kararı aldığında, birliğine başvurarak görev emri ister. Ancak adı geçen emekli subay göreve başlatılmamıştır. Bunun üzerine H.G., AYİM'e başvurarak tazminat (tam yargı) davası açmıştır.

Deniz Harp Okulu 3. sınıfında subay öğrenci iken, davalının 31.05.1971 tarih ve 4184-71 sayılı kararına istinaden emekliye sevk edilen davacının bu işlem aleyhine açtığı iptal davasının Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu'nun 13.06.1975 gün ve E: 1974/111, K:1975/71 sayılı kararıyla iptal olduğunu ve davacının da bu iptal kararı üzerine rütbe ve görevinin iadesi için **davalı bakanlığa müracaat edildiği halde, davalı Bakanlıkça bu konuda herhangi bir işlem yapılmadığı ve bu nedenle davacının** 31.05.1971-13.06.1975 tarihleri arasında geçen devreye ait maddi zarar tutarı 200,00-TL'nin hükmen tazmini dava ettiği anlaşılmıştır.

……

"…Askeri Yükse İdare Mahkemesine göre eylem veya işlem tesis etmeyen idare aleyhine, Askeri Yüksek Mahkemesinde tam yargı davası açılabilir." Diyen 69. Maddesinin son fıkrasının açık hükmü karşısında bir iptal davasına taalluk eden ilamın yerine getirilmeme-

> sini veya getirilmemesinin hizmet kusuru olarak nitelemek gerekeceğinden davalının savunmasına itibar edilmeyerek davacıya maddi tazminat verilmesi yasalara ve hakkaniyete uygun görülmüştür (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 3. Dairesi'nin Gensek No:1976/100, 1976/353 Esas, 1977/3583 Karar numaralı Tğm. H.G. Kararı)

İkinci karardan da açıkça anlaşılacağı üzere, "sol görüşlü bir subay" haspelkader lehine verilen bir karar sonrasında, yeniden TSK'ya başvurarak görev talebinde bulunmuş ancak TSK tarafından keyfi olarak bu talebi reddedilmiştir. Bu "keyfi" lafının altını çizmekte yarar görüyoruz. Yargı kararlarını uygulamak "idarenin asli" görevidir. Yargı kararlarını uygulayan bir devlete "hukuk devleti" denir. Özetle, bu dönemde sol görüşlü askerler lehine verilmiş bir-iki karar da TSK tarafından uygulanmamıştır. Bu konuya ileride tekrar değineceğiz.

İkinci rönem: AYİM'in 12 Eylül 1980- 7.12.1983 döneminde verdiği kararlar

AYİM, askeri darbenin yapıldığı 12 Eylül 1980 tarihinden, TBMM Başkanlık Divanı'nın seçildiği 7.12.1983 tarihine kadar; TSK'dan ilişiği kesilen askerlerle ilgili olarak 2324 sayılı Kanun'un 4. maddesine dayanarak ve darbecilerin yaptıkları işlemlerin "yargı denetimine tabi olmadığını" gerekçe göstererek, açılan istisnasız bütün davaların reddine karar vermiştir.

> 2434 sayılı "Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un **4. maddesi** 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan Bakanlar Kurulu kararnameleri ve Üçlü kararnamelerin **yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemi ileri sürülemez**" **amir hükmü muvacehesinde** tetkik kabiliyeti olmayan DAVANIN REDDİNE ... karar verilmiştir. (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Birinci Dairesinin, 12.10.1982 tarihli ve 1982/200 Gensek No., 1982/141 Esas No., 1982/262 Karar No.'lu kararı.)

Üçüncü dönem. AYİM'in 7.12.1983-1991 döneminde verdiği kararlar

TBMM Başkanlık Divanı'nın seçildiği 7.12.1983 tarihi aynı zamanda 2324 Sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un da kaldırıldığı tarihtir. AYİM, bu tarihten sonra da, 12 Eylül mağduru askeri personel tarafından açılan yeni iptal davalarını "yürürlükten kalkmış kanuna" dayanarak reddetmiştir. Ö.Y. tarafından açılan davada bu gerekçe açık olarak görülmektedir.

İşlemin yapıldığı ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 2324 sayılı "anayasa düzeni hakkında Kanun'un **4. maddesi"** 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan **Bakanlar Kurulu kararnamelerinin ve üçlü kararnamelerin yürütülmesinin durdurulması ve iptali istemini ileri sürülemez**" özel hükmü karşısında tetkik kabiliyeti bulunmayan DAVANIN REDDİNE, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına

2.10.1984 tarihinde OYBİRLİĞİ ile karar verildi.

İleride değineceğimiz diğer kararlarında da göreceğimiz gibi **AYİM'in** 7.12.1983 tarihinden sonra, 12 Eylül rejimi tarafından TSK'dan ilişiği kesilen askeri personel için verdiği **red kararlarında hep, 2324 sayılı kanunu gerekçe göstermiştir**. Bu standart gerekçelerinde, "bir idari işleme dönemindeki idari normun tatbik edileceği" görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. O zaman sormak gerekiyor; bir insanın mesleğinde çalışma hakkını yani (bir insan hakkını) elinden alan bir idari işlemin dayanağı olan normun "hukuka aykırı olduğu" anlaşıldığında bu kural geçerli olabilir mi? O zaman hukuk denen şeye neden ihtiyacımız var, AYİM gibi bir kuruma neden ihtiyacımız var? Resen emekli Ütğ. Rahmi Yıldırım hakkında verilen kararda AYİM'in bu ısrarlı tutumunu bir kez daha görüyoruz.

……Öte yandan 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, 12 Eylül 1980 tarihinden sonra çıkarılan ve çıkarılacak olan üçlü kararnamelerin iptali isteminin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Bu Kanunun yürürlüğü, Anayasa'nın geçici üçüncü maddesi uyarınca ilk milletvekili genel seçimi sonucunda Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp Başkanlık Divanını oluşturması ile son bulur. Anayasa'nın geçici 15. maddesinde ise 12 Eylül 1980 tarihinden sonra ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde çıkartılan kanunların ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların anayasaya aykırılığı iddia edilemeyecektir.

Somut davada Davacı hakkında 8 Kasım 1982 gün ve 28229 sayılı Üçlü Kararname ile Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi tesis edildiğinden bu işlemin hukuka aykırılığı nedeniyle yargı denetimine tabi tutulması, **2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun 4. maddesi uyarınca mümkün bulunmamakla**, İNCELEME OLANAĞI BULUNMAYAN DAVANIN REDDİNE….. OYBİRLİĞİ ile karar verildi. (AYİM, 1.Dairenin, 1990/2032 Gensek, 1990/1323 Esas, 1991/1396 Karar sayılı ve 1.4.1991 tarihli kararı)

Dördüncü dönem: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 28.2.1991 tarihli içtihadından sonra AYİM'in verdiği kararlar

12 Eylül askeri rejiminin hukuka aykırı tasarruflarıyla ilişkili olarak oldukça fazla sayıda memur haklarını idare mahkemelerinde aramaya başladı. Bu hak arama mücadelesi sonunda farklı kararlar ortaya çıkması üzerine, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu önüne gelen davada**,** 28.2.1991 tarihli, 1990/1 Esas ve 1991/1 Karar sayılı içtihadını vererek, nihayet, 12 Eylül rejimi hukuksuzluklarına çözüm yolunun yargı olacağını göstermiş oldu. İçtihat özetle şöyledir:

> 2709 sayılı Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrasında, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturmasına (7.12.1983) kadar geçecek süre içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile **2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa`ya aykırılığının iddia edilemeyeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa koyucu Anayasa yargısı yönünden kısıtlamalar getirmiş ancak kararname ve işlemlerin idari yargı yerlerince denetimi konusunda hiçbir sınırlama getirmemiştir**.
>
> .....
>
> Anayasa`nın geçici 15. maddesinde, 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun`un yürürlükten kalkmasından sonra, 12.9.1980-7.12.1983 tarihleri arasında alınan Bakanlar Kurulu Kararları ve diğer idari işlemlerin idari yargı denetimini engelleyici hiçbir hüküm bulunmadığından uygulama işlemleri üzerine bu kararlar konu edilerek **açılan davaların esasının incelenmesi** gerekeceği....

Bu içtihat 12 Eylül askeri rejiminin mağduru memurlar için hukuk yolunu açmış ve mağduriyetlerin giderilmesinin imkanını vermişti. Kararda açıkça görüleceği üzere, idare hukukunun bu en üst kurulu, 2324 Sayılı Kanun'un[8] artık hükmünü yitirdiğinden bahsederek üstelik 60 günlük idari dava açma süresini bile "hukuka açık aykırılığın hala devam etmesini" gözeterek engel saymadan işin esasına girilmesi gerektiğini ve hukuka

8 12 Eylül askeri darbesini yapan generallerin yargılandığı davada, adı kanun olan bu belge ve diğer belgeler "generallerin suç delilleri olarak dosya" içine celp edilmiştir. O dönemde bu "sözde kanun" müsveddelerini "hukuk adına tanınamayacağını söyleyecek bir tek hukukçu çıkmamıştır. Daha sonra 12 Eylül generalleri hakkında iddianame düzenleyen Savcı Sacit Kayasu'yu ayrık tutmamız gerekiyor. Savcı Sacit Kayasu'nun hazırladığı iddianamenin nasıl yok edildiği, bir savcının iddianame düzenlediği için savcılıktan nasıl atıldığı, "hukuk tarihimizin numunelik olayları" arasında yeri çoktan almış durumdadır.

aykırılık varsa işlemin iptal edilmesi gereğinin altını çizmiştir. Nitekim mağdur durumdaki birçok personel bu kararla birlikte davalar açmış ve haklarına kavuşmuşlardır.

Hukukun egemen olduğu bir ülkede, normal olarak tüm idari yargı birimleri, bu en üst idari yargı kurumunun içtihadına uygun yorum yapmaları gerektiğini izah etmek bile lüzumsuz bir davranış sayılır. Ancak AYİM kendini, "Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu" ayarında bir yüksek yargı organı olarak değerlendirip bu kararın kendisini bağlamayacağı düşüncesiyle, içtihadı yok saymıştır. İçtihadı yok saymak bir yana, kendi hukuk sicili açısından aşağıda anlatacağımız üzere, çok daha kötüsünü yapmıştır.

1980-1983 döneminde TSK'dan ilişiği kesilen subay, astsubaylar 1991 yılında bu Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararından sonra yeniden AYİM nezdinde yeniden iptal davaları açmışlar ve tıpkı bahse konu Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararın'da olduğu gibi kendilerini TSK'dan ayıran hukuka aykırı işlemlerin incelenerek, yani işin esasına girilerek değerlendirme yapılmasını talep etmişlerdir.

AYİM, hukuk tarihimiz açısından inanılmaz kararlar vererek,adeta hukukla alay edercesine, **Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nu tanımamış, üstelik kararının azınlık oyunu kendi red gerekçesi yapmıştır.** Bir diğer deyişle, kararın kendisini bağlamayacağını zımnen/dolaylı ifade ederek, 1980-1983 dönemindeki TSK'dan ilişik kesme işlemlerine 2324 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiği görüşünde ısrar etmiştir. Ayrıca Anayasa'nın geçici 15. maddesini de davanın reddi için gerekçe olarak göstermiş, davaları reddetmiştir. Üstelik Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu içtihadında, Anayasa'nın geçici 15.maddesinin, 12 Eylül dönemi işlemlerine karşı dava açma hakkını neden ortadan kaldırmadığını mükemmel bir hukuki yorumla açıklamışken…

Resen emekli Ütg. Mustafa Kavaklıoğlu tarafından bu İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra 2 Eylül 1991 tarihinde açılan davada AYİM davayı Rahmi Yıldırım kararındaki aynı gerekçe ile reddetmiştir. Bu kararın Rahmi Yıldırım kararından üç farkı vardır.

- Rahmi Yıldırım davasını Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararından önce açmıştır. Mustafa Kavaklıoğlu davası bu içtihattan sonra açılmıştır.

- AYİM, daha önceki kararlarında vurguyu, "2324 sayılı Kanun kapsamındaki işlemlere karşı iptal davası açılamayacağı" üzerine yap-

makta iken, bu kez, aynı vurguyu, "Anayasanın geçici 15. maddesine kaydırmaya çalışmış" ve aynı yasağın Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamında devam ettiğini söylemiştir,

- AYİM, Mustafa Kavaklıoğlu kararında Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararının kendisini değil, azınlık oyunu gerekçe yapmıştır.

  .....**ortada yasal bir kural bulunmadıkça yürürlükten kaldırılan yasayı baştan beri yok veya geçersiz saymak hukuk düşüncesi ile bağdaşmaz.** (Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 28 Aralık 1991 tarih ve 1990/1 E, 1991/1 sayılı kararının azlık oyu gerekçesi.18 Haziran 1991 gün ve 20905 sayılı resmi gazete sayfa 16. (AYİM, 1.Daire, 1991/1740 Gen Sek No., 1991/2085 Esas ve 1992/594 Karar sayılı kararı [9])

AYİM, bu kararında "hukuk düşüncesiyle bağdaşmaz derken" hangi hukuk düşüncesinden bahsettiğini, kaynağını, referansını açıklama inceliğini göstermemiştir.

AYİM, kararlarında, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararını görmezden gelmesi biraz daha anlaşılabilir bir durumken, adeta bu en yüksek idari yargı kurumuna meydan okurcasına, ***kararın kendisini değil de azınlık görüşünü gerekçe yapmasının "hukuki açıdan" izah edilebilir bir yanı yoktur***. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı yanında, hukukla uzaktan yakından ilgisi olmayan bu kararın, üyelerin "şahsi düşünceleri" olarak kabul etmekten başka bir şey gelmiyor elden. Ancak belki de sorun buradadır. **Bu şahsi düşünceler, hukuk içinden değil de, TSK'nın hukuka aykırı bile olsa uygulanılmasından kaçınılmayan uygulamalarından neşet etmektedir**. Korkutucu olan da budur: 40 yıldır sol görüşlü TSK mensuplarının resen emeklilik işlemleriyle ilgili davalarda görülen, hep aynı ön kabul, ön yargı,***TSK'yı koruma*** refleksidir.

Ancak yine de altını çizmeden yapamıyoruz. ***Bir mahkemenin bir İçtihadın kendisini değil de "azlık oyunun gerekçesini" kendi kararına gerekçe yapmasının*** bir örneğine bugüne kadar ne gelişmiş ülkelerde, ne de Türkiye'de rastlamış değiliz. Çünkü bilinir ki, bir yargıçlar heyetinde, azlık oyuna rağmen geçerli olan karar çokluk görüşüdür. Hukuk dünyasında sonuç doğuran karar; azlık kararı değil, çoğunluk kararıdır. Buna rağmen, bir yüksek mahkemenin bu şekilde karar vermesinin yorumunu okurun "zengin muhayyilesi"ne bırakıyoruz.

---

9 Kararın altında imzası olan 1.Daire üyeleri şunlardır: Hak.Kd.Alb Abdullah Döner, Kur. Alb. Erol Uğur, Hak Alb.Sezai Aydınalp, Hak.Alb.İrfan Erdinç, Hv.Kur.Yb. Tanık Tosun. Bu karara gerekçe yapılan "azlık oyunun gerekçesi, yukarıda belirttiğimiz Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararıyla ilgilidir.

Beşinci dönem: 2001 yılında Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kısmen yürürlükten kaldırılmasından sonra AYİM'in verdiği kararlar:

Yukarıda değinmiştik, 1990'lı yıllarda AYİM, kendisine başvuruda bulunan sol görüşlü TSK mensuplarının davalarını reddederken vurguyu 2324 sayılı kanundan, Anayasa'nın geçici 15. maddesine kaydırmaya başlamış ve red kararlarında bu maddeyi gerekçe yapmıştı. Gerçi, yukarıda değinilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında, Anayasa'nın geçici 15. maddesinin "12 Eylül döneminin idari işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılmadığına" ilişkin hukuki açıdan çok zengin yorumlar da vardı, ancak AYİM, bu yorumları görmezden gelmiştir.

Bu defa 3.10.2001 tarihinde yapılan anayasa değişikliği ile, Anayasa'nın geçici 15. maddesi kısmen yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun üzerine 1980-1983 arasında TSK'dan ilişiği kesilen 12 Eylül rejimi mağduru sol görüşlü subay, astsubaylar; geçici 15. maddenin, "yargısal tasarrufların Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini engelleyen" hükmün kaldırılması üzerine umutlanarak yeniden AYİM'e başvurmuşlardır. Öyle ya, AYİM, yukarıda belirtilen Kavaklıoğlu ve birçok kararında, "Askeri cuntanın, yasama organının tasarruflarına karşı iptal davası açma yolu kapatıldığına göre, askeri cuntanın idari yargı işlemlerine karşı iptal davası açmanın da önünün kapalı olması gerektiği," yorumunu yapmıştı. Üstelik Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararın tam tersi bir yorumla… Ama işte, bu defa 1980-1983 dönemi arası cuntanın "yasama" tasarruflarına karşı yargı yolu açılmıştı. **O halde AYİM'in 90'lı yıllarda yapmış olduğu yorumun gereği olarak, dönemin idari işlemlerine karşı da yargı yolunun açıldığını kabul etmesi gerekiyor**… Normal bir hukuk zihnini bıraktık, normal bir insan zihninin tutarlılık adına böyle çalışması gerekir. Bu yorumun dışında bir yorum yapmak için gerçekten çok özel ve olağanüstü bir çaba gerekir.

AYİM, bu defa, ortada ne dayanabileceği 2324 sayılı Kanun, ne de Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kalmadığını görünce pes artık dedirtecek bir yorum yaparak, ***1980-1983 arasında TSK'dan ilişiği kesilen sol görüşlü personelin açtığı davalarda inanılmaz bir red gerekçesi yaratmıştır***. Üstelik bu red gerekçesi apaçık biçimde kendi önceki kararlarıyla çelişmesine rağmen… Merak eden okuru hemen rahatlatalım. Bu defa red kararlarının gerekçesi şöyledir. Resen emekli Ütğ.Yavuz Baskalk kararından:

> …….davacıların 7.11.1983 tarihinden sonra **60 gün içinde dava açma hakkı bulunduğunu oysa bu süreyi kaçırmış oldukları gerekçesiyle davanın reddine** … oybirliğiyle karar verilmiştir.

Yukarıda değindiğimiz ve benzeri onlarca kararda, sadece 2324 sayılı Kanun ve daha sonraları Anayasa'nın geçici 15. maddesi gerekçesi gösterilerek davalar reddedilirken, bu defa bu dayanaklar ortadan kalkınca, akla hayale gelmedik bir gerekçe yaratmaya çalışması AYİM açısından çok büyük hukuki itibar kaybı olmuştur. Üstelik 7.12.1983 tarihinde önünde olan yukarıda belirtilen Ö.Y. kararında bu gerekçeden hiç bahsetmemişken, üstelik bu davada, 60 günlük süre eksikliği bulunmamasına rağmen verdiği red kararını hatırlamayarak...

Bu çarpık hukuk mantığının daha da vahimi vardır. **AYİM, daha önce tanımadığı, Danıştay içtihadını bu sefer tanıyarak 2324 sayılı Kanun'un 7.11.1983 tarihinde TBMM Başkanlık Divanı'nın teşkiliyle birlikte yürürlükten kalktığını tespit etmiş ve davanın esasına girmek gerektiğine karar vermiştir**. AYİM'in bu değerlendirmesinden sonra hukuken yapılamayacak bir başka şeyi yapmış, nihayet kabul ettiği Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın bu "içtihadı çürütecek şekilde ters yorumlama başarısı göstererek davayı süre yönünden reddetmiştir."

Oysa aynı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı'ya ilgili dosyalarda da süre mevzuu vardı ve Danıştay, **hukuksuzluğun ağır bir biçimde devam etmesini gözeterek** 60 günlük süre açısından davacıların dava açma hakkı olmadığı yönünde inceleme yapmaya bile gerek görmemiştir.

AYİM'in 2001 yılında açılan bu davalarla ilgili verdiği ve "dava açma hakkınız varmış ama süreyi kaçırmışsınız" mealindeki red kararları, kendisinin önceki kararlarındaki "2324 sayılı Kanun'un kalksa bile dönemin işlemleri için uygulanması gerektiği; sonra red gerekçelerine katmaya çalıştığı, idari dava açma yasağının Anayasa'nın geçici 15.maddesiyle devam ettiği" şeklindeki gerekçelerinin hukuksuz olduğunu göstermesi açısından da örneği nadir bir durumu göstermektedir. Bir diğer değişle, eğer AYİM bu yorumu benimsiyorsa, kendi geçmiş kararlarıyla yüzleşmeli ve şeklen açık idari yargı yolunu aslında ***verdiğim hukuka aykırı, çelişkili kararlarla ben kapatmışım diyerek***, dava yolunu açmalıydı.

Bu karar artık hukukun sustuğu, vicdanların sızladığı, AYİM'in "Adil Bir Yargılanma Makamı/Hak Arama Makamı" olarak kabul edilemeyeceğini gösteren son noktadır.

Altıncı dönem: 6191 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan davalarda AYİM tarafından verilen kararlar.

6191 sayılı kanunla Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na 32. madde eklenerek, YAŞ kararlarıyla ve yargı yoluna kapalı işlemlerle

TSK'dan ilişiği kesilen personelle ilgili yeni bir "hak arama yolu" yaratıldı.

Ancak demokratik toplumlarda görülebilecek olan ve "olağanüstü rejimlerde açılan yarayı sarmak için" TSK bünyesinde geçmişte bir yargı kararına dayanmaksızın idari işlemle ilişiği kesilen personele, "emsallerinin sahibi olduğu hakları" tanıyan bu kanun, tüm eksikliklerine rağmen, örnek olması açısından çok önemlidir. Bu kanun TSK'dan olur olmaz sebeplerle ama gerçekte sadece düşünceleri nedeniyle atılan sağ veya sol görüşlü subay ve astsubaylar için yepyeni bir "hak tesis etmiştir." Hak tesis etmiştir, diyoruz, çünkü, Kanun, artık eskiden yapılmış bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının da ötesinde, olağanüstü rejimlerde, bir yargı kararı yoksa, TSK'dan düşünceleri ile atılmış tüm subay, astsubaylara ve askeri öğrencilere eski işlemle ilgisi olmaksızın yepyeni haklar vermektedir. Kanun'un bu amacını, gerekçesinde tespit etmek mümkündür.

GENEL GEREKÇE

Bilindiği üzere; 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda, Anayasanın 125 inci maddesinde yapılan değişiklikle, Yüksek Askeri Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır.

Hukuk devletinin en önemli özelliklerinden birisi, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulmasıdır. Bu ilke, hukuk devletinin amacı olan bireyin hukuki güvenliğinin korunmasını sağlamayı gerçekleştirmek için olmazsa olmaz koşullardan birisidir. Dolayısıyla, bireyin hukuki güvenliğinin korunmasını ortadan kaldıracak şekilde idari eylem ve işlemlerin yargı denetimine kapalı olması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. İdari bir organ olan ve idari bir işlem tesis eden Yüksek Askeri Şûranın kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, bu Kurulun idari işlemlerinden dolayı mağdur olan kişilerin hukuk devleti içerisinde haklarını arayamamaları sonucunu doğurmuştur.

Tasarı ile, Yüksek Askeri Şûra kararıyla Türk Silâhlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilip, bu kararların yargı denetimine kapalı olması nedeniyle hukuken haklarını arayamayan kişilerin yoksun bırakıldığı hakların geri verilmesine ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Bu şekilde yapılan düzenlemeyle, bir yandan hukuk devletinin gerekleri yerine getirilmeye çalışılırken, diğer yandan da Devlet tarafından mağdur edildiğini düşünen kişilerin hukuk devletine olan inançlarının pekiştirilmesi amaçlanmıştır.

Bu amacı, iktidar partisinin dönemin grup başkan vekili'nin Meslis konuşmasında da görmek mümkündür.

Kanunun görüşülmesi sırasında, TBMM tutanaklarından

B.B. (Devamla) - Şimdi, bugüne kadar Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenler oldu. Gerek 12 Mart 1971 muhtırasından sonra gerekse 12 Eylül 1980 darbesinden sonra gerekse bunların arasın-

da veya bunlardan sonra idari yargı yoluna kapalı idari işlemlerde, daha doğru bir ifadeyle yargı yoluna kapalı idari işlemlerle Türk **Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenler kapsama dâhil edilirken, öte yandan tasarıda olan Yüksek Askerî Şûra kararlarıyla ilişiği kesilenler de sınırlı bir kısmı ifade ediyordu, o sınır kaldırıldı.** Yüksek Askerî Şûra kararlarıyla ilişiği kesilenlerin tamamı ile 12 Mart 1971'den sonra yargı yolu kapalı idari işlemlerle ilişiği kesilen bütün kişiler bu kanundan yararlanmak için kapsama dâhil edildi. Bu önemli bir adım, önemli bir iyileştirme, önemli bir gelişmedir.

Kanun ilk çıkışında büyük umutlar doğurdu. Birçok mağdur, iktidar partisinin 40 yıla yayılan mağduriyetleri gidereceğine inanmasa bile ihtirazi kayıtlarıyla birlikte "acaba" diye beklemeye başladı. [10]

Ancak Kanunun uygulamasında, "askeri bürokratların" hiçbir fonksiyonunun olmayacağının söylenmesine rağmen sonunda devletin klasik refleksi galip çıktı ve Kanunun uygulama ile "kadük kalması" sağlandı. Oysa iktidar partisinin grup başkan vekilinin sözü vardı. Karar siyasi olarak verilecek denmişti:

Kanun'un görüşülmesi sırasında TBMM tutanaklarından: AKP Grup Başkan Vekili'nin Konuşmasından:

Tabii, bu yapılırken kamuoyundan gelen eleştiriler dikkate alındı ve bu eleştirilerde Millî Savunma Bakanının kuracağı komisyona dönük birtakım eleştiriler yapıldı. Bu eleştiriler de burada karşılanıyor. **Kurulacak komisyon, esasında bir inceleme yapmayacak, Bakana herhangi bir tavsiyede bulunmayacak, "Kabulüne" veya "Reddine" şeklinde bir tavsiyesi de olmayacak.** Bakan komisyonu dilerse kuracak. Komisyonun kurulması da zaruri değil. Bakan isterse komisyon da kurmayacak. Peki, kurduğu zaman komisyon ne yapacak? Hazırlık işlemleri yapacak; bu kadar müracaat olacak, bunların ilgili kurumlarla yazışması olacak. Bu yazışmaların derlenmesi, toparlanması ve işlerin süresinde yapılması için bir görev ifade edecektir. Ama başvuruların kabulüne veya reddine kararı kim verecek? Millî Savunma Bakanı verecektir. Bu konuda da oluşan tereddütlerin tamamı ortadan kaldırılmıştır.

10 Kanundan çözüm bekleyen TSK personel sayısını şu şekilde ifade edebiliriz: 12 Mart 1971 darbesinde 600 dolayında subay astsubay ve öğrenci asker; 12 Eylül 1980 darbesinde 397 subay, 176 astsubay, 447 öğrenci asker; 1984 yılından itibaren 900'ü, 28 Şubat sürecinde olmak üzere 615 subay, 928 astsubay, idari kararlarla ordudan uzaklaştırıldı. ADAM-DER, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Çıkmaz Sokak" isimli raporundan.

Bu beyanın tam tersi oldu: Milli savunma bakanlığının açıklamasına göre; 6191 sayılı Kanun'dan yararlanmak için 4.606 kişi başvurmuştur. Bu başvurulardan 1542'sinin başvurusu kabul edilmiştir. Kanun kapsamına girdiği ancak başvurusunun çeşitli nedenlerle reddedildiği belirtilen personel sayısı 226, Kanun kapsamına girmediği belirtilen personel sayısı ise 1991 kişidir.

Esasen, Kanun kapsamına girecek TSK personeli iki ana grubu ayrılıyordu. i)7.12.1983 tarihinden sonra Askeri Yüksek Şura kararlarıyla TSK'dan ilişiği kesilenler ile ii) Askeri Yüksek Şura kararı ve bir mahkeme kararı olmaksızın 12 Mart 1971'den Kanun'un çıktığı tarihe kadar TSK'dan ilişiği kesilenler. İlk grubun çoğunluğunu TSK'dan ihraç edilen "irticai görüş mensubu, sempatizanı vb.olduğu iddia edilen" kişiler oluşturuyordu. İkinci grubun önemli bir kısmını sol görüşü nedeniyle TSK'dan ilişiği kesilen askeri personel oluşturmaktaydı.

MSB tarafından Kanun kapsamına girmediği belirtilen 1991 kişinin çoğu, 12 Mart 1971- 12 Eylül 1980 dönemi arasında atılan subay ve askeri öğrencilerle, daha sonra ilişiği kesilen sol görüşlü askeri öğrencilerdir.

6191 Sayılı Kanun'dan yararlanan sol görüşlü subay, astsubay sayısı ise 300 civarındadır.

Milli Savunma Bakanlığı tarafından 12 Mart 1971- 12.9.1980 döneminde TSK'dan atılan subay, astsubaylar ve askeri öğrencilerle ilgili taleplerin reddi gerekçesi şu nedenlere dayanıyordu: 12 Mart 1971-12.9.1980 döneminde yani 12 Eylül askeri rejimi öncesinde, TSK'dan resen emekli edilen, ilişiği kesilen askeri personel, bu işlemlere karşı AYİM nezdinde iptal davası açabiliyordu. Bu nedenle bu personel için "Yargı Yolu açıktır:" 6191 Sayılı Kanun ise sadece "yargı yolu kapalı işlemle TSK'dan ilişiği kesilenlere başvurma hakkı tanıyor," bu nedenle bu kapsama girmeyenlerin başvuru hakkı yoktur ve yine bu nedenle talebin reddi gerekir… Askeri öğrenciler açısından ikinci bir neden daha vardı; o da "askeri öğrenciler 'TSK'dan ilişiği kesilenler' ibaresi kapsamına girmezler…"

Bu gerekçelerle 6191 Sayılı Kanun kapsamında MSB'ye başvuran ve talepleri reddedilen subay, astsubay ve askeri öğrenciler, MSB'nin reddettiği başvuruları için yine AYİM'in kapısını çaldı.

AYİM, birçoğu duruşmalı yapılan yargılama sonunda "istisnai durumu olanlar" dışında kendisinde dava açan tüm sol görüşlü subay, astsubay ve askeri öğrencilerin davalarını reddetti. Şimdi bu ret kararlarına göz atalım.

12 Mart döneminde sol görüşü nedeniyle atılan bir subay hakkında verilen red kararı:

> .....Davacının Türk Silahlı Kuvvetleri'nden re'sen emekli edilmesinin **yargı denetimine kapalı bir idari işlem** ve ya Yüksek Askeri Şura kararları **ile tesis edilmemiş olması nedeniyle** 926 sayılı Türk Silahlı Personel Kanunu'nun geçici 32'inci maddesinde öngörülen haklardan yararlanma isteminin kabul edilmemesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. .....davanın reddine 27 Nisan 2012 tarihinde oy birliğiyle karar verildi. (AYİM 3.Daire Başkanlığı'nın, 2011/4877 Gen. Sek. No, 2011/3112 Esas, 2012/1089 Karar sayılı 12 Mart mağduru, Tğm. F.K. kararı)

1986 yılında üçlü kararname ile atılan bir astsubay hakkında verilen red kararı:

> .....Yukarıda da belirtildiği üzere davacı hakkında tesis **edilen Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılma işlemi yargı yoluna açık bir şekilde yapılmıştır**. Hal böyle olunca Kanun kapsamında olmadığı anlaşılan davacı hakkında düzenlenen işlemde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. ... davanın reddine 17 Mayıs 2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (AYİM, 3.Daire Başkanığı'nın 2011/5416 Gensek No, 2011/3151 Esas ve 2012/1228 Karar sayılı İ.T. kararı.)

12 Eylül askeri rejimi döneminde Kara Harp Okulu'ndan ilişiği kesilen bir harp okulu öğrencisinin açtığı iptal davasında verilen red kararı:

> **Yasada subay ve astsubay statüsündeki personel dışında başka personelden söz edilmemiştir.** Dolayısıyla söz konusu yasadan yararlanmak için Yüksek Askeri Şura kararı ve Yargı denetimine kapalı idari işlemle 12 Mart 1971 tarihinden Kanunun yayımlandığı tarihe kadar **Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilmiş subay veya astsubay statüsünde personel olmak gereklidir**.....Davacının 6191 Sayılı Yasa kapsamında olmadığı anlaşıldığından, Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ilişiğinin kesilmesine ilişkin işlemin yargı denetimine kapalı olup olmadığı hususu ayrıca incelenmemiştir. ....davanın reddine 20 EYLÜL 2012 tarihinde OYBİRLİĞİ ile karar verildi. (AYİM 3. Daire Başkanığı'nın 2011/3848 Gen. Sek., 2011/2057 Esas, 2012/1874 Karar numaralı E.C. kararı.)

Önemine binaen, AYİM'in bir askeri öğrenci ile ilgili olarak verdiği bir başka red kararına da yazımızda yer veriyoruz:

> Davacının TSK'dan çıkartılmasına neden olan disiplin durumu incelendiğinde 21 gün süreli oda hapsi disiplin cezası dışında cezasının olmadığı, ancak, "yasa dışı örgüt üyesi olduğu, bu örgütün gerçekleştirdiği eylemlere katıldığı, bu kapsamda 21/22 Temmuz 1979 tarihinde örgütün icra ettiği 'Arjantin Gazinosu Baskını"na katıldığı, baskın sonunda çaldıkları bir miktar parayla kaçmaya çalışırken güvenlik güçleriyle girdikleri çatışma sırasında bir erin şehit olduğu" **şeklinde istihbari bilgilerin bulunduğu**, bu **istihbari bilgiler kapsamında** davacı hakkında 'anayasal Düzeni Zorla Değiştirmeye Kalkışmak" suçlamasıyla açılan davanın yapılan yargılaması sonunda İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 13.11.2009 tarihli kararı ile ve zamanaşımı gerekçesiyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verildiği, Arjantin Gazinosı Baskını olayından sonra 22.8.1979 tarihinde **firar eden davacının** firar halindeyken ilişiğinin kesildiği görülmektedir. Davacının bu durumuyla 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun geçici 32. Madde hükümlerinden yararlandırılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı değerlendirildiğinden, davanın reddi cihetine gidilmiştir. (AYİM, 1. Dairesi'nin 2011/5695 Gensek No, 2012/751 Esas, 2012/819 Karar numaralı, 10 Temmuz 2012 tarihli Tğm. O. T. kararından.)

Kararda görüleceği üzere, AYİM, "hakkında açılan ceza davası zamanaşımından düşen bir subay hakkında," **TSK'dan ilişik kesme işleminin "istihbari bilgiler" kapsamında hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.** O dönemde, söz konusu ceza davasında[11] yargılanan sanıklara bir den fazla işkence mahallinde yapılan işkenceleri bilenler, işkenceye maruz kalmamak için firar eden sanığın kaçma nedeninin haklı olduğunu hemen teslim edeceklerdir. Ancak yine ilginçtir, AYİM, firarla ilgili kesinleşmiş bir yargı kararını da gerekçe yapmamaktadır. Mahkeme, "ilişik kesme tarihi itibariyle" ilgili askeri personel hakkında kesinleşmiş bir yargı kararı olup olmadığını da incelememiş, sadece "hiçbir hukuki değeri bulunmayan istihbari bilgiler"le yetinmiştir. **Bu karar, *hiçbir hukuki değeri olmayan istihbari bilgilerle* subayların TSK'dan atılabildiğini, sonra da bu istihbari bilgilerin AYİM'de açılan iptal davasında "hukuki delil" olarak kabul edilebildiğini göstermesi açısından önemlidir**. Oysa bir hukuk devletinde AYİM'e düşen görev, davacının TSK'dan "ilişiğinin kesildiği tarih" itibariyle kesinleşmiş bir mahkeme kararı olup olmadığı, ilişik kesme işlemine kesinleşmiş bir mahkeme kararının gerekçe yapılıp yapılmadığına bakmak olmalıydı. Hâlbuki 6191 sayılı Kanun çıkarılırken aslında "hakkında kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın" sadece istih-

11 Üçüncü Yol Davası

bari bilgi veya keyfi değerlendirmelerle TSK'dan atılanların mağduriyetlerinin giderilmesini amaçlamıştı.

Yazımızın bu son bölümünde, AYİM'in 6191 sayılı Kanun kapsamında MSB'ye başvuran ve başvuruları reddedilmiş sol görüşlü askeri personelin neredeyse tümü hakkında vermiş olduğu ret kararlarında bulunan, sadece önemli hukuki hataları özetlemeye çalışacağız

ı) **Bir subay, astsubay veya askeri öğrencinin, "sol görüşü" nedeniyle TSK'dan ilişiğinin kesilmesi mümkün değildir**.

Bu konuda gerek 61 Anayasası gerekse 82 Anayasası'nda "askerlerin ifade özgürlüğünü özel olarak kısıtlayan" hiçbir norm bulunmamaktadır. İfade özgürlüğünün temel bir "insan hakkı" olması nedeniyle bulunması da mümkün değildir. Tam tersine her iki anayasa da tüm vatandaş kavramı içinde askerlerin de ifade özgürlüğünü güvence adlına alan hükümler açık ve nettir.

TSK personel yönetmeliklerindeki son 40 yıllık değişim incelendiğinde; "yıkıcı, bölücü düşünce akımları"nı benimseyen askeri personelin ilişiğinin kesilmesine ilişkin maddeler olduğu görülecektir. Bu yönetmeliklerin uygulanmasında karıştırılan konu, bir subayın, astsubayın ya da askeri öğrencinin, "yıkıcı, bölücü düşünce mensubu olduğunun ancak bir yargı kararına dayanabileceği" hususudur. Yani **masumiyet karinesi uyarınca,** hakkında verilen hüküm kesinleyinceye kadar herkes masumdur. O halde örneğin, "istihbari bilgi" ya da hakkında bir dava açılmasını ya da sicil amirlerinin keyfi biçimdeki görüşleri gerekçe göstererek, askeri personelin TSK'dan ilişiği nasıl kesilebilir? Böyle bir ilişik kesme işlemi hukuki olabilir mi? Askeri Ceza Kanunu 148. Maddesi zaten, "yıkıcı, bölücü" cereyanlara kapılan askeri personeli cezalandırmak için konulmamış mıdır?

1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu

Siyasi Maksatlarla Toplananlar, Siyasi Fırkalara Girenler, Siyasi Makale Yazan Ve Nutuk Söyleyenler Madde 148 - Siyasi maksatla toplananlar, siyasi fırkalara girenler, siyasi nümayiş ve içtimalara ve intihabata iştirak edenler veya her ne suretle olursa olsun bu maksalarla şifahi telkinatta bulunanlar ve siyasi makale yazanlar ve bu yolda nutuk söyleyenler beş seneye kadar hapsolunur.

Ya da askeri öğrencilerin TSK'dan çıkartılması için Askeri Ceza Kanununda bulunan mülga 154. maddesi bu amaçla konulmamış mıdır?

1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu
Talebelik Hukukun Ziyaına Mucip Haller

MADDE 154- Sahtekârlık, hırsızlık, emniyeti suistimal, dolandırıcılık, yalan yere yemin, yalan yere şahitlik, iftira, dilencilik ve umumi adap ve nizama ve **vatan aleyhine cürümlerden biri ile bir aydan fazla hapis veya ağır hapis yahut hukuku ammeden mahrumiyet cezalarına** muahuk olan askeri talebinin talebelik sıfatıyla iktisap ettikleri her türlü hukukun ve muvazzaf hizmetten başka yedek subay ve gedikli erbaş olmak ve askeri hizmet ve memuriyetlere ve **mekteplere girmek hakkının ziyaına hükmolunur.**

Özellikle askeri öğrencilerin askeri okullardan atılması konusunun okurun kafasında netleşmesi açısından, askeri öğrencilerin "şekli atılma sebepleri" ile gerçek sebepleri mukayese eden bir tabloya yer vermek istiyoruz.

1971 VE 1980 DARBE SÜREÇLERİNDE DÜŞÜNCELERİNDEN DOLAYI TSK'DAN ATILAN ÖĞRENCİ ASKERLER[12]

DÖNEMİ	OKULU	KİŞİ SAYISI (YAKLAŞIK)	KARARDA GÖSTERİLEN GEREKÇE	GERÇEK GEREKÇE
12.03.1971-31.12.1973	Hv.H.O	32	"Kanun dışı siyasi ve sosyal cereyanlara kapılmak"	Darbecilerden yana olmamak ve demokratik düşünceye sahip olmak.

12 Bu tablo, ADAM-DER raporları içinde bulunan, AYİM, Çıkmaz Sokak, isimli rapordan alınmıştır. Tabloya şu şekilde bir not düşülmüştür: 12 Mart 1971 yılından günümüze kadar her dönemde inanç ve düşüncelerinden dolayı haksız ve hukuksuz biçimde Yüksek disiplin kurulu kararlarıyla TSK'den ilişiği kesilen öğrenci asker vardır. Bu raporumuz esas olarak 12 Mart 1971 darbesi ile 12 Eylül 1980 darbe hazırlık dönemi ve sonrasında ilişiği kesilen öğrenci askerleri içermektedir. 1973-1978 arasında aynı nedenlerle ilişiği kesilen öğrenci askerlerin, ve yine FYO'ından ve Astsubay Sınıf okullarından ilişiği kesilen öğrenci askerlerin dönem ve sayı bilgilerine yeterince ulaşılamadığı için tabloda yer verilememiştir.

12.03.1971-31.08.1972	Dz.H.O	32	Bir çoğu "tahsile devamlarının caiz olmadığı" gerekçesiyle, bir kısmı ise "disiplin dışı eylemleri" gerekçesiyle, bir kısmı da disiplin notu düşülerek	Darbecilerden yana olmamak ve demokratik düşünceye sahip olmak
30.03.1978-12.09.1980	Ağırlıklı KHO	30	Disiplin Yönetmeliği 16/B-2 Maddesi gereğince "disiplin notu düşülerek"	Darbecilerden yana olmamak ve demokratik düşünceye sahip olmak
12.09.1980-31.12.1984	Ağırlıklı KHO	500	Disiplin Yönetmeliği 16/B-8 maddesi gereğince öğrenci niteliklerini kaybetmek ve kanun dışı siyasi ve sosyal cereyanlara kapılmak.	Darbecilerden yana olmamak ve demokratik düşünceye sahip olmak

Anlaşılması açısından yeniden belirtelim. Bir subay veya astsubayın "yıkıcı siyasi görüşleri" nedeniyle TSK'dan ilişiğinin kesilmesi ancak Askeri Ceza Kanunu 148. maddesi uyarınca [13]veya bir askeri öğrencinin askeri okullardan ilişiğinin kesilmesi ise ancak Askeri Ceza Kanunu'nun o dönemde yürürlükte olan 154. maddesi uyarınca, "mahkeme kararıyla" yapılması mümkündür. Kanunun, yargı organına verdiği bir görevi, disiplin hukuku kapsamında, sübjektif görüşlerle hareket eden amirlerin kullanması mümkün müdür?

Öte yandan, temel bir insan hakkının "yönetmeliklerle kısıtlanamayacağı" kısıtlamanın ancak kanunla yapılabileceği genel kuralı çerçevesinde; TSK mevzuatı kapsamında yönetmeliklerle düzenlenen "TSK'dan ilişik kesme" hallerinin çoğu "İnsan Hakları Hukuku"na aykırı düzenlemelerdir ve çoğu "batıl"dır. AYİM, bu "butlan halini tespit" yerine, yönetmelikleri geçerli saymış, üstelik bu batıl yönetmeliklere bile aykırı olan bir çok uygulamaya icazet vermiştir.

Bir hukuk devletinde, hukuk güvenliği varsa, bir (vatandaş) askeri personel hakkında bir isnat ve yeteri kadar delil varsa, önce dava açılması, gerekiyorsa dava esnasında ilgili personelin açığa alınması, yargılama so-

13 Yazımızın konusu olmadığı için Askeri Ceza Kanunu 148. Maddesinin ifade özgürlüğüne getirdiği kısıtlamalara ilişkin itirazımızı saklı tutuyoruz.

nunda mahkûmiyet kesinleşirse, TSK'dan ilişiğinin kesilmesi gerekmez mi? Ancak TSK'da son 40 yıldır; basit bir istihbari görüş, atmaya gerekçe oluşturmak için verilmiş bir iki disiplin cezası, iki komutanın kanaati, bir davanın sadece açılması "sol görüşlü bir subay, astsubay, askeri öğrenciler"in TSK'dan ilişiğinin kesilmesi için yeterli görülmüştür. AYİM, bu hukuksuzluğa hayır dememiş, tam tersine uygulamayı yukarıda örneklerini verdiğimiz hukuki niteliği tartışmalı gerekçelerle onaylamış ve korumuştur. Oysa aynı yöntem hırsızlara, firarilere vb. suçları işleyen kişilere uygulanmamış, bu tür askeri zevatın TSK'dan ilişiğinin kesilmesi için çoğu zaman yargılama sürecinin sonu beklenmiştir.

Özetle, 12 Mart 1971 den 7.12.1983 tarihine kadar sol görüşlü subay, astsubay, askeri öğrencilerin çoğu siyasi görüşleri yüzünden TSK'dan çıkartılmış, resen emekli edilmişlerdir. Bir diğer deyişle, bu personelin önce siyasi görüşleri nedeniyle çıkartılmasına karar verilmiş, sonra da bu ilişik kesmeye uyduruk yöntem ve gerekçelerde dayanak yaratılmaya çalışılmıştır. Bu yöntemi Türkiye'de her asker, her askeri hâkim veya savcı çok yakından bilmektedir**. Kökleşmiş TSK uygulaması şu nedenlerle hukuka aykırıdır:i)** Bir askeri personelin Siyasi düşünceleri nedeniyle TSK'dan atılmasını düzenleyen Askeri Ceza Kanunu m.148 dışında bir kanun hükmü yoktur. ii)Bir askeri personelin siyasi düşünceleri (ideolojisi) onun en temel Anayasal hakkıdır, iii)Bu anayasal hak Anayasa'nın 11. Maddesinde belirtilen nedenlerle ancak kanunla sınırlanabilecekken, böyle bir kanun dahi yoktur. iii) Askeri personeli, siyasi düşüncesi nedeniyle disiplin hukuku çerçevesinde TSK'dan uzaklaştırılmasını düzenleyen yönetmeliklerin çoğu batıldır.

ıı) AYİM'in 12 Mart 1971-12 Eylül 1980 döneminde TSK'dan ilişiği kesilen subay ve astsubaylara "yargı yolunun açık olduğu" yorumunu yapması hukuken mümkün değildir.

6191 sayılı Kanun, ancak "Yargı yoluna kapalı" işlemlerle atılan askeri personele, kanun kapsamındaki hakları elde etmek için başvuru hakkı tanıyordu. Yargı yolunun açıklığı/kapalılığı konusunun ne anlama geldiğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlara bakarak çok kolay biçimde anlayabiliriz:

- AİHM, İnsan Hak İhlallerinin yoğunlaştığı ve süreklilik arzettiği dönemlerde devletin bu tutumuna "idari uygulama" diyerek iç hukuk yollarına başvurma zorunluluğunu aramamaktadır. (Donnlly-İngiltere, Akduvar-Türkiye Başvuruları)

- İhlalin kaynağı bizzat ülkede yer alan bir yasal düzenlemeden kaynaklanıyorsa yasa açıkça yargıya başvurma hakkını kapatmışsa iç hukuk yollarına başvurmadan AİHM'ne başvurulabilmektedir. (Campell/İngiltere, Oğur/Türkiye Başvuruları)

- İç hukuk yargı organlarının kararları ihlali ortadan kaldıracak nitelikte değilse veya bu kararlar bizatihi "hak arama yolunu" kapatıyorsa AİHM'e başvurulabilmektedir. (Akduvar/Türkiye, Gündem/Türkiye, Demir/Türkiye Başvuruları)

AYİM'in bu dönemde TSK'dan ilişiği kesilen sol görüşlü subay ve astsubayların ve askeri öğrencilerin, 6191 sayılı Kanun kapsamında açtığı davaları, "sizin ilişiğinizin kesildiği dönemde, bu işlemlere karşı yargı yolu açıktı" diyerek reddetmesi ancak "dar hukuki yorum" la mümkün olabilir. Oysa bu konuda demokratik bir yargı organının "özgürlükçü hukuk" yanında yer alması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda değindiğimiz kararları eşliğinde genişletici yorum yapması gerekirdi.

Bu makalemizi okuyan her okur, AYİM'nin 40 yıldır vermekte olduğu yukarıda örneğini sunduğumuz kararlarına bakarak, sol görüşlü subay, astsubay ve askeri öğrencilerin TSK'dan ilişiğinin kesilmesi, resen emekli edilmelerinden sonra açılan davalarda AYİM'in "vermiş olduğu yargı kararlarıyla hak arama yolunu bizzat kapattığını" rahatlıkla görecektir. O halde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması kapsamında bu tür askeri personel için (iii) bendinde belirtilen "Yargı Yolu Kapalılığı" durumunun mevcut olduğu açıklıkla görülebilecektir.

Ayrıca darbe dönemleri gibi "olağanüstü rejim" dönemlerinde, hiçbir mahkemenin bu olağanüstü rejimin kontrolü ve etkisi dışında karar vermesinin mümkün olmadığı gerçeğinden yola çıkılarak, dava açılmasının tek başına bir anlam ifade etmediği; olağanüstü rejimin bulunmasının bile, "yargı yolunun kapalı olduğu tespitine" gerekçe oluşturacağı kabul edilmelidir. Böyle dönemlerde, etkili bir yargı yolu olmadığı için verilen kararların adil bir yargılama sonunda verildiği ileri sürülememelidir. Askeri Yargıç Emekli Albay Remzi Şirin'in[14] başkanı olduğu Sıkıyönetim mahkemesinin verdiği bir karardan ötürü kapatılması, Askeri Yargıç

14 "Şirin, bir şirin adam. Şu günlerde 90'ıncı yaşına akıl sağlığını koruyarak girmenin mutluluğunu yaşıyor. 12 Mart'ta İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 1 No'lu Sıkıyönetim Mahkemesi'nın kıdemli hâkimi olarak görev yapan Remzi Şirin, hiç idam kararı vermediği için mahkemesi lağvedildi ve kendisi de eski görev yeri olan Erzurum'a sürüldü. Şirin'le 12 Mart ve 12 Eylül darbe döneminin koşullarını konuştuk." Miyase İlknur söyleşisi, 12 Mart 2013 tarihli Cumhuriyet, http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=403880

Emekli Albay Hamdi Sevinç[15] ve Refik Karaa[16] gibi askeri yargıçların başlarına gelenler, olağanüstü dönemlerde "yargıç/mahkeme bağımsızığı"nın mümkün olmadığını tek başına göstermeye yeterlidir. Ayrıca olağanüstü yargı rejimlerinde savunma haklarının askıya alınması vb. birçok usuli uygulama da bu iddiamızın gerekçesi olarak görülebilir. Yazımızın başında değindiğimiz AYİM'in kuruluş öyküsünü ise bu bölümde sadece hatırlatmakla yetiniyoruz.

Bu çerçevede 6191 sayılı Kanun kapsamında açılan davalar önüne geldiğinde AYİM'in yapması gereken, "Yargı Yolu Kapalığını" kendi verdiği kararlar açısından tespit edip, davalarda esasa girmesiydi. Böyle bir çaba, AYİM'i geçmişte verdiği kararlarla da yüzleştirecek ve hukuk tarihimiz açısından çok ciddi bir sıçrama yaratacaktı. Ancak böyle bir çabayı beklemenin beyhude olduğu yargılamalar sonunda ortaya çıkmıştır. AYİM kararlarında, "yargı yolunun kapalılığı" konusunda gerekçe olarak 6191 sayılı Kanun'da bu şekilde bir hüküm bulunmadığını kararlarına yazabilmiştir. Oysa bu yorumu yapacak olan "bağımsız bir yüksek mahkeme olarak" AYİM'in bizzat kendisiydi.

iii) Harp okullarında veya fakültelerde okuyan askeri öğrencilerin "TSK'dan ilişiği kesilenler" ibaresi içinde olmadığını/6191 sayılı Kanun kapsamına girmediğini belirten AYİM, TSK Personel Kanunu ile İç Hizmet Kanunu'na açıkça aykırı yorum yapabilmiştir.

Sadece ilgili kanun maddelerini vermekle yetiniyoruz.

> **926 SAYILI TSK PERSONEL KANUNU**
>
> MADDE 1 - Bu kanun, Türk Silâhlı Kuvvetlerine mensup subaylar, astsubaylar ile **harb okulları, fakülteler, yüksek okullar ve astsubay okullarında öğrenim yapan asker öğrencilere** uygulanır.

15 "Yakın tarihimizin son kanlı, tanklı, toplu darbesi 12 Eylül. Demokrasimiz üzerindeki tarihi en yeni kambur. Adalet Bakanlığı'nın resmi kayıtlarına göre bilançosu 50 idam, 144 kuşkulu ölüm, 171 işkencede ölen, 14 bin vatandaşlıktan çıkarılan kişi. Cezaevlerindeki zulümler, sokaklardaki kan gölü hâlâ hafızalarda. O ise 12 Eylül'ün hem hâkimi hem mağduru. Ankara Sıkıyönetim 1 No'lu Mahkeme Hakimi Albay Hamdi Sevinç, "Necdet Adalı, Erdal Eren ve Mustafa Pehlivanoğlu'nu idam edemezsiniz" diyen, idamlarda bulunmayı reddeden ve sonuçta konseyin üçlü kararnameyle resen emekli ettiği tek kişi." 12 Eylül 2011 tarihli Bugün gazetesi, http://gundem.bugun.com.tr/darbelerin-tanigindan-sok-aciklama-haberi/168842

16 Hâkim Albay Refik Karaa'da, Hakim Albay Remzi Şirin'le birlikte görev yaptığı İstanbul 1.Numaralı Sıkıyönetim mahkemesi lağvedilince başka yere tayin edilmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ertuğrul Mavioğlu, Apoletli Adalet

211 SAYILI TSK İÇ HİZMET KANUNU

MADDE 1. - (Değişik: 4902 - 18.6.2003 / m.9) Türk Silâhlı Kuvvetleri : Kara (Jandarma dahil), Deniz (Sahil Güvenlik dahil) ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile **askerî öğrencilerden teşekkül eden** ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silâhlı Devlet kuvvetidir

Kanun kapsamına girdiği konusunda en ufak "hukuki tereddüt olmayan" askeri öğrencilerle ilgili, "kanun maddesinin içinde askeri öğrenci ibaresi" geçmediği için yapılan yorumlar ilginç yorumlardır. AYİM'e düşen hukuki görev, öncelikle askeri öğrencilerin TSK mensubu olduklarını ve kanun kapsamına girdiğini ancak kanunda eksik düzenleme olduğunu tespit etmesi ve boşluğu vereceği kararla doldurması, olmalıydı.

iv) AYİM, "Adil Yargılama Makamı/Bağımsız Bir Mahkeme" değildir.

Yukarıda değinmiştik. 6191 sayılı Kanun, geçmişteki işlemlerden bağımsız "inşai hak doğuran, hak yaratan" bir kanundur. Bu nedenle 6191 sayılı Kanun uygulanmasından doğan ihtilaflarda yetkili makam bir "bağımsız mahkeme/adil yargılama makamı" olmalıydı. Oysa AYİM ikisi muvazzaf subay 5 üyeden oluşan bir kuruldur. Adil yargılama makamı anlamında bir bağımsız mahkeme olarak kabul edilemez. Nitekim Devlet Güvenlik Mahkemelerinde asker üye bulunması bu nedenle AİHS 6.maddesine aykırı bulunmuş ve asker üyeler mahkemelerden çıkartılmıştır.

6191 sayılı Kanun kapsamındaki davalarda AYİM'in, "6191 sayılı Kanun kapsamında bir hak arama makamı olarak, kendisinin adil yargılama makamı/bağımsız bir mahkeme olmadığı tespitiyle birlikte Anayasaya ve AİHS'ye aykırılık iddialarını kabul ederek davalardan elini çekmeliydi. Oysa mahkeme sadece "normatif değerlendirme yaparak" kendini davalarda görevli addetmiştir. AYİM bu yorumunu yaparken AİHS 6.maddeye değil de, AİHS 13. Maddesine dayanmıştır. Oysa belirttiğimiz gibi 6191 sayılı Kanun, inşai hak doğurduğundan, bu kanun ile ilgili davalara "bağımsız hak arama makamı/bağımsız mahkeme"ler bakmalıydı. AYİM bu ince ayrımı görmezden gelmiştir.

v) AYİM aslında konu ve kişi itibariyle de yetkili olmaması gereken ihtilaflara bakmıştır.

AYİM'in yargı yetkisini aldığı Anayasa'nın 157. maddesi, AYİM'e sadece ***"asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve***

eylemlerden doğan uyuşmazlıklarda" yetki vermektedir. **Oysa 6191 sayılı Kanun kapsamında dava açan kişiler artık "sivil kişiler"dir.** Yani bir zamanlar asker olan, daha sonra TSK'dan ilişiği kesilen askerler olarak 6191 Sayılı Kanun'a dayanarak dava açan davacıların hiçbirinin "askeri unvan"ları yoktur.

Ayrıca ne 6191 Sayılı Kanun kapsamında MSB'ye yapılan başvuruların, ne de reddedilen başvurularla ilgili olarak AYİM'de açılan davaların "askeri hizmet"le de bir ilgisi bulunmamaktadır. Davalar tamamen 6191 sayılı Kanun'dan kaynaklanan "özel/inşai" haklarla ilgili bir davadır. Basit bir idari işlemin iptali davası değildir. 6191 sayılı Kanun'un AYİM'i yetkili kılması bile, AYİM'in bu davaya bakması için geçerli neden olamaz. Zira 6191 Sayılı Kanun'un AYİM'e bu davaya bakmasına imkân veren 32. maddesi Anayasa'nın 157. maddesine açıkça aykırıdır.

12 Mart 1971 askeri müdahale dönemi başta olmak üzere, ***aslında darbeci generallerin suç delili olan 2324 sayılı kâğıt parçasına "kanun değeri" atfederek verdiği*** 1982, darbecilerin hala görevde olduğu 1984, 1991 dönemiyle 2001 dönem kararlarını, yukarıda belirttiğimiz 6191 Sayılı Kanun'la ilgili 2012 dönem kararlarıyla birlikte yorumladığımızda, AYİM'in askeri statükonun, askeri vesayetin bir organı olma niteliği gösterdiğini ve bu gerekçe ile artık Türk yargı sisteminin bir parçası olmaktan çıkartılarak, lağvedilmesi gerekliliği gözler önüne serilmektedir.

KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA - ELKOYMA

Av. Can CİHAN

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır, bunu yaparken bir takım tedbirlere ihtiyaç duyulur bunlar soruşturma aşamasında olabileceği gibi kovuşturma aşamasında da olabilir. Yargılama öncesi veya yargılama sırasında verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulan tedbirlere koruma tedbirleri denilmektedir[1].

Koruma tedbirleri kişilerin vücuduna, özgürlüğüne mülkiyet hakkına, zilyetliğine ve konut dokunulmazlığına yönelik olabilir. Koruma tedbirleri bu şekilde 5 şekilde sınıflandırılır[2].

Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

Koruma tedbirlerinin üç özelliği vardır , bunlar zorlama araç olma ve geçici olmadır[3].

Suç şüphesinin bulunması, kanuni düzenleme, gecikemezlik, görünüşte haklılık, orantılılık[4].

I) ARAMA

A) KAVRAM

Arama saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın "önleme veya adli" amaçlarla, meydana çıkarılması işlemidir. Elkoyma da ise eşya meydandadır, olduğu yerden zorla alınır[5]. Arama adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılır. Adli arama, delil elde etmek amacıyla veya şüpheliyi yakalamak için başvurulan bir tedbir olup, gerek suç işlendiğinden basit şekilde şüphelenilen kişi ve gerekse, şüphe altında

1 Yener Ünver- Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 2. Baskı, Ankara 2009, s.277
2 Ünver- Hakeri, s.278
3 Ünver- Hakeri,s.,280
4 Ünver-Hakeri,s.,280
5 Nurullah Kunter- Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,s.972

olmayan kişiler hakkında uygulanabilir[6]. Önleme araması ise **Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu,** ilk olarak 2002 yılında, sonra da 2007 yılında yapılan değişikliklerle, önleme araması açıkça düzenlenmiştir. Devlete verilen arama yetkisi iki türlüdür: Arama ya Anayasal hak ve özgürlüklerin korunması ve tehlikelerin önlenmesi için **(önleme araması)** veya suçun işlenmesinden sonra suçun ve failinin ortaya çıkartılması için yapılır (**adli arama**).[7] Arama önleme amacıyla yapıldığında tehlike yaratan bir eşyanın ele geçirilmesi için, ceza muhakemesi gayesi ile yapıldığında saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için yapılır. Anayasamız suç işlenmesinin önlenmesi için konutta arama yapılmasına kural olarak izin vermişse de (Any.20), PVSK önleme aramasını düzenlerken "konuttan" açıkça söz etmediği için (Any. 13) "konutta" hakim kararı ile de olsa önleme araması yapılmasını yasaklamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girdikten sonra yeni arama yönetmeliği yürürlüğe konmuştur[8].

B) ÖNLEME ARAMASI

PVSK 9/1 e uyarınca polise *"tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla"* fakat sadece yazılı emir üzerine kullanabildiği, önleme araması yapma yetkisi verilmiştir. Milli güvenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve yasak silahların tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri ile yapılan arama "**önleme aramasıdır".** (AramaY.19)[9] Kolluk görevlisi tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını,özel kağıtlarını,ve eşyasını arar, alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Ancak bunu için sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de mahallin mülki amirinin vereceği yazılı emir şarttır.

Arama kararı veya emrinde;

a. Aramanın sebebi,

b. Aramanın konusu ve kapsamı,

c. Aramanın yapılacağı yer

Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir. Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.

6 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.972
7 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.974
8 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.974
9 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.974

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde *gecikmesinde sakınca bulunan hal* var sayılır.[10] Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Buna karşılık polis tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını, ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerler girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar.[11]

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.19 da önleme araması ve kapsamı düzenlenmiştir. Bu madde de bentler halinde düzenlenmiştir nerelerde önleme araması yapılabileceği. Yönetmelik konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağını açıkça hükme bağlamıştır.

A.Ö.A.Y "denetim" adı altında kolluğun kendiliğinden yapabileceği işlemlerden bahsetmekte ve bu suretle bunların arama olmadığını açıklamaktadır. Yönetmeliğin 18. maddesinde düzenlenen bu hallere örnek olarak, eğlence yerleri, otel, bar, sinema, oyun yerleri, kumar oynanan yerler, mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, fuhuş yerleri,yürürlükteki hükümlere aykırı olarak işletilen yerler, on sekiz yaşından küçükleri çalıştıran yerlerin denetimi gibi.

C) ADLİ ARAMA

1) Şüpheli ve Sanık İle İlgili Arama

CMK 116'da şüpheli veya sanıkla ilgili arama yapılabilmesinin şartı olarak "*makul şüphe*" belirtilmiştir. Makul şüphe şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği konusunda mevcut olan, akla yatkın, mantıklı ve gerekçelendirilebilir, kararda açıklanması gereken şüphedir. Arama Yönetmeliği de makul şüpheyi tanımlamıştır."-**Hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe" AÖAY,6/1.** Örneğin bir yerde korsan kitap bulunduğu yönünde bir ihbar üzerine orada arama yapılabilmesi kural olarak mümkündür çünkü, orada suç delillerinin elde edilebilme olasılığı vardır. İkinci olarak ise makul şüphe bulunmalıdır. Sadece ihbar makul şüphe açısından yeterli değildir. Şüphe somut olgulara dayanmalıdır. Bu bakımdan söz konusu

10 Ünver-Hakeri,s.342

11 Ünver-Hakeri,s.343

örnekte kitapçıdan alınmış kitaba ilişkin satış fişi bulunmalıdır veya oradan alınmış bir korsan kitap gösterilebilmelidir.

Makul şüphe kararda gerekçelendirilmelidir aksi takdirde arama kararı hukuka aykırı olur[12]. Şüpheli ve sanık bakımından aramada aranan şart zaman şartıdır. Aranılan yer mesken, işyeri vesair kapalı bir mahal ise gece arama yapılamaz. CMK 118/1 uyarınca "*Konut, işyeri, ve diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz".* Burada gündüz denilirken amaç güneşin doğmasından bir saat öncesinden güneşin batmasına bir saat kala olan zaman dilimidir.[13] AÖAY 6/2 de *makul şüphenin arama yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önün tutularak belirleneceği belirtilmektedir.*

2) Diğer Kişilerle İlgili Arama

Kanunumuz şüpheli ve sanık dışındaki kişilerinde aranmasına olanak tanımıştır.Bunun içinde aynı şüpheli ve sanıkla ilgili aramada olduğu gibi, şüpheli ve sanığın yakalanabilmesi ve suç delillerin elde edilebilmesi amaçları aranmaktadır. CMK burada makul şüphe değilde "*aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı"*nı aramaktadır. Yani burada şüpheden çok **belirlilik** aranmaktadır. Aksi takdirde olayla ilgisiz 3.kişilerin yaşam alanına müdahale edilebilir bu sebeple kanunumuz makul şüphe yerine **belirlilik aranmaktadır.**

3) Arama Kararı

Arama Kararı Vermeye Yetkili Merciler

aa) Hakim ve Savcı

Arama kural olarak hakim kararıyla yapılabilir. Ancak kanunumuz kademeli olarak başka mercilerede bu yetkiyi tanımıştır. Bu bağlamda *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yazılı emri ilede arama yapılabilir.* Gecikmesinde sakınca bulunması ve savcıya ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilir. Bütün bu üç merci bakımından da ortak koşul arama için karar veya yazılı emrin gerekli olmasıdır[14]. Arama kararını verecek olan hakim, aramanın yapı-

12 Ünver-Hakeri,s.346

13 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.994

14 Ünver- Hakeri

lacağı yer sulh ceza hakimidir. Kovuşturma aşamasında da sanık ile ilgili olarak mahkemenin karı gerekir. Arama kararı olmadan, ilgilinin muvafakati ile yapılan arama hukuka aykırıdır. Mağdur açısından bu olanaklı olmakla birlikte, şüpheli ve sanık açısından kabul edilemez [15].

bb) Kolluk Amiri

Kanunumuz kolluk amirine de arama emri verme yetkisi vermiştir. Ancak kolluk amiri sadece savcıya ulaşılamayan hallerde arama emri verebilir bu emirde sadece kişilerin üstü veya eşyalarıyla ilgili olarak verilebilir. Buna karşılık somut konut, işyeri, veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda ya hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yazılı emri gerekmektedir.

Şu hallerde arama kararı veya emrine ihtiyaç olmadan arama işlemi doğrudan doğruya kollukça yerine getirilebilir: (AÖAY m.8)

-Hakkında yakalama emri, zorla getirme kararı veya gıyabi tutuklama kararı verilen kişilerin üstünde arama yapılması

- Bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda,işyerinde,yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında arama yapılması .Bu tir durumlarda belirtmek gerekir ki kolluk yetkili merciin emrini yerine getirmiş olacaktır. (TCK 24)

- Kolluk memurlarınca doğrudan yapılan yakalama halinde yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına, veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılması. Bu durumda yine kolluk görevlisi yasanın kendisine verdiği yetkiyi kullanmaktadır (TCK 24, CMK 90).

- Suçüstü yakalaması yapılabilmesi için konuta, işyerine ve kapalı alanlara girilmesi. Bu halde yasa herkese yakalama yetkisi vermektedir.

Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konulmadan önce üstünün aranması

Herhangi bir nedenle hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla, takip sırasında girilen araç, bina ve eklentilerinde arama yapılması.

15 Ünver-Hakeri,s.352

Bu sayılan hallerde hakimin arama kararı, yetkili merciin yazılı olarak arama emri vermesi gerekmez [16].

Konut, işyeri, kamuya açık olmayan kapalı yerlerde geceleyin arama yapmak karar ve emrini hakim ve mahkeme verebilir,kolluk re'sen hareket edemez bu yerlerde kolluk amirinin yazılı emir vermesi CMK'na uygun değildir[17]. Somut olayda *"şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır"[18].*

Arama kararı veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiil,aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, arama kararının veya emrinin geçerli olacağı süre açıkça gösterilir.

Aramanın İcrası

Aramanın yapılacağı zaman

Arama, arama kararı veya emrinde gösterilen süre zarfında yapılır. Kural olarak arama işlemi gündüz yapılır. Konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz CMK 118/1[19]. Bu kuralın istisnası hemen aynı maddenin 2. Fıkrasında düzenlenmiştir. Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da kaçan şüphelinin, tutuklu, veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla, geceleyin de arama yapılabilmesidir.

16 Nur Centel-Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeniden ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2006, s.338

17 Ünver-Hakeri,s.368

18 YCGK, T.17.11.2009,E.2009/7-160,K.2009/164,www.kazancı.com.tr,(08.01.2013)

19 Centel- Zafer,s. 338

b) Aramada Hazır Bulunabilecekler

Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi, aramada hazır bulunabilirler. Bu kişiler bizatihi hazır bulunmasalar bile temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu aramada hazır bulundurulur.(CMK 120) Bu kişiler *gözlemci* olarak işleme katılırlar.

Konut, işyeri, veya diğer kapalı yerlerde Cumhuriyet Savcısının önünde ve denetiminde bir arama yapılamıyorsa, kolluğun yanında işleme tanıklık yapmak üzere o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. (CMK 119/4) Hakkında arama tedbiri uygulanan kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz ancak avukatın çağrılması ve beklenmesi aramayı sonuçsuz bırakmayacak olmalıdır[20].

Arama sonucunda arama işlemi tutanağa bağlanır. Bu tutanağa işlemi yapanların açık kimliği yazılır. Yönetmeliğin 11. Maddesinde adli arama tutanağı açıkça düzenlenmiştir.

Arama sonucunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116. ve 117. maddeye göre yapıldığını ve soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini gösteren bir belge verilir (CMK 121/1).

Kolluk belge ve kağıtları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki hakim ve savcıya aittir. Kolluk, arama sırasında ele geçen belge ve kağıtlara suçla ilgisi olup olmadığını tespit etmek amacıyla *incelemeksizin bakabilir.* AÖAY'de açıkça düzenlenen 16. Maddede "*Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda kanunun öngördüğü şekilde incelenecek belge ve kağıtları ambalajlayarak mühürler*" hükmü bulunmaktadır[21].

c) Avukat Bürolarında Arama

Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK 130/1)[22]. Avukat büroları soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakiminin vereceği kararla aranabilir. Benzer bir hükümde Avukatlık Kanunu 58. Maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye

20 Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999,s.133

21 Ünver-Hakeri,s.371

22 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.1021

göre avukat büroları avukatların Türkiye Barolar Birliği veya baroların organlarında ki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır[23]. Basında yer alan hukuka aykırı olarak yapılan aramanın en canlı örneği Av. F.İ'nin bürosunda yapılan aramadadır. Dolayısıyla yapılan hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen deliller yargılamada kullanılmamalıdır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır[24].

"*Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır*".

Arama kararında aramanın yapılacağı yer belirtilmektedir, fakat elde edilmesi istenilen delillere kararda gösterilen yerde ulaşılmayınca bu avukatın başka bürosunda da arama kararı olmaksızın arama yapılmıştır bu da avukat bürosundaki aramanın hukuka aykırı olarak gerçekleştiğini göstermektedir.

5. Aramada Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Arama sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınır ve bu durum savcılığa derhal bildirilir CMK 138/1. Böylece bu tür delilin hukuka uygun olabilip kullanılabilecektir[25]. Yönetmeliğin 10. Maddesinde bu eşyanın *koruma altına alınacağından* bahsetmektedir.

II) EL KOYMA

Bir koruma tedbiri olarak el koyma, rıza bulunmayan hallerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir. Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacı ile bir eşya bir kimsenin elinden alınabileceği gibi, suçun delili olabileceği veya eşya veya kazanç müsaderesine tabi olduğu için geçici olarak

23 Ünver-Hakeri,s.372

24 YCGK, T.29.11.2005,E.2005/7-144,K.2005/150,www.kazancı.com.tr (08.01.2013)

25 Ünver-Hakeri,s.373

devletin muhafazası altına alınabilir. Birinci halde *ÖNLEME EL KOYMASI* ikinci halde *ADLİ ELKOYMA* sözkonusu olur [26].

Yeni CMK "muhafaza altına alma ve el koyma" ayırımı yapmıştır.Rıza ile verilen eşya muhafaza altına alınmaktadır. Rıza ile verilmeyen eşya el konulmaktadır.

Muhafaza Altına Alma: İlgili delil olabilecek eşyayı istek üzerine kendiliğinden verirse, şüphe sebebi olacak eşya muhafaza altında tutulur.

El koyma: İlgili eşyayı kendi rızası ile vermezse zor kullanarak elinden alınabilir.

El koyma bütün koruma tedbirleri gibi geçicidir. Elkonulan eşya muhakemenin sonunda y müsadere edilir yahut zilyedine iade edilir.

A) El koyma Kararını Verme Yetkisi

Kural olarak hakim kararı ile olur. Ancak gecikmede sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile el koyma işlemi gerçekleştirilebilir. El koyma işlemi savcı veya kolluk amirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirildiği takdirde 24 saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim kararını 48 saat içinde açıklar. Aksi takdirde el koyma işlemi kendiliğinden ortadan kalkar. Kanunumuz esasen arama ile el koyma koruma tedbiri için karar vermeye yetkili mercii bakımından paralel hüküm getirmiştir ancak el koyma da hakim onayına sunulması farkı bulunmaktadır.

B) El koyma Kararının İcrası

El koyma işleminden sonra bir tutanak tutulur ve kolluk görevlisinin açık kimliği bu tutanağa geçirilir. El koyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir ve böylece mağdurun kendisine ait olabilecek eşyalarım akıbeti hakkında bilgi sahibi olması istenmiştir. Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/5 maddesi uyarınca bu bildirim Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılmaktadır. Bildirim el koyma kararının infazından sonra yapılacaktır. Kanun hükmünde de el koyma kararının bildirilmesinden değil, elkoyma işleminin bildirilmesinden bahsetmektedir.

Bu tedbirin uygulanması sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınır ve durum savcılığa derhal bildirilir (CMK 138/1)[27].

26 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.1026

27 Ünver-Hakeri,S.379

C) Avukat Bürolarında Elkoyma ve Postada El koyma

Kanunumuz tıpkı aramada olduğu gibi elkoyma koruma tedbirinde de avukatlarla ilgili özel hükümler sevk etmiş durumdadır. El konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat , el konulan şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda bu şeyler ayrıca zarflanır veya paket içersine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi soruşturmada sulh ceza hakiminden, kovuşturmada hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemin tutanakları ortadan kaldırılır [28]. Postada el koyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın el koyma işlemine karşı çıkması durumunda CMK 130. Maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümler uygulanır. Basında yer alan hukuka aykırı olarak yapılan aramanın en canlı örneği Av. F.İ.'in bürosunda yapılan aramadadır.

D) Özel El koyma Halleri

1) Taşınmaz Hak ve Alacaklara El Koyma

CMK 128'e göre soruşturma ve kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde ilgili maddede belirtilen taşınmaz, araç, hesap, hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortaklık payına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine el konulabilir. Bu madde hükmüne göre el koymaya karar verme yetkisi sadece hakime tanınmıştır. Bu kurala hiçbir alternatif tanınmamıştır yani CMK bu noktada diğer arama- el koyma durumlarından farklı bir düzenleme içermektedir. Burada belirtilmesi gereken husus taşınmaz, hak ve alacakların ancak şüpheli veya sanığa ait olmaları halinde el konulabileceğidir. Bu şeyler başka bir kimsenin zilyetliğinde olsa dahi el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için mülkiyetin şüpheli veya sanığa ait olması gerekir[29] .

2) Postada El koyma

Suç delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi ve özel kuruluşta bulunan gönderilere, sulh ceza hakiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

28 Ünver-Hakeri,s.379

29 Ünver-Hakeri,s.380

Cumhuriyet savcısının kararıyla el konulabilir. Burada genel el koyma tedbirinden farklı olarak gecikmede sakınca bulunan hal sebebiyle kolluk amirine postada el koyma emri verme yetkisi tanınmamıştır [30]. Hakim veya Cumhuriyet savcısının merinin kendilerine bildirilmesi üzerine el koyma işlemini yerine getiren kolluk memurları, gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. El konulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhal el koyma kararını veya emrini hakim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir (CMK 129/2) [31].

3) Basılmış Eserlere El Koyma

Basın Kanunu madde 25 uyarınca delil olarak basılmış eserlerin en fazla 3 adedine savcı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk el koyabilir. Müsadere için ise basılmış eserlerin tümüne el konulur ve buna "toplatma" denilir. Süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin kanunda belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli şüphe bulunması halinde Türkiye'de dağıtılması, satışa sunulması başsavcılığın talebi üzerine hakim kararıyla yasaklanabilir. Başsavcılığın kararıyla yasaklama kararı alınsa da bu karar en geç 24 saat içinde hakimin onayına sunulmaktadır. Eğer hakim bu kararı 48 saat içinde onaylamazsa başsavcılığın bu kararı hükümsüz kalır[32].

4) Zorlama Amaçlı El Koyma

Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye ***kaçak*** denir. Kovuşturma aşamasında mahkemeye davet edilen sanık, davete uymaz, ve hakkında çıkartılan zorla getirme kararı da sonuçsuz kalırsa, mahkeme çağrının gazeteyle ve sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verir. Yapılan ilanlarda gelmediği takdirde hakkında zorlama amaçlı el koyma tedbirine hükmedileceği ayrıca bildirilir[33]. **Bu tedbire sadece kovuşturma aşamasında mahkemece karar verilebilir.** Mahkeme kaçak olduğuna karar verdiği sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla sanığın Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak el konulmasına karar verebilir. CMK 248. Maddesinde bu tedbirin uygulanabilmesi için katalog suçlar düzenlenmiştir. 248/8 uyarınca bu kararlara itiraz edilebilir.

30 Centel-Zafer,s.351
31 Ünver-Hakeri,s.382
32 Ünver-Hakeri,s.384
33 Centel-Zafer,s.352

El Konulan Eşyanın İadesi

İade kararını savcı, hakim ve mahkeme vermektedir. CMK 131/1 uyarınca talep reddolunduğunda itiraz edilebilir [34].

El Konulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması

Elden çıkarma kararı soruşturmada hakim, kovuşturmada mahkeme tarafından verilir. Bu karar duruşmalı olarak verilir önce kararın ilgilileri yani şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlendikten sonra elden çıkarma kararı kendilerine bildirilir[35].

III) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve El Koyma

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması halinde savcının istemi üzerine hakim kararıyla şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılabilir, bilgisayar kayıtlarından kopyalar çıkarılabilir ve bu kayıtlar çözülerek metin haline getirilebilir. (C.M.K 134/1) Eğer bilgisayarda şifre bulunuyorsa ve bundan ötürü içindeki bilgilere ulaşılamıyorsa bilgisayarın tümüne el konulabilir. Şifrenin çözümü ve gerekli kopyaların alınmasından sonra bilgisayar gecikmeksizin iade edilir. (C.M.K134/2) [36]

El koyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır ve bu yedeklerden şüpheli veya vekiline istemesi halinde birer kopya verilir. CMK 134 uyarınca sadece şüphelinin kullandığı veya ona ait bilgisayar, bilgisayar kütüklerinde arama yapılabilecek ve başkalarının kullandığı veya şüphelinin kullanmaması kaydı ile üçüncü kişilere ait bilgisayarlarda arama yapılamayacaktır.

CMK 134/1 de yer alan hüküm hatalı düzenlenmiştir. Sanığın kullandığı veya sanığa ait bilgisayar veya bilgisayar kütüklerinde arama yapılması olanağı bulunmamaktadır. Bu hükmün kovuşturma evresi için yani sanık hakkında da kullanılması kanunilik ilkesine ters düşmektedir. Bu sebeple bu hükmün kovuşturma evresinde de uygulanabilmesi için mutlak olarak kanuni düzenleme gerekmektedir[37].

Bizim hukukumuzda *online arama* düzenlenmemiştir. Online arama

34 Ünver-Hakeri,s.384
35 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu,s.1046
36 Ünver-Hakeri,s.388
37 Ünver-Hakeri,s.388

yapılabilmesi için kanuni düzenleme şarttır aksi takdirde koruma tedbirlerinin kanunilik ilkesine aykırılık söz konusu olur.

SONUÇ

Arama(adli- önleme) ve el koymaya ana hatlarıyla değinildikten sonra sırasıyla bu koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin kararı vermeye yetkili mercilerden, bu tedbirlerin nasıl, hangi durumlarda uygulandığından, arama sırasında elde edilen tesadüfi delillerden ve bu delillerin akıbetinden bu çalışmada söz edilmiştir.

Koruma tedbirleri araçtır amaç değildir; geçicidir, dolayısıyla arama, el koyma tıpkı yakalama ve gözaltında olduğu gibi birbirini tamamlayan koruma tedbirleridir. Süreklilik arz etmeyeceği için, arama sonucu arama konusu suça ilişkin bir delile rastlanırsa el koyma tedbiri uygulanabilir.

KAYNAKÇA

1. Nur Centel-Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeniden ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 2006
2. Nurullah Kunter- Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku
3. Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999
4. Yener Ünver- Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 2. Baskı, Ankara 2009,
5. www.kazancı.com.tr

İNTERNET KULLANIMININ ÖZELLEŞMESİYLE ARTAN SOSYAL PLATFORMLARDA KİŞİ TAKLİDİNİN BİLİŞİM SUÇLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Erdem KOZAN[1]

GİRİŞ

İletişim tarihin her safhasında insanoğlu için oldukça önemli bir kavram olmuştur. Önceleri günlük ihtiyaçların giderilmesi için bir araç olarak kullanılan iletişim, zamanla belki de en önemli fonksiyonu olan bilginin aktarımında (ve dolayısıyla bilginin birikiminde) rol oynamıştır. Bilginin sonraki nesillere aktarımı ilk başta hiyeroglif ve çivi yazısı gibi ilkel yöntemlerle ve oldukça yavaş bir şekilde gerçekleşmişken çağımızda bu aktarım çok daha hızlı ve komplike araçlarla gerçekleşmektedir. Teknolojide yaşanan gelişmeler tabi ki bir süreç içinde ilerlemiş ve neticede ortaya "bilişim" kavramı çıkmıştır.

Yaşanan bu süreç boyunca, yaklaşık otuz ton ağırlığındaki ENIAC[2] isimli ilk bilgisayardan, cep boyutunda bilgisayar fonksiyonlu akıllı telefonlara kadar geçen teknolojik gelişim, insan hayatında da oldukça farklı alanlarda değişiklikler yaşanmasını sağlamıştır. Bu gelişimde belki de en büyük sıçramayı internet kullanımı ve bu kullanımın bireyselleşmesi ve sadece iş hayatında değil özel hayatta da yaygınlaşması gerçekleştirmiştir.

Gelinen safhada bilgisayar ve internet artık lüks olmaktan çıkmış ve neredeyse hayatımızın ayrılmaz bir parçası, bir temel ihtiyaç haline gelmiştir. Bu durum da beraberinde çeşitli hukuki sorunların gündeme gelmesine sebebiyet vermiştir. Hukuki sorunların bazıları özel hukuk alanına bazıları da genel olarak kamu hukuku ve bu dalın özel bir alanı olan ceza hukuku kapsamına "bilişim suçları" başlığı altında yer almaktadır. Tabi ki "bilişim suçları" sadece bilgisayar aracılığıyla ve internet ortamında işlenmemektedir. Ancak bu çalışmada ele alınacak olan olay bilgisayar

1 İstabul Barosu avukatlarından.

2 ENIAC, "Electronic

Numerical Integrator And Computer" sözcüklerinin baş harflerinden oluşmaktadır. Anlamı, "elektronik sayısal entegreli hesaplayıcı"dır. 1945 yılında John Maucley ve J. Prosper Eckort tarafından Amerikan ordusu için üretilmiştir.

aracılığıyla ve internet ortamında gerçekleştiğinden, çalışma genel olarak bu konuya odaklanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİLİŞİMİN HAYATIMIZA VE HUKUK BİLİMİNE ETKİLERİ İLE İNTERNET KULLANIMINDA YAŞANAN GELİŞMELERİN "BİLİŞİM HUKUKUNA" OLAN ETKİLERİ

1. BİLİŞİM VE HUKUK

İnternetin, teknik imkânlar elverdiğince, sağladığı sınırsızlık, hayal gücünün sınırsızlığı ile aynı doğrultuda ilerlemektedir. Öyle ki, artık fiziki hayatımız, birkaç istisna ve tabii engeller haricinde sanal ortama aktarılmıştır diyebiliriz. Bugün bilgisayarların ve bilgisayar temelli internet gibi teknolojilerin bir şekilde rol oynamadığı insan faaliyeti yok gibidir. Dijitalleşme insan hayatına yeni bir yön vermekte, geleneksel değerlerin değişmesine yol açmaktadır. Bugün kimsenin geleneksel mektupla haberleştiği neredeyse görülmemektedir. Hemen hemen herkesin bir elektronik posta kullanıcısı olduğunu söylemek çok da abartılı olmayacaktır[3].

İnsan hayatında köklü değişikliklere yol açan bilgisayarların ve internetin aynı zamanda yeni hukuki sorunları da beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Özellikle yazılımların ve internetin gelişmesi, geleneksel üretim ve iletişim ilişkilerinin geçerli olduğu evrede şekillenen klasik hukuk kurallarının, yeni sorunlar karşısında yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Hukukun hemen her disiplini bilişim kaynaklı sorunlara eğildiği gibi artık "bilişim hukuku"ndan bahsedilmektedir.

1.1. Bilişimin Temelinin "Bilgi" Olması

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü'nde bilişim: "*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, enformatik*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu ifadede "bilgi" temel alınmıştır ve bu oldukça yerindedir. Çünkü bilişimin özü, teknik koşulların elverdiği ölçüde "bilgi"nin kişiler arası paylaşımıdır. Tekniğin binlerce yıllık gelişimi neticesinde bugün gelinen noktada bilgi, saliselerle ölçülecek sürelerde dünyanın farklı noktalarına aktarılabilmektedir. Bu nedenledir ki içinde

3 Gemalmaz, H. Burak, Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük, Beta Yayınları, 1.Baskı, Ekim 2011, İstanbul, syf. 2

bulunduğumuz zaman dilimine **"Bilgi Çağı"** diyenler çok da haksız değillerdir.

1.2. "Bilgi"nin İnternet Aracılığıyla Paylaşımının Ticari Boyutu

Bankacılık işlemlerinin büyük bir kısmının internet vasıtasıyla yapılması, internet üzerinden yapılan reklamların bütçelerinin artması, elektronik ticaretin yaygınlaşması, yasa koyucunun bu hususta düzenleme yapma ihtiyacı görmesi ve bunun yanında internet üzerinden yapılan faaliyetlerle elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi için denetimlerin arttırılması gibi gelişmeler göstermektedir ki internet, artık ekonomi alanında da oldukça yaygın bir şekilde kullanılan ve hatta kendi ekonomisini yaratan bir araç haline gelmiştir. Bu ekonominin daha da büyümesini isteyen girişimcilerin, daha fazla kişinin internet kullanıcısı olması için çabaladıkları da görülmektedir.

Bu çabalar neticesinde ticari olarak kullanılabileceği çok öngörülmeyen bazı (özellikle kişisel) bilgiler, internet aracılığıyla bir nevi meta olarak kullanılabilmektedir. Söyle ki; internetin en yaygın kullanım amaçlarından birinin, iletişim ve sosyalleşme olduğu söylenebilir. Kullanıcıların bu amaçla dâhil oldukları, özellikle üyelik sistemiyle çalışan sanal platformlar, kullanıcılardan, üye bilgileri adı altında kişisel bilgiler talep etmektedirler. Bu sayede milyonlarca kullanıcının kişisel bilgileri internet ortamına aktarılmaktadır. Bu gibi platformların gelir kaynaklarının büyük bir bölümünü reklamlar oluşturmaktadır. Oldukça ciddi reklam gelirleriyle bu platformlar kişilere ait bilgileri anılan reklamların hitap edeceği grupları oluşturmakta kullanmaktadırlar.

BBC'nin bir haberine göre, İngiltere'de 2009 yılında internet sitelerine verilen reklamların bütçesi televizyon reklamlarını ilk kez geçmiştir. Reklam sektöründe faaliyet gösteren Media Planning Group'un yetkilisi **Mark Mendosa** bu artışın sebebini şöyle açıklamış: *"Sanal ortama reklam verenler, paralarının nereye gittiğini görebiliyorlar; satışların nasıl etkilendiğini anında saptayabiliyorlar... Oysa televizyona, radyoya, reklam panolarına verdikleri reklamların birebir etkisinden emin olamıyorlar..."*[4] Açıklanan sebep oldukça mantıklıdır, çünkü bir internet kullanıcısının hareketleri, televizyon izleyicisine göre çok daha ayrıntılı olarak takip edilebilmektedir. Kişinin hangi siteye girdiği, hangi noktaya, kaç sefer tıkladığı gibi bilgilere ulaşmak mümkün olmaktadır. Reklam veren ise bu takip imkânı sayesinde tabir yerindeyse **"nokta atışı"** olarak yatırımlarını yönlendirebilecektir.

4 BBC: "İnternet reklamları TV'yi geçti." (www.bbc.co.uk/turkce/ekonomi/2009/09/090930_advertise.shtml)

Ticari açıdan, kira, istihdam, elektrik, su ve ağır vergiler gibi masraflardan tasarruf etmek isteyen yatırımcılar için de internet, **"elektronik ticaret"** kavramını hukuk literatürüne kazandırmıştır.

Ticaretin temel taşlarından birinin iletişim olduğu kabul edilirse[5], internetin, günümüzde ticaretin iletişim ayağında, diğer iletişim araçlarına nazaran daha büyük yer kaplamaya başladığını söyleyebiliriz.

Tekniğin sağladığı hız ile saliselerle ölçülen kısa bir sürede gerçekleştirilen "iletişim", elektronik ticaret açısından hukuken, **icaba davetlere, icaplara, kabullere ve nihayetinde sözleşmelere** dönüşebilmektedir. Elektronik ticaret o kadar ciddi boyutlara ulaşmıştır ki Bankalararası Kart Merkezi'nin açıkladığı verilere göre 2013 yılının Mayıs ayına kadar **"internette yapılan kartlı ödeme işlemleri"** sayısı toplam **67.511.030**'dur. Yine 2013 Mayıs ayına kadar yapılan işlemlerin toplam tutarı yaklaşık **3 Milyar TL**'dir[6]. Bu rakamlar da internetin ticari hayatta ne denli büyük bir yer kapladığının basit bir göstergesidir.

İnternetin ticari hayatta oynadığı rolün önemli boyutlara ulaşması beraberinde bazı hukuki sorunları gündeme getirmiş ve bu doğrultuda yasa koyucular, bazı düzenlemeler yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu çalışma hazırlanırken henüz TBMM gündeminde görüşülmek üzere 240 sıra numarası ile bekleyen Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, bu ihtiyacın giderilmeye çalışıldığının somutlaştığı bir örnek olarak gösterilebilir.

Kamu otoritelerinin bu doğrultudaki çalışmalarını yoğunlaştırdığını gösteren bir diğer somut örneği de Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın yapmış olduğu çalışmalardır. Anılan başkanlığın hazırladığı internet sitesi[7] sayesinde elektronik ticaretin diğer bir boyutu olan vergi alanında bazı hususların açıklığa kavuşturulması için çalışmalar başlatılmış ve bu çerçevede elektronik ticaret yapan **"elektronik girişimci"lerin** vergisel sorumlulukları açıklanmaya çalışılmıştır.

Görüleceği üzere internetin ticari hayattaki kullanımının artması ile birlikte çeşitli hukuki düzenlemeler gündeme gelmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu ticari kullanım sürecinde kişiler bazen bilinçli olarak bazen de çeşitli yollarla bilinçsiz olarak kişisel bilgilerini internet ortamında paylaşmaktadırlar. Bu paylaşımların kötü niyetli kullanımı da konuyu, çalışmamızın ana başlığı olan "bilişim suçları" boyutuna taşımaktadır.

---

5 "Ticaret", Wikipedia. (http://tr.wikipedia.org/wiki/Ticaret) Oturum Tarihi:26.08.2013

6 Bankalararası Kart Merkezi / Dönemsel Bilgiler (http://www.bkm.com.tr/donemsel-bilgiler.aspx) (Oturum tarihi: 08.08.2013)

7 www.egirisimci.gov.tr

1.3. "Bilişim Suçu" Terimi

Bankacılık işlemlerinin internet üzerinden yapılabilmesi, internet vasıtasıyla ticaret yapma olanaklarının çoğalması, sosyal platformlar sayesinde milyonlarca kullanıcının kişisel bilgilerin internet ortamında paylaşılması gibi özellikleri nedeniyle internetin, suç işlemeyi kolaylaştırdığı söylenebilir. Bireyler açısından büyük bir özgürlük sahası, iş dünyası için verimli bir yatırım alanı oluşturan internet, aynı zamanda suç işlenme potansiyelini de bünyesinde barındırmaktadır.

Suç işleyen kişinin belirli teknikleri kullanarak, kimliğini gizleyebilir oluşu, suça konu fiilin gerçekleştiği anda failin sanal ortamda bulunması ve başkaları tarafından fiziken teşhis edilememesi gibi unsurların, internetin suç işlemeyi kolaylaştırdığı yönündeki tez açısından dikkate alınması gerekmektedir.

Terim olarak "bilişim suçu"nun sorunsuz bir ifade olduğunu söylemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Şöyle ki, bilişim bir bilim dalını ifade etmektedir. Bugün bahsettiğimiz bilişim suçları ise genellikle bilgisayar temelli suçlardır. Oysa bilişim, bilgisayarı da kapsayan, bilgi akışı sağlayan farklı sistemlerin işleyişini inceleyen bilim dalını ifade eder.

Bu nedenledir ki Amerikan hukukunda bu kavram için "bilgisayar suçu" terimi kullanılmaktadır[8]. Ancak bu terime de, bilgisayarın suç işleyemeyeceği, asıl anlatılmak istenenin "bilgisayar marifetiyle işlenen suç" olduğu gerekçesiyle eleştiriler getirilmektedir. Türk hukukunda da bu konuda bir kavram birliği bulunmamaktaydı. Ancak günümüzde genel bir kabul olarak *bilişim suçları* kavramı üzerinde görüş birliğine varıldığı söylenebilir[9].

Bilişim suçları, genel olarak, verilere veya veri işleme bağlantısı olan sistemlere veya sistemin düzgün ve işlevsel işleyişine karşı, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar[10], şeklinde tanımlanabilir.

1.3.1. Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenmiş Bilişim Suçları

Türk Ceza Kanunu'nda (Bundan sonra kısaca "TCK" olarak anılacaktır) bilişim suçları, "bilişim alanında suçlar" ve "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" bölümünde düzenlenmişlerdir. Bunlar, özellik-

8 Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ekim 2012, 2. Baskı., s.62

9 Dülger, Murat Volkan, a.g.e, s.65

10 Dülger, Murat Volkan, a.g.e., s.67

le günümüzde bilişim sistemleri kullanılmadan işlenmesi mümkün olmayan suçlardır.

Bunların haricinde TCK'nın çeşitli bölümlerinde, bilişim sistemleriyle işlenebilecek suç tiplerine yer verilmiştir. Bilişim sistemleriyle işlenebilecek dolandırıcılık, hırsızlık bunlara örnektir.

Bilişim suçları, TCK'da şu numara ve başlıklar altında yer almaktadır:

"Topluma karşı suçlar" kısmının onuncu bölümünde *"bilişim alanında suçlar"* başlığı altında;

Madde 243 *"hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya sistemde kalma suçu"*,

Madde 244/1-2 *"bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, bozulması, verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi suçu"*,

Madde 244/4 *"bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlama suçu"*,

Madde 245 *"banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu"* yer almaktadır.

"Kişilere karşı suçlar" kısmının dokuzuncu bölümünde *"özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar"* başlığı altında;

Madde 135 *"kişisel verilerin kaydedilmesi suçu"*,

Madde 136 *"kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu"*,

Madde 138 *"verileri yok etmeme suçu"* yer almaktadır.

Bunların yanı sıra TCK'da bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilecek ancak yalnızca bilişim suçu olarak nitelendirilemeyecek suç tipleri de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak aşağıdaki suç tipleri verilebilir.

"Kişilere karşı suçlar" kısmının dokuzuncu bölümünde *"özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar"* başlığı altında;

Madde 132 *"haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu"* ve *"özel hayatın gizliliğini ihlal suçu"*,

"Kişilere karşı suçlar" kısmının yedinci bölümü olan *"hürriyete karşı suçlar"* bölümünde;

Madde 124 *"haberleşmenin engellenmesi suçu"*;

Sekizinci bölüm olan *"şerefe karşı suçlar"* bölümünde;

Madde 125 *"hakaret suçu"*;

"Malvarlığına karşı suçlar" bölümünde;

m.142/2/e *"nitelikli hırsızlık suçu"*, m.158/1/f *"nitelikli dolandırıcılık suçu"* ile

"Topluma karşı suçlar" kısmının yedinci bölümü olan *"genel ahlaka karşı suçlar"* bölümünde;

Madde 226 *"müstehcenlik suçu"*,

Madde 228 *"kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması suçu"*- düzenlenmiştir.

1.3.2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenmiş Bilişim Suçları

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (Bundan sonra kısaca "FSEK" olarak anılacaktır) 07.06.1995 tarih ve 4110 Sayılı Yasa ile kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile ülkemiz hukukuna getirilen yeniliklerden biri de FSEK'in 2. maddesinde ilim ve edebiyat eseri kavramının tanımı yapılırken, **bilişim yazılımlarının** da bu kavram içinde sayılması ve yasanın koruma kapsamına alınmasıdır. Buna bağlı olarak yasanın 71., 72. ve 73. maddelerinde de eser sahibinin haklarının korunması açısından düzenlenen suç tiplerinin konusunda bilişim yazılımları da dâhil edilmiştir[11].

FSEK'in "hukuk ve ceza davaları" üst başlıklı beşinci bölümde; hukuk davaları, ceza davaları ve çeşitli hükümler olmak üzere üç husus düzenlenmiştir. Bunlardan ceza davalarını düzenleyen B kısmında suçlar, mülga edilen "diğer suçlar" hükmüne karşılık olarak iki alt başlıkta düzenlenmiştir. Bunlardan 71. madde, "manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz"ü, 72. madde ise "koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri"ni kapsamaktadır.

5728 sayılı Kanunla FSEK 71'de değişiklik yapılmıştır ve yapılan değişiklik neticesinde anılan madde bir torba madde haline getirilmiştir.

11 Kaypakoğlu, Serhat, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997

Değişiklikten önceki "manevi haklara tecavüz", "mali haklara tecavüz", "bağlantılı haklara tecavüz" ile "eserin kimlik bilgilerinin yanlış verilmesi ile bilgi içerik sağlayıcıların eser sahiplerinin haklarını ihlal" suçlarını düzenleyen sırasıyla 71, 72, 80/10 ve ek 4/4. maddeler 2008'den itibaren artık FSEK'in "manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz" kenar başlıklı 71. maddesi içinde yer almışlardır.[12]

Neticede FSEK 71'in bugünkü düzenlemesinde yer alan suçlar;

Mali haklara tecavüz suçları (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 1. Alt bendi) manevi haklara tecavüz suçları (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 2. Alt bendi) bağlantılı haklara tecavüz suçları (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 3. Alt bendi) başkasının eserini sahiplenmek suçu (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 3. Alt bendi) intihal suçları (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 3. ve 5. Alt bendi) eser içeriğini ifşa suçu (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 4. Alt bendi) başkasının adından istifade suçu (FSEK 71. Maddenin 1. Fıkrasının 4. Alt bendi) olarak sınıflandırılabilir.

FSEK'e 21.02.2001 tarihli ve 4630 Sayılı Yasa'nın 37. Maddesi ile eklenen Ek 4. Madde ile eserin topluma sunulması esnasında kullanılan bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayısal kodların yetkisiz olarak ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi yasaklanmıştır. FSEK'in 71/2'de ise bu yasağa uyulmaması suç haline getirilmiştir.

FSEK Madde 72'e göre ise bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi **altı aydan iki yıla kadar** hapis cezasıyla cezalandırılır.

Görüleceği üzere yasa koyucu fikir ve sanat eserleri konusunda internetin yaygın kullanımını göz önünde bulundurarak çeşitli eklemeler ve değişiklikler yapmış ve neticede fikir ve sanat eserleri açısından da muhtelif "bilişim suçları" ortaya çıkmıştır.

1.3.3. Elektronik İmza Kanunu'nda Düzenlenmiş Bilişim Suçları

Elektronik imza/e-imza, elektronik ticaret kavramının ortaya çıkmasıyla "özel hukuk" alanında birbirinden çok uzakta olan kişilerin yaptıkları sözleşmeleri onaylamak ihtiyacını karşılamaktadır. Benzer şekilde

12 Yaman, Dilara. Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (M. 71/1-III) Makale (http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/3-kamu/11-dilarayaman.pdf)

özellikle e-devlet uygulamaları doğrultusunda çeşitli kamu hizmetlerinin güvenli e-imza ile gerçekleştirilmesi de sağlanmaktadır. Bu gelişmeler neticesinde artık birçok alanda e-imza kullanılmaktadır.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, hem e-imzanın hukuki ve teknik olarak kullanımını düzenlemek hem de e-imza vasıtasıyla işlenebilecek suçları önlemek amacıyla düzenlenmiştir. Kanun'un 16. ve 17. Maddeleri cezai hükümlerdir.

1.4 Bilişim Hukukunun Farklı Hukuk Disiplinlerinden Beslenmesi

Her ne kadar bilişim hukuku denildiğinde ağırlıklı olarak "bilişim suçları" ve dolayısıyla ceza hukuku akla gelse de bilişim hukuku, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, **multidisiplinerdir**. Ticaret, fikri mülkiyet, marka hukuku hatta anayasa hukuku gibi hukuk alanlarıyla da yakından ilgilidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, elektronik ortamda yapılan ticaretin hacminin oldukça büyümesi, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'na ihtiyaç duyulması gibi gelişmeler göstermektedir ki, bilişim hukuku ile ticaret hukuku oldukça sıkı ilişki içindedir ve gelecekte de olacaktır. Hatta kanımızca, gelecekte bilişim hukuku denilince akla ilk olarak "bilişim suçları"na nazaran elektronik ticaret gelecektir. Çünkü elektronik ticaret, cazibesi nedeniyle, hacminin çok daha fazla genişlemesi potansiyeline sahiptir.

Eser sahibinin münhasır haklarından "yayma hakkı" artık internet ortamında yoğun olarak kullanılmaktadır. Bunda internetin mesafeleri ve masrafları en aza indiren, kendine has özelliğinin etkisi büyük olduğu söylenebilir. Bu durumda meydana gelecek muhtemel uyuşmazlıklarda başvurulacak kaynaklardan biri FSEK olacaktır.

Bu konuda diğer bir örnek olan bilgisayar oyunlarının taşıdığı **eser olma özelliği** ve bu oyunların internet ortamından kişisel bilgisayarlara indirilebilmesi ve ayrıca internet bağlantısı ile çevrimiçi oynanabilmesi düşünüldüğünde, bilişim hukukunun fikri mülkiyet hukuku ile bağlantısının ne kadar ileri düzeyde olduğu anlaşılabilir.

İnternet sitelerinin alan adları, internette kullanılan görseller, hak sahiplerinin **marka haklarını** ihlal edebilmektedir. İnternet ortamında yapılan işlemler fiziki ortama göre oldukça hızlı ve kolay olduğundan bu ihlallerin görülme sıklığı artmıştır. Bu durumda da bilişim hukuku ile marka hukuku bir arada uyuşmazlığı çözecektir.

Görüldüğü üzere Bilişim Hukuku, birden fazla ve farklı disiplinlere (kamu hukuku, özel hukuk) mensup hukuk alanlarından beslenmektedir. Ancak bu husus "bilişim hukukunun" başlı başına ayrı bir hukuk alanı olarak kabul edilmeye başlandığı gerçeğini de ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim artık bazı üniversitelerde bu alanda dersler verilmekte, yüksek lisans programları açılmakta ve bu alana özel enstitüler kurulmaktadır.

Enstitülerden ilki İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, 28 Nisan 2010 tarihli, 27565 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/280 karar sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kurulmuş ve 16 Mayıs 2010 tarihli 27583 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ile faaliyete geçmiştir. [13]

2.BİLİŞİM VE İNTERNET

Yukarıda "bilişimin" tanımını "*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, enformatik*" olarak vermiştik. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bilişim için internet olmazsa olmaz bir araç değildir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bilginin aktarımında kullanılan teknik unsur (araç) bilişimin tanımlanmasında temel rol oynamamaktadır. Bunun içindir ki tanımda bilgi aktarımında yarayan araçlar için *"elektronik makineler"* lafzı kullanılmıştır.

Ancak pratikte ise durum bu şekilde değildir. İletişim sağlayan diğer araçlara göre teknik olarak daha ileri düzeyde olması ve günümüzde erişiminin oldukça kolay ve nispeten ucuz olması interneti bu anlamda öne çıkarmaktadır.

İnternet, dünya üzerindeki bilgisayarların kendi aralarında oluşturdukları iletişim ağlarının birbirlerine bağlanması düşüncesi doğrultusunda ortaya çıkmış olan geniş yapıdaki bir ağı ifade eder. Ancak bu anlamdaki tek ağ olduğu söylenemez. Bir ağ türü olarak ortaya çıkmıştır ancak en yaygın ve en geniş ağdır. Yapısı gereği bir merkezi ve hiyerarşisi yoktur, anonimdir. Çünkü ağı oluşturan bilgisayarlar internetin tuğlalarından biridirler.

TDK, internet kelimesi yerine "genel ağ" terimini benimsemiştir. TDK Büyük Türkçe Sözlüğü'nde genel ağ tanımı, şimdiye kadar yaptığımız açıklamaların bir özeti gibidir:

13 NTVMSNBC: "Türkiye'de kendi alanında bir ilk! YÖK'ten onay çıktı; İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı başvuruları yarın başlıyor." Oturum Tarihi: 08.08.2013 (www.ntvmsnbc.com/id/25127870/)

"Bilgisayar ağlarının birbirine bağlanması sonucu ortaya çıkan, herhangi bir sınırlaması ve yöneticisi olmayan uluslararası bilgi iletişim ağı, İnternet"

2.1.İnternet Kullanımının "Özelleşmesi"

Bugün bildiğimiz anlamdaki internet ağlarının babası sayılan **ARPANet**[14] 1969 yılında ABD'de kurulmuştur. Bu ağ üzerinde ilk olarak 4 ayrı üniversitedeki ana bilgisayarlar bağlantı kurmuştur. Bu üniversiteler: University of California at Los Angeles (UCLA), University of Utah, Stanford Research Institute (SRI) ve University of California at Santa Barbara'dır. (UCSB)[15]

Birkaç yıl içinde çok sayıda kurum (çok sayıda araştırma enstitüsü ve üniversite) aşamalı olarak ARPANet'e bağlandı. Henüz şahısların bağlantı kurması mümkün değildi. Bu tarihte henüz kişisel bilgisayarların (PC'lerin[16]) da mevcut olmaması unutulmamalıdır.

Peki, ilk kişisel bilgisayar ne zaman, kim tarafından üretilmiştir? İşte bu sorunun cevabı yıllardır büyük tartışmalara neden olmuştur. Araştırmacıların savundukları birden fazla firma mevcuttur. Ancak kanımca tartışılması gereksiz birkaç husus vardır. Öncelikle **"kişisel bilgisayar"**ın ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Kişisel bilgisayarın özellikleri, şahsi kullanımına yönelik özel olarak tasarlanmış olması, herhangi bir uzman veya operatörün yardımı olmadan kişilerin kendi başlarına kullanabilir olması, ortalama bir birey tarafından rahatça taşınabilir olması, kurumsal bilgisayarlara oranla daha ucuza mal edilmesi ve ortalama bir kişinin satın alabileceği fiyatta olması olarak sayılabilir. Bu durumda bilgisayarın kişisel kullanım amacıyla üretilmiş olmasından çok, sayılan bu özelliklerin tamamına yakınına sahip olması da gerekmektedir.

Bu özelliklere yakın birden fazla bilgisayar 1976 ila 1981 arasında farklı firmalar tarafından üretilmiştir. Ancak bugün bilgisayar denildiğinde aklımıza gelen forma ve teknik özelliklere en yakın üretimler **IBM**[17] tarafından gerçekleştirilmiştir. Bunu ifade ederken, IBM'in ürettiği bil-

14 İngilizce "Advanced Research Projects Agency Network, kelimelerinin kısaltmasıdır. Türkçesi, Amerikan Gelişmiş Savunma Araştırmaları Dairesi Ağı'dır.

15 Webopedia: "Brief Timeline of the Internet" Oturum Tarihi: 10.08.2013 (www.webopedia.com/quick_ref/timeline.asp)

16 İngilizce "Personal Computer" kelimelerinin kısaltmasıdır. Türkçe, "kişisel bilgisayar" demektir.

17 İngilizce "International Business Machines" kelimelerinin kısaltmasıdır. Türkçesi, "Uluslararası İş/Ticaret Makineleri"dir. Merkezi Armonk, New York, ABD'de olan, bilişim teknolojisi şirketidir.

gisayarlarda kullanılan ve bilgisayarın kişisel kullanımını kolaylaştıran **Microsoft** işletim sistemlerinin bu sonuçtaki payını da es geçmemek gerekir. İlk kişisel bilgisayar kabul edilen IBM 5150, üretildiği 1981 senesinde 1.565,00 ABD Dolarından[18] satışa sunulmuş ve 1 milyon satış rakamına ulaşmıştır.

Kişisel bilgisayarda yaşanan bu gelişmelerden sonra bilgisayar birçok haneye girmeye başlamış ve 1990 yılında **World Wide Web**'in, Avrupa Nükleer Araştırma Merkezi (CERN)'de bir bilgisayar programcısı olan Tim Berners-Lee tarafından bulunup geliştirilmesiyle internet büyük oranda yaygınlaşmıştır. World Wide Web, kısa formuyla "www", internet bağlantısı bulunan bir bilgisayarın, internete bağlı diğer bilgisayarlarca internet ortamında paylaşılmış yazıların, görsellerin hatta seslerin algılanmasını ve kullanıcıya aktarılmasını sağlayan bir servistir. Bu serviste bir kullanıcı, seçtiği alan adı ile kendi dokümanlarını internet ortamında, yani internet sitelerinde paylaşmaktadır. Dokümanların bulunduğu ortam o kullanıcının adresidir. Diğer kullanıcılar bu adrese başvurduklarında paylaşılmış dokümanları kendi bilgisayarlarında görebilmektedirler.

"www"nin kullanılmasını izleyen 10 yıl içerisinde internet kullanıcı sayısı **360 milyonu**, tescil edilmiş internet sitesi sayısı **10 milyonu** bulduğu gözlemlenmiştir. Böylelikle internet, artık yalnızca üniversitelerin, devlet kurumlarının kullandığı bir ağ değil, dileyen herkesin çeşitli sınırlara uymak kaydıyla "özel" amaçlarla kullanabileceği bir özgürlük alanı haline gelmiştir.

Öyle ki kimi ülkelerin, buna Türkiye'de dâhil, zaman zaman uyguladıkları erişim engelleri haricinde, internet üzerindeki tüm sitelere, tekniğin el verdiği ölçüde dünyanın hemen hemen her yerinden ulaşmak mümkün hale gelmiştir.

2.1.1. İnternet Kullanımının "Özelleşmesinin" Sonuçları

İnternete erişimin gün be gün daha kolay ve ucuz bir şekle bürünmesi ile internetin yaygınlaşması mümkün olmuş, internet yaygınlaştıkça da özel kullanım amacıyla erişimde artış yaşandığı gözlemlenmiştir.

İnternete erişimin yaygınlaşması ve özel kullanımın artması gelişmeleri sonucunda yatırım çevrelerinin dikkatlerini bu yöne çevirdiği görülmüştür. Birçok banka, internet üzerinden bankacılık işlemleri yapılmasına olanak sağlayan internet siteleri oluşturmuştur. Böylece milyonlarca

18 Announcement press release (Oturum tarihi: 10.08.2013) (http://www-03.ibm.com/ibm/history/exhibits/pc25/pc25_press.html)

banka hesap bilgileri internet ortamına aktarılmıştır. Bununla birlikte de bilişim suçlarında büyük bir artış yaşanmıştır.[19]

İnternet yaygınlaştıkça, internetin bir merkezinin, yani uluslararası bir teknolojik yahut hukuki merkez, üst yapı olmayışı, dolayısıyla bir internet kullanıcısına yaptırım uygulayacak merciinin olmayışı kötüye kullanımı arttırmıştır. Bunun sonucunda da devletler, kendi internet kullanıcılarını, çıkardıkları yasalarla kontrol altına almayı hedeflemişlerdir. Bu, bazı devletlerde aşırıya kaçmış ve sansüre varan kısıtlamalar görülmüştür.

Ülkemizde de kontrol amacı doğrultusunda 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (Bundan sonra kısaca "5651 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) çıkartılmıştır. Bu kanun, öngördüğü sansüre varan ağır yaptırımlar nedeniyle eleştirilmektedir. Özellikle 8. Maddede öngörülen **erişimin engellenmesi** koruma tedbiri[20] suç şüphesinin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısının kararı ile dahi konulabilmektedir. Hukuk uygulayıcılarının internet ve bilişim hakkında yeterli donanıma sahip olmadıkları ihtimali göz önüne alındığında, erişimin engellenmesi koruma tedbiri bireyleri mağdur edebilecektir. Çünkü internet kullanımının özelleşmesiyle beraber artık bireyler, interneti, her türlü bilgiye ulaşmak, fikirlerini özgürce paylaşmak ve sosyalleşmek gibi amaçlar için doğal bir hak olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Erişimin engellenmesi gibi ağır sonuçları olan bir tedbire karar verilmesinin bu denli kolay olması, uygulamada hak ihlalleri doğurabilecektir.

Tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin **Ahmet Yıldırım v. Türkiye** kararına konu olan erişimin engellenmesi kararının sonuçları gibi. Mahkeme, başvurucuya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinde yer alan **ifade özgürlüğünün** ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminat olarak 7.500,00 Avro, masraf ve ücretler nedeniyle de 1.000,00 Avro ödenmesine hükmetmiştir. Buna neden olarak akademisyen olan başvurucu Ahmet Yıldırım'ın, bilimsel çalışmalarını yayınladığı **internet günlüğünün/blogunun** kapatılması gösterilmiştir. Söz konusu blog, **Google Sites**[21] tarafından sağlanan bir hizmettir ve yerel mahkeme (Denizli Asliye Ceza Mahkemesi) yine Google Sites'dan alınmış bir bloga, Atatürk'e

19 Dülger, Murat Volkan, a.g.e., s.96

20 "Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yürütülmesini sağlamaya, muhakeme sonucunda uyuşmazlık konusu olaya uygun bir karar vermeye ve verilen kararın infazını gerçekleştirebilmeye yönelik tedbirlerdir." (Toroslu, Nevzat – Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 210-211)

21 Kullanıcıların üye olarak, ana siteye bağlantılı, kendilerine ait internet siteleri oluşturdukları bir internet sitesidir.

hakaret suçlaması ile devam eden soruşturma için erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Kararın infazı için karar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (Bundan sonra kısaca TİB olarak anılacaktır) gönderilmiştir. Bundan kısa bir süre sonra da TİB, sadece mevcut siteye değil, başvurucunun da sitesine/bloguna erişimin engellenecek şekilde kararın kapsamının genişletilmesini talep etmiştir. TİB, sitenin sahibinin yurtdışında yaşaması nedeniyle suça konu sitenin engellenebilmesi için ellerindeki tek teknik aracın bu olduğunu ifade etmiştir.

TİB, sonuç olarak Google Sites'a bütün erişimi engellemiş ve bu nedenle başvurucunun kendi sitesine erişimi mümkün olamamıştır. Başvurucunun durumunu düzeltebilmek adına daha sonraki bütün girişimleri söz konusu mahkeme kararı nedeniyle başarısız olmuştur.

Başvurucunun Nisan 2012 tarihinde Mahkeme'ye gönderdiği mektupta, bilebildiği kadarıyla diğer sitenin sahibi olan şüphelinin yurtdışında yaşadığı için kimliği ve adresinin tespiti mümkün olmadığından soruşturmanın takipsizliğine karar verilmiş olmasına rağmen halen kendi sitesine erişiminin olmadığını belirtmiştir.

Başvurucu, kendisi ya da sitesiyle hiçbir bağı olmaksızın bir ceza soruşturması bağlamında verilen bir tedbir kararı yüzünden kendi internet sitesine erişiminin mümkün olmaması nedeniyle 10. maddeye (ifade özgürlüğü) dayanmıştır. Kendisi, tedbirin bilgi ve fikirleri alma ve yayma özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Karar incelendiğinde görülecek en çarpıcı husus, TİB'in erişimi engelleme kararının tüm Google Sites'i kapatmadan uygulanamayacağı yönündeki açıklamalarıdır. Google Sites, 5651 sayılı kanundaki tanımlamalarda "yer sağlayıcı" tanımına uymaktadır. Kanun'da yer sağlayıcıların hukuka aykırı yayınlardan ancak kendilerine bildirim yapıldığında, teknik imkânlar dâhilinde sorumlu olacakları belirtilmektedir. Bu konu ileride daha ayrıntılı açıklanacaktır.

Bu durumda TİB, bu kararı uygularken Google Sites'a bildirimde bulunmaksızın, söz konusu soruşturmayla hiçbir şekilde ilgisi olmayan dünya çapında oldukça yaygın olan bu siteye erişimi engellemekte sakınca görmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuk uygulayıcılarının internet ve bilişim konularında daha yetkin hale gelmeleri gerektiği ortadadır. Çünkü bu durum ilk planda insan hakları ihlallerine, ikinci planda da ülke itibarının aşağılara çekilmesine neden olmaktadır.

2.2. İnternet Siteleri

İnternet sitesi ya da diğer adıyla web sitesi, metin, görsel veya animasyon şeklinde ziyaretçisine bilgi aktaran veya hizmet sunan sayfaların tümünü kapsayan bir sanal dokümanlar topluluğudur.

Ziyaretçiler bir web sitesine, **HTTP**[22] veya **HTTPS**[23] protokollerinden aşağıdaki bileşenlerden oluşan benzersiz bir adresi kullanarak erişirler:

Örneğin, http://www.alanadi.com

www : World Wide Web, Dünyayı Saran Ağ

alanadi : Domain Name, Alan Adı

com : TLD, Top Level Domain, Üst Seviye Alan Adı

Bu adres ile ulaşılan internet sitesi, gerekli dosyalara ulaşım ve dosyaların sergilenmesini sağlayarak, ziyaretçiye görsel sunum şeklinde hizmet verir. Bir internet sitesi **statik** veya **dinamik** olabilir.

2.2.1. Statik İnternet Sitesi

Statik bir internet sitesi, içeriği sık bir şekilde değişikliğe uğramayan sitedir. Ziyaretçi veya varsa üye katkısı yok denecek kadar azdır. Site, tamamen siteyi oluşturan kişi tarafından düzenlenebilir. Statik bir internet sitesi oluşturulurken genellikle **HTML**[24] yazı dili kullanılır.

Statik internet sitesindeki sayfalar, sayfaları oluşturan yönetici tarafından değiştirilmedikçe herhangi bir güncellemeye gerçekleşmemektedir ve site en son yapılandırıldığı hali ile durur.

2.2.2. Dinamik İnternet Sitesi

Dinamik bir internet sitesinde, farklı içerik ile sunulması istenen kısımlar bir veritabanında tutulur ve sayfa çağrıldığında bu bilgiler verita-

22 İngilizce Hypertext Transfer Protocol kelimelerinin kısaltmasıdır. Türkçe, Hiper Metin Aktarım Protokolü demektir. Bir kaynaktan dağıtılan ve ortak kullanıma açık olan hiperortam bilgi sistemleri için uygulama seviyesinde bir iletişim kuralıdır.

23 İngilizce Secure Hypertext Transfer Protocol kelimelerinden oluşur. Türkçe, güvenli hiper metin aktarım iletişim kuralı demektir. Hiper Metin Aktarım Protokolünün (HTTP) güvenli ağ protokolü ile birleştirilmiş olanıdır. Klasik HTTP protokolüne SSL protokolünün eklenmesi ile elde edilir.

24 İngilizce Hyper Text Markup Language kelimelerinin kısaltmasıdır. Türkçe, Zengin Metin İşaret Dili demektir. Günümüzde internet üzerinde veri paylaşımı için kullanılan en yaygın metin tabanlı dildir.

banından alınarak HTML kodları içinde, **DHTML**[25] gibi yöntemlerle biçimlendirilerek sunulur. Sonuç olarak sayfayı çağıran bilgisayara giden bilgi statik bir internet sitesindeki ile aynıdır, ama bu site istek anında oluşturulmuştur.[26]

Web 2.0 kavramı da dinamik internet sitelerinin mümkün olmasıyla ortaya çıkmıştır. Web 2.0, tek yönlü bilgi paylaşımından, **çift taraflı** ve **eş zamanlı** bilgi paylaşımına ulaşılmasını sağlayan medya sistemidir.

Ancak Web 2.0'ın tam olarak ne olduğu halen tartışılmaktadır. Tartışmalar bir teknoloji mi yoksa bir akım mı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Kanımca bu hususta bir teknolojiden bahsedilecekse o da dinamik internet siteleri olmalıdır. Web 2.0 ise olsa olsa ancak bir akım olabilir. Çünkü temelde internet sitelerinin işbirliği ile ulaşılabilir kılınmıştır. İçerikler, siteler arası aktarım ile daha fazla kullanıcıya ulaşmaktadır ve içerik sahipleri ile diğer site sahipleri karşılıklı olarak bu durumdan hoşnutturlar. Bu kavramın bir akımı ifade ettiği en iyi bu özellik ile anlaşılabilir.

2.2.3. 5651 Sayılı Kanun'unda Tanımlanmamış Ancak Öngördüğü Sistemde Yer Alan İnternet Siteleri

İnternet sitelerinin statik ve dinamik olmak üzere iki tür olduklarından yukarıda bahsedilmişti. 5651 sayılı Kanun açısından bu konuyu değerlendirmek gerekirse; Kanun, bu hususta bir tanım yapmasa da dolaylı olarak iki farklı tür internet sitesinden ve onların farklı sorumluluk rejimlerinden bahsetmiştir.

2.2.3.1. İçerik Sağlayıcılığı

Kanun'un tanımlar başlıklı 2. Maddesinin f bendinde,

"İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

Burada bir internet sitesinden değil kişiden (gerçek veya tüzel) bahsedilmektedir ancak, bu kişinin "*bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan*" olması statik bir durumun varlığını göstermektedir. Yani bu

25 İngilizce Dynamic HyperText Markup Language kelimelerinin kısaltmasıdır. Türkçe, Dinamik Zengin Metin Dil Biçimi demektir. HTML'nin çeşitli yazılımlarla zenginleştirilerek dinamik hale getirilmesidir.

26 Aksu, Serkan, İnternet Programcılığı, Statik ve Dinamik Web Siteleri, Oturum Tarihi 17.08.2013 (http://www.serkanaksu.net/dersler/bpr253/01_php_giris.pdf)

şahıs bilgiyi tek yönlü olarak paylaşmaktadır. Kullanıcıların müdahalesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, içerik sağlayıcılığı olarak tanımlanmış hukuki statü, bizlere statik internet sitelerini işaret etmektedir. Bununla birlikte, bir dinamik internet sitesinde içerik paylaşan kullanıcının da paylaşım yaptığı o içerik bakımından içerik sağlayıcı olabileceğini de unutmamak gerekmektedir.

İçerik sağlayıcıların sorumluluk rejimine gelince, İçerik Sağlayıcının Sorumluluğu başlıklı 4. Maddenin ilk fıkrasında,

"İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur" denilmektedir.

Öngörülen sorumluluk rejimi ile statik internet sitesi mantığı birbiri ile örtüşmektedir. Çünkü statik bir internet sitesinin sahibi bu site üzerindeki bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan kişi konumundadır. Dolayısıyla da kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olmalıdır.

Bu sorumluluk açısından Kanun, aynı maddenin ikinci fıkrasında bir istisna öngörmüştür.

Buna göre:

"İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur."

Bu fıkrada içerik sağlayıcının kendi sitesinde bir başka siteye ait içeriğin adresine yer vermesi ihtimali üzerinde durulmuştur. Kanun bu halde, bu davranışın meydana getiriliş tarzına önem vermektedir. Sitede yayınlanan bir bağlantı için "Mutlaka okuyun!" "Tamamen katılıyorum!" gibi yorumlar da eklenerek kullanıcıya sunulduğu takdirde bağlantının içeriğinin benimsendiği düşünülebilir. Bu durumda bağlantı verilen sitede hukuka aykırı bir yayın olması halinde bu bağlantıyı paylaşanlar açısından da sorumluluk doğabilecektir.

2.2.3.2. Yer Sağlayıcılığı

Kanunun tanımlar kısmında yer alan bir diğer bent, yer sağlayıcılığı ile ilgilidir. Tanım ise

"Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade eder" şeklindedir.

Burada da yine bir internet sitesinden değil kişiden (gerçek veya tüzel) bahsedilmektedir. Bu kişi "*hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlar veya işletir.*"

Bu noktaya kadar olan kısım ele alındığında, içerik sağlayıcılıktan farklı olarak kişi, hizmet ve içerik barındıran sistemleri sağlamaktadır. Bu durumda ortaya çift taraflı bir yapının çıktığı görülmektedir. Çünkü bir hizmet sağlama eylemi varsa bundan yararlanan bir taraf daha olacağı söylenebilir. İşte, yer sağlayıcılığı ile şahıs bazında tanımı verilmiş bu hukuki statü için olması gereken internet sitesi türü dinamik internet sitesidir. Dinamik internet sitesi yukarıda da belirtildiği gibi, yalnızca yayıncı tarafından değil, kullanıcılar tarafından da müdahalelere açıktır. Site sahibi kullanıcılara **müdahale edebilecekleri sanal yerler** yaratmaktadır. Bu noktada site sahibinin kendilerine sağladığı yerlere içerik yükleyip yayın yapan kullanıcıların birer içerik sağlayıcı olduklarını da tekrar belirtmek gerekmektedir.

Tanımın çerçevesi "*Hizmet ve içerikleri barındıran sistemler*" şeklinde geniş tutulmuştur. Öyle ki bu tanımdan hosting firmaları, ücretsiz hosting hizmeti veren siteler, üyelik sistemi ile işleyen sosyal paylaşım siteleri ve sosyal medya, yine üyelik ile çalışan e-ticaret siteleri gibi siteler anlaşılabilmektedir.

Yer sağlayıcının yükümlülükleri ve tabi olduğu sorumluluk rejimine gelince, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinde yer sağlayıcının sorumluluğu,

"Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu hükme göre yer sağlayıcı, kullanıcılara yer sağladığı internet sitesinde, kullanıcılar tarafından yüklenen içeriği kontrol etmekle yükümlü değildir. Nitekim böyle bir kontrolün her zaman pek de mümkün olduğu söylenemez. Çünkü bu sitelerde kullanıcı sayıları milyonları dahi bulabilmektedir. Yer sağlayıcısına da böyle bir yükümlülük yüklemenin adil olmayacağı söylenebilir.

Kanun bu noktada bir istisna getirmiştir. Yine 5. Madde'de:

"...bu Kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde..." denilmiştir.

Hukuka aykırı içerik hakkında yer sağlayıcı, ilgili kişilerce Kanun'un 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edildiğinde onun için sorumluluk olasılığı başlamaktadır.

Kanun'un 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmekten anladığımız ise, 8. Maddede öngörülen erişimin engellenmesi kararının Hâkim, Mahkeme ya da Cumhuriyet Savcısı tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na bildirilmesi ve Başkanlık tarafından yer sağlayıcıya bildirimin yapılmasından itibaren yirmi dört saat içinde siteye erişimin engellenmesi gerektiği ile içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişinin, yer sağlayıcısına bizzat yaptığı bildirimi öngören 9. Maddedeki ihbar prosedürüdür.

8. Maddede yapılan bildirim resmi bir bildirimken, 9. Maddede ise doğrudan bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden şahıs bildirimde bulunmaktadır. Bu noktada 9. Maddeye dayanılarak yapılan bildirimin nasıl olacağı tartışılmaktadır.

Kanun, bu bildirim için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu durum her ne kadar çağdaş bir yaklaşım olsa da, ispat bakımından bazı güçlüklere neden olabilir. Bu nedenle, internet ortamında bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, yer sağlayıcısına bizzat başvuru yaptığında bu geçerli ve yeterli olacaktır ancak, bu bildirimin Noter kanalıyla yapılması, daha etkin sonuçlar doğurabilir.

Yer sağlayıcılığı hukuki statüsüne sahip olunması için TİB tarafından verilen faaliyet belgesine sahip olunması gerekmektedir. Bunun dayanağı 5651 Sayılı Kanun'un 11. Maddesi ve Faaliyet Yönetmeliği'dir.[27]

Yer sağlayıcılarının bir diğer yükümlülüğü ise Kanun'da yer almayan fakat Faaliyet Yönetmeliği'nin 16. Maddesine düzenlenmiş trafik bilgilerinin[28] altı ay saklanması ve bilgilerin doğruluğunun, bütünlüğünün ve gizliliğinin sağlanması yükümlülüğüdür

27 Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 24/10/2007, Resmi Gazete Sayısı : 26680. Yer sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek veya tüzel kişiler, hizmet vermeye başlamadan önce Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından düzenlenecek faaliyet belgesini almakla yükümlüdür. Bu yönetmelikte de bu belgenin alınmasının koşul ve usulleri düzenlenmiştir.

28 5651 Sayılı Kanun Madde 2, j) Trafik bilgisi: İnternet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ilişkin olarak taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerleri ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL PLATFORMLARDA KİŞİ TAKLİDİNİN BİLİŞİM SUÇLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnternetin, bilişim alanında kullanımı en yaygın olan iletişim aracı olduğu, nedenleri ile birlikte yukarıda açıklanmıştı. Görülmektedir ki, internetin özellikle de sosyal amaçlarla kullanımının bu denli yaygın olması ve milyonlarca kişinin sosyal platformlara dâhil olarak kişisel verilerini paylaşması gibi gelişen günümüz koşullarında, sosyal platformlarda kişi taklidi (bkz: *impersonation*) örnekleriyle artık neredeyse her gün karşılaşılabilmektedir. Bu olayların bir kısmı resmi mercilere intikal ederken bir kısmı ise gerek bu konu hakkındaki hukuki bilginin yetersizliği gerekse teknik nedenlerle (özellikle bu tür suçların yoğun olarak yaşandığı sosyal platformların Türkiye'de başvurulabilecek temsilciliklerinin olmaması ve bazılarının menşei ülkelerinin dahi tespitinin çok zor olması gibi nedenlerle) hukuki başvurulardan sonuç alınamayacağı endişesi nedeniyle resmi mercilere intikal etmemektedir.

1.KİŞİ TAKLİDİ FİİLİ VE HUKUKİ NİTELEMELER

Kişi taklidi vakaları, sosyal platformların kullanıcı sayısındaki artış ile doğru orantılıdır. Öyle ki bu fiili gerçekleştirenler bu fiil ile ulaşmak istedikleri hedeflere kullanıcı sayısının fazlalığı ile rahatlıkla erişebilmektedirler.

Fiilin en yaygın şekli ünlü şahısların taklit edilmesidir. Buradaki yaygın amacın, taklit edilen şahsın ününden faydalanarak internet reklamları vasıtasıyla ekonomik kazanç elde etmek olduğunu düşünüyorum.

Bunun yanında ünlü veya sıradan bir kişinin taklit sosyal platform profili vasıtasıyla kişisel verilerinin ve özel yaşantısının ilgisiz üçüncü kişilerin erişimine açılması, taklit bir profil ile yine platformdaki diğer kullanıcılara yönelik suç oluşturabilecek fiillerde bulunulması gibi görünüşleri vardır.

Bu bölümde ortalama bir "kişi taklidi" fiilinin ceza hukuku ve bilişim suçları açısından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

1.1. Sosyal Platformların Hukuki Nitelendirilmesi

Sosyal platformlar, **üyelerinin** kimlik bilgileri, fotoğrafları, ilgi alanları

vs.'yi içeren profiller **oluşturdukları**, aynı siteye üye olmuş olan tanıdıkları kişileri arkadaşları olarak profillerine eklemek suretiyle bu kişilerle iletişime geçtikleri çevrimiçi ortamlardır

Görüldüğü üzere bu tür platformlar üyelik sistemi ile çalışan ve üyelerin kendilerine ait alanlarda içerik oluşturabildikleri, bir dinamik internet siteleridir. Bu durumda bu platformları oluşturan kişilerin 5651 Sayılı Kanun kapsamında yer sağlayıcı olduklarını söyleyebiliriz.

Bunun yanında TCK'da bazı suçların nitelikli hali olarak "basın yayın yolu ile işlenmesi" öngörülmüştür. Kanunun Tanımlar başlıklı 6. Maddesinin (g) bendinde ise

"Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır." denilmiştir.

Bu durumda internet de bir elektronik kitle iletişim aracı olduğundan sosyal platform siteleri için basın yayın organı nitelemesi de yapılabilecektir.

1.2. Kişiyi Taklit Edenin Hukuki Nitelendirilmesi

Söz konusu sosyal platformda yaratılan sanal görünüm ne olursa olsun, bir hukuki niteleme yapılabilmesi için ilgili içeriğin bu platforma kim tarafından yüklendiği bilgisi önem taşımaktadır.

Buna göre, örneğin B isimli bir profil oluşturan A, sanal ortamda tüm bu fiilleri B gerçekleştiriyormuş gibi bir görüntü ortaya çıkarsa da bizler için önemli olan bu içeriği sanal ortama gerçekte kimin aktardığı olacaktır.

Aynı örnekten devam edecek olursak, A, sosyal platformun sunduğu sanal yerlere içerik yüklemekte ve bu içeriği kişilerin kullanımına sunmaktadır. Bu durumda A'nın 5651 Sayılı Kanun kapsamında içerik sağlayıcı olduğunu söyleyebiliriz.

1.3. Kişi Taklidi Eyleminde Yalnızca İsmin Kullanılmasının Cezai Sorumluluk Bakımından Değerlendirilmesi

Bir kişinin, başkasının ismini kullanarak bir internet sitesinde sahte üyelik oluşturması (eylemin sadece üyelik oluşturmaktan başka bir uzantısı olmaması durumunda) Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan suç tiplerinden birisine girmemektedir. Ceza Hukukunun temel ilkelerinden "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereği taklit edenin bu davranışının bir suç oluşturduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir.

Kaldı ki taklit edilen kişinin adı münhasıran o kişiye ait olan bir ad değildir. Yani sadece bu kişinin adının kullanılarak bir üyelik oluşturulması durumunda, bu fiilin doğrudan taklit edileni hedef aldığı ve suç işlemek kastıyla yapılmış bir eylem olduğu kesin olarak söylenemez.

Ancak oluşturulan bu üyelikte, taklit edilenin adının yanında fotoğrafları, kimlik bilgileri de paylaşılmışsa, işte o zaman bu fiilin yöneldiği kişinin gerçekten o kişinin olduğu fikri kuvvetlenecektir. Bu eylem ise TCK 135/1'e göre suç olarak tanımlanmıştır. Maddede,

"Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir" denilmiştir.

Maddenin hükümet gerekçesi incelendiğinde, yapılmış düzenleme ile neyin amaçlandığı daha iyi anlaşılmaktadır. Gerekçe aşağıdaki gibidir:

"Maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci paragrafında, ilgili kişinin rızası olmaksızın veya kanunun öngördüğü şekil ve usullere uyulmaksızın kişisel verinin bilişim sistemine yerleştirilmesi veya işlenmesi eylemi suç haline getirilmektedir. Hakkında veri toplanan kişinin rızasının olması hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır"

Bu şekilde yalnızca kişinin isminin değil, fotoğraf ve kimlik bilgilerinin de eklenmesi suretiyle internet ortamında rızası dışında paylaşılması eylemini TCK 136 açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Madde:

"Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklindedir.

Yukarıda da belirttiğim gibi, bu suç açısından da hukuka aykırılık, mağdurun rızası hilafına bu eylemlerin gerçekleştirilmesidir. Rızanın varlığı hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Maddede açıkça belirtilmediği için bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Bu durumda suçun manevi unsuru ise kasttır.

Kişi taklidi teşkil eden sosyal platform profillerinde kişinin telefon numarası bilgisinin de paylaşılması halinde telefon numarasının "kişisel veri" olup olmadığı hususunun tartışılması gerekmektedir. Şöyle ki, telefon numaraları normal şartlarda kamuya açıktır ve hatta genel rehberlerden, eğer rehberde kaydı varsa, ilgili kişinin telefon numarası bilgisine ulaşılması mümkün olabilmektedir. Ancak günümüzde kişiler telefon numarası bilgilerinin bu tür rehberlerde yer almayacak şekilde düzenlen-

mesi yönünde ilgili hizmet sağlayıcılarından talepte bulunabilmektedirler. Bunun sonucunda kişinin telefonu gizli tutulabilmektedir. Böyle bir durumda telefon numarası da kişisel veri niteliği kazanabilir diye düşünmekteyim.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda ise kişisel verinin tanımı, belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgiler şeklinde, oldukça geniş kapsamlı tutulmuştur. Bu durumda Tasarıya göre telefon numarasının kişisel veri olduğunu söylemek çok daha kolaydır.

Sosyal platformlarda kişi taklidi eylemini 5651 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirmek ve bu eylem sonucunda erişimin engellenmesi kararının verilip verilemeyeceğine bakmak gerekirse, bu eylemin, Erişimin Engellenmesi Kararı ve Yerine Getirilmesi başlıklı 8. Maddede sayılan suç tiplerine[29] girmesi halinde bu kararın verilebileceği söylenebilecektir. Kişi taklidi eylemi madde kapsamında sayılan kategori suçlara girmemektedir. Sırf bu nedenle erişimin engellenmesi kararı verilemeyeceğini düşünmekteyim.

1.4. Kişi Taklidinde Taklit Edilen Kişinin Özel Hayatına İlişkin Özellikle Uygunsuz Fotoğraflarının İnternette Yayınlanması Halinde Söz Konusu Fiilin Cezai Sorumluluk Bakımından Değerlendirilmesi

Kişi taklidi olaylarında fiilin gerçekleştiriliş biçimi çoğunlukla taklit edilen kişinin özel yaşamına ilişkin fotoğrafların sosyal platformlarda yayınlanması halinde olabilmektedir.

Özel hayat, kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşamıdır.[30]

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. Maddesinde[31], kişile-

29 5651 s.k. Madde 8'de yer alan suçlar: 1) İntihara yönlendirme,
2) Çocukların cinsel istismarı,
3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma,
4) Sağlık için tehlikeli madde temini,
5) Müstehcenlik,
6) Fuhuş,
7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama

30 TDK Sözlüğü, Özel hayat: Kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, özel yaşam.

31 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Madde 12: Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna yâda haberleşmesine keyfi olarak karışılamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

rin gizli alanlarına saygı gösterilmesi düzenlenmiştir. Anayasa'mızın 20. Maddesi'nde *"herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz"* denmektedir.

Kişinin özel yaşamı ***"kamuya açık alan"*** ve ***"sır alan"*** olarak ikiye ayrılabilir. Kamuya açık alanda kişi özel hayatını yaşarken bunu gizleme gereğini duymamaktadır.

Kişinin sır alanı ise, diğer kişilerin bilgileri dışında tutulan alandır. Aile hayatı, özel dostluklar, ikili ilişkiler, duygusal ve cinsel yaşantı bu alana girer. Aile, duygusal ve cinsel alan ve bu alanda yer alan malzemelerin gizliliğine her türlü müdahale **hukuka aykırıdır**.

Yargıtay, verdiği bir kararında[32]:

"Buradaki özel yaşam, kişinin cinsel hayatına, ailevi hayatına, ruhsal ve bedensel sağlık durumuna ilişkin "sır" ve "mahrem" şeklinde nitelendirilebilecek HUSUSLARI İÇERMELİDİR."

diyerek, korunmaya tabi olan özel hayatın neleri kapsadığını çerçeve olarak belirtmiştir.

"Özel hayatın gizliliğini ihlal" başlıklı TCK Madde 134,

"Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır."

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur" hükmünü haizdir.

Görüldüğü gibi TCK 134/1 ile kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal edilmesi suç sayılmış ve ihlalin "görüntü ve seslerin kayda alınması yoluyla" gerçekleşmesi suçun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Buna karşılık TCK 134/2, ihlal edilen özel hayata ilişkin ses ve görüntünün "ifşa edilmesini" ayrıca ve bağımsız olarak cezalandırma yoluna gitmiştir.[33]

---

32 Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2011/20872 E. 2012/9834 K. Tarih: 11.04.2012 (Kaynak: Corpus)

33 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 2010, syf. 508-509

Kişiyi taklit eden, uygunsuz fotoğrafları sosyal platforma yüklediğinde, taklit edilenin özel hayatının sır alanını "ifşa" ederek ve bunu "basın ve yayın yoluyla" yaparak özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Bu eylemi ile TCK 134/2'de öngörülmüş suçun maddi unsurunu gerçekleştirmiştir. Bu noktada sosyal platformların "basın ve yayın" organı olup olmadığı sorusu gelebilir. TCK'nın "Tanımlar" başlıklı 6. Maddesinin 1. Fıkrasının (g) bendinde;

"Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır"

denilmek suretiyle, "elektronik kitle iletişim araçlarından yapılan yayınlar da "basın ve yayın yoluyla" yapılan yayınlar olarak tanımlanmıştır. İnternet de bir elektronik kitle iletişim aracı olduğundan bu fiil, TCK 134/2'nin son cümlesinde yer alan ifadeye uymaktadır.

Burada öngörülen suç, kasten işlenebilen bir suç olup, olası kastın da yeterli olduğu söylenebilir.

Suçun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olarak yapılır (TCK 139).

TCK'nın Genel Ahlaka Karşı Suçlar bölümünde yer alan Müstehcenlik başlıklı Madde 226'nın 2. fıkrasına göre,

"Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

Taklit eden tarafından yayınlanan "uygunsuz" görüntülerin aynı zamanda "müstehcen görüntü" olup olmadığı, söz konusu suçun maddi unsuru açısından önemlidir. Ancak söz konusu görüntülerin "müstehcen" olduğu kabulü ile hareket edildiğinde, yukarıda da bahsedildiği gibi sosyal platformlar TCK kapsamında "basın ve yayın" organı olarak kabul edildiğine göre, bu eylem ile TCK 226/2'deki suçun maddi unsuru gerçekleştirilebilecektir. Suçun manevi unsuruna gelince, bu suç da ancak kast ile işlenebilecek bir suçtur.

Aynı 226. maddenin birinci fıkrası ise genel olarak müstehcen görüntülerin çocuklara (TCK madde 6 uyarınca henüz 18 yaşını doldurmamış her kişi çocuk olarak kabul edilmektedir) iletilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Anılan maddede müstehcen görüntünün çocukların erişebileceği şekilde gösterilmesi ya da sergilenmesi de suç olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere somut olaydaki uygunsuz fotoğraflar müstehcen olarak kabul edilmiştir. Bu durumda eğer söz konusu sosyal platform 18 yaşından küçüklerin erişim sağlayabileceği bir site ise fail aynı zamanda TCK 226/1 uyarınca da cezalandırılabilecektir.

Bu eylemin (uygunsuz fotoğrafların yayınlanması eylemini) 5651 Sayılı Kanun'a göre değerlendirmek gerekirse, Kanun'un 8. Maddesi, bilindiği gibi erişimin engellenmesi kararı için katalog suçları düzenler. İlk fıkrada,

"İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir" denilmiştir.

Buna bağlı olarak 8. Maddenin a/5 bendinde yer alan "Müstehcenlik (Madde 226)" ibaresi ile TCK'nın Genel Ahlaka Karşı Suçlar bölümünde yer alan Müstehcenlik başlıklı Madde 226'ya atıf yapılmıştır. 226. maddenin gerek 1. ve gerekse 2. fıkrasına göre A'nın cezai sorumluluğunun doğabileceği yukarıda belirtilmiştir.

Taklit edilene ait uygunsuz görüntülerin, internette yayınlaması, suç tipine uygunluk için yeterlidir. Bu durumda, 5651 Sayılı Kanun Madde 8'in aradığı koşul gerçekleşmiş olacaktır. Bunun sonucunda taklit edenin içerik sağladığı yer için erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Çünkü taklit eden, 5651 Sayılı Kanun'daki tanımlamalara göre içerik sağlayıcı olduğundan yine aynı kanundaki düzenlemeye göre, internet ortamında sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

1.5 Kişi Taklidinde Kimlik Bilgileri ve Uygunsuz Fotoğrafların Yayınlanması Eylemlerinin Birlikte Gerçekleştirilmesi Durumunda İçtima Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Taklit edenin, bir başkasına ait kişisel verileri (isim, uygunsuz fotoğraf, telefon numarası v.s.) o kişinin rızası olmaksızın internette yayınlaması fiili, birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verdiği yukarıdaki açıklamalardan görülebilmektedir. Örneğin bu veriler internet ortamında yayınlanırken TCK 136, yayınlamadan önce de bu veriler kaydedilirken TCK 135'de tanımlanmış suç tipine uygun olarak hareket edilmiş olunabilir. Bu durumda TCK 135'de düzenlenen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçuyla TCK 136'da yer alan kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçu arasında suçların içtimaı söz konusu olabilecektir.

Bununla beraber yapılan yayınların taklit edilenin özel hayatının gizlili-

ğini ihlal ettiği durumlarda da fail tek fiiliyle hem yukarıdaki suç tiplerine hem de TCK 134'deki suç tipine uygun hareket etmiş olabilecektir. TCK 134 açısından bir hususiyet söz konusudur ki, maddenin her iki fıkrasında da iki ayrı bağımsız suç tipi öngörülmüştür. 1. Fıkrada "özel hayatın gizliliğini ihlal", 2. Fıkrada "özel hayatın ifşa edilmesi" ayrı birer suç olarak tanımlanmıştır.

Örneğin bir kişi uygunsuz fotoğraflarının çekilmesine rıza göstermiş olabilir. Ancak bu fotoğrafların ifşa edilmesine rıza göstermemişse bu fotoğrafların internet ortamına yüklenmesi halinde TCK 134/2 ve TCK 136'da tanımlanan suç tipleri arasında içtima söz konusu olacaktır. Eğer kişinin hem fotoğraflarının çekilmesine hem de yayınlanmasına rızası bulunmuyorsa bu durumda TCK 134/2, TCK 135 ve TCK 136 arasında suçların içtimaı söz konusu olacaktır.

TCK'da *"Suçların İçtimaı"* bölümünün *"Fikri İçtima"* başlıklı 44. Madde,

"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır." hükmünü haizdir.

Bu durumda mağdurun rızasının ne yönde olduğuna göre değişecek şekillerde içtima hükümleri gündeme gelebilecektir.

1.6 Somut Olayda Yer Alan Suçların Soruşturması ve Kovuşturmasının Şikâyete Tabi Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

TCK'da düzenlenmiş suçların bir kısmının soruşturması ve kovuşturması, mağdur tarafından ilgili mercilere yapılan şikâyet ile mümkün olabilmektedir. TCK 139 hükmüne bakıldığında,

"Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır." Şeklinde bir düzenlemeye gidildiği görülecektir.

Bu hükme göre somut olayda uygulanabilecek, TCK 135'de düzenlenmiş "kişisel verilerin kaydedilmesi" suçu ve TCK 136'da düzenlenmiş "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçlarının soruşturması re'sen yapılacaktır. TCK 134'de düzenlenmiş "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı olarak yapılabilecektir.

TCK 226'da düzenlenmiş "Müstehcenlik" suçu açısından bir değerlendirme yapılması gerekirse; bu suçun soruşturması ve kovuşturması için herhangi bir şikâyet, madde metninde öngörülmediğinden, re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir.

1.7 Taklit Edilen Kişinin Söz Konusu Eylemlere Karşı Yapabilecekleri

5651 Sayılı Kanun'a göre yapabilecekler ele alınırsa, Kanun'un 9/1 Maddesi şu şekildedir:

"İçerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır."

Bu durumda taklit edilen, bu eylemlerinden haberdar olduktan sonra, eğer mümkünse taklit edene ulaşarak ilgili içeriğin yayından kaldırılmasını talep edebilir.

Eğer bu kişiye ulaşamaz ise bu sefer sosyal platform sitesine yine aynı taleplerle başvurmalıdır. Her iki durumda da ilgili kişilere ulaşılabilmesi durumunda başvurulanlar açısından içeriği kaldırıp kaldırmamaları için iki günlük süre söz konusu olacaktır. Bu süre içerisinde talep yerine getirilmezse, reddedilmiş sayılır.

Söz konusu talebin reddedilmiş sayılması yahut muhatapları tarafından bizzat reddedilmiş olması halinde ise Madde 9/2'ye bakmak gerekir:

"Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir."

Bu durumda taklit edilen, talebinin ilgili kişilere ulaştığı günden son-

ra, iki gün içinde söz konusu talebin yerine getirilmemesi halinde, ikinci günün bitiminden itibaren başlayacak on beş günlük süre içerisinde yerleşim yerindeki Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvuru yapabilir. Başvuruyu alan hâkim üç gün içerisinde duruşmasız olarak karar verecektir. Bu karara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu 268. vd. maddeleri çerçevesinde itiraz edilebilir.

Eğer karar taklit edilenin lehineyse ve kesinleşmişse (karara itiraz edilmiş ve bu itiraz sonucu yapılan inceleme B'nin lehine sonuçlanmışsa), aynı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına bakmak gerekir:

"Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

Bunların haricinde yukarıda şikâyet konusunda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda re'sen soruşturma ve kovuşturmaya tabi olmayan suçlar açısından ilgili mercilere şikâyette bulunulması yeterlidir. Tabi ki re'sen soruşturma ve kovuşturmaya tabi olan suçlar açısından da ilgili mercilere başvurulabilir ve ileride olası bir dava açıldığında "katılan" sıfatıyla yargılamaya dâhil olabilir.

1.8. Taklit Edenin Eylemleri Bakımından Sosyal Platform Sitesinin Cezai Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

Bu bölümün 1.1. numaralı başlığında sosyal platform sitelerinin hukuki nitelendirmesini yapmıştık. Buna göre bu siteler kişilerin üye olarak profiller oluşturabildiği ve bu profillere içerikler yükleyebildikleri dinamik bir sitedir. Verilen bu özellikler 5651 Sayılı Kanun'da tanımı verilen yer sağlayıcılığına uymaktadır. Çünkü yer sağlayıcılığı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlamak veya işletmektir. Sosyal platformlar da siteye üye olan kişilere içerik yükleyebilecekleri sanal alanlar sağlamaktadır.

Yer sağlayıcılarının sorumluluk rejimi aynı kanunun 5. Maddesinde düzenlenmiştir:

"Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür."

Görüldüğü gibi sosyal platformlar, üyelerinin açtıkları profilleri kontrol etmekle ve hukuka aykırı bir faaliyetin var olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Buna bağlı olarak da üyelerin yükledikleri içerikten sorumlu değildirler. Ancak maddenin ikinci fıkrasında verilen bildirim usulleri ile yer sağlayıcısı siteye, gerekli bildirimler yapıldığı takdirde site bu sefer, teknik imkânlar dâhilinde o içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür. Yani bu bildirimi aldıktan sonra söz konusu içeriği teknik açıdan kaldırması mümkün değilse yine bu içerikten sorumluluğu doğmayacaktır.

Bir sosyal platform sitesinin elindeki teknik imkânların bu içeriği kaldırmaya elverişli olmasına rağmen ilgili içeriğin kaldırılmaması halinde ise internet sitesinin yetkilileri yukarıda 1.7. başlık altında belirtilen, mağdur tarafından yapılan başvuru neticesinde sorumlu olabileceklerdir.

SONUÇ

Taklit edenin TCK 134/2, 135/1, 136, 226/1 ve 2'ye göre cezalandırılabileceği yönündeki görüşüm yukarıda detaylarıyla belirtilmiştir. Maalesef anılan bu suçların internet ortamında işlenmesine ilişkin Yargıtay'ın henüz prensip haline gelmiş ve içtihat programları tarafından yayınlanmış kararlarının mevcut olmadığı görülmektedir.

Teknolojideki gelişmelerin büyük bir hızla yaşanması karşısında hukuk bilimi de kendi içerisinde bu gelişmelere ayak uydurmaya çalışmaktadır. Bu doğrultuda ortaya çıkan ve halen gelişimini sürdüren Bilişim Hukuku sayesinde, gelecekte bu konuyla ilgili yerleşik Yargıtay kararları ve yasal düzenlemelere ilişkin yeni çalışmaların görüleceği ve konunun bu şekilde daha iyi değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

1. **Akinci/Aliç/Er**, Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları, İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2004
2. **Announcement press release, IBM**, Oturum tarihi: 10.08.2013 (http://www-03.ibm.com/ibm/history/exhibits/pc25/pc25_press.html)
3. **Aksu, Serkan**, İnternet Programcılığı, Statik ve Dinamik Web Siteleri, Oturum Tarihi 17.08.2013 (http://www.serkanaksu.net/dersler/bpr253/01_php_giris.pdf)
4. **Avşar/Öngören**, Bilişim Hukuku, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul, 2010
5. **Bankalararası Kart Merkezi** / *Dönemsel Bilgiler* (http://www.bkm.com.tr/donemsel-bilgiler.aspx) (Oturum tarihi (08.08.2013)
6. **BBC:***"İnternet reklamları TV'yi geçti."*(www.bbc.co.uk/turkce/ekonomi/2009/09/090930_advertise.shtml)
7. **Case Of Yıldırım v. Turkey**, Application no. 3111/10 (Çeviri: Ankara Barosu Tercüme Servisi)
8. **Dülger, Murat Volkan**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ekim 2012.
9. **Gemalmaz, H. Burak**, Sanal Dünyalarda İktidar ve Özgürlük, Beta Yayınları, 1.Baskı, Ekim 2011, İstanbul
10. **İlbaş, Çığır**, Bilişim Suçlarının Sosyo-Kültürel Seviyelere Göre Algı Analizi, Başkent Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Kabul Edilmiş Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009
11. **Kaplan, Yavuz**, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasında Uygulanacak Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004
12. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013
13. **Kaypakoğlu, Serhat**, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir 1997
14. **NTVMSNBC,** *"Türkiye'de kendi alanında bir ilk! YÖK'ten onay çıktı; İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı başvuruları yarın başlıyor."* Oturum Tarihi: 08.08.2013 (www.ntvmsnbc.com/id/25127870/)
15. **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 2010
16. **Toroslu/Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006
17. **Yaman, Dilara**, Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (M. 71/1-III) *Makale* (Oturum Tarihi 26.08.2013) (http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/3-kamu/11-dilara-yaman.pdf)
18. **Webopedia:** *"Brief Timeline of the Internet"* Oturum Tarihi: 10.08.2013 (www.webopedia.com/quick_ref/timeline.asp)

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Av. Enver AKSAKAL[1]

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi, reşit olmayan çocukla cinsel ilişkiye girmeyi suç olarak düzenlemiştir. Ancak madde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tartışmalara sebep olmuştur. Madde fiil, fail-mağdur, nitelikli unsurda fail-mağdur arası yaş farkı, şikâyet hakkının kimde olduğu hususları bakımından yoğun bir eleştiriye tabi olmuştur. Hatta madde sadece teknik hukuk bakımından değil; varlığı açısında da eleştirilmiştir. 15-18 yaş arasındaki çocukların birbirleriyle rızai olarak girecekleri cinsel ilişkilerin cezalandırılması ihtimali psikolojileri açısından doğru bulunmamış; meselenin çözümünün çocukların doğru eğitilmeleri ile olacağı belirtilmiştir[2]. Ancak bu tartışmalara rağmen madde yürürlüktedir; insanların yargılanmalarına ve hatta cezalandırılmalarına neden olmaktadır. Bu nedenle bu çalışma ile amaçlanan eleştirilere konu olan hususların biraz daha açıklanmasına çalışmak, açıklamalarla birlikte madde hakkındaki önerileri sunarak maddenin kanun koyucunun iradesi ve koruma amacı bakımından yerli yerine oturmasını sağlamaktır.

I. GENEL OLARAK

26.09.2004 tarihinde kabul edilen, 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesi şu şekildedir[3]:

"*Reşit olmayanla cinsel ilişki*

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (İptal: Ana. Mah.nin 23.11.2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile)"

---

1 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

2 Bengi Semerci, "Kanunlar Çocukları Korur Mu?", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, Sonbahar, 2004, s.133

3 T.C. Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme Ve Yayın Genel Müdürlüğü Mevzuat Bilgi Sistemi,(Çevrimiçi), http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.5237&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0 , 15.05.2013

Bu madde ile 15-18 yaş arasındaki reşit olmayan çocuklarla rızaya dayalı olarak gerçekleştirilecek cinsel ilişki suç olarak kabul edilmiştir.

II. 765 SAYILI TCK DÖNEMİNDEKİ DÜZENLEME

5237 sayılı TCK'nın 104.maddesi ile düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 765 sayılı TCK'da m.416/son fıkrasında benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca " Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Görüleceği üzere yeni düzenleme ile benzerlik hakimdir. Yeni TCK'da sadece "reşit olmayan" yerine "15 yaşını bitirmiş çocuk", "rızasıyla" yerine " cebir, tehdit ve hile olmaksızın" ifadeleri kullanılmıştır. Şu farka da değinmek gerekir ki, yeni TCK'da reşit olmayanla cinsel ilişki bağımsız bir suç olarak düzenlenmişken, 765 sayılı TCK'da 15 yaşını bitiren çocukların ırzına geçme suçu başlığı altında yer almaktaydı. 765 sayılı kanun döneminde ırza geçme fiillerinin failinin yalnızca erkek olabileceği kabul edildiğinden, m.416/son fıkranın 15 yaşını bitirmiş fakat henüz reşit olmamış kız çocuklarıyla girilen cinsel ilişkileri kapsadığı kabul edilmekteydi[4].

Son olarak belirtmek gerekir ki, yeni TCK'da cezanın üst sınırı 2 yıl olarak belirlenmişken, 765 sayılı Kanunda cezanın üst sınırı 3 yıl olarak belirlenmişti.

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna 765 sayılı Kanunun " Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler" babında yer ver verilerek, korunan hukuki değer olarak genel ahlak ve aile düzeni belirlenmişti. 5237 sayılı TCK ise bu konuya tamamen farklı bir bakış açısıyla yaklaşmış; reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna "kişilere karşı suçlar" kısmının "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" bölümünde yer vermiştir. Böylece korunan hukuki değer 15-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel dokunulmazlığı olarak belirlenmiştir. Ancak 15-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel ilişkiye kendisinin rıza göstermesine rağmen cinsel dokunulmazlığının korunmak istenmesi makul bir gerekçeye dayandırılamayacak niteliktedir.

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

İtalyan Ceza Kanunu m.609-quarter uyarınca 13 yaşını doldurmuş olan çocukla rızası ile cinsel ilişkiye giren kişi, çocuktan üç veya daha fazla yaş büyük ise cezalandırılmaktadır[5].

4 Veli Özer Özbek/Nihat Kanbur ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010, s.389

5 Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları-İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri, 1.Baskı, İstanbul, 2007, s.224

Alman Ceza Kanununda ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu tam anlamıyla karşılayan bir suç bulunmamaktadır[6]. Almanya, Brezilya, Japonya, Avusturya, Çin'de cinsel ilişkiye rıza yaşı 14 iken; Danimarka, İsveç ve Fransa'da 15'tir. İngiltere, Kanada, Güney Afrika ve Rusya'da ise rıza yaşı 16'ya çıkmaktadır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğuna bakıldığında cinsel ilişkiye rıza yaşının ortalama 15 yaş olduğu görülmektedir[7]. Bu açıdan Türkiye'de kabul edilen rıza yaşı olan 18 yaş Avrupa Konseyi üyesi devletlerin en yükseğidir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyete tabi olması bu sonucu değiştirmez. Zira cinsel ilişkiye girilmesi ile suç işlenmiş olur, suçun şikâyete tabi olması yalnızca soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkindir.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fiil

Suçun kanuni tanımında fiil "cinsel ilişkide bulunma" olarak yer almıştır. Bu noktada cinsel ilişki deyiminin nasıl anlaşılması gerektiği doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre Kanun Koyucu cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının fiili olarak "cinsel davranışları" belirlemişken; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun fiili olarak "cinsel ilişkide bulunmayı" belirlediğinden cinsel ilişki deyimi dar yorumlanmalıdır[8]. Bu görüşe göre cinsel ilişkide bulunma, erkeğin cinsel organının bir kadının veya başka bir erkeğin anal ya da vajinal yoluna girmesinden ibarettir[9]. Oral seks, vajinal veya anal yola penis haricinde sair uzuv veya cisim sokma, başka vücut boşluklarına sair organ veya cisim sokma ve cinsel ilişki düzeyine varmamış cinsel yakınlaşmalar bu suçun fiilini oluşturmazlar[10].

Diğer bir görüşe göre ise korunan hukuki değer bakımından cinsel ilişki deyimini dar yorumlamak yerine değildir[11]. 15-18 yaş arasındaki

---

6 Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, 1.Baskı, İstanbul, 2009

7 https://en.wikipedia.org/wiki/Age_of_consent , (Çevrimiçi), 04.07.2013

8 Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, 1.Baskı, İstanbul, 2006, s. 405

9 Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Ve Ensest İlişkiler, 2.Baskı, Ankara, 2013, s.515

10 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 8.Baskı, 2012, s.345-346, Ancak yazarlar Kanunun fiili "cinsel ilişki" ile sınırlı tutmasını eleştirmektedirler; Şen, a.g.e. , s.405; Erdal Baytemir, Açıklamalı- İçtihatlı Cinsel Dokunulmalığa, Kişi Hürriyetine Ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, 2.Baskı, Ankara, 2009, s.361

11 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.395; Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.345

çocuğun cinsel dokunulmazlığı yalnızca erkeklik organının vajinal veya anal yoldan vücuda girmesiyle ihlal edilmez; aynı sonucu veren vücuda sair organ veya cisim sokma fiili de çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal edecektir[12]. Aynı şekilde oral seksin de çocuk üzerindeki etkisi düşünülecek olursa cinsel dokunulmazlığı ihlal ettiği söylenebilir[13]. Fakat suçta ve cezada kanunilik ve bunun sonucu belirlilik ilkesi gereği her türlü cinsel yakınlaşma bu madde kapsamına alınamaz, yukarıda sayılanlar dışında kalan cinsel yakınlaşmalar cinsel ilişki deyimini karşılamaya yetmeyecektir. Kanaatimce ikinci görüş çocuğun cinsel dokunulmazlığının korunması amacına ulaşma bakımından daha elverişli bir yorumdur. Zira anal veya vajinal yola cinsel organ sokulması ile sair organ veya cisim sokulması veya oral seks arasında yapılan ayrım şekli bir ayrımdır. Oysa içerik olarak tüm bu eylemler 15-18 yaş arası çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal edecek niteliktedir. Cinsel ilişkinin dar yorumlanması çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumaya yetmeyecektir. Belki de burada eleştirilmesi gereken Kanun Koyucunun iradesidir. Kanun Koyucu cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının işlenmesi bakımından cinsel davranışları yeterli görürken, belli ki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için daha ağır bir fiil aramaktadır. Bu arayıştaki Kanun Koyucunun kanunun sistematiğinden ayrılarak "cinsel ilişki" deyimini kullanmak yerine, cinsel saldırının ve cinsel istismarın nitelikli halini oluşturan "vücuda organ veya sair bir cisim sokulması" deyimini tercih etmesi maddenin koruma amacına ulaşması bakımından daha isabetli olurdu.

2. Hareketin Konusu

Cinsel ilişki deyiminin hem dar hem de geniş yorumunda fiil 15-18 yaş arasındaki çocuğun bedeni üzerinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hareketin konusunu 15-18 yaş arasındaki çocuğun bedenidir.

3. Netice

Kanuni tanımda suçun gerçekleşmesi için bir neticenin ortaya çıkması aranmamıştır. Taraflar arasında cinsel ilişkinin kurulması yeterlidir.

Mağdurun ve failin cinsel ilişki yoluyla bir neticeye varması, cinsel tatmine ulaşmaları suçun oluşması bakımından gerekli değildir. Cinsel ilişkinin geniş yorumlanması durumunda erkeklik organının, sair uzvun veya cismin anal, oral veya vajinal yoldan vücuda girdiği anda suç işlenmiş olur.

12 İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, 2007, s.732

13 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.394

Bu açıdan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sırf hareket suçudur[14].

4. Fail

Cinsel ilişki fiilinin dar yorumlanması halinde bu suçu bir kadın, bir erkeğe karşı; bir erkek, bir kadına karşı veya bir erkek, başka bir erkeğe karşı işleyebilir[15]. Zira cinsel ilişki deyimi erkeklik organının anal veya vajinal yoldan vücuda girmesini kapsadığından taraflardan biri mutlaka erkek olmalıdır[16]. Ancak cinsel ilişki geniş yorumlandığında vücuda sair organ veya cisim sokma da suçun oluşmasını sağlayacağından, bu suçu bir kadın başka bir kadına karşı da işleyebilecektir.

Fail bakımından tartışma yaratan husus failin yaşıdır. Madde metninde failin yaşına ilişkin bir açıklama yoktur. Ancak maddenin başlığı mağdurun reşit olmamasını belirlediğinden ve madde metninde 15-18 yaş arasındaki çocukla cinsel ilişkide bulunan kişiden bahsedildiğinden failin 18 yaşından büyük olması sonucu çıkmaktadır[17]. Maddenin konuluş amacı 15-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumak olduğundan, bu hukuki değeri ihlal edecek failin 18 yaşından büyük olması gerekir. Çünkü cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15-18 yaş arası çocuklar olması halinde kimin diğerinin cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiği belirlenemez. Dolayısıyla reşit olmayan 15-18 yaş arası çocuğun cinsel dokunulmazlığının; kendisine psikolojik, fiziksel ve yaş üstünlüğü olan 18 yaşından büyük kişiye karşı korunmak istendiği söylenebilir. Bu noktada kişinin 15-18 yaş arasında olup evlenme veya mahkeme kararı ile rüştünü kazanması halinde fail sayılıp sayılamayacağı tartışma konusu olmuştur. Doktrindeki bir görüş 15-18 yaş arasındaki çocuğun evlenme veya başka bir yolla reşit kılınması halinde suçun faili olabileceği yönündedir[18]. Diğer bir görüşe göre m.104 sadece mağdur bakımından "reşit olmak" kıstasını aradığından, fail bakımından "yaş" kıstası aranacak; 15-18 yaş arasındaki çocuk reşit kılınsa dahi fail olamayacaktır[19]. Başka bir göre ise Kanun Koyucu bu madde ile yaş sınırı itibari ile rüştünü elde etmiş ve cinsellik hakkında bilinç sahibi olduğu hukuken kabul görmüş

14 Bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, 2009, s.157

15 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.342; Şen, a.g.e. , s.405; Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.390

16 Şen, a.g.e. , s.405

17 Kimin fail, kimin mağdur olduğunun belirlenmesi imkânı bulunmayan bir suç tipi olamayacağı gerekçesiyle aynı yönde İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunun Gazi Şerhi, 3.Bası, Ankara, 2006, s.806

18 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.342, Handan Yokuş-Sevük, " 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kadınlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" , Dünyada Ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Cilt II, 1.Baskı, İstanbul, 2013, s.2271

19 Şen, a.g.e. , s.405

bir kişinin 15-18 yaş arasındaki çocukla yaşayacağı cinsel ilişkiyi cezalandırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu suçun faili mutlaka 18 yaşından büyük olacak; 15-18 yaş arası çocuğun evlenme veya başka şekilde rüştünü kazanmış olması fail olmasına yetmeyecektir[20]. Maddenin Anayasa Mahkemesince iptal edilen ikinci fıkrası, fail ile mağdur arasındaki yaş farkının beşten büyük olması halini düzenlediğinden Kanun Koyucunun failin rüştünü kazanıp kazanmamasına değil; failin yaşına önem verdiği söylenebilir.

Failin yaşıyla ilgili bir başka tartışma cinsel ilişkinin her iki tarafının da 15-18 yaş arasında çocuk olması durumunda ne olacağıdır. Madde metninde bu konuyla da ilgili bir açıklık yoktur. Doktrindeki bir görüş uyarınca cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15-18 yaş arası çocuk olması durumunda kim fail, kim mağdur tespit edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır[21]. Bir başka görüş ise aynı sonuca, failin 18 yaşından büyük olmaması halinde cinsel ilişki fiilinin kanuni tipe uygun olmayacağı gerekçesiyle varmaktadır[22]. Başka bir görüşe göre hem ceza sorumluluğu olan 18 yaşından büyükler hem de ceza sorumluluğu olan küçükler bu suçun faili olabilirler. Cinsel ilişki fiilinin ceza sorumluluğu olan büyükler için suç oluştururken, ceza sorumluluğu azalmakla birlikte devam eden küçükler için suç oluşturmaması kabul edilemez[23]. Konuyla ilgili bir başka görüş uyarınca Kanun Koyucu bu suç ile cinsel ilişkiyi cezalandırdığından, her iki çocuk açısından da şikâyet şartının gerçekleşmesi halinde, iki taraf da hem fail hem de mağdur olacak, her iki taraf birlikte cezalandırılacaktır[24]. Kanaatimce Kanun Koyucu reşit olmayanla cinsel ilişkiyi suç kabul ederek, 15-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel dokunulmazlığını 18 yaşından büyük kişilere karşı korumayı amaçlamaktadır. Tarafların her ikisinin de 15-18 yaş arasında olması halinde, kimin diğerinin cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiği anlaşılamayacak; fail ve mağdur tespit edilemeyecektir. Bu durumda taraflara ceza verilmesi mümkün değildir. Anlaşılan Kanun Koyucu 15-18 yaş arasındaki çocukların birbirleriyle girecekleri cinsel ilişkileri ceza yaptırımına bağlamak istememiştir[25].

Failin yaşıyla ilgili tartışmalara son verip belirliliği sağlamak amacıyla maddede değişiklik yapılması önerisi teklif edilmiştir. Buna göre failin reşit mi yoksa 18 yaşından büyük mü olacağı konusunda maddenin, fai-

20 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.391

21 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.342; Şen, a.g.e. , s.405, Yokuş-Sevük, a.g.m. , s.2271

22 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.391

23 Malkoç, a.g.e. , s.733

24 Yıldız, a.g.e. , s.223

25 Özgenç, a.g.e. , s.806

lin 18 yaşından büyük olmasının açıkça yer alacağı şekilde düzenlenmesi gerektiği öne sürülmüştür[26]. Tarafların her ikisinin de 15-18 yaş arasında olması halinde yaşanan tartışmaya son vermek için de maddenin, "reşit olmayanı cinsel ilişkiye ikna" olması ve 15-18 yaş arasındaki çocuğu cinsel ilişkiye girmeye ikna eden kişinin, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde cezalandırılması şeklinde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür[27]. Kanaatimce suçun "reşit olmayanı cinsel ilişkiye ikna" şeklinde düzenlenmesi halinde bu sefer de kimin diğerini ikna ettiği, teklifin kimden geldiği, bu teklifin iradeyi sakatlayıcı nitelikte olup olmadığı tartışma yaratacağından sorun çözülmeyecektir. Yapılması gereken madde metnine failin 18 yaşından büyük olması gerektiğini açıkça işlemek; böylece 15-18 yaş arasındaki çocukların birbirlerine karşı bu suçu işleyemeyeceklerini kabul etmektir.

5. Mağdur

Bu suçun mağdurunun öncelikle cinsel ilişki fiilinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş, 15-18 yaş arasında bir kişi olması gerekir. Kişinin cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemişse, TCK m.103 ile düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Kişi 18 yaşından büyük ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır. Yargıtay bir kararında, sanığın suç tarihinde 17 yaşının içerisinde olan mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi şeklindeki eyleminin TCK'nın 104.maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir[28]. Bir başka kararında Yargıtay, nüfus kaydına göre 07.09.1990 doğumlu olup 07.09.2008 tarihinde 18 yaşını tamamlamış olan mağdureye, sanığın 27.02.2008 tarihinden itibaren gerçekleştirdiği oluşa uygun şekilde kabul olunan eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağına, 07.09.2008 tarihinden sonraki eylemlerinin ise mağdure artık reşit olduğundan ve cinsel ilişkiye rızası bulunduğundan suç oluşturmayacağına hükmetmiştir[29].

Yine de suçun mağdurunun kim olacağı konusunda, maddenin başlığında ve gerekçesinde reşit olmayan kişiden, metninde ise 15 yaşını bitirmiş çocuktan bahsedilmesi sebebiyle tartışma vardır. Medeni Kanun uyarınca evlenme yolu veya mahkeme kararı ile ergin kılınan 15-18 yaş arasındaki çocuklar reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olabilecek midir?

---

26 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.391

27 Yıldız, a.g.e. , s.224

28 Yargıtay 14. CD'nin 13.06.2012 tarih ve 3904/6734 sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.540

29 Yargıtay 14. CD'nin 11.06.2012 tarih ve 21668/6557 sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.540

Doktrindeki bir görüşe göre suç tipi "reşit olmayanla" cinsel ilişkiyi cezalandırdığından ergin kılınan kişiler bu suçun mağduru olamazlar[30]. Kanun koyucu madde başlığı ve gerekçesinde mağdur bakımından "reşit olmamak" kıstasını getirdiğinden, Kanun Koyucunun bu suç ile amaçladığı ergin olmayan 15-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumaktır. Dolayısıyla 15-18 yaş arasında olup da ergin kılınan bir kişiyle, rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girildiğinde mağdur bakımından suçun maddi unsuru oluşmayacaktır[31]. Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde konuyla ilgili verdiği kararlarda reşit olmayan kişiyle rızasıyla cinsel ilişkiye girme suçunun oluşabilmesi için mağdurun reşit olmaması gerektiğine, evlenme ile rüştünü kazanan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağına hükmetmiştir[32]. Yargıtay yakın tarihli bir kararında da, cinsel ilişkinin gerçekleştiği tarihten önce evli olan mağdureyle girilen cinsel ilişkinin, Medeni Kanununun 11/II. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü dolayısıyla mağdure artık reşit sayılacağından, suç oluşturmayacağına hükmetmiştir[33].

Doktrindeki diğer bir görüşe göre evlenme ile kazanılan erginliğin kapsamına sadece eş ile girilen cinsel ilişki dahil olduğundan, eşi dışında biriyle cinsel ilişkiye giren 15-18 yaş arasındaki kişi bu suçun mağduru olabilir. Aynı şekilde mahkemece ergin kılınma belli bir meslek veya sanatın icrasını kapsadığından, cinsel ilişkiye girmek bu kapsamın dışındadır. Dolayısıyla 15-18 yaş arasında olup da mahkemece ergin kılınan kişiler bu suçun mağduru olabilirler[34].

Kanaatimce Medeni Kanun uyarınca ergin kabul edilen kişinin rızasıyla yaşayacağı cinsel ilişkiyi Ceza Kanunu uyarınca suç kabul etmek hukuk sisteminde çelişkiye yol açacaktır. Medeni Kanun uyarınca ergin kılınarak kendi fiilleriyle hak kazanabilen ve borç altına girebilen 15-18 yaş arasındaki kişilerin, Ceza Kanunu gereği de ergin kabul edilerek kendi rızala-

30 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.344

31 Şen, a.g.e. , s.404, Tuğrul, a.g.e. , s.512

32 " Mağdurenin dosya içerisinde mevcut nüfus kayıt örneğinden 8.1.1997 tarihinde evlendiği ve Medeni Kanun hükümleri gereğince evlenmekle reşit olan mağdure ile rızası ile cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden…", " TCK'nın 416.maddesinin son fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için mağdur durumdaki kişinin reşit olmaması gerekir. Mağdure hakkında Gümüşhane Nüfus Müdürlüğünce 31.5.2000 tarihinde düzenlenen nüfus kaydında 2.7.1996 tarihinde evlenip 21.6.1999 tarihinde boşanmış olduğunun belirtilmiş olmasına göre kayden 19.3.1982 doğumlu olan mağdurenin suç tarihinde 17 yaşı içinde olmasına rağmen, M.K. hükümlerince evlenmekle kişi reşit olacağından ve boşanma kazanılan rüştün kaybına neden olmayacağından; evlenmekle reşit olan mağdureye karşı işlenen rızayla cinsi münasebetin suç oluşturmayacağı gözetilmeden…", nakleden Baytemir, a.g.e. , s.357, 203.dipnot

33 Yargıtay 14. CD'nin 19.01.2012 tarih ve 12610/460 sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.542

34 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.393

rıyla girecekleri cinsel ilişkinin mağduru olamamaları gerekmektedir. Bu açıdan TCK m.104, başlığı ve gerekçesi ile metni arasında uyum olacak şekilde değiştirilmeli; Kanun Koyucunun amacı net bir şekilde ortaya koyularak belirlilik ilkesinin madde bakımından hayata geçirilmesi sağlanmalıdır. Ayrıca "reşit" ifadesi yerine "ergin" kelimesi kullanılarak Medeni Kanun ile terim birliği sağlanmalıdır.

Mağdurun cinsiyetine ilişkin tartışma bir Anayasa Mahkemesinin 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 sayılı kararına konu olmuştur[35]. İtiraz yoluna başvuran yerel mahkeme, suçun mağdurunun cinsel ilişkide aktif olan taraf mı, yoksa pasif olan taraf mı kabul edileceğinin belirsiz olduğunu öne sürmüştür. Yerel mahkemenin kendi yorumuna göre cinsel ilişkide pasif konumda olan kişi mağdurdur. Anayasa Mahkemesi bu itiraza ilişkin olarak suçun mağdurunun duruma göre kadın veya erkek olabileceğini söylemekle yetinmiştir. Anlaşılan Anayasa Mahkemesi mağdurun cinsel ilişkide aktiflik-pasiflik durumuna göre belirlenemeyeceği kanaatindedir. Böylece Mahkeme, yerel mahkemenin düşünmediği bir ihtimal olan, çocuğun aktif olarak ergin olan bir kadın veya başka bir erkekle gireceği cinsel ilişkinin mağduru olabileceğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu çıkarımı 15-18 yaş aralığındaki çocuğun cinsel dokunulmazlığının aktif olan kendisi de olsa ihlal edilebileceğini kabul etmesi bakımından isabetlidir.

B. MANEVİ UNSURLAR

1. Kast

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenebilir bir suçtur. Kanunda taksirle işlenebileceği düzenlenmemiştir. Fail, mağdurun 15-18 yaş arasında bir çocuk olduğunu bilmeli ve onunla cinsel ilişkiye girmeyi istemelidir. Failin, mağdurun 15-18 yaş arasında bir çocuk olduğunu öngörmesine rağmen onunla cinsel ilişkiye girmesi halinde suç olası kastla işlenmiş olur.

2. Kastı Kaldıran Hata

Fail, mağdurun 15-18 yaş arasında bir çocuk olduğunu bilmiyorsa, yahut mağdur kendisine ait olmayan bir nüfus cüzdanı kullanarak faili yaşı konusunda yanıltıyorsa[36], mağdurun yaşı suçun maddi unsuru olduğundan, bu hususlar failin kastını kaldıracaktır. Ancak failin mağdurun yaşına ilişkin bilgisizliği kesin olmalıdır; fail mağdurun yaşı konusunda şüpheye düşmesine rağmen onunla cinsel ilişkiye giriyorsa olası kastla hareket etmiş olur. Mağdurun yaşı konusunda taksirli olarak hataya düşse de bu suç taksirle işlenemeyeceğinden fail sorumlu olmayacaktır.

35 Resmi Gazete Tarih-Sayı: 02.06.2009-27246

36 Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, 2.Baskı, Ankara, 2008, s.700

C. HUKUKA AYKIRILIK

5237 sayılı TCK'nın genel sisteminde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi iken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun cinsel ilişkiye rızası suçun bir unsurunu oluşturmaktadır. Madde metninde kullanılan "cebir, tehdit ve hile olmaksızın" ifadesi mağdurun rızası ile cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerektiğine işaret etmektedir[37]. İfadenin kapsamına "iradeyi etkileyen başka bir neden" de dâhil görülmelidir. Zira 15-18 yaş arasındaki bir çocukla cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel davranışlar gerçekleştiren fail çocukların cinsel istismarı suçunu işlemiş olacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için cinsel ilişkinin cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanmaması gerekir[38]. Yargıtay bir kararında, mağdurun sanığın süregelen eylemlerine rağmen sürekli olarak sanığın evine giderek orada kalması hususları gözetildiğinde, sanığın mağdura yönelik eylemini cebir veya tehditle gerçekleştirdiği konusunda her türlü şüpheden uzak delil bulunmadığının kabulünün gerektiğine, eylemin cebir veya tehditten yoksun bu haliyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kapsamında kaldığına hükmetmiştir[39]. Yargıtay bir başka kararında da, mağdurenin eylemin sona ermesinden itibaren geçen iki yıllık sürede resmi makamlara müracaatta bulunmaması dikkate alındığında, nitelikli cinsel istismar eyleminin zorla gerçekleştirildiğini kabule yeterli, kesin, inandırıcı, her türlü kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığına, reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği anlaşılan sanığın eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir[40].

---

37 Malkoç, a.g.e. , s.732

38 " Dosya içeriği, sanığın aşamalardaki eylemin rızayla gerçekleştiği yolundaki istikrarlı ve samimi savunması, mağdurenin olaydan sonra savcılıktaki ilk beyanında rızasıyla sanıkla gittiğini, cinsel ilişkide bulunduklarını ve şikâyetçi olmadığını bildirdikten sonra olayın gerçekleşme biçimi, iştirak eden kişiler ve ilişki sayısı gibi hususlarda çelişkili anlatımlarda bulunması, yaklaşık bir ay süreyle yerleşim birimlerinde sanıkla birlikte kaldığı ve toplu taşıma araçlarıyla seyahat ettikleri halde hiçbir yardım isteme veya kaçma girişiminin olmaması, yaşına nazaran doktor raporunda mukavemet gösterdiğine ya da sanığın zor kullandığına delalet edecek bulgunun olmaması, tanık Rabia'nın olayı müteakip alınan beyanı karşısında, kaçırma ve ırza geçmenin zorla gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak, tarafsız ve somut kanıtın bulunmadığı, mağdurenin yaşına göre 5237 Sayılı Yasa'nın 26.maddesi gereğince rızasının kaçırma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, reşit olmayanla rızaen cinsel ilişkide bulunma eyleminin ise aynı Yasanın 104.maddesine temas ettiği ve kovuşturmasının şikâyete tabi bulunduğu gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı biçimde hüküm kurulması," nakleden Baytemir, a.g.e. , s.387

39 Yargıtay 5. CD'nin 25.01.2011 tarih ve 2010/9548 E, 2011/326 K sayılı kararını nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.545

40 Yargıtay 5. CD'nin 25.01.2011 tarih ve 2010/9165 E, 2011/330 K sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.546

Kanun Koyucu bu suç tipi ile genel sisteminden ayrılarak, 15 yaşını doldurmuş çocukların kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olamayacakları, kısacası ergenlik döneminin verdiği heyecan ve heves duygularına kapılacakları gerekçesiyle mağdurun rızasına rağmen cinsel ilişkiyi suç olarak kabul etmiştir[41]. Anayasa Mahkemesi de yukarıda bahsi geçen 2006/17 E, 2009/33 K. sayılı kararında aynı gerekçeye dayanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre hukuk düzeni kişiye kendiyle ilgili bazı konularda diğer kişilerin tasarrufta bulunmasına müsaade edebilir. Böyle bir durumda kişinin rızası hukuka uygunluk sebebi olabilir. Ancak rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınmış sınırlar içerisinde kalan bir tasarrufa yönelik olması gerekir. TCK m.104/I'de suç kabul edilen fiil mağdurun rıza ile işlenebileceğinden 15-18 yaş arasındaki çocukların cinsel ilişkiye gösterdikleri rıza geçerli kabul edilmemiştir, rızaya dayansa bile 15-18 yaş arasındaki çocukla girilen cinsel ilişki suç kabul edilmektedir. Bu nedenle Mahkeme burada yer alan rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağına hükmetmiştir.

Mağdurun rızası reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi değil de suçun bir unsuru olduğundan, failin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata yaptığı savunmasında bulunması kendisini sorumluluktan kurtarmaz. Yani fail, mağdurun rızası sebebiyle cinsel ilişkinin hukuka uygun olduğunu zannetse bile, mağdurun rızası suçun oluşması için özellikle arandığından, suç oluşacaktır.

VI. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

TCK m.104'ün ilk halinin ikinci fıkrasında "Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki artırılır." hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm neticesinde fail ile mağdur arasında 6 veya daha fazla yaş farkı olması halinde, faile temel cezanın iki katı ceza verilebilirdi. Ayrıca suç şikâyete tabi olmaktan çıkarılarak resen soruşturulabilir ve kovuşturulabilir hale getirilmişti. Söz konusu fıkra doktrinde, 5 yaş sınırının bilimsel bir temele veya kriminolojik bir veriye dayanmadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi[42]. Mahkemelerce yapılan Anayasaya aykırılık itirazları üzerine Anayasa Mahkemesi 23.11.2005 tarihli, 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararıyla[43] m.104/II'yi iptal etmiştir[44]. Mahkeme iptal

41 Özgenç, a.g.e. , s.805

42 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.342

43 Resmi Gazete Tarih-Sayısı: 25.02.2006 - 26091

44 Kararın metni ve üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün önemli gördüğüm karşı oy yazısı için bkz. (Çevrimiçi)http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2048&content= , erişim tarihi 18.05.2013

kararını, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkiye giren failler arasında sadece yaş farkına dayalı bir ayrım yapıldığı, mağdurlar arasında da faille yaş farkı 5 yaştan küçükse suçun takibi bakımından mağdurların iradesinin esas alınması, yaş farkı 5 yaştan büyükse suçun takibi bakımından mağdurların iradesinin esas alınmaması yoluyla ayrım yapıldığı, yapılan bu ayrımın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı gerekçesine dayandırmış; söz konusu fıkrayı hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bulmuştur.

Oysa Kanun Koyucunun burada mağdurlar ve failler arasında yaş farkına dayalı bir ayrıma gitmesinin, 15-18 yaş arasındaki çocuğun heyecanlarına ve heveslerine kapılmasına karşılık yine onun cinsel dokunulmazlığını koruma amacına hizmet ettiği söylenebilir. Zira yaş farkı arttıkça failin mağdur üzerindeki psikolojik etkisi de artacak; mağdurun cinsel ilişkiye rızasının cebir, tehdit ve hile olmaksızın alınması kolaylaşacaktır. Bu noktada aynı yönde ve daha ayrıntılı gerekçeler içeren Anayasa Mahkemesinin iptal kararının karşıoy yazısının okunmasını tavsiye ederim.

Anayasa Mahkemesinin ikinci fıkrayı iptal etmesi sebebiyle bu fıkraya dayanılarak verilen birçok hüküm Yargıtay tarafından bozulmuştur. Zira sanıkla mağdur arasında beş yaştan fazla yaş farkı olması sebebiyle resen soruşturmaya ve kovuşturmaya konu olan cinsel ilişki eylemi, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile birinci fıkraya uygun bir suça dönüşmüştür. Mağdurların da şikâyetçi olmamasıyla lehe kanun ilkesi gereği sanıklar hakkında verilen ceza hükümleri bozulmuştur[45].

VII. KUSURLULUK

Kusursuz ceza olmayacağından, bu suç bakımından da failin kusurlu olması gerekir. Ancak mağdurun rızası sebebiyle fail, işlediği fiilin haksızlık olduğu konusunda hataya düştüğü savunmasında bulunabilir. Böyle bir savunmaya karşılık ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı ve bu kuralın hatanın kaçınılmaz olduğunu önlediği söylenebilir.

45 " Hükümden sonra 25.02.2006 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 104/2 maddesi Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 gün ve 2005/103-89 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması ve suç tarihi itibariyle 18 yaşı içerisinde bulunan mağdurenin sanıktan soruşturma sırasında şikayetçi olmaması nedeniyle, rızaen cinsel ilişkide bulunma eyleminin aynı yasanın 104/1 maddesi kapsamında olup 73/8. maddesi gereğince de takibinin şikayete tabi olması karşısında 5237 Sayılı Yasa'nın 7/1-2. ve 5271 Sayılı Yasa'nın 223/8. maddeleri de gözetilerek sanık hakkında açılan davanın düşmesine karar verilmesi lüzumu bozmayı gerektirmiş..." Yargıtay 5. CD'nin 09.04.2007 tarihli ve 3077-2715 sayılı kararından nakleden Artuç, a.g.e. , s.715

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA TEŞEBBÜS

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs mümkündür. Fail cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye yönelik elverişli hareketleri icra etmeye başlar da elinde olmayan sebeplerle cinsel ilişkiyi gerçekleştiremezse suça teşebbüs etmiş olur. Ancak failin suça teşebbüs ettiğini ispatlamak çok zor olacaktır. Zira cinsel ilişki öncesinde yaşanan cinsel davranışlar, mağdurun rızası sebebiyle suç oluşturmayacağından, hangi fiillerin cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye elverişli icra hareketi olduğu hangilerinin salt cinsel davranış olduğunu ayırt etmek güç olacaktır[46]. Failin, hareketlerinin cinsel ilişkiye yönelik olmadığı, salt cinsel davranışlar olduğu savunmasını aşmak pek mümkün değildir.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında, sanığın bedensel temas içeren cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini, ancak cinsel birleşmenin gerçekleşmemesi sebebiyle unsurları oluşmayan reşit olmayanla cinsel ilişkiye teşebbüs suçundan hüküm kurulmasını bozma sebebi saymıştır[47].

B. SUÇA İŞTİRAK

Doktrinde bu suçun bizzat işlenebilen bir suç olduğu ve suça birlikte fail olmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir[48]. Birden fazla fail mağdurla aynı anda veya ardı ardına cinsel ilişkiye girerse, her fail kendi fiilinden dolayı sorumlu olacaktır. Suça azmettirme veya yardım etme mümkündür[49].

C. SUÇLARIN İÇTİMAI

Failin bir suç işleme kararı kapsamında, farklı zamanlarda aynı mağdurla birden fazla kez cinsel ilişkiye girmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanarak tek bir cezaya hükmedilecek; ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır.

IX. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI

A. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Fail, suçu gerçekleştirmeye yönelik elverişli hareketlere başlayıp, cinsel ilişkiye başlamadan bundan gönüllü olarak vazgeçerse, o ana kadar ki hareketleri mağdurun rızası sebebiyle başka bir suçu oluşturmayacağından cezalandırılmayacaktır.

---

46 Şen, a.g.e. , s.406

47 Yargıtay 14.CD'nin 16.05.2012 tarihli ve 11119/5586 sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.542

48 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.346

49 Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.396

X. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

Kanun, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturulmasını ve kovuşturulmasını fiilin şikâyet edilmesi şartına bağlamıştır. Ancak şikâyet hakkının kimde olduğu doktrinde tartışma yaratmıştır. Bir görüşe göre cinsel dokunulmazlık hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan şikâyet hakkı cinsel ilişkinin mağduru olan 15-18 yaş arasındaki çocuktur[50]. Diğer bir görüşe göre ise şikâyet hakkı hem çocukta hem de çocuğun kanuni temsilcisindedir. Zira kanuni temsilcinin çocuk üzerindeki koruma, gözetme ve üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil etme hakkı şikâyet hakkını da kapsamına alacak genişliktedir[51]. Anayasa Mahkemesi takdirini bu görüşlerin birincisinden yana kullanmıştır. TCK m.104/I'in, şikayet hakkının kimde olduğunun belli olmadığı ve şikayetin varlığına veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle yerel mahkemelerce iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi yukarıda da sözü edilen 2006/17 E, 2009/33 K. sayılı kararında soruşturma ve kovuşturmanın mağdurun şikâyetine bağlı olduğunu ifade etmiştir. Cezalandırmanın mağdurun şikâyetine bağlı tutulmasını da yasa koyucunun suç ve ceza siyasetine ilişkin takdir yetkisi kapsamında görerek eşitliğe aykırı bulmamıştır. Yargıtay da bu görüşlerden birincisine itibar etmekte ve şikâyet hakkının mağdura ait olduğunu kabul etmektedir. Konuyla ilgili bir kararında Yargıtay, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkını kullanmak için kanuni temsilcilerinin iznine gerek olmayan mağdurenin soruşturma aşamasında vekil huzurunda alınan beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu beyan etmesi karşısında, mağdurenin anne ve babasının şikâyetten vazgeçmeleri nedeniyle sanık hakkında kamu davasının düşmesine karar verilmesini bozma gerekçesi saymıştır[52]. Aynı konuyla ilgili başka bir kararında Yargıtay, yine kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkını kullanmak için kanuni temsilcilerinin iznine gerek olmayan mağdurenin 21.06.2006 tarihli kollukta vekil huzurunda alınan beyanında sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan ettiği, sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik açılan kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, hüküm kurulmasını bozma sebebi kabul etmiştir[53].

Kanaatimce reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlendiğinden ve mağdur fiilin anlam ve sonuçlarını algıla-

50 Tezcan/Erdem/Önok, a.g.e. , s.347; Özbek/Kanbur/vd., a.g.e., s.396

51 Şen, a.g.e. , s.403

52 Yargıtay 14.CD'nin 31.05.2012 tarihli ve 14048/6281 sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.540

53 Yargıtay 14.CD'nin 08.02.2012 tarihli ve 4448/1047 sayılı kararından nakleden Tuğrul, a.g.e. , s.542

ma yeteneği gelişmiş bir çocuk olduğundan şikâyet hakkı cinsel ilişkinin tarafı çocuktadır. Ancak bu kabul de baştan cinsel ilişkiye rıza gösteren çocuğun sonradan şikâyet etmesi gibi çarpık bir sonucu doğurduğundan, faili öngörülemez ve mağdurun keyfiyetine dayalı bir ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Böylesi bir ceza tehdidinin belirlilik ilkesi bakımından kabul edilmesi mümkün değildir. TCK m.104/I'in bu nedenle de yerel Mahkemelerce iptali istenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 2006/17 E, 2009/33 K. sayılı kararında maddenin belirlilik ilkesine uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmamıştır. Kanun Koyucunun bahsi geçen çelişkiyi kaldırmak amacıyla suça kişilere karşı suçlar bölümünde yer vermeye devam edip suçun resen soruşturulmasını ve kovuşturulmasını düzenlemesi mümkündür. Böylece mağdur, hem cinsel ilişkiye rıza gösteren hem de aynı cinsel ilişkiyi şikâyet eden kişi konumunda bulunmaktan çıkacaktır. Kanun Koyucu suçun soruşturulmasını ve kovuşturulmasını illa şikâyete tabi kılmak istiyorsa, suça aile düzenine karşı suçlar bölümünde yer vermesi ve şikâyet hakkını mağdur çocuğun ebeveynlerine vermesi daha isabetli olacaktır[54].

Mevcut düzenlemede reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikâyete tabi olmasına rağmen, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar uzlaşma kapsamında olmadığından(5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 6.12.2006 tarihli, 5560 sayılı Kanunun 24.maddesiyle değişik 253.maddesi) taraflar arasında uzlaştırılmaya gidilemeyecektir[55].

XI. YAPTIRIM

Kanunda bu için altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ceza süre bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine uygundur. Ancak burada da somut olayın hangi özelliklerinin cezanın tayininde göz önünde bulundurulacağı belirsizdir. Zira mağdur çocuğun cinsel ilişkiye rızası vardır ve bu rıza failin haksızlık bilincini azaltmaktadır. Bu durumda cezada üst sınıra yaklaşılması mümkün olmayıp genel olarak alt sınırdan cezaya hükmedilecektir.

---

54 Aynı yönde Yıldız, a.g.e. , s.224

55 "Sanığın üzerine atılı 5237 Sayılı Yasa'nın 104. Maddesinde belirtilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikâyete bağlı olduğu ve 5560 Sayılı Yasa'yla değişik CMK'nın 253/3. Maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce işlendiği, 5237 Sayılı Yasa'nın 7/2. Maddesi de nazara alındığında uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmakla; öncelikle CMK'nın 253. Ve 254. Maddelerine göre uzlaşma girişiminde bulunulması, sonuçsuz kalması halinde yargılamanın sürdürülmesi ve neticesine göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmesi," (Yargıtay 1.CD, 2008/8174 E, 2009/14350 K, 14.12.2009)

XII. İLGİLİ AİHM KARARLARI

Yukarıda da izah edildiği üzere reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 15-18 yaş arasındaki bir erkek çocuğu ile 18 yaşından büyük bir erkeğin rıza dâhilinde gerçekleştirecekleri cinsel ilişkiyi de cezalandırmaktadır. Yani erkekler arası rızaya dayalı eşcinsel ilişki taraflardan birinin 15 yaşından büyük bir çocuk olması durumunda suç teşkil etmektedir. Hâlbuki kadınlar arasındaki eşcinsel ilişki, cinsel ilişkinin dar yorumlanması halinde, suç kabul edilmemektedir. Başka ülkelerde de gözlemlenmiş bu çelişki AİHM'in önüne gelmiştir.

Konuyla ilgili değinilmesi gereken ilk AİHM kararı Sutherland v. Birleşik Krallık davasıdır[56].

Dava konusu olayda başvurucu, ilk eşcinsel ilişkisini 16 yaşında kendisiyle aynı yaştan başka biri ile yaşayan bir erkektir. O dönemde Birleşik Krallıkta eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 16 yaşın üstünde olduğundan başvurucu cezalandırılacağı düşüncesiyle endişe duymuştur. Ancak hiçbir zaman cezalandırılmamıştır. Burada belirtmek gerekir ki AİHM buna benzer vakalarda başvurucunun eşcinsel ilişkiyi yasaklayan yasadan, kendisine birebir uygulaması olmasa bile, doğrudan etkilenebileceğini kabul etmektedir[57]. Yasa uyarınca heteroseksüel ve lezbiyen cinsel ilişkiye rıza yaşı 16 iken, erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı önce 21, sonra 18 olarak belirlenmiştir. Mahkeme bu ayrımın hangi temele dayandığından bağımsız olarak, bireylerin özel hayatının en mahrem boyutunun etkilendiğini belirterek, devletin bu konuda takdir marjının oldukça dar olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda cinsel ilişkiye rıza yaşının heteroseksüel ve homoseksüel ilişkiler bakımından eşitlendiğine vurgu yapmıştır. Bahsi geçen yasa ile 18 yaşından küçük erkek çocukların eşcinsel ilişkiye karşı korunması amaçlanırken, cezai yaptırımların eşcinsel ilişkiye girmeleri halinde yine 18 yaşından küçük çocuklara uygulanacak olması orantılı bir tedbir olarak kabul edilemez. Heteroseksüel ve lezbiyenlere kıyasla erkek eşcinseller için daha yüksek bir rıza yaşı belirlenmesinin nesnel ve makul bir gerekçesini tespit edemediğinden Mahkeme, başvurucunun AİHS m.8[58] ile güvence altına

56 Sutherland v. United Kingdom, App.No. 25186/94, Judgment of 27 March 2001

57 Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s.244

58 "Madde 8- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.Bu hakkın kullanımına, bir kamu makamı tarafından ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı/(esenliği) yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının

alınmış özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanması bakımından AİHS m.14[59] ile getirilen ayrımcılık yasağına aykırı tasarrufta bulunulduğunu bulgulamıştır[60].

Kararla ilgili söylenebilecek olan Türkiye'de TCK m.104 ile yapılan ayrıma ışık tutabilecek nitelikte olduğudur. Zira bu madde ile heteroseksüel ve erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 18 olarak belirlenirken, lezbiyen ilişkiye rıza yaşı 15'te kalmaktadır. Cinsel yönelimler arasında yapılan böyle bir ayrımın nesnel ve makul gerekçelerini ortaya koymak kolay değildir. Bu haliyle madde AİHS m.8'den yararlanılması bakımından ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturma potansiyeli taşımaktadır.

Bahsedilmesi gereken diğer AİHM kararı S.L. v. Avusturya kararıdır[61]. Karara konu olayda başvurucu eşcinsel yönelimi olduğunu 11-12 yaşlarında hisseden, 15 yaşında eşcinsel olduğundan emin olan bir erkektir. Başvurucu 18 yaşından büyük erkeklere ilgi duymaktadır. Ancak Avusturya Ceza Kanununun 209. maddesinin 14-18 yaş arası erkek ergenlerle 18 yaşından büyük erkeklerin cinsel ilişkiye girmelerini cezalandırması ve bu kanunun yaşadığı bölgede yarattığı baskıdan çekinen başvurucu 18 yaşını geçinceye kadar cinsel ilişkiye girememiştir. Bu yasağın eşcinsel ergenlerin gelişimini iddia etmiştir. Başvurucu ergenlik döneminde cinsel ilişkiye girmesinin Kanun tarafından engellenmesini AİHS m.8'e aykırı görmüştür. Ayrıca 14-18 yaş arası ergenlerin heteroseksüel ve lezbiyen ilişkilere girmesi serbestken, eşcinsel ilişkiye görmelerinin yasaklanmasının AİHS m.14'ün ihlali anlamına geldiğini öne sürmüştür. Hükümet ise ergen erkeklerin seksüel gelişimlerinin kontrol altında tutulması gerektiği savunmasında bulunmuştur. Mahkemeye göre Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunda heteroseksüel ve lezbiyen ilişkiler ile homoseksüel ilişkiler için eşit rıza yaşları öngörülmüştür. Avrupa'da homoseksüel ilişkiye rıza yaşı konusunda konsensüs bulunmasına rağmen, Avusturya Hükümeti heteroseksüel ve lezbiyen ilişkiler ile homoseksüel ilişkiler için

---

ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak getirilen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlar dışında/(hariç), hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır." bkz. Arslan-Öncü, a.g.e. , s.4

59 " Madde 14- Ayrımcılık Yasağı Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılamaksızın, güvence altına alınacaktır." Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7.Baskı, İstanbul, 2010, s.87, 91 no.lu dipnot

60 Kararın Türkçe özeti için bkz. LGBT Davaları- AİHM, Yargıtay Ve Danıştay İçtihatları, SPoD Hukuk Ve Adalete Erişim Kitaplığı 1, Türkiyeli LGBT'lerin Adalete Erişim Mekanizmalarının Güçlendirilmesi Projesi, 1.Baskı, İstanbul, 2012, s.16-17

61 S.L. v. Austria, App.No. 45330/99, Judgment of 9 January 2003

farklı rıza yaşı getirilmesinin meşru bir gerekçesini sunamamıştır. Homoseksüellerin m.8 ve m.14'ten heteroseksüeller kadar yararlanmamasının nesnel ve makul bir gerekçesi yoktur. Avusturya Ceza Kanununun 209. maddesinde heteroseksüel çoğunluğun homoseksüel azınlığa baskısı yansımaktadır. Burada homoseksüelliğe dayalı olarak yapılan ayrımcılık en az diğer ayrımcılık temelleri kadar ciddidir. Bu nedenlerle Mahkeme özel yaşamın korunması hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kararını vermiştir.

Konumuz bakımından önemli olan AİHM'in her iki kararında da cinsel ilişkiye rıza yaşı konusunda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunda gözlemlenen konsensüse vurgu yapmasıdır. Mahkeme özel hayatın korunması hakkına müdahale olup olmadığını incelerken Avrupa'da uzlaşmaya konu olmuş rıza yaşına bakmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Türkiye'de kabul edilen cinsel ilişkiye rıza yaşı Avrupa Konseyi üyesi devletlerin en yükseğidir. Üstelik Kanun Koyucu TCK m.104'ün gerekçesinde bu farklılığın nesnel ve makul gerekçelerini ortaya koymaya çalışmamıştır bile. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu hem 15-18 yaş arasındaki ergenlerin hem de onlarla cinsel ilişkiye girecek yetişkinlerin özel hayatına müdahale potansiyeli taşımaktadır. Ayrıca ulusal hukuktaki genel görüş ve uygulama uyarınca cinsel ilişki deyimi dar yorumlandığında lezbiyen ilişkiler m.104'ün kapsamı dışında kalacağından, heteroseksüel ve homoseksüel cinsel ilişkiler bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası gündeme gelebilecektir. Son olarak belirtelim ki, cinsel ilişkiye baştan rıza gösteren 15-18 yaş arasındaki çocuğun sonradan yapacağı şikâyet üzerine failin cezalandırılabilecek olması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesi açısından sorun yaratmaktadır. Failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı cinsel ilişkiye baştan rıza gösteren çocuğun keyfiyetine bırakılmaktadır.

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar ve izah edilmeye çalışılan tartışmalar genel olarak ulusal hukukta suçun var olduğu gözetilerek yapılmıştır. Bu nedenle maddenin aksayan yönleri eleştirilmiş ve Kanun Koyucunun var sayılı koruma amacına uygun hale gelmesi için öneriler sunulmuştur. Ancak incelenen son iki AİHM kararı göstermektedir ki eleştiriye açık olan maddenin varlığıdır. Dünyada ve özellikle Avrupa Konseyi üyesi devletlerde kabul edilen rıza yaşları gözetilmeksizin daha yüksek bir rıza yaşı kabul etmenin nesnel ve makul gerekçeleri ortaya konmalıdır. Bu yapılamıyorsa, dünyada ve özellikle Avrupa Konseyi ülkelerde kabul edilen cinsel ilişkiye rıza yaşlarının gerekçeleri incelenerek reşit olmayanla cinsel ilişki

suçunun gerekliliği gözden geçirilmelidir. Zira muhafazakâr düsturların çocuğun cinsel gelişiminin ve yararının önüne geçirilmesi demokratik bir toplumda kabul edilebilir değildir. Bu açıdan maddenin kaldırılması Türk hukuk yazınında tartışılmaya başlanmalıdır.

KAYNAKÇA

1. Arslan-Öncü, Gülay Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2009
2. Artuç, Mustafa Kişilere Karşı Suçlar, 2.Baskı, Ankara, 2008
3. Baytemir, Erdal; Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine Ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, 2.Baskı, Ankara, 2009
4. Gemalmaz, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7.Baskı, İstanbul, 2010
5. Koca, Mahmut ;Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, 2009
6. Üzülmez, İlhan
7. Malkoç, İsmail ; Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, 2007
8. Özbek, Veli Özer Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010
9. Kanbur, Nihat
10. Doğan,Koray
11. Bacaksız, Pınar
12. Tepe, İlker
13. Özgenç, İzzet ; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Bası, Ankara, 2006
14. Semerci, Bengi; "Kanunlar Çocukları Korur Mu?", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 2, Sonbahar, 2004, s.130-133
15. Şen, Ersan ; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, 1.Baskı,2006
16. Tezcan, Durmuş; Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş, 8.Baskı, 2012
17. Erdem, Mustafa Ruhan
18. Önok, Murat
19. Tuğrul, Ahmet Ceylani ; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Ve Ensest İlişkiler, 2.Baskı, Ankara, 2013
20. Yenisey, Feridun; 15 Mayıs 1871 Tarihli Alman Ceza Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 2009
21. Plagemann, Gottfried
22. Yıldız, Ali Kemal ; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri, 1.Baskı, 2007
23. Yokuş-Sevük, Handan ; " 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'da Kadınlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Dünyada Ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Cilt II, Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer, 1.Baskı, İstanbul, 2013

BOŞANMIŞ ÇİFTLERİN ORTAK VELAYET HAKKININ TÜRK ve İSVİÇRE HUKUKLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

Av. Ediz BİNGÖL

I.GİRİŞ

Çocuk Hukukunda yaşanan gelişmeler, aile yapısının değişmesi, boşanmanın sözleşmesel bir hal alması ve hatta boşanan çiftlerin tekrar bir arada yaşamaya sıcak bakmaları birlikte (ortak) velayet kavramını tartışmaya açık hale getirmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun[1] (TMK) m. 182 ve 336 f. 2 ve f. 3[2] birlikte değerlendirildiğinde eşlerin evlilik devam ederken müşterek çocukları üzerindeki velayeti ayrılık ve boşanmada birlikte velayet biçiminde devam edip edemeyeceği tartışılmaya başlanmıştır. Bu bakımdan kaynak kanun İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK) da yapılan değişiklikler çalışmada göz önüne alınmıştır. Zira konumuza ilişkin İMK hükümleri 1978, 1995 ve son olarak 2000 yılında değiştirilmiştir[3]. Soruna ilişkin yasal hükümler karşılaştırıldığında İMK m. 297 f. 2 ve f.3[4] ile TMK m. 336 f. 2 ve f. 3 birbirini karşılayan hükümlerdir.

İMK y. m. 133[5]'te sorun başka biçimde çözülmekte ve İMK y. m. 297'de bu maddeye yollama yapılmaktadır. Birinci düzenlemeye göre hakim boşanmada velayeti kural olarak eşlerden birine tevdi eder. İMK y. m. 133 f. 2 uyarınca da hakim bu halde çocuk hukukunun temel ilkelerinden olan çocuğun üstün yararı ilkesini de göz önüne almak durumundadır. İMK y. m. 133 f. 3 uyarınca hakim ana ve babanın ortak talebi üzerine ve çocuğun menfaatini de göz önüne alarak onun yükünün, günlük yaşamıyla ilgili katılımlarının ve bakım giderlerinin paylaştırılması, bölüşümü ve dağılımını belirleyen bir anlaşmayı onayarak ortak velayete hükmedebilir[6].

---

1 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 22 Kasım 2001 tarihinde Kabul edilmiş, 8 Aralık 2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve ilan edilmiş ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

2 Bkz. Ek 1.

3 FF, n° 26, du 7 juillet 1998, sh. 3077 vd.

4 Bkz. Ek 1

5 Bkz. Ek 1.

6 Koçhisarlıoğu, C. "Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması", Ankara: Turhal Yayınevi, 2004., s. 3.

Türk hukukunda durumun değerlendirilmesi bakımından bu çalışmada İMK'nın 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 25 Haziran 1976 tarihli kanunla öngörülen 297. madde hükümleri özellikle esas alınacaktır. Çünkü hukukumuz bakımından belirleyici kaynak hükümler bunlardır. İMK y. m. 133'te birlikte velayet sınırlı koşullarla da olsa kabul edilmekteyse de TMK'nın düzenlemeleri bu son düzenlemeleri kapsamamaktadır. İMK y. m. 133 ve m. 297 düzenlemelerinde ise nispeten yeni kabul edilecek hükümler olarak boşanmada ortak velayeti açıkça zikretmektedir. Fakat gözden kaçırılmamalıdır ki İMK'nın bu yeni hükümlerinde temel kural velayetin eşlerden birine tevdiin yine temel kural olmasıdır. Birlikte velayet İMK y. m. 133 f. 3'te ayrıksı ve sıkı bazı şartlara bağlı kılınmıştır. Belirtmek gerekir ki hakim ana, babanın ortak talebi olmadan re'sen (ex officio) birlikte velayete hükmedemez ve diğer bazı şartların - çocuğun üstün yararı - gerçekleşmemesi halinde birlikte velayete karar veremez[7]. Vurgulamak gerekir ki çalışmada bu hükümler de göz önüne alınmış ve TMK bakımından ilgili yasal hükümlerin çocuğun üstün yararı ilkesine nasıl daha iyi çözüm kavuşturacağı tartışılmıştır. Çünkü dünyada, özellikle Avrupa Hukukunda[8] birlikte velayet akımı tartışılmaya başlanmış, bu akımın rüzgârı iyiden iyiye hissedilir olmuştur. Oysa TMK m. 336, 337 kurallarında "henüz ya da artık" evli olmayan ana babanın birlikte velayetine olanak tanınmamıştır. Özellikle TMK m. 337 f.1 henüz evli olmayan çiftlerde velayeti salt anaya bırakmıştır. Bu düzenlemeler Anayasal eşitlik ilkesi ile ana baba hakkı ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin (BMÇHS)[9] çocuğa tanıdığı "anasından babasından ayrı tutulmama hakkı" karşısında düşündürücüdür. Velayete sahiplik konusunda az evvel vurgulandığı gibi yeni yaklaşımlar artık evli olmayan çiftlere birlikte veli olma imkanı vermektedir. Yeter ki çocuğun üstün yararı bu yönde olsun ve ana baba da ortaklaşa velayet konusunda anlaşabilsinler[10]. Hiç olmazsa boşanmada velayetin eşlerden sadece birine bırakılması fikrine mutlak anlamda artık sıcak bakılmamalıdır. Zira kaynak kanun İMK'da yapılan son değişiklikler de bu yöndedir. Türk Hukukunda da sorunun tartışmaya açılmasına katkıda bulunmuş yazarların olduğu da hatırda tutulmalıdır[11].

---

7 Koçhisarlıoğlu, s. 4.

8 Bu hususa ilişkin Fransız Hukukunda 8 Ocak 1993 tarihli kanunla değiştirilen Fransız Medeni Kanunun y. m. 287, Almanya Anayasa Mahkemesi (BVerfG) 3.11.1982, BVerfGE 61, 358/374, Avrupa Konseyi tavsiye kararı (84) 4 s.

9 Bkz. Ek 1.

10 Serozan, R. "Çocuk Hukuku", İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005., s. 255.

11 Koçhisarlıoğlu, s. 21, Serozan, s. 283, Öztan, B. "Aile Hukuku", Ankara: Turhan Kitabevi, 2004. s. 466-467, Kırca, Kırça, Ç. "Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama"AÜHFD c.50, s.1, 2001, sh. 91 vd.

Velayetin özellikle günümüz hukukundaki anlamı, işlevi ve amacı göz önüne alınırsa TMK'da da ilgili hükümlerin değiştirilmesi kaçınılmaz olmuştur. İMK'nın yapılan son değişikliklerin de ötesinde birlikte velayetin kural olduğu, hakimin bu konuda sıkı şartları denetlemekten ziyade çocuğun üstün menfaatini - ki bu genelde çocuk hakkı olarak birlikte velayet olarak anlaşılmalı – göz önüne alarak durumun koşullarına göre birlikte velayete veya velayetin sadece eşlerden birine tevdiine takdir yetkisi içinde karar verebilmesi gerekmektedir. Bu anlayış ilgili TMK hükümlerinin yasama organınca yeniden düzenlemesi biçiminde hayata geçirilebileceği gibi aile mahkemesinde görülmekte olan dava sırasında taraflardan birinin uyuşmazlığın çözülmesinde uygulanacak TMK m. 336 hükmünün anayasaya aykırılığını öne sürmesi ve mahkeme tarafından bu iddianın ciddiye alınması veya bu durumun mahkeme tarafından re'sen göz önünde tutulması sonucunda yapılan itiraz yoluyla (somut norm denetimi, def'i yolu) Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar çerçevesinde de olabilir. Hatta bir yazarın[12] belirttiği gibi yasanın yorumlanarak aşılması da mümkündür. Aslında ilgili hükümlerin ortak velayete açık olduğu, TMK'nın m. 182 ve 336 birlikte değerlendirildiğinde yasa koyucunun hükmü özensizce ve dikkatsizce ele aldığı, bunun amaca uygun olmayacağını da eklemektedir.

Tüm bu koşullar altında boşanmadan sonra birlikte velayet arzu edilen, olması gereken hukuk bakımından uygulanabilir olmalıdır. Bu tartışma içinde yasanın ilgili hükümlerinin yasanın özüne, ruhuna sadık kalınarak çözüme kavuşturulması gerekir. Çünkü TMK'nın velayete ilişkin kuralları bir bütün içinde incelendiğinde TMK m. 336 f.2 ve f.3'ün emredici hükümler olmadığı, üstelik kanunda birlikte velayeti engelleyen bir hüküm olmadığı görülmektedir. Ayrıca hükümler dikkatlice incelendiğinde de müşterek çocuğun ille de bir eşe tevdi edileceği anlamını çıkarmak da güç gözükmektedir. Haklı olarak akla şu soru gelebilir: Feragat edilemeyecek ve aynı zamanda kişiye münhasıran bağlı bir hak olan velayette taraflar ortak velayet hususunda anlaşmışlarsa ve çocuğun üstün yararı bunu gerektiriyorsa yasakoyucu neden kamu otoritesini bu kavramlar üstünde tutmuş ve hakime somut olay bakımından takdir hakkı tanımadan tek başına velayeti uygulamayı uygun görmüş olsun? Açıkçası yasa koyucunun bunu istemiş olması düşünülemez. Değerlendirilecek olan bu halde ilgili hükümlerin kanunun amacıyla (ratio legis) ne ölçüde uyduğunun tespiti ve olması gereken hukuk bakımından uygun çözümün bulunmasıdır.

Bu çalışma genel çizgileriyle Türk ve İsviçre Hukukunda boşanmadan sonra ortak velayetin tartışılması üzerine olacaktır. Çünkü günümüz

12 Koçhisarlıoğlu, s. 93-113.

insan ilişkilerinde yaşanan gelişmeler özellikle boşanmanın bir sözleşmesel renge bürünmesi, öyle ki anlaşmalı boşanmanın TMK'da öngörüldüğünden bahisle, ortak velayetin model oluşturduğu ya da oluşturacağı unutulmamalıdır. Gerçekten de aile hukuku ilişkilerinde eşlerin iradeleri mümkün olduğunca göz önüne alınmalı ve hakimin mutlakıyetçi yetkileri azaltılmalı ve bu ilişkilerin bazı yönleriyle kamu düzenini ilgilendiren sorunlar olduğu anlayışı yerine bireysel, eşlerin iradelerine dayanan bir anlayışın yerleşmesi ağırlık kazanan düşünceler arasındadır. Eklemek gerekir ki sorunun temelinde tartışmaya açık birçok konu vardır. Sadece birlikte velayetin olması değil, birlikte velayetin aynı zamanda hangi koşullar altında hangi formüllerle ifade edileceği, birlikte velayetin ana kural mı, istisna kural mı olduğu ve nihayetinde hakimin ortak velayet kararını görevinden ötürü (re'sen) mü alacağı yoksa ana babanın vereceği kararla mı bağlı kalacağı gibi konuyu daha da tartışmalı hale getiren sorular da vardır[13].

II.GENEL BAKIŞ ve BİRLİKTE VELAYET

A. Velayet Kavramı

Velayet ana ve babanın evlilik birliği içinde doğsun, doğmasın çocuklarının bakımlarının yapılması, menfaatlerinin korunması, onların malvarlıklarının yönetilip kullanılması ve çocuğun temsiline ilişkin hakların ve yükümlülüklerin topyekûn halidir. Yeni yasalarda "bağımlılık ve baskı" çağrışımı yapan velayet (egemenlik)[14] deyimi yerine "koruma ve bakma" deyimi kullanılır. İlginçtir ki ataerkil bir deyim olduğu ileri sürülen bu kavramı yeni TMK muhafaza etmiştir[15]. Bunu velayetin kamu düzenine ilişkin olması ilkesi, tarafların kabulüne değer verilmemesi yani aile hukukunda irade özerkliğine yer verilmemesi ilkesiyle ilişkilendirmek mümkündür[16].

TMK'nın ikinci kısım/hısımlık ve altıncı ayrımında düzenlenmiş olan velayete ilişkin ilgili hükümlerine bakıldığı zaman yukarıdaki tanıma uygun olarak TMK m. 339-341 hükümleri çocukların kişi varlığının korunması, TMK m. 352-363 hükümleri çocuğun malvarlığının korunması ve TMK m. 342-345 hükümleri de çocuğun temsiline ilişkin olduğu görülmektedir[17]. Bu ayrıksı düzenlemeye rağmen TMK'da velayet kavramı ta-

13 Koçhisarlıoğlu, s. 11.
14 http://tdkterim.gov.tr/bts/
15 Serozan, s. 250.
16 2.HD 27.01.2011/10784-132 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).
17 Agy., s. 250.

nımlanmış denemez. Velayet kavramında ana babanın rolü; kendi yararını gözetmeksizin çocuğa yararlı olmaya çalışan, onun yararını koruyan süje konumundadır. Velayet kavramında önemli olan çocuğun ergin oluncaya değin onu bağımsız birey haline getirmektir. Bu bakış açısı içinde velayetin kapsamında çocuğun bakım ve eğitimi, çocuğun ana ve babasının sözünü dinlemesi, adı, sanı, aile konutundan ayrılması, ruhsal, bedensel, zihinsel, ahlaki gelişimi için uygun eğitimi alması, dini eğitimi, temsil edilmesi, fiil ehliyeti, aileyi temsil yetkisi gibi bir demet yükümlülüğü saymak mümkündür. Velayetin çocuk için öngörülmüş ve süreye bağlı bir işlevi vardır. Kural olarak çocuk ergin olduğu an velayet kendiliğinden kalkacaktır ve fakat erginlikten sonra kısıtlanırsa, daha doğru bir ifadeyle bir kısıtlama sebebi ortaya çıkarsa onun korunması için velayet rejimi devam ettirilecektir.

Diğer taraftan velayetin ana ve baba için de bir hak olarak tasarlanabileceğini ileri sürmek mümkün olmalıdır. TMK m. 335 f.1[18] ergin olmayan çocuğun velayetinin ana ve babasına ait olduğunu belirtmektedir. Velayet bu hüküm uyarınca bir hak-işlev olarak düşünülebilir. Diğer bir ifadeyle bir haktır çünkü soybağının doğal bir hükmüdür, bir işlevdir çünkü kanun ana ve babaya velayet kavramı altında belli ödevler, sorumluluklar yüklemiştir. Velayetin hem ana hem baba yönünden bir hak olduğu BMÇHS 18.[19] maddesinden de anlaşılmaktadır. Sözleşmeye taraf devletler[20] çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler[21]. Doğal olarak velayetin ana baba için bir hak olarak kabul edilmemesi aslında onların ebeveyn kimliklerini de yok saymak anlamına gelecektir.

Şurası önemlidir ki bu hakkın çerçevesi nasıldır veya hangi hak kategorisinde sayılmalıdır? Öncelikle "velayet hakkı klasik haklar şemasına uymaz. Üçüncü kişilere karşı etkili olsa da istihkak benzeri dış etkiler saçar. İade istemlerine ve haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir. Ama çocuk üstündeki hak, eşya üstündeki hakka, özellikle ana babanın eşya üstünde iştirak halinde mülkiyetine de benzetilemez. İç ilişkide bakım ve saygı, sadakat ve dayanışma yükümleri de kendine özgüdür. Bunların ifası istenemez. Mutlak-nispi hak karması ve kırması bu hak öylesine özgecil ve

18 Bkz. Ek 1.

19 Bkz. Ek 1.

20 Türkiye Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 4058 sayılı onay kanunu, 11 Aralık1994 gün ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

21 http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf

işlevseldir ki adeta yüküm-hak olarak ortaya çıkar[22]." Hatta velayetin anayasal bir hak olduğu görüşü de ileri sürülebilmektedir[23]. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) çocukla kişisel ilişki kurma hakkı ilk sırada devlet iradesi ve üvey ailelere karşı kullanılabilen bir haktır[24] yönündeki kararı dolaylı olarak velayetin bir ebeveyn hakkı olduğunu belirtmektedir. Aynı zamanda çocuğun ana ve babasına sahip olma hakkı velayet hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Öyle ki Almanya Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında[25] ebeveynlerin velayet hakkının anayasal eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirip ve bunla paralel çocuğun ebeveynlerden ayrılmama hakkının olduğunu belirten kararı konu açısından önemlidir.

B. Birlikte Velayet

Birlikte velayet çocuk üzerindeki müşterek velayet hakkının ana ve babaca birlikte, eşit kullanılmasıdır. Evlilik birliği devam ederken ana baba sorumluluğu bunu gerektirir. Nitekim TMK m. 336 f.1 hemen, daha ilk fıkrasında bunu belirtmekte ve evliliğin devamı süresince velayetin birlikte kullanılacağını kaleme almaktadır. Diğer bir ifadeyle ana ve baba eşitlik ilkesine[26] uygun olarak bu hak, yüküm işlemini birlikte yerine getirir. Bu tespit yerinde ve anlamlıdır. Çünkü 17/02/1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi e. m. 263 ve onu karşılayan İMK e. m. 274 "Velayeti İcra Hakkı" başlıklı maddeyi evlilik birliği devam ederken ana baba velayeti birlikte icra eder ve fakat anlaşamazlarsa babanın oyu ananınkine üstün sayılır[27] biçiminde hükme almıştır. Hukuk kuralları hiç kuşkusuz toplumların ortak hafızasından ve tarihinden ayrı düşünülemez, çünkü hukuk normları hele hele aile hukukuna ilişkin kurallar bu bağın çok daha güçlü olduğu alanlardır. Gelişen insan hakları kavramı üst normlar-

22 Serozan, s. 251.

23 Bkz. Alman Anayasası (GG) m. 6 f.2. Ayrıca bkz. BVerfG, 3 Kasım 1982 tarihli karar.

24 Bkz. Bu kararlar için Koçhisarlıoğlu, s. 182, 419. dipnot yollamasıyla. Pousson-Petit, s. 827.

25 Bkz. BVerfG, 3 Kasım 1982 tarihli karar.

26 Bkz. Ek 1.

27 Krş. Köprülü, B / Kaneti, S. "Aile Hukuku", İstanbul: İÜHF, 1985-1986, s. 13-14 "... burada sorulması gereken soru, kocaya öncelik veren hükümlerin Anayasa'ya aykırı olup olmadığıdır. Kocaya öncelik veren hükümler, aile birliği düşüncesine dayalı olup görüş ayrılıklarının aile içinde, olabildiğince hakim müdahalesi olmaksızın, çözümlenmesi amacını gütmektedir, belirli ölçüde evlilik birliği içinde kocaya yükletilen daha ağır sorumlulukları (MK. 152, II; "karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi (kocaya) ona aittir.") dengelemeye yöneliktir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç aynı koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme bağlanmasını sağlamaktır. Haklı nedenlere dayanılarak veya kişilerin durumlarındaki farklılığın doğurduğu zorunluluklar dolayısıyla ayrı kurallar konulması eşitlik ilkesini zedelemez."

daki yazılı kuralların alt normlara aktarılmasında ve yargının yorum ölçütlerini belirlemesinde önemlidir. Pozitifleşen haklar hukuken korunan ve sübjektif olarak talep edilebilen haklar olur. Bu da hakkın anayasal olarak tespitiyle mümkündür. Yineleyerek, anayasal ilkeler alt normlar için (kanun) ölçüttür. Zamanın koşulları içinde Köprülü ve Kaneti'nin belirttiği gibi bir anlayış[28] savunulabilir ve kabul edilebilir. Ama TMK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği gibi "gelenek ve göreneklere kesin olarak bağlı kalmak davası, insanlığın en ilkel durumundan bir adım dahi ileri götüremeyecek kadar tehlikeli bir kuramdır. Hiçbir ulus böyle bir inanç çevresinde kalmamış ve yaşamın gereklerine uygun hareketle zaman zaman kendini bağlayan gelenek görenekleri yıkmakta duraklamamıştır…, …sosyal varlıklar olan kanunlar da zamanla yaşlanmakta ve günün ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermekte zorlanmaktadırlar[29]." Böylece TMK e. m. 263 hükmünü karşılayan TMK y. m. 336 hükmünün velayet kapsamında anlaşmazlık hali için babanın oyuna üstünlük tanıması bugün için düşünülemezdi. Bu düzenleme Birleşmiş Milletler tarafından 18.12.1979 tarihinde kabul edilen "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi"ne de uygundur[30].

Ana babanın boşanmasından sonra evlilik içi ortak çocukları üzerindeki velayeti birlikte kullanabilmelerinin mümkün olup olmadığı 1980'li yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. Daha önce boşanma sonrasında velayetin ana babadan birisine verilmesi olağan durum olarak görülmekteydi. Bu sosyal yasamdaki gelişmeler, aile yapısını ve aile içindeki rol paylaşımını da etkilemiştir. Klasik olan, kadının ev işleri ve çocuğun bakımı ile ilgilenme, erkeğin ise ailenin geçimini temin etme rolleri, kadının çalışma yaşamına girmesiyle değişmiştir. Bugün, baba sadece çocuğun maddi gereksinimlerini karşılamakla yetinmemekte, çocuğun bakımı ile doğrudan ilgilenmekte, onunla daha fazla vakit geçirmekte, çocukla daha duygusal bir bağ kurmaktadır. Boşanma sonrasında genellikle çocuğun velayetinin anneye verilmesi, babanın sadece kısıtlı olarak tayin edilen zamanlarda çocuğunu görebilmesini sağlayan kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması, çocuğunun gelişimi, eğitimi hususunda söz sahibi olamaması, sadece çocuğunun gereksinimleri için maddi katkıda bulunmak zorunda olması, baba için yeterli olmamakta, bu nedenle boşanma sonrasında da velayetin birlikte kullanılması talep edilmektedir[31].

28 Bkz. Dipnot 27.

29 TMK Genel Gerekçe

30 Bkz. Ek 1.

31 Serdar, İ "Birlikte Velayat", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 155-197, s. 169.

Evlilik birliği içindeki ortak velayet boşanma halinde de tıpkı evlilik birliği devam edercesine süregelen hak ve yükümlülüklerin çiftler üzerinde paylaştırılmasıdır. Türk hukukunda yeni ve fakat İsviçre özellikle de Almanya, Fransa hukukunda eski olan boşanmadan sonra çiftlerin birlikte velayeti de günün ihtiyaçlarından doğmuştur. Özellikle günümüzde birlikte velayetin olması gereken hukuk bakımından ideal çözüm olduğu savunulabilir. Çünkü geniş anlamda aile karı, koca ve çocuklardan ibarettir ve ailenin doğal görev ve işlevlerinden biri velayet altındaki çocukların yükümlülüklerinin üstlenilmesidir. Bu anlamdaki aileye velayet ailesi denir[32]. Evlilik birliği devam ederken hiçbir kurum - çocuğun korunmasına ilişkin TMK m. 346[33] hükmü saklı kalmak üzere - velayetin kullanılmasında ana ve babaya müdahalede bulunamaz. Diğer bir ifadeyle velayetin kaldırılması ve değiştirilmesi şartları gerçekleşmedikçe, ana ve babanın velayet görevlerine müdahale olunamaz[34]. Aynı şekilde bu hak ve yükümler yumağı kurum ayrılık veya boşanmada müştereken devam ettirilmek isteniyorsa yani eşler boşanmada birlikte velayet konusunda anlaşmışlarsa hakim süregelen bu düzeni çocuğun yararı ilkesince göz önüne almalı ve kararını o yönde vermelidir. Aile hukukunda irade özerkliğinin kısıtlanması ilkesi ihtiyaçlar ölçüsünde yumuşatılabilmelidir. Vurgulamak gerekir ki çocuğun yararı ilkesi her maddi vakıanın değişkenliğin doğal sonucu olarak değişkendir (durağan olmayan) ve öyle çerçeve bir tanım yapılması da zordur. Hakim önüne gelen uyuşmazlıkta somut koşulları göz önüne alarak bu ilkeyi belirleyebilir. Örneğin bu, bir uyuşmazlıkta çocuğun bakım ve eğitim konusundaki menfaati olabileceği gibi[35] bir başka olayda çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi olabilir[36] ve yine bir başka olayda akla gelmeyecek başka bir menfaat uyuşmazlığa konu olabilir[37]. Onun için çocuğun yararı ilkesi öyle pek de katalog halinde sayılacak bir ilke değildir, kümelendirilemez.

Fakat çocuğun yararı ilkesi karine olarak ana ve babanın ortak velayeti altında karar alınmasını gerekli kılabilir. Kuşkusuz tek bir ebeveynin baskıcı, müzakereci olmayan tutumuyla çocuğun menfaatine aykırı gerekli

---

32 Akıntürk, T./ Karaman D. "Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku", İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, s. 6.

33 Bkz. Ek 1. Buna ilişkin bkz. 2.HD. 03.03.2003/1468-2770 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

34 2.HD. 17.12.2007/16702-17570 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

35 2.HD. 14.12.2004/12249-15059 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

36 2.HD. 23.05.2005/5818-7996 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

37 2.HD. 20.06.2005/7282-9459, 2.HD. 31.05.2005/5868-8446, HGK. 10.12.2003/728-741, 2. HD 06.03.1962/646-149, 2. HD. 05.07.1995/2-56-238 (Akıntürk, s. 311 dipnot 140a'dan alıntı) (karar yayımlanmamıştır)

genel eğitimi sağlayamaması veya hangi okula gideceğine özensizce karar vermesi, dini eğitiminde çocuğun bedensel, ruhsal gelişimini dikkate almaması pek muhtemeldir. Hâlbuki ana ve babanın bu gibi hassas konularda birlikte karar vermesi onlar için hem bir hak hem de yükümdür. Çocuğun da bu müzakereci, temeli sağlam olan ortak fikirden, tek başına, müzakereci fikirden doğmayan karara nispeten menfaat ölçüsü daha fazla korunabilir. Diğer bir ifadeyle birlikte velayet çocuğun yararı bakımından tek başına velayete göre önde sayılabilir[38]. Hatırlatmakta fayda vardır ki bu karine çocuğun yararını ilkesini belirlemez ya da tanım getirmez. Sadece var olan kavramın içeriğini dolduran parçalardır. Onun için her somut olayda çocuğun yararı araştırılmalı, hele hele velayet gibi kamu düzenini ilgilendiren hususlarda resen araştırma ilkesi[39] katı biçimde uygulanmalıdır. Buna ek olarak BMÇHS m. 3[40] de anlamlı olarak çocukla ilgili düzenlenecek her hususta çocuğun yararının göz önüne alınmasını belirtmiştir.

Birlikte velayet ilke olarak kabul edildiğinde ve somut olay birlikte velayeti uygulamayı gerektirdiğinde hakim buna karar vermelidir. Diğer taraftan elbette ki ana ve babanın birlikte velayeti sürdüremeyecek derecede anlaşmazlık içinde olması ve birlikte velayetin çocuğun üstün menfaati ilkesine tahammül edilmez derecede zarar vermesi halinde hakim velayeti eşlerden birine tevdii etmelidir. Çünkü velayet çocuk için varsa da ana ve babanın bu hak yüküm kırmasındaki rolü de unutulmamalıdır. Fakat en azından velayetin birlikte yürütülmesini kabul etmekle yetinilmemeli bu ek olarak velayetin birlikte yürütülmesi kural, tek başına yürütülmesinin ise istisna olduğu kabul edilebilmelidir. Hatta velayetin birlikte yürütüleceği yönünde mutlak (kesin) bir kural dahi benimsenebilmelidir[41].

38 Öztan, B. "Aile Hukuku", Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 467.

39 Bkz. TMK m. 184 ve HMK 25, Pekcanıtez, H./ Atalay, O./ Özekes, M. "Medeni Usul Hukuku" 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 234-235, "Taraflarca getirilme ilkesinin istisnası kamu düzenini ilgilendiren davalardır. Bu davalarda kendiliğinde araştırma ilkesi uygulanır. Bu ilkenin uygulandığı davalarda hakim tarafların talepleriyle kural olarak bağlı değildir. Yine hakim tarafların ileri sürdükleri vakıalarla ve delillerle bağlı olmayıp kendisi de vakıaları araştırabilir, delilleri inceleyebilir; ayrıca iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağından söz edilemez. Çünkü bu yasak kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davlarda geçerli değildir." Buna karşı "boşanma davası ne tam olarak kendiliğinden araştırma ilkesi ne de tam olark taraflarca getirilme ilkesinin mutlak uygulandığı bir dava türüdür. Burada sınırlı kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir."

40 Bkz. Ek 1.

41 Koçhisarlıoğlu, s. 45, Bkz. FMK 287.

III. BOŞANAN ÇİFTLERİN BİRLİKTE VELAYET HAKKINI TÜRK ve İSVİÇRE HUKUKLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

A. Velayetin Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi

1. Türk Öğretisindeki Görüşler

TMK m. 336 f.3 uyarınca boşanmada eşlerin ortak velayeti yönünde nasıl bir anlam çıkarılabilir konusu doktrinde pek tartışılmış ve henüz çözüme kovuşturulmuş sayılamaz. Hatta aynı maddenin ikinci fıkrasında, yani ortak hayata son verilmişse veya ayrılık hali gerçekleşmişse velayet eşlerden birine verilebilir hükmü de bu kapsam içindedir. Yeni sayılabilecek bir tartışma alanı olarak burada belli başlı birkaç yazarın eserini ve kanaatlerini anmakta fayda vardır. Akıntürk ve Karaman boşanma ile evlilik birliği kesin olarak sona ereceği için o tarihe kadar birlikte kullanılan velayet hakkının eşlerden birine bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla velayetin taraflardan birine tevdiinde bakılacak olan hakimin manevi sorumluluk altında çocuğun menfaatini en iyi kollayacak biçimde karar vermesidir[42]. Yazarlar ortak velayet konusunda herhangi bir tartışma içine girmemişlerdir. Dural, Öğüz, Gümüş ise hukukumuzda boşanma halinde velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması kabul edilmemiştir tespitiyle yetinmiştir[43]. Soruna belli başlıca değinen birkaç yazardan bahsedilecek olursa: Kırca[44] sorunda örtülü(gizli) boşluk[45] olduğu bu boşluğun amaca uygun olarak doldurulması gerektiğini ve Türk hukukunda durumu İMK m. 297 f.3 çerçevesinde belirten birkaç tespit yapmakla yetinmektedir. Başka bir eserde[46] birlikte velayet konusunda şunlara dikkat çekilmektedir: Günümüz Avrupa Birliği Aile Hukukunda birlikte velayet ilkesi uygulanmaktadır. Türk hukukunda sorun şu an tenfiz davaları yoluyla tartışılmakta ve Yargıtay birlikte velayeti Türk

42 Akıntürk/Karaman, s. 310-311

43 Dural, M./Öğüz, T. / Gümüş, A. "Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, Cilt 3", İstanbul: Filiz Kitapevi, 2005, s. 140.

44 Kırca, s. 91 vd.

45 Bkz. Serdar, s.187, 100. dipnot: Türk İsviçre doktrininde hakim görüş, boşlukları gerçek boşluk-gerçek olmayan ayrımına tabi tutmakta ve örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk olarak ifade etmektedir. Yasada bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün özü ile sözü birbirine uygun değilse veya bir hükmün sözüyle uygulanması açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa örtülü boşluktan söz edilir. Örtülü boşlukta görünürde bir hüküm olmasına rağmen kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi esas alındığında düzenlenmesi gereken bir sınırlama eksikliğinden doğan boşluktur. (Kırca, s. 97; Öztan, s. 251; Zevkliler/Acabey/Gokyayla, s. 100)

46 Köseoğlu B. / Kocaağa K. "Aile Hukuku ve Uygulaması, Bilimsel Görüşler Yargı İçtihatları", Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 443.

kamu düzeniyle çatıştığı gerekçesiyle reddetmektedir. Özellikle AB ülkelerinde[47] kabul edilen birlikte velayetin tenfizine ilişkin yabancı mahkeme kararların Türk hukukunda bu şekilde uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkumiyet sebebidir. Hatemi ve Serozan birlikte velayetin bazı koşullar altında kabul edilebileceğini, geleneksel kabul edilebilen tek başına velayetin terk edilmesi gerektiğini belirtmektedir[48]. Yine Serozan'a[49] göre birlikte velayet bakımından "henüz" veya "artık" evli olmayanların BMÇHS'nin öngördüğü üzere çocuğun ana babasından ayrı tutulmama hakkı olduğunu da ekleyerek belirtmiştir. Hatta yazar[50] TMK m. 337 f.1[51]'in defi yoluyla Anayasa Mahkemesi önünü götürülmesini çünkü BMÇHS'ye göre yapılacak değerlendirmede evlilik dışı çocuğun TMK m. 337 f.1 uyarınca velayetinin salt anaya bağlanmasının anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Soruna bir başka açıdan yaklaşan Öztan'a[52] göre ise TMK m. 182 f. 2'e göre boşanma veya ayrılık bakımından hakimin ana ve babanın çocukla kişisel ilişkileri düzenlemesi ve velayetin taraflardan birine tevdii konusundaki takdir yetkisinden bahsetmektedir. Bu hükümden ana ve babanın birlikte velayet hakkına sahip olamayacağı anlaşılmamaktadır. Madde açıkça çocuğun yararı ilkesinden hareket etmektedir. Birlikte velayet kuşkusuz çocuğun yararı bakımından tek başına velayete göre önde sayılabilir. Aynı şekilde yazar TMK m. 336 f.2 hükmünün de aynı biçimde yorumlanması gerektiğini ve bu hükmün hakime tek başına velayet bakımından emredici bir vurgu yapmadığını belirttikten sonra birlikte velayetin pekala mümkün olması gerektiğini belirtmiştir. Bir başka yazar[53] yayımlanan "Birlikte velayet" isimli makalesinde şunları belirtmektedir:

"Medeni Kanunumuzda ana babanın evli olması hali hariç, birlikte velayet açık olarak düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan çocuk hakları, özellikle çocukla ilgili her hususta çocuğun yararının öncelikli olacağı kuralı (3/I md.); ana baba ve çocuk arasında hak ve yükümlülüklerin ana babanın evli, boşanmış ya da hiç evlenmemiş olmasına değil, soybağına bağlı olarak düzenlenmiş olması; bu hükümler içinde özellikle 7/I " Çocuk....mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır"; 9/I "Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu

47 Örn. Almanya, İsviçre, Fransa, Belçika.

48 Hatemi, H. / Serozan, R. "Aile Hukuku" İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993, s. 370.

49 Serozan, s. 255.

50 Agy., s. 137.

51 Bkz. Ek 1.

52 Öztan, s. 467.

53 Serdar, s. 193-194.

açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, taraf devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar." ve 18/I "Taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer." şeklindeki düzenlemeler konumuz acısından önemlidir. Taraf Devletlerin çoğu iç hukuklarında düzenlemeler yaparak, Sözleşme ile yüklendikleri sorumluluğu yerine getirmişlerdir. Alman ve İsviçre Hukuklarında özellikle BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 18/1 hükmü dikkate alınarak, sadece evli ana babanın değil, evli olmayan ana baba ile artık evli olmayan ana babanın birlikte velayetini düzenleyen hükümler medeni kanunlarında yer almıştır. Medeni Kanunumuzda da bu nitelikte bir düzenleme yapılması gerekmektedir."

Soruna en kapsamlı biçiminde yaklaşan Koçhisarlıoğlu'nun "Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması" adlı eserinde konunun tartışılmaya açılması bakımından Türk hukukunun geç kaldığını belirttikten sonra konuya ilişkin ilgili İMK ve TMK hükümlerini kıyaslayarak genel hatlarıyla şunları belirtmektedir:

"Boşanmada, vb. birlikte velayet çözümünün değişik ülke hukuklarında *gitgide* benimsenmesi ve üstelik bu çözümün tek başına velayet çözümü karşısında *gitgide* daha bir ağırlık kazanır (tercihe layık, kural oluşturan, yasa gereği veya en azından hakim kararıyla da gerçekleşebilen, koşulları hafifleten, vb.) olması şunları düşündürmektedir. Bir kere, velayetin (eski) eşlerden mutlaka birine tevdii tarzındaki çözüm akla uygun, dolayısıyla da *tatmin* edici görünmemektedir. Ayrıca, birlikte velayet seçeneğinin kabul edilmesi durumunda da tek başına velayet seçeneğine şu veya bu anlamda, şu veya bu noktada, şu veya bu ölçüde vb. gibi üstünlük tanınması da doğru olamaz. Böyle bir çözüm de akla uygun, dolayısıyla da tatmin edici görünmemektedir. Öyleyse, bu konuda *yasal değişikliğe* gidilmesi ve bunun en iyi çözüm buluncaya kadar sürdürülmesi gerekir. Bu yapılana kadar ise eldeki yasal hükümlerin *bu* yönde (en iyi çözüm yönünde) anlaşılabilip anlaşılamayacakları ve uygulanabilip uygulanamayacakları acele araştırılmalıdır. Bunda zorunluluk vardır[54]."

Aynı yazar, yasa koyucunun amacının aslında velayetin eşlerden birine tevdiin dolaylı olarak diğer eşten bir velayetin nezdi(kaldırılması)[55] sebe-

54 Koçhisarlıoğlu, VI.

55 Bkz Ek 1.

bi olmadan alınması anlamına geleceğini, yasa koyucunun her anlamda çocuğun iyiliğini, yararını, menfaatini gözetmesi ilkesini gözeterek somut olayın koşullarına göre birlikte velayete de hükmedilebileceğini ve fakat boşanmada birlikte velayete hükmedilebilmesi için yasadaki boşluğun amaca uygun sınırlandırılması ve hakkın kötüye kullanımı kavramına başvurulabileceğini bunun sonuç vermemesi halinde ise TMK ve İMK m. 1 f.1 hükümlerinin işletilebileceğini ve yazarın kendi deyimiyle yasanın yeniden yazılabileceğini ileri sürmektedir[56].

2.Türk Uygulamasındaki Eğilimler

a)İzmir 4. Aile Mahkemesi Kararı

Türk yargısının konuya bakış açısı incelenirse; uygulamada Aile Mahkemelerinin ilk derece mahkemeleri olarak birlikte velayete olumlu bakan ve bu yönde karar veren kararları pek yoktur. Türk yargı sistemindeki arşivleme sisteminin henüz oturtulmamış olması ve mahkeme kalem iş yükünün fazla olmasının etkisi sebebiyle bu çalışma kapsamında sadece İlknur Serdar'ın çalışmasında kullandığı şu karara ulaşılmıştır:

"İzmir 4. Aile Mahkemesi 27.05.2009 tarihli 448 nolu esas ve 470 sayılı kararında isabetli olarak "tarafların ortak çocukları ../../2007 doğumlu, küçük E.'nin velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına" karar vermiştir. Dava konusu olayda taraflar; TMK.166/3 maddeye dayalı olarak anlaşmalı boşanma talebinde bulunmuşlar ve müşterek çocuğun velayetinin taraflarca birlikte kullanılacağı hususunda anlaşmışlardır. Mahkeme, tarafların velayeti birlikte kullanmasının çocuğun yararına olup olmayacağı hususunda uzmanlarca yapılan incelemenin sonucuna göre karar vermiştir. Uzmanlarca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen raporda "Çocuk için ideal olanı her iki ebeveynin de çocukla ilgili kararlara aktif katılması, çocuğun sınırlama olmaksızın istediği kadar her iki ebeveyni de görebilmesidir. Boşanma sonrasında en sık görülen negatif durum, eski eşlerin çocuk bakımı ve görüşmeler konusunda çatışmalarıdır. Çatışmaları çocuk üzerinden devam ettirerek birbirlerini cezalandırma, öfkelerini aktarma yolu olarak çocuğu kullanma ortaya çıkabilmektedir. Çocuk velayeti ile ilgili düzenleme ne olursa olsun, çocuğun ihtiyaçları her zaman birinci planda gelmelidir. ...çifti ile yapılan görüşmede, her iki tarafın da çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurabilecek, boşanma sonrasında da müşterek çocuk ile ilgili olarak bir araya gelerek karar alabilecek istek ve bilince sahip oldukları, çocukla ilgili alınacak kararlarda iş birliği içinde bulunabilecekleri izlenimi edinilmiştir. Yapılan

56 Agy., s. 237-243.

değerlendirmeler sonucunda, tarafların ortak velayet uygulamasına yönelik istek, bilinç ve gerekli motivasyona sahip oldukları, tarafların küçüğün psiko-sosyal gelişimini göz önünde bulundurarak küçüğün diğer ebeveyni ile olan iletişim ve paylaşımını destekleyici tutum içerisinde bulundukları izleniminin edinilmesi ile müşterek çocuğun alıştığı yaşam düzeninin sağlanması durumunda ortak velayetin taraflarca kullanılabileceği kanısına varılmış" olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme, uzman görüşünün ebeveynlerce velayetin birlikte kullanılmasının çocuğun yararına olacağı görüşü ve tarafların velayeti birlikte kullanma konusundaki anlaşma ve isteklerini de göz önüne alarak boşanma sonrasında taraflarca müşterek çocuğa ait velayetin birlikte kullanılmasına karar vermiştir[57]."

Mahkeme her şeyden önce anlaşmalı boşanma kurumundan hareket etmiştir. TMK m. 166 f.3[58] uyarınca eşlerin hakim tarafından bizzat dinlenildikten sonra hakimin boşanmanın mali sonuçlarına ve çocukların durumuna ilişkin konulardaki anlaşmalarını uygun bulması gerekir. Açıkça madde lafzından velayetin tevdii konusunda taraflara şu ya da bu yönde karar alınmasını gerektirecek bir emredici anlamı çıkarmak güçtür. Kaldı ki ana veya baba velayetin kendilerine tevdi edilmesinden feragat edemeyeceklerine göre yasa koyucu da bu hakkı taraflardan almamalı hele hele onların öz iradelerine karşı hiç mi hiç yapmamalıdır. Bu aşamada taraflar anlaşmalı boşanmada çocuklarının durumuna ilişkin bir ortak velayet anlaşmasını hakimin önüne sunabilirler. Hakimin denetimini yapacağı nokta – vurgulamakta fayda vardır ki ne kadar vurgulansa azdır- çocuğun üstün menfaatidir. Öyle ki TMK m. 162 f.2 yani evlilik birliğini sona erdiren genel sebep olarak evlilik birliğinin sarsılmasına karar verilmesinde dahi çocuklar için korunmaya değer kalıp kalmadığının anlaşılmasından sonra boşanmaya karar verilebileceğini haklı ve yerinde olarak belirtmiştir. Velayet bakımından ise asıl olan çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatidir. Ayrıca velayet düzenlenirken çocukların bedeni, fikri ve ruhi gelişmeleri de gözetilmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki bu ancak somut olayda hakimin çocuğu da dinlemesiyle mümkündür. Çocuk dinlenilebilecek yaş ve olgunluktaysa dinlenilmelidir. Bu aynı zamanda uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan ve Anayasa m.90 f.5[59] uyarınca kanun hükmünde (kanunla eşdeğer) bir iç hukuk kuralı olması gereken de bir husustur. Çünkü BMÇHS m. 12 uyarınca "Taraf devletler görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun

57 Serdar, s. 171, 59. dipnot.

58 Bkz. Ek 1.

59 Bkz. Ek 1.

yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan veya temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarında uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacaktır." Ayrıca yine Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin (ÇHKİAS)[60] 3 ve 6 maddeleri[61] uyarınca da idrak çağındaki çocuğun adli makamlar önünde kendisini ilgilendiren davalarla ilgili tüm bilgileri almak, kendi görüşlerini ifade etmek, ona danışılmak ve görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçları hakkında bilgilendirilmek hakkı vardır. Ayrıca karar sürecinde de adli makamlar karar almadan önce çocuğun yüksek çıkarını göz önüne alarak özellikle velayet kapsamındaki uyuşmazlıklarda çocuğun yeterli bilgi sahibi olduğundan emin olmalı ve onun görüşünü dikkate alarak karar vermelidir. Toparlanırsa, temelde çocuk haklarına ilişkin anılan bu metinler velayete ilişkin uyuşmazlıklarda çocuğun görüşünün de dikkate alınmasına yöneliktir. İzmir 4. Aile Mahkemenin yerinde yaptığı bir uygulama olarak uzmanlarca hazırlanan bir rapora dayanıp, çocuğun görüşünün alınmasından da bu çerçevede bahsetmek gerekir. Çünkü çocuk uzman aracılığıyla ayrıntılı testler uygulanarak dinlenebilir. Çocuğun dinlenilmesi uygulamasında doğru olan da budur. Hakim kalabalık duruşma salonları ve ortamlarına çocuğu sokmadan ve 4787[62] sayılı kanunun kendisine verdiği geniş yetkiyi kullanarak uzmanlar aracılığıyla çocuğu dinleyebilir[63]. Bu açıdan Yargıtay'ın çocuğun mahkemede dinlenilmesi yönünde katı tutumu eleştirilebilir[64]. Çocuk, ana ve babanın görüşleri çerçevesinde tarafların TMK m.166 f.3 uyarınca ortak velayete ilişkin anlaşmaları hakim onayına sunulmuş ve somut olayda hakim bu anlaşmayı onaylamıştır. Bunun sonucunda da hakimin velayeti taraflara müştereken tevdi etmesi isabetli olmuştur. Çünkü TMK'nın ilgili hükümleri incelendiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır; TMK m. 182 f.1 hükmü boşanma sonucu ana ve babanın çocuklara ilişkin haklarını düzenleme konusunda hakimin takdir yetkisini "mahkeme…ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler" biçiminde kaleme almıştır. Yani çoğul bir ifadedir. Fakat, eğer yasanın vurgulamak istediği tek başına velayet ise velayetin ana veya babadan sadece birine tevdii edilmesi ve eşlerin her ikisinin çocukla kişisel ilişkileri hakkında hakimin bir karar vermesinden söz edilmesi mümkün değildir. Diğer bir anlatımla ve-

60 Bkz. Ek 1.

61 Bkz. Ek 1.

62 Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun

63 Köseoğlu/Kocaağa, s. 455.

64 2.HD. 05.04.2005/1451-5416 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

layetin bırakıldığı eşin velayeti nasıl kullanacağına ilişkin bir düzenlemeyi hakim zaten yapamaz. Bu anlatımdan sonra da TMK m.182 f.2 "Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen "eşin" çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde..." tekil bir ifadeye başvurmuşken TMK m.336 f.2 de ise "velayet...boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan "tarafa" aittir." deyip çoğul anlatıma başvurmuştur. Görüldüğü gibi yasa koyucunun dili her vakit mükemmel kullanması zordur. Bunun yanında ilgili hükümlerden çocuğun velayetinin kati suretle bir eşe bırakılması gerektiği anlamını çıkarmak da zordur[65].

Fiilen söylenen; hakimin takdir yetkisi altında velayetin tevdiinde ana babanın çocuk bakımından hakkını düzenlemek... Aslında söylenmek istenen; bu hak düzenlenirken çocuğun yararını göz önüne alıp tarafların hak ve yüküm kırması bileşimi velayette sorumluluklarının devam ettiğini belirtmek... Söylenmesi gereken ise; mademki bu hak ve yüküm sadece yasada sayılı hallerde ana veya babadan alınabiliyorsa, dahası ana ve baba kendi istekleriyle dahi olsa bu hak kırmasından feragat edemiyorsa velayetin müştereken devamına pek rahatlıkla karar verebilmek... Aksi düşünce yasa sözlerini abartmak olur. TMK m. 182 f.2'de "velayetin kendisine verilmeyen eş" ve TMK m. 336 f.3'te ise "çocuk kendisine bırakılan taraf" tan söz etmektedir. Bunları karşılayan İMK y. m. 156 f.2 ile 297 f.3 hükümlerinde de sırasıyla "çocuklar kendisine emanet edilmeyen eş" ve "çocuklar kendisine emanet edilen eş" sözcüklerini kullanmıştır. Fakat bu hükümlerde velayetin eşlerden birine ait olacağını gösteren çok kesin bir ifade yoktur[66].

b) Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın önüne hukuka uygunluk denetimi yapacağı ortak velayete ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararı henüz gelmemiştir. Fakat milletlerarası özel hukuk konularında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde önüne gelen birkaç ortak velayet kararlarından bahsetmek gerekir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.03.2003 tarihli 2003/2818 esas ve 3889 numaralı kararında "...2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 40. maddesi; yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen tenfizine karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Yabancı boşanma ilamında müşterek çocuk B. ile G.'nin velayetleri anne ve babaya birlikte verilmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana - baba

65 Koçhisarlıoğlu, s. 101-102.

66 Agy., s. 104.

velayeti birlikte kullanırlar. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK.m.336) Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini anne - babaya bırakması Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır. (MÖHUK.m.38/c) Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır[67]." diyerek yabancı mahkeme tarafından verilen ortak velayet kararının tenfizini anılan gerekçeyle reddetmiştir. Bir başka kararında ise Hollanda'nın Amsterdam Mahkemesi tarafların boşanmalarına karar vermiştir ve 9.12.1988 doğumlu E. ile 24.03.1995 doğumlu M. 'in velayetinin ana ve babada müşterek olduğuna işaret etmiştir. Türk mahkemelerinde tenfizi istenen bu ilamda Yargıtay "Yabancı boşanma ilamında 9 Aralık 1988 doğumlu E. ve 24 Mart 1995 doğumlu M. isimli müşterek çocukların velayetleri anne ve babaya birlikte bırakılmıştır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK. md. 336) Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUK. md. 38/c) Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır[68]."gerekçesiyle reddetmiştir. Yine 2. Hukuk Dairesi 2004/1285 sayılı kararında "…Hollanda Rotterdam Mahkemesi tarafların boşanmalarına karar verilmiş ve karar 24.10.2003'de kesinleşmiştir. Tenfizi istenilen ilamda 1989 doğumlu V. ile 1991 doğumlu B.'nin velayetinin ana babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmiştir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini yazılı şekilde düzenlemesi Türk Medeni Kanunu'na aykırıdır[69]."

Söz konusu kararlarda da görüldüğü üzere yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde en sık karşılaşılan tenfiz engeli yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmasıdır. Zira velayet konusu öncelikle çocukların menfaatine ilişkin olduğundan Türk kamu düzeninin müdahalesi sıklıkla rastlanabilen bir durumdur. Bununla birlikte velayetin kamu düzenine ilişkin olduğundan bahisle Türk hukukuna aykırı bir velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu söylenemez. Yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun, velayet konusunda faklı düzenlemeler içermesi ve buna uygun olarak hüküm te-

67 2.HD. 20.03.2003/2818-3889 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası) Aynı yönde bkz. 2. HD. 15.04.2003/4019 - 5500 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

68 2.HD. 27.12.2004/13947-15854 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

69 2.HD. 22.11.2004/12285-13680 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

sis edilmiş olması hükmün Türk kamu düzenine aykırı olduğu anlamına gelmez[70]. Diğer bir ifadeyle Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması mahkeme kararının tanınması veya tenfizine engel teşkil etmez. Türk kamu düzeni, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşikar olan değerlere münhasır olduğunun kabulü gerekir[71]. Daha da açık bir ifadeyle, iç hukuktaki kamu düzeniyle milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni birbirinden faklıdır. Somut olaya uygulanacak yabancı hukuk normu pek ala Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil edebilir. Dolayısıyla Türk hukukunun emredici hükümleri milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni teşkil eden hususlar olarak karşılanmaz. Kamu düzeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)[72] 5.[73] maddesinde düzenlemiştir. Buna göre esas olan yabancı mahkeme kararının uygulanması sonucu ortaya çıkan durum kamu düzenine açıkça, tahammül edilmez derecede aykırı olması halinde o yabancı mahkeme kararı tenfiz edilemez. Yani kararın icrasında ortaya çıkan sonuç değerlendirilir ki buna esasa ilişkin kamu düzenine aykırılık denir. Bu içerik Türk ahlak ve adabına, Türk hukukunun temel ilkelerine, eşitlik ilkesine, Anayasal ve uluslarası sözleşmelerde öngörülen ilkelere aykırı olmama anlamını taşır. Ayrıca bu aykırılığın açık ve tahammül edilmez derecede olması gerekir. Bu noktada yukarda 2004/12285[74] esas numaralı kararın muhalefet şerhini anmakta fayda vardır. "Tanıma veya tenfize karar veren hakim, yabancı kararın doğru olup olmadığını inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Yabancı kararda uygulanmış olan usul hükümleri ve maddi hukuki tespitler inceleme dışında tutulmalıdır. Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlaka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede bu durum açıkça sözcüğü ile ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması yahut yanlış uygulanması başlı başına tenfiz veya tanıma isteğinin reddine sebep teşkil etmez. Hollanda'nın Rotterdam Mahkemesi hem Türk,

70 Akıncı, Z./ Gökyayla Demir, C. "Milletlerarası Aile Hukuku", İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 164.

71 2.HD. 16.03.2005/1149-4090 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

72 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 27 Kasım 2007 tarihinde kabul edilmiş, 4 Aralık 2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve ilan edilmiş ve 4 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

73 Bkz. Ek 1.

74 2.HD. 22.11.2004/12285-13680 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

hem de Hollanda vatandaşı olan tarafların boşanmalarına karar vermiş; 30.03.1989 doğumlu V. ile 7.1.1991 doğumlu B.'nın velayetinin ana ve babada müşterek olduğuna işaret etmiş, ancak anne yanında olduğu anlaşılan küçüklerle baba arasında iki haftada bir hafta sonunda yaz tatillerinde, bayram ve doğum günlerinde baba ile kişisel ilişki kurmuş, çocuklar yararına da iştirak nafakası takdir etmiştir. Boşanma sonucu yabancı mahkemenin çocukların velayetinin ana-babaya birlikte verilmesi Türk Medeni Kanununun 336. maddesine uygun bulunmamakla beraber, hüküm ve sonuçları itibarıyla özellikle kişisel ilişki ve küçükler yararına takdir edilen iştirak nafakası yönünden uyum arzetmektedir. Yabancı mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik bölümü teknik manada kesin hüküm özelliğini taşımamakta değişen şartlar karşısında değiştirilmesi de imkan dahilindedir. Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesini[75] ülkemiz de kabul etmiş, yabancı hukukun kamu düzeninin müdahalesi zorlaştırılmış ve asgari seviyeye indirilmiştir. Sözleşmenin 9 ve 10. maddelerinde tanıma ve tenfizin ret sebepleri sayılmış, karar sonuçlarının talep edilen devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde isteğin reddedilebileceği vurgulanmıştır. Velayetin anne ve babaya birlikte verilmesi Türk Hukuk tatbikatına uygun olmamakla birlikte vurgulandığı gibi Türk kamu düzenine açıkça aykırılık da teşkil etmez. Açıklanan sebeplerle de, velayet ve onun ayrılmaz parçasını oluşturan nafaka ve kişisel ilişkiye yönelik tenfiz isteği de kabul edilmelidir[76]."

Bu değerlendirmeler ışığında Yargıtay'ın söz konusu kararlarında yapması gereken bahsedildiği üzere hiç de yabancı olmayan bir kavram olan çocuğun üstün menfaatini tartışmak olmalıdır. Velayetin hem anneye hem babaya bırakıldığı durumlarda çocuk bakımından nasıl bir sonuç doğacak bunu incelemek gerekir. Yoksa ortak velayet Yargıtay'ın belirttiği gibi Türk hukukunda düzenlenmemiş olabilir, hatta tenfiz kararlarından dolaylı olarak Yargıtay'ın ortak velayete pek de sıcak bakmayan bir tutum içinde olduğu da savunulabilir. Daha da ilginç olanı Yargıtay bu kararlarında sürekli "boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakimin velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir" tezini savunmaktadır. Buna dayanak olarak da TMK m. 336 hükmünü göstermektedir. Hâlbuki Yargıtay'ın gözden kaçırdığı nokta TMK m. 336 f.2 hükmünün boşanma bakımından uygulanamayacağıdır. Bu fıkra ortak yaşama son verilmesi

75 Bkz. Ek 1.

76 Aynı yönde muhalefet şerhi için bkz. 2.HD. 27.12.2004/13947-15854 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası).

ve ayrılık halinde hakimin velayeti eşlerden birine verebileceği üzerinedir. Yani boşanma ve velayet ilişkisini düzenleyen asıl hüküm aynı maddenin 3. fıkrasıdır. Üstelik Yargıtay kararlarında"...hakimin velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir" ibaresinde de hakimin velayetin tevdiini resen ve bir eşe bırakarak uygulaması gerektiği anlamı çıkmaktadır ki bu da bir diğer ilginç noktadır. Madde lafzına bakılacak olursa "verilebilir" ibaresi göze çarpmaktadır. Yani TMK m.336 f.2'de aslında düzenlenen şudur: Ortak hayata son verilmesi hali -örneğin eşlerden birinin henüz boşanma davası derdest olmadan müşterek konutu terk etmesi- veya ayrılık halinde yani hakimin boşanma kararı yerine -örneğin ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu hallerde- ayrılığa karar vermesi halinde zaten ortak olan velayetin eşlerden birine de verilebileceğini kaleme almasıdır. Yani fıkranın amacı hakime önündeki uyuşmazlıkta ortak hayata son verilmişse veya ayrılık kararı verilmişse geçici bir süre - ortak hayat devam ederken veya ayrılıktan önce zaten birlikte yürütülen velayet konusunda - tek başına velayete de hükmedebilme konusunda yol gösterici olmasıdır.

B. Velayetin İsviçre Hukukundaki Düzenlemesi

1. Genel Çizgiler ve Tarihsel Gelişim

İsviçre, Kıta Avrupası'nda ortak velayet konusunda olumlu tarzda gelişen akıma yabancı kalmamıştır. 1998[77] tarihli yasa ile gündeme gelen değişikliklerden önce 1976 tarihli yasanın getirdiği değişiklikler 1907 tarihli yasadan fazla bir fark göstermemekle birlikte ilgili hükümler mutlak bir anlatıma sahiptir. Buna rağmen bazı mahkeme kararları[78] ve bazı yazarlar[79] boşanmada velayetin her iki eşe birden tevdii yönünde görüşler belirtmişlerdir. Bu konunun tartışılmaya açılmasıyla beraber birlikte velayet çözümü hemen kabul görmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 1991 Aralık ayına kadar soruna eğilememiş ve tavır alma konusuna girememiştir. Sorunun iyiden iyiye tartışılmaya başlanmasıyla Federal Mahkemenin görüşü de merak edilmiştir. Nihayet Federal Mahkeme 12 Aralık 1991

---

77 Bu başlık altındaki konularda kullanılan İMK y. m. 297 f.3 maddesi değişikliklerden önce İMK e. m. 274 f.3'e denk gelmektedir. Yeni TMK'daki karşılığı m. 336 f.3'tür. Anılan mahkeme kararları değişiklik öncesi kararlar olduğu için bu not göz önünde bulundurulmalıdır.

78 Koçhisarlıoğlu, s.17, 14. dipnot yollamasıyla"Gelterkinden İlk Derece Mahkemesinin 28.10.1986 kararı, St. Gallen İlk Derece Mahkemesinin 8.11.1988 kararı, Basel - Landschaft Üst Mahkemesinin BJM 1996, Nr. 1, sh. 12 vd. = Zeitschrift für Vormundschaftswesen 1994, 173= Plaedoyer 1994, 3, sh. 59 vd."

79 Agy, s.17, 15. dipnot yollamasıyla "Balscheit, Gürzumar, Schwenzer, Schneider, Wirz, Dürr"

yılında verdiği bir kararda[80] olumsuz çözümden yana tavır koymuştur. Bu kararında Federal Mahkeme önceki kararlarında ortak velayete ilişkin ilke niteliğinde bir karar vermediğinden bahsettikten sonra, İMK e. m. 274 f.3 yürürlükteyken verdiği iki kararında da görüşünü gerekçelendirmediği yönünde görüş bildirmiştir. Mahkeme sonraki kararında boşanmada ana ve babanın birlikte velayetine karar verilmesinin mümkün olmadığını belirmiştir. Anılan kararda yasa koyucunun değer yargısının boşanmada ana babanın birlikte velayetinin çocuğun iyiliğini koruyacak en iyi araç olmadığı bu bakımdan söz konusu hükmün uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması demek olamayacağı, dolayısıyla hakimin düzeltebileceği bir gerçek olmayan boşluk bulunmadığı, yasal hükmün asıl amacının çocuğun iyiliğine en uygun çözümün sağlanması olduğu ileri sürülerek hükmün açık olan lafzından ayrılarak onu amaca göre sınırlamanın söz konusu olamayacağı, yasa koyucunun değer yargısının ana ya da babanın tek başına velayetinin çocuğun iyiliğini koruyacak en iyi araç olarak ortaya çıktığı vurgulanmaktadır[81]. Bu hususta İMK'da 1976 değişiklikleri hazırlanırken bir Milli Meclis üyesinin (Condrau) 1975 yılında ana babanın birlikte velayetinin kabulü yönünde teklif vermiş olması ve bu teklifin o tarihte reddedilmiş olması önemli rol oynayabilir. Bu olgu, o tarihte artık nitelikli bir susmanın yer aldığı bundan böyle yasa koyucunun iradesine göre söz konusu olmayan sınırlayıcı bir anlam verilmesi gerektiği şeklinde algılanabilir[82]. Bu aslında İsviçre hukuku açısından da normal karşılanması gereken bir tavırdır. Gerçekten de o tarihte verilen bir önerge üzerine birlikte velayet kabul edilmemiş ya da kabul etmeye henüz hazır olunmadığı yahut sorunun çözümünü bu şekilde acele, hızlı biçimde yapmama iradesinden olduğu tartışılabilir. Şurası muhtemeldir ki tek başına velayet aslında geleneksel bir normdur. Bu geleneği bir ön hazırlık yapmadan, oldu bittiye getirmek ve verilen bir önerge üzerine değiştirmek de zordur. Hele hele İsviçre hukukundaki mevzuat değişiklikleri özellikle temel kanun olan İMK'da ön hazırlık yapmadan, tartışılmadan, araştırma ve çalışma yapmadan değiştirmek pek görülür şey değildir. Bundandır ki, Türk hukukuna dönülecek olursa, Türk yasa koyucusu, önce 1926 yılında İsviçre yasa koyucusunun 1912 yılındaki, sonra da 2001 yılında aynı yasa koyucunun 1976 yılındaki konumlarını benimsemiştir. Fakat TMK yasa çalışmalarında ne İsviçre Milli Meclisindeki gibi bir önerge verilmiş, ne velayete ilişkin güncel sorunlar TBMM'de tartışılmış ne de yasanın ilgili gerekçelerinde[83] şu ya da bu biçimde bir eğilim bulmak zorlaşmıştır.

80 BGE 117 II 523 vd.

81 Koçhisarlıoğlu, s. 18.

82 Agy., s.110.

83 Agy., s. 110 ve Bkz. TMK m. 336 maddesine ilişkin gerekçe bir önceki 1984 TMK

İsviçre hukukuna dönülecek olursa, bu tartışmalar içinde ilgili yasal hükümlerde bir düzenleme yapma zorunluluğu doğmuştur. İMK'da kısmi değişiklik öngören öntasarı bazı koşullar altında boşanmada eşlerin birlikte velayetine izin vermekteydi. Öntasarı yasalaştığında ise İMK y. m. 133 ve ona atıf yapılan İMK y. m. 297 boşanmada çiftlerden birinin velayetini kural olarak benimsemiş ortak velayeti bazı sıkı koşullara bağlamıştır. İMK m. 133 f.3'e göre: "Hakim ana ve babanın ortak talep etmeleri halinde çocuğun yararıyla bağdaşması ve hakimin onayına çocuğun yükümlülüklerine katılmalarını ve nafaka giderlerini paylaşmalarını belirten bir anlaşma sunmaları koşuluyla velayetin ana ve babaya ortak tevdiine karar verebilir.[84]" Buna göre şartlar belirlenirse:

1. Her şeyden önce ana ve babanın birlikte velayet için ortak bir talebi olmalıdır.

2. Bu ortak talep nafaka giderlerini paylaşma ve çocuğun yükümlülüklerine katılma konusunda bir anlaşma şeklinde olmalıdır.

3. Tüm bu şartlar çocuğun ortak menfaatini koruyucu nitelikte olmalıdır.

4. Anlaşma hakimin onayından geçmelidir.

Bu şartlar altında kısa bir hatırlatma için Türk Hukukuna dönülecek olursa, İMK m. 133 f.3 TMK m. 166 f. 3'teki anlaşmalı boşanma şartlarını andırmakla birlikte velayete ilişkin bir düzenlemedir ve fakat TMK m. 166 f. 3 ise anlaşmalı boşanmada "boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır[85]." hükmü sadece çocukların durumu konusunda yani velayet bahsinde yapılan düzenlemenin uygun bulunmasının gerektiğini söylemekle yetinmiştir. Yani hakime velayet konusunda şu ya da bu yönde karar vermesi gerektiğini söylememiştir. O halde hakim takdir hakkı çerçevesinde çocuğun menfaatini göz önüne alarak tek başına velayete veya ortak velayete hükmedebilir. Nitekim yukarda İzmir 4. Aile Mahkemesinin yaptığı tam da budur ve olması gereken hukuk bakımından da madde metni yerindedir ve hiçbir biçimde katı, tek başına velayet vurgusu varmışçasına yorumlanmamalı-

öntasarısının konuyu düzenleyen m. 253 ilişkin gerekçe. Konuya ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Sadece TMK e. m. 264 hükmünün sadeleştirilmiş hali olduğundan bahsedilmektedir.

84 Bkz. Ek 1.

85 Bkz. Ek 1.

dır. Hatta TMK m. 166 f. 3 hakime yapılan anlaşmaya tarafların ve çocukların menfaatini göz önüne almak şartıyla müdahale ve gerekli değişiklik yapma şansı da vermiştir. Hakim, çocuğun menfaati gerektiriyorsa, pek ala tek başına velayet konusunda anlaşmış çiftlere ortak velayet biçiminde bir anlaşma yapmaları konusunda müdahale edebilir en azından bu yönde bir telkinde bulunabilir. Yine Türk ve İsviçre hukukunun karşılaştırılması bakımından hatırlatmakta fayda vardır ki İMK m. 133 f.3 anlaşmalı boşanma olmasa dahi tarafların ortak velayet konusunda anlaşmalarını yeterli bulan bir düzenlemedir. Oysa TMK m. 166 f.3 sadece anlaşmalı boşanma halinde uygulanacak bir hükümdür. Yani tarafların çocuğun bakım ve giderleri konusunda anlaşmaları bir yana her şeyden önce evliliğin en az bir yıl sürmesi, eşlerin birlikte başvurularını ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi şartlarını da aramaktadır ki bu şartlar da İMK m. 133 deki şartlarla değerlendirildiğinde daha fazla koşul içermektedir. O bakımdan uygulamada tereddüde yer verilmemesi için TMK'ya da İMK m.133 f.3'teki gibi bir hüküm eklenmelidir. Hemen bir ekleme yaparak şunu da hatırlatmakta fayda vardır: İMK m. 298a f.1[86] hükmü evlilik dışı bir ilişkiden doğan çocuklar için de birlikte velayeti tıpkı İMK m.133'teki koşullara benzer bir biçimde kaleme almıştır ve birlikte velayet bakımından bir adım daha öteye gitmiştir. Bu da gerek aile hukukunda yaşanan güncel gelişmeler, gerek olması gereken hukuk bakımından Türk hukukunda arzulanandır.

2. İsviçre Öğretisindeki Görüşler

İsviçre öğretisinde şu an için İMK 133 ve 297'de yapılan düzenlemeler ışığında ortak velayetin İMK 133 şartlarını taşıması koşuluyla mümkün olduğu görüşüdür. Fakat bu değişikliklerden öce Balscheit bu hususlarda şunları belirtmektedir: İMK m. 297 f. 3 hükmün lafzı hakime hitap etmemekte ve fakat bir yetki böylece de sübjektif bir talepten söz edilmektedir. Bunda da şu sonuç çıkarılabilir:

"Alıkoyma, muhafaza hakkı ile velayet hakkının birlik ve bütünlüğüne özen gösterilmiş, fakat talep sahibi ana ve babanın rızasıyla diğerinin de velayet hakkının ortak sahibi olabilmesine izin verilmiştir. O halde eşlerin bu yöndeki anlaşmaları hakim tarafından onaylanabilmeli ve bağlayıcı olabilmelidir[87]."

Diğer bir ifadeyle taraflar kendi aralarında bu yönde bir karar almışlarsa bunun hukuken mümkün olmaması için bir neden yoktur. Burda hemen belirtilmelidir ki yazar velayet ve alıkoyma hakkının birlik ve bü-

86 Bkz. Ek 1.

87 Koçhisarlıoğlu, s.33 ve 54, 144. dipnotun yollamasıyla Balscheit(I), (III) ile (VI).

tünlüğünden söz etmektedir. Fakat velayetin kapsamı sadece çocuğu alıkoyma, muhafaza etme biçiminde sınırlandırılamaz. Velayet üst kavram olarak içinde alıkoyma hakkını barındırsa da velayetin kapsamına başkaca kavramlar da girmektedir. Örneğin çocuğun bakımı, eğitimi, çocuğun ana ve babasının sözünü dinleme yükümlüğü, bunun yanında ana babanın da çocuğun görüşlerine önem vermesi, çocuğun adı, dini eğitimi, temsili gibi pek çok kavramı sıralamak mümkündür. Velayet hakkını sadece alıkoyma hakkıyla bağdaştırmak tek başına velayet dışında bir düzelemeye de imkan tanımamaktadır. Ayrıca Balschet'in belirttiği gibi hakime hitap etmeyip bir sübjektif isteme yer verilen İMK m. 297 f.3 dilbilgisi yönünden gerçekten de sadece alıkoyma, muhafaza hakkıyla velayetin birlik bütünlüğüne özen gösterildiğini fakat istem sahibi ana babanın kendi rızasıyla diğerinin de velayet hakkının ortak sahibi olabileceği sonuçlarının çıkarılmasına izin vermektedir. Bu suretle çocuğu alıkoyma hakkına sahip bulunan eş İMK m. 297 f.3'te kendisine tanınan bu yetki, dolayısıyla bu sübjektif hak uyarınca diğerini velayetin icrasına ortak kılma konusunda bir yetki yani sübjektif bir hak sahibi kılınmış olmaktadır[88].

İsviçre'de baskın öğreti[89] farklı düşünmektedir. İMK m.297 f.3 emredicidir. Boşanmada hakim velayeti eşlerden birine tevdii etmelidir. Hatta hakim bunu yapmakla mükelleftir. Artık birbiriyle evli olmayan çiftlerin ortak çocukları üzerinde velayeti ortak yürütmeleri de mümkün değildir. Bu hüküm emredicidir, hakimin çiftlerin aralarında yaptıkları farklı bir anlaşmayı onaylaması da imkansızdır. Anılan fıkra hükmü haber kipinde kaleme alınmıştır[90]. Bu ayrıca baskın öğretinin Balscheit'ten ayrılan yönüdür. Çünkü bu İMK m. 297 f.3 hükmünde bir yetki, böylece sübjektif bir talepten söz edildiğini belirtmiştir. Fakat Hegnauer velayetin sübjektif hak olmadığından, üzerinde tasarrufta bulunulamayacağından, dolayısıyla bir yetkiden söz etmenin mümkün olmadığından hareket etmektedir.

"Alıkoyma hakkının sahibi ana veya baba diğerinin velayetin birlikte sahibi olmasına razı olmak suretiyle onu velayetin birlikte sahibi kılamaz. Zira ana ile babanın çocukların paylaşımına dair aralarında yaptıkları anlaşmalar, hukuken hakime yapılan ortak bir tekliften başka bir şey değildir. Hakim İMK m.297 f.3'ün tersine davranarak alıkoyma hakkına sahip bulunmayan ana ya da babaya da velayeti tevdi edebilme yetkisinden mahrumdur[91]."

---

88 Koçhisarlıoğlu, s.67, 175., 176., 177. dipnotlarının yollamasıyla Balscheit(I).

89 Koçhisarlıoğlu, s.34, 62. dipnotun yollamasıyla Hegnauer (III).

90 Koçhisarlıoğlu, s.34, 68. dipnotun yollamasıyla Zürih Yüksek Mahkemesi, karar, sh. 415, E.3.

91 Koçhisarlıoğlu, s.68, 183. dipnotun yollamasıyla Hegnauer (III).

3. İsviçre Uygulamasındaki Eğilimler

a) St. Gallen İlk Derece Mahkemesi Kararı

Mahkemenin konuya ilişkin kararında[92] İMK m. 297 f.3'ün anlam ve amacı boşanmada çocuğun iyiliğine imkan ölçüsünde en uygun düşen çözümün bulunabilmesinden ibarettir[93]. Birlikte velayetin çocuğun iyiliğine düşen çözüm olduğu hallerde buna karar vermemek için hiçbir mutlak neden bulunmamaktadır. Boşanmada çocuğun yararının korunması için ona en az seviyede zarar verecek düzenlemeye gitmek gerekir[94]. Bu çocuk hukukunun[95] da temelidir.

"Boşanan ana baba çocuğu alıkoyma hakkına sahip bulunmayan tarafın ziyaret, kişisel ilişkiler kurma hakkını iç ilişkide pekala düzenleyebilirler ve ayrıca yasada öngörülmeyen bir ortak karar verme hakkını yine iç ilişkide ona tanıyabilirler. Bu böyle yapılmadığında dış ilişkide, üçüncü kişilere karşı, alıkoyma hakkına sahip olmayan eşin – genelde baba olan tarafın - hak ve ödevlerini yerine getirmesi de mümkün olmayacaktır[96]."

Bunu aşmak için mahkeme velayeti çiftlerin ikisine birden bırakırken alıkoyma hakkını anaya bırakmıştır[97]. Böylece baba çocuğun temsilinde özellikle üçüncü kişilerle ilişkilerde yasal temsilci sıfatını koruyabilecektir. Sonuç olarak mahkeme İMK m. 297 f.3'ün çocuğun yararına en uygun çözümü bulmaya yönelik hüküm olması gerektiğini belirtip ortak velayete hükmetmiştir. Bu noktada mahkeme birlikte velayette çocuğun oturma yeri sürekli değişeceği kaygısını, alıkoyma hakkını velayetten ayrı tutup anaya bırakması yoluyla bertaraf etmiştir. Buna ek olarak değişik çözümler de gündeme gelebilir. Örneğin dönüşümlü oturma yeri, değişken oturma yeri, ana ve babadan sadece birinin yanında oturma yeri veya olağan, alışılmış oturma yerini koruma gibi çözümler olumlu yaklaşımlar olacaktır[98]. Mahkemenin bulduğu çözüm yolu veya önerilen yolların kabul edilmesi önemlidir. Çünkü eşlerin boşanmalarının çocuklarıyla olan ilişkileri üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Eşler arasındaki ilişki son bulsa da ana ve babanın çocuklarıyla olan ilişkileri son bulmaz[99].

---

92 8.11.1988 tarihli karar.

93 St Gallen İDM, ak., E.4.

94 Agk., E.4.

95 Serozan, s.1. "Çocuk hukuku devletçe tanınmış ve herkesçe uyulması yine devletçe zorla (yaptırımla) sağlanmış olan toplumsal davranış kuralları anlamına gelen "hukukun" çocuklara özgü dalıdır."

96 Agk., E.1.

97 St. Gallen İDM., E.1.

98 Koçhisarlıoğlu, s. 134.

99 Agk., E.3.

b) Zürih Yüksek Mahkemesi Kararı

Zürih Yüksek Mahkemesi Balscheit'in görüşlerinin aksine İMK m. 297 f.3'ün haber kipinde kaleme alındığını belirtmektedir. Mahkemeye göre İMK m. 297 hükmünün tamamı hakime direktif vericidir. O nedenle alıkoyma hakkı sahibinin hiçbir biçimde sübjektif hakkı olamaz[100], hüküm emredicidir. Şu ya da bu yönde yapılan anlaşmayla taraflar velayet üstünde tasarruf edemez. Velayet ondan nez edilebilir. Bunun alıkoyma hakkının da ondan alınması ile bağlantılı olması şart değildir.

"Balscheit'in tersine İMK m. 297 f.3'te bu hususta talepte bulunma hakkına sahip ana ya da babanın rızasıyla diğerinin de velayete sahip olabilmesi dışlanmamış ve de yalnızca alıkoyma hakkı ile velayetten oluşan bir bütün ile uğraşmak istenmiş olamaz. Balscheit'in belirttiği gibi İMK m.297 f.3'te bir yetki, böylece subjektif bir talepten söz ettiği yolundaki görüşünün delilleri bulunmamaktadır[101]."

Dolayısıyla hakim herhangi bir serbestiye sahip olmadan velayeti eşlerden birine tevdi etmek zorundadır.

c) İsviçre Federal Mahkemesi Kararı

Federal mahkeme İMK m. 297 f.3 hükmünün boşanan çiftlere birlikte velayet için bir söz vermeyeceği görüşündeydi[102]. Bununla birlikte Yüksek Mahkemeye bir itirazda bulunulabilir. Federal Mahkemenin üzerinde durduğu nokta yasa koyucunun söz konusu normu düşünüp, taşınıp, bilinçli bir iradeyle seçip koyduğuydu. Eğer yasa koyucu hakime takdir hakkı tanımış olsaydı İMK m. 297 f.2'deki gibi yetki formülü kullanırdı. Çünkü ayrılmış ana babanın konumu boşanmış ana babanın konumundan farklı değildir. Bu düzenleme gerçek olmayan bir boşluk içermez ve boşanmada velayetin ana ve babaya tevdi mümkün değildir[103]. Ayrıca İMK m. 297 f.2 düzenlemesindeki amaç; ayrılık halinde velayetin tevdii hususundaki tartışmalara son vermektir. Yasa koyucunun boşanmada birlikte velayet için bir tereddüdü olmadığından bilinçli bir tercihle tek başına velayetin kaleme alındığı görüşü vardı. Başka bir anlatımla Federal Mahkeme boşanmada yasa koyucunun bilinçli tercihiyle kaleme aldığı tek başına velayetin çocuğun iyiliğini koruyacak en iyi araç olduğu görüşündeydi. Buna paralel İMK m. 297 f.3 hakime hitap etmediği ve fakat velayet kendisine

100 Zürih YM., E.3.
101 Agk. YM., E.3..
102 Koçhisarlıoğlu, s. 29-30, 47. dipnot yollamasıyla BGE 117 II 523 vd.
103 BGE 123 III 445.

tevdi edilen eşe diğerini velayetin icrasına ortak etme yetkisini, böylece de ona öznel bir hak tanıdığı yönünde ileri sürülen görüşün kabul edilmesini imkansız görmekteydi. Sonuç olarak çocuğun çıkarı hakkındaki kendi kişisel tanımını yasa koyucunun yerine koymak ve böylece yasa sansürcüsü olarak ortaya çıkmak hakime düşmez[104] demekteydi.

IV. SONUÇ

Nispeten yeni sayılabilen ve güncel gelişmelere ihtiyaç duyan Çocuk Hukukunda artık evli olmayan çiftlerin boşandıktan sonra da ortak velayet düzenlemesine ihtiyaç duyduğu çalışmanın çıkış noktasıdır. Bu bakımdan çalışmanın kapsamı kaynak kanun İMK'da yaşanan güncel gelişmelerle birlikte hem Türk öğretisi ve uygulamasındaki eğilimler hem de İsviçre öğretisindeki değişim dönemine ve uygulamasındaki eğilimlere ve örnek yargısal kararlara değinilerek genişletilmeye çalışılmıştır. Ortak velayet Türk Hukuku için henüz yeni sayılmakla birlikte üzerinde durulması gereken bir konudur. Hatta çalışma kapsamından bu eğilim için Türk Hukukunun Kıta Avrupa Hukukunun gerisinde kaldığını söylemek mümkündür. Aşağıda da açıklandığı üzere Türk Hukuku için bazı çözüm önerileri sunulmakla birlikte temel beklenti TMK'da ortak velayet düzenlemesi göze çarpmasa da sorunu açıkça olumsuz düzenleyen bir hüküm olmadığının da anlaşılmasıdır.

Toplumsal ihtiyaçlardan doğan hukuk normları için şu vurguda bulunulabilir: Sosyolojik pozitivizm kuramın yandaşları hukuk kuralını sosyal olgu olarak görürler. Hukuk kuralı temelini devlet iradesinde değil, kolektif bir bilinçte ya da kitlede bulur. Hukuk kuralı sosyal bir üründür ve buna göre toplum, kendisine en uygun olan kuralları üretir. Önce Auguste Comte, sonra da Emile Durkheim tarafından geliştirilen pozitivizm, XX. yy. başlarında sosyal dayanışma fikrini benimseyen Léon Duguit tarafından kullanıldı. Ona göre:

"bireylerden oluşan kitle, oluşturduğu kümenin yararı için bir hukuk kuralının zorunluluğunu hissettiğinde, bu hukuk kuralının oluşturulması ve onun zorunlu olması gerekir."

Başka deyişle, Duguit'nin "objektivist kuram" diye adlandırdığı kuramına göre:

"hukukun kaynağı insani dayanışmadır, insanların karşılıklı bağımlılığıdır. Sosyal kurallar, sosyal kümenin üyeleri onların uygulanmasını

104 Agk.

pozitif bir cezaya bağladıkları anda hukuk kurallarına dönüşürler; bu kurallara saygı kümenin iyi işlemesi için zorunludur. Hukuk sosyal hayatın ürünüdür[105]."

Her ne kadar hukuk tanımı tüketici olarak yapılamasa da sosyolojik pozitivizm kuramından yola çıkarak ortak velayet için esen olumlu havanın sosyal bir ihtiyaç olduğu söylenebilir. Toplumlardaki değişkenlikleri ihtiyaçları görmezlikten gelmek yabancılaşmaktır. Güzel bir örnek olması açısından Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kararını[106] anmakta fayda vardır. Mahkeme Alman Aile Hukukunun yenilenmesi için yorulmak bilmeyen itici bir güçtür. Federal Mahkeme birçok kararında kanun koyucuya çağrıda bulunmuş ve gerekli yasal düzenlemelerin yapılması için kanun koyucuyu cesaretlendirmiştir[107].

"Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1982'de BGB'nin 1671'nci paragrafının IV'üncü fıkrasının l. cümlesinde yer alan, velayetin boşanmadan sonra ana ve babadan sadece birine verilmesine ilişkin emredici hükmü anayasaya aykırı bulunmasından bu yana hukuk uygulaması, boşanan eşlere birlikte velayet hakkı tanımaktadır. Ana babanın boşanmadan sonra birlikte velayet hakkına sahip olması hususundaki mevcut hukukî durum, Federal Hükümet Tasarısı'yla kanunî bir kural haline[108]"

getirilmiş, böylece, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki talebine fazlasıyla uyulmuştur. Bahsedildiği üzere İMK'da yapılan değişiklikler ile bu rüzgara daha da önceden kapılan Alman, Fransız, Belçika hukuklarındaki yapılan yenilemeleri TMK'da da görmek yerinde olacaktır.

Hak ve yüküm kırması velayetin külfetinin paylaştırılması çocuğun üstün yararı adına daha olumludur. Tek kontrole sahip bir ebeveyn modelindense rekabete açık, her iki ebeveynin kontrolünde gelişen bir sorumluluk çocuğun üstün yararı ilkesine daha iyi hizmet edecektir. Her iki ebeveynle yakın temas içinde olan çocuğun ihtiyaçları daha iyi gözlemlenecek ve onun refahı için daha sağlam adımlar atılmış olacaktır. Bu modelde ebeveynlerin eşit hak ve sorumlulukları vardır. Aslında çiftlerin yabancılık çekmeyeceği bu model TMK m. 336 f.1 hükmünün değiştirilmiş biçimidir. Yani evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanır hükmü evlilik devam etmese de ana ve baba velayeti birlikte kullanır

105 Duguit, "Egemenlik ve özgürlük", *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005.

106 BverfG NJW 1983,101.

107 Hohloch, "Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Reformun Hareket Noktaları Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri", (çeviren: Zarife Şenocak), s.380.

108 Hohloch, s.385-386.

biçiminde belirtmenin hali hazır düzenlemeler bakımından bir sakıncası yoktur. Hatta Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi; görülmekte olan dava sırasında taraflardan birinin uyuşmazlığın çözülmesinde uygulanacak TMK m. 336 hükmünün anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığını öne sürmesi veya bu durumun mahkeme tarafından re'sen göz önünde tutulması sonucunda yapılan itiraz yoluyla (somut norm denetimi, def'i yolu) başvuru üzerine Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin vereceği karar çerçevesinde daha da erken yol alınabilir. Ne de olsa TMK'nın genel gerekçesinde kanun koyucu kadın erkek eşitliğini dikkate alarak düzenleme yaptığını ifade etmiştir. Bu aynı zamanda uluslararası bir yükümlülüktür. BMÇHS m. 9'da öngörüldüğü üzere yetkili makamlarca ayrılığın çocuğun üstün yararına olduğu yönünde karar verilmedikçe çocuk ana ve babasından ayrı tutulamaz. Diğer taraftan m. 18 f. 1 uyarınca "taraf devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer." şeklindeki düzenlemeler konumuz acısından önemlidir. Taraf devletlerin çoğu iç hukuklarında düzenlemeler yaparak, sözleşme ile yüklendikleri sorumluluğu yerine getirmişlerdir. Alman ve İsviçre Hukuklarında özellikle BMÇHS m. 18 f.1 hükmü dikkate alınarak, birlikte velayet sadece "artık" evli olmayan ana baba bakımından değil, "henüz" evli olmayan ana baba bakımından da düzenlenmiştir.

O halde yineleyerek belirtilirse, her ne kadar TMK'da ana babanın evli olması hariç birlikte velayet düzenlenmemişse de çocuğun üstün yararı ortak velayeti haklı gösteriyorsa hakim buna karar vermelidir. Üst paragrafta belirtildiği üzere TMK m. 336 f.1 ortak velayet evlilik devam etmese de mümkün olmalıdır. Üstelik bu kuralı öyle İMK m. 133 f. 3'teki gibi bazı sıkı şartlara bağlamanın da gereği yoktur. Diğer bir ifadeyle hakim tarafların bu yönde talepleri olmasa da tarafları ve çocuğu dinledikten sonra bu kurumun çocuğun yüksek yararı için somut olay bakımından uyulabileceğini hatırlatmalı, resen de bu yönde karar verebilmelidir. Hemen hatırlatmakta da fayda vardır, boşanan çiftler birlikte velayeti yürütemeyecek derecede anlaşmazlık içindeyseler, hakim yine somut olayın özelliklerine göre velayeti eşlerden birine tevdii edebilir. Burda anlaşmazlığın sınırı nerden başlayacak sorusu akla gelebilir ve bu soru haklı da görülebilir. Bu sınır boşanma sebeplerine göre belirlenebilir. Eğer çiftler arasında özel bir boşanma sebebi varsa - örneğin TMK m. 162 "Hayata kast, pek kötü, onur kırıcı davranış" - elbette ki hakimden birlikte velayet kurallarını uygulanması beklemez. Fakat en azından uygulamada daha

sık karşılaşılan genel boşanma sebebi olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde hakimin resen araştırma yapma ilkesi ve boşanmadaki yargılama usulünce[109] elindeki geniş yetkileri kullanması beklenebilmelidir. Buna ek olarak ortak velayet talebi anlaşmalı boşanma halinde taraflarca ileri sürülmüşse ve çocuğun yüksek yararına da uygun düşüyorsa hakim bu konuya evleviyetle karar verebilmelidir.

Göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus da şudur: Velayetin bir eşe tevdii klasikleşmiş ve kökleşmiş bir uygulamadır. Çünkü velayet ve alıkoyma hakkı birbirine karıştırılan kavramlar olabilmektedir. Söz gelimi alıkoyma hakkı anaya verilmişse velayet de anadadır varsayımı geliştirilebilir. Halbuki velayet alıkoymaya bağlı değildir. Alıkoyma, muhafaza etme velayetin sadece bir yönüdür. O halde alıkoyma ve velayet pek de öyle sanıldığı gibi iç içe geçmiş kavramlar değildir. Tam tersine ortak velayet kuralının uygulanması tam da bu noktayla sıkı ilişkilidir. Ama bu ilişki kavramların birbirinden ayrılabileceği üzeredir. Somut olayda hakim bir taraftan bir eşe alıkoyma hakkını verebilir, diğer taraftan velayeti ise ikisine birden verebilir. Çünkü alıkoyma hakkına sahip olmak kendiliğinden velayete de sahip olma anlamını taşımaz. Onun için özellikle uygulayıcının bunun farkında olması önemlidir.

EK 1

A.Türk mevzuatı

1.Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (İlgili Hükümler)

Madde 10 – **(1)** Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(2) (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(3) Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

(4) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

(5) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (*9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle; bu fıkraya "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir. Daha sonra aynı ibare; Anayasa Mahkemesi'nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.)*kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Madde 90 – (5) 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.

109 Bkz. Ek 1.

2.Türk Medeni Kanunu (İlgili hükümler)

VI. Evlilik birliğinin sarsılması

Madde 166-(1) Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.

(3) Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

(4) Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.

VIII. Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları

1. Hâkimin takdir yetkisi

Madde 182 - (1) Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

(2) Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

(3) Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

D. Boşanmada yargılama usulü

Madde 184- (1) Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir:

1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz.

2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez.

3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz.

4. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder.

5. Boşanma veya ayrılığın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.

6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.

A. Genel olarak

I. Koşullar

Madde 335- (1) Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.

(2) Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.

II. Ana ve baba evli ise

Madde 336- (1) Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

(2) Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

(3) Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

III. Ana ve baba evli değilse

Madde 337- (1) Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir.

(2) Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.

C. Çocuğun korunması

I. Koruma önlemleri

Madde 346-(1) Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.

III. Velâyetin kaldırılması

1. Genel olarak

Madde 348- (1) Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. **(Değişik: 1/7/2005-5378/38 md.)** Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

(2) Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

(3) Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.

3.Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Kamu düzenine aykırılık

MÖHUK Madde 5 – (1) Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.

C.Uluslararası Belgeler

1.Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (20.11.1989)

Türü: Çok Taraflı
Tipi: Sözleşme
Konusu: İnsan Hakları

Dili: İngilizce, Arapça, Çince, İspanyolca, Fransızca ve Rusça
İmza Tarihi: 14.09.1990 (T.C.)
Onay Belgelerinin Tarihi: 09.12.1994
Onay Belgelerinin Sayısı: 4058
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Tarihi: 11.12.1994
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Sayısı: 22138
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Sayısı: 1994/6423
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi: 23.12.1994
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Sayısı: 22184
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi: 27.01.1995
Düstur Kayıtları: V (34) 1161
T.C.'nin Koyduğu Çekinceler - Beyanlar: İhtirazi Kayıt: Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.

BMÇHS Madde 3

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

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

(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.

BMÇHS Madde 18

(1) Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları İlkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

(2) Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.

(3) Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.

2. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (İlişik Beyan)-Strazburg, (25.01.1996)

Türü: Çok Taraflı
Tipi: Sözleşme
Konusu: İnsan Hakları
Dili: İngilizce ve Fransızca
İmza Yeri: Strazburg
İmza Tarihi: 09.06.1999
Onay Belgelerinin Tarihi: 18.01.2001
Onay Belgelerinin Sayısı: 4620
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Tarihi: 01.02.2001

Onay Belgelerinin R.G. Yayın Sayısı: 24305
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Sayısı: 2002/3910
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi: 12.03.2002
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Sayısı: 24743
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi: 02.05.2002
Uzatma Fesih Hükümleri: -Akit Tarafların her biri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirim ile bu Sözleşme'yi feshedebilir. -Fesih, Genel Sekreterin bildirimi almasından itibaren 3 aylık sürenin dolmasını izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.
T.C.'nin Koyduğu Çekinceler - Beyanlar: -BEYAN METNİ Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 1. Maddesinin 4. Paragrafı uyarınca,Sözleşme'nin adli bir makam önünde aşağıdaki kategori aile hukuku davalarında uygulanacağını beyan eder.

1. Boşanma davaları,

2. Ayrılık davaları,

3. Çocukların velayetine ilişkin davalar,

4. Ebeveynle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması,

5. Babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalar, -Sözleşmeye hiçbir Çekince konulamaz.

Açıklamalar: -Sözleşme Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin ve Sözleşme'nin oluşmasına iştirak eden Avrupa Konseyi'ne üye olmayan Devletlerin imzasına açıktır.

ÇHKİAS Madde 3 – Davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkı

(1) Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a. ilgili tüm bilgileri almak;

b. kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c. görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek

ÇHKİAS Madde 6 – Karar süreci

(1) Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, -çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla,
- çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.
- çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.

3. Kadınlara Karşı Her Türla Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (18.12.1979)

Türü: Çok Taraflı

Tipi: Sözleşme
Konusu: İnsan Hakları
Dili: Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca
Onay Belgelerinin Tarihi: 11.06.1985
Onay Belgelerinin Sayısı: 3232
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Tarihi: 25.06.1985
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Sayısı: 18792
Onay Belgelerinin Yeraldigi Düstur: V (24) 518
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Sayısı: 1985/9722
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi: 24.07.1985
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Sayısı: 18898
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi: 14.10.1985
Düstur Kayıtları: V (25) 293

4. Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Lüksemburg-20.05.1980)

Türü: Çok Taraflı
Tipi: Sözleşme
Konusu: Adli Yardımlaşma ve Yabancı Belge ve Kararların Geçerliliği
Dili: Fransızca ve İngilizce
İmza Yeri: Strazburg
İmza Tarihi: 20.10.1997
Onay Belgelerinin Tarihi: 04.08.1999
Onay Belgelerinin Sayısı: 4433
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Tarihi: 08.08.1999
Onay Belgelerinin R.G. Yayın Sayısı: 23780
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Sayısı: 1999/13473
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi: 01.10.1999
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Sayısı: 23864
Yürürlülüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi: 02.11.1999

Kaynakça

1. Akıncı, Z./ Gökyayla Demir, C. :"Milletlerarası Aile Hukuku", İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
2. Akıntürk, T./ Karaman D.:"Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku", İstanbul: Beta Yayıncılık 2011.
3. Duguit, L.:"Egemenlik ve özgürlük", Devlet Kuramı, Dost Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005.
4. Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, A. :"Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, Cilt 3", İstanbul: FilizKitapevi, 2005.
5. Hatemi, H. / Serozan, R. :"Aile Hukuku" İstanbul: Filiz Kitapevi, 1993.
6. Hohloch, G.:"Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler, Reformun Hareket Noktaları Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri",(çeviren: Zarife Şenocak).
7. Kırça, Ç:"Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama" AÜHFD cilt 50, sayı 1, 2001, s.91 vd.
8. Koçhisarlıoğu, C.:"Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması", Ankara: Turhan Yayınevi, 2004.
9. Köprülü, B / Kaneti, S. :"Aile Hukuku", İstanbul: İÜHF, 1985-1986.

10. Köseoğlu B. / Kocaağa K.:"Aile Hukuku ve Uygulaması, Bilimsel Görüşler Yargı İçtihatları", Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
11. Öztan, B. :"Aile Hukuku", Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
12. Pekcanıtez, H./ Atalay, O./ Özekes, M. :"Medeni Usul Hukuku" 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
13. Serdar, İ: "Birlikte Velayat", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 10, sayı 1, 2008, s. 155-197.
14. Serozan, R.:"Çocuk Hukuku", İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.

Elektronik Ağ Adresleri

1. http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Hohloch2.pdf (erişim: 21.02.2012)
2. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/291/2652.pdf(erişim: 13.03.2012)
3. http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Kanunlar.aspx (erişim: 27.04.2012)
4. http://library.bilgi.edu.tr/screens/databases_tr.html(erişim: 27.04.2012)
5. http://tdkterim.gov.tr/bts/ (erişim: 17.11.2011)
6. http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?4427 (erişim: 01.03.2012)
7. http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?5537(erişim: 06.05.2012)
8. http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?6331 (erişim: 01.03.2012)
9. http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?6784 (erişim: 06.05.2012)
10. http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf(erişim: 17.11.2011)
11. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf (erişim: 06.05.2012)
12. http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf (erişim: 21.03.2012)
13. http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf (erişim: 21.03.2012)
14. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0(erişim: 21.02.2012)
15. http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp(erişim: 13.03.2012)
16. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf (erişim: 01.03.2012)

Mahkeme Kararları Dizini

1. Bundesgericht BGE 117 II 523 : III, B,1,3,c
2. Bundesgericht BGE 123 III 445: III, B,3, c
3. BVerfG 03.11.1982, NJW 1983,101 vd.: I, II, A, IV BVerfGE 24, 119/145: I
4. BVerfG 07.05.1991, FamRZ 1991, s. 913 vd.: I, II, A, IV
5. İzmir 4. Aile Mahkemesi : III, A, 2, a
6. St Gallen Bezirksgericht (İDM), 08.11.1988 tarihli karar, SJZ 1989, sh.139vd : IIIB1,B3a
7. St Gallen Kantonsgericht (KM), 01.12.1989 tarihli karar, SJZ 1991, sh. 119 vd.: IIIB1,B3a Yargıtay 2. HD. 06.03.1962/646-149 (yayınlanmamıştır): II, B
8. Yargıtay 2. HD. 05.07.1995/2-56-238 (yayınlanmamıştır) II, B
9. Yargıtay 2. HD. 03.03.2003/1468-2770 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): II, B
10. Yargıtay 2. HD. 20.03.2003/2818-3889 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): III, A, 2,a

11. Yargıtay 2. HD. 15.04.2003/4019 - 5500 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): III, A, 2, a
12. Yargıtay 2. HD. 22.11.2004/12285-13680 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası) : III, A, 2, b
13. Yargıtay 2. HD. 14.12.2004/12249-15059 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): II, B
14. Yargıtay 2. HD. 27.12.2004/13947-15854 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): III, A, 2, b
15. Yargıtay 2. HD. 27.12.2004/13947-15854 Aynı yönde muhalefet şerhi için bkz.
16. (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası) III, A, 2, b
17. Yargıtay 2. HD. 16.03.2005/1149-4090 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): III, A, 2, b
18. Yargıtay 2. HD. 05.04.2005/1451-5416 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): III, A, 2, a
19. Yargıtay 2. HD. 23.05.2005/5818-7996 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): II, B
20. Yargıtay 2. HD. 31.05.2005/5868-8446 (yayınlanmamıştır) II, B
21. Yargıtay 2. HD. 20.06.2005/7282-9459 (yayınlanmamıştır): II, B
22. Yargıtay 2. HD. 17.12.2007/16702-17570 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): II, B
23. Yargıtay 2. HD. 27.01.2011/10784-132 (Hukuk Türk Hukuk Bilgi Bankası): II, A
24. Yargıtay HGK. 10.12.2003/728-741 (yayınlanmamıştır) : II, B
25. Zürih Obergericht (YM), 10.04.1991 tarihli karar, SJZ 1991, sh 414 vd.: III, B, 3, a, b

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN MEŞRU SAVUNMANIN İNCELENMESİ

Uğur GÜNER[1]

ÖZET: Bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, savunma amacıyla ve bu saldırıyı uzaklaştıracak ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eden ve ceza hukukunun en temel kurumlarından olan meşru savunma kurumu 5237 sayılı TCK'de yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte 765 sayılı TCK'ye nazaran meşru savunmanın uygulama alanı genişletilmiş olup, yapılan yeni düzenlemede meşru savunmanın gerçekleştirilebilmesi için hüküm altına alınan tüm şartlar çalışmada incelenmiştir.

1) Meşru Savunmanın Hukuki Niteliği

Meşru savunma, bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında, savunma amacıyla ve bu saldırıyı uzaklaştıracak ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder. Yargıtay, bir kararında meşru savunmayı failin ağır ve haksız bir saldırıyı kendisinden veya başkalarından uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu bir tepki olarak tanımlamıştır.[2]

Hukuk düzenin amacı insanların haklarının koruma altına alınmasıdır. O halde, haksız bir saldırı ile hakkı ihlal edilen ya da muhakkak bir biçimde ihlal edilme tehlikesi altında bulunan kişinin bu saldırıyı defedecek ölçüde tepki göstermesi hukuk düzeninin amacına da uygun düşecektir. Hukuku korumak, haksızlığı yenmek için mücadele eden kişinin hareketini ise hiçbir hukuk düzeni hukuka aykırı olarak kabul edemez.[3]

Meşru savunma durumunda faile ceza verilmeyeceği Türk Ceza Kanununun 25. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtilmiş, ancak; faile ceza verilmemesinin sebebi açık olarak belirtilmemiştir. Anılan madde hükmü şöyledir:

---

1 İstanbul Barosu stajyer avukatlarından

2 CGK., 22.5.1995, 1-80/158 (YKD, Ağustos, 1995, sf. 1293 vd.)

3 CGK., 15.2.2000, 1-22/27 (Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, sf. 57 vd.)

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

Mevcut tüm hukuk sistemleri meşru savunma halinin varlığı halinde ceza verilemeyeceği konusunda paralellik göstermektedir. Ancak bu sonuca ulaşmakta iki farklı teori rol almaktadır. Bunlardan ilki saldırıya uğrayan kişinin meşru savunma fiilinin bu kişi bakımından bir mazeret sebebi olduğunu ve sadece kusurluluğu üzerinde etkili olduğunu belirtmektedir. İkinci teori ise meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu benimsemektedir.

Meşru savunma fiilinin amacı bir hakkın korunması olduğundan hukuka aykırı olarak kabul edilemez. Meşru savunmada bulunan kişinin meşru savunmanın şartlarına uygun olarak gerçekleştirdiği fiil kınanmasını ya da ayıplanmasını gerektirmez; aksine meşru savunmada bulunan kişi aynı zamanda insanlarda hukuk bilincinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır.[4] Esasında bu durum meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu göstermektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesinde meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu vurgulanmıştır.[5] Meşru savunma fiilinin hukuka uygun olmasının temel koşulu ise saldırıyı defedecek ölçüde olmasıdır. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

---

4 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, sf. 315

5 Anılan hükmün gerekçesi şöyledir: Maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir.

Meşru savunma bakımından Tasarı şu koşulları saptamıştır:

Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir.

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

İkinci olarak meşru savunmanın "haksız saldırı" koşulu bakımından, "gerçekleşen haksız saldırı" ile "gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı" veya "tekrarı muhakkak haksız saldırı" aynı sayılmıştır. Böylece kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiş olmaktadır.

Savunmanın "saldırı ile orantılı biçimde" olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

2) Meşru Savunmanın Şartları

Meşru savunmanın şartlarını hem meşru savunmaya neden olan saldırı hem de o saldırı neticesinde yapılan savunma bakımından değerlendirmek gereklidir.

A) Saldırıya İlişkin Şartlar

Evvela saldırıya ilişkin şartlardan söz etmek gerekmektedir:

a- Meşru savunmadan söz edebilmek için öncelikle **bir saldırının bulunması gereklidir.** Ortada saldırı niteliği taşıyan bir hal mevzu bahis değilse meşru savunmadan söz edilemez. Saldırının maddi nitelikte bir fiil olması gerekirse de, mutlaka cebir ve şiddet şeklinde tezahür etmesi zorunlu değildir.[6]

b- Meşru savunmada saldırıya ilişkin bir diğer şart ise **saldırının "gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı niteliğini haiz olmasıdır."** Saldırı hiç başlamamış yahut tamamlanmış ise meşru savunmanın varlığından söz edemeyiz. Saldırının cebir ve şiddet içermesi zorunlu olmadığı gibi saldırı ihmali bir davranışla da vuku bulabilir. Meşru savunmaya yol açan saldırının muhakkak bir insandan kaynaklanması gerekmektedir.

Meşru savunma halinde bulunan kişi, kendisine veya bir başkasına karşı işlenen fiilin bir tecavüz teşkil ettiğini ve dolayısıyla, bu fiilin haksız bir fiil olduğunu bilmesi gerekmektedir. Kişi, bu bilincin yanı sıra, söz konusu tecavüzü defetmek amacıyla savunma hareketlerini gerçekleştirmelidir.[7] Bir saldırının haksız olduğuna kanaat getirebilmemiz için hukuk düzeninin bu saldırıya cevaz verip vermediğine bakmamız yeterli olacaktır. Hukuk düzeninin izin vermediği bir saldırı, haksız bir saldırıdır. Ancak, kişinin işlediği fiil hukuka uygunsa hukuka uygun bir fiile karşı meşru savunmada bulunulması mümkün değildir. Bu itibarla meşru savunmaya karşı meşru savunma mümkün olamayacaktır.[8]

Saldırıya uğrayan kişi, bu saldırıyı kendi hareketiyle haksız bir biçimde tahrik etmiş olsa dahi bu saldırıya karşı meşru savunmada bulunabilmelidir, zira burada da kendisine yönelmiş olan saldırı haksız niteliktedir ve meşru savunma yoluyla bu haksız saldırının defedilebilmesi gerekmektedir.

---

6 Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, 1995, sf.75

7 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, sf. 371

8 Artuk/Gökcen/Yenidünya, Genel Hükümler, sf.415

c- Meşru savunmadan söz edebilmemiz için gerekli olan bir diğer şart ise **saldırının kişilere ait bir hakka yönelmiş bulunması şartıdır.** 765 sayılı TCK'nin aksine 5237 sayılı TCK'de meşru savunmanın varlığı için saldırının herhangi bir hakka yönelmiş olması yeterli görülmüştür. 765 sayılı TCK'de ise nefse veya ırza yönelmiş olması şartı aranmaktaydı. Bu yasal düzenlemenin yarattığı sakıncalar Yargıtay'ca yorum yoluyla giderilmekteydi. Örneğin, Yargıtay bir kararında konut dokunulmazlığının ihlalini nefse yönelmiş bir saldırı olarak yorumlamıştır ve bu şekilde yapılan savunmayı meşru savunma kapsamında değerlendirmiştir.

Ayrıca, 5237 sayılı Yeni TCK'nin 25. maddesindeki "…ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş…" hüküm mucibince saldırının bir başkasının yani bir üçüncü kişinin herhangi bir hakkına yönelmesi durumunda da meşru savunma yapılabileceği öngörülmüştür.

Meşru savunma yapılabilmesi için meydana gelmesi gereken saldırının şartlarından bahsettik. Meşru savunmanın bir diğer unsuru olan savunmaya ilişkin şartlarına da değinmek gereklidir.

B) Savunmaya İlişkin Şartlar

a- Savunmanın meşru olabilmesinin koşullarından birisi **savunmada zorunluluğun olmasıdır.** Nitekim kanunda da saldırıyı "o anda… defetme zorunluluğu" ndan bahsedilmektedir.[9] Burada kanun koyucunun vurgulamak istediği husus saldırının başka surette def'inin mümkün olmaması, yani savunma hareketinin zaruri olmasıdır.

Doktrinde savunmanın zorunlu olmasının isabetsiz olduğu, savunmanın gerekli olmasının yeterli olduğuna dair görüşler bulunmaktadır. Kanımca, meşru müdafaanın gerekliliğinden değil de zorunluluğundan bahsedilmesinde, yapılan savunmanın da bir saldırı niteliğini haiz olması ve bunun da sınırlandırılmasının amaçlanması rol oynamıştır. Savunma, saldırıyı sona erdirmek için daha hafif, ancak aynı şekilde etkili bir aracın bulunmaması halinde zorunludur.[10]

b- Savunma bakımından bir diğer şart ise **saldırı ile savunma arasında bir orantının bulunmasıdır.** Gerçekleştirilen savunma hareketi, yönelmiş olan saldırıyı bertaraf edecek ölçüde olmalıdır. Bu ölçüyü aşmış olması halinde ise meşru savunmada sınırın aşılması durumu söz konusu olacaktır.

9 Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, sf.275

10 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, sf. 238-239

Savunmanın saldırıyı defedecek ölçüde olup olmadığı "o andaki hal ve koşullara göre" belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken saldırı ve savunmada kullanılan araçlar ile saldırı ve savunmanın yöneldiği hukuki değerler arasında bir orantı bulunup bulunmadığı göz önünde tutulabilirse de; bu hususlar da savunma ile saldırı arasındaki orantının var olup olmadığının belirlenmesi bakımından kesin bir kanaate ulaştırmaz.[11]

Burada önemli olan husus savunma ile saldırı arasında orantı olup olmadığını incelerken olayın kendine has özelliklerini de nazara almamız gerektiğidir. Her olay şüphesiz kendi içinde farklılıklar barındırmaktadır ve bir olayda saldırı neticesinde yapılan savunma orantısız kabul edilebilirken bir başka olayda aynı savunma meşru bir savunma olarak kabul görebilecektir. Bu duruma örnek olarak bir kadının fiziki kuvvetsizliğinden yararlanarak ona karşı saldırıda bulunan bir erkeğe karşı kadının gerçekleştireceği savunma bakımından kadının bir erkeğe nazaran çok daha geniş bir imkânı bulunmaktadır. Zira kadının yapacağı savunma hareketi aradaki fiziki kuvvet farkı sebebiyle pek çok halde orantılı olarak kabul görebilecektir. Örneğin, bir kadının, kendisine karşı fiziki kuvvet kullanarak cinsel saldırıda bulunan bir erkeğin saldırısını bıçak ya da silah kullanarak uzaklaştırabilmesi mümkündür. Bu olayda esasında bir orantısızlık varmış gibi görünse de somut olayın hal ve koşullarına göre yapılan değerlendirme neticesinde yapılan savunma meşru olarak kabul görebilecektir.

Burada değinilmesi gereken önemli bir diğer husus da kişide meşru savunma bilincinin var olup olmadığıdır. Meşru savunma bilinci, kişinin kendisine veya başkasına yönelik bir saldırının varlığının bilincinde olması ve bu saldırıyı defetmek amacıyla hareket etmesidir. Meşru savunmayı gerçekleştiren kişinin meşru savunma bilincini haiz olması gerektiği isabetli olarak hem doktrin hem Yargıtay'ca kabul görmektedir.

Buradan hareketle, işlediği fiil açısından meşru savunmanın maddi şartları gerçekleşmediği halde, bu şartların gerçekleştiği zannıyla hareket eden kişinin işlediği suç açısından bu kişinin kastından söz edilemez.[12]

Saldırıya uğrayan kişi savunmada kullandığı aracı saldırıyı defetmeye yetecek ölçüde kullanmakta gerekli özeni göstermemişse yani bu hususta dikkatsiz davranmışsa; 5237 sayılı TCK'nin 27. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen meşru savunmada sınır taksirle aşılmış olur.

---

11 Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, sf. 277

12 İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, sf. 375

Ayrıca meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için, Türk Borçlar Kanununun 64. maddesi uyarınca meşru savunmada bulunan saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

KAYNAKÇA

1. Artuk/Gökcen/Yenidünya, Genel Hükümler
2. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku
3. İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler)
4. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler
5. Kaban/Aşaner/Güven/Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları
6. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler
7. Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa
8. YKD, Ağustos, 1995
9. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu
10. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

İŞVEREN VE İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ HAKLI NEDENLE FESHİ

Av. Gözde ENGİN GÜNAY[1]

İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ

GİRİŞ

Bu çalışmamızda işçi ve işveren açısından haklı nedenle fesih konusu incelenecektir. Haklı nedenle fesih hakkının ne olduğu bu hakkın ne zaman ve ne gibi hallerde söz konusu olduğu, haklı nedenle fesihte usul, feshin haksız olarak yapılması halinde uygulanacak yaptırımların neler oldukları gibi konular incelenecektir.

Fesih kavramı, iş sözleşmesinin, tek taraflı bir irade beyanıyla sona erdirilmesidir. Fesih hakkı, tek taraflı bir hukuki işlemle iş sözleşmeine son verme imkanı tanıdığı için, bozucu; yeni bir hukuki duruma yol açtığından inşai nitelikte bir hak olarak tanımlanmaktadır.

A. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKI

Haklı nedenle fesih, süresi belirli ya da belirsiz tüm iş sözleşmelerinde uygulanabilen ve sözleşmeye derhal son veren bir fesih türüdür.[2] Haklı nedenle fesih kavramı Türk Hukukunda farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bunlar; olağanüstü fesih, bildirimsiz fesih, süresiz fesih, önelsiz fesih, derhal fesih, muhik sebeple fesih gibi kavramlarlada ifade edilmektedir. Haklı nedenle fesih, TBK:435[3] te düzenlenmiştir. Sözleşmebildirimye derhal son verebilme gibi olağanüstü bir imkanın taraflara hak olarak tanınması, iş sözleşmesinin karşılıklı güvene dayanan, kişisel ve sürekli bir ilişki kurması itibariyle, diğer tarafın davranışı yüzünden güveni ciddi şekilde sarılan tarafın, iyiniyet kurallarına göre, artık bu sözleşmeyle bağlı kalmaya zorlanamaması gereğinden kaynaklanmaktadır. O halde hak-

---

1 Avukat, Istanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

2 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku .466

3 Prof. Dr. Cevdet YAVUZ, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu

TBK:435"Taraflaradan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.

Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallaına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır. "

lı nedenle fesih, objektif iyiniyet kuralı gereğince, kendisinden özleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafı, bu bağdan kurtarmaya yönelik bir fesih türüdür.[4] O halde haklı bir sebebin olması halinde gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde derhal fesih hakkı kullanılması açısından bir farklılık olacak mıdır? Sorusu akla gelmektedir. Belirli süreli iş sözleşmei, sürenin dolmasından önce, kural olarak, tarafların anlaşmasıyla sona erdirilebilir; bu sözleşmenin mahiyeti taraflara bir fesih hakkı bahşetmez. Ancak beliriz süreli iş sözleşmesi, hukuki mahiyeti gereğince, süreli fesih hakkını içeren bir sözleşme olup, taraflardan her biri, süreli feshi düzenleyen hükümlere uygun bir şekilde belirli sürelere uyarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Kısacası; haklı nedenle fesihin söz konusu olduğu durumlarda bu hak fesih hakkına sahip olan tarafa, belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin dolmasını beklemeksizin, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi söz konusu olmaksızın sözleşmeyi derhal feshetme imkanı vermektedir.[5]

Şimdi haklı neden kavramının hukuki niteliğini açıklayacağız ama bundan önce Türk İş Hukukunda " Haklı Neden ile Geçerli Neden " arasındaki farkın ne olduğuna kısaca değinmenin konumuzun daha iyi anlaşılması bakımından öenmli olacağını düşünüyorum.

Yeni İş Yasası ile hukuk sistemimize yeni bir kavram sokulmuştur. Bu yeni kavram geçerli neden olarak kanunumuzda yerini almaktadır. Bunun sebebi, yeni iş yasası yapılıncaya kadar hukuk sitemimşzde, sadece haklı neden kavramı tanımlanmakta ve buna göre de, İş Yasamızda fehin önceden bildirilmesi yani fehi ihbar suretiyle ya da haklı nedenler gerçekleştiğinde işçiye ve işverene tek taraflı fesih hakkı tanıyan maddeleriyle işsözleşmelerinin feshi gerçekleşiyordu.[6] Hukuk istemimize yeni giren" "geçerli neden" kavramı," haklı neden" ağırlığında olmayan ama iş sözleşmesinin devamını olanaksız kılan bazı nedenler olarak görülmektedir.

Süreli fesih bildirimi ile yapılacak fesihlerde herhangi bir sebep belirtme yükümlülüğü bulunmadığından geçerli sebep- haklı sebep ayırımını incelemek gereği de öz konusu olmamıştır. Ancak, iyi niyet kurallarına uygun bulunan fehi ihbar sebeplerinin " meşru sebepler" olarak Kabul edilmesi gerektiği, böylece haklı sebep kavramından farklı olarak ortaya meşru sebep kavramının çıktığı Süzek tarafından ifade edilmiştir.[7] Şunu belirtelim ki, Süzek'e göre, meşru fesih sebepleri, bir haklı fesih sebebi

4 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku .466

5 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku .467

6 Lütfi İNCİRLİOĞLU, Çalışma ve Soyal Güvenlik Bakanlığı Edirne Bölge Müdürü, Soruluu-Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 Sayılı İş Yasası s.91

7 Lütfi İNCİRLİOĞLU, Çalışma ve Soyal Güvenlik Bakanlığı Edirne Bölge Müdürü, Soruluu-Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 Sayılı İş Yasası s.91

teşkil edecek ağırlıkta bulunmamakla birlikte işverene bildirim sürelerine uyarak belirsiz süreli iş sözleşmesine son verme olanağı tanıyan sebeplerdir.

Yargıtay'ın meşru sebeplerle haklı sebeplerin farkını ifade ettiği bir kararında, meşru sebep, uygulamada ve doktrinde, teknolojide modernleşme nedeni ile makinelerin azaltılması, yeteri kadar ham madde bulunmaması, pazar teminindeki güçlük nedeni ile malların satılamaması, üretimde rasyonalizasyon tedbirleri gibi durumlar ile işçinin verimsiz çalışması, işinde beceriksizlik göstermesi, mesleki yetersizliği, işini yerine getirmek için gerekli bilgileri öğrenmede yeteneğinin azlığı gibi haller olarak Kabul edilmektedir.

Yeni iş yasasında bu nedenlerin ne olduğu üç grup içerisinde Geçerli Neden Sayılabilecek Haller olarak gösterilmiştir.

GEÇERLİ NEDEN SAYILABİLECEK HALLER [8]

Bu halleri üç grup içerisinde incelemek mümkündür.

1.İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler

2.İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Sebepler

3.İşletmenin, işyerinin veya işin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler olarak sıralayabiliriz.

Bu şekilde geçerli nedenleri sıraladıktan sonra şu hususu da belirterek bu başlığımızı tamamlayalım. Daha önceki dönemlerde, " Herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür." şeklinde Türk Medeni Kanunumuzun:6 maddesinde yer alan ve ispat kuralları başlığı altında düzenlenen bu genel kural şöyle demektedir.

"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."

İşte TMK da yer alan bu kural genel kural niteliğindeydi, fakat bundan sonraki dönemde, artık geçerli bir nedene dayandığı nedenin geçerli bir neden oluşturduğunu, işveren ispat etmekle yükümlü olacaktır.

---

8 4857 sayılı İş Kanunu Madde:18 Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66. maddesindeki süreler dikkate alınır."

Bu durumda açılacak bir davada doğrudan doğruya artık geçerli bir nedenin elinde var olduğunu veya gösterdiği nedenin geçerli bir neden teşkil ettiğini bundan böyle işveren kendisi ispat etmek zorunda kalacaktır. Bu iddiasını ispat etmeye çalışan işveren geçerli neden sayılabilecek haller başlığı altında incelediğimiz üç nedenden birine dayanmak zorundadır. İşveren bu ispatı açık ve kesin olarak ayrıca yazılı olarak yapacaktır. Ancak, işveren bu geçerli nedenleri gösterirken, hiçbir zaman sendika üyeliği veya işçinin sendikal faaliyetlere katılması veya kendisini adli ya da idari makamlara şikayet ettiğinin ileri sürerek işçinin iş sözleşmesini feshedemeyecektir.[9]

B.HAKLI NEDEN KAVRAMI

Haklı neden ile fesih hakkı haklı neden olarak nitelenen bir olayın veya durumun gerçekleşmesi halinde doğar. Bu nedenden hangi hallerin haklı sebep teşkil edeceklerinin saptanması oldukça önemlidir. EBK:344/2[10] fıkrasında " ezcümle ahlaka

Müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal muhik(haklı) bir sebep teşkil eder." denilmek suretiyle bir tanım verilmekten ziyade haklı nedenin esası gösterilmiştir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında haklı neden hallerinin mevcudiyetinin hakim, tarafından takdir edileceği hususu belirtilmiştir.

Borçlar kanunumuzdaki bu düzenlemeye karşılık, İş Kanunumuz haklı nedenleri, sınırlayıcı olmayan bir şekilde sıralamak yolunu yeğlemiştir. İş Kanununa göre, ilgili hükümlerde sayılan olaylar ve durumlar ile bunlara benzer olanlar haklı nedenle fesih hakkı veren nedenlerdir. İş kanunumuzda haklı nedenler nitelik itibariyle sınırlı olmakla birlikte içerik itibariyle sınırlayıcı değildir. Şimdi İş Kanunumuzda İşçi Açısından Haklı Nedenleri(İş K:24) ve İşveren Açıından Haklı Nedenlerin (İş K:25) hangi haller olabileceğini inceleyelim.

İşçi Açısından Haklı Nedenler:

1.Sağlık Nedenleri

2.Ahlak Ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller Ve Benzerleri

3.Zorlayıcı Nedenler

9 Lütfi İNCİRLİOĞLU, Çalışma ve Soyal Güvenlik Bakanlığı Edirne Bölge Müdürü, Soruluu-Cevaplı Yeni İş Hukuku Uygulaması Yeni 4857 Sayılı İş Yasası s.92

10 Bkz.TBK:435

İşveren Açısından Haklı Nedenler:

1.Sağlık Nedenleri

2.Ahlak Ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller Ve Benzerleri

3.Zorlayıcı Sebepler

4.İşçinin Gözaltına Alınması Veya Tutuklanması Halinde Devamsızlığın 17. Maddedeki Bildirim Süresini Aşması[11]

O halde borçlar kanununda derhal fesih halleri Ahlaka ilişkin nedenler ve İyiniyet Kuralları bakımından iki şekilde gruplanmışken, İş Kanununda başka sebeplerde yer almıştır.

Öğretide EBK:344/2 hükmü göz önüne alınarak yapılan bir tanıma göre haklı neden, sözleşmeye devamı, objektif iyi niyet gereği talep edilemez kılan hukuki bir olaydır.[12] Bazı yazarlara göre haklı neden olarak nitelendirilen olayların belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Yani iş ilişkisi ne kadar uzun sürüyorsa, olayın belirli bir ağırlığa erişmiş olması da aynı derecede önem taşımaktadır.

Şunu belirtelim ki kanunda haklı neden olarak düzenlenen haller ve bunlara benzer haller haklı fesih hakkını taraflara tanıyan emredici nitelikte hükümler olduğundan, kanunen haklı neden sayılmayan bir olayın ve durumun sözleşme yapılmak suretiyle haklı neden olarak kabul edilmesi mümkün görülmemiştir. Ancak, işverene, haklı nedenle fesih hakkı veren kanunda sayılan kimi nedenlerin ve benzerlerinin haklı neden oluşturmayacağı veya daha ağırlaştırılmış koşullara bağlanması sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Bu durumun sadece işverenin sözleşmeyle fesih hakkından feragatinin hukuken caiz olduğu olay ve durumlarda geçerli olacağı belirtelim. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; kanunda işçinin mazeretsiz işe devamsızlığının haklı neden oluşturması için aranan devamsızlık süresinin İş Kanunu madde:25/2(g) sözleşmeyle arttırılması mümkün olduğu gibi fesih yerine daha hafif bir yaptırımın da uygulanacağının kararlaştırılması mümkündür. Fakat işverenin kişilik haklarına saldırı teşkil edecek nitelikte olan olayların; örneğin işçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak söz ve fiillerinin haklı neden teşkil etmeyeceği yönünde yapılan her türlü sözleşme hükmü batıldır. Bu husus EBK:19/2[13], TBK:26 da düzenlenmiştir. TBK:26“ Taraflar,

11 1475 sayılı kanunda üç bent halinde sıralanan nedenler arasında işçinin gözaltına alınması ve tutuklanması gibi bir neden yer almamaktaydı bu 4. Bent 4857 sayılı iş kanunu ile getirilmiştir.

12 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s .468

13 EBK:19/2“ Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet,

bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilir." demek suretiyle sözleşme serbestisinin sınırını çizmiştir.

C.İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESİHİNDE USUL

4857 sayılı kanun dönemine baktığımız zaman, bildirimlerin yazılılığı kuralının 4773 Sayılı Kanun döneminde korunduğu kadar kuvvetli bir şekilde korunmadığı görülmektedir.[14]Bu bölümde 4773 Sayılı Kanun'la 4857 Sayılı Kanun'da haklı nedenle fesihte usuli açıdan farklılıkları ortaya koyup konumuzun daha iyi anlaşılmasına çalışacağız.

4773 Sayılı Kanun, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin olan 17. Maddenin IV. bendinde“ İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 13,13/A,13/B, 13/C, 13/D, 13/E maddeleri hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." demek suretiyle fesihte usulü düzenleyen m.13/B hükmünün haklı nedenle fesihler içinde geçerli olduğunu ifade etmiştir.

4857 Sayılı Kanun'da ise,, işverenin haklı nedenle feshinin düzenlendiği İş Kanunu'nun 25/son fıkrasında“ işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." denilerek usulü düzenleyen 19. Madde hükmü zikredilmemiştir.[15]

Doktrinde fesih sebebinin açıkça işçiye beyan edilip edilmeyeceği yönünde de tartışmalar yapılmıştır. Bir görüşe göre; İş sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin 25. Maddesinde, fesih usulü ile ilgili olarak iş güvencesinden önceki döneme göre farklı bir hükme yer verilmediğinden dolayı, işveren tarafından bildirimde bulunulurken sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirtmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşte olanlar işveren tarafından bu nedenin somut bir şekilde açıklanmasına ihtiyaç olmadığı fakat işçinin feshin sebebini sorması halinde işverence fesih sebebinin açıklanması gerektiği yönünde görüş ifade edilmiştir. Bu hususta ki ikinci bir görüş ise; İş kanunu 19/1 hükmü uyarınca, işveren tarafından fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesinin zorunlu olduğu yönünde açık bir kanun hükmü yer aldığı ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunanlar her

ahlaka(adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir."

14 Arş.Gör. Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları s.87

15 Arş.Gör. Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları s.87

ne kadar 4857 sayılı İş Kanununun 25/son fıkrasında 19. Madde hükmü zikredilmemiş olsa da 19. Madde de bildirimli fesih ya da derhal fesih ayrımı yapılmadığından dolayı ve İş Kanunu 25/son, 20 ve 21. Maddeler birlikte değerlendirildiğinde usulde 19. Madde hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler çünkü fesih sebebinin geçerli olmaması ve bu yüzden işçinin 20. Ve 21. Maddedeki yollara gidebilmesi için gösterilen sebebin geçerli olmamasının yanında sebebin gösterilmemiş olmasına da bağlı olduğu hususu belirtilmiştir. Fesih sebebinin açık ve kesin olarak gösterilmesi halinde, işçinin kendini savunma imkanı artarak, 4857 sayılı Kanunda özel bir önemi olan " yargılamanın kısa tutulması" esası gerçekleşecektir.[16] 4857 sayılı İş Kanununun 25/son fıkrasından 19. Maddenin çıkartılmış olması fesihte bu madde hükmünün uygulanmayacağını gösterirken İş Kanununun 19/2. Fıkrasında yer alan 25/2 'de gösterilen nedenlerle feshinde savunma alınmayacak olması hükmünün çıkarılmamasının dikkat çektiği yani haklı nedenle fesihlerde 19. Maddedeki usul uygulanmayacaksa, madde 19/2'de yer alan savunma alma zorunluluğunun, 19/2'nin son cümlesinde belirtildiği üzere, ahlak ve iyi niyete uymayan davranışlarla işverenin haklı nedenle feshinde uygulanmayacağına ilişkin madde hükmünün neden hala kanunda yer aldığının bir çelişki yarattığı hususu belirtilmiştir.

Haklı nedenle fesihte, sözleşmenin devamı taraflar için katlanılamaz bir hale geldiği için, işvereni yazılı bildirim yapmaya zorlamak ilk bakışta uygun olarak gözükmese de, fesih nedeninin haklı bir neden oluşturmadığı hallerde, fesih nedeni geçerli bir neden olabilecek nitelikte ise, hakim feshin geçerli nedenle yapılmış olup olmadığına bakmakta ve işverenler kimi zaman haklı nedenle fesih yapıyoruz diyerek usuli kurallara uymaksızın fesih yapmakta ve bu durum işverenler tarafından kötüye kullanılmaktadır. 4857 sayılı kanunun 25/son fıkrasından 19. Maddenin çıkartılmış olması bu madde hükmünün artık fesihlerde uygulanmadığını açıkça belirtmektedir. Nitekim Yargıtay İş Sözleşmesinin İş Kanununun 25. Maddesi uyarınca feshedilmesi halinde 19. Madde de belirtilen şekli koşullara uyulmasını gerekli görmemiştir.[17]Bu nedenle haklı nedene dayanan fesihlerde yazılılık koşulu bir geçerlilik koşulu olmayıp, bir ispat koşulu olarak kabul edilmektedir. Doktrinde tüm fesihlerde tek bir usulün belirlenmesi gerektiğini ve iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin, fesih nedeni hangi sebepten olursa olsun sözleşmeyi feshedebilme için belirli

16 Arş. Gör. Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsaamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları s.89

17 Bkz. Yargıtay 9. HD, 30.01.2006, E.2006/272, K.2006/1820, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 2. Bası, s.446

bir usule uyması gerektiğini bilmesinin eşitsizlikleri ortadan kaldıracağı ifade edilmiştir. O halde doktrin ister haklı nedenle ister bildirimli fesih olsun işveren tarafından tüm bu fesihlerin yazılı olarak yapılmasının gerek işçi gerekse işveren açısından daha uygun olacağı belirtilmiştir.

1.FESİH BİLDİRİMİNDE SEBEP GÖSTERME KURALI

4857 sayılı kanun'un 19/1. Maddesi gereği, işveren fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Maddenin gerekçesinde, ileride işçi tarafından açılabilecek bir davada, fesih bildiriminin yazalı olarak yapılmasının ve fesih nedeninin de açık ve kesin bir şekilde belirtilmesinin, feshin geçerliliği veya geçersizliğinde ispat kolaylığı sağlayacağı hususu belirtilmiştir. Gerek işçi gerekse işveren haklı nedeni açık ve kesin bir biçimde kanıtlamakla yükümlüdür.[18] Fesih sebebinin açık ve kesin gösterilmesi kuralı, işverenin gösterdiği sebeple bağlı olması ilkesinin uygulanabilmesini sağlayan bir şarttır.[19]Bu hususta verilmiş bir Yargıtay kararında şunlar söylenmiştir.“ bu fesih yazısında, gerekçede belirtildiği gibi özelleştirme ve birleştirmeden söz edilmemiştir. Davalı yargılama aşamasında fesih sebebini değiştirmiştir. Davalı işveren ilk fesih sebepleri ile bağlıdır... Feshin geçersizliğine ve işe iadesine hükmedilmiştir."[20] Doktrinde de fesih nedeninin yazılı yapılması ve fesih nedeninin de gösterilmesi gerektiği yönünde ki görüşler dile getirilmiş aksi halde fesih'in geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir. Eğer işveren hiçbir sebep göstermeden işçinin iş sözleşmesini feshetmişse esasa ilişkin incelemeye girilmeden bu fesih işlemi geçersiz sayılacaktır. Bu konuda Yargıtay'ın verdiği bir kararı da eklemek yerinde olacaktır.

“Davacıya tebliğ edilen fesih bildiriminde... fesih nedeni olarak ‹görülen lüzum üzerine› şeklinde bir feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına" hükmetmiştir.[21]

2.İŞÇİNİN SAVUNMASININ ALINMASI

a.Savunmanın İşlevi ve Kapsamı

4857 sayılı Kanun “Hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile

18 Av. Ergun İNCE, İş Hukuku(İş Hukukundaki Yeni Düzenlemeler, Bireyler ve İnsan Kaynakları İçin Neler Getiriyor.) s. 316

19 Arş.Gör. Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları s.91

20 Y. 9.HD, 11.10.2004, E.2004/10587,K.2004/22804

21 Bkz. Y 9.HD,9.12.2004,E.2004/11330,K.2004/27375

ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak işverenin 25. Maddenin II. numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." hükmü İş kanunu 19/2'de yer almaktadır.

Savunma alınmasının nedeni, işçiyi, sözleşme feshedilmeden önce feshe neden olan davranışlarının ya da yetersizliklerinin gerekçelerini bildirerek işçiye işverenin kendisi hakkında verilen fesih kararını etkileyebilme imkanı vermektedir. Böylece işçi, hakkındaki iddiaları öğrenip bu konular hakkında işverenle konuşabilecek ya da fesihten sonra bu konuda dava açıp açmama konusunda daha sağlıklı bir şekilde karar verebilecektir. Burada gerek fesih nedeni, gerekse fesihten önce işçinin savunmasının alındığı sebebin aynı olmaları hususu büyük bir önem arz etmektedir. Örneğin, fesih işçinin yetersizliğine ilişkin bir nedenle yapılmışsa savunma işçinin davranışları ile ilgili bir sebeple alınamaz, aksi halde savunmanın alınmış olması şartı gerçekleşmeyecektir. İşveren tarafından fesih nedeninin açıkça belirtilmiş hatta mahkemede ispat edilmiş olması da yetmemekte ayrıca yargıtay işçinin mutlaka savunmasının alınmış olmasını da öngörmektedir.

b.İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshinde Savunma

İşveren, iş sözleşmesini, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlarından dolayı haklı nedenle feshederse, işçinin savunmasını almasının zorunlu olmaması yerinde görülmemektedir.[22]Doktrinde bu konuda getirilen eleştiri şöyle demektedir. İşçinin hafif bir kusurunun olduğu iddia edilen hallerde savunmasının alınmasının zorunlu tutulmasına karşılık, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık gibi daha ağır bir kusurun işçiye yüklendiği hallerde işçinin savunmasının alınmamasının hem çelişkili bir durum yarattığı hem de hakkaniyete de aykırı olduğu ifade edilmiştir. İşçiye işyerinde hırsızlık yaptığı için iş sözleşmesinin feshedileceği söylendiği zaman işçiye savunma imkanı verilmelidir çünkü işçi belki de söz konusu suçu işlemediğini ispat edebilecek delillere sahiptir. Uygulamada her ne kadar İş kanunu madde 25/2 de yer almasa da bile bazı iş yerlerinde bu hususlardaki fesihlerde işçilerin savunması alınıyor olsa bile bunun kanunda yer almaması eksiklik olarak görülmektedir.

Haklı nedenle fesihlerde yazılılık konusunda da belirtildiği gibi, kanunda değişiklik yapılarak, haklı nedenle fesih ve geçerli nedenle yapılan fesihlerde tek bir usulün benimsenmesi ve haklı nedenle fesihlerde de savunma alınmanın zorunlu hale getirilmesinin hem işçiler hem de işverenler açısından daha uygun olacağı hususu belirtilmiştir.

22 Arş.Gör. Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları s.97

D. FESİH USULÜ BAKIMINDAN HAKLI FESİH/ GEÇERLİ FESİH İLİŞKİSİ

Bu başlığımızda İş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/'. Maddesine göre feshedildiği durumlarda, işveren haklı neden olarak gösterdiği sebep aslında geçerli bir fesih nedeni ise veya işveren sözleşmeyi altı iş günü geçtikten sonra feshetmişse, yargılamanın hangi fesih usulüne göre yapılacağı hususu önem arz etmektedir. Hakim tarafından, taraflarca ileri sürülen sebebin haklı değil geçerli bir neden olduğuna ilişkin hüküm verilebilmesinin mümkün olup olmaması, İş Kanunu 26 'da yer alan 6 iş günlük sürenin ne kadar önemli olduğu ve 19. Madde de yer alan usul kurallarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği yönleri üzerinde duracağız.

Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında," ... Mahkemece 25/2. Madde gereğince sözleşmenin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. Maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi ve haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. Maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmesinin gerekeceğine hükmetmiştir.[23]

Bilindiği üzere İş Kanununun 26. maddesinde, işverenin, iş sözleşmesinin, İş Kanununun 25/2. Fıkrasında yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları sebebiyle fesh etmesi, bu tür davranışların öğrenilmesinden itibaren altı(6) iş günlük hak düşürücü süreye tabidir. Demektedir.[24]

Bu karardan anlaşılan, Yargıtay, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık nedeni ile haklı nedenle feshedilmesi durumunda, bu neden bir haklı nedenle fesih nedeni ağırlığında olmamasına rağmen eğer geçerli bir fesih nedeni sayılabilirse, 26. Madde deki altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olup olmadığına bakılmayacağına, makul bir süre içinde sözleşmenin feshedilmiş olmasının yeterli sayılacağına, işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini düşünerek 19. Maddeye uymadan sözleşmeyi feshetmesinin, feshin usulen reddi anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir.

23 Y 9.HD.24.02.2004,E.2003/22581,K.2003/3229.

24 İş Kanunu madde:26" 24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kuralarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz."

Bu konuda HUMK:76 HMK:33' te " Hakim, Türk Hukukunu re'sen uygular." demektedir. Yani, haklı nedenle fesih yaptığını düşünen işveren işverenin bildirmiş olduğu neden, haklı bir fesih nedeni olmayıp geçerli bir fesih nedeni teşkil edebilecek ağırlıkta ise, işveren tarafından yanlış değerlendirme yapıldığının kabul edilebilmesi veya hukuki tahvil yoluyla mahkeme tarafından geçerli neden olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. İşveren tarafından yapılan feshin haklı bir nedenle veya geçerli bir nedenle yapıldığı şeklindeki ifadesi bir hukuki niteleme olarak kabul edilmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, fesih nitelemesine ilişkin olarak taraflarca yapılan nitelemeler Hakimi bağlamayacaktır. Hakim bu nitelemeyi bizzat kendi yapmakla görevlidir.

Hakim, haklı nedenle fesih değil, geçerli nedenle fesih vardır dediği zaman feshin İşK. M. 19'daki fesih usulü ile İşK. M. 26'daki hak düşürücü süreye uygun olmasının gerekip gerekmediği sorunu önem arz eder.

Feshin geçerli bir fesih olup olmadığının incelemesi yapıldığı için, İşK m. 26'daki altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçirilmiş olmasına bakılmayarak, geçerli nedenle fesihte dikkate alınana bildirimin makul bir süre içinde yapılmış olması yeterli olacaktır. İşK. M. 19 ile ilgili olarak ise, Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu yukarıda değinilen karara paralel olarak, m.25/son'da iş güvencesine atıf yapılırken 19. Madde zikredilmediği için, İş Kanununun 25. Maddesine göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde 19. Maddedeki usul kurallarına uymamış olmanın, işe iade nedeni sayılamayacağını ifade etmiştir.[25]

Bu nedenle haklı nedenle fesih yerine geçerli nedenle fesih vardır denildiğinde, İşK m. 18 ve devamı maddelerinin uygulanması gerekmektedir. Fesih bildiriminin yazılı, açık ve kesin olması ile işçinin savunmasının alınması birer geçerlilik koşuludur. Bazı yazarlarca, "Haklı nedenle fesih yaptığını söyleyen işverenlere 19. Maddedeki geçerlilik koşullarının uygulanmayacağını kabul etmek, işverenlere hukuka aykırı bir kapının açılması anlamına gelecektir." şeklinde ifade edilmektedir.[26]

---

25 Arş.Gör. Gizem SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları s.99

26 AKI, mahkeme tarafından işverenin 19. Maddedeki usul kurallarına uymamasının kasıtlı olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Aksi takdirde, 19. Maddenin koşullarına uymayan işverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini söyleyerek, yargılama sırasında dayandığı fesih nedeni geçerli görülürse, işverenin 19. Maddeye aykırı davranmış olmasının yaptırımından kurtulmuş olacağını belirtmiştir. Mahkemenin işverenin kastını araştırmasının ve tespitinin zorluğu karşısında bu fikre katılmamaktayız. Mahkemeye, objektif olarak tespiti mümkün olmayan bir araştırma yükümlülüğü yüklemek ve 19. Maddedeki usul kurallarına uyulmamasını buna göre değerlendirmek yerine her iki fesih türü içinde 19. Maddenin şart koşulması daha uygun olcaktır.

E. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKININ KULLANILMASI

Haklı neden, haklı nedenle fesih olayını doğurur; yoksa sözleşme, haklı neden sayılan olayın gerçekleşmesiyle kendiliğinden sona ermez. Fesih hakkına sahip olan taraf dilerse bu hakkını kullanır.

Haklı nedenle fesih hakkı, Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmelerde TBK M.435 (EBK M.344) ve ayrıca TBK:437 (EBK M. 345) hükümlerine, İş Kanununa tabi sözleşmelerde İş Kanunu madde: 24,25,26 hükümlerine uyularak kullanılabilir.

Nitelikleri açısından en çok otuz iş günü süren işlerde iş sözleşmeleri (süreksiz iş sözleşmeleri), İş Kanunu hükümlerine göre değil, Borçlar Kanunu hükümlerine göre (İş K m. 10/f2); TBK m.435(EBK M. 344) hükümlerine göre haklı nedenle feshedilebilir.[27] O halde İş Kanunu hükümleri, sadece bu Kanuna tabi sürekli iş sözleşmelerinde uygulanabilir.

F. FESİH BEYANININ KARŞI TARAFA YÖNELTİLMESİ, BEYANIN ŞEKLİ

İş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isteyen taraf, fesih iradesini karşı tarafa beyan etmek, yöneltmek zorundadır; aksi halde haklı nedenle fesih işlemi yoktur. Burada fesih iradesinin, belirli bir şekle uyularak beyan edilmesi şart değildir. Yani beyanın ne varlığı nede geçerliliği bir şekle tabi değildir. Her nekadar İş Kanunu m.109'da bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir hükmü yer alıyorsa da bu hükmün bir ispat şartı olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta Yargıtay kararlarında, İş Kanununa göre zolayıcı nedenle fesih hakkı olan davacı işçinin, işverene yönelik bir fesih beyanı bulunmamakla birlikte davayı açmakla, sözleşmeyi bu nedenle feshetmiş olduğunun sayılması gerektiği yine aynı nedenle fesih hakkı olan davacı işçinin, bir başka işyerinde iş bularak çalışmaya başlaması suretiyle fesih iradesini ortaya koymuş olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte işçi, feshin md.25'te öngörülen nedenlere uygun olmadığı iddiasıyla18,20 ve 21. Madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabileceğinden (madde:25/son) iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshi bakımından, feshin geçerliliği için bildirimin yazılı olarak yapılmış olması gerekir. Her ne kadar md.25/son fıkrada zikredilmemişse de bazı yazarlarca, ‹"Sözleşmenin Feshinde Usul" başlıklı madde:19'un 1. Fıkra hükmünde öngörüldüğü

27 4857sa. İşK M.10/2" Bu kanunun 3,8,12,13,14,15,17,23,24,25,26,27,28,29,30,31,34,5 3,54,55,56,57,58,59,75,80 ve geçici 6 ıncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu Hükümleri uygulanır."

gibi iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshinde de fesih beyanının geçerlilik koşulu olarak yazılı şekilde yapılması icap eder.› denmektedir. Bu görüşte olan yazarlar İş K. Madde:20 de de“ fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde" işçinin dava açabileceği ifadesi, fesih bildiriminin İş K. Madde:19/f1. Hükmündeki gibi yazılı olarak yapılmasını gerektirir mahiyettedir. Demişlerdir.

Karşı tarafa yöneltilecek beyanın, haklı nedenle fesih iradesini yeterince belirtecek bir açıklıkta olması gerekir. Öğretinin çoğunluğuna göre, haklı neden oluşturan olayın bildirilmesi şart değildir. Bu halde, fasih hakkını doğuran bir olay olması itibariyle haklı nedenin, feshin yapıldığı sırada mevcut bulunması hukuka uygun bir fesih için yeterli koşuldur. Talebi halinde, feshin dayandığı nedenin karşı tarafa bildirilmesi gerekirse de bu talebe uymayan taraf için herhangi bir yaptırım söz konusu olmaz. Bunun sebebi, feshin haksız olduğu kanısındaysa, karşı tarafın dava imkanı vardır. Dava halinde fesihte bulunana taraf, haklı nedeni somut olarak göstermek ve kanıtlamakla yükümlü olduğundan nedenin, fesih beyanında karşı tarafa bildirilmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak şu hususu hemen belirtelim ki bazı yargı kararlarında, feshin dayanağı olan nedenin de bildirimde yer alması gerektiği; aksi halde feshin geçersiz olacağı yönünde görüşler vardır.

Sözleşmeyi haklı nedenle fesheden taraf, karşı tarafa beyan ettiği nedenle bağlıdır. Daha sonra başka bir nedeni, feshin haklı nedeni olarak gösteremez. Ancak, böyle bir durumda, hak düşürücü süre dolmamışsa, yeni bir fesihte bulunabilir. Bir görüş göre, fesheden taraf, fesih sırasında objektif şekilde mevcut olduğu halde, bilgisi dahilinde bulunmayan nedeni, uyuşmazlık sırasında feshe dayanak alamaz.[28]Sözleşme feshedildikten sonra doğmuş olan bir neden ise, hiç bir şekilde bu feshe dayanak yapılamaz. Şayet haklı nedenler birden fazla ise, bu halde fesih, bu haklı sebeplerinin tümüne veya sadece birine dayandırılabilir. Ancak feshin birden fazla haklı nedene dayandırılmış olduğu hallerde bu nedenlerden birinin ispat edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Birden fazla haklı nedenin varlığına rağmen, bildirimde veya dava sırasında sadece biri beyan edilir ve beyan edilen bu nedenin varlığı kanıtlanamazsa, diğer nedenlere dayanmak artık mümkün olmayacaktır. Fesih beyanının kural olarak şarta bağlı yapılamayacağı belirtilmiştir. Ancak Oğuzman, şartın gerçekleşmesindeki şüpheli durumun karşı taraf açısından bir zarar meydana

28 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.469-470.

getirmediği hallerde geçerli sayılabiliceği ifade edilmiştir.

G.FESİH BEYANININ BELİRLİ BİR SÜREDE YAPILMASI

Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmelerde haklı nedenle fesih hakkının kullanımı, kanunda açıkça belirlenmiş bir süreye bağlı değildir; aksine, TBK m.435(ebkm.344) te sözleşmenin her vakit feshedilebileceğini öngörmüştür. Ancak bu süre sınırsız bir süre olarak da algılanmamalıdır. Borçlar kanunun bakımından, nispeten kısa bir değerlendirme süresini takiben, geciktirilmeksizin fesih hakkının kullanılması gerekir.Bu süre her olayda durumun haklı bir neden olup olmadığının tespitine imkan verecek uygun bir süre olacaktır.Karşı tarafa uygun bir süre içinde yöneltilmeyen beyan hukuka uygun feshin sonuçlarını doğurmayacaktır. Bu durumun, fesih gibi tek taraflı hukuki işlemlerde sürenin zamanaşımı süresi değil de hak düşürücü süre özelliği taşımasından kaynaklanır.[29]

Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak İş kanunu, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri (m.24/II; M.25/II) dolayısıyla fesihlerde, fesih hakkının kullanımını açıkça özel ve genel sürelere bağlamıştır. (m.26/1). İş Kanununda öngörülen bu süreler gerek yargıtay kararlarında gerekse doktrinde hak düşürücü süreler olarak kabul edilmektedir. Bu sebepten dolayı zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi tatile uğramaları söz konusu olmadığı gibi, yargıç tarafından fesihin süresinde yapılıp yapılmadığının da re'sen tespit edilmesi zorunludur.

Kanuna göre, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanan fesih hakkı, fesih hakkına sahip olan tarafın, diğer tarafın bu çeşit davranışlarını öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten sonra ve her halde olayın vukuundan itibaren bir yıl sonra kullanılamaz.

Kanun, özel hak düşürücü süreyi," iş günü" şeklinde belirlediğinden süre, iş günleri dikkate alınarak hesaplanacaktır. Cumartesi, İş Hukuku bakımından iş günü olduğundan, Cumartesinin de hesaba dahil edilmesi gerekir.

Altı iş günlük süre, işverenin veya işçinin olayı öğrendiği tarihten başlar. İşverenin olay hakkında gerekli araştırma ve inceleme yaptırarak bir tereddüde yer vermeyecek şekilde olayı öğrendiği tarihin altı iş günlük sürenin başlangıcı olarak kabulü gerekir. Ancak, fesih yetkisi, bir makama ait ise veya işverence fesih yetkisi verilmiş işveren vekili veya vekilleri söz konusu ise,ilgili makam veya işveren vekilinin veya vekillerinden birinin

29 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.471

olayı öğrenme tarihi, sürenin başlangıç tarihidir.Olay ve fail hakkında soruşturma yapılıyorsa, altı iş günlük süre, soruşturma sonucunun feshe yetkili kişi veya makam tarafından öğrenildiği tarihten; olay, disiplin kuruluna intikal ettirilmişse, disiplin kurulu kararının öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Disiplin olayının, yetkili makamın bilgisi ve iradesi haricinde geciktirilerek altı iş günü geçtikten sonra disiplin kuruluna intikal ettirilmiş olması durumu değiştirmez; yetkili makam, disiplin kurulu kararını öğrendiği tarih itibariyle altı iş günü içinde fesihte bulunabilir. Altı iş günlük sürenin, faili bilinmeyen bir olayda, olayın öğrenildiği tarihten değil de failinin kim olduğunun öğrenildiği tarihten itibaren başladığının kabul edilmesi gerekecektir. Burada şu hususu açıkça belirtmek gerekir ki, altı iş günlük süre, olayın öğrenildiği gün başlar ifadesi, olayın öğrenildiği günü takip eden iş günü başlar şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, sürenin başlangıç tarihi, olayın öğrenildiği günün izleyen iş günüdür.

Haklı nedenle fesih hakkı veren ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı olay veya durum devam ettiği sürece altı iş günlük hak düşürücü süre cereyan etmez; bu nedenle, altı iş günlük sürenin, geçirildiği ileri sürülemez. Bu koşullarda fesih hakkı olay devam ettiği sürece varlığını korur ancak, olayın sona ermesinden itibaren altı iş günü içinde kullanılmadığı takdirde düşmüş olur. Genel hak düşürücü süre olan bir yıllık süre ise, olayın meydana geldiği tarihten itibaren hesaplanacak bir " takvim yılı" dır. Bu bir yıl içinde olayın öğrenildiği tarihten itibaren altı iş günlük süreye riayet edilerek fesih hakkı kullanılmalıdır.

Olayın vuku bulduğu tarihten itibaren bir yılın dolmasına altı iş gününden daha az bir süre kala öğrenilmesi halinde, fesih hakkının, kalan süre içinde kullanılmasının gerekeceği açıktır. Olay, yargılama konusu olan bir suç oluşturuyorsa, bir yıllık süre hak düşürücü olduğundan yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu m.26/1' e göre, işçinin fesih için haklı neden oluşturan olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bu son halde, işçinin maddi çıkar sağladığı olay, ceza davası zamanaşımına uğramış olsa bile işveren olayı öğrendiği tarihten itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesini feshedebilir. Örneğin; evrakta tahrifat, hırsızlık, zimmet suçu gibi maddi çıkar sağlayan olaylarda işveren, ceza davası ve ceza zamanaşımından bağımsız olarak olayı kendi öğrendiği tarih itibariyle iş sözleşmesini altı iş günü içinde feshedebilir.

Feshin bir makamın veya kurulun yetkisi dahilinde olması halinde, süresi içinde verilen veya onaylanan fesih kararının, kısa bir süre içeri-

sinde uygulanması gerekir. Nitekim özel dairenin bozma kararına karşı direnme kararını onayan bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, amirine hakaret ve işe devamsızlık nedeniyle bir belediye işçisi hakkında Belediye Encümeni tarafından İş Kanunundaki altı iş günlük süre içinde verilen işten çıkarma kararının, aradan uzunca bir süre (olayda yirmi gün civarında) geçtikten sonra infaz edilmesi ve bu süre zarfında işçinin işinde bırakılarak çalıştırılması karşısında işten çıkarma nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatı talep hakkına sahip bulunduğu kabul edilmiştir.[30]

H.HAKLI NEDENLE FESHİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

i.Fesih Beyanının Hükmü

Haklı nedenle fesih, belirli süreli iş sözleşmesini, sürenin dolması beklenmeksizin; belirsiz süreli iş sözleşmesini ise herhangi bir bildirim süresine gerek kalmaksızın derhal sona erdirir. Bununla birlikte iş mevzuatında çok ayrık olarak feshin daha sona hüküm ifade edeceği hallerde öngörülmüştür. Nitekim Deniz İş Kanununun "Fesih hükmünün başlangıcı" başlıklı 17. Maddesine göre aklı nedenle fesih, gemi seyir halinde iken yapılmışsa, kararlaştırılmış limanda ve kararlaştırılmış liman değiştirildiği takdirde ilk uğrayacağı limanda geminin emniyet altına alınmasına kadar uzatılmış sayılır.

ii. Fesih Beyanının Hüküm Doğurduğu An

Yüze karşı fesihlerde, fesih beyanı derhal hüküm doğurur; varma ile öğrenme aynı andadır. Esasen sözlü beyanlarda, varma, ancak öğrenme ile mümkündür. Bir vasıta kullanılması halinde haklı nedenle fesih beyanı, karşı tarafa varmasıyla hüküm doğurur. Bu bakımdan İş Hukuku öğretisinde çoğunluğun, öğrenme(ıttıla) değil de varış (vusul) anını, feshin hüküm ifade ettiği an olarak kabul ettiğini belirtelim. Yargı kararlarının da çoğunlukla bu yönde olduğunu belirtelim. Bu nedenle, fesih beyanı, daha sonra öğrenmiş olsa bile, karşı tarafa postayla ulaştığı, onun egemenlik alanına girdiği anda hüküm ifade etmeye başlar. Elektronik posta (e- mail) ile ulaştırılan fesih beyanı da muhatabın, elektronik posta adresine gönderilmekle hüküm ifade eder. Buna karşılık,işçinin raporlu olduğu süre içinde, haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi hukuken mümkün ise de fesih, beyanın vardığı anda değil, rapor süresi sonunda hüküm doğurur.

Fesih beyanı, geleceğe yönelik olarak sözleşmeyi sona erdirmiş olur. Haklı nedenle feshin geçmişe etkili olmaması, onu, sözleşmenin temerrüt nedeniyle feshinden ayırır.

30 Yarg. HGK.24.10.1979,E. 1978/9-8,K.1979/1327

I.FESİH BEYANININ GERİ ALINMASI VE FESİHTEN RÜCU

Fesih beyanı, karşı tarafa varmadan veya varmakla birlikte karşı taraf öğrenmeden önce geri alınabilir. TBK m.10(ebkm.9). Karşı tarafa, fesih beyanı ile aynı zamanda ulaşmış olmak kaydıyla da geri alma beyanı geçerlidir. Buna karşılık, koşulları varsa feshin geri alınması mümkün ise de karşı tarafa ulaşarak hükmünü doğuran bir haklı nedenle fesih beyanından rücu edilemez; çünkü bir işlemin rücu ile hükümsüz kılınması, yani rücu edilmesi kanunun açıkça öngördüğü hallerde mümkündür; bu durumda sadece tarafların anlaşarak feshin sonuçlarını ilerisi için kaldırmaları mümkün olup eski sözleşme sona ermiş, yeni bir sözleşme kurulmuş demektir. Bununla birlikte, muhatabın kabulüyle feshin hükümsüz kılınması ve bu şekilde iş sözleşmesinin devam ettiğinin kabulü kimi hallerde İş Hukuku bakımından uygun bir çözüm olarak görülmelidir; örneğin haklı neden oluşturacak şekilde işyeri değiştirilen işçinin kızarak bir dilekçe ile iş sözleşmesini feshetmesi, ancak işyerini terk etmeksizin akabinde pişman olarak vazgeçtiğini beyan eden bir dilekçe vermesi halinde, çalıştırılmaya devam edildiği takdirde feshin hükümsüz kılınarak iş sözleşmesinin devam ettiğinin kabulü isabetli bir çözüm olur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, istifa eden sonra ikinci bir dilekçeyle duygusal davranarak istifa ettiğini, bu nedenle istifadan vazgeçtiğini beyan eden işçinin istifasının serbest iradesinin eseri olmadığı görüşüyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talebini kabul eden alt mahkemenin direnme kararını onamıştır; alt mahkemenin kararını bozan özel daire kararında ise işçinin istifadan vazgeçen dilekçesi işverence işleme konulmuş olsa bile bunun istifanın husule getirdiği sonuçları ortadan kaldırmayacağı ifade edilmekle birlikte işçinin işe başlatılmadığı, tekrar çalışma konusunda yetkili merciin iradesi bulunmadığından bahisle ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirdi görüşüne yer verilmiştir;[31] şu halde buna göre, işçi çalıştırılmaya devam edilseydi sözleşme onun tarafından sona erdirilmemiş kabul edilecekti. Bu noktada şunu hemen belirtelim ki, haklı nedenle fesihten farklı olarak süreli fesih halinde bildirim süresi içinde tarafların anlaşması ile feshin hükümsüz kılınması ve buna göre de iş sözleşmesinin devamı mümkündür.

İ.SONUÇLARI

Fesih geçmişe etkili olmadığından; yani, sözleşmeyi geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırdığından, iş sözleşmesinin fesih anına kadar doğmuş hükümleri, fesihten etkilenmezler.[32] Sözleşmeyi haklı nedenle feshe-

31 Yarg. HGK.29.04.1998,E. 1998/9-280,K. 1998/308 sayılı kararı ve bu kararda anılan Yarg. 9. HD. 18.11.1997, 17424/19125 sayılı kararı.

32 Tunçomağ/Centel s. 206

den tarafın, bunun için bir tazminat ödemesi söz konusu değildir. Aksine bazı haklı nedenlere (İş Kanunu m.24/II, m.25/II) dayanan fesihlerde, fesheden atarın, diğer taraftan tazminat istemek hakkı bulunmaktadır. (m. 26/II).

Bununla birlikte, iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/I,III ve IV.bent hükümlerine göre fesheden işveren, işçiye kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür. Fakat, kıdem tazminatı, sözleşmenin sona ermesi halinde kanunda öngörülen esaslara göre işçiye yapılan ve teknik anlamda tazminat niteliği taşımayan bir ödemedir; sözleşmenin İş K. M.25/I,III ve IV. Bentlerine göre işveren tarafından feshedilmiş olması, işçinin bu tazminata hak kazanmasının koşullarından sadece birisidir.

J.HAKLI NEDENLE FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Objektif iyi niyet kuralı gibi ahlaki bir esasa, emredici bir hukuk kuralına dayanan haklı nedenle fesih hakkından, önceden feragat edilemez. Bu haktan tamamen feragati içeren sözleşmeler, Anayasa'da ifadesini bulan sözleşme özgürlüğüne(m. 48)[33] aykırı; bu nedenle feragate ilişkin sözleşme hükmü geçersiz(batıldır).

Yargı kararlarına göre de, toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte hükümler konamaz.

Bu haktan feragat, geçersiz olduğu gibi kanunun haklı neden olarak kabul ettiği hususların sınırlandırılması da caiz olmamakla birlikte bazı nedenlerin fesih için haklı neden sayılıp sayılmayacağı taraflarca önceden kararlaştırılabilir.

Bir görüşe göre haklı nedenle feshe ilişkin İş Kanunu m.24 ve 25 hükümleri, esas olarak, işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün olmayan, emredici nitelikte yani, sosyal kamu düzeni kuralı mahiyetinde hükümlerdir. Bu hükümler içinde mutlak emredici nitelikte olanların, işçi yararına bile olsa sözleşmeyle değiştirilmesinin veya kaldırılmasının mümkün olamayacağı açıktır. Bu tür hükümler, genellikle kişilik haklarına tecavüz niteliğinde davranışları ya da kanunun esas olarak suç kabul ettiği davranışları fesih için haklı neden olarak gösteren hükümlerdir. Örneğin; İş Kanunu m. 25/II (b) alt bendi hükmü böyledir; bu alt bentte anılan davranışların işverene haklı nedenle fesih hakkını vermeyeceği toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri ile kararlaştırılamaz.

33 Any m.48/I" Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."

Şu halde, öngördüğü haklı eden halleri itibariyle nispi emredici mahiyette hükümlerin işçi yararına değiştirilmesi, kimi haklı nedenlerin, fesih nedeni olmaktan çıkarılarak, bu hallerde yaptırım olarak daha hafif bir disiplin cezasının kararlaştırılması hukuken mümkündür.

Bir görüşe göre de , kanunun haklı neden kabul ettiği kimi olay ve durumun, sözleşmeyle fesih için haklı neden olmaktan çıkarılması, tarafların bu olay ve duruma, kendi bakış açılarına göre, önem atfetmedikleri anlamına gelir ve bu itibarla da geçerlidir; örneğin, kanunun, işçinin, izinsiz veya haklı bir neden olmaksızın ardı ardına iki gün işe gelmemesini fesih için haklı neden sayan hükmünü taraflar ardı ardına üç gün olarak kararlaştırabilir. Bu işverenin, işçiye iki gün işe gelmeme olanağı tanıması anlamına gelir.

Yargıtay'a göre eğer TİS 'de bir eylem için işten çıkarma dışında bir disiplin cezasının uygulanması kararlaştırılmışsa öncelikle o cezanın uygulanması gerekli olup sözleşmenin feshedilmesi doğru değildir.[34]

Bu sınırlamalar haklı nedenle fesih hakkına imkan veren nedenleri ortadan kaldırmayan fakat bu nedenlerle sözleşmelerin işveren tarafından feshedilmeleri koşullarını ağırlaştıran nitelikteki sınırlamalardır. Aslında, işçiyi, feshe karşı koruma amacına uygun olarak, kanunda öngörülen nedenlerin olaylara uygulanmasının dar açıdan ele alınması gereği de bu nedenlerin koşullarının ağırlaştırılmasını ve bu şekilde uygulama alanının daraltılmasını öngören sözleşmelerin hukuken mümkün olduğu sonucunu verir. Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir. Bir kararında; İş Kanunu m.25/II(g) alt bendi izinsiz, haklı neden olmadan işe devamsızlığı haklı neden kabul eden fıkra hükmünün nispi emredici bir kural olduğu; bunun, işçi aleyhine genişletilemeyeceği, ancak, işçi yararına değiştirilebileceği, genişletilebileceği belirtilmiştir. [35]

Ahlak ve iyi niyet kuralları bakımından sözleşmeyle derhal son vermeyi haklı kılacak nitelikteki olduğu kanunen kabul edilebilir olaylar, taraflarca haklı neden kabul edilebilir. Bu durumun aksi, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanması bakımından iş hukukunun amaç ve gereklerine aykırı düşer; ve bu tarz nitelikte sözleşmeler geçerli sayılmaz. Bu konu hakkında bir örnek vererek durumu somutlaştıralım. Özürsüz olarak işe geç gelip erken gitmeyi alışkanlık haline getirmeyi haklı fesih nedeni kabul eden TİS hükmü 4857 sayılı İş Kanunu mad.25/II de gösterilen nedenler arasında yer almadığından dolayı, kanuna aykırı ve bu

34 Yarg. 9.HD. 25.05.2001,E. 2001/6099,K. 2001/8722

35 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.477

sebeple geçersiz sayılmıştır.[36]

İşverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanması, sözleşmelerle işçi yararına özel bir prosedüre tabii kılınabilir. Eğer böyle bir prosedür öngörülmüşse buna uyulması gerekir. Bu bakımdan işverenin haklı nedenle fesih hakkını, disiplin kurulu kararına istinaden kullanabileceği yönündeki TİS hükümleri, hukuken geçerli kabul edilmiştir. Ancak yargı kararlarında bu konuda istikrarlı bir görüş olduğunu söylemek doğru değildir. Önceleri, Toplu iş sözleşmesinde öngörülen disiplin kurulu kararı alınmadan iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olması, nedenin haklı olup olmadığına bakılmaksızın salt prosedüre uyulmamış olmasından ötürü haksız fesih olarak değerlendirilirken sonra, feshi mümkün kılan haklı neden var ise, salt sözleşmeyle öngörülen prosedüre aykırılık halinde feshin haksızlığından bahsedilemeyeceği, işçinin, feshin, bu nedenle haksız olduğu yönündeki iddiasına karşılık disiplin kurulu kararlarında da yargı denetimine tabi bulunması nedeniyle önemli olan cihetin, haklı nedenlerin gerçekten mevcut olup olmadığının araştırılması ve kanun bakımından değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi olduğu vurgulanmıştır. Nitekim son yıllarda verilen kararlar bakımından yargıtay " dairemizin zaman zaman verdiği ve böylece kararlık kazanmış ve öğretide benimsenen görüşe göre; feshin işleminin salt disiplin kurulundan geçirilmemesi (keyfilik) olgusunun gerçekleştiğini göstermez." denilmektedir.[37]

İşverenin, disiplin kurulu kararına göre iş sözleşmesini feshetmesi halinde, feshin haksız olduğu hukuken sabit olsa bile disiplin kurulu kararının iptali ile işçinin işine iadesine karar verilemez. Bununla birlikte, 4773 Sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle İş Kanunu mad. 17'ye dördüncü bent olarak eklenen hükme göre, işçinin feshin I,II ve III numaralı bentlerde öngörülen nedenlere uygun olmadığı iddiası ile mad.13 ve iş güvencesi sağlayan mad.13/A,13/B,13/C, 13/D, 13/E hükümleri çerçevesinde dava hakkı bulunduğu İş Hukukumuzda ilk defa kabul edilmiş; iş güvencesinden yararlanan işçiye tanınmış bu hak 4857 sayılı yeni iş kanunu mad.25/son[38] fıkrada, iş güvencesine ilişkin 18,20 ve 21. Maddelere göre işçinin yargı yoluna başvurabileceği ifadesiyle korunmuştur. Buna göre feshin geçersizliğine karar verilerek işçinin işine dönmesi mümkündür.

K.HAKLI NEDENLER

36 Yarg. 9. HD. 04.05.1982,E. 1982/3149,K. 1982/4503

37 Yarg. 9. HD. 04.07.2001,E.2001/9089,K.2001/12012

38 4857 sayılı İş Kanunu mad:25/son" işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir."

Borçlar Kanununun, ahlaka ilişkin nedenlerden dolayı ya da iyi niyet kuralları bakımından iki taraftan birini sözleşmeyi icra etmemekte haklı gösteren her halin muhik(haklı) neden oluşturacağı ifadesi yer alırken 4857 sayılı İş Kanunu'muzda, nitelikleri itibariyle sınırlı, içerikleri itibariyle sınırlayıcı olmayan bir şekilde haklı nedenler sayılmıştır.

İş Kanunumuz haklı nedenleri nitelikleri itibariyle üç grupta toplamakta; işçi ve işveren yönünden iki ayrı maddede sıralamaktadır. Buna göre haklı nedenler, her iki taraf için de, sağlık nedenleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı nedenler olarak iki madde de sayılmıştır. 4857 sayılı yeni İş Kanunu, 1475 sayılı eski Kanunda da aynen yer alan bu üç grup haklı nedene, 25. Maddenin IV. Bendiyle yeni bir grup (işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması) ekleyerek işveren bakımından haklı nedenleri dört grupta toplamıştır.

Ancak şunu hemen belirtelim ki, hakkı nedenle fesih hakkı doğuran haklı nedenler, İş Kanununda sayılanlardan ibaret değildir; söz gelimi TİSGLK mad. 45'e göre işçinin kanundışı greve katılması, işverene fesih hakkı veren haklı bir neden oluşturur; bu hakkın kullanımı, İş Kanunu hükümlerine göre olur. Diğer taraftan Deniz İş Kanunu (mad.14) ile Basın İş Kanunu (mad. 11,12) de haklı nedenleri, kendilerine göre, belirlemektedir.

L.İŞÇİ YÖNÜNDEN HAKLI NEDENLER

Bu husus İş Kanunu mad.24 'te düzenlenmiştir. Şimdi sırayla bu nedenlerin neler olduklarını inceleyelim.

1.SAĞLIK NEDENLERİ

1a) İşin, İşçinin Sağlığı veya Yaşayışı İçin Tehlikeli Olması

İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir nedenle işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa (mad.24/I, alt bent (a) haklı neden oluşturur.

Buradaki " tehlike" işçinin yaşamının ve sağlığının ileride karşılaşacağı istenilmeyen kötü haller, giderilmesi mümkün olmayan zararların ortaya çıkacağı haller, ölüm ya da zarar ihtimali anlamları taşır. Tehlikenin mutlaka ölümcül olması gerekmez.

İşin tehlikesi objektif, nesnel koşullar yanında sübjektif koşullar (işçinin yaşı, vücut ve sağlık durumu, cinsiyeti vs.) da dikkate alınır.

Tehlikenin, haklı neden sayılması için geçici veya sürekli olması önem

taşımamaktadır. Zaten kanunumuzda bu tarz bir ayrıma gitmemiştir. Ayrıca, tehlikenin haklı neden oluşturması için, tehlikenin sözleşmenin kurulduğu sırada bilinip bilinmemesinin bir önemi yoktur. Oysa eski İş Kanunu 1475 sayılı, haklı nedenin oluşması için sözleşme sırasında ((sözleşme kurulduğu sırada) bilinmeyen bir neden olmalıydı; tehlike biliniyorsa, haklı neden oluşturmadığı; çünkü bu tarz bir durumda işçinin tehlikeyi göze alarak işe başladığı kabul ediliyordu.[39]

Bu nedenle mahiyetleri itibariyle tehlikeli olan işlerden ((parlayıcı, patlayıcı, yanıcı madde kullanılan veya imal edilen işler gibi) birinde çalışmaya başlayan işçi de işin yapılmasının, yaşayışı ve sağlığı için tehlikeli olduğuna dayanarak iş sözleşmesini feshedemeyeceği; bu halde işçinin tehlikeyi bildiği varsayılıyordu.

4857 sayılı yeni İş Kanunumuz tehlikenin sözleşmenin kurulduğu sırada bilinmesi koşuluna yer vermediğinden, sözleşmeyi yaparken işin niteliğinden doğan bir nedenle sağlığının veya yaşayışının tehlikeye girebileceğini bilen, öngören işçi de iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Haklı nedenden söz edebilmek için, tehlikenin, işin niteliğinden doğmuş olması gerekir. Bu nedenle tehlike, işin niteliğinden doğmuyorsa, işçinin bu fıkra hükmüne dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı doğmayacaktır. Ancak bu konuda farklı bir görüş daha vardır ki bu görüşe göre, fıkranın lafzına değil de amacına bakılırsa, işin niteliğinden doğmamakla birlikte, işçiyi çalışamaz hale düşüren bir hastalık nedeniyle de işçiye, bu fıkraya dayanarak sözleşmeyi fesih imkanı tanınmalıdır; Yargıtay da bu görüştedir. Yargıtay'ın, hastalığın,işin niteliğinden doğup doğmamasından ziyade işçinin yaşantısı ve sağlığı yönünden tehlike oluşturup oluşturmaması üzerinde durarak haklı edenin varlığını saptama eğiliminde olduğu görülmektedir.

İş Kanunu'nun 83. Maddesine göre işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından sağlığını bozacak, vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınmaktan başka, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve kendi talebine rağmen önlem alınmadığı takdirde 6 (altı) iş günü içinde 24. Maddenin I. Bendine göre iş sözleşmesini derhal feshedebilir ki bu fesih hakkı özellikle I. Bendin bu alt bendi kapsamında uygulama alanı bulur.[40]

39 Çenberci, s. 362

40 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.481

1b) İşverenin Veya İşyerinde Çalışan Başka Bir İşçisinin Bulaşıcı Yahut İşçinin İşiyle Başdaşmayan Bir Hastalığa Tutulması

Bu husus bir haklı neden oluşturur ve İş Kanununun mad.24/I (b) de düzenlenmiştir.

Her ne kadar fıkranın metninde belirtilmese de bulaşıcı hastalık nezle, grip gibi sıradan bir hastalık değil, önemli epidemik bir hastalık olmalıdır. Verem, AIDS, sarılık gibi hastalıklar buna örnek olarak verilebilir. Hastalığın bulaşıcı olması yeterlidir. Ayrıca, kişiyi yakalandığı zaman çalışma gücünden yararlanılması bakımından kısmen veya tamamen engellemesi gerekmemektedir.

İşverenin veya işçisinin, bulaşıcı olmasa bile işçinin işiyle bağdaşmayan bir hastalığa tutulması da haklı neden oluşturur. Bulaşıcı hastalık başlı başına bir fesih nedeni teşkil ederken "işçinin işiyle bağdaşmayan hastalık" tabirinden, bulaşıcı hastalıklar dışında; tezahürü bakımından tiksindirici, çevresindekileri itici hastalıklar ile psişik hastalıklar anlaşılmalıdır.[41]Bir başka görüşe göre, işçinin işiyle bağdaşmayan hastalık, yakalandığı takdirde işçinin çalışma gücünden yararlanılmasını tamamen veya kısmen engelleyen hastalılar anlaşılmalıdır.[42]

İşveren veya bir başka işçisinin bu nitelikte hastalıklara tutulması, eğer işçi, işveren veya bu işçi ile çalışma düzeninin gerektirdiği yakın, yoğun ve sürekli bir ilişki içinde ise, haklı neden oluşturabilir.

Bu fıkra hükmü, işçinin kendisinin değil, işvereni veya başka bir işçisinin bulaşıcı veya işiyle bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halini haklı neden saydığı halde Yargıtay, isabetsiz bir şekilde, işçinin kendisinin, bulaşıcı veya işiyle bağdaşmayan hastalığa yakalanmasını da bu fıkra bağlamında bir haklı neden olarak değerlendirmektedir.[43]

2. AHLAK VE İYİ NİYET KURALLARINA UYMAYAN HALLER VE BENZERLERİ

İş Kanunu mad. 24/II'de haklı neden olarak belirtilen haller, sınırlı bir şekilde sayılmamıştır. Bu durumu " benzerleri" ifadesinden de açıkça

41 Çenberci, s.363

42 Tunçomağ/ Centel s.192

43 "..... sağlık kurulu raporunda davacının (işçi) kronik şizofreni hastalığına musap olduğunu, bu haliyle çalışmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu durum, 1475 sayılı İş Kanununun 16. Maddesinin sağlık sebepleri başlığını taşıyan (b) fıkrasındaki işçiye bildirimsiz fesih hakkı tanıyan halini oluşturur."(Yarg. 9. HD. 31.02.1992, E. 1991/12816,K.1992/824, Kılıçoğlu. S. 530)

anlamak mümkündür. Yani, belirtilen hallere nitelik itibariyle benzeyen olay ve durumlar da haklı neden olarak kabul edilecektir.

2a) İşverenin İşçiyi Yanıltması

İş sözleşmesinin yapıladığı sırada işverenin, sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek ya da gerçeğe aykırı bilgiler vermek veya sözler söylemek gibi hallerle işçiyi yanıltması haklı neden kabul edilmiştir. (mad.24/II, (a)). Burada, haklı neden olarak işverenin hilesi söz konusudur. Hile, kanunda yer alan tipik bir sözleşme görüşmelerinde kusur(culpa in contrahendo) halidir. Hata hali, fıkrada öngörülmediğinden, kanunen haklı nedenlerden sayılmamıştır.

İş verenin hilesinin haklı neden oluşturabilmesi için, sözleşmenin esaslı noktalarından birine ilişkin olması ve bu alt bentte belirtildiği üzere yanlış nitelikler veya şartlar göstermek yada gerçeğe aykırı bilgi vermek veya sözler sarf etmek veya benzeri hallerle tezahür etmesi gerekir. Sözleşmenin esaslı noktaları, taraflarca esaslı kabul edilen yani sübjektif olarak önemli olan hususları da ifade eder; tarafların bir hususu esaslı görüp görmedikleri ise, her uyuşmazlığın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi suretiyle saptanabilecek bir durumdur. İş kanununa göre, işçi işverenin hilesiyle sözleşmenin esaslı noktalarından birinde hataya düştüğü zaman fesih hakkına sahip olabilir.[44]

Üçüncü kişinin hilesi, işveren bunu bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, haklı neden oluşturmaz.

(Bk mad.28/2). Alt bent hükmü, işverenin işçiyi yanıltması halini dikkate alan bir söze sahipse de işçi almaya yetkili işveren vekilinin hilesinin de bu fıkra bağlamında haklı neden oluşturacağının kabul edilmesi gerekir. Zira bu durumda işveren vekilinin hilesi üçüncü kişinin hilesi sayılmaz.

2b) İşverenin, İşçinin Şeref Ve Namusuna Dokunacak Söz Ve Davranışalrı, Cinsel Tacizde Bulunması

İşverenin, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler sarf etmesi davranışlarda veya cinsel tacizde bulunması işçiye haklı nedenle fesih hakkı verir. (İş Kanunu mad.24/II, (b)).

Bu alt bent hükmüne göre, haklı neden oluşturması için, şeref ve namusa dokunacak sözlerin veya davranışların, cinsel tacizin Ceza Kanunu anlamında suç sayılan bir fiil olması ve/veya suç ise mahkeme kararıy-

44 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.483

la kesinleşmiş bulunması şart değildir. Bununla beraber, aynı zamanda Ceza Kanununda belirtilen şerefe karşı suçlar (TCK mad.125-131) ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar(TCK mad.102-105) bu alt bent bağlamında tipik söz ve davranışları oluşturur.

4857 sayılı İş Yasası'ndan önceki dönemde çalışma mevzuatımızda cinsel taciz kavramı kullanılmamıştı ve cinsel tacizi doğrudan düzenleyen herhangi bir hüküm de yoktu. O dönemde cinsel taciz niteliğindeki hareketler " ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hareketler" olarak ele alınıyordu. Nitekim cinsel tacize maruz kalan işçi haklı sebeplerle (bildirimsiz ve ihbar tazminatsız) iş sözleşmesini feshetmesinin yasal temelini o dönem yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun mad.16/II. Bendi oluşturuyordu.[45]

Cinsel tacizin haklı neden oluşturması için, işveren tarafından işçiye işyerinde yöneltilmiş olması şart değildir; işverenin, işçisine işyeri dışında cinsel tacizi de haklı neden oluşturur. Ceza kanununa göre suç niteliği taşımayan davranış ve sözlerin, işçi ve ailesi üyelerinin şeref ve namusuna dokunacak nitelikte haklı bir fesih nedeni oluşturup oluşturmadığının tespiti konusunda belirli, kesin bir ölçü bulunmamaktadır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken, tarafların konumları, yaşadıkları çevrenin şeref ve namus telakkileri, olayın özellikleri vs. dikkate alınmalıdır. İşyerinde genellikle görüldüğü şekilde şeref ve namusa dokunma anlamı taşımayan, daha ziyade mesleğin argosu kabul edilebilecek nitelikteki sözlerin, davranış ve işaretlerin bu fıkra kapsamı dışında kalacakları belirtilmiştir.

Şeref ve namusa dokunacak sözlerin veya davranışların, cinsel tacizin haklı neden oluşturması için mutlaka işverenden sadır olması gerekmez; işveren vekilinin de işçinin veya ailesi iyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak söz sarf etmesi, davranışlarda bulunması veya cinsel tacizi bu alt bent bağlamında haklı bir neden oluşturur. Ancak işverenin bir başka işçisinin işçiye veya aile üyelerinden birine karşı şeref ve namusuna dokunacak söz ve davranışlarda bulunması, cinsel tacizi bu alt bent hükmüne göre, işçiye fesih hakkı vermez.

"Aile üyeleri" tabiri, işçinin eşi, çocukları ile birlikte oturmasalar bile yakın akrabalarını ifade eder. Bu tabire, işçinin imam nikahlı eşi, hatta imam nikahı bulunmadan birlikte yaşadığı kişi, işçiyle aralarında akrabalık bağı bulunmayan, ancak, aynı çatı altında birlikte yaşayan kişilerin de dahil edilmesi doğru olur.

---

45 Av. Abbas BİLGİLİ, İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz s.62

Şeref ve namusa dokunacak sözlerin veya davranışların işçinin yüzüne karşı olması ile gıyabında olması arasında, haklı nedenin oluşması bakımından hiçbir fark yoktur.

Şimdi konu ile ilgili bir yargıtay kararını inceleyelim.

"Davacı işyerinde çalışan başka bir işçinin kendisine cinsel taciz içeren davranışlarda bulunduğunu, bu durumu davalı işverene bildirdiğini, ancak işverenin herhangi bir önlem almadığını ayrıca ekonomik gerekçelerle kendisini işten çıkardığını, bu haksız işten çıkarma nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatının faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı ise davacının izinsiz ve mazeretsiz haber vermeksizin üç gün üst üste işe gelmediği için devamsızlık yaptığı için iş akdini haklı nedenle fesih ettiğini savunarak reddini istemiştir.

Davalı tarafından tutulan devamsızlık tutanakları ve dinlenen davacı tanıklarının beyanları dikkate alındığında davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından devamsızlık tarihinden önce sebepsiz fesih edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığı anlaşılmaktadır. Anılan isteklerin mahkemece kabulü yerine reddi hatalıdır.[46]

Bu konuda şunu belirtelim ki, cinsel tacize uğrayan işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini sona erdirmesinin işçiye kazandıracağı şey KIDEM TAZMİNATI'dır. Feshi işçi yaptığı için ihbar tazminatına hak kazanamaz.[47]

2c) İşverenin Ataşması, Gözdağı Vermesi, Kanuna Karşı Davranışa Özendirmesi, Kışkırtması, Sürüklemesi, Hapsi Gerektiren Bir Suç İşlemesi, Asılsız Ağır İsnat Ve İthamları

Bu husus İş Kanunu mad.24/II(c) bendinde düzenlenmiştir.

Bu alt bentte ayılan ve haklı neden oluşturan işveren fiillerinden sataşma, sözle veya maddi bir fiille işçinin veya aile üyelerinden birinin kişilik haklarına tecavüz anlamına gelmektedir. Gözdağı verme ise, tehdit etme anlamına gelmektedir. Tıpkı BK mad.30'da ikrah(korkutma) koşullarında olduğu gibi, davranışın göz dağı mahiyetinde olduğunu kabul etmek için işçinin kendisinin veya aile üyelerinden birinin canının, kişiliğinin veya namusunun ya da mallarının ağır ve derhal vuku bulacak bir tehlikeyle karşı karşıya olduğu kanaatini uyandıracak mahiyette olmaları gerekir.

46 Yargıtay 9. HD. T.19.09.2007 , E. 2006/23760,K. 2007/27233

47 Av. Abbas BİLGİLİ, İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz s.66

Hukuka uygun bir amacın temini için yine hukuka uygun vasıtalara başvurulacağının veya başvurulabileceğinin işçiye bildirilmesi veya şaka olduğu belli söz ve davranışlar, gözdağı verme anlamı taşımadıklarından işçinin fesih hakkı da söz konusu olmaz.

Bu fıkrada belirtilen diğer işveren fiillerinin haklı neden sayılmaları için Ceza Kanunu bakımından suç niteliği taşımları zorunlu değildir. Ancak işveren hakkında bu fiillerinden ötürü açılan ceza davasında, işverenin beraat etmesi halinde, ilgili fiil işçi için haklı neden olmaktan çıkacaktır çünkü fiilin vukuu bulmadığına hükmeden ceza mahkemesi kararı, BK mad.53'e göre, hukuk mahkemesi hakimini bağlar. İşverenin, işçi veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi de bir haklı neden oluşturur. Burada suçun türünün bir önemi olmadığı gibi, işvereni bu suç nedeniyle mahkum edilmiş olması da şart değildir. O halde fiilin mevcudiyeti ve hapsi gerektirir olması, haklı nedenin varlığının kabulü için yeterlidir. Para cezasını gerektiren suçlar fıkra hükmünde açıkça hapis cezasını gerektiren suçlar denildiği için haklı neden sayılmayacaktır.

İşçinin şeref ve haysiyetini kırıcı ağır isnat ve ithamlar da tarafların durumu, bulundukları çevrenin şeref ve haysiyet konusundaki duygu ve telakkileri dikkate alınarak değerlendirilebilir. Bu ağır isnatlara örnek verecek olursak; muhabbet tellallığı, eşcinsellik, hırsızlık, kalpazanlık, yankesicilik gibi isnat ve ithamlar şeref ve haysiyet kırıcı isnat ve ithamlardır.

Bu alt bentte sayılan fiillerin işveren vekili tarafından işlenmesi halinde de işçinin fesih hakkının olduğu kabul edilmiştir ve yargıtay da bu yönde görüş bildirmektedir. Bir kararında işyerinde periyodik denetimde bulunan mali müşavirin işçiye sözlü sataşmada bulunmasını, işveren vekili sıfatı taşımadığından, bu alt bent kapsamında bir fesih nedeni saymamıştır.[48]

2d) Diğer Bir İşçi veya Üçüncü Kişiler Tarafından İşyerinde Cinsel Tacize Uğramasına Rağmen Gerekli Önlemlerin Alınmaması

4857 sayılı kanunun mad.24/II(d) alt bendinde İş Hukukumuza başlı başına bir fesih nedeni olarak giren cinsel taciz, bir kişinin iş ilişkisi içinde işçiye karşı kendi veya üçüncü kişi lehine cinsel nitelikte çıkar sağlamak amacıyla yaptığı davranış olup, kavramsal olarak mevcudiyeti için, failin alışkanlık niteliği bulunmasa bile, aynı ya da benzer davranışları tekrarlaması icap eder. Örneğin; bir işçinin, kadın iş arkadaşına birlikte

48 Yarg. 9 HD. 08.11.1999,E. 1999/13898, K. 1999/16847

yemeğe çıkma daveti, bir defalık davranış olarak cinsel taciz oluşturmasa da reddedilmesine rağmen tekrarlanması cinsel taciz oluşturur.

Türk Hukuku bakımından, işçiden cinsel çıkar sağlamak amacıyla kişiliğine, ruhsal ve vücut bütünlüğüne yönelik, aşağılayıcı, onur kırıcı her davranış, bir defalık olsa bile cinsel taciz olarak nitelendirilmektedir.

Bu alt bent uyarınca, işçinin sadece cinsel tacize uğraması haklı nedenin oluşması için yeterli olmayıp cinsel tacizin işyerinde olması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmamış olması gerekmektedir.

Şimdi gerekli önlemler kavramını açıklayalım. Burada kastedilen, işverenin, davranışın tekrarını önlemek için çaba göstermesi, örneğin işçinin çalıştığı iş yeri değiştirmesi veya tacizin ağırlığına göre tacizci işçinin işine son vermesidir.

Tacizcinin bir üçüncü kişi olması halinde de işveren gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Örneğin, bir banka müşterisinin, kredi işlemlerine bakan kadın işçiyi cinsel tacizi olayında, olayın vahametine göre işverenin, kadın işçiyi müşteriyle muhatap kılmamaktan müşteriyle iş ilişkisini kesmeye kadar uzanan bir dizi önlemleri alması gerekir. İşçi haklı nedenle fesihe gidebilmesi için işverene başvurmuş olması ve gerekli önlemlerin talebini istemiş olması gerekli ve yeterlidir. Buna rağmen tedbir almayan işverene karşı işçi haklı fesih hakkını kullanacaktır yani tacizin tekrarlanmış olması şart değildir. İşveren vekili de işçinin gerekli önlemlerin alınması talebini değerlendirmelidir. O da bu bent kapsamında gerekli önlemleri almazsa işçi yine haklı fesih hakkını kullanabilir.

2e) İşverenin, İşçinin Ücretini Ödememesi

İşveren, işçinin ücretini kanun veya sözleşme hükümlerine göre hesap etmez veya ödemezse, işçi mad.24/II(e) bendine göre haklı fesihte bulunabilir.

Bu bende gidebilmek için, işverenin keyfi bir şekilde ücret ödeme borcunu ifa etmemiş ya da gereğince ifa etmemiş veya geciktirmiş bulunması gerekir. Ancak, işverenin, ekonomik, mali güçlükler, unutkanlık, para havalesinin gelmemesi işçiye haklı fesih imkanı vermez. O halde ücretin kasten ödenmemesi ya da geciktirilerek ödenmesi hali haklı neden oluşturur. Gecikme makul bir süre olursa sorun olmaz ama ücret işçi için önemlidir ve uzun sayılabilecek bir süre ödenmemesi halinde işçi artık sözleşmeyi feshetmekte haklıdır.[49]

49 Çenberci, s.369; Centel s.375

Yargıtay kararlarından bir kaç örnek vererek onların bu konudaki tutumlarının nasıl olduğuna bir göz atalım. Yargıtay 9.HD. 07.05.1991,E. 1991/137,K.1991/82207 sayılı bir kararında, ücreti bir hafta kadar geciktirilen işçinin haklı nedenle fesih hakkının doğduğu; işverenin mali imkansızlık içinde bulunmasının da bu hakkını engellemeyeceğini ifade etmiştir. Buna karşılık ekonomik kriz nedeniyle toplu iş sözleşmesiyle öngörülen ücret zamlarının ödenmemesinin işçi için haklı fesih nedeni oluşturmayacağı kabul edilmiştir.

Bu fıkra kapsamına asıl ücret yanında ücret eklerinin girdiğini de belirtelim.

Yargıtay'a göre fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve yıllık izin ücretlerinin ödenmemesi işçiye haklı nedenle fesih imkanı verir. Hatta işçinin sigortasız çalıştırılması veya sigorta primlerinin eksik yatırılması da bu bent kapsamında haklı nedenle fesih teşkil eder. Ödenmeyen veya eksik ödenen ücretin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle öngörülmüş bulunup bulunmaması önem taşımaz.

Ücretin ödenmemesi hali, sürekli borca aykırılık hali oluşturduğundan, ücret ödenmediği sürece, fesih hakkı, altı iş günlük sürenin (4857 sayılı İş Kanunu mad.26) geçirilmesi söz konusu olmaksızın varlığını korur.

Ücretin geç veya eksik ödenmesi bu bent kapsamında sayılabileceği gibi, eksik ödeme, ücrette tek yanlı değişiklik şeklinde de tezahür edeceğinden, mad.24/II (f) bendine göre de haklı neden olarak kabul edilebilir.

İşveren, tek taraflı irade ile işçinin ücretinde değişiklik yapamaz. Bu değişiklik işçinin zararına bir değişiklik olarak anlaşılmalıdır. Yani ücretin düşürülmesi ya da eksik ödenmesi olarak. Esasen İş Kanunu mad.62 hükümlerine göre işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz. Buna karşılık, işçinin yararına olan ücret değişiklikleri, işverenin tek taraflı [50]iradesinin eseri olsa da hukuken geçerlidir.

İşçinin ücretinin düşürülmesi için işçinin rızası aranır. Nitekim Yargıtay bir kararında, muvakkat işçi olarak çalışırken açılan sınav sonucu daimi işçi kadrosundaki bir pozisyona intibak ettirilen işçinin ücretinde görülen düşme, tek yanlı ücret değişikliği olarak değerlendirilmemiştir; çünkü toplu iş sözleşmesiyle getirilen haklar birlikte ele alındığında, ücretinde düşüklük görülmesine rağmen, sağlanan tüm yararlar itibariyle daha üstün bir seviyeye sahip olmaktadır.

50 Yarg 9.HD.05.03.1987,E.1987/2175,K.1987/2649

O halde iş koşullarının işçi yararına gerçekleşmesiyle sonuçlanan bir değişikliği takiben ücrette düşme mad.24/II (e) kapsamında haklı neden oluşturmayacaktır.

2f) İşverenin İşçiye Eksik İş Vermesi, Çalışma Şartlarını Uygulamaması

Ücretin, parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılmasına rağmen işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verilmesi halinde, işveren tarafından aradaki ücret farkının zaman esasına göre ödenerek, eksik aldığı ücretin karşılanmaması yahut çalışma şartlarının uygulanmaması haklı neden oluşturur. Bu husus mad.24/II(f) de düzenlenmiştir. (EBK mad.324), TBK mad.411/1 parça üzerine yahut götürü olarak çalışmakta olan işçi, kendisine kafi miktarda iş verilmesini isteme hakkına sahiptir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre parça veya götürü iş bulunmuyorsa işin saat veya gündelikle verilmesi, yani, işçinin zaman esasına göre çalıştırılması gerekir; bu da olmazsa işveren, kusursuzluğunu ispat etmedikçe işçinin meydana gelen zararını tazmin etmek zorundadır. Zira işverenin bora aykırılığı söz konusudur.

İş Kanunu mad.24/II(f) hükmü de işverenin iş verme borcunu teyit eden bir düzenlemedir. Bu hüküm işverenin işçiye yapacağı sayıda parça veya tutarda iş vermemesi, şayet ücret kaybını zaman esasına göre karşılamadığı takdirde işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verir.

İşverenin, çalışma şartlarını uygulamaması, yani hiç uygulamaması veya eksik uygulaması da işçiye haklı nedenle fesih olanağı sağlar. Çalışma şartlarının uygulanmaması, başta iş sağlığı ve güvenliği ve işin düzenlenmesi hükümleri olmak üzere işçinin kanun ve sözleşme hükümlerine aykırı çalıştırılmak istenmesi halinde söz konusu olur.[51]

3.ZORLAYICI NEDENLER

İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenler ortaya çıktığı takdirde işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olur. Bu husus mad.24/III' te düzenlenmiştir.

Burada haklı neden, işletmeye, işyerine ilişkin mücbir sebebin yol açtığı ifayı kabulde geçici imkansızlık halinin bir haftadan fazla sürmesidir.

Ancak burada işletme riski çerçevesinde değerlendirilebilecek bir takım işletme güçlükleri(hammadde, ekipman, makine temininde güçlük-

51 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.491

ler, üretilen mala piyasadan beklenen talebin gelmemesi, stok fazlalığı vs.) nedeniyle faaliyete ara verilmesi bu bentin kapsamı dışında kalmaktadır. Buna karşılık sel, deprem, yangın gibi maddi engeller veya devletçe işyerine el konulması, ithalat yasağı nedeniyle hammadde sağlanamaması gibi hukuki engeller nedeniyle faaliyet bir haftadan fazla süre ile duruyorsa işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğmuştur.

Yargıtay 9.HD.07.02.1978,E.78/1978,K.78/2786 sayılı kararına göre, hammadde yokluğu, zorunlu neden kabul edilmekte; iş bu nedenle bir haftadan fazla bir süre ile durmuş olduğundan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu mad.24/III uyarınca iş akdini ihbarsız fesih hakkının doğmuş bulunduğuna hükmedilmiştir.

İşyerinin idari mercilerce kapatılması da haklı nedendir. Yargıtay'a göre de işyerinin Belediye tarafından kapatılması, herhangi bir mevzuat hükmüne aykırılıktan dolayı ise, kapatılma zorlayıcı neden olarak kabul edilmez; çünkü kanuna aykırılık halinde işyerinin kapatılacağı "öngörülebilir."

Yargıtay kararlarında ekonomik kriz de mad.24/III bağlamında bir zorlayıcı nedendir. Ancak doktrin burda işverenin ekonomik krizi öngörmesi gereken bir risk olarak değerlendirdiğini ve haklı neden olamayacağını burada işverenin alacaklı temerrüdüne düşmüş olduğunu o nedenle de EBK mad.325 TBK mad.408 hükümlerine göre talepte bulunması mümkündür.

İşçinin, işyerinde faaliyeti etkilemeyen, ancak, kendisinin işyerinde çalışmasını güçleştiren veya sıkıntı yaratan veya imkansız kılan nedenlere dayanarak iş sözleşmesini bu madde hükmüne göre feshedemeyeceği yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Tren saatlerinin değişmesine rağmen işverenin vardiya saatlerini buna göre değiştirmediğinden bahisle iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talebinde bulunana işçinin talebini zorunluluk hali oluşturmadığı için reddetmiştir.

Şimdi işveren yönünden haklı nedenleri inceleyelim.

M.İŞVEREN YÖNÜNEN HAKLI NEDENLER

İşverenin haklı nedenle fesih hakkı İş Kanunu mad.25'te düzenlenmiştir. 24.Maddeye paralel şekilde üç grupta toplanan bu hallere IV. Bent olarak gözaltına alınma ve tutuklanma eklenmiştir.

1.SAĞLIK NEDENLERİ

1a)Kendi Kusurundan Kaynaklanan Hastalık Veya Sakatlığı Nedeniyle İşçinin İşe Devamsızlığı

İşçinin, kendi kastından veya derli toplu olamayan yaşayışından ya da içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması nedeni ile ardı ardına üç (3) iş günü veya bir ayda beş(5) iş gününden fazla işe devam edememesi işveren açısından haklı neden oluşturur. Bu husus mad.25/I (a) da düzenlenmiştir.

Burada hastalık veya sakatlığın, işçinin kastından, derbeder yaşantısından veya içkiye düşkünlüğünden doğmuş olması ve ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla süre için işinde devamsızlığa yol açması halinde söz konusudur.

Burada bu bendin uygulanabilmesi için mutlaka kast aranmaktadır. Ağır ihmalin bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceği açıktır. Bu maddedeki işçinin derli toplu olmayan yaşayışından işçinin safahata düşkünlüğünü anlamak gerekir. İçkiye düşkünlükten ise, iptila derecesinde alkol alışkanlığını, yani alkolikliği ifade eder. Alkol almakla beraber, alkol bağımlısı olmayanlar bu madde kapsamı dışında kalırlar.

Yukarıda bahsettiğimiz nedenlerden doğan hastalık veya sakatlığın, işçinin işinde devamsızlığa yol açmaması veya devamsızlığa yol açmakla birlikte iş günü olarak tespit edilen süreleri aşmaması halinde haklı nedenden bahsedilemez.

Haklı nedenin oluşması için kanun ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla devamsızlığı aradığından, işçinin çalışmadığı, kanuni ve akdi tatil günlerinin dikkate alınmayacağını belirtelim.

Bu alt bentte bir ayda beş iş gününden fazla ifadesiyle ay ile kastedilen takvim ayı değil, devamsızlığın son gününden geriye doğru hesaplanacak bir aylık süredir.

1b) İşçinin Tedavi Edilemeyeck Nitelikte Ve İşyerinde Çaışmasında Sakınca Bulunan Bir Hastalığa Tutulması

Kanun, işçinin bu nitelikte bir hastalığa tutulmasının Sağlık Kurulunca saptanması durumunda mad.25/I (b) uyarınca bunu haklı bir neden olarak kabul etmiştir.

Buna dayanabilmenin ilk koşulu işçinin tedavisi mümkün olmayan bir

hastalığa tutulmasıdır. Bunun anlamı tıp tarafından bu hastalığa henüz bir çarenin bulunamamış olmasıdır. Türlerine göre değişmekle birlikte kanser hastalıkları ile AIDS bu tür hastalıklardandır. Çok uzun süreli bir tedaviyi gerektirmekle beraber sonucunda da kesin olarak iyileşme imkanının olmadığı hastalıklar örneğin şizofreni gibi psikopoz grubundan ruhsal hastalıklar gösterilebilir. Ancak sözleşmenin feshi tarihi itibariyle hastalığın bu niteliği taşıyor olması gerekir.

İkinci koşul hastalığa yakalanan işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasıdır.

Üçüncü koşul ise, işçinin bu tarzdaki bir hastalığa tutulmuş olduğunun Sağlık Kurulu tarafından saptanmasıdır. İşveren sağlık kururlu raporu dışında herhangi bir rapora istinaden iş sözleşmesini feshedemez.

1c) İşçinin (A) Bendinde Sayılan Nedenler Dışında Hastalık, Kaza, Doğum Ve Gebelik Gibi Haller Nedeniyle İşe Devamsızlığı

İşçinin, (a) alt bendinde sayılan nedenlerden, yani, kastından, derli toplu olmayan yaşayışından veya içkiye düşkünlüğünden kaynaklanmayan hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi haller nedeniyle işe devamsızlığı; kıdemine göre belirlenecek bildirim sürelerini (İş Kanun mad.17) altı(6) hafta aştığı takdirde, haklı neden oluşturur.

Doğum ve gebelik hallerinde bu altı haftalık süre, İş Kanunu mad.74'teki doğum izninin bitiminden itibaren başlar. Mad.25/I (b).

Fesih için bu süreler aşılmış olmalıdır zira süreleri aşmayan haller fesih sebebi değildir, bu bir askı nedenidir. O halde, hastalık ve/veya kaza, işçinin 17. Maddeye göre belirlenecek bildirim süresine altı hafta daha eklenmek suretiyle bulunacak süreyi aşan bir devamsızlığa neden olursa, işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğar.

İş Kanununun 17. Maddesindeki bu süreler kanuni asgari süreler olup işçi lehine arttırılabilir. Bu halde arttırılan bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşmış olma halinde haklı nedenin varlığı kabul edilir.

Doğum ve gebelik hallerinde bu süre; yani bildirim süresine altı hafta eklenmek suretiyle bulunacak süre, kadın işçinin on altı haftalık (çoğul gebelik halinde doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklendiğinden on sekiz haftalık) doğum izninin mad.74/1 dikkate alınması suretiyle tespit edilir.

2. AHLAK VE İYİ NİYET KURALLARINA UYMAYAN HALLER VE BENZERLERİ

2a) İşçinin İşvereni Yanıltması

Burada İş Kanun mad.24/II(a) bendine paralel bir düzenleme vardır. İş sözleşmesi yapıldığı sırada sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlara sahip olmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek ya da gerçeğe aykırı bilgiler ve sözler söyleyerek yada susması halinde işçinin işvereni yanıltması, işveren için haklı neden oluşturur. Mad25/II(a).

Burada sözleşme yapılırken işveren yanıltılıyor yani ona hile yapılıyor. Burada culpa in contrahendo (sözleşme görüşmeleri kusuru) söz konusudur.

Sözleşmenin esaslı noktaları, tarafların sözleşmeyi yaparken önem atfettikleri hususlardır. İşveren gerçeği bilse idi böyle bir sözleşmenin kurulmayacağı haller haklı neden teşkil eder.

Bir inşaat işçisinin saralı olduğunu, bir işçinin mecburi hizmete tabi olduğunu saklaması, sabıkası olduğu halde işe giriş formunda sabıkasızım demesi hile teşkil eden hallere örnek olarak gösterilebilir.

İşveren, işçi tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından yanıltılmışsa bu alt bent hükmü uygulanmaz.

2b) İşçinin Şeref Ce Namusuna Dokunacak Söz Ve Davranışları, Şeref Ve Haysiyet Kırıcı Asılsız İhbar Ve İsnatları

Bu alt bentte mad.24/II(b) alt bendinden farklı olarak işçinin, işveren hakkında asılsız ihbarda bulunmasına yer verilmektedir.

İhbarın, haklı neden oluşturması için birinci koşul, asılsız olmasıdır. İkinci olarak ihbar ve isnatların ağır olması aranır. Peki işveren vekilleri de bu madde kapsamında korunmakta mıdır? Yargıtay kararlarında işveren vekillerine yönelik şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar, şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlar, bu alt bent bağlamında değerlendirilecektir.[52]

52 İşverenin, personel müdürüne hakaret eden işçinin hizmet sözleşmesini Eski İş Kanunu mad.17/II (ç) fıkrasına göre fesihte haklı olduğu yönünde yargıtay kararı. (Yarg.9. HD. 15.12.1994,E. 1994/13783, K.1994/17960)

2c) İşçinin İşverenin Başka Bir İşçisine Cinsel Tacizde Bulunması

İş Kanunu mad.24/II(b) ve(d) alt bentlerinde olduğu gibi, mad.25/II(c) de işveren açısından haklı neden sayılmıştır. Bu alt bende göre işçinin, işverenin başka bir işçisine yönelik cinsel tacizde bulunması haklı neden için yeterli olup tacize uğrayan işçinin, tacizci işçi ile aynı işyerinde çalışması şart değildir.

Kanun bu alt bentte, işçinin işverenine yönelik cinsel tacizine yer vermemiştir. İşçinin, işverenini cinsel tacizi,(b) alt bendi kapsamında bir haklı neden oluşturur. Buna karşılık, işveren vekiline yönelik cinsel taciz, bu alt bent(c) kapsamında bir haklı neden teşkil eder.[53]

2d) İşçinin Sataşması, İçki Ve Uyuşturucu Madde Kullanma Yasağına Aykırı Hareketi

İş Kanunu mad.84'e aykırı olarak işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde alarak gelmesi yahut işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmasıdır. Mad.25/II(d).

Bu alt bende göre sataşma sadakat borcuna aykırılığın özel bir halidir. Yargıtay'a göre sataşma sözle veya fiille olabilir; sözle sataşma, karşıdaki kişinin manevi yönden incitilmesi, üzüntüye sevk edilmesi olup, haklı neden oluşturması için hakaret şeklinde ifade edilmiş olması gerekmez. Sözün sarf edilen kişinin ruhsal yapısında bir etki uyandırması yeterli bulunmuştur.

İŞ kanunu mad.84 hükümlerine göre işyerine uyuşturucu madde alarak gelmek yasak iken alkollü içki alarak gelmek yasak değildir. Ancak, iş yeri dışında alınan alkol, sarhoşluğa yol açmışsa, sarhoş bir vaziyette işyerine gelmek yasaktır.

Yargıtay, "aldığı içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını, işin normal bir şekilde yürütülmesini engellemiyorsa, sadece işyeri dışında içki kullanmış olması haklı nedenle fesih sebebi değildir." Demiştir.

Ancak işyerinde alkol kullanmış olmak işçi sarhoş olmasa bile sözleşmenin feshi için haklı nedendir. İş Kanunu mad2/2'ye göre işyeri kavramı uyarınca,işyeri avlusunda da içki içmek haklı neden oluşturur.

İşçinin, uyuşturucu madde alarak işyerine gelmesi, sarhoşluk hali görülmese bile, işverene fesih hakkı verir ancak uyuşturucu kullanımının tespit edilmiş olması gerekir.

53 Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku s.497

İş Kanunu mad.84 hükümlerine göre bir defalık aykırılık dahi, örneğin işyerinde ilk defa içki almak sözleşmenin feshi için haklı nedendir.

2e) İşçinin Doğruluk Ve Bağlılığa Uymayan Davranışları

İşçi, işverenin güvenini kötüye kullanıyorsa yani hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması halinde işverenin haklı fesih hakkı doğar. İş Kanunu mad.25/II(e).

Sadakate aykırı tüm davranışlar, bu alt bende göre işverene haklı fesih hakkı verir. Yargıtay da bu görüştedir.

Hani davranış sadakat borcuna aykırıdır şeklinde önceden bir belirleme yapmak mümkün değildir. Ancak davranış işverenin güvenini sarsıcı nitelikte ise bu durumda haklı nedenle fesih sebebi teşkil edeceği açıktır.

Yargıtay bir kararında, "bankada usulsüz, hayali işlemler yapması nedeniyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçinin, bilahare emniyeti suistimal suçundan beraat etmesi karşısında feshi haksız kabul ederek hüküm kuran alt mahkeme kararını davanın bu şekilde sonuçlanmasının işverenin mad.25/II(e) alt bendine gidemeyeceği anlamına gelmez demiştir."

2f) İŞÇİNİN İŞYERİNDE SUÇ İŞLEMESİ

İşçinin, işyerinde yedi(7) günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi, işverene, sözleşmeyi fesih imkanı veren haklı nedendir. Mad.25/II(f).

Buna göre öncelikli olarak, suçun işyerinde işlenmiş olması gerekir. O nedenle işyerinden sayılan yerlere; örneğin, dinlenme yerlerinde, avluda, araçta işlenmiş suçlarda bu alt bent kapsamında değerlendirilecektir.

Ancak suçun işverene ait herhangi bir işyerinde değil de işçinin işini yapmış olduğu işyerinde gerçekleşmiş olduğu aranır.

Haklı neden oluşturması için suçun işyerinde işlenmiş olması yeterli değildir. İşlediği suç nedeniyle yedi günden fazla hapisle cezalandırılmış ve cezasının da ertelenmemiş olması gerekmektedir.

İşçinin işlediği suçtan dolayı yedi günden fazla hapis cezasına mahkum olması ve mahkumiyet hükmünün de kesinleşmiş olması haklı neden oluşması bakımından şarttır yani bunun anlamı, kovuşturma aşama-

sında veya hüküm kesinleşmeden yapılan fesih haklı sayılmaz. Buradaki yedi gün hapis cezasının yedi günden fazla olması yoksa şene suçun kanundaki cezasının yedi günden fazla olması şartı değildir. Hapis cezasının para cezasına çevrilmesi haklı neden oluşmasına engel teşkil etmez.

2g)İşçinin İşe Devamsızlığı

İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi halinde işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. İş Kanunu mad.25/II (g).

Bu durum işçi lehine değiştirilebilir. Burada asıl olan işçinin izinsiz veya geçerli bir nedeni olmadan işine devam etmemesidir. İş günü, kanunen kabul edilen iş günlerinin yanında, sözleşmeyle kabul edilen iş günleri yani Toplu İş Sözleşmeleriyle çalışılacağı öngörülen tatil günlerini de kapsar.

İşçi, ardı ardına iki iş günü değil de bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü işine devam etmemişse, devamsızlık, haklı neden oluşturacaktır. Buna göre kanunda " herhangi bir tatil gününden" bahsedildiğinden devamsızlığın bir ay içinde iki defa, örneğin izinli olduğu günü takip eden iş günü yapılmış olması işverenin fesih hakkını doğuracaktır.

İşçinin, bir ay içinde üç iş günü devamsızlığı da haklı nededir. Burada kast edilen takvim ayı değil, son devamsızlık gününden geriye doğru hesaplanacak bir aylık süre anlaşılmalıdır. Yargıtay, 1978 tarihli kararında, İki günün Mart ayından üçüncü günün nisan ayından olması haklı nedenle fesih oluşturmaz.

Devamsızlığının haklı bir nedene dayandığını ileri süren işçi bunu ispatla yükümlüdür.[54]

Devamsızlığın işçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasından meydana gelmesi durumunda bu alt bent değil de, IV. Bent hükmü uygulanır.

2h) İşçinin Hatırlatıldığı Halde Görevini Yapmamakta Israr Etmesi

İş Kanunu mad.25/II(h).

Burada sadece işçinin yapmakla yükümlü olduğu işi değil aynı zaman-

54 Yarg 9. HD. 10.02.2004,E.2003/10635,K.2004/1799.

da mevzuatın, toplu iş sözleşmelerinin, örf ve adetin işçiye yüklemiş bulunduğu görevler de bu kapsamdadır. Burada hatırlatma (uyarı), işçiyi temerrüde düşürebilmek için değil, haklı nedenin oluşması açısından gereken bir unsurdur. Hatırlatma yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir. İşçiye görevini hatırlattığını ispat yükü işverendedir.

Ücreti ödeme gününde ödenmediğinden mad.34 veya iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınmadığından mad.83 çalışmaktan kaçınan işçiye, işverenin hatırlatma yapması ve işçinin buna rağmen ayak diremesi haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaz.

2ı) İşçinin Kusuru İle İşin Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi, İşverene Zarar Vermesi

İşçinin, kendi isteği(kastı) veya savsaması (ihmali) yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işverene ait olan veya eli altında bulunana makineleri, tesisatı veya diğer eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarı ile karşılayamayacağı oranda hasara veya kayba uğratması işverene fesih hakkı veren haklı nedendir. İş Kanunu mad.25/II(ı).

Burada iki neden haklı nedene sayılır. İlki, işin güvenliğini tehlikeye düşürmek veya ikincisi işverene zarar verilmesidir.

İş Kanunu mad.77/1 " .....işçilerde , iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür." demektedir.

Haklı nedenin oluşması için zararın doğması şart değildir. Zarar ihtimalinin olması yeterlidir. Şayet zarar, 30 günlük ücretle karşılanabiliyorsa, bu halde haklı neden teşkil etmeyecektir.

3. ZORLAYICI NEDENLER

İşçiyi, işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu bent hükümlerine göre işçinin haklı nedenle fesih hakkı yoktur. Yani,işçiyi işyerinde bir hafta süreyle çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı neden işveren için haklı neden oluşturur. İşçi ancak, işyerinde ortaya çıkan ve bir haftadan fazla süre ile işin durmasına neden olan bir zorlayıcı sebep halinde mad.24/III e göre fesih hakkına sahip olabilir. Yargıtay, 17 Ağustos 1999 depreminde evi hasar gören ve çadırda yaşamak zorunda kalan işçinin iş sözleşmesini feshini, eski iş kanunu mad.17/III kapsamında fesih olarak değerlendirerek kıdem tazminatına hükmeden alt mahkeme kararını, zorlayıcı neden işyerinde ortaya çıkmadığı ve işve-

ren tarafından bu nedenle bir fesih de yapılmadığı, sonuç olarak işçinin feshinin mad.17/III kapsamında yorumlanmasının hatalı olduğu gerekçesiyle bozmuştur.[55]

Zorlayıcı nedenler bir haftaya kadar işçinin işe devamına mani olmuşsa, haklı neden teşkil etmez, iş sözleşmesi askıya alınmış olur. Buna karşılık devamsızlık bir haftayı aştığı takdirde işverenin fesih hakkı doğar.

4. GÖZALTINA ALINMA VEYA TUTUKLANMA HALİNDE DEVAMSIZLIK

4857 sayılı İş Kanununa göre mad.25/IV. Uyarınca, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığı 17. Maddedeki bildirim süresini aştığı takdirde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar. Buna göre gözaltında veya tutuklulukta geçirilen sürenin, süreli feshe ilişkin 17. Madde de işçinin, işyerindeki çalışma süresine bağlı olarak belirlenen bildirim süresini aşması halinde haklı neden doğmuş olacak, bu süre aşılmadığı takdirde veya aşılmış olmakla birlikte işveren tarafından feshedilmediği sürece iş sözleşmesi askıda kalmış olacaktır.

N. HAKLI NEDENE DAYANMAYAN FESHİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HÜKMÜ

Haksız Feshin Hükmü

İş güvencesi kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshi halinde uygulanacak hükümler mad25/son fıkra saklı kalmak üzere Türk Hukuku bakımından fesih haksız da olsa hüküm ifade eder ve iş sözleşmesini sona erdirir. Haksız fesih halinde, taraflar yaptırım öngörebilirler. Nitekim, sözleşmelerle haksız fesih halinde cezai şart veya bu mahiyette ödemeler kararlaştırılmaktadır.

O.HAKSIZ FESİH HALİNDE YAPTIRIMLAR

1.KANUNLA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR

a) İşverenin Haksız Fesih Halinde

1.Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi

4857 sayılı İş Kanunu mad.25/son fıkra hükmüne göre işçi, bu maddede öngörülen nedenlere uygun olmadığı iddiasıyla 18,20 ve 21. Madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna gidebilir. Bu fıkrada belirtilen 18 ve

55 Yarg 9.HD. 01.05.2001,E.2001/4118,K.2001/17559

takip eden maddeler iş güvencesi kapsamında işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi, hüküm ve sonuçlarını düzenleyen kuralları içermektedir. Buna göre iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işverene karşı işçinin, feshin haklı bir nedene dayanmadığı veya dayanılan nedenin mad.25 hükümleri bağlamında bir haklı neden olmadığı iddiasıyla yargı yoluna gidebilmesi ve yargılama sonunda feshin haksızlığının sabit olması halinde işveren, süreli fesih hakkını iş güvencesi kurallarına aykırı olarak kullanan işverene uygulanan yaptırımlara maruz kalır.

Yargıtay bir kararında İş Kanunu mad.26'daki altı iş günlük hak düşürücü süre geçtiği için feshi haksız bulan alt mahkeme kararını "bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminatı talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 Sayılı Yasa'nın 25/son maddesi gereği aynı yasanın 19. Maddesi koşulları aranmaz. 18,20 ve 21. Madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir."Demiştir.Bir başka kararda da işe iade talebiyle açılan ve işveren tarafından feshin haklı nedene dayandığı savunmasında bulunulan davada alt mahkemece öncelikle haklı fesih koşullarının bulunup bulunmadığının saptanılması ve ona göre karar verilmesi, bu koşullar oluşmamış ise, geçerli fesih koşullarının bulunup bulunmadığının incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[56]

2) İş Güvencesinden Yararlanmayan İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız fesihte bulunana işveren, tahvil suretiyle usulsuz fesihte bulunmuş gibi İş Kanunun mad.17'ye göre bildirim sürelerine uyulmaması halinde öngörülen bir tazminatı (ihbar tazminatı) işçiye ödemekle yükümlüdür. Şayet haksız feshe maruz kalan işçi, işverenin kötü niyetini ispat edebilirse, ihbar tazminatından başka, mad.17'de öngörülen kötü niyet tazminatına da hak kazanır.

3) İş Güvencesinden Yararlanan İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

Haksız fesihte işveren, işçiye karşı sorumludur. Madde 20 uyarınca işçinin açtığı dava sonucunda fesih için haklı neden gösterilmediği veya feshin haklı nedene dayanmadığı mahkemece sabit görülerek 21. Maddeye göre feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren işçiyi bu madde de öngörüldüğü gibi işe başlatmak zorunda olup başlatmadığı takdirde en az dört, en fazla sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle

56 Yarg. 9. HD. 30.12.2004,E.2004/20194,K.2004/30074

yükümlü olur. Ayrıca işe başlatsın veya başlatmasın mahkemenin kararının kesinleşmesine kadar çalıştırmadığı süre için, en fazla dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını da işçiye ödemesi gerekir.Ayrıca iş veren mad.17/4 uyarınca işçisine ihbar tazminatı da öder.

b)İşçi Tarafından Haksız Fesih Halinde

Bu fesihte mad.17'ye göre işverene ihbar tazminatı ödemesini gerektiren usulsüz bir feshi ifade eder. Yeni işverenin sorumluluğu başlığı altında mad.23 hükümlerine göre iş sözleşmesinin süresi belirli olsun veya olmasın, sürenin bitiminden önce ya da bildirim süresine uyulmaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine giren işçinin, sözleşmenin bu suretten ötürü feshinden sorumlu olduğu ifade edilmiştir. İşveren bu durumu bile bile işçiyi iş almış ya da sonradan öğrenmiş olmasına rağmen işçiyi işyerinde çalıştırmaya devam etmişse işçiyle birlikte eski işverene karşı sorumlu olur.

Ö. SÖZLEŞMEYLE ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR; CEZAİ ŞART VE BU MAHİYETTE ÖDEMELER

İş sözleşmesinin haksız feshi halinde, haksız fesihte bulunan tarafın cezai şart ödemesi kararlaştırılabilir. Bu tazminat salt sözleşmeye aykırı davranıldığı hallerde talep edilebilir yani ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı, kıdem tazminatı yerine geçen bir tazminat değildir.

Yargıtay'a göre, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanan işçi, sözleşmede öngörülen cezai şartı da ayrıca talep edebilir; ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması bu talebi engellemez.

İş hukukunun gereklerine ve esprisine de çok uygun düşen bir yargıtay yerleşik içtihadına göre, sözleşmeyle cezai şart, her iki taraf için sadece işveren aleyhine öngörülebilirken sadece işçi aleyhine öngörülmeyeceği ifade edilmiştir.

SONUÇ

Bu çalışmamızda işçi ve işveren tarafından haklı fesih konusu incelenmiştir. Hangi hallerin haklı neden kabul edildiği yeni iş kanunumuzda haklı nedenle fesih hallerinin işçi ve işçi açısından tek tek neler olarak düzenlendiği konuları üzerinde durulmuştur. Yargıtay tarafından kabul edilen görüşler incelenmiştir. Haksız fesih halinde işçi yada işveren açısından İş Kanunumuzda getirilen düzenlemelerin neler olduğu incelenmiş ve konu tamamlanmıştır.

KAYNAKÇA

1) Prof.dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Kitabevi 2005.

2) Av. Abbas Bilgili, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Karahan Kitabevi, Nisan 2010.

3) Arş. Gör. Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz Ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal, 2007.

4) Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Edirne Bölge Müdürü Lütfi İnciroğlu, Yeni İş Hukuku Uygulaması 4857 Sayılı Yasa Uyarınca, Legal 2005

5) Prof.dr. Cevdet Yavuz Türk Borçlar Kanunu, Beta, Ekim 2012.

6) İş Ve Sosyal Güvenlik Kanunu, Beta, 2012.

7) Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, Vedat Yayıncılık, 2008.

8) Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 1984.

TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI

Av. Çağrı ULUSLU[1]

GİRİŞ

Hak kelimesinin sözlük karşılığı "hukuken korunun menfaat" olarak belirlenmiştir. Hukuken korunacak olan bu menfaatimiz kimi zaman somut olarak mevcut iken kimi zaman da soyut olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanın farklı düşünebilme, yeni bir şeyler oluşturma özelliği tıp, fizik, kimya vs. alanlarında yenilik doğurmasına yardımcı olduğu kadar ekonomi ve ticari alanda da yenilikler oluşturmasına yol açmıştır. Kişinin ekonomi ve ticari alanlarda ürettiği bu yenilikleri korumak, kişinin menfaatine olduğu kadar kamunun da menfaatine olmaktadır. Sanayi Devrimi ile birlikte insanların daha özgür düşünmesi yeni şeyler üretmesinde büyük rol oynamıştır. Bu sebeple söz konu bu menfaatlerin korunması artık kaçınılmaz olmuştur ve bu konuda çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Ekonomi ve ticari alanda korunması gerektiğini söylediğimiz bu menfaatlere Ticaret Hukukunun bir kolu olan marka hakkı olmak üzere tüm fikri ve sınai hakları dahil edebiliriz. Günümüzde mal ve hizmetlerin kalitesi kadar markaların toplumun gözündeki yeri de önem taşımaktadır. Markalar ekonomi ve ticari hayatta hem üreticiler hem de tüketicilerin için büyük önem taşımaktadır. Marka hakkının korunması ve marka hakkı sahiplerinin itibar ve maddi kayıplar yaşamaması açısından böyle bir korunmanın getirilmesi zorunlu olmuştur. Ülkemizde marka hakkı olarak getirilen ilk düzenleme 1888 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi olmuş, 1965'da Markalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Çağın gereği olarak küreselleşen ve her alanda etkileşimi azami seviyede artan devletlerin evrensel ortak bir hukuka gitmesi sürecinde, Türkiye ne yazık ki konuya ilişkin ilk düzenlemelerden birini yapmasına karşın güncelleştirmesini ve uyumlaştırmasını ancak 1995 yılında Avrupa Birliği ve diğer uluslararası anlaşmaların getirdiği yükümlülükler sonucunda 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile gerçekleştirmiştir.

Çalışmamın birinci bölümünde, Marka Hukukunun tarihsel gelişimden kısaca bahsettikten sonra ikinci bölümde 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Türk Ticaret Kanunu'ndaki Haksız Rekabet hükümleri ve

1 İstanbul Barosu avukatlarından

yabancı mevzuatlar kapsamında "Tescilsiz Markaların Türkiye'de Korunması" değerlendirilecektir. Hukuki ve cezai yaptırımların değerlendirildiği üçüncü bölüm itibariyle çalışmamız sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNUN GELİŞİMİ

I. MARKA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Türkiye'deki Gelişim

13. yy.dan itibaren Osmanlı İmparatorluğu'nda loncaların var olmasına rağmen, bu loncalar sadece belirli ticaret ve sanat tacirleri arasında mesleki kuralları düzenlemekle yetinmekte, lonca üyelerine ürettikleri ürünlerin üzerinde lonca markalarını, Almanya'da olduğu gibi kullanma zorunluluğu getirilmemiştir[2]. Osmanlı İmparatorluğu döneminde Türkiye'de markaların bir kanunla korunması ilk kez 1872 yılında bir Nizamname ile düzenlenmiştir[3]. Bu Nizamname'nin düzenlenmesinden 16 yıl sonra, Türkiye'de Marka Hukuku konusunda yapılan ilk düzenleme olarak 1888 tarihli "Farikalar Mamulatı ile Eşyayı Ticariye'ye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname" karşımıza çıkmaktadır. Her iki Nizamnameye de 1857 tarihli Fransız Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu kaynaklık etmiştir[4].

1995 yılında yürürlüğe giren 551 Sayılı Markalar Kanunu ile kısa adıyla Alameti Farika Nizamnamesi yürürlükten kaldırılmıştır[5]. 551 Sayılı Markalar Kanunu Türkiye'deki marka uyuşmazlıklarına cevap vermekte yetersiz kalmıştır. 1963 yılında Avrupa Topluluğu (AT) Konseyi'nin 89/104 Sayılı Yönergesi doğrultusunda imzalanan Ankara Anlaşması ve Gümrük Birliği'ne tam üyelik süreci doğrultusunda, fikri ve sınai haklar konusunda yeni düzenlemelerin yapılmasını zorunlu duruma getirmiştir[6]. Ayrıca AT Yönergesi ile Türkiye, AT Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı kararı çerçevesinde mevzuatını 89/104 Sayılı Yönerge'ye uygun hale getirmeyi taahhüt etmiştir[7].

2 Yılmaz, A. Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul: Beta, 2008, s. 5.

3 Arseven, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951 , s. 4.

4 Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul: Arıkan, 2005, s. 338.

5 Arseven, s. 4.

6 Yazıcı İnan ,Ela, "Development of The Industrial Property Rights: The EC Point of View", TPE, Avrupa Patent Sistemi ve Türkiye Konulu Sempozyum, İstanbul, 200, s. 43.

7 Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul: Vedat,

Türkiye bu taahhüdünü 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile yerine getirmiş ve söz konusu KHK, AT Yönergesi'ne ve Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights Including Counterfeit Goods (TRIPS) hükümlerine uygun olarak düzenlemiştir[8]. 556 Sayılı KHK'nın Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik de aynı tarihte yayınlanmıştır. Yeni yönetmelik 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'de fikri ve sınai haklar ile ilgili işlemler Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca yapılmaktaydı. 556 Sayılı KHK ile Türk Patent Enstitüsü'nün (TPE) kurulmasıyla bu görev TPE'ye verilmiştir. 19.11.2003 tarihinde 5000 Sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir.

B. Uluslararası Alandaki Gelişim

19. yy sonunda Sanayi Devrimiyle birlikte Sınai haklar ilk olarak gündeme gelmiştir. Sınai hakların gündeme gelmesiyle bu hakların korunmasını da beraberinde getirmiştir. Bu alandaki ilk düzenleme ise Patent Kanunu'dur[9].

Fikri ve sınai hakların korunmasıyla ilgili yapılan ilk önemli düzenleme 20 Mart 1883 yılında imzalanan Paris Sözleşmesiyle gerçekleşmiştir. Türkiye bu sözleşmeye 1925 yılında katılmıştır[10].

Markaların uluslararası alandaki tescil usulünü belirlemek için 1891 yılında Madrid Anlaşması imzalanmıştır. Böylelikle markasını uluslararası alanda tescil ettirmek isteyen kimse, markasını World Intellectual Property Organisation'ya (WIPO) bildirmek suretiyle diğer üye ülkelerde de markası hakkında aynı korumadan faydalanacaktır[11]. 25.051989 tarihinde 37 ülke tarafından Madrid Anlaşması'nı değiştiren bir protokol imzalanmıştır. Söz konusu protokole göre, uluslararası tescil yapılabilmesi için önce kendi ülkesinde tescilli marka olma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle yetkili ulusal makama tescil için başvuruda bulunması yeterlidir[12]. Türkiye 1997 yılında Madrid Protokolü'ne katılmıştır.

2004. s. 360.

8 Yılmaz, s. 11.

9 Soyak, Aklan, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Tarihsel Gelişimi", "www.bilgiyönetimi.org".

10 Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997, s. 30.

11 Öztürk, Özge, Marka Hukukunda Tescilsiz İşaretlerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 3.

12 Yılmaz, s. 24.

Takdir edileceği gibi bir çok ülke tarafından imzalanan bu anlaşmalar marka tescil prosedürünü karmaşık bir hale getirmiştir. Bu karışıklığı gidermek için 1957 yılında Nis Anlaşması, 1973 yılında ise Viyana Sözleşmesi imzalanmıştır. Türkiye her sözleşmeye de 1995 yılında katılmıştır[13].

World Trade Organisation (WTO) Kuruluş Anlaşması 1995 yılında imzalanmıştır. Bütün fikri mülkiyet haklarını kapsayan TRIPS bu sözleşmenin eki niteliğindedir.

II. MARKA HAKKI

Markanın sözlük anlamı, " Endüstride, küçük sanatlarda, tarımda yapılan, hazırlanan, üretilen veya ticarette satışa çıkarılan her çeşit malı başkalarından ayırt etmek için konulan ve bu amaçla elverişli bulunan işaretlerdir[14]".

556 Sayılı KHK'da açıkça markanın tanımı yapılmamış[15] olup söz konusu KHK'nin 5/I. maddesinde, markanın dolaylı bir tanımının yapıldığı görülmektedir. Bu hükme göre marka, "bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir." Bu dolaylı tanımın kaynağını, 1995 yılında taraf olduğumuz TRIPS Anlaşması ile bu Anlaşmaya esas teşkil eden 89/104 Sayılı AT Yönergesi oluşturmaktadır[16] . Görüldüğü gibi yapılan bu dolaylı tanım ile marka olabilecek işaretlerin kapsamı genişletilmiş, grafikler, tasarımlar, kişi adları, sözcükler, harfler, sayılar, logolar, malların ve ambalajların biçimi, birkaç sözcükten oluşan sloganlar, sözcük şekil bileşimleri, üç boyutlu biçimler, kısa melodiler, renkle işaret kapsamı kavramı içerisine girmiştir[17].

Doktrinde yapılan marka tanımları, 'bir nesnenin ve özellikle ticari malların, emtiasının tanıtılmasına, benzerlerinden ayırt edilmesine yarayan işaretler'[18]; 'bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaretler'[19]; 'marka kendiliğinden bir ticari değer olup sınai mülkiyet haklarından bi-

13 Öztürk, s. 5.
14 Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin, 2002, s. 519.
15 Karahan, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya: Mimoza, 2004, s.14
16 Tekinalp, s. 343.
17 Öztürk, s. 7.
18 Dönmez, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul: Seçkin, 1992, s. 1.
19 Tekinalp, s. 344.

rini oluşturmaktadır'[20]; 'marka üzerine konulduğu eşyanın ya da hizmetin belli bir işletmeye ait olduğunu gösteren veya eşyayı ya da hizmeti piyasadaki benzerlerinden ayırt etmeye yarayan tanıtma ve ayırt etme işaretidir'[21]; 'marka bir mamulün diğerinden ayrımı ve teşhisine yarayan bir işarettir. Üzerinde bulunduğu emtianın muayyen bir işletmeye aidiyetini belirtir'[22] şeklindedir.

Marka hakkı, markası üzerinde sahibine inhisarı yetkiler veren, maddi ve manevi menfaatler sağlayan bir haktır. Marka hakkı mutlak bir haktır. Marka hakkı sahibine, markanın başkası tarafından kullanılmasını yasaklamak da dâhil inhisarı haklar ve yetkiler sağlar.

Bu hak, esasta mal varlıksal menfaatleri içerir görünse de kişisel menfaatlerle de ilişkilidirler[23]. Mal varlıksal menfaatler kullanma haklarıdır. Marka sahibi markasını kullanarak ya da başkasının kullanımına izin vererek markasından ekonomik çıkar elde eder. Markanın ünü ve itibarı ise marka hakkının kişisel menfaatlerini gösterir.

Marka hakkı sahibine marka sahibi denir. Marka hakkının doğumu ve korunması ile ilgili üç sistem vardır[24]. Türk Hukukunda ise, 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda karma sistem benimsenmiştir. Karma sisteme göre, bir markayı seçen ve marka hukukuna uygun olarak kullanan kimse, o markayı aynı emtia için ilk defa tescil ettiren kişinin hakkının önüne geçebilmekteydi[25]. 556 Sayılı KHK ile karma sistemden çıkılmış ve tescil sistemine geçilmiştir. Tescil sistemi ile marka üzerindeki hak, markanın hukuka uygun olarak tescil edilmesi ile doğar. Marka hakkı tescille aslen ve mirasın geçmesi ya da hukuki bir işlemle devren kazanılır. Tescil kurucu etkiye sahiptir. Markayı ilk defa tescil ettirmiş olan kişi bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir. 556 Sayılı KHK ile sağlanan marka hakkı ve koruması tescil ile doğmaktadır.

A. Markanın Fonksiyonları

Bir markanın günümüzde kabul edilen beş temel fonksiyonu bulun-

20 Camcı, Ömer, Haksız Rekabet Davaları – 1, İstanbul: Ufuk, 2002, s. 127.

21 Cengiz, Dilek, Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul: Beta, 1995, s.1.

22 Edgü, Ekrem, "Markalar", İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, I İstanbul, 1973, s. 179-185.

23 Tekinalp, s. 358.

24 Dirikkan, Hanife, "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", Oğuz İmregüne Armağan ,İstanbul, 1998, s. 224.

25 Poroy, Reha ve Tekinalp, Hamdi, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 334.

maktadır. Bilindiği gibi "ayırt etme" markanın hem olmazsa olmaz bir niteliği olduğu gibi aynı zamanda en temel fonksiyonlarından birini oluşturmaktadır[26]. Bir işaretin marka olarak kullanılmak istenmesinin temelinde, bir malı veya hizmeti diğerlerinden ayırt etme özelliği bulunmaktadır. Ürünün kimlik kazanmasında temel fonksiyon, markanın diğerlerinden farklılaşması ve ayırt edilmesidir.

Markanın kaynağının gösterilmesi bir diğer temek fonksiyonudur[27]. Eskiden bu fonksiyon markalı bir ürünün hangi fabrikada üretildiği belirtmek amacıyla kullanılırdı. Küreselleşmekle birlikte bu amacın dışına çıkılmış ve artık markayı kimin ürettiğinin bilinmesine yardımcı olmaktadır. Bu sebeple günümüzde bu fonksiyonun işlevi, malın hangi işletme tarafından üretildiğini, kısacası malın kimliğini belirtmektir[28].

Tüketici bir malı kullanırken satın alacağı malın belirli bir kalitede olmasını aramaktadır. Markanın bu fonksiyonu ekonomik açıdan büyük öneme sahiptir. Bu sebeple tüketici malı kullanırken, hangi işletme tarafından mal veya hizmetin sunulmasına bakmakta, eğer tüketici işletmeye güven duygusuyla mal veya hizmeti kullanıyorsa markanın güven fonksiyonu sağlanmış durumdadır[29].

Markanın temel fonksiyonlarından diğeri ise, reklam fonksiyonudur. Reklam fonksiyonu da güven fonksiyonu gibi ekonomik açıdan önemli bir değere sahiptir.

Tüketici bir mal veya hizmeti kullanırken markasına bakar. Tüketicinin mal veya hizmetten haberdar olmasını da reklam fonksiyonu sağlar. Bu sebeple mal veya hizmetin reklamı markanın piyasada tanınmasını sağlamaktadır.

Markanın temel fonksiyonlarından sonuncusu "koruma fonksiyonudur". Bu fonksiyonla marka, sağlanan menfaatlerden yalnızca o mal veya hizmeti sunan işletme tarafından yararlanılmasını temin eder.

B. Marka Çeşitleri

Marka çeşitleri, sahiplerine göre ve tanınmışlığına göre iki kategoride tanımlanmaktadır.

26 Yılmaz, s. 53.
27 Arkan, s. 38.
28 Tekinalp, s. 356.
29 Öztürk, s. 10.

Marka sahiplerine göre; marka bir gerçek kişi veya tüzel kişiye ait ise, o markanın sağladığı haklardan sadece bir kişi yararlanıyorsa, böyle markalara "ferdi marka" denir[30]. 556 Sayılı KHK'nin 55. maddesi çerçevesinde, bir mal veya hizmetin üretim veya ticaret veya hizmet çeşitlerinden oluşan bir grup tarafından kullanılıyorsa o markaya "ortak marka" denilmektedir. Bu tür markalara verilebilecek en güzel örnek "TARİŞ"tir[31]. Tariş markasını Ege Bölgesi'ndeki zeytinyağı üreticileri bir araya gelerek bir kooperatif çatısı altında oluşturmuşlardır. Üretilmiş olan mal veya hizmet belirli bir özellik yada niteliğe sahip olduğu belirten markalara ise, garanti markası denir. Garanti markası, markanın sahibi tarafından değil, marka sahibinin belirlediği, mal ve hizmetin kalitesiyle ilgili şartları yerine getiren her işletme tarafından kullanabilen, mal veya hizmetin kalitesi hakkında garantiyi simgeleyen markalardır[32]. Günümüzde "WOLLMARK" garanti markası olarak gösterilebilecek en iyi örnektir[33].

Markanın tanınmışlığına göre ise, alelade ve tanınmış marka olarak ikiye ayırmak mümkündür. 556 Sayılı KHK ister alelade ister tanınmış marka olsun tüm markalar için uygulanmaktadır[34]. Ancak 556 Sayılı KHK'de tanınmış markalara ayrı düzenlemeler yapılmıştır. Tanınmış markalar konusunu aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimizden burada sadece markalar açısından böyle bir sınıflandırma yapıldığını belirtmekle yetineceğiz.

III. TESCİL EDİLEBİLEN İŞARETLER

Yukarıda bahsettiğimiz gibi Türk Hukuku'nda 556 Sayılı KHK kapsamında mal veya hizmetin korunması için tescil prensibi benimsenmiştir. Mal veya hizmet sahibi işaretini korumak için öncelikle işaretini marka olarak TPE nezdinde tescil ettirmesi gerekmektedir.

TPE nezdinde tescil edilebilecek işaretler; kişi adları, sözcükler, reklam sloganları, harfler ve sayılar, renk ve renk kombinasyonları, üç boyutlu şekiller, ses, koku ve tatlar, fotoğraf, resim ve logolar olarak belirlenebilir. Çalışmamızın bu bölümünde yukarıda açıkladığımız işaretlere kısaca değinilecektir.

556 Sayılı KHK'de kişi adlarının marka olarak tescil edilebileceği hük-

30 Yılmaz, s. 56.

31 Karahan/ Suluk/ Sarıç/ Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul: Seçkin, 2009, s. 139.

32 Tekinlap, s. 352.

33 Karahan/ Suluk/ Sarıç/ Nal, s. 140.

34 Yılmaz, s. 61.

mü bulunmaktadır. İnsanları toplumun içinde tanıtan ve diğer insanlardan ayıran tanıtma aracı kişinin adıdır. Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 26 ile kişi adları koruma altına alınmıştır. Kişi adları öz ad ve soyadından oluşur. Kişi adlarının tescil edilebilmesi için ayırt etme özelliğine sahip olması gerekmektedir[35]. Örneğin "Kemal" adı tek başına düşük bir ayırt edici güce sahipken, "Tanca" soyadı ile kullanıldığında ayırt edici özellik kazanmış duruma gelir[36]. Bazı durumlarda kişi soyadı zaman içerisinde kullanılmakla birlikte ayırt edici duruma gelebilir. Örneğin, Ülker, Eczacıbaşı, Boyner gibi[37]. Bir markanın tescil edilmesinde ana unsur ayırt edici niteliğinin bulunması olduğu gibi kişi adlarının da tescil edilebilmesinde ana etken ayırt edici niteliği haiz olmasıdır.

Markanın tek bir sözcükten veya birden çok sözcükten meydana gelmesi tescil edilebilmesi herhangi bir sorun oluşturmamaktadır. Sözcüklerin tescil edilebilmesi için ayırt edici özelliğinin bulunması yeterlidir. Sözcüklerin tescil edilebilmesi için tescil edilmek istenen sözcüğün bir anlam ifade etmesi önemli değildir.

Reklam sloganın marka olarak tescil edilmesi için bir takım şartların varlığı aranmaktadır. Öncelikle tescil edilmek istenen reklam sloganı gerçek olmalıdır. Burada ki gerçeklikten kasıt, abartılmış veya gerçek dışı verilerle dayanmamasıdır[38]. Aksi halde haksız rekabetin en önemli unsuru olan gerçeklik kriterine aykırılık söz konusu olabilir. Reklam sloganın tescil edilmesi için aranan diğer şart ise, reklamın amaca uygun olmasıdır. Reklamla, reklamı yapılan mal veya hizmet arasında içsel bir bağ bulunmalıdır. 6102 sayılı TTK ve 556 Sayılı KHK md. 7/I – a,b,c,d,f, hükümleri gereğince reklam sloganı, aldatıcı, yanıltıcı veya istismar edici olmadığı, haksız rekabet teşkil etmediği ve ayırt edici nitelik taşıması şartıyla tescil edilebilir.

Daha önce de bahsettiğimiz gibi, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için ana şart işaretin ayırt edici niteliğinin bulunmasıdır. Harf ve sayıların da, ayırt edici nitelikleri bulunmak şartıyla marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Ayıt edici nitelik kimi zaman ilk baştan kimi zaman ise uzun süre kullanılmakla kazanılabilir.

556 Sayılı KHK md. 5 çerçevesinde, çizimle görüntüle bilenen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen veya çoğal-

35 Tekinalp, s. 341.

36 Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 129.

37 Yılmaz, s. 78.

38 Yılmaz, s. 102.

tılabilen her türlü işaret marka olarak tescil edilebilmektedir[39]. Doktrinde tek rengin marka olabilmesi konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Arkan, Karahan gibi yazarlar ve Yargıtay, münferit renklerin değil, renk kombinasyonlarının ya da renklerin şekillerle birlikte tescil edilebileceğini savunmaktadırlar[40]. Şenocak ise, rengin bilimsel boyutunu, renklerin sembolik anlamlarını, psikolojik etkilerini, pazarlamada kullanılmasına kadar, konuyu değişik boyutlarda ele almış ve münferit renklerin tescil edilebileceğini savunmuştur[41].

Üç boyutlu bir cisim ayırt edici niteliğe sahip olmak şartıyla marka olarak tescil edilebilir. Ancak 556 Sayılı KHK md. 7 hükmü dolayısıyla malın normal bilinen ve doğal yapısından kaynaklanan şekli marka olarak tescil edilemez[42].

Ses ve işaretlerin Türkiye'de marka olarak tescil edilmesi mümkündür[43]. Bir işaret, görsel olarak algılanamıyorsa, bu işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için, grafik temsilinin yazı, şekiller veya çizgiler yoluyla yapılmış olması ve grafik temsilinin açık, anlaşılır, kalıcı ve objektif nitelikte yapılmış olması şartlarıyla ses ve işaretin marka olarak tescil edilebilmesi mümkündür[44]. TPE nezdinde koku marka örneklerinin bozulmadan, uçmadan saklanabilmesinin teknolojik şartları oluşturulursa ve koku kimyasal formülle grafik olarak temsil edilebilirse, marka olarak tescil edilebilir[45].

Herhangi bir insan, hayvan, bitki veya cisim resmi ayırt edici niteliği bulunması koşuluyla marka olarak tescil edilebilir. Örneğin, uluslar arası bir nakliyat firması olan "Horoz", giyim firması olan "Lacoste" bu firmaların temsil ettiği hayvan işaretleri[46].

IV. TESCİL EDİLEMEYEN İŞARETLER

Türk Hukuku'nda tescil sistemi esas olarak belirlenmişse dahi her işaretin tescil edilebilmesi mümkün değildir. Bir önceki başlıkta bir işaretin

39 Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Bası 2, İstanbul: Vedat, 2004, s. 79.

40 Arkan, s. 73; Karahan, s. 27; Y. 11. H.D., 10.03.1997, E. 1996/8650, K. 1997/1586. Sinerji Hukuk Otomasyonu.

41 Şenocak, Kemal, "Soyut Renk Markaları", Prof, Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara: Turhan, 2003, s. 56.

42 Arkan, s. 41; Tekinalp, s. 342.

43 Tekinalp, s. 343.

44 Arkan, s. 42.

45 Yılmaz, s. 141.

46 Yılmaz, s. 142.

tescil edilebilmesi için ana etkenin ayırt etme gücünün varlığının arandığına değindik. Bu demek oluyor ki eğer bir işaret ayırt etme gücünden yoksun ise tescil edilemez[47]. 556 Sayılı KHK md. 7 ve 8 hükmü marka olarak tescil edilemeyecek işaretleri belirtmiştir. KHK md. 7'de mutlak red nedenleri md. 8'de ise nispi red nedenleri açıklanmıştır. Bu bağlamda, ayırt etme gücünden yoksun, tasviri, belirli meslek ve ticaret grubuna ait, malın doğal yapısından ve teknik zorunluluktan doğan, mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri hakkında halkı yanıltacak, Paris Sözleşmesi'nin 1. Mükerrer 6. maddesine göre Tanınmış sayılabilecek, Paris Sözleşmesi'nin 2. Mükerrer 6. maddesine göre reddedilecek, halka mal olmuş armalar, amblemler ve nişanlar, dini değerleri ve sembolleri içeren markalar, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı işaretler marka olarak tescil edilemez[48].

İKİNCİ BÖLÜM

TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI

I. GENEL

Bir işaretin marka olarak elde edilebilmesi için dünyada iki sistem mevcuttur. İlki, yukarıda açıkladığımız tescil sistemidir. Marka olarak kullanmak istediğiniz işareti kanunlardaki yetkili kılınmış ofislere tescil ettirerek markanızı kullanmaya başlar ve kanunla markanızı koruma altına almış olursunuz. Türkiye'de de tescil sistemi benimsenmiştir. Türkiye'de markasını koruma altına almak isteyen marka sahibi bunu ancak tescil yoluyla sağlayabilir. İkinci sistem, marka olarak kullanmak istediğiniz işareti seçer ve kullanmaya başlarsınız. Kullandığınız mal veya hizmeti belirli bir ayırt edici hale getirirseniz o marka sizin olur. Tescil için herhangi bir işleme gerek duymasınız. Böylelikle markanızı tescilsiz olarak elde ederseniz[49]. Peki markasını tescilsiz olarak kullanan marka sahibinin olası tecavüzlere karşı koruma şansı bulunmamakta mıdır?

Daha önce de bahsettiğimiz ticari yaşamda mal veya hizmet üreten kişi, bu mal veya hizmetini piyasada tanıtmak için bir işaret belirler. Üretici bu işaret ile ticari hayatına devam eder. Kullandığı bu işareti marka olarak tescil ettirmek veya ettirmemek kendi inisiyatifi içindedir. Markasını TPE nezdinde tescil ettiren kişi, artık markasını 556 Sayılı KHK çerçevesi

47 Öztürk, s. 21.

48 Yasaman, s. 86.

49 Arıkan, Sedar, "Marka Hukuku Uygulaması", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuk Kurulu Sempozyumu, 2005, s. 12.

içerinde koruma altına almış olur. Markasını tescil ettirmeyen üretici ise markasını 6102 sayılı TTK Haksız Rekabet hükümlerine ve bazı istisnai özel hükümlere dayanarak koruma şansına sahiptir. Bu istisnai hükümlere de 556 Sayılı KHK'nde yer verilmiştir[50]. Çalışmamızda, hem 556 Sayılı KHK'nde yer verilen tescilsiz markaların korunmasına hem de 6102 sayılı TTK Haksız Rekabet kapsamında korunmasına değineceğiz.

II. TÜRK MEVZUATLARI BAKIMINDAN TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI

Türkiye'de her ne kadar bir işaretin marka olarak korunabilmesi için tescil edilmesi gerekmekte ise de, 556 Sayılı KHK'nde şartların yerine getirilmesi suretiyle bazı istisnai durumlarda tescilsiz markanın da korunması hakkında hükümlere yer verilmiştir. Burada sözü edilen korumanın şekli tescilsiz işaretlerin türüne göre değişiklik göstermektedir[51].

556 Sayılı KHK kapsamına girmeyen tescilsiz işaretler ise, genel hüküm niteliğinde ve 6102 sayılı TTK md. 54 vd. düzenlemiş olan haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmektedir.

A. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Kapsamında Koruma

1. Tanınmış Markalar

Tanınmış markanın 556 Sayılı KHK'de tanımı yapılmamıştır. Ancak KHK'nin m.7/I (i) bendinde; Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6.maddesine göre tanınmış markalara değinilmiş; KHK m. 8/IV'de ise markaların toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi ifadeleri kullanılmıştır. Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir markanın Türkiye'de korunabilmesi için tescil olması şart değildir. KHK m.7/I (i) bendi ile Paris Sözleşmesine atıfta bulanarak, tanınmış bir markanın sahibinin izni olmadan tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi şöyledir; '*Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu anlaşmalardan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret mar-*

50 Öztürk, s. 26.

51 Tekinalp, Ünal, "Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu", Kenan Tunçomağ'a Armağan, Ankara: Beta, 1997, s. 451.

kasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine ret veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler. Herkesçe bilinen bir markanın esas unsurunun çoğaltılması veya bir karışıklık doğurabilecek bir taklitten ibaret olursa durum yukarıdakinin aynısı olur …'. Bu hüküm çerçevesinde, Paris Sözleşmesi'ne üye ülkeler tanınmış markaların korunmasını taahhüt etmişlerdir. Üye ülkelerin mevzuatı uygun ise doğrudan, değilse ilgilinin talebi üzerine dikkate alınmaktadır. Söz konusu hükme aykırılın yaptırımı ise, marka tescil talebini ret etmek, marka her nasılsa tescil edilmiş ise markayı hükümsüz kılmaktır[52].

Doktrinde bir çok yazar tarafından tanınmış marka tanımı yapılmıştır. Karahan, '*Dünyaca tanınmış markaların bu korumadan yararlanmak için Türkiye'de tescilli olmaları zorunlu değildir. Onlara, mevzuatla tescilsiz tekel hakkı tanınmıştır. Dünyaca tanınmış marka sahibine tanınan tescilsiz tekel hakkı sadece markaların kullanıldığı aynı veya benzer ürünler ile sınırlıdır. Bunların dışında kalan mal veya hizmetler üzerinde de markasının kullanılmasını engellemek için markasını Türkiye'de tescil ettirmelidir.*'[53] şeklinde ki görüşüyle, tanınmış bir markanın tescilsiz olarak Türkiye'de korunmasının sınırını belirtmiştir. Arkan'a göre tanınmış markadan söz edebilmek için, "*reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın, sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil bu çevre dışında, o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerekir*"[54]. Yasaman'a göre ise, "*Markanın ilgili tacirler ya da o malın alıcıları değil, bu mal ile ilgili olmayanlar tarafından da bilinmesi halinde tanınmış markadan bahsedilebilir. Bir markanın tanınmış olduğunu söyleyebilmek için, markanın konulduğu mamulün birdenbire düşünmeden ve bir hatıranın yardımı ile hatırlanmadan, refleks halinde düşünülmesi gerekir. Örneğin "Murat" Türkiye'de, "Mercedes" bütün dünyada otomobil markasını ifade eder.*"[55] şeklinde tanınmış markayı tanımlamıştır. Tekinalp, tanınmış marka kavramının 555 Sayılı KHK ve Paris Sözleşmesi'nde tanımlanmadığını, tanınmış marka kavramı ile bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tanınmış markaların değil, yurt içi ve yurtdışında ilgili çevrelerce bilinen markaların kastedildiğini söylemektedir. Bununla birlikte, tanınmış marka ile dünya markası kavramlarının farklı olduğunu, dünya markasının, dünyada tanınan, ait olduğu mal veya hizmetin bütün dünyada satılan, satılmasa dahi bilenen marka olduğunu, Paris Sözleşmesi

52 Öztürk, s. 32.

53 Karahan, s. 79.

54 Arkan, s. 68.

55 Poroy/Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, s. 472.

anlamında tanınmış markanın ise geniş halk kitlelerinin tanıdığı marka olduğuna dikkat çekmektedir[56].

Yargıtay 11. HD. özellikle tanınmış marka ile ilgili kararlarında "*markanın birçok ülkede tescilli olmasını*", "*marka tescil başvurularının devam etmesini*", "*markanın reklam ve promosyon ile tanıtım çalışmalarının yapılmasını*" tanınmış marka olarak kabul edilmesinde bir kriter olarak belirtmiştir[57]. Yargıtay bir başka kararında tanınmış markayı "*bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde marufiyet, garanti, kalite, reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışım olarak*" tarif etmiştir[58].

Yargıtay 11. H. D., 0.11.1998 tarihli Dolce Vita kararında, İsviçre Federal Mahkemesi'ne paralel olarak, tanınmış markanın Türkiye'de fiilen kullanılmasına gerek olmadığını ifade etmiştir[59].

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) "chevy" kararında: "bir markanın tanınmışlığından bahsedebilmek için, markanın hitap ettiği çevrenin hatırı sayılır bir kısım tarafından biliniyor olması" gerekeceğini belirtmiştir. ATAD kararına göre tanınmış markadan söz edebilmemiz için bu markanın hitap ettiği çevrenin hatırı sayılır kısmı tarafından biliniyor olması gerekmektedir. Bahsedilen bu hatırı sayılır kısım için ise yüzdesel bir oran verilemeyeceğini söylemektedir. Her markanın özelliğine göre tanınmışlık düzeyini belirten çevre değişiklilik gösterebilir. Geniş halk kitleleri olabileceği gibi tamamen özel, mesleki bir çevrede olabilir[60].

WIPO tanınmış marka hakkında yapmış olduğu çalışmalar neticesinde A/34/13 numaralı bir tavsiye kararı çıkarmış ve bu karar üye ülkeler tarafından da benimsenmiştir. Söz konusu kararda bir markanın tanınmış olup olmadığına karar verilirken dikkate alınması gereken kriterler tavsiye niteliğinde belirtilmiştir. Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlarda WIPO'nun tavsiye kararına yollama yaptığı görülmektedir[61]. WIPO'nun tavsiye kararında aşağıda belirtilen kriterler belirtilmiştir[62];

Taraf ülkelerin idari ya da yargılama yetkisine sahip kuruluşlarının,

56 Tekinalp, s. 388.

57 Sinerji Hukuk Otomasyonu.

58 Y. 11. H.D. 2002/10575 E. 2003/2752 K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

59 Sinerji Hukuk Otomasyonu.

60 Yılmaz, s. 64.

61 Y. 11. H. D T.31.01.2002 2001/8713E 2002/681K. Sinerji Hukuk Otomasyonu.

62 Eyüpoğlu, Samiye, "Tanınmış Marka", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, II, Ankara, 2001, s. 109-120.

herhangi bir markanın tanınmış marka olmasına karar verilirken, markanın tanınmasına destek olan her durumu dikkate alacakları,

Taraf ülkelerin idari ya da yargılama yetkisine sahip kuruluşların, herhangi bir markanın tanınmış marka olasına karar verilirken, halk arasında ilgili sektörde söz konusu markanın bilinme ya da tanınma derecesini, markanın kullanım süresini, derecesini ve coğrafi bölgesini, markanın uygulandığı mal veya hizmetin fuar veya sergilerdeki tanıtımları, reklam ve sunumlarının süresi, derecesi ve coğrafi bölgesi, markanın tanınması veya kullanımını etkileyen başka tescillerin ve/veya tescil başvurularının süresi ve coğrafi bölgesini, markanın etkili korunmasının belgeleri ve özellikle taraf ülkelerin idari veya yargılama yetkisine sahip kuruluşlarının, markayı tanınmış marka olarak tanımalarının derecesini, söz konusu marka ile özdeşleşen değeri dikkate alacakları,

Herhangi bir markanın tanınmış marka olup olmadığına karar verecek olan yetkili makamlara bir rehber veya yardımcı olmak üzere yukarıda sayılan kriterlerin, ön koşullar olmadığı, bazı durumlarda tümünün bazı durumlarda ise bir kısmının yeterli olduğu, kimi durumlarda ise yukarıda belirtilen kriterlerin hiç birinin değerlendirilmeyip bunların dışındaki kriterlerin değerlendirilerek tanınmışlık kararı verilebileceği, bu tür ek kriterlerin tek başına veya yukarıda sayılan kriterlerin bir veya bir kaçı ile birlikte dikkate alınabileceği.

Bahsedilen ilgili sektör zorunlu olarak sınırlı tutulamamakla birlikte; markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin gerçek veya muhtemel tüketicileri, markanın kullanıldığı veya hizmetlerin dağıtım kanalları ile ilgiler kişiler, markanın kullanıldığı mal veya hizmete ilgili iş çevreleri şeklinde tanımlanabilir[63].

Bir markanın ne zaman tanınmış bir olarak nitelendirilebileceğini birçok yargı kararları ve doktrindeki görüşler ile birlikte anlatmaya çalıştık. Peki tanınmış bir markanın aynısı veya benzerinin farklı mal veya hizmetler için tescili ve kullanımı mümkün müdür? Kural, aynısının veya benzerinin farklı mal veya hizmetler için tescil edilebileceği ve kullanılabileceğidir. Fakat, bunun sonucunda tüketici tanınmış markaya duymuş olduğu güven ile o marka ile farklı mal veya hizmette kullanılan bir markayı sanki tanınmış marka o sektöre de girmiş gibi düşünebilir ve tanınmış markayla alakası olmayan bir markayı tercih edilebilir. Bu durum 556 Sayılı KHK md. 8 fıkra 4 uyarınca hükme alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca tanınmışlık seviyesine ulaşmış marka üzerinden haksız bir ya-

63 Oytaç, Kutlu, "Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, III, Ankara, 2001, s. 98.

rar sağlanıyorsa, tanınmış markanın itibarına zarar veriyorsa ve tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeliyorsa tanınmış marka sahibi kendi markasının aynısının veya benzerinin farklı mal ve hizmetlerde kullanılmak üzere tescil edilmesini engelleyebilir[64].

Alman Federal Mahkemesi "DIMPLE" davasında tanınmış markanın şöhretinden haksız yere yararlanmayı hukuka aykırı bularak, tanınmış bir viski markası olan "DIMPLE" markasını, farklı mal kategorisi olan erkek kozmetiğinde kullanılmasına izin vermemiştir[65].

Tanınmış markanın farklı mal ve hizmette kullanılması kimi zaman tanınmış markanın itibarına zarar verebilir. Örneğin, bir parfüm markasının fare zehri markası olarak tescili yada "Mars" markasının prezervatiflerde kullanımı, markanın reklam değerini ve prestijini olumsuz yönde etkileyeceği düşünülerek, tescili kabul edilmemiştir[66].

Tanınmış markanın farklı mal ve hizmette kullanılması kimi zaman da markanın ayırt edici karakterini zedeleyebilir. Markanın birden çok farklı üründe başkaları tarafından kullanımı, tüketicinin zihninde, tanınmış markanın ürün çeşitliliği bakımından karmaşaya neden olabilir. Bunun sonucunda tüketici belirli bir süre sonra o markanın, gerçekte ne markası olduğunu hatırlamamaya başlar[67]. Tanınmış marka sahibi de markasının bu durma gelmesini engellemek isteyebilir.

Yukarıda bahsettiğimiz hükümler çerçevesinde tanınmış bir markanın tescilsiz olarak korunması sağlanmıştır. Bu bağlamda, tanınmış markalar, Türkiye'de benimsenen tescil ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisna ile sadece Türk markalarının değil aynı zamanda yabancı markaların da Türkiye'de tescilsiz olarak korunmasının önü açılmıştır.

Sonuç olarak, tescil ilkesinin istisnasını oluşturan tanınmış bir marka, Türkiye'de tescil edilmemiş olsa dahi üçüncü bir kişi tarafından aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil ettirilemez. 556 Sayılı KHK md. 8/IV hükmü şartlarının varlığı halinde de farklı mal ve hizmetler için de tescili engellenebilir.

2. Kullanım Sonucu Ayırt Edilmiş Nitelik Kazanmış Markalar

556 Sayılı KHK md. 7/I'de mutlak ret nedenleri sıralanmıştır. Söz ko-

64 Bozbel, Savaş, "Markanın Hükümsüzlüğü Davaları", Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ders Notları, İstanbul, 2010, s. 71.

65 Yılmaz, s. 65.

66 Bozbel, s. 76.

67 Bozbel, s. 79.

nusu maddeye ikinci fıkra ile bir istisna hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre '*bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez*'. Bu hükmün kaynağı, 89/104/ EWG Sayılı AT Yönergesi'nin 3/3. maddesidir. Bu hükümde, aynı Yönerge'nin (b), (c), ve (d) bentlerine atıf yapılmıştır. Ancak Yönerge'nin (b) bendimde " ayırt edici gücü olmayan" markalar yer alırken, bizdeki (b) bendinde "aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer" markalar yer almaktaydı. Bu yanlışlık 5194 Sayılı Kanun'un, 22.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, yani atfın (b) bendi yerine (a) bendine yapılmasıyla düzeltilmiştir. Böylece Yönerge'de olduğu gibi, teorik olarak ayırt etme gücü bulunmayan işaretlerin de tescil tarihinden önce kullanılmış ve bunun sonucunda ayırt edici nitelik kazanmış olması koşuluyla, tescil edilebilmeleri mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca 40/94 Sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 7/son fıkrasında ve TRIPS Anlaşması'nın 15/1. maddelerinde de bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır[68].

Böylelikle 556 Sayılı KHK md. 7/II hükmü doğrultusunda ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler, ticaret alanında cinsi çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten[69] veya malların üretildiği hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adlar münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, kullanma yoluyla ayırt edici nitelik kazandıkları takdirde korumadan yararlanacaklardır. Sonuç olarak, kullanma sonucu ayırt edicilik kazanmış tescilsiz markalar da tescil ilkesinin bir başka istisnası olarak kabul edilmiş ve korunmuştur[70].

Kullanım sonucunda tescilsiz markasına ayırt edici nitelik kazandıran marka sahibi bu markasını tescil ettirmek için TPE'ne başvurabilir. Başvuru sırasında, bu markanın daha önce başka bir kimse adına tescilli olduğu anlaşılırsa, daha önce tescili yapılmış olan bu markanın varlığına rağmen tescilsiz marka sahibinin başvurusu reddedilmeyecek ve marka tescil edilebilecektir[71].

Kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması kavramından kastedilen, markanın kullanıldığı mal veya hizmetle bağlantılı olarak uzun süre

68 Yılmaz, s.190.

69 Karan, Hakan ve Kılıç, Mehmet, Markaların Korunması, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara: Turhan, 2004, s. 128.

70 Karahan, s. 52.

71 Tekinalp, Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, s. 475.

kullanılmış olması, ilgili çevrede reklam ve benzeri tanıtım araçlarıyla tanıtılarak mal veya hizmetle işletme arasındaki bağlantının tam olarak sağlanmasıdır[72].

Bir malın ayırt edici nitelik kazanması için belirli bir süre öngörülememektedir. Bu hususta TMK md. 2 dikkate alınarak her somut olayın özelliklerine göre bu süre değişiklilik gösterebilir[73]. Markanın kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmasında malın kullanım amacı, dağıtım şekli ve satıcı ve alıcı çevresinin büyük bir kısmı dikkate alınmalıdır[74].

3. Rüçhan Hakkı

Marka tescil başvurusunda bulunan bir kişi aynı markayı aynı mal veya hizmetler için başka bir ülkede tescil ettirmek isteyebilir. Ancak, ilk ülkedeki tescilin yapılmasından sonra aynı markanın başka bir ülkede tescil başvurusunun yapılması halinde markanın ilk sahibi dışında bir kimsenin marka üzerinde hak iddia etme riski doğmaktadır[75]. Bu riskin ortadan kaldırılması amacıyla Paris Sözleşmesi md. 4 ile kişilere ilk başvuru ile bir başka ülkede yapacakları ikinci başvuru arasında geçen süre içerisinde hak kaybına uğramamaları için rüçhan hakkı hükümlerine yer verilmiştir.

Rüçhan hakkının sözcük anlamı, öncelik hakkıdır[76]. Marka hukuku kapsamında ise, rüçhan hakkı sahibinin başvurusunun daha sonraki bir tarihte yapılmış olsa dahi diğer başvurulara nazaran daha önce yapılmış sayılmasına ve rüçhan hakkı sahibinin öngörülen yasal süre içerisinde başvurması şartıyla bu süre içerisinde yapılan başvuruların önünde kabul edilmesine imkân veren bir haktır[77]. Rüçhan hakkı bir marka için öncelikle başvuru veya tescil ettirme amacı taşıdığından, özü itibariyle diğer başvuruları engelleme veya yapılmış olan tescilleri hükümsüz kılma özelliğine sahiptir[78]. Dolayısıyla, kendi ülkesinde tescilli bir markası olsa dahi bir başka ülke hukuku kapsamında tescilsiz olan markanın yasal süreler içerisinde tescil başvurusunda bulunmak şartıyla korunduğu görülmektedir.

---

72 Karan/Kılıç, s. 168.

73 Karahan, s. 65.

74 Arkan, s. 84.

75 Kargı, Nilüfer, "Marka Hukukunda Rüçhan Hakkı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/5, 2011, s. 192.

76 Yılmaz, Ejder, s. 697.

77 Tekinalp, s. 365.

78 Noyan, Erdal, Marka Hukuku, Ankara: Adalet, 2006, s. 178.

556 Sayılı KHK ile iki çeşit rüçhan hakkı bulunmaktadır. Başvuru rüçhanı ve sergi rüçhanı.

556 Sayılı KHK md. 25 ile Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden birinde mensup veya bu ülkelerden birine mensup olmamakla birlikte üye ülkelerden birinde ikametgâhı veya fiilen bir ticari işletmesi bulunan gerçek veya tüzel kişilere başvuru yapma konusunda bir rüçhan hakkı tanınmıştır[79]. Sözü edilen bu kişi, Paris Sözleşmesi'ne üye ülkelerden birinde marka tescil başvurusunda bulunduğu takdirde başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde aynı marka için tescil belgesi almak için Türkiye'de başvuru yapma konusunda rüçhan hakkına sahiptir. Anlaşıldığı gibi rüçhan hakkı altı aylık bir süre ile sınırlandırılmıştır.

Tescil başvurusundaki markanın kullanılacağı mal veya hizmetleri Türkiye'de veya Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde açılan sergilerde sergileyen kişi, sergi tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'de tescil başvuru yapma konusunda rüçhan hakkına sahiptir[80]. Bu rüçhan hakkı da daha önce belirttiğimiz sergi rüçhan hakkıdır. Buradaki altı aylık sürenin başlangıcı sergi tarihidir. Ancak tescil başvurusunda belirtilen markanın kullanılacağı mal veya hizmetler görünür şekilde resmi açılıştan önce sergilenirse rüçhan süresi, malların sergi yerine koyulduğu veya hizmetin sergilendiği tarihten itibaren başlamaktadır[81].

556 Sayılı KHK md. 28/I hükmü uyarında; '*Başvuru sahibi, yararlanmak istediği rüçhan hakkını başvuru ile birlikte talep eder. Bununla ilgili rüçhan hakkı belgesini, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermediği takdirde rüçhan hakkından yararlanma talebi yapılmış sayılır*'. Görüldüğü üzere, rüçhan hakkından yararlanmak isteyen kimse, başvuru aşamasında markanın rüçhan hakkına dayandığını belirtmelidir.

4. Tescilsiz Marka veya Ticaret Sırasında Kullanılan İşaret İçin Daha Önce Hak Elde Etmiş Olma

556 Sayılı KHK madde 8/3 hükmü uyarınca, tescilsiz marka veya ticaret sırası kullanılan işaretin sahibi, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde etmiş ise veya bu işaret sahibine sonraki markanın kullanımını yasaklama konusunda bir hak veriyor ise, itirazları üzerine, tescili istenen marka tescil edilemez. Bu

79 Oytaç, s. 231.
80 Oytaç, s. 233.
81 Öztürk, s. 46.

hüküm iki bende halinde düzenlenmiş olup, 40/94 Sayılı Tüzükten aynen alınmıştır.

Söz konusu hükümden de anlaşılacağına göre iki durumda marka tescil edilemeyecektir. Bununla birlikte düzenlenen bu hükümlere dayanarak hükümsüzlük davası da açılabilmektedir[82]. Bu durumlardan birincisi başvuru veya rüçhan tarihinden önce bir hak elde edilmiş olması (KHK m.8/3-a); ikincisi ise işaretin sahibine sonraki markanın kullanımını yasaklama hakkı vermesidir (KHK m.8/3-b).

Doktrinde, bu nedenlerin ikisinin birlikte bulunması mı, yoksa tek bir ret nedeninin bulunmasının yeterli olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Tekinalp, bu iki nedenin birbirinden bağımsız olarak ret sebebi oluşturduğunu, üçüncü bir kişinin herhangi bir hakkı ve bu haktan kaynaklanan bir itiraz yetkisi bulunabileceğini, bunun eski bir haktan veya bir yasaklama yetkisinden doğabileceği görüşündedir[83].

Arkan, markanın tescili konusunda yapılan başvuru tarihinden veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olması ve bu hakkın sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama imkânını sağlaması gerektiğini, kısacası belirtilen iki nedenin birlikte aranması gerektiğini savunmaktadır[84].

Karahan ise fıkrada düzenlenen tek bir ihtimalin olduğunu, bu iki bendin birbirine ve bağlacı ile bağlanması gerektiğini; iki ihtimalin birbirinin devamı olduğunu belirtmektedir[85].

KHK m.8/3(a)'da markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmesi durumu düzenlenmiş ancak bu hakkın ne şekilde elde edilmiş olacağı konusu açıklanmamıştır. Burada gerçek hak sahipliğinin korunması amaçlanmıştır[86].

Yargıtay'ın 2003 tarihli bir kararında, "*Tescilsiz işaretin korunmasını sağlayan düzenlenmeden yararlanabilmek için öncelikle, işaretin ayırt edici nitelik kazanmış olması, ve ayrıca işaretin itiraz eden tarafından*

82 Karahan, s. 519.
83 Tekinalp, s. 391.
84 Arkan, s. 109.
85 Karahan, s. 111.
86 Karahan, s. 112.

daha önceki bir tarihten beri kullanılmakta bulunması ve nihayet itiraz sahibinin tanınmış işareti ile başvuru sahibinin tescilini istediği işaret arasında ayniyet, benzerlik ve iltibas tehlikesinin bulunması gerekir[87]" diyerek 556 Sayılı KHK m.8/3'de bulunan iki nedenin bir arada aranması gerekmediğini vurgulamıştır.

556 Sayılı KHK'ya kaynak olan Yönerge ve Tüzükte iki bendin birbirinden bağımsız olduğu, her birinin ayrı ayrı birer ret nedeni olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

KHK madde 8/3'de belirtilen 'ticaret sırasında kullanma' ifadesi bazı yazarlar tarafından marka hukukuna özgü kullanma kastedilmekteyken[88] kimi yazarlara göre ise, ticaret sırasında kullanılan işaretler kavramının içine tescilsiz ticaret unvanları, işletme adları, alan adları ve benzeri özel olarak korunmayan sınai haklarını dahil etmektedirler[89].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, itiraz hakkının geçerli olması için, tescilsiz işaretin ticaret sırasında kullanılmış olması gerektiğini vurgulamış ve ticaret sırasında kullanmanın ise, marka hukukuna özgü kullanmayı gerektirdiğini, hatta ticaret sırasında kullanma, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce gerçekleşmesinin gerektiğini savunmaktadır[90].

İşaretin kullanma sonucu sonucunda ayırt edicilik kazanması gerekliliği konusunda Tekinalp, işaretin kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanmaması durumunda da işaret sahibinin itiraz hakkı olduğunu belirtmektedir[91]. Karan ve Kılıç ise, ticarette kullanılan işaretle koruma getirilebilmesi için ilk önce işaretin ticarette kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olası gerektiğini savunmamaktadır[92].

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, '*Tescil edilmemiş dahi olsa ticari hayatta kullanılarak ayırt edicilik kazanan bir markanın aynısının tesciline itiraz edilebilir*' diyerek işaretin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması gerektiğini vurgulamaktadır[93].

556 Sayılı KHK madde 8/3(b)'de işaretin sahibine sonraki markanın

87 Y. 11. H.D T. 13.10.2003 2003/2883E 2003/9171K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

88 Tekinalp, s. 392.

89 Karan/Kılıç, s. 207; Dirikkan, s. 27.

90 Y. HGK. T.27.02.2002 2002/11-62E 2002/115K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

91 Tekinalp, s. 392.

92 Karan/Kılıç, s. 207.

93 Y. 11. H.D T. 29.01.1999 1998/5372E 1999/256 K; Y. 11. HD T. 07.04.2000 2000/102E2000/2789K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

kullanımını yasaklama hükmü düzenlenmiştir. Hükümdeki yasaklama hakkı Madrid Sözleşmesi Protokolünden doğmaktadır[94].

Madrid Protokolü'nün 2. maddesi, *' Bir markanın tescili konusunda yapılan bir başvuru, bir Akit Taraf Bürosunca dosyalandığı veya bir markanın bir Akit Taraf Ofisi siciline tescil edildiği durumunda, bu başvuru esas başvuru, tescil ise esas tescil olarak anılacaktır'* hükmündedir. Esas başvuru veya esas tescil WIPO Uluslar arası bürosuna tescil ettirilirse bu tescil uluslar arası tescil adını alır ve ulusal markalar gibi korunur[95].

Yargıtay'ın 556 Sayılı KHK madde 8/3 hükmü için genel görüşü ise, kullanmaktan doğan hak sahipliğinin gerçek hak sahipliği olduğu ve madde 8/3 ile tescil edilmemiş markaların fiilen kullanımının korunması olduğu yolundadır[96].

5. Markanın, Başkasına Ait İsim, Fotoğraf, Telif veya Sınai Mülkiyet Hakkını Kapsaması

556 Sayılı KHK md. 8/V fıkrasında tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsaması durumunda, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusunun reddedileceği düzenlenmiştir.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile telif hakları korunmaktadır. FSEK kapsamına giren eserler, ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve son olarak sinema eserleridir.

Sınai mülkiyet haklarının neleri kapsadığı konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Arkan, sınai mülkiyet hakkının, ticaret unvanı, işletme adı ile 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'ya göre tescil edilmiş tasarımları kapsadığını, fikir ve sanat eseri üzerindeki hakka dayanarak itiraz ileri sürülebilmesinin ise genellikle bir resmin veya heykelin eser sahibi dışında bir başka kişi tarafından marka olarak tescil ettirmek istenmesi halinde söz konusu olacağını belirtmektedir[97]. Tekinalp, kapsamı daha geniş kabul ederek, sınai mülkiyet hakkının, kişilik hakları, kişi adı, ticaret unvanı, işletme adı, fikir ve sanat eseri, tasarım, patent, faydalı model veya coğrafi işaret hukukundan doğabileceğini savunmuştur[98].

94 Tekinalp, s. 393.
95 Öztürk, s. 52.
96 Y. 11.H.D T.06.07.1998 1998/1734E 1998/5146K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.
97 Arkan, s. 110.
98 Tekinalp, s. 479.

556 Sayılı KHK md. 8/V'de belirtilen, başkasına ait kişi ismi, fotoğraf, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakları ile 556 Sayılı KHK md. 8/III'de belirtilen, tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan işaret için daha önce hak elde edilmiş olması durumunun ayırt edici en büyük özelliği, ilk durum için tescil edilmiş olması aranmaktayken, ikinci durum için söz konusu işaretin kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması aranmaktadır[99].

Bilindiği gibi, markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren başlamak üzere on yıldır. 556 Sayılı KHK md. 40 hükmü uyarınca, onar yıllık dönemler halinde ve herhangi bir süre ile sınırlandırılmaksızın yenilenebilir[100]. Yenileme koruma süresinin bitiminden itibaren altı aylık süre içinde yapılmalıdır. Bu süre içerisinde yenilenmeyen marka 556 Sayılı KHK md. 41 çerçevesinde hükümsüz sayılır ve KHK kapsamına ait korunmadan çıkar. Hükümsüz ilan edilen marka artık başka kişiler tarafından tescil ettirilebilir. Ancak 556 Sayılı KHK md. 8/son fıkrasına göre, ' *Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu, itiraz üzerine reddedilir*'. Burada görülüyor ki, ortada tescilli bir hak olmadığı halde 556 Sayılı KHK md. 8/III (b) bendi anlamında bir tescilsiz marka hakkı elde edilmiş gözükmektedir[101].

B. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Koruma

Türk Hukuku'nda tescilsiz markalar 556 Sayılı KHK'nde belirtilen istisnai hükümler çerçevesinde korunmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine göre de korunmaktadır.

556 Sayılı KHK'nde belirtilen istisnalara girmeyen tescilsiz markalar genel hüküm niteliğinde ve 6102 sayılı TTK md. 54 vd. düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümlerine göre koruma görmektedir.

1. Haksız Rekabet Kapsamında Koruma

Haksız rekabet, rakipleri ezmek ve onları ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmak amacıyla ve iyi niyet kullarına aykırı şekillerde başvurulan, kanuna, nizama, adap ve teamüle göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareket ve fiillerin tümü alarak tanımlanmaktadır[102].

99 Öztürk, s. 55.

100 Tekinalp, s. 375.

101 Arıkan, s. 9.

102 Örs, F. Halil, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet: Hukuki Mahiyeti ve Reka Hakkının Himayesi, Ankara, 1958, s. 13; Mimaroğlu, S. Kemal, Ticaret Hukuku, C. I, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara: Sevinç, 1978, s. 379.

Haksız rekabet temelinde bir haksız fiildir. Ancak haksız rekabet, haksız fiilin özel bir türü olarak karşımıza çıkar[103].

Türkiye'de haksız rekabet düzenlemesi Türk Ticaret Kanunu'nun içine haksız rekabete ilişkin hükümler konulması suretiyle yapılmıştır. Borçlar Kanunumuzda da haksız rekabete ilişkin hükümler yer almaktadır.

Haksız rekabetin tanımının yapılması uygulama açısından büyük önem taşımaktadır. Haksız rekabetin tanımı doktrinde çeşitlilik göstermektedir[104]. Doğanay, ' *iktisadi rekabetin objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde her türlü suiistimalidir*[105]' şeklinde; Ayhan, ' Başkalarının sırtından kolayca yükselmek isteyenlerin yaptıkları bir rekabet[106]' şeklinde tanımlamıştır.

6102 sayılı TTK md. 54/II uyarınca, "*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

6102 Sayılı TTK yapılan tanım incelendiğinde, kaynağının TMK md. 2 dürüstlük kuralından geldiği görülecektir[107]. Bu nedenle 6102 Sayılı TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri bu doğrultuda yorumlanmalı ve uygulanmalıdır[108].

Unutamamak gerekir ki, rekabete imkân veren ticaret serbestisidir. Serbest ticaret ve rekabet ortamının sağlanması devletin ticarete müdahalesi ve tacirler arasındaki haksız rekabetin engellemesi ile gerçekleştirilebilir[109].

a.Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Haksız Rekabetin Sınırları

Haksız rekabetin varlığından söz edebilmemiz için öncelikle iktisadi rekabet hakkı kötüye kullanılmalıdır ve bu kötüye kullanma objektif iyi niyet kurallarına aykırı bir kötüye kullanma niteliği taşımalıdır[110]. Ayrıca iyi niyet kurallarına aykırılıkla birlikte diğer kişinin ekonomik menfaat-

103 Örs, s. 16.
104 Örs, s. 15 – 17.
105 Doğanay, s. 314.
106 Ayhan, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya, 1990, s. 1.
107 Arslanlı, Halil, Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 227.
108 Mimaroğlu, s. 386.
109 Camcı, s. 21.
110 Mimaroğlu, s. 386.

leri zarar görmüş veya zarar görme tehdidine/tehlikesine maruz kalmış olmalıdır[111]. Dikkat edileceği gibi, bir zararın meydana gelmiş olması aranmamakta, zarar tehlikesi yeterli görülmektedir. Haksız rekabetten söz edilebilmesi için kusur şartı aranmamaktadır[112].

Haksız rekabetle, rekabet düzenini, ulusal ekonomiyi, kamu düzenini ve kamu menfaatlerini; rakipleri; müşterileri ve tüketicileri ve son olarak mesleki ve ekonomik menfaatleri ve korumak amaç edinmiştir[113].

6102 Sayılı TTK'da haksız rekabet ile ilgili düzenlemeler 4. bölümde 54. madde ve devamında bulunmaktadır. 6102 Sayılı TTK'nın 'Amaç ve İlke' başlıklı 54. maddesinde haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacına ve haksız rekabetin genel bir tanımına yer verilmiştir. Şöyle ki; 'Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır' ikinci fıkrasında ise; 'Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kurallarına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır'. 6102 Sayılı TTK'da yürürlükten kaldıran Ticaret Kanunu'na göre daha açık ve sınırları belli olan bir haksız rekabet tanımına yer verilmiştir.

6102 Sayılı TTK md. 55'de dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar hükme alınmıştır. Hükümde, aşağıda belirtilen davranışlar dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

6102 Sayılı TTK md. 55;

a) Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işareti, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

111 Yavaş, Murat,"Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul: Beta, 2006. s. 774.

112 Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 306.

113 Karayalçın,Yaşar, Ticaret Hukuku: I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, 1968, s. 148.

3. Paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemleri almak,

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki sayış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi kandırmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda söz-

leşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle:

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlamaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve ürünlerin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarını uymamak; özellikle yasa veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede mutad olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak; özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

Görüldüğü gibi, haksız rekabet hallerine ilişkin sayımın oldukça farklı bir hal aldığı görülmektedir[114].

Tescilsiz marka sahibi tescilsiz marka ile ilgili bir ihtilaf yaşadığında, bu yaşanan ihtilaf 6102 Sayılı TTK haksız rekabet hükümleri içerisinde yer alırsa markasını bu hükümler doğrultusunda koruyabilecektir.

114 Arslantaş, Okşan, "Haksız rekabet Hallerinden İltibas", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 24; Bu ayrıntılı sayımın yerinde olmadığına dair bkz. "Ben 55. maddede bu kadar uzun bir sayma yönteminin açıkçası doğru olmadığını düşünüyorum, çünkü bu bir kanun ve benzeri davranışlar dediğimize göre bunu 30-40 tane saymanın çok fazla doğru olmadığını düşünüyorum. Yarın bir gün başka birileri de buraya ilave etmek suretiyle sürekli olarak bu maddeyi uzatmak da mümkün olabilir. Bu konuda doktrine ve yargı kararlarına da işi biraz bırakmak gerektiğini düşünüyorum. O yüzden ya kısaltmak ya da azaltmak suretiyle 55. maddenin revize edilmesini uygun görüyorum." (İbrahim Arslan'ın konuşması, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, s. 285 naklen.); "Haksız rekabetle ilgili birkaç noktaya temas etmek istiyorum. Bir kere, gerçekten bir temel kanunda bu kadar ayrıntılı sayıma gerek var mı? Biz böyle yapmadık, onu söylemeliyim. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, böyle iki sayfalık bir madde, 1,5 sayfalık bir madde, hiçbir şekilde kaleme almadık." (Nevzat Koç'un konuşması, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, s. 287 naklen.); "Aslında bu maalesef talihsiz bir kaleme alınma metodu olmuş. Çünkü İsviçre örnek kanun olduğuna göre ona baktığınızda 3. maddeyle 8. maddeler arasındaki bütün haksız rekabet örneği teşkil edecek davranışları komisyon her nedense tek bir madde altında toplamış. O yüzden de 1,5 sayfalık uzun bir metin çıkmış. Oysa orijinal örneğe baktığımız zaman kendi içerisinde 6 maddeye bölünmüş. Tüm örneklerin neden tek madde altında toplanması gerekmiş, pek belli değil." (Murat Yusuf Akın'ın konuşması, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, s. 288 naklen.). Aksi görüş için bkz. "Bu şekildeki ayrıntılı sayım aşağı yukarı 1,5 sayfalık bir sayım, için doğrusu birazcık bizi boğuyor. Fakat bu şekildeki ayrıntılı sayımın da ben yerinde olduğunu düşünüyorum, çünkü bazı hallerde mahkemelere bu işin haksız rekabetle ne alakası var şeklindeki sorulara da muhatap olabiliyoruz, belki bu şey böyledir. Bu sayım kanaatimce Avrupa Birliği'nin direktiflerine de uygundur, çünkü Avrupa Birliği'nin haksız rekabetle ilgili direktifinin arkasında 31 maddelik bir haksız rekabet hali sayılmıştı. Onlar da yine örnek kabilinden saydıklarını belirtmişlerdi." (Tekin Memiş'in konuşması, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, s. 281 naklen)

III. YABANCI MEVZUATLAR BAKIMINDAN TESCİLSİZ MARKANIN KORUNMASI

A. Uluslar Arası Sözleşmeler Kapsamında Koruma

Anayasa (AY)'nın 90. maddesi uyarınca '*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası antlaşmalar kanun hükmündedir*'. Bu bağlamda tescilsiz işaretlerin korunması bakımından Türkiye'nin imzaladığı uluslar arası sözleşmelerinde kanun hükmünde sayılıp dikkate alınması gerekmektedir. Bunla birlikte Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 1. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletler arası sözleşme hükümleri de saklı tutulmuştur[115].

556 Sayılı KHK md. 4'de Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletler arası anlaşma hükümlerinin söz konusu KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde elverişli hükümlerin uygulanmasının talep edilebileceği düzenlenmiştir[116].

Türkiye'nin bu konuda imzaladığı ilk anlaşma 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'dir. Paris Sözleşmesi 1900 yılında Brüksel'de, 1991 yılında Washington'da, 1925 yılında La Haye'de, 1934 yılında Londra'da, 1958'de Lizbon'da değişikliğe uğramış ve 1967'de Stockholm'de anlaşmaya yeni metinler eklenmiştir[117].

Türkiye Paris Sözleşmesi'ne 1925 yılında taraf olmuştur. Ayrıca 1930 yılında da La Haye'de yapılan değişikliği; 1957 yılında Londra'da yapılan değişikliği; 1967 yılında ise Stockholm'de yapılan değişikliği 1. ve 12. maddelerine çekince koyarak onaylamıştır[118].

Paris Sözleşmesi'nin konusunu markalar, haksız rekabet, patentler, faydalı modeller, sınai resim ve tasarımlar, ticaret unvanları, coğrafi ad ve işaretler oluşturmaktadır[119].

Paris Sözleşmesi'ne üye ülkelerin vatandaşları diğer ülkelerin sınai mülkiyetle ilgili olarak kendi vatandaşlarına sağladığı korumalardan o ülke vatandaşlarına konmuş olan şartları yerine getirerek yararlanabilecektir[120].

Daha önce de belirttiğimiz gibi sözleşmeye üye ülkelerden birinin mev-

115 Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul: Beta, 2008, s. 71.
116 Öztürk, s. 71.
117 Karan/Kılıç, s. 24.
118 Arkan, s. 30.
119 Tekinalp, s. 71.
120 Yasaman, s. 19.

zuatına uygun olarak veya sözleşmeye üye ülkeler arasındaki iki veya çok taraflı anlaşmalar uyarınca usulüne uygun olarak yapılmış başvurular rüçhan hakkı doğurmaktadır.

Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi ile sözleşme anlamında tanınmış markalar tescil işlemi aranmaksızın koruma altına alınmıştır. Bu madde ile sözleşmeye üye ülkeler, sözleşme anlamında tanınmış markaların korunmasını kendi ülkelerinde tescil edilmemiş olsa dahi taahhüt etmişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu diğer bir uluslar arası anlaşma ise WTO ve eki nitelindeki TRIPS'dir. Bu anlaşmalar 1995 yılında imzalanmış ve General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)'nın devamı niteliğindedir[121]. TRIPS'in amacı uluslar arası ticaretteki engelleri ve düzensizlikleri azaltmak isteğiyle fikri mülkiyet haklarının korunmasında yeterliliği ve etkinliği artırma ihtiyacını göz önüne alarak, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin bizzat yasal ticaret için bir engel oluşturmamasını sağlamaktır.

Tescil ilkesinin istisnalarından biri olan kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış markaların tescil edilebileceğini düzenleyen 556 Sayılı KHK'nin 7. maddesinin son fıkrası temelini TRIPS md. 15/I hükmünden almaktadır. Söz konusu hüküm ile üye ülkelerin tescil edilebilirliği kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olmaya bağlı tutabilecekleri düzenlenmiştir.

TRIPS md. 16/II Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi ile tescilsiz olsa dahi koruma altına alınmış olan tanınmış markalar açısından tanınmışlık kriteriyle ilgili bir düzenleme getirmiştir. Ayrıca TRIPS md. 16/III hükmü ile tescilsiz olarak koruma sağlanmış olan tanınmış markaların koruma sınırını genişletmiş ve bu markları farklı mal ve hizmetler yönünden de koruma altına almıştır[122].

B. Avrupa Topluluğu Hukuku Kapsamında Koruma

Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile oluşturulan Gümrük Birliği sonucu, malların veya hizmetlerin serbest dolaşımının uygulanabilirliği için yine aynı karar gereği fikri mülkiyet hakları korunmasında yasalar ve öteki düzenlemelerle karşılıklı uyum esası getirilmekte, Türkiye için AT Marka Yönergesi ve AT Marka Tüzüğü önem taşımaktadır. 21 Aralık 1988 tarihli 1. Konsey Marka Yö-

121 Oytaç, s. 555.
122 Öztürk, s. 74.

nergesi (89/104) sonradan 2 Mayıs 1992 tarihinde değişikliğe uğramış ve sonradan da 1993 yılında 40/94 Sayılı AT Marka Tüzüğü yürürlüğe girmiştir[123].

AT Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1995 tarihli kararı ile çalışmalara başlanmıştır. Türkiye bu kararla birlikte, en geç üç yıl içinde TRIPS'i uygulamayı ve fikri sınai mülkiyet hukukunun AT hukukuna uyumla hale getirilmesini ve bu haklarla ilgili bazı uluslar arası anlaşmalara katılmayı taahhüt etmiştir[124].

Bu taahhüt sonucunda Türkiye'de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 556 Sayılı KHK da bu düzenlemelerden birisidir. 556 Sayılı KHK'nın dayanağını AT Marka Yönergesi (89/104) ve AT Marka Tüzüğü (40/94) oluşturmaktadır. (89/104) Marka Yönergesi AT bünyesinde Marka Hukukuna ilişkin olarak yapılan temel düzenlemedir. Bu yönerge 556 Sayılı KHK kaynak teşkil etmektedir. Esas olarak tescil sistemi benimsenmekle birlikte, tescilsiz işaretlere yönelik hükümlere de yer verilmiştir.

AT Marka Tüzüğü ile Topluluk Markası sistemi getirilmiştir Topluluk Markası sistemi ile Topluluk içinde markasını korumak isteyen kişi ayrı ayrı üye ülkelere başvurmadan koruma sağlayabilecektir. Bunun için de Topluluk Marka ve Tasarım Ofisi (OHIM) oluşturulmuştur[125].

Tescilsiz işaretlerin konmasına yönelik olarak 40/94 Sayılı Tüzüğün 7. maddesinin 3. paragrafında, markanın, tescilin istenildiği mal ve hizmetlere ilişkin olarak kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazandığı durumlarda 7. maddenin 1. paragrafının (b), (c) ve (d) kısımlarının uygulamayacağı düzenlenmiştir. Demek oluyor ki, ayırt edici niteliği olmayan işaretler, ticarette münhasıran cins, kalite, miktar, esas alınan amaç, değer, coğrafi kaynak veya ürünlerin veya hizmetlerin üretildiği zamanı veya malların ya da hizmetlerin öteki karakteristiklerini belirleyici türde işaret veya göstergelerden oluşan markalar ve güncel lisanda geleneksel hale gelen işaret veya göstergelerden veya ticaretin hüsnüniyetli ve yerleşik uygulamalarından münhasıran oluşan markalar kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazanmışlarsa mutlak ret nedeni oluşturmayacaklardır. 556 Sayılı KHK'nin 7. maddesinin son fıkrası bu hüküm dikkate alınarak düzenlenmiştir[126].

Tüzüğün 8. maddesinin 4. paragrafına göre, tescil edilmemiş marka

123 Oytaç, s. 21.
124 Arkan, s.18.
125 Dirikkan, s. 221.
126 Öztürk, s. 77.

veya ticarette kullanılan işaretin sahibinin itirazı üzerine, işareti düzenleyen üye ülkenin kanunları uyarınca, işarete ilişkin Birlik marka tescil başvurusunun yapılmasından önce hak elde edilmiş olması durumunda veya işaretin sahibine sonraki markanın kullanımını yasaklama yetkisi verdiği durumlarda tescil için başvuru yapılmış marka tescil edilemez. 556 Sayılı KHK'nin 8. maddesinin 3. fıkrası bu hükme paralel düzenlenmiştir.

40/94 Sayılı Tüzükte rüçhan hakkına yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır. Tüzüğün 29. maddesi ile Paris Sözleşmesi'ne üye bir ülkede marka başvurusu yapan bir kişiye aynı marka ve aynı mal veya hizmetler yönünden Birlik marka başvurusu yapması konusunda ilk başvurudan itibaren altı ay süreyle rüçhan hakkı tanınmıştır. Ayrıca 40/94 Sayılı Tüzüğün 33. maddesi ile, Birlik markası başvuru sahibine, başvuruda bulunduğu marka ile ilgili olarak, resmi veya resmi kabul edilen bir sergide mal veya hizmet sergilediği durumda sergi tarihinden itibaren altı aylık rüçhan hakkı tanınmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKİ VE CEZAİ YAPTIRAMLAR

Çalışma konumuzun "Tescilsiz Markaların Türkiye'de Korunması" olması sebebiyle bu bölümde sadece tescilsiz markalar hakkındaki hukuki ve cezai yaptırımları inceleyeceğiz.

I. HUKUKİ YAPTIRIMLAR

A. Hükümsüzlük Davası

Marka hakkı, sahibinin süresi dolmuş markasını yenilememesi, marka hakkından vazgeçmesi durumunda sona erer. Ayrıca sahibinin istemi dışında hükümsüz kılınabilir.

Markanın hükümsüzlüğü, 556 Sayılı KHK'de öngörülen sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla markanın sicilden silinmesidir[127]. Bu sebepler 556 Sayılı KHK madde 42'de düzenlenmiştir. Bunun yanında, tescilsiz marka sahipleri de şartların varlığı halinde hükümsüzlük davası açarak markanın sicilden silinmesini talep edebilirler. Hükümsüzlük davası hem kanun hem de özel menfaatlerin korunmasına hizmet etmektedir.

127 Tekinalp, s. 439.

556 Sayılı KHK'de düzenlenmiş olan hükümsüz hallerinden ilki KHK madde 7'de düzenlenen mutlak ret nedenleridir. Daha önce de belirttiğimiz gibi mutlak ret nedenleri TPE tarafından resen incelenmektedir. Mutlak ret nedenlerinden herhangi birinin varlığı halinde işaret marka olarak tescil edilmez[128]. İşte bu nedenlerin varlığına rağmen marka tescil edilmişse hükümsüzlük davası açılabilir.

Ancak KHK'da bu hükmünün bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisna ise, tanınmış markalarla ilgili olarak ikame edilen davalar hakkındadır. Tanınmış bir marka Türkiye'de tescilli olmasa dahi, başkaları tarafından aynı veya benzer mallar için tescil ettirilemez[129].

556 Sayılı KHK madde 42'de hükümsüzlük davası;

"Aşağıdaki hallerde markanın hükümsüz sayılmasına yetkili mahkeme tarafından karar verilir:

a) 7. maddede sayılan haller. (Ancak, 7 nci maddenin (ı) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.) (1)

b) 8. maddede sayılan haller. (Ancak, 8 inci maddenin son fıkrası çerçevesinde açılan davada önceki hak sahibi koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içerisinde markasını kullanmamışsa bu bir hükümsüzlük nedeni sayılmaz.)

c) 14. maddeye aykırılık. (Ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.)

d) Marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise,

e) Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise,

f) 59. maddeye aykırı kullanım.

128 Tekinalp, s. 445.
129 Karahan, s. 149.

Hükümsüzlük nedenleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, yalnız o mal veya hizmet ile ilgili olarak kısmi hükümsüzlüğe karar verilir.

Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili hükümsüz sayılamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Hüküm kaleme alınırken herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştır. Fakat doktrinde iki grup hükümsüzlük hali olduğu kabul edilmektedir[130]. Kabul edilen birinci grupta, KHK madde 42/I (a) ve (b) bentleri mutlak ve nispi ret nedenleri sayılmaktadır. Bu nedenler markanın tescili sırasında mevcut olan nedenlerdir[131]. Karahan'ın bu konudaki görüşü " *Markanın tescili anında mevcut olmayan m.7 kapsamındaki bazı mutlak ret nedenlerinin daha sonra ortaya çıkması halinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilemez. Örneğin, markanın tescili anında marka, m.7/I(k) anlamında kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı değilken, süreç içinde böyle bir konuma gelmişse m.42/I(a) ve m.7/I(k) gerekçe gösterilerek markanın hükümsüzlüğüne karar verilemez*. [132]" şeklindedir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında 6102 Sayılı TTK haksız rekabet hükümleri çerçevesinde markanın terkini istene bilinecektir. İkinci grupta ise markanın tescili sırasında var olmayan ancak daha sonra ortaya çıkan nedenlerdir.

KHK'da sayılan hükümsüzlük hallerinden ilki madde 7'de öngörülmüş olan mutlak ret nedenleridir[133]. Daha önce de belirttiğimiz gibi mutlak ret nedenleri TPE tarafından resen incelenir ve bu nedenlerden herhangi birinin bulunması halinde işaret marka olarak tescil edilmez. Ancak bu nedenlerin halinde her nasılsa marka tescil edilmiş ise hükümsüzlük davası açılabilir.

Tanınmış marka Türkiye'de tescilli olmasa bile, başkaları tarafından aynı veya benzer mallar için tescil edilemez. Tanınmış markayı kendi adına her nasılsa tescil ettirmiş olan kişiye karşı, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde hükümsüzlük davası açılabilir[134]. Fakat markanın tescilinde kötüniyet varsa hükümsüzlük davası herhangi bir süreye bağlı değildir ve bu dava her zaman açılabilir[135]. Yargıtay'ın 5 yıllık süre ile ilgili 2002

130 Öztürk, s. 85.
131 Karahan, s. 13.
132 Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt II, Ankara, 1997, s. 155.
133 Tekinalp, s. 455.
134 Dirikkan, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, İstanbul: Seçkin, 2003, s. 259.
135 Karahan, s. 80.

tarihli bir kararı bulunmaktadır[136]. Belirtmek gerekir ki bu 5 yıllık süre sadece tanınmış markalar ile ilgili hükümsüzlük davalarında söz konusu olup diğer hükümsüzlük hallerinde açılacak olan davalarda herhangi bir süre bulunmamaktadır.

556 Sayılı KHK madde 43/III'de kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış markaların aynı KHK madde 7/I(a)-(c)-(d) bentlerine göre tescillerinin hükümsüz sayılamayacağı düzenlenmiştir. KHK madde 7/I(a)-(c)-(d) ile KHK madde 42/III kapsamında doktrinde çeşitli yorumlar yapılmıştır. Tekinalp, kanun koyucunun KHK madde 7/II hükmüne göre tescil edilmiş olan markaların terkinini önlemek için açık bir hüküm düzenleme ihtiyacı duyduğu için böyle bir yol izlediğini ifade ederken[137]; Arkan, KHK madde 43/III düzenlemesini yerinde bulmamaktadır. KHK madde 7/II'ye göre kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazanmış markaların tescillerinin zaten reddedilemeyeceğini bu sebeple KHK madde 42/II hükmünün hükümsüzlük davasının açıldığı tarihte ayırt edici nitelik kazandığı tespit edilen markanın hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir[138]. Karahan ise, KHK madde 42/III hükmünü gereksiz bulmaktadır. KHK madde 7/II'nin şartları gerçekleşmişse markanın zaten tescil edileceğini, KHK madde 42/III'ü hükümsüzlük davasının açıldığı tarihten önce kullanılmış ve tescile konu olan mallar ve hizmetlerle ilgili olarak ayırt edici nitelik kazanmış ise tescilinin hükümsüz sayılamayacağını savunmaktadır[139].

556 Sayılı KHK madde 8'de nispi ret nedenleri diğer bir hükümsüzlük hali olarak düzenlenmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi nispi ret nedenleri TPE tarafından resen nazara alınmamaktadır. İtiraz halinde bu nedenler incelenir. Söz konusu hükümde sayılan nedenlerin varlığına rağmen marka tescil edilmiş ise hükümsüzlük davası açılabilir[140].

Markanın tescilinden itibaren koruma süresi 10 yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre sonunda markasını yeniden tescil ettirmeyen marka tescilden silinir. Ancak 556 Sayılı KHK madde 8/son hükmü uyarınca yenilenmeyen marka sahibi markasının koruması süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içerisinde markasını kullanmış ise artık tescilsiz marka için hükümsüzlük davası açılamaz. Bu durum yenilenmeyen markanın sahibinin kullanmaya devam etmesiyle kısmen de olsa 2 yıl daha korunduğu anlamına gelmektedir.

136 Y. 11. H.D. T. 17.1.2002 2001/8828E 2002/219K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.
137 Tekinalp, s. 441
138 Arkan, Marka, Cilt II, s. 157.
139 Karahan, s. 69.
140 Öztürk, s. 88.

556 Sayılı KHK madde 8/III'deki koşulların gerçekleşmesiyle nispi ret nedenine dayanılarak, tescilsiz marka sahibi, kendisine rağmen, tescil edilmiş bulunulan markanın hükümsüz sayılabilmesi için bir hükümsüzlük davası açabilir[141].

Önceki hak sahibi, yapılan tescile itiraz etmemiş veya hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka sahibi, bu işareti önceden kullanan kişiyi, söz konusu işareti kullanmaktan men edemez. Uzun yıllardır işaretini işletme adı olarak kullanan kişi, bir başkası tarafından marka olarak tescil edilmesine itiraz etmemiş ve hükümsüzlük davası da açmamış ise, tescilli marka sahibi daha sonra bu işletme adı sahibine dava açarak onu bu işareti kullanmaktan men edemez[142]. Böyle bir durumda hak sahibinin kötüniyetli olduğu varsayılmış ve unutmamak gerekir ki hukuk hiçbir zaman kötüniyeti korumamaktadır.

Bununla birlikte, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsayan markanın 556 Sayılı KHK madde 8/V'deki nispi ret nedenine rağmen tescil edilmesi halinde hükümsüzlük davası açılabilecektir.

İtiraz hakkına sahip olanlar, itiraz haklarını kullanmadan hükümsüzlük davası açması hakkını kullanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İtiraz hakkına sahip kimse bu hakkını kullanmış ancak TPE tarafından itirazı kabul görmemişse bu kişi hükümsüzlük davası açabilir[143]. Hükümsüzlük davası açmak istemez ise de TPE kararın karşı itiraz edebilir be TPE'de bu itirazı Yeniden İnceleme Değerlendirme Kurulu (YİDK)'na gönderir. YİDK tarafından kişinin itirazı reddedilirse, kişi YİDK kararının iptalini dava edebilir veya hükümsüzlük davası açabilir. İptal davası ve hükümsüzlük davası terditli olarak birlikte de açılabilir[144].

Tekinalp, hükümsüzlük davasının ve YİDK karının iptali davasının, aynı anda da açılabileceğini, buna engel herhangi bir hüküm bulunmadığını, her iki davanın da farklı amaçlara hizmet ettiğini savunmaktadır[145].

556 Sayılı KHK madde 14 hükmü uyarınca, markasını tescil ettiren marka sahibi, markasını tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde, haklı bir

141 Meran, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Anlara: Seçkin, 2008, s. 196.
142 Karahan, s. 110.
143 Tekinalp, s. 443.
144 Karan/Kılıç, s. 425.
145 Takinalp, s. 443.

neden olmadan kullanmaz ise veya bu kullanıma 5 yıllık bir süre için kesintisiz ara vermesi durumunda markası iptal edilir. KHK madde 42/I(c) ile 5 yıllın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma[146] olması durumunda hükümsüzlük davasının açılamayacağı, dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise davanın açılmasından önceki 3 ay içerisinde gerçekleşen kullanmanın mahkeme tarafından dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir[147].

Marka sahibinin davranışları sebebiyle mal ve hizmetler için yaygın bir hale gelmesi durumunda markanın hükümsüzlüğü talep edilebilir. Söz konusu hükümsüzlük hali 556 Sayılı KHK madde 42/I(d) bendinde düzenlenmiş olup tescil anında mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkan bir hükümsüzlük halidir. Böyle bir hükmün kaleme alınmasının sebebi bu durumun marka sahibinin davranışlarından dolayı ortaya çıkmasındandır.

Sonradan ortaya çıkan bir durum ile markanın hükümsüz hale gelmesinin bir başka hali ise, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanılması sonucunda halkta yanlış anlama ihtimalinin olmasıdır. Bu durum 556 Sayılı KHK madde 42/I(e)'de düzenlenmiştir.

Garanti veya ortak markanın teknik yönetmeliğe aykırı olarak kullanılması durumunda da markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilir. Bu durum 556 Sayılı KHK madde 42/I-(f)'de düzenlenmiştir.

Hükümsüzlük davasını, zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar açabilir.

Zarar gören kişi ile kastedilen, zarara uğrayan veya uğrama tehlikesi altında bulunan kişidir. Zarar gören kişinin mutlaka markanın sahibi olması gerekmektedir. Buradaki zarar kavramı haksız fiil veya sözleşme hukuku anlamında değildir[148].

Arkan, dava açabilecek kişilerin belirlenmesinde hükümsüzlük halleri arasında nitelik farkının dikkate alınması gerektiğini, bu sebeple mutlak ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davasında kamu yararının ön planda olduğu için, Cumhuriyet savcıları, ilgili resmi makamlar dahil herkes tarafından açılabilmesi gerektiğini savunurken; nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davasının ise hak sahibi tarafından açılması gerektiğini

146 Tekinalp, s. 444.

147 Karan/Kılıç, s. 384.

148 Tekinalp, s. 437; Karahan, s. 526.

savunmaktadır[149].

Burada sözü edilen ilgili resmi makamlar kavramından kastedilen tescil edilen marka ile ilgili olan resmi makamlardır[150]. Resmi niteliği olmayan odalar, birlikler veya dernekler ancak zarar gören sıfatıyla hükümsüzlük davası açabilirler.

Hükümsüzlük davası marka sahibine karşı açılır. Lisans alana ve rehin alacaklısına karşı hükümsüzlük davası açılamaz[151].

Daha öncede belirttiğimiz gibi hükümsüzlük davasının açılması için tek süre 556 Sayılı KHK madde 42/I(a)'da öngörülen 5 yıllık süre bulunmaktadır. Bu hükmün dışında kalan nedenlere dayalı olarak açılacak hükümsüzlük davasında herhangi bir süre öngörülmemiştir. AB Yönerge de dava açma süresi fiili kullanımdan itibaren 5 yıllık süreye tabi tutulmuştur. Ancak haksız tescili öğrenmesine rağmen uzun bir süre dava açmayan kimse sessiz kalarak daha sonra dava açması halinde somut olayın özelliğine göre bu davranışı TMK madde 2'ye aykırılık teşkil edeceğinden açacağı hükümsüzlük davası reddedilebilir[152].

Hükümsüzlük davasında verilen karar geriye etkili olup tescil tarihinden itibaren sonuçlarını doğurmaktadır. Ancak 556 Sayılı KHK madde 44/II'de, marka sahibinin kötüniyetli olarak hareket etmesinden kaynaklanan, zararın giderilmesine ilişkin tazminat talepleri saklı kalmak üzere, hükümsüzlüğün geriye etkili olan etkisi için iki istisna bulunmaktadır. Markanın hükümsüz sayılmasından önce, markaya tecavüz sebebiyle verilen hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar birinci istisnayı oluştururken; markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerdir.

B.İtiraz

Daha önce de belirttiğimiz gibi Türk Hukukunda 556 Sayılı KHK ile tescil sistemi benimsenmiştir. Markasını tescil ettirmek isteyen kimse, KHK madde 23'deki belirtilen belgelerle birlikte TPE'ye başvurusunu yapar. TPE başvurunun gerekli şartlara uygunluğunu ve herhangi bir şekli eksikliğin bulunup bulunmadığını inceler. Başvuru şartları eksiksiz bir biçimde yerine getirilmiş ise marka tescil başvurusu ilgili bültende yayınlanır.

149 Arkan, Marka Cilt II, s. 166.
150 Oytaç, s. 439.
151 Karan/Kılıç, s. 412.
152 Bozbel, s. 195.

556 Sayılı KHK madde 35'de itiraz usulü düzenlenmiştir. Söz konusu madde;

"Tescil başvurusu yapılmış markanın 7. ve 8. madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır.

8. maddenin son fıkrası çerçevesinde yapılacak itiraz, ancak itiraz eden kişinin markasını bu süre içerisinde kullanmaması halinde reddedilir.

İtirazlar yazılı ve gerekçeli olarak yapılır. Enstitü itiraz sahibinden, yönetmelikte öngörülen sürede yerine getirilmek üzere, ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir.

Bu süre içerisinde istenilen ek belge, kanıt ve gerekçeler Enstitüye verilmediği takdirde itiraz yapılmamış sayılır." şeklinde kaleme alınmıştır.

Madde metninde geçen kötüniyet kavramı doktrinde çeşitli yazarlar tarafından yorumlanmıştır. *Tekinalp*, kötüniyetle neyin kastedildiğinin açık olmadığını bununla gerçekte kullanılmayıp yedekleme veya marka ticareti yapmak amacına veya şantaja yönelik başvuruların kastedildiğini belirtmiştir[153]. *Karan/Kılıç* ise, başvurunun hangi hallerde kötüniyetli sayılacağı hakkında herhangi bir düzenlemeye rastlanılmadığını; oysa 89/104/ Avrupa Ekonomik Topluluğu (AEK) sayılı Marka Yönergesinin 3 – d maddesinde kötüniyetli tescil başvurusunun mutlak ret sebebi olarak kabul edildiğini belirtmiş be bu itibarla KHK'da boşluk halinde uygulanacak TMK madde 2'nin dikkate alınmasıyla başvurunun kötüniyetle yapılıp yapılmadığının araştırılmasının gerekli olduğunu savunmaktadır[154].

556 Sayılı KHK madde 35'de başvurunun ilgili kişiler tarafından yapılacağını belirterek, buradaki ilgili kişiler ise markanın tescil edilmesinden zarar görme ihtimali olanlardır. İlgili kişileri, önceki tescilli marka sahipleri veya marka başvurusunda bulunanlar veya Paris Sözleşmesi gereğince tanınmış marka sahipleri veya vekilleri, markaların sahipleri tarafından yetkilendirilmiş lisans alanlar, tescil edilmemekle birlikte kullanım yolu ile marka veya işarete ilişkin ayırt edicilik elde etmiş üçüncü kişinin karıştırmaya neden olacak derecede benzer sonraki kullanımını

153 Tekinalp, s. 370.

154 Karan/Kılıç, s. 369.

engellemeye haklı olan kişiler şeklinde sıralayabiliriz[155]. Bu kişilerin zarar görme ihtimali olduğu varsayılır. Bununla birlikte, alınan karara taraf olan diğer kişiler de 556 KHK madde 48 hükmünce itiraz hakkını haizdir ve bu kişilerin zarar görüp görmediğine bakılmamaktadır[156].

Tescilsiz marka sahipleri de marka hukukunun kendilerine sağladığı korumadan yararlanabiliyorsa TPE'ye itiraz haklarını kullanabilirler.

TPE'ye yapılacak itiraz yazılı ve gerekçeli olarak yapılmalıdır. TPE itiraz sahibinden, Yönetmelikte öngörülen sürede yerine getirilmek üzere, ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir. Bu süre içinde istenilen belgeler TPE'ye verilmediği takdirde itiraz yapılmamış sayılır.

TPE yapılan itiraz üzerine üç şekilde karar verebilir. TPE'nin vereceği kararlar, itirazı geçerli bulmaz ise reddeder, itirazı geçerli bulursa tamamen kabul eder, itirazı başvuruda kullanacağı belirtilen mallar veya hizmetlerden bir kısmıyla ilgili olarak geçerli bulunursa bu mallar veya hizmetlere ilişkin olarak kısmen kabul eder şeklindedir.

TPE tarafından yapılan, itiraz kabul edilmez ise YİDK'na gönderir. YİDK, itirazı inceler ve bir karar verir. YİDK'nun kesinleşen kararlarına karşı, bu kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili mahkemede dava açılabilir.

C. İptal Davası

İlgili kişi tarafından yapılan itiraz TPE tarafından kabul edilmez ise, TPE, YİDK'na gönderir. YİDK itirazı inceler ve bir karar verir.

YİDK'nun 556 Sayılı KHK madde 47 ve 52'de belirtilen itiraz işlemleri ile ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili mahkemede dava açılabilir[157].

Tescilsiz marka sahipleri de yaptıkları itirazları hakkında YİDK'nun verdiği karara karşı iptal davası açabilirler.

İptal davası TPE'ye karşı açılmaktadır. Ancak Yargıtay, dava sonunda verilecek karardan marka hakları etkilenecek olanlara karşı da yöneltilmesi gerektiği, bu dava sadece TPE'ye karşı açılmışsa marka sahibine diğer kişilere karşı da dava açması için uygun bir sürenin verilmesini ve her iki davanın birleştirilmesi görüşündedir[158].

İptal davasının açılabilmesi için itiraz prosedürünün tamamen tüketil-

155 Oytaç, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, 2. Bası, 2002, s. 245; Tekinalp, s. 372.
156 Tekinalp, s. 372.
157 Y. 11. H.D. T. 29.04.2002 2002/384E 2002/3929K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.
158 Y. 11. H.D. T.27.9.1999 1999/5162E 1999/136K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

miş olması gerekmektedir. Prosedür tüketilmeden iptal davasının açılması mümkün değildir[159].

İptal davasının mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde marka tescil edilmez. Mahkeme iptal davasını reddederse hükümsüzlük davasının açılıp açılamayacağı hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Bazı yazarlar, iptal davasının reddedilmesi durumunda hükümsüzlük davasının açılabileceğini, TPE'ye karşı açılan iptal davasının konusunun ve taraflarının farklı olduğu için hükümsüzlük davasına kesin hüküm oluşturmayacağını savunmaktadır[160].

Bazı yazarlar ise, böyle bir durumda hükümsüz davasının açılamayacağını, iptal davasının hükümsüzlük davası için kesin hüküm oluşturacağını savunmaktadır[161].

D. Haksız Rekabet Halinde Açılabilecek Hukuk Davaları

6102 Sayılı TTK madde 56'da haksız rekabet yüzünden zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişiye tespit, men, haksız rekabet sonucu oluşan durumun giderilmesi için ve tazminat davası açma hakkı tanınmıştır.

Bu davaları açmaya yetkili olan kişi, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimsedir[162].

Taraflar arasında rekabetin olmadığı bazı durumlarda da haksız rekabete teşkil eden davranışın ekonomik menfaatlere zarar vermesi mümkün olabilir. Bu durumda bulunan kişiler de dava açabilir. Ayrıca haksız rekabet yüzünden ekonomik menfaatleri zedelenen müşteriler de dava açabilir[163].

6102 Sayılı TTK madde 56/III uyarınca, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan mesleki ve ekonomik birlikler de kendileri veya üyelerinin dava açma hakkına sahip olmaları durumunda tazminat davası hariç diğer tüm davaları açabilirler[164].

159 Meran, s. 191.
160 Tekinalp, s. 444; Karan/Kılıç, s. 425.
161 Arkan, Marka Cilt II, s. 162; Karahan, s.131.
162 Öztürk, s. 93.
163 Cengiz, s. 165; Arkan, Marka, Cilt II, s. 309.
164 Dönmez, s. 207.

Söz konusu bu davalar haksız rekabet fiilini işleyene, 6102 Sayılı TTK madde 57 uyarınca istihdam edenlere ve madde 58 uyarınca, haksız rekabet basın yoluyla işlenmiş ise, yazı sahibi ve ilan verene karşı açılabilir.

Haksız rekabet halinde açılabilecek olan bu davalar, dava açmaya yetkili olan kişinin durumu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde haksız rekabet fiilinin doğumundan itibaren üç yıl içinde açılmalıdır.

Tespit davası, haksız rekabet durumunun mevcut olup olmadığının tespiti için açılabilecek bir davadır ve diğer davalar gibi bir eda davası değildir. 6102 Sayılı TTK madde 56/I-a da düzenlenmiştir. Tespit davası farklı bir niteliğe sahiptir. Tespit davası ile sadece mevcut olan hukuki durumun tespiti yapılır ve herhangi bir icra kabiliyeti yoktur[165].

Men davası ile, haksız rekabete uğrayan kişi 6102 Sayılı TTK madde 56/I-b uyarınca haksız rekabetin menini isteyebilir. Bu dava ile devam eden veya tekrarlanma tehlikesi bulunan haksız rekabetin durdurulması istenir[166]. Men davası bir eda davası niteliğinde olup, dava sonucunda davalı bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmektedir.

Ref davasında ise, 6102 Sayılı TTK madde 56/I-c uyarınca haksız rekabete uğrayan kişi, haksız rekabetin sonucu olan durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmış ise bu beyanların düzeltilmesi talep edilir. Ref davasının amacı haksız rekabet oluşmadan önceki duruma geri dönmektir.

Tazminat davası, 6102 Sayılı TTK tazminat isteme hakkını haksız rekabete neden olan kişinin kusurlu şartına bağlanmıştır. Haksız rekabet halinde uğranılan zararın ispat edilmesi zor olması nedeniyle hakimin, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmedilmesine 6102 Sayılı TTK'da yer verilmiştir. Bu düzenleme ile tazminatın hesaplanmasında haksız rekabet sonucunda davacının uğramış olduğu zarar değil de davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatlerin karşılığı da esas alınabilecektir[167]. 6102 Sayılı TTK madde 56/I-e hükmü uyarınca,TBK madde 58'in şartlarının gerçekleşmesi durumunda manevi tazminatın da istenebileceği hükme bağlanmıştır.

E. Tescilsiz Markaya Tecavüz Halinde Açılabilecek Davalar

Tecavüz, genel ifadeyle '*bir kimsenin maddi veya manevi varlığına*

165 Cengiz, s. 154.
166 Arkan, Marka, Cilt II, s. 306.
167 Cengiz, s. 167.

hukuka aykırı bir şekilde saldırıda bulunmasıdır'[168]. Marka hakkının hukuk ve ceza davaları ile korunabilmesinin ilk şartı marka hakkına tecavüzün varlığıdır. Bu durum 556 Sayılı KHK md. 61'de marka hakkına tecavüz sayılan fiiller başlığında düzenlenmiş olup, söz konusu hüküm;

"*Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:*

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.

b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak.

d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek." şeklindedir. Bu hüküm hukuk davaları için geçerli olup ceza hükümleri md. 61/A'da düzenlenmiştir.

556 Sayılı KHK'ya göre marka hakkına tecavüz edildiğinde tescilli marka sahibinin marka hakkına tecavüz davalarını açabileceği kuşkusuzdur. Bunun yanında tescilsiz marka sahibi markası tanınmış veya kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış yahut markasını tescil ettirmiş ancak 10 yıllık koruma sürenin bitiminden itibaren markasını kullanmaya devam etmiş marka sahipleri 10 yıllık sürenin bitiminden itibaren 2 yıl boyunca marka hakkına tecavüz davalarını açabilirler.

Tescilsiz marka sahipleri 556 Sayılı KHK kapsamında marka hakkına tecavüzün men'ini, tecavüzün refini, zararlarının tazminini, marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulması, el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını, markanın silinmesini veya imhasını, mahkeme kararının ilgilere tebliğini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını talep edebilirler. Delillerin tespitini ve ihtiyati tedbir isteyebilirler. Ayrıca mallara gümrüklerde el konulmasını da talep edebilirler.

168 Yılmaz, Ejder, s. 794.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2001 yılında vermiş olduğu bir karar da, tecavüz davalarının marka hakkına tecavüz oluşturan fiilleri işleyen kişiler aleyhine açılabileceğini, ayrıca marka hakkına tecavüz fiiline iştirak eden veya yardımda bulunan kişiye karsı da açılabileceğini söylemektedir[169] .

556 Sayılı KHK md. 70'e göre marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi TBK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanmaktadır[170].

Marka hakkına tecavüz nitelik itibariyle bir haksız fiil durumunu oluşturmaktadır. Bu durumunda TBK md. 72'ye göre, tecavüzü öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halükarda tecavüz fiilinin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl içinde markasına tecavüz edilen marka sahibi bu davaları açmalıdır aksi halde dava zamanaşımına uğrayacaktır. Söz konusu tecavüzün ceza kanunlarında daha ağır bir zamanaşımına bağlanması durumunda ise, hukuk davaları içinde aynı zamanaşımı uygulanmalıdır[171].

Marka hakkına tecavüz devam ettiği müddetçe tecavüzün durdurulması için zamanaşımı söz konusu olmayacaktır. Tecavüz devam ettiği müddetçe zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır.

1. Men Davası

Marka hakkına tecavüzün söz konusu olduğu durumsa men davasının açılabileceği 556 Sayılı KHK md. 62/I(a) bendinde düzenlenmiştir.

Bu dava ile devam etmekte olan tecavüzün men'i talep edilmektedir. Tecavüzün Men'i davası bir eda davasıdır. Tecavüz tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde de bu dava açılabilecektir[172]. Bunun yanında 556 Sayılı KHK da önleme davasından söz edilmese bile hükmün önleme talebi içerdiği, tecavüz tehlikesinin varlığı tecavüz tehlikesinin varlığı halinde önleme davası da açılabileceği belirtilmektedir[173].

2. Ref Davası

Tecavüzün ref'i davasının dayanağını KHK m.62/1.b oluşturmaktadır. Tecavüzün ref'i davasının açılmasının amacı, tecavüz nedeniyle doğan sonuçların ortadan kaldırılmasıdır[174]. Yargıtay, marka hakkı tecavü-

169 Y. 11. HD. T. 10.12.2001 2001/6886E 2001/9744K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

170 Öztürk, s. 97.

171 Tekinalp, s. 483; Arkan, Marka, Cilt II, s. 257.

172 Arkan, Marka, Cilt II, s. 234.

173 Tekinalp, s. 457; Karan/Kılıç, s. 493.

174 Karan/Kılıç, s. 507.

ze uğrayan marka sahibinin, eylemin durdurulup sonuçlarının ortadan kaldırılmasının yani sıra, bu eylemden dolayı uğradığı kazanç kaybı veya markaya tecavüzde bulunanın elde ettiği kazancı da kapsayacak şekilde maddi tazminat ile marka hakkının ihlalinden doğan manevi zararında istenebileceği görüşündedir[175].

Tecavüzün men'i ve tecavüzün ref'i davası birbirlerinden farklıdır. Tecavüzün men'i davası ile tecavüzün durdurulması veya tecavüz tehlikesinin önlenmesi amaçlanırken, tecavüzün ref'i davası ile tecavüz nedeniyle doğmuş olan sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

3. Tazminat Davası

556 Sayılı KHK'da tazminat konusundan iki yerde bahsedilmektedir. KHK md. 62/I(b)'de tecavüzün giderilmesi yanında maddi ve manevi zararın tazmininden söz edilmektedir. Ayrıca KHK md. 64'de de taklit marka kavramına yer verilerek bir düzenleme yapılmıştır.

Tekinalp, 556 Sayılı KHK 62. ve 64. maddedeki düzenlemeler arasında fark olduğunu, taklit marka kavramı ile markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan işaretin kastedildiğini, benzer işaretlerin ise taklit sayılmadığını ifade etmiştir. Ayrıca marka hakkına tecavüz halinde md. 62/I(b) hükmü ile ve TBK md .49 uyarınca, mü tecavüzün kusurlu olması şartıyla veya ahlaka aykırı bir filler başkasına zarar verenlerden maddi tazminatın talep edilebileceğini, buna karşılık taklit markada md. 64/I'de sayılan kişilerin kusuru aranmadan tazminat istenebileceğini, md. 64/II'de ise kusurun varlığının açıkça belirtilmiş olduğunu ifade etmektedir[176].

Arkan ise, marka hakkına tecavüzün bir haksız fiil olduğunu ve tazminat istenebilmesi için kusurun varlığının gerekli olduğunu, m.64/1'de kusurdan hiç söz edilmemiş olsa bile kişilerin kusurlarının aranması gerektiğini savunmaktadır[177].

4. El Koyma

556 Sayılı KHK md. 61/A'da düzenlenen fiilin söz konusu olduğu durumlarda, marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara talep halinde el konulabilir.

El konulan bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması KHK mad. 62/I(d) hükmünce talep edilebilir. Bu talep, markanın malların değil de ambalajının üstüne konulması veya iş evrakı ile ilan ve reklamlarda kul-

175 Y. 11. H. D. T. 04.10.2001 2001/5462E 2001/7409K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

176 Tekinalp, s. 460.

177 Arkan, Marka, Cilt II, s. 241.

lanılması halinde de yapılabilir. Bu durumda söz konusu ürünlerin değeri tazminat miktarından düşülür.

556 Sayılı KHK md. 79 uyarınca marka sahibinin haklarına tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir[178]. Ancak bunun için marka sahibinin talebi gereklidir.

Gümrük idarelerindeki tedbir, el koyma kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde esas hakkında dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar.

5. İhtiyati Tedbir

556 Sayılı KHK md. 76 hükmüne göre, söz konusu KHK'da öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, davaya konu olan markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilirler. Tedbir talebi dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonrada yapılabilmektedir.

İhtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için ilk olarak, dava konusu markanın marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilecek şekilde kullanıldığının veya kullanılması için ciddi çalışmalar yapıldığının ispatı gereklidir[179].

556 Sayılı KHK md. 77'de ihtiyati tedbirin niteliği düzenlenmiştir. Söz konusu göre ihtiyati tedbir, verilecek hükmün etkinliğini sağlayacak nitelikte olmalıdır. Ayrıca, davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması; marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi olanlar dahil bulundukları her yerde el konulması ve bunların saklanması; herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi tedbirlerini kapsamalıdır. Teminatın şekli ve kapsamı HMK hükümlerine göre belirlenmektedir.

6. Markanın Silinmesi ve İmhası

Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle KHK md. 62 (c) bendine göre el konulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talep edilebilir[180].

178 Karan/Kılıç, s. 582.

179 Meran, s. 257.

180 Y. 11.H.D. T. 9.11.2001 2001/8868E 2001/8825 K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.

Belirtmek gerekir ki 556 Sayılı KHK md. 62/I(e) bendine göre, talep edilecek tedbirlerde, tedbir tecavüzü önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olmanın yanında tecavüzün ağırlığı ile orantılı olmalıdır. *Yargıtay,* markaya tecavüz halinde ancak başka imalatta kullanılmayan makinenin imhasına karar verilebilir, taklit markanın sökülerek çıkartılması mümkün değilse bu markayı taşıyan malın imha edilebileceği[181] görüşündedir.

7. Tespit Davası

556 Sayılı KHK md. 75'e göre, marka hakkına tecavüz olduğunu ve bu marka tecavüzünü ileri sürmeye yetkili olan kişi durumun tespitini mahkemeden isteyebilir.

Tespit davasının hukuki niteliğini *Tekinalp*, HMK kapsamında ki delillerin tespiti kapsamında bir dava değil ayrı bir dava olduğu görüşündedir[182]. *Arkan* ise, KHK md. 75'in marka sahibinin KHK md. 61'de sayılan fiillerin markasına tecavüz oluşturduğunun tespitini müstakil bir tespit davası ile birlikte istenebilme olanağının olduğu görüşündedir[183].

Yargıtay'ın tespit davasının hukuki niteliği hakkında ki görüşü ise, maddi vakaların yalnız başına tespit davasına konu olamayacağı, ancak bazı tespit davalarının özel kanunlarda düzenlenmiş ise bu düzenleme çerçevesinde maddi vakalarında tespit davasına konu olabileceği, bunun özel bir tespit davası olduğunu yönündedir[184].

8. Mahkeme Kararının İlgililere Tebliği ve Kamuya Yayın Yoluyla Duyurulması

Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasının talep edilebileceği 556 Sayılı KHK md. 62/I(f) bendinde hükme bağlanmıştır[185].

Açılacak dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep edebilir. Kararda ilanın şekli ve kapsamı belirlenir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde düşer.

181 Y.11. HD T. 13.02.2001 2001/10189E 2001/1173K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.
182 Tekinalp, s. 457.
183 Arkan, Marka, Cilt II, s. 232.
184 Y.11.H. D. T. 30.01.1997 1996/8836E 1997/424K, Sinerji Hukuk Otomasyonu.
185 Karan/Kılıç, s. 449.

II. CEZAİ YAPTIRIMLAR

A.Tescilsiz Markaya Tecavüz Halinde Uygulanacak Cezai Yaptırımlar

556 Sayılı KHK md. 61'de marka hakkına tecavüz oluşturan filler düzenlendikten sonra 61/A maddesi ile marka suçları düzenlenmiş ve marka hakkında tecavüz oluşturan fillerin cezalandırılması amaçlanmıştır.

KHK ile suç ve ceza düzenlenemeyeceğinden 556 Sayılı KHK yürürlüğe girdiği dönemde 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 51 – 53. maddeleri yürürlükte kalmış, daha sonra 4128 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK'ye cezai hükümler eklenmiş ve 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 51 – 53. maddeleri de yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra ise 556 Sayılı KHK md. 61/A 5194 Sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır[186]. Son olarak madde 5833 Sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır.

Kural olarak marka suçlarında ihlal edilen hukuki menfaat marka hakkıdır. Fakat bu kuralın birtakım istisnaları da vardır[187]. 556 Sayılı KHK'de düzenlenmiş olan ceza davalarının amacı marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin cezalandırılmasıdır. Marka suçları 556 Sayılı KHK md. 61/A'da aşağıdaki gibi düzenlenmiştir;

" *Başkasına ait marka hakkında iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

---

186 Öztürk, 108.

187 Aydın, Hüseyin, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara: Yetkin, 2003, s.68.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması halinde cezaya hükmolunmaz".

B.Haksız Rekabet Halinde Uygulanacak Cezai Yaptırımlar

Haksız rekabet halinde hukuk davaları açmaya yetkili olan tescilsiz marka sahipleri madde de düzenlenmiş olan cezai yaptırımlara başvurabilirler. 6102 Sayılı TTK'da 62. maddesinde ve 63. maddesinde yer verilmiştir. 6102 Sayılı TTK'nın 62. maddesinde cezayı gerektiren fiiller olarak bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu madde aşağıda gibidir.

a) 55. maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış ve yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştıranın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalışanlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56. madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

SONUÇ

Tescilsiz işaretler Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümleri dışında diğer özel kanun hükümlerine göre koruma altına alınmamış olan

yani Türk Patent Enstitüsü'ne tescil edilmemiş olan işaretlerdir. Bunlara örnek olarak, tescilsiz markalar, tescilsiz ticaret unvanları, tescilsiz işletme adları, tescilsiz tasarımlar, tescilsiz coğrafi işaretler, kişi adları, fotoğraflar, telif hakları ve alan adları verilebilir.

Bu işaretlerin korunması ile ilgili olarak ulusal ve uluslar arası düzenlemelerde benimsenen esas sistem tescil sistemidir. Ancak tescilsiz işaretler de tamamen koruma dışı bırakılmamış be bazı istisnai hükümler ile koruma altına alınmışlardır.

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile tescil sistemi benimsenmiştir. Tescil sisteminde marka üzerindeki hak tescil ile doğmaktadır. Marka korumasında esas olarak tescil sisteminin getirilmesi yanında bazı tescilsiz işaretlerin korunmasına ilişkin olarak istisnai düzenlemelerin de getirildiğini görmekteyiz. Getirilen bu istisnai düzenlemeler, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış markalar, tanınmış markalar, tescilsiz bir marka veya işaretin ticaret sırasında kullanılan bir işaret için daha önce hak elde edildiği durumlar, markanın başkasına ait isim, fotoğraf, telif hakkı veya sınai mülkiyet hakkını kapsadığı durumlar ve rüçhan hakkının söz olduğu durumlar içindir.

556 Sayılı KHK hükümlerinden yararlanamayan tescilsiz işaretler ise Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinden yararlanabilecektir.

Çalışmamızda, tescilsiz işaretlerin 556 Sayılı KHK hükümleri ile sınırlı olarak korunmakta olduğunu, bu sınırlar çevresinde 556 Sayılı KHK'da ki korumadan nasıl yararlanılacağını ve hukuki ve cezai yaptırım yollarına başvurula bilineceğine değindik. Ayrıca 556 Sayılı KHK dışında 6102 Sayılı TTK haksız rekabet hükümlerine göre koruna bilineceğini açıklamaya çalıştık.

KAYNAKÇA

1. **Arkan, Sabih,** Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997.
2. **Arkan, Sabih,** Marka Hukuku, Cilt II, Ankara, 1997.
3. **Arkan, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Bası, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
4. **Arıkan, Sedar,** "Marka Hukuku Uygulaması", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuk Kurulu Sempozyumu, 2005.
5. **Arseven, Haydar,** Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951.
6. **Arslanlı, Halil,** Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960.

7. **Arslantaş, Okşan,** "Haksız rekabet Hallerinden İltibas", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2009.
8. **Aydın, Hüseyin**, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara: Yetkin, 2003.
9. **Ayhan, Rıza**, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya, 1990.
10. **Bozbel, Savaş,** "Markanın Hükümsüzlüğü Davaları", Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ders Notları, İstanbul, 2010.
11. **Camcı, Ömer**, Haksız Rekabet Davaları – 1, İstanbul: Ufuk, 2002.
12. **Cengiz, Dilek,** Türk Hukuku'nda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul: Beta, 1995.
13. **Dirikkan, Hanife**, Tanınmış Markanın Korunması, İstanbul: Seçkin, 2003.
14. **Dirikkan, Hanife,** "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul, 1998.
15. **Doğanay, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Tümden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş, 3. Bası, Ankara: Feryal 1990.
16. **Dönmez, İrfan,** Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul: Beta, 1992.
17. **Edgü, Ekrem,** "Markalar", İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, I İstanbul, 1973.
18. **Eyüpoğlu, Samiye,** "Tanınmış Marka", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, II, Ankara, 2001.
19. **Karahan/ Suluk/ Sarıç/ Nal,** Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul: Seçkin, 2009.
20. **Karahan, Sami,** Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya: Mimoza, 2004.
21. **Karayalçın,Yaşar,** Ticaret Hukuku: I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, 1968.
22. **Karan, Hakan ve Kılıç, Mehmet**, Markaların Korunması, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara: Turhan, 2004.
23. **Kargı, Nilüfer,** "Marka Hukukunda Rüçhan Hakkı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/5, 2011
24. **Meran, Necati,** Marka Hakları ve Korunması, Anlara: Seçkin, 2008.
25. **Mimaroğlu, S. Kemal**, Ticaret Hukuku, C. I, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara: Sevinç, 1978.
26. **Nomer, Ergin,** Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul: Beta, 2008.
27. **Noyan, Erdal,** Marka Hukuku, Ankara: Adalet, 2006.
28. **Oytaç, Kutlu,** "Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, III, Ankara, 2001.
29. **Oytaç, Kutlu,** "Karşılaştırmalı Markalar Hukuku", 2. Bası, 2002.
30. **Örs, F. Halil**, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet: Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara, 1958.
31. **Öztürk, Özge**, Marka Hukukunda Tescilsiz İşaretlerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
32. **Poroy, Reha ve Yasaman, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul: Vedat, 2004.
33. **Poroy, Reha ve Tekinalp, Hamdi,** "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 334.
34. **Soyak, Aklan,** "Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Tarihsel Gelişimi", "www.bilgiyönetimi.org".

35. Şenocak, Kemal, "Soyut Renk Markaları", Prof, Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara: Turhan, 2003.

36. Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul: Arıkan, 2005.

37. Tekinalp, Ünal, "Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu", Kenan Tunçomağ'a Armağan, Ankara: Beta, 1997.

38. Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Bası 2, İstanbul: Vedat, 2004.

39. Yazıcı, İnan ,Ela, "Development of The Industrial Property Rights: The EC Point of View", TPE, Avrupa Patent Sistemi ve Türkiye Konulu Sempozyum, İstanbul, 200.

40. Yavaş, Murat,"Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul: Beta, 2006.

41. Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin, 2002.

42. Yılmaz, A. Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul: Beta, 2008.

TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

Av. Gözde SARUHAN

I. Giriş

Ekonomik, sosyal ve kültürel alanda küreselleşme ile birlikte sınırların kalktığı ve her an her yerde bütünleşmenin yaşandığı bir çağda, şirketlerin de bu hızlı döngüye ayak uydurması kaçınılmaz bir sonuçtur.

Özellikle çok uluslu yapılanmaların (çok uluslu şirketlerin[1]) ekonomik yaşama girmesi ile birlikte ticaret hayatının vazgeçilmez amaçlarından olan kar maksimizasyonu ve giderlerin azaltılması amaçları, söz konusu şirketler için de geçerli olacağı muhakkaktır.

Küreselleşme ile birlikte sınırların kalktığı bir alanda faaliyet gösteren şirketler elbette ki ekonomik faaliyetlerini devam ettirebilmek için çeşitli yollara başvurarak ticaret hayatının vazgeçilmez amaçlarına ulaşacaklardır. Şüphesiz ki, şirketler için kar maksimizasyonunu azaltan ve giderlerin daha yüksek çıkmasına sebep olan unsurların başında vergi uygulamalarının geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenledir ki, şirketlerin sıklıkla başvurduğu bir yol olarak, daha "düşük oranlı" vergi uygulamaların söz konusu olduğu ülkelere kazanç aktarımı yapmaları dile getirilmektedir[2].

Çok uluslu işletmeler birden fazla ülkede faaliyet gösterdikleri için, bu sistemin daha verimli işleyebilmesi adına, işletme yapısı içinde sistemsel bir bütünleşme içine girmektedirler. Mal ve hizmet alım satımlarının üçüncü kişilerden sağlanması yerine şirketler bünyesi içinde gerçekleşmesi bunun en tipik örneğidir. Söz konusu mal ve hizmetlerin şirketler arası transferi sırasında gündeme gelecek olan fiyat politikasını belirleme

---

1 "Çok uluslu işletmeler; iki veya daha fazla devlette mülkiyeti kısmen veya tamamen kendilerine ait olmak üzere üretim ve pazarlama faaliyeti yürüten, kendilerine ait kurum stratejileri olan ve bu stratejileri tüm bağlı kuruluşları veya şubelerinde uygulayan işletmelerdir."

"Küreselleşme ve Çok Uluslu İşletmelerin Çalışma İlişkilerine Etkileri", SARI GERŞİL, Gülşen, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt:6 Sayı:1 Yıl:01 Ocak-31 Mart 2004 s:147

2 "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı", AĞAR, Av. Dr. Serkan, Yaklaşım Yayıncılık Ankara 2011 s.26

ve bunun sonucunda ortaya çıkacak olan vergisel yük, çok uluslu şirketler açısından önemli bir sistematik gerektirecek bir iştir.

Belirlenen transfer fiyatları şirketler açısından her ne kadar sistemsel bir bütünlük ve kar maksimizasyonuna katkı sağlayacak bir yapıda da olsa, işlemlerin karşı tarafında olan vergi idareleri bakımından da söz konusu kazançları vergilendirme bakımından önem arz etmektedir. Çok uluslu şirketler ve vergi idareleri karşı karşıya geldiğinde elbette ki tek bir ülke vergi idaresi ile karşılaşılmayacağı için, devletler de gelirlerinin en büyük kısımlarından biri olan vergi uygulamasından en büyük oranda pay almak isteyeceklerdir.

Çok uluslu şirketlerin, şirketleri bünyesinde mal ve hizmet sunumu sağlamak suretiyle belirledikleri transfer fiyatlandırması politikaları ve esas amaçları olan kar maksimizasyonu, esasında hukuka uygun olan transfer fiyatlandırması politikasını, esas amacı gerçekleştirmek adına hukuka aykırı bir durum haline getirebilmekte; ve bunun sonucunda da devletlerin transfer fiyatlandırması yoluyla kazanç dağıtımını engelleme yönünde harekete geçmelerine sebebiyet vermektedir. Transfer fiyatlandırması, devletler açısından bir vergi kaybı ve doğal olarak bir kazanç kaybı olacağı için ödemeler dengesi üzerinde de önemli sonuçlar doğuracak güce sahiptir[3].

İşte, transfer fiyatlandırması yoluyla kazanç maksimizasyonu sağlama amacı taşıyan şirketler ile düşük oranlı ve daha yüksek oranlı vergi politikası izleyen vergi idarelerini karşı karşıya getirecek ve ortaya transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak adlandırılan bir kavram ortaya çıkaracaktır.

Çalışmamızda, günümüzde artık daha da önemli bir hale gelen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesi ve hukuki sonuçları ele alınacaktır.

II. Örtülü Kazanç ve Transfer Fiyatlandırması Kavramı

Örtülü kazanç kavramı, uluslararası vergi hukuku ve Türk vergi hukuku bakımından önem taşıyan konuların başında gelmektedir.

Ülkemizde örtülü kazanç konusuna ilişkin ilk yasal düzenleme 5422 sayılı KVK'da yapılmıştır. 5422 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden iti-

3 "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Aktarımı", SÖNMEZ, Av. Tuğçe, Galatasaray Üniversitesi Ekonomi Hukuku Tezsiz Yüksek Lisans Programı, Bitirme Projesi, s. 2

baren konu ile ilgili çok fazla bir değişiklik yapılmamış ve 5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte konu güncel gelişmeler ve özellikle OECD düzenlemeleri göz önüne alınarak yeniden düzenlenmiştir[4].

Örtülü kazanç dağıtımı, bir sermaye şirketinde kazancı daha düşük göstermek amacıyla kar zarar kalemlerinde farklı gösterimler yaparak, kurum bünyesinde kalması gereken bir kazancın, kurumla ilgili kişilere aktarılması olarak tanımlanabilmektedir.[5]

Örtülü kazanç dağıtımı esasen holding bünyesi içinde yapılanan şirketler ile çok uluslu şirketler bünyesi içinde daha sıklıkla rastlanılan bir durumdur. İşletmelerin vergi yükünü en aza indirerek işlemlerini sürdürmek istemesi ve sonucunda kar aktarımı uygulamalarını yaygınlaştırmaları, örtülü kazanç dağıtımı yoluyla mümkün hale gelecektir.[6]

5520 sayılı KVK konu ile daha önce hukukumuzda mevcut olmayan "vergi güvenlik müesseseleri"[7] ile vergi kayıplarının azaltılması amaçlanarak devlet gelirlerinin maruz kaldığı kayıplar önlenmeye çalışılmıştır.[8] Vergilendirmenin gerçek amacına ulaşması ve doğru uygulanabilmesi için getirilen vergi güvenlik müesseselerinden biri de "transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı"dır.

Transfer fiyatlandırması kavramı incelendiğinde 1900'lü yılların başında İngiliz Harry Sidgwick tarafından yayımlanmış olan bir kitapta, firmaların üretim sırasında kendi ürünlerini kullanma durumu ile karşı karşıya kaldıklarında söz konusu ürünler için piyasa fiyatı üzerinden işlem yapmaları gerektiğinden bahsedildiği görülmektedir. Daha ileriki yıllarda uluslararası yapıya dönüşen firmaların çoğalması ile konu sık sık gündeme gelmiş ve çeşitli konferans ve dernek araştırmalarına konu edinmiştir.[9]

---

4 5520 sayılı KVK Madde Gerekçeleri, m.13

5 "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Hukuki Çerçevesi", GÜRGEN, Orhan, Yaklaşım Dergisi Ekim 2010 Sayı:214

6 "Örtülü Sermaye Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması", KOYUNCU, Mesut, Yıldız Yayın Mayıs 2005 İstanbul s: Önsöz XIII

7 "Vergi Güvenlik Müesseseleri, vergiye tabi gelirlerin kavranması noktasında doğabilecek hukuki boşlukları doldurmak amacıyla ihdas edilen ve vergiye tabi gelir unsurlarının safi tutarları üzerinden vergilenebilmesini garanti altına alan düzenlemelerdir."GÜRGEN, a.g.e

8 "5520 Yeni Kurumlar Vergisi Kanununda Vergi Güvenlik Müesseselerine İlişkin Düzenlemeler", EKİNCİ, Yard. Doç. Dr. Filiz, T.C Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: Nisan 2007 Sayı: 17,(http://sbe.dumlupinar.edu.tr/17/288-296.pdf)

9 "Vergisel Yönden Transfer Fiyatlandırması", KAPUZOĞLU, Tuncay, Oluş Yayıncılık 2003 İstanbul s: 4

Transfer fiyatlandırması, bir işletmenin ilişkili kuruluşlara fiziki malların ve gayri maddi hakların tesliminde ya da hizmetlerin sağlanmasında uyguladığı fiyatlar şeklinde tanımlanabilir.[10] Dolayısıyla hukuka uygun olarak yapılan fiyat tespitinden ibaret olan söz konusu durum, işletmelerin özellikle farklı ülkelerde yer alan alt işletmeleri/bölümleri söz konusu olduğunda her bölümün kullanabileceği bir fiyatın tespitinde önem kazanacaktır. Çünkü, şirketler transfer fiyatlandırması politikalarını vergi yüklerini azaltmak ve fiyat manipülasyonu yoluyla fonların bir ülkeden bir ülkeye aktarılması amacıyla kullanabileceklerdir.[11]

III. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Kavramı ve Vergi Hukukundaki Yeri

Transfer fiyatlandırması ve örtülü kazanç kavramları birlikte ele alındığında, aslında hukuka aykırı olmayan transfer fiyatlandırması politikalarının örtülü kazanç dağıtımı yoluyla kötüye kullanıldığı ortaya çıkmaktadır. Bir başka anlatımla, vergi düzenlemelerine aykırı olarak saptanan transfer fiyatlandırmaları, örtülü kazanç dağıtma amacıyla hukuka uygun bir kavram olmaktan çıkmaktadır.

Transfer fiyatlandırmasına ilişkin ilk yasal düzenleme 1954 yılında Amerika Birleşik Devletleri ("ABD")'nde yapılmış olup, OECD düzenlemeleri de ABD yapılan düzenlemelere paralel niteliktedir.[12]

OECD düzenlemelerinde ise, temel ilkeler 1995 yılında hazırlanarak her yıl gözden geçirilen "Çok Uluslu Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi" ("Rehber") 'nde yer almaktadır.[13] Söz konusu Rehber en son 2010 yılında güncellenmiştir.

OECD'nin transfer fiyatlandırması konusunda Rehber'de yapmış olduğu düzenlemelere bakıldığında, temel belirleyici unsur olarak "emsallere uygunluk ilkesi"ni (arm's lenght principle) kabul ettiği görülmektedir. Emsallere uygunluk ilkesi, OECD Model Vergi Anlaşmasının[14] 9.maddesinde aşağıda belirtildiği biçimde yer almaktadır:

"İki ilişkili kuruluş arasındaki ticari ve finansal ilişkilerde belirlenen

10 "Transfer Pricing Guidelines for Mültinational Enterprises and Tax Administrations", OECD, 2001 s. Önsöz 11

11 "Transfer Fiyatlandırmasının Vergisel Amaçları, Karşılaşılan Sorunlar ve OECD-AB Yaklaşımı", SARAÇOĞLU, Fatih, Lebib Yalkın Dergisi Ağustos 2006 Sayı:8

12 AĞAR, a.g.e., s:33

13 Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OECD, http://www.oecd.org/ctp/tp/guidelines

14 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital

ya da kabul ettirilen koşulların, birbirinden bağımsız kuruluşlar arasında uygulanan koşullardan farklı olması durumunda, bu koşulların bulunmadığı durumda tahakkuk etmesi gereken, ancak bu koşullar nedeniyle işletmelerden biri lehine tahakkuk etmeyen kârlar; o kuruluşun kârlarına dâhil edilir ve vergiye tabi kâr olarak vergilendirilir."

Emsal uygunluk ilkesinin yanında OECD düzenlemelerinde önem arz eden bir diğer kavram da "ilişkili kuruluş" kavramıdır. Rehber'de ilişkili kuruluş kavramı,

"İki kuruluş arasında, kuruluşlardan birinin OECD Model Vergi Anlaşmasının 9. Maddesinin 1a) ya da 1b) alt-bendinde belirtilen koşulları karşılaması halinde, diğer kuruluş açısından ilişkili kuruluş konumunda sayılır."

olarak belirtilmiştir.

Rehber'de atıf yapılan OECD Model Anlaşması'nın ilgili maddesine baktığımızda söz konusu koşullar;

- İki işletmeden biri diğerinin idare, denetim veya sermayesine doğrudan veya dolaylı olarak iştirak eder veya
- Aynı kişiler her iki işletmenin idare, denetim veya sermayesine katılırlar ise bunlar ilişkili sayılır.

Uygulamada, ülkelerin transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzenlemelerinde OECD'nin Rehberi'ni esas aldıkları görülmektedir.[15]

IV. 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Türk vergi hukukunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili düzenlemeler,

- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu,
- 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Tebliğ[16] ("1 Seri No.lu Tebliğ")
- 2007/12888 sayılı 6.12.2007 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ("BKK")
- 2008/13490 sayılı 13.4.2008 tarihli BKK

yer almaktadır.

15 Tablo.1. Bazı Yabancı Ülkelerin Transfer Fiyatlandırması Yöntem Tercihleri ve Uygulamaları, ORKUNOĞLU, Işıl Fulya, Vergi Sorunları Dergisi Kasım 2008 Sayı:242 s:114

16 18.11.2007 tarih ve 26704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Mülga 5422 sayılı KVK'da örtülü kazanç başlığı altında yer alan düzenleme, 5520 sayılı KVK'da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun gerekçesinde yer alan açıklamalar ışığında yeni düzenlemelerin güncel gelişmeler ışığında ve OECD düzenlemeleri dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir.

5520 sayılı KVK'nın 37/1ç maddesi, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenleyen 13.maddesinin 1.1.2007 tarihi itibariyle yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, söz konusu hükümler 5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesi ile aynı anda uygulanmaya başlamayacaktır.

Ancak, ileride bahsedileceği üzere transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazancın gider olarak indirilemeyeceğini düzenleyen 11.madde[17], 1.1.2006 tarihi itibariyle uygulanmaya başlayacaktır.

5520 sayılı KVK'da yer alan söz konusu düzenleme 1 Seri No.lu Tebliğ'de de belirtildiği üzere, Türkiye'deki tam ve dar mükellef[18] gerçek kişi ve kurumların tamamı için geçerli olacaktır.

KVK'nın 13.maddesinde yer alan düzenleme uyarınca kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunurlarsa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacaktır.

Madde metninde yer alan düzenlemeye baktığımızda, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından söz edebilmek için;

- Bir kurum tarafından bir mal veya hizmet alım ya da satımının (alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama, kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler de bu kapsamdadır.) yapılmış olması,
- Söz konusu kurumun bu mal veya hizmet alım ya da satımını ilişkili kişilerle yapmış olması,

---

17 (1)Kurum kazancının tespitinde aşağıdaki indirimlerin yapılması kabul edilmez:

c) Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar.

18 KVK m.3

(1)Tam mükellefiyet: Kanunun 1 inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî veya iş merkezi Türkiye'de bulunanlar, gerek Türkiye içinde gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirilirler.

(2 Dar mükellefiyet: Kanunun 1 inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye'de bulunmayanlar, sadece Türkiye'de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilirler.

- Bu mal veya hizmet alım ya da satımında "emsallere uygunluk ilkesi"-ne aykırı olarak fiyat veya bedel tespiti yapılmış olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine göre tespit ettikleri fiyat veya bedel üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımı yapmış olmaları durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından söz edilmeyecektir.

Kanun ilişkili kişi kavramını,

"İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır."

biçiminde tanımlanmıştır. Fıkrada geçen "gerçek kişi" ifadesi, Gelir Vergisi Kanunu ("GVK")'nun uygulanmasında gerçek kişi olarak kabul edilip vergiye tabi tutulan şahıslar ile şahıs şirketleri ya da adi ortaklıkları; "kurum" ifadesi de, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarını kapsamaktadır.

1 Seri No.lu Tebliğ'de KVK'nın 13.maddesinde yer almayan ve kanuni düzenlemeyi hukuka aykırı şekilde genişleten bir düzenlemeye yer verilerek, ilişkili kişi kavramına "sosyal ve ekonomik ilişki" kavramı da dahil edilmiştir.[19]

Düzenleme uyarınca bir kurum açısından ilişkili kişi;

- Kurumların kendi ortaklarını,
- Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumları,
- Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumları,

19 "Kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişiler, Kanunun 13 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında da belirtildiği üzere, ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları, kayın hısımlarını ya da kurum ortakları ile ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir."

- Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları,[20]
- Ortakların eşlerini,
- Ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımlarını

ifade etmektedir.

Ayrıca, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulu'nca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler kötüye kullanımların önlenmesi amacıyla ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır.[21]

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın yayımlamış olduğu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber[22]'de ayrıca, bir kurum ile Türkiye'de dağıtıcı (distribütör) olarak faaliyette bulunan kurumun da ilişkili kişi kapsamında değerlendirileceği; fakat bir gerçek kişi/kurum ile bir başka gerçek kişi/kurum arasında olağan ticari faaliyet çerçevesinde sadece bayilik ilişkisinin bulunması durumunda söz konusu gerçek kişi veya kurumlar bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir.

Aynı şekilde "emsallere uygunluk ilkesi" de madde metninde tanımlanmıştır. OECD Rehberi esas alınarak yapılan bu tanıma göre, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olması, emsallere uygunluk ilkesini ifade edecektir. Bu fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen en uygun tutar olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin bu tutar olması gerekmektedir.

---

20 "...Bu çerçevede, şirketiniz ve ortakları ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişki bulunmaması şartıyla, şirketinizin ... İstanbul Şubesi ile ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir."

T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Tekirdağ Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü Özelgesi, Sayı: B.07.1.GİB.4.59.15.01-KVK-87-2011-11, Tarih: 20.02.2012

21 Vergi cennetlerine ilişkin olarak (zararlı vergi rekabeti yapmakta olan ülkeler)Bakanlar Kurulu henüz bir belirleme yapmamıştır; ancak OECD 35 ülkeyi bilgi ve değişimi saydamlık konusunda işbirliği yapmayı kabul eden ülke ve 3 ülkeyi de işbirliği yapmayı kabul etmeyen devlet olarak açıklamıştır.

www.kpmg.com

22 Gelir İdaresi Başkanlığı, Yayın No: 114 Kasım 2010

Emsallere uygun fiyat veya bedele ulaşmak için öncelikle iç emsal[23] kullanılacak, bu şekilde kullanılacak fiyat veya bedelin bulunmaması ya da güvenilir olmaması halinde dış emsal karşılaştırmada esas alınacaktır.[24] Bu ilkenin uygulanabilmesi, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerle ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlerin karşılaştırılabilir olmasına[25] dayanmaktadır.

Mükellefler, ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, işlemin mahiyetine en uygun olan yöntemi kullanarak tespit edeceklerdir. Bu yöntemler, OECD Rehberi"nde "geleneksel işlem yöntemleri" olarak öncelikle önerilen temel yöntemlerdir. Mükellefler, ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde bu yöntemlerden işlemin niteliğine en uygun olanını seçerek, söz konusu yöntem doğrultusunda fiyat ya da bedeli belirleyeceklerdir. Bu yöntemlerden hiç birisi emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde fiyat ya da bedel tespitine olanak vermiyorsa, mükellefler kendi belirleyecekleri bir yöntem ile anılan fiyat ya da bedeli belirleyebileceklerdir.[26]

Bu yöntemler arasında uygulama açısından herhangi bir öncelik sırası yoktur, uygulama kıstası, "işlemin niteliğine en uygun yöntem"dir. Maddede emsallere uygun fiyat ya da bedele ulaşmak için belirlenen yöntemler,

- karşılaştırılabilir fiyat yöntemi,
- maliyet artı yöntemi ve
- yeniden satış fiyatı olarak belirlenmiştir.

---

23 "Mükellefin ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde kullandığı fiyat ya da bedeli ifade etmektedir."

Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Gelir İdaresi Başkanlığı

24 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Tebliğ

25 "Karşılaştırılabilirlik analizi", genel olarak ilişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerindeki koşullarla, aralarında ilişki bulunmayan kişiler arasındaki benzer nitelikteki işlemlerin koşullarının karşılaştırılmasına dayanmaktadır.

Bu çerçevede, kontrol altındaki işlemler ile kontrol dışı işlemler karşılaştırılırken aşağıda açıklanan unsurların göz önüne alınması gerekmektedir.

Mal veya hizmetlerin nitelikleri

İşlev analizi

Ekonomik koşullar

İş stratejileri

1 Seri Nolu Tebliğ

(Öte yandan, ilk iki sırada yer alan unsurların, ilişkili ve ilişkisiz kişiler arasında karşılaştırılmasında, söz konusu işlemlere ilişkin sözleşme koşullarının da (sağlanan garantinin kapsamı ve süresi, taşıma süreleri, kredi süreleri gibi) dikkate alınması gerekmektedir. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Gelir İdaresi Başkanlığı, s:6)

26 5520 sayılı KVK Madde Gerekçeleri, m.13

Madde düzenlemesine göre,

"a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.

b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.

c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını"

ifade eder.

Daha öncede belirtildiği gibi, söz konusu yöntemler emsallere uygun fiyat veya bedeli tespit etmeye yöneliktir; dolayısıyla bu yöntemlerin kullanılması ile emsale uygun fiyat ya da bedele ulaşılamaması halinde mükelleflerce başka yollar da seçilebilecektir. Mükellefler, bu kapsamda uygulayabilecekleri yöntemleri tamamen kendileri belirleyecekleri gibi, maddede sayılmayan ancak OECD Rehberi'nde belirtilen ya da diğer ülkelerin uygulamalarında karşılaşılabilen yöntemleri de kullanabileceklerdir. Bu bağlamda uygulama olanağı bulabilecek yöntemlerin en önemlileri, OECD Rehberi'nde "geleneksel işlem yöntemleri"ne başvurma olanağının olmadığı haller için "diğer yöntemler" başlığı altında önerilen kâr bölüşüm yöntemi ve işleme dayalı net kâr marjı yöntemidir. Bu yöntemler, bağlantılı şirketler arasındaki işlemlerden doğan kârı temel almaktadır.[27]

Maddede belirtilen yöntemler haricinde kanun koyucu mükelleflere, ilişkili kişilerle yapacakları mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemleri, Maliye Bakanlığı ile anlaşılarak belirleme olanağı da vermiştir. 2007/12888 sayılı BKK'nın 14.maddesinde düzenlenen söz konusu yöntem 2008/13490 sayılı BKK ile bugünkü şeklini almıştır. İlgili düzenlemelere göre söz konusu anlaşmayı yapabilecek mükellefler ve anlamaya konu işlemler,

- Tüm kurumlar vergisi mükelleflerinin ilişkili kişilerle yaptıkları yurt dışı işlemleri,

27 5520 sayılı KVK Madde Gerekçeleri, m.13

- Tüm kurumlar vergisi mükelleflerinin serbest bölgelerde faaliyette bulunan kurumlar vergisi mükellefleri ile ilişkili kişi kapsamında yaptıkları işlemleri,
- Serbest bölgelerde faaliyette bulunan kurumlar vergisi mükelleflerinin bu bölgelerde faaliyette bulunmayan kurumlar vergisi mükellefleri ile ilişkili kişi kapsamında yaptıkları işlemleri

olarak belirlenmiştir.[28]

Peşin fiyatlandırma anlaşması olarak da bilinen bu yöntemin, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar çerçevesinde kesinlik taşıyacağı da söz konusu düzenlemede yer almaktadır. Uygulayacağı yöntem konusunda tereddüdü bulunan mükellef, Maliye Bakanlığı'na başvurarak belli bir dönem için yöntem tespiti isteğinde bulunabilecektir. Söz konusu yöntem OECD Rehberi'nde önerilen bir yöntem olup, birçok ülke tarafından da uygulanmaktadır.

Yöntemin en büyük avantajı, mükellefler açısından belli bir süre için uygulanacak yöntemin kesinlik taşıması ve herhangi bir eleştiri, ceza riski olmadan plan yapabilme, önünü görebilme olanağı vermesidir. İdare açısından en büyük avantaj ise konunun başlangıçta belli bir anlaşma ile belirlenmesi ve eleştiri sürecinden başlayarak yargı sürecine kadar taşınabilecek bir işlemin getirdiği zaman ve iş yükünden tasarruf sağlanmasıdır.[29]

Tüm bu yöntemlerin kullanılması elde edilmesi istenen sonuç, emsallere uygun olarak belirlenen tek bir fiyatın olmasıdır; ancak bu her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda, "emsal fiyat aralığı" tespit edilerek bu aralık içerisinde yer alan bedel veya fiyatlara istatistikî yöntemler uygulanarak emsal fiyat veya bedel belirlenecektir.[30]

5520 sayılı KVK'nın 13.maddesinin yedinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre ilgili işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığının kabul edilebilmesi "hazine zararı" şartına bağlı kılınmıştır. Hazine zararı şartı, 5422 sayılı KVK'da yer almamışken, 5766 sayılı Kanun ile 5520 sayılı KVK'nın 13.maddesine eklenmiştir. Söz konusu düzenleme, 6.6.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, hazine zararı şartının 2008 yılı kazançlarına da uygulanması benimsenmiştir. Bir başka anlatımla,

28 2008/13490 sayılı BKK, m.15

29 "***Transfer Fiyatlandırmasında Belgelendirme***", ADIBEŞ, Cuma, Vergi Sorunları Dergisi Mayıs 2012 Sayı:284

30 "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında "Emsal Fiyat" Aralığı", ÖZÇELİK, Cihangir, Vergi Sorunları Dergisi Mayıs 2012 Sayı:284

2007 ve daha önceki dönemler bakımından hazine zararı meydana gelmiş olsun veya olmasın, kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabul edilecektir.[31]

Hazine zararı, tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemleri bakımından aranacak bir şarttır. Bir başka anlatımla, hazine zararının aranacağı işlemler sadece yurt içi işlemlerdir.[32] Madde metninde hazine zararı kavramı, "emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesi" olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere hazine zararı kapsamı oldukça geniş tutularak her türlü verginin eksik veya geç tahakkuk ettirilmesi, kapsam dahiline alınmıştır. Bu düzenlemeden işlemler ile ilgili olabilecek başlıca vergilerden kesinti suretiyle alınan vergiler de dahil olmak üzere her türlü vergiler olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmalıdır.[33]

Madde metninde yer almasa da, hazine zararının bir dönemden daha uzun sürede de ortaya çıkabileceği kabul edilen bir görüştür.[34] Dolayısıyla işlemin yapıldığı dönemde hazine zararı oluşmasa bile zamanaşımı süresi sonuna kadar hazine zararının takibi ve zarar oluşmuşsa telafisi mümkün olacaktır.

V. Unsurları

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili olarak yukarıda belirtilmiş olan açıklamalar sonucunda, bir işlemin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapıldığı sonucuna varılabilmesi için somut olayda objetif ve subjektif unsurların tümünün gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Buna göre;

- **Objektif Unsur:**

a) İlişkili Kişi Sıfatı

b) İlişkili Kişiye Menfaat Sağlanması

c) Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırılık

31 "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı", GÜÇLÜ, Süleyman, Vergi Sorunları Dergisi Mayıs 2010 Sayı: 260

32 "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı ve Düzeltme İşlemleri", ÇETİN, Rızkullah, Yaklaşım Dergisi Nisan 2011 Sayı: 220

33 GÜÇLÜ, a.g.e.

34 AĞAR, a.g.e, s:156, GÜÇLÜ, a.g.e.

d) Hazine Zararı

• **Subjektif Unsur**

a) Mükellefin Amaç ve İradesi

olarak kabul edilmektedir. [35]

VI. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Hukuki Sonuçları

5520 sayılı KVK'nın 13.maddesinin altıncı fıkrası açık olarak, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazancın, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağını belirtmiştir.

Ayrıca, Kanun'nun 11.maddesinin 1c bendinde yer alan düzenleme uyarınca, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar, kanunen kabul edilmeyen giderler olarak sayılmıştır.

Söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç bir yandan kurum matrahına eklenmek suretiyle vergi tarhiyatına konu olacak; diğer yandan ise kurumun dağıtmış olduğu kar payı veya ana merkeze aktardığı tutar olarak vergilendirilecektir.

Nitekim Danıştay 4. Dairesi de 20.12.2000 tarih ve E. 2000/416 K. 2000/5373 sayılı kararında, sermaye şirketlerince dağıtılacak kazançların, matrahtan indirilemeyeceğini, şirketlerin kendi ortakları ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük faizle ödünç para alım ve dağıtımı halinde, örtülü kazanç dağıtımı yapılacağı ve vergiden indirim konusu yapılamayacağını belirtmiştir.

Bu kapsamda, daha önce yapılan vergilendirme işlemleri taraf olan mükellefler nezdinde "düzeltme" işlemine konu edinecektir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, kar payı olarak sayılacağı ve buna ilişkin olarak da mükellef kar payına ilişkin olarak istisna hükümlerinden yararlanacağı için, "karşı taraf düzeltmesi" adı altında işleme taraf olanlar nezdinde düzeltme işlemi gerçekleşecektir. Ancak, düzeltmenin yapılabilmesi için, örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şart koşulmuştur.

35 AĞAR, a.g.e.,s:99

Konuya istinaden örtülü kazanç dağıtımında tarafların hukuki durumlarına göre vergilendirilmesi, bir tablo halinde aşağıda yer alan tabloda gösterilmiştir: [36]

Tablo. 2. Örtülü Kazançta Tarafların Vergilendirilmesi

Örtülü Kazanç Dağıtılan Kişinin Vergi Mevzuatındaki Durumu	**Vergilendirme Yöntemi**	**Kanun Maddesi**
Örtülü Kazanç Dağıtılan Kişinin Tam Mükellef Kurum Olması	Şartların varlığı halinde iştirak kazançları istisnasından yararlanacak ve bu şekilde düzeltme işlemi beyanname üzerinden yapılacak	KVK md. 5/1-a
Örtülü Kazanç Dağıtılan Kişinin Dar Mükellef Kurum Olması	Dağıtılan örtülü kazanç tutarı,örtülü kazanç dağıtılan nezdinde dağıtılmış net kar payı olarak kabul edilecek ve bu miktar brüte tamamlanarak %15 vergi kesintisine tabi olacaktır.	KVK md. 30/3
Örtülü Kazanç Dağıtılan Kişinin Gerçek Kişi Olması	Dağıtılan örtülü kazanç tutarı,örtülü kazanç dağıtılan nezdinde dağıtılmış net kar payı olarak kabul edilecek ve bu miktar brüte tamamlanarak %15 vergi kesintisine tabi olacaktır	GVK md. 94/6-b
Örtülü Kazanç Dağıtılan Kişinin Vergiye Tabi Olmayan veya Vergiden Muaf Olan Herhangi Bir kişi olması	Dağıtılan örtülü kazanç tutarı,örtülü kazanç dağıtılan nezdinde dağıtılmış net kar payı olarak kabul edilecek ve bu miktar brüte tamamlanarak %15 vergi kesintisine tabi olacaktır	KVK md. 15/2

VII. Sonuç

Günümüzde, küreselleşme ile birlikte çok uluslu şirketlerin ekonomi hayatında önemli rol oynamaya başlamasıyla birlikte, yapmış oldukları işlemlerin denetlenebilirliği sorunu gündeme gelmiştir. Özellikle işlemlerinin büyük bir çoğunluğunu kendi birimleri arasında gerçekleştiren şirketler, kar maksimizasyonu amacıyla bu şekilde hareket etmekte ve bu yönde politikalarını sürdürmektedirler.

Transfer fiyatlandırması müessesinden yararlanılarak gerçekleştirilmeye çalışılan söz konusu amaç, esasen hukuka uygun olmakla birlikte, şirket işlemlerinin tam ve doğru gösterilmesinde yaşanan aksaklıklar yüzünden hukuka aykırı bir hal almaktadır. Emsallere uygun olmayan fiyat veya bedellerle gerçekleştirilen işlemler, vergi idareleri açısından büyük

36 ÇETİN, a.g.e.

kazanç kaybına neden olduğu için, günümüzde OECD düzenlemeleri çerçevesinde Devlet'ler çeşitli düzenlemeler yaparak bu yolla kazançlarının aşındırılmasını önlemeye çalışmaktadırlar.

Transfer yolu ile örtülü kazanç dağıtımının sonuçlarına bakıldığında, tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılan kazanç, kurum matrahına dahil edilerek gerekli düzeltmeler yapılacağı için, bu yolla vergi kayıpları da önlenmiş olacaktır.

Tablo. 1. Bazı Yabancı Ülkelerin Transfer Fiyatlandırması Yöntem Tercihleri ve Uygulamaları

Ülkeler	Emsallere Uygunluk Prensibine Referans	OECD Rehberine Referans	Transfer Fiyatlama Yöntemleri
Amerika	Var	Yok	1.Avaslar ve kredilerde, 2. Maddi ve gayri maddi mallarda, 3.Maliyet paylaşımı anlaşmalarında, 4.Hizmetlerde, uygulanıyor. Yöntemlerin birbirlerine üstünlükleri yok.
Avusturalya	Var	1.Genel konsept, 2.Emsale uygunluk prensibi, 3.Belgeleme, 4.Gruplar arası hizmet, 5.Maliyet dağıtım düzenlemeleri konularında var.	OECD yöntemleri kullanılıyor. Yöntemlerin birbirine üstünlüğü yok.
Belçika	Var	Yok	OECD yöntemleri
Çek Cumhuriyeti	Var	Direkt yok	OECD yöntemleri
Danimarka	Var	Tamamen var	OECD yöntemleri
Fransa	Var	APA var	OECD yöntemleri
İrlanda	Yok	Yok	OECD yöntemleri
İsveç	Var	Var	OECD yöntemleri
İspanya	Var	Var	1.Karşılaştırmalı Kontrolsüz Fiyat Yöntemi, 2.Maliyet Artı Yöntemi, 3.Yeniden Satış Yöntemi, Bunların uygulanması uygun değilse ya da bilgi eksiği varsa; - Kar bölüşüm yöntemi ya da net işlem marjı yöntemleri uygulanabilir.

İtalya	Var ancak normal değer olarak	Yok	OECD yöntemleri
Japonya	Var	1.Çifte Vergilendirme 2.APA var.	OECD yöntemleri
Kanada	Var	APA var.	Geleneksel ve işleme dayalı kar marjı yöntemleri kullanılabilir. Geleneksel yöntemler; Karşılaştırılabilir Kontrolsüz Fiyat Yöntemi, Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi ve Maliyet Artı Yöntemidir. İşleme dayalı kar yöntemleri ise; kar bölüşüm ve işlemsel net marj yöntemidir. Geleneksel yöntemler uygulanabilir olmadığı ya da güvenilir olmadığında işleme dayalı kar marjı yöntemleri uygulanabilir.
Meksika	Var	Tamamen var	OECD yöntemleri
Norveç	Var	Var	OECD yöntemleri
Polonya	Var	Direkt yok	1.Karşılaştırılabilir Kontrolsüz Fiyat Yöntemi(CUP) 2. Yeniden Satış Yöntemi(RP) 3. Maliyet ArtıYöntemi(CP) Bunlar uygun değilse ya da very eksiği varsa; işlemsel kar metodları kullanılabilir.
Portekiz	Var	Kanun gerekçesinde tamamen teknik konularda veya eksik yerel transfer fiyatlandırması işlemlerinde OECD metodları bütünleyici olarak kullanılmalı denilmektedir.	Kanada'daki gibi CUP, RP ve CP(costplus) yöntemleri uygulanabilir eğer bu yöntemler uygulanabilir olmazsa ya da güvenilir olmazsa işleme dayalı kar marjı yöntemleri uygulanabilir.
Yeni Zelanda	Var	Yok ama Yeni Zelanda transfer fiyatlandırması rehberi var	1.Karşılaştırılabilir K.F. Yön.,2. Yeniden Satış Yön.,3.Maliyet Artı Yöntemi,4. Kar Bölüşüm Yöntemi,5.Karşılaştırmalı Karlar Yöntemidir. Bu yöntemlerin birbirine üstünlüğü yoktur.
Yunanistan	Var	Yok	Genel kurallar uygulanıyor. Olsa uygulanabilir

KAYNAKÇA

1. 520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
2. 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Tebliğ
3. 2007/12888 sayılı 6.12.2007 tarihli Bakanlar Kurulu Karar
4. 2008/13490 sayılı 13.4.2008 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı
5. Danıştay 4. Dairesi 20.12.2000 tarih ve E. 2000/416 K. 2000/5373
6. T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Tekirdağ Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü Özelgesi
7. Sayı: B.07.1.GİB.4.59.15.01-KVK-87-2011-11, Tarih: 20.02.2012
8. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Gelir İdaresi Başkanlığı, www.gib.gov.tr
9. OECD Transfer Pricing Guidelines for Mültinational Enterprises and Tax Administrations, http://www.oecd.org/ctp/tp/guidelines
10. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, www.oecd.org
11. www.kpmgvergi.com
12. ADIBEŞ, Cuma, Transfer Fiyatlandırmasında Belgelendirme
13. Vergi Sorunları Dergisi Mayıs 2012 Sayı:284
14. ÇETİN, Rızkullah; Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı ve Düzeltme İşlemleri Yaklaşım Dergisi Nisan 2011 Sayı: 220
15. EKİNCİ, Yard. Doç. Dr. Filiz
16. 5520 Yeni Kurumlar Vergisi Kanununda Vergi Güvenlik Müesseselerine İlişkin Düzenlemeler
17. T.C Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: Nisan 2007 Sayı: 17, http://sbe.dumlupinar.edu.tr/17/288-296.pdf
18. GÜÇLÜ, Süleyman; Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı Vergi Sorunları Dergisi Mayıs 2010 Sayı: 260
19. GÜRGEN, Orhan; Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Hukuki Çerçevesi,Yaklaşım Dergisi Ekim 2010 Sayı:214
20. ORKUNOĞLU, Işıl Fulya; Tablo.1. Bazı Yabancı Ülkelerin Transfer Fiyatlandırması Yöntem Tercihleri ve Uygulamaları, Vergi Sorunları Dergisi Kasım 2008 Sayı:242 s:114
21. ÖZÇELİK, Cihangir; Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında "Emsal Fiyat" Aralığı, Vergi Sorunları Dergisi Mayıs 2012 Sayı:284
22. SARAÇOĞLU, Fatih; Transfer Fiyatlandırmasının Vergisel Amaçları, Karşılaşılan Sorunlar ve OECD-AB Yaklaşımı, Lebib Yalkın Dergisi Ağustos 2006 Sayı:8
23. SARI GERŞİL, Gülşen, Küreselleşme ve Çok Uluslu İşletmelerin Çalışma İlişkilerine Etkileri; T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt:6 Sayı:1 Yıl:01 Ocak-31 Mart 2004
24. SÖNMEZ, Av. Tuğçe;Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Aktarımı Galatasaray Üniversitesi Ekonomi Hukuku Tezsiz Yüksek Lisans Programı, Bitirme Projesi
25. AĞAR, Av. Dr. Serkan; Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Yaklaşım Yayıncılık Ankara Mart 2011
26. KAPUZOĞLU, Tuncay; Vergisel Yönden Transfer Fiyatlandırması Oluş Yayıncılık 2003 İstanbul
27. KOYUNCU, Mesut; Örtülü Sermaye Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması, Yıldız Yayın Mayıs 2005 İstanbul

İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA «ACİZ HALİNDE İKEN YAPILAN TASARRUFLARDAN DOLAYI» İPTAL
(İİK. mad. 279)[1]

Av. Talih UYAR

İİK. mad. 279'da «*borçlunun aciz halinde iken* -daha doğrusu *borca batık durumda iken- yaptığı tasarrufların*» hangilerinin iptale tâbi olacağı açıklanmıştır.

I- Kanunun, *«borçlunun borca batık olduğunu»* varsayarak öngördüğü belli bir devrede yaptığı -ve maddede dört bent halinde sayılan- tasarruflar, alacaklıların iptal davasına konu olabilir.

Bu hükmün kabulünü gerektiren düşünce, borçlunun *«bir veya bir kaç alacaklıyı kayırmak sonucu doğuran fiillerini»* önlemektir.[2] Ancak, bu amacı taşıyan tüm fiiller değil, sadece maddede sayılan fiiller, bu maddeye göre iptâl davasına yol açabilir.

Bu madde uyarınca, tasarrufun iptâl edilebilmesi için -İİK. mad. 278'de olduğu gibi- *«borçlunun kasdı»* önemli değildir. Bunun sonucu olarak da davalı- üçüncü kişinin, borçlunun şu ya da bu kasdını bilmesi (yani kötüniyeti) aranmaz. Bu nedenle, davalı -üçüncü kişi, *«borçlunun zarar verme ya da kayırma kasdını bilmediğini»* isbat suretiyle sorumluluktan

---

1 Acizden dolayı butlan

MADDE 279 – Aşağıdaki tasarruflar borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflâsın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmışsa yine batıldır:

1- Borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler;

2- Para veya mutat ödeme vasıtalarından gayri bir suretle yapılan ödemeler;

3- Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler,

4- Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Bu tasarruflardan istifade eden kimse borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat eylerse iptâl davası dinlenmez.

2 GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s:227 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, 2009, s:700 - ÜSTÜNDAĞ, S. İflas Hukuku, 8. Bası, 2009, s:295

kurtulamaz.[3] Ancak -İİK. mad. 278'den farklı olarak, davalı-üçüncü kişi, hukukî işlemin (fiilin) yapıldığı ânda borçlunun durumunu -daha doğrusu, borca batık olduğunu-[4] «bilmediğini» -ve «gereken özeni gösterdiği halde, öğrenemediğini»- yani «iyiniyetli olduğunu» (MK. mad. 3) kanıtlarsa iptâl davası red edilir (mad. 279/son).[5]

Burada, olumsuz bir durumun isbatı söz konusu olmakla beraber isbat yükü iddia edendedir.[6] Ancak, olumsuz hususların isbatındaki güçlük dikkate alınarak, burada 'yaklaşık ispat ölçütü çerçevesinde'[7] *«belirti ve karinelerle»* yetinilecektir. Bu belirtiler; borçlunun «borca batık olduğu hakkında» davalı -üçüncü kişinin kuşkuya düşmesi için bir neden bulunmadığını yani durumun böyle bir kuşku uyandırmadığını yahut da bu kuşkunun doğduğunu fakat davalı- üçüncü kişinin gerekli ihtimamı göstererek edindiği bilgi yüzünden ortadan kalktığını gösterir nitelikte olmalıdır.[8] [9] Örneğin; üçüncü kişi, borçluya açacağı kredi karşılığında borçludan *«üst sınır ipoteği»*[10] almış ve bu ipotek çerçevesinde ona borç para vermeye (ya da onun senetlerini ödemeye, ona bankadaki kendi kredisini kullandırmaya) devam etmiş ve ipoteğin kurulmasından «bir sene» geçmeden borçlu iflâs etmişse (İİK. mad. 279/I), alacaklı; *«borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini»* -yani; borçlunun borca batık olduğu hakkında bilgi sahibi olmadığını- (İİK. mad. 279/son) ileri sürebilir ve bu iddiasında samimi görülebilir. Gerçekten, borçlunun (müflisin) kurduğu ipotek her

3 UMAR, B. Türk İcra ve İflas Hukukunda İptal Davası, 1963, s:71 - GÜRDOĞAN, B. age., s: 228 - ÖZTEK, S. Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 2003, s:326) - KALE, S. Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası "İİK. mad. 279" (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, 2003, s:191) - YILDIRIM, M.K. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 1995, s:199 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. Tasarrufun İptali Davaları, s:188, 191 - GÜNEREN, A. Tasarruf İptâl Davaları, 2008, s:371 - ATALAY, E. İptal Davalarında Acizden Dolayı Butlan Hallerinin Gösterdiği Özellikler (Kocaeli Bar. D. 2003/2, s:28) - AKKAYA, T. İcra ve İflâs Hukukunda İptâle Tabi Tasarruflar (İİK. m. 277-284) «Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:40)

4 UMAR, B. age. s:71

5 MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 2008, s:1006-ALTAY, S. Türk İflâs Hukuku, C:1, 2004, s:679 - OSKAY, M./KOÇAK, C.-DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C:5, 2007, s:5960

6 KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:4, 1997, s:3451 - UMAR, B. a.g.e. sh: 79 - BERKİN, N. İflâs Hukuku, 1972, s:510 - SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptâl Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s:54)

7 PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:701

8 Aynı doğrultuda: İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; ATF 25 II 669/670 (Naklen; BRAND, E. («Çev. ARAS, F.A.» İptâl Davası, s: 17)

9 UMAR, B. a.g.e. sh: 79 - BERKİN, N. age, s:510 - OLGAÇ, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s:467)

10 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Bası, 1992, s:9 vd; 18 vd. - UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:8, 2008, s:11958 vd., 11968 vd.

ne kadar «iflâsın açılmasından önceki bir sene içinde» olduğu için, iptâle tâbi ise de, bu ipotek *«kesin ipotek»*[11] yani, tutarı belli olan alacak için kurulan ipotek (MK. mad. 875) şeklinde olmayıp, 'ipotek kurulduğu ânda henüz doğmamış olan ve fakat ileride doğacak olan bir alacak için kurulan ipotek' (MK. mad. 881/I) yani *«üst sınır ipoteği»* şeklinde olduğundan ve hiç kimsenin de iflâs etmek üzere olan -yani; borca batık olan- birisine bu durumunu bile bile kredi açması beklenemeyeceğinden, üçüncü kişinin, 'ipotek kurulduktan sonra, borçluya kredi açmaya devam etmesinin, onun bu durumunu bilmediğinin kanıtı olduğu, eğer borçlunun bu durumunu bilmiş olsaydı, ona kredi açmaya devam etmeyeceği' kabul edilerek, 'iflâstan önceki bir yıl içinde kurulan söz konusu ipoteğin iptalinin gerekmeyeceği' düşünülebilir. Eğer ipotek, *«üst sınır ipoteği»* şeklinde değil de, *«kesin ipotek»* olarak kurulmuşsa üçüncü kişinin (ipotekli alacaklının), «borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini» başka kanıtlarla isbat etmesi gerekir. Bunun isbatı ise oldukça güçtür.

İptâl konusu tasarruftan yararlanan kişi, bir temsilci vasıtasıyla hareket etmişse, iptâl davasının sonuçlarından kurtulabilmesi için, «borçlunun borca batık olduğunu, temsilcisinin bilmediğini» ispat etmesi gerekir.[12]

II- Az sonra inceleyeceğimiz, maddede dört bent halinde sayılan tasarruflar *«borcunu ödemeyen borçlu»* tarafından **hacizden** (İİK. mad. 85; 102) veya haciz edilecek mal bulunmaması nedeniyle **acizden** (İİK. mad. 105) veya **iflâsın açılmasından** (İİK. mad. 165) önceki (geriye doğru) bir sene içinde yapılmış olmaları koşulu ile, iptâl davasına konu olabilirler.

a) Önce belirtelim ki, maddedeki *«borcunu ödemeyen borçlu»* sözcükleri, kanunumuza kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanunundan hatalı çevrilmiştir. Kaynak Kanunun Almanca metni; *«... daha fiilin yapıldığı ânda borca batık olan»* borçludan bahseder ki, doğrusu da budur.[13] Yani bu maddede *«borca batık olan»* (yani, borcu 'pasifi' alacaklarından 'aktifinden' fazla olan)[14] borçlunun -az sonra inceleyeceğimiz- belirli dönemde yaptığı tasarrufların iptali davasına konu olmaktadır. Nitekim, kaynak

---

11 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. Rehin, s:7 vd; 18 vd.-UYAR, T. ag. Şerh, s:11954 vd; 11968 vd.

12 İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; ATF 26 II 467, ATF 32 II 546 (Naklen; BRAND. E. («Çev. ARAS. F.A.» a.g.e. s: 19)

13 UMAR, B. a.g.e. s: 70 - UMAR B. İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, 1973, s: 28 - KURU, B. a.g.e. s:382, dipn. 17 - ANSAY, S. Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s: 328 - GÜRDOĞAN, B. age., s: 288

14 GÜRDOĞAN, B. age. s:228 - KURU, B. age. C:4, s:3444 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2004, s:1203 - ÜSTÜNDAĞ, S. age., s:291 - AKKAYA, T. İcra ve İflâs Hukukunda İptâle Tabi Tasarruflar (İİK. m. 277-284) «Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:32)

İsviçre Kanununun fransızca metni, bizimkinden daha açık olarak *«aciz halindeki»* borçludan bahsetmektedir.[15]

b) «Aciz halinde» -yani borçlunun borca batık halde iken- yapılan tasarrufların iptâl edilebilmesi için, bunların «**haciz**»den veya «**aciz**»den yahut «**iflâsın açılması**»ndan önceki bir sene içinde yapılmış olması gerekir.[16]

Bu bir senelik süre, *«fevkalâde mühlet»*in devamı süresince uzatılır (İİK. mad. 323/II). Keza, bu süre, borçluya verilen *«konkordato süresi (öneli)»* (İİK. mad. 287) kadar geriye doğru uzatılır.[17]

III- Bu madde gereğince, borçlunun «aciz halinde iken yaptığı tasarruflar»ın iptâl edilebilmesi için, zaman bakımından, az önce belirtilen bir yıllık süre -uygulamada bu süreye *«geriye doğru bir yıllık süre»* denilmektedir- içinde yapılmış olması yeterlidir.

Uygulamadaki önemi nedeniyle şu hususu hatırlatalım ki; buradaki *bir yıllık sürenin başlangıcı* -haciz yolu ile takiplerde- **«haciz tarihi»** (İİK. mad. 79,85, 102, 105) eğer mahkemeden ihtiyati haciz kararı alınarak ihtiyati haciz yapılmışsa, bu ihtiyati daha sonra kesinleşmesi koşulu ile; **«ihtiyati haczin uygulandığı tarih»**[18] (İİK. mad. 262), iflas yolu ile takiplerde ise **«iflasın açılma tarihi»** (İİK. mad. 165)'dir. Yoksa; borçlunun haczedilen mallarının satılması ve bunların takip konusu alacağı karşılamaması üzerine, alacaklıya verilen *«borç ödemeden aciz belgesi»*nin (İİK. mad. 143) düzenlenme tarihi değildir…[19] [20]

Bu vesile ile şu hususu da belirtelimki, İİK. mad. 279/I'de «iflâsın açılma tarihi»nin (İİK. mad. 165) *«geriye doğru bir yıllık süre»*nin başlangıç tarihi olarak öngörülmüş olması isabetli olmamıştır. Çünkü; borçlu, aleyhine açılan iflas davasını uzatarak, hakkında *"iflas kararı"* verilmesini geciktirerek, İİK. mad. 279'da (4) bent halinde öngörülen tasarrufların iptal edilmesini önleyebilir. Bu nedenle, tasarrufların iptal edilmesini önleyebilir. Bu nedenle, maddedeki «bir yıllık süre»nin, *«iflâsın açılma tarihi»* bakımından -örneğin; iki ya da üç yıl olarak uzatılması isabetli olacaktır…

Bu maddede ayrıca, İİK. mad. 278/I'den farklı olarak, «tasarrufun», *«haczin veya aciz belgesi verilmesinin sebebi olan alacaktan yahut if-*

15 UMAR, B. age. s:70

16 Burada sözü geçen "haciz", "aciz" ve "iflâsın açılması" kavramları hakkında bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, 2011, İİK. mad. 278. AÇIKLAMA: II

17 KURU, B. a.g.e. C:4, s:3452

18 Bknz: 15. HD. 5.3.2004 T. 90/1212

19 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e İİK. mad. 278; AÇIKLAMA: II

20 Karş: AKKAYA, T. agm. s:30

lâs halinde masaya kabul edilen alacaklardan en eskisinin tesis edildiği tarihe kadar ki dönem içinde yapılmış olması» koşuluna[21] yer verilmediği için, **kanımızca**, tasarrufun -bu madde uyarınca- iptâli için; «**davacı alacaklının alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması**» gerekli değildir.[22] Başka bir deyişle, alacaklı İİK. mad. 278'den farklı olarak, bu madde çerçevesinde, kendi alacağının doğumundan önceki borçlunun «aciz halinde iken yaptığı» tasarrufların iptâlini isteyebilir.[23] [24]

Ancak, hemen belirtelim ki -yakın zamana kadar (1.2.2007 tarihine kadar) iptâl davalarına ilişkin kararları temyizen inceleyen -**Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**[25] aksi görüşü savunarak *«tüm iptâl hallerinde, borçlunun tasarruflarının iptâl edilebilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olmasını»* zorunlu bir koşul olarak aramıştı. Bugün bu kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**[26] de şimdilik bu konuda bir içtihat değişikliğine gitmemiştir...

IV- Borçlunun bu madde gereğince *iptâl konusu olan tasarrufları şunlardır:*

1- Borçlunun, teminat göstermeyi evvelce taahhüt etmiş olduğu haller ayrık olmak üzere, borçlu tarafından mevcut bir borcu güvence altına almak (temin) için yapılan rehinler.[27]

a) Buradaki **«rehin»** sözcüğü, teknik anlamda anlaşılmamalıdır. İİK. mad. 23'deki tanımı kapsayacak biçimde[28] yorumlanmalıdır.[29] Örneğin; *borçlunun son bir sene içinde, bir malını başkasından mülkiyeti muhafaza koşulu ile satın almış gibi göstermesi ve bunu sicile kaydettirmesi*

---

21 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e İİK. mad. 278; AÇIKLAMA: II «dipn. 4-5 civarı»

22 Aynı görüşte: AKKAYA, T. agm. s:38 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:701

23 Aynı görüşte: GÜRDOĞAN, B. age. s:228 - KALE, S. agm. s:193; 202 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:676 - YILDIRIM, M.K. age. s:200

24 Karş: KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptâl Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 20 vd. - Yasa D. 1989/8, sh:1047 vd.) - GÜNEREN, A. age. s:372 - ŞİMŞEK, E. age. s:875 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. age. s:188 - KURU, B. El Kitabı, s:1205 - KURU, B. age. C:4, s:3452

25 Bknz: 15. HD. 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501 vb.

26 Bknz: 17. HD. 26.12.2008 T. 4139/5808; 11.11.2008 T. 4984/5235; 6.11.2008 T. 1911/5139; 30.10.2008 T. 1899/4984 vb.

27 Bknz: 17. HD. 27.9.2007 T. 4279/2813 - 15. HD. 13.12.1984 T. 3306/3923; İİD. 23.5.1973 T. 3830/5552

28 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. age. Şerh, C:2, 2004, s:2632 vd.

29 UMAR, B. age. s:73 - KURU, B. age. C:4, s:3444, dipn. 97 - GÜNEREN, A. age. s:372 - KALE, S. agm. s:196 - YILDIRIM, M.K. age. s:204 - OLGAÇ, S. agm. s:466

de, rehinler gibi iptâle konu olmalıdır.[30]

Aynı şekilde, bir alacaklı lehine *«hapis hakkı»* kurulması da, bu maddenin kapsamına girer.

b) «Mevcut bir borç için» rehin kurulması, iptâle tâbi olduğundan, borçlunun yeni bir borcunu güvenceye kavuşturmak için rehin kurması, bu maddenin kapsamı dışında kalır.[31] Buna karşın, borçlu, kendisine kefil olmuş olan kişinin ilerideki rücu alacağını güvence altına almak için rehin kurarsa, bu tasarruf hakkında da iptâl davası açılabilir.

Borç, koşula bağlı olabileceği gibi *vâdesi gelmemiş* (muaccel) de olabilir.[32]

c) Borçlunun, *«resmi şekilde yapılmış (önceki) ipotek kurma taahhüdünü»* ne dayalı olarak kurduğu ipotekler iptâl edilemez. Buna karşın, ipotek taahhüdü resmi şekilde yapılmadığı için geçerli değilse, borçlu bu -geçersiz- taahhüdüne dayanarak ipotek kurmuşsa, bu tasarrufu iptâl edilir.[33] [34]

2- Borçlunun para veya mutad ödeme vasıtalarından başka bir şekilde yaptığı ödemeler:

a) Burada sadece **«para borçları»** söz konusudur. Nitekim kaynak İsviçre Kanununun Almanca metni; *«bir para borcunun ifası»*ndan bahsettiği halde, bizim Kanunumuzda sadece; *«... ödemeler»* denilmekle yetinilmiştir.[35]

«Paradan başka borçlar»ın mutad olmayan vasıtalarla ifası, bu maddeye göre değil, eğer koşulları gerçekleşmişse, İİK. mad. 280'e göre iptâl davasına konu olur.[36]

b) «Mutad (alışılmış) ödeme vasıtaları» nın ne olduğu hususunda kesin bir formül verilemez. Olayın özelliklerine, tarafların durumuna ve ödemenin yapıldığı yerin âdetlerine göre, ödemenin *«mutad vasıtalarla yapılıp yapılmadığı»* tesbit ve takdir olunur. Örneğin; borçlunun bir

30 KURU, B. age. C:4, s:3444, dipn. 97 - UMAR, B. age. s:74 - GÜRDOĞAN, B. age. s:230 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. age. s:189 - GÜNEREN, A. age. s:372 - KALE, S. agm. s:196

31 BERKİN, N. age. s:509 - GÜRDOĞAN, B. age. s:229

32 UMAR, B. age. s:74

33 UMAR, B. age. s:75 - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s:292, dipn.240 - OLGAÇ, S. agm. s:468 - ALTAY, S. age C:1, s:678 - KALE, S. agm. s:197 - GÜNEREN, A. age. s:372

34 Bknz: 15. HD. 13.12.1984 T. 3306/3923 - İİD. 17.10.1964 T. E:11752

35 UMAR, B. age. s:71

36 UMAR, B. age. s:76 - GÜNEREN, A. age. s:373 - KALE, S. agm. s:198 - KARATAŞ, İ./ ERTEKİN, E. age. s:190 - AKKAYA, T. agm. s:36

borcuna karşılık olmak üzere bir dairesini, otomobilini vermesi, *«mutad bir ödeme vasıtası»* sayılmaz.[37] Buna karşın, *borçlunun borcuna karşılık olarak, üçüncü kişideki alacağını, kendi alacaklısına temlik etmesi,*[38] *alacaklısına para vermesi, kambiyo senedi, düzenlemesi* veya *ciro etmesi, «mutad ödeme vasıtası»* sayılır.[39]

Bir borçlu eğer, alacaklılarına zarar vermek (alacaklılarından mal kaçırmak) için, bir alacağını *gerçekte borçlu olmadığı üçüncü bir kişiye temlik ederse,* bu temlik «hileli bir tasarruf» olarak İİK. 280'e göre iptâle tabidir...[40] Fakat, borçlu eğer üçüncü bir kişideki alacağını -ödeme yerine geçmek üzere- *gerçekten borçlu olduğu üçüncü bir kişiye temlik ederse,* bu temlik İİK. mad. 280 anlamında «iptâle tabi tasarruf» niteliğinde sayılamaz. Çünkü; borçlu borcunu 'nakit olarak' ödeyebilir, bu ödeme İİK. mad. 280'nin kapsamına girmez. Ya da borçlu 'çek vererek' de borcunu ödeyebilir. Bu ödeme de İİK. mad. 280'nin kapsamına girmez... Gerek «nakit para» ve gerekse «çek» ile yapılan bu ödemeler sonunda, borçlunun başka parası kalmasa ve diğer alacaklılar borçlunun haczi kabil başka malını bulamasalar dahi, bu «nakit para» veya «çek»le yapılan ödeme, borçlunun diğer alacaklılarının zararına olmasına rağmen geçerlidir. Çünkü, borçlunun alacaklısı, *«mutad ödeme vasıtası»* olan «nakit para» veya «çek»le yapılan ödeme ile alacağına kavuşmuş (ve borçlu, borcundan kurtulmuş)dur...

«Ödeme yerine geçmek üzere alacağın temliki» de, kanunun (BK. mad. 170) öngördüğü bir *mutad ödeme vasıtası* olduğu için, bu temlikden borçlunun diğer alacaklıları zarar görmüş olsa bile, alacak temliki iptâle tabi bir «hileli işlem» (İİK. mad. 280) değildir...

Yüksek mahkeme; borçlunun *«borcuna mahsuben taşınmazlarını alacaklıya vermesi» (satması)*[41]nı, *«üçüncü kişideki teminatını alacaklısına temlik etmesi»*[42] ni 'mutad ödeme vasıtası' saymamış, buna karşın,

37 AKYAZAN, S. İcra ve İflâs Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, s: 185 - ATALAY, E. agm. s:27 - GÜNEREN, A. age. s:373 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:700 - Aynı doğrultuda: Bknz: 17. HD. 22.6.2010 T. 3180/5799; 22.2.2010 T. 10429/1360; 9.2.2010 T. 8661/955; 29.12.2009 T. 8915/9130 vb.

38 Karş: OLGAÇ, S. agm. s:467 - AKKAYA, T. agm. s:36

39 KOSTAKOĞLU, C. a.g.m. (Ad. D. 1989/6, sh:26) - BERKİN, N. age. s:509 - AKYAZAN, S. age. s:184

40 Bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e İİK. mad. 280, AÇIKLAMA: II-b «dipn. 4 civarı»

41 Bknz: 17.HD. 22.2.2010 T. 10429/1360; 9.2.2010 T. 8661/955; 29.12.2009 T. 8915/9130 vb. - 17. HD. 11.2.2008 T. 5526/512

42 Bknz: İİD. 24.4.1951 T. 1863/2215 - HGK. 12.3.1952 T. İc. İf. 17/7

«çek, ticari senet ve faiz kuponları»[43]nı, *'mutad ödeme vasıtası'* kabul etmiştir...

c) Ödemenin «mutad vasıtalarla olup olmadığını» konusunda hakim bilirkişiye başvurabilir. Çünkü bu husus *hukukî* değil *fiili* bir meseledir.[44] **Federal mahkeme** de aynı içtihatta bulunmuştur;[45]

3- Vâdesi gelmemiş bir borç için yapılmış ödemeler:[46]

a) Burada sadece *«para borcu»* değil her çeşit borcun vâdeden önce ödenmesi söz konusudur. Eğer *«muaccel olmayan»* para borcu *«mutad dışı ifa vasıtaları ile»* ödenmiş ise bu maddenin ikinci ve üçüncü bendine dayanılarak iptâl davası açılabilir.

Eğer **«muaccel olmayan»** para borcu **«mutad ifa vasıtaları»** ile ödenmiş ise ancak bu bende göre iptâl davası açılabilir. Unsurları gerçekleşmiş ise İİK. mad. 280'den yararlanmak imkânı burada da saklıdır.[47]

b) «Tâliki şarta bağlı bir borcun şart tahakkuk etmeden ödenmesi» de bu madde gereğince «vâdesi gelmemiş bir borç» için ödeme sayılır.[48]

4- Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler:

Bu hüküm Kanun'a, 3494 Sayılı Kanun ile eklenerek, uygulamadaki boşluk doldurulmuştur. Hükmün kabul ediliş nedeni Hükümet Tasarısında; *«.. Bu (279.) maddede iflâsın açılmasından evvelki bir sene içerisinde verilen rehinlerin dahi bâtıl olacağı öngörülmüş iken, bir aynî hak oluşturmayan şerhler hakkında herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Uygulamada, iflâstan kısa bir süre önce gayrımenkullerin örneğin; fabrikanın kiraya verildiği ve bu kiranın tapu siciline şerh edildiği ve böylece iflâsın etkisiz hale getirildiği görüldüğünden, maddeye 4. no'nun (4. bendin) ilavesi zarureti ortaya çıkmış ve buna göre maddede yeniden düzenleme yapılmıştır»*[49] şeklinde belirtilmiştir.

MK. mad. 1009/I'de *«tapu kütüğüne şerh edilebilecek kişisel haklar»; taşınmaz üzerindeki adi kira ve hasılat kirası 'arsa payı' karşılığı*

43 Bknz: İİD. 24.4.1951 T. 1863/2215; HGK. 12.3.1952 T. İc. İf.-17/7

44 GÜRDOĞAN, B. a.g.e. sh:230-BERKİN, N. a.g.e. sh:509 - KALE, S. agm. s:199

45 Bknz: Fed. Mah. K. 74 III 56 (Naklen; BERKİN, N. a.g.e. sh: 509, dipn. 7)

46 Bknz: 15. HD. 19.9.2000 T. 3585/3892

47 UMAR, B. a.g.e. s: 78

48 ARAR, K. İcra ve İflâs Hükümleri; C:2, 1944, s:235 - ANSAY, S.Ş. age. s:310 - GÜRDOĞAN, B. age. s:231 - KURU, B. age. C:4, s:3949 - KURU, B. El Kitabı, s:1204 - AKKAYA, T. agm. s:37

49 UYAR, T. age. Şerh, C:6, 2006, s:8062 vd.

inşaat (BK. mad. 355, 371), *taşınmaz satış vaadi* (BK. mad. 213), *kira* (BK. mad. 255-277), *önalım* (MK. mad. 735), *alım ve geri alım* (MK. mad. 736) sözleşmesinden doğan haklar ile *şerh edilebileceği kanunlarda açıkca öngörülen diğer haklar* olarak kanunda öngörülmüştür...

Uygulamada; bu madde uyarınca, aciz halinde bulunan borçluların -son bir yıl içinde- yapmış oldukları sahip oldukları *taşınmazlara ilişkin satış vaadi sözleşmeleri*[50] *kira sözleşmeleri*[51] *için tapu siciline işlettikleri şerhlerin iptali* konusunda açılan davalara oldukça sık rastlanmaktadır.

Doktrinde,[52] «bu yeni hükmün uygun olduğu» ancak «yerinin İİK. mad. 280 olmasının daha isabetli olacağı» ifade edilmiştir.[53]

V- Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki, davacı, «dava dilekçesi»nde, İİK. mad. 280'e dayanmamış dahi olsa, mahkeme -HUMK. mad. 76 uyarınca- kendiliğinden, dava konusu olayı hem *İİK. mad. 279* (ve *İİK. mad. 278)* ve hem de *İİK. mad. 280* bakımından irdeleyip, ulaşacağı sonuca göre bir karar vermesi gerekir...[54]

VI- İcra ve İflâs Kanunu'nda -mad. 279- öngörülen, borçlunun «aciz halinde iken» yaptığı tasarrufların iptâli için gerçekleşmesi gereken koşullar hakkında yaptığımız yukarıdaki açıklamalar, **6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında (ki) Kanun'da düzenlenen** «aciz halinde iken yapılan tasarrufların iptali için»de -kural olarak- aynen geçerlidir.

Gerçekten, bu konu, anılan Kanunda *«hükümsüz sayılan diğer tasarruflar»* kenar başlıklı 29. maddede[55*] -İİK. mad. 279 hükmüne paralel şekilde- düzenlenmiştir.

---

50 Bknz: 15. HD. 26.1.1990 T. 5153/160

51 Bknz: 15. HD. 15.5.2002 T. 1010/2526 - 11. HD. 7.7.1994 T. 2151/4633

52 ÜSTÜNDAĞ, S. İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü, 1990, s: 149

53 Karş: YILDIRIM, M.K. age. s:214

54 Bknz: 17. HD. 11.11.2008 T. 2109/5231 - 22.2.2010 T. 10429/1360; 9.2.2010 T. 8661/955; 15.6.2009 T. 4423/4240

55 MADDE: 29 - "Amme alacağının ödenmeyen borçlulardan müddetinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veyahut beyan ettiği malların borcuna kifayetsizliği anlaşılanların, ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme müddetinin başlamasından sonra yaptıkları tasarruflardan aşağıda belirtilenler hükümsüzdür.

1. Borçlunun teminat göstermeyi evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere, borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler,

2. Borca karşılık para veya mutad ödeme vasıtalarından gayrı bir suretle yapılan ödemeler,

3. Vâdesi gelmemiş bir borç için yapılan ödemeler."

6183 sayılı Kanun açısından da, borçlunun *«aciz halinde iken yaptığı tasarruflar»*ın iptâl edilebilmesi için, bunların *«geriye doğru iki yıl içinde»* yapılmış olması gerekir. Ancak, burada iki yıllık sürenin başlangıcı *'ödeme müddetinin başladığı tarih'* olarak öngörülmüştür. Yani, İİK. mad. 279/I'de yer alan *'haciz'*, *'aciz'* kavramlarının yerini burada *'ödeme müddetinin başladığı tarih'* kavramı almıştır.[56]

Borçlunun «aciz halinde iken yaptığı tasarruflar»ın 6183 sayılı Kanuna göre iptâli için, bu tasarrufun sadece *«ödeme müddetinin başladığı tarihten itibaren geriye doğru iki yıl içinde yapılmış olması»* yeterlidir.

Acaba, ayrıca, *kamu alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması* gerekli midir? Bu konu doktrinde tartışmalıdır. **Bir görüşe göre,**[57] iptâl davası açılabilmesi için, kamu alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Buna karşın katıldığımız **diğer bir görüşe göre**[58] ise, -27 ve 28. maddeye göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi[59] -6183 sayılı Kanuna göre yapılan icra takiplerine dayalı iptâl davalarında, kamu borcunun ödenmesi gereken tarihten itibaren geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme müddetinden sonra, borçlunun aciz halinde iken yaptığı tasarruflar, borcun doğum tarihine bakılmaksızın iptâle konu olur. **Kanımızca**, 6183 sayılı Kanunun 29. maddesinde, İİK. mad. 278/I'e paralel bir hüküm yer almadığından ve geriye doğru iki yıl içinde yapılan tasarrufların mutlak olarak iptâli öngörüldüğünden, kanunda yer almayan bir kısıtlamanın, tasarrufun iptâli koşulu olarak ayrıca aranması hukuk tekniğine de aykırı olur...

6183 Sayılı Kanun'un 29. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 279. maddesi arasında -içerik bakımından- bir paralellik varsa da, şu üç konuda iki yasa arasında bulunan farkın da belirtilmesi yerinde olur:

1) Madde 29/I'de; «geriye doğru '*iki yıl*' içinde yapılan tasarrufların iptâl edilebileceği» belirtilmiş olmasına rağmen, aynı süre İİK. mad. 279/I'de '*bir yıl*' olarak öngörülmüştür.

2) Madde 29'da iptâl konusu tasarruflar üç bent halinde belirtilmişken, İİK. mad. 279'da -3494 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda maddeye eklenen «*kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya*

56 "Ödeme müddetinin başladığı tarih" kavramı hakkında bknz: Yuk. İİK. mad. 278; AÇIKLAMA:

57 ŞİMŞEK, E. Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 1990, s: 240

58 KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası (Yarg. D. 1991/1-2, sh: 13 vd. - Yasa D. 1990/9, s: 1237 vd.)

59 Bknz: Yuk. İİK. mad. 278; AÇIKLAMA: VI

verilen şerhler» nedeniyle- iptâl edilebilen tasarruf çeşidi dörde yükselmiştir.[60]

3) Madde 29'da, «iyiniyetli olduğunu kanıtlayan üçüncü kişilerin hükmün kapsamı dışında olacağına» dair bir açıklık bulunmamasına rağmen, İİK. mad. 279/III'de yer alan *«bu tasarruflardan istifade eden kimse, borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat eylerse, iptâl davası dinlenmez»* hükmü nedeniyle, «iyiniyetli olduğunu kanıtlayan üçüncü kişiler», İcra ve İflâs Kanununa göre açılacak iptâl davasından etkilenmeyeceklerdir. Fakat aynı iyiniyetli üçüncü kişiler, kamu alacağından dolayı kendileri hakkında açılan iptâl davalarında, aynı savunmayı yapamayacaklardır...

6183 sayılı Kanuna (mad. 29) göre açılan iptâl davaları için yukarıda belirtilen özellikler çerçevesinde, *«borçlunun aciz halinde iken yaptığı tasarrufların iptâli»* konusunda -İİK. mad. 279 bakımından- daha önce yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Özellikle, borçlunun kasdı ve üçüncü kişinin, borçlunun bu kasdını bilip bilmemesi (iyiniyetli olup olmaması) bu maddeye göre açılacak iptâl davalarında da önem taşımaz...[61]

60 Bu farklı durumun eleştirisi için bknz: ASKAN, F. Kamu İcra Hukukunda İptal Davaları, 2007, s:85 «dipn. 95 civarı» - TOKTAŞ, M. Tasarrufun İptali Davaları, 2009, s:114

61 ÖZMEN, İ. 6183 Sayılı Yasa'dan Kaynaklanan Tasarrufun İptal Davaları (Tür. Not. Bir. Huk. D. Mayıs/2009, S: 142, s: 49) - GERÇEK, A. Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, s:170 - ÇELİK, B. Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, s:96

GÜVENLI LİMAN/ İSKELE KLOZLARI (SAFE PORT/ BERTH CLAUSES)

Av. D. Deniz ÇELİK[1]

Günümüz deniz taşımacılığında Anglo-Sakson Hukuku tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de son derece geniş uygulama alanı bulmaktadır. Deniz yoluyla taşıma sözleşmeleri ile ilgili doğabilecek uyuşmazlıkların çözümleri için sıklıkla İngiliz Hukukuna atıfta bulunulması, bu durumu somut biçimde destekler niteliktedir. Anglo-Sakson hukuku altında, özellikle gemi kira sözleşmeleri (chaterparty) tamamen irade serbestisi ilkesine dayanılarak oluşturulmaktadır. Konişmentolardaki (bills of lading) durumun aksine, gemi kira sözleşmeleri için genel çerçeveyi belirleyici nitelikte bir yasal düzenleme mevcut değildir. Önceden verilmiş mahkeme kararlarının (precedent) uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukukun tamamını oluşturması, ilgili mahkeme kararlarının bağlayıcı yanlarının yanı sıra tavsiye mahiyetindeki kısımlarının da bilinmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

Oluşturulan bu hukuk ile diğer birçok zımni yükümlülük gibi, bugün pratikte yaygın olarak kullanılmakta olan zaman (time) ve sefer (voyage) charterlerinin her ikisi için de söz konusu olan güvenli liman klozları da sözleşmelerdeki yerini almıştır. Charter sözleşmelerinde açıkça yer verilmese dahi zımni yükümlülük (implied obligation) niteliğinde olan güvenli liman klozları, kiralayanın (charterer) yükleme yada boşaltma limanlarını güvenli olanlar arasından seçmesini gerektirir.

Zaman charterpartilerinde (time charterparty) geminin idaresi kiralayana (charterer) bırakılmaktadır. Bu tip sözleşmelerde gemi sahibi lehine olan "kullanma ve tazminat klozu" (employment and indemnity clause) kiralayanın gemiyi yönlendirirken gemiyi güvenli bir limana göndermesini yada çağırmasını da gerektirir. Zaman charterlarında güvenli liman seçme yükümlülüğü çoğu zaman "kullanma ve tazminat klozları" kapsamında değerlendirilerek, güvenli olmayan bir limanın işaret edilmesi durumunda zarar ile fiil arasında illiyet bağı kurulabildiği sürece kiralayanın sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Sefer charterpartilerinde (voyage charterparty) de güvenli liman klozları yazılı yada zımni olabilmektedir. Bu tip kira sözleşmelerinde kira-

1 Mersin Barosu avukatlarından.

layanın, zaman charterpartisi altındaki kiracıya oranla, gemi idaresi üzerindeki yetkileri sınırlıdır. Bu sebepten dolayı sefer charterpartilerinde kullanma ve tazminat klozlarına yer verilmemektedir. Dolayısıyla gemi sahibi, özellikle sefer charterpartisi söz konusu olduğunda, güvenli liman klozunun, daha önceden verilmiş olan mahkeme kararlarına (precedent) uygun olmasına ve bunun yanı sıra klozun deyimsel anlamda da sözleşme ile amaçlanan gayeye hizmet edecek nitelikte hazırlanmasına gayret etmelidir. Bu klozların oluşturulması aşamasında klavuz niteliğindeki kimi kararların öne çıktığı görülmektedir.

İlk olarak "güvenli liman ne demektir" sorusunu İngiliz Mahkemesi, ***Palace Shipping Co Ltd v Gans Steamship Line***[2] kararı ile yanıtlamış ve limanın fiziksel olarak güvenli olmasının yanı sıra politik olarak da güvenli olması gerektiğinin altını çizmiştir. Keza liman güvenliğinde ülkelerin politik ilişkileri önem arz etmektedir.

Yüksek Mahkemenin (House of Lords yeni adıyla Supreme Court) önemli kararlarından ***Evia (No:2)***[3] da "charterer tarafından belirlenen limanın bildirim esnasında güvenli olması gerekmektedir" denilmiştir. Yani belirleme yapıldığı anda yükleme yada boşaltma limanının güvenli olması yada limandaki güvenliği tehlikeye atacak bir durumun sözkonusu olmaması (prospectively safe) gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararda mahkeme ayrıca sözkonusu limanın tehlikeli bir hal alması durumunda kiralayanın alternatif yeni bir liman belirlemesi gerektiğine de değinmiştir. Fakat olayda geminin Basra Körfezinde boşaltma yaptığı sırada ateşkesin bozulması üzerine gemi limanı terkedememiş ve bu fiili olanaksızlık kiralayanın sözkonusu yükümlülüğünü de ortadan kaldırmıştır.

The Eastern City[4] kararında da mahkeme oldukça keskin bir yaklaşım ortaya koyarak güvenli sayılabilecek bir limanın tarifini, "geminin güvenli bir şekilde yanaşıp yine güvenli bir şekilde ayrılabileceği limandır" sözleri ile yapmıştır. Kararda ayrıca, geminin limanda tehlikeli bir durum ile karşılaşması halinde, eğer bu tehlikeli durumdan iyi yapılmış bir manevra ile kurtulabilecek ise, limanın güvenli sayılması gerektiğine de yer verilmiştir.

Deniz yatağındaki kayalar, gemi enkazları, liman aydınlatmasının yetersizliği, yetersiz plotaj hizmeti, savaş hali gibi durumlar limanın güvenliğini tehlikeye düşürebilecek faktörlerdendir. Ama bu faktörlerin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir ki, kimi zaman bir limanın tehlikeli

2 [1916] 1 K.B. 138
3 [1983] 1 A.C. 736
4 [1958] 2 Lloyd's Rep. 127

sayılmasına neden olabilecek bir durum yapabilecek bir durum, başka bir liman için tehlike arz etmeyebilmektedir. İngiliz Temyiz Mahkemesi buna benzer bir durumu ***The Archimidis***[5] adlı davada incelemiştir. Karara göre, limandaki ışıklandırma sorunu limanın güvenli olmadığı anlamına gelmemektedir.

Güvenli liman kavramının kapsamının belirlenmesindeki ikinci klavuz sorumuz ise; "limanın güvenli olması geminin yanaşacağı iskeleninde (berth) güvenli olması anlamına gelir mi?" olacaktır.

Tümden gelim yöntemi ile de açıklanabilecek bu sorunun cevabı İngiliz Mahkemesinin ***The APJ Priti***[6] adlı kararıyla netlik kazanmıştır. Karara göre güvenli bir limanın seçilmesi güvencesi elbette iskelenin de güvenli olmasını gerektirmektedir. Fakat mahkeme heyetine göre bunun tam tersini söylemek mümkün değildir. Şöyle ki, eğer kira sözleşmesinde sadece güvenli iskele (safe berth) klozu var ise, bu kloz aynı zamanda güvenli liman seçilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmemektir. Bu husus ayrıca İngiliz Temyiz Mahkemesinin (Court of Appeal) ***The Reborn***[7] adlı kararında da aynı şekilde sonuca bağlanmıştır. Oldukça önemli olan bu husus kira sözleşmelerinin sözkonusu klozlarından doğan uyuşmazlıklarda öncelikle gözönünde bulundurulmalıdır.

Güvenli liman yada iskele klozu gemi kira sözleşmesinde açıkça yer almadığında kiralayanın güvenli olmayan bir liman yada iskeleyi işaret etmesinin hukuki sonuçları yine ***The Reborn***[8] adlı kararda ele alınmıştır. Mahkeme bu kararında 'güvenli bir liman seçilmesinin zımni bir güvence olduğunu vurgulayarak olayın fiili durumunun da gözönüne alınması gerektiğine' vurgu yapmıştır. Karara göre eğer kiralayanın birden çok limanı yada iskeleyi seçme hakkı var ise kira sözleşmesinde yer alan güvenli liman garantisinin zımni olarak taraflarca kabul edildiği yorumu ağır basmaktadır. Fakat kiralayanın birden çok yer limanı seçme hakkı kapsamında seçtiği liman yada iskele şayet halihazırda ciddi bir risk altında ise gemi sahibinin bu riski göze aldığı farzedilmekte ve hakkından feragat ettiği sonucuna varılmaktadır.

Bu durumun istisnası ***The Kanchenjunga***[9] kararı ile oluşturulmuştur. Ani bir tehlike halinde charterer tarafından verilen direktiflere uyul-

5 [2008] 1 Lloyd's Rep. 597
6 [1987] 2 Lloyd's Rep. 37
7 [2009] 2 Lloyd's Rep. 639
8 Ibid.
9 [1990] 1 Lloyd's Rep. 391

masının zorunlu olmadığı söyleyen bu karara göre, geminin hazırlık ihbarı (notice of readiness) vermesi ve bu ihbarın kiralayan tarafından kabul edilmesi, kira sözleşmesindeki güvenli liman yada iskelenin bildirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu yaklaşım ile gemi sahibinin yada adına hareket eden kaptanın, belirlenen limanı yada iskeleyi reddetme hakkından feragat ettiği sonucu çıkarılsa da, kararda gemi sahibi adına kaptanın ivedi bir tehlike durumunda geminin güvenliğini riske atan bir yönledirmeye uymama hakkının saklı olduğuna yer verilmiştir. Bilindiği gibi kullanma ve tazminat klozları altında kaptanın gemi sahibini temsilen, kiralayan tarafından verilen direktiflere uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yüksek Mahkemenin ***The Kanchenjunga***[10] adlı kararına konu olan kira sözleşmesindeki güvenli liman klozu, İran-Irak savaşından dolayı bu iki ülkenin hakimiyetinde bulunan limanların seçilemeyeceğini belirtirken bu sınırlara yakın olan Kharg adasının seçilebilmesine olanak tanımıştır. Kiralayan bu ada limanını seçmiş ve geminin Kharga yanaşması emrini iletmiştir. Alınan bu bildirim üzerine kaptan geminin hazır olduğu bildiren hazırlık ihbarını kiralayana iletmiştir. Olayda kiralayan tarafından yapılan liman seçiminin, yapılan hazırlık iletisi ile kabul edilmiş olduğu mahkeme kararında belirtilmiştir. Fakat geminin limana gireceği sırada yakınına düşen havan topu, geminin aniden rota değiştirip limandan uzaklaşmasına sebep olmuştur. Kiralayanın geminin aynı limana yanaşması için ısrar etmesi üzerine kaptan, yanaşma denemeleri yapmış fakat bu ısrarın geminin güvenliğini tehlikeye düşürdüğünden kiralayanın bildirimine uymama kararı almıştır. Özet olarak, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta mahkeme, geminin hazırlık ihbarı yapmış olmasının, gemi sahibinin güvenli liman klozundan doğan hakkından feragat ettiği anlamına geldiğini karara bağlamış olsa da, ani tehlike durumlarında kaptanın bildirime uyma yükümlülüğünün bulunmadığı belirtmiştir.

Eğer geminin uğradığı zarar güvenli olmayan bir yerin seçilmesinden doğar ise kullanma ve tazminat klozları altında zararın tazmini kiralayan tarafından üstlenilecektir. Bu bağlamda olayın fiili durumu gözönüne alınmalıdır. ***The Evaggelos TH***[11] kararına konu olan kira sözleşmesinde, geminin güvenli olarak seyiredebileceği yerler kapsamında kalınması şartıyla kiralayan tarafından gemiye yön verilebileceğine ilişkin bir kloz yer almaktadır. Kiralayan tarafından yanaşılması istenen limanın bildiriminin yapıldığı anda Süveyş Kanalı güvenli iken, gemin kanala ulaştığı esnada kanalda ateşkes tekrar bozulmuştur. Geminin güvenli sulara yada limanlara yönlendirilmesine ilişkin sözleşme maddesinin ihlali gerçekleşmemiştir. Hatırlanacağı üzere İngiliz Yüksek Mahkemesi bu duru-

10 Ibid.

11 [1971] 2 Lloyd's Rep. 200

mu ***The Evia (No:2)***[12] adlı kararında, bildirim yapıldığı anda yükleme yada boşaltma limanın güvenli olması yada güvenliği tehlikeye atacak bir durumun olmaması (prospectively safe) gerektiğini vurgulayarak, yapılan bu tip bildirimlerin söz konusu maddeyi ihlal etmeyeceğini belirterek açıklığa kavuşturmuştur. Fakat yine yukarıda değindiğimiz üzere somut olayın fiili durumu önemli rol oynamaktadır. Keza bir geminin kaybolmasının kiralayanının direktifinden kaynaklandığına ve kayıp ile kiralayanınının eylemi arasında yeterli illiyet bağının mevcut olup olmadığına bakılarak karar verilecektir. Sonuç olarak mahkeme kullanma ve tazminat klozuna dayanarak kiralayanın zarardan dolayı sorumlu tutulabileceğine yer vermiştir.

Tüm bu mahkeme kararlarının ışığı altında güvenli bir limanın/iskelenin seçilmesi klozunun sözleşmede mevcut olması, her zaman kiracının klozun deyimsel içeriğine uyarak yapmış olduğu liman/iskele bildirimlerinden doğabilecek sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Keza kullanma ve tazminat klozları altında kiralayanın kullanma yetkisinde bulunan bir geminin zararı yada kaybı durumunda verilen direktif ile zarar arasında yeterli illiyet bağı kurulabildiği sürece kiracının sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu sebeple güvenli bir yer limanı yada iskelesi işaret edilmesini şart koşan bu tip klozların (safe port/berth clauses), kullanma ve tazminat klozları (employment and indemnity clause) ile beraber yorumlanması zaman charter sözleşmelerinde özellikle kiralayan açısından çok önemlidir.

Sefer charter sözleşmelerinde kullanma ve tazminat klozları (employment and indemnity clause) bulunmadığı için güvenli bir yer limanı veya iskelesi gösterilmesini şart koşan klozların gemi sahibi lehine dizayn edildiği düşünülse de, kloza tam anlamıyla uygun verilen bir bildirim ile, kiralayanın, olası zararlardan sorumlu tutulma riski zaman charter sözleşmelerindeki riske oranla çok daha düşüktür.

Sefer ve zaman charter sözleşmelerinde, güvenli liman/iskele klozlarının ihlal edilmesinden dolayı doğan zararlarda, taraflar arasında kusurun paylaştırılması ilkesi (contributory negligence) uygulanmaz. Bu durum zaman zaman sözleşme taraflarından birine maddi anlamda ağır sonuçlar yüklemekte ise de Anglo-Sakson hukuk düzeninde hakim olan bu yaklaşım tarafların sözleşme şartlarına sıkı sıkıya bağlı kalmasına ve bunun doğal sonucu olarak da ticari hayatta istikrarın ve güvenin doğmasına yardımcı olmaktadır

12 [1983] 1 A.C. 736

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

TAHKİM SÖZLEŞMESİ • VEKİLİN İŞLEMLERİ • ÖZEL YETKİ

ÖZET: Tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir sözleşmedir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim sözleşmesini etkilemez; ya da tersine tahkim sözleşmesinin geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez.

Vekilin (acentenin) tahkim sözleşmesi yapabilmesi için kendisine özel yetki verilmesi gerekir.*

Y. HGK. E:2011/11-742 K:2012/82 T:22.02.2012

İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesince görev nedeniyle dava dilekçesinin reddine dair verilen 08.01.2008 gün ve 2006/441 Esas, 2008/5 Karar sayılı kararın incelenmesi davacılardan AS and Intl. T. Inc. vekili tarafından istenilmesi üzerine,

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2010 gün ve 2008/5901 Esas, 2010/3203 Karar sayılı ilamı ile,

(...Davacı vekili, müvekkili E. Ltd. Şti.'nin deniz ticareti, gemi işletme ve taşımacılığı konularında faaliyet gösterdiğini, faaliyet sahası ile ilgili olarak yabancı uyruklu AS and Intl. T. Inc. unvanlı firmanın gemi işletme müteahhidi olarak işletmesi altında bulunan Comoros bayraklı M.V.C... ve Malta bayraklı M.V.D... isimli gemilerin gemi yöneticiliğini, AS and Intl. T. Inc. Firması ile yaptığı 03.04.2006 tarihli gemi yönetimi sözleşmesi ile üstlendiğini, gemi yöneticisi sıfatı ve gemi yönetimi sözleşmesi kapsamında olarak da davalı He. A.G.'yi temsilen hareket eden H. A.Ş. ile 10.04.2006 tarihli ve fixture recap mahiyetinde navlun sözleşmesi akdettiğini, bu sözleşmesi akdettiğini, bu sözleşmeye göre müvekkilinin taşıyan, davalı He. A.G.'nin taşıtan, H. A.Ş.'nin acente olduğunu, diğer davalı KDÇ A.Ş.'nin ise navlun sözleşmesine konu yüklerin alıcısı olduğunu, müvekkilinin 10.04.2006 tarihli navlun sözleş-

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

mesine göre 120.000 MT. Kömürün birden ziyade ardıl seferler ile Kerc veya Mariupol limanlarından Zonguldak veya Karadeniz Ereğli limanlarına taşınması işini üstlendiğini, bu taşımanın aylık toplam 20.000 M.T. kömür taşımak suretiyle gerçekleştirileceğini ancak taşıtan He. A.G. 20.000 M.T. taşıtma taahhüdünü yerine getirmediğini, müvekkilinin toplam 6 seferde 37.534.973 M.T. kömür taşıdığını, yapılan toplam 6 sefer taşımanın 4 ayrı seferinde davacı lehine toplam 75.815.37 USD demuraj alacağı oluştuğunu, davalı KDÇ A.Ş. boşaltma limanında oluşan demuraja kendi sahasındaki engeller nedeniyle sebep olduğundan sorumlu olduğunu ileri sürerek, fazlaya dair talep ve dava hakları saklı kalması kaydıyla 75.815.37 USD demuraj alacağının faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı He. A.G.'yi izafeten H. A.Ş.vekili taraflara arasında navlun sözleşmesi niteliğindeki bağlantı metninde ihtilaf halinde İngiliz hukukunun uygulanacağı, uyuşmazlığın Londra'da tahkim yolu ile çözüleceğinin kararlaştırıldığını, mahkemenin bu davayı görmeye yetkili ve görevli olmadığını, TTK'nın 1069. Maddesi hükmüne göre gönderilenin sürestarya ücreti ile sorumlu olduğunu, gemilerin gecikmesine davacı neden olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı KDÇ A.Ş. vekili, müvekkilinin ikametgahı Karabük Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yetkili olduğunu, müvekkilinin taraflar arasında düzenlenen navlun sözleşmesinin tarafı olmadığını, müvekkilinin sorumluluğunun bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ile davalı He. A.G. arasında düzenlenen sözleşmede tahkim şartı bulunduğundan He. A.G.'ye izafeten H. A.Ş. yönünden tahkim şartı sebebiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine, davalı KDÇ A.Ş. yönünden ise, bu davalının navlun sözleşmesine konu edilen yüklerin alıcısı konumunda bulunduğu ve konşimentoda sürestaryanın gönderilen tarafından ödeneceğine dair bir kayıt bulunmadığından hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin davalı

KDÇ A.Ş. yönünden yaptığı tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın bu davalı yönünden onanmasına karar vermek gerekmiştir.

2-Davacı vekilinin davalı He. A.G. yönünden yaptığı temyiz itirazlarına gelince; dava demuraj alacağının tahsili istemine ilişkindir. Davalı süresinde tahkim itirazında bulunmuş ve mahkemece davacı ile davalı He. A.G. arasında düzenlenen sözleşmede tahkim şartı bulunduğundan He. A.G.'ye izafeten H. A.Ş. yönünden tahkim şartı sebebiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, davacı E. Ltd. Şti.nin yabancı uyruklu AS and Intl. T. Inc. ünvanlı firmanın gemi işletme müteahhidi olarak işletmesi altında bulunan Comoros bayraklı M.V.C... ve Malta bayraklı M.V.D... isimli gemilerin gemi yöneticiliğini, AS and Intl. T. Inc. Firması ile yaptığı 03.04.2006 tarihli gemi yönetimi sözleşmesi ile üstlendiği,gemi yöneticisi sıfatı ile gemi yönetimi sözleşmesi kapsamında olarak, davalı He. A.G.'yi temsilen hareket eden H. A.Ş. ile 10.04.2006 tarihli ve fixture recap mahiyetinde navlun sözleşmesi akdettiği, bu sözleşmeye göre E. Ltd. Şti.'nin taşıyan, davalı He. A.G.'nin taşıtan, H. A.Ş.'nin taşıyan acentesi olduğu, diğer davalı KDÇ A.Ş.'nin ise navlun sözleşmesine konu yüklerin alacısı olduğu anlaşılmaktadır. Davacı taraf 10.04.2006 tarihli navlun sözleşmesine göre, 120.000 MT. kömürün birden ziyade ardıl seferler ile Kerc veya Marıupol Limanları'ndan, Zonguldak veya Karadeniz Ereğli Limanları'na taşınması işini üstlenmiş, bu taşımanın aylık toplam 20.000 M.T. kömür taşımak suretiyle gerçekleştirileceği, ancak taşıtan He. A.G. 20.000 M.T. taşıtma taahhüdünü yerine getirmediği, davacı tarafın toplam 6 seferde 37.534.973 M.T. kömür taşıdığı, yapılan toplam 6 sefer taşımanın 4 ayrı seferinde davacı lehine toplam 75.815.37 USD demuraj alacağı oluştuğu, davalı KDÇ A.Ş.'nin boşaltma limanında oluşan demuraja kendi sahasındaki engeller nedeniyle sebep olduğundan sorumlu olduğunu ileri sürerek, fazlaya dair talep ve dava hakları saklı kalması kaydıyla 75.815.37 USD demuraj alacağının faizi ile davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Yargılama sırasında A. Inc. vekili, 02.04.2007 tarihli dilekçesi ile diğer davacı E. Ltd. Şti. ile aralarında yapılan 03.04.2006 tarihli Yönetim Sözleşmesinde E. Ltd. Şti.'ne tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin verilmediğini, bu nedenle 10.04.2006 tarihli navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartının geçersiz olduğunu savunmuştur.

Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl

sözleşmede yer alan tahkim klozları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klozunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz.

Yine TTK'nın 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahiyetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK'nın 388/2.maddesi ile HUMK 63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.

Yukarıda açıklananlar ışığında, dava konusu olayda, davacı E. Ltd. Şti. ile davalı He. A.G.yi temsilen acente H. A.Ş. arasında yapılan tahkim sözleşmesi E. Ltd. Şti.nin tahkim yapma yetkisinin bulunmaması nedeniyle geçersizdir. Bu durumda mahkemece geçersiz tahkim şartına dayalı olarak verilen He. A.G.'ye izafeten H. A.Ş. yönünden tahkim şartı sebebiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine kararı doğru olmadığından kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir...)

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, demuraj alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece, davalı HM and M Shipping A.G.'ye izafeten H. Teknik Donanımlar Mümessillik ve Tic. A.Ş.'nin tahkim şartı sebebiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine dair verilen hüküm, davacı AS and Intl. T. Inc. vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki kararda direnilmiş; hükmü, davacı AS and Intl. T. Inc. vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, dava konusu olayda, davacı E. Ltd. Şti. ile davalı He. A.G.yi temsilen acente H. A.Ş. arasında yapılan tahkim sözleşmesinde, davacı E. Ltd. Şti.'nin tah-

kim yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı, bunun sözleşmenin geçerliliğine etkisi, davada İngiliz Hukuku'nun uygulanıp uygulanmayacağı; sonuçta da mahkemenin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunca öncelikle, eldeki dava ile tarafları ve davaya dayanak navlun sözleşmesi aynı olan İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nin 2006/442 Esas, 2008/6 Karar sayılı dosyasında görülen ve davalı HM and M. Shipping A.G.ye izafeten H. Teknik Donanımlar Mümessillik ve Tic. A.Ş. vekilinin tahkim itirazı nedeniyle 08.01.2008 günlü karar ile dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilen, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.01.2010 gün ve 2008/9228 Esas, 2010/500 Karar sayılı ilamı ile onanan ve davacı vekilinin karar düzeltme talebinin reddi ile kesinleşen hükmün eldeki davada bağlayıcı olup olmadığı ön sorun olarak incelenmiş, yapılan görüşmeler sonunda, oyçokluğu ile açıklanan bu mahkeme kararının, somut olay yönüyle eldeki davada tahkim bakımından uygulanmasının söz konusu olamayacağı 22.02.2012 tarihli ikinci görüşmede oyçokluğu ile kabul edilerek işin esasının görüşülmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

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

Davacı AS and Intl. T. Inc. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** yapılan ikinci görüşmede 22.02.2012 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

İHTİYATİ HACZE İTİRAZ
•
KESİNLEŞMEME KOŞULU

ÖZET: İhtiyati haciz kararına karşı borçlu tarafından yapılan itirazın kabulüne ilişkin kararın Yargıtay'dan geçip kesinleşmesine gerek olmaksızın uygulanması ve ihtiyati haczin kaldırılması gerekir.*

Y. HGK. E:2012/12-1128 K:2013/403 T:27.03.2013

Taraflar arasındaki "şikayet" davalarından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 6. İcra Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 11.02.2011 gün ve 2011/103 E. 2011/132 K. sayılı kararın incelenmesi davalı (alacaklı) vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12 .Hukuk Dairesi'nin 12.12.2011 gün ve 2011/10046 E. 2011/27989 K.sayılı ilamı ile; *(….İİK'nin 265/son maddesinde; "İtiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği, Yargıtay'ın bu başvuruyu öncelikle inceleyerek karar vereceği ve verdiği kararın da kesin olduğu, temyiz isteminin ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durduramayacağı" düzenlemesine yer verilmiştir.*

Bu maddeye ilişkin hükümet gerekçesinde de, ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde başvurunun ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmayacağı açıklanmıştır.

Somut olayda, borçlular aleyhinde başlatılan ilamsız takibin itiraz üzerine durdurulmasından sonra, alacaklı vekilince borçlular hakkında İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden 2010/788-788D. iş sayılı ihtiyati haciz kararı alınarak bu dosya üzerinde, borçlular aleyhinde ihtiyati haciz işlemi tatbik ettirildiği, bir kısım borçlular vekilince 04.02.2011 tarihinde, ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine aynı mahkemece 24.11.2010 tarihinde ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına karar verilmesi nedeniyle icra müdürlüğünden ihtiyati hacizlerin kaldırılmasının talep edildiği, icra müdürlüğünce, kesinleşme şerhli mahkeme kararının ibrazı halinde talep gibi işlem yapılmasına karar verildiği, bu kararın icra mahkemesine şikayet olunduğu, mahkemece; İİK'nin 265/son maddesi gereğince temyizin, kararın uygulanmasını durdurmayacağından, kararın işleme konulması için kesinleşmesinin

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

gerekmediği gerekçesi ile şikayetin kabulüne ve işlemin iptaline karar verildiği görülmektedir.

Mahkemece, anılan kararın temyiz edildiği ve temyiz isteminin ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmayacağı hakkındaki belirtilen yasa hükmü dikkate alınarak icra müdürlüğünün yerinde verilen kararına karşı yapılan şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken ilgili yasa maddesi yanlış yorumlanarak yazılı şekilde şikayetin kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir...) 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:

İstek, şikayet yolu ile icra müdürlüğü kararının kaldırılması isteğine ilişkindir.

Şikayetçiler (borçlular) vekili, müvekkilleri aleyhine İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesince 06.09.2010 tarihli 2010/788 D. İş sayılı ihtiyati haciz kararı verilmiş ise de yapılan itiraz sonucu 24.11.2010 tarihli kararı ile ihtiyati haciz kararının kaldırıldığını, Dikili İcra Müdürlüğü'ne yazılan haciz müzekkeresinin kaldırılması hususunda talepte bulunulduğunu, ancak 04.02.2011 tarihli karar ile talebin reddedildiğini, bu kararın usul ve yasaya aykırı olup 04.02.2011 tarihli İcra Müdürlüğü kararının kaldırılmasını şikayet yoluyla talep ve dava etmiştir.

Davalı (alacaklı) vekili, ihtiyati haczin kaldırılmasına ilişkin kararın temyiz edildiğini, İİK'nin 265/son maddesi gereği temyizin ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmayacağını belirtmiştir.

Yerel mahkemece, ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına ilişkin kararın kesinleşmeden derhal uygulanması gerektiği, İİK'nin 265/son maddesinin de kararın temyizinin ilgili kararın uygulanmasını durdurmayacağı yönünde olduğu gerekçesi ile şikayetin kabulü ile icra dosyasındaki 04.02.2011 tarihli icra müdürlüğü kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Davalı (alacaklı) vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, yukarıda belirtilen bozma ilamında açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiş, direnme kararı davalı (alacaklı) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; alacaklı tarafından mahkemeden alınan ve takibe konulan ihtiyati haciz kararının sonradan borçlu tarafın itirazı üzerine aynı mahkemece kaldırılmasına karar verilmesi durumunda, ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına ilişkin kararın temyizinin ilgili kararın derhal uygulanmasını durdurup durdurmayacağı noktasında toplanmaktadır.

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun ihtiyati haciz kararına itiraz ve temyizi düzenleyen 265. maddesinde; "Borçlu kendisi dinlenmeden verilen ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata karşı; huzuriyle yapılan hacizlerde haczin tatbiki, aksi halde haciz tutanağının kendisine tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde mahkemeye müracaatla itiraz edebilir.

Menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde ihtiyati haczin dayandığı sebeplere veya teminata itiraz edebilir.

Mahkeme, gösterilen sebeplere hasren tetkikat yaparak itirazı kabul veya reddeder.

İtiraz eden, dilekçesine istinat ettiği bütün belgeleri bağlamaya mecburdur. Mahkeme, itiraz üzerine iki tarafı davet edip gelenleri dinledikten sonra, itirazı varit görürse kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. Şu kadar ki, iki taraf da gelmezse evrak üzerinde inceleme yapılarak karar verilir.

İtiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. İstinaf yoluna başvuru, ihtiyati haciz kararının icrasını durdurmaz." Hükmüne yer verilmiştir.

Sözü edilen madde metninin son fıkrasında, ihtiyati haciz kararına yapılan itiraz üzerine verilen ihtiyati hacizle ilgili hükmün temyizinin kararın uygulanmasını durdurmayacağı belirtilmiştir.

Somut olayda, itiraz üzerine ihtiyati hacze karar veren mahkeme ihtiyati haciz kararını kaldırmıştır. Mahkemenin ihtiyati haciz kararına itirazın kabulüne vermesi halinde borçlunun malları üzerine konulmuş olan ihtiyati haciz kalkar. (Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı 2004, sh.898)

Hal böyle olunca, İİK'nin 265/son maddesi gözetilerek, itiraz kararının temyizinin ilgili kararın uygulanmasını durdurmayacağı gerekçesi ile şikayetin kabulü ile icra dosyasındaki 04.02.2011 tarihli icra müdürlüğü kararının kaldırılmasına dair yerel mahkemenin vermiş olduğu karar usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı (alacaklı) vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA...**

BANKADAKİ PARANIN HACZİ
•
İSTİHKAK İDDİASI

ÖZET: Bankaya gönderilen haciz ihbarnamesine karşı bankanın hacze konu olan para üzerinde rehin hakkının bulunduğunu ileri sürmesi istihkak iddiası anlamındadır. Buna göre uyuşmazlık icra mahkemesinde çözümlenmelidir.*

Y. HGK. E:2011/12-849 K:2012/242 T:28.03.2012

(.... Somut olayda icra dairesi tarafından borçlunun bankadaki mevduatının haczi için 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmesi üzerine, 3.kişi bankanın bu haciz ihbarına karşı rehin hakkı olduğunu ileri sürmesi istihkak iddiası niteliğindedir. Bu durumda icra müdürünün İİK'nin 99.maddesindeki kurallara göre işlem yapması gerekirken paranın bankadan istenmesi yasaya aykırı olup, mahkemece şikayetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir.")

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:

---

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

İstek, üçüncü kişinin istihkak iddiasına dayalı şikayete ilişkindir.

Şikayetçi üçüncü (3.) kişi banka vekili, karşı taraf/takip alacaklısının dosyada taraf olmayan borçluya karşı yaptığı takipte müvekkili bankaya tebliğ edilen birinci haciz ihbarnamesine itiraz edildiği, borçlu ile şikayetçi banka arasında imzalanan sözleşmeler gereği hesaplar üzerinde rehin hakkı bulunduğundan rehnin sona ermesinden sonra haciz işleneceğinin bildirildiği, bunun üzerine icra müdürlüğü tarafından Konya 4. İcra Müdürlüğü'nün 2009/4236 esas sayılı dosyasından sıra cetveli yapılabilmesi için mevcut paranın ve belgelerin gönderilmesinin istenildiği, verilen cevapta şikayetçi bankanın rehin hakkı mevcut iken paranın istenmesinin mümkün olmadığının bildirilmesi aksi halde cebri icranın tatbik olunacağı şeklinde yazı yazıldığı, müvekkili ile borçlu arasında düzenlenen kredi sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca, "müşterinin bankadaki her türlü hak ve alacakları üzerinde bankanın rehin ve hapis hakkı"nın bulunduğu, iddiasıyla şikayete konu işlemin iptalini istemiştir.

Karşı taraf/alacaklı vekili, borçlunun tasarruf edebileceği hesaplarındaki paralar üzerine doğrudan doğruya haciz konulabileceği, bankanın ancak mülkiyet hakkını sınırlayan hak ve alacağı bulunduğu takdirde bu hak ve alacaklarını ileri sürebileceği savunmasıyla, isteğin reddini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece, borçlu kişisel mevduat hesabı üzerinde her zaman tasarruf edebileceğinden bu tür hesaplardaki paranın İİK'nin 89. maddesinde tanımlanan borçlunun üçüncü (3.) kişilerdeki hak ve alacağı kapsamında olmadığı, bunlara doğrudan doğruya haciz konularak icra dosyasına intikalinin istenebileceği, ayrıca bankanın henüz vadesi gelmemiş alacaklar için hesaptaki paranın icra dosyasına gönderilmemesinin yasal bir dayanağının da bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

Şikayetçi üçüncü kişi Banka vekilinin temyizi üzerine, karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını şikayetçi vekili temyiz etmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; borçlunun bankadaki mevduatının haczi için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nın 89/1 maddesi gereğince haciz ihbarnamesi gönderilmesi ve üçün-

cü (3.) kişi bankanın bu haciz ihbarına karşı rehin hakkı olduğunu ileri sürmesi üzerine icra müdürlüğü tarafından hesaptaki paranın icra dosyasına istenilmesinin mümkün olup olmadığı, diğer bir deyişle üçüncü (3.) kişi bankanın bu talebinin nitelikçe istihkak iddiası niteliğinde olup, olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından öncelikle, konuyla ilgili kavram, kurum ve yasal düzenlemelere değinilmesinde yarar vardır:

Genel anlamıyla rehin; alacaklının alacağını teminata bağlamak için borçlunun veya üçüncü kişinin mal varlığı üzerinde kurulan sınırlı bir ayni haktır. Hapis hakkı ise; Türk Medeni Kanunu'nun 950. maddesinde hükme bağlanmış olup borçlunun taşınır mallarına ve kıymetli evrakına onun onamıyla zilyed bulunan alacaklının muaccel olan ve bu eşya ve evrakla doğal bir bağlantısı bulunan alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni haktır. İleride doğabilecek bir alacağın güvenceye bağlanması için ipotek kurulabileceği kabul edilmiş ise de taşınır rehininde böyle bir hüküm bulunmamakta; öğretide ileride doğacak ve koşula bağlı alacaklarında taşınır rehini ile güvence altına alınabileceği ileri sürülmektedir. (M.Edip Doğrusöz, Ali Haydar Karahacıoğlu, Mehmet Altın, Türk Hukukunda Rehin, Ankara1996, s:12)

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nın 23. maddesinde;

"Bu kanunun tatbikinde: (ipotek) tabiri ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, gemi ipoteklerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar, üzerindeki hususi imtiyazları ve taşınmaz eklentisi üzerine rehin muamelelerini, (Değişik fıkra: 17.07.2003 – 4949 S.K./5.md.) (Taşınır rehni) tabiri, teslime bağlı rehinleri, Türk Medeni Kanunu'nun 940. maddesinde öngörülen rehinleri, ticari işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri, Sadece (Rehin) tabiri, (İpotek) ve (Taşınır rehni) tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini ihtiva eder."

Hükmü yer almaktadır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 950. maddesinde; "alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibariyle bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebileceği, zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılacağı, alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olacağı ve 955. maddesinde ise senede bağlanmış olan veya olmayan ala-

cakların rehni için sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekeceği" hükme bağlanmıştır.

Esasen rehin hakkı banka ile müşterisi arasında imzalanan sözleşmede de yer aldığından bankanın borçlusuna karşı ileri sürebileceği rehin hakkını borçlunun alacaklısına karşı da istihkak iddiası olarak ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir. (HGK'nın 21.09.2011 gün ve 2011/17-513-549 E., K. sayılı ilamı)

Öte yandan; şikayetçi ile dosyada taraf olmayan borçlu arasında düzenlenen 03.06.2003 tarihli sözleşmenin 6.maddesinde "müşterinin bankadaki her türlü hak ve alacakları üzerinde bankanın rehin ve hapis hakkının bulunduğu" düzenlemesi yer almaktadır.

Diğer taraftan, İİK'nin 89/4. maddesine göre; "üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz ederse, alacaklı, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü şahsın 338. maddenin 1. fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkum edilmesini isteyebilir. İcra mahkemesi, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halleder."

Somut olaya gelince;

Karşı taraf/takip alacaklısının dosyada taraf olmayan borçluya karşı yaptığı takip sırasında şikayetçi bankaya birinci haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği, banka tarafından haciz ihbarnamesine borçlu ile şikayetçi banka arasında imzalanan sözleşmeler gereği hesaplar üzerinde rehin hakkı bulunduğu ileri sürülerek itiraz edildiği; bunun üzerine icra müdürlüğü tarafından Konya 4. İcra Müdürlüğü'nün 2009/4236 esas sayılı dosyasından sıra cetveli yapılabilmesi için mevcut paranın ve belgelerin gönderilmesinin istenildiği, şikayetçi banka tarafından rehin hakkı mevcut iken paranın istenmesinin mümkün olmadığının bildirildiği, bunun üzerine icra müdürlüğünce paranın üç (3) gün içinde icra müdürlüğüne gönderilmesi aksi halde cebri icranın tatbik olunacağının ihtar edilmesiyle de eldeki şikayet yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, rehin hakkı banka ile müşterisi arasında imzalanan sözleşmede de yer aldığından bankanın borçlusuna karşı ileri sürebileceği rehin hakkını, borçlunun alacaklısına karşı da istihkak iddiası olarak ileri sürebileceğinin kabulü gerekir.

Bu nedenle; üçüncü (3.) kişi şikayetçi bankanın gönderilen 1.haciz ihbarnamesine süresi içerisinde itiraz etmesi üzerine karşı taraf/alacaklı-

nın, üçüncü (3.) kişi bankanın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat etmesi gerekir.

Yerel Mahkemece, şikayetçinin talebinin özünde istihkak iddiası niteliğinde olduğu göz ardı edilerek açıklanan gerekler de yerine getirilmeksizin eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile şikayetin reddi yönünde direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı, açıklanan bu değişik gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ

Şikayetçi üçüncü kişi banka vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı **(BOZULMASINA)** 28.03.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DAVA DİLEKÇESİNDE %50 KUSUR KARŞILIĞI İSTEMDE BULUNULMUŞSA YÜKSELEN KUSUR ORANINA GÖRE İSTEMDE BULUNULAMAZ. ZIMNİ FERAGAT VARDIR.

ÖZET: Davacı vekili, aracın hasarlanmasına neden olayda davalının %50 oranında kusurlu olduğunu dava dilekçesinde açıkça belirtmiştir. Bu ifade ile davacı, kusur oranı yönünden talebini sınırlandırmış olup, davalının bu oranı aşan kusur oranı yönünden zımni feragatta bulunduğunun kabulü gereklidir. Zira davacı, dava dilekçesinde belirttiği kusur oranı yönünden fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığı gibi ıslah dilekçesinde kusur oranını ıslah ettiği yönünde bir beyanda da bulunmamıştır. Bu nedenle de, tazminat miktarını artırmak için vermiş olduğu ıslah dilekçesiyle kendi feragatiyle sonlanan bir hakkı talep etme imkanı bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nun 03.10.2007 gün ve 2007/4-613 E., 2007/713 K. sayılı ilamında da aynı ilke benimsenmiştir.

Y. HGK. E:2012/17-1581 K:2013/76 T:23.01.2013

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 6. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 15.07.2009 gün ve 2009/304-1547 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2010 gün ve 2009/8891 E., 2010/2378 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı araç seyir halinde iken davalıya ait olan ve kapağı olmayan rögar çukuruna düşerek hasarlandığını ve hasar bedelinin sigortalılarına ödendiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kusur oranına isabet eden 972,50 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 12.05.2009 tarihli ıslah dilekçesi ile taleplerini 1.552,50 TL'ye yükselttiklerini bildirmiştir.

Davalı vekili, hasarın müvekkili kurum ile ilgisinin bulunmadığını savunarak husumet itirazında bulunmuş, esas yönünden de davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davanın kabulü ile 1.552.50 TL'nin 26.08.2008 ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, TTK'nın 1301. Maddesinden kaynaklanan rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Davacı sigorta şirketi, sigortalısına ödemiş olduğu 1.945.00 TL hasar miktarından davalı tarafın %50 kusur oranına isabet eden 972.50 TL'nin tahsilini talep etmiş, bilahare bilirkişi raporu ile belirlenen tazminat miktarı ile kusur oranı yönünden ıslah dilekçesi vererek tazminat talebini 1.552.50 TL'ye yükseltmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davalı taraf %75 oranında kusurlu bulunup sigortalı araç için toplam 2.070.00 TL gerçek zarar belirlenmiş ise de; davacı vekili dava dilekçesinde sigortalıya ödenen 1.954 TL zararın %50'sine isabet eden 972.50 TL tazminatı talep ettiğine göre, bu miktara karar verilmesi gerekirken, HUMK'un 74. maddesine aykırı biçimde talep aşılarak yazılı olduğu şekilde fazla tazminata hükmolunması doğru görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kasko sigorta poliçesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili tarafından kasko sigorta poliçesiyle sigortalanan aracın yolda seyir halinde iken davalı tarafa ait kapağı olmayan rögara düşmek suretiyle hasarlandığını, sigorta araçta 2.245.00 TL hasar meydana geldiğini, davalının olayda %50 kusurlu bulunduğunu, müvekkili şirketçe sigortalıya 26.08.2008 tarihinde 1.945.00 TL ödendiğini,

hasar miktarının %50 kusur nispetine isabet eden 972.50 TL'nin ödeme tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini dava ve talep etmiş, 12.05.2009 havale tarihli ıslah dilekçesiyle de talebini bilirkişi raporuyla tespit edilen %75 kusur oranına göre belirlenen 1.552.50 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporuyla belirlenen %75 kusur oranına göre davacının talep edebileceği tazminat tutarının ıslah dilekçesinde belirtilen 1.552.50 TL olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava dilekçesinde davalıya atfedilen kusur oranına karşılık gelen tazminat miktarının ıslah dilekçesiyle artırılıp artırılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

1-Davacı vekili, aracın hasarlanmasına neden olayda davalının %50 oranında kusurlu olduğunu dava dilekçesinde açıkça belirtmiştir. Bu ifade ile davacı, kusur oranı yönünden talebini sınırlandırmış olup, davalının bu oranı aşan kusur oranı yönünden zımni feragatta bulunduğunun kabulü gereklidir. Zira davacı, dava dilekçesinde belirttiği kusur oranı yönünden fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığı gibi ıslah dilekçesinde kusur oranını ıslah ettiği yönünde bir beyanda da bulunmamıştır. Bu nedenle de, tazminat miktarını artırmak için vermiş olduğu ıslah dilekçesiyle kendi feragatiyle sonlanan bir hakkı talep etme imkanı bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nun 03.10.2007 gün ve 2007/4-613 E., 2007/713 K. sayılı ilamında da aynı ilke benimsenmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler esnasında birkısım üyelerce, somut olayda davacının davasını ıslah etmiş olduğu, dava dilekçesinde ileri sürdüğü kusur oranına karşılık gelen tazminat miktarını ıslah yolu ile artırmasının mümkün bulunduğunu belirtilmişler ise de, çoğunluk tarafından bu görüş kabul edilmemiştir.

2-Her ne kadar Özel Daire bozma ilamının (2) nolu bendindeki bozma kapsamının içinde "…HUMK'un 74. maddesine aykırı biçimde talep aşılarak" hüküm kurulduğu belirtilerek yerel mahkeme kararı bu sebeple

de bozulmuşsa da yerel mahkemece davacı tarafın ıslah dilekçesinin geçerli olduğu kabul edilerek hüküm kurulmuş olduğundan somut olayda HUMK 74.madde hükmü anlamında bir talep aşımından söz edilemeyecektir. Bu nedenle, bozma ilamının (2) nolu bendinde yer alan "HUMK'un 74.maddesine aykırı biçimde talep aşılarak" kelime dizininin ilamdan çıkartılmasının gerektiği Genel Kurul çoğunluğunca benimsenmiştir.

Bu itibarla direnme kararı yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda (1) numaralı bentte gösterilen ilave 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,** (2) nolu bentte açıklanan nedenle Özel Daire bozma ilamında yer alan "HUMK'un 74. maddesine aykırı biçimde talep aşılarak" kelimelerinin karar metninden çıkartılmasına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 23.01.2013 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

LİMİTED ŞİRKET ORTAĞI • HİSSE DEVRİ • PRİM BORCU SORUMLULUĞU

ÖZET: Limited şirket ortağının ortaklık sıfatı yasanın öngördüğü biçimde sona ermiş ve hisse devri işlemi tamamlanmıştır. Bu durumda hissesini devreden ortağın şirketin sigorta primlerine ilişkin sorumluluğu da sona ermiştir.

Durumun Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmemiş olması sonucu değiştirmez.*

Y. HGK. E:2012/21-734 K:2013/152 T:30.01.2013

(…. Dava, nitelik itibariyle, davacının dava dışı I…İnşaat ve Ticaret Limited Şti.'nin 2005/12 – 2006/5 dönemi prim ve işsizlik sigortası primi borcunun tahsiline yönelik, davacı aleyhine düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davacı, 23.10.1991 tarihinde kurulan I…Ltd. Şti.nin 2500 hissesini kurucu ortak F.I.'dan 25.06.1992 tarihli noter sözleşmesi ile devralarak ortak olmuş ve ortaklar kurulunun 25.06.1992 tarihli kararı ile 3 yıl süreyle şirketi temsil ve ilzamda yetkili müdür olarak seçilmiş ve bu karar Ticaret Sicil Gazetesi'nin 1 Temmuz 1992 tarih ve 3060 sayılı nüshasında yayınlanarak ilan edilmiştir.

Daha sonra davacının hissesinin tamamını Bakırköy 1. Noterliğinin 03.02.1995 tarih ve 08884 sayı ile tasdik edilen hisse devir ve temlik sözleşmesi ile devrettiği, 28.04.1994 tarihli şirket ortaklar kurulu kararı ile davacının hisse devrinin kabulüne ve devir hususunun şirket pay defterine işlenmesine ve davacı hisse devri ile ortaklıktan çıkmış olduğundan müdürlük görevinin sona erdiğine, şirket ortaklarından F.U.'nun ilk genel kurul toplantısına kadar görev yapmak üzere şirket müdürlüğüne seçilmesine karar verildiği, ancak davacının hisse devrinin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde tescil ve ilan edildiğine ilişkin belgeye rastlanmadığı görülmüştür.

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

Davanın yasal dayanaklarından olan 506 Sayılı Yasa'nın 80. maddesi hükmüne göre, sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, süresi içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzelkişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri Kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Hal böyle olunca, 506 Sayılı Yasa'nın 80. maddesi hükmüne göre, işveren limited şirketin müdürlüğünü yapmış olan davacı, görev yaptığı dönemle ilgili işveren şirketin bu dönemdeki prim ve gecikme zammından oluşan tüm borcundan dolayı Kuruma karşı işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunmaktadır.

Diğer taraftan, 6183 Sayılı Yasa'nın 4369 Sayılı Yasa ile değişik 35/1. maddesi hükmüne göre de, limited şirket ortakları, şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya mesul olurlar ve bu Yasa uyarınca takibe tabi tutulurlar.

İşveren şirketin, haczedilen mal varlığının kamu alacağını karşılamadığının, iflas halinde ise alacağın iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı gibi hallerde tahsil imkansızlığı koşulunun gerçekleştiği sonucuna varılmalıdır.

Bu bağlamda, davacının işveren limited şirketin ortağı sıfatı ile şahsi sorumluluğu için, prim borcunun işveren şirketin malvarlığından tahsil imkanı kalmadığının anlaşılması gerektiği gibi, davacının hisse devrinin üçüncü kişi durumundaki Sosyal Güvenlik Kurumu bakımından hüküm ifade edebilmesi ancak, bu hususun ticaret siciline tescili ile Türk Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi halinde mümkündür.

Somut olayda, davacının hisse devri hususu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde tescil ve ilan edilmemiştir. Davacının bu sorumluluktan kurtulması ancak hisse devri tarihi olan 03.02.1995 tarihinden sonra yeni temsilci atanarak bunun Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayınlanması halinde mümkündür.

Yapılacak iş; davacının hisse devrini gerçekleştirdiği 03.02.1995 tarihinden itibaren prim borçlusu İ. İnşaat Ticaret Limited Şirketine ait Ticaret Sicil Kayıtları ilgili Ticaret Sicil Memurluğu'ndan getirtilerek, şirkete 03.02.1995 tarihinden itibaren yeni bir temsilci atanıp atanmadığı tespit edilerek, davacının 2005/12-2006/5 tarihleri arasında prim

borçlarından sorumlu olup olmayacağı tespit edilerek oluşacak sonuca göre karar vermekten ibarettir. Açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeksizin, eksik araştırma ve inceleme ile yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

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

Dava, menfi tespit ve ödeme emrinin iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacının, hissesini dava dışı limited şirketin ortaklarından 01.07.1992 tarihinde satın aldığı ve aynı tarihte üç yıllığına şirketi temsil ve ilzama yetkili müdür olarak seçildiğini, bilahare hisselerini sattığı ve satış kararının yer aldığı 28.04.1994 tarihli şirket karar defterinin 03.05.1994 tarihinde noter tarafından tasdik edildiğini, davacının ayrıca 03.02.1995 tarihinde noterde Limited Şirket Hisse Devir ve Temlik Sözleşmesi düzenleyerek hisselerini devir ve temlik ettiğini, davalı Kurumun şirketin 2005/12-2006/5.dönemlerine ait prim ve gecikme zammı borcundan dolayı ödeme emri gönderdiğini ancak prim borçlarının davacının şirketle ilgisi olmayan döneme ait olduğunu, şirketteki temsil ve ilzam yetkisinin şirketi hisselerinin devri ile son bulduğunu belirterek, dava dışı limited şirketin prim borçlarından ve gecikme zamlarından davacının sorumlu olmadığının tespiti ile davacıya tebliğ edilen ödeme emrinin iptalini talep etmiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) vekili cevap dilekçesinde özetle, dava dışı şirket hakkında yapılan takipte borç ödenmediğinden ticaret sicil kayıtlarında ortak olarak görünen davacıya ödeme emri gönderildiğini, davacının hisse devrine ilişkin belgeleri işyeri dosyasına ibraz etme yükümünü yerine getirmediğini, bilahare şirketin 559 sayılı KHK ile 4366 Sayılı Yasa gereği 01.01.1999 tarihinde münfesih olduğunun bildirildiğini, belgeleri hisse devrini takiben Kuruma vermeyen davacının Kurum ve ticaret sicil kayıtlarında halen ortak göründüğünü belirterek davanın reddini savunuş ve %10 inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, şirket ortak ve üst düzey yöneticilerinin prim borçlarından sorumluluğunun yasadan kaynaklandığı ve alacağın ait olduğu

dönemde üst düzey yönetici veya şirket müdürü olmayı gerektirdiği, davacının hisse devri ticaret siciline tescil edilmemiş olsa dahi prim borçlarına konu dönemde üst düzey yönetici veya şirket müdürü olmaması nedeniyle borçtan sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle, davanın kabulüne dair verilen karar;

Davalı Kurum vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş,

Mahkemece önceki gerekçe genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmü, davacı ve davalı Kurum vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı vekilinin temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre, iş mahkemelerinden verilen kararlar tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilebilir. Davacı vekilline karar 21.09.2011 tarihinde tefhim edilmiş, 03.11.2011 tarihinde katılma yolu ile sekiz günlük süreden sonra temyiz edilmiştir.

5521 Sayılı Kanun'da katılma yoluyla temyiz öngörülmediği gibi, bozma öncesi verilen ilk kararı temyiz etmeyen davacı vekilinin aynı yöndeki direnme kararını temyizde hukuki yararı da bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

II-Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) vekilinin temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, Hisse devrinin ticaret sicil gazetesinde ilan edilmemesi halinde, dava dışı limited şirketin prim ve gecikme zammı borçlarından hissesini devreden ortağın sorumluluğu bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

(Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Primlerin ödenmesi" başlıklı 80. maddesinde,

"İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur…

(Değişik beşinci fıkra: 29/7/2003-4958/38 md.; Değişik fıkra: 22/02/2006-5458 S.K./6.mad) Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51., 102. Ve 106. maddeleri hariç diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 Sayılı Kanun'un uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır. Şu kadar ki; Kurumun prim ve diğer alacaklarının süresi içinde ve tam olarak ödenmemesi halinde, ödenmeyen kısmına, sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her ay için %3 oranında gecikme cezası, ayrıca her ay için bulunan bu tutarlara ödeme süresinin bittiği tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar, her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait YTL cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi, bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı hesaplanır. Ancak ödemenin yapıldığı ay için gecikme zammı günlük hesaplanır. Yapılacak takip sonunda tahsilinin imkansız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla olacağı anlaşılan 20 YTL' ye kadar (20 YTL dahil) Kurum alacakları tahsil zamanaşımı süresi beklenilmeksizin Kurum Yönetim Kurulunca terkin edilebilir. Kurum Yönetim Kurulu, bu miktarı on katına kadar artırmaya, terkin yetkisinin tamamını veya bir kısmını yetki sınırlarını da belirterek Kurum Başkanına, Genel Müdürlere ve Sigorta İl/Sigorta Müdürlerine devretmeye yetkilidir. Bakanlar Kurulu ilk üç ay için uygulanan gecikme cezası oranını iki katına kadar artırmaya veya bu oranı %1 oranına kadar indirmeye, yeniden kanuni oranına getirmeye ve uygulama tarihini belirlemeye yetkilidir…

(Yedinci fıkra)

Kurum alacaklarının tahsilinde 21.07.1953 tarih ve 6183 Sayılı Kanun'un uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, alacaklı Sigorta Müdürlüğü'nün bulunduğu yer iş mahkemesi yetkilidir. Yetkili iş mahkemesine başvurulması alacakların takip ve tahsilini durdurmaz. Dava ve icra takibi açılmış olsa bile, prim ve diğer alacakların ödenmemiş kısmı için gecikme zammı tahsil olunur…

(Onikinci fıkra)

Sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, birinci fıkrada belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzelkişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri

kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur." Hükümleri yer almıştır.

Buna göre, limited şirketin prim borçlarından dolayı üst düzey yönetici veya yetkililerin, şirketin yönetiminde oldukları döneme ait prim borçlarından sorumlu olacakları açıktır. Ancak, şirketin üst düzey yöneticiliği veya şirket ortaklığından ayrılanlar yönünden, bu ayrılmanın ticaret sicilinde ilan edilmemiş olması halinde, ayrılma tarihinden sonraki döneme ilişkin prim borçlarından sorumlu olunup olunmayacağının belirlenmesi yönünden, uyuşmazlığa konu dönemde yürürlükte bulunan (Mülga) 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, ticaret siciline tescil, kural olarak bildirici etkiye sahiptir. İstisnai olarak, ticaret unvanı ve işletme adının korunması; ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanabilmesi; esnaf işletmelerinde ticari mümessil tayini; anonim şirketlerde ana sözleşmenin değişikliğinin hüküm ifade etmesi ve ticari işletme rehni halleri için ticaret siciline tescil, zorunlu ve kurucu niteliktedir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 38. maddesinde, sicil kayıtlarının etkisinin üçüncü şahıslar açısından başlangıcı düzenlenmiş ve ticaret sicili kayıtlarının, üçüncü kişiler hakkında kaydın ilan edildiği günü takip eden işgününde hüküm ifade edeceği belirtilmiştir.

Ticaret sicilinin dış etkileri ise, aynı Kanun'un 39. maddesinde "Üçüncü şahısların, yukarı ki madde gereğince kendilerine karşı hüküm ifade etmeye başlayan kayıtları bilmediklerine müteallik iddiaları dinlenmez. Tescili lazım geldiği halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı gerekirken ilan edilmemiş olan bir husus ancak bunu bildikleri ispat edilmek şartıyla, üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilir." Şeklinde açıklanmıştır.

Tescili gerektiği halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı gerektiği halde ilan edilmemiş hususların üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi asıldır-olumsuz etki-Örneğin ticari mümessil azledilmiş ancak durum tescil ve ilan olunmamışsa, bu ticari mümessilin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmeler müvekkili bağlar. Ancak azil keyfiyetini tescil ve ilan ettirmemiş olan müvekkil, üçüncü kişinin ticari mümessilin azledildiğini bildiğini ispat edebilirse, yapılan sözleşmeyle bağlı tutulmaktan kurtulur.

TTK 39/II, üçüncü kişinin ticaret sicili kayıtlarına güvenerek tacirle ilişkiye girmesinin sözkonusu olduğu hallerde uygulanır.

Dolayısıyla TTK 39/II esas itibariyle üçüncü kişinin ticaret sicili kayıtlarını inceledikten sonra tacirle yapacağı hukuki işlemler bakımından önem arzeder (Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4.Bası, 1998,s.238)

TTK 38 ve 39 ile, sicil kayıtlarına güvenerek tacirle hukuki işlemlere girişecek üçüncü kişilerin korunması amaçlanmıştır.

Tacir ile üçüncü kişi arasında hukuki işlem yapılması söz konusu olmayan hallerde, örneğin vergi hukuku ile ilgili konularda, TTK. 38 ve 39'a dayanılması mümkün değildir. (Karayalçın, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, V.s.40)

Öte yandan, limited şirket pay devrinin geçerli olabilmesi için TTK 520.maddesine göre, limited şirket pay devrinin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce tasdik edilmesinden sonra, pay devrinin limited şirkete bildirilerek, ana sözleşmede aksine hüküm yoksa ortakların en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin dörtte üçüne sahip olması, ayrıca devrin pay defterine kaydedilmesi gerekir.

Bu devrin ticaret siciline tescili ise, pay devrinin gerçekleşmesi için zorunlu bir şekil şartı değildir.

6762 Sayılı Kanun'un konuya ilişkin "Tescil ile ilan" başlıklı 515. maddesinde ise: ".....Mukavelede yapılan her değişiklik, ilk mukavelede olduğu gibi tescil ve ilan edilir. Mukavelenin değiştirilmesi hakkındaki kararlar üçüncü şahıslar hakkında, tescil tarihinden itibaren hüküm ifade eder." denilmiştir.

Buna göre, limited şirket ortağı veya müdür değişikliğinin ilan edilmemesi halinde, bu kişilerin şirket adına işlem yapmaları durumunda, değişikliği ilan etmeyen şirket iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olur. Ancak, şirket temsilcisi veya ortağının kamu alacaklarına karşı sorumluluğu ilan edilmemenin sonuçlarına bağlanamaz, zira kamu kurumu 6762 Sayılı Kanun'un 38 ve 39. maddeleri anlamında ücüncü kişi olmadığı gibi, tescil edilmemeye dayanılabilmesi için yetkisiz temsilcinin şirket adına işlem yapması zorunluluğu bulunmaktadır.

6762 Sayılı Kanun'un 540. maddesinde de,

"Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar."

Hükmüne yer verilmiş olup,

Kanun'un bu açak düzenlemesi karşısında, limited şirkette yeni müdür atanmamış ise, tüm ortaklar müdür sıfatına sahip olduğundan, şirket ortaklığından ayrılan davacıdan sonra şirkete yeni müdür atanmış olup olmadığının araştırılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının, dava dışı şirketteki hissesinin tamamını 28.04.1994 tarihinde dava dışı, F.U.'ya devrederek buna ilişkin şirket ortaklar kararının 03.05.1994 tarihinde Bakırköy 1. Noterliği'nin 25774 yevmiye numarası ile tasdik ettirildiği ve 04.05.1994 tarihinde de davacının ayrıca Bakırköy 1.Noterliği'nin 26793 yevmiye numaralı hisse devir ve temlik sözleşmesi ile de tüm hisselerini dava dışı F.U.'ya devrettiğine dair temlik sözleşmesi düzenlendiği hususlarında uyuşmazlık bulunmamakta olup,

Davalı Kurum tarafından, davacının şirketi temsil yetkisi sona erdikten ve hatta şirket münfesih olduktan sonra Kuruma bildirilen sigortalılar için ödenmesi gereken prim borçlarının tahsili istemi ile takip başlatılmıştır.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, davacının dava dışı şirketteki temsil yetkisinin sona ermesi ve yerine yeni temsilci atanmasının sicil gazetesinde ilanının, işlemin hukuken varlık kazanmasına değil, bu hususun üçüncü kişilere açıklanması amacına yönelik olduğu, dolayısıyla inşai değil bildirici bir işlem olduğu açıktır.

Davacının şirketi temsil yetkisi, 1994 yılında sona ermiş olup, kurum tarafından talep edilen alacak, davacının kendisinin fiilen gerçekleştirdiği bir hukuki işlemden kaynaklanmadığı gibi kendisinin sorumlu olduğu dönemde ödenmesi gerektiği halde ödenmeyen bir prim borcu da değildir.

Görüldüğü üzere, Kurum tarafından talep edilen alacağın oluşmasına temsil yetkisi sona erdiği halde davacının yapmış olduğu bir hukuki işlem neden olmadığı gibi, davalı Kurum, temsil yetkisi sona eren davacı ile dava dışı şirket yönünden 6762 Sayılı Kanun'un 38 ve 39. maddeleri anlamında üçüncü kişi de değildir.

Temsil yetkisinin sona erdiğinin ticaret sicil gazetesinde ilanı iyiniyetli üçüncü kişileri korumaya yönelik olup, davacı temsil yetkisi sona erdikten sonra şirketi borç altına sokacak korumaya yönelik olup, davacı temsil yetkisi sona erdikten sonra şirketi borç altına sokacak hukuki bir işlem yapılmadığından, davacının kendisinden sonra şirket adına yetkili temsilcilerin ödemesi gereken bir borçtan dolayı şahsi sorumluluğu bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda açıklanan ya-

sal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak, davacının prim borcundan sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne dair kararda direnilmesi usul ve yasaya uygundur. Bu nedenle, direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda; 1- (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** 23.01.2013 gününde yapılan ilk görüşmede oybirliği ile, 2-(II) nolu bentte açıklanan nedenlerle; davalı SGK vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3.fıkrası uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 30.01.2013 tarihinde karar verildi.

TEK GÖZÜ OLMAYAN SÜRÜCÜNÜN EHLİYETİ İPTAL EDİLİR

•

SÜRÜCÜ BELGESİNE SAHİP OLMAYAN KİMSENİN KULLANDIĞI ARAÇTA KASKO TEMİNAT POLİÇESİNDEN SÖZ EDİLEMEZ.

ÖZET: Öte yandan, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarının A.5.4. maddesinde "Teminat dışı kalan zararlar" kenar başlığı altında; poliçede gösterilen taşıtın, Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre, gerekli sürücü belgesine sahip olmayan kimseler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararların, kasko poliçe teminatı dışında olduğu açıklanmıştır. O halde, hasarın teminat dışı kalabilmesi için sürücünün ehliyetsiz olması yeterlidir. Somut olay incelendiğinde, davacı sürücüsü A.K.'nin 1989 yılında E sınıfı ehliyete sahip olmasına rağmen 2005 yılında yapılan göz ameliyatı ile sağ gözünün alındığı ve tek gözünün olmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarının A.5.4.maddesi gereğince gerekli sürücü belgesine sahip olmayan kimseler tarafından taşıtın kullanılması sırasında meydana gelen zararlar, kasko poliçe teminatı dışında olduğundan mahkemece; davacı sürücüsünün mevcut ehliyeti ve sağlık durumunun Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 90. maddesinde düzenlenen sürücü belgelerinin trafik zabıtasınca geri alınması halleri kapsamında kalıp kalmadığı araştırılarak elde edilecek sonuca göre bir karar verilmelidir.

Y. HGK. E:2012/17-1086 K:2013/294 T:27.02.2013

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 13.07.2010 gün ve 2009/303 E.-2010/417 K. sayılı kararın incelenmesinin davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 04.10.2011 gün ve 2011/1110 E.-2011/8715 K. sayılı ilamı ile;

(….. Davacı vekili, müvekkiline ait çekici ve dorsenin davalı şirkete kasko sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, karşı yönden gelen aracın orta refüjü geçerek sigortalı araçlara çarpması nedeniyle ağır hasar meydana geldiğini, davacıya ait araç sürücüsünün tek gözünün protez olması nedeniyle kasko sigortası teminatı kapsamında olmadığı belirtilerek hasar bedelinin ödenmediğini fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 55.000 TL tazminatın ihbar tarihinden ticari işlerde uygulanan temerrüt faiz oranı olan %27 üzerinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacıya ait araç sürücüsünün sağ gözünün protez olduğunu, daha önce almış olduğu sürücü belgesinin geçersiz olduğunu, sürücünün sürücü belgesinin bulunmaması nedeniyle hasarın kasko sigorta poliçesi teminatı kapsamında olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; kazanın dava dışı araç sürücüsünün kusuru nedeniyle meydana geldiği, davacıya ait araç sürücüsünün sağlık durumundaki değişiklikleri ilgili yerlere bildirilmemesinin sigorta şirketinin sorumluluğunu kaldırmayacağı gerekçesi ile hasarlı çekici ve dorsenin davalı tarafa verilmesi koşulu ile 55.000 TL tazminatın 24.03.2009 tarihinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Davalı vekili davacıya ait araç sürücüsünün sürücü belgesinin geçersiz olduğunu savunmuştur. Taraflar arasında geçerli kasko sigortası sözleşmesinin genel şartlarının A.5.5.4. maddesine göre poliçede gösterilen taşıtın, Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre, gerekli sürücü belgesine sahip olmayan kimseler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararların teminat kapsamında olmadığı düzenlenmiş olduğundan ve sürücünün aracı sürücü belgesiz kullanması yeterlidir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 38. ve 39. maddesinde sürücü belgelerinin sınıfları ve kullanabilecekleri araç türleri düzenlenmiştir. Aynı Yasa'nın 45. maddesi ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 90. maddesinde ise Sürücünün sağlık durumunda, araç sürmesine engel teşkil edecek bedensel bir değişikliğin görülmesi ve bunun bir tutanakla tespiti halinde sağlık muayenesi isteneceği, sağlık raporu ile sürücülük yapmasında sakınca görülenlerin belgelerinin geri alınacağı

ve sağlık kurulu raporu ile belgelendirmeleri şartıyla, kaybettikleri sağlık şartlarını yeniden kazananlara sürücü belgelerinin geri verileceği belirtilmiştir.

Dosyada mevcut delillere göre, davacıya ait araç sürücüsünün 1989 yılında "E" sınıfı sürücüsü belgesi aldığı, 2005 yılında geçirdiği ameliyat sonrası sağ gözünün protez olduğu anlaşılmaktadır. Davacı sigortalıya ait aracın çekici vasfında olduğu ve kaza sırasında römork takılı vaziyette olduğu, sürücünün "E" sınıfı sürücü belgesine sahip olduğu anlaşılmıştır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 38. maddesinde de çekici türünden motorlu araçları kullanacakların "D" sınıfı sürücü belgesine sahip olmalarının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Aynı yasanın 39. maddesinin a-6. Bendinde ise "E" sınıfı sürücü belgesi ile B, C ve F sınıfı sürücü belgeleri ile kullanılan araçların da kullanılabileceği, E sınıfı sürücü belgesi sahiplerinin D sınıfı sürücü belgesi ile sürülen araçları kullanabilmeleri için römorklu veya yarı römorklu araçlarla uygulamalı sınava tabi tutulacağı düzenlenmiştir. Bu hale göre mahkemece araç ve römorkun ruhsatları getirilerek niteliklerinin kesin olarak belirlenmesi ve araç türüne göre "E" sınıfı sürücü belgesinin yeterli olup olmadığı ve sağlık durumunun araç sürmesine engel teşkil edip etmediği araştırılarak sonucuna göre kasko sigorta sözleşmesi genel şartlarının A.5.5.4. maddesinin değerlendirilip karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...)

Gerekçesiyle 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, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan hasar bedelinin tazmini istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin kendisine ait çekiciyi ve römorku 16.04.2008 tarihinde davalı şirkete sigortalattığını, 07.01.2009 tarihinde müvekkiline ait tır ve dorsenin, sürücü A.K.'nin sevk ve idaresinde iken karşı istikametten gelen R.Ç.'nin sevk ve idaresindeki aracın çok hızlı olması nedeniyle direksiyon hakimiyetini kaybederek bölünmüş yolu aş-

ması neticesi müvekkilinin araçlarının bulunduğu şeride geçtiğini ve aracın tırın altına girdiğini, kaza sonucu müvekkiline ait aracın devrildiğini, ölümlü ve maddi hasarlı trafik kazasının meydana geldiğini, olayda karşı yönden gelen araç sürücüsü R.Ç.'nin asli kusurlu olduğunu, tır sürücüsü A.K.'nin ise kusursuz olduğunu, kaza sırasında araç sürücü A.K.'nin ehliyetinin bulunduğunu, alkolsüz olduğunu, ancak 1989 yılında E sınıfı ehliyete sahip olmasına rağmen 2005 yılında göz ameliyatı olup sağ gözü alınması nedeniyle tek gözünün olmadığının belirlendiğini, müvekkilinin sürücüsünün poliçe genel şartları A.5.4. maddesi gereği yetersiz ehliyetle araç kullandığı gerekçesiyle müvekkilinin tazminat talebini reddettiğini belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak koşuluyla sigorta tazminatı zarar tutarı olan 55.000 TL kasko sigorta bedelinin ihbar tarihinden itibaren %27 avans faiziyle birlikte müvekkiline ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; davacı sürücüsü A.K.'nin 2005 yılında sağ gözünün alınıp yerine protez göz takıldığını, bu sürücünün protez takılmasından sonra trafik müdürlüğüne başvurarak ehliyet durumunu yeniden değerlendirtmesi gerekirken bu işlemi yapmadığını, tek gözlü bir şahsın E sınıfı ehliyet alıp tır ve çekici kullanmasının mümkün olmadığını, 2918 Sayılı Kanun'un 45. maddesi ve Karayolları Trafik Kanunu Yönetmeliği'nin 90. maddesi hükümleri uygalandığında, sürücünün bu ehliyetinin geçersiz olması gerektiğini, Motorlu Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları A.5.4.maddesi gereğince ehliyetsizliğin varlığı halinde hasarın kasko teminatı dışında kaldığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, kazanın meydana gelmesinde davacı sürücüsünün kusurunun bulunmadığı, davacı sürücüsünün tek gözünün olmadığını yetkililere bildirerek tespit ettirmesi gerekliyken yapmamış olmasının davalı şirketin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararın davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulması üzerine yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme hükmünü davalı vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; trafik kazasının gerçekleşmesinden kusuru bulunmayan sigortalı araç sürücüsünün tek gözünün bulunmaması ve "E" sınıfı ehliyet ile tır ve buna bağlı dorseyi kullanması halinde, meydana gelen zararın kasko sigorta poliçesi teminatı kapsamında kalıp kalmayacağı; burada varılacak sonuca göre yerel mahkemece eksik inceleme yapılıp yapılmadığı, noktalarında toplanmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinde sürücü belgesi sahibi olmayan kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu ifade edilmiştir.

Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin "Sürücü belgelerinin trafik zabıtasınca geri alınması halleri ile şartları" başlıklı 90.maddesinde sürücünün sağlık durumunda, araç sürmesine engel teşkil edecek bedensel bir değişikliğin görülmesi ve bunun bir tutanakla tespiti halinde, sağlık muayenesi isteneceği açıklandıktan sonra sağlık raporu ile sürücülük yapmasında sakınca görülenlerin belgelerinin geri alınacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarının A.5.4. maddesinde "Teminat dışı kalan zararlar" kenar başlığı altında; poliçede gösterilen taşıtın, Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre, gerekli sürücü belgesine sahip olmayan kimseler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararların, kasko poliçe teminatı dışında olduğu açıklanmıştır.

O halde, hasarın teminat dışı kalabilmesi için sürücünün ehliyetsiz olması yeterlidir.

Somut olay incelendiğinde, davacı sürücüsü A.K.'nin 1989 yılında E sınıfı ehliyete sahip olmasına rağmen 2005 yılında yapılan göz ameliyatı ile sağ gözünün alındığı ve tek gözünün olmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarının A.5.4.maddesi gereğince gerekli sürücü belgesine sahip olmayan kimseler tarafından taşıtın kullanılması sırasında meydana gelen zararlar, kasko poliçe teminatı dışında olduğundan mahkemece; davacı sürücüsünün mevcut ehliyeti ve sağlık durumunun Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 90.maddesinde düzenlenen sürücü belgelerinin trafik zabıtasınca geri alınması halleri kapsamında kalıp kalmadığı araştırılarak elde edilecek sonuca göre bir karar verilmelidir.

Hal böyle olunca; aynı hususa işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının bozma ilamında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanun'un

30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhukemeleri 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 geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.02.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA BORCUNA İTİRAZ • KİRA SÖZLEŞMESİ • İTİRAZIN KALDIRILMASI

ÖZET: Borçlu kiracı takibe itiraz ederken kira sözleşmesine itiraz etmemiştir. Bu durumda kira sözleşmesinin varlığı ve içerdiği şartlar hususunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur.

Borçlu kira parasını ödediğini İİK 269/c. maddesinde sayılan belgelere dayanarak ispatlamalıdır.

Bu ispat yapılamıyorsa, itirazın kaldırılmasına ve tahliyeye karar verilmelidir.*

Y. HGK. E:2012/6-1401 K:2013/425 T:03.04.2013

(…Dava, itirazın kaldırılması ve temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece uyuşmazlık yargılamayı gerektirdiğinden istemin reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, 15.07.2010 tarihinde başlattığı icra takibinde 01.06.2009 başlangıç tarihli bir yıl süreli yazılı kira sözleşmesine dayanarak 01.06.2009-01.07.2010 tarihleri arası ödenmeyen sözleşme şartlarına göre %50 indirimli kira bedeli olan 46.131.91 TL kira parasının tahsili ile kiralananın tahliyetisini istemiştir. Davalı ödeme emrinin 27.07.2010 tarihinde tebliği üzerine süresinde yaptığı itirazında kira sözleşmesine karşı çıkmamış, kira paralarının düzenli bir şekilde elden ödendiğini, istenen kira parasının fahiş olduğunu, kira parasının istenen miktardan daha az olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece, davacının sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, aylık

* Gönderen Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

kiranın belirlenmesinin farklı kıstaslara tabi tutulması nedeniyle tam olarak tespitinin yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir.

İcra takibine dayanak 01.06.2009 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin aylık kira bedelini düzenleyen özel 61. maddesinde 1. kira yılında aylık kira bedelinin 6150 TL.+KDV olduğu, 2. kira yılında kiraya %25 artış yapılacağı, sonraki yıllarda ise her kira yılı başında bir önceki kira yılının aylık kira bedeline TÜİK tarafından ilan edilen TÜFE oranı+kiranın %8'i oranında artırılacağı düzenlenmiş, 62.maddesinde ise doluluk oranının %75'in altında olduğu hallerde kiracının kira bedelinin %50'sini ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Nitekim davalı alacaklı vekili de 15.07.2010 tarihinde başlattığı icra takibiyle sözleşmenin bu özel hükümlerine dayanarak icra takibine konu kira bedellerinin %50 indirimli olarak tahsilini istemiştir. Bu açık düzenlemeler karşısında uyuşmazlıkta yargılamayı gerektiren bir hal bulunmamaktadır. Davalı kiracı icra takibine konu kira parasını ödediğini İİK'nin 269/c maddesinde sayılan belgelerden biriyle kanıtlayamadığına göre itirazın kaldırılmasına ve tahliyeye karar vermek gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin reddine karar verilmesi hatalıdır.

Karar bu nedenle bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, itirazın kaldırılması ve temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir.

Davacı-alacaklı A. Gayrimenkul Yönetimi Tic. A.Ş. vekili dava dilekçesinde özetle; davalının W. A. Alışveriş Merkezi'nde 129 nolu mağazayı işyeri olarak kiraladığını, davalı ile imzaladıkları 01.06.2009 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin halen geçerli olduğunu, davalı kira sözleşmesi gereğince ödemesi gereken kira bedellerini ödemediğinden hakkında icra takibine geçtiklerini ancak davalının takibe ve borca itiraz ettiğini ve

borcu da ödemediğini, itirazın haksız, alacağın da likit olduğunu beyanla, davalının itirazının kaldırılması, takibin devamı ile akdin feshi, mecurun tahliyesi ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı-borçlu G. Yapım Televizyon Hizm. Reklamcılık Yemek Üretim Tesisleri San. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili cevap dilekçesinde özetle; dava konusu taşınmazla ilgili kira sözleşmesinin ihtilaflı olduğunu, taraflar arasında Kadıköy Ticaret Mahkemesi'nde devam etmekte olan kira sözleşmesinin iptali davasının sonucunun beklenmesi gerektiğini, alışveriş merkezindeki doluluk oranının %10 bile olmadığını, kiralayanın sözleşmedeki reklam ve tanıtım taahhüdünü yerine getirmediğini, kira sözleşmesinin 6.1. maddesi artışa ilişkin olup, TÜFE+kiranın %8'i oranında artırılacağı şartını içerdiğinden talep edilen kira alacağının likit olmadığını belirterek, kira sözleşmesinin yargılamayı gerektirmesi nedeniyle davanın reddi ile %40 tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, kira sözleşmesinde yer alan yükümlülüklerin davacı tarafından yerine getirilip getirilmediğinin ve farklı kıstaslara tabi tutulması, aylık kira bedelinin belirlenmesinin yargılamayı gerektirdiği, dar yetkili mahkeme olduklarından bu hususların araştırılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, Yerel Mahkeme tarafından önceki gerekçe genişletilmek ve aynı nitelikteki yer için açılan davada verilen kararın onandığı belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, takibe itirazın kapsamına göre uyuşmazlığın çözümünün yargılamayı gerektirip gerektirmediği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, uyuşmazlığın çözümüne etkili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinde itirazın kesin olarak kaldırılması; 62. ve bu maddeye atıfla 63.maddelerinde ise itirazın süresi, şekli ve sebepleri düzenlenmiştir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun "İtirazın kesin olarak kaldırılması" başlıklı 4946 Sayılı Kanun ile değişik 68. maddesinin ilk üç fıkrasında;

"Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden

itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması istenilmediği takdirde yeniden ilamsız takip yapılamaz. Borçlu itirazını varit gösterecek hiçbir belge ibraz edemezse tetkik mercii itirazın kaldırılmasına karar verir. İtiraz birinci fıkrada gösterilen senet veya makbuz yahut belgeye müstenit ise itirazın kaldırılması talebi reddolunur." Hükmü yer almaktadır. Yine, aynı Kanun'un "Kira akdi dışındaki itirazlar ve tahliye" başlıklı 269/c maddesinde;

"Borçlu akdi reddetmeyip kiranın ödendiğini veya sair bir sebeple istenemiyeceğini bildirerek itiraz etmiş veya takas istemişse, itiraz sebeplerini ve isteğini noterlikçe re'sen tanzim veya imzası tasdik edilmiş veya alacaklı tarafından ikrar olunmuş bir belge yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya vesika ile ispat etmeğe mecburdur. Senet veya makbuzun alacaklı tarafından inkarı halinde 68. madde hükmü kıyasen uygulanır.

Merciin tahliyeye mütedair kararının infazı için kesinleşmesi beklenmez. Ancak tahliye için, kararın borçluya tefhimi veya tebliği tarihinden itibaren ongün geçmesi lazımdır. Borçlu tahliye kararı hakkında 36.madde hükmünden faydalanabilir."

Hükmüne yer verilmiştir.

Bu açık hükümler gözetilerek somut olay ele alındığında;

İtirazın kaldırılması istemine konu takibin dayanağı, yazılı kira sözleşmesidir. Takip talepnamesinde, alacaklı ödenmeyen kira bedellerini istemekte, ayrıca tahliye isteminde de bulunmaktadır. Borçlu/kiracı herhangi bir belgeye dayanmaksızın takibe itiraz ederek, borcu olmadığını ileri sürmüştür.

Borçlu takibe itiraz ederken, alacaklının da dayandığı yazılı kira sözleşmesinin varlığına ve imzaya itiraz etmemiş, kısmi itirazını ise istenen kira bedelinin sözleşmede artış oranını düzenleyen hükümlere uygun belirlenmediği, fahiş olduğu ve buna göre hesaplanan faiz miktarının da fazla olduğu savına dayandırmıştır.

Takibe konu kira sözleşmesine davalı/kiracı/borçlunun karşı çıkmadığından, alacaklının takibi, icra ve iflas kanunu'nun 68/1 maddesi anlamında "imzası ikrar edilen ve borç ikrarını içeren bir belgeye" dayanmaktadır.

Takibe konu kira bedeli ve faiz dışındaki hususlar alacaklı kiralayanın da kabulünde olduğuna göre taraflar arasında kira sözleşmesinin varlığı ve özel şartları hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, sadece sözleşmede belirlenen esaslar çerçevesinde son kira bedelinin ne olması gerektiği ve buna göre alacak miktarı ile buna uygulanacak faizin hesabı noktasındadır. Borçlunun karşı çıkmadığı kira sözleşmesinde kira bedelinin belirlenmesinin ölçütleri ve artış oranları özel şartlar bölümünde açıkça düzenlenmiştir.

Dar yetkili İcra Mahkemesi, itiraz ederken sebeplerini ayrıntısıyla bildiren borçlunun itirazlarının kaldırılıp kaldırılmayacağına karar verirken, tarafların kabulünde olan bu sözleşme hükümlerini değerlendirmek ve ayrı bir yargılama da gerektirmediğinden bu sözleşme üzerinden tarafların sav ve savunmalarını incelemek durumundadır.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 06.04.2005 gün 2005/6-192 E. 2005/224 K.; 22.12.2004 GÜN 2004/12-760 E. 2004/729 K. ve 10.04.2002 gün 2002/12-288 E. 2002/306 K.sayılı kararlarında da aynı husus benimsenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, davalı, icra takibine konu kira parasını ödediğini İİK'nin 269/c maddesinde sayılan belgelerden birisiyle kanıtlayamadığına göre itirazın kaldırılmasına ve tahliyeye karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususlar göz ardı edilerek, salt dar yetkili olduğundan bahisle ve kurala yanlış anlam vermek suretiyle talebin reddine dair kararda direnilmesi isabetsizdir.

O halde, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 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 geri verilmesine, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 5311 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile eklenen "Geçici Madde 7" atfıyla aynı Kanun'un 366. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 03.04.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

MENFİ TESPİT DAVASI • BONO • TANZİM TARİHİ • ÖDEME TARİHİ

ÖZET: Davaya konu olan bonoların tanzim tarihlerinden sonra yapılmış olan ödemelere dayanılarak menfi tespit hükmü oluşturulmalıdır.*

Y. HGK. E:2012/19-1224 K:2013/470 T:10.04.2013

(…..Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan aldığı borç karşılığında toplam 250.000.00 TL.tutarında 3 adet bono verdiğini, tefeci olan davalıya müvekkili ve müvekkili adına dava dışı M.K. tarafından 209.000.00 TL nakit, yine iki adet 230.000.00 TL bedelli daire devir edildiğini, davalının tüm bu ödemelere karşılık bonoları iade etmediğini iddia ederek borçlu olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, davacı ile aralarındaki ilişkinin uzun süreli olduğunu ve tefecilik ile ilgili olmadığını arkadaşı olması nedeniyle zaman zaman borç verdiğini, yapılan ödemelerin dava konusu bonolardan önceki tarihlerde alınan borca karşılık olduğunu taşınmazları ise bedelini ödeyerek satın aldıklarını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, taşınmazların resmi satış senedinde bedelin peşin ödendiği, kaydı bulunduğu, 3.kişi tarafından yapılan ödemeler ise davacının borcuna yönelik olduğuna dair bir ibare bulunmadığı ancak 69.000 TL.ödemenin bir başka alacağa ilişkin olduğunun davalı yanca kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle, davacının taşınmaz devri ile dava dışı MK'nin yaptığı ödemelerin borcuna karşılık olduğunu kanıtlayamamış olduğundan tüm temyiz itirazlarının reddi, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava konusu bonolar 01.01.2008 tanzim tarihlidir. Bu tarihten önceki ödemelerin anılan bonolara yönelik olarak yapıldığı kabul edilemez. Mahkemece bu yön gözetilerek bilirkişiden davalının itirazı doğrultusunda ek rapor alınarak uygun sonuç çerçevesinde bir karar

* Gönderen Av. Talih Uyar e.uyar.com

verilmek gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, menfi tespit ve istirdat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan düşük faizli borç para istediğini ve senet karşılığı müvekkilinin davalıdan borç aldığını, 2 adet 50.000.00 TL ve 1 adet 150.000.00 TL bedelli senetleri davalıya verdiğini, senetlerde sadece bedelin yazılı olduğunu, diğer yerlerin daha sonra doldurulmak üzere boş olarak verildiğini, vadeleri gelmeden de bankadan havale ve EFT ile toplam 296.702.00 TL ödeme yapıldığını, davalının senetleri iade etmemesi üzerine müvekkilinin bu defa iki adet dairesini davalıya devrettiğini, tüm bu ödemelere ve devirlere rağmen davalının senetleri iade etmeyip senetlere istinaden ihtiyati haciz yoluna başvurduğunu ve müvekkili aleyhine takip başlatarak ikinci defa ödemeye zorladığını, müvekkilince havaleler ve 230.000.00 TL değerindeki dairelerin devri suretiyle toplamda 526.702.00 TL ödeme yapılmış olduğunu ve 250.000.00 TL'lik borcun fazlası ile karşılandığını ileri sürerek, müvekkilinin, davalıya borçlu olmadığının tespitine, senetlerin iadesine ve fazla ödemelerin iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı taraf cevabında, davacının borç paraya ihtiyacı olduğunu söylemesi üzerine aralarında para alışverişinin olduğunu, davacı tarafından müvekkilinin banka hesaplarına ilgili senetlere karşılık 87.702.00 TL yatırılmadığını, dava dışı MK tarafından yapılan 209.000.00 TL ödemenin ise davacının borcuna mahsuben olmadığını, bizzat MK'nin kendi borçları için ödemede bulunduğunu, ayrıca bu ödemelerin senetlerin tanzim tarihinden önce yapıldığını, dairelerin ise emlakçı aracılığıyla bulunduğunu ve bedelleri peşin ödenerek müvekkilince satın alındığını, senet bedellerine ilişkin ödeme yapılmış olsa idi ödeme sebebinin havale makbuzlarına şerh düşülmesi gerektiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, senetlerin tanzim ve vade tarihlerinden sonra yapılan 69.000.00 TL dışındaki ödemeler bakımından davacı iddiasının ispatlanmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, icra takiplerin dayanağı

senetler nedeniyle davalıya 69.000.00 TL borçlu olmadığının tespitine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının davalıya 69.000.00 TL borçlu olmadığına ilişkin olarak yerel mahkemece kurulan menfi tespit hükmüne esas alınan davacı ödemelerinin, davaya konu bonoların tanzim tarihinden sonra mı yoksa önce mi yapıldığı noktasında toplanmaktadır.

Yerel mahkemece hükme esas alınan 18.01.2011 havale tarihli bilirkişi raporunda yapılan tespitle; davacı / borçlunun, davalı / alacaklıya, 15.02.2008; 13.03.2008; 26.03.2008; 01.05.2008 ve 23.05.2008 tarihlerinde toplam 69.000.00 TL ödeme yaptığı belirlenmiş ve mahkemece bu ödemelerle sınırlı olmak üzere davacının davalıya borçlu olmadığının tespitine karar verilmiştir.

Bu itibarla; davacı tarafından değişik tarihlerde yapılan ödemelerden sadece bonoların tanzim tarihinden sonrasına ilişkin bölümü yerel mahkemece dikkate alınarak menfi tespit hükmü kurulmasında isabetsizlik bulunmamaktadır.

O halde, Özel Daire bozma ilamında dikkate alınması gerektiği belirtilen ödeme tarihi ile yerel mahkemece esas alınan ödeme tarihleri aynı olduğundan bu yöne ilişkin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, ödemelerin miktarına yönelik diğer temyiz itirazları Özel Daire'since incelenmediğinden, dosyanın bu yönde inceleme yapılmak üzere Özel Daire'ye gönderilmesi gereklidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı yerinde olup, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **19. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE...**

YABANCI PARA ALACAĞI • FAİZ HESABI

ÖZET: Davacı yabancı para alacağının fiili ödeme günündeki kur değeri üzerinden tahsilini talep etmiş olup, vade tarihinden ödeme tarihine kadar o yabancı paraya uygulanan bir yıllık vadeli mevduat faizi işletilmelidir.*

Y.HGK. E.2012/12-1072 K.2013/496 T.10.04.2013

(…. Alacaklının borçlu aleyhinde 1.500 ABD Doları bedelli bonoya dayalı olarak, 1.500 ABD doları asıl alacak ve 180 ABD doları işlemiş faizi olmak üzere, 1.680 ABD dolarının faiziyle birlikte kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile tahsilini talep ettiği, harca esas değeri 2.268 YTL olarak gösterdiği ve takibin bu şekliyle kesinleşerek dosyada bir kısım tahsilatların yapıldığı, alacaklı vekilinin 01.03.2010 tarihinde döviz kurunun nazara alınarak bakiye borcun hesaplanması talebi üzerine, icra müdürlüğünce alacak takip tarihi itibariyle TL'ye çevrilerek TL olarak tahsilinin talep edildiği kaul edilerek, buna göre dosya borcunun hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporu nazara alınarak sonuca gidildiği görülmektedir.

Alacaklının, Borçlar Kanunu'nun 83 ve TTK'nın 623.maddesi uyarınca seçimlik hakkını, fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılması yönünde kullanması halinde, takip konusu alacak tahsil tarihine kadar yabancı para alacağı olarak değerlendirileceğinden, alacaklı, bu alacağa 3095 Sayılı Kanun'un 4/a maddesi gereğince vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar devlet bankalarının o para birimi ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre faiz isteyebilir.

Bu kurallar ışığında somut olayın incelenmesinde: Alacaklının takip talebinde asıl alacağı ve asıl alacağa işlemiş faizi yabancı para olarak gösterdiği ve toplam yabancı para alacağının faiziyle birlikte tahsilini istediği, bu haliyle fiili ödeme günündeki kur üzerinden ödeme yapılmasını talep ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, alacaklı, yabancı para alacağı olan asıl alacak için 3095 Sayılı Kanun'un 4/a maddesi gereğince takip tarihinden fiili ödeme tarihine kadar devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir

* Gönderen: Av. Talih Uyar (e.uyar.com)

yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı üzerinden işlemiş faiz talep edebilir. Mahkemece alacaklı şikayetinin bu doğrultuda değerlendirilmesi gerekirken, takip tarihinden sonrası için alacağın TL'ye çevrilerek avans faizi istenebileceği gerekirken, takip tarihinden sonrası için alacağın TL'ye çevrilerek avans faizi istenebileceği kabul edilip buna göre bakiye borcu hesaplattırılarak sonuca gidilmesi isabetsizdir...)

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:

İstek, icra memuru işlemine ait şikayetin kanun yolu ile iptali istemine ilişkindir.

Şikayetçi-alacaklı A.vekili, eldeki şikayite ile; yabancı para borcunun tahsiline ilişkin icra takibinde, alacağın fiili ödeme tarihindeki değeri esas alınarak, bakiye dosya alacağının hesabının isteme aykırı yapıldığından icra müdürlüğünün 17.03.2010 tarihli kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

Mahkemece, yabancı paranın takip tarihi itibariyle TL'ye çevrilerek TL olarak tahsilinin talep edildiği kabul edilerek, buna göre dosya borcunun hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunda, şikayetçi-alacaklının bir alacağının bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

Şikayetçi-alacaklı A. vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda yazılı nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, "dava konu Ankara 10. İcra Müdürlüğü'nün 2005/1864 Esas sayılı takip dosyasındaki takip talebi ve ödeme emrindeki alacaklı vekilince yapılan düzeltmelerin onaylı olmadığı, sonradan farklı kalemle yazıldığı, ödeme emrinde sadece %24 ibaresinin yazılı olduğu, iki form arasında bile farklılık bulunduğu görülmekle yok hükmünde kabul edildiği" benimsenerek önceki kararda direnilmiş; hükmü şikayetçi-alacaklı A.vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; şikayetçi-alacaklının, yabancı para alacağı olan asıl alacak için 3095 Sayılı

Kanun'un 4/a maddesi gereğince, takip tarihinden fiili ödeme tarihine kadar devlet bankalarınnı o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı üzerinden işlemiş faiz talep edip edemeyeceği; dolayısıyla, dosya hesabının buna göre yapılması gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, konuya ilişkin yasal düzenlemenin irdelenmesinde yarar vardır:

6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 690. maddesi atfıyla uygulanan 623. maddesi uyarınca, bononun yabancı memleket parası üzerinden düzenlenmesine olanak bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, 23.11.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3678 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu (BK)'nın 83. maddesine bir fıkra eklenerek, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklının bu alacağını aynen, vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebileceği kabul edilmiştir.

Yabancı para alacağı bir kambiyo senedine bağlanmışsa ilke olarak kambiyo senedinde aynen ödeme şartı bulunsun veya bulunmasın, yabancı para alacaklısı, alacağının, vadesinde ödenmemesi halinde, vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödenmesini talep edebilecektir.

Bu arada, yabancı para üzerinden tanzim edilmiş kambiyo senedinin icraya konulması halinde olaya uygulanması zorunlu İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nın 58. maddesinin 2. fıkrasının 3. bendi hükmünün de irdelenmesi gerekir.

Yerleşik görüşe göre, İcra ve İflas Kanunu'nun 58. maddesinin 3. bendinin emredici nitelikte olduğu yönündedir.

İİK'nin 58/3 ve 3678 sayılı Kanun ile 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine eklenen fıkrası uyarınca, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre, Türk parası ile ödenmesini isteyebilir. Alacaklı takip talepnamesi ile seçim hakkını vade veya takip tarihi itibariyle kullanmış ise, sonradan fiili ödeme günündeki kur üzerinden hesap yapılmasını isteyemez.

Takip talebinde, alacaklının yabancı parayı Türk parasına çevirme zorunluluğu yanında yabancı para alacağı için temerrüt faizi talep etmek isterse vade tarihi ile takip tarihi arasında işlemiş temerrüt faizini yine ya-

bancı para olarak hesaplayıp (3095 sayılı Kanun m.4/a) takip tarihindeki kur üzerinden Türk parası olarak talep etmesi gerekir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 18.12.2002 gün ve E:2002/12-1058, K.2002/1064 sayılı ilamı)

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Ankara 6. İcra Müdürlüğü'nün 2005/1684 esas sayılı kambiyo senetlerine özgü icra takibinde alacaklı, takip talepnamesinde 1.500 ABD Doları bedelli bonoya dayalı olarak,

1500 ABD Doları asıl alacak ve 180 ABD Doları işlemiş faizi olmak üzere, 1.680 ABD Doları'nın faiziyle birlikte tahsilini talep ettiği; yine takip talepnamesine sonradan alacaklı vekilinin parafını da içerecek şekilde elle faiz miktarını "%24" ve "ödeme tarihindeki kur üzerinden" ibaresinin yazıldığı, takibin bu şekilde herhangi bir şekilde itiraza uğramadan kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, alacaklı takip talepnamesinde yabancı para alacağının fiili ödeme günündeki kur değeri üzerinden ödeme yapılmasını istemiştir. Alacaklı, BK'nın 83 ve TTK'nın 623. maddeleri uyarınca şeçimlik hakkını fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesi yönünde kullandığından, 3095 Sayılı Kanun'un 4/a maddesi vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar Devlet Bankalarının Amerikan Doları ile açılmış bir (1) yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranına göre işlemiş faiz isteyebilir.

Yerel mahkemece; alacaklı şikayetinin az yukarıda vurgulanan ilk eve kabul çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, bilirkişi raporu benimsenerek takip tarihinden sonrası için alacağın Türk Lira'sına çevrilerek avans faizi istenebileceği kabul edilip, buna göre bakiye dosya borcu hesaplattırılarak sonuca gidilmesi isabetsizdir.

Şu durumda, mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da, benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Şikayetçi-alacaklı A. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının, Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince

BOZULMASINA istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 5311 Sayılı Kanun'un 29. maddesi ile eklenen "Geçici Madde 7" atfıyla uygulanmakta olan aynı Kanun'un 366/III. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 10.04.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

GÖREVLİ MAHKEME • HMK ÖNCESİ AÇILAN DAVA

ÖZET: Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde açılan davaların miktar bakımından görev yeri tayin olunur.*

Y.I. HD. E.2013/2157 K:2013/12650 T:17.09.2013

Dava, ecrimisil ve alacak isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, miras bırakan Hüseyin'in ölüm tarihinden itibaren sözlü ihtarlarla davalının intifadan men edildiğinin tanık anlatımlarıyla belirlendiği gerekçesiyle 02.05.2003 tarihinden dava tarihine kadar olan dönem için davacının payına karşılık gelen 16.500 TL ecrimisil ve 140 TL alacağın davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Davacı 26.05.2011 tarihli dilekçe ile; 400 TL ecrimisil ve 50 TL alacak istekleriyle dava açmış, daha sonra mahkemece yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporu üzerine 16.500 TL ecrimisil ve 350 TL alacak isteğiyle dava dilekçesini ıslah etmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 2. maddesinde davanın konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir" hükmüne yer verilmiştir. Ancak aynı yasanın geçici birinci maddesi gereğince "Bu Kanun'un yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmayacaktır."

1086 Sayılı HUMK'un yürürlükte bulunduğu dönemde açılan davalar değerine göre (6100 Sayılı Yasa'dan sonra açılan davalarda 2. madde uyarınca malvarlığı hakkındaki davalar Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülecektir) sulh veya asliye hukuk mahkemelerinde görülmektedir.

Görev, kamu düzenine ilişkin olup 6100 sayılı HMK'nın 114/1-c ve 115. maddeleri gereğince dava şartlarındandır. Bu sebeple mahkemece görev hususu davanın her aşamasında istek olmaksızın kendiliğinden araştırılmalıdır.

---

* Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

Somut uyuşmazlıkta davacı 6100 sayılı HMK'nın yürürlük tarihinden önce 26.05.2011 tarihinde dava açmış olup ıslah dilekçesi ile 16.500 TL ecrimisil ve 350 TL alacak isteğinde bulunduğu anlaşılmakla bu davanın istek miktarı itibariyle Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülmesi mümkün olmadığından, davaya bakma görevi Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait olup dava şartının yokluğu nedeniyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşünce ile yazılı şekilde davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir.

Davalının yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 Sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer konuların bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 17.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

EVLAT EDİNME • AİLE MAHKEMESİ • İZLENECEK YOL

ÖZET: Evlat edinme davasına aile mahkemesinde bakılacaktır. Evlat edinme davasında olayın şartlarına göre kapsamlı bir araştırma yapılmalı, gerekirse uzman görüşü alınmalı ve evlat edinmek isteyenin çocuklarının tavır ve düşünceleri dikkate alınmalıdır.

Y.2. HD. E:2009/16480 K:2010/18718 T:08.11.2010

1- Dava evlat edinme istemine ilişkindir.

Görev kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4. maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMK m.118-395) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesi'nde bakılacağını hükme bağlamıştır.

Şu halde Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri'nde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. (HGK 16.11.2005 tarih ve 2/673-617 sayılı kararı)

Bu açıklamalar karşısında; davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı ise de; karar kesinleşmiş olduğundan bu husus bozma sebebi yapılmamış yanlışlığa işaret olunmakla yetinilmiştir.

2- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına temyizinni incelenmesine gelince;

Davacı V.A. vekilince 29.11.2007 tarihinde davalılar M.A.ve A.A.'ya karşı açılan evlat edinme davasının yapılan yargılaması sonucunda, davanın kabulü ile davalıların 01.06.1999 doğumlu kızı F.'nin davacı tarafından evlat edinilmesine karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlat edinme kararı vermeden önce hakime araştırma yükümlülüğü getiren 316. maddesine göre evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir.

Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitme yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Evlat edinenin altsoyu varsa, onların evlat edinme ile ilgili tavır ve düşünceleri de değerlendirilir.

Aynı Kanun'un 305. maddesinin ikinci fıkrasında da "Evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması ve evlat edinenin diğer çocukların yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyada mevcut nüfus kaydına göre davacının çocuklarının, yukarıda sözü edilen hükümler uyarınca tavır ve düşünceleri ile yararlarının değerlendirilmediği görülmütür. Mahkemece, Türk Medeni Kanunu'nun 305 ve 316. maddesi gereğince kapsamlı bir araştırma yapılmadan, davacıların çocukları dinlenmeden eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6 maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin yukarıda 2. bentte açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere **BOZULMASINA** 08.11.2010 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

EŞLERİN BİRLİKTE EVLAT EDİNMELERİ

ÖZET: Eşlerin birlikte evlat edinmeleri için en az beş yıldan beri evli ve otuz yaşını doldurmuş olmaları gerekir.

Y.2. HD. E:2009/21848 K:2011/1936 T:09.02.2011

Davacıların, 20.01.2009 tarihinde açtıkları davada, davalıların müşterek çocuğu E'yi evlat edinmelerine karar verilmesini istedikleri, mahke-

mece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesinin 2. fıkrasına göre, eşlerin birlikte evlat edinmeleri için en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekmektedir.

Dosya içinde mevcut nüfus kayıt örneklerinden, davacı N.'nin dava tarihinde otuz yaşından küçük olduğu, ayrıca diğer davacı M.S.'ile 26.06.2007 tarihinde evlendikleri, evlilik sürelerinin beş yıldan az olduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece, yasal şartların oluşmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesi hükmüne aykırı olarak davanın kabulüne ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere **BOZULMASINA,** oyçokluğuyla karar verildi.

EVLAT EDİNME
•
VELAYET SAHİBİ ANA VE BABANIN DURUMU

ÖZET: Küçüğün velayetine sahip olan ana ve babaya husumet yöneltilerek sonucuna göre karar verilmelidir.

Y.2. HD. E:2011/11536 K:2011/11972 T:11.07.2011

Çocuk ile baba arasında soybağı ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur.

(TMK madde 282/2-3)

Evlilik dışında doğan çocuk ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur.

(TMK madde 292)

Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. (TMK madde 335/1)

Evlat edinme işlemleri tamamlanmadan küçük E.'nin anne ve babası, evlenmiş, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulmuştur. Velayet sahibi ana ve babaya husumet yöneltilip, gösterdikleri takdirde delilleri toplanıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan eksik hasımla yargılama yapılıp yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA** bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 11.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EVLAT EDİNME • BABANIN RIZASI • ÖN SORUN KOŞULU

ÖZET: Babanın küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği iddia edildiğine göre, bu husus ön sorun olarak ele alınmalıdır.*

Y.2. HD. E:2011/3648 K:2011/14805 T:03.10.2011

Türk Medeni Kanunu'na göre, evlat edinme küçüğün anne ve babasının rızasını gerektirir (TMK md. 309/1)

Ana ve babadan birinin rızasının aranmamasını gerektiren sebepler bulunmadıkça ve bu yönde mahkemece alınmış bir karar olmadıkça, küçük, anne ve babısının rızası hilafına evlat edinilemez.

Yasa, ana ve babadan birinin hangi hallerde rızasının aranmayacağını 311. maddesinde iki bent halinde göstermiştir.

Yasal düzenlemeye göre, küçük, gelecekte evlat edinilmek amacıyla bir

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

kuruma yerleştirilir ve ana ve babadan birinin rızası eksik olursa, rızanın aranıp aranmayacağı, evlat edinenin veya evlat edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce mahkemece karara bağlanacaktır.

Diğer hallerde bu konudaki karar evlat edinme işlemleri sırasında verilir. (TMK md. 312)

Ana ve babadan birinin rızasının aranmamasına ilişkin karar, küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebine dayanıyorsa bu konudaki kararın, ilgilisine yazılı olarak bildirmesi zorunludur.

Olayda, baba evlat edinmeye rızasının olmadığını bildirmiştir. Babanın küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ileri sürülmektedir. Davadan önce babanın rızasının aranmaması yönünde mahkemece alınmış bir karar bulunmadığına göre, babanın rızasının aranıp aranmayacağı konusu bu davada mahkemece ön sorun olarak ele alınıp incelenmelidir. Bu husus nihai kararda da değerlendirilmemiştir. Babanın küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirip getirmediği, buna bağlı olarak rızasının aranmasının gerekip gerekmediği incelenip sonuca bağlanmadan, hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA** bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 03.10.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EVLAT EDİNME • ANA VE BABANIN RIZASI • DOĞUM • ALTI HAFTA KOŞULU

ÖZET: Küçüğün ana ve babasının evlat edinmeye vereceği rıza. Doğumdan sonra altı hafta geçmesi koşulu.*

Y.2. HD. E:2011/10286 K:2011/14804 T:03.10.2011

1-Küçük T. 27.12.2009 doğumlu olup, annesinin evlilik dışı ilişkisinden doğmuştur. Babasının kim olduğu hukuken belli değildir. Bu halde, evlat edinmeden babanın rızasının aranmamasına ilişkin karar, çocuk evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmiş ise evlat edinmede aracılık yapan kurumun veya evlat edinenin başvurusu üzerine verilir (TMK m. 312/1) Diğer hallerde bu konudaki karar evlat edinme işlemleri sırasında verilir. (TMK m. 312.2) Küçüğün annesinin, babanın evlat edinmede rızasının aranmamasına ilişkin mahkemeden karar istemesi yasal olarak mümkün değildir. O nedenle babanın rızasının aranmamasıyla ilgili talebin mahkemece reddedilmesi, bu sebeple sonucu itibariyle doğrudur. Davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazları açıklanan sebeple yerinde görülmemiştir.

2-Evlat edinme, küçüğün ana ve babasının rızasını gerektirir. Rıza, küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü ve yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir. Verilen rıza, evlat edinenlerin adları belirtilmemiş veya evlat edinenler henüz belirlenmemiş olsa dahi geçerlidir. (TMK m. 309) Evlat edinmeye küçüğün ana ve babasının vereceği rıza, tek taraflı bir irade beyanı olup, mahkemeye ulaştığı ve tutanağa geçirildiği anda hukuki sonuç doğurur. Rıza, küçüğün doğumunun üzerinden altı hafta geçmeden önce verilemez. (TMK m. 310) Davacı anne, küçüğün evlat edinilmesine rızasının olduğunu beyan ettiğine göre, bu beyanının tutanağa geçirilip tespiti ile yetinilmesi gerekirken, annenin bu talebinin reddedilmesi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2.bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma kapsamı dışında kalan bölümünün yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA** işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, oybirliğiyle 03.10.2011 tarihinde karar verildi.

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

EVLAT EDİNME • DAVADA GÖREV • İZLENECEK YOL

ÖZET: Evlat edinme davasına aile mahkemesinde bakılacaktır. Evlat edinme davasında esaslı sayılan her türlü durum ve şartların kapsamlı biçimde araştırılması gerekir.

Y.2. HD. E:2009/16483 K:2010/19941 T:30.11.2010

Davacı H.Ç.'ın 27.03.2008 tarihinde M.M.Ç.'ye karşı açtığı davada, davalının 06.08.1999 doğumlu ikiz çocuklarını evlat edinmesine karar verilmesini istediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği, davaya Aile Mahkemesi Sıfatıyla bakılmadığı anlaşılmıştır.

4787 sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinin birinci bendinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü kısım hariç olmak üzere ikinci kitabı ile 03.12.2001 tarihli ve Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a göre aile hukukundan doğan dava ve işlerde aile mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin hüküm getirilmiş bulunduğundan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren evlat edinme davalarında, görevli olan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevi, aile mahkemelerinin kuruluşuyla sona erdiğinden mahkemece davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken bu hususa dikkat edilmemiş olması doğru bulunmamıştır.

Diğer taraftan, Medeni Kanun'un 316. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir."

Aynı Kanun'un 308. maddesinin ikinci fıkrasındaki "ayırt etme gücüne sahip olan küçük, hükümleri gereğince küçüklerin mahkemece dinlenmeleri, ilköğretim çağında olmaları nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları gözlenerek evlat edinilmeye rıza gösterip göstermediklerinin sorulması gerekirken, 07.05.2008 tarihli duruşmaya da katıldıkları halde beyanları alınmadan davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

SONUÇ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere **BOZULMASINA** 30.11.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EVLAT EDİNME • EVLAT EDİNENİN ÖLMESİ • İZLENECEK YOL

ÖZET: Evlat edinme başvurusundan sonra evlat edinmek isteyenin ölmesi veya temyiz kudretini kaybetmesi evlat edinmeye engel olmaz.*

Y.2. HD. E:2010/16038 K:2012/1473 T:26.01.2012

Davacılar evil olup, ergin kişiyi birlikte evlat edinme talebinde bulunmuşlar, 20.05.2010 tarihli oturumda davacıların her ikisi de dinlenmiş, davacılardan S.bu tarihten sonra 24.05.2010 tarihinde ölmüştür.

Evlat edinme başvurusundan sonra evlat edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlat edinmeye engel olmaz. (TMK md. 315/2)

Bu sebeple evlat edinme başvurusunda bulunanın dava sırasında ölmüş olması, davayı konusuz hale getirmez. Böyle bir durumda ölümle, kişinin taraf ve dava ehliyeti sona erdiğinden mirasçılarının davaya dahil edilerek davanın görülmesi gerekir. (6100 s. HMK md. 55)

O halde mahkemece yapılacak iş, evlat edinme başvurusundan sonra ölenin mirasçılarının tespiti ile davaya dahil edilmeleri için davalıya süre verilmesi, göstermeleri halinde delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 26.01.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* www.kazancihukuk.com sitesinden alınmıştır.

EVLAT EDİNME
•
ÖZ ANNE İLE KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

ÖZET: Evlat edinilen küçüğün öz annesiyle uygun sürelerle kişisel ilişki kurulmasına karar verilmelidir.*

Y.2. HD. E:2012/2698 K:2012/22458 T:25.09.2012

Davacı, davalılar tarafından birlikte evlat edinilen küçüğün öz annesidir.

Evlat edinme; evlatlıkla evlat edinenler arasında soybağı ilişkisi kurar (TMK m.282/3) ise de, evlatlığın kendi ailesiyle arasındaki soybağı ilişkisi evlat edinme ile ortadan kalkmaz (TMK m. 314/5)

Ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilmiş olan çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve bunu sürdürmesi, çocuk için bir hak (Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9/3) olduğu kadar, çocuklarıyla düzenli şekilde kişisel ilişki elde etmek ve bu ilişkiyi sürdürmek ana ve baba için de bir haktır.

Bu tür kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararı gerektirdiği takdirde kısıtlanabilir veya engellenebilir (Çocuk Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m.4/1-2)

Küçüğün bir başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve bananın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keser ise de, gerçek ailesi ile aralarındaki soybağının bir gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçüğün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hakim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 325. maddesinde yer alan düzenleme buna imkan vermektedir. Bu hüküm, olağanüstü hallerin varlığı halinde çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere; özellikle çocuğun hısımlarına da tanınabileceğini öngörmektedir.

Davacı, davalılarca birlikte evlat edinilen 21.12.2002 doğumlu küçük E.'nin öz annesidir. Aralarında birinci derecede "kan hısımlığı" (TMK m. 17/2) ilişkisi vardır.

---

* Gönderen: Av. Murat Topçuoğlu

Mahkemenin talebiyle uzmanlarca düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki duğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir.

Dosyada, küçüğün öz annesiyle kişisel ilişkisinin, onun yüksek yararına aykırı düşeceğine ilişkin ciddi sebep ve olgu bulunmamaktadır.

Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlatlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de artık söz edilemez. O halde, isteğin kabulü ile davacı ile davalıların evlatlığı küçük E. arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken, davanın reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA** 25.09.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

ÜNİVERSİTE ÖĞRENCİSİ
•
BABANIN SORUMLULUĞU • YARDIM NAFAKASI

ÖZET: Üniversite öğrencisi olan davacının babasından yardım nafakası istemesi mümkündür.

Y.3. HD. E:2012/22953 K:2013/228 T:15.01.2013

Davacı dilekçesinde, davalının babası olup, kendisinin üniversite öğrencisi olduğunu beyan ederek, aylık 400 TL yardım nafakasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davalının kabulü ile aylık 400 TL yardım nafakasına karar verilmiştir.

TMK'nın 364. maddesine göre;

"Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür."

Yine aynı kanunun 365. maddesinin 2. fıkrasında;

"Dava, davacının geçinmesi için gerekli ve karşı tarafın mali gücüne uygun bir yardım isteminden ibarettir." Düzenlemesi yer almıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 07.06.1998 gün ve 1998/656 E. 688 K. sayılı ilamında da; "….yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların" yoksul kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Dava konusu olayda, davalı baba emekli olup, aylık 1252 TL emekli aylığının bulunduğu, davacının ise, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Fotoğraf ve Kameramanlık Bölümü'nde okuduğu anlaşılmıştır.

Somut olayda; tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği, davacının yaşı, davalının gelir durumu, davacının annesinin gelir durumu dikkate alınarak, günün ekonomik koşullarına göre mahkemece hükmedilen yardım nafakasının miktarının çok olduğu kanaatine varılmış, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

O halde, mahkemece yapılacak iş; davacının geçimi için gerekli, nafaka yükümlüsü davalı babanın geliri ile orantılı, dava dışı annenin yapacağı katkı da dikkate alınmak suretiyle tarafların gerçekleşen mali ve sosyal durumlarına uygun olacak şekilde, hakkaniyet ilkesi de gözetilerek uygun bir nafakaya hükmetmek olmalıdır.

SONUÇ

İtibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** 15.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MANEVİ TAZMİNAT
•
TAZMİNAT ORANININ BELİRLENMESİ

ÖZET: Manevi tazminat bozulan ruh halinin iadesini amaçladığından hakim, oranı belirlerken MK 4. md. gereğince hak ve nesafete göre bir karar verir.*

Y.3. HD. E:2013/10374 K:2013/14041 T:07.10.2013

Dava, elektrik çarpması nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan destekten yoksun kalma tazminatı ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, bozmaya uyulmak suretiyle yapılan yargılama sonucunda istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davacılar ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

Yeni Borçlar Yasası'nın 56/2. (eski BK'nın 47) maddesi gereğince hakimin, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı

* Gönderen Av. İnan Yılmaz

gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir.

Dava konusu olayda, manevi tazminat yönünden; tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, olayın niteliği, vehameti davacılar üzerinde oluşturduğu elem ve ızdırabın fazla olması, günün ekonomik koşulları nazara alındığında manevi tazminat miktarı az olarak tayin olunduğu açıktır.

Zira, manevi tazminat isteminin temelinde davalıların haksız eylemi yatmaktadır. Bilindiği üzere, haksız eylemin unsurları zarar, zarar ile fiil arasında illiyet bağı, fiilin hukuka aykırı olmasından ibarettir.

Öte yandan, Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56.) maddesinde düzenlenen manevi tazminatta kusurun gerekmediği, ancak takdirde etkili olabileceği 22.06.1966 tarih ve 1966/7 Esas 1966/7 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıkça vurgulanmıştır. Bu kararın gerekçesinde taktir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda taktir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Yine, BK 47. (TBK 56) maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri gözönünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği tutar adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı aslında ne tazminat ne de cezadır. Çünkü, Mamelek Hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmayı, aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Taktir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Manevi tazminat, bozulan ruh huzurunun, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabın kısmen ve imkan nisbetinde iadesini amaçladığından hakim, MK'nın 4. maddesi gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, manevi tazminat miktarını tesbit etmelidir.

Hakim belirlemeyi yaparken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözetmelidir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2003 gün 2003/21-368-355 ve 23.06.2004 gün 2004/13-291-370 sayılı kararları)

İşte bu nedenlerledir ki, takdir olunacak manevi tazminatın uygun oranda ve daha yüksek şekilde tayin ve takdiri gerekecektir.

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, 07.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

YASA DIŞI KANITLAR • MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

ÖZET: Yasa dışı usullerle elde edilen delillere dayanılarak hüküm kurulması mümkün değildir.

Y.4. HD. E:2011/4667 K:2012/11619 T:04.07.2012

Dava haksız fiilden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece; istemin kısmen kabulüne karar verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının bir televizyon kanalında yayınlanan ve daha sonra da bütün görsel ve yazılı medyaya yansıyan ses kaydında kendisine hakaret edildiğini belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı, davalı ses kasetini montaj yoluyla üretilip kamuoyuna yansıtıldığını, ses kasetinde yer alan iddia ve açıklamaların hiçbirinin maddi olgularla doğrulanmadığını, davaya kanıt olarak ileri sürülen yayının yasadışı yollarla elde edilmiş ses kaydı olduğunu, yasa dışı kanıta dayalı bir dava olamayacağını, davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece; davalının basına yansıyan ses kasetinin içerisinde davacıya hakaret ettiği ve bu hakaretin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu kabul edilerek manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, davaya konu edilen ifadelerin davalı tarafından söylenip söylenmediği ve bu ses kaydının hukuka uygun yollarla elde edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. Davalıya ait ses kaydının CD çözümü yapılmış, bu kaydın davalıya ait ses kaydı olduğu ve bu kaydın yasal yollarla oluşturulduğu ispat olunamamıştır.

HMK'nın 190. maddesi gereği "ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Yine HMK'nın 189. maddesi gereği "Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz."

Dosya kapsamından davacının delil olarak CD çözümü ve yazılı basında yayınlanan haberleri gösterdiği ve bu delillerle davanın sabit olduğunu belirterek kabul edilmesine karar verilmesini istediği, ancak bu ses kaydının hukuka aykırı olarak kaydedildiği ve bunun aksinin sabit olmadığı, bunun dışında davalının davacıya davaya konu edilen sözleri söylediğine ilişkin başkaca bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda yukarıdaki usul hükümleri gözetildiğinde sadece yasa dışı elde edilen delile dayanılarak davalının sorumluluğuna hükmedilmesi doğru değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi, kararın bozulmasını gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** 04.07.2012 tarihinde karar verildi.

İNTERNET YAYINI • KİŞİLİK HAKLARI • TEDBİR TALEBİ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İnternet sitesindeki kişilik haklarına saldırı oluşturan yayının tedbir yoluyla durdurulması Sulh Ceza Mahkemesinden istenecektir.*

Y.4. HD. E:2013/4447 K:2013/5761 T:28.03.2013

Davacı internet sitesindeki yayın nedeniyle kişilik haklarının zarara uğradığını belirterek, sitedeki yayının tedbiren durdurulmasını istemiştir.

Davalı, haksız ve yersiz açılan tedbir isteminin reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, 09.11.2012 tensip kararıyla uyuşmazlığın esası hakkında verilecek sonuca tedbir kararı ile ulaşılamayacağından "tedbir yoluyla yayından çıkarılması" isteminin reddine karar verilmiş, karar, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, internet sitesinde kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılması isteminin tek başına ya da taz-

* Legal Hukuk Dergisinin 2013/Haziran sayısından alınmıştır.

minat istemiyle birlikte talep edilmesi halinde genel yetkili mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

23.05.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı "İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkında kanun" un 1. maddesinde, "içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usullerin" düzenlendiği,

Aynı yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasında; "içerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır." Dendiği, İkinci fıkrasında ise talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamıda yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hakiminin kararına karşı Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir." Şeklinde düzenlemeye yer verildiğ anlaşılmaktadır.

Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde; "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği", 25. maddesinde; "Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği, davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceği" düzenlenmiştir.

5651 Sayılı Yasa, internet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve yasaya göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanun'a göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa

somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir.

Şu halde, 5651 Sayılı Yasa'daki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yerel Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 28.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

İMAR KISITLAMALARINDAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARI

•

İDARİ YARGI

ÖZET: Kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaz 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 edilmiştir.

Y.5. HD. E:2013/17076 K:2013/18352 T:04.11.2013

Taraflar arasındaki kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtayca incelenmesi, davalı idare vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkemece, uyulan bozma kararı gereğince inceleme ve işlem yapılarak hüküm kurulmuş; karar, davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden, dava konusu taşınmazın İSKİ İçme Suyu Havzası Koruma Yönetmeliği'ne göre 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, 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanu-

nu'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 taşınmaz 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 edilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden, dava dilekçesinin görev yönünden reddi yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

Davalı idare 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, 04.11.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

KİRA ALACAĞI
•
BORÇLUNUN İTİRAZLARININ SONUÇLARI

ÖZET: Borçlu itirazında kira sözleşmesini ve imzasını açık şekilde reddetmez ise sözleşmeyi kabul etmiş sayılır. Buna göre kira ilişkisi kesinleşir. Borçlu takip miktarına da itiraz etmemiş ise, miktar da kesinleşir.*

Y.6. HD. E:2013/12253 K:2013/13834 T:10.10.2013

Davacı alacaklı tarafından, davalı borçlu aleyhine kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalı borçlunun itiraz etmesi üzerine davacı alacaklı icra mahkemesine başvurarak itirazın kısmen kaldırılması ve kiralananın tahliyesi isteminde bulunmuştur. Mahkemece, isteminin reddedilmesi üzerine karar davacı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı alacaklı, taraflar arasında düzenlenmiş 01.10.2002 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesine dayanarak 22.10.2012 tarihinde başlattığı icra takibi ile Eylül ve Ekim 2012 ayları kira paralarının tahsilini istemiştir. Takibe yasal süresi içinde itiraz eden borçlu davalı itirazında, aralarında herhangi bir kira sözleşmesi olmadığını taşınmazda 2006 tarihine kadar kirada kaldığını belirterek icra takibinde dayanılan kira sözleşmesine karşı çıkmamıştır. Davalı borçlunun bu şekildeki itirazı borca itiraz niteliğindedir. İİK'in 269/2. Maddesi hükmüne göre borçlu itirazında kira akdini ve varsa buna ait sözleşmedeki imzasını açık ve kesin olarak reddetmezse akdi kabul etmiş sayılır. Davalı borçlu takibe itirazında açıkça ve ayrıca kira sözleşmesindeki imzasına ve alacağın miktarına karşı çıkmadığına göre kira ilişkisi ve takip konusu miktar kesinleşmiştir. Uyuşmazlıkta yargılamayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır. Alacaklı davacının itiraz üzerine icra takibinde dayandığı kira sözleşmesine istinaden itirazın kaldırılmasını istemesinde bir usulsüzlük yoktur. Bu itibarla mahkemece, işin esası hakkında bir karar vermek ge-

* Gönderen: Kazım Güzelgün, İstanbul Anadolu 3. İcra Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

rekirken İİK'nin 68/1. maddesine göre borçlunun imzasını taşıyan ve borç ikrarını içeren bir belgenin sunulmaması nedeniyle itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

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 ve İİK'nin 366. maddesi uyarınca kararın **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz edene iadesine, 10.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MİRASÇILARIN KİRALAYAN SIFATI
•
MECBURİ DAVA ARKADAŞLIĞI

ÖZET: Kira sözleşmesi mal sahibi müteveffanın mirasçıları adına yapılmış olup, kira parası mirasçılara ödenmektedir. Bu durumda kiralayan sıfatı bulunan mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğundan, tahliye istemini hep birlikte veya tereke temsilcisi vasıtasıyla yapmaları gerekecektir.*

Y.6. HD. E:2013/15222 K:2013/15756 T:21.11.2013

Dava, kesinleşen icra takibi sebebiyle, kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davaya ve takibe konu 01.03.2002 başlangıç tarihli yazılı kira sözleşmesi, ölü A.K. varisi A.Ş. ile davalı arasında düzenlenmiştir. Dosyada mevcut mirasçılık belgesine göre, miras bırakanın sözleşmeyi imzalayan varisi dışında iki ayrı mirasçısı daha bulunmaktadır. Kira sözleşmesinin hususi şartlarının 4. maddesinde, kira sözleşmesindeki kiralayan sıfatının sadece davacıda değil veraset ilamı ile belirlenen üç varies de bulunduğunun kabulü gerekir. Kiralayanların birden fazla olması sebebiyle aralarında mecburi dava arkadaşlığı olduğundan temerrüt nedeniyle tahliye

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

davası için birlikte ya da tereke temsilcisi ile icra takibi yapmaları ve yine birlikte ya da tereke temsilcisi vasıtasıyla dava açmaları gerekir. Kiralayanlardan birinin yokluğu ile yapılan icra takibi geçersiz olup, temerrüde esas olamaz. Dava hakkına ilişkin bu hususun mahkemece resen gözönüne alınarak, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile tahliye kararı verilmesi doğru değildir.

Karar 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 ve İİK'nin 366. maddesi uyarınca kararın **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 21.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY BOZMASININ KAPSAMI
•
USULİ KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Yargıtay bozmasından önce hesaplanan fazla çalışma ücretinden yüzde elli takdiri indirim yapılmış ve bu husus Yargıtay bozma kararı kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu neden bozmadan sonra yapılan yargılamada yüzde elli indirim değiştirilemez.

Y.7. HD. E:2013/2316 K:2013/1257 T:19.02.2013

Davacı vekili davacının davalıya ait işyerinde çalışmakta iken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, milli bayram ve genel tatil mesai ücretlerinin ödenmediğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını iddia ederek bu alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili davacının iş sözleşmesinin işyerinde küfürlü konuşmalar yaparak müşterileri rahatsız etmesi ve fesih bildiriminde belirtilen nedenlerden dolayı haklı olarak feshedildiğini, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığını, izinlerini kullandığını, fazla mesai yapmadığını, hafta tatili ile milli bayram ve genel tatil günlerinde çalışmadığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının iş sözleşmesinin işyerinde çalışan bir işçiye sataşması nedeni ile haklı olarak feshedildiği, bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığı, ancak bilirkişi raporunda hesap edilen diğer işçilik alacaklarının bulunduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davacı ve davalı taraf temyiz etmiştir.

Hüküm altına alınan fazla mesai ile resmi tatil alacağında yapılan hakkaniyet indiriminin oranı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır.

Mahkemece verilen 15.03.2012 tarih ve 2011/321 Esas 2012/181 Karar sayılı kararda fazla mesai ücreti ile resmi tatil ücretinde %50 hakkaniyet indirimi yapılmış, davacının yüzüne karşı verilen kısa kararda fazla çalışma ve resmi tatil ücretinden %50 oranında indirim yapıldığı açıkça yazılmış, davacı bu kararı süre tutum dilekçesi ile temyiz etmiş, indirim oranını temyiz nedeni olarak göstermemiş, karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 06.07.2012 tarih ve 2012/24512-26727 Esas-Karar sayılı kararı ile kısa kararın usule uygun olmaması nedeni ile bozulmuştur.

Bozma ilamına uyan mahkemece davacının 15.03.2012 tarihli kararı temyiz ettiğinde indirim oranı temyize getirilmediği halde bozma ilamında belirli usuli eksikliğin giderilmesi ile yetinilmesi gerekirken fazla mesai ücreti ile resmi tatil ücretinde daha önce yapılan %50 oranındaki indirimin %50'den %30'a indirilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde davalıya iadesine, davacıdan harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına, 19.02.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞ AKDİ • ÜCRET ALACAĞI • HAKLI FESİH • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Hizmet akdinin haklı nedenle feshedildiğinin ve işçinin ücretlerinin ödendiğinin ispatlanması işverene aittir. İşçinin bu konuda delil sunmasına gerek yoktur.

Y.7. HD. E:2013/5432 K:2013/12388 T:01.07.2013

Davacı vekili, sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen 8 günlük ücret ve 14 günlük yıllık izin alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, davacı işçi tarafından davalı işverenin iş akdini haksız olarak feshettiğinin ve alacaklarının varlığının ispat edilemediği gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı ile ücret ve yıllık izin alacağı isteklerinin reddine karar verilmiştir.

İş Hukukunda, feshin haklı olarak yapıldığının ispat yükü davalı işverene düşer. Ödenmeyen ücret ve yıllık izin alacaklarının ödendiğinin ispat yükü de yine davalı işverene aittir. Davacının sözleşmenin haksız feshedildiğini, ücret ve yıllık izin alacaklarının ödenmediğinin ispatı için delil sunması gerekliliği yoktur.

Mahkemece dosya kapsamı değerlendirilerek talepler konusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 01.07.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HER AY DÜZENLİ OLARAK YAPILAN ÖDEMELER
•
HİZMET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Davacının banka hesabına her ay istikrarlı olarak sabit miktarlarda ödemeler yapılması, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi ilişkisinin işaretidir.

Y.7. HD. E:2013/14015 K:2013/12369 T:01.07.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Davacı, davalı işyerinde 20.05.2005 tarihinden 30.06.2006 tarihine kadar çalıştığını, davalının iş akdini haksız yere kendisine suç isnat ederek sona erdirdiğini, ancka kendisinin ceza davasında beraat ettiğini beyanla işe iadesini ve iş güvencesi tazminatlarının ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının yanında SGK'ya bildirilen süre olan Mart 2006 tarihinden 30.06.2006 tarihine kadar çalıştığını bu nedenle 6 aylık çalışması bulunmadığından işe iade davasının şartlarının oluşmadığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının 20.05.2005 tarihinde işe girdiğini isatlayamadığı, Kuruma bildirilen çalışma süresine göre 6 aylık dava şartının oluşmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının çalışma süresi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Somut olayda, davacı davalı işyerinde 20.05.2005 tarihinden itibaren çalıştığını bildirmiş, davalı işyeri ise tevilli ikrarında davacının kendilerine tercüme yaptığını ve bunun karşılığı ücret ödediklerini ancak iş akdinin olmadığını beyan etmiştir. Bozma kararından sonra mahkemece yapılan araştırmaya göre, davacının offshore hesabına davalı tarafından 30.05.2005 tarihinden itibaren her ay aynı miktarda (1.100.00 TL) paranın düzenli olarak yatırıldığı sabittir. İş akdi ile çalışmayan ve sayfa başına ücret alan bir tercümanın her ay aynı ücreti hak edecek şekilde tercüme yaptığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Ayrıca, davalı bu sabit ödemenin sebebini açıklayamamıştır. Bu durumda mahkemece davacının aksi kanıtlanamayan iddiasının doğru olduğu, 20.05.2005 tarihinde işe başladığının kabulü ile işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

İBRANAME İÇERİĞİ
•
İŞVERENLİĞİN MALİ KAYITLARI

ÖZET: İşçinin ibranamede belirtilen parayı almadığına ilişkin beyanı karşısında, işveren şirketin mali kayıtları üzerinde inceleme yapılarak söz konusu ödemenin gerçek olup olmadığı araştırılmalıdır.

Y.7. HD. E:2013/5279 K:2013/12346 T:01.07.2013

Davacı temyizine gelince; 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 alçaklarının 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 halined davacıya iadesine 01.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİFA DİLEKÇESİ • GERÇEK FESİH SEBEPLERİ • HAKLI FESİH • DAVA DİLEKÇESİ

ÖZET: Tazminatlarının ödeneceği vaadiyle veya benzer baskılarla işçiden alınan istifa dilekçesinin gerçek bir istifa beyanı olduğu kabul edilemez.

İşçi için haklı fesih sebebinin mevcut olduğu anda kendisinden alınmış olan istifa dilekçesinin işçi tarafından gerçekleştirilen haklı fesih olduğu düşünülmelidir.

Genel ifadeler içeren istifa dilekçesinin aslında hangi somut gerçeklere dayandığı dava dilekçesinde belirtilebilir.

Y.7. HD. E:2013/16406 K:2013/12573 T:03.07.2013

Davacı iş sözleşmesinin haksız olarak sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesini kendi talebine binaen feshedildiğini, ayrıca davacı aleyhine şirket tarafından 2012/527 E. sayılı dosya ile ihbar tazminatı için dava açıldığını bildirerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının iş akdini feshettiği tarih ile TEKSİF Sendikası üyelik başvuru tarihlerinin 27.08.2012 olduğu, davacının 27.08.2012 tarihli dilekçesine yönelik irade fesadı iddiasının olmadığı, Mahkememize ait davacı C.K. hakkındaki 2012/437-2012/834 ve davacı F. O. hakkındaki 2012/439-2012/835 ve davacı G.D. hakkındaki 2012/443-2012/836 ve davacı T. Ç. hakkındaki 2012/441-2012/837 ve davacı Ö.C. hakkındaki 2012/442-2012/838 ve davacı Y.K. hakkındaki 2012/443-2012/839 ve davacı V.Y. hakkındaki 2012/444-2012/840 ve davacı E.D. hakkındaki 2012/445-2012/841 ve davacı A. G.hakkındaki 2012/446-2012/842 A.G. ve davacı O. Ç. hakkındaki 2012/447-2012/843 sayılı işe iade ve bağlı hakların hüküm altına alınmasına yönelik talepleri içerir davaların; davacıların ve vekillerinin vaki feragat talepleri nedeni ile 28.12.2012 günü davanın reddine karar verilmek sureti ile sonuçlandırıldığı ve tüm iş akit-

lerin fesih tarihinin 03.09.2012 olduğu ve tüm davacıların TEKSİF Sendikasına üyelik yönetim kurulu kabul tarihlerinin 10.08.2012 olduğu, davacı tanıklarının anlatımlarının; mevcut dava dosyası kapsamı ile somut olaya uygun olmadığı ve tüm dava dosyası kapsamı dikkate alınarak; davacı vekilinin iddialarının yerinde ve kabul edilebilir olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

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 Yasa'nın 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında Yasa'da işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

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. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de, işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de iyşerinde 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 karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü vermek ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. İşverenin baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine değer verilemez. Dairemizce bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, bununla birlikte işveren feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. 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 durumda işçinin haklı olarak sözleşmeyi 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 yön 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 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.

Somut olayda; davacı 26.11.2005 tarihinde işyerinde çalışmaya başlamış ve 27.08.2012 (İAB) kayıtlara göre yaklaşık 7 yıl davalı işyerinde çalışmıştır. Çalışanın dosyada mevcut 27.08.2012 tarihli kendi el yazısı ile yazdığı istifa dilekçesinin kuşku uyandıracak ibareler içermesi nedeniyle, hiçbir baskı altında kalmadan kendi hür iradesiyle bu dilekçeyi yazıp yazmadığı veya hangi nedenle istifa ettiği hususuna açıklık getirecek şekilde beyanının alınarak, (davalının cevap dilekçesinde işverene ait isnatlar nedeniyle çelişki bulunması) sair delillerin bu çerçevede değerlendirilerek taraflar arasında tartışmalı olan fesih pozisyonuna duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklık getirilip sonucuna göre değerlendirme yapmak gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde davacıya iadesine, 03.07.2013 tarihinde oybirliği ile kesin olarak karar verildi.

TEMYİZDE KESİNLİK SINIRI • DAVA DEĞERİ

ÖZET: Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir.

İhtiyari dava arkadaşlığında, temyiz sınırı her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir.*

Y.7. HD. E:2013/8326 K:2013/17395 T.24.10.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

6100 sayılı HMK'nın geçici 3. madde 1. Fıkrasına göre; "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur." 2. fıkrasına göre; Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 Sayılı Kanun'un 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454.madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar HUMK'un 427/2. maddesi uyarınca temyiz edilemez.

Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir.

---

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz

İhtiyari dava arkadaşlığında, temyiz sınırı her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir.

Karşılık davada, temyiz sınırı asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir.

Tespit davalarında, temyiz sınırı tespit davasının öncüsü olduğu eda davacısının miktar ve değerine göre belirlenir.

Temyiz sınırından fazla bir alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde, hükümde asıl istemin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Kısaca temyize konu edilen miktara bakılarak kesinlik belirlenir.

Alacağın bir kısmının dava edilmesi halinde, kısmi davada kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında yasanın 15.maddesindeki düzenleme gereği HUMK'un 427. maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine özgü bir dava türü olmadığı, bu nedenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği" açıkça belirtilmiştir.

2012 yılında mahkemelerce verilen kararların temyiz edilebilmesi için temyize konu dava değerinin 1.690.00 TL'sini geçmesi gerekir.

Somut olayda temyize konu edilen miktar 1.200.00 TL olup karar tarihi itibariyle hüküm kesin nitelik taşıdığından davacının temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 24.10.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ADİ ORTAKLIK • ORTAKLIĞIN TASFİYESİ

ÖZET: Tasfiyede öncelikle anlaşma olup olmadığı incelenmeli eğer yoksa mallar üzerinden esaslı incelemeye girişilmelidir.*

Y.7. HD. E:2012/5472 K:2013/16631 T:10.10.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı ve davalı tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, adi ortaklıktan kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece, 13. Hukuk Dairesi'nin bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın kabulüne karar verilmiş, kararı taraflar temyiz etmişlerdir.

Davacı, davalı ile Tunceli Merkez Geyiksuyu YİBO binasının bakım ve onarım işinin (1/2) oranında ortak olarak yapılması konusunda sözleşme yaptıklarını, davacının edimlerini yerine getirmediği halde davalının sözleşmedeki edimlerini yerine getirmediği ve davacıya ödemesi gereken miktarları ödemediğini bildirerek davalının aldığı hakedişlerden payına düşenin ödetilmesini istemiştir. Daha önce davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından "hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunun yetersiz olduğu, davacının alacak talebinin fesih ve tasfiyeyi kapsadığı BK.'daki 538-540 maddeleri gözetilerek hukukçu, inşaat mühendisi ve muhasebeciden oluşan bilirkişi heyetinden rapor alınıp sonucuna göre ortaklığın tasfiyesine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyulduğu halde hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunu hazırlayan heyette inşaat mühendisi bulundurulmamıştır. Dava konusu adi ortaklık inşaat işine ilişkin olup, bozmada belirtildiği üzere bilirkişi heyetinde inşaat mühendisi bulundurulması zorunludur. Bu yönün gözetilmemesi doğru değildir.

Dava konusu uyuşmazlık 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde meydana gelmiş ise dosya temyiz aşamasında iken 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK'nın yürürlüğüne dair kanunun 1.maddesi son cümlesi uyarınca ".....sona erme ve tasfiye" konusunda 6098 Sayılı TBK hükümlerinin uygulanması gerekecek-

* Gönderen: İnan Yılmaz Tunceli Barosu

tir. Bu nedenle adi ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesine dair 6098 Sayılı TBK'nın 639, 642, 643 ve 644.maddelerinin dikkate alınması gerekir. Şu durumda, mahkemece yönetici ortak olduğu anlaşılan davalıdan hesap istenmeli, tarafların tasfiye konusunda anlaşıp anlaşamadıkları tespit edilmeli, tasfiyede anlaşamadıkları takdirde, mahkemece öncelikle ortaklığa ait malların tespitinin yapılması gerekir. Bu hususta taraflardan delil ve karşı delilleri alınarak değerlendirme yapılmalı, bu hususun belirlenmesinin ardından yukarıda belirtildiği üzere yönetici ortak olduğu anlaşılan davalıdan hesap istenerek tayin olunacak görevli marifetiyle ortaklığa ait malları satılmalı, öncelikle varsa ortaklığın borçları ödenmeli, bilahare ortaklardan her birinin ortaklık için yaptıkları masraflar hesaplanmalı ve her birinin ortaklıktan olan alacağı düşüldükten sonra geriye birşey kalır ise bu meblağın, var ise zararın paylaştırılmasına karar verilmelidir. Anılan yön gözetilmeksizin verilen karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle taraflar yararına **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına; peşin alınan temyiz harçlarının istek halinde taraflara iadesine, 10.10.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI • KEŞİF

ÖZET: Kazandırıcı zamanaşımı davası için gerekli olan keşif koşulları mahkemece sağlanmadan masraf yatırılması için kesin süre verilemez.

Y.7. HD. E:2013/12984 K:2013/22513 T:17.12.2013

Kadastro sırasında dava konusu ada 24,23,22,20 ve ... parsel sayılı sırasıyla 19521,07 m2, 14311,63 m2, 5447,44 m2, 5807,45 m2, 27312,59 m2 yüzölçümündeki taşınmazlardan ... ada 23,22,20 ve ... parsel sayılı taşınmazlar kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine, ada ... parsel sayılı taşınmaz ise kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine ve satın almaya dayanılarak ada ... parsel sayılı taşınmaz davalı ve paydaşları adına paylı olarak, ...ada ... parsel sayılı taşınmaz davalı adına, ... ada ... parsel sayılı taşınmaz davalılar ve paydaşları adına paylı olarak, ... ada ... parsel sayılı taşınmaz

ise davalı adına tespit edilmiştir. Davacı ... ada ... parsel sayılı taşınmazın adına eksik yüzölçümü ile tespit edildiğini, mevcut eksikliğin dava konusu taşınmazlarda kaldığını öne sürerek kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayanarak dava açmıştır. Mahkemece davanın reddine, dava konusu ... ada 12,20,22,23 ve ... parsel sayılı taşınmazların tespit gibi tapuya tesciline karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece dava ve temyize konu ... ada 12,20,22,23 ve ... parsel sayılı taşınmazlar yönünden 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 36. maddesi hükmü gerekçe gösterilerek yazılı biçimde hüküm kurulmuş ise de, yerel mahkemenin vardığı sonuç dosya içeriğine uygun düşmemektedir.

Kadastro davalarında keşif giderleri yatırılmadığından bahisle kesin süre sonuçlarının uygulanabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için taşınmaz başında keşif yapılmasının zorunlu olması, dava dosyasının keşfe hazır hale getirilmesi, ispat yükü kendi üzerinde olan tarafa keşif giderlerini mahkeme veznesine depo etmesi için makul ve yeterli uzunlukta kesin süre verilmesi, verilen kesin süre içinde kabul edilebilir yasal bir mazeret olmaksızın keşif giderlerinin mahkeme veznesine yatırılmamış olması gerekir.

Somut olayda dosyada keşif yapılmasının zorunlu bulunduğu kuşkusuzdur. Ne var ki, davacı tarafa keşif giderlerini yatırması için kesin önel verilmiş ise de, davacı tarafa verilen kesin önel gerekli koşulları içermemektedir.

Şöyle ki; mahkemece hükme esas alınan ve kesin süre ile ilgili ara kararlarının oluşturulduğu 14.09.2012 tarihli duruşmanın iki nolu ara kararında keşif erteleme tutanağında ki eksikliğin giderilmesi için gereğinin yapılmasına karar verilmiş, son keşif erteleme tutanağı incelendiğinde ise güvenlik nedeni ile keşfin yapılamadığının belirtildiği görülmüştür. Ayrıca mahkemece hükme esas alınan kesin süre ile ilgili ara kararlarının oluşturulduğu duruşmada herhangi bir keşif gün ve saati belirlenmemiştir. Bu aşamadan sonra ise mahkemece kesin süreye konu 14.09.2012 tarihli duruşmanın iki nolu ara kararı gereğince işlem yapıldığı ve keşif erteleme tutanağında ki eksikliğin giderildiğine dair dosya kapsamında herhangi bir bilgi ve belge bulunamamıştır. Bu halde mahkemece keşif erteleme tutanağında ki eksikliğin yerine getirildiğine dair bir bilgi ve belge bulunamadığına göre keşif ücretleri yatırılsa dahi takip eden celsede keşif gün ve saati verilerek keşfin icra edileceğine dair davacı yan üzerinde kuvvetli bir şüphe oluşturulmuştur. Yukarıdan beri anlatılan bu olgu ile birlikte benzer gerekçeler ile birden fazla olacak şekilde keşfin ertelenmesi ve davacı

vekilinin son celsede dile getirdiği beyanı gözetildiğinde dosyanın keşfe hazır hale geldiğinden söz edilemeyecektir. Kaldı ki mahkemece hükme esas alınan kesin süre ile ilgili ara kararların oluşturulduğu 14.09.2012 tarihli duruşma tutanağında kesin süreye uymamanın sonuçlarını neler olduğu gösterilerek bu hususlar duruşma tutanağına derç edilmemiş, davacı vekiline çıkarılan davetiye üzerinde ki şerhe ise sürenin kesin olduğu belirtimi yapılmamıştır. Bu anlatılan olgular dikkate alındığında mahkemece dava dosyası keşfe hazır hale getirilmeden keşif giderleri için kesin süre verilmesi usule aykırıdır.

Mahkemece bu olgular göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi tutanak aslı dosya içine alınan ve davacı adına tespit edilip esasen dava dışı olduğu belirlenen ada 21 parsel sayılı taşınmaza ait kadastro tutanak aslı ve dayanağı belgelerin kadastro işlemlerinin olağan yöntemince tamamlanmak üzere Kadastro Müdürlüğü'ne geri gönderilmesine karar verilmesi gerekirken bu hususta bir karar verilmemesi dahi isabetsiz, davacı temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** peşin alınan harcın istek halinde davacıya iadesine, 17.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

BİRİKMİŞ NAFAKA
•
EMEKLİ MAAŞININ HACZEDİLMESİ

ÖZET: Birikmiş nafaka borcundan dolayı emekli maaşının ¼'ünün haczedilmesi mümkündür.

Y.8. HD. E:2013/14404 K:2013/12866 T:23.09.2013

5510 Sayılı Yasa'nın 93. maddesi; "Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88.maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez." Hükmüne göre, nafaka borçları için haczedilmezlik kuralı uygulanmaz. Yine birikmiş nafaka borçları için emekli maaş haczinde de uygulanması gerekli, İİK'nin 83. maddesinde; borçlunun ve ailesinin geçimi için icra müdürlüğünce zorunlu olarak taktir edilen miktar tenzil olunduktan sonra kalan bölümünün haczedilebileceği ve bu miktarın maaşın ¼'ünden az olamayacağı belirtilmiştir.

Somut olayda borçlu aleyhine birikmiş ve devam eden aylar nafakasının tahsili amacıyla ilamlı takip başlatılmış, alacaklı vekilinin 14.11.2012 tarihli talebiyle; borçlunun birikmiş ve devam eden nafaka alacağı için emekli maaşı üzerine haciz konulması talebi üzerine, İcra Müdürlüğünce talep gibi işlem yapılmasına karar verilmiştir. Bu haliyle haciz birikmiş nafaka yönünden de emekli maaşının tamamı üzerine konulmuştur. Borçlu vekilinin bu işleme karşı şikayeti üzerine İcra Mahkemesi'nce, borçlunun emekli maaşında işleyen nafakanın kesilmesi ve geri kalan kısmından da birikmiş nafaka için ¼ oranında kesinti yapılmasının mümkün olduğu, icra dosyasında da bu şekilde kesinti yapıldığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler nazara alındığında ve Mahkemenin kabulünde de olduğu üzere, birikmiş nafaka için emekli maaşından ¼ oranında kesinti yapılabilir.

Bu durumda Mahkemece, takip dosyasında birikmiş nafaka yönünden maaşın ¼'ü yerine tamamı üzerine haciz konulduğu nazara alınarak şikayetin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi gerekirken, haczedilmezlik şikayetinin tümden reddine karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, Mahkeme Kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. Ve 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, 23.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BİRDEN FAZLA İLAM BORÇLUSU
•
BORÇ SORUMLULUĞU KAPSAMI

ÖZET: İlamda iki davalı olup, bu durumda takibi yapan alacaklının ilam vekalet ücretinin yarısını davalıdan isteyebileceği kabul edilmelidir.* **

Y.8. HD. E:2013/10119 K:2013/16458 T:13.11.2013

İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi'nin 24.04.2012 tarih ve 2007/833 Esas-2012/363 Karar sayılı ilamına dayalı olarak ilamlı takip yapılmış ve borçlu vekili takibin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, takibin iptaline karar verilmesi üzerine; hüküm, alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İcra takibine dayanak ilamda 13.450.00 TL vekalet ücretinin "davacıdan alınarak davalılara verilmesine" karar verilmiştir. Takip alacaklısı D. İnş. San. ve Ticaret A.Ş. icra takibinde hüküm altına alınan 13.450.00 TL vekalet ücretinin tamamını istemiştir. İlamda ise iki davalı olup takibi yapan D. İnş. San. ve Ticaret A.Ş.'nin hükmedilen vekalet ücretinin yarısını isteyebileceğinin kabulü gerekir. Açıklanan bu gerekçelerle icra emrinin düzeltilmesine karar verilmesi gerekirken, takibin tümden iptali doğru değildir.

---

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

** Dergimizin 2014/1.sayısında yayımlanan Yargıtay 8. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle, İİK'nin 366 ve HUMK'un 428.maddeleri gereğince **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, 13.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

RADYOLOJİ VE RADYUMLA TEDAVİ KOŞULLARI
•
ŞUA İZNİ ALACAĞI

ÖZET: Tıp alanında uzman bir bilirkişi vasıtasıyla dava konusu işyerinde radyoloji, radyom ve elektrikle tedavi koşullarının mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.

Y.9. HD. E:2008/41089 K:2010/28387 T:08.10.2010

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının çalıştığı işyerinin ve yaptığı işin 3153 sayılı Radyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanun ile bu kanunun uygulamasına yönelik hazırlanan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece tanıkların bildirdiği ünvana göre değer verilerek istek kabul edilmiş ise de davalı işveren davacının çalıştığı işyerinin söz konusu tüzük kapsamında bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu durumda davacının çalışmasının geçtiği işyerinde uzman bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak 3153 sayılı Radyoloji, Radiyom ve Elektrik Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanun ile bu kanunun uygulamasına yönelik hazırlanan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname hükümlerinin uygulanmasının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeden eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KISMİ ÇALIŞMA • İŞÇİLİK HAKLARI
•
HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: Haftalık yasal çalışma süresinin üçte ikisi kadar yapılan çalışma kısmi çalışmadır.

Kısmi çalışmada işçinin ücreti ve menfaatleri tam süreli emsal işçiye göre orantılı olarak verilir.

Kısmi çalışmada bir yıl dolunca kıdem tazminatına ve izin ücretine hak kazanılır. İhbar tazminatında çalışılan süre esas alınır.

Y.9. HD. E:2008/35732 K:2010/28784 T:13.10.2010

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, kısmi süreli iş ilişkisinin varlığı ve sonuçları noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanun'un 63. maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamidir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi, haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi kapsamında çıkarılan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde, "İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır." Gerekçede "üçte ikisinden az" olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal

işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir.

Kısmi süreli hizmet aktiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlamak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde bu yönde ayrım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayrımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur.

Kısmi çalışma Kanun'da yer almasına rağmen, kıdemin nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normative olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir. (Yargıtay 9. HD. 12.02.2008 gün 2007/31462 E., 2008/108 K.) Hesaplamada esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

Yıllık Ücretli izin Yönetmeliği'nin 13. maddesinde kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır.

Kısmi süreli çalışan işçiler, sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanun'un 18 ve 29. maddesinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.

Somut olayda; davacı vekili; müvekkilinin Ağustos 1998 tarihinden itibaren Üsküdar Belediyesi'ne bağlı Kültür Merkezinde wushu antrenörü olarak çalışırken 03, 04, 05.09.2004 tarihlerinde güvenlik görevlilerince çalıştıkları binaya alınmadıklarını, bunu tutanakla tespit ettiklerini, 05.09.2004 tarihinde davalı işverenin branşı kapatarak iş akdini feshettiğini bildirdiğini, feshin haksız olduğunu ileri sürerek; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti ve kötü niyet tazminatı alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiş, davalı vekili; davacı sporcu olduğundan İş Kanunu kapsamına girmediğini, gönüllülük esasına göre çalıştığını, arada hizmet akdi bulunmadığını, davacıya ücret ödenmediğini, teşvik primi ödendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılamada taraf delilleri toplanıp tanıkları dinlendikten sonra alınan 11.02.2008 tarihli ek bilirkişi raporunun (B) şıkkında yapılan hesaplamaya itibar edilerek 06.10.2001-03.09.2004 tarihleri arasında davalı işyerinde tam gün çalıştığı kabul edilerek kıdem-ihbar tazminatları, ücret ve yıllık izin ücreti alacakları yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyada toplanan deliller, dinlenen tanık beyanları değerlendirildiğinde davacının davalı işyerinde kısmi süreli olarak çalıştığı açıkken mahkemece tam gün çalıştığı kabul edilerek buna göre hesaplama yapılarak alacaklara hükmolunması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece yapılması gereken iş gerekirse taraf tanıklarını yeniden çağırıp davacının davalı işyerindeki çalışma düzeni, haftanın kaç günü günde kaçar saat çalıştığı konusunda yeniden ayrıntılı bir şekilde dinledikten sonra bilirkişiden yeniden ek rapor alarak ortaya çıkacak sonuca göre bir karar vermek olacaktır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ
•
GEÇERLİ FESİH • HAKLI FESİH

ÖZET: Belirli süreli iş sözleşmesinin "geçerli sebeple" feshedilmesi halinde de, işçinin bakiye sözleşme süresi ücreti ödenmelidir. Zira, "geçerli fesih" "haklı fesih" değildir.

İşçinin işi yapmamasından doğan tasarruf ettiği miktar, diğer bir işten elde ettiği gelir ve kasten kazanmaktan feragat ettiği bedel bakiye sözleşme süresi ücretinden indirilmelidir.

Öğretmen olan davacının yaptığı işe göre yaz aylarında çalışıp çalışmadığı araştırılarak izin ücreti alacağına hükmedilmelidir.

Y.9. HD. E:2009/41078 K:2012/2947 T:02.02.2012

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, Ocak 2000 yılından iş akdinin sona erdirildiği 18.03.2005 tarihine kadar davalı şirkete ait kursta İngilizce öğretmeni olarak çalıştığını, bu tarihten görev yaptığı işyerinde tadilata başlanıp kursların iptal edildiğini, sınıfların kapatıldığı belirtilerek öğrencilerin okula alınmadığını, iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini ileri sürerek, kötü niyet, ihbar ve kıdem tazminatları ile bakiye süre ücreti ve yıllık izin ücreti ile çalıştığı süre boyunca ödenmeyen temmuz, ağustos ve eylül ayı ücretlerinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının 24.04.2005 tarihinden itibaren izinsiz olarak işyerine gelmediğini, bu nedenle iş akdinin haklı sebeple sona erdirildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının davalı işyerinde 01.01.2000 tarihinden 18.03.2005 tarihine kadar öğretmen olarak çalıştığı, bu tarihte göreve geldiğinde işyerinde tadilat

başladığını, öğrencilerde dahil olmak üzere dershaneye giremedikleri, bu hususta muhatap da bulamadıklarını, orada çalışanların artık başka dershanenin burada faaliyet göstereceğini söyledikleri ve bu haliyle iş akdinin eylemli olarak davalı işverence sona erdirildiği gerekçesiyle kıdem tazminatı ve takdiren %60 oranında indirim yapılarak bakiye süre ücreti ile yıllık izin ücreti ve aylık ücret alacağı istekleri kabul edilmiş, ihbar ve kötüniyet tazminatı istekleri ise reddedilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Torba madde ile davalının

2-Taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshine dayalı olarak işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücretler konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirtilmiştir.

Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için, iş sözleşmesinin haklı bir neden bulunmaksızın işverence feshedilmiş olması gerekir.

İşverenin feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde yazılı sağlık sebeplerine, ahlak ve iyi niyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere veya zorlayıcı sebeplere dayanması halinde, sözleşmenin kalan süresine ait ücretler yönünden işçinin talep hakkı doğmaz.

15.03.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 15.03.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4773 Sayılı Yasa ile "geçerli fesih" kavramı iş hukukunda yerini almıştır.

Her ne kadar geçerli fesih gerek yukarıda değinilen Yasa ve gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nunda belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüş olsa da, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da tartışılmasında yarar bulunmaktadır. Geçerli neden ister işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın, isterse işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi dü-

zenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, feshin Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde sözü edlen ifa imkansızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesi gerekmez. İfa imkansızlığı, edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

İşçinin İş görme edimini ifa edememesinin, işverenin temerrüdünden kaynaklanması durumunda, sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir. İş Hukuku'nda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir.

Bakiye süre ücreti eylemli bir çalışmanın karşılığı olmadığından, 4857 Sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen özel faiz uygulanmaz ve bu ücretlere ilişkin olarak sigorta primi ödenmesi de gerekmez.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir.

İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse bu tutarın, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan miktar üzerinden mahsup edilmesi gerekir. (9 HD. 16.06.2008 gün 2007/16098 E., 2008/15750 K.)

Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda bakiye 8 ay 10 günlük süreye ilişkin 12.579.88 TL ücret alacağı hesaplanmış Mahkemece yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda bir araştırmaya gidilmeksizin takdiren %60 oranında indirim yapılarak 7547.92 TL bakiye süre ücreti hüküm altına alınmıştır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının sözleşmenin feshinden sonraki dönem için başka bir yerden gelir elde edip etmediği, iş başvurusunda bulunup bulunmadığı saptanmalı, sözleşme kapsamındaki işi yapmamaktan dolayı tasarruf ettiği miktarlar be-

lirlenmeli, kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler mevcut ise ücret toplamından indirilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

3-Mahkemece davacının çalıştığı süre itibariyle 5 yıllık izin ücreti alacağı hüküm altına alınmıştır.

Davacı davalıya ait yabancı dil kursunda öğretmen olarak çalışmış olup temmuz, ağustos ve eylül aylarında davalı kursun faaliyet gösterip göstermediği ve bu aylarda davacının ders verip vermediği, kursun kapanıp kapanmadığı araştırılarak yapılan işin niteliğine göre davacının dinlenme hakkını bu aylarda kullanıp kullanmadığı saptanmadan yıllık izin ücreti alacağının kabulü hatalı olup bozma nedenidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 02.02.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ŞÜPHE FESHİ • GEÇERLİ FESİH KOŞULLARI

ÖZET: Somut olayda bir şüphe feshi söz konusu olup, bu tür fesihte işverenin ciddi ve somut olaylardan dolayı işçisine karşı duyduğu şüphe aralarındaki güven ilişkisini zedelemektedir. İşverenin katlanamayacağı bir şüpheden dolayı iş ilişkisinin devamı için gerekli şartlar ortadan kalktığından işçinin şahsından kaynaklanan önemli sebepden dolayı işçinin yetersizliği söz konusu olacak ve giderek geçerli fesih şartları oluşacaktır Bu durumda fesih için haklı sebep yok ise de, geçerli sebep vardır.*

Y.9. HD. E:2012/32147 K:2013/12471 T:18.04.2013

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının Ağustos 2004 tarihinden akdin feshedildiği 05.02.2007'ye kadar davalı işverene ait Mersin Şubesi'nde çalıştığını, fe-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

sih bildiriminde T.B. adlı müşterinin 07.09.2006 günü bankamatik içinde sıkışan kartının alınarak harcama yapıldığı iddiasında bulunulduğu iddiasının ileri sürülerek, İş K.25/2 ve XX.dönem TIS ilgili maddeleri uyarınca 31.01.2007 tarihi itibarıyla İş Sözleşmesinin tazminatsız ve ihbar önelsiz olarak feshine karar verildiğinin bildirildiğini, bu ihbardaki gerekçenin soyut iddiadan ibaret olduğunu, aynı işyerinde pek çok çalışan olmasına rağmen müvekkilinin suçlanmasının hukuka ve hakkaniyete aykırı ve ispat külfetinin karşı tarafta olduğunu, iddia edilen usulsüzlüğün Davalı yönetim hatasından kaynaklandığını. Müvekkilinin olayla ilgisi olmadığını, asılsız ve geçersiz iddiaya dayalı işlemin iptali için itiraz ettiğini beyenla, davalının iş akdinin devamına ve işe iadesiyle Yasal tazminat ve aylıkların ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının 09.08.2004 - 31.01.2007 tarihleri arasında görev yaptığını, sürdürülen soruşturma sonucunda T.B. isimli müşterinin 07.09.2006 günü Bankamatik cihazında alıkonulan kredi kartını alarak, önce kartın limit boşluğunu görmek ve kullanıma uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla sorgu yaptığını aynı tarihte şubeye yakın mesafedeki işyerlerinden erkek giyimine yönelik alışveriş yapmak suretiyle suistimal gerçekleştirdiği, sorgulamada diğer personelin şifrelerini kullandığının tespit edildiğini, Disiplin Kurulu'nun 31.01.2007 tarih 4 no ile yapılan soruşturma sonucu iş sözleşmesinin feshine dair kararın Genel Müdürünce uygun görülmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiğini, Bankamatik cihazı içinde alıkonulan kredi kartının şubeden sorgulanma işlemlerinin Davacı tarafından yapıldığı kanaati oluştuğunu, diğer personelin sorgulama saatlerinde iş yerinde olmadıklarını, ayrıca satın alınan emtia içerisinde tespit edilen M.Jeans marka kot pantolon 33 bedeninin davacının giydiği belirlenen 34 beden ile yakın olduğunun belirlendiğini belirterek davacının istemlerinin reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davacının iş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshedildiği gerekçesiyle davanın kaulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir müşterinin bankamatikte unuttu-

ğu kredi kartından müşterinin bilgisi olmaksızın alış veriş yapılması nedeniyle yapılan soruşturmada söz konusu kredi kartının bankacı olarak çalışan davacı tarafından kullanıldığı kanaatine varılarak yapılan feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosya içeriğine göre banka müşterisinin 07.09.2006 günü bankamatik cihazında kredi kartıyla işlem yaptığı fakat daha sonra kartın zamanaşımı süresi dolduğu ve kartın alıkonulduğu, ertesi gün kredi kartından 6 adette toplam 603,40 TL tutarında alış veriş yapıldığı, ilgili müşterinin 25.09.2006 günü internet şubesinden hesapları kontrol ederken durumun farkına vardığı ve konuyla ilgili şikayette bulunduğu şikayet üzerine banka müfettişince soruşturma yapıldığı anlaşılmaktadır.

Soruşturma raporundan anlaşılacağı üzere bu şekilde alıkonulan kartların toplanarak davacıya getirildiği, davacının söz konusu kartları föye yazarak başka bir görevliye teslim ettiği anlaşılmaktadır. Ancak ilgili müşterinin kartının davacıya teslim edildiğine dair bir belgenin olmadığı, o kartla ilgili davacı tarafından da herhangi bir föy düzenlenmediği görülmektedir. Fakat ilgili müşterinin kredi kartıyla ilgili 08.09.2006 ve 11.09.2006 günü yapılan sorgulamaların davacının çalıştığı şubeden yapıldığı ve 11.09.2006 günü davacının kendi kredi kartıyla ve ilgili müşterinin kredi kartı sorgulamalarının aynı terminalden yapıldığı ve zamansal olarak iç içe geçtiği tespit edilmiştir. Davacı soruşturma sırasında savunmasında kendi şifresinin aktif olmadığını, başka bir banka çalışanı olan H.S.'nin bilgisi olmaksızın onun ekranından zaman zaman kendi kredi kartıyla, hesaplarıyla ilgili sorgulamaları yaptığını kabul etmiş, ancak bahsedilen tarihte iç içe geçen sorgulamaları kendisinin yapmadığını belirtmiştir.

Somut olayda bir şüphe feshi söz konusudur. Bu tür fesihte, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir.

Davalı işyerinde fesih bildirgesinde anılan olayın davacı tarafından gerçekleştirildiği ceza yargılaması sonucunda da ispatlanmamış, davacı

hakkında delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiştir. Ancak davacının kendi kredi kartının sorgulaması ile bilgisi olmaksızın kredi kartından alışveriş yapılan müşterinin kredi kartının sorgulanmasının zamanlama yönünden iç içe geçmesi ve sorgulamanın yapıldığı terminalin aynı olması dikkate alındığında, bu hususun iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni ortadan kaldırmaya elverişli bir şüphe olup, davacı ile işveren arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bu durumda davalı işverenin artık işçiyi çalıştırması mümkün değildir. Bu sebeple iş sözleşmesinin feshi haklı sebebe dayanmasa da, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. İşverence yapılan fesih geçerli nedene dayandığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

F) Sonuç:

HÜKÜM

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1-Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2-Davanın **REDDİNE,**

3-Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4-Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı (426.00) TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.320 TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

Kesin olarak 18.04.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞYERİ MÜDÜRÜ • İŞÇİYE HAKARET • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Davalı işverenlikte müdür olarak görev yapan kişinin davacı işçiye hakaret ettiği sabit olduğundan, işçinin işverenden manevi tazminat talep edebileceği sonucuna varılacaktır.*

Y.9. HD. E:2013/5935 K:2013/14851 T:16.05.2013

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş akdinin haksız ve ihbarsız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izin alacakları ile manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacı ve davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Dosya kapsamına göre; davalı işverende müdür olarak çalışan E.A.'nın işin ifası sırasında davacıya hakaret ettiği ceza mahkemesi kararı ile sabit olup, işverenin bu hakaret nedeniyle sorumlu olduğu anlaşıldığından, davacının manevi tazminat talebinin değerlendirilerek makul bir tazminata hükmedilmesi gerekirken feshin kötü niyetle veya sendikal nedenle yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmesi hatalıdır.

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

3-Bilirkişinin ek raporundan sonra dosyaya sunulan 2008/Temmuz ayına ilişkin bordro ve dekonttan davacıya yıllık izin karşılığında ödeme yapıldığı görülmektedir. Mahkemece bu belgeler değerlendirilmeksizin karar verilmesi de isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) **SONUÇ**

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 16.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİLİK NEDENİYLE FESİH
•
AYRIMCILIK TAZMİNATI

ÖZET: Hizmet ilişkisi dava tarihinde devam ettiğinden feshe bağlı hakların dava tarihi itibariyle talep edilmesi mümkün değildir. Islah dilekçesiyle ayrımcılık tazminatı talep edilebilir.*

Y.9. HD. E:2011/39672 K:2013/28109 T:04.11.2013

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş akdinin davalı tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem tazminatı ile fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram genel tatil, ücret, ulaşım gideri, manevi tazminat, yoksun kalınan gelir ve ayrımcılık tazminatı alacaklarının tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının iş akdinin işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi nedeni ile haklı olarak feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının iş akdini feshinin haklı olduğu gerekçesi ile kıdem tazminatı, ücret ve ulaşım gideri taleplerinin kabulüne, ulusal bayram genel tatili talebinin

* Gönderen: Av. Ali Küker

kısmen kabulüne, fazla mesai, hafta tatili, manevi tazminat, yoksun kalınan gelir ile ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacıya hizmet ilişkisi devam ederken 09.02.2005 tarihinde emeklilik işlemleri için çıkış verilmiştir. Ertesi gün sosyal güvenlik primi ödenerek çalışmasına devam etmiştir.

Hizmet ilişkisinin emeklilik nedeni ile tasfiyesi veya emeklilik nedeni ile başka bir çalışma ilişkisinin başladığı olgusu somut olayda söz konusu değildir. Davanın açılmış olduğu 13.07.2009 tarihinde kesintisiz iş ilişkisi devam etmekte olup fesih 15.07.2009 tarihinde gerçekleştiğine göre feshe bağlı hakların dava tarihi itibari ile talep edilmesi mümkün değildir. Mahkemece kıdem tazminatı alacağı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacı ıslah dilekçesi ile ayrımcılık tazminatı talep etmiş olup bu talebe yönelik harcı yatırmıştır. Davacının bu talebine yönelik olarak olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 04.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

KISA KARAR • GEREKÇELİ KARAR

ÖZET: Kısa karar davayı sonlandıran temyizi mümkün bir karardır. Son kararlardan olduğundan mahkeme davadan elini çeker. Asıl olan kısa karardır.*

Y.10. HD. E:2013/6135 K:2013/22134 T:25.11.2013

Dava, 01.12.2000-09.06.2008 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, ilamda belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar avukatları 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.

Anayasamızın 141. maddesinde, yargılamanın aleniyeti ilkesini benimsenmiştir. Bunun anlamı yargılama açık olarak yapılacak ve yargılamanın sonunda verilen karar da açıkça belirtilecektir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 149. (HMK'nın 28.)maddesinde de bu husus belirtilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 381. (HMK'nın 294) maddesi gereğince mahkeme, hazır olan tarafları iddia ve savunmaları dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Kararın tefhimi en az aynı Kanun'un 388. (HMK'nın 297) maddesinde belirtilen hüküm sonucunun tutanağa geçirilerek okunması suretiyle olur.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388/1-3.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297/1-c.maddesinde, bir mahkeme hükmünün kapsamının ne şekilde olması gerektiği açıklanmıştır.

---

* Gönderen: Av. İsmail Çelik

Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde;

"Karar aşağıdaki hususları kapsar:

1.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,

2.Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adresleri,

3.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,

4.Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi,

5.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 gereklidir." Hükmü yer almaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Hükmün Kapsamı" başlıklı 297. maddesinde ise:

"(1) Hüküm "Türk Milleti Adına" verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

a) Hükmü veren mahkeme ile hakim veya hakimlerin ve zabıt katibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hükmün hangi sıfatla verildiğini.

b) Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adreslerini.

c) Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri.

ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.

d) Hükmün verildiği tarih ve hakim veya hakimlerin ve zabıt katibinin imzalarını.

e) Gerekçeli kararın yazıldığı tarihi.

(2) Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir." Şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 389.(HMK'nın 298.) maddesinde de hüküm kısmında iki tarafa yükletilen hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi zorunluluğu tekrarlanmıştır. Bu hükümden anlaşılacağı gibi, mahkeme hükmünü gerekçesi ile birlikte tam olarak yazmış olsa bile, bunu duruşma tutanağına tamamen yazdırması ve okunması gerekir. Bir başka ifade ile mahkeme hükmünün hukuki varlık kazanabilmesi için onun tefhim edilmesi, verilen kararla, ne şekilde tefhim edildiğinin duruşma tutanağına yazılması zorunludur. Aynı maddenin son fıkrası gereğince de zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın sonradan belli bir süre içinde yazılması mümkündür.

Kısa karar, bir davayı sona erdiren (Niha-i) temyizi mümkün olan son kararlardandır. Bu kararla mahkeme davadan elini çeker ve davayı sona erdirmiş olur. Asıl olan kısa karardır. Bu gibi hallerde de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. (HMK'nın 297) madesine uygun olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini açıkça gösteren kısa karar ile daha sonra yazılan gerekçeli kararında buna uygun olarak düzenlenmesi gereklidir. (10.04.1992 gün ve 7/4 sayılı içtihadı birleştirme kararı) Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 2011/21-23E 268 K., 2012/6-97 E.203 K., 2012/10-149 E. 291 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Mahkemece, kısa kararda, "açılan davanın 27.11.2012 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen süre ve miktarlar doğrultusunda kabulüne," denilmek suretiyle, usul ve yasaya uygun şekilde kısa karar oluşturulmaksızın gerekçeli karar yazıldığı anlaşılmaktadır. Ortada hukuki varlık kazanmış bir karar mevcut değildir. Kamu düzeni amacıyla konulmuş, emredici hükümlerden olan yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere aykırı olarak davanın yürütülüp sonuçlandırılması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum ve diğer davalı avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve sair yönleri incelenmeksizin hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalılardan Ç. Kafesi sahibi E.G.'ye iadesine, 25.11.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

İLK PEŞİN SERMAYE DEĞERİNİN SAPTANMASINDA UYGULANACAK ULUSAL MORTALİTE TABLOSU
•
İSKONTOLAMA ORANININ %10 DEĞİL %5 İSKONTO ARTIRIM ORANI ÜZERİNDEN YAPILMASI GEREKTİĞİ

ÖZET: Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olduğundan, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosu tazminat hesabına esas bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır. * **

Y.10. HD. E:2012/10570 K:2013/17631 T:27.09.2013

Dava, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum vekili 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.

Davacı kurum, 06.10.2008 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalı işçi U.D.'ye bağlanan ge-

* Gönderen: Av. Sadiye Kazmanlı İst. Barosu Avukatlarından

** Aynı konuda dergimizin 2013/3 sayısı 449/450. sayfasındaki karara bakınız.

lirler ile yapılan harcama ve ödemelerden oluşan sosyal sigorta yardımlarının, davalı işverenden 5510 Sayılı Kanun'un 21/1.maddesi uyarınca rücuan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, bilirkişi hesap raporuyla tespit edilen gerçek zararın davalı Kurum tarafından sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinden az olması nedeniyle anılan gerçek zararın kusur karşılığı ile yapılan harcama ve ödemelerin kusur karşılığı hüküm altına alınmak suretiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan ve işverenin iş kazası veya meslek hastalığından sorumluluğunu düzenleyen 5510 Sayılı Kanun'un 21/1. maddesinde sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ya da ileride yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür. Bunun bir gerçek zarar hesabını gerektireceği açıktır. Gerçek zarar hesabı ise tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır.

1- Sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başkanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH 2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmıştır.

Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olduğundan, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosu tazminat hesabına esas bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır.

2- Tazminatların peşin olarak hesaplanması, oysa gelirlerin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminattan her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre; önceki uygulamalardaki gibi %10 iskonto/artırım oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak iskonto/artırım %5 oranı üzerinden yapılmalıdır.

3- Meslekte kazanma güç kaybı oranının %60'ın altında kaldığı durumlarda, sigortalının işgöremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre daha fazla efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Somut olayda; %28.2 oranında sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalının gerçek zararının yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanılgılı değerlendirme ile yetersiz hesap raporunda belirlenen gerçek zarar esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma gerekir.

O halde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 27.09.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Manevi tazminat ceza olmadığı gibi zararın karşılığı da değildir. Zarar gören zenginleşmemeli, zarar sorumlusu da fakirleşmemelidir.

Y.11. HD. E:2013/1982 K:2013/19792 T:06.11.2013

Taraflar arasında görülen davada İstanbul Anadolu 16. Asliye Hukuk (Kadıköy 3. Asliye Hukuk) Mahkemesi'nce verilen 29.05.2012 tarih 2009/52-2012/309 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi asıl ve birleşen davada davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği 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, müvekkilinin iş kazası sonucu sol gözünü kaybettiğini, işveren ile davalı sigorta şirketi arasında inşaat bütün riskler sigorta poliçesi düzenlendiğini, müvekkilinin maddi zararının karşılanması talebi ile davalı şirkete başvurduğunu ancak başvurusunun sigorta teminatından yararlanma hakkı olmasına rağmen, sigortadan yararlanamayacağı gerekçesiyle reddedildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 7.100.00 TL.maddi tazminatın temerrüt tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiş, yargılama sırasında davacı tarafından Kadıköy 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/65 Esas sayılı dosyasında, davalı A. Sigorta A.Ş. aleyhine fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak, meydana gelen iş kazası nedeniyle öncelikle maddi tazminat, sonrasında manevi tazminat taleplerini karşılamak kaydıyla işveren ile davalı sigorta şirketi arasında düzenlenen işveren mali sorumluluk döviz sigorta poliçesi ve inşaat bütün riskler dövizli poliçesi kapsamında sigorta tazminatının tamamının tahsili talepli dava açılmış ve işbu dosya ile birleştirilmesine karar verilmiş, yine yargılama sırasında davacı tarafından Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/45 Esas sayılı dosyasında, davalı Sigorta A.Ş. aleyhine ıslah talebinden sonra geriye kalan 117.182.81 TL.maddi tazminatın olay tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte tahsili talepli dava açılmış ve yine işbu dosya ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

Davalı Z. A.Ş. (Eski ünvanı T. Sigorta A.Ş.) vekili davanın reddini savunmuş, davacı vekili de bu davalı hakkındaki davadan vazgeçtiklerini beyan etmiştir.

Davalı A. Sigorta A.Ş. vekili, müvekkili şirket nezdinde düzenlenen işveren mali mesuliyet sigorta poliçesi kapsamının dava konusu ile ilgisi bulunmadığını, tazminatın teminat dahilinde olmadığını, bu nedenle müvekkilinin davada sorumluluğunun bulunmadığını, kaldı ki sorumlu tutulacak olsa dahi poliçe limiti ile sınırlı olduğunu, davadan önce müvekkiline herhangi bir başvuruda bulunulmadığını, bu nedenle müvekkilinin temerrüdünün de söz konusu olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan deliller, benimsenen bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, 2009/52 Esas sayılı dosyada davalı T. Sigorta A.Ş. (Z. Sigorta A.Ş.) aleyhine açılan davanın vazgeçme nedeniyle reddine, davacının davalı A. Sigorta A.Ş.'nin teminat altına aldığı iş yerinde çalışırken iş kazası geçirdiği, kaza sonrası malul hale geldiği ve SGK tarafından kendisine sürekli iş göremezlik gelirinin bağlandığı, davalı şirketin, dava dışı T. Trakya İş Merkezi ve Yatırım A.Ş. ile imzaladığı işveren mali sorumluluk döviz sigorta poliçesi gereğince, davacının SGK tarafından karşılanmayan zararlarından sorumlu olacağı gerekçesiyle ve sigortalı işverenin olaydaki kusur durumu, bilirkişi raporu ile davalı şirketin düzenlediği poliçedeki 150.000 USD limit göz önünde bulundurularak, maddi tazminat talebinin kabulü ile birleşen Kadıköy 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/165 Esas ve Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/45 Esas sayılı dosyasında 162.302.28 TL maddi tazminatın dava tarihi olan 05.04.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı A. Sigorta A.Ş.'den tahsiline, davacının manevi tazminat isteminin, davalı sigorta şirketinin işveren ile imzaladığı poliçenin 6. maddesinde manevi zararlarının da sigorta kapsamında olduğu belirtildiğinden, olayın oluş biçimi, davacının olaydaki kusur durumu ve maluliyeti göz önüne alınarak, olay tarihindeki paranın satın alma gücü de gözetilerek manevi zararlarının karşılanması amacıyla kısmen kabulü ile, 3.000.00 TL manevi tazminatın dava tarihi olan 05.04.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı A. Sigorta A.Ş.'den tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Mahkemece, manevi zarar karşılığı olarak 3.000.00 TL'nin dava tarihi olan 05.04.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte

davalı A. Sigorta A.Ş.'den tahsiline karar verilmiştir. Genel kabul gören görüşe göre manevi tazminat; ne bir ceza ne de gerçek anlamda bir tazminattır. Zarara uğrayan kişinin çektiği acıyı, duyduğu elem ve üzüntüyü bir nebze olsa da dindiren, zarara uğratan olay nedeniyle oluşan ruhsal tahribatı onarmaya yarayan bir araçtır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel durumları göz önünde tutarak hükmedeceği manevi tazminat miktarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorulusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine uluşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçüleree göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Somut olayda, davacının %38,20 oranında beden gücü kaybının oluştuğu ve bir gözünü kaybettiği bildirilmiştir. Bu haliyle, mahkemece davacı lehine hükmedilen manevi tazminat miktarı, olayın oluş şekli, tarafların olayın oluşumundaki kusur oranları, meydana gelen zarar, olay tarihindeki paranın alım gücü, tarafların konumu da dikkate alındığında az bulunmuştur. Bu itibarla, açıklanan hususlar nazara alınarak poliçe limitini de aşmamak suretiyle daha makul, somut olayın özelliklerine daha uygun düşen bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı miktara hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yönden davacı yararına bozulması gerekmiştir.

2-Öte yandan sigorta alacağının rizikonun ihbarından sonra muaccel olacağı hususu nazara alınarak 6762 sayılı TTK'nın 1332/son maddesi uyarınca davalı sigorta şirketinin temerrüdünün hangi tarihte gerçekleştiği araştırılıp, bu tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, gerekçesi gösterilmeden dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru olmadığı gibi, davacının avans faizi talebinin 6762 sayılı TTK'nın 4 e 3095 Sayılı Yasa'nın 2/2 maddesi uyarınca yerinde bulunduğu nazara alınmadan yasal faize hükmedilmesi de doğru olmamış, kararın bu yönden de davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) ve (2) numaralı bentlerde belirtilen nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 06.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİYE SATILAN MALZEME
•
KANUNİ REHİN HAKKI

ÖZET: Gemiye satılan boya ve levazımın geminin iyi halde muhafazası için zaruri malzeme olduğu ispatlanamadığından, söz konusu malzeme bedelinin gemi alacaklısı alacağı niteliğinde olmadığı ve giderek alacaklıya kanuni rehin hakkı vermeyeceği kabul edilmelidir.

Y.11. HD. E:2013/482 K:2013/19694 T:05.11.2013

Davacı vekili, müvekkilinin gemilere boya tedarik eden bir şirket olduğunu, Dora gemisine müvekkili tarafından 6.756,50 Amerikan Doları tutarında boya ve levazım teslim edildiğini, gemi donatanına bu tedarik ile ilgili olarak faturaların düzenlendiğini ve teslim edildiğini, ancak borcun ödenmediğini, müvekkilinin gemi alacaklısı olduğundan gemi üzerinde kanuni rehin hakkının bulunduğunu, davalının borçtan sorumlu olduğunu ileri sürerek, M/V D gemisi üzerine rehin hakkı doğduğunun tespitine, 6.756,50 ABD Doları alacağın faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının, davalı donatanın M/V D adlı gemisine 16.07.2009 ve 23.09.2009 düzenleme tarihli faturalar muhteviyatı boya ve levazım niteliğindeki malları teslim ettiğinin gemi mührünü taşıyan sevk irsaliyeleri gereğince sabit olduğu, TTK'nın 993. maddesi gereğince yapılan hukuki işlemden dolayı donatanın sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın alacağa ilişkin kısmının kabulü ile 6.756,50 USD'nin mevduat faizi ile birlikte davalıdan tahsiline; gemi üzerinde kanuni rehin hakkı

tanınması talebi hakkında ise gemiye satılan boya ve levazım bedelinin TTK'nın 1235. maddesi gereğince gemi alacaklısı hakkı veren alacaklardan olup olmadığı değerlendirmesinde geminin iyi halde muhafazası için zaruri olduğunun veresiye iş yapan davacı tarafça ispatlanamadığı, dolayısı ile alacağın gemi alacağı niteliğinde olmadığı, davacıya gemi alacaklısı hakkı veren alacak niteliğinde olmaması sebebi ile kanuni rehin hakkı vermeyeceği gerekçesiyle de kanuni rehin hakkı tanınması talebinin reddine, karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve hükmün davalı donatan aleyhine tesis edilmiş bulunmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 542,30 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 05.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YÜKSEK VOLTAJLI ELEKTRİKTEN DOĞAN ZARAR

ÖZET: Yüksek voltajda elektrik verilmesinden doğan zarardan elektriğin dağıtımını üstlenen şirket sorumludur.*

Y.11. HD. E:2012/3327 K:2013/2912 T:19.02.2013

Davacı vekili, müvekkiline konut paket sigorta poliçesi ile sigortalı bulunan konutta 03.04.2010 tarihinde elektrikli cihazların tamamının arızalandığını, hasar tutarının ödendiğini, arızanın konut girişinde nötr olması gereken elektrik kablosuna yüksek voltaj ulaşmasından kaynaklandığının tespit edildiğini, davalıların hasar tutarından sorumlu olduğunu ileri sürerek, 3.518 TL'nin avans faiziyle davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

* Legal Hukuk Dergisi'nin 2013/mayıs sayısından alınmıştır.

Davalı B. Elektrik Dağıtım A.Ş.vekili, hasarın oluşmasında müvekkili şirkete yükletilebilecek bir kusurun bulunmadığını, müvekkili şirketin dağıtımı sisteminin işletilmesinden kaynaklansa idi, aynı binada ve aynı koldan enerji alan diğer müşterilerin de cihazlarının hasar görmesi gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekili, müvekkili ile diğer davalı arasında imzalanan işletme hakkı devir sözleşmesine göre üçüncü şahısların hak iddiaları başlıklı maddesinde zikredilen davaların sorumluluğunun davalı B. Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye ait olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve tüm kanıtlara göre, dava dışı S.Y.'ın evinde bulunan elektrikli eşyalarda meydana gelen zararlara elektrik hattındaki voltaj yükselmesinin yol açtığını, 220 volt olması gerekirken 300 volt civarında voltaja yükseldiğinin anlaşıldığı, meydana gelen hasarda davalı B.'ın %100 kusurlu olduğu, davalı T.'ın kusurunun ve sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle, 3.518 TL'nin avans faiziyle davalı B.'tan tahsiline, davalı T. yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı B. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı B. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı B. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 30,60 TL.temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 19.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

İCRA HUKUKUNDA SÜRELER • RESMİ TATİL

ÖZET: İcra hukukunda süreler hesaplanırken; tebligatın yapıldığı ilk gün dikkate alınmaz, sürenin son günü resmi tatile rastlarsa süre tatili izleyen günde biter.

Y.12. HD. E:2012/16381 K:2012/21111 T:19.06.2012

Alacaklı tarafından kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı borçlunun işlemiş faiz oranına itirazını bildirerek icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece itirazın süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İİK'nin 168/3-5. maddesi gereğince, borçlunun, borçlu olmadığına veya borcun itfa edildiğine veya mehil verildiğine veya alacağın zamanaşımına uğradığına veya yetkiye ve imzaya ilişkin itirazlarını ödeme emri tebliğinden itibaren beş gün içinde icra mahkemesine bildirmesi zorunludur.

İİK'nin 19. maddesine göre de, beş günlük sürenin hesabında, tebligatın yapıldığı ilk gün dikkate alınmaz ve sürenin son günü resmi tatil gününe rastlarsa süre, tatili takip eden günde biter.

Somut olayda, ödeme emrinin borçluya 12.03.2012 tarihinde tebliğ edildiği, yasal beş günlük sürenin son günü olan 17.03.2012 tarihinin Cumartesi gününe rastladığı, hafta sonu tatilinin 18.03.2012 Pazar günü bittiği, buna göre, borçlunun, resmi tatili takip eden günde yaptığı 19.03.2012 tarihli başvurusunun süresinde olduğu görülmektedir.

O halde, mahkemece, itirazın esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin süre aşımından reddi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ SATIŞI • SATIŞ İLANI • BORÇLUYA TEBLİGAT • İHALENİN FESHİ

ÖZET: Taşınmaz satışlarında satış ilanının bir örneği borçluya tebliğ edilmelidir. Satış ilanının borçluya tebliğ edilmemiş olması veya usulsüz tebliğ edilmesi başlıbaşına ihalenin feshi sebebidir. Tebligatın yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun şekilde yapılması gerekir.*

Y.12. HD. E:2013/30007 K:2013/35898 T:12.11.2013

Borçlu vekili, satış ilanı tebligatının usulsüz olduğunu ileri sürmüş, mahkemece şikayetin reddine karar verilmiştir.

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun "Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina" başlıklı 21/1.maddesinde; "Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır." Hükmü yer almaktadır. Madde metni, iki hali birlikte düzenlemiştir. Bunlardan ilki "adreste bulunmama" diğeri ise "tebellüğden imtina"dır.

Muhatabın adreste bulunmaması halinde tebliğ memurunun ne şekilde davranması gerektiğini düzenleyen Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 30. maddesinin birinci fıkrasında; "Adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine meşruhat verilerek çıkarılan tebligatlar hariç olmak üzere, muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiçbiri gösterilen adreste sürekli olarak bulunmazsa, tebliğ memurunun, adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti veya meclisi üyeleri, kolluk amir ve memurlarından araştırarak beyanlarını tebliğ mazbatasına yazıp im-

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

zalatması, imzadan çekinmeleri halinde bu durumu yazarak imzalaması gerekir." denildiği, Tebligat Kanunu'nun "Tebligat Mazbatası" başlıklı 23. maddesinin 7. bendinde "21. maddedeki durumun tahaddüsü halinde bu hususlara mütallik muamelenin yapıldığını, adreste bulunmama ve imtina için gösterilen sebebi"nin tebligat mazbatasına yazılmasını emrettiği, "Tebliğ mazbatasında bulunması gereken bilgiler ve tanzimi" başlıklı Tebligat Yönetmeliğinin 35. maddesinin (f) bendinde ise "30. ve 31. maddelerdeki durumların gerçekleşmesi halinde bu hususlarla ilgili hangi işlemlerin yapıldığını, adreste bulunmama ve kaçınma için gösterilen sebebi"nin tebligat mazbatasına yazılacağının hüküm altına alındığı görülmüştür.

Burada Yönetmeliğin 30. maddesi, tebliğ memuruna ilgilinin neden adreste bulunmadığını "tahkik etme" görevini yüklemiştir. Buna göre tebliğ memuru tahkik etmekle kalmayıp, tevsike yönelik olarak yaptığı tahkikatın sonucunu Tebligat Kanunu'nun 23/7 ve Tebligat Yönetmeliği'nin 35/f bendi gereğince tebliğ evrakına yazacak ve maddede açıkça belirtildiği üzere ilgilisine imzalatacaktır. Ancak bu şekilde, yapılan işlemin, usulüne uygun olup olmadığı, hakim tarafından denetlenebilir. Muhatabın, tebliğ adresinde ikamet etmekle birlikte, kısa ya da uzun süreli ve geçici olarak adreste bulunmadığının, tevziat saatlerinden sonra geleceğinin beyan ve bunun tevsik edilmesi halinde ancak, maddede sayılanlardan, örneğin muhtara imza karşılığı tebliğ edilip, 2 numaralı fişin kapıya yapıştırılması ve komşunun durumdan haberdar edilmesi işlemlerine geçilebilecektir. Tahkikatta muhatabın adresten kesin olarak ayrıldığının ya da öldüğünün veya tebligatın, tebliğ evrakında belirtilen tarihten önce yapılamayacağının anlaşılması halinde Tebligat Yönetmeliği'nin 30. maddesinin 2., 3., 4.ve 5. fıkraları gereğince işlem yapılacaktır. Bu itibarla; Tebligat Yönetmeliği'nin 30. maddesinde öngörülen şekilde ve maddede belirtilen kişilere sorularak imzaları da alınmak suretiyle, imzadan çekinmeleri halinde, bu husus da belirtilerek, Tebligat Yönetmeliği'nin 35. maddesi gereğince muhatabın adreste geçici olarak bulunmama sebebi ve tevziat saatlerinden sonra geleceği "tevsik edilmeden" Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesine göre yapılan tebligat işlemi geçersizdir. Zira bu belgeleme işlemi, devamı işlemleri belirlemesi yanında muamelenin doğru olup olmadığına karar verilmesi yönünden yardımcı olacak ve tebliği isteyen makam ve hakimin denetimini sağlayacaktır. Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesine göre yapılan tebligatlarda tebliğ tarihi, maddenin son cümlesinde açıkça belirtildiği üzere, iki numaralı fişin, yani ihtarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarihtir. Tebliğ tarihinin bu şekilde belirlenmesi ve geçerli sayılabilmesi, tebliğ memurunun yukarıda açıklanan araştırmayı mutlaka yapmasına ve belgelemesine bağlıdır.

Somut olayda her ne kadar mahkeme gerekçesinde satış ilanının şikayetçiye TK 21/2. maddesine göre tebliğ edildiğini gerekçe göstermiş ise de takip dosyasında tebligat parçasının aslının mevcut olmadığı, PTT müdürlüğünün 13.09.2012 tarihli yazısına göre de tebligatın tk.21/1.maddesine göre yapılmaya çalışıldığı ancak haber verilen güvenliğin kim olduğu, isim ve imzadan çekinip çekinmediği şerh verilmediğinden usulüne uygun bir tebligattan söz edilemez.

İİK'nin 127. maddesi gereğince taşınmaz satışlarında, satış ilanının bir örneği borçluya tebliğ edilmelidir. Borçluya satış ilanının tebliğ edilmemiş olması veya usulsüz tebliğ edilmesi başlı başına ihalenin feshi sebebidir.

Bu durumda mahkemece, satış ilanının usulüne uygun olarak tebliğ edilmemesi nedeniyle şikayetin İİK'nin 127.maddesi gereğince kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 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, 12.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHALENİN FESHİ TALEBİNİN REDDİ HALİNDE İHALE BEDELİNİN %10'U ORANINDA PARA CEZASINA HÜKMEDİLECEĞİ

ÖZET: İİK'nin 134/2. maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Yasa'nın bu hükmü emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkin bulunduğundan mahkemece re'sen uygulanmalıdır.

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'nin 134/2. maddesi uyarınca ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi halinde mahkeme davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Yasa'nın 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.

TEBLİGAT • ADRES KAYIT SİSTEMİ • TAKİPTE TARAF EHLİYETİ

ÖZET: Tebligat Kanunu'na göre muhatabın bilinen son adresine tebligat yapılacaktır. Bu adrese tebligat yapılamaması halinde adres kayıt sistemindeki adresin son adres olduğu kabul edilerek bu adrese tebligat yapılacaktır. Taraf ehliyeti olmayan, gerçek ya da tüzel kişi olmayan borçluya karşı takip yapılamaz.*

Y.12. HD. E:2013/27980 K:2013/36710 T:19.11.2013

Borçlu ödeme emri tebligatının usulsüz olduğunu, takip alacaklısının kişiliğinin bolunmadığını ve borcunun bulunmadığını iddia ederek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece tebligatta usulsüzlük bulunmadığı mermis adresine yapıldığı gerekçesiyle talebin reddine karar verildiği görülmüştür.

2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun Bilinen Adreste Tebligat başlıklı 10/1. maddesine göre "Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. Şu kadar ki; kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü şartıyla her yerde tebligat yapılması caizdir.", 11.01.2011 tarihinde 6099 Sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen 10/2. maddesine göre; "Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır." Aynı yasanın Tebliğ İmkansızlığı ve Tebellüğden İmtina başlıklı 21. maddesine 6099 Sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen 21/2. maddesine göre; "Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır." Aynı yasa'nın Usulüne Aykırı Tebliğin Hükmü başlıklı 32.maddesine göre "Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur."

Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in Bilinen Adreste Tebligat başlıklı 16/2. maddesine göre "Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.

6099 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde; "....Uygulamada yaşanan sorunları önlemek üzere Tasarıda yer verilen en önemli değişiklik, 25.04.2006 tarihli ve 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda kabul edilen "adres kayıt sistemi"nin Tebligat Kanunu'na intibakının sağlanmasıdır. Hatta bu yolla, bazen on-onbeş tebligatla dahi sonuç elde edilemeyen durumlarda (ilanen tebligatın gerektirdiği istisnai haller hariç) en fazla iki veya üç tebligatla sorun çözülebilecektir.

Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine ek fıkra eklenmesiyle ilgili 6099 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin gerekçesinde "Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine eklenen ikinci fıkra ile tebligata ilişkin sorunların belki de en önemli kısmının çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Yapılan yeni düzenlemeyle, önce yine bilinen en son adrese tebligat yapılacaktır. Böylelikle, muhataba daha kolay ulaşılabilecek bir adres biliniyorsa oraya tebligat yapılması imkanı açık tutulmuştur. Ancak, tebligatın yapılmasını isteyenin veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığının anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması halinde, muhatabın 5490 Sayılı Kanun'a göre adres kayıt sistemindeki adresi bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligat buraya yapılacaktır. Hiç kimse, adres değişikliğini bildirmemek suretiyle ihmali veya adresini belirsiz hale getirecek kötü niyetini korumaz. Adres kayıt sistemi dışında ayrıca bir adres araştırması yapılmayacaktır. Bu açıdan, adres kayıt sistemindeki adres, başkaca araştırma yapılmasını gerekli kılmayan son adres olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, ne tebligatı çıkartan merciin ne de posta memurunun başkaca bir adres araştırması yapmasına gerek bulunmamaktadır. Adres kayıt sistemiyle ilgili olarak yapılan bu düzenlemenin sonucu olarak gereksiz zaman, işgücü ve maddi kaybın önüne geçmek için, bilinen adrese yapılan tebligatın karşılıksız kalması halinde adres

kayıt sistemindeki adrese yapılan tebligatın geçerli sayılacağı kabul edilmiştir. "21. maddeye ek fıkra eklenmesiyle ilgili 4. maddesinde; "Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi çok sık uygulanan bir hükümdür. Bu maddede, muhatap veya kendisine tebliğ yapılabilecek kimselerden hiçbiri tebliğ adresinde bulunmaz veya bulunduğu halde tebellüğden imtina ederse, hangi yolun izleneceği belirtilmiştir. Bu durumda maddenin birinci fıkrayla adres kayıt sistemindeki adrese tebligat yapılması halinde izlenecek yöntem belirtilmiştir. Zira, 10. maddede yapılan değişiklikle birlikte, bilinen en son adrese çıkartılan tebligattan sonuç alınamazsa, adres kayıt sistemindeki adres esas alınacak, başkaca araştırma yapılmadan tebligat o adrese yapılacaktır." Denilmiştir.

Tebligat Kanunu'nun 10. maddesine eklenen ikinci fıkrasında gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir. Muhatabın adresi takip alacaklısı (veya davacı) tarafından bildirilecek ve normal tebligat çıkarılacaktır. İlk defa bildirilen adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi veya başka bir adresi olması arasında fark bulunmamaktadır. Her iki adreste Tebligat Kanunu'nun 10/1. maddesi kapsamında bilinen adrestir. Bildirilen adrese çıkarılan tebligatın bila tebliğ iade edilmesi halinde, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre çıkarılacaktır. Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2.maddeleri farklı şekilde yorumlayarak muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine başka adresi bilinmiyor diyerek doğrudan doğruya 21/2. maddesine göre tebligat çıkartılması doğru olmaz. Bu davranış Anayasanın 36.maddesine aykırı olur ve muhatabın savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Tebligat Kanunu'nun 21/2.maddesi aynı zamanda özünde cezalandırmayı da amaçlayan bir düzenleme içermektedir. Yasa koyucu 5490 Sayılı Kanun'a göre doğru adresini zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildirmeyen vatandaşı cezalandırmak amacını gütmüştür. Tebligat Müdürlüğü'ne bildiremeyen veya önemli bir mazereti nedeniyle (yatarak hastanede tedavi gören hasta gibi) bir kaç aylığına adresinden ayrılmak zorunda kalan vatandaşın cezalandırılmasına neden olur. Yasa'nın yorumunda yardımcı kaynak olan madde gerekçeleri bu konuda bize ışık tutmaktadır. Tebligat Kanunu'nda değişiklik getiren madde gerekçelerinden açıkça anlaşılacağı üzere iki veya üç tebligatla sorun çözülmek istenmiştir. Hem yasa metninde, hem yasanın uygulanmasını gösteren yönetmelikte ve hem de madde gerekçesinde muhatabın sadece adres kayıt sistemindeki yerleşim yeni adresinin bilinen adres olarak bildirilmesi halinde doğrudan doğruya 21/2'ye göre tebligat yapılacağı açıklamasına yer verilmemiş, bilakis bildirilen adrese tebligat yapılamaması halinde 21/2'ye göre tebligat yapılacağı önemli vur-

gulanmıştır. Ayrıca Tebligat Yönetmeliği'nin 79. maddesinde TK'nın 21/2. maddesine göre çıkarılacak tebligatların açık mavi renkli zarflarla yapılacağının belirtilmesi bu usulün hemen başvurulacak bir yol olmadağı, istisna olarak ve belirli şartların oluşması halinde başvurulacak bir tebligat şekli olduğunu da göstermektedir. İlk defa bildirilen adres kayıt sistemindeki adres, tebligat şekli olduğunu da göstermektedir. İlk defa bildirilen adres kayıt sistemindeki adres, tebligat yapılamayacağı açıkça anlaşılan bir adres olmadığı için öncelikle normal bir tebligat çıkartılarak Tebligat Kanunu'nun 21/1.maddesinde ve Tebligat Yönetmeliği'nin 30. maddesinde muhatap lehine olan araştırmaların yapılarak tebligatın kendisine ulaşması ve bilgilendirme işleminin yerine getirilmesi gerekir. Tebligatın anlamı bildirimdir. Tebligatın yazılı bildirim ve belgelendirme olmak üzere iki ana unsuru vardır. Tebligat savunma hakkı ile sıkı sıkıya bağlıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.12.2009 tarihli 2009/12-563 E. 2009/600 K. sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere icra takibinin sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, itiraların yapılabilmesi ve takibin süratle sonuçlandırılabilmesi, ancak, tarafların icra takibinden usulünce haberdar edilmesi ile mümkündür. Zira, takip borçlusunun hangi icra dairesinde aleyhine takip bulunduğunu, hakkındaki taleplerin nelerden ibaret olduğunu bilmesi ve varsa itirazlarını zamanında ve doğru merciye yöneltebilmesi usulüne uygun olarak yapılacak tebligat ile sağlanabilir.

Somut olayda; ödeme emri tebligatının üzerine mernis adresi şerhi verilerek çıkarıldığı, dağıtıcı tarafından "M.D.'ye soruldu muhatap ayrılmış olup 6099 Sayılı Yasa gereğince adres kayıt sistemindeki adres olduğundan muhtara haber verildi haber kağıtı kapıya yapıştırıldı" denilerek tebliğ işleminin tamamlandığı, TK'nın 23/9. maddesi gereğince mazbataya muhtarın imzasının alınmadığı, dağıtıcının isminin ve soyisminin yazılmadığı, şikayet konusu yapılan tebligatın TK'nın 10/2. maddesi göz ardı edilerek borçluya önceden hiçbir tebligat çıkarılmadan ve yasal şartları oluşmadan doğrudan doğruya TK'nın 21/2. maddesine göre çıkartıldığı ve bu tebligatın yukarıda anlatılan nedenlerle usule aykırı bir tebligat olduğu görülmüştür.

O halde mahkemece TK'nın 32. maddesi gereğince tebliğ tarihinin borçlunun öğrenme tarihi olarak bildirdiği 03.01.2013 tarihi olarak düzeltilmesi gerekirken usulsüz tebligat şikayetinin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan 6100 sayılı HMK'nın 50. maddesi gereğince hukuk davalarında olduğu gibi, icra takibinin taraflarının da taraf ehliyetine sahip olmaları gerekir. Medeni haklardan istifade ehliyeti bulunan her gerçek

ve tüzelkişi icra takibinde taraf olma ehliyetine de sahiptir. Taraf ehliyeti olmayanların talebi üzerine veya taraf ehliyeti olmayanlara karşı başlamış veya devam edilmiş icra takipleri ve takip işlemleri geçersizdir. Bu işlemlerin geçersizliği her zaman (süresiz) şikayet yolu ile ileri sürülebilir. İcra müdürü ve icra mahkemesi bu işlemlerin geçersizliğini kendiliğinden (re'sen) gözetmelidir. Yine icra takibinin esas bakımından başarı elde edebilmesi için, takip talebinde alacaklı ve borçlu olarak gösterilen kimselerin (İİK.58/1,2) o takipte gerçekten alacaklı ve borçlu sıfatına haiz olmaları öncelikli şarttır.

Alacaklının genel haciz yolu ile başlattığı örnek 7 nolu ilamsız takipte borçlu, takip talebinde alacaklı olarak görülen "Kurtköy Vadi Yediemin Otoparkı" nın gerçek ya da tüzel kişi olmadığından takip yapamayacağını beyanla takibin iptalini istediği anlaşılmıştır. Taraf ehliyeti ile ilgili olan bu husus kamu düzenine ilişkin olup süresiz şikayete tabidir ve mahkemece re'sen nazara alınmalıdır.

O halde mahkemece re'sen ve her safhada taraf ehliyeti hususunun ele alınıp incelenmesi gerekirken, şikayet niteliğindeki başvurunun itiraz olarak değerlendirilip, itirazın takip şekli itibariyle İcra Müdürlüğü'ne yapılması gerektiğinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliginden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.11.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

İCRA KEFALETİ • İLAM NİTELİĞİ • ZAMANAŞIMI

ÖZET: İcra dairesindeki kefalet ilam hükmündedir. İcra kefaletinde zamanaşımı süresi on yıldır.*

Y.12. HD. E:2013/31937 K:2013/38851 T:05.12.2013

İİK'nin 38. maddesine göre, icra dairesindeki kefaletler, ilam mahiye-

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

tini haiz belgelerden olup, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. İİK'nin 39. maddesine göre de ilama müstenit takip, son muamele tarihi üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar.

Somut olayda, C.K. 06.11.2007 tarihinde dosya borcuna icra kefili olmuştur.

İcra kefillerinin taahhüdü kambiyo taahhüdü niteliğinde bulunmadığından, onlar bakımından uygulanacak zamanaşımı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipteki dayanak belge için TTK'nın ilgili hükümleri gereğince uygulanması gereken zamanaşımı süresi değildir. İcra kefilinin borcunun icra kefaletinden kaynaklandığı, icra kefaletinin ise İİK'nin 38. maddesinde belirtilen ilam niteliğinde bulunduğu tartışmasız olup, bu gibi hallerde İİK'nin 39.maddesinde belirtilen 10 yıllık zamanaşımının uygulanacağı tabiidir.

O halde, mahkemece borçlu icra kefilinin zamanaşımı şikayetinin reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ve yazılı gerekçeyle şikayetin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle 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, 05.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMZA İTİRAZI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Senetteki imzanın borçluya ait olduğunu iddia eden alacaklı bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.*

Y.12. HD. E:2013/31938 K:2013/38873 T:05.12.2013

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı, borçlunun, imzaya itirazını ileri sürerek takibin iptali istemi ile İcra mahkemesine başvurduğu, mahkeme-

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

ce, HMK'nın 318. maddesi uyarınca tarafların dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu belirterek bildirmek zorunda oldukları, davacı tarafça, bilirkişi incelemesinde esas alınmak üzere davacı asilin ıslak imzalarının yer aldığı belgelerin bulunduğu kurum ve kuruluşlara ilişkin herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 26.04.2006 tarih ve 2006/12-259 esas - 2006/231 karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere, senetteki imzanın borçluya ait olduğunu ispat külfeti, senet elinde olup, takibe başlayan ve imzanın borçluya ait olduğunu iddia eden alacaklıya aittir.

O halde, mahkemece, ispat yükünün alacaklıda olduğu göz önünde bulundurularak, öncelikle imzanın borçluya ait olduğu yönünde alacaklının elindeki deliller sorulup HMK'nın 324. maddesi kapsamında delil avansının yatırılması yönünde işlem yapıldıktan ve borçlunun da göstereceği deliller varsa aynı yöntemle toplandıktan sonra İİK'nin 170. maddesi uyarınca imza incelemesi yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle 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, 05.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA SATIŞI • REHİNLİ ARAÇ • SIRA CETVELİ

ÖZET: İcrada satışta konu olan araç üzerinde rehin hakkı bulunuyorsa, İcra Müdürlüğünce sıra cetveli yapılarak satış sonuçlandırılmalıdır.*

Y.12. HD. E:2013/33626 K:2013/40130 T:16.12.2013

İİK'nin 140. maddesi gereğince, "satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar." Sıra cetvelini düzenleme yetkisi ilk haczi koyan İcra Dairesi'ne

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

aittir. Haczin talimatla uygulanması halinde sıra cetvelinin esas İcra Dairesince düzenlenmesi gerekir.

İİK'nin 100. maddesi gereğince, borçluya ait paranın veya satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması halinde anılan madde hükmü gereği icra müdürlüğünce derece kararı yapılması gerekir. Derece kararının yapılması için mutlaka satış sonucu para elde edilmesi zorunlu değildir.

HMK'nın 33. maddesi uyarınca hukuki tavsif hakime aittir. Hakim, bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve neticei taleplerle bağlı olup, dayandıkları kanun hükümleri ve onların tavsifleri ile bağlı değildir. Kanunları re'sen tatbik ederek iddia ve müdafaadaki neticei talepleri karara bağlamakla mükelleftir. (04.06.1958 ve 15/6 sayılı İBK.)

Somut olayda şikayetçi vekilinin icra mahkemesine başvurusunda; alacağa mahsuben alacaklıya satışı yapılan araç üzerinde, kendilerinin rehin haklarının olmasına rağmen alacağa mahsuben yapılan satış işleminin iptaline karar verilmesini istediği anlaşılmıştır.

Her ne kadar şikayetçi,satış işleminin iptalini istemiş ise de şikayetinin nedeni kendisinin de rehin alacağı bulunduğu ve bu alacağının dikkate alınmadığına ilişkin olup HMK 33.maddesinde öngörülen hukuki tavsifin hakime ait olduğu kuralı nazara alınarak, mahkemece, İcra müdürlüğünce İİK 140.madesi uyarınca sıra cetveli yapılması gerektiğine karar vermesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 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, 16.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMBİYO SENEDİ • BORCU KABUL • TAKİBİN İPTALİ

ÖZET: Borcun kısmen veya tamamen kabul edilmesi halinde senedin kambiyo senedi vasfını taşımadığı gerekçesiyle takip iptal edilemez.*

Y.12.HD. E.2013/33629 K.2013/40146 T.16.12.2013

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda, takibe konu bononun teminat bonosu olduğu, bonoya mahsuben 30.000 TL civarında ödeme alındığını ileri sürerek takibin iptalini istediği, mahkemece takibe konu senedin alt kısmında "bu senet daire satışına istinaden teminat senedidir' ibaresinin bulunduğundan, alacağın tahsilinin yargılamayı gerektirdiğinden takibin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK'nin 170/a-son maddesi hükmü uyarınca borç, kısmen veya tamamen kabul edilmiş ise bu maddeye dayalı olarak takibin iptaline karar verilemez.

Somut olayda borçlunun şikayet dilekçesinde, "bonoya mahsuben 30.000 TL civarında ödeme alındığı" şeklinde beyanda bulunarak borcu kabul ettiği görülmektedir. Borç kabul edildiğinden yukarıda açıklanan yasa hükmü gereğince, olayda, İİK'nin 170/a maddesinde yer alan dayanak belgenin kambiyo senedi vasfını taşımaması olgusu, iptal nedeni olarak kabul edilemez.

O halde mahkemece, borçlunun sair şikayet ve itirazları incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken İİK'nin 170/a maddesinin son fıkrası göz ardı edilmek suretiyle takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle 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, 16.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3.İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

KARAR DÜZELTME
•
YENİDEN KARAR DÜZELTME TALEBİ

ÖZET: Yargıtay'ın karar düzeltme istemi üzerine verdiği karara karşı karar düzeltme talebinde bulunulması mümkün değildir.*

Y.12. HD. E:2013/31594 K:2013/40047 T:16.12.2013

İcra mahkemesi kararının borçlunun temyizi üzerine Dairemizin 26.12.2012 tarih ve 2012/32206 E. 2012/40034 K. sayılı kararıyla bozulmasına karar verilmiş; alacaklıların karar düzeltme istemi ise Dairemizin 07.06.2003 tarih ve 2013/6461 E. 21426 K.sayılı kararı ile kısmen kabul edilmiştir. Bu defa alacaklılar tarafından yeniden karar düzeltme isteminde bulunulduğu görülmektedir.

HMK'nın Geçici 3. maddesi gereğince halen yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 442/1. maddesinde yer alan "Aynı ilam aleyhine bir defadan ziyade tashihi karar talebi mesmu olmadığı gibi tashihi karar arzuhalinin reddine veya kabuliyle kararı sabıkın tadiline dair sudur eden hükümlere karşı dahi tashihi karar caiz değildir." Hükmü karşısında karar düzeltme talebi üzerine verilen Yargıtay kararına karşı yeniden karar düzeltme yoluna gidilmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, alacaklıların dilekçesinin reddi gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklıların karar düzeltme istemini içeren dilekçesinin **REDDİNE,** 16.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

TÜZEL KİŞİLERE TEBLİGAT • RESMİ KAYITLAR

ÖZET: Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler için resmi kayıtlardaki adres esas alınır. Borçlu şirketin Ticaret Sicilindeki adresine Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre yapılan tebligat usul ve yasaya uygundur.*

Y.12. HD. E:2013/31939 K:2013/40496 T:17.12.2013

Şikayetçi borçlular tarafından 13.03.2012 tarihli taşınmaz ihalesinin feshinin talep edilmesi üzerine mahkemece satış ilanının borçlulara usulsüz tebliğ edildiği gerekçesiyle ihalenin feshine karar verilmiştir.

Borçlu H.A.'ya çıkartılan satış ilanı tebligatı bakımından yapılan incelemede;

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesinde; "Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Tebliğ tarihi itibariyle yürürlükte olup uygulanması gerekli olan Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesinin birinci fıkrasında; "Muhatap veya adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiçbiri gösterilen adreste bulunmazsa, tebliğ memurunun adreste bulunmama sebebini bilmesi muhtemel komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar kurulu veya meclisi üyeleri, zabıta amir ve memurlarından tahkik ederek beyanlarını tebliğ tutanağına yazıp altını imzalatması, imzadan çekinmeleri halinde de bu durumu yazarak kendisinin imzalaması gerekir." hükmü öngörülmüştür.

Borçlu H.A.'ya satış ilanı 10.01.2012 tarihinde 7201 Sayılı Kanun'un 21/1. maddesine göre tebliğ edilmiş olup tebligatta "adreste kimse bulun-

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. İcra Hakimliği Yazı İşleri Müdürü

maması üzerine muhatap en yakın komşusuna soruldu muhatabın işte olduğunu beyan edip beyanını imzadan imtina etti. Bu sebeple tebliğ evrakı Doğu Mahallesi Muhtarlığı'na teslim edildi. 2 nolu haber kağıdı muhatabın kapısına yapıştırılıp N.B.'ye haber verildi." Şerhi mevcuttur. Söz konusu tebligatta beyanı alınan komşunun kim olduğuna dair hiçbir bilgi bulunmamaktadır. Tebliğ tutanağında komşunun imzadan imtina ettiğine dair şerh mevcut ise de, bu şerh yapılan tebligatı usulüne uygun hale getirmez. Ancak borçlu vekili Avukat Y.K. 02.03.2012 tarihinde vekaletnamesini icra dosyasına sunarak dosyanın fotokopisini almak için dilekçe vermiştir. TK'nın 32. maddesine göre "Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır." Borçlu vekilinin icra dosyasından fotokopi almasıyla tebliğden haberdar olduğu için artık satış ilanı tebliği muteber hale gelmiş olup ihalenin feshi sebebi olamaz.

Borçlu M. Ticaret Dayanıklı Tüketim Malları Bilgisayar İnş. Tur. San. Tic. Ltd. Şti.'ye çıkartılan satış ilanı tebligatı bakımından yapılan incelemede; Takip dosyası incelendiğinde, borçlu şirket adına Ticaret Sicili adresine çıkarılan ödeme emri tebligatının "41 no yoktur" ibaresiyle 15.02.2011 tarihinde iade edildiği, mahkemece İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nden borçlu şirketin kayıtlı adresinin sorulduğu ve 03.12.2012 tarihli cevap yazısında borçlu şirkete daha önce ödeme emri tebligatı çıkarılan adresin kayıtlı adres olarak bildirildiği; satış ilanınında aynı adrese Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi gereğince 10.01.2012 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Tebligat Kanunu'nun (Değişik fıkra: 11.01.2011-6099 S.K./9.mad.) 35/4.maddesi gereğince, daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır. Anılan yasa maddesi uyarınca borçlu şirketin Ticaret Sicilinde kayıtlı adresine Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi gereğince yapılan satış ilanı tebliği usulüne uygundur.

O halde mahkemece borçluların ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 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, 17.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

İŞ KANUNU UYGULAMASI • SÖZLEŞME KURALI

ÖZET: İş Kanunu kapsamında olmayan çalışanın iş sözleşmesinde İş Kanunu uygulanacağı belirlenmiş ise, artık o çalışana İş Kanunu uygulanacaktır.

Y.13. HD. E:2010/18332 K:2011/9574 T:16.06.2011

Davacı, davalı ile 01.10.1998 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çocuk bakıcısı olarak işe başladığını, 03.05.2007 tarihinde haksız olarak sözleşmenin feshedildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, eksik ödenen ücret alacağı ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı yıllık ücretli izin alacağı, hafta tatili, bayram tatili vs. Alacakları ile 500 TL manevi tazminatın faizi ile ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının İş Kanunu'na tabi olmadığını, sözleşmenin haklı nedenlerle feshedildiğini belirterek davanın reddini dilemiş, verdiği avans tutarının da takas ve mahsubuna karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, 500 TL eksik ödenen ücret alacağı ile 500 TL ihbar tazminatı tutarı toplam 1.000 TL'nin dava tarihinden yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Davacının 01.10.1998 tarihli sözleşme ile çocuk bakıcısı olarak işe başladığı sabittir. 857 Sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. Fıkrasının e bendi uyarınca, "ev hizmetlerinde çalışanlar" hakkında iş kanunu hükümleri uygulanmaz. Ne var ki, taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinin 9. maddesinde, bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde iş kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bir başka anlatım ile, İş Kanunu'na göndermede bulunulmuştur. Dolayısıyla davacı, İş Kanunu kapsamında düzenlenen kıdem tazminatını talep edebilir. Böyle

olunca, mahkemece kıdem tazminatı taleplerinin değerlendirilmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan 1. Bent gereğince davalının tüm davacının diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. Bent gereğince temyiz edilen hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** 42.25 TL kalan harcın davalıdan alınmasına, peşin alınan 17.15 TL temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 16.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TASARRUFUN İPTALİ
•
ACİZ VESİKASI (KESİN-GEÇİCİ)

ÖZET: Borçlu hakkında aciz vesikası alınmamakla birlikte, borçlu kayıp ve adresi saptanamıyorsa, saptanan ve bilinen adreslerinde de icraca, borçlunun haczi kabil malının bulunmadığı tespit edilmiş ise, bu takdirde aciz hali gerçekleşmiş sayılır.

Y.17 HD. E:2011/4582 K:2011/10118 T:31.10.2011

Davacı vekili, davalı borçlu C.T. aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunmadığını ileri sürerek davalı borçlu C.'nin üzerine kayıtlı taşınmazını mal kaçırma amaçlı davalı O.T.'ye sattığını belirterek tasarrufun iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı O.T., araç hissesinin gerçek değer üzerinden satıldığını, ayrıca satışın muvazaalı olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı C.T. vekili, tasarrufun iptaline konu satış ve satış bedelinin muvazaalı olmadığını, aciz halinin oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece tasarrufun iptali davasında kesin veya geçici aciz belgesinin sunulmasının dava şartı olduğu, dosyada yer alan haciz tutanaklarının geçici aciz vesikası niteliğinde olmadığı, verilen kesin süre içerisinde de dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı T. E. Bankası A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK'nin 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

İptal davasının koşullarından biri alacaklının elinde kesin (İİK.143) veya geçici (İİK.105/2) aciz belgesinin bulunmasıdır. Kesin veya geçici aciz vesikasının bulunması, iptal davası için ön koşul ise de bunun davanın açılmasından önce alınması zorunlu değildir. Davanın açılmasından son-

ra alınabileceği gibi temyiz aşamasında ve hatta bozmadan sonra karar düzeltme aşamasında bile alınıp ibraz edilmesi yeterlidir. Ayrıca borçlunun haczi kabil malının bulunmaması halinde durumu tespit eden haciz zaptı, geçici aciz belgesi niteliğinde kabul edilebilir.

Mahkemece kesin veya geçici aciz vesikasının sunulmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir.

Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.03.2005 gün, 2005/15-100-119 sayılı kararına göre, borçlu hakkında aciz vesikası alınmamakla birlikte, borçlu kayıp ve adresi saptanamıyorsa, saptanan ve bilinen adreslerinde de icraca, borçlunun haczi kabil malının bulunmadığı tespit edilmiş ise, bu takdirde aciz hali gerçekleşmiş sayılır. Somut olayda, borçlu C.T.'ye ödeme emrinin Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi gereğince tebliğ edildiği, bu adresinde haciz işleminin yapılamadığı, Ticaret Odası kayıtlarına göre belirlenen adresin aynı adres olduğu ve bu adresinde yeniden yapılan haciz işleminde borçlunun yerleşim yerinden ayrıldığının, borçlu ve borçluya ait taşınır mal bulunmadığının belirlendiği, dosya kapsamından hakkında birçok takip bulunduğu anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca davalı borçlunun aciz halinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu durumda, borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları üc grup altında ve İİK'nin 278,279 ve 280. maddelerinde düzenlendiği, ancak bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarrufların sınırlı olarak sayılmış olmadığı gibi Kanun'un iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimin takdirine bırakmıştır. (İİK.md.281) Bu yasal nedenle de davacı tarafından iptale tabi olduğu hususunun tayinini de davacı tarafından İİK'nin 278,279 ve 280. Maddelerden birine dayanılmış olsa dahi mahkemenin bununla bağlı olmayıp diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebileceği (YHGK 25.11.1987 Tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar sayılı ilamı) nazara alınarak davanın diğer koşullarının araştırılması yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi isabetli değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazları yerindedir, kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 31.10.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAMAMEN ISLAH
•
DAVA DİLEKÇESİNDE İSTENMEYEN ZARAR
•
SİGORTA ŞİRKETİNCE YAPILAN ÖDEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ
•
KAZANÇ KAYBININ İHTİYARİ MALİ MESULİYET POLİÇESİ KAPSAMINDA OLMADIĞI

ÖZET: Dava dilekçesinde istenmeyen zarar ıslahla istenemez. Mahkemece dava dilekçesinde istenmeyen zararın ıslah dilekçesi ile istenemeyeceği gözetilmeden yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Y.17. HD. E:2011/10578 K:2012/4498 T:11.04.2012

Davacı vekili müvekkiline ait aracın, İ. Genel Finansal Kiralama A.Ş.'nin maliki, A. Sigorta A.Ş.nin ihtiyari mali mesuliyet sigortalısı, M. Kurye Hizm. Nakliyat ve Tic. Ltd. Şti.'nin işleticisi ve O.K.'nin sevk ve idaresindeki aracın çarpması sonucu hasarlandığını belirtip, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000.00 TL'nin olay tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiş, 23.11.2009 havale tarihli dilekçesiyle istemini hasar miktarı ve kazanç kaybı karşılığı 10.000.00 TL'nin olay tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen alınması biçiminde ıslah etmiştir.

Davalı A. Anonim Türk Sigorta Şirketi vekili dava konusu zararın trafik sigortası limitleri dahilinde kaldığını, trafik sigortasınca 23.10.2007 tarihinde 8.000.00 TL hasar ödemesi yapıldığını bildirip, kusur ve hasara itiraz ederek davanın reddini savunmuştur.

Davalı M. Lojistik Hizmetleri A.Ş. vekili, aracın müvekkiline leasing yolu ile kiralandığını belirtip, kusura itiraz ederek davanın reddini istemiştir.

Davalı İ. Genel Finansal Kiralama A.Ş. vekili, dava konusu aracın finansal kiralama sözlemesi ile M. Lojistik Hizmetleri A.Ş.'ne 48 ay süreli olarak kiralandığını, kiracının işleten sıfatıyla sorumlu bulunduğunu bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Davalı O.K. cevap vermemiştir.

Mahkemece toplanan delillere ve tüm dosya kapsamına göre davanın davalı İ. Genel Finansal Kiralama A.Ş. yönünden reddine, diğer davalılar A. Anonim Türk Sigorta Şirketi, O.K. ve M. Kurye Hizmetleri Nak. Tic. Ltd. Şti. açısından kısmen kabulü ile 2.750.00 TL bedelin davalılar M. Kurye Hizmetleri Nak. Tic. Ltd. Şti. ile O.K. açısından 15.10.2007 tarihinden itibaren, davalı A. Anonim Türk Sigorta Şirketi açısından 02.04.2008 dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı A. Anonim Türk Sigorta Şirketi tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve kaza tespit tutanağından kazanın yaralamalı olduğunun anlaşılması nedeniyle olayda ceza zamanaşımının söz konusu olmadığına göre davalı A. Sigorta A.Ş. vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Dava dilekçesinde davacı vekili trafik kazası sonucu müvekkiline ait araçta meydana gelen zarar nedeniyle şimdilik 10.000.00 TL tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir. 23.11.2009 tarihli ıslah dilekçesinde ise davacı vekili istemini müvekkiline ait araçtaki hasar bedeli ile bu aracın kazancından mahrum kalmasından dolayı müvekkilinin uğradığı zararın karşılığı olarak 10.000 TL'nin davalılardan tahsil edilmesine biçiminde ıslah etmiştir. Davacı vekilince dava tamamen ıslah edilmemiştir. Davacı tarafın dava dilekçesinde kazanç kaybından söz edilmemektedir. Dava dilekçesinde istenmeyen zarar ıslahla istenemez. Mahkemece dava dilekçesinde istenmeyen zararın ıslah dilekçesi ile istenemeyeceği gözetilmeden yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3- Davalı A. Sigorta Şirketi Vekili 18.12.2009 tarihli dilekçesinde bilirkişi raporlarında trafik sigortacısı tarafından ödenen 8.000.00 TL dışında kalan 500.00 TL maddi tazminat tutarının müvekkili sigorta şirketi tarafından Türkiye İ. Bankası Ziverbey şubesi aracılığı ile davacı tarafa ödendiğini ve karşılığında poliçeden kaynaklanan bir alacak kalmadığına dair ibraname alındığını ve bu ödeme belgesiyle ibranamenin Türkiye İ. Bankası Ziverbey şubesinden celp edilmesini talep etmiştir. Mahkemece

bu ödemenin yapılıp yapılmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile yazılı olduğu biçimde maddi tazminata hükmedilmesi doğru değildir.

4- Davalı A. Sigorta Şirketi'nin davacı aracının hasarı nedeniyle çalışamamasından kaynaklanan kazanç kaybının ihtiyari mali mesuliyet sigorta teminatı kapsamında bulunmadığı mahkemece gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması isabetli olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı A. Sigorta A.Ş. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2), (3) ve (4) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı A. Sigorta A.Ş. temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı A. Sigorta A.Ş.'ye geri verilmesine 11.04.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GÖREVLİ MAHKEME • KİRA UYARLAMA DAVASI

ÖZET: Kira uyarlama davalarına değere göre Asliye Hukuk Mahkemeleri'nde bakılır.*

Y.17. HD. E:2013/4019 K:2013/6240 T:03.05.2013

Dava; kira bedelinin tespiti istemine ilişkindir.

Sulh Hukuk Mahkemesi, talebin kira bedelinin tespiti olmadığı, sözleşmenin günün değişen koşullarına uyarlanması olduğu, görevli mahkemenin yıllık kira bedeline göre belirlenmesi gerektiği, böylece dava değerinin mahkemenin görevini aştığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi'de, davanın 6570 sy.nın 11. maddesine göre kira bedelinin yenilenen kira dönemine ilişkin tespiti istendiği, 6570 ve 6100 Sayılı Yasa'lar uyarınca görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur.

Somut olayda; taraflar arasında devam eden ve geçerli olan kira sözleşmesinin bulunduğu, davacı tarafından kira bedelinin günün değişen koşullarına göre artırılmasının talep edildiği, bu haliyle davanın kira sözleşmesinin günün değişen koşullarına göre artırılmasının talep edildiği,

* Gönderen: A. Selim Sarıkaya, Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi

bu haliyle davanın kira sözleşmesinin günün değişen koşullarına uyarlanması olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda uyuşmazlığın dava değerine göre Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; HUMK'un 25. Ve 26.maddeleri (6100 sayılı HMK'nın 21. ve 22. maddeleri) gereğince Erciş Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE,** 03.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI •

İHTİYATİ HACİZ TALEBİNİN KABULÜ GEREKTİĞİ

ÖZET: İİK'nin 281/2 maddesi uyarınca iptale tabi tasarruflar hakkında ihtiyati haciz kararı verilebileceği ön görülmüştür.

Y.17. HD. E:2013/9935 K:2013/10629 T:04.07.2013

Davacılar vekili müvekkillerinin davalı M. O.Ş.'den olan alacağı nedeniyle hakkında yaptıkları icra takipleri sırasında borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığını ancak alacaklılarından mal kaçırma amacıyla 12.10.2011 tarihinde yaklaşık 125.000 Euro değerinde P. marka C. Diesel tipi 2011 model 34 ... 96 plakalı aracı davalı kızı Aslı Şahin adına satın aldığını, ancak adı geçen davalılar Z.Ş. ve A.Ş'nin böyle bir aracı alacak ekonomik durumlarının bulunmadığını ileri sürerek, davaya konu araçlara ilişkin işlemlerin İİK'nin 278 ve 280.maddeleri uyarınca iptaline karar verilmesini istemiş ve ayrıca dava konusu araçların ihtiyaten haczine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece dava dilekçesindeki açıklamalara, mevcut aşamada sunulan delillere ve işin yargılamaya muhtaç bulunmasına göre davacı yanın ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiş; karar, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK'nin 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Mahkemece istenilen ihtiyati tedbirin verilmesinin yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle davacının isteminin reddine karar ve-

rilmiş ise de verilen karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. İİK'nin 281/2 maddesi uyarınca iptale tabi tasarruflar hakkında ihtiyati haciz kararı verilebileceği ön görülmüştür. Somut olayda, davanın konusunu oluşturan 2 adet aracın aslında borçlu davalı tarafından satın alındığı ve diğer davalılar adına tescil edildiği ileri sürülmüş ve bu hususta gerekli bir takım belgeler ibraz edilmiştir. Bu durumda ihtiyati haciz isteminin kabulü için davanın tüm şartlarının oluşmasını beklemek, davacının bu davadan elde edeceği sonucu da engelleyebileceğinden ihtiyati haciz isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi doğru değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkemenin 07.12.2012 tarihli kararının **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara geri verilmesine 04.07.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KASKO BEDELİ • TRAFİK KAZASI

ÖZET: Araç kazada hasar görmüşse sigorta şirketi bedeli ödemelidir.

Y.17. HD. E:2013/9458 K:2013/12733 T:24.09.2013

Davacı vekili, müvekkiline ait aracın davalı şirkete kasko sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, meydana gelen trafik kazasında aracın ağır hasar gördüğünü, araç bedelinin sigorta şirketi tarafından ödenmediğini belirterek 22.000 TL tazminatın davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, meydana gelen trafik kazasından sonra sürücü değişikliği yapıldığını, sürücünün davacı olmadığını hasarın kasko sigortası teminatı kapsamında bulunmadığını, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan delillere, kazadan sonra sürücü değişikliği yapıldığı ve hasarın kasko sigortası teminatı kapsamı dışında kaldığının davalı sigorta şirketi tarafından ispat edilmesi gerektiği, davalı sigorta şirketi tarafından bu hususları ispat edilemediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne 20.000 TL araç bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı H. Sigorta A.Ş. vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı

1.024.65 TL kalan onama harcının temyiz eden davalı H. Sigorta A.Ş.'den alınmasına 24.09.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK SİGORTACISI TARAFINDAN ÖDENEN TAZMİNATIN RÜCUEN TAHSİLİ DAVASINDA GÖREVLİ MAHKEME ASLİYE TİCARET MAHKEMESİDİR.

ÖZET: Bir hukuki işlemin veya fiilin Türk Ticaret Kanun'u kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlemin veya fiilin olması gerekir.

Y.17. HD. E:2013/16531 K:2013/15062 T:05.11.2013

Davacı vekili, davalıya ait aracın müvekkili şirkete zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, aracın karıştığı kaza sonucu zarar gören aracın da davacıya kasko sigortalı olduğunu, kasko sigorta poliçesinden zarar gören araç için ödenen miktarın zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesinden alacak kaydedildiğini, davalıya ait araç sürücüsünün alkollü olarak kazaya neden olması nedeniyle rücu hakkının doğduğunu belirterek 21.261 TL tazminatın ödeme tarihinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece 6102 sayılı TTK'nın 4. ve 5.maddelerinde ticari davaların sayıldığını, buna göre sözkonusu uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olmadığı gerekçesiyle görevsizlik nedeniyle davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik sigortacısı tarafından zarar görenlere ödenen tazminatın rücuen tahsili istemine ilişkin itirazın iptali davasıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde, bu kanundan doğan hukuk

"davalarının" ticari dava sayıldığı, aynı kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında, bir yerde ticaret mahkemesi varsa asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4. maddesi hükmünce ticari sayılan "davalara" ticaret mahkemesinde bakılacağı hususları düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesinde, "Bu Kanun'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir." düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1483 ve devamı maddelerinde "zorunlu sorumluluk sigortalar" düzenlenmiştir.

Bir hukuki işlemin veya fiilin Türk Ticaret Kanun'u kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bir hukuki işlemin veya fiilin olması gerekir.

Dava konusu olayda, talebin trafik kazası nedeniyle zarar görenlere davacı trafik sigortacısı tarafından ödenen tazminatın rücuen tahsili istemine ilişkin olduğu, davanın, Türk Ticaret Kanunu'nun 1483 vd. Maddelerinde sayılan hususlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın Asliye Ticaret Mahkemesi görevine girdiği dikkate alınarak davanın esasına girilerek tarafların delillerinin toplanması iddia ve savunmalarının değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 05.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

ÖZET: Trafik kazasını doğrudan yaşayan davacı B.K.m. 47 gereği manevi tazminat isteyebilir. Çalınan araç zararından kusuru kanıtlanırsa malik de sorumlu olur.*

Y.17. HD. E:2012/14750 K:2013/15970 T:18.11.2013

Davacı vekili, davalılardan A.'ye ait aracın kimliği belirsiz kişi tarafından çalınarak meydana gelen trafik kazasında müvekkilinin yaralanmasına neden olunduğunu belirterek 25.000.00 TL manevi ve 500.00 TL maddi tazminatın davalılardan müşterek müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalılar vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davanın kısmen kabulü ile davalılardan G. yönünden HMK.150/6 gereğince açılmamış sayılmasına, Davalılardan A.ve N.yönünden aracın çalınmasında bir kusurları bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine, davalı Garanti Hesabı yönünden 427,76 TL maddi tazminatın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, buluşmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı sigortalı vekili aracın sürücünün izni dışında alındığını bu nedenle, zararın teminat kapsamı dışında kaldığını, bir sorumluluğunun bulunmadığını belirtmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletenin sorumlu olmadığı zararlar teminat dışıdır. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu 107. maddesi uyarınca çalınan aracın verdiği zarar nedeni ile araç işleteni çalınmasında kusurlu olmadığını ispat ederse zarardan sorumlu tutulamaz. O halde sigortalı araç işleteninin aracın çalınmasında kusuru olmadığını kanıtlaması gerekir.

* Gönderen: Av. Ali Yaşar Özkan

Somut uyuşmazlıkta sigortalı aracın sürücüsü, diğer davalı A. ait benzin istasyonunda aracı pompa görevlisine bıraktığı sırada araç çalınmıştır. Daha sonra çalıntı araç davacıya çarparak yaralanmasına sebep olmuştur. Davalılardan A. hakkında yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiş Kartal 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/16 Esas sayılı dosyası ile olayda bir kusurunun bulunmadığına karar verilmiştir. Bu durumda araç malikinin aracın çalınmaması için her türlü önlemi aldığından sözedilemeyeceğinden kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece hatalı değerlendirme ile davalı araç maliki N.yönünden sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Kabule göre; Trafik kazasından kaynaklanan manevi tazminat istemlerinde Borçlar Yasası'nın 47. maddesine göre karar verilir. Buna göre kazayı doğrudan yaşayan davacının, yasa koyucunun öngördüğü manevi acıyı çekmiş olduğu benimsenerek, olaya uygun ölçüde manevi tazminat takdir edilmesi gereklidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte gösterilen gerekçelerle 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.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

ŞİRKETİ TEMSİL • VEKİLİN YETKİSİ

ÖZET: Çek keşide etme yetkisi verilmiş olan vekilin imzaladığı, çek müvekkil şirketi bağlar.*

Y.19. HD. E:2013/11339 K:2013/17170 T:04.11.2013

Dava, akaryakıt alacak senedine istinaden akaryakıt bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Davalı vekili; davacının ibraz ettiği belgede isim ve imzası bulunan Ö. nün müvekkili şirketi temsile yetkili olmadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılamada toplanan delillere göre, davalı şirket tarafından Ö.'ye verilen vekaletnamenin sadece ihalelere ve banka işlemlerine ilişkin olduğu, şirket adına akaryakıt senedi verme hususunda yetki ihtiva etmediği bu nedenle Ö. yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği kanaatine varıldığı, davacı vekili her ne kadar Ö.'nün tarafından daha önce davacıya çekler verildiğini ve dosyaya sunulan akaryakıt makbuzlarına dayanarak taraflar arasındaki ticari ilişkinin teamül haline geldiğini iddia etmiş ise de, vekaletname gereğince çek keşide etme yetkisinin olduğu, ancak daha önce de akaryakıt senet koçanının davacıya verilmesi suretiyle taraflar arasında bu şekilde ticari ilişkinin teamül haline geldiğinin ya da davalı şirketin işleme icazet verdiğinin ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı şirket cevap dilekçesinde Ö. şirketle herhangi bir ilişkisi bulunmadığını savunmasına rağmen, dosyaya sunulan 12.04.2010 tarihli vekaletnamede davalı şirket tarafındna Ö. "…evrak ve çek imzaya, makbuz ve ibralar vermeye…" ilişkin yetki verildiği bu yetkiye istinaden 30.08.2011 tarihinde Y.'ye emrine davalı şirket adına çek keşide ettiği ve bu çek bedelinin ödendiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, dava konusu olan .... numaralı akaryakıt senedinin davalı şirketi bağlayacağı kabul edilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 04.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

YABANCI BAYRAKLI GEMİ • KILAVUZLUK HİZMETİ • İŞ KAZASI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Türkiye'de bulunan işverenin işçisi olan kılavuz kaptanın yabancı bayraklı gemiye kılavuzluk hizmeti verdiği esnada geçirdiği iş kazasından dolayı açılan davayla İş Mahkemelerinde bakılacaktır.

Y.21. HD. E:2010/50 K:2011/1600 T:24.02.2011

Dava 10.04.2009 tarihinde meydana gelen deniz iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin açmış olduğu maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Husumet, sigortalının işvereni olan T. Denizcilik İşletmeleri A.Ş. ile diğer davalı şirkete yöneltilmiştir.

Davanın yasal dayanağı 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesine göre; denizlerde göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan yüz veya daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında bu kanun uygulanır. Diğer bir deyişle Deniz İş Kanunu kapsamında olmanın ön koşulu hizmet akti ile çalışılan geminin Türk Bayrağı taşımasıdır. Anılan yasanın 46. maddesine göre "Bu kanun (Deniz İş Kanunu) kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekili arasında bu kanundan veya hizmet akdinden doğan davalar hakkında, 5521 Sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Maddede belirtildiği üzere, iş mahkemesinin görevli olması için şu iki unsurun birlikte gerçekleşmesi koşuldur.

a) Uyuşmazlığın tarafları Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren gemi adamları ile işveren (ya da işveren vekili) olmalıdır.

b) Uyuşmazlık hizmet sözleşmesinden veya Deniz İş Kanunu'ndan kaynaklanmalıdır.

Somut olayda davacıların miras bırakanı F. Türkiye Denizcilik İşlet-

meleri A.Ş.'de kılavuz kaptan olarak görev yapmakta iken olay günü Marmara'dan Karadeniz yolunda boğaz geçişi yapan Bahama Bandıralı 9417 grostonluk SG adlı gemiye kılavuzluk görevini tamamladıktan sonra bu gemiden inerken çarmıhtan denize düşerek hayatını kaybetmiştir. Dolayısıyla iş kazası işin yürütümü sırasında gerçekleşmiştir. Nitekim olay SGK tarafından da iş kazası sayılarak davacılar O.K. ve E.A. gelir bağlamıştır. Hal böyle olunca davacıların murisi ile davalı TDİ arasında hizmet ilişkisinin ve Deniz İş Kanunu kapsamında çalışmasının bulunması nedeniyle 854 Sayılı Yasa'nın 46. maddesi ve 5521 Sayılı Yasa uyarınca davaya bakma görevi İş Mahkemesi'ne aittir. Davacıların murisi ile diğer davalı S.G. donatanı T. Limited Şirketi arasında hizmet sözleşmesini bulunmaması ya da bu geminin Türk Bayrağını taşımaması mahkemenin görevine etkili değildir.

İş Mahkemesi'nin davaya bakma görevinin bulunduğu anlaşılmakla mahkemece davanın esasına girilerek taraf delilleri toplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken herhangi bir gerekçede gösterilmeden görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacılara iadesine, 24.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ GÖRMEZLİK • TAZMİNAT

ÖZET: %34,2 sürekli iş göremezliğe takdir edilen manevi tazminat çok fazladır

Y.21. HD. E:2011/13750 K:2012/19670 T:12.11.2012

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, iş kazası nedeniyle sigortalının maddi ve manevi zararların giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, maddi tazminat isteminin Kurumca bağlanan gelirlerle karşılandığından reddine, manevi tazminat isteminin kabulü ile 50.000.00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 28.11.2007 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; iş kazası sonucu davacının sürekli iş göremezlik oranının %34,20 olduğu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından olayın iş kazası olduğunun tespit edildiği, olayın meydana gelmesinde, davacı işçinin %10, davalı asıl işveren B. A.Ş.'nin %60, davalı alt işveren M. Güvenlik ve Temizlik San. Ve Tic. Ltd. Şti.'nin %30 oranında kusurlu bulundukları anlaşılmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin, özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin, bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarih gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK. 23.06.2004, 13/291-370)

Bu ilkeler gözetildiğinde, davacı yararına hükmedilen 50.000.00 TL manevi tazminatın çok fazla olduğu ortadadır.

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 12.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI NEDENİYLE MADDİ • MANEVİ TAZMİNAT • SÜREKLİ İŞGÖREMEZLİK DERECESİNİN BELİRLENME PROSEDÜRÜ

ÖZET: Yapılacak iş, 01.09.2004 tarihinde meydana gelen kaza sonucunda sigortalının tedavisine ilişkin tüm tıbbi belgelerin, grafilerin, hasta tabela kağıtlarının, sağlık belgelerinin sigortalı mirasçılarından ve mirasçılara hangi hastanelerde tedavi olduğunun sorularak ilgili hastanelerden de temin edilerek sürekli iş göremezlik derecesinin bu evraklara göre belirlenmesi için SS Yüksek Sağlık Kurulu'na göndermek, buraca tespit olunan maluliyet oranına somut ve açık bir itiraz olması durumunda ise önce ATK ilgili ihtisas dairesinden ve giderek ATK Genel Kurulundan aldırılacak raporlar ile sigortalıdan oluşan meslekte kazanma güç kayıp oranının kesin olarak belirlenmesinden sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Y.21. HD. E:2012/13178 K:2013/5634 T:25.03.2013

Dava, 14.10.2003 ve 01.09.2004 tarihlerinde iş kazasına uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacı sigortalının yargılama sırasında 20.09.2006 tarihinde vefat etmesi nedeniyle 2.kaza sonucu oluşan sürekli iş göremezlik derecesinin tespit edilemediği, yasal mirasçılarının davaya devam ettikleri, 01.09.2004 tarihindeki zararlandırıcı olay nedeniyle oluşan iş göremezlik derecesinin arazlarının ve ayrıntılı muayene bulgularını içeren sağlık kurulu raporunun dosyada bulunamadığından tespit edilemediğinin Kurumca bildirildiği, hükme esas alınan 10.02.2012 tarihli maddi tazminat bilirkişi raporunda 2. Kaza sonucu oluşan iş göremezlik derecesinin tespit edilememesi nedeniyle %0 esas alınarak hesaplama yapıldığı, anlaşılmıştır.

Davanın niteliğine göre, sigortalıda oluşan sürekli iş göremezlik oranının, sigortalıya bağlanan gelirin peşin sermaye değeri ile tazminatın miktarını doğrudan etkilediği açıktır. Hal böyle olunca, sigortalıya bağlanacak gelir ve hükmedilecek tazminatın miktarını doğrudan etkilemesi nedeniyle, işçide oluşan meslekte kazanma güç kayıp oranının hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeksizin saptanması gerektiği açıktır.

Yapılacak iş, 01.09.2004 tarihinde meydana gelen kaza sonucunda sigortalının tedavisine ilişkin tüm tıbbi belgelerin, grafilerin, hasta tabela kağıtlarının, sağlık belgelerinin sigortalı mirasçılarından ve mirasçılara hangi hastanelerde tedavi olduğunun sorularak ilgili hastanelerden de temin edilerek sürekli iş göremezlik derecesinin bu evraklara göre belirlenmesi için SS Yüksek Sağlık Kurulu'na göndermek, buraca tespit olunan maluliyet oranına somut ve açık bir itiraz olması durumunda ise önce ATK ilgili ihtisas dairesinden ve giderek ATK Genel Kurulundan aldırılacak raporlar ile sigortalıdan oluşan meslekte kazanma güç kayıp oranının kesin olarak belirlenmesinden sonra 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 tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 25.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • MADDİ ZARAR • PEŞİN DEĞER İNDİRİMİ • KAÇINILMAZLIK

ÖZET: İş kazası sonucunda işçinin kusuru veya kaçınılmazlık gibi nedenlerle SGK'nın işverene rücu edemeyeceği tazminatın peşin değeri hesaplanan tazminattan indirilemez. Kesinleşen kısmi davada tüm peşin sermaye düşülerek maddi zarar hesaplanmış olup, bu nedenle bakiye alacağın talep edildiği ek davada tekrar peşin değer indirimi yapılamaz.*

Y.21. HD. E:2012/8929 K:2013/1047 T:24.01.2013

Dava, iş kazası sonucu %20 oranındaki sürekli işgöremezlik nedeniyle, kısmi davada maddi tazminatın kesinleştiğinden bahisle ek dava ile bakiye maddi tazminat ile daha önce talep konusu edilmeyen manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, kısmi davada belirlenen gerçek zarardan Kurumca bağlanan gelirlerin Ocak 2012 ödeme dönemine kadar geçerli peşin değeri düşülerek, maddi zararının sigorta tahsisleri peşin sermaye değeri ile karşılandığından bahisle maddi tazminat isteminin reddine, manevi tazminat isteminin ise kabulüne karar verilmiş ve bu karar davacı ve davalı taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Manevi tazminatın kabulü isabetlidir. Maddi tazminatta ise Dairemizin önceki uygulamaları doğrultusunda sigorta tahsisleri tüm peşin sermaye değeri indirilmek suretiyle istemin reddine karar verilmiş ise de varılan bu sonuç hatalı olmuştur.

Davanın bu yönüyle yasal dayanağını, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu oluşturmaktadır. Kanun'un 55. maddesinde, "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez," hükmüne yer verilmiştir.

* Gönderen: Av. Kamil Günal Altan

Adalet Komisyonu'nun 55. madde gerekçesine göre; "sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bu kural gereği, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam kaçınılmazlık hallerindeki ödemeler, bu tazminatlardan indirilemez. Bağlanan gelirlerin, işçinin kusuru ve kaçınılmazlık gibi nedenlerle rücu edilemeyen kısmı da indirilemez. Bu kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyeceği gibi, zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza halindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilmediğinden bu miktarı dahi denkleştirilemez.

Öte yandan, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır." Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici işgöremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 Sayılı Kanun'un 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır. Hal böyle olunca da 01.07.2012 tarihinden sonra yargılaması süren tüm davalarda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, inceleme ve araştırma yapılması, ancak kesinleşen olguların ve usuli kazanılmış hakların göz önünde tutulması gerekir. Somut olayda kesinleşen kısmi davada tüm peşin sermaye değeri düşülmek suretiyle davacının karşılanmayan maddi zararının belirlenmiş bulunmasına ve artık ek davada ilk peşin sermaye değerinin indirilmesinin sonuca bir etkisinin olması söz konusu bulunmamasına göre, ek dava ile istenen bakiye 8.242.21 TL maddi tazminata ilişkin istemin kabulüne karar verilmek gerekirken, Kısmi davada hesaplanan gerçek zarardan, Kurumca bağlanan gelirlerin Ocak 2012 ödeme dönemine kadar geçerli tüm peşin değeri düşülerek ek davadaki maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının, bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davalıya yükletilmesine, 24.01.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ

ÖZET: Gerekirse zabıta marifetiyle komşu işyerlerinde çalışanların tanıklığına da başvurup esaslı inceleme yapılmalıdır.*

Y.21. HD. E:2012/17369 K:2013/21590 T:21.11.2013

Dava, davacının 15.05.2004-31.05.2008 ile 19.09.2008-12.03.2009 tarihleri arasında tarihleri arasında geçen ve Kuruma eksik bildirilen sigortalı çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 01.07.2004-30.09.2005 tarihleri arasında hükümde yazılı şekilde karar verilmiş ise de bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile gidilmiştir.

Uyuşmazlık, somut olayda fiili çalışma olgusunun ispatı konusunda, mahkemece yapılan inceleme ve araştırmanın hükme yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 Sayılı Yasa'nın 86/9. maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi 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 kazanabilirse de çalışmanın konusu niteliği başlangıç ve bitiş tarihleri hususlarında tanık

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz Tunceli Barosu

sözleri değerlendirilmeli, dinlenen tanıkların davacı ile aynı dönemlerde işverenlerin aynı nitelikte işi yapan ve bordrolarına resmi kayıtlarına geçmiş çalışanlardan seçilmesine özel 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.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davalı A. tarafından 31.05.2008 ve 20.07.2009 tarihli iki adet işe giriş bildirgesinin kuruma verildiği, davalı ekmek fırını işyerinde 31.05.2008 – 19.09.2008 ile 12.03.2009-30.04.2009 tarihleri arası ve 20.07.2009 tarihinde 1 gün olmak üzere sigortalı çalışmaların bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş; işverenin Kurum nezdindeki ihtilaf konusu döneme ait dönem bordroları celp edilerek, tespiti istenen dönemde çalışması bulunan bordro tanıklarının adresini Sosyal Güvenlik Kurumu ve zabıta marifetiyle araştırıp, tespit ederek bu tanıkları dinlemek, bordrolarda adı geçen kişilerin adreslerinin tespit edilememesi veya bunların tanıklığıyla yetinilmediği takdirde, SGK ilgili il müdürlüğünden, gerekirse zabıta, vergi dairesi ve meslek odası aracılığı ve muhtarlık marifetiyle işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinde uyuşmazlık konusu dönemde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu olan diğer işyerlerinde uyuşmazlık konusu dönemde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu iş yeri çalışanlarının; yoksa işyeri sahipleri araştırılıp tespit edilerek çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yöntemince beyanlarını almak, tanık beyanları arasındaki çelişkiyi gidermek ve davacının işe giriş ve çıkış sürelerini net belirlemek ve gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506 Sayılı Yasa'nın 2,6, 9 ve 79/10 maddeleri gereğince kanıtladıktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacı ve davalılardan A.'ya iadesine, 21.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ADLİ YARDIM TALEBİ • İZLENECEK YOL

ÖZET: Adli yardım talebinin reddedilmesi üzerine, HMK'nın 11.04.2013 tarih ve 6450 Sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile değişen 337/2. maddesinde belirlenen kanun yolu işletilerek kesin sonuca gidilmelidir.*

Y.21. HD. E:2013/16540 K:2013/22362 T:02.12.2013

Dava, 26.10.2011 tarihindeki iş kazası nedeniyle yaralanan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, ispatlanamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmişse de varılan bu netice aşağıda açıklanacak nedenlerle hatalıdır.

6100 sayılı HMK'nın 11.04.2013 tarih ve 6450 sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile değişik 337/2. maddesinde "Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde, Numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir." hükmü düzenlenmiştir.

Dosya kapsamından, 29.12.2011 tarihli davanın davacı yanca Adli Müzahare talepli olarak açıldığı, dava dilekçesine derkenar olarak dilekçeyi havale eden hakimce adli müzaheret talebinin kabulü notunun düşülüp bu kararın neticesi olarak da dava harçlarının alınmadığı 10.12.2012 tarihli oturumda davacı vekiline bilirkişi ücreti ödemesi için iki hafta kesin süre verildiği 25.04.2013 tarihli karar oturumunda ise davacı vekilinin adli yardım talebini tekrar ettiği, Mahkeme tarafından aynı oturumda alınan ara karar ile bu talebin reddine karar verilip devamla davanın da esası bakımından da red kararı verildiği anlaşılmıştır.

Somut olayda, 25.04.2013 tarihli karar oturumunda davacının adli

* Gönderen: Av. Erol Boylan – Av. Dilek Çağal

yardım talebinin reddine karar verilmekle birlikte 6100 sayılı HMK'nın 11.04.2013 tarih ve 6450 sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile değişik 337/2 maddesinde belirtilen kanun yolu tüketilmeden yazılı gerekçe ile red karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş 6100 sayılı HMK'nın 11.04.2013 tarih ve 6450 Sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile değişik 337/2 maddesindeki prosedürü işletmek ve neticesine göre tüm delilleri bir arada değerlendirip karar vermekten ibarettir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 02.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

İŞÇİNİN İŞÇİYE HAKARETİ • HAKLI FESİH

ÖZET: Aynı işyerinde çalışan işçiye gıyabında hakaret eden işçinin iş akdinin haklı sebeple feshedildiği kabul edilmelidir.*

Y.22. HD. E:2012/7731 K:2012/19000 T:20.09.2012

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre ve özellikle dosyadaki tanık anlatımları doğrultusunda davacının başka bir işçiye gıyabında hakaret ettiği ve bu davranışının iş sözleşmesinin feshi için haklı sebep oluşturduğu anlaşılmakla sonucu itibariyle doğru olan kararın bu gerekçe ile **ONANMASINA,** 20.09.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MAZERET BİLDİRİMİ • DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI

ÖZET: Davacı vekili mazeretini bildirmiş tebliğ masrafını da ödemiştir. Bu durumda duruşma gününün tebliği ile yargılamaya devam edilmesi gerekirken ikinci kez takip edilmediğinden bahisle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru olmamıştır.

Y.22. HD. E: 2012/25118 K:2012/22818 T:15.10.2012

Mahkemece, davacı tarafın duruşmadan haberdar olduğu halde duruşmaya gelmemesi ve davalı tarafın da davayı takip etmemesi sebebiyle, ilk kez 06.02.2012 tarihinde HMK'nın 150/1 maddesi gereğince dava yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verildiği, 10.05.2012 tarihinde de ilk yenilemeden itibaren birden fazla takipsiz bırakıldığı gerekçesi ile davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

---

* Gönderen: Av. Şevket Güney Bigat

Davacı vekili, duruşma gününün usulüne uygun tebliğ edilmeden yokluğunda yargılama yapılarak dosyanın işlemden kaldırılmasına bunun sonucunda davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği gerekçesi ile kararı temyiz etmiştir.

Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır.

Davanın tarafları ile vekillerinin davaya ilişkin işlemleri öğrenebilmesi için, tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin kendilerine bildirilmesi gerekmektedir. Duruşma günü ile tebligatın yapıldığı tarih arasında makul bir süre olmalıdır. Aksi takdirde tarafların hakları kısıtlanmış olur.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı vekilinin 10.05.2012 tarihinde duruşma saatinden önce mahkeme veznesine tebligat masrafını yatırmak sureti ile UYAP ortamından mesleki mazeretini bildirdiği; ancak aynı günlü duruşmada, Mahkemece mesleki mazeretine ilişkin kabul ya da reddi yönünde bir karar verilmediği halde mazeretini bildirmediği belirtilerek birden fazla takipsiz bırakıldığı gerekçesi ile davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği ve bu bağlamda Mahkemenin davanın takip edilmediği gerekçesinin yasal dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Davanın taraflarının, usul hukuku hükümlerine aykırı olarak açıklama ve ispat hakkını kullanmalarının kısıtlanması, iddia ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

Bu nedenle, davacı vekilinin kamu düzenine ilişkin olan Anayasa'nın 36. maddesinde de açıklanan iddia hakkı ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde belirtilen hukuki dinlenilme hakkını kullanabilmesi bakımından duruşma gününün tebliği ile yargılamaya devam edilmesi gerekirken ikinci kez takip edilmediğinden bahisle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 15.10.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ALT İŞVERENLİK • MUVAZAA
•
HUSUMET • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Asıl işveren – alt işveren gibi görünen ilişkide muvazaa olduğunun anlaşılması halinde, alt işveren gibi görünen şirket hakkındaki dava husumet yönünden reddedilmeli, ancak dava açılmasına sebebiyet verdiğinden lehine vekalet ücretine hükmedilmemelidir.

Y.22. HD. E:2012/27962 K:2012/28553 T:18.12.2012

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir.

Davalı M. İnsan Kaynakları Ltd. Şti. vekili, M. İnsan Kaynakları Ltd. Şti.'nin SA İlaçları Ltd. Şti.'ne sağladığı insulin kalem eğitimi hizmet sözleşmesi kapsamında insulin kalem eğitmeni pozisyonunda çalıştığını, mesai saatlerine özen göstermemesi ve uyarılara rağmen düzelmemesi nedeniyle davacının iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı SA İlaçları Ltd. Şti. vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece bozma kararı sonrası davalılar arasındaki hizmet alım ilişkinin muvazaaya dayalı olduğu, davacının iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedildiğinin ispat edilemediği gerekçesi ile davanın kabulüne SA İlaçları Ltd.Şti. işe iadesine, işe iadenin mali sonuçlarından davalıların birlikte sorumluluğuna karar verilmiştir.

Karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamında bulunan davalılar arasında imzalanan alt işverenlik sözleşmesi ve davacı tarafından icra edilen işin niteliği nazara alındığında mahkemece davalılar arasında alt-üst işverenlik ilişkisi bulunmadığına, SA İlaçları Ltd. Şti.'nin asıl işveren konumunda bulunduğuna ve asıl işveren tarafından feshin geçerli olduğunun ispatlandığına dair yapılan

tespit yerinde ise de, bu haliyle alt işveren olmadığı anlaşılan M. İnsan Kaynakları Ltd. Şti. yöneltilen davanın husumetten reddine karar verilmemesi hatalı olduğu anlaşılmakla ayrıca davalılar muvazaalı işlemle iş bu davanın açılmasına sebebiyet verdiğinden davalı M. İnsan Kaynakları Ltd. Şti. lehine vekalet ücretine hükmedilmeksizin 4857 Sayılı Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1) Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2) Davalı M. İnsan Kaynakları Ltd. Şti. hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine,

3) Davalı SA İlaçları Ltd. Şti.hakkında açılan davanın kabulü ile;

a) İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

b) Davacının kanuni sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak dört aylık ücreti olarak belirlenmesine,

c) Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

d) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

e) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 1.200.00 TL vekalet ücretinin davalı SA İlaçları Ltd. Şti.'den alınıp davacıya verilmesine,

f) Davacı tarafından yapılan 181.20 TL.yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalı SA İlaçları Ltd. Şti.'nin yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

4) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine kesin olarak, oybirliğiyle 18.12.2012 tarihinde karar verildi.

FAZLA MESAİ • GENEL TATİL • BORDROLARDAKİ ÖDEMELER

ÖZET: Fazla mesai ve genel tatil ücretleri çıplak ücrete göre hesaplanacaktır. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı delil ile ispatlaması gerekir. Ücret ödemeleri bankaya yapılıyorsa imzasız bordrolarda imzalı bordro hükmündedir. Bordrolara göre fazla çalışma ücreti ödenmiş dönemler fazla çalışma ücreti hesabında dışlanmalıdır.*

Y.22. HD. E:2012/14193 K:2013/3286 T:19.02.2013

Davacı, asıl işveren olan davalı İ. Otobüsleri A.Ş. ait Topçular İskelesinde, diğer davalı alt işveren C. Temizlik Bil. İşl. Oto Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. işçisi olarak çalıştığını, ilk olarak İ. Otobüsleri A.Ş.ne ait iskele ve gemilerin kafeterya ve temizlik işletmeciliğini yapan B... A.Ş.'de işe başladığını iş yerinde 24 saat mesai – 24 saat dinlenme düzeni ile çalıştırıldığını, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını, ulusal bayram genel tatil günlerinde çalışmaya devam ettiğini ileri sürerek bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı C. Temizlik Bil. İşl. Oto Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. vekili iş yerinde 24 saat mesai – 24 saat dinlenme esasına göre çalışmakta olduğunu, her ay ortalama 15 gün çalışıldığını ve ara dinlenmelerin toplamının bir gün içinde yaklaşık 6 saati bulduğunu, denkleştirme esasına göre davacının fazla çalışmasının bulunmadığını, ulusal bayram genel tatil günlerinde işçilerin çalışması halinde ücretlerinin tahakkuk ettirilerek ödendiğini, tüm işçilerin yıllık izinlerini kullandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı İ. Otobüsleri A.Ş. vekili; davacı ile müvekkili şirket arasında hizmet sözleşmesinin bulunmadığını, müvekkili şirket ile yüklenici C. Temizlik Bil. İşl. Oto Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. arasındaki ilişkinin hizmet alımı işi olduğunu ve müvekkilinin ihale makamı olması nedeni ile davanın husumet yönünden reddi gerektiğini savunmuştur.

* Gönderen: Av. Şevket Güney Bigat

Davalı B... A.Ş. vekili; müvekkili ile C. Temizlik Bil. İşl. Oto Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. arasındaki ihalenin gemiler ve iskeleler deki büfe garsoniye hizmetleri ile ilgili olduğunu, iskelelerin temizlik işlerine ilişkin hizmet alım sözleşmesinin İ. Otobüsleri A.Ş. ile C. Temizlik Bil. İşl. Oto. Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. arasında imzalandığını ve temizlik işçisi olan davacının da bu ihale kapsamında çalıştığını ileri sürerek davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davalı İ. Otobüsleri A.Ş. ile davalı C. Temizlik Bil. İşl. Oto. Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. arasında asıl – alt işverenlik ilişkisi bulunması nedeni ile işçilik alacaklarından müteselsilen sorumlu oldukları, davacının çalıştırıldığı temizlik işlerine ilişkin hizmet alım sözleşmelerinin İ. Otobüsleri A.Ş. ile yüklenici firmalar arasında imzalandığını bu nedenle davalı B... A.Ş.ne davada husumet yöneltilemeyeceği, davacının hak kazandığı fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacaklarının ödendiğine ilişkin diğer davalılar tarafından delil ibraz edilmediği gerekçesi ile davalı B... A.Ş. yönünden husumet yokluğu nedeni ile davanın reddine, diğer davalılar yönünden ise davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalılar B... A.Ş. , İ. Otobüsleri A.Ş. ve C. Temizlik Bil. İş. Oto. Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. vekilleri temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı İ. Otobüsleri A.Ş. ve C. Temizlik Bil. İşl. Oto. Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş.'nin temyiz itirazları yönünden;

a) Fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacaklarının hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacaklarının giydirilmiş brüt ücrete göre hesaplanması doğru olmayıp, çıplak brüt ücret tutarı esas alınarak hesaplanması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacaklarının hesaplamasına esas alınan ücreti, davalı işveren tarafından ibraz edilen 2010 Nisan ayı bordrosunda gösterilen giydirilmiş brüt tutarına göre belirlenmiştir. İlgili bordronun incelenmesinde, hesaplamaya

esas alınan ücret miktarı içerisine davacıya ödenen yol ve yemek yardımının dahil olduğu görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil günleri ücret alacaklarının çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanması gerekir. Hatalı bilirkişi raporu doğrultusunda karar verilmesi isabetsizdir.

b) Taraflar arasındaki diğer uyuşmazlık noktası ise, davacının hak kazandığı fazla çalışma ücretlerinin ödenip ödenmediği hususundadır.

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.

Bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda, davalı altı işveren C. Temizlik Bil. İşl. Oto Sağ. Hiz. İnş. San. A.Ş. tarafından dosya içerisine ibraz edilen ücret bordrolarının incelenmesine, bu bordroların imzasız olduğu ancak ayda 20 saat fazla çalışma ücret tahakkuku bulunduğu görülmektedir. Davalı tarafça, ücret bordrolarında tahakkuk ettirilen miktarların davacı işçinin banka hesabına yatırılarak ödendiği ileri sürülmüştür. Mahkemece davacı işçiyle ait banka hesap kayıtları denetlenmeden hüküm kurulmuş olması hatalıdır. İlgili banka kayıtları celp edilerek, ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku bulunan dönemlerde bordrolarda gösterilen miktarların davacıya ödendiği tespit edildiği takdirde, bu dönemler dışlanarak fazla çalışma ücret alacağı belirlenmelidir. Eksik incelemeye dayalı karar verilmesi hatalıdır.

2) Davalı B... A.Ş.nin temyiz itirazları yönünden ise; yargılama giderlerinden sayılan ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. Avukatlık Kanunu'nun 169.ve Avukatlık Ücret Tarifesi'nin 1. maddelerinde düzenlenen, ancak müstakil bir varlığı olmayan ve ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağa sıkı sıkıya bağlı bulunan avukatlık ücretinin, davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerekir.

Davalı B... A.Ş.aleyhine açılan dava pasif husumet yokluğun nedeni ile

reddedilmiş olduğu halde bu davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI
•
İŞ ŞARTI

ÖZET: İkramiye uygulamasının kaldırılmasından sonra bu duruma itiraz etmeden işyerinde çalışmaya devam eden işçinin ikramiye isteğinin reddi gerekecektir. Zira, bu durumda uzun süre ikramiye ödenmemesi bir iş şartı haline gelmiştir.

Y.22. HD. E:2012/12745 K:2013/2608 T:11.02.2013

Davacı vekili, davacının 27.07.2004 tarihinde 29.04.2011 tarihine kadar çalıştığını, müvekkilinin işyerinde haftanın beş günü sabah 07.30 da servise binip işe geldiğini akşam 17.30'a kadar çalıştığını, Cumartesi günleri ise 12.30'a kadar çalıştığını ancak fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini, işyerinde son yedi aylık maaşının geç ödendiğini, müvekkilinin işe girdiğinden beri her dört ayda bir,bir maaş tutarı ikramiye ödenmekteyken müvekkilinin muvafakati alınmadan 2008 yılından sonra verilmediğini, bu hususa ilişkin hiç bir bildirimde bulunulmadığını, müvekkilinin bunun farkına varınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini belirterek kıdem tazminatı, ikramiye ve ücret alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının son ay ücretinin banka hesabına yatırılarak ödendiğini, feshin haklı olmadığını, haftalık çalışma süresi dışında çalışılmadığından fazla çalışma ücreti alacağının olmadığını, zamanaşımı defi'inde bulunarak davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda iş sözleşmesinin fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi ve ücretlerin gecikmeli ödenmesi nedeniyle

davacı tarafından haklı sebeple feshedildiği, tanık beyanlarına göre 2009 yılına kadar yılda üç aylık ücret tutarında ikramiye verildiği halde 2009 ve 2010 yıllarında ikramiye ödenmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Dosya içeriğine göre davacının işyerinde sekreter olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin davacı tarafından fazla çalışma ücret alacaklarının ödenmemesi ve ücretlerinin sürekli gecikmeli olarak ödendiği gerekçesiyle 29.04.2011 günlü fesih bildirimi ile feshedildiği anlaşılmaktadır.

Davacı işe girdiğinden beri her dört ayda bir, bir aylık ücret tutarı ikramiye almakta iken davacının muvafakati alınmadan 2008 yılından sonra ikramiye ödenmesi uygulamasına son verildiği iddiasıyla ikramiye alacağı isteğinde bulunmuş,

Mahkemece dinlenen davalı tanıkları davacının ikramiye iddiasını doğrulamışlar, davalı tanıkları ise davalı şirketin ekonomik krizden etkilenmesi sebebi ile 2009 yılının başından itibaren ikramiye ödemesinin kaldırıldığını beyan etmişlerdir.

İşyerinde davalı işverenin ikramiye ödemesine ilişkin toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi bulunmamaktadır.

İş yerindeki ikramiye ödenmesine ilişkin işyeri uygulamasının ise 2008 yılı sonundan itibaren ekonomik kriz sebebi ile davalı işveren tarafından kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı, ikramiye uygulamasının kaldırıldığı 2009 yılının başından iş sözleşmesini feshettiği 24.09.2011 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüş ve ikramiyenin kaldırılmasına itiraz etmemiştir. Bu durumda uzun süre ikramiye ödenmemesinin iş koşulu haline geldiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla ikramiye isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** 11.02.2013 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

GÜNLÜK ÇALIŞMADA DİNLENME SÜRESİ

ÖZET: 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 birbuçuk saat olarak verilmelidir.

Y.22. HD. E:2012/15933 K:2013/5274 T:14.03.2013

Davacı kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, ücret ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmesini istemiştir.

Davalı feshin devamsızlık sebebiyle haklı olduğunu, haftalık kırkbeş saat çalışma olduğundan fazla mesai ve diğer alacaklarının bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalar göre alacakların kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki yazılara toplanan delilerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Ara dinlenmesi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalarda ara dinlenmesi en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedibuçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 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 çalışmalarla 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 birbuçuk saat olarak verilmelidir.

Somut olayda fazla mesai belirlenirken hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftada iki gün 10.00-18.00 saatleri arasındaki sekiz saatlik çalışmasında bir saat ara dinlenme düşülmesi gerekirken yarım saat düşülmesi hatalı olup bozma sebebidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KANUNU KAPSAMI • ONDÖRT YAŞ ALTI ÇOCUKLAR

ÖZET: Ondört yaşından küçük olan çocuklar İş Kanunu kapsamı dışındadırlar.

Y.22. HD. E:2012/16405 K:2013/11851 T:21.05.2013

Davacı, davalıya ait işyerinde 1996 Ekim – 15.09.2010 tarihleri iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı, davacının 16.03.2009 tarihinde işyerinde çalışmaya başladığını, iş sözleşmesinin devamsızlık haklı sebebine dayanılarak sonlandırıldığına savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı taraf temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında, davacının davalı işverene bağlı gerçekleşen çalışma süresine ilişkin uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı, davalıya ait iş yerinde 1996 yılının Ekim ayında çalışmaya başladığını ileri sürmüştür. Davacıya ait Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının incelenmesinde; 2003-2009 arasında kesintili şekilde U. Ltd. Şti.'ne, 27.03.2009 – 14.09.2010 tarihleri arasında ise davalı M. U.'a bağlı çalıştığı görülmektedir. Davalı tanıklarının beyanı ile U.Ltd. Şti.'nin davalının ağabeyi olan K. U.'a ait olduğu ve U. Ltd. Şti. tarafından işyerinin davalıya devredildiği sabittir. İşyeri devri prensipleri gereğince, devralan işveren

konumunda olan davalının 2003-2009 yılları arasında U. Ltd. Şti.'ye bağlı gerçekleşen çalışma süresinden sorumlu tutulmasında hata bulunmamaktadır.

Öte yandan; her ne kadar davacı tanıkları davacının 1996 yılından işyerinde çalışmaya başladığını beyan etmişlerse de, 01.02.1985 tarihinde doğmuş olan davacının 1996 tarihinde onbir yaşında olduğu görülmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesinde, onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu, ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kurala göre çalışma yaşının alt sınırı ondört yaş olarak belirlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.1991 tarih 1991/9-107 esas sayılı kararında da belirtildiği üzere, ondört yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulma olanağı bulunmaktadı. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde yapılan hizmet sözleşmesi 4857 Sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, mahkemece hizmet süresinin 31.10.1996 – 14.09.2010 tarihleri arasında belirlenmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** davalı yararına takdir edilen 990.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • İŞÇİLİK ALACAKLARI • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: İşçinin ücreti konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığına göre, işe iade davasının sonucu olan işçilik alacakları için icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Y.22.HD. E.2012/16976 K.2013/11855 T.21.05.2013

Taraflar arasındaki, icra takibine yapılan itirazın iptali ile icra inkar tazminatının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi ve davalı avukatınca duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21.05.2013 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına kimse gelmedi. Karşı taraf adına Avukat C.Ö. geldi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının kabul ile sonuçlanarak kesinleştiğini, süresi içerisinde gerçekleştirdiği işe iade başvurusunun kabul edilmemesi üzerine bir kısım işçilik alacaklarının tahsiline ilişkin başlatmış olduğu icra takibinin davalının haksız itirazı üzerine durduğunu ileri sürerek, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesini ve icra inkar tazminatının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı, davacının hak kazandığı kıdem tazminatının fesih tarihi itibari ile ödendiğini, takibe kısmi olarak itiraz edilmesi ve alacağın likit olmaması sebebi ile icra inkar tazminatına hükmedilemeyeceğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, alacağın likit olmadığı gerekçesi ile davacının icra inkar tazminatı istemi reddedilmiştir.

Kararı davacı ve davalı taraflar temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İşçilik alacaklarıyla ilgili olarak yapılmış olan icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, yargılama ve icra inkar tazminatına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, yasada gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkar tazminatına hükmedilir. İcra inkar tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 28. maddelerinin işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkar tazminatına hükmedilemez.

Somut olayda, taraflar arasında davacının aylık ücret miktarına ilişkin ihtilaf bulunmamaktadır. İşe iade kararı sonrasında işçinin işe başlatılmaması halinde çalışma süresinin dört aylık boşta geçen süre eklenerek belirlenmesi kanun gereğidir. İşveren tarafından gerçek alacak miktarı belirleyecek bütün öğeler bilinmekte olduğundan alacağın likit olduğunun kabulü gerekir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının icra inkar tazminatı istemi yönünden davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** davacı yararına takdir edilen 990.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARGO ŞİRKETİ • ACENTE SÖZLEŞMESİ
•
GERÇEK İŞVEREN

ÖZET: Somut olayda Ticaret Hukuku'na uygun bir acentelik sözleşmesi ilişkisinin kurulmadığı, yönetim hakkının davalı şirkete ait olduğu, şeklen acente gibi görünen yerde çalışanların acente işçisi değil davalı şirketin işçisi olduğu anlaşılmaktadır.

Y.22. HD. E:2013/14755 K:2013/15294 T:24.06.2013

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işyerinde 02.08.1999 tarihinden iş sözleşmesinni haksız olarak feshedildiği 01.07.2011 tarihine kadar şube müdürlüğü pozisyonunda göreve yaptığını, önce sigortalı olarak 3-4 ay davalı şirketin Yenidoğan Şubesinde müdür olarak çalışmakta iken zamanla muvazaalı ve dayatılan sözleşmeler ile diğer işçilerin işvereni konumuna getirildiğini, en son olarak davalı işyerinin Gölcük şubesinde şube müdürü olarak çalıştığını, yaklaşık 12 yıllık çalışma hayatı sonrası hiçbir tazminatını almadan işine son verildiğini, çalışma koşulları nedeniyle ruhi ve psikolojik bütünlüğünün de zarar gördüğünü ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, müşteri tazminatı, ödemek zorunda kaldığı Sosyal Güvenlik Kurumu ve vergi borcuna dair zararlara karşılık tazminat, manevi tazminat, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücretinin davalıdan tahsiline ve davalıya verilen teminat senedinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, 31.08.2010 tarihli vekalet sözleşmesinin kapsamı, tarafların hak ve yükümlülüklerine göre bu sözleşmenin iş sözleşmesi olmayıp "acentelik sözleşmesi" olduğunu, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığından davanın görülmesinin Ticaret Mahkemesi'nin görev alanına girdiğini ve talep konusu tüm alacakların zaman aşımına uğradığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, bir sözleşmenin hizmet ya da vekalet olduğu hususunda kuşkuya düşüldüğünde, vekalet sözleşmesi olduğunun kabulünün gerektiği, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmayıp uyuşmazlığın vekalet sözleşmesinden kaynaklandığını ve uyuşmazlık konusunun ticaret mahkemesinin görev alanında bulunduğu gerekçesi ile mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.

Mülga 6762 sayılı TTK m. 116/1'e göre acente; "ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfat olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye" denir. Buna göre acente, sözleşmelerde aracılık etmek ve sözleşmeleri işletme adına yapmak üzere iki faaliyette bulunmaktadır. Aynı Kanun'un 116. maddesinin ikinci fıkrasında aracı acente hakkında telalık, işletme adına sözleşme yapma yetkisini haiz acente hakkında komisyon hükümlerinin, bunlarda da hüküm bulunmaması halinde vekalet hükümlerinin tamamlayıcı hüküm olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Benzer hüküm 6102 sayılı TTK'nın 102.maddesinde de düzenlenmiştir.

Acentenin tanımından da anlaşılacağı üzere en önemli unsuru ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya hizmetli gibi tacire bağımlı olmamasıdır. Acente kendi faaliyet düzenini, çalışma saatlerini ve zamanını serbestçe tayin edebiliyorsa bağımsız sayılır. Acente, bağımsızlık ilkesi gereği, kural olarak işletmenin masraflarını ve rizikosunu bizzat taşımalı, kendi personelini kendisi tayin etmeli, kendi firmasına ilişkin antetli kağıtları kullanmalı, kendi ticari defterlerini tutmalı müşterilerini kendisi seçmeli kısaca kendi ticari işletmesini bağımsız bir tacir sıfatıyla işletmelidir. Bu nedenle müvekkili acenteye faaliyet ve çalışma düzenine ilişkin olarak idari nitelikli emir ve talimat veremez.

Davacı, işverenin şubeleri acenteye çevirdiğini ve şube müdürleri ile muvazaalı şekilde acente sözleşmeleri imzaladığını ileri sürmektedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, acentede kullanılacak tüm araçların davalı şirket tarafından temin edileceği, acentenin kargo taşımacılığına ilişkin davalı tarafça verilen yetki kapsamında hareket edeceği, yönetim hakkının davalı şirkette olduğu, davalı şirket ile davacı arasında yapılan acentelik sözleşmesinin TTK.m.116'ya uygun bulunmadığı, gerçekte şube müdürü olan çalışanlara acente sıfatı verilmek surety ile davalı işverenin işyerindeki faaliyetini sürdürdüğü, acente olarak gösterilen kişinin bağımsız bir tacir sıfatıyla hareket etmediği anlaşılmaktadır.

Somut olayda, davacı işçi başlangıçtan itibaren davalı şirketin işçisi olduğundan mahkemenin görevsizlik kararında isabet bulunmamaktadır.

Kabule göre de, 6100 sayılı HMK'nın 20, 114/1 – c, 115/2. maddelerine göre mahkemenin görevli olmadığının anlaşılması halinde görevsizlik kararı ile birlikte dava şartı yokluğu nedeni ile davanın usulden reddedilmesi gerekirken bu husus kararda yer almamıştır. Davacı vekilinin bu yönü amaçlayan temyiz itirazları yerinde görüldüğünden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair temyiz itirazının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARGO ŞİRKETİ • MUVAZAALI ACENTE • HİZMET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Şeklen acente olarak gösterilen yerin gerçek bir acente olmadığı, davalı şirket ile şube müdürleri arasında imzalanan sözleşmenin muvazaalı olduğu ve bu bağlamda acente gibi görünen yerde çalışanlar ile davalı şirket arasında İş Kanunu kapsamında bir hizmet ilişkisi bulunduğu anlaşılmıştır.

Y.22. HD. E:2011/533 K:2013/15301 T:24.06.2013

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işyerinde 01.04.1997 tarihinde Kocaeli Palmiye Şubesinde sigortalı işçi olarak çalışmaya başladığını, müdür pozisyonuna yükseltildikten sonra muvazaalı ve dayatılan sözleşmeler ile diğer işçilerin işvereni konumuna getirdiğini, iş sözleşmesinin 05.06.2012 tarihinde haksız, bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, müşteri tazminatı,

Sosyal Güvenlik Kurumu ve vergi borcuna yapılandırmasının bozulmasından dolayı oluşan maddi zarara karşılık tazminat, ayrıca manevi tazminat, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücretinin davalıdan tahsiline ve davalıya verilen teminat senedinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, 31.08.2010 tarihli vekalet sözleşmesinin kapsamı, tarafların hak ve yükümlülüklerine göre bu sözleşmenin iş sözleşmesi olmayıp "acentelik sözleşmesi" olduğunu, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığından davanın görülmesinin Ticaret Mahkemesi'nin görev alanına girdiğini ve talep konusu tüm alacakların zaman aşımına uğradığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, bir sözleşmenin hizmet ya da vekalet olduğu hususunda kuşkuya düşüldüğünde, vekalet sözleşmesi olduğunun kabulünün gerektiği, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmayıp uyuşmazlığın vekalet sözleşmesinden kaynaklandığını ve uyuşmazlık konusunun ticaret mahkemesinin görev alanında bulunduğu gerekçesi ile mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.

Taraflar arasında temel uyuşmazlık asıl işveren-alt işveren ilişkisini muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun işçilik haklarına etkileri noktasında toplanmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 102. maddesinin birinci fıkrasında "Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse" olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre acentelik sözleşmesinin konusu da bir iş görme olup, aracı acente ve ticari işletme adına sözleşme yapma yetkisini haiz acente olmak üzere iki tür acente bulunmaktadır. Her iki acentelik türünde de ticari işletme sahibine tabi olmama (bağımsızlık), acentelik ilişkisinin bir sözleşmeye dayanması, acentenin belirli bir yer veya bölge içinde faaliyet icra etmesi, faaliyetinin süreklilik taşıması ve meslek edinilmiş olması unsurlarının bulunması gerekir. Acentelik sözleşmesinde, müvekkil adına yazılı olarak sözleşme yapma yetkisi verilmediği sürece aracı acentelik söz konusu olacaktır.

Geçerli bir acentelik sözleşmesinde acente, faaliyetini tek başına sürdürebileceği gibi işçi çalıştırmak suretiyle de yerine getirebilir. İşçi çalıştırması durumunda acentenin diğer işverenlerden herhangi bir farkı olmaz. Başka bir anlatımla bir işveren olarak acente, çalıştıracağı işçiler ile iş sözleşmesi akdetmek ve içeriğini belirlemek, işçinin üstlenmiş olduğu iş görme borcunu nerede, nasıl ve hangi çerçevede yerine getireceği konularında yönetim hakkına dayalı olarak işçiye talimat vermek, iş sözleşmesini sona erdirmek gibi işverene ait yetkileri kullanma hakkına sahiptir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi; "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işçilerinde 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 ilişki" olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 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.

Somut olayda davacı işverenin şubeleri acenteye çevirdiğini ve şube müdürleri ile muvazaalı şekilde acente sözleşmesi imzalatılmak surety ile muvazaalı işlem yapıldığını, iş sözleşmesinin haksız feshi sebebi ile bir kısım işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürmüştür. Dosya kapsamında bulunan acente sözleşmesi incelendiğinde; acentede kullanılacak tüm araçların davalı şirket tarafından temin edileceği, işyeri kira ise kira sözleşmesinin davalı şirket adına düzenleneceği ve kira bedelinin de davalı tarafça ödeneceği, daha önce davalı şirketin şubesi olan işyerinde mevcut araçların kullanımının acenteye devredileceği belirlenmiştir. Ayrıca acente tarafından verilecek hizmetlere ilişkin fiyatların davalı şirket tarafından tespit edileceği ve acentenin müşterilere verdiğini hizmete ilişkin davalının denetim hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Tüm dosya kapsamı bir arada değerlendirildiğinde, davalı şirket ile şube müdürleri arasında imzalanan acente sözleşmesinin muvazaalı olduğu, gerçekte şube müdürü olan çalışanlara acente sıfatı verilmek surety ile davalı işverenin işyerinde ki faaliyetini sürdürdüğü ve bu değişikliği kabul etmeyen işçilerin işten çıkarıldığı, davacının davalı şirket işçisi olduğu gözönüne alındığında mahkemece davanın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 24.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ
•
İŞVERENİN GERÇEK NİYETİ

ÖZET: Sözleşme hükümlerine göre işverenin işçinin iş ve çalışma yerini değiştirme yetkisi var ise de, somut olayda bu yetkinin amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı araştırılmalıdır.*

Y.22. HD. E:2012/21899 K:2013/17325 T:12.07.2013

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı bir sebebe dayanmaksızın feshedildiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili, yıllık izin ücreti alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının çalışmakta olduğu petrol nakliyesi işi bitince Ankara Şereflikoçhisar'da tuz nakliye işinde görevlendirildiğini, ancak davacının bu işte çalışmadığını ve kendi isteği ile istifa ederek işten ayrıldığını, davacının tüm alacaklarının ödenmiş olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkememe Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2-Taraflar arasında davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 2.ve3.maddelerinde davacının işinin ve görev yerinin işverence değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Gerek davacı ve gerekse de davalı şahitleri, işverenin petrol taşıma

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

işi bittikten sonra davacıya Ankara ilinde tuz taşıması işinde çalışması gerektiğini bildirdiğini beyan etmişlerdir.

Dosya kapsamından işverenin sözleşme hükümlerine göre davacının iş ve çalışma yerini değiştirmeye yetkili olduğu anlaşılmakta ise de bu görev talimatının samimi olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda davacının yeni çalışma yeri olarak gösterilen Şereflikoçhisar'da davacıya çalışması söylenen davalı şirkete ait işyeri bulunup bulunmadığı, varsa bu yerde davacı işçinin istihdamına imkan olup olmadığı hususunun araştırılarak çıkacak sonuca göre işçi feshi hakkında değerlendirme yapılması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İSTİFASI • İSTİFANIN ARAŞTIRILMASI • İSTİFANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZET: 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.

Y.22. HD. E:2012/27109 K:2013/24267 T:12.11.2013

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin haksız şekilde işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının kendi isteğiyle işten ayrıldığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiği ve davacının işten kendi isteğiyle ayrıldığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında, iş ilişkisinin, işçinin istifası ile sona erip ermediği ve bu suretle işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile 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 kanunun 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında kanunda işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

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. 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 karşılaşılamn şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü vermek ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

İşverenin baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine değer verilemez. Dairemizce bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, bununla birlikte işveren feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

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 durumda işçinin haklı olarak sözleşmeyi feshettiği sonucuna varılmalıdır.

İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yön 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 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.

Somut olayda, 01.11.2000 ila 18.01.2005 tarihleri arasında davalı işyerinde çalışan davacı yeniden işe başlamak için verdiği dilekçesinde, işyerinden kendisinin ayrılmış olduğunu belirtmiştir. Tanıklar da, davacının, kendi isteğiyle işten ayrıldığını beyan etmiştir. Şu halde, iş sözleşmesini davacının feshettiği sabit olup, mahkemece anılan gerekçelerle kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile davanın kabulü yönünde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 12.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
•
TERKİN DAVASI • TARAFLAR

ÖZET: Tapu siciline işlenmiş olan arsa payı inşaat sözleşmesi şerhinin terkini davasının arsa sahibine de yöneltilerek açılması gerekecektir.*

Y.23. HD. E:2013/2108 K:2013/4517 T:28.06.2013

Taraflar arasındaki tapu kaydında düzeltim davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolaı davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalıyla müdahil vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Davacı vekili, dava dışı arsa sahibiyle davacı yüklenici arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin davacı tarafından sözleşmeye uygun olarak tapuya şerh edildiğini, ancak tapu görevlilerince haksız olarak terkin edildiğini ileri sürerek, sözleşmenin tapu kayıtlarına hükmen şerh edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, işlemin usul ve yasaya uygun olduğunu; fer'I müdahil vekili, terkin işleminin arsa sahibinin talebiyle yapıldığını savunarak, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, Tapu Kanunu'nun 26. maddesine göre şerhten itibaren 5 yıl içinde satış veya irtifak hakkı tesisi yapılmadığı takdirde şerhin terkin edilebileceği, oysa dava konusu taşınmazlardan birisi dışında terkinden önce kat irtifakı tesis edildiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı ve fer'i müdahil vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dava, tapu siciline işlenmiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şerhinin, sicilden terkini nedeniyle bu şerhin hükmen sicile tesis edilmesine ilişkindir. Fer'i müdahil olarak davaya katılan S.S. D. Konut Yapı Kooperatifi ise arsa sahibi sıfatıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olup, davada verilecek olan hükümden doğrudan etkilenecek-

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

tir. Bu itibarla Kooperatifin davada taraf olarak gösterilmesi zorunludur. Taraf teşkili sağlanmadan davanın esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olmuştur.

Mahkemece yapılması gereken iş, arsa sahibi kooperatif hakkında dava açması için davacıya makul bir süre vermekten, açılacak olan davanın, eldeki davayla birleştirilerek tarafların ileri sürdükleri deliller değerlendirilip, sonucuna uygun bir karar vermekten ibarettir.

Açıklanan sebeple mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

2) Bozma nedenine göre, davalı ve fer'i müdahil vekillerinin temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştr.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, mahkeme kararının **BOZULMASINA,** (2) numaralı bent uyarınca davalı ve fer'i müdahil vekillerinin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden fer'i müdahile iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.06.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İFLAS ERTELEME
•
FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNE GÖRE MALIN FİNANSAL KİRACI ELİNDE OLMASI

ÖZET: 6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 23/1. maddesi uyarınca finansal kiralama konusu malın mülkiyeti kiralayan finansal kiralama şirketine aittir. Ancak, taraflar sözleşmede, sözleşme süresi sonunda kiracının, malın mülkiyetini satın alma hakkını haiz olacağını kararlaştırabilirler.

Y.23. HD. E:2013/4678 K:2013/4632 T:03.07.2013

Davacı şirket vekili, müvekkilinin 2007 yılından beri faaliyette bulunan bir inşaat ve taahhüt firması olduğunu ve birçok işi tamamlayıp yerine getirdiğini, ancak müvekkilinin gelir gider dengesinin bozulup nakit sıkın-

tısı içine düştüğünü ve borca batık hale geldiğini ileri sürerek, müvekkili şirketin iflasının bir yıl süre ile ertelenmesine ve ihtiyati tedbir taleplerinin kabulüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davacı vekilinin talebi üzerine 28.09.2012 ve temyize konu 26.12.2012 tarihli ihtiyati tedbir kararları verilmiştir.

Müdahiller A. Finansal Kiralama A.Ş., Z. Finansal Kiralama A.Ş. ve B. Finansal Kiralama A.Ş. vekilleri 26.12.2012 tarihli ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını talep etmişler, mahkemece 15.02.2013 tarihli duruşmada müdahiller vekillerinin tedbir kararına itirazlarının reddine karar verilmiştir.

Karar, müdahiller A. Finansal Kiralama A.Ş. Z. Finansal Kiralama A.Ş. arasında finansal kiralama sözleşmeleri imzalandığı ve tedbir kararına konu malların K. İnşaat Ltd.Şti.'ne bu sözleşmeler uyarınca teslim edildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ancak K. İnşaat Ltd. .Şti.'nce sözleşme hükümlerine aykırı davranıldığından müdahil adı geçen finansal kiralama şirketleri tarafından ilgili sözleşmelerin noter ihtarlarıyla fesh edilip, malların iadesi için İstanbul 27. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/280 Esas, İstanbul 40. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/3 Esas sayılı dosyaları ile davalar açıldığı ve davaların halen derdest olduğu celp edilen belgelerden anlaşılmıştır.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 23/1. maddesi uyarınca finansal kiralama konusu malın mülkiyeti kiralayan finansal kiralama şirketine aittir. Ancak, taraflar sözleşmede, sözleşme süresi sonunda kiracının, malın mülkiyetini satın alma hakkını haiz olacağını kararlaştırabilirler.

Bu durumda, mahkemece taraflar arasındaki sözleşmeler kapsamında K. İnşaat Ltd. .Şti.'ne teslim edilen ve mülkiyeti ilgili finansal kiralama şirketlerine ait mallar hususunda, belirtilen kanun hükmü ve sözleşme madde hükümleri gözardı edilerek, ihtiyati tedbir kararı verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, müdahil temyiz eden A. Finansal Kiralama A.Ş., Z. Finansal Kiralama A.Ş. ve B. Finansal Kiralama A.Ş. vekillerinin temyiz taleplerinin kabulü ile mahkemece verilen 26.12.2012 tarihli ek ihtiyati tedbir kararına itirazların reddine ilişkin temyize konu 15.02.2013 tarihli kararın **BOZULMASINA,** peşin alınan harçların istek halinde iadesine, 03.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFTEN AYRILAN ORTAĞIN HAKLARI

ÖZET: Kooperatiften ayrılan ortak ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, ortaklıktan ayrıldığı yıl bilançısuna göre hesaplanacak olan masraf hissesi düşüldükten sonra payına düşen miktarı talep edebilir.*

Y.23. HD. E:2013/5621 K:2013/7052 T:13.11.2013

Karar: Davacı vekili, müvekkilinin kurulduğu ilk günden beri davalı kooperatifin üyesi olup aidat bedellerini ödediğini, ancak davalı kooperatifte meydana gelen yolsuzluklar nedeniyle herhangi bir kooperatif hissesinin üzerine tescil edilmediğini, kooperatif yöneticileri hakkında ceza davaları açıldığını ileri sürerek, müvekkilinin yaptığı ödemeler dikkate alınarak davalı kooperatifte bulunan hissesisinin tesciline, bunun mümkün olmaması halinde fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere hisse değeri olan 45.000.00 TL nin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; davacının müvekkili kooperatifin üyesi olmadığını, üye defterinde kaydı bulunmadığını, ancak müvekkili kooperatifin eski başkanının usulsüz işlemleri sonucu sanki üyeymiş gibi kendisinden aidat tahsil edildiğini, davacıya herhangi bir konut tahsis edilmediğini, bu nedenle davacının hükmen tescil talebinin yasal olarak mümkün olmadığını, davacının bir an için eski ortak olduğunun kabulü halinde ise, davacının davalıya borcu olup bu borcun ödenmemesi üzerine üyelikten ihraç edilip bu kararın kesinleştiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya içeriğine göre; davacının davalı kooperatife üyeyken yönetim kurulunun 25.05.2001 tarih 57 Sayılı Kararı uyarınca borcunu ödenemediği için ortaklıktan ihraç edildiği, davacının davalı kooperatifin 1993/2001 tarihlerindeki hazirun cetvellerinde kayıtlı olduğu, davacının yasal olarak davalı kooperatife üye olmamasına rağmen ödediği aidat bedellirini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebileceği, bu ödemelerin dava tarihi itibariyle güncel değerinin 20.963.09 TL olduğu gerekçesi ile, davacının tescil talebine ilişkin davasının reddine, alacak talebinin de kısmen kabulü ile 20.963.09 TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

Kararı, davalı kooperatif vekili temyiz etmiştir.

Dava; kooperatif hissesinin hükmen tescili, bunun mümkün olmaması halinde 45.000.00 TL'nin faizi ile tahsiline ilişkindir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17/1. maddesinde kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortakların hesaplaşma süresi ve yükümlülükleri düzenlenmiş olup buna göre ayrılan ortak ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, ortaklıktan ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacak olan masraf hissesi düşüldükten sonra payına düşen miktarı talep edebilir. Bu istek ise, bilançonun genel kurulca kabulü suretiyle kesinleşmesinden itibaren bir ay geçtikten sonra ileri sürülebilir.

Bu durumda, mahkemece açıklanan hususlar üzerinde durulup bilirkişi kurulundan bu yönde araştırma ve hesaplama yaptırılmaksızın davacının ödediği aidat bedelinin güncel tutarı üzerinden tahsil kararı verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı kooperatif vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 13.11.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
•
YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Yüklenici geç teslimden dolayı arsa sahibine karşı sorumludur.*

Y.23. HD. E:2013/6141 K:2013/7495 T:27.11.2013

Davacı vekili, müvekkili arsa sahibi ile yüklenici davalı arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaatın 2 yıl içerisinde bitirilmesi gerektiği halde zamanında teslim edilmediği gibi eksik ve kusurlu işlerin bulunduğunu, bir kısmının müvekkili tarafından yerine getirildiğini, davacının sözleşme gereği kendisine verilecek bazı dairele-

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz, Tunceli Barosu

ri diğer davacı oğluna devrettiğini ileri sürerek, eksik yapılan işlerin giderilmesi için davacılar tarafından yapılan 29.275.00 TL'nin harcanma tarihlerinden itibaren işleyen yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, eksik ve kusurlu yapılan işler nedeni ile dairelerde meydana gelen değer kaybının tespiti ile 5.000.00 TL'nin sözleşme dışında fazla yapılan 1 daire ve dükkan nedeniyle şimdilik 20.000.00 TL'nin, davalının sözleşmeyi zamamında ifa etmemesinden kaynaklı kira bedeli olarak 5.000.00 TL'nin, 07.10.2010 tarihli ıslah dilekçesiyle eksik iş bedeli olark toplam 74.851.98 kira bedeli olarak toplam 23.500.00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Birleşen davada davacılar vekili, davacıların yüklenici davalıdan bağımsız bölüm satın aldıklarını, dairelerin zamanında teslim edilmediğini, eksik ve kusurlu işler bulunduğunu ileri sürerek, davalı tarafından eksik yapılan işlerin giderilmesi için davacılar tarafından yapılan 14.400.00 TL'nin harcanma tarihlerinden itibaren işleyen yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, dairelerde meydana gelen değer kaybı için 5.600.00 TL kira bedeli olarak 5.000.00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, inşaatın iki ay geç teslim edildiğini ancak geç teslimde kusurunun bulunmadığını, inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılıp teslim edildiğini savunarak asıl ve birleşen davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi kök ve ek raporları ile dosya kapsamına göre, davalı yüklenicinin sözleşmeye göre inşaatı 5 ay geç teslim ettiği, sözleşmeye göre bazı işlerin yüklenici tarafından yapılması gerektiği halde yapılmadan teslim edildiği ve eksik işlerin davacılar tarafından yapıldığı gerekçesiyle kira ve eksik iş bedeline ilişkin talebin kısmen kabulüne, diğer taleplerin reddine karar verilmiştir.

Kararı, asıl ve birleşen davada davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle ileri sürülen temyiz nedenleri ile dosya içerisinde mevcut davalı vekilince ibraz edilen 19.12.2011 havale tarihli bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinin kapsamına göre, asıl ve birleşen davada davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, asıl ve birleşen davada davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı onama harçlarının temyiz edenden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

UYUŞTURUCU KULLANMA SUÇU

ÖZET: Uyuşturucuyu satmak için değil kullanmak için elinde bulunduran kişiye salt şüpheye dayanılarak uyuşturucu satma suçunun cezası verilemez.*

Y.CGK. E:2012/10-1335 K:2013/423 T:22.10.2013

Uyuşturucu madde ticareti suçundan sanığın TCK'nın 188/3, 62/1, 52/2, 53/1, 54 ve 63. maddeleri uyarınca beş yıl hapis ve 4.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına hak yoksunluğuna, müsadereye ve mahsuba ilişkin, Kocaeli 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 06.11.2007 gün ve 25-369 sayılı hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nce 07.12.2011 gün ve 5259-58263 sayı ile; "İstanbul'dan esrar getirerek satacağı ihbarı üzerine, iskelede feribottan inen ve kendisini almaya gelen araca binmek üzereyken yakalanan sanığın, elinde bulunan poşet içerisinde net miktarı 345,510 gramdan ibaret esrarı, satma veya başkasına verme gibi kullanma dışında bir amaç için bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeden uyuşturuca madde ticareti suçundan hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 04.01.2012 gün ve 17878 sayı ile;

"Sanıkla ilgili yapılan ihbar ayrıntılı olup, eşkal bilgilerini, ihbar anında bulunduğu yerin yanı sıra temin ettiği esrarı satmak amacıyla getirdiğini de içermektedir.

Geçmiş hükümlülüklerine bakıldığında aynı suçu daha önce de işlediği ve alışkanlık haline getirdiği görülecektir.Olayın hemen sonrasında düzenlenen ekspertiz raporunda net 811,2 gram olarak belirtilen esrarın ele geçiriliş yeri ve şekli göz önüne alındığında kullanım amacıyla bulundurma sınırlarının üzerinde olup, ihbarın içeriğini doğrular mahiyettedir. Eylemi ticari amaçla uyuşturucu madde bulundurmak suçunu oluşturmuştur."düşüncesiyle itiraz kanun yoluna başvurarak, yerel mahkeme

* Gönderen: Av. Mahmut Asrağ

hükmünün onanması isteminde bulunmuştur. CMK'nın 308/1. maddesi uyarınca inceleme yapan Özel Dairece 02.10.2012 gün ve 19376-14671 sayı ile itiraz nedenlerinin yerinde görülmemesi üzerine dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın uyuşturucu madde ticareti suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın fiilinin uyuşturucu madde ticareti mi, yoksa kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu mu oluşturacağının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Emniyet Müdürlüğü görevlilerince düzenlenen ihbar, olay ve yakalama tutanağının; "Emniyet Müdürlüğü'nü telefonla arayan ve kimliğini açıklamak istemeyen, sesinden orta yaşlarda olduğu tahmin edilen erkek bir şahsın, kırk beş elli yaşlarında, orta boylu, saçları hafif kır, üzerinde kumaş pantolon, mavi mont bulunan erkek şahsın esrar getirerek piyasaya satacağını, feribotta bulunduğunu, aracının olmadığını, iskeleden kendisini birinin alacağını bildirmesi üzerine, ihbarın doğruluk derecesini araştırmak üzere oluşturulan ekiple feribot iskelesine intikal edilerek tertibat alınmış, alınan eşkal üzerine çalışmalara başlanmış, eşkale uyan bir şahsın elinde siyah renkli, dolgun, ağzı kapalı bir poşetle feribottan indiği görülmüş, fiziki takibe alınarak nereye gideceği, kiminle buluşacağı öğrenilmeye çalışılmış, feribot çıkışında minibus durağında beklediği ve beyaz renkli bir minibüsün durağa geldiği görülmüş, minibüse doğru hareket ederek binmeye çalıştığı sırada kaçma ihtimaline binaen yakalanmış, araçta bulunanların üst aramalarında herhangi bir suç unsuruna rastlanmamış, şüpheli şahsın elindeki siyah poşet rızası ile açıldığında iki ayrı poşet halinde, siyah poşetin içinde beşyüz oniki, beyaz torbada sekizyüz elli sekiz gram olmak üzere toplam bin üç yüz seksen gram ağırlığında, renk, koku ve görünüm itibariyle esrar olduğu tahmin edilen yeşil bitki parçacıkları ele geçirilerek muhafaza altına alınmıştır." Şeklinde olduğu, Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuarları Dairesince düzenlenen raporda; yeşil renkli bitki parçalarının, uyuşturucu maddelerden tetrahydrocannabinol ihtiva eden, esrar elde etmeye elverişli hint keneviri bitkisi parçaları olduğu,

Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda; tüm miktarlar dahil olmak üzere, toplam net ağırlığı 1.335 gram bulunan maddenin kenevir bitkisi olduğu, elemek suretiyle 345.510 gram toz esrar elde edilebileceğinin belirtildiği,

Sanığın; uyuşturucu kullandığını, olay günü de kullanmak amacıyla esrar almak için İstanbul'a gittiğini, dönüşte kayınbiraderini arayıp kendisini iskeleden almasını istediğini, kayınbiraderinin hasta olduğu için kaynını gönderdiğini, iskelede minibüse bineceği sırada polislerin kendisini yakaladığını, araçta bulunan diğer kişilerin uyuşturucu maddeyle ilgileri bulunmadığını, uyuşturucu maddeyi satmak amacıyla değil kullanmak amacıyla satın aldığını savunduğu,

Olay gecesi sanığın bineceği minibüsün içerisinde bulunan ve haklarında uyuşturucu madde ticareti suçundan kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen tanıklar ile uyuşturucu madde ticareti suçundan hakkındaki beraat hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşmiş bulunan E.Y.'nin sanığın üzerinde yakalanan esrar maddesi ile ilgilerinin bulunmadığını beyan ettikleri,

Anlaşılmaktadır.

TCK'nın 188. maddesinin üçüncü fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu; "uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, beş yıldan onbeş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."şeklinde hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde, üçüncü fıkrada uyuşturucu ve uyarıcı madde ticaretine ilişkin eylemlerin ayrı bir suç olarak tanımlandığı belirtilmiştir. Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içerisinde satışı, satışa arzı, başkasına verilmesi, nakli, depolanması ya da kazanç amacıyla satın alınması, kabul edilmesi ya da bulundurulması, uyuşturucu madde imal, ithal ya da ihraç etme suçlarını düzenleyen bir ve ikinci fıkralara göre ayrı bir suç oluşturmaktadır.

191. maddenin birinci fıkrası ise; "kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiş olup, bu fıkranın gerekçesinde de; izlenen suç politikası gereği uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiilleri suç

olarak kabul edilmiştir. Fiilin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu mu, yoksa uyuşturucu madde ticareti suçunu mu oluşturacağının belirlenmesinde etkin rol oynayan husus, sanığın amacıdır.

Uyuşturucu madde bulundurmanın kullanma amacına yönelik olup olmadığının tespit edilmesinde dikkate alınması gereken ve öğreti ile uygulamada da kabul görmüş olan bazı ölçütler bulunmaktadır.

Bu ölçütlerden ilki; failin bulundurduğu uyuşturucu maddeyi başkasına satma ya da devir veya tedarik etme hususunda herhangi bir davranış içerisine girip girmediği, ikincisi; uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bulundurulduğu yer ve bulunduruluş biçimidir. Şahsi kullanımı için uyuşturucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde, örneğin evinde veya işyerinde bulundurmaktadır. Uyuşturucu maddenin çok sayıda ve özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde bulunması, her pakeçiğin içine hassas biçimde yapılan tartı sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde kunulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yer veya yakınında hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması, kullanım dışında bir amaçla bulundurulduğu hususunda önemli bir belirti olacaktır. Kabul edilen üçüncü ölçüt ise bulundurulan uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarıdır. Şahsi kullanım için kabul edilebilecek miktar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliği, cinsi ve kalitesi ile somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilmektedir.

Adli Tıp Kurumu tarafından esrar kullananların her defasında bir ila birbuçuk gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebilecekleri değerlendirilmektedir. Yine esrar kullanma alışkanlığı olanların, birkaç aylık ihtiyacı karşılayabilecek miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında ya da kolay ulaşabilecekleri bir yerde bulundurabildikleri adli dosyalara yansıyan ve bilinen bir husustur. Buna göre esrar kullanan faillerin, olağan sayılan bir süre içerisinde kişisel olarak kullanıp tüketebilecekleri miktarın üzerinde esrar maddesi bulundurmaları durumunda, bulundurmanın kişisel kullanım amacına yönelik olmadığı, ancak uyuşturucu maddenin ticaret amacıyla bulundurulduğuna ilişkin başkaca somut delil yoksa şahsi ihtiyaç ya da daha az miktarda uyuşturucu madde bulundurulmasının kullanmak amacı taşıdığı kabul edilmelidir.

Amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden birisi de, insan

haklarına dayalı, demokratik rejimle yönetilen ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunması gereken, öğreti ve uygulamada; "suçsuzluk" ya da "masumiyet karinesi" şeklinde, Latincede ise "in dubio pro reo" olarak ifade edilen "şüpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkumiyetine karar verilebilmesi açısından gözönünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlak surette sanık yararına işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ya da gerçekleştiriliş şekli hususunda herhangi bir şüphe belirmesi halinde uygulanabileceği gibi, suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Bir ihbar üzerine yakalanan sanığın üzerinde taşıdığı poşetin içerisinde ele geçirilen kenevir bitkisi dışında, uyuşturucu madde ticareti yaptığı yolunda teknik ya da fiziki takip, tanık beyanı, iletişimin tespiti vb.gibi smut, yeterli, her türlü şüpheden arınmış, kesin ve inandırıcı herhangi bir delil elde edilememesi, uygulamada ilke olarak kabul edilen yıllık uyuşturucu madde kullanım miktarı göz önünde bulundurulduğunda, adli raporda belirtilen 345,510 gramlık esrar maddesinin yıllık şahsi kullanım sınırları içerisinde olması, sanığın uyuşturucu maddeyi satmak için değil kullanmak amacıyla satın aldığı yönündeki aksi kanıtlanamayan istikrarlı savunmaları birlikte değerlendirildiğinde, uyuşturucu madde ticareti suçunu işlediği şüphe boyutundan öteye geçememektedir.

Bu itibarla; sanığın sübuta eren eyleminin kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu yönündeki Özel Daire bozma ilamında bir isabetsizlik bulunmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan onbir Genel Kurul Üyesi; "sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturacağı, dolayısıyla itirazın kabulüne karar verilmesi gerektiği" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **REDDİNE,**

2-Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na **TEVDİİNE,** 08.10.2013 tarihinde yapılan müzakerede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 22.10.2013 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

TİCARETİ TERK SUÇU • İTİRAZ KANUN YOLU

ÖZET: Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itirazın kısmen kabulü durumunda Yargıtay Başsavcısı itiraz kanun yoluna başvurabilir.

Y.CGK. E:2012/16.HD.-1298 K:2013/418 T:22.10.2013

Müşteki vekilince, sanığın 2004 sayılı İİK'nin 337/a maddesinde düzenlenen ticareti terk suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada; "limited şirket yetkilisi olan sanığın İİK'nın 337/a maddesinde yaptırıma bağlanmış olan ticareti terk suçunu işlemesi mümkün değildir. Bu suçu ancak ticaret siciline kayıtlı gerçek kişi tacirler işleyebilir." Gerekçesiyle beraatine ilişkin, Karşıyaka 2. İcra Ceza Mahkemesince verilen 20.04.2010 gün ve 125-188 sayılı hükmün müşteri vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 16. Hukuk Dairesince 22.11.2011 gün ve 5392-7808 sayı ile;

"….İİK'nın 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan eylem, yalnızca ticareti terk keyfiyetinin ticaret sicili memurluğuna bildirilmemesi değil, bununla birlikte İİK'nın 44. maddesine uygun olarak bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerinin bulunduğu bir mal beyanında bulunulmamasıdır. Bu durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde sayılan ticaret şirketlerinde ticaretin terki söz konusu olmayıp, ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesi ile getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün, gerçek kişi tacirlere yönelik olduğu, yukarıda sayılan ticaret şirketlerini kapsamadığı, eş anlatımla ticaret şirketlerinin müdür veya yetkililerinin İcra ve İflas Kanunu'nun 337/a maddesinde yaptırıma bağlanan ticareti terk suçunu işlemeleri yasal olarak mümkün olmadığı ve bu durumda atılı suç da oluşmayacağı sonucuna varıldığından tebliğnamedeki kararın bozulması istemine iştirak edilmemiştir." Açıklamasıyla onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığınca 16.10.2012 gün ve 534 sayı ile;

"… 6762 sayılı TTK'nın 14. madesinde belirtilen gerçek kişi tacirlerin yanında, 136. maddesinde sayılan ticari şirketlerin ve bu bağlamda bir ticari şirket türü olan limited şirketin, 18. maddesi uyarınca 'tacir' olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

İİK'nın 44. maddesinde 'ticareti terk eden tacir' ifadesi kullanılmış olup bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hüküm konulmamıştır. O halde tacir sayılan limited şirketlerin, temsil ve idareye yetkili müdürlerinin, şirketin ticareti terk etmeleri halinde İcra İflas Kanunu'nun 44. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerine ilişkin bir istisna getirilmediğine göre, tıpkı gerçek kişi tacirler gibi aynı Kanun'un 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmalarına da bir engel bulunmamaktadır. Diğer yandan, İİY'nın 44. maddesinde yapılan değişikliğin "ticareti terk eden kötü niyetli borçluların" bu davranışlarının önlenmesi amacıyla yapıldığı da gerekçede açıkça ifade edilmektedir. Ticari şirketi temsil ve idareden sorumlu müdür ve yetkililerinin bu suçu işleyemeyeceklerinin kabulü halinde, ticareti terk suçunu işleyen gerçek kişi tacirlerin İİK'nun 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerekecek, ancak aynı fiili işleyen ve İİY'nin 345. maddesi uyarınca bu fiilden sorumlu tutulması gereken ticari şirket müdür ve yetkililerinin cezai sorumluluktan muaf tutulmaları anlamına gelecektir ki bunun kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır.

Yüksek Özel Daire kararında tüzel kişi tacirler (ticaret şirketleri) hakkında 44. maddesinin 2. fıkrasının uygulama kabiliyetinin olmadığını belirtmiş ise de, aynı Kanun ve 44. Müddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme gözönüne alınmamıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.06.2010 tarih ve 2010/16. HD. 75 Esas 2010/129 Kararı da aynı yöndedir.

Belirtilen gerekçelerle, fiili durumun araştırılarak sanığın yöneticiliğini yaptığı şirketin ticareti fiilen terk edip etmediği yönünde zabıta araştırması yapılmadan ve kayıtlı olduğu Vergi Dairesi Müdürlüğü'nden mükellefliğinin devam edip etmediği sorulmadan eksik araştırma ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmesi gerekir…" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurulmuştur.

6352 Sayılı Kanun'un 99-101.maddeleri uyarınca dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.07.2012 gün ve 308-954 Sayılı Kararıyla gönderilmesi üzerine Yargıtay 16. Hukuk Dairesince 20.09.2011 gün ve 6305-6859 sayı ile;

"Somut olayda, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı'nın itiraz yazısında; İİK'nın 44. maddesinde 'ticareti terk eden tacir' ifadesi kullanılmış olup bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hükmün bulunmadığı, bu sebeple Limited Şirketlerin temsil

ve idareye yetkili müdürlerinin de, şirketin ticareti terk etmeleri halinde getirilmediğine göre, tıpkı gerçek kişi tacirler gibi cezalandırılmalarına bir engel bulunmadığı; diğer yandan, İİK'nin 44. maddesinde yapılan değişikliğin "ticareti terk eden kötü niyetli borçluların" bu davranışlarının önlenmesi amacıyla yapıldığının da gerekçede açıkca ifade edildiği, Yüksek Özel Daire'nin kararında tüzel kişi tacirler hakkında 44. maddesinin 2. fıkrasının uygulama kabiliyetinin olmadığı belirtilmiş ise de, aynı maddenin 1. fıkrasının gözönüne alınmadığı belirtilmiş ve bozma kararı verilmesi gerekirken onama karaı verilmesinin isabetsizliği ileri sürülerek hükmün bozulması talep edilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın aynı konudaki itirazına ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.02.2012 tarih ve 2012/16 HD. 505, 509 ve 513 Esas sayılı dosyalarında özetle; ticareti terk eden borçlunun 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası anlamında tacir olmasının gerektiği, 6762 Sayılı Kanun'un 18. maddesinde ticaret şirketlerinin de tacir olduğunun belirtilmesi nedeniyle ticaret şirketlerinin ve bu anlamda limited şirketin anılan Kanun'un 18. maddesi uyarınca tacir olduğunda kuşku bulunmadığı, İİY'nin 44. maddesinde 'ticareti terk eden tacir' ifadesi kullanılmış olup, bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hükmün konulmadığı, o halde tacir sayılan limited şirketlerin temsil ve idareye yetkili müdürlerinin, şirketin ticareti terk etmeleri halinde İcra İflas Yasası'nın 44. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerine ilişkin bir istisna getirilmediğine göre, tıpkı gerçek kişi tacirler gibi aynı Yasa'nın 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmalarına da bir engel bulunmadığı, diğer yandan İİY'nın 44. maddesinde yapılan değişikliğin 'ticareti terk eden kötü niyetli borçluların' bu davranışlarının önlenmesi amacıyla yapıldığının da gerekçede açıkça ifade edildiği, ticari şirketi temsil ve idareden sorumlu müdür ve yetkililerinin bu suçu işleyemeyeceklerinin kabulü halinde, ticareti terk suçunu işleyen gerçek kişi tacirlerin İİY'nın 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerekecek, ancak aynı fiili işleyen ve İİY'nin 345. maddesi uyarınca bu fiilden sorumlu tutulmaları anlamına gelecektir ki bunun yasal bir dayanağı bulunmadığı belirtilerek oyçokluğuyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne karar verilmiştir.

Dairemizce yapılan inceleme sonunda; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun anılan kararında belirtilen gerekçe Dairemizce de uygun görülerek, bu kararlar gereğince uygulama yapılmasının uygun olacağı sonucuna varılmakla; Dairemizin 22.11.2011 tarih ve 2011/5392-7808 Esas-Karar sayılı kararımızın 2 numaralı bendinin kaldırılmasına,

Ancak temyiz istemine ilişkin dosyada, müşteki vekilinin yüzüne karşı verilen karar 20.04.2010 tarihli duruşmada tefhim edilmesine rağmen, CMUK'un 310/1. maddesinde düzenlenen bir haftalık süre geçtikten sonra 28.04.2010 havale tarihli dilekçe ile temyiz edildiği anlaşılmakla, 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesiyle yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi uyarınca isteme aykırı olarak temyiz isteminin **REDDİNE,** "karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 11.10.2012 gün ve 534 sayı ile;

"1-05.07.2012 gün ve 28344 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı 'Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezanın Ertelenmesi Hakkında" Yasa'nın 99. maddesiyle, 5271 sayılı CMK'nın 308. maddesine;

2-İtiraz üzerine dosya kararına itiraz edilen daireye gönderilir.

3-Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderir' şeklinde ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiş olup,

16. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2012 gün ve 2012/6305 Esas, 2012/6859 Karar sayılı ilamında itirazın kabulüne karar verildiği bildirilmesine rağmen, bir başka gerekçe ile temyiz isteminin reddine karar verilmiştir. Bu durum CMK'nın değişik 308.maddesine aykırıdır. Ayrıca dairelerin değişik gerekçe ile itirazın kabulüne karar verme yetkisi bulunmayıp, bu yetki Ceza Genel Kurulu'na aittir.

II-Müşteki vekilinin yüzüne karşı verilen kararın 20.04.2010 tarihli duruşmada tefhim edilmesi üzerine müşteki vekili tarafından 22.04.2010 tarihinde Karşıyaka 2. İcra Ceza Mahkemesi'ne gönderilmek üzere İzmir Nöbetçi 9. İcra Mahkemesi'ne süre tutum dilekçesinin verildiği, dilekçenin 2010/428 muhabereye kaydedildiği, mahkemeden temin edilen muhabere defterinin ilgili sayfasına göre de evrakın tarihinin 22.04.2010 tarihi olduğu, dilekçenin Karşıyaka 2. İcra Ceza Mahkemesi'ne 28.04.2010 tarihinde ulaştığı anlaşılmıştır. Yüksek Daire sehven süre tutum dilekçesinin kararı veren mahkemeye ulaştığı tarihi temyiz tarihi sayarak temyiz isteminin reddine karar vermiş ise de, müşteki vekilinin temyiz istemi süresindedir ve hükmün müşteki vekilinin temyizi yönünden esastan incelenmesi gerekmektedir.

Belirtilen gerekçelerle, müşteki vekilinin temyiz isteminin süresinde

olmasına rağmen ve Dairece itiraz konusu dışına çıkılarak hem itirazın kabul edilip hem de başka bir gerekçe ile temyiz talebinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır…" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1) CMK'nın 6352 Sayılı Kanunun 99. maddesiyle değişik 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itirazlarda, Özel Daire'nin itiraz nedeniyle bağlı olup olmadığı,

2) Müşteki vekilinin temyiz isteminin süresinde olup olmadığı,

Noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlık konularının sırasıyla değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır:

1)CMK'nın 6352 Sayılı Kanun'un 99. maddesiyle değişik 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itirazlarda, Özel Daire'nin itiraz nedeniyle bağlı olup olmadığı:

5271 sayılı CMK'nın 308. maddesi; "Yargıtay Ceza Daireleri'nden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kurulu'na itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz" şeklinde düzenlenmişken, maddeye 6352 Sayılı Kanun'un 99. maddesi ile;

"İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir.

Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderir" şeklinde ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiştir.

Yapılan değişikliğin gerekçesi "İtiraz üzerine dosyanın kararına itiraz edilen daireye gönderileceği ve itirazın mümkün olan en kısa sürede dairece inceleneceği ve itirazın yerinde görülmesi durumunda dairenin kararını düzelteceği; itiraz yerinde görülmezse dairenin dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göndereceğinin hüküm altına alınmakta olduğu' eklinde açıklanmıştır.

Buna göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 308. madde uyarınca itiraz kanun yoluna başvurulması üzerine dosya itiraz edilen daireye gönderilecek, dairece mümkün olan en kısa sürede itirazın yerinde olup olmadığı konusunda inceleme yapılacak ve itirazın tamamen kabulüne veya reddine karar verilebileceği gibi, itirazın kısmen kabulüne de karar verilebilecektir.

Dairece itirazın kısmen kabulüne karar verilmesi durumunda itirazın yerinde görülmeyen kısmı yönüyle değerlendirme yapılmak üzere dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderilecektir.

İtiraz üzerine dosyanın gönderildiği ilgili Dairece, itiraz incelendikten sonra verilen karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz kanun yoluna başvurmasını engelleyici bir dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başavcısı'nın, re'sen veya talep üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kurulu'na itiraz edebileceği düzenlendiğinden, 6352 Sayılı Kanun'un 99. maddesi ile yapılan değişiklikten sonra itiraz üzerine dosyanın gönderildiği Dairece, itiraz incelendikten sonra verilen karara karşı da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz kanun yoluna başvurulması mümkündür. Bu durumda, yani itiraz üzerine Özel Dairece verilen karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğunda artık inceleme doğrudan Ceza Genel Kurulunca yapılacaktır. Nitekim CGK'nın 05.03.2013 gün ve 1560-81 ile 1297-82 sayılı kararlarında da bu husus açıklanmıştır.

Yargıtay C. Başsavcılığı'nca gösterilen itiraz nedeniyle bağlı olunup olunmadığı hususunda gerek 1412 sayılı CMUK, gerekse 5271 sayılı CMK'da herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, Ceza Genel Kurulu'nun 24.03.2009 gün ve 212-67, 11.04.2006 gün ve 55-115 ile 22.02.1988 gün ve 18 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi, bu güne kadar istikrarlı olarak sürdürülen uygulamaya göre Ceza Genel Kurulu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedenleri ile bağlı olmadan, itiraza gelinen sanık ve suç ile ilgili olarak inceleme yapmakta ve tespit ettiği tüm hukuka aykırılıkları bozma nedeni yapabilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Yargıtay C. Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedeniyle bağlı olunup olunmadığı hususunda herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmaması, istikrarlı olarak sürdürülen uygulamaya göre Ceza Genel Kurulu'nun itiraz nedenleriyle bağlı olmadığının kabul edilmesi ve itiraz üzerine Özel

Dairece verilen kararlara karşı da doğrudan Ceza Genel Kurulu'na itirazda bulunulmasının mümkün olması karşısında, Özel Dairelerin de itiraza gelinen sanık ve suç ile ilgili olarak Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından gösterilen itiraz nedenleriyle bağlı olmadan inceleme yapabileceklerinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, itiraz nedenleriyle bağlı olmaksızın CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Özel Dairenin uygulaması isabetlidir.

2) Müşteki vekilinin temyiz isteminin süresinde olup olmadığının belirlenmesine gelince; Olağan kanun yollarından olan temyiz incelemesinin yapılabilmesi için bir temyiz davasının açılmış olması gerekir. Temyiz davacısının açılabilmesi için de 1412 sayılı CMUK'un 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 310. maddesinde aranan iki şart gerçekleşmiş olmalıdır. Bunlardan ilki süre, ikincisi istek şartıdır.

Süre şartı yönünden anılan maddede, temyiz isteminin yüze karşı verilen kararlarda hükmün tefhiminden itibaren bir hafta içerisinde hükmü veren mahkemeye veya bir başka yer beyanın tuanağa geçirilerek hakime onaylatılacağı, yoklukta verilen kararlarda ise temyiz süresinin tebliğle başlayacağı belirtilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

20.04.2010 tarihinde yüze karşı verilen hükme yönelik müşteki vekili tarafından Karşıyaka 2. İcra Ceza Mahkemesi'ne iletilmek üzere İzmir 9. İcra Ceza Mahkemesi'ne verilen temyiz dilekçesinin hakim tarafından 22.04.2010 tarihinde havale edildiği, muhabere defter kayıtlarının da bu hususu doğruladığı, dilekçenin Karşıyaka 2. İcra Ceza Mahkemesi'ne ise 28.04.2010 tarihinde ulaştığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, müşteki vekilinin temyiz istemi süresinde olup, Özel Dairece temyiz isteminin 1412 sayılı CMUK'un 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 317. maddesine göre süre yönünden reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Sonuç olarak; Özel Dairelerin Yargıtay C. Başsavcılığınca gösterilen itiraz nedenleriyle bağlı olmadan inceleme yapabilmeleri mümkün olduğundan, buna ilişkin itirazın reddine, müşteki vekilinin temyiz dilekçesi süresi içinde verildiğinden bu konudaki itirazın ise kabulüne, Özel Daire'nin temyizin reddi kararının kaldırılmasına, dosyanın incelenmek üzere Özel Daire'ye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının;

a) Özel Dairelerin gösterilen itiraz sebepleriyle bağlı olduğuna ilişkin 1 numaralı neden yönünden **REDDİNE,**

b) Müşteki vekilinin temyiz isteminin süresinde olduğuna ilişkin 2 numaralı itiraz nedeni yönünden ise **KABULÜNE,**

2-Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2011 gün ve 6305-6859 sayılı temyizin reddi kararının **KALDIRILMASINA,**

3-Dosyanın incelenmek üzere Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na **TEVDİİNE,** 22.10.2013 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ

BERAAT EDEN SANIK • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Beraat eden sanık lehine Hazine tarafından vekalet ücreti ödenmelidir.*

Y.5. CD. E:2012/12639 K:2013/12042 T:11.12.2013

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelendi;

Sanıklar müdafiin temyiz itirazlarının vekalet ücretine yönetil olduğu gözetilerek incelemenin bu hususa hasren yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 13/5. maddesinde yer alan "Beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir." Biçimindeki düzenleme nazara alınarak, kendisini vekille temsil ettiren ve beraatine karar verilen sanıklar lehlerine vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz

Kanuna aykırı ve temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi de gözetilerek CMUK'uın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** ancak bu husus yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanun'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hüküm fıkrasına "kendisini vekille temsil ettiren sanıklar için karar tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13/5. maddesi uyarınca takdir edilen 1.100 TL'nin Hazineden alınarak sanıklara verilmesine" ibaresinin eklenmesi suretiyle hükmün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** 11.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

VEKALET ÜCRETİ • BİRDEN ÇOK SANIK

ÖZET: Suçu birlikte işleyen sanıkların neden oldukları yargılama giderlerinden ayrı ayrı sorumlu tutulmaları yerine 5271 sayılı CMK'nın 326/6. maddesine aykırı biçimde sanıklara eşit olarak yükletilmesi bozmayı gerektirmiştir.*

Y.6. CD. E:2013/18331 K:2013/23980 T:02.12.2013

Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 15.05.2013 günlü kenar yazısı ile Dairemizce gönderilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

1-Sanık S.Y. hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükmün incelenmesinde;

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve Hakimin takdirine göre, suçun sanık tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

* Gönderen: Av. İnan Yılmaz Tunceli Barosu

Ancak,

1) Suçu birlikte işleyen sanıkların neden oldukları yargılama gideri olan vekalet ücretinin tahsil şeklinin gösterilmemesi,

2) Suçu birlikte işleyen sanıkların neden oldukları yargılama giderlerinden ayrı ayrı sorumlu tutulmaları yerine 5271 sayılı CMK'nın 326/2. maddesine aykırı biçimde "sanıklara eşit olarak yükletilmesine" şeklinde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanık S.Y. savunmanın temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle tebliğnameye aykırı olarak **BOZULMASINA,** bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 Sayılı Yasa'nın 8/1. maddei yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hüküm fıkrasından, "yargılama giderinin sanıklara eşit olarak yükletilmesine" ve "vekalet ücretinin sanıklardan alınarak müdahile verilmesine" ilişkin bölümlerin çıkartılarak yerlerine "Sanıklara sebebiyet verdikleri yargılama giderinin ayrı ayrı yükletilmesine" ve "Sanıklardan neden oldukları vekalet ücretinin eşit olarak alınmasına" cümlelerinin eklenmesi suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,**

II-Sanık A.A. hakkında hırsızlık suçundan kurulan hükmün incelenmesinde;

Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve Hakimin takdirine göre, suçun sanık tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından ,diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Suçun niteliği, cezanın türü ve süresine göre, hükümden sonra 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 Sayılı Kanun'un Geçici madde; 1/1.fıkrası yollamasıyla aynı Kanun'un 562. maddesi ve 25.07.2010 tarih ve 27652 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6008 Sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231/5-14. madde ve fıkraları gereği sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu,

Bozmayı gerektirmiş, sanık A.A. savunmanın temyiz itirazı bu bakım-

dan yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak **BOZULMASINA,** 02.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ

BERAAT KARARI • TAZMİNAT DAVASI

ÖZET: Dava şartının yargılama aşamasında gerçekleşmiş olması davanın karara bağlanmasını gerektirir.

Y.12. CD. E:2012/29448 K:2013/22951 T:08.10.2013

Davacının tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Bozma üzerine, yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre; davacı vekilinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Tazminat davasının hükmün kesinleşmesinden itibaren açılmasını öngören CMK'nın 142/1. maddesi, tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin soruşturma ve kovuşturma akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek dava hakkını gecikmeden kullanması öngörülerek düzenlenmiştir. Dava açma süresi en fazla kararın kesinleşmesinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Kararın kesinleşmesinden önce açılan davalar bakımından CMK'nın 142/3. Maddesi gereğince davanın en önemli dayanağını teşkil eden beraat hükmünün veya kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmediğinin anlaşılması durumunda mahkemece dilekçenin reddi kararı verilmektedir. İtirazı kabil bu karar sonrası davacı kararın kesinleşmesini bekleyip yeni bir dava açtığı takdirde derdest dava söz konusu olmayacağı gibi dosyamızda olduğu gibi dosyanın geçirdiği safahat sonrası kanunda öngörülen bütün süreler bakımından davacının dava hakkı da ortadan kalkmayacaktır. İncelenen dosya kapsamına göre, dava açıldığında henüz dava açma süresi başlamamış ise

de, açılan davanın yargılama aşaması sırasında, tazminat davasına konu kararın kesinleştiğinin dolayısıyla şartın yargılama aşamasında gerçekleştiği anlaşıldığından, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması"nı yargıya bir görev olarak yükleyen Anayasa'nın 141/son maddesi hükmü uyarınca yargılamaya devamla, bir karar verilmesi gerekirken, "tazminat davasının beraat hükmünün kesinleşmesinden önce açılmış olması" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup, davacı vekilinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince, isteme aykırı olarak, **BOZULMASINA,** 08.10.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. CEZA DAİRESİ

DOLANDIRICILIK SUÇU • HİLELİ DAVRANIŞ

ÖZET: Hileli davranış kolaylık sağlayıcı değilse, nitelikli dolandırıcılık suçu oluşmaz.

Y.15. CD. E:2012/1752 K:2013/20985 T:25.12.2013

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, segileniş açısından mağdurun inceleme olanağını 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, fiile olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.

TCK'nın 158/1-g maddesinde suçun; "Basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle" işlenmesi nitelikli bir hal olarak

düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanması için, basın ve yayın araçlarının dolandırıcılık suçunun işlenmesinde özel bir kolaylık sağlamış olması gerekir. Failin, yarar sağlamak için gerçek olmayan bir durumu basın organında haber ya da reklam olarak yayınlatması ve bunu mağduru aldatmada kullanması halinde basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır. Bu manada gazeteler ve televizyonlar gibi görsel ve yazılı basın ve yayın araçlarının sağladığı ilan, program, haber içerikleri vb. Suça konu edilebilmekte, kişiler kolaylıkla aldatabilmeketedirler.

Gazeteye verilen ilanın sadece sanığa ulaşılmasına yardımcı olduğu, şikayetçinin aldanmasında ve hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde kolaylık sağlamadığı takdirde TCK'nın 158/1-g maddesinin varlığından söz edilemez.Yine şikayetçinin basit bir araştırmaya gerçeği öğrenebileceği durumda, dolandırıcılığın nitelikli halinden bahsedilemez.Gazetede münhasıran ilan verilmesi yeterli olmayıp, ilanında hileli hareketlerin gerçekleştirilmesinde tarafların aldatılmasında etkisinin bulunması gerekir.

Gazetede sahibinden satılış eşya ilanında, eşya tanıtılmadan soyut bir bilgilendirme üzerine verilen telefondan yapılan arama ile gelişen aldatmada, gazeteye verilen ilanın failin sadece şikayetçiye ulaşmasına yardımcı olduğu, hileli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve şikayetçinin aldatılmasında bir kolaylık sağlamadığı hallerde, "basit dolandırıcılık" ilanda eşya gerçeğine aykırı olarak tanımlanıp, orijinalinde daha ucuza gösteriliyorsa, teşhir ve gösterim üzerine mağdur yanıltılmışsa nitelikli dolandırıcılık suçu söz konusu olacaktır.

Y. Gazetesi'nin küçük ilanlar bölümünde sanık tarafından verilen "laptoplarda kampanya" ilanını gören katılanın, ilanda yazılı telefon numarasını aradığı, kendisini A. olarak tanıtan sanığın, katılana bilgisayar şirketi olduklarını, faturalı şekilde yasal satış yaptıklarını, para havalesinden bir gün sonra bilgisayarı kargoyla göndereceklerini söylediği, katılanın G. Bankası Osmanağa Şubesi'ndeki sanığa ait hesaba 500 TL para gönderdiği, sanığın tekrar katılanı arayarak kendisine gönderecekleri bilgisayarın arızalı olduğunu, 250 TL fark ödemesi durumunda bir üst modelini göndereceklerini söylediği, bunun üzerine katılanın, bu sefer sanığa ait G. Bankası İzmir Hatay Şubesi'ndeki hesaba 250 TL havale yaptığı, ancak bilgisayarın gönderilmediği gibi, katılanın telefonla aramasına rağmen cevap verilmediği ve bu şekilde sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia ve kabul olunan somut olayda;

1)Sanıgın gazeteye verdiği ilanın sadece katılana ulaşmasına yardım-

cı olduğu, hileli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve katılanın aldatılmasında bir kolaylık sağlamadığı anlaşılmakla; eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen "basit dolandırıcılık" suçunu oluşturduğu gözetilmeden "basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık" suçunu oluşturduğunun kabulü ile TCK'nın 158/1-g maddesi uyarınca hüküm kurulması,

2) Katılanın, farklı zamanlarda sanığa ait iki farklı banka şubesine para göndermesi karşısında, bir suç işleme kararının icra kapsamında katılana yönelik dolandırıcılık suçunu değişik zamanlarda işleyen sanık hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan, 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince hükmün **BOZULMASINA,** 25.12.2013 tarihinde oybirliğiyle 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	
Nisan	10.65	2.52	9.17	10.72	3.74	
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		0.58	0.42	0.41	0.66	
Nisan	2.35	0.61	0.08	-0.51		0.60	0.87	1.52	0.42	
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		3.93	1.57	1.55	2.63	
Nisan	6.69	6.04	0.73	-0.01		4.55	2.45	3.09	3.06	
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		9.56	3.99	10.43	7.29	
Nisan	10.42	8.21	7.65	1.70		10.19	4.26	11.14	6.13	
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		6.53	7.29	8.02	8.08	
Nisan	2.52	9.17	10.72	3.74		6.87	6.79	8.59	7.66	
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:

2014 Yılında Uygulanacak olan 2013 yılı yeniden değerleme oranı %3,93

Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir.

Merkez Bankası'nın yayınladığı avans faizi oranlarına 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanuni faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankası'nın 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.

27.12.2013 tarihli resmi gazetede ve Merkez Bankası'nın web sitesinde reeskont avans faiz oranının %11,75 olduğu ilan edilmiştir. 31.12.2013 tarihinde Merkez Bankası'nın web sitesine bakıldığında oranın değişmediği görülmektedir. Bu durumda %11,75 oranı 2014 yılı için ticari temerrüt faizi oranı olarak uygulanacaktır. 30 Haziran itibarıyla eğer 5 puanlık bir değişim söz konusu olursa bu durumda 2014 yılının son altı ayı için 30 hazirandaki oran uygulanacak, 30 Haziran itibarıyla eğer 5 puanlık bir değişim olmaz ise (ki muhtemelen olmayacaktır) bu durumda %11,75 oranı yıl sonuna dek uygulanacaktır. Merkez Bankası Tedarik temerrüt faiziyle ilgili henüz bir güncelleme yapmamıştır.

Ekli faiz tablosunda 1 Ocak 2014 tarihli güncelleme yapılmıştır.

Sürelerle ilgili diğer tablolarda da 1 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, Tüketici, 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 alacaklarıdışında 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 normalişçi 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,aidatvs.tümkamualacakları Tahakkuktarihinitakipedenyılbaşındanitibaren5yıl içindetebliğedilmeyenveyatebliğedilmesinerağmen vadetarihinitakipedenyılbaşındanitibaren5yıliçinde işlemyapılmayanalacaklarzamanaşımınauğrar.(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,ikmalentarhiyatadayanantapuharçları, cezatahkikvetakiplerineaitmuhakememasrafı,vergi cezası,paracezasıvegecikmezammı,tecilekonuolan kamu alacaklarıdır. (213 m.112 f.4, 6183 m.48 Tamyargıvevergidavalarındahükmedilenmeblağın idarecehaksahibinegeçödenmesidurumundadatecil 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	Yabancıparaborcuihtivaedenkambiyoevrakları(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 **(İcratakiplerindeyabancıparailebirlikteoğününTürk 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 01.01.2013-31.12.2012 % 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 edilmişise zamanaşımı ve faiz başlangıcı bu tarihtir. Sözleşmede ödeme günü belirlenmemişise; teslimden öncefatura gönderilmişise teslimden itibaren, teslimden sonra fatura gönderilmişise faturanın alındığı tarihten itibaren, faturanın alım tarihi belli değilise 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 süreninsonu, zamanaşımı ve faiz başlangıcıdır Burada bahsedilen 30 günlük süreler yerine sözleşmeyle dahauzunsürelerkararlaştırılabilir. Ancakalacaklıküçük ölçekliişletme(KOBİ)iseveyaalacaklıtarımveyahayvan üreticisiiseveyaborçlubüyükölçekliişletmeise, teslim tarihinden veya faturanın alındığı tarihten veya gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren 60 günlük süreden dahauzunsürelersözleşmeyle 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 Aidatşeklindeolmayıpbirkeredeödenmesikararaltına 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**	Yabancıparaborcuihtivaedenkambiyoevrakları(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 (İcratakiplerindeyabancıparailebirlikteoğlününTürk 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 yürümeyeceğiilkesi 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

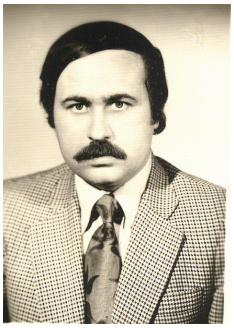
Baromuzun 13192 sicil sayısına kayıtlı

Av. CAHİT ÇAĞLAR

31/03/2013 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Bayburt'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olmuş, 1973 yılında Erzurum Bölge Barosu'nda mesleğini ifaya başlamış.1984 yılında da Erzurum Bölge Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11935 sicil sayısına kayıtlı

Av. TEVFİK UĞUR SÖKE

13/02/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Salihli'de doğmuş, 1970 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olmuş, 1973 yılında Ankara Barosu levhasına kaydolmuştur. 1980 yılında Balıkesir Barosu'ndan Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6382 sicil sayısına kayıtlı

Av. CAHİT ACAR

19/02/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Mengen'de doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

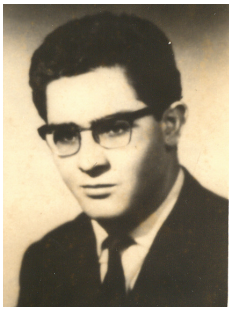
Baromuzun 22593 sicil sayısına kayıtlı

Av. MAHMUT GÖNÜLTAŞ

19/02/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1969 yılında İstanbul'da doğmuş, 1996 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9768 sicil sayısına kayıtlı

Av. FEYZULLAH SIRRI ERGÜN

26/02/2014 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Çanakkale'de doğmuş, 1966 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olmuş,1967 yılında Çanakkale Barosu'nda mesleğini ifaya başlamış, 1970 yılında kaydını Ankara Barosu'na naklettmiş olup, 1975 yılındada Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	36046	MEHMET	GÖKMEN	23/01/2014	SİNOP BAROSU
2	43739	MUSTAFA K.	GÜRÇAM	23/01/2014	MERSİN BAROSU
3	32875	BİLGİ	ÖZKAN	23/01/2014	BURSA BAROSU
4	42165	ÖMER FARUK	DERE	23/01/2014	BALIKESİR BAROSU
5	39395	AYKEN	GERGERLİ	23/01/2014	YALOVA BAROSU
6	39673	ÇİĞDEM	ERYILMAZ	23/01/2014	MUĞLA BAROSU
7	44095	ALİ GÜRKAN	AVCI	23/01/2014	BURSA BAROSU
8	29830	MUSTAFA	DEMİRBAĞ	30/01/2014	ANKARA BAROSU
9	45900	DENİZ	TUNCER	30/01/2014	ANKARA BAROSU
10	13783	ABDURRAHMAN	ÖZTÜRK	30/01/2014	EDİRNE BAROSU
11	34036	NURGÜL	ARAL	30/01/2014	SAMSUN BAROSU
12	46059	MEHMET	GÜRLEK	30/01/2014	HATAY BAROSU
13	40769	VİLDAN	TORUN YILDIRIM	30/01/2014	ANTALYA BAROSU
14	34364	ÖZGE	AYDIN ŞAHİN	30/01/2014	BİLECİK BAROSU
15	40302	AHMET	KANÇELTİK	30/01/2014	ANTALYA BAROSU
16	40282	BÜŞRA SEÇİL	SARINBAŞ	30/01/2014	ANKARA BAROSU
17	34528	ŞAHİN	DEMİR	06/02/2014	BURSA BAROSU
18	28183	FATİH	GÜRSOY	06/02/2014	MERSİN BAROSU
19	35050	BENGÜ	AKSOYOĞLU	06/02/2014	BURSA BAROSU
20	39529	GÜLLÜ	TEKELİ BOYACI	06/02/2014	ERZURUM BAROSU
21	33938	ÖZÜM	TEMİZ	06/02/2014	DENİZLİ BAROSU
22	28025	KÖRPE TUĞBA	ATAK	06/02/2014	ADANA BAROSU
23	43629	MURAT	KAHRAMAN	06/02/2014	BOLU BAROSU
24	43817	İBRAHİM ETHEM	DİKMEN	13/02/2014	KOCAELİ BAROSU
25	41948	PINAR	CANŞİ AKTAN	13/02/2014	NEVŞEHİR BAROSU
26	34751	AZİZ	YILMAZ	13/02/2014	KOCAELİ BAROSU
27	45538	BESİM KORAY	SARAÇOĞLU	13/02/2014	GAZİANTEP BAROSU
28	38431	HARUN	KURU	13/02/2014	MANİSA BAROSU
29	44100	GİLDA	ÇALIŞKAN	13/02/2014	ADANA BAROSU
30	44445	İSLİM	AĞILLI	20/02/2014	GAZİANTEP BAROSU
31	42760	BEKİR	UZER	20/02/2014	MUĞLA BAROSU
32	27074	SÜLEYMAN	ŞENSOY	20/02/2014	YALOVA
33	45108	NECAT	YAĞCI	20/02/2014	KARS BAROSU
34	44496	SİNAN	DURU	20/02/2014	VAN BAROSU
35	43994	İREM	NANE	20/02/2014	KARABÜK BAROSU
36	43851	ESRA	AKYOL	20/02/2014	KÜTAHYA BAROSU
37	42828	GÜLAY	ÇOBAN	26/02/2014	AFYON BAROSU
38	25483	CELİL	BULDU	26/02/2014	TEKİRDAĞ BAROSU
39	39842	REFİK	YILMAZ	26/02/2014	KONYA BAROSU
40	33942	ALİ SAMİ	ER	26/02/2014	İZMİR BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	45755	SÜREYYA	SEVEN OY	23/01/2014
2	36731	YUSUF	ZİLELİ	23/01/2014
3	45701	DUYGU	DURSUN	23/01/2014
4	23674	AHMET	ŞENOL	23/01/2014
5	20455	CİHAN	ALABAY	23/01/2014
6	28295	YUSUF	YAVUZ	23/01/2014
7	20280	ÖMER	DUMAN	23/01/2014
8	44857	SERVİ	BAYRAKTAR	23/01/2014
9	23638	ZAFER	TURAN	23/01/2014
10	30015	ŞENOL	GENÇ	23/01/2014
11	24806	ÖZLEM	AKDENİZ	23/01/2014
12	41503	SERDAL	SARIDAG	23/01/2014
13	22765	NÜKET	POLATLAR	23/01/2014
14	28049	SİBEL	DEMİR	23/01/2014
15	26418	MERVE	ŞEN	23/0172014
16	22915	ERCAN	ÖZKAN	23/01/2014
17	37628	REYHAN	MERCAN	23/01/2014
18	25937	SAFFET	YILMAZ	23/01/2014
19	21979	CELAL	KAPTAN	23/01/2014
20	29539	ONAY	GÖRGÜN	23/01/2014
21	23629	TÜRKAN	BAYRAK KARA	23/01/2014
22	29161	KÜRSAD	DEMİR	23/01/2014
23	30874	İPEK	PAKEL	23/01/2014
24	34068	BÜŞRA	İLHAN	23/01/2014
25	21279	UFUK	ÖZBİR	30/01/2014
26	21154	GUNAY	ERKAN	30/01/2014
27	26470	BUKET	ÇÖMLEKOĞLU AKSÜNGER	30/01/2014
28	26311	CEBRAİL	GÜLDÜREN	30/01/2014
29	27214	FİKRİ	ARSLAN	30/01/2014
30	21513	MUSTAKİM	TÜRKYILMAZ	30/01/2014
31	20765	NURETTİN	BURAN	30/01/2014
32	25976	MEHMET ANIL	ARSLANOĞLU	30/01/2014
33	5949	ALİ	YAŞAR	30/01/2014
34	33128	SEMRA	DOST TÜRK	30/01/2014
35	5819	TUĞRUL	ALTAN	30/01/2014

36	25634	AHMET	AVŞAR	30/01/2014
37	25475	SEYİT AHMET	ERİKLİ	30/01/2014
38	32439	SEDAT	SOYDEMİR	30/01/2014
39	31550	SELÇUK	DURSUN	30/01/2014
40	24973	MAHMUT	AYYARKIN	30/0172014
41	24884	KADİR	ÖZDEMİR	30/01/2014
42	29700	ASLIHAN	BEYDİLLİ KINIK	30/01/2014
43	24633	OKTAY	ALTUNIŞIK	30/01/2014
44	42235	DEVRİM	YETİŞKİN	30/01/2014
45	39753	MÜĞE	ERTÜRK EROĞLU	30/01/2014
46	25001	CEMAL ALPER	TAHMİSCİOGLU	30/01/2014
47	24627	KAMİL	BOYRAZ	30/01/2014
48	28675	MUZAFFER	GEYİK	30/01/2014
49	25690	MURAT	GÖKAY	30/01/2014
50	25775	ÖZLEM	ARSLAN	30/01/2014
51	25823	DİLEK	ERDOĞAN UÇAR	30/01/20104
52	25948	MEHMET FATİH	ÇAVUŞ	30/01/2014
53	45288	BARAN ALİ	GÖKA	30/01/2014
54	26070	AHMAT	ÖREN	30/01/2014
55	24614	HAYRI SÜREYYA	EGEMEN	30/01/2014
56	46100	EMİNE	DEVELİ	30/01/2014
57	26415	NEZİF	YÜCEL	30/01/2014
58	26544	FATİH	CAKIR	30/01/2014
59	24140	ÖMER FARUK	AKSUNGER	30/01/2014
60	27667	YASİN	ARSLAN	30/01/2014
61	27839	ALİ	TONTUR	30/01/2014
62	28328	NUH METE	HATİPOĞLU	30/01/2014
63	24046	OĞUZHAN	KAYA	30/01/2014
64	45228	MUZAFFER	ÇİLİNGİROĞLU	30/01/2014
65	20462	YASEMİN	KARATAŞ	30/01/2014
66	35293	SEDAT	YILMAZ	30/01/2014
67	24044	BÜLENT	KILIÇ	30/01/2014
68	31836	MAHMUT SAMİ	DEMİR	30/01/2014
69	23645	MUSTAFA	NAR	30/01/2014
70	31751	RUKİYE NUR	BOLCAN	30/01/2014
71	31546	ORHAN BİRKAN	TOPAL	30/01/2014
72	23006	YUSUF	DEMİR	30/01/2014
73	31541	ASEF	KORKMAZ	30/01/2014

74	31495	BAHİYE	BOZDEMİR	30/01/2014
75	22944	İLHAN	SOYLU	30/01/2014
76	33614	MUSTAFA	EDİBALİ	30/01/2014
77	34143	BETÜL	YALIM	30/01/2014
78	34220	NUR	AGAL	30/01/2014
79	31283	ÖMER FARUK	AYVAZ	30/01/2014
80	31103	OSMAN	KARATAŞ	30/01/2014
81	22500	EKREM	DEMİRER	30/0172014
82	30010	TUBAHAN	BİLİCİ	30/01/2014
83	29752	GÜLSEN	ÜNSAL	30/01/2014
84	22343	YILMAZ	ARSLAN	30/01/2014
85	26009	ALİ KEMAL	GÜLAY	30/01/2014
86	28727	MEHMET HALUK	SEZGİN	30/01/2014
87	28844	SELÇUK	HAKMAN	30/01/2014
88	30948	SİBEL	KAYMAKÇI TEKEL	30/01/2014
89	30769	ZAFER	YAMAÇ	30/01/2014
90	30978	GONCA	TÜTKEEŞ	30/01/2014
91	28662	DİLVİN	ATALAY ASLAN	30/01/2014
92	45615	EMRE	EVCİ	30/01/2014
93	22248	MESUT	YAZGAN	30/01/2014
94	28572	YUSUF	KAÇAR	30/01/2014
95	28540	FARUK	HANÇER	30/01/2014
96	22240	SALİH ZEKİ	BİLGİN	30/01/2014
97	32725	FEHMİ	GÜNBELDEK	30/01/2014
98	30027	CEM	ALTUNSOY	30/01/2014
99	30873	FİLİZ	DEMİR	30/01/2014
100	31322	HAYRI ERDİNÇ	ERTÜRK	30/01/2014
101	37467	HİKMET	GÜLEÇ	06/02/2014
102	24957	AHMET	AKSU	06/02/2014
103	44758	ALİCAN	MERT	06/02/2014
104	46092	ŞULE	ARSLAN	13/02/2014
105	43979	BUĞRA	KESİCİ	13/02/2014
106	40822	ALİ	ÖZBEY	13/02/2014
107	34203	AYSUN	YAMAN	13/02/2014
108	9642	YUSUF	KARACAN	13/02/2014
109	46564	SEVGİ	ACAR	26/02/2014
110	11027	SELAHATTİN	TUTKAVUL	26/02/2014
111	34920	GÜLSEDA	ARSLAN GAGA	26/02/2014

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

ACENTE SÖZLEŞMESİ 616
ACİZ VESİKASI (KESİN-GEÇİCİ) 578
ADİ ORTAKLIK 526
ADLİ YARDIM TALEBİ 600
ADRES KAYIT SİSTEMİ 564
AİLE MAHKEMESİ 493
ALTI HAFTA KOŞULU 498
ALT İŞVERENLİK 604
ANA VE BABANIN RIZASI 498
ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 625
AYRIMCILIK TAZMİNATI 545

B

BABANIN RIZASI 496
BABANIN SORUMLULUĞU 503
BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ 537
BANKADAKİ PARANIN HACZİ 455
BERAAT EDEN SANIK 644
BERAAT KARARI 647
BİRDEN ÇOK SANIK 645
BİRDEN FAZLA İLAM BORÇLUSU 531
BİRİKMİŞ NAFAKA 530
BONO 483
BORÇLUNUN İTİRAZLARININ SONUÇLARI 513
BORÇLUYA TEBLİGAT 560
BORÇ SORUMLULUĞU KAPSAMI 531
BORCU KABUL 572
BORDROLARDAKİ ÖDEMELER 606

D

DAVADA GÖREV 499
DAVA DEĞERİ 524
DAVA DİLEKÇESİ 521
DAVA DİLEKÇESİNDE %50 KUSUR KARŞILIĞI İSTEMDE BULUNULMUŞSA YÜKSELEN KUSUR ORANINA GÖRE İSTEMDE BULUNULAMAZ. ZIMNİ FERAGAT VARDIR. 460
DAVA DİLEKÇESİNDE İSTENMEYEN ZARAR 580
DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI 602
DOĞUM 498
DOLANDIRICILIK SUÇU 648

E

EMEKLİLİK NEDENİYLE FESİH 545
EMEKLİ MAAŞININ HACZEDİLMESİ 530
EŞLERİN BİRLİKTE EVLAT EDİNMELERİ 494
EVLAT EDİNENİN ÖLMESİ 500
EVLAT EDİNME 493, 495, 496, 498, 499, 500, 501

F

FAİZ HESAB 486
FAZLA MESAİ 606
FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNE GÖRE MALIN FİNANSAL KİRACI ELİNDE OLMASI 626

G

GEÇERLİ FESİH 537
GEÇERLİ FESİH KOŞULLARI 540
GEMİYE SATILAN MALZEME 556
GENEL TATİL 606
GERÇEK FESİH SEBEPLERİ 521
GERÇEK İŞVEREN 616
GEREKÇELİ KARAR 547

GÖREVLİ MAHKEME 491, 508, 582, 590
GÜNLÜK ÇALIŞMADA DİNLENME SÜRESİ 611

H

HAKLI FESİH 517, 521, 537, 602
HER AY DÜZENLİ OLARAK YAPILAN ÖDEMELER 518
HESAP YÖNTEMİ 534
HİLELİ DAVRANIŞ 648
HİSSE DEVRİ 464
HİZMET SÖZLEŞMESİ 518, 618
HİZMET TESPİTİ 598
HMK ÖNCESİ AÇILAN DAVA 491
HUSUMET 604

I

İBRANAME İÇERİĞİ 520
İCRA HUKUKUNDA SÜRELER 559
İCRA İNKAR TAZMİNATI 614
İCRA KEFALETİ 568
İCRA SATIŞ 570
İDARİ YARGI 511
İFLAS ERTELEME 626
İHALENİN FESHİ 560
İHALENİN FESHİ TALEBİNİN REDDİ HALİNDE İHALE BEDELİNİN %10'U ORANINDA PARA CEZASINA HÜKMEDİLECEĞİ 562
İHTİYATİ HACİZ TALEBİNİN KABULÜ GEREKTİĞİ 583
İHTİYATİ HACZE İTİRAZ 452
İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI 609
İLAM NİTELİĞİ 568
İLK PEŞİN SERMAYE DEĞERİNİN SAPTANMASINDA UYGULANACAK ULUSAL MORTALİTE TABLOS 550

İMAR KISITLAMALARINDAN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARI 511
İMZA İTİRAZI 569
İNTERNET YAYINI 508
İŞ AKDİ 517
İŞÇİLİK ALACAKLARI 614
İŞÇİLİK HAKLARI 534
İŞÇİNİN İŞÇİYE HAKARETİ 602
İŞÇİNİN İSTİFASI 622
İŞÇİNİN İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ 621
İŞÇİYE HAKARET 544
İŞE İADE DAVASI 614
İŞ GÖRMEZLİK 592
İŞ KANUNU KAPSAMI 612
İŞ KANUNU UYGULAMASI 576
İŞ KAZASI 553, 590, 596
İŞ KAZASI NEDENİYLE MADDİ 594
İSKONTOLAMA ORANININ %10 DEĞİL %5 İSKONTO ARTIRIM ORANI ÜZERİNDEN YAPILMASI GEREKTİĞİ 550
İSPAT KÜLFETİ 517, 569
İŞ ŞARTI 609
İSTİFA DİLEKÇESİ 521
İSTİFANIN ARAŞTIRILMASI 622
İSTİFANIN DEĞERLENDİRİLMESİ 622
İSTİHKAK İDDİASI 455
İŞVERENİN GERÇEK NİYETİ 621
İŞVERENLİĞİN MALİ KAYITLARI 520
İŞYERİ MÜDÜRÜ 544
İTİRAZIN KALDIRILMASI 478
İTİRAZ KANUN YOLU 637
İZLENECEK YOL 493,499,500, 600

K

KAÇINILMAZLIK 596
KAMBİYO SENEDİ 572
KANUNİ REHİN HAKKI 556
KARAR DÜZELTME 573
KARGO ŞİRKETİ 616, 618
KASKO BEDELİ 584
KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 629
KAZANÇ KAYBININ İHTİYARİ MALI MESULİYET POLİÇESİ KAPSAMINDA OLMADIĞI 580
KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI 527
KEŞİF 527
KESİNLEŞMEME KOŞULU 452
KILAVUZLUK HİZMETİ 590
KİRA ALACAĞI 513
KİRA BORCUNA İTİRAZ 478
KİRA SÖZLEŞMESİ 478
KİRA UYARLAMA DAVASI 582
KISA KARAR 547
KİŞİLİK HAKLARI 508
KISMİ ÇALIŞMA 534
KOOPERATİFTEN AYRILAN ORTAĞIN HAKLARI 628

L

LİMİTED ŞİRKET ORTAĞI 464

M

MADDİ ZARAR 596
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ 507
MANEVİ TAZMİNAT 504, 544, 553, 594
MANEVİ TAZMİNAT DAVASI 587
MAZERET BİLDİRİMİ 602

MECBURİ DAVA ARKADAŞLIĞI 514
MENFİ TESPİT DAVASI 483
MİRASÇILARIN KİRALAYAN SIFATI 514
MUVAZAA 604
MUVAZAALI ACENTE 618

O

ÖDEME TARİHİ 483
ONDÖRT YAŞ ALTI ÇOCUKLAR 612
ÖN SORUN KOŞULU 496
ORTAKLIĞIN TASFİYESİ 526
ÖZ ANNE İLE KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI 501
ÖZEL YETKİ 447

P

PEŞİN DEĞER İNDİRİMİ 596
PRİM BORCU SORUMLULUĞU 464

R

RADYOLOJİ VE RADYUMLA TEDAVİ KOŞULLARI 533
REHİNLİ ARAÇ 570
RESMİ KAYITLAR 574
RESMİ TATİL 559

S

SATIŞ İLANI 560
SİGORTA ŞİRKETİNCE YAPILAN ÖDEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ 580
SIRA CETVELİ 570
ŞİRKETİ TEMSİL 589
SÖZLEŞME KURALI 576
ŞUA İZNİ ALACAĞI 533
ŞÜPHE FESHİ 540

SÜREKLİ İŞGÖREMEZLİK DERECESİNİN BELİRLENME PROSEDÜRÜ 594
SÜRÜCÜ BELGESİNE SAHİP OLMAYAN KİMSENİN KULLANDIĞI ARAÇTA KASKO TEMİNAT POLİÇESİNDEN SÖZ EDİLEMEZ. 473

T

TAHKİM SÖZLEŞMESİ 447
TAKİBİN İPTALİ 572
TAKİPTE TARAF EHLİYETİ 564
TAMAMEN ISLAH 580
TANZİM TARİHİ 483
TARAFLAR 625
TASARRUFUN İPTALİ 578
TASARRUFUN İPTALİ DAVASI 583
TAŞINMAZ SATIŞI 560
TAZMİNAT 592
TAZMİNAT DAVASI 647
TAZMİNAT ORANININ BELİRLENMESİ 504
TEBLİGAT 564
TEDBİR TALEBİ 508
TEK GÖZÜ OLMAYAN SÜRÜCÜNÜN EHLİYETİ İPTAL EDİLİR 473
TEMYİZDE KESİNLİK SINIRI 524
TERKİN DAVASI 625
TİCARETİ TERK SUÇU 637
TRAFİK KAZASI 584, 587
TRAFİK SİGORTACISI TARAFINDAN ÖDENEN TAZMİNATIN RÜCUEN TAHSİLİ DAVASINDA GÖREVLİ MAHKEME ASLİYE TİCARET MAHKEMESİDİR. .. 585
TÜZEL KİŞİLERE TEBLİGAT 574

U

ÜCRET ALACAĞI 517
ÜNİVERSİTE ÖĞRENCİSİ 503
USULİ KAZANILMIŞ HAK 516
UYUŞTURUCU KULLANMA SUÇU 632

V

VEKALET ÜCRETİ 604, 644, 645
VEKİLİN İŞLEMLERİ 447
VEKİLİN YETKİSİ 589
VELAYET SAHİBİ ANA VE BABANIN DURUMU 495

Y

YABANCI BAYRAKLI GEMİ 590
YABANCI PARA ALACAĞI 486
YARDIM NAFAKASI 503
YARGITAY BOZMASININ KAPSAMI 516
YASA DIŞI KANITLAR 507
YENİDEN KARAR DÜZELTME TALEBİ 573
YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞU 629
YÜKSEK VOLTAJLI ELEKTRİKTEN DOĞAN ZARAR 557

Z

ZAMANAŞIMI 68