İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

EYLÜL - EKİM 2011

CİLT: 85 • SAYI: 2011/5 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

EYLÜL - EKİM 2011

CİLT: 85 • SAYI: 2011/5 ISSN 1304-737X

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. Başar YALTI
Av. İsmail ALTAY
Av. Hasan KILIÇ

•

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. Sevgi BARUTÇU
Av. Hakan MURAN

•

Yönetim Yeri
Av. Orhan Adli Apaydın Sokak Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 (197) / Faks: (0212) 245 68 00
Web: www.istanbulbarosu.org.tr
E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Tasarım / Uygulama
Fatih ÖZER

•

Baskı
TUYA Matbaacılık Reklam, İnş. ve Dış Tic. San. Ltd. Şti.
Yenidoğan Mh. 50. Sk. No: 22/A Zeytinburnu - İstanbul
Tel: (0212) 679 40 41 / Faks: (0212) 679 12 11

Baskı: Ekim 2011

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

•••

Dergide yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı YAZIM KLAVUZU esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması, dekonu Derginin gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52 'ye fakslanması yeterlidir.
(Dergi, İstanbul Barosu üyelirine ücretsizdir.)

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN XI

YAZILAR

Prof. Dr. Baki KURU / Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ BAŞLICA YENİLİKLER.....3

Prof. Dr. Sibel ÖZEL
KAMUDA İKİ DİLLİ YAŞAM TALEBİ DEMOKRATİK BİR HAK MIDIR?.....44

Doç. Dr. Muzaffer KAHVECİ / Av. Nazlı CAN
UYDULARLA KONUM BELİRLEME SİSTEMLERİ (GNSS) VE
YASAL ALTYAPI SORUNLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER.....63

Av. Başar YALTI
AVUKATIN YARGILAMADAKİ YERİ VE ÖNEMİ.....81

Av. Oya Şahin MCCARTHY
SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN BİR SINIRI OLARAK
TÜKETİCİ HUKUKU VE UYGULAMASI.....85

Av. Engin TUZCUOĞLU
ŞİKE VE TEŞVİKTE TFF DİSİPLİN YARGILAMASI.....108

B. Kerem GÖKTAŞ
TORBA YASA İLE GETİRİLEN SİGORTA PRİMİ DESTEĞİ.....120

Av. Cuma Arif DEMİR
İŞLETMEYE BAĞLI AYNI İŞ KOLUNDA EN AZ OTUZ İŞÇİ ÇALIŞMASI.....125

Arş. Gör. Nur BOLAYIR
HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE YETKİ SÖZLEŞMELERİ.....131

Şükrü SAY
VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK BİLGİ VE
BELGELERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TEMİN EDİLMESİ.....148

Burçin BAYBURTLU
KİRALIK AİLE KONUTLARINDA KİRA SÖZLEŞMESİNE
TARAF OLMAYAN EŞİN HUKUKİ DURUMU.....157

Dilara YÜZER
TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA DEĞİŞMEZLİK YASASI.....175

Av. Nilüfer KARGI
MARKA HUKUKUNDA RÜÇHAN HAKKI.....192

Av. Hakan TOKBAŞ
ALDATICI REKLAM VE HUKUKİ SONUÇLARI.....210

Av. Tayfun ERCAN
6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU İLE ŞİRKETLER
HUKUKUNA GETİRİLEN YENİLİKLERİN MALİ HUKUKA YANSIMASI.....219

Erdoğan GÖKÇE
MİRASÇILIK BELGESİ DÜZENLEME YETKİSİNİN
NOTERLERE VERİLMESİ ÜZERİNE GÖRÜŞLER.....235

Av. İlker Hasan DUMAN
İNŞAAT HUKUKU SORUNLARINDA SÖZLEŞME İLE
SORUMLULUKTAN KURTULMA (SORUMSUZLUK ANLAŞMASI) 243

Av. Alev Seher TUNA
ULUSLARARASI ÇEVRE SÖZLEŞMELERİ VE TÜRKİYE.....257

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 267
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 311
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi.....313
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 316
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 319
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 320
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 323
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 345
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 354
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 387
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 391
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 401
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 403
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 407
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 410
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 417
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 419
Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları 426

DANIŞTAY KARARLARI

Kararlar 457

UYGULAMADAN DOSYALAR

Dosyalar 469

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI

Disiplin Kurulu Kararları 479

YARARLI BİLGİLER

Tablolar, Çizelgeler 487

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER, AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 499
Nakiller 503
Ayrılmalar 504

KAVRAMLAR

Kavramlara Göre Arama Dizini 505

YAYIN KURULU'NDAN

ADLİ YARGIDAKİ YENİLİKLER

Yeni adli yıla girdik. Bu adli yıl açılış törenlerinde de uygulamadan hukukçular, yargının genel sorunlarına değindiler. Konuşmalarda genel olarak adil yargılanma hakkı çerçevesinde ivedi yargılama süreci ve uzun süreli tutukluluk konuları üzerinde duruldu. Son dönemde yaşadığımız kimi yargılama ve duruşmaların etkisi de açılış etkinliklerine yansıdı.

İstanbul Barosu avukatları, bu adli yılda yeni adliye binasında çalışmalarını sürdürecekler. Her biri kentin çeşitli yerlerine dağılmış adliye binaları meslektaşlarımızın işlerini oldukça zorlaştırıyordu. Ticaret mahkemeleriyle icra daireleri bile aynı yerde değildi.

Yeni "adliye sarayı" ile bu sorunların aşılmasını umarken, başka sorunlarla karşılaştık. Örneğin avukatlar çanta aramasıyla karşılaştı. Adliye otoparkları fahiş ücretler talep ediyor. Baronun avukatlara sunduğu su hizmeti polis zoruyla kaldırıldı. Su sebilleri "suç delili" sayıldı. Yeni adliye yeni sorunlara neden olmamalı, aksine yargılama hayatını kolaylaştırmalı.

Adli yıl ile birlikte hukukçuların yaşadığı yenilikler adliye binasıyla sınırlı değil. Bilindiği üzere temel kanunlardan HMK, TTK ve BK da tümüyle değişti.

Yürürlüğe girmek üzere olan yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu üzerine bu sayımızda "hukukçuların kutbu" olarak niteleyebileceğimiz değerli hocamız **Prof.Dr. Baki Kuru** ile **Prof.Dr. Ali Cem Budak**'ın konuyla ilgili olarak düzenlenen bir paneldeki gözden geçirilmiş sunumlarından oluşan yazısına yer veriyoruz.

Hukuk yargılaması konusunda getirilen tüm değişiklikler ve de yenilikler bu yazıda ele alınıyor ve de tüm avukat meslektaşlarımıza ışık tutuyor. Değerli akademisyenlerimize, dergimize ve dolayısı ile siz meslektaşlarımıza sundukları bu katkılardan dolayı teşekkür ediyoruz.

Her zamankinden farklı olarak bu sayıda makale sayısındaki artış dikkatli okurların gözünden kaçmayacak. Hem yeni yasaların getirdiği değişiklikler hem de bazı güncel olaylar yazı sayımızı arttırmamızı zorunlu kıldı.

Yayın kurulumuzun özel istemini kırmayarak değerli zamanlarından özveri gösterip sporda şike tartışmaları çerçevesindeki gelişmeleri hukuki boyutuyla ele alan Baromuz Spor Hukuku Komisyonu önceki başkanı **Av. Engin Tuzcuoğlu**'na ve Tüketici Hukuku alanında temel kavramlara değinen yazısıyla **Av. Oya Şahin Mccarthy**'ye de teşekkür etmeyi borç biliyoruz.

Bundan sonra da güncel gelişmelere hukuki bakış açıları getiren makalelere yer vermeye özen göstereceğiz. Makale zenginliğine Yargıtay kararlarındaki çeşitlilik de eşlik edecek elbette.

Yeni adli yılda tüm meslektaşlarımıza sağlık ve başarılar dileriz.

YAYIN KURULU

Av. Turgan ARINIR

"1979 - 1983 yılları arasında dergimizin yayın kurulu başkanlığını yapan, zor dönemlerde zor sorumluluklar ve görevler üstlenmiş olan Av. Turgan ARINIR'ı kaybetmiş olmanın derin üzüntüsü içindeyiz."

Yayın Kurulu

YAZILAR

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ BAŞLICA YENİLİKLER

Prof. Dr. Baki KURU[1] Prof. Dr. Ali Cem BUDAK[2]

Bu çalışma, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun getirdiği yenilikler hakkında verilen bir dizi konferansın notlarından oluşmaktadır. Bu konferans, 6 Mayıs 2011 tarihinde Türkiye Bankalar Birliği'nde, 14 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul Barosu Bakırköy Temsilciliğinde (Bakırköy'de), 20 Mayıs 2011 tarihinde Gazikent Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Gaziantep Barosu'nun işbirliği ile Gaziantep Barosu'nda, 28 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul Barosu Kadıköy Temsilciliğinde (Kadıköy'de) ve 17 Haziran 2011 tarihinde İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezinde (İstanbul Barosu'nda) verilmiştir.

Konferansın amacına uygun olarak, bu notların amacı da, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çok yönlü ve kapsamlı olan yeniliklerinin sadece başlıcalarını, uygulamada ortaya çıkaracağı özellikler bakımından tanıtmaktan ibarettir.

Birinci Bölüm: **Prof. Dr. Ali Cem BUDAK'ın konuşması**

1. HMK'nın yürürlüğe girmesi

A. HMK'nın yürürlüğe girmesi ile ilgili temel kural

19 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) yerini alacak olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), beş yıl kadar süren hazırlık çalışmaları sonunda, 12 Ocak 2011 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

HMK'nın 451. maddesinde, bu Kanunun 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

Yeni Türk Borçlar Kanunu ve yeni Türk Ticaret Kanunu'ndakinin aksine, HMK'nın ayrı bir "yürürlük kanunu" yoktur. Yeni HMK hükümlerinin zaman itibarıyla uygulanması konusundaki kural, HUMK m.578'de olduğu gibi tek bir kanun maddesiyle düzenlenmiştir. "Zaman bakımından uygulanma" kenar başlıklı 448. maddeye göre:

"**Bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır**."

Bu kural, hakların himayesi bakımından daha iyi usuller öngördüğü kabul edilmesi gereken yeni usul hükümlerinin, devam etmekte olan davalar bakımından da hemen uygulanmaya başlanması düşüncesine dayanır. HMK'nın

[1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Emekli Öğretim Üyesi
[2] Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Öğretim Üyesi

geçici 1. maddesinin 1. fıkrası, bu kuralı

"**Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri**, **Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz**."

şeklinde, görev ve yargı yolu bakımından tekrar etmekte ise de, aynı ilkenin mesela mahkemelerin yetkisi bakımından da geçerli olduğunda tereddüt etmemek gerekir.

Ancak, HMK'nın geçici madde 1, fıkra 2 hükmüyle bu kurala istisna getirilmiştir. Bu hükme göre:

"**Bu Kanunun**, **senetle ispat**, **istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz**."

Türk hukukunda, parasal sınırlar ile ilgili usul hükümlerinde daha önce yapılan kanun değişikliklerinde böyle bir yürürlük hükmüne rastlanmamaktaydı. Kanun koyucunun bu tercihinin sebebi (kanunun derhal yürürlüğe girmesi kuralı bakımından, parasal sınırlar konusunda niçin bir istisnaya ihtiyaç duyulduğu) gerekçeden anlaşılamamaktadır. Bu kurala göre, örneğin yeni kanun temyizde duruşma sınırını 60.000 TL'na yükseltilmiş olmasına rağmen (HMK m. 369), halen 15.620 TL olan temyizde duruşma sınırı (HUMK m. 438), 1 Ekim 2011 tarihinden önce açılmış davalarda, 1 Ekim 2011'den sonra verilen kararların temyizinde de uygulanmaya devam edecektir.

B. Eski kanuna göre yapılan hukuki işlemlerin geçerliliği

1. Yazılı şekil

HMK'nın yürürlüğe girmesi ile ilgili özel bir hüküm de geçici 2. maddede yer almaktadır; bu hükme göre:

"**1086 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde usulüne uygun olarak düzenlenmiş bulunan senetler**, **bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da geçerliliklerini korur**."

Bu yürürlük hükmünde "senedin geçerliliği" sözüyle kastedilen, senette yer alan hukuki işlemin geçerliliği; daha açık bir ifadeyle, geçerliliği yazılı şekle bağlı hukuki işlemler bakımından, senedin yazılı şekil şartını yerine getirmiş sayılıp sayılmayacağı meselesi olmalıdır. Buna göre, gerekçede bir açıklık olmamakla birlikte, HMK geçici madde 2 hükmünün bir maddi hukuk hükmü olduğu ve bu hükmün, yazı bilmeyen veya imza atamayacak durumda olanların yaptığı ihtiyar heyeti onaylı senetlerle ilgili HUMK m. 297 hükmünü değiştiren yeni HMK m. 206 ile ilgili olduğu kanısındayım. Yeni Kanunumuzun "**İmza atamayanların durumu**" kenar başlıklı 206. maddesi şöyledir:

"(**1**) **İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi**, **noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır**.

(**2**) **İmza atamayan kimselerin**, **cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür**, **kazınmış imza**, **işaret veya parmak izinin**, **işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına**

basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya bağlı değildir.

(3) Yukarıda belirtilen hükümler dairesinde noterlerce düzenlenecek olan senetler için ilgilisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmaz."

İşte HMK geçici madde 2 hükmüne göre, yazı bilmeyen veya imza atamayacak durumda olanlar tarafından kanunun yürürlüğe gireceği 1 Ekim 2011 tarihinden sonra (o tarihte yürürlükten kalkmış olacak HUMK m. 297'deki usulle) yapılabilecek ihtiyar heyeti onaylı senetler yazılı şekil şartını yerine getirmek bakımından geçerli sayılmayacak; ancak, anılan tarihten önce, aynı usule göre yapılmış olan ihtiyar heyeti onaylı senetler, yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra da geçerliliklerini muhafaza edecektir.

Yazı bilmeyen veya imza atamayacak durumda olanların yazılı şekle tabi hukuki işlemleri konusunda, 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu'nda da bir yenilik mevcuttur. Yeni Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmeden (13 Şubat 2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunun 213. maddesiyle) değiştirilen "**İmza**" kenar başlıklı 15. maddesinin 3. fıkrasına göre

"**Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.**"

Bu kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesine göre, her iki yeni kanunumuz da yürürlüğe girdiğinde, imza atamayanlar için ikili bir durum ortaya çıkacaktır: Görme engelli oldukları için imza atamayan kişilerin imzaları, imza atılırken tanık talebinde bulunmamışlarsa, noter işlemine ihtiyaç duyulmaksızın geçerli sayılacak; görme engeli dışındaki bir sebeple (mesela yazı bilmedikleri için) imza atamayanların imzaladıkları senetlerdeki hukuki işlemler ise, ancak senedin noter tarafından düzenleme biçiminde yapılması halinde geçerli sonuç doğuracaktır.

2. Usulî sözleşmeler

HMK, yetki sözleşmeleri ve delil sözleşmeleri hakkında, zayıf durumda olan sözleşme tarafını korumaya yönelik yeni hükümler içermektedir. Bu değişikliklerden delil sözleşmeleriyle ilgili olanı (HMK m. 193), "taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren" delil sözleşmelerinin hükümsüz olduğunu öngörmekte olduğundan, dürüstlük kuralının tekrarından ibaret sayılabilir.

Yetki sözleşmeleri ile ilgili değişiklik (HMK m.17) ise, (sadece) tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılacak yetki sözleşmelerinin geçerli olduğunu öngörmekle, tacir olmayanlar ve özellikle tüketiciler ile yapılan sözleşmelerde yer alan yetki sözleşmelerinin hükümsüz sayılması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere de uygun olan bu değişiklik, kanımca isabetli olmuştur.

Yetki sözleşmelerinin geçerliliğini "tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında" yapılan sözleşmelerle sınırlayan bu kanun hükmünün, HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce yapılan yetki sözleşmelerine uygulanamayacağı kanısındayım. Çünkü, usuli sözleşmeler, kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddi hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hükümlere tabi olup, kanımca bu durum

yeni kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler bakımından da geçerlidir. Türk Borçlar Kanununun Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesinin 1. cümlesine göre:

"**Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere**, **bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına**, **bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse**, **kural olarak o kanun hükümleri uygulanır**." (Benzer şekilde bkz. Türk Medeni Kanununun Yürürlük Kanunu m. 1, fıkra 2.)

Buna göre, kanımca, eski kanun (HUMK) zamanında (1 Ekim 2011'den önce) yapılan yetki sözleşmeleri, tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa da, geçerliliklerini muhafaza edecektir.

HMK m.193(2) hükmünün konusunu oluşturan "taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren" delil sözleşmeleri ise, dürüstlük kuralına aykırı olduklarından, HMK'nın henüz yürürlüğe girmediği dönemde yapılmış olsalar bile geçerli değildirler.

3. İstinafa (Bölge Adliye Mahkemelerine) ilişkin hükümler

HUMK'un kanun yollarına ilişkin hükümleri 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5236 sayılı Kanun'la değiştirilmiş; bu değişiklikle tek dereceli olan kanun yolu sistemimiz, istinaf ve temyiz dereceleri olmak üzere iki dereceli hale getirilmiş idi. Ancak, HUMK'a 5236 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile eklenen Geçici 3. madde şu hükmü içermektedir:

"**Bölge adliye** [istinaf] **mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar**, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin** [07.10.2004 tarihi itibarıyla] **yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur**."

Bölge Adliye Mahkemeleri Adalet Bakanlığı'nın 05.06.2007 tarih ve 26543 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile kurulmuş; fakat içinde çalışacakları binalar hizmete girmediği ve hâkimlerinin tümü atanmadığı için göreve başlayamamıştır. Bu nedenle, HUMK'a 5236 sayılı Kanun'la eklenen yeni kanun yolu hükümleri yürürlüğe girememiştir (bkz. Adalet Bakanlığı internet sayfasında 22.05.2007 tarihinde yayımlanan duyuru). HMK'nın 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girecek olması sebebiyle, söz konusu HUMK hükümlerinin bundan sonra da yürürlüğe girmesi söz konusu olmayacaktır.

Ancak HUMK'da yer alan istinaf hükümleri, hemen hemen hiç değiştirilmeden, HMK'ya da alınmıştır.

Adalet Bakanlığının şimdiye kadarki hazırlık çalışmaları dikkate alındığında, istinaf mahkemelerinin HMK'nın yürürlüğe gireceği 1 Ekim 2011 tarihinde göreve başlayacağı tahmin edilmekte idi. (Bkz. Adalet Bakanlığı Stratejik Planı (2010-2014), s. 67; Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı, s. 10.)

Ancak, 6217 sayılı Kanun değişikliği, istinaf mahkemelerinin HMK'nın yürürlüğe gireceği 1 Ekim 2011 tarihinde dahi göreve başlayamayacağını göstermektedir; bu kanunla HMK'ya eklenen yeni geçici 3. madde şöyledir:

"(**1**) **Bölge adliye mahkemelerinin**, **26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş**,

Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 Sayılı Kanun'un bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır."

Bu kanun hükümlerine göre, HUMK'un istinafa ilişkin yasal düzenlemelerin yapıldığı 2004 yılında geçerli olan temyiz ve karar düzeltme hükümleri, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar bütün davalarda; Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başladıktan sonra ise söz konusu "göreve başlama" tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında olmak üzere, uzunca bir süre daha uygulanmaya devam edecektir.

II. HMK'nın yürürlüğe girmeden değişen hükümleri

2011 yılının Şubat ve Nisan ayında yapılan kanun değişiklikleri ile, HMK'nın bazı hükümleri (daha yürürlüğe girmeden) değiştirilmiştir. (Bkz. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6110 Sayılı Kanun, RG 14.2.2011 - sayı: 27846; 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 14.4.2011, sayı: 27905.)

Bu değişiklikler aşağıdaki gibidir:

A. Hâkimlerin sorumluluğu hakkındaki değişiklik:

HMK'nın yeni hükümleri ile, hâkimlere doğrudan doğruya tazminat davası açılabileceğini öngören HUMK sistemi (m. 573 vd.) değiştirilmiştir. Yeni sistemde, hâkimlerin, hâkimlik görevinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri, kanunda sayılan belirli kusurlu davranışları dolayısıyla açılabilecek tazminat davalarının Devlet aleyhine açılması esası benimsenmiştir. Bu davalara hukuk mahkemelerinde bakılacak ve Devlet, ödenmesine karar verilebilecek tazminat için zarara sebep olan hâkime rücu edebilecektir (HMK m. 46 vd).

İşte, HMK'nın kabulünden kısa bir süre sonra, güncel olayların etkisiyle, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan bu yeni sorumluluk hükümlerinin bir an önce uygulamaya sokulması istenmiş ve HMK'da yer alan sorumluluk hükümlerinin benzeri hükümler bu kere yürürlükteki HUMK'a ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na (HSK) da ilave edilmiştir. (Bkz. HSK'ya 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile ilave edilen m. 93/A; HUMK'un aynı 6110 Sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değişik 573. maddesi ve 6110 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi.)

6110 Sayılı Kanun ile getirilen yeni hükümler, HMK'nın metninden farklı ve ilave olarak, hâkimlerin hâkimlik mesleğinin icrası ile ilgili kusurları hakkındaki sorumluluk davasının ancak esas davada verilen hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabileceğini de öngörmektedir; HSK m. 93/A, 2. ve 3. fıkra hükmüne göre:

"**Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;**

a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün,

b) Dava sonunda verilen hükmün,

kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya hükmün kesinleşmesinden önce, hâkim veya savcının söz konusu işlem, faaliyet veya kararıyla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan mahkûmiyeti hâlinde ise tazminat davası bu hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir."

HSK m.93/A hükmündeki bir yıllık sürenin hukuki niteliği madde metninde açıkça belirtilmemiş ise de, tazminat davası açılırken bir talep hakkının kullanılması söz konusu olduğuna göre, bu bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi olarak anlaşılması gerektiği kanısındayım.

B. Temyizde duruşma sınırı hakkındaki değişiklik:

6217 Sayılı Kanun'un 28. maddesiyle, henüz yürürlüğe girmemiş olan HMK m. 369(2) ve (3) hükümlerindeki 20.000 TL'lık sınır, 60.000 TL olarak değiştirilmiştir.

C. Düzelterek onama hakkındaki değişiklik:

6217 Sayılı Kanun'un 29. maddesiyle, üç ayrı kanun hükmü

- Henüz yürürlüğe girmemiş olan HMK m. 370(2) hükmü,

- HUMK m. 436, fıkra 2 hükmü (aslında bu hüküm, Bölge Adliye Mahkemeleri HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce göreve başlamayacakları için, hiçbir zaman yürürlüğe girmeyecekti) ve

- HMK yürürlüğe girdikten sonra da, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar (Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında ise bu kararlar kesinleşinceye kadar) uygulanacak olan HUMK m. 438, fıkra 7 hükmü

aşağıdaki gibi (birbirinin aynı olacak şekilde) değiştirilmiştir:

"**Temyiz olunan kararın, <u>esas yönünden kanuna uygun olup da</u> kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay, kararı <u>düzelterek</u>** [eski metin: "değiştirerek ve düzelterek"] **<u>onayabilir</u>. <u>Esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz</u>.**"

Bu kanun hükümlerine (HUMK m.438, fıkra 7 ve HMK m. 370, fıkra 2'ye) göre, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi kararını "değiştirerek onama" yetkisi kaldırılmıştır. Ayrıca Yargıtay, esas yönünden kanuna aykırı gördüğü kararlar ile hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasında hata edilmiş olduğu sonucuna

vardığı kararları sadece bozabilecek (bu türlü kararlar hakkında "düzelterek onama" kararı veremeyecek) ve ilk derece mahkemesi, bozulan bu karara karşı direnme kararı da verebilecektir.

D. Bütün ilk derece mahkemelerini tek hâkimli hale getirilmiştir

6110 s. Kanunun 13. maddesi ile 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 5(2) hükmünde yapılan değişikliğe göre:

"**Sulh hukuk**, **asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimlidir**."

Bu hükme göre asliye ticaret mahkemeleri dahil, tüm mahkemeler tek hâkimli hale gelmiştir. 6110 Sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi uyarınca alınan Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararına göre (RG 3.6.2011, 27953), Asliye Ticaret Mahkemeleri 25 Temmuz 2011 tarihinden itibaren tek hâkimli olarak çalışmaya başlamışlar; 25 Temmuz 2011 tarihine kadar ise heyet halinde çalışmaya devam etmişlerdir.

İlk derece mahkemelerinin tümünün tek hâkimli hale gelmelerine ilişkin bu kanun değişikliğinden sonra, HMK'da tek hâkimli ve toplu mahkemeler için ayrı ayrı düzenlenmiş olan hükümlerde yapılan ayırımlar (örneğin m. 184 - 185) işlevsiz hale gelmiştir.

III. HMK'nın getirdiği başlıca yenilikler

Tüketici olmamak üzere, HMK'nın medeni usul hukukumuza getirdiği başlıca yenilikleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

A. Süreler konusunda:

• Süreler "bir hafta" veya "iki hafta" olarak daha standart hale getirilmiştir.

B. Mahkemelerin görev ve yetkisi konusunda:

• Mahkemelerin görevinin dava konusunun değerine göre belirlenmesi usulü kaldırılmıştır.

• Ölüm ve bedensel zarar sebebine dayanan tam yargı davaları adli yargının görevine dahil edilmiştir. (m. 3)

• Yetki sözleşmesi yeniden düzenlenmiştir. (m. 17-18)

C, Dava konusunda:

• Dava şartları kanuni düzenlenmeye tabi tutulmuştur. (m. 114 - 115)

• İlk itirazlar yeniden düzenlenmiştir. (m. 116 - 117)

• Mecburi dava arkadaşlığı kanuni düzenlenmeye tabi tutulmuştur. (m. 59 – 60)

• Fer'i müdahale etkisi kanuni düzenlenmeye tabi tutulmuştur. (m. 69)

• Tespit davası kanuni düzenlenmeye tabi tutulmuştur. Belirsiz alacak davası ihdas edilmiştir. (m. 106-107)

• Topluluk davası ihdas edilmiştir. (m. 113)

D. Hâkimin hukuki sorumluluğu konusunda (m. 46-49)

• Hâkimlerin, hâkimlik görevinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri,

kanunda sayılan belirli kusurlu davranışları dolayısıyla açılabilecek tazminat davalarının Devlet aleyhine açılması esası benimsenmiştir. (m. 46 vd.)

E. Davanın açılması ve dilekçeler aşamasında:

• Gider avansı yatırma mecburiyeti getirilmiştir. (m. 120, m. 114)

• Ön inceleme usulü getirilmiştir. (m.137 – 142)

F. Tahkikat ve deliller konusunda:

• Avukata, tanık ve taraflara doğrudan soru sorma yetkisi tanınmıştır. (m. 152)

• Delil sözleşmesi yeniden düzenlenmiştir. (m. 193)

• Senet kavramını da içine alacak şekilde genel bir "belge" kavramı tanımlanmış; kanun hükümleri düzenlenirken yerine göre "senet" ve "belge" terimleri kullanılmıştır. (m. 199 – 200)

• Re'sen teklif edilen yemin kaldırılmıştır.

• Bilirkişilik yeniden düzenlenmiştir. (m. 266 – 287)

• Ticari defterlerle ispat yeniden düzenlenmiştir. (m. 222)

• Uzman görüşü kurumu ihdas edilmiştir. (m. 293)

G. Davaya son veren taraf işlemleri konusunda:

• Sulh kanuni düzenlenmeye tabi tutulmuştur. (m. 313 – 315)

H. Yargılama usulleri konusunda:

• Seri yargılama ve sözlü yargılama usulleri kaldırılmıştır. Basit yargılama usulü daha ayrıntılı düzenlenmiştir. (m. 316 – 322)

• Çekişmesiz yargı kanuni düzenlenmeye tabi tutulmuştur. (m. 382 – 388)

İ. İstinaf ve temyiz hükümlerinde değişiklik yapılmamıştır.

J. Geçici hukuki koruma önlemleri konusunda:

• İhtiyati tedbir ve delil tespiti yeniden düzenlenmiştir. (m. 389 – 405)

K. Tahkim konusunda (m. 407 – 444):

• Tahkim hükümleri, büyük ölçüde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve 1985 tarihli UNCITRAL Kanun Örneği ile uyumlu hâle getirilmiştir. Temyiz yerine iptal davası yolu kabul edilmiştir. (m. 439)

Aşağıda bu önemli değişikliklerin başlıcaları kısaca incelenecektir.

IV. Görev konusundaki yenilikler:

HMK, mahkemelerin görevi ile ilgili olarak sulh ve asliye mahkemesi ayrımını korunmuştur. Ancak, HUMK'ta yer alan "mahkemenin görevinin dava konusunun değer ve miktarına göre belirlenmesi" usulü kaldırılarak, yerine, "görevli mahkemenin (sadece) davanın konusuna göre belirlenmesi" usulü getirilmiştir. (m. 2, m. 4)

Bu yeni düzenlemeye göre sulh hukuk mahkemeleri, deyim yerindeyse, kira davaları, çekişmesiz yargı işleri gibi kanunda tek tek sayılan veya özel kanun hükümleriyle görevli kılındıkları dava ve işleri gören özel mahkemeler haline gelmişlerdir.

Yeni düzenlemeye göre, aksine bir hüküm bulunmadıkça, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın:

• Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda,

• Şahıs varlığına ilişkin davalarda,

• İdarenin sorumlu olduğu bedensel zarara ya da kişinin ölümüne bağlı zararların tazminine ilişkin davalarda

asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Sulh hukuk mahkemelerinin görevi ise HMK'nın 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, HUMK'ndakinden farklı olarak;

• Kira ilişkisinden doğan her türlü uyuşmazlık ve alacak davalarında ve

• Aksi belirtilmedikçe bütün çekişmesiz yargı işlerinde (m. 383) de

sulh hukuk mahkemeleri görevlidir.

V. Yetki konusundaki yenilikler:

Sözleşmeden doğan davalarda özel yetkili mahkeme sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olup, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisi kaldırılmıştır (m. 10).

Haksız fiilden doğan davalarda özel yetkili mahkemelerin sayısı artırılmış olup; yetkili mahkemeler aşağıdaki gibi belirlenmiştir (m. 16):

• haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi,

• zararın meydana geldiği yer mahkemesi,

• zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi,

• zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi.

Yetki sözleşmelerinin uygulama alanı daraltılmış, fakat etkileri güçlendirilmiştir; HMK'nın sistemine (m. 17 – m. 18) göre:

• HUMK'un tanıdığı geniş serbestliğin aksine, artık yetki sözleşmeleri (kesin yetki ve kamu düzenine ilişkin yetki hallerinden biri mevcut olmasa bile) yalnızca "tacirler" ve "kamu tüzel kişileri" arasında, doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin olarak yapılabilecektir.

• Ancak HMK'nın uygulanacağı dönemde (bugüne kadarki Yargıtay içtihatlarında kabul edildiğinin aksine), taraflar aksini kararlaştırmamışsa, dava sadece sözleşme ile belirlenen mahkemede açılabilecek; yetki sözleşmesi kanunen yetkili diğer mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmış olacaktır.

VI. Davanın açılması konusundaki yenilikler:

HUMK'ta yer alan düzenlemeye benzer olarak, HMK düzenlemesinde de dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılacaktır (m. 118). Buna göre, "UYAP kesintisi" gibi teknik aksaklıklar nedeniyle veya başka sebeplerle, dava dilekçesinin kaydı tarihi ile hâkim havalesi ve dava harçlarının ödendiği tarihlerin farklı olması halinde, davanın hangi tarihte açılmış olduğunu tespit etmek için, bugün de yapıldığı gibi, 6.2.1984 tarih ve 7/3 sayılı İBK'ya (RG 19.3.1984, sayı 18346) başvurmak gerekecektir.

Usul ekonomisi sağlamak ve "dava taktiği" mülahazasıyla yapılan kötüye

kullanmaları önlemek bakımından yararlı bir yenilik olmak üzere, davacı, dava açarken, yargılama harçları ile birlikte Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek tutarı da mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. (m. 120)

Davalının cevap dilekçesi verme süresi ise, dava dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren iki haftadır ve bu süre ancak bir ay uzatılabilecektir (m. 122 ve m. 127). HUMK m. 198'de öngörüldüğünün aksine, yeni HMK düzenlemesinde cevap süresinin uzatılmasını talep etmemiş olan davalı, ilk duruşmada mazeret bildirerek kendisine üç günlük ek süre verilmesini talep edemeyecektir.

Cevap dilekçesinde eksiklik bulunması halinde ise, bu husus (HUMK m. 187, bent 7 düzenlemesinin aksine) bir ilk itiraz sebebi sayılmayacak, hâkim, eksikliğin giderilmesi için davalıya bir haftalık süre verecek, eksikliğin bu süre içinde de giderilmemesi halinde, cevap dilekçesi verilmemiş sayılacaktır (m. 130).

VII. Kısmi dava konusundaki yenilikler:

Kısmi dava konusunda, kanuna bugünkü (Yargıtay içtihatlarıyla yerleşmiş olan) uygulamamızı köklü şekilde değiştirecek hükümler konulmuştur (m. 107 ve m. 109).

HMK m. 109(2) hükmü "**Talep konusunun miktarı**, **taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise**, **kısmî dava açılamaz**" şeklindedir. Buna göre, mesela bir bankanın kredi sözleşmesinden doğan alacağı veya faturaya bağlanmış bir alacak ya da tutarı kira sözleşmesiyle veya kira parasının tespiti hükmüyle belirli bir kira alacağı için kısmi dava açılamayacaktır. Hatta, hesapla kesin şekilde bulunabilecek (kıdem tazminatı alacağı gibi) alacaklar için kısmi dava açılıp açılamayacağı da tartışmalı hale gelecek; bu gibi tartışmalı konularda, Hocam Prof. Dr. Baki Kuru 'nun ifade ettiği üzere, İİK m. 67 hükmünde öngörülen icra inkâr tazminatına ilişkin "likit alacak" kavramını tanımlayan Yargıtay içtihatları uygulamaya yol gösterici olabilecektir.

HMK m. 109(2) hükmü ise "**Dava açılırken**, **talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında**, **kısmî dava açılması**, **talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez**" şeklindedir ki; Yargıtay'ın bugüne kadarki uygulaması bu hükmün aksi yönde ("fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması" hali dışında kısmî dava açılmasının talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına geleceği yönünde) idi.

HMK, kısmi davaya ilişkin genel hüküm olan 109. madde hükmü yanında, kısmi davanın bir türü olarak, "**belirsiz alacak davası**" müessesesini ihdas etmiştir. Belirsiz alacak davasını düzenleyen "**Belirsiz alacak ve tespit davası**" başlıklı 107. madde hükmü şöyledir:

"(**1**) **Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde**, **alacaklı**, **hukukî ilişkiyi ve asgarî bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir**.

(**2**) **Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya**

değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmî eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir."

Bu kanun hükmünün pratik sonucu özellikle tazminat davalarında görülecek; dava tarihinde (hesap güçlüğü ya da zarar verici durumun gelişmekte olması dolayısıyla) zararının miktarını tespit edemeyen davacı, davasını küçük bir tutarla açarak, daha sonra (zarar tutarını belirlemek mümkün hale gelince), ıslah yoluna başvurmadan talebini artırılabilecektir. Kanun hükmünde açıkça ifade edilmemekle birlikte, belirsiz alacak davası açılmasının zamanaşımının alacağın tamamı için kesilmesi sonucunu doğuracağını da kabul etmek gerekir.

107. maddenin, TBMM Genel Kurulu çalışmaları sırasında metne eklenen son fıkrası ise esasen belirsiz alacak davası ile ilgili olmamakla birlikte, hukukumuza tespit davaları bakımından önemli (fakat gerekçesi açık olmayan) bir yenilik getirmektedir: Kısmi eda davasının açılabildiği hallerde, davacı dilerse eda davası yerine tespit davası da açabilecek; bu konuda **hukuki menfaat**inin bulunduğu varsayılacaktır. Oysa, bugünkü uygulamamıza göre, eda davası açmak imkânının bulunduğu hallerde tespit davası açmakta hukuki menfaat bulunmadığı kabul edilmektedir.

VIII. Topluluk davası:

Mevzuatımızda topluluk davasının örneğine tüketici mevzuatında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da rastlanmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin 4. fıkrasında

" Bakanlık ve tüketici örgütleri [Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşları] münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler"

hükmüne yer verilmekte; aynı kanun 24. maddesinin 1. fıkrasında ise

"Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilir"

hükmü yer almaktadır.

HMK, tüketici mevzuatında yer alan bu hükmü genelleştirerek, başka uyuşmazlıklarda da uygulanabilecek genel bir topluluk davası ihdas etmektedir. HMK'nın 113. maddesine göre:

"**Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.**"

Kısa bir gerekçesi olan bu kanun hükmünün ne şekilde uygulanacağı, yargı

içtihatlarıyla belirginleşecektir. Bu aşamada, bu hükümde tanımlanan topluluk davasının, eda taleplerini ve kesin hükmün üçüncü kişilere etkisini içermemesi ve üçüncü kişilerin hükmün icra kabiliyetinden yararlanmasını öngörmemesi dolayısıyla, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki "sınıf davası" müessesesine göre daha dar; fakat, dava takip yetkisini, çok genel bir ifadeyle bütün tüzel kişilere tanıması dolayısıyla Avrupa Birliği ülkelerindeki "birlik davası" müessesesine göre daha geniş kapsamlı olduğu belirtilebilir.

IX. Ön inceleme:

HMK'nın dava konusunda getirmiş olduğu en önemli yenilik, dilekçeler (layihalar teatisi) aşaması ile tahkikat aşaması arasına "ön inceleme" adıyla yeni bir aşama eklenmesidir.

Bu yeni sisteme göre, dava dilekçesi kendisine sunulan mahkeme, bugün yapıldığının aksine, hemen bir "tensip zaptı" düzenleyerek dava dilekçesini (ilk duruşma günüyle birlikte) davalıya tebliğ etmeyecektir. Bunun yerine, ilk duruşma gününün bildirilmesi için dilekçeler aşamasının tamamlanması beklenecek; her iki tarafın kendilerine tanınmış olan ikişer dilekçe sunma hakkını kullanmasına imkân verildikten sonra ve ilk tahkikat duruşmasından önce gelmek üzere, ön inceleme duruşması yapacaktır.

Kural olarak bir duruşma (ön inceleme duruşması) yapılmasını da gerektiren (m. 140) ön inceleme aşamasında aşağıdaki iş ve işlemler gerçekleştirilecektir (m. 137(1)):

• Dava şartları ve ilk itirazlar incelenecektir (m. 138);

• Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler hakkında karar verilecektir(m. 142);

• Uyuşmazlık konusu tam olarak belirlenecektir (m. 140(1));

• Tarafların delillerini sunması ve delillerin toplaması için gerekli işlemler yapılacaktır (m. 140(5));

• Tarafların serbestçe tasarruf edebileceği davalarda taraflar sulhe teşvik edilecektir (m. 140(2)).

Yine HMK'nın sistemine göre, ön inceleme aşaması kendi içinde üç safhaya bölünecektir: (1) Ön inceleme duruşmasından önceki inceleme (2) ön inceleme duruşması ve (3) ön inceleme duruşmasından sonraki (fakat tahkikat başlamadan) yapılacak inceleme.

Buna göre hâkim, ilk olarak, kural olarak ön inceleme duruşmasından önce, dava şartları ve ilk itirazları dosya üzerinden inceleyecek ve bu konuları karara bağlayacaktır (m.138).

Daha sonra ön inceleme duruşması yapılacak; bu duruşmada tarafların sulhe teşviki ve sulh mümkün olmamış ise, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tespiti ve duruşma tutanağına geçirilmesi işlemleri gerçekleştirilecektir.

Tarafların sulhe teşvikinin basit bir ön hatırlatmadan ibaret kalmaması ve sulh girişimi başarısız olmuş ise tarafların uyuşamadıkları noktaların neler olduğunun (deyim yerindeyse, sulh girişiminin başarısız kalmasının nedeninin)

dahi duruşma tutanağına geçirilmesi gerekecektir. Bu niteliğiyle ön incelemedeki duruşma tutanağı, bugüne kadarki mahkemeler uygulamamızda karşımıza çıkan "tensip zaptı"ndan daha kapsamlı ve belki tahkim usulünde karşımıza çıkan "görev belgesi"ne benzer; yapılacak tahkikat ve yargılamanın içeriğini ve sınırlarını belirleyen bir yol haritası olacaktır.

Ön inceleme duruşmasında ayrıca taraflara dilekçelerinde gösterdikleri fakat daha henüz mahkemeye sunmadıkları belgelerin sağlanması için iki haftalık kesin süre tanınması ve bu kesin süreye uyulmaması halinde eksik kalan delile "dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına" karar verileceği de öngörülmüştür(m.140(5)). Bu son kanun hükmünün HMK. 121. maddesinde yer alan "belgelerin dilekçe ile birlikte verilmesi zorunluluğu"nu etkisiz hale getirdiği ve kesin süreye uyulmamasının kendiliğinden ortaya çıkartacağı hak düşürücü etkiyi (HMK. m. 94) hâkimin ayrıca karar vermesine bağlı kıldığı için, belgelerin dilekçelerle birlikte sunulması zorunluluğuna gereğinden fazla esneklik getirdiği söylenebilir.

Ön incelemenin üçüncü safhası, yani mahkemenin ön inceleme aşamasında, ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonraki safhada yapması gereken inceleme ise hak düşürücü süreler ve zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri karara bağlamak ile ilgili olacaktır (m.142).

Ön incelemedeki bu üç safha tamamlanmadan tahkikata geçilemeyecektir (m. 137/2).

Ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemlerin sırası bu şekilde belirlenmiş olmakla birlikte; bu sıraya ilişkin düzenleme bir "düzen hükmü" olarak anlaşılmalıdır. Hâkim yerine göre bu sıralamaya uymayabilecektir. Çünkü gerek dava şartları itirazlarının, gerekse zamanaşımı ve hak düşürücü süreler ile ilgili itiraz ve def'ilerin karara bağlanması bazı hallerde delillerin değerlendirmesini gerektirebilecektir. Örneğin, taraflardan birinin dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının karara bağlanması bir adli tıp incelemesini gerektirebileceği gibi, zamanaşımını süresinin ne zaman başladığının veya ne zaman kesildiğinin tespiti tanık dinlenmesini gerektirebilecektir. Bu gibi durumlarda, gerek ilk itiraz ve dava şartlarının, gerekse zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin savunmaların karara bağlanması tahkikat aşamasına da kalabilecektir.

Ön incelemeye ilişkin hükümler **iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı** konusunda da önemli yenilikler getirmektedir. HMK'nın getirdiği yeni sisteme göre, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ancak ikinci dilekçelerin (cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin) verilmesinden sonra başlamaktadır. Ayrıca, taraflardan biri ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmezse, diğer taraf, bu duruşmada iddia veya savunmasını, hasmının rızası olmaksızın da genişletebilir veya değiştirebilir. Nihayet, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesine verilen muvafakatin sonuç doğurması, bu muvafakat beyanının açıkça yapılmasına bağlıdır (m. 141).

HMK'nın yukarda özetlenen ön inceleme ile ilgili hükümleri yerindedir. Ancak tek hâkimin, Hocam Prof. Dr. Baki Kuru'nun ifade ettiği üzere, ön incelemeyi yalnız başına yapması çok zordur:

2006 tarihli Adalet Bakanlığı Tasarısı'nın 146 ve 147. sayfalarında "ön inceleme" ilgili şu açıklamalar vardı:

"Ancak uygulamada **ön inceleme** ile getirilen bu düzenlemenin **gerçekten uygulanabilmesi için**, mahkemelerin iş yükünün azaltılması yanında **hâkimlere bu konunda destek olmak üzere hâkim yardımcılığı düzenlemesine yer verilmelidir**" (2006 tarihli Tasarı sayfa 147).

Yukardaki açıklamalar, 2008 tarihli HMK Tasarı'nın (ve dolayısıyla HMK'nın) gerekçesine alınmamıştır (gerekçeden çıkarılmıştır).

Mahkemelerin iş yükü azaltılmadan ve hâkimlere destek olmak üzere hâkim yardımcılığı düzenlemesine yer verilmeden, ön incelemeden beklenen yarar gerçekleşemez; aksine, davalar daha da uzar"; bkz : Prof. Dr. Baki Kuru, 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme (Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 2009/1 s.13-50), s.32-34.

X. HMK'nın delillerle ilgili sistemi:

HMK'nın delillere ve tahkikata ilişkin sistemi (m.187 vd.) genel olarak HUMK'inden farklı değildir. Kesin delil - takdiri delil ayrımı ve senetle ispat zorunluluğuna ilişkin hükümler muhafaza edilmekte; Kanunda delil türlerine tek tek yer verilmekle birlikte, bu saymanın sınırlı olmadığı ve senetle ispat zorunluluğunun öngörüldüğü haller dışında, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de (özel hüküm sebeplerine de) başvurulabileceği kabul edilmiştir (m. 192).

Dava dilekçesinde davacı, cevap dilekçesinde ise davalı, iddia ve savunmalarını hangi delillerle ispat edeceğini belirtecektir (m. 119/1(f); m. 129/1(e)). Belgelerin dilekçelerle birlikte verilmesi zorunlu ise de (m. 121, 129(2)); yukarıda da değinildiği üzere, mahkemenin ön inceleme aşamasında da yazılı delillerin sunulması için kesin süre vereceği ön görülmüştür (m. 140(5)).

Delil sözleşmeleri ile ilgili olarak HUMK m.287/f.2 hükmünün karşılığı olan m. 193(1) hükmünü takiben, m.193(2)' de

"**Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir**"

hükmüne yer verilmiştir. Yetki sözleşmelerine ilişkin m. 17 ile karşılaştırıldığında zayıf durumda bulunan sözleşme tarafını korumak bakımından yetersiz olan bu hüküm, dürüstlük kuralının bir tekrarından ibaret bulunmaktadır. Ancak, önümüzdeki dönemde, gerek delil sözleşmeleri gerekse yetki sözleşmelerinin geçerliği bakımından 2012 yılında yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu genel işlem şartlar hükümlerinin de dikkate alınması gerekecektir. Bu konuda özellikle aşağıdaki Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama olanağı bulunacağı gözden uzak tutulmamalıdır:

TBK m. 21(1)- "**Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.**"

TBK m. 25- "**Genel işlem koşullarına**, **dürüstlük kurallarına aykırı olarak**, **karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz**."

Delil türleri bakımından HUMK'daki deliller genel olarak muhafaza edilmiş; ancak, senet kavramı yanında, senedi de içine alan daha geniş bir kavram olan "**belge**" kavramına yer verilmiştir. Ayrıca bilirkişilik müessesinin yanında ve onun tamamlayıcısı olarak "**uzman görüşü**" şeklinde isimlendirilen bir müesseseye de yer verilmiştir.

Belge kavramı, Kanun'un 199.maddesinde aşağıdaki gibi tanımlanmıştır:

"**Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin**, **senet**, **çizim**, **plan**, **kroki**, **fotoğraf**, **film**, **görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir**."

Bu şekilde tanımlanan bir belgenin delil değeri taşıması hukuka uygun yollardan elde edilmesine bağlıdır. Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında yer alan (ceza yargılaması ile ilgili olarak ifade edildiği halde hukuk yargılaması ve idari yargı bakımından da geçerli olan) bu ilke, HMK. M. 189(2) hükmünde de tekrar edilmiştir.

HMK'da "belge" ve "senet" terimleri, birbirlerinin yerine geçmemek üzere, özenli şekilde kullanılmıştır. Belge ve senet ayrımının uygulamaya ilişkin önemli bir sonucu **delil başlangıcı** müessesi bakımından karşımıza çıkmaktadır. HUMK'daki düzenlemenin aksine HMK'ya göre delil başlangıcı teşkil eden belgenin mutlaka yazılı bir belge olması gerekmez. Delil başlangıcını düzenleyen 202. maddeye göre:

"(**1**) **Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir**.

(**2**) **Delil başlangıcı**; **iddia konusu hukukî işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte**, **söz konusu hukukî işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir**."

2012 yılında yürürlüğe girecek yeni Türk Ticaret Kanunu **ticari defterlerle ispat**a ilişkin hükümlere yer vermemiştir. Bu eksikliğin, özellikle senetle ispat zorunluluğu bakımından ortaya çıkaracağı sakıncalar dikkate alınarak, bu kere HMK'nında ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlere yer verilmiştir. HMK'nın konuyla ilgili 222. maddesi şöyledir.

"(**1**) **Mahkeme**, **ticarî davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir**.

(**2**) **Ticarî defterlerin**, **ticarî davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için**, **kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş**, **açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır**.

(**3**) **İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticarî defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için**, **diğer**

tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticarî defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması *veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi* yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.

(4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticarî defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.

(5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticarî defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir, ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır."

HMK'nın 222. maddesinde yer alan bu yeni hükümler, esasen 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunun 82 vd. maddelerinde yapılmış olan düzenlemeye paralel olup; bu düzenlemeden bir hususta ayrılmaktadır. Yeni ticari defterlerle ispat usulünün Türk Ticaret Kanunun sisteminden farklı olduğu bu husus, taraflardan birinin kendi ticari defterlerine dayanması ve delillerini hasmın defterine hasretmesi hallerinde uygulanan tamamlayıcı yeminin kaldırılmış olmasıdır.

HMK'nın m. 222(3) hükmünde yer alan "***veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi***" ibaresi ise, Hocam Prof. Dr. Baki Kuru'nun ifade ettiği üzere, madde metnine yürürlükteki ticari defterlerle ispat usulümüzden farklı ve adaletle bağdaştırılamayacak bir anlam vermektedir. Buna göre, hüküm sadece lafzi yoruma tabi tutulursa, her tacir, kendi ticari defterlerine (tamamen hayal mahsulü olsa bile) dilediği kayıtları geçirebilecek ve karşı taraf defterlerini usulüne uygun tutmuş olsa ve karşı tarafın defterlerinde aynı konuda hiçbir kayıt bulunmamış olsa bile, hayal mahsulü kayıtlara delil olarak dayanılabilecektir.

Bu nedenle, HMK m. 222(3) metnindeki "***veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi***" ifadesi en yakın zamanda yapılacak bir kanun değişikliğiyle düzeltilinceye kadar, bu ifadenin (işin mahiyetine ve Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine de paralel olarak) *"veya diğer tarafın ikinci fıkrada belirtilen şekilde tutulmuş defterlerini hiç ibraz etmemesi"* şeklinde anlaşılması gerektiği kanısındayım.

Ayrıca belirteyim ki, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkında Kanun da, TTK'nin 82 vd. maddelerinin, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra dahi bir süre uygulanmasına ilişkin bir intikal hükmü içermektedir. HMK m.222 karşısında ne şekilde uygulama alanı bulabileceği açık olmayan söz konusu intikal hükmü aşağıdaki gibidir:

"**Yeni TTK Yürürlük Kanunu m. 13 (Ticari defterlerle ispat) – (1) Türk Ticaret Kanununun yürürlük tarihinden önce açılan ve görülmekte olan davalarda, 6762 sayılı Kanunun 82 ilâ 86 ncı maddeleri uygulanır. Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra olsa bile, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde öngörülen [60 günlük] ek süre içinde açılacak davalara da bu hüküm uygulanır.**"

HMK **yemine** ilişkin hükümleri temel olarak HUMK'un yemine ilişkin

hükümleriyle paralellik göstermektedir. Ancak yeni kanunun sistemiyle yalnızca taraf yeminine yer verilmiş olup, re'sen teklif olunan yemin kaldırılmıştır.

Buna göre tarafların ellerindeki belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri zorunluluğuna ilişkin HMK m.220(2) hükmündeki yeminin de, taraf yemini şeklinde uygulanması gerektiği kanısındayım.

HMK ayrıca dini içerikli yemin formülünü de daha uygun bir ifade ile değiştirmiştir; bakınız m.233(4).

HMK'nın **bilirkişi** hükümlerindeki başlıca iki yenilik, bilirkişilerin seçilmesi ve bilirkişilerin hukuki sorumluluğu ile ilgilidir. Bilirkişilerin seçimi ile ilgili sistem ceza yargılaması ile paralel hale getirilmiş; bilirkişilerin sorumluluğu bakımından ise, hâkimlerin sorumluluğu için de benimsenen, tazminat davasının adliye mahkemelerinde fakat Devlete karşı açılması, Devletin tazminat ödedikten sonra bilirkişiye rücuu usulü benimsenmiştir. İlgili HMK hükümleri aşağıdaki gibidir:

"**Bilirkişilerin görevlendirilmesi m. 268 - (1)(1. cümle)- Bilirkişiler, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adlî yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler. ...**"

"**Bilirkişinin hukuki sorumluluğu m. 285- (1) Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler.**

(2) Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder."

Ayrıca HMK ispat ve delillere ilişkin kısmın son maddesi olmak üzere "**uzman görüşü**" başlıklı bir kanun hükmüne yer vermektedir. Kanun metninin genel ifade tarzından, uzman görüşüne gerek özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda (deyim yerindeyse "özel bilirkişilik" olarak), gerekse de hukuki sorunlar ile ilgili olarak (hukuki görüş için) başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Uzman görüşüne ilişkin 293. madde aşağıdaki gibidir:

"**(1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.**

(2) Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.

(3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz."

XI. HMK'nın kanun yolları sistemi:

HMK'nın istinafa ve istinafla birlikte uygulanacak temyize ilişkin hükümleri, HUMK'un yürürlüğe girme imkânı bulamamış yeni istinaf ve temyiz hükümleri ile hemen hemen aynıdır. Bu konuda HMK'da (bu kanun yürürlüğe girmeden) yapılan birkaç kanun değişikliğine ise yukarıda giriş kısmında değinilmişti.

XII. HMK'da basit yargılama usulü:

HMK'da, basit yargılama usulü yeniden düzenlenmiş; diğer özel yargılama

usulleri (seri usul ve sözlü usul) kaldırılmıştır.

Basit yargılama usulünün uygulama alanı 316. maddede, aşağıdaki gibi belirlenmiştir:

"**Basit yargılama usulü, kanunlarda açıkça belirtilenler dışında, aşağıdaki durumlarda uygulanır**:

a) Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler.

b) Doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler.

c) İhtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma talepleri ile deniz raporlarının alınması, dispeççi atanması talepleri ve bunlara karşı yapılacak olan itirazlar.

ç) Her çeşit nafaka davaları ile velayet ve vesayete ilişkin dava ve işler.

d) Hizmet ilişkisinden doğan davalar.

e) Konkordato ve sermaye şirketleri veya kooperatiflerin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılmasına ilişkin açılacak davalar.

f) Tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler.

g) Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler."

HMK'nın 447. maddesine göre de:

"**Diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hâllerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır.**"

Bu düzenleme uyarınca, örneğin, İş Mahkemelerinde sözlü veya seri usule göre görülen davalar, HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra basit usule tabi olarak görülmeye devam edecektir.

Basit yargılama usulünde meydana getirilen başlıca değişiklikler ise şöyle sıralanabilir:

A. Dilekçelerin sunulması aşaması basitleştirilmiştir; "**Dilekçelerin verilmesi**" kenar başlıklı 317. maddeye göre:

"(**1**) **Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur.**

(**2**) **Cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak mahkeme durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir.**

(**3**) **Taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler.**

(**4**) **Dava ve cevap dilekçeleri yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir.**"

B. Ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama (muhakeme) usulleri basitleştirilmiştir; ilgili m. 320 ve m. 321 hükümlerine göre:

"**Ön inceleme ve tahkikat - m. 320- (1) Mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir.**

(2) Daha önce karar verilemeyen hâllerde mahkeme, ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinler; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe teşvik eder. Tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılır; tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

(3) Mahkeme, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını yukarıdaki fıkrada belirtilen duruşma hariç, iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. İşin niteliği gereği bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkim gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir.

(4) Basit yargılama usulüne tabi davalarda, işlemden kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa, dava açılmamış sayılır.

Hüküm – m. 321- (1)Tahkikatın tamamlanmasından sonra, mahkeme tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmez.

(2) Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hâllerde, hâkim bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir. Bu durumda gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkartılması gerekir."

C. Delillerin gösterilmesi ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına ilişkin kurallar sertleştirilmiştir; ilgili kanun hükümleri aşağıdaki gibidir:

"**Delillerin ikamesi – m. 318- (1) Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.**

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı – m. 319- (1)İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar. "

Hukuk usulümüzde önceden beri basit usule tabi olan ve şimdi HMK ile basit usule tabi kılınan pek çok dava ve iş, "basit" davalar ve çekişmesiz yargı işleri değildir; aksine, bu dava ve işlerden bazıları, ekonomik bakımdan veya

bireylerin özel yaşamları bakımından çok önemli sonuçları olan (basit değil, önemli) dava ve işlerdir. Bu önemli dava ve işlere örnek olarak aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri, icra mahkemesinde şikâyet ve itirazın kaldırılması (İİK m. 18, m.70), istihkak davaları (İİK m. 97, m. 228), sıra cetveline itiraz davaları (İİK m. 142, m.235), iflâs ve tasarrufun iptali davaları (İİK m. 158, m.227), Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları (Koop. K m.99), kadastro davaları (Kadastro Kanunu m. 29), anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptali hakkındaki davalar (TK m.1460), yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki davaları (MÖHUK m. 55) sayılabilir.

İşte, HMK yürürlüğe girince, önemli konulara ilişkin olduğu halde basit usule tabi olan dava ve işler de, yukarıda özellikleri belirtilen bu yeni (daha basitleştirilmiş) usule tabi olacaktır.

XIII. İhtiyati tedbirler:

HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümleri başlıca iki yenilik getirmektedir. Bu yenilikler ihtiyati tedbire karar verecek (yetkili) mahkemenin hangisi olduğu ve ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolları ile ilgilidir.

Mahkemenin yetkisi bakımından, ihtiyati tedbirlere "en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o mahal mahkemesi tarafından" karar verilebileceği şeklindeki HUMK m.104/f.2 hükmünde yer alan (ve uygulamada ilgilinin ihtiyati tedbiri "dilediği herhangi bir mahkemeden" isteyebileceği şeklinde yorumlanan) kural değiştirilmiştir. HMK'nın ihtiyati tedbire karar verebilecek mahkemenin yetkisi ile ilgili m.390(1) aşağıdaki gibidir:

"**İhtiyatî tedbir**, **dava açılmadan önce**, **esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden**; **dava açıldıktan sonra ise ancak**, **asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir**."

HMK'da, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yolları bakımından ise, İcra ve İflâs Kanununda düzenlenen ihtiyati hacze ilişkin hükümlere paralel olarak

- ihtiyatî tedbir kararının reddi hâlinde (m. 391/3) ve
- ihtiyati tedbire itirazın kabul veya reddedilmesi halinde (m. 394/5)

(yalnızca) istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenleme, taraflar arasındaki silah eşitliğini sağlamak bakımından yeterli değildir. Çünkü duruşmalı olarak verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı "itiraz" mümkün olmadığından, ihtiyati tedbir hakkındaki kararın duruşma yapılarak verildiği hallerde, ihtiyati tedbir talebinde bulunan tarafın temyiz hakkı olduğu halde, karşı tarafın herhangi bir kanun yoluna başvurma hakkı bulunmamaktadır.

XIV. Delil Tespiti

İhtiyati tedbirler de olduğu gibi, davadan önce yapılan delil tespiti konusunda da, "en seri ve en az masrafla delilinin tespiti kabil bulunduğu" yer mahkemesine yetki veren HUMK m. 370 kuralı değiştirilmiş ve davadan önce yapılacak delil tespit taleplerinin "**esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu**

veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesi" olduğu kuralı benimsenmiştir(m. 401).

XV. Tahkim

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2001 yılından beri hukukumuzda tahkime uygulanacak hükümlerle ilgili bir "ikilik" mevcuttu. Herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan (deyim yerindeyse "milli" veya "yerli") uyuşmazlıklara ilişkin tahkim HUMK'da düzenlenmişken, yabancılık unsuru içeren (örneğin her biri ayrı devletlerin ülkesinde ikamet eden taraflar arasındaki) uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmakta idi.

HUMK'da yer alan tahkim hükümleri mahkemelerin müdahalesine daha fazla yer veren hükümler olduğu halde, 1985 tarihli Birleşmiş Milletler (UNCITRAL) Model Kanununu örnek alan Milletlerarası Tahkim Kanunu, taraf iradelerine ve hakemlerin yetkilerine daha geniş yer veren bir anlayışla hazırlanmıştı.

HMK, şeklî bakımından bu "ikiliği" muhafaza etmektedir. Çünkü, HMK yürürlüğe girdikten sonra da Milletlerarası Tahkim Kanunun yürürlükte kalması ve yabancılık unsuru içeren tahkimlerde uygulanmaya devam olunması tercih edilmiştir. Ancak, HMK yürürlüğe girdikten sonra, milli tahkime uygulanan hükümler ile milletlerarası tahkime uygulanan hükümler içerik bakımından büyük ölçüde birbirine benzer hale gelecektir. Çünkü, HMK tahkim hükümleri (HMK m. 407 - 444) de Milletlerarası Tahkim Kanunu gibi, UNTRICAL Model Kanunu örnek alınarak hazırlanmıştır. Bu kapsamda, HMK yürürlüğe girdikten sonra, özellikle milli hakem kararları bakımından da kanun yolu olarak doğrudan doğruya temyize değil, ancak iptal davası yoluna başvurulabilecek; iptal davası sonucunda verilen hüküm ise temyiz edilebilecektir.

İkinci Bölüm : **Prof. Dr. Baki KURU'nun konuşması**

Çekişmesiz Yargı

(Nizasız Kaza)

1. Giriş

Medenî yargının konusu, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleridir. Medenî yargı ile meşgul olan hukuk (yargı) koluna, "medenî usul hukuku" (hukuk muhakemeleri usulü hukuku) denir.

Medenî yargı da ikiye ayrılır: a) **Çekişmeli yargı** (nizalı kaza), b) **Çekişmesiz yargı** (nizasız kaza).

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK), yalnız çekişmeli yargı düzenlenmişti (çekişmesiz yargı düzenlenmemiş idi).

Çekişmesiz yargı, 1961 yılında yayımlanan Nizasız Kaza isimli Doçentlik Tezi'mde[3] ayrıntılı olarak incelenmişti. Doçentlik Tezi'mde, Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi, nizasız kazanın (çekişmesiz yargının) Türkiye'de de ayrı bir kanun ile düzenlenmesi gerektiği temennisine yer vermiştim[4].

Aradan geçen elli yıllık süre içinde, çekişmesiz yargı kanunla düzenlenmiş

[3] Bkz: Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961 (247 sayfa).

[4] Bkz: Kuru-Nizasız Kaza s. 231-234.

olmadığı halde, ilmî ve kazaî içtihatlarda, Türk Hukukunda da çekişmesiz yargının mevcut olduğu, başlıca çekişmesiz yargı işleri nedeniyle dile getirilmişti[5].

Nizasız Kaza isimli Doçentlik Tezi'min yayımlanmasından **elli yıl sonra**, **çekişmesiz yargı**, **Türkiye'de** (ayrı bir kanunla değilse de) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK'nın) ayrı bir bölümünde **ilk defa** (**kanunla**) **düzenlenmiştir** (bkz : HMK m.382-388)[6].

Bu yazıda, çekişmesiz yargı hakkındaki yeni düzenleme, kısaca inceleme konusu yapılacaktır :

2. Çekişmesiz yargı işleri

Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, HMK m.382'deki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır (HMK m.382).

A) **HMK m.382/2'de**, **bazı işler**, (ölçütüne bakılmaksızın) **çekişmesiz yargı işleri olarak sayılmıştır** :

I- Kişiler hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:

1) Ergin kılınma.

2) Ad ve soyadın değiştirilmesi[7].

3) Ölüm karinesi sebebiyle (ilgili yerin mülkî amirinin emriyle) nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti.

4) Gaiplik kararı[8].

5) Kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi.

II- Aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri:

1) Henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme[9].

2) Gaiplik nedeniyle evliliğin feshi.

3) Evlendirme memurunun, evlenme başvurusunu ret kararına karşı yapılan itiraz[10]

4) Yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması.

5) Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi.

---

[5] Misaller için bkz : aşa. dipnot 29'daki Yargıtay kararları ; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt (İstanbul 2001) s.26-34'deki Yargıtay kararları ; Ali Cem Budak, Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza isimli eserinden beri çekişmesiz yargı alanında meydana gelen başlıca değişiklikler (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 s.273-306 : kısaltılmışı : Budak/Değişiklikler) ; Ali Cem Budak, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005 s.128-187).

[6] "**Bugüne kadar çekişmesiz yargı işleri**, **farklı kanunlarda**, **dağınık şekilde ve yetersiz hükümlerle yürütülmüştür**. Çekişmesiz yargıyla ilgili bazı yabancı ülkelerde olduğu gibi ayrı bir çekişmesiz yargı kanunu yapılması yerine, İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu Taslağındaki gibi, **Tasarı**nın içinde düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatine varılmış ve **çekişmesiz yargı da düzenlenmiştir**" (HMK gerekçesi s.4).

[7] HMK 'den önceki uygulama da bu şekilde idi ; misal : "İstem MK'nun 26. (şimdi : 27.) maddesinde yazılı olduğu üzere **soyadının değiştirilmesi** isteminden ibaret olup nizasız kazaya ilişkin"dir (6.HD 28.2.1972, 749/821 : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt İstanbul 2001 s.27 dipnot 85).

[8] HMK 'den önceki uygulama da bu şekilde idi ; misal : "Gaipliğin tespitine ilişkin davalar nizasız kazaya dahil olup dava hakkı da hakları gaiplik kararına bağlı kişilere aittir" (2. HD 27.3.1973, 1000/1933 : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt İstanbul 2001 s.27 dipnot 86).

[9] Yargıtay, evlenmeye izin verilmesine ilişkin mahkeme kararını "idarî nitelikte" saymakta idi (bkz. meselâ : 6.CD 23.9.1971, 4583/5033 ; RKD 1971/12 s. 130-133). Yargıtay'ın bu görüşünün eleştirisi için bkz : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt (İstanbul 2001) s.29.

[10] Karş: Budak/Değişiklikler s.281-282.

Belirteyim ki, terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi için, aile mahkemesi yanında, noterler de görevlidir (bkz : 31.3.2011 gün ve 6217 Sayılı Kanun'un 19. maddesi ile değişik MK m.164).

6) Eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması.

7) Aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hâllerde hâkimin müdahalesinin istenmesi[11]

8) Mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal ayrılığına dönüştürülmesi ve sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mal ayrılığından eski rejime geri dönülmesi.

9) Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali hâlinde, aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında karar verilmesi.

10) Sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması.

11) Mal ortaklığında eşlerden birinin mirası reddine izin verilmesi.

12) Ana babaya çocuğun mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarf etme izninin verilmesi.

13) Velâyetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi.

14) Hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi ve çocuğun mallarının yönetiminin kayyıma devri.

15) Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşin, hâkime çocuğun malları hakkında defter sunması.

16) Aile yurdunun kurulmasına izin verilmesi, kuruluşun tebliğ ve ilânı, kapatılması hâlinde tapu sicilindeki şerhin silinmesine izin verilmesi, taşınmazın bizzat malik veya ailesi tarafından kullanılması şartına geçici olarak istisna tanınması.

17) 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre aile mahkemesi hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler[12].

18) Çocuk hâkimi tarafından, çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması.

19) Vesayet işleri.

III- Miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri :

1) Sulh hâkimi tarafından resmî vasiyetname düzenlenmesi ; el yazısı ile vasiyetnamenin sulh hâkimi tarafından saklanması ; sözlü vasiyetname tutanağının sulh veya asliye mahkemesine tevdiî.

2) Vasiyeti yerine getirme görevlisine görevinin bildirilmesi.

---

[11] Bkz: Budak/Değişiklikler s.286-287.

[12] Bkz: Budak/Değişiklikler s.290-291.

3) Vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde tasarruf etmesine izin verilmesi.

4) Gaibin mirasçılarına, gaibe düşen miras payının teslim edilmesi.

5) Tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması.

6) Mirasçılık belgesi verilmesi[13].

Belirteyim ki, mirasçılık belgesi verilmesi için, sulh hukuk mahkemesi yanında, noterler de görevlidir (bkz : 31.3.2011 gün ve 6217 Sayılı Kanun'un 19. maddesi ile değişik MK m.598,I).

7) Terekenin yazımı işleminin sona erdiğinin mirasçılara bildirilmesi, mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili ; mirasın reddinin, mirası reddeden kişiden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi ; mirasın reddi süresinin uzatılması.

8) Terekenin resmî defterinin tutulması.

9) Sulh hâkiminin özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine tahsis edilmesi veya satılmasına karar vermesi.

IV- Eşya hukukundaki çekişmesiz yargı işleri :

1) Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlâline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması.

2) Taşınmaz rehninde alacaklı için kayyım tayini.

V- Borçlar hukukundaki çekişmesiz yargı işleri :

1) Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi.

2) Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi.

3) Tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması.

4) Alacaklısı ihtilâflı olan borcun mahkemeye tevdiî.

5) Ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi.

6) Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi.

7) İşçiye kârdan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi.

8) Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi.

9) Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti.

10) Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin verilmesi.

VI- Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri :

---

[13] HMK 'den önceki uygulama da bu şekilde idi; misal: "Mirasçıların, mirasçılık sıfatlarının belirtilmesi istemi ile hasımsız olarak açacakları dava nedeniyle verilen **mirasçılık belgesi kararı**, **bir nizasız kaza** (**çekişmesiz yargı**) **kararı niteliğindedir**. Bu hususta hukuk öğretisinde ve yargısal kararlarda tam bir görüş birliği mevcuttur" (HGK 5.12.1990, 2/560-622 : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt İstanbul 2001 s.27 dipnot 89).

1) Ticarî defterlerin zıyaı halinde belge verilmesi[14].

2) Acentenin müvekkili hesabına teslim aldığı malın Borçlar Kanunu'na göre satılması.

3) Kollektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru tayini.

4) Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini.

5) Anonim şirkette ayni sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan tutarda işletme devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni.

6) Kıymetli evrakın iptali[15].

7) Eşya taşımada eşyanın hasar ve eksiğinin tespit edilmesi ; teslim edilememesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümlerine göre satılmasına karar verilmesi ; gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi.

8) Gemi ipoteğinde, malikin bulunamadığı hâllerde kayyım tayini.

9) Deniz raporu tanzimi.

10) Kırkambar sözleşmesinde geminin hareket gününün mahkeme tarafından tayini.

11) Navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hâl ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve tartısının ekspere tespit ettirilmesi.

12) Müşterek avaryalarda dispeççi tayini ve dispeçin mahkemece tasdiki.

13) Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini.

14) Kooperatiflerde ayni sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini.

VII- İcra ve iflâs hukukundaki çekişmesiz yargı işleri :

1) İpotekli alacakta alacaklının gaipliği veya alacağı almaktan kaçınması hâlinde, borç tutarının icra dairesine tevdi edilmesi üzerine icra mahkemesi tarafından ipoteğin fekkine karar verilmesi.

2) Doğrudan doğruya iflâs :

a) Belirteyim ki, alacaklının talebi ile doğrudan doğruya iflâs hallerinde (İİK m.177)[16], borçluya karşı iflâs davası açılacağından, bu halleri çekişmeli yargı olarak nitelemek zordur. Belki, İİK m.177/1'deki hallerde (borçlunun yerleşim yerinin belli olmaması veya kaçak olması hallerinde), borçluya karşı açılan iflâs davası, başlangıçta çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebilir. Fakat,

---

[14] HMK 'den önceki uygulama da bu şekilde idi ; misal : "Davacının istemi, yangın nedeniyle zayi olan ticarî defter ve belgeleri için **TTK.nun 68/son maddesi uyarınca zayi belgesi verilmesine** ilişkin olup davaya bakmak adlî yargının görev dahilinde bulunduğundan, mahkemenin, davaya idare mahkemesinde bakılması gerektiği yolundaki kararı doğru değildir. Yine, **ihtilafsız kaza** yolu ile incelenen bu davaların hasımsız olarak açılıp sonuçlandırılması gerektiğinden Hazine'nin hasım olarak gösterilmiş olması da yanlıştır" (11.HD 6.4.1993, 936/2255: Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt İstanbul 2001 s.28 dipnot 90).

[15] Yargıtay 'a göre, "**kıymetli evrakın iptaline ilişkin dava nizasız kaza alanına girer** ve dolayısıyla hasımsız olarak açılır" (TD 19.6.1972, 2897/3020 : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt İstanbul 2001 s.28 dipnot 92). Kararda varılan sonuç doğrudur ; fakat kıymetli evrakın iptali işi bir dava değildir (bkz: Kuru-Nizasız Kaza s.108). Bkz. ayrıca : HGK 25.6.1997, 11/313-569 (İKİD 1998/452 s.13563-13566).

[16] Bkz: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 s.981-986.

duruşmaya davet (İİK m.177,II) veya ilân (İİK m.177,III; m.178,II) üzerine borçlu, duruşmaya gelip, iflâs davasının reddini talep ederse, bu çekişmesiz yargı işi, çekişmesiz yargıdan çıkıp, çekişmeli yargıya girer.

b) Borçlunun kendi iflâsını istemesi (İİK m.178)[17], başlangıçta bir çekişmesiz yargı işidir. Ancak, borçlunun iflâs talebinin ilânından (İİK m.178,II) itibaren 15 gün içinde, bir (veya birden fazla) alacaklı borçlunun iflâs talebine itiraz ederse, borçlunun kendi iflâsını istemesi, çekişmesiz yargıdan çıkıp, çekişmeli yargıya girer.

c) Bir alacaklının, borca batık sermaye şirketinin iflâsını istemesi (İİK m.179,I), iflâs davası niteliğinde olduğundan[18], başlangıçtan itibaren çekişmeli yargı işidir.

d) Borca batık şirketin kendi iflâsını istemesi (TK m.324,II -YTK m.376/3- ve İİK m.179)[19], başlangıçta bir çekişmesiz yargı işidir. Ancak, şirketin mecburî iflâs talebinin (İİK'nin 166. maddesine göre) ilânından itibaren, bir (veya birden fazla) alacaklı, 15 gün içinde mecburî iflâs talebine itiraz ederse, borca batık şirketin kendi iflâsını istemesi, çekişmesiz yargıdan çıkıp, çekişmeli yargıya girer[20].

e) İİK m.180, MK m.612 ve m.636'daki husus, bir iflâs davası veya talebi olmadığından, bu hükümlerin çekişmesiz yargı ile bir ilgisi yoktur.

3) İflâsın kaldırılması.

4) İflâsın kapanmasına karar verilmesi.

5) Reddolunmuş mirasın tasfiyesinin, mirasçılardan birinin mirası kabul talebi üzerine mahkeme tarafından durdurulması.

6) Konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması.

7) Konkordatonun tasdiki ; misal :

"Davacı Y... Dış Tic. A.Ş.'nin konkordato teklifi tetkik merciince yerinde görülerek, borçluya mühlet verilmiş atanan konkordato komiserliğince düzenlenen rapor mahkemeye ibraz edilmiştir. – Mahkemece davacının davayı takip etmeyeceği yolundaki HUMK'un 185/1. maddesine dayanan talebine alacaklıların karşı çıkmış oldukları gözetilerek davacı tarafça konkordato tasdik harcının yatırılmamış olduğu ve teminat gösterilmediği gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. – **Konkordatonun tasdiki talebine ilişkin inceleme**nin gerçekleştirilmesi sırasında mahkemenin yapacağı yargısal faaliyet, niteliği itibariyle **kural olarak çekişmesiz yargı faaliyetidir**. – Ancak bu durum konkordatonun tasdikine ilişkin inceleme sırasında herhangi bir itirazın vuku bulmamış olması halinde sözkonusu olur. Buna karşılık, **konkordatonun tasdikine ilişkin incelemenin gerçekleştirilmesi sırasında**, **tasdik şartlarının bulunmadığı yönünde itirazlar olmuşsa bu durumda yapılacak olan yargısal faaliyet çekişmesiz yargılama faaliyeti değil**, **çekişmeli yargılama faaliyetidir**. Somut olayda

[17] Bkz: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 s.991-993.
[18] Bkz: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 s.987-988.
[19] Bkz: Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 s.990 vd.
[20] Bkz: Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961 s.40-42, 87-88, 147-148; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, I.Cilt 2001 s.30-34) ; Ali Cem Budak agm s.153-154.

davacı konkordatonun tasdiki talebini geri almışsa da konkordatonun tasdiki talebine itiraz edenler geri almayı kabul etmediklerinden mahkemece tasdik şartlarının varlığı araştırılarak yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır"[21]

8) Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında projenin ilânı ve ara dönem denetçisinin atanması.

9) Fevkalade hâllerde, kusuru olmaksızın borçlarını yerine getiremeyen borçluya mühlet verilmesi.

VIII- Çeşitli kanunlardaki çekişmesiz yargı işleri:

1) Nüfus kütüklerinin sayfa birleşim yerlerinin asliye hukuk mahkemesince mühürlenmesi.

2) Noterlerin göreve başlarken mahkemede yemin ettirilmeleri.

3) Noter evrak ve defterlerinden alınarak başka yere gönderilecek örneklerin mahkeme tarafından tasdiki.

4) Kamu görevlilerinin mahkeme huzurunda kanunen yemin etme zorunluluğunun öngörüldüğü diğer durumlar.

B) **Diğer çekişmesiz yargı işleri** : HMK m.382/2'de sayılanlar dışında, aşağıdaki üç ölçütten birine (veya birkaçına) göre çekişmesiz yargıya giren başka (diğer) çekişmesiz yargı işleri de vardır (HMK m.382/1) :

I- İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller (**çekişme yokluğu ölçütü**) : HMK m.382/2'de sayılanlar dışında, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan hallerde de, çekişmesiz yargı söz konusudur (HMK m.382/1-a). Buna, çekişme (uyuşmazlık, ihtilâf) yokluğu ölçütüne (kıstasına) göre çekişmesiz yargıya giren işler denir.

Çekişmeli yargı, bir çekişme (ihtilâf), uyuşmazlık, iddia ve karşı iddia hakkında karar verilmesi talebi ile açılan davalarla meşgul olur. Buna karşılık, çekişmesiz yargıya tâbi işlerde ilgililer arasında kural olarak bir çekişme (ihtilâf, uyuşmazlık) yoktur. Yani, çekişmesiz yargıda mahkeme, ilgililer arasındaki bir çekişme hakkında karar vermez. Bu ölçüte (kıstasa) göre, mahkemelerin baktığı ve ilgililer arasında çekişme olmayan bütün işler çekişmesiz yargı işidir. Yukardaki (A) bölümündeki (HMK m.382/2'deki) çekişmesiz yargı işlerinin önemli bir bölümü, çekişme yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işi sayılmıştır.

HMK m.382/2'de sayılı (yazılı) olmayan, çekişme yokluğu ölçütüne (HMK m.382/1-a) göre çekişmeli yargı işlerine (başka bazı) misaller :

"**TMK m.102** : Vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır. - Resmî senetle vakıf kurma işleminin temsilci aracılığıyla yapılması, temsil yetkisinin noterlikçe düzenlenmiş bir belgeyle verilmiş olmasına ve bu belgede vakfın amacı ile özgülenecek mal ve hakların belirlenmiş bulunmasına bağlıdır. - Mahkemeye başvurma, resmî senet düzenlenmiş ise vakfeden tarafından ; vakıf ölüme bağlı tasarrufa dayanıyorsa ilgililerin veya

[21] 19. HD. 2.3.2000, 904/1573 (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt İstanbul 2001 s.32-33 dipnot 111b civarı). Bkz. ayrıca: Baki Kuru,İcra ve İflâs Hukuku, IV.Cilt İstanbul 1997 s.3712-3713.

vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin bildirimi üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğünce re'sen yapılır. - Başvurulan mahkeme, mal ve hakların korunması için gerekli önlemleri re'sen alır." - "**TMK m.104** : Tesciline karar verilen vakıf, vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil edilir ; ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezî sicile kaydolunur. - Tescil kararı, başka bir mahkemece verilmiş ise, ilgili belgelerle birlikte tescil için vakfın yerleşim yeri mahkemesine gönderilir. - Yerleşim yeri mahkemesinin yapacağı bildirim üzerine Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce merkezî sicile kaydolunan vakıf Resmî Gazete ile ilân olunur. - Tescil ve ilân tüzük hükümlerine göre yapılır.". Bkz. ayrıca : TMK m.105, 107 ve 110.

"**6102 sayılı yeni TTK m.82/8** : Gerçek kişi olan tacirin ölümü hâlinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi hâlinde kendisi defter ve kâğıtları birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmî tasfiyesi hâlinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar birinci fıkra gereğince on yıl süreyle sulh mahkemesi tarafından saklanır."

"**6102 sayılı yeni TTK m.296** : Tasfiye memurları, tasfiye sırasında elde edilen paraların bin Türk lirasından fazlasını, mahkemece belirlenecek bir bankaya, şirket adına yatırırlar."

"**6762 sayılı TTK m.249** (**6102 sayılı yeni TTK m.310**) : Her komanditer, iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde şirketin envanteriyle bilanço muhteviyatını ve bunların sıhhatini incelemeye mezundur. Bu incelemeyi bizzat yapabileceği gibi ekspere de yaptırabilir. Eksperin şahsı hakkında bir itiraz dermeyan edilirse komanditerin talebi üzerine mahkeme tarafından ehlivukuf tayinine karar verilir. Bu karar katidir. - Önemli sebeplerin bulunması halinde, mahkeme, komanditerin talebi üzerine şirketin işlerinin ve mevcudunun bizzat veya eksper marifetiyle incelenmesine her vakit izin verebilir".

" **6102 sayılı yeni TTK m.343**: Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devranılacak işletmelere ve ayınlara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerleme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu: sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri: ayni olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktari ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular, işlem denetçisi ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir."

"**6762 sayılı TTK m.447,II** (**6102 sayılı yeni TTK m.543/2**) : Alacaklıları üçüncü defa davetten itibaren bir yıl geçmedikçe kalan mevcut dağıtılamaz. Şu kadar ki ; hal ve duruma göre alacaklılar için bir tehlike mevcut olmadığı takdirde mahkeme bir yıl geçmeden dahi dağıtmaya izin verebilir."

"**6102 sayılı yeni TTK m.1213** : Denize elverişsiz hâle gelmiş gemi, mahkemenin tespit kararıyla zayi olmuş sayılır."

II- İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller

(**sübjektif hakkın yokluğu ölçütü**) : Yukarda (HMK m.382/2'de) sayılanlar dışında, ilgililerin özel hukuk kişilerine karşı ileri sürebilecekleri sübjektif haklarının bulunmadığı işler de, (çekişmeli olsalar bile) sübjektif hakkın yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargıya tâbidir (HMK m.382/1-b).

HMK m.382/2'de sayılı olmayan, sübjektif hakkın yokluğu ölçütüne (HMK m.382/1-b) göre çekişmeli yargı işlerine (başka bazı) misaller :

"**TMK m.112** : Haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir. - Mahkeme, denetim makamının başvurusu üzerine, duruşma yaparak yöneticileri görevden alabilir ve vakıf senedinde başka bir hüküm yoksa yenisini seçebilir.". Bkz. ayrıca : TMK m. 115,116.

"**TMK m.190** : Eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandığını, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir. - Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlanmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması, durumun hâkimin kararıyla ilân edilmesine bağlıdır."

"**TMK m.191** : Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin karar, koşullar değiştiğinde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir. - İlk karar ilân edilmiş ise, değişikliğe ilişkin karar da ilân olunur."

"**TMK m.195** : Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. - Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. - Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır."

"**TMK m.196** : Eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler".

"**TMK m.198** : Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir."

"**TMK m.199** : Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. - Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır. - Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırsa, re'sen durumun tapu kütüğüne şerhedilmesine karar verir."

"**TMK m.200** : Koşullar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır."

"**TMK m.206** : Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir".

"**TMK m.208** : Eşler, her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler. - Mal ayrılığına geçişi gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir."

"**6762 sayılı TTK m.35,III (6102 sayılı yeni TTK m.33/3)** : Müddeti içinde imtina sebepleri bildirildiği takdirde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesi evrak üzerinde inceleme yaparak tescili gerekli olan bir hususun mevcut olduğu neticesine varırsa tescilini sicil memuruna emreder, aksi takdirde memurun talebini reddeder."

"**6762 sayılı TTK m.36 (6102 sayılı yeni TTK m.34)** : İlgililer, vukubulacak tescil veya tadil yahut terkin talepleri üzerine sicil memurluğunca verilecek kararlara karşı, tebliğinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilirler. - Bu itiraz mahkemece evrak üzerinde incelenerek karara bağlanır. Şu kadar ki; sicil memurunun kararı, üçüncü şahısların sicilde kayıtlı bulunan hususlara müteallik menfaatlerini ihlal ettiği takdirde, itiraz edenle üçüncü şahıs da dinlenir. Gelmezlerse evrak üzerine karar verilir.

III- Hâkimin re'sen (kendiliğinden) harekete geçtiği[22] haller (**re'sen** -kendiliğinden- **harekete geçme ölçütü**) : Yukarda (HMK m.382/2'de) sayılanlar dışında, hâkimin re'sen (kendiliğinden) harekete geçmesi (işe el koyması) gereken bütün işler de, re'sen harekete geçme ölçütüne göre çekişmesiz yargıya tâbidir (HMK m.382/1-c).

HMK m.382/2'de sayılı olmayan, re'sen harekete geçme ölçütüne (HMK m.382/1-c) göre çekişmeli yargı işlerine (başka) misaller :

"**TMK m.183** : Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır."

"**TMK m.346** : Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."

"**TMK m.347** : Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. - Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir".

"**TMK m.348** : Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir: 1. 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

[22] Kendiliğinden (re'sen) harekete geçme ilkesi için bkz : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı II.Cilt (İstanbul 2001) s.1918 vd.

savsaklaması. - Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. - Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar."

"**TMK m.351** : Durumun değişmesi hâlinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. - Velâyetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir."

"**TMK m.352** : Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler. - Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder."- "**TMK m.353** : Evlilik sona erince velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır."

3. Çekişmesiz yargı işleri dava değildir

Çekişmesiz yargının konusu, yukarda genel olarak belirtilen çekişmesiz yargı işleridir. Çekişmesiz yargıda, dava deyiminin yeri yoktur, iş deyimi vardır. Bu nedenle, HMK m.**382'de** (doğru olarak) "**çekişmesiz** yargı işleri" deyimi kullanılmıştır.

HMK'dan (1.10.2011 tarihinden) önceki dönemde, çekişmesiz yargı açık kanun hükümleri ile düzenlenmiş olmadığı için, çekişmesiz yargı ile ilgili bazı Yargıtay kararlarında, çekişmesiz yargı işleri için, "dava", "hasımsız dava" ve "tek taraflı dava" terimleri kullanılmakta idi. Buna karşı, davanın iki taraf sistemine göre kurulmuş olduğu, çekişmesiz yargıda ise birbiriyle çekişme halinde olan iki taraf olmadığı, bu nedenle, çekişmesiz yargı işleri için dava, hasımsız dava veya tek taraflı dava terimlerinin kullanılması yanlış olduğunu, bunlara çekişmesiz yargı işleri denilmesi gerektiğini belirtmiştim[23]. Bu nedenle, HMK m.382'de "çekişmesiz yargı işleri" deyiminin kullanılmış olması, doğru ve çekişmesiz yargının niteliğine uygundur.

(HMK m.103/1-b) "bendinde, şahsın hukuku ve aile hukuku kapsamında yer alan bazı davalar sayılmış, "dava" ile birlikte "**işler**" de özellikle vurgulanmıştır. Çünkü bu bentteki uyuşmazlıkların bir kısmı **çekişmesiz yargı işleri** kapsamında olup, **çekişmesiz yargıya dikkat çekmek açısından bu ifade** kullanılmıştır"[24].

4. Çekişmesiz yargıda taraf kavramı yoktur, "ilgililer" kavramı vardır

Taraf kavramının davada büyük **önemi** vardır. Çünkü, bir davada verilen hüküm, yalnız o davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil eder (HUMK m.237 ; HMK m.303). HMK'ndan önce çekişmesiz yargı kanunla açıkça düzenlenmemiş olduğundan, uygulamada, çekişmesiz yargıda ilgililer için yanlış olarak davacı ve davalı terimleri kullanılmakta idi. Çekişmesiz yargıda dava söz konusu olmadığı için, davacı ve davalı terimlerinin de yeri yoktur. Bu nedenle,

---

[23] Bkz : Kuru-Nizasız Kaza s.24-26 ve 158 ; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt (İstanbul 2001) s.29-30. – Bkz. ayrıca : yuk. dipnot 6, 11, 12, 13 ve 19 civarı.

[24] HMK gerekçesi s.39.

çekişmesiz yargıda taraflar yerine, "**ilgililer**" (alakadarlar) terimi kullanılmalıdır[25]. **HMK**, doğru olarak "**ilgililer**" deyimini kullanmaktadır (bkz : HMK m.382/1-a,b ; m.384, m.387).

5. Görevli mahkeme

A) **Kural** : Çekişmesiz yargı işlerinde **görevli mahkeme**, kural olarak **sulh hukuk mahkemesi**dir (HMK m.383 ; m.4/ç)[26].

Bazı çekişmesiz yargı işleri için sulh hukuk mahkemesinin (veya hâkimin) görevli olduğu, ilgili kanunlarda açıkça belirtilmiştir ; misaller :

"**TMK m.397,II** : Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir."

"**TMK m.538,II** : El yazılı vasiyetname, saklanmak üzere açık veya kapalı olarak notere, sulh hâkimine veya yetkili memura bırakılabilir."

"**TMK m.589,I** : Mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re'sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alır."

"**TMK m.590,I** : Aşağıdaki sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde sulh hâkimi terekenin defterinin tutulmasına karar verir".

"**TMK m.592,I** : Aşağıdaki hâllerde sulh hâkimi re'sen mirasın resmen yönetilmesine karar verir:

"**TMK m.594,I** : Mirasbırakanın mirasçısı bulunup bulunmadığı veya mirasçıların tamamı bilinmiyorsa, sulh hâkimi uygun araçlarla ve bir ay ara ile iki defa ilân yapıp hak sahiplerini son ilândan başlayarak en geç bir yıl içinde mirasçılık sıfatlarını bildirmeye çağırır."

"**TMK m.595** : Mirasbırakanın ölümünden sonra ele geçen vasiyetnamesinin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın hemen sulh hâkimine teslim edilmesi zorunludur. ..... Sulh hâkimi, teslim edilen vasiyetnameyi derhâl inceler, gerekli koruma önlemlerini alır; olanak varsa ilgilileri dinleyerek terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar verir."

"**TMK m.596,I** : Vasiyetname, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın tesliminden başlayarak bir ay içinde mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi tarafından açılır ve ilgililere okunur."

"**TMK m.598,I** : Başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge (mirasçılık belgesi) verilir".

"**TMK m.609** : Mirasın reddi, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılır. - Reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir. - Sulh hâkimi, sözlü veya yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder. - Süresi içinde yapılmış olan ret beyanı, mirasın açıldığı yerin sulh mahkemesince özel kütüğüne

[25] Bkz : Kuru-Nizasız Kaza s. 139 vd ; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı I.Cilt (İstanbul 2001) s.29-30.

[26] Belirteyim ki, HMK m.383 ve m.385/3'e göre, bazı çekişmesiz yargı işleri, mahkemeler dışındaki resmî makamlara (organlara) bırakılabilir. Buna uygun olarak, mirasçılık belgesi verilmesi ve terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işleri için, sulh hukuk mahkemesinden başka **noterler** de görevli kılınmıştır (bkz : Noterlik K.m.71/A ve 6217 sayılı Kanunla değişik TMK m.164 ve m.598,I).

yazılır ve reddeden mirasçı isterse kendisine reddi gösteren bir belge verilir".

"**TMK m.615** : Önemli sebeplerin varlığı hâlinde sulh hâkimi, yasal ve atanmış mirasçılara tanınmış olan ret süresini uzatabilir veya yeni bir süre tanıyabilir."

"**TMK m.620,I** : Resmî defter, sulh mahkemesi tarafından düzenlenir; bu deftere terekeye ait aktif ve pasifler takdir edilen değerleriyle yazılır."

"**TMK m.634** : Resmî tasfiye, sulh mahkemesince veya atayacağı bir ya da birkaç tasfiye memuru tarafından yapılır".

"**TMK m.640,III ve V** : Mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh mahkemesi, miras ortaklığına paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir. ...Bir mirasçı ödemeden aciz hâlinde ise, mirasın açılması üzerine diğer mirasçılar, haklarının korunması için gerekli önlemlerin gecikmeksizin alınmasını sulh mahkemesinden isteyebilirler."

"**6102 sayılı yeni TTK m.82/8** : Gerçek kişi olan tacirin ölümü hâlinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi hâlinde kendisi defter ve kâğıtları birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmî tasfiyesi hâlinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar birinci fıkra gereğince on yıl süreyle sulh mahkemesi tarafından saklanır."

Bu (yukardaki) hükümler, HMK m.383'teki kuralın bir teyididir.

Bazı kanun hükümlerinde, çekişmesiz yargı işleri için **sadece** "**mahkeme**" veya "**hâkim**" deyimi kullanılmış, bunun sulh mü yoksa asliye hukuk mahkemesi (veya hâkimi) mi olduğu belirtilmemiştir ; misaller :

"**TMK m.32** : Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.

Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir."

"**TMK m.33,II** : Mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağırır."

"**TMK m.35,I** : İlândan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır."

"**TMK m.39** : Mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz."

"**TMK m.44** : "Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür.

Bununla birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir."

"**TMK m.45** : Gaiplik kararı, hâkimin bildirmesi üzerine, ölüm kütüğüne kaydolunur."

"**TMK m.131** : Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez.

Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir.

Ayrı bir dava ile evliliğin feshi, davacının yerleşim yeri mahkemesinden istenir."

"**TMK m.183** : Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır."

"**TMK m.191** : Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin karar, koşullar değiştiğinde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir".

"**818 sayılı BK m.36,I (6098 sayılı yeni BK m.44,I)** : Salahiyeti natık vesikayı haiz olan mümessil, vazifesi hitam bulduğu takdirde, onu temsil edilene iade yahut mahkemeye tevdi etmeğe mecburdur."

"**818 sayılı BK m.166,I (6098 sayılı yeni BK m.187,I)** : Aidiyeti münazaalı bulunan bir alacağın borçlusu tediyeden imtina edebilir ve alacağı mahkemeye tevdi ile borçtan beri olur."

"**6102 sayılı yeni TTK m.82/7** : Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde zıyaa uğrarsa tacir zıyaı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Bu dava hasımsız açılır. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir."

Çekişmesiz yargıda, sulh mahkemesinin görevi asıl olduğundan (HMK m.383), asliye mahkemesinin görevi ise istisna olduğundan, az önce görüldüğü gibi, yalnız "mahkeme" veya "hâkim" terimlerinin kullanıldığı bütün çekişmesiz yargı işleri için de, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmalıdır.

B) **İstisnalar (sulh hukuk mahkemesinden başka mahkemelerin görevli olduğu mahkemeler)** : Özel bir kanun hükmü ile, bazı çekişmesiz yargı işleri için, sulh mahkemesi dışında bir mahkeme görevli kılınabilir : "aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece" (HMK m.383) ; misaller :

Konkordato mühleti için **icra mahkemesi** görevlidir (İİK m.285 vd). – Doğrudan doğruya iflâs, iflâsın kaldırılması, iflâsın kapanması ve konkordatonun tasdiki için asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Bundan başka, Ticaret Kanununda birçok çekişmesiz yargı işi için asliye **ticaret mahkemesi**nin görevli olduğu belirtilmiştir ; misaller :

"**6762 sayılı TTK m.35,III (6102 sayılı yeni TTK m.33/3)** : Müddeti içinde imtina sebepleri bildirildiği takdirde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesi evrak üzerinde inceleme yaparak tescili gerekli olan bir hususun mevcut olduğu neticesine varırsa tescilini sicil memuruna emreder, aksi takdirde memurun talebini reddeder."

"**6762 sayılı TTK m.36,I (6102 sayılı yeni TTK m.34,I)** : İlgililer,

vukubulacak tescil veya tadil yahut terkin talepleri üzerine sicil memurluğunca verilecek kararlara karşı, tebliğinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilirler."

Aile hukukundan doğan çekişmesiz yargı işleri için **aile mahkemesi** görevlidir (Aile Mahkemeleri K.m.4/1).

Vesayet işlerinde, denetim makamı olarak, **asliye hukuk mahkemesi** görevlidir (MK m.397,II).

HMK m.383 ve m.385/3'e göre, **bazı çekişmesiz yargı işleri**, **mahkemeler dışındaki resmî makamlara** (organlara) **bırakılabilir**. Buna uygun olarak, mirasçılık belgesi verilmesi ve terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işleri için, sulh hukuk mahkemesinden başka, **noterler** de görevli kılınmıştır (bkz : Noterlik K.m.71/A ve 6217 sayılı Kanunla değişik TMK m.164 ve m.598,I).

6. Çekişmesiz yargıda yetkili mahkeme

Çekişmesiz yargıda yetkili mahkeme (kural olarak) talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin **oturduğu yer** (sulh hukuk) mahkemesidir (HMK m.384).

İstisnalar : Kanunlarda aksine (özel) hüküm bulunan hallerde, (özel) kanunlarda yazılı olan yer mahkemesi (o çekişmesiz yargı işi için) yetkilidir (HMK m.384 : kanunda aksine hüküm bulunmadıkça) ; misaller :

1) Yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu haller :

"**TMK m.32** : Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. - Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir."

"**TMK m.107** : Vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. - Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabileceği gibi ; kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır".

"**TMK m.207** : (mevcut mal rejiminin mahkemece mal ayrılığına dönüştürülmesinde) Yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir."

"**TMK m.411** : Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir."

"**TMK m.412** : Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. - Yerleşim yerinin değişmesi hâlinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilân olunur."

"**TMK m.430,I** : Temsil kayyımı, kendisine kayyım atanacak kimsenin

yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanır."

"**TMK m.433,I** : Yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisi, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına aittir."

"**6102 sayılı yeni TTK m.757,I** : İradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden, muhatabın poliçeyi ödemekten menedilmesini isteyebilir."

2) Şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yetkili olduğuna bazı misaller :

"**6102 sayılı yeni TTK m.207** : Denetçi, işlem denetçisi, özel denetçi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi ; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir."

"6102 sayılı yeni TTK m.273 : (1) Tasfiye memurları şirket sözleşmesiyle, şirketin devamı sırasında veya sona ermesinden sonra ortakların oybirliğiyle seçilir. - (2) Birinci fıkra hükümlerine uygun olarak bir tasfiye memuru seçilmemişse, tüm ortaklar veya bunların kanuni temsilcileri tasfiyeye memur sayılır. Bununla beraber ortaklardan birinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi, tasfiye hâlindeki şirket için bir veya birkaç tasfiye memuru atar. Mahkeme gerek görürse dilekçeyi tebliğ ederek diğer ortakları dinleyebilir."

"**6102 sayılı yeni TTK m.343** : Konulan ayni sermaye ile kuruluş sırasında devranilacak işletmelere ve ayınlara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerleme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; ayni olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular, işlem denetçisi ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir."

"**6102 sayılı yeni TTK m.405/1**: Şirket ile denetçi arasında şirketin ve topluluğun yılsonu hesaplarına, finansal tablolarına ve yönetim kurulunun faaliyet raporuna ilişkin, ilgili kanunun, idari tasarrufun veya esas sözleşme hükümlerinin yorumu veya uygulanması konusunda doğan görüş ayrılıkları hakkında, yönetim kurulunun veya denetçinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi dosya üzerinden karar verir. Karar kesindir."

"**6102 Sayılı yeni TTK m.412 (6762 sayılı TTK m. 367)** : Pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde

olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında, kayyımın, görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir. Karar kesindir."

3) Miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri için, **mirasbırakanın son yerleşim yeri** mahkemesi yetkilidir :

"**TMK m.589** : Mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re'sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alır. - Bu önlemler, özellikle kanunda belirtilen hâllerde terekede bulunan mal ve hakların yazımına, terekenin mühürlenmesine, terekenin resmen yönetilmesine ve vasiyetnamelerin açılmasına ilişkindir. - Önlemlerle ilgili giderler, ileride terekeden alınmak üzere, başvuran kişi tarafından; önleme hâkimin re'sen karar verdiği hâllerde Devlet tarafından karşılanır. - Mirasbırakan, yerleşim yerinden başka bir yerde ölmüş ise, o yerin sulh hâkimi bu ölümü yerleşim yeri sulh hâkimine gecikmeksizin bildirir ve mirasbırakanın ölüm yerinde bulunan mallarının korunması için gerekli önlemleri alarak bununla ilgili dosyayı ve varsa vasiyetnameyi yerleşim yeri sulh hâkimine gönderir."

"**TMK m.596,I** : Vasiyetname, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın tesliminden başlayarak bir ay içinde mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi tarafından açılır ve ilgililere okunur."

7. Yargılama usulü

Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, **basit yargılama usulü** (HMK m.316-322) uygulanır (HMK m.385/1)[27].

Bundan başka, bazı çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı ilgili kanun hükümlerinde tekrar belirtilmiştir ; misaller :

"**TMK m.437,I** : (koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında) Hâkim, basit yargılama usulüne göre karar verir."

"**6762 sayılı TTK m.207,III** (**6102 sayılı yeni TTK m.268/3**) : Ortaklarla tasfiye memurları arasında çıkan ihtilaflar, basit muhakeme usulüne göre incelenir. Tasfiye memurları ve ortaklar dinlenir. Kararın en kısa bir zamanda verilmesi lazımdır. Bu hususta kararlar katidir."

"**6102 sayılı yeni TTK m.437/5** : Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul

---

[27] HMK'nın 385. maddesinin "birinci fıkrasında yer alan düzenlemede, özel hüküm bulunmayan hâllerde **basit yargılama usulüne ilişkin ilke ve kuralların çekişmesiz yargı işlerinde de** niteliğine uygun düştüğü ölçüde işlerlik kazanacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinde genel görevli yargı yerinin sulh hukuk mahkemeleri olduğu ve bu mahkemelerde de basit yargılama usulü uygulandığına göre, anılan işlerde özel hüküm bulunmayan hâllerde basit yargılama usulünün uygulanma kabiliyeti kazanmasını doğal karşılamak gerekir" (HMK gerekçesi s.111).

bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir."

Bazı çekişmesiz yargı işleri ile ilgili kanun hükümlerinde, o işlerde uygulanacak yargılama usulüne ilişkin **özel hükümler** vardır. Bu halde, öncelikle o özel hükümler uygulanır, orada özel hüküm bulunmayan hallerde ise, "niteliğine uygun düştüğü ölçüde" basit yargılama usulü uygulanır (HMK m.385/1)". Meselâ, vesayet işlerinde, önce MK m.396-491'deki özel usul hükümleri, sonra da, "niteliğine uygun düştüğü ölçüde (HMK m.385/1)" basit yargılama usulü uygulanır (HMK m.385/1 ; MK m.437,I).

Çekişmesiz yargıda mahkemeye başvurulması, kural olarak **dilekçe** ile olur (HMK m.385/1, m.317/1).

Basit yargılama usulünde **başvuru dilekçeleri** yönetmelikte (HMK m.449) belirlenecek **formun doldurulması** suretiyle de verilebilir (HMK m.317/4). Bu husus, özellikle çekişmesiz yargıda başvuru dilekçeleri için yararlı olacaktır (HMK m.385/1, m.317/4).

İstisna olarak, bazı çekişmesiz yargı işlerinde mahkemeye başvuru, **sözlü beyan**la da yapılabilir ; misaller : TMK m.309,II ve m.609,I. Özellikle re'sen harekete geçme ölçütüne (HMK m.382/1-c) göre çekişmesiz yargı işi sayılan hallerde, özel kişiler ve resmî makamlar, mahkemeye sözlü olarak beyanda (bildirimde) bulunabilirler (MK m.404,II). Sözlü beyanlar (bildirimler), hâkim tarafından tutanağa yazdırılır (HMK m.154/1,2).

Yukarda görüldüğü gibi, çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü (HMK m.317-322) uygulanır (HMK m.385/1).

Basit yargılama usulünde, mahkeme, mümkün olan hallerde ilgilileri **duruşma**ya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m.320/1) :

Bazı çekişmesiz yargı işlerinde, ilgililerin duruşmaya çağırılması (dinlenmesi) gerektiği açıkça öngörülmüştür ; misaller :

"**TMK m.437,III** : (koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında) Hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler."

"**6762 sayılı TTK m.1210,IV** (**6102 sayılı yeni TTK m.1281/4**) : (dispeçin tasdiki ve avaryanın nevi veya hesaplarına itirazda) İlgililerin hepsi duruşmaya çağırılır. Davetiyede, dispeç ile müsbit vesikaların mahkeme kaleminde incelenebileceği ve çağırılanın daha önce de dispeçe karşı mahkemede itirazda bulunabileceği muayyen günde gelmediği takdirde dispeçe muvafakat etmiş sayılacağı yazılır. Davetiyenin tebliğ için duruşma gününden en az on beş gün önce gönderilmesi lazımdır."

"**6762 sayılı TTK m.1211,I** (**6102 sayılı yeni TTK m.1282/1**) : Tayin olunan günde hazır olanlarla duruşma yapılır. Dispeçe karşı duruşmada veya daha önce bir itiraz yapılmamış olduğu takdirde dispeç tasdik olunur. İtiraz yapılmışsa ilgililer dinlenir. İtirazın yerinde olduğu görülür, veya başka surette bir anlaşmaya varılırsa dispeç buna göre düzeltilerek tasdik olunur."

Diğer bazı çekişmesiz yargı işleri için, duruşma yapılmayacağı ve dosya (evrak) üzerinden karar verileceği açıkça belirtilmiştir ; misaller :

"**TMK m.138,I** : Evleneceklerden her biri evlendirme memurunun ret kararına karşı mahkemeye başvurabilir. İtiraz, evrak üzerinde incelenip kesin karara bağlanır."

"**6762 sayılı TTK m.35,III** (**6102 sayılı yeni TTK m.33/3**) : Müddeti içinde imtina sebepleri bildirildiği takdirde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesi evrak üzerinde inceleme yaparak tescili gerekli olan bir hususun mevcut olduğu neticesine varırsa tescilini sicil memuruna emreder,aksi takdirde memurun talebini reddeder."

"**6762 sayılı TTK m.36,II** (**6102 sayılı yeni TTK m.34/2**) : İlgililer, vukubulacak tescil veya tadil yahut terkin talepleri üzerine sicil memurluğunca verilecek kararlara karşı, tebliğinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilirler. - Bu itiraz mahkemece evrak üzerinde incelenerek karara bağlanır. Şu kadar ki; sicil memurunun kararı,üçüncü şahısların sicilde kayıtlı bulunan hususlara müteallik menfaatlerini ihlal ettiği takdirde,itiraz edenle üçüncü şahıs da dinlenir.Gelmezlerse evrak üzerine karar verilir".

Bunun dışında, çekişmesiz yargı işlerinde, sulh hukuk mahkemesi, kural olarak, ilgilileri duruşmaya davet etmeden, dosya üzerinden karar verir (HMK m.385/1, m.320/1).

Özellikle çekişme yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargıya giren işlerde, karşı taraf (ilgili) bulunmadığından, duruşma yapılmasına da gerek yoktur.

Buna karşılık, çekişme yokluğu ölçütünden başka ölçütlere göre çekişmesiz yargıya giren işlerde, sulh hukuk mahkemesi, gerekli görürse duruşma yapılmasına karar verebilir.

Hâkim, duruşmasız incelediği çekişmesiz yargı işlerinde de, (kural olarak) ilgilileri dinlemeden (ilgililere beyanda bulunma imkânı vermeden) karar veremez.

Çekişmesiz yargı işlerinde re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulanır : Çekişmeli yargıda, taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir ; re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi istisnadır. – Buna karşılık, çekişmesiz yargı işlerinde (aksine bir hüküm bulunmadıkça) **re'sen** (kendiliğinden) **araştırma ilkesi** geçerlidir (HMK

m.385/2)[28].

İlâm kavramı (HMK m.301/2), yalnız çekişmeli yargıya ait bir terimdir. Buna karşılık ilâm kavramı **çekişmesiz yargıya yabancıdır**. **Çekişmesiz yargıda**, yalnız "**karar**" terimi kullanılmalıdır[29].

Mirasçılık belgesi için, uygulamada kullanılan "veraset ilâmı" deyimi yanlıştır. Bunun doğrusu, kanunda açıkça yazılı olduğu gibi, mirasçılık belgesidir (bkz : HMK m.382/2-c/6).

İhtiyatî tedbirle ilgili hükümler (HMK m.389 vd), niteliğine uygun düştüğü ölçüde, çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır (HMK m.389/2).

Çekişmesiz yargı işleri, **adlî tatilde** de görülür (HMK m.103/1-ğ).

Mahkemelerde görülmekte olan çekişmesiz yargı işlemlerinde UYAP'ın kullanılmasına dair esaslar yönetmelikle düzenlenir (HMK m.445/5).

8. Kanun yolları

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, HMK hükümleri dairesinde **istinaf** yoluna başvurabilirler (HMK m.387).

İstinaf mahkemesinin çekişmesiz yargı işlerinde verdiği kararlar kesindir ; yani temyiz edilemez (HMK m.362/1-ç).

Fakat, 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunla, 6100 sayılı HMK'ya (geçici 2 nci maddeden sonra gelmek üzere) aşağıdaki geçici madde eklenmiştir :

Geçici madde 3 – Bölge adliye (**istinaf**) **mahkemelerinin** ... **göreve başlama tarihine kadar**, 1086 sayılı **HUMK'nun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur**.

Buna göre, istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, (eskiden olduğu gibi), çekişmesiz yargı kararları ilgililer tarafından temyiz edilebilecektir[30].

---

[28] HMK m.385/2'de "yer alan düzenlemede, çekişmesiz yargı işlerinin büyük ölçüde **kamu düzeni**yle ilişki içinde bulunması sebebiyle bu tür işlerde re'sen araştırma ilkesinin işlerlik kazanacağı hususu hüküm altına alınmıştır" (HMK gerekçesi s.111) – "Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki en belirgin farkı belirten ölçü "ihtilaf" çekişme yolu kıstasıdır. Çekişmeli yargıda, taraflarca ihzar prensibi geçerli olduğu halde **çekişmesiz yargıda re'sen araştırma prensibi egemendir**. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde re'sen araştırma prensibinin cari olması, bu gibi işlerde kural olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Burada da taraflarca ihzar prensibi cari olsa idi, o zaman çekişmesiz yargı hâkimi, talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ki, bu durum gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Diğer taraftan **kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda**, **hâkim belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğu** için davayı değiştirme yasağı bu uyuşmazlıklarda uygulanmaz (HUMK 185/2)" (HGK 25.6.1997, 11/313-569 : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı II. Cilt İstanbul 2001 s.1926 dipnot 200a civarı) ; Çekişmesiz yargıda re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesinin uygulanmasına misaller için bkz : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı II.Cilt (İstanbul 2001) s.1731 ve s.1926.

[29] "Aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmek suretiyle verilen mirasçılık belgesi klâsik anlamda bir ilâm değildir. **İlâm kavramı**, **yalnız çekişmeli yargıya ait bir terim olup**, **çekişmesiz yargıya yabancıdır**. Her zaman aksi, iddia ve ispat edilebilir. Yapılan işlemi tam bir dava olarak nitelemek de yerinde olmaz. Nizasız kaza yolu ile alınan kararlar, hiçbir zaman maddi anlamda kesin karar niteliğini taşımaz (Prof. B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 2, sahife: 2167 ve Nizasız Kaza, sahife 180 vd.)" (HGK 5.12.1990, 2/560-622 : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı III.Cilt İstanbul 2001 s.3150 dipnot 586a civarı ve aşa.dipnot 29'daki 5.12.1990 tarihli HGK kararı.

[30] Bkz : Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı V.Cilt (İstanbul 2001) s.4571-4572.

9. "Çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesin hüküm (HMK m.303) **teşkil etmez"** (HMK m.388)

Meselâ, mirasçılık belgesi verilmesi işi (MK m.598) bir çekişmesiz yargı işidir (HMK m.382/1-c/6). Mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilmemiş olan bir kişi, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesi için dava (HMK m.11/3) açarsa, çekişmesiz yargıda verilmiş olan mirasçılık belgesi kararı, bu davada maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez (MK m.598,III) ; yani, davanın görülmesine engel teşkil etmez ; misal :

"Mirasçıların mirasçılık sıfatlarının belirtilmesi istemi ile hasımsız olarak açacakları dava nedeniyle verilen **mirasçılık belgesi kararı**, **bir nizasız kaza** (**çekişmesiz yargı**) **kararı niteliğindedir**. Bu hususta hukuk öğretisi ve yargısal kararlarda tam bir görüş birliği vardır. **Nizasız kaza kararları**, **şekil bakımından kesinleşmiş olsalar bile maddi hukuk açısından kesin hüküm teşkil etmezler**. Bu nedenledir ki kanuni bir gerçek olarak kabulleri mümkün değildir. Daha sonra bu kararların gerçeğe aykırı ve yanlış olması durumunda kararı veren mahkemece değiştirilebilecekleri gibi nihayet tespit edici nitelikte oldukları cihetle nizalı kaza (çekişmeli yargı) mahkemelerini bağlayıcı güçleri de yoktur. (Prof. Dr. İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, 1984 5. cilt, s. 421-423). Aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmek suretiyle verilen hasımsız mirasçılık belgesi klasik anlamda bir ilâm da değildir. **İlâm kavramı yalnız çekişmeli yargıya ait bir terim olup**, **çekişmesiz yargıya yabancıdır**. Her zaman aksi iddia ve ispat edilebilir. Yapılan işlemi tam bir dava olarak nitelemek de yerinde olmaz. **Nizasız kaza yoluyla alınan kararlar hiçbir zaman maddi anlamda kesin karar niteliğini taşımaz** (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 2, s. 2167 ve Nizasız Kaza, s. 180 vd)"[31].

[31] HGK 5.12.1990, 2/560-622 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1991/2 s.167-168). Benzer başka bir misal için bkz : 7.HD 8.4.2010, 857/2046 (Yargıtay Kararları Dergisi, 2011/4 s.617-618).

KAMUDA İKİ DİLLİ YAŞAM TALEBİ DEMOKRATİK BİR HAK MIDIR?

Prof. Dr. Sibel ÖZEL[1]

"Gerçek vatan, aslında dildir. Vatandan en hızlı, en kolay uzaklaşma dil yoluyla olur; ve hatta en sessizce gerçekleşen yol da budur".

Wilhelm von Humboldt

Bir süredir Türkçe dışındaki dillerin kamu alanında serbestçe kullanımı ve özellikle eğitim dili olması yönündeki talepler bir kimlik ve demokrasi meselesi olarak öne sürülmektedir. Etnik grupların kendi dillerini her alanda serbestçe kullanma iddiası bir yandan hukuken yeni azınlık yaratma diğer yandan da her etnik grubun dilinin resmi dil olan Türkçeye eş değer rol üstlenmesinin demokrasi için bir zorunluluk olduğu yanılsamasına hizmet etmektedir.

Bu konudaki kafa karışıklığı, bilgi eksikliği, yanlış kavramlarla hareket edilmesi tartışmanın doğru mecrada yapılmasını engellemektedir.

Azınlık Statüsü

Öncelikle belirtilmelidir ki uluslararası hukukta bütün devletler için bağlayıcı bir azınlık tanımı yoktur. Hukuki azınlık her ülkenin kendi tarihsel gerçeklerine göre o ülke tarafından belirlenmektedir.

Türkiye açısından azınlık tanımı Lozan Antlaşması'nda belirlenen kriterle yani din temel alınarak oluşturulmuştur. Lozan Antlaşması'nın hazırlık müzakerelerinde kimlerin azınlık tanımı içinde yer alacağı uzun tartışmalara yol açmıştır. Sevr anlaşmasında azınlıklar ırk azınlığı, din azınlığı ve dil azınlığı olarak benimsenmiş, Osmanlı Devleti'nin tek taraflı yükümlülükleri kabul edilmiş ve hatta bazı haklardan Türkiye'de oturan Müttefik (İtilaf) Devletler vatandaşlarının da yararlanması sağlanmıştır. Dolayısıyla Sevr Antlaşması'na göre Türk etnik kökeni dışında olan herkes; Türkçe dışında dil konuşan herkes ve Müslüman olmayan herkes azınlık sayılacaktır. Hatta din azınlığının sadece gayrımüslimleri değil, Hanefi mezhebi dışındaki diğer Sünni mezhepleri ve Alevileri de kapsar şekilde ele alınacağını kabul etmek gerekecektir.

Lozan'a giden Türk heyeti gerek tanım gerekse azınlık hakları konusunda hassas davranmış ve egemen bir devletin milletlerarası camiada eşit şekilde muamele görmesi ve çağdaş ülkelerdeki yükümlülüklerin kabulü yönünde ısrarcı olmuştur.

Bu noktada azınlık tanımı çok önemlidir. Rıza Nur Bey[2] yaptığı konuşmada

---

[1] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

[2] 18 Aralık 1922 oturumu. Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler Takım I, c. I, Kitap 2, Ankara 1970, çeviren: Seha Meray, s. 160-161.

tarihi geçmişe atıf yapmış ve "Tarih Türkiye'de azınlıklar sorununa her zaman Müslüman olmayanların konu olduğunu göstermektedir. Bu yüzden biz de Misak-i Millimizde bu kelimeyi bu anlamda anladık ve Alt komisyona sunduğumuz tasarıda da bu anlamda anlamaktayız" demiştir.

Bu isteğe karşı taraftan olumsuz tepkiler gelmiştir.

Yunanistan temsilcisi Venizelos Rıza Nur Bey'in sözlerinin azınlıkların korunması konusunda çağı geçmiş bir düşünceye dayandığını, azınlıkların korunmasının özü itibariyle çağdaş bir düşünce olduğunu, Türk devletinin teokratik bir monarşi olmaktan çıkmasının, azınlıkların korunmasında önemli olmadığını, Türk temsilci heyetinin sandığı gibi bu korumanın yalnız din alanı ile sınırlı olmadığını belirtmiştir[3].

Venizelos açıkça azınlıklar terimine Müslüman olmayan sıfatının eklenmesine karşı olduğunu, asıl güvence altına alınması gereken hususun bir ulusal topluluktan olma hakkı olduğunu; azınlıkların kökenlerine ve bir başka devletle olan hısımlıklarına ilişkin bilinçlerinin koruma altında olması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre özellikle azınlıklara ulusal tarihlerini içten yakınlık duygularıyla düşünme olanağı sağlanmış olması önemlidir[4].

Sırp-Hırvat-Sloven Devleti temsilcisi Spalaikovitch de Venizelos'a katıldığını söylemiştir.

20 Kasım 1922 tarihli oturumda Rıza Nur Bey Türk tarafının görüşünü beyan eden bir bildiri okumuştur[5]:

Müttefiklerin tasarısı Müslüman azınlıklardan söz etmektedir, oysa Türkiye'de bu gibi azınlıklar sözkonusu olamaz; çünkü tarihsel gelenekler, moral düşünceler… Türkiye'de yaşayan Müslümanlar arasında en tam bir birlik yaşanmaktadır; üstelik aile hukuku, siyasal haklar, yurttaşlık hakları ve öteki haklar açısından bütün Müslümanlar arasında hiçbir ayrım olmaksızın ülkenin hükümetine ve yönetimine tam bir eşitlik içinde katılmaktadır.

Eski Osmanlı İmparatorluğunda yada TBMM'de en yüksek devlet görevleri almış olanların ve almakta bulunanların hayat hikayeleri incelenirse bu gerçek bütün çıplaklığı ile ortaya çıkar.

Kaldı ki bağımsız her Müslüman Hükümette kural dışılık olmaksızın bütün Müslümanlar çoğunluğun yaşantısını ve ülkeyi yöneten yasayı birlikte düzenlerler. Buradan şu çıkmaktadır ki Müslüman bir ülkede Müslüman bir azınlık var olamaz ve bu sözde azınlık çoğunlukla aynı şeydir.

Müslüman olmayanlara gelince biz onlara bu son yıllar boyunca yapılmış antlaşmalarda yazılı ve çağdaş ilkelere tümüyle uygun olan bütün hakları tanımaktayız.

Müslüman olmayan azınlıklar teriminin istenmemesi halinde Lord Curzon'un yaptığı gibi Hıristiyan azınlık teriminin kullanılmasını teklif ediyoruz.

Sonuçta Lozan Antlaşması metninde III. Kesim:Azınlıkların Korunması

[3] Id. s. 171.
[4] Id. s. 172.
[5] Id. s. 175-176.

başlığı altında m. 37-45'de Türk tezi kabul edilerek din eksenli tanım esas alınmış ve azınlıklar Müslüman Olmayan (gayrımüslim) azınlıklar olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Lozan'da kabul edilen kriter ırk, soy, dil değil, din merkezli olmuş ve sadece Müslüman olmayan azınlık kavramı kabul edilmiştir.

Lozan m. 45 ile bu kesimdeki hükümlerle Türkiye'nin gayrımüslim azınlıklara tanımış olduğu haklar, Yunanistan tarafından kendi ülkesinde bulunan Müslüman azınlık için tanınmıştır. Buna göre Türkiye'de gayrımüslimler, Yunanistan'da ise Müslümanlar azınlık olarak belirlenmiştir.

Bugün bazı kesimler Lozan'ın aşılması gerektiğini, burada esas alınan din kriterinin çağı geçmiş bir kriter olduğunu ileri sürerek Türkiye'de etnik köken, mezhep ve dil üzerinden yeni azınlık grupları yaratmak istemektedir. Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Uluslar arası hukukta bütün devletler için bağlayıcı bir azınlık kriteri var mıdır? Avrupa Birliği hukukunda bütün Üye Devletler için geçerli bir azınlık tanımı var mıdır? Cevap çok net bir biçimde hayırdır.

Azınlıklarla ilgili uluslararası sözleşmelerde dahi azınlık tanımı yapılmamış ve âkit devletlere belli bir kriterle azınlık tanımı yapma zorunluluğu getirilmemiştir. 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 27 şöyledir:

Etnik, dinsel veya dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleri ile birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma ve bu dine göre ibadet etme yada kendi dillerini kullanma haklarından yoksun bırakılmayacaklardır.

Madde sözkonusu kriterlere göre âkit devletlerde azınlık olduğunu öngörmemekte, tam tersi bu kriterlere göre azınlıkların bulunduğu bir devlette azınlık haklarının ne anlama geldiğini açıklamaktadır. Dolayısıyla Sözleşmeye taraf her devlet otomatik olarak çoğunluğa kıyasla farklı etnik gruba, çoğunluğa kıyasla farklı dinsel inancı olan gruba veya çoğunluğa kıyasla farklı anadile sahip bir gruba azınlık hakkı vermemektedir. Kendi ülkesinde bu kriterlere göre azınlık var ise, onlara karşı yükümlülükler belirlenmiştir. Türkiye bu maddeyi Lozan antlaşması hükümlerine göre uygulayacağını belirtmiştir, zira Türkiye'de sadece Lozan Antlaşması çerçevesinde dini azınlık bulunmaktadır.

Her egemen devlet kendi tarihsel sürecine göre kendi azınlık tanımını yapmakta ve kimlerin azınlık olduğuna kendisi karar vermektedir. Bu nedenle AB üyesi ülkelerin her biri kendi belirlediği grupları azınlık olarak kabul etmekte, dışarıdan azınlık olarak tanımlanması mümkün görülen bazı gruplar ise azınlık olarak tanımlanmamaktadır. Tipik örnek Almanya'dır. Almanya'da 3 milyona yakın Türkiye kökenli insan ve değişik ülkelerden gelmiş Müslümanlar vardır. Ancak Müslümanlar ve özellikle Türkler ve Kürtler azınlık statüsünde değildir. Almanya kendi tarihsel süreci içinde Sorblar, Frizler, Danimarkalılar ve Roman- Sintileri azınlık olarak kabul etmektedir [6]. Sözkonusu etnik gruplar da tüm Almanya çapında değil, belli bölgelerde yaşayanlar açısından azınlıktır.

[6] Regional-und Minderheitensprachen in Deutschland, Herausgeber Bundesministerium des Innern, 1. Auflage, 2008 (Almanya'da Bölgesel Diller ve Azınlık Dilleri, Alman İçişleri Bakanlığı Yayını) www. bmi.bund.de (3.06.2011). Almanca çeviri için Yrd. Doç. Dr. Selin Pürselim-Doğan'a teşekkür ederim.

Schleswig-Holstein bölgesinde yaşayan 50.000 civarı Danlar (Danimarkalılar)[7] ve 50.000 civarı Frizler; Lusatia bölgesinde yaşayan 60.000 civarı Sorblar[8] ve 70.000 civarı Roman-Sintiler[9] resmi azınlık statüsündedir. Sayıca fazla olmasına rağmen Müslümanlar ve etnik köken ve farklı dil açısından da Türkler ve Kürtler azınlık haklarından yararlanamazlar.

Dolayısıyla Türkiye'nin ve bir AB üyesi ülke olan Yunanistan'ın Lozan Antlaşması çerçevesinde kabul ettiği azınlık kriteri hukuken yürürlükten kalkmış, vadesini doldurmuş bir kriter değildir.

Lozan Antlaşması m. 37-45 hükümler Ekalliyetlerin Himayesi (Azınlıkların Korunması) başlığını taşımaktadır. Bu fasılda yer alan hükümler azınlıklar için getirilmiştir. Bir hukuk metni lafzı ve ruhu ile iyiniyet kurallarına göre yorumlanmalıdır. Dolayısıyla uzun tartışmalardan sonra kabul edilen gayrımüslim azınlık kavramı, bu fasılda yer alan bazı kelimelere dayanılarak yok sayılamaz ve farklı kriterle yeni azınlık türleri yaratmak için zorlama yorum yapılamaz.

Lozan Antlaşması'nın 37-45 hükümleri azınlıklarla ilgilidir ve azınlıklar da gayrımüslim olarak belirlenmiştir. Tutanaklar da açıkça göstermektedir ki Türkiye'de Müslüman azınlık yoktur. Müzakere tutanakları ve Antlaşma metni çok açık bir şekilde dil veya etnik köken temeline dayalı azınlık tanımını reddetmektedir.

Lozan m. 37-45 hükümleri azınlıklarla ilgili düzenleme yapmış ve m. 45 çok açık bir biçimde "işbu fasıldaki hükümler ile Türkiye'nin gayrımüslim azınlıklarına tanınan hukuk, Yunanistan tarafından da kendi ülkesinde bulunan Müslüman azınlıklar için de tanınmıştır" ifadelerini kullanmıştır. Dolayısıyla m. 37-45 arası hükümler azınlıklarla ilgilidir.

Lozan Antlaşması'nda bazı maddelerde "herkes" veya "bütün Türk uyrukları" gibi terimlerle başlayan hükümler vardır. Bu kurallar herkesin inanç özgürlüğü, yaşam özgürlüğü olduğuna ilişkin temel insan haklarının garanti altına alındığı hükümlerdir. Azınlık vatandaş olduğu için bu temel haklardan o da her vatandaş gibi yararlanacaktır. Dolayısıyla azınlık diğer vatandaşlarla eşit muameleye tâbi tutulacak ve ayrımcılık yapılmayacaktır.

---

[7] Güney Schleswig'de yaşayan yaklaşık 50.000 Dan ulusal azınlık statüsündedir. Değerlendirmelere göre yaklaşık 8.000 ile 10.000 kişi günlük hayatta Danca (Danimarkaca) konuşmaktadır. Danimarka 1864'de savaşı kaybetmiş ve Kuzey-Güney Schleswig Prusya'nın kontrolüne girmiştir. Ancak Danimarkalılar savaştan sonra da Schleswig'de yaşamaya devam etmiştir. 1920'de halk oylaması yapılmış, Kuzey Schleswig Danimarka'ya, Güney Schleswig ise Almanya'ya bağlanmıştır. Schleswig-Holstein Tüzüğü ve 1955 tarihli Bonn-Kopenhagen Açıklamaları ile Almanya ve Danimarka, azınlığın özgür bir şekilde ibadetlerini yerine getirmelerini hukuken garanti altına almıştır (Id. s. 8).

[8] Sorblar batı slav bir halk olup Almanya'da Sachsen ve Brandenburg eyaletlerinde yaşamaktadır. Sorblar 7. yüzyılda bu bölgeye göçetmişler ve 13. yüzyıldan itibaren dilleri yasaklanmış ve ayrımcılığa uğramıştır. Sorb dilinin yazılı kaynakları Reform dönemine inmektedir (Id. s. 45,48). Sachen eyaletinde 9 ilkokul ve 6 ortaokulda Sorb dilinde eğitim verilmektedir. Sorb dili ayrı bir ders olarak Hoyerswerda ve Sachsen ile Brandenburg eyaletlerinde 39 ilkokulda öğretilmektedir (Id. s. 51).

[9] Roman-Sintiler çoğunlukla eski şehirlerde yaşamaktadır. Berlin ve çevresi, Hamburg'un bazı kesimleri, Rhein-Ruhr bölgesi ile Duesseldorf ve Köln merkezi, Rhein-Main ve Rhein-Neckar ile Kiel'in bazı bölgeleri yerleşim alanlarıdır. 2000 yıllık bir dil olan Roman dili Urdu ve Hindu dil ailesini ait olup dil bilgisi çoğunlukla Sanskritçeye benzemektedir. Avrupa'ya göç eden Romanların ilk yazılı belgeleri 16. yüzyıla aittir. Alman Sinti ve Roman Merkez Konseyi Şubat 1982'de kurulmuştur. Merkez Alman Romanların Avrupa Dil Şartı kapsamındaki haklarını savunmaktadır (Id. s. 35-36).

Azınlık haklarının kullanılmasıyla ilgili olan bu fasıldaki hükümlerde gayrımüslim azınlık teriminin her defasında tekrar edilmesine gerek yoktur. Bu nedenle azınlık haklarının kullanılmasına ilişkin hükümlerden yeni azınlık tanımları çıkarılamaz. Azınlık tanımı çok açık bir şekilde Türkiye'de gayrımüslimleri , Yunanistan'da Müslümanları kapsayacak şekilde belirlenmiştir. Lozan Antlaşması'nda azınlık hakları onların diğer vatandaşlarla eşit işlem görmesi ve ayrımcılığa uğramaması için düzenlenmeler getirmiştir.

Bu noktada m. 39 önem arz etmektedir. Maddenin anlamının doğru ortaya konması gerekmektedir. Sözkonusu hüküm gayrımüslim azınlıkların Müslümanlarla aynı haklardan yararlanmalarını garanti altına almaktadır. Bu amaçla Türkiye'de oturan herkesin eşit olacağı; din ve inanç farklılığının yurttaşlık ve siyasi haklardan yararlanmada, kamu hizmetlerinde çalışmada engel oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Güncel tartışmaların konusu olan m. 39/son fıkra şöyledir:

"resmi dil mevcut olmakla beraber, Türkçeden başka dil konuşan Türk vatandaşlarına, mahkeme önünde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri hususunda kolaylık gösterilecektir".

Bu fıkra Türkiye'de mahkeme önüne çıkan Türk vatandaşlarının Türkçe dışında kendi anadilleri ile savunma yapacağı anlamına gelmemektedir.

Madde 39 azınlıkların haklarının kullanılması ile ilgili bir hüküm olduğu için maddede yazılı olan her hak kullanımı azınlık statüsünde olanlar için geçerlidir. Azınlıkların kendi dillerinde ilköğretim hakkı olduğu için (m. 41) eğitimini kendi dillerinde yapan azınlıkların Türkçeye yeterince vakıf olmamaları ihtimali mevcuttur. Adil yargılanma hakkı mahkemede ilgilinin dinlenilmesini zorunlu kılar. Bu itibarla yeterince Türkçe bilmeyen birinin mahkemede kendi dilinde sözlü ifade vermesi ve kendisine çevirmen atanması son derece doğal ve olması gerekendir. Aslında bugünkü hukuk sistemimizde vatandaş yabancı ayrımı olmaksızın adil yargılanma hakkının bir gereği olarak Türkçe bilmeyen herkes için bir çevirmen atanacağı belirlenmiştir. CMK m.202 (1)'e göre sanık veya mağdur meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa, mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir".

Lozan m. 39/son Türk vatandaşlarına ana dilde ifade verme ya da serbestisi getirmemiştir. Azınlıklarla ilgili sözkonusu hüküm Türkçeden başka dil konuşan kişinin, mahkemede bu dilde dillenilmesi için kolaylık gösterilmesini hedeflemiştir.

Türkçeden başka bir dil konuşmak Türkçe bilmemek anlamına gelmektedir. Türkçe bilmeyen ya da Türkçesi yetersiz olan bir kişi (vatandaş veya yabancı) için adil yargılanma hakkının bir gereği olarak çevirmen atanacaktır.

Ancak Türkçe bilen bir Türk vatandaşı Türkçe ifade vermemek gibi bir seçeneğe sahip değildir. Lozan Antlaşması m. 39/son hükmünün ne lafzı ne de ruhi yorumu, isteyen Türk vatandaşlarının ana dillerinde yada tercih ettikleri herhangi bir dilde mahkemelerde dinlenilmesini mümkün kılmaktadır. Türkiye'deki vergi mükelleflerini, Türkçe bildiği halde Türkçe ifade vermek istemeyen herkes için

atanacak çevirmen masraflarına katlanmaya mecbur bırakacak bir hukuki düzenleme (ulusal ya da uluslararası alanda) bulunmamaktadır.

1923 yılında imzalanan ve çok taraflı bir sözleşme olan Lozan Antlaşması'nın ilgili hükmü âkit devletler tarafından gündeme getirilerek, Türkiye'nin uluslar arası yükümlülüklerini ihlal ettiği savı ileri sürülmemiştir. Hiçbir AB İlerleme Raporunda yada insan hakları raporunda Türkiye'nin Lozan m. 39/son'u ihlal ettiği ve Türkçe bilen Kürt kökenli vatandaşların mahkemelerde Kürtçe ifade verme hakkı olduğu dillendirilmemiştir. Dolayısıyla m. 39/son hükmü âkit devletlerin hiçbirinde Türkçe'den başka dil konuşan Türk vatandaşlarının mahkemelerde kendi ana dillerinde ifade verme hakkı olduğu şeklinde yorumlanmamıştır. Zira böyle bir yorum Yunanistan'da da her Yunan vatandaşının kendi anadilinde mahkemede ifade verme hakkı olduğu sonucunu doğuracaktır. Lozan m. 45'e göre işbu fasıl hükümleri Yunanistan tarafından da kendi ülkesinde bulunan Müslüman azınlıklar için tanınmıştır. Dolayısıyla m. 39/son azınlıklar için değil de her Türk vatandaşı için geçerli olduğunda, aynı hüküm Yunanistan'da da azınlık statüsünde olmayan her Yunan vatandaşı için geçerli olacaktır. Bu durumda Hırıstiyan Makedonlar, Ulaklar ve Arnavutların da anadillerinde dava açması ve savunma yapması gerekecektir. Oysa Yunanistan'da ne Müslüman Türk azınlık ne de Hıristiyan Makedonlar, Ulaklar ve Arnavutlar anadillerinde dava açamaz ve savunma yapamazlar[10].

Sonuç olarak Lozan m. 39 Türk vatandaşlarının kendi anadillerinde savunma yapabileceklerini öngören bir madde değildir. 1923 tarihli Lozan Antlaşmasından sonra Türk hukuku gerek iç hukuk gerekse uluslar arası hukuk anlamında adil yargılanma hakkını garanti altına alan düzenlemeler kabul etmiştir. Türkçe bilen bir TC vatandaşının istediği dilde savunma yapmasına izin veren bir hukuki norm yoktur.

Türkiye'nin taraf olduğu Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi[11] m. 14 paragraf 3 bent f hükmü

"Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma" imkânı getirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[12] m. 6 paragraf 3 bent e hükmü de

"duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma" imkanı getirmiştir.

Dolayısıyla her vatandaşın kendi anadilinde yada tercih ettiği bir dilde mahkemede dinlenilmesini mümkün kılan uluslar arası bir düzenleme yoktur. Vatandaş yada yabancı ayrımı olmadan, duruşmada konuşulan dili bilmeyen herkesin adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ücretsiz çevirmen hizmetinden yararlanma hakkı bulunmaktadır.

Bir vatandaşın vatandaşlığını taşıdığı devletin dilini bilmesi bir vatandaşlık hakkıdır. Doğuştan TC vatandaşı olan herkesin Türkçe öğrenmesi devletin bir görevidir. Ancak eğitim imkânından yoksun kaldığı için Türkçeyi öğrenemeyenler

[10] Bu bilgi Yrd. Doç. Dr. Turgay Cin tarafından teyit edilmiştir.
[11] Metin için bkz. tihv.org.tr
[12] RG. 19.03.1954-8662. Türkçe metin için ayrıca bkz. www.turkhukuksitesi.com (3.06.2011)

elbette mahkemede çevirmen aracılığı ile dinlenecektir. Ancak Türkçeyi bilen bir vatandaş anadilde ifade verme hakkı yada imtiyazına sahip değildir. Bu dayatmayı demokratik bir hak olarak gösterecek hiçbir ulusal ya da uluslararası kural mevcut değildir.

Anadilin Eğitim Dili Olması

Anadilin eğitim dili olması dahil her alanda serbestçe kullanımı konusunda AB normları gündeme getirilmektedir.

1990 Kopenhag siyasi kriterleri şunlardır:

- İstikrarlı ve kurumsal bir demokrasinin var olması
- Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü
- İnsan haklarına saygılı
- Azınlıkların korunması

Yukarıda da belirtildiği gibi bütün AB üyesi ülkeler için bağlayıcı bir azınlık tanımı olmadığı için, Türkiye'den hukuken yeni azınlık kategorisi kabul etmesi istenemez. Zira bir AB üyesi olan Yunanistan da bizim gibi Lozan Antlaşması hükümleriyle azınlık statüsü belirlemiştir.

Azınlıkların korunmasında uluslararası anlamda kabul edilen ilke eşitlik ve ayrımcılığın önlenmesidir. Azınlıklar diğer vatandaşlarla eşit işlem görecek ve ayrımcılığa tâbi tutulmayacaktır. Azınlık hukukunda pozitif ayrımcılık veya imtiyaz talebi genel bir norm olarak kabul edilmemektedir.

Bu bağlamda anadilde eğitim ile anadil öğretimi meselesi de birbirine karıştırılmaktadır. Anadilde eğitim anaokulundan başlayarak üniversite ve sonrası da dahil o dilde eğitim yapılmasıdır. Anadil öğretimi ise müfredatın bir parçası olarak o dilin ders olarak öğretilmesidir.

Avrupa Birliği'nde anadilde eğitim hakkı diye bir hak yoktur. AB müktesebatında bütün AB üyesi ülkelerde istisnasız her etnik grubun kendi anadilinde anaokul, ilk okul, lise, üniversite... düzeyinde eğitim alması bir hak olarak kabul edilmiş değildir. Anadil öğretimi konusunda da AB içinde bir yeknesaklık yoktur.

Bu alanda önemli bir düzenleme 1992 tarihli Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı'dır[13]. Şart Avrupa'nın nihayette yok olma tehlikesi yaşayan tarihsel olarak azınlık veya bölgesel dillerin korunmasını hedeflemektedir [14]. Şart bu amaçla taraf devletlere seçenekler sunmaktadır.

Şart, ülke nüfusunun kalanına kıyasla sayıca daha küçük bir grup vatandaş tarafından, ülkenin belli bir bölgesinde geleneksel olarak kullanılan ve resmi dil(ler)den farklı olan dilleri bölgesel veya azınlık dili olarak tanımlamaktadır (m. 1 (a)).

Şart açıkça resmi dilin diyalektlerini ve göçmen dillerini tanımın dışında bırakmıştır (m. 1 (a) (son).

Bu dilleri belirleme hakkı katılımcı devletlere bırakılmıştır (m. 3 (1)).

---

[13] mhtml:file://C/Users/user/Desktop/Council of Europe-ETSno_148-European Cha..(24.02.2011)
[14] Önsöz pr.3.

Şart yargıda, eğitimde, kamuda, medyada, kültürel ve sosyal ve ekonomik faaliyetlerde azınlık ve bölgesel dillerin kullanılmasını teşvik ve temin etmektedir[15]. Bununla birlikte bu dillerin resmi dillere zarar vermesi ve resmi dil öğrenilmesi zorunluluğunu önlemesi kabul edilmemiştir [16].

Taraf devletler II. Bölümdeki hükümleri 1. maddede tanımlanmış ülkelerindeki bütün bölgesel ve azınlık dillerine uygulamayı ve III. Bölümdeki belirli hükümlerden asgari belirlenen sayıda seçip m. 3'e göre belirlenen bölgesel ve azınlık dillerine uygulama taahhüdü altındadır. III. Bölüm kapsamında asgari 35 hüküm seçilip uygulama taahhüdüne gidilecektir ki Madde 8'den en az üç; Madde 12'den en az üç; Madde 9, 10, 11 ve 13'den en az 1bent buna dahildir.

II. Bölüm kapsamında m. 7 (2)(3)(4)(5)'e çekince koymak mümkündür.

III. Bölüm kapsamında Eğitim başlığını taşıyan 8. madde 1. fıkrada taraf devletler için 25 taahhüt seçeneği sunulmuştur. Taraf devletler bu seçeneklerden en az üç tane seçmek zorundadır. Eğitim ile ilgili olan bu maddenin a. bendinde 4 seçenek vardır:

i. İlgili bölgesel veya azınlık dilinde okul öncesi eğitimi mümkün kılmak; veya

ii. İlgili bölgesel veya azınlık dilinde okul öncesi eğitimin önemli bir kısmını mümkün kılmak; veya

iii. i ve ii'ye göre sağlanan düzenlemelerden birini en azından bunu talep eden ve önemli sayıda olduğu kabul edilen ailelerin çocukları için uygulamak; veya

iv. Eğer kamu otoritelerinin okul öncesi eğitim alanında doğrudan yetkisi yoksa, yukarıda i'den iii'ye belirtilen düzenlemelerin uygulanmasını desteklemek ve/veya teşvik etmek

b bendi de 4 seçenek sıralamıştır:

i. İlgili bölgesel veya azınlık dilinde ilk öğretimi mümkün kılmak; veya

ii. İlgili bölgesel veya azınlık dilinde ilköğretimin önemli bir kısmını mümkün kılmak, veya

iii. İlköğretim içinde, müfredatın tam bir parçası olarak, ilgili bölgesel veya azınlık dilinin öğretilmesini sağlamak; veya

iv. Yukarıda i'den iii'ye sağlanan düzenlemelerden birini en azından bunu talep eden ve önemli sayıda olduğu kabul edilen ailelerin çocukları için uygulamak.

c bendi de 4 seçenek sıralamıştır:

ilgili bölgesel veya azınlık dilinde orta öğretimi mümkün kılmak; veya

ilgili bölgesel veya azınlık dilinde orta öğretimin önemli bir kısmını mümkün kılmak; veya

orta öğretim içinde, müfredatın tam bir parçası olarak, ilgili bölgesel veya azınlık dilinin öğretilmesini sağlamak; veya

yukarıda i'den iii'ye sağlanan düzenlemelerden birini en azından yeterli

[15] Şart Bölüm III.
[16] Önsöz pr 6.

sayıda olduğu kabul edilen çocuklar veya uygun yerlerde aileler için uygulamak

d bendi de 4 seçenek sıralamıştır:

i. İlgili bölgesel veya azınlık dilinde teknik ve mesleki eğitimi mümkün kılmak; veya

ii. İlgili bölgesel ve azınlık dilinde teknik veya mesleki eğitimin önemli bir kısmını mümkün kılmak; veya

iii. Teknik veya mesleki eğitim içinde müfredatın tam bir parçası olarak, ilgili bölgesel veya azınlık dilinin öğretilmesini sağlamak; veya

iv. Yukarıda i'den iii'ye sağlanan düzenlemelerden birini en azından yeterli sayıda olduğu kabul edilen çocuklar veya uygun yerlerde aileler için uygulamak

e bendi de 3 seçenek sıralamıştır:

i. Bölgesel veya azınlık dillerinde üniversite veya diğer yüksek öğretimi mümkün kılmak; veya

ii. Üniversite veya diğer yüksek öğretim konuları olarak bu dillerin çalışılması için imkanlar sağlamak, veya

iii. Yüksek öğretim kurumlarında devletin rolü sebebiyle, i ve ii bentleri uygulanamaz ise bölgesel veya azınlık dillerinde üniversite veya diğer yüksek öğretim şekillerini desteklemek ve/veya izin vermek yada bu dillerin üniversite veya yüksek öğretim konuları olarak çalışılmasını kolaylaştırmak.

f bendi de 3 seçenek sıralamıştır:

i. Tümüyle veya esas olarak bölgesel veya azınlık dillerinde yetişkin ve sürekli eğitim kursları düzenlemek; veya

ii. Yetişkin ve sürekli eğitim konuları olarak bu dilleri sunmak; veya

iii. Eğer kamu otoriteleri yetişkin eğitimi alanında doğrudan yetkiye sahip değilse, bu dillerin yetişkin ve sürekli eğitim konuları olarak sunulmasına yardım etmek ve/veya desteklemek.

g bendine göre bölgesel veya azınlık dillerinin yansıttığı kültür ve tarih öğretimini mümkün kılan düzenlemek yapmak;

h bendine göre a'dan g'ye paragrafları kabul eden devletlerde bunları uygulamak için temel ve ileri öğretmen yetiştirmeyi sağlamak;

i bendine göre bölgesel veya azınlık dillerinin öğrenimi ve gelişimi için alınan tedbirleri ve yapılan gelişmeleri izlemek ve sonuçları periyodik raporlarla kamuya açıklamak için sorumlu denetim organ veya organları kurmak seçenekleri verilmiştir.

Görüldüğü üzere Şart anadilde eğitimi bir koşul olarak getirmemekte, taraf devletlere sadece bir seçenek olarak bunu öngörmektedir. Anadilde eğitim yanında, eğitimin bir bölümünün o dilde yapılması veya o dilin müfredat programında öğretilmesi, yüksek okul programı olarak o dilin çalışılması da taraf devletlere seçenek olarak sunulmuştur.

Öncelikle vurgulanmalıdır ki sözkonusu Şart bütün AB ülkelerinde yürürlükte değildir. Bazı ülkelerce kabul edilmiş, bazılarınca edilmemiştir. Şart örneğin Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Yunanistan, İrlanda,

İtalya, Malta, Portekiz'de yürürlükte değildir. Dolayısıyla Türkiye'nin de kabul zorunluluğu yoktur. Zira tüm AB ülkelerinde kabul edilmiş bir metin değildir. Taraf olan devletler de kendi seçtikleri hükümleri uygulayacağı için bu alanda yeknesaklık olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bir başka ifade ile ana dilde eğitim AB müktesebatının bir parçası değildir ve Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı pek çok AB üyesi ülkede uygulanmamaktadır.

Etnik Dillerin Kullanımının Belli Alanlarda Kısıtlanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İhlali Olabilir mi?

Anadilde eğitim yapılmamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini İhlal Ettiği İddiası

1474/62 başvuru numarası ile Belçika devleti aleyhine açılan ve Belçika'da eğitim dili davası olarak adlandırılan AİHM kararında[17] Belçika vatandaşı olan ebebeynler hem kendi adlarına hem de sayıları 800'ü bulan çocukları adına Strasburg organlarına başvurarak yaşadıkları Flamanca konuşulan bölgede Belçika devletinin Fransızca eğitim veren okul açmadığını; eğitimde kullanılacak dille ilgili mevzuata uygun düşmeyen okullara Devlet tarafından maddi destek verilmediğini ve bu tür okulların diplomalarına denklik verilmediğini, bazı bölgelerde başvurucuların çocuklarının Fransızca eğitim veren sınıflara alınmadığını; ailelerin çocuklarını oturdukları bölgede kendi inançlarına aykırı eğitim veren okullara göndermeye veya çocuğun anadilinde eğitim alabilmesi için Brüksel büyükşehir bölgesine veya Fransızca konuşan bölgelere göndermeye zorlandığını öne sürmüştür.

Belçika'daki eğitim dili mevzuatı, tek dilli olarak gösterilen bölgelerde o bölgenin dilinde eğitim verilmesini; çift dilli olarak gösterilen bölgelerde çocuğun anadilinde eğitim verilmesini; özel statülü altı bölgede aile reisinin bu bölgede oturması şartıyla ilköğretimde seçmeli dilde eğitim verilmesini öngörmektedir. Bu mevzuata aykırı olarak, Flemenk tek dilli bölgede Fransızca eğitim veren bir okul açılması halinde bunun yaptırımı, okula Devlet desteğinin verilmemesi ve diplomalara denklik tanınmamasıdır.

Başvuranlar Belçika'daki sözkonusu eğitim dili mevzuatının Birinci Protokolün 2. maddesindeki eğitim hakkına ve Sözleşmenin 8. maddesindeki özel ve aile yaşamına saygı hakkına ve 14. maddedeki ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme I. Protokolün 2. maddesi, 1. cümlesinde[18] hak kelimesi kullanıldığını, Devletin herkes için bu hakkı güvence altına aldığını ancak Sözleşmede eğitimin örgütlenme tarzı ve desteklenmesi, ayrıca eğitimin yürütüleceği dil ile ilgili bir hüküm olmadığını; ulusal bir dilde veya dillerde eğitimin verilmemesi halinde eğitim hakkını anlamının kalmayacağını belirtmiştir.

Mahkemeye göre I. Protokolün 2. maddesinin, 2. cümlesi eğitim hakkını güvenceye almamaktadır. "Bu hüküm Devletlerin eğitim ve öğretim alanında anne-babaların "dil" tercihlerine değil, sadece dinsel ve felsefi inançlarına saygı

[17] Karar için bkz. http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=8 (03.06.2011) Çeviren Osman Doğru.

[18] Eğitim Hakkı başlığını taşıyan 2. madde şöyledir: Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.

gösterme yükümlülüğünü göstermektedir. Dinsel ve felsefi inançlar terimlerini dil tercihlerini de kapsayacak şekilde genişletmek, bu terimlerin olağan anlamlarını zorlamak ve Sözleşme'de olmayan bir şeyi Sözleşmeye ithal etmek olur. Hazırlık çalışmaları sırasında bu hükmün amacının, o ülkenin dilinden başka bir dille eğitim verilmesi haklarına Devlet tarafından saygı gösterilmesini sağlamak olmadığı belirtilmiş, Uzmanlar Komitesi de bu sorunun etnik azınlıklar sorunu ile ilgili olduğunu ve Sözleşmenin alanı dışında kaldığını belirtmiştir. Bu nedenle 2. maddenin 2. cümlesi bu dava ile ilgili değildir.

Mahkemeye göre Sözleşmenin 14. maddesi[19] hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaştırma hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibini ihlal eder. Makul bir sebebin varolmadığı (a) tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki; (b) kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantılılık; ve (c) toplumun yaşamını tanımlayan hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken çeşitli ulusal makamların görevini üstlenemez; aksi takdirde Mahkeme, Sözleşme ile kurulan ikincil bir uluslar arası mekanizma olma özelliğini yitirir.

Mahkeme Sözleşmeye taraf devlet egemenliği yetkisi içinde bulunan kimselerin kamu makamlarından belirli bir türde eğitim sistemi kurmasını istemeyeceğini vurgulamıştır.

Mahkemeye göre eğitim dili mevzuatının dil şartlarına uymayan okulların Devlet tarafından kurulmasını ve kurulmuş olan özel okullara Devlet desteğinin verilmesini engelleyen mevzuat, Sözleşmeye aykırı değildir.

Mahkemeye göre bir çocuğun kendi anadili dışında ulusal bir dilde ağırlıklı olarak çalışmasını öngörmek, çocuğun şahsiyetsizleştirilmesi olarak görülemez. Başvuranların çocuklarını kendi bölgeleri dışındaki bir okula göndermeleri kendi tercihlerinin bir sonucu olup kamu makamlarının bir müdahalesi yoktur. Tedbirler kamu yararına dayandığından ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiştir.

Görüldüğü üzere AİHM eğitim hakkının anne-babaların tercih ettikleri dilde çocuklarına eğitim verilmesi anlamına gelmediğini çok açık vurgulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokoller, o ülkenin dilinden başka dillerde eğitim verilmesine Devletin saygı duymasını öngörmemektedir. Anadilde eğitim hakkı Sözleşmenin kapsama alanı dışında kalmakta, dolayısıyla anadilde eğitim alamamış olma hali Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin garanti altına aldığı temel insan hakları ihlali olarak kabul edilmemektedir. Eğitim hakkı ulusal dilde eğitimi ifade etmektedir.

Belçika'nın eğitim dili mevzuatının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek 1. Protokolü ihlal ettiği iddiası Leeuw- Saint-Pierre Sakinlerinden Bir Grup Belçika'ya karşı (1968)[20] davasında da ele alınmıştır. Başvurucular kendi dillerinde eğitim alamamış olmalarını, idari makamlarla olan iletişimlerinde flaman dilinin

[19] Ayrımcılık Yasağı başlığını taşıyan 14. madde şöyledir. Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

[20] Bkz. Mehmet Yılmaz Küçük/Asena Topçubaşı/Mehmet Aslan: Resmi Dil ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları EK 7, s. 15-16. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı www.ihb.gov.tr (3.03.2011)

kullanılma mecburiyetini ve flamanca konuşmadıkları zaman görevlilerin kendilerine hizmet vermemesini Sözleşmenin ihlali olarak ortaya koymuşlardır. Ancak Mahkeme Belçika dil yasaları hükümlerinin ve tek dilli bölgedeki uygulamalarının Sözleşmeye ve Ek Protokollere aykırı olmadığı sonucuna varmış ve bu nedenle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Dolayısıyla anadilde eğitim ve anadilde hizmet tedariki Sözleşme kapsamında korunmamaktadır.

Seçilmiş Temsilcilerin Millet Meclislerinde Anadilde Konuşma Yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni İhlal Ettiği İddiası

Berk-Levy Fransa'ya karşı[21] davasında başvurucu 23 Mayıs 2003 ve 13 Şubat 2005 seçimlerinde Fransız Polinezyası Meclisine seçilmiştir. Başvurucu Fransız Polinezyası Meclisi vekillerinin kendilerini Tahitice ifade etmelerinin yasak olduğunu ve Meclis salonunda Fransızca konuşma zorunluluğu bulunduğunu, bunun hem kendisi hem de günlük yaşamlarında Tahitice konuşan tüm Polinezyalılara karşı bir ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür.

2005 yılında Fransız Polinezyasında Cumhuriyet Yüksek Komiseri Devlet Konseyine hukuki denetim başvurusunda bulunmuştur. Yüksek komiser bir kararla kabul edilen Meclis Usul Kurallarından, Meclise hitapta bulunacakların Fransızca Tahitice veya Polinezya dillerinden birinde konuşabileceklerine imkân veren hükmünün çıkarılmasını istemiştir. Bu talebe cevap olarak Meclis Sözcüsü seçilmiş temsilcilerin demokratik tartışmalara tam olarak katılım sağlayabilmeleri için kendilerine, en iyi vakıf oldukları dilde ifade etmeleri imkânı tanınmasını savunmuştur. Sözcü Meclisin 1945'de faaliyete geçtiği tarihten itibaren Polinezyalı vekillerin Tahitice konuştuklarını vurgulamıştır.

Devlet Konseyi 29 Mart 2006 tarihinde verdiği bir hükümle usul kurallarının ilgili hükmünün, Fransız Polinezyası'nın özerk statüsü ile ilgili Esas Teşkilat Kanununa aykırı olduğu gerekçesiyle geçersizliğini ilan etmiştir. Zira Sözkonusu Esas Teşkilat Kanunu Fransızcanın, Fransız Polinezyası'nın resmi dili olduğunu ve özellikle kamu-hukuku kurumlarında kullanımının zorunlu olduğunu belirtmektedir[22].

Devlet Konseyinin bu hükmünden sonra davacı Sabrina Berk-Levy Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat ederek Sözleşmenin ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesi; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile ilgili 11. maddesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili 14. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür [23].

Görüldüğü üzere dava konusu olan olay Fransız Polinezyası Meclisinde resmi dil olan Fransızca konuşma mecburiyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olup olmadığıdır. Bu noktada özerk bir bölge ile ilgili Esas Teşkilat Kanunun 57. maddesine dikkat çekilmelidir. Fransa Devleti Anayasasında bölünmez, laik, demokratik ve sosyal bir cumhuriyet olarak tanımlanmıştır. Cumhuriyetin dili

---

[21] Birk-Levy v. France (application no. 39426/06) İngilizce basın açıklaması için bkz. Basın açıklamasının Türkçe çevirisi için bkz. www.ankahukuk.com/index.php?option=com_kunena&func=view&catid=31&i...(03.06.2011). Kararla ilgili ayrıca bkz. dn. 18'de belirtilen rapor s. 2 vd.

[22] Press release. (dn. 19)Esas Teşkilat Kanununun 57. maddesi, Tahiti dilini kültürel kimliğin bir parçası olarak kabul etmekle birlikte Fransızcanın resmi dil olduğunu ve kamu hizmetlerini yerine getirirken kamu hukuk kurumları, özel hukuk kurumları tarafından ve hizmet alan kişilerin de idari yetkililer ve kamu hizmetleriyle işleri esnasında Fransızcayı kullanmalarının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bkz. dn. 18'de belirtilen rapor, s. 3.

[23] Press release (dn. 19).

Fransızcadır [24].

Fransa Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartını imzalamış ancak onaylamamıştır. Fransa'ya göre Şartın amacı azınlıkların tanınması ve korunması değil, sadece Avrupa dil mirasının geliştirilmesidir. Fransa, farklı dil konuşanların grup olarak betimlenmesini onlara kollektif haklar vermek olarak değerlendirmemektedir. Fransa, Şart ile sadece eşitliği güvence altına aldığını, aralarında köken, ırk ve din farkı gözetilmeyen vatandaşların tamamından oluşan Fransız halkını tanıdığını belirtmiş ve birçok maddeyi bu bakış açısıyla yorumlamıştır. Şart hükümlerinin, Fransız Anayasası'nın 2. maddesiyle çelişemeyeceği, Fransızcanın her türlü kamu işinde kullanımının zorunlu olduğu vurgulanmıştır [25].

Fransa'nın denizaşırı toprağı olan Fransız Polinezyası ise özerk bir bölgesel yönetimdir, bir meclisi vardır. Ancak özerkliği öngören Esas Teşkilat Kanunu Tahiticeyi kültürel kimlik olarak tanımış fakat kamu hizmeti veren bütün özel ve kamu kuruluşlarının Fransızca kullanma zorunluluğu olduğunu; hizmet alan kişilerin de idari yetkililer ve kamu hizmetiyle ilgili işler esnasında Fransızca konuşmaları gerektiğini öngörmüştür.

Bu itibarla AİHM özerk bir bölge meclisinde yerel dillerle konuşma özgürlüğünün kısıtlanması, bir başka ifade ile resmi dil zorunluluğunun Sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediğini karara bağlayacaktır.

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, böylesi "dil haklarını" yada seçilmiş vekillerin mecliste konuşma yaparken yada oy kullanırken istedikleri bir dili kullanma hakkını garanti altına almadığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre her devletin tartışmasız kendi kurumsal sisteminin normal şekilde işleyişini temin etme konusunda haklı bir menfaati vardır. Bununla birlikte Mahkeme, her ülkenin kendine özgü tarihi ve siyasi düşüncelerle belirlenen, ulusal meclisinin çalışma dili seçimi konusunda bir tutum almayacaktır [26].

Fransız Polinezyası Fransız Anayasası'nın 74. maddesine göre idare edilen denizaşırı bölgesel yönetim (collective d'outre-mer) olmuş ve böylece belirli bir özerklikten yararlanır hale gelmiştir. Bu özerklik Devlet Konseyi (Conseil d'Etat) tarafından "özel yargısal denetime" tâbi, "bölgesel kanunlar" çıkarma yetkisi ile donatılmış kendi yasama meclisine sahip olmak anlamına gelmektedir [27].

Her ne kadar Fransız Polinezyasına özerklik getiren Esas Teşkilat Kanunu, Tahiti dilini "kültürel kimliğin temel unsuru"olarak kabul etmişse de Fransızcanın resmi dil olduğunu ve kamu hizmeti icra eden kamu-hukuku kurumları ve özel-hukuk kurumları ile idari makamlar ve kamu hizmetleriyle işlem yapan hizmet alıcılarının Fransızca kullanma zorunluluğu olduğunu öngörmüştür [28]. Bu durum karşısında Mahkeme Birk-Levy'nin başvurusunu Sözleşmenin kapsama alanının ve Mahkemenin yargı yetkisinin dışında kabul

[24] Fransız Anayasası m. 1, 2.
[25] KURUBAŞ, E: Asimilasyondan Tanınmaya: Uluslar arası Alanda Azınlık Sorunları ve Avrupa Yaklaşımı, Ankara 2006, s. 166.
[26] Press release (dn. 19)
[27] Id.
[28] Id.

ederek reddetmiştir. Buna bağlı olarak başvuranın m. 14 ve 11 bağlamındaki şikayetleri de reddedilmiştir[29].

Görüldüğü üzere Mahkeme bir yasama meclisinde seçilen milletvekillerinin kendi anadillerinde konuşma yapmalarını Sözleşme kapsamında korunan bir hak olarak görmemiş ve başvuruyu reddetmiştir. Yasama Meclisinde (özerk yönetimlerin meclisleri de dahil olmak üzere) resmi dilde konuşma zorunluluğu, kamu hizmeti veren kuruluşların (özel yada kamu) resmi dilde hizmet vermesi ve kamu hizmeti alanların da kamu otoriteleri ile ilişkilerinde resmi dili konuşma zorunluluğunu öngören hukuk kuralları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ifade özgürlüğü yada ayrımcılık yasağı ihlali anlamına gelmemektedir. AİHM Devletlerin resmi dil zorunluluğunu ve kamu otoritelerinde bu dil ile hizmet verilmesini Sözleşme ihlali olarak görmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her devletin kendi tarihi ve siyasi gelişimi dikkate alındığında, kendi parlamentosunun çalışma dilini kendisinin belirlemiş olmasını olağan karşılamakta ve bu nedenle devletin kendi takdir yetkisini kullanarak bir vatandaşın seçimlerde aday olabilmesi için devletin resmi dilini belli bir yeterlilik düzeyinde kullanabiliyor olmasını aramasının meşru bir amaç olduğu sonucuna varmıştır [30].

Aynı şekilde Belçika'da Flaman bölgesinde yaşayan Valonların yaşadıkları bölgeden Fransız toplumunun kurumlarına temsilci seçememeleri, kendi bölgelerinde seçtikleri temsilcilerin parlamento yemini ve görüşmelerini Flamanca yapma zorunlulukları Sözleşmeye aykırılık olarak görülmemiş, başvuranların talebi kabul edilmemiştir. Mahkeme açıkça devletlerin kendi seçim sistemine ve bölgelerine kendi anayasalarına göre kendilerinin karar verdiğini; devletlerin resmi dillerini ve parlamentoda konuşulacak dili belirlemede geniş takdir hakları olduğunu hükme bağlamıştır[31] .

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi seçime girecek adayların resmi dil dışında başka bir dilde yaptıkları başvurunun reddini de Sözleşmeye aykırı görmemektedir. Zira Mahkemeye göre adayların seçime girmeleri engellenmemektedir; sadece Hollanda dili dışında başka bir dille yapılan başvuru reddedilmiştir. Mahkeme ne Sözleşme hükümlerinin nede Ek Protokolün 3. maddesinin devletlerdeki seçimlerde hangi dilin uygulanacağını belirtme yetkisi ihtiva etmediğini vurgulamıştır. Düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili m. 9 ve 10 hükümleri de kişilerin Devlet ile olan ilişkisinde ve iletişimlerinde istedikleri dili seçme özgürlüğünü garanti altına almamaktadır [32].

Kişi İsimlerinin Resmi Alfabenin Karakterleriyle Yazılması Zorunluluğunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırılığı İddiası

---

[29] Id.

[30] Ingrida Podkolzina Letonya'ya karşı 9.07.2002. Başvuru no: 46726/99. AİHM ile ilgili kararlar, www.ihb.gov.tr (3.03.2011) s. 6.

[31] Geodrges Clerfayt ve Diğerleri Belçika'ya karşı. 8 .09.1997. Başvururu no. 27120/95. Bkz. dn. 29, AİHM ile ilgili kararlar, s. 10.

[32] Fryske Ulusal Partisi Hollanda'ya karşı. 12.12.1985. Başvuru no: 11100/84. Bkz. dn. 29, AİHM ile ilgili kararlar, s. 11-12.

Ferrer ve Suarez Fransa'ya karşı[33] davasında başvurucular Alain Baylac-Ferrer ve Natalie Suarez yeni doğan çocuklarının nüfus kaydını yaptırırken "Marti" isminin Katalan dilindeki telaffuzu ve harfleriyle kaydedilmesini istemiş; ancak nüfus memuru "i" harfinin Fransızcada olmayan bir aksanla farklı yazılmasını kabul etmemiştir. Başvurucular çocuklarına vermek istedikleri ismin Katalan dilinde olduğunu ve bunun Fransız makamlarınca kabul edilmemesinin bir ayrımcılık örneği olduğunu iddia ederek AİHM'e özel hayatın korunmasının ve ayrımcılık yasağı ihlali gerekçesiyle dava açmıştır.

Başvurucular kendi kültürlerinde kabul edildiği gibi isim koyamadıkları takdirde bunun çocuğun kişisel olarak kimlik algılamasında psikolojik bir sorun oluşturacağını, sosyal yaşamda sıkıntı yaşayacağını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca ulusal bir azınlığın parçası olarak ayrımcılığa uğradıklarını da iddia etmişlerdir[34].

Fransız Hükümeti, Fransa'nın resmi dilinin Fransızca olduğunu, bunun Fransa'nın egemenliğinin ve kimliğinin bir parçası olduğunu, öğrenim, çalışma dili ve kamu hizmeti alırken ve verirken kullanılan dilin Fransızca olduğunun yasalarla belirlendiğini belirtmiştir. Hükümet Fransa'da herkesin çocuğuna istediği ismi verebileceğini, ancak Fransız yasalarına göre Fransızca dili dışında bir dilin ve kullanılan alfabenin dışında simge ve harflerin resmi yazışmalarda veya belgelerde kullanılamayacağını, dolayısıyla resmi makamların Katalan dili veya herhangi bir başka dildeki alfabeye göre değil, sadece Fransızcadaki yazım şeklini kullanabileceklerini öne sürmüştür[35].

Fransız hükümeti, bölgesel olarak özel hayatta ve kültürel faaliyetlerde kullanılan herhangi bir dilin, idareye ve kamu hizmeti sunan makamlara dayatılamayacağını belirtmiştir[36].

AİHM, "Marti" isminin Fransızca haliyle "Martin" şeklinde yazılmasının çocuğun sosyal hayatında ve psikolojisinde asgari düzeyde etkisi olacağını ve isminin Fransız yasaları ile uyumlu şekilde yazılmasının özel hayatını etkilemeyeceği yönünde karar vermiştir [37].

Mahkemeye göre Hükümetin koymuş olduğu kurallar ayrımcılık yapılmaksızın ülkede yaşayan herkes için geçerlidir ve dil birliği amacıyla belli bir dil politikası olması objektif ve mantıklıdır. Devletlerin bu konuda geniş bir takdir hakkı vardır. Bu nedenle Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur[38].

Görüldüğü üzere bir ülkede resmi dilin kamu hizmeti alırken ve verirken kullanılması zorunluluğu ve dil politikası gereği resmi alfabenin resmi yazışma ve belgelerde kullanılması gereği özel hayatın korunması ve ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilecek hususlar değildir ve Mahkemeye göre devletlerin dil politikalarını belirleme konusunda geniş takdir hakları vardır.

---

[33] Ferrer ve Suarez Fransa'ya karşı. 25.09.2008. Başvuru no. 27977/04. Bkz. dn.29, AİHM ile ilgili kararlar, s. 1-2.
[34] Id. s. 1.
[35] Id. s. 2.
[36] Id. s. 2.
[37] Id. s. 2.
[38] Id. s. 2.

Türkiye'den benzer iddialarla AİHM'e başvuru yapılmıştır. Buradaki temel mesele Türk alfabesi içinde bulunmayan x,w,q harflerinin, Kürtçe isimlerde kullanılmasının engellenmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılığı iddiasıdır.

Kemal Taşkın ve Diğerleri Türkiye'ye karşı[39] davasında başvuranlar Kürt kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır. Başvuranlar isim değiştirilmesi amacıyla ilgili Asliye Hukuk Mahkemesine başvuruda bulunmuşlardır.

Taşkın, Kemal olan adının Kürtçe "arzulanan" anlamına gelen "Dilxwaz" olarak değiştirilmesini talep etmiş; diğer başvuranlar da Alpkaya için "Xoşewist" (Kürtçede yüce, saygın), Fırat, Arığ ve Şimşek için "Berxwedan" (Kürtçede direnç) olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Mahkeme başvuranların taleplerini reddetmiştir [40].

Genç, "Doğan" olan isminin " Ciwan" olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Mahkeme başvuranın seçtiği isimde "w" harfi bulunduğu ve bu harfin Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında 1353 Sayılı Kanunda belirtilen yirmidokuz harf arasında yer almadığı gerekçesiyle Genç'in talebini reddetmiştir. Mahkeme özellikle, Anayasanın 3. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm resmi belgelerinde kullanılması gereken Türkçe diline anayasal bir statü tanındığını gözlemlemiştir. Mahkeme böyle bir durumda Medeni Kanunun 27. maddesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiş ve başvuranın isminin çıkardığı ses açısından "w" harfiyle hemen hemen aynı veya çok benzer olan "v" harfiyle yazılmasını talep etmediğini eklemiştir [41].

Yöyler, anne babasının kendi doğumunda kendisine "Xweşbin Yekta" adını vermek istediklerini ancak o dönemde yürürlükte olan yasalar gereği "Celalettin" koymak zorunda kaldıklarını iddia ederek isim değiştirme davası açmış, ancak Mahkeme Yöyler'in talebinini başvuranın "x" ve "w" ile yazılan isim talebinin resmi alfabede yer alan yirmidokuz harf arasında yer almadığı gerekçesiyle reddetmiştir.[42].

Reşit Sümbül adının "Bawer Reşit" olarak değiştirilmesini talep etmiş, mahkeme "Bawer" kelimesindeki "w" harfinin resmi alfabedeki yirmi dokuz harf arasında yer almaması dolayısıyla bu şekilde yazılmasının imkânsız olduğuna ve "v" harfiyle yazılarak –Baver- şeklinde nüfus kütüğüne işlenmesine hükmetmiştir [43].

AİHM isim değişikliği taleplerinin başvuranların talep ettiği harflerle yapılmamış olması gerekçesinin özellikle Devletin resmi dilinin Türkçe olmasına dayandırıldığını gözlemlemiştir. Bu noktada Mahkeme, dil özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında düzenlenen bir konu olmadığını daha önce de defalarca belirttiğini hatırlatmıştır. Mahkemeye göre Sözleşme ne

---

[39] Kemal Taşkın ve Diğerleri Türkiye'ye karşı. 2.02.2010. Başvuru noB 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, et 45609/05. Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasi İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçeye çevrilmiş gayrıresmi tercüme için bkz. www.ihhak-bb.adalet.gov.tr (03.06.2011)

[40] Id. s. 3.

[41] Id. s. 3.

[42] Id. s. 3.

[43] Id. s. 4.

belli dilin kamu yetkilileri ile ilişkilerde kullanılma hakkını ne de kendi seçtiği dilde bilgi alma hakkını kendiliğinden teminat altına almaktadır. Bu nedenle her Taraf Devlet serbestçe, kimlik belgelerinde ve diğer resmi belgelerde kendi resmi dil veya dillerinin kullanımını zorunlu kılmak yada kurallara bağlamak hakkına sahiptir. Aynı şey ulusal alfabe seçimi için de geçerlidir[44]. Bu nedenle AİHM sözkonusu müdahalenin kamu düzenini sağlamak ve başkalarının haklarını korumak amacıyla gerçekleştirildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme Türk Yargıtay'ının kişinin etnik kökeni ile ilişkili isim taşıma hakkı olduğunu açık bir şekilde kabul ettiğine vurgu yapmış ve 1990 yıllarda yetkili makamların bazı tereddütlü uygulamaları görülse de olayların meydana geldiği dönemde ilgili şahısların Kürtçe ad ve soyadı taşıma imkânına sahip oldukları sonucuna varmıştır. Ancak AİHM' e göre istenilen ismin 1353 tarihli Kanun gereğince ulusal alfabe kurallarına göre yazılması gerekmektedir[45].

Genç, bir insan hakları mücadelecisi olarak kendisinin Kürt kökenli insanlarla devamlı temas halinde olduğunu, bu kişilerin isminin Türkçe ses düzeni ile telaffuz edilmesi dolayısıyla sitem ettiklerini ve kendisini gerçek Kürt olmamakla suçladıklarını ileri sürmüştür. Yöyler de benzer savlar ileri sürerek isminin Kürtçe yazılmasına haksız yere izin verilmemesinin kültürel ve etnik kimliğini ihlal ettiğini savunmuştur. İlgili şahsa göre kendisini Arapça kökenli olan "Celalettin" adını taşımaya mahkûm eden bu kısıtlama, diğer Kürt gruplarla ilişki kurmasını engelleme amacı gütmektedir. AİHM bu savunmaları kabul etmemiş ve ilgili şahısların Kürtçe ad ve soyad taşıma haklarına sahip olduklarını not ederek, sözkonusu isimlerin Türk alfabesindeki harflerle yazıldığında adıgeçenlere sosyal yaşantılarında rahatsızlık verecek kaba veya gülünç bir anlam kazanmadığı veya bu kişilerin kimlik tespitlerinde herhangi bir engele yol açmadığı kanaatine varmıştır[46]. Sonuç itibariyle Mahkeme Türk yetkililerin bu alanda kendilerine tanınan takdir hakkını aşmadığı ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere resmi alfabede olmayan bir karakterle ad veya soyad yazılımı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ifade özgürlüğü veya özel yaşam özgürlüğü kapsamında değildir. İstediği ismi kendisi veya çocuğu için seçebilen bireyler bu ismin resmi kayıtlara işlenmesinde, resmi alfabedeki karakterlerin dışında bir karakter kullanılmasının engellenmesini, bir insan hakları ihlali olarak ortaya koyamayacaktır.

Türkiye'de Resmi Dil Olan Türkçe Dışındaki Dillerin Kullanımı ile İlgili Gelişmeler

Resmi Dil olan Türkçe dışındaki dillerin kullanımı konusunda herhangi bir yasak yada kısıtlama bulunmamaktadır. 12 Eylül askeri darbesinin bir getirisi olan ve Türkçe dışındaki anadillerin konuşulmasını yasaklayan 2932 sayılı Kanun[47] 1991 yılında yürürlükten kaldırılmıştır [48]. Böylelikle zaten her zaman

[44] Id. s. 8.
[45] Id. s. 9.
[46] Id. s. 10.
[47] RG. 14.10.1983-18196.
[48] Dn. 18'de zikredilen rapor, s. 6.

serbest olan anadil kullanımı önündeki engel ortadan kaldırılmıştır.

Farklı dillerde radyo ve TV yayınlarının da önü açılmıştır. "Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik" ile kamu yayıncılığı haricinde farklı dil ve lehçelerde yayın kabul edilmiş; mevcut bazı kısıtlamalar da 2009 tarihli yeni yönetmelik[49] ile kaldırılmıştır. Böylelikle 24 saat konu sınırlaması olmaksızın anadilde yayın özgürlüğü getirilmiştir. Bu kapsamda 11 özel radyo istasyonu ve 7 özel televizyon kuruluşu bulunmaktadır[50]

2008 yılında "Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu" m. 21'de yapılan değişiklik ile farklı dil ve lehçelerde devlet eliyle yayın yapılması mümkün hale gelmiştir. Devlet Kanalı olan TRT 31 dilde web ve radyo yayını vermekte ve ayrıca 24 saat TRT 6 ve Radyo 6 Kürtçe ve TRT Arapça kanalları ile faaliyette bulunmaktadır [51].

Mardin Artuklu Üniversitesinde Yaşayan Diller Enstitüsü kurulmuştur. Enstitü çerçevesinde Kürtçe, Süryanice ve Arapça lisansüstü eğitim yapılmaktadır. Aynı Üniversite Senatosunun aldığı kararla Midyat Meslek Yüksekokulunda haftada iki saat seçmeli Kürtçe ve Arapça dersleri yapılmaktadır. Bingöl Üniversitesi ve Muş Alparslan Üniversitesinde de Kürtçe bölüm açılmıştır[52]. Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanun[53] 2003 değişikliği ile Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için özel kurslar açılabileceği ve bu kurslarda dil derslerinin oluşturulabileceği kabul edilmiştir[54]. Bu itibarla günlük yaşamda kullanılan bütün yerel dil ve lehçelerin öğrenimi serbesttir.

Dolayısıyla anadilin öğrenilmesi ve geliştirilmesi önündeki tüm engeller ortadan kaldırılmıştır. Bu aşamada anadilde eğitim talebi demokratik bir hak olarak ileri sürülmektedir ki yukarıda belirttiğimiz üzere ne AB ülkeleri mevzuatlarında ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde isteyen herkesin anadilinde eğitim görmesini mümkün kılan bir hak yoktur. Farklı dil ve lehçelerin günlük hayatta kullanımının sağladığı zenginlik, bu dilin kamusal alanda da resmi dilin yanında veya ikincil olarak kullanım serbestisinin gerekçesi olarak kullanılamaz.

Bölgesel dil ve lehçelerin unutulmaması ve gelecek kuşaklara aktarılması kültürel haklar bağlamında önemlidir. Devlet, vatandaşlarının anadillerini öğrenmeleri ve geliştirmelerini mümkün kılarken, tüm etnik dil ve lehçelere aynı mesafede durmalı ve ilke olarak tüm bölgesel dil ve lehçelerin korunması ve yaşatılması konusunda ayrım yapmamalıdır. Türkçe dışındaki dillere saygı, bir etnik dilin tercih edilen lehçesinin diğer dil ve lehçeleri egemenliğine alıp,

[49] RG. 13.11.2009-27405.
[50] Dn. 19'da zikredilen rapor, s. 1 ve 6.
[51] Dn. 19'da zikredilen rapor, s. 1.
[52] Id. s. 1.
[53] RG. 9.08.2002-24041.
[54] Yönetmelik için bkz. RG. 5.12.2003-25307.

asimile etmesine yol açmamalıdır. Unutulmamalıdır ki birleştirici olan ve iletişimi sağlayan resmi dildir. Bunun dışındaki dillerden biri imtiyaz talebiyle ortaya çıkar ve asimilasyon politikası ile dil birliği yaratmayı hedefler ve belli dil ve lehçelerin gelişimine engel olursa , bu durum kültürel haklar çerçevesinde mütalaa edilemez.

Önemle vurgulanmalıdır ki kültürel farklılıkların zenginlik olduğu olgusu ancak bütünlük içinde anlam ifade etmektedir. Bütünlüğü sağlayan en önemli unsurlardan biri de dil birliğidir. Ortak dil birliği çatısı da resmi dil olan Türkçe ile kendisini göstermektedir. Türkçe'nin eğitim dili olması, kamu hizmetlerinde hizmet alım ve sunumunda kullanılma zorunluluğu hiçbir şekilde temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemektedir. Aksi yöndeki talepler demokratik hak iddiasının ötesinde etnik bir grubun kimlik oluşturma ve kendi birliğini sağlama mücadelesidir.

UYDULARLA KONUM BELİRLEME SİSTEMLERİ (GNSS) VE YASAL ALTYAPI SORUNLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. Muzaffer KAHVECİ[1] Av. Nazlı CAN[2]

ÖZET

Bilgisayar sistemleri ve uzay çalışmalarındaki gelişmeler 1980'li yılların en önemli teknolojik ürünlerinden biri olan Global Konum Belirleme Sistemi(GPS)'nin günlük yaşama girmesine yol açmıştır. GPS ile konum belirleme ve navigasyonun insanlara sağladığı üstünlükler, bu sistemin özellikle gelişmiş ülkelerde elektrik, su ve telefon gibi temel bir ihtiyaç olarak algılanmasına neden olmuştur. Bunun sonucunda da söz konusu ülkelerin silahlı kuvvetleri ile sivil kullanıcıları GPS sistemine büyük oranda bağımlı hale gelmiştir. Örneğin, GPS başta ABD olmak üzere birçok ülke tarafından silah sistemlerinde, her türlü altyapı çalışmalarında ve navigasyon uygulamalarında etkili bir şekilde kullanılmaktadır. Diğer taraftan, teknolojideki bu gelişmelere paralel olarak tüm ülkelerde bilgi toplumu olma amaçlı faaliyetlerin 1990'lı yıllardan itibaren arttığı görülmektedir. Günümüzde bilgiye sahip olma ve bunu etkili bir şekilde kullanma ülkelerin gelişmişlik ve güç seviyelerinin en önemli göstergelerinden birisi haline gelmiştir.

Uydulardan elde edilen konum ve görüntü bilgilerinin (örneğin Google Earth) birlikte kullanımı, bu verilerin ulusal ve uluslararası alanlardaki önemini daha da artırmış, bunun sonucunda anılan verilerin elde edilmesi ve kullanılması idari ve hukuki sorunları da beraberinde getirmeye başlamıştır. Bu makalede konum belirleme uyduları ile bunlara ilişkin uluslararası/ulusal mevzuat ve sorumluluklar hakkında bilgiler verilmekte, bu uydulardan gerçek zamanlı elde edilen konum bilgilerinin günlük yaşamda kullanılmasına ilişkin hukuki konular irdelenmektedir.

1. GİRİŞ

İnsanoğlu "neredeyim(konum bilgisi)?" ve "nereye gidiyorum(navigasyon)?" sorularının yanıtını bulmak için yüzyıllar boyunca gök cisimlerinden yararlanmıştır. Bu amaçla birçok ölçme cihazı geliştirilmiş ve kullanılmıştır. Son 30 yıldır teknolojide yaşanan gelişmeler sonucunda insanlar artık gök cisimleri yerine yapay uydulardan yararlanmaya başlamıştır. Başka bir ifadeyle Büyük Ayı, Küçük Ayı, Kutup Yıldızı, Güneş gibi konum ve yön bulmamızı sağlayan gök cisimlerinin yerini GPS gibi yapay uydular almıştır. Günümüzde insanlar ihtiyaç duydukları konum ve navigasyon bilgilerine söz konusu yapay uydu verilerinden yararlanarak ulaşmaktadır. Bilgi teknolojilerindeki önemli gelişmeler konuma dayalı faaliyet gösterilen alanlarda da köklü değişimlere yol

[1] GNSS Danışmanı E posta: muzaffer.kahveci@hotmail.com

[2] İstanbul Barosu Havacılık ve Uzay Hukuku Komisyonu Başkanı E posta: nazli@can.aero

açmış olup söz konusu bilgilerin en önemli bileşenlerinden birisini konuma dayalı bilgiler oluşturmaktadır. Konuma dayalı bilgilere genel olarak coğrafi veriler adı verilmekte olup, bu verilerin toplanması, arşivlenmesi, işlenmesi ve kullanıcılara sunulması faaliyetleri Coğrafi Bilgi Sistemleri (CBS) kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Sonuç olarak CBS kavramının altyapısını zamana ve konuma dayalı (mekansal/uzaysal) veriler oluşturmaktadır. Günümüzde konuma dayalı veriler birçok şekilde (örneğin yeryüzünde yapılan haritacılık amaçlı ölçümler) elde edilmekle birlikte uydularla konum/koordinat bilgisi elde etme en çok kullanılan yöntemdir. Diğer taraftan, ülkelerin GPS sistemine gün geçtikçe artan bağımlılığı başta ulaştırma altyapısına yönelik yatırımlar olmak üzere askerî ve sivil yatırımların çoğunda önemli bir konuma gelmiştir. Bu nedenle, söz konusu yatırımların yalnızca ABD güdümündeki GPS sistemine tek taraflı bağımlılık yaratmasını önlemek amacıyla başta Rusya ve Avrupa olmak üzere teknolojisi ve kaynakları yeterli birçok ülke kendi uydu sistemini kurmuştur. Bu ülkelerin kendi uydu sistemlerini kurmaya başlamasıyla artık sadece ABD'yi tanımlayan bir marka olan GPS yerine GNSS (Global Navigation Satellite Systems/Global Navigasyon Uydu Sistemleri) ifadesi kullanılmaya başlanmıştır. GNSS; haberleşme uyduları, meteorolojik uydular, yer gözlem uyduları ile keşif ve gözetleme uydu sistemlerinden farklı bir sistemdir.

Konum belirleme uydularından (GNSS) elde edilen koordinat bilgilerinin görüntü alma amaçlı uydu sistemlerinden (QuickBird, WorldView, Spot vb.) elde edilen görüntülerle birleştirilmesi konunun önemini daha da artırmış, böylece hem farklı ülkelere ait uydu sistemlerinin ortaya çıkması hem de uydulardan elde edilecek bilgi ve ürünlerin askeri ve sivil birçok alanda kullanım olanağı bulması bu bilgilerin gerek teknik gerekse hukuki bakımdan karmaşık bir yapıya dönüşmesine yol açmıştır. Konuya hukuki sorunlar açısından bakıldığında ulusal ve uluslararası olmak üzere iki farklı boyutunun ortaya çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar teknoloji çoğu zaman hukukun önünde gidiyorsa da uydu verilerinin yaşantımızın tüm alanlarında yoğun olarak kullanılması özellikle ulusal egemenlik ve özel yaşamın gizliliği konularında ülkelerdeki mevcut mevzuatın bir an önce iyileştirilmesini ve boşluk bulunan konularda yeni mevzuat hazırlanmasını gerektirmektedir.

2. UYDULARLA GLOBAL KONUM BELİRLEME VE NAVİGASYON SİSTEMLERİ (GNSS) TANIMI VE KULLANIM ALANLARI

İlk yapay uydu olan Sputnik-1'in 04 Ekim 1957 tarihinde o zamanki SSCB (Sovyetler Sosyalizm Cumhuriyetleri Birliği) tarafından uzaya gönderilmesiyle uydularla konum belirlemenin fiili gelişimi başlamıştır. Buna paralel olarak bilgisayar ve uydu teknolojilerindeki önemli gelişmeler 1980'li yılların önemli teknolojik ürünlerinden biri olan Global Konum Belirleme Sistemi (GPS: **G**lobal **P**ositioning **S**ystem)'nin günlük yaşama girmesine neden olmuştur. GPS**,** ABD Savunma Dairesi (**D**epartment **o**f **D**efence) tarafından öncelikle askeri amaçlar için geliştirilmiş, elinde GPS alıcısı olan herhangi bir kullanıcının, uydu sinyalleri yardımıyla; herhangi bir yer ve zamanda, her türlü hava koşulunda, ortak bir koordinat sisteminde, yüksek doğrulukta, ekonomik olarak, anında ve sürekli konum (enlem, boylam ve elipsoit yüksekliği), hız ve zaman belirlenmesine

olanak veren bir sistemdir. 1978 yılında ilk GPS uydusu ABD (Amerika Birleşik Devletleri) tarafından yörüngeye yerleştirilip, ilk kez üç boyutlu ve yaklaşık 300 metre doğruluğunda gerçek zamanlı konum belirlenmeye başlandığında özellikle bilim dünyasında büyük bir coşku yaşanmıştı. Zaman içerisinde bu alanda çok yoğun çalışmalar yapılmış ve bugün artık gerçek zamanlı olarak santimetre doğruluğunda üç boyutlu konum belirleme standart bir uygulama haline gelmiştir. Günümüzde aktif olarak faaliyet gösteren GPS uydu sayısı 31 tane olup bunlar, yeryüzünden yaklaşık 20200 km yükseklikte, ekvatorla 55 derecelik eğim yapan altı yörünge düzleminde yer almaktadırlar (Kahveci vd. 2011).

ABD'nin GPS ile yakalamış olduğu bilimsel ve askerî stratejik başarılar diğer gelişmiş ülkelerin de ilgisini çekmiş, bunun sonucunda farklı ülkelere (örn. Rusya, AB, Çin, Japonya, Hindistan) ait yeni sinyaller ve yeni uydu sistemleri geliştirilerek kullanıma girmeye başlamıştır. Bunlara örnek olarak 12 Ekim 1982 yılında ilk uydusu yörüngesine yerleştirilen Rus GLONASS(**GLO**bal'naya **NA**vigatsionnaya **S**putnikovaya **S**istema/**GLO**bal **NA**vigation **S**atellite **S**ystem) uydu sistemi verilebilir. GLONASS uydu sisteminin anılan yıl içerisinde az sayıda ve düşük kapasiteyle de olsa faaliyete geçmesiyle uydu sistemleri için "Global Navigasyon Uydu Sistemleri (GNSS)" tanımı kullanılmaya başlanmıştır (Kahveci, 2009a: S.1-3). Günümüzde GNSS sistemlerinden daha çok konum belirleme ve navigasyon amaçlı yararlanıldığı için bu sistemler genel olarak "uydularla global konum belirleme sistemleri" şeklinde ifade edilmektedir. Yukarıda sözü geçen ülkelere ait uydu sistemlerinin gerçek kuruluş amaçları kamuoyuna açıklanan kuruluş amaçlarından farklılık göstermekte veya zaman içerisinde değişmektedir. Örneğin Çin başlangıçta kendi konum belirleme uydu sistemini sadece askerî amaçlı ve iç kullanıma(bölgesel) yönelik kurduğunu açıklarken son zamanlardaki uluslararası rekabet nedeniyle bu hedefi global kullanım olarak büyütmüştür. Bu nedenle Çin ile Avrupa Birliği (AB) arasında bazı sorunlar yaşanmaya devam etmektedir (Pace 2010: s.7-12). Diğer taraftan Japonya kurduğu sistemi tamamen bölgesel ve bilimsel amaçlı (deprem tahmini, meteorolojik tahmin vb.) olarak tanımlamakta ve bu nedenle uydu sayısını sınırlı sayıda (üç tane) tutmaktadır (JAXA 2010: .4). Bunlara diğer ülkelerden de (Örneğin Hindistan) örnekler vermek olanaklı olmakla birlikte Türkiye için de önemli olduğu düşünülen AB Galileo uydu sistemi hakkında bazı bilgiler aşağıda özetlenmeye çalışılmıştır.

Galileo uydu sistemi, ABD Global Konum Belirleme Sistemi (GPS)'nin Avrupa kaynaklı alternatifi olarak tasarlanmış uydularla konum belirleme ve navigasyon sistemidir. Galileo uydu sistemi, bugüne kadar Avrupa Birliği kurumları ile Avrupa Uzay Kurumu (ESA) tarafından yürütülen en büyük proje olma özelliğine sahiptir. Bu çalışma, taraflardan birinin ESA diğerinin ise özel şirketlerden (Astrium GmbH, Alcatel Space, Alenia Spazio ve Thales) oluşan bir konsorsiyum olduğu kamu ve özel sektör ortaklığı olarak başlatılmıştır (European Commision, 2002: 9). Galileo projesinin tasarımı 2001 yılına dayanmakta olup, sistemin 2008 yılından itibaren sivil kullanıma açılması planlanmış, ancak, AB'de geçtiğimiz yıllarda yaşanan malî kaynak sorunları nedeniyle sistemin tamamlanması ve

kullanıma açılması 2014 yılına ertelenmiştir (European Commision, 2010:1). Galileo sistemi tamamlandığında 30 uydudan oluşacaktır. Bu uydular yerden yaklaşık 23,000 km yükseklikte ve ekvatorla 54 derecelik eğim yapan toplam üç orta yükseklikli yörüngede (MEO:Medium Earth Orbit) yer alacaktır. Galileo uydularından 10 farklı sinyal yayınlanması düşünülmektedir. Bunlardan 6 tanesi tüm kullanıcılara açık olan sivil hizmet ile acil durum ve güvenlik hizmetleri için, 2 tanesi ticari kullanıcılar için, geri kalan 2 tanesi de kamu kurum ve kuruluşları için tahsis edilecektir. Sivil sinyal ücretsiz olup, sağlayacağı doğruluğun GPS'den daha yüksek olacağı varsayılmaktadır. Ticari kullanıcılar için tahsisli sinyallere belirli bir ücret karşılığı ulaşılabilecektir. Kamu kurum ve kuruluşlarına yönelik resmi kullanım sinyalleri ise şifreli yayınlanacaktır (Kahveci ve Akdeniz, 2007: 78-87). Galileo sistemi ile kullanıcılara beş farklı seviyede hizmet sunulması hedeflenmektedir. Bu hizmetler; Sınırsız Ulaşım (OS:Open Service), Ticari Kullanım (CS:Commercial Service), Kamu Kullanımı (PRS:Public Regulated Service), Güvenlik ve Acil Durum Kullanımı (SoL:Safety of Life) ve Arama-Kurtarma (SAR:Search And Rescue) kullanımıdır (European Commision, 2003: 1-30).

Avrupa Birliği özellikle Akdeniz'deki uydu pazarına Galileo ve GPS/Galileo tamamlayıcı (augmentation) sistemi EGNOS (European Geostationary Overlay Service) ile hakim olma kararlılığında olup bu yolda önemli faaliyetler göstermektedirler. AB tarafından yapılan araştırmalarda uydularla navigasyon ve konum belirlemenin birçok ekonomik sektörde büyüme yarattığı ve bu büyümenin günümüze kadar katlanarak arttığı belirlenmiştir. Söz konusu araştırmalara göre 2000 yılında 1 milyar Avro olan dünya GNSS servis sağlama, yazılım ve donanım pazarı 2005 yılında 20 milyar Avro'ya çıkmıştır. 2025 yılına kadar dünya GNSS pazarının 244 milyar Avro, Avrupa GNSS pazar payının ise 135 milyar Avro olması beklenmektedir (GSA, 2010: 4-7).

ABD dışındaki ülkelerin kendi konum belirleme uydu sistemlerini kurmaya neden gereksinim duyduğunu anlamak için, GPS sisteminin geçmişteki ve bugünkü durumuna bakılması gerekmektedir. Bu bağlamda Avrupa Komisyonu'nun Galileo projesine ilişkin aşağıdaki gerekçeleri tüm diğer ülkelerin neden kendi uydu sistemlerini kurmaya gerek duydukları sorusuna yanıt olarak verilebilir. AB resmi gerekçelerinde (European Commision, 2002:1-6):

GPS'in sivil kullanıcılara sağladığı doğruluğun zamana ve konuma bağlı olarak değiştiği, bunun Avrupa açısından özellikle ulaşım sektörünün gereksinimleri için yeterli olmadığı ve Galileo'nun bu açığı kapatacağı,

Avrupa'nın özellikle hava yolu taşımacılığında kullandığı kuzey bölgelerde GPS'in kapsama alanının sınırlı olduğu, bunun ise birçok kuzey Avrupa ülkesinde GPS kullanımını olumsuz yönde etkilediği, dolayısıyla, söz konusu ülkelerde halen %50 olan kapsama alanının Galileo ile birlikte %95'e çıkacağı,

Herhangi bir nedenle GPS sisteminin devre dışı kalması yada ABD tarafından kullanıma kapatılması durumunda, bunun Avrupa ekonomisine maliyetinin günlük olarak 130 ile 500 milyon Avro arasında olacağı ve bu nedenlerle Galileo projesinin hayata geçirildiği ifade edilmektedir.

Bu ifadelerden GNSS sistemlerinin siyasi, ekonomik ve teknolojik boyutlarının

olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, AB açısından Galileo sistemi, "Airbus" ve benzeri diğer projelerde olduğu gibi Avrupa ülkelerinin ABD.den bağımsızlığını sağlamaktadır. Çünkü Galileo sistemi, şu anda yabancı bir ülke (ABD) tarafından tüm dünyaya sunulan bir hizmetin(GPS), kendi öz kaynakları kullanılarak, AB ülkelerine sürekli ve garantili olarak sağlanmasını hedeflemektedir. Diğer taraftan, AB'nin görüşüne göre GPS askerî tabanlı bir sistemdir ve yayınlanan sinyaller ABD tarafından her an kapatılabilir veya doğruluğu düşürülebilir. GPS hizmetinin tüm kullanıcılara ücretsiz olmasına karşın, hizmetin doğruluğuna ve sürekliliğine ilişkin hiçbir garanti bulunmamaktadır. Bu da güvenlik, arama kurtarma ile hava, deniz ve demiryolu ulaşımında olumsuz bir durum yaratmaktadır (Kahveci vd. 2011).

Yukarıda özetlenen nedenler teknolojisi ve kaynakları yeterli olan diğer gelişmiş ülkelerin kendi uydu sistemlerini kurmaya çalışmasının da temelini oluşturmaktadır. Bu ülkelerden Rusya tarafından GLONASS, Avrupa Birliği (AB) tarafından Galileo ve (EGNOS: European Geostationary Overlay Service), Japonya tarafından MSAS (MTSAT(Multi-Functional Transport Satellite) Satellite-based Augmentation System) ve QZSS(Quasi-Zenith Satellite System), Çin tarafından Beidou/Compass ve Hindistan tarafından IRNSS (Indian Regional Navigational Satellite System) aynı amaçlı kurulmuş olan uydu sistemleridir. Farklı ülkeler tarafından farklı uydu sistemlerinin kurulması yeni iş alanları açılması ve yeni pazarlar yaratılması anlamına gelmektedir. Ayrıca, ülkeler arasında rekabet olacak ve bu rekabet de kullanıcıların yararına olacaktır.

Diğer taraftan GNSS sistemine sahip ülkelerin sayısının artması kaçınılmaz olarak uluslararası standartların ve işbirliğinin tesis edilmesini de zorunlu hale getirmiştir. Bunlardan ilki, farklı uydu sistemlerinin sinyal karışmalarını önlemek amacıyla uluslararası frekans tahsislerinin ITU (International Telecommunications Union) tarafından yapılıyor olmasıdır. Diğeri ve belki de en önemlisi Uluslararası GNSS Komitesidir (ICG: International Committe on GNSS). Bu komite 2005 yılında Birleşmiş Milletler Uzayın Barışçıl Kullanımı (COPUOS: Committee on the Peaceful Uses of Outer Space) Komitesinden ortaya çıkmıştır (UN 2010: 1-57). ICG'nin kuruluş amacı GNSS altyapısının küresel ölçekte kullanımını organize etmek ve bilgi değişimini sağlamaktır. Buradan da görüleceği gibi, bir yandan ülkeler kendi askerî, siyasi ve ekonomik çıkarları doğrultusunda hızla GNSS sistemine sahip olmayı sürdürürken diğer yandan çatışmayı önleyecek uluslararası işbirliğine ve oluşumlara gitmeyi de ihmal etmemektedirler.

Sivil kullanıma açıldığı 1980 yılından 1995'li yıllara kadar GPS klasik olarak sadece haritacılık amaçlı ölçmelerde kullanılmaktaydı. Daha sonra uydularla konum belirleme sisteminde yeni teknolojik gelişmeler oldukça sistemin kullanım alanları artmış ve böylece örneğin Diferansiyel GPS (DGPS) gibi yeni teknik kullanımlar ortaya çıkmıştır. DGPS tekniğinin gelişmesi ile GPS'in navigasyon amaçlı kullanımı da fiili olarak başlamıştır. Ancak, 2000'li yıllarda GPS ile elde edilen gerçek zamanlı doğrulukların 10 metre, DGPS ile elde edilen doğrulukların ise 1-2 metre seviyelerinde olması, diğer taraftan dünya GPS pazarının milyar dolarlarla ifade ediliyor olması bilim insanlarını

gerçek zamanlı ve daha yüksek doğruluklu konum belirleme çalışmalarına zorlamıştır. Klasik GPS ve DGPS tekniklerinin zayıf taraflarını(kısıtlamalarını) ortadan kaldırmak ve bu tekniklerin gerçek zamanlı, yüksek doğruluklu ve daha güvenilir sonuçlar vermesini sağlamak için çok sayıda referans istasyonu kurulması düşüncesi ortaya çıkmıştır. Anılan yöntemin ülke boyutunda yaygınlaştırılarak kullanılması ise gerçek zamanlı sürekli gözlem yapan sabit GNSS referans istasyonları (CORS: Continuously Operating Reference Stations) kavramının yaşantımıza girmesine neden olmuştur. CORS tekniğinde; bir ülkede tesis edilmiş olan ve GNSS uydularına 24 saat 365 gün sürekli gözlem yapan tüm referans istasyonlarından alınan konum verilerine ait düzeltmeler hesap merkezinde hesaplanır ve bu ağ düzeltmeleri tüm kullanıcılara uygun iletişim teknikleri ile sürekli olarak yayınlanır. Bu teknik kullanılarak, elinde GPS/GNSS alıcısı (receiver) olan herhangi bir kullanıcı gerçek zamanlı olarak 2-4 cm doğruluğunda kendi konumunu belirleyebilir ve/veya yaklaşık aynı doğruluklarda navigasyon uygulaması yapılabilir. Tüm gelişmiş ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de benzer bir sistem 2007-2009 yılları arasında TÜBİTAK destekli bir kamu-arge projesi kapsamında 146 GNSS istasyonlu olarak kurulmuş olup, Harita Genel Komutanlığı (HGK) ve Tapu-Kadastro Genel Müdürlüğü (TKGM) tarafından müştereken işletilmektedir. Söz konusu sistem TUSAGA-Aktif (Türkiye Ulusal Sabit GNSS Ağı/ CORS-TR) olarak isimlendirilmiş olup, sivil kullanıcılar için hesap ve kontrol merkezi Ankara Tapu-Kadastro Genel Müdürlüğü'nde bulunmaktadır

CORS sisteminin ortaya çıkmasıyla GNSS artık yalnızca kara, deniz ve hava araçlarının navigasyonu ve askerî amaçlı değil fakat günlük yaşantımızın hemen her aşamasında kullanılan bir sistem haline gelmiştir. Örneğin, jeodezik ve jeodinamik amaçlı (ülke nirengi ağlarının kurulması, depremlerin önceden tahmini vb.) kullanımlar, profesyonel ve/veya hobi amaçlı (insansız hava araçları dahil kara, deniz ve hava araçlarının takibi, hassas tarım, karayolunu kullandığın kadar vergi öde sistemi, dağcılık, arama kurtarma, yüksek doğruluklu zaman transferi, arkeolojik kazılar, petrol arama, meteorolojik yağış tahmini vb.) kullanımlar, cep telefonlarında ve PND(Personal Navigation Device) cihazlarında kullanılan konuma dayalı servisler (LBS:Location-based Systems) ile Coğrafi Bilgi Sistemlerine (CBS) dayalı kullanımlar bugün GPS/GNSS'nin yoğun olarak kullanıldığı alanlara örnek olarak verilebilir (Kahveci ve Yıldız, 2009: 12-17). TUSAGA-Aktif (CORS) sisteminde arazideki bir kullanıcı (kişi, araç vb.) elindeki GNSS alıcısı uydular yardımıyla belirlediği kendi yaklaşık (1-10 metre doğruluklu) koordinatlarını Ankara'daki hesap merkezine örneğin GPRS üzerinden gönderir. Ankara'daki hesap merkezinde tüm Türkiye'deki 146 referans istasyonundan gelen veriler hesaplanarak kullanıcılar için düzeltmeler hesaplanır ve birkaç saniye içerisinde yine GPRS üzerinden kullanıcıya 2-4 cm doğruluğundaki koordinatlar/koordinat düzeltmeleri gönderilir. Böylece kullanıcı sadece birkaç saniye içerisinde bulunduğu yerin hassas koordinatlarını belirlemiş olur.

3. DÜNYADA GNSS YASAL ALTYAPI VE SORUMLULUKLARI

Haberleşme, seyrüsefer ve gözetim teknolojileri(CNS) 1944'ten sonra hızla gelişmiş ve zaman içerisinde mevcut karasal sistemler kullanıcılara sağladıkları

menzil ve doğruluklar bakımından limitlerine ulaşmıştı. Bunun doğal sonucu olarak söz konusu yıllarda "gelecekteki hava navigasyon sistemleri" ile ilgili yeni çözümlerin üretilmesi gerekmekteydi. Bununla birlikte Chicago Konferansı'nın düzenlendiği 1944 yılında uydularla navigasyon teknolojisi öngörülmemekteydi (M. Milde s.201) ancak 20. yüzyıla gelindiğinde durum değişti. 1981 yılında Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) Birleşmiş Milletler'in İkinci Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanımı ve Keşfi Konferansı'na uluslararası sivil havacılığın gelişimi ile ilgili olarak her türlü sorunun tetkikinde, navigasyon amaçlı uzay teknolojisinin kullanımı da dahil olmak üzere kendisinin yetkili olduğuna dair bir doküman sunmuştur (ICAO Doc 1981). 1983 yılında ise 25 yıl süre ile havacılık navigasyonunun küresel olarak geliştirilmesi amacıyla ICAO tarafından Gelecekteki Hava Navigasyon Sistemleri Üzerine Özel bir Komite (FANS: Future Air Navigation Systems) kurulmuştur. Yapılan çalışmalarda çok sayıda sonuca varan FANS Komitesi GNSS'in gözetim ve iletişim yönleriyle kullanımına da değinmiştir. 1989'a gelindiğinde ise ICAO Konseyi'nin onayını takiben FANS II Komitesi ve bu Komite çalışmaları sonucunda kurumsal düzenlemelerle ilgili bazı ilkeler oluşturulmuştur. Bu ilkeler "Havacılıkta Mobil Uydu Hizmetlerinin ve Global Uydu Navigasyon Sistemleri'nin Kullanımına İlişkin Kabul Edilebilir Kurumsal Düzenlemeler Yönergesi" olarak adlandırılabilir. FANS II Komitesi'nin işbu düzenlemeleri daha sonradan 10. Hava Navigasyon Konferansı'nda müzakere edilmiştir. Neticesi bağlayıcı olmamakla beraber söz konusu çalışma ICAO'ya GNSS'in sivil havacılıkta sürekli kullanımına ilişkin iyi bir neden vermiştir. ICAO Konseyi'nin 138. toplantısında Konsey tarafından nihai kullanıcıya sağlanan verinin güvenilirliği, hizmetin sürekliliği, GNSS'in yükümlülükleri ve maliyeti gibi boyutları hakkındaki kaygılar dile getirilmiştir. Bu kapsamda ICAO Genel Kurulu Hukuk Komitesi tarafından GNSS ile ilgili uzun soluklu bir hukuki çerçeve çizilmesi kararlaştırılmıştır, (URL2*)*. Böylece GNSS'in hukuki boyutu ilk kez 27 Mart- 12 Nisan 1991 yılında gerçekleştirilen Hukuk Komitesi'nin toplantısında değerlendirilmiştir. 1993 yılında ise Global Navigasyon Uydu Sistemleri Hava Navigasyon Komitesi tarafından GNSS Paneli düzenlenmiştir. Panelin düzenlenmesinden kısa bir süre sonra 22 Eylül - 08 Ekim 1994 tarihleri arasında gerçekleştirilen ICAO Genel Kurulu'nda CNS/ATM (haberleşme, seyrüsefer ve gözetim/hava trafik yönetimi) konseptinin uygulanmasına yönelik iki önemli karar alınmıştır (ICAO Genel Kurulu'nun 29. oturumu karar no. A – 29 ve A 29 – 9 Doc 9600). Buna göre CNS/ATM'nin gelişmekte olan ülkelerde hukuki, ekonomik, teknik ve kurumsal özellikleri dikkate alınacak ve gerekli destek sağlanacaktır. Yine aynı toplantılarda ABD'nin GPS sistemini dünya sivil havacılığına sunma hususundaki teklifine açıklık getirilmiş ve ilk tekliflerine ek olarak 10 yıl süre ile kendi GPS sistemlerinin ücretsiz kullanılması teklif edilmiştir. Rusya da benzer şekilde kendi navigasyon sistemleri olan GLONASS'tan tüm kullanıcıları 15 yıl süre ile ücretsiz olarak yararlandırmayı teklif etmiştir (ICAO 2004).

GNSS ile ilgili uygulamalar 1994 yılına kadar hep Chicago Konferansı ve ICAO tarafından düzenlenen SARP'lar (Standards and Recommended Practices) çerçevesinde gerçekleştirilmekteydi. Buna ilave olarak ICAO ve ABD arasında 14 ve 27 Ekim 1997 tarihinde yapılmış olan yazışmalar ve ICAO ile Rusya

Federasyonu arasında 4 Haziran ve 29 Temmuz 1996 tarihinde yapılmış olan yazışmalar da yine uygulama prosedüründe dikkate alınmaktaydı. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi ICAO içinde konunun daha detaylı irdelenebilmesi için Kasım 1993'te Global Navigasyon Uydu Sistemleri paneli Hava Navigasyon Komisyonu tarafından düzenlenmişti. Panelin temel görevi uzun vadeli GNSS için yönergeler oluşturmaktı. Neticede Konsey'in talebi üzerine ICAO Genel Sekreterliği tarafından ICAO'nun CNS/ATM genel politikası taslağı hazırlandı. GNSS'in ve gelecekteki diğer sistemlerin üzerine inşa edileceği "ICAO'nun CNS/ATM Sistemleri'nin Uygulaması Beyannamesi" 9 Mart 1994 tarihinde ICAO tarafından kabul edilmiştir (Nicolaides, 1997).

1995 yılına gelindiğinde ise ICAO Genel Kurulu Hukuk Komitesi'nin önerisi üzerine hukuk ve teknik uzmanları bir araya getirerek uzun vadeli GNSS hukuk altyapısı üzerine çalışma yapılmasına karar verilmiştir. GNSS'e İlişkin Hukuki Çerçeveyi Oluşturmak Üzere Hukukçu ve Teknik Uzmanlar Paneli ICAO Konseyi'nin 146. toplantısında 06 Aralık 1995 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Bu panelin neticesinde de "GNSS Hizmetleri ile İlgili Olarak Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri Şartı'nın" taslak metininde ICAO Genel Kurulu'nun 22 Eylül – 02 Ekim 1998 tarihleri arasında gerçekleştirilen ICAO Genel Kurulunun 32. oturumunda mutabakata varılmıştır. Anılan oturumda GNSS'in bazı diğer yönlerine ilişkin olarak 16 tane tavsiye sunulmuştur (Doc 9750, 2002). Panelde hukukçu ve teknisyen uzmanlar tarafından çok sayıda önemli neticeye ulaşılmıştır. Bu neticelerden önemli görülen bazıları aşağıdaki gibidir:

1. GNSS'e ait kurallar Chicago Konferans Metni ve ekleri ile uzay faaliyetlerine uygulanan kurallar dahil olmak üzere uluslararası hukukun tüm kurallarına uygun şekilde olacaktır.

2. GNSS'in uygulanması ve işletimi için oluşturulacak olan bir hukuki çerçevenin temel ilkelerle tespiti ve buna dayalı olarak bir Şart'ın tanzimi gereklidir.

3. GNSS ile ilgili diğer hukuki meseleler de uzun vadede geliştirilmelidir.

Bu gerekçelerle GNSS Şartı'nın metni düzenlenmiş ve ICAO Genel Kurulu'nun 32. oturumunda kabul edilmiştir. Yukarıda kısaca anlatılan GNSS hukuki altyapısının oluşturulma ihtiyacının öncelikli nedeni GNSS hizmetlerine erişimin ve söz konusu hizmetlerin devamlılığının resmi olarak güvence altına alınmasıdır. GNSS Hizmetleri ile İlgili Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri Şartı'nın Bazı Önemli İlkeleri aşağıda kısaca verilmiştir:

1. Emniyet : Chicago Konferansı'nın 44 (h) maddesinde de düzenlendiği üzere devletlerin GNSS hizmetlerinin sağlanmasında ve kullanımında öncelikli ilkelerinin uluslar arası sivil havacılığın emniyeti olduğu belirtilmiştir.

2. Ayrımcılık Yapmama İlkesi: Ayrımcılık olmaksızın küresel erişim, ticari uydulardan farklı olarak konum belirleme ve navigasyon uydularında (GNSS) çok daha önem arz etmektedir. Çünkü ticari uydularda çok sayıda tedarikçi/servis sağlayıcı mevcuttur ve ticari rekabet bir anlamda erişim hizmetlerinin güvencesini sağlamaktadır. Uydulardan birine erişememe halinde bir diğer uyduya erişmek olanaklıdır. Ayrıca uydu iletişim hizmetleri sağlayan büyük firmalar (örn.

Inmarsat) zaten bazı hukuki güvenceleri sağlamayı taahhüt etmektedirler ancak navigasyon uydularında durum daha farklıdır. Bazı hallerde uçak operatörleri ve hava trafik servis sağlayıcıları kendi topraklarından başka yerlerden sağlanan navigasyon sinyallerini kullanabilmektedir. Dolayısıyla GNSS'in çok sayıda ülke için yabancı (dış ülkelere bağımlı) sistemlere dayandığı bir gerçektir. Söz konusu ilke 1994 tarihli Konsey beyannamesinde de açıkça ifade edilmiş ve ICAO ile ABD ve Rusya arasındaki yazışmalarda da vurgulanmıştır. Sonuçta ilke olarak ayrımcılık yapılmamasının kabul edilmiş olduğu söylenebilir ancak bunun uygulaması henüz açık değildir. Devletler ek teminatları ikili anlaşmalar veya sair vasıtalarla da öngörebilirler.

3. Servisin Sürekliliği: GNSS hizmetleri her zaman için yedekleme ilkesini takip edecektir. ICAO ile ABD ve Rusya Federasyonu arasındaki yazışmalarda söz konusu ülkeler servisin güvenilirliği ve bütünlüğü için her türlü gerekli önlemi alacaklarını ve söz konusu hizmetleri sona erdirmeden asgari altı yıl önce bildirimde bulunacaklarını beyan etmişlerdir. Süreklilik teriminin hem hukuk hem de teknik anlamda ele alınması gerekmektedir.

4. Bölgesel Düzenlemelerin Küresel Planlama ve Uygulama ile Uyumluluğu:

Şart'a göre Devletler bölgesel ve bölümsel düzenlemeleri işbu Şart'taki ilkelere uyumlu olarak gerçekleştirecektirler.

5. İşbirliği ve Karşılığı Yardım:

Şart'ın 8. Paragrafına göre her Devlet GNSS faaliyetlerini diğer Devletlerin de menfaatini gözeterek yürütecektir. GNSS'in uzay bölümlerinde de teknik bir arıza olması halinde bunların maliki ya da kontrol etme yetkisini haiz kurumun diğer devletlerden destek istemesi söz konusu olabilir (URL1).

Bu ilkelere ek olarak Şart'ta sertifikalandırma, yükümlülükler, finansman ve gelecekteki yönetsel yapı hakkında düzenlemeler mevcuttur. Bütün bunlarla ilgili olarak da yukarıda belirtilmiş olduğu üzere 16 tane tavsiye düzenlenmiştir.

2000'li yıllara gelindiğinde ICAO Genel Kurulu işbu sahada daha çok düzenleme yapmaya yönelik faaliyetlerde bulunmuştur. ICAO'nun yanı sıra bölgesel olarak da GNSS değerlendirilmiş ve bu konuda çalışmalar yapılmıştır. EUROCONTROL bu çalışmaların neticesinde özellikle yükümlülüklere ilişkin uygulanabilir bir rejim oluşturulmasının önemini göstermiştir. Söz konusu çalışmada ayrıca bu ihtiyaçların uluslar arası platformda çözümünün müzakere, imza ve onama prosedürlerinin mevcudiyeti dolayısıyla uzun soluklu olduğu ve bu nedenle de kısa vadede akdi ilişkiler kurularak bu hususların tanziminin faydalı olacağı ifade edilmiştir. Önerilen akdi ilişki iki basamaklı olup, ilki kamu hukuku meseleleri ile ilgili olarak (sertifikasyon, yükümlülük ve yargılamaya ilişkin hususlar) düzenleyici bir anlaşma yapılması ikincisi de muhtelif hissedarlar arasında özel hukuk sözleşmesi yapma şeklinde sözleşme ilişkisidir (Hava Navigasyon Konferansı, 2003).

Yukarıda kısaca özetlenmiş olan GNSS yasal altyapısı tarihsel gelişiminden de görüleceği gibi GNSS konusu karmaşık bir konu olup teknik, ticari, siyasi, askeri, kurumsal ve yasal boyutları söz konusudur. Sonuç olarak GNSS

yükümlülüğü denilince tüm bu konular birbirleriyle ilişkili ve ayrılmaz bir durum ortaya çıkarmaktadır. GNSS ile ilgili yasal hususlar ulusal egemenlik, özel yaşamın gizliliği ve GNSS servis sağlayıcı yükümlülüğü olarak üç temel kapsamda irdelenebilir.

a. Ulusal Egemenlik ve GNSS

Bilindiği gibi ülkelerin egemenlik kavramı uluslararası hukukun en temel ilkelerinden birisidir. Bu bağlamda ülkelerin hava sahası egemenliği de uzun yıllar önce tanımlanmış uluslararası bir olgudur ve ilk olarak 1919 tarihli Uluslararası Hava Navigasyonu konulu Paris Konferansında tanımlanmıştır. Bu kavram daha sonra 1944 tarihli Chicago Konferansında teyit edilmiştir. Anılan Konferansa göre: bu Konferansa imza koyan ülkeler, her ülkenin kendi toprakları üzerindeki hava sahasında tam ve özel bir egemenliğe sahip olduğunu tanımaktadır . Ancak navigasyon ve konum belirleme faaliyetlerinin ülke sınırı tanımayan ve tüm dünya için geçerli olan GNSS uyduları ile yapılıyor olması akla "Acaba GNSS 1944 tarihli Chicago Konferansında tanımlanmış olan egemenlik kavramını ihlal mi ediyor?" sorusunu getirmektedir. Diğer taraftan, ülkelerin uzayın keşfi ve Ay dahil uzaydaki gök cisimlerini kullanması prensiplerini düzenleyen 1967 tarihli Uzay Anlaşması (Outer Space and the Article II of the Treaty1967), GNSS uydularının kullanımını egemenlik kavramı içerisine dahil etmemektedir. Daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi GNSS uyduları yeryüzünden yaklaşık 22000 km uzaklıkta ve uzayın içerindedir. Yeryüzünden bu kadar uzak olan bu yüksekliğin egemenlik kavramının dışında olduğu genel kabul gören bir kanıdır, (Andries 1999). Söz konusu Konferansa göre bir tereddüt olmamakla birlikte GNSS kullanımının ülkelerin egemenliğini ihlal edeceği düşünülen başka sorular da akla gelmektedir. Örneğin; GPS ABD, GLONASS Rusya, Galileo AB, Compass Çin, QZSS Japonya ve IRNSS Hindistan kontrolünde uydu sistemleri olup anılan ülkelerin ulusal programları çerçevesinde hayata geçirilmektedir. Bu durumda, farklı uydu sistemlerinin bunlara sahip olan ülkelerin birbirlerine karşı egemenlik haklarını ihlal edip etmediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, uydu sahibi ülkelerin bu sistemlere sahip olmayan diğer ülkelerin egemenlik haklarını ihlali de söz konusu olabilmektedir. Çünkü, elinde GNSS alıcısı olan her kullanıcı bulunduğu yerin hassas koordinatlarını belirleyebilmektedir. Başka bir ifadeyle, bir ülkenin tüm tesislerinin konum bilgilerinin GNSS kullanarak elde edilebilmesi olanaklıdır ve bu bilgiler uydu görüntüleri ile de birleştirildiğinde önemli bir veri tabanı tesis edilebilmektedir.

Yukarıda kısaca özetlenen konulara ilave olarak, tüm dünyaya GNSS hizmeti sunan ülkelerin bu hizmetlerini doğru, sürekli ve herkesin erişebileceği standartlarda sunup sunmama garantisi de dikkate alınması gereken bir diğer yasal husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, herkese açık olan GNSS bilgilerinin kullanılması sonucu kara veya hava aracının kazaya karışması da ulusal ve uluslararası bir dava konusu teşkil edeceği için hizmeti sağlayan ülkelerin GNSS yasal sorumluluğu sınırlarının belirlenmesi de dikkate alınması gereken bir diğer husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bunlardan görüleceği gibi GNSS sistemlerinin küresel ölçekte kullanımı uluslararası hukuk çerçevesinde ulusal egemenlik kavramının belki de tekrar tanımlanmasını ve

yasal sorumlulukların açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Bu amaçla Birleşmiş Milletler şemsiyesi altında üye ülkelerin bu hususlarda işbirliği ve çalışma yapması ve belki de yeni bir GNSS Konferansının oluşturulması zorunlu bir konu olarak değerlendirilmektedir. Günümüzde bu ve benzer çalışmaların genelde sadece havacılıkla ilgili olarak gerçekleştirildiği bilinmektedir. Örneğin Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün (ICAO:International Civil Aviation Organization) havacılıkta GNSS kullanımı ve bu amaçla GNSS'in tescillenmesi konularında temel prensipleri oluşturma çalışmaları devam etmektedir.

b. Özel Yaşamın Gizliliği ve GNSS

Yukarıda anlatıldığı gibi günümüzde GNSS'den yararlanmanın en yaygın yolu CORS (TUSAGA-Aktif) verilerinin kullanılmasıdır. Uygulamada DGPS veya CORS verilerinden yararlanabilmek için hizmeti sunan kurum yada kuruluşa abonelik söz konusudur. Bu kurum yada kuruluşa ait hesap ve kontrol merkezinde (Örneğin Türkiye'de TUSAGA-Aktif için TKGM/Ankara, İSKİ CORS Ağı için İSKİ-AKOM) tüm kullanıcılara ait bilgiler kayıtlıdır. Dolayısıyla, gerçek zamanlı hassas konum bilgisi alabilmek için arazideki (yada hava, deniz veya kara taşıtındaki) kullanıcı GNSS alıcısı uydulardan hesapladığı kendi yaklaşık konumunu GPRS vasıtasıyla bu kontrol ve hesap merkezine göndermekte ve merkezdeki hesaplamalar sonucunda anılan kullanıcının o anki hassas koordinatları (2-4 cm) belli olmaktadır. Bu koordinatlar kullanılarak (GPRS bağlantısı devam ettiği sürece) söz konusu kullanıcının o anda nerede olduğu gerçek zamanlı olarak kurumun kontrol ve hesap merkezinde takip edilebilmektedir. Çünkü bu merkezlerde ülke haritası bulunan dev ekranlarda o anda kaç kişinin nerede oldukları, bulundukları yere saat kaçta geldikleri, ne kadar süre kaldığı, hangi firma veya kuruluşa ait olduğu ve GNSS ölçüsü yapıp yapmadıkları gibi bilgiler takip edilebilmektedir. . Bu durumun olumlu tarafları olduğu gibi olumsuz tarafları da vardır. Örnek olarak, eğer bir devlet kurumu ihale ile arazide bir kadastro yada yol inşaatı işi yaptırıyorsa yapılan işin miktarını ve zamanlarını bu şekilde güvenilir ve bağımsız olarak kontrol etmesi olanaklıdır. Diğer taraftan, özellikle bireylerin yada rakip firmaların özel yaşamının veya çalışma alanlarının gizliliği hassas bir durum oluşturmaktadır. Çünkü, bu konuları düzenleyen ve sorumlulukları belirleyen yasal düzenlemeler çok az sayıdaki ülkelerde daha yeni yapılmaya başlanmıştır. GNSS kullanıcılarının gerçek zamanlı her türlü konum bilgileri CORS ağı sistem operatörü tarafından bilineceğinden, bununla ilgili özel yaşama saygı ve güvenlik konularında gerekli mevzuat çalışmalarının öncelikle tamamlanması gerekmektedir (Kahveci 2009b).

Başka ülkelerdeki gizliliğe ilişkin mevcut duruma bakılacak olursa özellikle ABD'de konu ile ilgili önemli bir hassasiyetin olduğu söylenebilir. 7 Eylül 2010'da Philadelphia (Pennyslvania) Yargıtay 3. Dairesi FBI'ın ve polisin Amerikalılar'ın cep telefonlarının konum bilgilerinin takibi için arama iznine ihtiyacının olmadığına karar vermiştir. Mahkeme alt mahkemenin Adalet Bakanlığı'nın uyuşturucu trafiğinin soruşturulmasında saklı yer bilgisini arama emri olmadan elde etme girişiminin Federal Mahremiyet Yasası'na aykırı olduğu yönündeki kararını bozmuştur. Aksine temyiz mahkemesi cep telefonlarının takibinin geleneksel anlamda makul sebep gerektirmediğinden Dördüncü Tadil'de yer

aldığını ifade etmiştir. Bu suretle Mahkeme Obama yönetiminin Amerikalılar'ın cep telefonlarının olduğu yerlerde "makul mahremiyet" beklentisinin olmaması dolayısıyla izinsiz takibin kabul edilebilir olduğu şeklinde görüşünü de desteklemiş oldu. Yine Washington D.C. ve California'da GPS ile araç takibi sonucu yakalanan şüphelilerin söz konusu takiplerinin hukuki durumun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili kararlar mevcuttur. 15 Nisan 2011 tarihinde Obama yönetimi Amerikan Yüksek Mahkemesi'nden GNSS kullanarak yapılan polis gözetiminin Amerikan Anayasası'nın Dördüncü Tadili'ne göre arama emri gerektirip gerektirmediğine dair görüşünü talep etmiştir. Söz konusu yasal düzenleme uyarınca Amerikan vatandaşları evlerinde, evraklarında, kişisel alanlarında vs. sebepsiz aramalara ve müsaderelere karşı güvendedirler ve bu işlemler için mahkemenin makul sebeplere istinaden emir çıkartması gerekir. Washington D.C.'de yine GNSS'ten yararlanılarak gerçekleştirilen takip ile ilgili olarak GNSS, termal görüntüleme gibi teknolojik üstünlüklerin polis prosedürlerinde basamak değişikliği mi yoksa Dördüncü Tadil'e konu yeni aktiviteler mi olduğu soruların gündeme gelmesine neden olmuştur. Utah, Minnesota, Florida, Oklahoma, Hawaii, Pennysylvania ve Güney Carolina eyaletlerinde ise GPS takip sistemi teknolojisinin kullanımı için mahkeme kararı getirilmesine yönelik yasal düzenlemeler getirilmiştir (Gibbson 2011) Netice olarak ABD'deki durum için denilebilir ki GPS ile takibin Anayasa'ya uygunluğu tartışılmaktadır. GPS ile takip özel hayatın gizliliğine müdahale midir, değil midir bunlar günümüzde halen tartışma konusudur.

Avrupa Birliği'ndeki özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı ile ilgili düzenlemelere bakılacak olunursa; Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'nın 7. Maddesine göre herkesin özel hayatına, aile hayatına ve iletişimine saygı bekleme hakkı vardır. 95/46/EC Yönergesi uyarınca da Akit Devletler gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve münferit olarak mahremiyetini kişisel verileri işlerken korumakla yükümlüdür. Dolayısıyla kişisel verilerin tedariki ve kullanımı esnasında özel hayatın dokunulmazlığı ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir. Yine bu saikle yola çıkılarak 95/46/EC direktifi ve 97/66/EC direktifi oluşturulmuş ve özellikle iletişim alanında kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi ve korunması ile ilgili maddeler düzenlenmiş ve en son 2002/58 sayılı direktif ile elektronik verilerin kullanımında net bir şekilde düzenlemeler yapılmıştır (EC Direktifi 1995).

Duruma Türkiye açısından bakılacak olursa T.C. Anayasası'nın 20. Maddesinin birinci fıkrasına göre herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise herkes kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Türkiye ayrıca herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini hükme bağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması'na İlişkin 108 sayılı Avrupa

Konseyi Sözleşmesi'ni de imzalamıştır. Konunun ceza boyutuna bakıldığında ise Türk Ceza Kanunu'nun 134. Maddesinde "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimsenin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağının düzenlenmiş olduğu görülür (Soysal 2006). İletişim (Telekomünikasyon) alanında ise 30.11.2003 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile elektronik haberleşme sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunması hakkında 12 Temmuz 2002 tarih ve 2002/58/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik adıyla yürürlüğe girdiği görülmektedir.

Telekomünikasyon ile ilgili uluslar arası çalışmalar anlamında 1983 yılında kurulmuş olan Telekomünikasyondaki Verilerin Korunmasına İlişkin Uluslar arası Çalışma Grubu telekomünikasyonda mahremiyetin korunmasına yönelik önerilerde bulunmak suretiyle uluslar arası platformda tavsiye niteliğinde görüş bildiriminde bulunmaktadır. Mart 2009'da gerçekleştirilen toplantının akabinde de sürücülerin ve araç sahiplerinin gizliliğinin korunması ile ilgili söz konusu çalışma grubu önerilerde bulunmuştur. Bunlardan bazıları; yol ücretlendirme sistemlerinin ücretler ödendikten sonra tüm detaylı yolculuk verilerini silecek şekilde yapılması, elde edilen kişisel verilerin başka amaçlarla (kullandığın kadar ödeme sigortası veya davranış bazlı pazarlama gibi) kullanımının ilgili kişinin açık rızasına tabi tutulması şeklindedir (IWGDPT 2011).

Özetle denilebilir ki gerek ABD'de gerekse AB'de henüz münhasıran GNSS sistemleri dikkate alınarak tanzim edilmiş özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik mevzuat bulunmamakla beraber konu ile ilgili çalışmalar, öneriler ve mahkeme kararları mevcuttur. Aşağıda da değinileceği gibi Türkiye'de bu konulara ilişkin bir mevzuat henüz söz konusu değildir.

c. GNSS ve CORS Servis Sağlayıcı Sorumlulukları

GNSS servis sağlayıcı ülkeler; ABD, Rusya, AB ve Çin gibi bu sistemi kuran ve işleten ülkelerdir. Dolayısıyla, bu ülkelerin anılan hizmetin tüm kullanıcılara açık olanlarını yayınlamasına ilişkin teknik standartlar olmakla birlikte yasal hiçbir standart ve yükümlülük bulunmamaktadır. Mevcut olan teknik standartlara ise bu ülkelerin tamamının sürekli uyması zorunluluğu söz konusu olmayıp, sadece uluslararası pazardan pay kapma ve ticari kaygılar nedenleriyle genelde anılan teknik standartlara uyulmaktadır. Başka bir ifadeyle bu ülkelerin kullanıcılara doğru bilgi sağlaması konusunda, ICAO'nun sivil havacılık uçuşları için yayınladığı kurallar hariç, hiç bir yasal sorumluluk yoktur. Diğer taraftan GNSS uydu verilerini kullanarak her ülkenin kendi içinde kurmuş olduğu CORS ağlarından kullanıcılara sunduğu verilerin doğruluğu konusunda da servis sağlayıcısı kurumun yasal sorumluluğu ve buna ilişkin olarak kullanıcıya yönelik bir sigorta mevzuatı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, anılan ağlardan kullanıcılara yanlış veya eksik bilgi gönderilmesi durumunda ortaya çıkacak sorunlarda izlenecek hukuki durum en azından Türkiye'deki uygulamalarda belirsizdir.

4. GNSS KONUSUNDA TÜRKİYE'DE YASAL DURUM VE YAPILMASI GEREKEN ÇALIŞMALAR

Uydu teknolojilerinin konum belirleme, navigasyon ve zaman belirleme yeteneklerine sahip olmaları ülkeleri millî menfaatleri gereği kendi bölgesel veya global uydu sistemlerini geliştirmeye zorlamaktadır. Bu zorunluluğun temelinde yatan ana düşünce ise egemenlik kavramına dayanmaktadır. Egemenlik kavramını güçlendiren ve geçerli kılan hususun ise GNSS ve diğer bütünleşik navigasyon sistemlerindeki yüksek teknoloji pazarından ülkelerin pay alma düşüncesi olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla, teorik olarak her egemen ülkenin kendi uydu sistemini yapma özgürlüğü vardır. Diğer taraftan bunu kısıtlayan uluslararası yazılı bir kuralın henüz olmamasına karşın gelişmiş ülkelerde genel kabul gören yaklaşım uluslararası standartlara ve kurallara uyumlu ve birlikte çalışabilirlik temeline dayanan uydu sistemleri projelerinin hayata geçirilmesidir. ABD, Rusya ve AB gibi konum belirleme ve navigasyon uyduları konusunda lider ülkelerin kendi aralarında ortak bir zemin bulmasını takiben yakın gelecekte bu konularda uluslararası yasal yükümlülükler ve kısıtlamalar getirecekleri değerlendirilmektedir. Bu kısıtlamalardan fazla etkilenmemek ve anılan konularda uluslararası alandaki işbirliği ve mevzuat boşluklarından yararlanarak Türkiye'nin de en azından kendi bölgesel uydu sistemini uzun vadede kurma alt yapı çalışmalarına başlamasının yararlı olacağı açıktır.

Dünyada yaşanan teknolojik ve politik gelişmeler Türkiye'de uydu tabanlı teknolojilere ilişkin uygulanan bazı mevzuatın gözden geçirilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu noktadan hareketle, Türkiye'de haritacılık dışındaki GNSS faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin mevcut boşluğun bir kanun ve buna dayanan bir yönetmelikle doldurulması gerekmektedir. Uydu sistemlerindeki gelişmeler devam ettikçe bu konu özel yasa çıkarılmasına kadar uzanacak bir sürece uzanmaktadır. Böyle bir mevzuatın hazırlanması müteakiben hazırlanacak teknolojik içerikli diğer yasalara da katkı sağlayacaktır.

Türkiye'deki mevcut duruma bakıldığında GNSS konularında bir bütünlüğün ve/veya ulusal bir yol haritasının olmadığı görülmektedir. Yürürlükteki mevzuat incelendiğinde ise Türkiye'de GNSS kullanımının önemli oranda harita ölçmeleri ile sınırlandırıldığı, kısmen de askerî ve sivil araç takip uygulamalarında kullanıldığı görülmektedir. Oysa, GNSS'in diğer kullanım alanları çok daha fazla potansiyele ve pazar payına sahiptir. Haritacılık uygulamalarının, gerek pazar payı ve gerekse teknolojik gelişme anlamında GNSS faaliyetlerinin çok küçük bir yüzdesini oluşturduğu göz önünde tutulursa Türkiye'de GNSS konusundaki boşluğun ve yetersizliğin boyutları daha açık olarak ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan bu önemli boşluklar bazı kurumlarca, özünde sınırlı bir kullanımı işaret eden mevzuata dayalı çoğu zaman yoruma bağlı olarak doldurulmaya çalışılmaktadır. Bu olumsuzluklar ise Türkiye'nin kurumsal olarak uluslararası GNSS faaliyetlerini takip etmesini ve bunların Türkiye'de uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

Türkiye'de GPS/GNSS/CORS(TUSAGA-Aktif) konularıyla doğrudan yada dolaylı olarak ilgili olan mevzuatın önemli bir bölümü sadece haritacılık faaliyetlerine ilişkin olup bunlardan önemli olanların isimleri aşağıdaki gibidir:

a. 25 Kasım 2010 tarih ve 6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

b. 22 Nisan 1925 tarih ve 657 Sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanunu

c. 31 Ağustos 1994 tarih ve 22037 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Harita ve Harita Bilgilerini Temin ve Kullanma Yönetmeliği

d. 15 Temmuz 2005 tarihli 25876 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Büyük Ölçekli Harita ve Harita Bilgileri Üretim Yönetmeliği

Bunların dışında özellikle havacılık ve denizcilik sektörlerine yönelik olan ve GNSS ile dolaylı olarak ilişkilendirilebilecek bazı düzenleme isimleri de aşağıda verilmiştir:

a. Hava Trafik Yönetiminde Emniyet Gözetimi Hakkında Yönetmelik

b. Gemilerde Bulunan GMDSS Teçhizatına K*ıyıda Bakım Hizmeti* Verecek *Firmaların Uymakla Yükümlü Oldukları* Hususlara *İlişkin Tebliğ*

c. Hava Trafik Yönetimi Yazılımları Hakkında Yönetmelik

Yukarıda isimleri verilen mevzuattan GNSS konularıyla doğrudan ilgisi olan ve Türkiye'deki tüm uygulamaların dayandırılmaya çalışıldığı en önemlileri 657 sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanunu ile 22037 sayılı Harita ve Harita Bilgilerini Temin ve Kullanma Yönetmeliği'dir. 657 sayılı Harita Genel Komutanlığı kanunu Madde 4 (Değişik:2/1/1961-203) ile bu kuruma ülke savunma ve kalkınması amaçlı tüm haritaların (1/5.000 ve daha büyük ölçekliler hariç) yapımı görevi verilmiştir. Günümüzde harita yapımının temelini ise arazide yersel ve/veya uydulara dayalı gerçekleştirilen ölçümler, hava fotografları ve uydu görüntüleri oluşturmaktadır. Diğer taraftan, HGK (Harita Genel Komutanlığı), TKGM (Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü) ve SHOD (Seyir Hidrografi ve Oşinografi Dairesi) Hizmetleri kanunlarına dayalı olarak hazırlanan Harita ve Harita Bilgilerini Temin ve Kullanma Yönetmeliği maddeleri Türkiye'deki tüm harita bilgilerini temin ve kullanma esaslarını tanımlamaktadır. Bu Yönetmeliğin dördüncü maddesinde (Tanımlar) GNSS verileri zımni olarak "Harita Bilgileri", "Nirengi Değerleri" ve "Nivelman (Yükseklik-Kot) Değerleri" tanımları içine sokulmuştur. Aynı yönetmeliğin Yetki ve Sorumluluklar (Madde 5) maddesi "Türkiye sınırları içinde jeodezik-jeofizik, fotogrametrik ve kartoğrafik amaçlara yönelik her türlü ölçü, fotograf ve görüntü alımı, harita ve harita bilgisi üretimi ile arşiv hizmetleri; bu Yönetmelikte aksi belirtilmediği sürece, söz konusu hizmeti yapan veya yaptıran kamu kurum ve kuruluşlarının yetki ve sorumluluğundadır. Yurt güvenliği yönünden konulacak kısıtlamalarda ise, Genelkurmay Başkanlığı yetkilidir." hükmünü getirmektedir.

Söz konusu kanun ve yönetmeliklerin diğer maddelerinden de çok sayıda örnek vermek olanaklıdır. Ancak, yukarıda verilen iki önemli örnekten de görüleceği gibi Türkiye'de haritacılık dışındaki GNSS faaliyetlerini ve ölçmelerini düzenleyen kanun ve yönetmelik bulunmamaktadır. Uygulamada ise GNSS ile ilgili neredeyse tüm konular bazen zorlama ile Harita ve Harita Bilgilerini Temin ve Kullanma Yönetmeliği'ne dayandırılabilmektedir. Durum böyle olunca, en azından Türkiye'de değişik sektörel amaçlar için GNSS verilerinin elde edilmesi ve kullanılması ile bu verilerin yanlış veya eksik olması nedeniyle ortaya

çıkacak zararlarda ne yapılacağı hususları hukuki açıdan tam bir belirsizlik arz etmektedir. Bununla ilgili çok yeni olan başka bir örnek daha verilebilir. Daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi Türkiye'de HGK ve TKGM'nin müşterek mülkiyetinde olan "Gerçek Zamanlı Sabit GNSS İstasyonları Ağı (TUSAGA-Aktif/CORS-TR)" tesisi TÜBİTAK desteğinde 2009 yılında tamamlanmış ve kullanıma açılmıştır. Sistemden abonelik esasına göre ve ücretli olarak yararlanılmakta ve bu GNSS istasyonlarından elde edilen düzeltmelerle kullanıcıların (haritacı, uçak, gemi, araba vb.) bulunduğu yere ilişkin konum bilgisi santimetre doğruluğunda ve gerçek zamanlı olarak hesaplanabilmektedir. Ancak uygulamaya bakıldığında, kamu kaynağı ile hayata geçirilmiş olmasına ve çok geniş bir kullanım alanı olmasına karşın bu ağ şu an için yalnızca haritacılık (kısmen de Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğüne veri desteği) amaçlı olarak kullanılmaktadır. Diğer sektörlerin Türkiye'de örneğin navigasyon veya haritacılık faaliyeti dışındaki amaçlarla benzer bir ağ kurmasına ise az önce de ifade edilmiş olduğu gibi ilgili Yönetmeliğe dayanan zorlamalı yorumlar nedeniyle izin verilmemeye çalışılmaktadır. Daha da ötesi anılan TUSAGA-Aktif GNSS ağının haritacılık dışında yasal kullanımına ilişkin hiçbir mevzuat halen bulunmamaktadır. Bu basit örnek bile Türkiye'de GNSS konularındaki mevcut boşluğun boyutlarını göstermeye yetmektedir.

Sonuç olarak yukarıdaki en temel örneklerden de görülebileceği gibi Türkiye'de GNSS konularında hem uluslararası hem de ulusal alanlarda yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda:

Türkiye'de GNSS konusunda uzman teknik personel ile uzay ve havacılık hukukunda uzman hukukçulardan oluşturulacak bir heyet marifetiyle dünyadaki GNSS ilintili mevzuat ve çalışmalar incelenmeli ve Türkiye için ulusal bir görüş ve politika belirlenmelidir. Böylece yakın gelecekte Türkiye'nin önüne de gelmesi muhtemel uluslararası GNSS mevzuatına önceden hazırlıklı olunması olanağı sağlanmış olacaktır.

Türkiye içinde GNSS uygulamalarına ilişkin olarak tüm kullanım alanlarını kapsayan bir hukuki çalışmanın yapılması kaçınılmazdır. Başka bir ifadeyle, GNSS konuları sadece dar çerçevede düşünülmüş olan haritacılık kapsamından ve tekelinden çıkarılıp bu konuda özel mevzuata ve yetkiye sahip farklı bir kurum sorumluluğunda yeniden düzenlenmelidir.

5. SONUÇ VE ÖNERİLER

Teknolojideki gelişmeler uydularla konum belirleme ve navigasyon sistemlerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Günümüzde GNSS konum belirleme ve navigasyon sistemlerinde ana servis sağlayıcı olarak üç ülke söz konusu olup bunlar ABD (GPS), Rusya (GLONASS) ve AB (Galileo)'dir. Çin, Japonya ve Hindistan ise uluslararası platformlarda söz sahibi olma çabalarına devam etmektedir. GNSS'in bu sisteme sahip ülkelere sağladığı stratejik öneme sahip politik ve askeri gücün yanında Dünya GNSS pazarının her geçen gün önemli ölçüde büyümesi anılan ülkelerin bu pazardan daha çok pay kapmak için işbirliğine gitmelerine yol açmaktadır. Bunun sonucunda başka ülkelerin de benzer üstünlüklere ve inisiyatife sahip olmaması için uluslararası yasal altyapı çalışmalarını gündeme taşınmaktadırlar. Uluslararası boyuttaki yasal altyapı

çalışmaları havacılık sektörü için ICAO marifetiyle oldukça mesafe kat etmiş bulunmaktadır.

Halen tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye'de de GNSS verilerine (konum, hız ve zaman) olan ihtiyaç her geçen gün artmakta, bu ihtiyaca paralel olarak coğrafi veri/bilgi üreten kurum ve kuruluşlar, kullanımda, üretimde ve kalitede önceliği doğal olarak, kanunlarla kendilerine verilen sorumluluk alanına vermektedirler. Buna ilave olarak, Türkiye'de GNSS konusunda, ulusal ve uluslararası düzeyde tüm kullanım alanlarını içerecek şekilde koordinasyon sağlayacak teknik ve idari alt yapı ile buna ilişkin mevzuat olmadığından, önemli belirsizlikler söz konusudur.

Sonuç olarak, Türkiye'nin uluslararası GNSS yasal altyapı oluşturma çalışmalarına fiilen katılması ve buna paralel olarak GNSS sisteminin yurt içinde tüm alanlardaki kullanımına, sorumluluk ve yetkilerine ilişkin gerekli idari yapılanma (örn. Türkiye GNSS Koordinasyon Ofisi) ve hukuki çalışmalarını öncelikle başlatmasının yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Kahveci, M., Ö.Dalbay, N.Oktay (2011), Uydularla Konum Belirleme Sistemleri ve Türkiye Açısından Önemi. SAREM Stratejik Araştırmalar Dergisi, Yıl:9, Sayı:17, Gnkur.Bşk.lığı Yayını, Ankara (basım aşamasında).

Kahveci, M. (2009a), Kinematik GNSS ve RTK CORS Ağları, Zerpa Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara.

3. Pace S. (2010): Expert Advice: The Strategic Significance of Compass. GPSWORLD, December 2010.

4. JAXA (2010): Interface Specification for QZSS (IS-QZSS), Japan Aerospace Exploration Agency, 19 March 2010, Draft Version.

5. European Commission (2002), Galileo: The countdown has started. European Commission Directorate-General for Energy and Transport, April 2002. Elektronik erişim için bk. http://data.imf.au.dk/da/matematiklaererdag/2005/filer/galileo.pdf (Erişim tarihi 16 Şubat 2007).

6. European Commission (2010), "Commission awards major contracts to make Galileo operational early 2014", EC Press Releases, 07 January 2010, IP/10/7, Brussels. Elektronik erişim için bk. http://europa.eu/rapid/pressRleaeseAction.do?reference=IP/10/7 (Erişim tarihi 19 Şubat 2010).

7. Kahveci, M. ve H.Akdeniz (2007), Avrupa Birliğinin Global Konum Belirleme (GPS) Sistemine Alternatifi: Galileo Uydularla Konum Belirleme Sistemi, Silahlı Kuvvetler Dergisi, Gnkur.As.Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Sayı:394, Ekim 2007, Yıl:127, Ankara.

8. European Commission (2003), The Galilei Project: GALILEO Design Consolidation, ESA August 2003. Elektronik erişim için bk. http://www.hellas-sat.net/files/file/EU_galileo_design.pdf (Erişim tarihi 16 Şubat 2007).

9. GSA (2010): GNSS Market Report, Issue 1, October 2010, The European GNSS Agency (GSA).

10. UN (2010): Current and planned global and regional navigation satellite systems and satellite-based augmentation systems. International Committee on Global Navigation Satellite, United Nations Office for Outer Space Affairs, Newyork 2010.

11. Kahveci, M. ve F.Yıldız (2009), Global Konum Belirleme Sistemi (GPS), 4.Baskı, Nobel Yayınları, Ankara.

12. Andries, S. (1999), The Global Navigation Satellite System(GNSS) and the European Galileo Programme: Legal Issues. Institıte of Air and Space Law, McGill University, Montreal, November 1999.

13. Kahveci M. (2009b): hkm Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi 2009/1 Sayı 100, Syf.20

14. M. Milde (2008): International Air Law and ICAO (Eleven International Publishing 2008, s.201.

15. ICAO Doc. (1981): FANS(II)/4-WP/9, paragraph 1.2.1.

16. ICAO News Release (1991): PIO 15/92, s.2

ICAO (2004): Report on the establishment of a legal framework with regard to CNS/ATM systems including GNSS A35-WP/75 LE/5, 28/07/04.

Nicolaides, D.P. (1997): GNSS Legal and Institutional Issues, s.34, 1997.

Doc 9750 (2002): AN/963 Global Air Navigation Plan for CNS/ATM Systems 2nd Edition, 2002.

URL1: http://www.aviation.go.th/airtrans/airlaw/GNSS.html

URL2: http:// www.icao.int/icao/en/nr/2003/pio200313_e.pdf

22. 11. Hava Navigasyon Konferansı (2003): 22 Eylül- 03 Ekim 2003, Montreal.

23. Gibbson, G. (2011): U.S. Department of Justice Seeks Supreme Court Review of GPS Surveillance Issue, Insidegnss news, 16 April 2011, http://www.insidegnss.com/node/2565.

24. 95/46/EC Direktifi 24 Ekim 1995.

25. Soysal, T. (2006): AB ve Türkiye Bakımından Elektronik Posta; Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi s.42 Yıl:1, Sayı:1.

26. IWGDPT (2011): International Working Group on Data Protection in Telecommunications (IWGDPT),

http://www.datenschutz-berlin.de/content/europa-international/international-working-group-on-data-protection-in-telecommunications-iwgdpt

27. Gibbson, G. (2010): United States Appeals Courts Disagree on GPS Technology and Privacy Rights, http://www.insidegnss.com/node/2378 .

AVUKATIN YARGILAMADAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Av. Başar YALTI

Yargılama hukukunun amacı, yargı önüne gelen anlaşmazlıklarda, adaletli bir sonucun elde edilmesini sağlamaktır.[1] Bu nedenle, ister terazi metaforu ile temsil edilsin, ister üçlü sacayağı[2] (sav, savunma, hüküm) metaforu ile tanımlansın, yargılama diyalektiği denge[3] ve simetri[4] gerektirir. Aksi takdirde adaletin terazisi şaşar. Hüküm verenin tarafsız olamadığı, suçlayan ile suçlanan arasında eşitliğin sağlanamadığı bir yargılama sisteminde maddi anlamda adaletin elde edilmesi mümkün değildir.

Hukuk düzeni, kurallar üzerinden yürür. Ancak, yasalarla kurulmaya çalışılan ideal hukuk düzeninin toplumsal gerçeklikle bağdaşmadığı, pratik yaşam koşullarıyla uyuşmayan (trafikteki hız sınırını ihlalden tutun, iktidarı devirmeye kadar varan) çatışma ve ihlaller yaşandığı/yaşanabileceği sosyal bir gerçekliktir.

Çağımızda gittikçe karmaşık hale gelen toplumsal yapı, ister istemez kurallar üretmekte, toplum ve bireyler gittikçe çoğalan kuralların kuşatması altında özgürlüklerinden olmaktadırlar. Bu çerçevede hukuk, kurallar kuşatması altındaki insanlar için özgürlüklerini yaşayacakları başlıca sığınak olmaktadır. Hukukun varlık nedeni olan adalet ve özgürlüğü sağlayabilmesi için ise özgürlükçü bir anlayışla yorumlanması ve üç boyutuyla[5] bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle yapılmadığında, hukuk, bürokratikleşerek biçimsel bir adalet anlayışına yönelmekte, hakkaniyet gerçekleşememektedir.

Toplum, hukukun varlığını ve gerçekliğini yargılama mekanizmasıyla algılar. Bu çerçevede, hukukun varlık nedeninin adaleti ve özgürlüğü sağlamaya yönelik olması yetmemekte, yargı sisteminin de adalet ve özgürlük sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü yurttaşlar bakımından kurulu hukuk düzeninin benimsenmesi ve onaylanması, yargılama sistemi adalet ve özgürlük ürettiği sürece ve o oranda mümkündür. Hukukun katma değeri adalettir.

---

[1] Yargı sisteminin başka amaçlarla da kullanılabileceği (siyasal davalar, toplumu biçimlendirme, muhalefeti bastırma vb.) olasılığı göz ardı edilmemiştir. Ancak bu durum, yazı konusunun dışındadır.

[2] Yazının sonunda yargılama sürecini temsili olarak gösteren tarafımdan geliştirilmiş bir tasarım bulunmaktadır.

[3] Denge, daha çok, eylemle yaptırım arasındaki uyum olarak bilinmekle birlikte, burada ayrıca, yargılamayı yapan mahkeme (yargıçla) ile yargılamanın tarafları arasındaki uyum anlamında kullanılmıştır.

[4] Eksen olarak alınan bir doğrudan benzer noktaları aynı uzaklıkta bulunan iki benzer parçanın bir birine göre durumu olarak tanımlanan (Türk Dil Kurumu Sözlüğü) simetri sözcüğü, yargılama diyalektiğinde, yargıca göre tarafların eşit konumda bulunması, ceza yargılamasında savcı ve avukatın, hukuk yargılamasında tarafların eşit (benzer) hak ve olanaklara, yetkilere sahip olması anlamında kullanılmıştır. Yazı sonundaki şekilde simetri ekseni gösterilmiştir.

[5] (Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz'e atıfen) Hukukun üç boyutunu, norm/kural, sosyal olgu ve etik değer/adalet oluşturmaktadır.

Bu nedenle, sadece yasaların adaletli olması değil, yasaların uygulanması sonucu ortaya çıkan değerin de adalete uygun olması gerekir. Yargılama faaliyetini önemli kılan, hukukun adalet ve özgürlük sağlama işlevini yerine getirip getirmediğini somut olarak gösteriyor olmasıdır.

Yargılama, hukuku somut hayat koşullarıyla yüzleştirir. Bu nedenle yargılamanın toplumsallaşması gerekir. İşte burada devreye girmesi gereken unsur, avukattır. Çünkü yargılamaya toplumsallığı katan, yani sosyal olguyu (olayı ve taraflarını) yargılamaya tam olarak yansıtabilecek tek faktör, avukattır. Ayrıca, yargılama sonucunda elde edilecek hükmün hakkaniyete uygunluğu da, ancak, avukat yargılama sürecine etkin bir biçimde katılıyorsa mümkündür.

Bu nedenle, adil yargılanma arayışı ve gelişen adalet sistemi, avukatı önemseyen bir bakış açısı geliştirmek zorunda kalmıştır.

İnsanlık onurunun korunması ve yüceltilmesi uğruna geliştirilen en önemli sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında savunma ve avukat önemli bir yer tutar. "Silahların eşitliği" ilkesi gereğince, savunmayı temsil eden avukat, suçlama makamıyla mümkün olduğunca eşitlenir. Yargılama başladığında ise simetri uygulanır ve avukat (savunma), yargıç karşısında savcı ile eşit konumda yer alır. Böyle bir konumlanma, yüzyıllardır mücadelesi verilen adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden masumiyet karinesinin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının zorunlu bir sonucudur.

Avukatlık Yasası'nın birinci ve ikinci maddeleri avukatı oldukça yüceltir. Yasanın 1. maddesine göre savunma yargının kurucu unsurları arasındadır ve savunmayı avukat temsil eder.

Ancak Türkiye'de, temel haklardan olan adil yargılanmanın gereklerine uygun bir yargılama ne yazık ki, yapılamamaktadır. Öncelikle, yargılama usul yasalarımız adil yargılamaya uygun nitelikte değildir. Eskisi ve yenisiyle CMUK ve CMK, HUMK ve HMK[6] ve gerekse İdari Yargılama Usulü Yasası'nda avukatı yargıcın kararında etkili kılan bir konumda görmek mümkün olmadığı gibi, bu yasalar yargılama simetrisine uygun bir anlayışla da düzenlenmemiştir.

Avukatın konumu, hüküm veren mahkeme (yargıç) karşısında da yasal olarak sağlam, belirgin ve dengeli değildir. **Bizdeki yargılama sisteminin özü, avukatı, yargılamada 'usulen / şeklen' bulunan kişi gibi görmekte olup, avukat yargılamada bulunmasa da olur, mantığına dayalıdır.** Bunun temel nedeni; yurttaşı ve toplumu yok sayan, sadece devleti öne çıkartan bir anlayışın yüzyıllardan beri toplumsal yönetim sistemimize hakim olması ve aynı anlayışın yargılamaya da yansımasıdır. Yargıcın kendisini, devletin emrinde bir memur olarak görmesidir. "Memur yargıç" tipolojisinden kurtulamamamızdır. Yargıçların, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının anlamını yeterince kavrayamamasıdır. Siyasal iktidarların, hukuku / yargıyı araçsallaştırıp toplumu kendi taleplerine göre biçimlendirmeye çalışmasıdır. Hukukun, adalet duygusundan soyutlanarak kurala feda edilmesidir.

[6] CMUK: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu, HUMK: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Her ne kadar mahkeme kararlarında hükmün "Türk Milleti Adına" verildiği belirtilse de, yargılamada halk (avukat) tam ve yetkin bir konumda temsil edilmediği için, verilen hükmün halkın ve kamunun çıkarlarına çok da uygun olmadığı, haksızlıklara yol açtığı, egemen siyasal iktidar anlayışını yansıttığı, özellikle siyasal nitelikli davalarda, yargılama sürecinin ve sonucunun kamu vicdanını rahatsız eder nitelikte olduğu sıkça görülmektedir.

Çünkü Ülkemizde uygulanan yargılama sisteminde, adı üzerinde, yargılamayı yapan –her şeye- "hakim"dir. Kanıtları toplayan, soruları soran, davayı istediği gibi yönlendiren, bilirkişiye etki eden mahkeme yargıcıdır. Mevcut bu durum ve anlayış, aslında, adil yargılamanın bilincindeki bir yargıç için fazlasıyla yüktür. **Ancak kişiliği yeterince gelişmemiş, bağımsızlık ve tarafsızlığın bilincine varmamış bir yargıç için "hükmeden" olmak ile "hüküm veren" olmak arasında bir fark bulunmamaktadır.** Dolayısıyla adil bir yargılanma ve yargıda denge ve simetrinin gerçekleşmesi için temel sorun, sadece iddia makamının (savcının) yargılamadaki yeri ve yetkisi değil, yargıcın değişmeyen anlayışı ve konumudur. Bu nedenle yargıda gerçek bir diyalektik sürecin yaşanması, denge ve simetrinin sağlanması için yargıcı yargılamada, "hakim" durumdan çıkartarak yargılamanın taraflarına eşit mesafedeki "hakem" konumuna getirmek gerekmektedir.

Bu arada, her şeyi ben bilirim ve ben yaparım, söz konusu olan adalet ise, onu da senin adına en iyi şekilde ben yerine getiririm, biçimindeki kadim anlayış, yasalarda bazı küçük düzeltmeler yapılsa dahi, yerleşik yargıç anlayışında ve kültüründe bir değişiklik başarılamadığı için sürüp gitmekte, bu durum adil yargılamanın önünde engel oluşturmaktadır.

Bu yaklaşımın en somut örneği, CMK'da avukatlara tanınan doğrudan soru sorma hakkının kullanılmasında yaşanmaktadır. Yargıçlarımız, avukatın bu yetkiyi kullanmasını kendi egemenlik haklarının ortadan kalkması, yetkilerinin gasp edilmesi şeklinde algılamakta ve engellemektedirler. Avukatlar ise kendilerini yargılamanın eşit bir unsuru olarak görmek ve tanınan bu hakkı kullanmak yerine, çoğunlukla eski uygulamayı sürdürmekte sakınca görmemekte ve yargıcı 'kızdırmamak' için genel olarak sinik bir tutum içinde olmaktadırlar.

Charlie Chaplin'e göre *hayat, ön provası yapılmamış bir tiyatro gösterisidir*. Yargılamanın da tiyatral bir yönü olduğu bilinmektedir. Yargılama 'oyununda' avukata yardımcı roller verilmesi çağı artık kapanmıştır. Gelişen adalet anlayışı, insanlık onuru üzerine kurulduğundan, insanlık onurunu zedeleyen her tutum, her kurum, her yasa ve her anlayış artık çağ dışıdır. İnsanı yücelten ve koruyan yeni anlayış karşısında adil yargılanmanın, savunmanın ve adil yargılamanın vazgeçilmezi olan avukatın önemi gittikçe artmaktadır. Yargılama, çağımızda ön provası yasalarla sıkı şekilde düzenlenmiş bir gösteriye dönüşmüştür. Demokratik bir hukuk devletinde, yurttaşlık hakları kategorisinin en üstüne yerleştirilen insanlık onuru, adil yargılama yönteminin tam ve eksiksiz bir biçimde uygulanmasıyla güvence altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak gelişen anlayış, avukatı, adil yargılamanın başrol oyuncusu yapmıştır.

Dolayısıyla**, kötü senarist ve yönetmenlerin elinden yargıyı kurtarmak gerekiyor. Ne yazık ki yargı sistemimiz çağdaş niteliklere bir türlü**

kavuşamamakta, yeterince demokratik olmayan bir anlayıştan daha totaliter bir sisteme doğru savrulmaktadır. Çağdaş yargılamanın evrensel kural ve değerleri, bazı yasal düzenlemeler yapılsa da, yargıya bulaşan yeni zihinsel tahakküm nedeniyle "kağıt üzerinde" kalmaktadır.

Bu durum karşısında, avukatların iktidara muhalefeti sürmekte, iktidarların da avukatı yok sayan tutumunda bir değişiklik gözlenmemektedir.

Sonuç olarak ülkemizde avukatın adı yoktur.[7]

Adalet Bakanlığı avukatlar üzerinde vesayet yetkisi kullandığı halde, onca bürokrasisi içinde bir tek avukat yoktur.

Yasalar çıkartılırken avukat yoktur.

Hazırlık soruşturmasında avukat yoktur.

Duruşmada avukata söz hakkı yoktur.

Avukatların mahkeme kararlarında sadece adları vardır, söyledikleri yoktur.

Yüksek yargıda avukat yoktur.

UYAP[8] ta avukat yoktur. Devlet bilgi sistemine erişimde avukat yoktur.

Avukatın bilirkişi kadar önemi yoktur.

Adliye saraylarında avukatlara yer yoktur. Otopark, vb. yoktur.

Avukatlıkta sınav yoktur. Avukatın eğitiminde kalite yoktur.

Vergi istenilirken avukat var, masraf yazarken avukat yoktur.

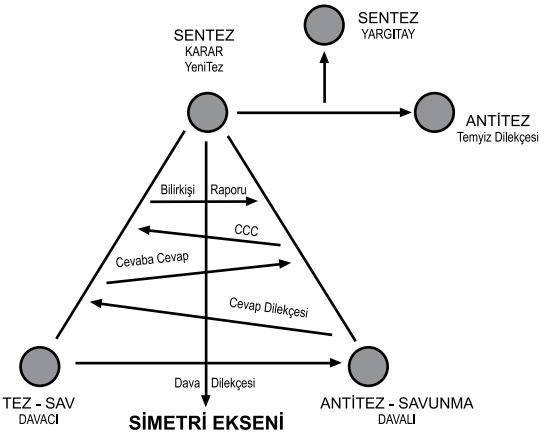
Avukat yargının 'öteki'sidir.

Özetle, yargılamada avukat yoktur. Halk da yoktur.

Böyle olunca da, simetrisi kaymış, dengesi şaşmış, orantısı bozulmuş bir yargılamada adalet yoktur.

Türkiye'de hukuk yoktur.

YARGILAMA SÜRECİNİN DİYALEKTİĞİ



[7] Duygu Asena'nın "Kadının Adı Yok" adlı kitabına göndermedir.

[8] UYAP: Ulusal Yargı Ağı Projesi

SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN BİR SINIRI OLARAK TÜKETİCİ HUKUKU VE UYGULAMASI

Av. Oya Şahin MCCARTHY[1]

I - GİRİŞ

Tüketici hukukunun, hukukun diğer bazı alanları gibi genel avukat ilgisinden ne yazık ki mahrum kaldığı gözlenmektedir. Aynı şekilde hukuk fakültelerine baktığımızda da, ders programında hiç yer vermeyenler yanında sadece seçimlik ders olarak ele alanlar ve ancak çok sınırlı sayıda hukuk fakültesinde ise zorunlu ders olarak okutulduğu anlaşılmaktadır. İşte bu makale, gerek fakülte eğitimlerinde ve gerekse mesleki yaşamlarında bu alana çeşitli nedenlerle uzak kalmış, mesleğe yeni başlayan veya bir süredir sürdüren tüm meslektaşların konuya ilgilerini çekmek ve uygulamada onlara kolaylık sağlayacak bir rehber olması amacı ile kaleme alınmıştır. Bu nedenle öncelikle kanunun kapsamı ve kanun ve eki yönetmeliklerde yer alan haklar ile müracaatların nereye ve nasıl yapılacağı gibi temel konular ele alınacak olup ayrıntıya fazla girilmeyecektir. Bununla beraber uygulamacıya yardımcı olması açısından yeri geldiğinde tartışmalı alanlara da yer verilecektir. Bu alana eğilen avukat sayısındaki artışın hakların içeriklerinin belirlenmesinde önemli bir gelişmeye yol açacağı ise kanımca şüphesizdir.

Tüketici hukukunun ilk geliştiği yer olarak kabul edilen ABD'de bir meslektaşımızın mücadeleci yaklaşımı ile açtığı davaların, tüketici haklarının gelişiminde ve bir yasa ile tüketici haklarının garanti alınmasında önemli bir rolü olmuştur diyebiliriz.

ABD'de, avukat Ralph Nader, özellikle arabalarıyla kaza geçirerek ölen ve sakat kalanların davalarını üstlenerek, otomobillerin hatalı üretimlerini tespit ettirerek, General Motors, Ford gibi ABD'nin otomotiv devlerine karşı açtığı tazminat davalarını kazanmaya başladıktan sonra ABD Kongresi, Ulusal Trafik ve Motorlu Araçlar Güvenlik Yasası'nı çıkartmak zorunluluğunu duymuştur. Bugün tüm otomobillerdeki emniyet kemerinin geçmişinin avukat Ralph Nader'ın verdiği savaşa dayandığı söylenmektedir. Ralph Nader benzer çok sayıda tartışmalı konuyu ele alarak gerek kamuoyunun ilgisini çekmek ve gerekse açtığı davalarla tüketici hukukunun ciddi kilometre taşlarını oluşturmuştur.[2]

Bizim ne yazık ki bir Ralph Nader'imiz olamamıştır. Ama devlet eli ile bu sorunun çözümü için bir şeyler yapılmaya çalışılmıştır. Diyebiliriz ki; İlk olarak

---

[1] İstanbul Barosu Avukatlarından

[2] http://en.wikipedia.org/wiki/Ralph_Nader#Activism, http://www.nader.org/index.php?/categories/6-Biography

1970 yılında TSE tarafından düzenlenen bir seminerde konu ele alınmış ve bilahare çeşitli yasa tasarıları hazırlanmış ve fakat bunlar yasalaşamamıştır. Bu konudaki ilk temel yasal girişim 1982 Anayasası ile yapılmıştır. 1982 Anayasası' nın 172. Md. de açıkça tüketicinin korunmasından bahsedilerek önemli bir adım atılmış ve devlete, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alma , tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etme görevi verilmiştir adeta. [3]

Anayasa'daki bu görevin yerine getirilmesi için ise 1995 yılını beklemek gerekmiştir. 23.02.1995 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK(yayımlanmış ve yayımlandıktan 6 ay sonra da yürürlüğe girmiştir. Kanun o dönemden bu yana çeşitli tarihlerde yapılan bazı değişiklikler ile halen yürürlükte bulunmaktadır.

II- 4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUMUZUN (TKHK) SİSTEMİ

1. Öncelikle belirtmeliyiz ki TKHK sözleşme serbestisi ilkesine istisna teşkil eden yasalarımızdan biridir. Bilindiği üzere, kural olarak; Taraflar, sözleşmenin içeriğini belirleme, karşı tarafı seçme ve sözleşmenin şekline karar verme konusunda serbesttirler. [4]Ancak TKHK baktığımızda bu serbestiye emredici hükümler aracılığı ile müdahale edildiği, sözleşmelerin yazım puntolarının bile gerektiğinde belirlendiği görülmektedir. O halde, özellikle bir satıcı veya hizmet sağlayıcısı tarafından sözleşme hazırlanırken bir tarafı tüketici/tüketicilerin oluşturduğu bir sözleşme yapılıyor ise sözleşme serbestisine TKHK ile getirilen sınırlamaları ve sözleşmenin biçimi de dahil olmak üzere TKHK.daki kurallara uymak zorunda olduğumuzu bilmek önem arz ediyor. Bu nedenle öncelikle ne zaman TKHK. kapsamı içinde olacağımızı tespit etmek zorundayız.

2. TKHK. KİMLER VE HANGİ İŞLEMLER İÇİN UYGULAMA ALANI BULACAKTIR?

Tüketicinin korunması söz konusu olduğunda kapsamın belirlenmesi bakımından bir tüketici tanımı verilerek kimin tüketici sayılacağının belirlenmesi ve hangi mal ve hizmetlerin tüketici hukukunun kapsamı içinde kalacağının belirlenmesi yanında genel olarak bir sözleşmeye taraf olarak iş ve işlemler yapıldığı göz önüne alınmak sureti ile tüketim sözleşmesi esas alınarak tüketicinin korunmasına çalışıldığı gözlenmektedir. Yani tüketici tanımından yola çıkılarak korunacak kişilerin kapsamının belirlenmesi yanında tüketim mukavelesinden hareket ederek bu mukavele kimin tarafından yapılmış olursa olsun bu kuralların kapsamı içinde kaldığının belirlenmesi farklı yöntemler olarak benimsenmektedir.[5]

TKHK, 2. Md.si ile; "Bu Kanun, 1. maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü "tüketici

[3] Oya Şahin, Aldatıcı-Yanıltıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, Sf.7-15

[4] AY. Md.48 " Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir…" BK.19 Md. "Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tâyin olunabilir…." BK.11. Md. " Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir…"

[5] Oya Şahin, age, Sf.5-6, Prof.Dr. İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 3. Baskı, 2010, sf.27

işlemini" kapsar." demek suretiyle her iki yöntemi birleştirmiş görünmektedir.[6] O halde yasaya göre kimler tüketici sayılmaktadır ve tüketici işlemi nedir ve bunun yanında tüketici ile işlem yapan karşı taraf kimler olduğunda TKHK. devreye girecektir bunlara bakmamız gerekir.

a) TÜKETİCİ ve TÜKETİCİ İŞLEMİ

TKHK'nın tanımlar başlıklı md. 3/e'de **tüketici** "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddenin h bendinde **tüketici işlemi**nin ise "Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem" olarak tanımlandığını görüyoruz.

Bu arada TKHK mal ve hizmet tanımlaması da kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

b) MAL VE HİZMET

TKHK: 3/c de mal, "Alış-verişe konu olan **taşınır eşyayı**, **konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar"** olarak ve de **hizmet ise d bendinde** "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet" olarak tanımlanmaktadır.

Burada, **salt taşınır mallar değil ama özellikle konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan gayri maddi mallara yer verilmiş olması TKHK'nın uygulama alanını genişletmektedir** ve başta da belirttiğimiz üzere avukatlar genel olarak bu yasayı ilgi alanları dışında bıraktıkları için de bu konularda sıkça görevli mahkeme sorunu yaşandığı gözlenmektedir.

c) SORUN 1

Tüketici tanımının, bir mal veya hizmeti nihai olarak kullanan veya tüketen kişiler olarak tanımlanmayıp bunun yerine ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinme kriterinin tercih edilmiş olması nedeniyle uygulamada, örneğin; Bir avukatın ofisi için kullanmak üzere satın almış olduğu bilgisayar bakımından TKHK kapsamı dışında kalırken evinde kullanmak üzere almış olduğu bilgisayar bakımından TKHK korumasından yararlanabilmesi gibi durumlar ortaya çıkmaktadır.

Zira birincisinde edinme mesleki gayelerle yapılmış sayılmaktadır.

Bu da TKHK kapsamını biraz daraltmakta ve haklı olarak eleştirilere neden olmaktadır.

Yargıtay da uygulamasında "nihai" kullanıcı olma yani üretimde kullanma

---

[6] 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı "kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tükecilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir." şeklinde açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar" hükmüne yer verilmiştir. Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerektiği muhtelif Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır.

veya hizmet üretme gayesi olmaksızın mal ve hizmet edinmiş olma kriterine hiç bakmaksızın düzenlemeyi dar yorumlamakta ve böylece aslında nihai kullanıcı olan yani üretimde kullanma veya hizmet üretme gayesi olmaksızın mal ve hizmet edinen serbest meslek erbapları, tacirler, ticaret şirketleri vb. TKHK kapsamı dışına itilmektedirler.[7]

d) SATICI VE SAĞLAYICI

"Tüketici ile hukuki işlemi yapan kişi/kişilerin özellikleri de önem arz etmektedir. Zira hukuki işlemin bir tarafının tüketici olmasının yetmediği diğer tarafın da bu işi meslek edinmiş satıcı veya sağlayıcı olması gerektiği kabul edilmektedir.[8] Nitekim yasanın yukarıda değindiğimiz 2. Md.si de "mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflarından birisi olduğu " demek suretiyle bu hususa ayrıca vurgu yapmaktadır.

TKHK. Md. 3/ f de Satıcı; " Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri" ve **3/g de Sağlayıcı**; "Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmışlardır.

Kısaca, **eğer tüketici ile hukuki işlemi yapan diğer taraf, tüketiciye işlem konusu mal ve hizmetleri sunmayı meslek edinmiş kişi/kişiler değil**

[7] T.C.YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2002/5534, K. 2002/10231,T. 11.11.2002, "Davacı tacir değilse; taşıt (tüketici) kredi sözleşmesinin uyarlanması davasına Tüketici Mahkemelerinin bakması gerekir." T.C.YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2008/7227, K. 2009/1925, T. 17.3.2009, "Bilgisayar muhasebe programı satışı (Sözleşmenin Tarafları Tacir Olduğundan İhtilafın Tüketici Mahkemesi Yerine Genel Mahkemelerde Görülmesi Gereği)", T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2008/5175K., 2008/6953T. 20.5.2008, "Apartman yöneticisinin tüketici niteliği (ASKİ İle Arasında Abone Sözleşmesi Bulunması - Kaçak Su Bedeli İçin Başlatılan İcra Takibine Vaki İtirazın İptalini İstemi/Davaya Tüketici Mahkemesinde Bakılacağı Mahkemece Görevsizlik Kararı Verilmesi Gereği)" T.C.YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ, E. 2006/9138, K. 2007/7913, T. 11.6.2007, " Üretici Firmadan Ziraat Yapmak Amacı İle Tohum Alan - Tohumun Standartlara Uygun Olmaması Sonucu Açılan Davada Tüketici Mahkemesinin Görevli Olacağı, Tohumu Alanın Tüketici Olduğunun ve Standartlara Uygun Olmadığı İçin Açılan Maddi Tazminat Davasında Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğunun Kabulü ",T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2004/13398, K. 2005/1683,T. 7.2.2005, "Ticari Taksi İşleten Davacının Aracı için Aldığı Yedek Parçanın Arızalanması Nedeniyle Parçanın Değiştirilmesi veya Bedelinin İadesi Talebi... Bir Mal veya Hizmeti Ticari veya Mesleki Olmayan Amaçlarla Edinen Kullanan veya Yararlanan Gerçek ya da Tüzel Kişi Olması-Ticari ve Mesleki Amaçlı Mal Alan Davacının Tüketici Olarak Kabul Edilememesi "T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2007/11905, K. 2009/1123, T. 2.2.2009, "Somut olayda, davacının internet şifresi kullanılarak hesabından para çekildiğinin iddia edilmiş olmasına ve bu işlemin ticari iş niteliğinde bulunmasına göre, 4077 sayılı Yasa kapsamında kalan tüketiciden ve bir tüketici işleminden söz etme imkanı bulunmaması nedeniyle, mahkemece işin esasına girilmesi gerekirken tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle hüküm tesisi doğru olmamıştır." T.C.YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ, E. 2007/4629, K. 2007/10457, T. 22.11.2007, "Dava abonelik sözleşmesinden doğmuştur. Somut olayda davacı İSKİ ile davalı şirket arasında davalıya ait işyerinin su ihtiyacının karşılanması amacı ile abonelik sözleşmesi imzalanmıştır. Hal böyle olunca davalının 4077 Sayılı Kanunun 3/e maddesinde tanımlanan tüketici kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın çözümü Genel Mahkemelerin görevi dahilindedir." T.C.YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2004/11573 K. 2004/19219, T. 30.12.2004, "Sunulan hizmetten "mesleki amaçla" yararlanan doğalgaz abonesi davalı Dekanlık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında tüketici kavramına girmediğinden doğalgaz tüketim bedelinin icra yoluyla takibine yapılan itirazın iptali davasında görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi değil, Asliye Hukuk Mahkemesidir."

[8] Prof.DR.İ. Yılmaz Aslan, Age., Sf. 44

ise yine TKHK'nın uygulanması mümkün olmayacaktır.[9]

Bu çerçevede **Yasa'nın tüketici tanımına uyan ve Yasa'da belirtilen mallar ile hizmetleri, bunları tüketiciye sunmayı meslek edinmiş mal ve hizmet piyasalarından edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin tarafını oluşturdukları her türlü hukuki işlem bizi TKHK kapsamı içine alacaktır diyebiliriz**.

Başka dikkat edilmesi gereken bir husus da ; Bir hukuki işlem söz konusu değilse, örneğin bir haksız fiil söz konusu ise yukarıda saydığımız tüm unsurlar gerçekleşmiş olsa bile TKHK'dan yararlanmak söz konusu olamayacaktır.[10]

Bu arada bu düzenlemenin dikkat çekici bir diğer yanı **sadece mal veya hizmeti edinen değil, kullanan ve yararlanan kişilerin de tüketici tanımı içine alınmış olmalarıdır.**

Böylece **bir tüketici işleminin bizzat tarafı olanların yanında ailesi, misafirleri, mal veya hizmeti kullanan tüm çevresi tüketici kavramına dahil olabilmektedirler**.[11]

Sonuç olarak; gerek bir sözleşme hazırlarken ve gerekse bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda tüketici hukukunun sınırları içinde bulunup bulunmadığımızı tespit etmek bakımından yukarıda yer verdiğimiz unsurları teker teker ele almak

---

[9] T.C. YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ, E. 2007/5479, K. 2008/1608, T. 14.2.2008, "Dava, ayıplı aracın yenisi ile değiştirilmesi istemine ilişkindir. **Davacı davalının üreticisi olduğu aracı üçüncü kişiden ikinci el olarak satın almıştır.** Taraflar arasında bir mal ve hizmet alımı söz konusu değildir. Bu nedenle davacının 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" kapsamında "Tüketici" olduğundan söz edilemez. Açıklanan nedenle davaya genel hükümler uyarınca asliye hukuk mahkemesinde bakılması gerekir." T.C.YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ, E. 2007/14396, K. 2008/10898, T. 23.9.2008, "Dava, ayıplı mal bedelinin iadesi talebine ilişkindir. Davaya konu aracın garanti belgesinde, üretim hatasından kaynaklanan hatalar için 1 yıl garanti süresi belirlendiği anlaşılmaktadır. **Garanti süresi dışında ve ikinci el araç sahibi sıfatıyla 4077 Sayılı Kanun kapsamda tüketici mahkemelerinde dava açılmasına olanak yoktur**. Görev kamu düzeniyle ilgili olduğundan re'sen dikkate alınmalıdır. Açıklanan nedenlerle, tüketici mahkemesi tarafından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilmesi hatalıdır" T.C. YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ, E. 2005/4338, K. 2005/5259, T. 25.4.2005, "Dava, davalı şirketten satın alınan ikinci el minibüsün ayıplarından kaynaklanan tazminat davasıdır.**İkinci el araç satışı 4077 Sayılı Yasa kapsamında bulunmadığı**, davalının birinci planda satıcı konumunda olmadığı anlaşılmakla, uyuşmazlığın genel hükümlere göre görülüp sonuçlandırılması gerekir."

[10] T.C. YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ, E. 2006/1778, K. 2006/2420, T. 9.3.2006, "Dava, kaçak elektrik bedelinin tahsili amacıyla yapılan icra takibine vaki itirazın iptali talebine ilişkindir. Davalının dava konusu eylemi, 4077 SK kapsamında "tüketici işlemi" ya da "hukuki işlem" olmayıp haksız eylem niteliğindedir. 4077 Sayılı Kanundan kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunmadığından tüketici mahkemesi görevli değildir. Buna rağmen tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır." T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2010/13-593, K. 2010/623, T. 1.12.2010 "Somut uyuşmazlıkta, davacının alışveriş yapmak amacıyla davalıya ait mağazanın rafları arasında dolaştığı sırada, raftan kafasına koli düşmesi sonucu yaralandığı ve bunun üzerine eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. ..Yukarıda da belirtildiği üzere sözleşme bir süreç olup, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce de taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapalar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, diğer bir deyişle birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri doğar. **Bu bağlamda, davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap- kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır**. Olayın görev yönünden değerlendirilmesine gelince; **sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin satıcı ve uyuşmazlığın da tüketici işlemine ilişkin olmasına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın 4077 sayılı Kanun kapsamında kaldığı belirgindir.",** T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2010/4-6, K. 2010/8, T. 17.2.2010, "Dava, menfi tespit ve istirdat istemine ilişkindir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişki, "haksız fiil"den kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir."

[11] Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Age., sf. 36

gerekecektir.

TKHK kapsamında kalıp kalmadığımızın belirlenmesi sayesinde, bir yandan bir sözleşme yaparken tabi olduğumuz sınırları bilerek geçersizlik yaptırımına maruz kalmayacak hükümler ve sözleşme yapma olanağımız olduğu gibi uyuşmazlıklar bakımından da doğru itiraz ve yargı merciini tespit olanağımız olacaktır.

e) SORUN 2

TKHK'nın kapsamını bu şekilde belirlemeye çalışırken yeri geldiğinde uygulamada tereddüt ve tartışmalara neden olan hususlara değineceğimizi belirtmiştik. Yukarıda belirttiğimiz "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinme" kriterinin uygulamada aldığı şekil tartışma yarattığı gibi hizmetin "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet" olarak tanımlanması da pek çok kanundaki tipe uygun ya da sui generis sözleşmenin bu bağlamda TKHK kapsamı içine alınabileceği duygusu yaratmaktadır.

Nitekim gayrimenkul tellallığı sözleşmesinden tutun da kira sözleşmesine ve hatta özel ve kamu hastanelerinden alınan sağlık hizmetine varıncaya kadar geniş bir alan özellikle bireysel ihtiyaçların karşılanması amacı ile işlem yapıldığında "hizmet" kapsamı içinde değerlendirilerek TKHK korumasından yararlanabilir görünmektedir.

TKHK kapsamında "hizmet" in neleri kapsayacağı konusunda henüz bir birlik sağlanmış değildir. Ayrıca "bazen, ne zaman bir mal ve ne zaman bir hizmet sunumundan bahsedileceğine ilişkin kesin bir ayrım yapmak da zordur. Hizmetler bakımından bir sınıflandırma yapılarak böylece mal ve hizmetler arasındaki farkın ortaya konulabileceği düşünülmekle birlikte tamir, bilgisayar yazılımı, hastanede bakım ve tedavi hizmetlerinden taşımacılığa kadar pek çok hizmet alanının teker teker başlıklar altında genellenmesi de pratik açıdan imkansız görünmektedir. Ayrıca böyle bir liste oluşturma çabası gelecekte ortaya çıkacak hizmet çeşitlerini de kapsayamayacaktır.

Doktrinde "hizmet nesnesinin tabiatı" kriteri ele alınarak "doğrudan mal ile ilgili hizmetler"(tamir, cilalama, depolama, taşıma, paketleme, temizleme, pastorize etme, satma, kiralama vb.) , "doğrudan kişi ile ilgili hizmetler" (Hastanede bakım ve tedavi, vücut bakımı, yolcu taşıma ve konaklama hizmetleri vb.) ve "dolaylı kişi veya mal ile ilgili hizmetler" (Know-how ve lisans sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri vasıtasıyla bilgi aktarımı, planlama, yapım ve kullanım komutları ile bilgisayar programlarının sunumu vb.) olmak üzere yapılacak üçlü bir sınıflandırmanın mal ve hizmet sunumu arasındaki farkın tespitine yardımcı olacağı öne sürülmüştür."[12]

Bu konuda Yargıtay'ın soruna nasıl baktığını araştırdığımızda pek fazla

[12] Dr. Betül Tiryaki, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara.2007, Sf.43-57

karara rastlanmamakla beraber[13] özellikle hukukumuzda düzenlenmiş hizmet arzına yönelik bir sözleşme olduğunu söyleyebileceğimiz istisna sözleşmesi bakımından, Yargıtayımızın iş sahibinin ısmarladığı eserin, kendisinin özel amaçlarına hizmet edip etmediği ayrımına dikkat etmeksizin TKHK kapsamı dışında olduğunu kabul ettiğini görmekteyiz.[14]

Oysa ki ; doktrinde de kabul edildiği üzere istisna sözleşmesi, hizmet ifasını amaçlayan bir sözleşme olması nedeniyle, makalemizin başlarında dile getirdiğimiz kriterleri yerine getiriyor ise TKHK kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay ise, "kanunun hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi koruduğu" düşüncesiyle istisna akdine dayanan talepleri reddetmektedir.[15]

Burada dikkatlerden kaçan husus şudur ki; "Hizmetler mallardan farklı olarak "önceden hazırlanmış" olamazlar, hizmetin istendiği anda giderilmesi zorunluluğu vardır. Önceden hazırlanamaz, stoklanamaz, taşınamaz istendiği anda, yerde ve zamanda görülürler."[16]

Bu nedenle "kanunun hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi koruduğu" gerekçesinin yasanın böyle bir amacı olup olmadığı tartışması bir yana hizmetler bakımından sağlıklı bir değerlendirme olmadığını kolayca söyleyebiliriz.

Kanımızca, istisna akdinin yukarıda belirttiğimiz unsurları taşıması halinde TKHK. anlamında "hizmet" tanımına tam olarak uyan bir sözleşme çeşidi olduğu çok açık iken ve kanunda açıkça "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet" hizmet olarak tanımlanmışken Yargıtay'ın bu daraltıcı yorumu haklı olarak eleştirilere neden olmaktadır. Bunda avukatların konuyu yeterince tartışmamalarının da rolü vardır.

Kısaca, mal ve hizmet piyasalarında, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan, mal sağlama dışındaki her türlü sözleşmenin "hizmet" kapsamı içerisine

---

[13] T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2005/4923, K. 2005/10212, T. 16.6.2005, "..Sözleşmede Kararlaştırılan Nitelikte Hizmetin Sunulmaması Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmin Edilmesinin Gerekmesi..", T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2010/13-41, K. 2010/55, T. 3.2.2010, "Dava, satılan mala bağlı olarak verilen hizmetin ayıplı olması nedeniyle doğan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkindir. Dava konusu olayda, **davalılar tarafından sunulan ayıplı hizmet nedeniyle** evlerinde çıkan yangın sunucunda davacıların evleri, eşyaları, ahır ve samanlıklarının yandığı, bu nedenle moral bozukluğu ve üzüntü yaşadıkları göz önünde tutulduğunda, dava konusu olayda davacıların şahsi menfaatlerinin ihlal edildiği dolayısıyla **manevi bir zararın gerçekleştiğinin kabulü gerekir.** O halde mahkemece tarafların ekonomik ve sosyal durumları araştırılıp takdir edilecek bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir."

[14] T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ, E. 2002/3627, K. 2002/4107, T. 23.9.2002, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3 ve devamı maddelerinden bu kanun kapsamında kalan işlerin hazır bir mal veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanıp tüketen kişi ile mal ve hizmeti satan arasındaki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar olduğu anlaşılmaktadır. Somut olayda olduğu gibi taraflar arasındaki ilişki kapsamı itibariyle istisna sözleşmesinden doğmuş ise, artık davanın tüketici mahkemesinde özel hükümlere göre bakılıp sonuçlandırılması mümkün olmaz. Hal böyle olunca mahkemece, davaya genel hükümlere göre (BK. madde 355 ve devamı) genel mahkemelerde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekir. T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ, E. 2005/7349, K. 2005/7115, T. 27.12.2005, "Yasada kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri kapsamına alınmıştır. **Aksinin düşünülmesi halinde üst düzey teknolojiyle gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi Yasa kapsamında kaldığının ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da "Yasa'nın amacına rağmen" Tüketici Mahkemelerinde bakılması gerekeceğinin kabulü icap eder.** Bundan dolayı somut olayda olduğu gibi istisna (eser) sözleşmelerinden doğan ilişkilerde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir."

[15] Dr. Betül Tiryaki; Age., Sf.38

[16] Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Age., sf. 43

gireceğini ve başta ayıplı hizmet ile ilgili TKHK 4/A Md. si olmak üzere 6. Md. deki haksız şartlar vb. düzenlemelerdeki hak ve korumalardan yararlanılabileceği düşünülmeli ve tartışılmalıdır.

Kanunun kapsamı böylece belirlendikten sonra hangi konuların TKHK kapsamında düzenlendiğine de bir bakmak gerekmektedir.

III - TKHK'DA YER ALAN DÜZENLEMELER

- Ayıplı Mal (Md.4)
- Ayıplı Hizmet (Md.4/A)
- Satıştan Kaçınma (Md.5)
- Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Md.6)
- Taksitle Satış (Md.6/A)
- Devre Tatil (Md.6/B)
- Paket Tur (Md.6/C)
- Kampanyalı Satışlar (Md.7)
- Kapıdan Satışlar (Md.8)
- Kapıdan Satışlarda Satıcının ve Sağlayıcının Yükümlülüğü (Md.9)
- Mesafeli Satışlar (Md.9/A)
- Tüketici Kredisi (Md.10)
- Kredi Kartları (Md.10/A)
- Konut Finansmanı Sözleşmeleri (Md.10/B)
- Süreli Yayınlar (Md.11)
- Abonelik Sözleşmeleri (Md.11/A)
- Fiyat Etiketi (Md.12)
- Garanti Belgesi (Md.13)
- Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu (Md.14)
- Satış Sonrası Hizmetler (Md.15)
- Ticari reklam ve İlanlar (Md.16)
- Reklam Kurulu (Md.17)
- Zararlı ve Tehlikeli Mal ve Hizmetler (Md.18)
- Mal ve Hizmet Denetimi (Md.19)
- Tüketicinin Eğitilmesi (Md.20)
- Tüketici Konseyi (Md.21)
- Tüketici Sorunları Hakem Heyeti (Md.22)
- Tüketici Mahkemeleri (Md.23)
- Üretimin, Satışın Durdurulması ve Malın Toplatılması (Md.24)
- Olduklarından Farklı Görünen Mallar (Md.24/A)
- Ceza Hükümleri (Md.25)
- Cezalarda Yetki ve Zamanaşımı (Md.26)

• Denetim (Md.27)

• Laboratuvar (Md.28)

• Diğer Hükümler (Md.30)

Görüldüğü üzere kanunun sistematiği içinde başta ayıplı mal ve hizmetler, haksız şartlar, garanti belgesi, satıştan kaçınma vb. düzenlenmekle beraber bir kısım sözleşme tiplerine de özel olarak yer verilmiş bulunmaktadır. Ayrıca itiraz ve şikayet mercileri olarak Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemeleri de yine bu kanun ile düzenlenmişlerdir.

Kanun'un sistematiğini bu şekilde belirttikten sonra sorunların önemli bir bölümünü oluşturan ayıplı mal ve hizmetler ile itiraz ve şikayet haklarının nasıl kullanılacağı konusuna geçmeden önce vurgulanmalıdır ki;

TKHK 30. Md. si "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır." demek suretiyle BK'nın çeşitli hükümlerinin tüketici uyuşmazlıklarında da uygulanacağını kabul etmiş bulunmaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanunumuzun düzenlemelerinin de konumuz bakımından önemi gözden uzak tutulmamalıdır.[17] TKHK. bazı hususları eksik bırakmıştır. Örneğin; Sözleşmenin kurulmasına, tarafların genel olarak hak ve borçlarına, sözleşmenin ifasına, ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesine, zamanaşımını durduran ve kesen sebeplere vb. hükümler bulunmamaktadır. Bu ve benzeri konularda hep genel hükümler olan BK. hükümlerine başvurmak gerekecektir.

IV - AYIPLI MAL

Genel Olarak

TKHK.4. Md. de ayıplı mal şöyle tanımlanmaktadır :

- Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda

- ya da reklam ve ilanlarında yer alan

- veya satıcı tarafından bildirilen

- veya standardında

- veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan

- ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini

---

[17] T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2010/8333, K. 2010/16575, T. 13.12.2010, "Davacı, satın aldığı aracın ayıplı olması nedeniyle araç bedelinin tahsilini bu mümkün olmaz ise aracın yenisi ile değiştirilemesi isteminde bulunmuş, davalılar davanın reddini savunmuş, mahkemece, yaptırılan bilirkişi incelemesine göre jant kapaklarının değiştirilmesi gerektiğini ancak davacının talebinin bedel iadesine yönelik olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir. **4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. B.K.202 maddesi ise hakim hal icabı satımın feshi ni muhik görmüyorsa semenin tenziline karar verileceğini hüküm altına almıştır**. Öyle olunca araç değişimi veya bedel iadesi şartları oluşmamışsa da, dosya kapsamından jantların ayıplı olduğu anlaşıldığı ve mahkemenin de kabulü bu yönde olduğuna göre çoğun içinde azda vardır kuralı gereğince ayıplı olan jant kapaklarının bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekir". T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2010/572, K. 2010/13235, T. 14.10.2010, "...**dava konusu olayda 4077 sayılı yasada düzenlenen "ayıplı ifa" değil "eksik ifa" söz konusu olup, 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre**, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, **sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki dava konusu eksiklikler nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmelidir.** O halde mahkemece işin esası incelenerek, taraflar arasında ihtilafsız olan satış bedeli üzerinden gerekli indirim yapılması gerekir"

-veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran

- maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir.

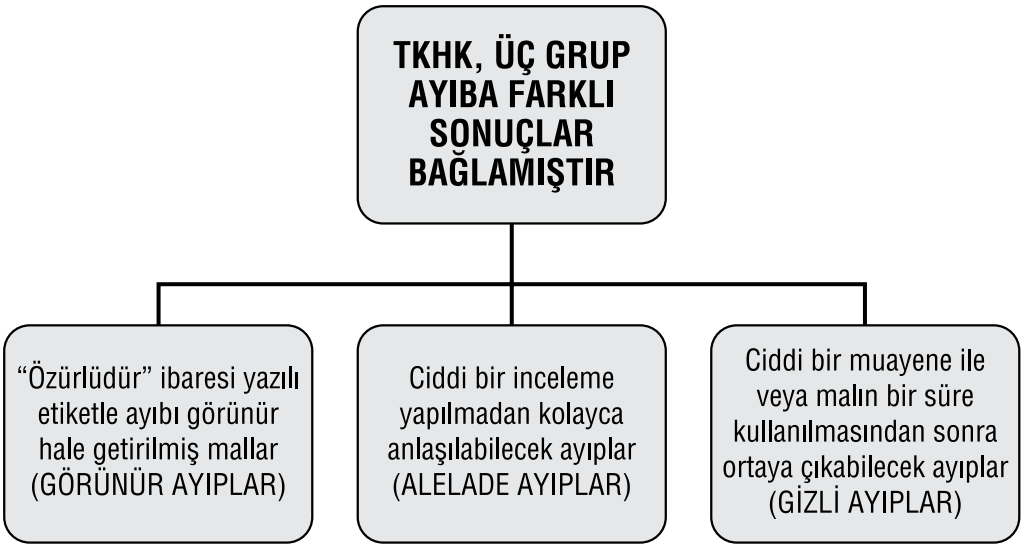
Bu düzenlemenin BK'daki düzenlemelere paralel olmakla beraber bazı farklılıklar gösterdiğini görüyoruz.

Örneğin; TKHK 4 Md. si, maddi veya hukuki eksiklik yanında ekonomik eksiklikleri de ayıp olarak değerlendirmektedir. [18]

BK 198. Md.[19] de alıcının muayene yükümlülüğüne benzer bir düzenleme TKHK'da yoktur. Bu nedenle tüketici sadece biraz ileride açıklayacağımız üzere malı satın aldıktan sonra kullanıma devam ederken ilk 30 gün içinde ayıplı olduğunu anladığında bunu satıcıya ihbar edecektir.

TKHK ayıbın önemli olması kriteri bulunmamaktadır. Malın değerini veya ondan beklenen faydayı azaltan her türlü eksiklik ayıp olarak kabul edilmektedir. Oysa, BK 194 Md. [20]de "..ehemmiyetli bir surette tenkis eden.." demek suretiyle ayıbın önemli olması kriterine yer verilmiştir.

Kısaca diyebiliriz ki; TKHK'nın ayıp ile ilgili hükümleri BK'ya nazaran daha geniştir.[21]



TKHK. 4/5 Md. si "..Ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluğa

[18] 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 219. Md de ekonomik ayıplar maddi ve hukuki ayıplar yanına ilave edilerek TKHK. paralel bir düzenleme yapılmıştır.

[19] 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 223. Md. de de "Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmek...bildirmek zorundadır" diyerek benzer bir düzenleme yapmıştır.

[20] Yürürlüğe girecek TBK. 219. Md. de paralel bir düzenleme ile ".....kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur" demektedir.

[21] Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Age., Sf.79

ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz…" demek suretiyle eğer ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürlüdür" ibaresini içeren bir etiket konmuş ya da yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerden bu mal alınmış ise az sonra açıklayacağımız seçimlik haklar uygulama alanı bulamayacaktır. [22] Yani görünür ayıplarda yukarıdaki şekilde bir satış var ise tüketicinin malı bu hali ile kabul ettiği işin doğası gereğidir. Ancak ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı sorumluluk ve tazminat yükümlülüğü bu durumda dahi ortadan kalkmayacaktır.[23]

Alelade ayıplar bakımından ise tüketicinin **malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün** içerisinde ayıbı satıcıya bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Gizli ayıplar bakımından tüketici otuz günlük süre ile bağlı değildir ve satıcıya **zamanaşımı süresi içinde başvurabilecektir.**

2-Ayıplı Mal Sunumu Karşısında Tüketicinin Hakları

Ayıplı bir mal söz konusu ise tüketici, bir taraftan sözleşmeden dönerek bedelin iadesini talep, malın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini veya ayıp oranında bedelden indirim ile ayıplı malın ücretsiz olarak onarılmasını talep etmek şeklinde dört seçimlik hakka sahip iken diğer yandan bu seçimlik haklarından biri ile birlikte **ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.[24]**

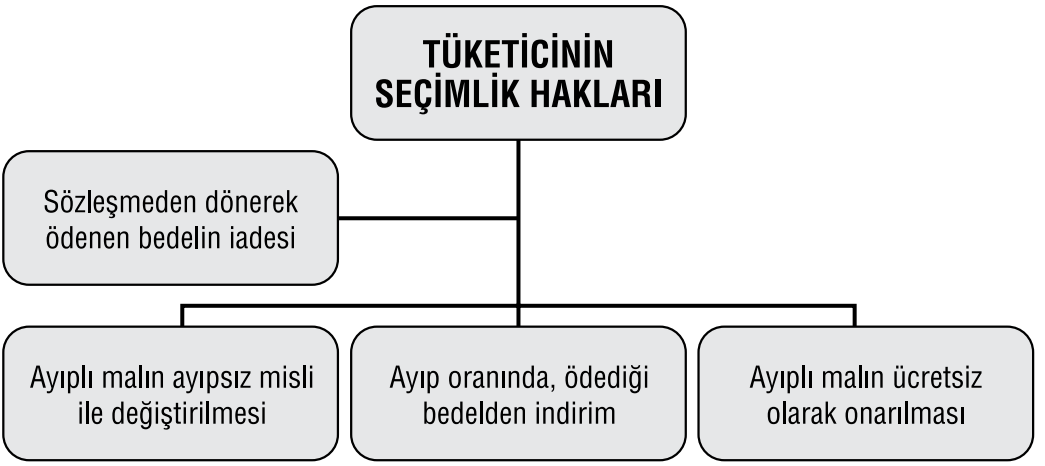
Ayıplı bir mal söz konusu olduğunda tüketicinin ilk yapması gereken iş malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde satıcıya durumu bildirmektir. Bu bildirimle birlikte tüketici seçmekte tamamen serbest olduğu dört kategori haktan hangisini talep ettiğini de bildirecektir.

---

[22] TKHK.4/6 Md. göre, malın ayıplı olduğu hususunun, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilmesi gerekmektedir.

[23] Yrd. Doç. Dr. Yahya Deryal, Tüketici Hukuku, Ankara 2004, Sf.53

[24] **Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında başlıklı bir yönetmelik ile daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir**. TKHK. bu düzenlemesinin BK. daki düzenlemelerden daha geri olduğunu söyleyebiliriz. Hem sorumluluk sadece ölüm, yaralanmaya yol açma ve kullanımdaki diğer mallara zarar verme ile sınırlandırılmış ve hem de yönetmelik ile imalatçıya bir kurtuluş beyyinesi getirilmiştir.(Md.7) Kusursuz sorumluluktaki kurtuluş beyyinesinin yine ona özel olması gerekir. Kusura dayanan sorumluluğa esas bir kurtuluş beyyinesinin bu alanda yeri olmamak gerekir. Kaldı ki kanun metninde yer almayan altı ayrı kurtuluş beyyinesine yönetmelikte yer verilmiş olması da büyük bir sorundur. Bu hali ile yönetmelik- kanunun çeşitli maddeleri gereği çıkarılmış diğer yönetmeliklerde olduğu gibi- kanunda yer almayan hususları düzenleyerek aslında kanunlar hiyerarşisine aykırılık oluşturmaktadır. Bilindiği üzere yönetmeliklerin konusu, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin "görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak" tır. Kanunda bulunmayan bir husus yönetmelik ile düzenlenemez.



Yukarıda belirtilen seçimlik haklardan biri tercih edilerek satıcıya bildirildikten sonra kural olarak bundan dönülerek diğer bir seçimlik hakkın kullanılması mümkün değildir.[25]

Ancak bunun bir istisnası garanti belgesi ile ilgili düzenlemelerde bulunmaktadır. Şöyleki ;

Tüketici **onarım hakkını kullanmasına karşın**, **TKHK.13. Md.si ve** Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 14. maddesinde[26] belirtilen **şartların oluşması halinde**, TKHK.4. Md.sinde sayılan diğer **seçimlik haklarına geri dönüp onarım isteme dışındaki bedel iadesi, ayıp oranında bedelden indirim ya da ayıpsız bir misli ile değiştirme talebinde bulunabilecektir.**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2010/13-389, K. 2010/429, T. 29.9.2010 kararı bu konuda bir ileri adım daha atarak yukarıda belirttiğimiz istisnai halin dışında onarım hakkı kullanılırken gizli bir ayıbın varlığı bilinmiyor ise sözleşmeyi ayakta tutarak aracın ücretsiz değişiminin istenebileceğini ve onarım hakkını kullanmış olmanın buna engel olmayacağı değerlendirmesinde bulunmaktadır. Kararda özetle;

"..**Davacı**, davalı C. A.Ş'den satın aldığı aracın yetkili servise götürüldüğü

[25] T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 1998/6654, K. 1998/8835, T. 9.11.1998, "malın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde tüketicinin süresinde ayıbı ihbar etmek suretiyle satıcıdan malın yenisi ile değiştirilmesini veya ödediği bedelin iadesini veya ayıbın neden olduğu değer kaybının bedelden indirilmesini ya da ücretsiz olarak onarılmasını isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Tüketici bu haklarından herhangi birisini tercih etmekte serbesttir. Satıcı tüketicinin bu konudaki talebini yerine getirmekle yükümlüdür. Kural olarak belirtilen seçimlik haklarından birini kullanan tüketici sonradan bundan dönerek diğer seçimlik haklarından birisini kullanamaz."

[26] **Madde 14- Tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın**; Tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, **garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde en az dört defa** veya imalatçı-üretici ve/veya ithalatçı tarafından belirlenen **garanti süresi içerisinde altı defa arızalanmasının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanamamayı sürekli kılması,** b) **Tamiri için gereken azami sürenin aşılması**,c) Firmanın servis istasyonunun, servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı-üreticisinden birisinin düzenleyeceği raporla **arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi, durumlarında, tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir**.Bu maddenin (c) bendinde belirtilen raporun, tüketicinin başvuru tarihinden itibaren yedi gün içerisinde düzenlenmesi zorunludur. Tüketici, raporun belirtilen süre içerisinde düzenlenmemesi veya raporu kabul etmemesi hallerinde, ilgili tüketici sorunları hakem heyetine başvurarak mevcut durumun tespit edilmesini isteyebilir.Satıcı, tüketicinin bu Yönetmeliğin 13 ve 14 üncü maddelerinde belirtilen taleplerini reddedemez. Tüketicinin bu taleplerine karşı satıcı, bayii, acente, imalatçı - üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludurlar.

halde onarılmadığını, diğer davalının ise ithalatçı firma olduğunu öne sürerek, **araçtaki arızanın ücretsiz onarımına karar verilmesini istemiştir**. **Yargılama sırasında dava konusu aracın gizli ayıplı olduğu belirlenmiş ve bu nedenle davacı tercih hakkını değiştirerek aracın yenisiyle değiştirilmesi talebinde bulunmuştur.** Aracın gizli ayıplı olduğuna dair bu olgu, Mahkeme ile Özel Daire'nin de kabulünde olduğuna göre, yukarıda açıklanan yasal şartların varlığında kuşku ve duraksama bulunmamaktadır. **Dava dilekçesinde davacının onarım hakkını kullanmış olması, yargılama sırasında aracın gizli ayıplı olduğunun ortaya çıkmasından sonra davacının bu tercihini aracın ücretsiz değiştirilmesi şeklinde kullanmasına engel olarak gösterilemez.** Davacı sözleşmeyi ayakta tutarak malın yenisi ile değiştirilmesini istediğine göre, davalılar, tüketicinin tercihine göre, sorunun çözümlenmesi ile yükümlüdür.

Yenisi ile değiştirilmesini isteme koşulları gerçekleşen araca ilişkin olarak; **dava dilekçesinde tercih hakkını ücretsiz onarım yönünde kullanan davacının, ıslaha gerek olmaksızın aracın misliyle değiştirilmesi şeklinde değiştirebileceği kuşkusuzdur**. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, davacının "aracın yenisiyle değiştirilmesi" talebi göz önünde bulundurulmak suretiyle davanın kabulü yönünde verilen direnme kararı usul ve yasaya uygundur. " demek suretiyle bu seçimlik hak kullanılırken tüketicinin bilgisi dahilinde olmayan bir gizli ayıbın varlığı halinde adeta en baştaki seçimlik haklara geri dönülebileceği izlenimini vermektedir. Kararın tahlili başlı başına bir makale konusu olabilecek özellikler içermektedir. Kararda ["…Sözleşmeyi ayakta tutarak malın yenisi ile değiştirilmesi istendiğine göre.."] denilmiş olması başlangıçta onarım hakkını kullanmış olan tüketicinin daha sonra gerçekte gizli bir ayıbın varlığını öğrenerek, sözleşmeden dönerek bedel iadesi istemesi halinde aynı yaklaşımın gösterilip gösterilemeyeceği bir soru işareti olarak kalmaktadır.

2. Tüketicinin Bu Seçimlik Haklarını Yöneltebileceği Sorumlular

- İmalatçı-üretici,
- Satıcı,
- Bayi,
- Acente,
- İthalatçı ve
- 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya
- 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren,

ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. [27]

Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz

---

[27] 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandırdığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar.

Bu düzenleme dolayısıyla, ayıplı bir mal söz konusu olduğunda tüketici, yasa gereği sahip olduğu seçimlik haklarını yukarıda belirtilen sorumlulardan herhangi birine ya da hepsine birden yöneltmek imkanına sahiptir. Bu müteselsil sorumluluk ilkesinin bir sonucudur. Bu sorumlu kişilerce satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi sorumluluklarını ortadan kaldırmaz[28]

3. Seçimlik Hakları Kullanma Zamanı

TKHK. 4/4 Md.sinde zamanaşımı süreleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu madde ile ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse, **ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir.**

Bu düzenleme ile satıcının ayıba karşı daha uzun bir süre ile sorumluluk üstlenebileceği anlaşılmaktadır. Ama kanunun düzenlemesi karşısında bunun tersi mümkün değildir. Yani zamanaşımı süreleri tüketici lehine uzatılabilir ama kısaltılamaz.

Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda süre beş yıldır.

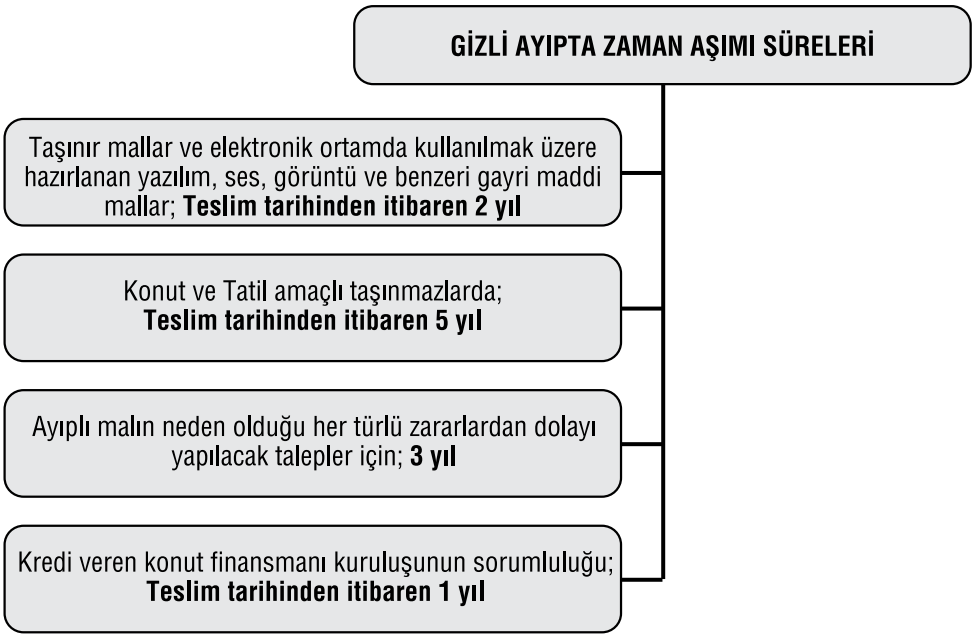
Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar.

Ancak, satılan malın ayıbı, tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Bu sürelere şunu da ilave etmek gerekir ki ; TKHK.4/3 Md. göre yasanın 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre **kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandırdığı kredi miktarı ile sınırlıdır.**

Gizli ayıp söz konusu değilse yani açık ayıp var ise tüketicinin seçimlik haklarını kullanma süresinin malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde satıcıya bildirmesi gerektiğini tekrar hatırlatarak gizli ayıp söz konusu ise yasada düzenlenen zamanaşımı sürelerini bir tablo ile gösterecek olursak;

[28] Yrd. Doç. Dr. Yahya Deryal, Tüketici Hukuku, Ankara 2004, Sf.50-51



Burada kararlaştırılan süreler zamanaşımı süreleri olduğu için zamanaşımının durması ve kesilmesi ile ilgili BK düzenlemeleri burada da söz konusu olacaktır.[29]

V-AYIPLI HİZMET

TKHK. 4/A Md. de ayıplı mala paralel olarak düzenlenmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar ayıplı hizmet için de geçerli olmakla beraber doğası gereği bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle fazla ayrıntıya girilmeden yasanın düzenlemesi ele alınacaktır. TKHK.4/A Md. göre ayıplı hizmet;

- Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarında
- veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik
- veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan
- ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan
- veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir.

1. Ayıplı Hizmet Hallerinde Tüketicinin Hakları

Sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi olmak üzere üç seçimlik hakkı bulunmaktadır.

---

[29] T.C.YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2002/2803, K. 2002/5178, T. 6.5.2002, "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 23. maddesi ile Borçlar Kanununun 133. maddeleri hükümleri gereğince, Tüketici Hakem Heyeti kararları mahkemelerde açılacak davalarda delil olabileceğinden, bu kurula yapılan başvuru zamanaşımını keser."

Yasa burada 4.Md. den ayrılarak "Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir." demektedir.

Burada "sözleşmeyi sona erdirmesi" ifadesinin sözleşmeden dönme olarak anlaşılması gerekmektedir.[30]

Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 4. maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebilecektir. Sağlayıcı, tüketicinin seçtiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

2. Tüketicinin Bu Seçimlik Haklarını Yöneltebileceği Sorumlular

- Sağlayıcı,
- Bayi,
- Acente
- ve 10. maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren,

ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur.

Sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

3. Seçimlik Hakları Kullanma Zamanı

Burada da aynen ayıplı mallarda olduğu gibi, **tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür.**

Özellikle gizli ayıp söz konusu olduğunda zamanaşımı süreleri yönünden düzenlemede benzerlik arz etmektedir.

Daha uzun bir süre için garanti verilmemiş ise, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıplı hizmetten dolayı yapılacak talepler **hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir.**

Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir.

Ancak, sunulan hizmetin ayıbı, tüketiciden sağlayıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Son olarak her iki düzenleme bakımından dikkati çeken bir hususa değinmek gerekirse ; Gerek ayıplı mal ve gerekse ayıplı hizmet söz konusu olduğunda tüketici seçimlik haklarından "sözleşmeden dönme" yi kullanmışsa iadenin nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani; TKHK'da dönmenin sonuçlarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle bu hususta BK. hükümlerinin uygulanacağı ve BK 205. Md.sine (Yeni TBK 229 Md.) göre sorunun çözüleceği kanaati yaygındır.[31]

---

[30] Prf. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Age., Sf.100

[31] Prf. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Age., Sf.109, Dr. Betül Tiryaki, Age., Sf.112,

VI- TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETLERİ (TSHH) VE TÜKETİCİ MAHKEMELERİ

1- Genel Olarak

Yukarıda bir nebze de olsa tanıtmaya çalıştığımız yasanın düzenleme alanı içine giren sorunlar baş gösterdiğinde itiraz ve şikayetlerin nereye ve nasıl yapılacağını belirterek makalemizi sonuçlandıracağız.

TKHK uygulaması sırasında çıkabilecek uyuşmazlıkların halli için kanun, bir yandan il ve ilçeler bazında çalışacak "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" adı altında bir itiraz ve şikayet merci oluştururken, diğer yandan "Tüketici Mahkemeleri" adı altında özel ihtisas mahkemeleri oluşturmuştur.

2- Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri

TKHK 22 Md. si "Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla en az bir tüketici sorunları hakem heyeti (TSHH) oluşturmakla görevlidir." demektedir.

a- Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin Yetkileri

TSHH, bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla oluşturulmuş olup, TKHK 22/7 Md. si hükmüne göre; ["..25 inci maddede cezai yaptırıma bağlanmış hususlar dışındaki tüm uyuşmazlıklar, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev ve yetkileri kapsamındadır."]

b- Görevli ve yetkili TSHH'nin belirlenmesi

İl ve İlçe Hakem Heyetleri'nden hangisinin yetkili olduğu hususu bir parasal sınır ile belirlenmiştir. Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 5/2. Md. sine göre:

- **İl hakem heyetleri il merkezi sınırları içinde, ilçe hakem heyetleri ise ilçe sınırları içinde görevli ve yetkilidir.**

- **Başvurular, tüketicinin mal veya hizmeti satın aldığı veya tüketicinin ikametgahının bulunduğu yerdeki hakem heyetine yapılır.**

- Büyükşehir statüsünde bulunan illerde kurulan il hakem heyetleri, mal ve hizmet bedeli Bakanlıkça her yıl Aralık ayı içinde tespit ve ilan edilecek tutarın üzerindeki uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkilidir.

- Bu bedelin altındaki uyuşmazlıklara büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde kurulu ilçelerdeki hakem heyetlerince ikinci fıkrada belirtilen esaslar uyarınca bakılır.

- Bu parasal sınırlar her yılın Ekim ayı sonunda Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Endeksinde meydana gelen yıllık ortalama fiyat artışı oranında artmakta ve bu durum, Bakanlıkça her yıl Aralık ayı içinde Resmi Gazetede ilan edilmektedir.

2011 yılı için hangi TSHH'nin görevli olacağına ilişkin parasal sınırlar şöyledir:

- Büyükşehir statüsünde bulunan illerde faaliyet gösteren **il hakem heyetlerinin uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkili olmalarına ilişkin alt parasal sınır 2.693,78 TL. dır.**

- **Değeri 2.693,78. -TL 'nin altındaki uyuşmazlıklar için ise ilçe hakem heyetleri yetkili olacaktır.**

Burada uygulamada karıştırılan bir hususa ayrıca dikkat çekmek gerekirse;

TKHK 22/5 Md. ne göre :

Değeri 1.031,87 TL nin altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur.

Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar tarafları bağlar.

Bu kararlar İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir.

Taraflar bu kararlara karşı 15 gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler.

İtiraz, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hakim, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir.

Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir. Ancak kanun yararına temyiz olanağı her zaman olduğu gibi mevcuttur ve bu alanda diğer alanlardan daha fazla müracaat olduğu görülmektedir.

Değeri 1.031,87 TL ve üstündeki uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerinin verecekleri kararlar, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.[32]

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kararların bağlayıcı veya delil olacağına ilişkin parasal sınırlar her yılın Ekim ayı sonunda Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Endeksinde meydana gelen yıllık ortalama fiyat artışı oranında artar. Bu durum, Bakanlıkça her yıl Aralık ayı içinde Resmi Gazetede ilan edilir.

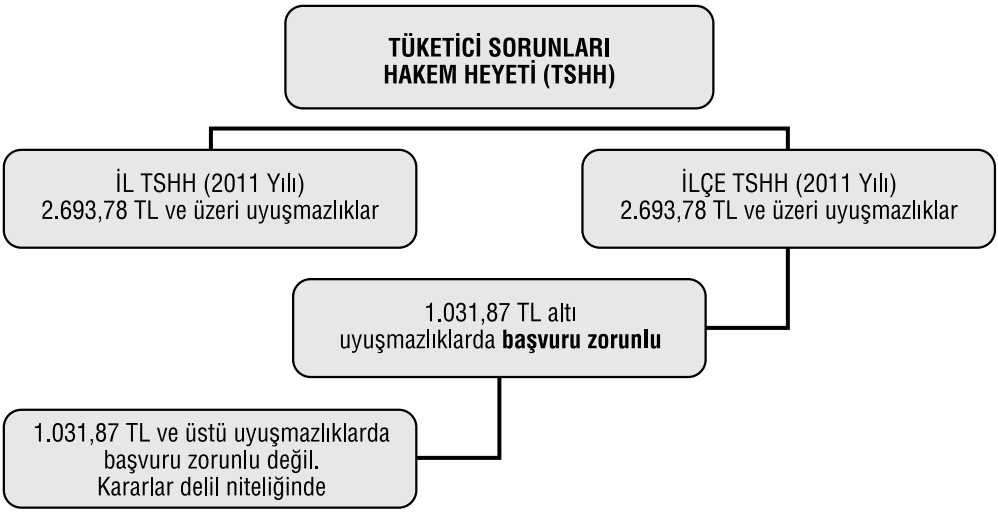
O halde TSHH'ye başvuru yaparken il veya ilçe TSHH'den hangisine başvuruda bulunacağız buna karar vermek için parasal sınırlara her yıl için bakmak gerekecek, buna ilaveten eğer uyuşmazlık örneğin 2011 yılı için 1.031,87.-

---

[32] T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 1996/5334, K. 1996/5952, T. 11.6.1996, "**Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri'nin vereceği kararlar, kuvvetli bir delil oluşturur.",** T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2006/12441, K. 2006/16385, T. 14.12.2006, "..tüketici hakem heyeti kararı ve dayanak bilirkişi raporları delil niteliğinde olup mahkemeyi bağlayıcı nitelikte değildir. Buna göre davacının delilleri toplanmalı dava konusu buzdolabı üzerinde konusunda uzman mühendis bilirkişi eliyle inceleme yaptırılıp alınacak rapora göre karar verilmelidir...", T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2009/10982, K. 2010/3682, T. 23.3.2010, "**Yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasında konuşmadığı telefon hattının telefon görüşmelerine kapatılarak sadece internet aboneliğinin açık bulundurulması konularında muaraza çıkmış olup, bu uyuşmazlık gelecek yıllara da sari olduğundan Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunlu değilse de**, bu konuda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuruyu engelleyen bir hüküm olmadığı gibi, **başvuru halinde verilen kararın Tüketici Mahkemelerinde delil olarak kabul edileceği yasa hükmüdür.** Somut olayda da Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararın, ancak Tüketici Mahkemelerinde delil olarak kullanılabileceği anlaşılmaktadır. **Davacı açtığı bu dava ile delil niteliğindeki hakem heyeti kararının iptalini istemektedir. Asıl dava açılmadan delil niteliğindeki hakem heyeti kararının iptalini istemekte hukuki yarar bulunmadığı izahtan varestedir**. Hukuki yarar dava şartı olup, mahkemece yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmelidir. Açıklanan bu durumda mahkemece davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle ve yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."

TL.nin altında ise zorunlu olarak ilçe TSHH'ye başvuracağız. [33]

2011 yılı için 1.031,87.TL'nin üstündeki (gelecek yıllarda belirlenecek oranda yapılacak artışa göre belli olacak rakam üstündeki) miktarlar için adeta bir serbestimiz bulunmakta, elimizdeki uyuşmazlığın miktarına göre dilersek ilçe veya il hakem heyetine müracaat edebileceğimiz gibi dilersek TSHH'ye müracaat etmeksizin direk Tüketici Mahkemesi'nde dava açabileceğiz. Bu karmaşayı aşağıda bir şema ile açıklamaya çalışırsak :



Hangi yerdeki il ve ilçe hakem heyetine başvuruların yapılacağı da yukarıda belirttiğimiz üzere yönetmelikte düzenlenmiştir.

Tüketici, dilerse mal veya hizmeti satın aldığı veya kendi ikametgahının bulunduğu yerdeki il ya da ilçe hakem heyetine müracaat edebilecektir.

c- TSHH'nin Çalışma Usul ve Esasları

Daha çok Tüketici Sorunları hakem Heyetleri Yönetmeliği'nde düzenlenmiş bulunmaktadır. Yönetmeliğin 11 ve devam eden maddelerindeki düzenlemelere göre;

- Uyuşmazlıklarla ilgili başvuru, uyuşmazlık konusunu içeren dilekçenin, delil oluşturan ilgili belgelerle birlikte hakem heyetine verilmesiyle yapılır.

- Tüketici aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak birden çok hakem heyetine başvuramaz. Aksi takdirde diğer taraf lehine derdestlik itirazında bulunma

[33] T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2006/6760, K. 2006/11218, T. 6.7.2006, "4077 sayılı Yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla da, değeri 500.000.000 liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunluluğu getirilmiş, başvuruda tüketici, satıcı, sağlayıcı ayırımı yapılmamıştır. **Somut olayda, uyuşmazlık konusu asıl alacak 143.763.855 lira olduğuna göre Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan açılan bir davanın dinlenme olanağı yoktur**. Mahkemece davanın bu nedenle reddi gerekir." T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2009/12180, K. 2009/11293, T. 12.10.2009, "**2008 yılında değeri 827.05 YTL altında bulunan ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunludur.** Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği karar tarafları bağlar. Taraflar bu kararlara karşı on beş gün içinde Tüketici Mahkemesine itiraz edebilir. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararına karşı yapılan itiraz üzerine Tüketici Mahkemesinin vereceği karar kesindir"

hakkı doğar.

- Tüketicinin uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak aynı hakem heyetine birden fazla başvuru yapması durumunda da ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

Tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcılar arasındaki uyuşmazlıklarda Kanun'un 23. maddesi hükümleri saklıdır. (Yönetmelik 11/son Md.)

- Müracaatlar, başvuru tarih ve sırasına göre en geç üç ay içinde hakem heyetince görüşülüp karara bağlanır.

- Başvurular, tarafların ivedi inceleme talebi bulunduğu veya başkan tarafından gerekli görüldüğü hallerde hakem heyetlerince öncelikle gündeme alınarak sonuçlandırılır.

- Tüketicinin yabancı turist olması durumunda öncelikle gündeme alınarak sonuçlandırılması yönetmelik gereğidir.

- İnceleme, raportör tarafından hazırlanan rapor ve ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinde yapılır. Ayrıca, hakem heyetince gerek görüldüğü hallerde taraflar dinlenir.

- Çözümü bilirkişi incelemesini gerektiren uyuşmazlık konularında,

a) Bağlayıcı olmayan hakem heyeti kararları için bir,

b) Bağlayıcı hakem heyeti kararları için birden fazla, bilirkişi görevlendirilebilir.

- Hakem heyeti, uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum ve kuruluşlardan isteyebilir.

Görüleceği üzere TSHH'de kararlar alınırken izlenecek yola ilişkin herhangi bir usulden bahsedilmemektedir.

Bir ölçüde yargı faaliyeti yürütülen bu yerlerde de adil yargılama esaslarına uyulması gerektiği açıktır.

TKHK 23. Md. de düzenlenen Tüketici Mahkemeleri ile ilgili olarak yasa 23/2 de "..Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Yedinci Babı, Dördüncü Faslı hükümlerine Basit Usulü Muhakeme Md.507-511) göre yürütülür." demektedir. Bu düzenleme ile birlikte HUMK 516 vd. hükümlerinin TSHH bakımından geçerli olması gerektiği düşüncesindeyim.[34]

---

[34] Oya Şahin, Derdest Dosya, Ağustos 2005, Legalis Platform, http://www.legalisplatform.net/makale-detay.asp?ID=41&syf=13 ["...Bilindiği üzere bazı mevzuat düzenlemeleri ile, bir uyuşmazlığın çözümü için hakeme müracaat mecbur tutulmuştur. Buna hukuk literatüründe **mecburi tahkim** denilmektedir. **Tahkimin hangi hallerde mecburi olduğu özel bir kanun hükmü ile belirlenmektedir... Mecburi tahkime tabi tutulmuş iş ve davalarda, taraflar devlet mahkemelerinde dava açamazlar, kanunla gösterilen hakemlere başvurmaya** (yani hakemlerde dava açmaya**) mecburdurlar**. **Diyebiliriz ki TKHK.22/son özellikle 670,36.-YTL. ve altındaki uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetine müracaat zorunluluğunu düzenleyip ardından bu kararların bağlayıcı olacağını belirterek bir mecburi tahkim düzenlemesi getirmiştir**..... hakem heyeti uygulamasının bir mecburi tahkim olduğunu ve HUMK.516 vd. maddelerinin uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekir. Zira mecburi tahkimi düzenleyen kanunda-olayımızda TKHK.- açıklık bulunmayan hallerde (önleyici bir hüküm bulunmadıkça), HUMK.516-536 md. lerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. (2) TKHK. da yargılama usulüne ilişkin düzenleme olmadığı gibi HUMK. un uygulanmasını önleyici bir düzenleme de bulunmamaktadır..... özellikle tahkikatın şekli, yürütülmesi, ispat ve delillerin değerlendirilmesi bakımından HUMK. un hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyim. Nitekim HUMK.526 . Md. deliller hakkında kanunen tayin olunan kaideler hakemler huzurundaki tahkikatta dahi tatbik olunur demektedir.

3- Tüketici Mahkemeleri

a- Genel Olarak

TKHK 23. Md. "Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır. Tüketici mahkemelerinin yargı çevresi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenir" düzenlemesini içermektedir.

Bu tanım bizi en başta açıkladığımız hususlara geri götürmektedir.

Böylelikle, Yasa'nın tüketici tanımına uyan ve yasada belirtilen mallar ile hizmetleri, bunları tüketiciye sunmayı meslek edinmiş mal ve hizmet piyasalarından edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin tarafını oluşturdukları her türlü hukuki işlem bizi TKHK kapsamı içine alacak ve bu hukuki işlemden kaynaklanan uyuşmazlıklara da özel ihtisas mahkemeleri olan Tüketici Mahkemeleri'nde bakılabilecektir.

Tartışma ;

Bu konuda gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında, Tüketici Mahkemeleri'nin özel görevli, istisnai mahkemeler olduğu ve TKHK. da özel bir hükümle düzenlenmemiş konularda genel mahkemelerin yetkili olması gerektiğine dair düşünceler görülmektedir. Örneğin, Prf. Dr. İ. Yılmaz Aslan ["… TKHK. tarafından özel olarak düzenlenmiş olmadıkça sırf 1,2,3 ve 23. Maddelere bakılarak bazı yönleri bakımından TKHK. kapsamına giren sözleşmelerden doğacak her türlü ihtilafın "*bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaf*" olarak kabul edilmesi doğru değildir. Buradaki ifadeden bu kanunda özel olarak düzenlenmiş konuları anlamak gerekir. Sözleşmenin taraflara yüklediği ana edimle ilgili olarak, istisnai bazı hükümler hariç olmak üzere, örneğin teslim edilmesi gereken malın teslim edilmemesi (bu konuda kampanyalı satışlarla ilgili özel hüküm bulunmaktadır), ödenmesi gereken bedelin ödenmemesi gibi ana yükümlülükler nedeniyle çıkabilecek ihtilaflar, bu kanunun uygulanmasından doğan ihtilaf olarak kabul edilemez. Bu konular TKHK'da özel olarak düzenlenmiş hususlar değildir bu nedenle 30. Md. delaletiyle genel hükümlerin uygulanması ve genel mahkemelerin görevli olmasıı gerekir… "][35] demektedir.

Kanımca, TKHK. 30 Md. nin genel hükümlere yaptığı atfı bu şekilde yorumlamak mümkün değildir. Bu atıf TKHK. kapsamı içine giren uyuşmazlık çözümlenirken kanunda hüküm yoksa örneğin; zamanaşımının kesilmesi, durması, sözleşmenin kurulduğu an, ifa yeri vb. de olduğu gibi genel hükümlerin devreye gireceğini anlatmaktadır.

Bu nedenle, bir şikayet, ayıplı mal-hizmet, satıştan kaçınma, haksız şart, kapıdan satış, kampanyalı satış vd. TKHK.da mevcut başlıklardan hiçbirine tam olarak uymasa dahi eğer, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan kişi (tüketici), yasada belirtilen mallar ile hizmetleri, bunları tüketiciye sunmayı meslek edinmiş mal ve hizmet piyasalarından temin etmek üzere bu hukuki işlemi gerçekleştirmiş ise bu işlem

[35] Prf. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Age., Sf. 345

TKHK. kapsamı içindedir ve çıkan uyuşmazlık da tüketici mahkemeleri önünde görülebilmelidir diye düşünmekteyim. [36]

b- Yetki ve Usule İlişkin Düzenlemeler

- TKHK. 23/2 Md. göre; **"**Tüketici mahkemeleri nezdinde **tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır.**

Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri, 29. maddeye göre (Değişik ibare: 5217 - 14.7.2004 / m.7 - Yürürlük m.32/2) "bütçede öngörülen ödenekten" Bakanlıkça karşılanır.**"**

TKHK mahkemeye müracaatta harçtan muafiyeti sadece tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlığa hasretmiştir. Böylece, satıcı veya sağlayıcıların Tüketici Mahkemelerinde dava açma olasılıkları halinde harca tabi olacakları anlaşılmaktadır. Yine aynı şekilde bilirkişi ücretlerinin bakanlıkça karşılanması olanağı da sadece tüketici örgütlerinin açtığı davalar bakımından söz konusu olacaktır.

- TKHK 23/2 Md.sinde Tüketici Mahkemelerinde görülecek davaların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'unun Yedinci Babı, Dördüncü Faslı hükümlerine göre yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

---

[36] T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2011/13-4, K. 2011/230, T. 27.4.2011, ["….dava konusu olayda 4077 sayılı yasada düzenlenen "ayıplı ifa" değil "eksik ifa" söz konusu olup, 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, …"] T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, E. 2010/15-560, K. 2010/589, T. 10.11.2010 ["…Dava konusu inşaat tamamlanmadan veya kat mülkiyeti oluşturulmadan konut olarak kullanılmak üzere **ticari ve mesleki olmayan amaçla bağımsız bölümleri satın alan davacıların, yukarıda ayrıntısıyla açıklanan yasal hükümler karşısında tüketici; davalının da satıcı sıfatını taşıdığı açıktır**. **Dolayısıyla tüketici ile satıcı arasındaki hukuki işlem de tüketici hukuku işlemidir. Tüketici hukuku; tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsadığına göre; davacının bu sıfatla yaptığı işlem de tüketici hukuku kapsamında ve onun koruması altındadır**….. Bu nedenle uyuşmazlığın, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğu ve bu Kanuna göre çözümü gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır. Anılan Kanunun 23. maddesinde; bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara Tüketici Mahkemelerinde bakılacağı, hükme bağlanmıştır…."] T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2010/8333, K. 2010/16575, T. 13.12.2010 **["..4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. B.K.202 maddesi ise hakim hal icabı satımın feshi ni muhik görmüyorsa semenin tenziline karar verileceğini hüküm altına almıştır**. Öyle olunca araç değişimi veya bedel iadesi şartları oluşmamışsada, dosya kapsamından jantların ayıplı olduğu anlaşıldığı ve mahkemeninde kabulü bu yönde olduğuna göre çoğun içinde azda vardır kuralı gereğince ayıplı olan jant kapaklarının bedelinin tahsiline karar verilmesi gerekir.."], T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2005/9379, K. 2005/15087, T. 12.10.2005 ["Taraflar arasındaki temel ilişki ayıplı satılan arcın değiştirilmesi ile ilgili olup eldeki davanın değiştirilen bu aracın infazı sırasında bedel tahsiline dönüşmüş olması ve bedelini de tahsil edememesi üzerine BK. 105 maddesine göre munzam zarar isteminde bulunmuş olmasına göre taraflar arasındaki ihtilaf temel ilişkinin devamı mahiyetinde olup, temel ilişkiyle ilgili ihtilafa da Tüketici Mahkemesi bakmıştır. Kaldı ki, 4077 sayılı Tüketicinin korunması hakkındaki Kanunun 30. maddesinde; "bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" şeklinde düzenleme getirilmiş olup, bir tarafını ayıplı mal satışından dolayı zarara uğradığını ileri süren tüketicinin oluşturduğu uyuşmazlık ile ilgili davada tüketici mahkemesinin genel hükümlere göre inceleme yapmasında yasal bir engel yoktur."], T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2005/5982, K. 2005/10357, T. 20.6.2005 [" 4077 sayılı kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre alıcı malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlü ise de gizli ayıbın ne kadar sürede ihbar edileceğine dair yasada bir hüküm yoktur. Öyle olunca TKHK.nun 30. maddesi gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır. Gizli ayıpların hangi sürede satıcıya ihbar edileceğine dair, TKHK'da bir hüküm bulunmadığına göre, BK.nun bu konudaki 198/son maddesi hükmü uygulanacaktır. BK.nun 198/son maddesi gereğince "Bu kabilden bir ayıp sonradan meydana çıkarsa, derhal satıcıya ihbar edilmelidir. Aksi takdirde satılan, bu ayıp ile beraber kabul edilmiş addolunur."]

Maddeyle atıf yapılan HUMK. m. 507-508-509-510-511[37] hükümlerinde basit yargılama usulü öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece süratli görev yapma ve adli tatilde de mahkemenin çalışması sağlanmaya çalışılmıştır diyebiliriz.

- TKHK 23/3 Md. ne göre, **tüketici davaları, tüketicinin ikametgâhı mahkemesinde de açılabilecektir.** Madde hükmünün gerekçesinde "tüketici davaları, tüketicinin ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir hükmüyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetki kurallarına istisna getirilerek tüketicilerin karşılaştığı güçlüklerin ortadan kaldırılmaya çalışıldığı" belirtilmektedir. Bu hükümle tüketicinin ikametgâhı mahkemesinin de davaya bakmaya yetkili kılınması, diğer genel yetki kurallarının (HUMK. m. 9 vd.) uygulamasını ortadan kaldırmayacaktır.

- TKHK 23/V Md. ne göre, "Gerekli hallerde Tüketici Mahkemeleri ihlalin tedbiren durdurulmasına karar verebilir." Ancak hükümde, tedbir kararı verilebilmesi için gerekli koşullara değinilmemiş olduğu görülmektedir. Bu konuda TKHK 30. Md. atfına göre HUMK'un ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

- Bu konuda dikkati çeken bir başka düzenleme ile TKHK 24. Md. si ile mahkemeye ayıplı malların toplatılması kararı verme yetkisinin verilmiş olmasıdır. Düzenlemeye göre;

" Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık veya tüketici örgütleri, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilirler.

Mahkeme, dava sonucunda ayıplı malların toplatılması kararını vermiş ise; ayıplı malın ve ayıbın niteliğine göre bu malların, satıcıya iade edilip edilmemesine de karar verir. Ancak, malların toplatılması için yapılan her türlü masraf, aleyhine karar verilen kişi tarafından ödenmedikçe mallar kendisine iade edilmez."

Dava konusu malları satış amacıyla elde etmiş olan üçüncü kişilerin açacakları rücu davaları da asıl davaya bakan mahkemede görülecektir.

Başta da belirttiğimiz üzere makalenin ana hedefi tüketici hukukuna çeşitli nedenlerle uzak kalmış hukuk uygulayıcılarına kolaylık sağlamak ve yasayı tanıtmak olduğundan konu genel hatları ile ele alınmış ve uygulayıcıların dikkatini çekecek bazı tartışmalara yer verilmeye çalışılmıştır. Ancak belirtmek zorundayız ki toplam 34 maddeden oluşan TKHK özellikle ele aldığı konular bakımından geniş bir uygulama alanı içermekte ve neredeyse kanunun her bir maddesi ayrı bir makale konusu içerecek kapsamda bulunmaktadır. Umarız ki; Dergimizde TKHK ve uygulaması hakkında diğer hukukçular da deneyimlerini ve görüşlerini paylaşırlar ve böylece her birimiz için iyi bir kaynak yaratılmış olur.

---

[37] Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz aynı konuyu "basit Yargılama Usulü" başlığı altında ve 316-322. Md. de düzenlemektedir.

ŞİKE VE TEŞVİKTE TFF DİSİPLİN YARGILAMASI [1] [2]

Av. Engin TUZCUOĞLU[3]

Giriş

Spor hukukuna ve ahlakına aykırılık deyince belki de ilk akla gelen eylem olan "şike yapmak/yaptırmak" ve "teşvik primi vermek/almak", özelikle 14 Nisan 2011 günü yayınlanarak yürürlüğe giren 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında başlatılan soruşturma nedeniyle özelde hukukun, genelde ise ülkenin gündemine oturdu.

Şike ve teşvik eylemini, ilk kez adli suç olarak tanımlayan 6222 Sayılı ile birlikte oldukça geç kalınmış bir tartışma da yapılmaya başlandı: Spor hukuku (lex sportiva) bağımsız bir hukuk disiplini olarak mı kabul edilmeli; yoksa diğer hukuk disiplinleri gibi kamu hukuku içerisinde mi yer almalı? Diğer deyişle, ulusal ve uluslararası spor hukukçularının dediği gibi, bu konuda iki hukuk düzeninden; yani *sporun hukuku (lex sportiva) ve kamu hukuku* gibi bir ayrımdan bahsetmek mümkün müdür?

Türk spor hukuku doktrininde ve uluslararası doktrinde yıllardır tartışılan ve özellikle kamu hukukçularının kabulde zorlandığı sporun hukukun bağımsız ve ayrı disiplin olduğuna dair, bizim de paylaştığımız görüş, tüm dünyada Türkiye'de de sancılı olmasına rağmen kabul edilmeye başlandı. Ancak, bu bağımsızlık görüşü henüz tam anlamıyla kabul edilmediği ve doğum sancısı devam ettiği için, sporun özel alanına, yasama ve yargının müdahalesi de devam etmekte, sporun ve hukukunun vazgeçilmez ve asla göz ardı edilemez değerleri yok sayılmak suretiyle yasal düzenlemeler yapılmaya devam edilmektedir.

İşte 6222 Sayılı Yasa'da bu eksiklik ile yürürlüğe girmiş, yürürlükten sonraki ilk ve hâlihazırda tek şike ve teşvik soruşturması nedeniyle, "futbol" oynanamaz hale gelmiştir.

ŞİKE VE TEŞVİKİN TANIMI

Kısa ve anlaşılır tanımıyla şike yapmak/yaptırmak eylemi ancak maçı oynayacak, yani fiilen rakip olan takımlar arasında, müsabık (maçı oynayan) takımlardan herhangi birisinin menfaatine yapılan eylem iken; teşvik primi vermek/almak eylemi, müsabık (maçı oynayan) takımlardan birisinin performansından menfaat elde etmeyi hedefleyen 3. şahıs/kulüp temsilcisi ile müsabık (maçı oynayan) takım ilgilileri arasındaki anlaşmayı ifade eder.

---

[1] Makalede, şike ve teşvik, sadece Futbol Disiplin Hukuku kapsamında tartışılacak olup 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Hakkında Kanunu'nun 11. maddesindeki adli suç kapsamında bir değerlendirme yapılmayacaktır.

[2] Makalenin bir kısmı, kısa ve parça parça olarak www.sporhukuku.org. adresinde yayınlanmıştır.

[3] İstanbul Barosu Spor Hukuku Komisyonu Eski Başkanı

Şike futbol mevzuatında en başından beri yer almakta iken teşvik primi ilk kez 2005 yılında yürürlüğe giren Futbol Disiplin Talimatı'nda yer almıştır.

Türkiye Futbol Federasyonu'nun özerkliğini kazanıldığı 1992 tarihinden sonra, 01.11.1992 tarih ve 21392 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren ilk Futbol Disiplin Talimatı'nın 37. maddesi ile bu talimattan sonra 04.08.2002 tarihli ve 24836 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Futbol Disiplin Talimatı'nın "Hileli Ve Danışıklı Futbol Müsabakası" başlıklı 38. maddesinde "şike yapmak/yaptırmak" eylemi şöyle tanımlanmıştır.

"Hileli ve danışıklı futbol müsabakası yapan, yaptıran kişiler ve aracıları en az 1 yıl müsabakadan men cezası veya o kadar süre ile hak mahrumiyeti ve teşekküller Futbol Federasyonunca küme düşürme cezası ile cezalandırılır."

Unsurları itibariyle 2005 yılından önce sadece şikeyi tanımlandığı ve suç saydığı anlaşılan futbol mevzuatı, 02.08.2005 tarih ve 25894 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Futbol Disiplin Talimatı'nın 36. Maddesinde "Sair Hallerde Menfaatler" başlığı altında ilk kez teşvik primi vermek/almak suçunu tanımlamış, 35.madde de ise şike, önceki talimatlarda yer alan haliyle düzenlenmiştir:

"MADDE 35: Müsabakaların sonuçlarını etkilemek amacıyla hileli ve danışıklı futbol müsabakası yapan, yaptıran veya buna teşebbüs eden kişiler ve aracıları en az bir yıl müsabakadan men cezası veya hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılır. Kuruluşlar Federasyon Yönetim Kurulu tarafından küme düşürme cezası ile cezalandırılır."

"MADDE 36: Bir futbol müsabakasının neticesinden faydalanması mümkün olan kuruluş ve kişilerden maddi menfaat temini suretiyle müsabakaya katılan, bu suretle müsabakaya katılanlara maddi menfaat vaadinde bulunan veya temin veya ita eden kişi veya kuruluşlar, altı aydan iki yıla kadar müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılırlar. Sorumluluğu bulunan kişi veya kuruluşlara ayrıca para cezası verilir."

Futbol oyunsal anlamdaki dinamik yapısının mevzuatın da etkilediği bu sistemde, 2006 yılında Futbol Disiplin Talimatı yeniden değiştirilerek bu defa şike ve teşvik pirimi hem tek madde de hem de daha ayrıntılı olarak tanımlanmıştır:

"MADDE 34: Bir futbol müsabakasının sonucunu, taraflar aralarında anlaşarak veya üçüncü kişilerden maddi menfaat temin etme veya anılan haller dışında sair sebeplerle futbolun olağan yapısı dışında etkilemek veya etkilemeye teşebbüs etmek yahut ilgililerden beklenen spor mücadelesini göstermeleri halinde dahi, bu amaç için kendi kuruluşları dışında başka bir kişiden maddi menfaat temin etmek yasaktır.

Şike ve teşvik eyleminin temelinde hukuka ve ahlaka aykırı olduğu bilinmesine ve asıl yasaklamanın bu sebepten kaynaklanmasına rağmen, eylemin "hukuka ve ahlaka" aykırı olduğu 2008 talimatının 44, 2009 talimatının 55. maddesindeki şike ve teşvik primi tanımına dahil edilmiştir:

"Müsabakanın sonucunu hukuka veya spor ahlakına aykırı şekilde etkilemek veya buna teşebbüs etmek yasaktır. Bir futbolcuya veya kulübe teşvik pirimi verilmesi de bu kapsamdadır."

Disiplin mevzuatında tanımı sürekli olarak değişen ve temelinde "hukuka ve ahlaka" aykırı eylem olarak yerleşen "şike ve teşvik primi" 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 11.maddesinde ise şöyle tanımlanmıştır:

"Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin eden kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kendisine menfaat temin edilen kişi de bu suçtan dolayı müşterek fail olarak cezalandırılır. Kazanç veya sair menfaat temini hususunda anlaşmaya varılmış olması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

Şike anlaşmasının varlığını bilerek spor müsabakasının anlaşma doğrultusunda sonuçlanmasına katkıda bulunan kişiler de birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

Kazanç veya sair menfaat vaat veya teklifinde bulunulması halinde, anlaşmaya varılamadığı takdirde, suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması dolayısıyla cezaya hükmolunur."

Tüm bu tanım farklılıklarının buluştuğu noktanın, az evvel değindiğimiz üzere eylemin hukuka aykırı olması yanında ahlaka da aykırı olmasıdır.

ŞİKE VE TEŞVİKE DAİR DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA GÖREVLİ TFF KURULU

Disiplin yargısının bir ceza yargılaması olduğu, yargılamanın hukuki esaslar gözetilmek suretiyle yürütülmesi hususunda çekişme yoktur. Bu suretle disiplin yargılamasını yapacak ve nihai hükmü kıracak merciinin ise hukukçulardan oluşmasını beklemek de pek olağan olsa gerek. Gerçekten de "ceza" gibi işin tamamen hukuka ihtiyaç duyduğu meselelerde, yargı yetkisinin hukukçulardan oluşan kurullar elinde tutulması mümkün olduğunca sağlanmalıdır. Bu sebeple de futbol mevzuatında hukuki meselelerin çözümü çoğunlukla PFDK, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, Tahkim Kurulu gibi hukukçulardan oluşan kurulların görevleri arasındadır. Özellikle 2007 yılı öncesinde TFF Yönetim Kurulu elinde olan birçok yargı yetkisi, yönetim kurulunun hukukçulardan oluşmadığı ve bu hususta yasal zorunluluk da olmaması gerçeği nedeniyle bahsi geçen kurullara devredilmiştir.

TFF bünyesinde bulunan ve yargıya dahil olan kurullardan sadece dördü (Etik Kurul, Disiplin Kurulu, Tahkim Kurulu ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu) tamamen hukukçulardan oluşmaktadır. Bu dört kurul haricinde yargılama görevi bulunan beşinci kurul ise Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu olup bu kurulun hukukçulardan oluşması bir zaruret yoktur ki bugün de yönetim kurulunda çok az sayıda hukukçu bulunmaktadır. Buna rağmen **şike ve teşvik primi nedeniyle karar verme yetkisinin, genel durumdan ayrıldığını, yani yetkinin TFF Yönetim Kurulu'nda olduğunu yazımızın hemen başında söyleyebiliriz.**

Etik Kurulu Talimatı'nın 7/I. maddesine göre *"TFF Yönetim Kurulu, ihbar üzerine ya da re'sen öğrendiği ve ciddi bulduğu şike ve teşvik primi iddialarını, incelenmesi için Kurul'a intikal ettirir"*. Kurul, kendisine intikal ettirilen

müsabakalarla ilgili olarak her türlü resmi ya da özel kuruluş, kurum veya kişilerden ve adli mercilerden bilgi ve belge isteyebilir; gerektiğinde müsabakada görevli hakemleri, gözlemcileri, temsilcileri, ilgili futbolcuları ve yöneticileri, aracı kişileri ve bunların dışında olayın aydınlatılmasına yardımcı olabilecek kişileri çağırıp dinleyebilir, hatta bu kurum, kuruluş ve kişilerle doğrudan doğruya yazışma yapabilir ve tebligat çıkarabilir.

Bilindiği üzere şike ve teşvik hususunda karar merci olamayan Etik Kurul, tüm bu çalışmalarını rapor haline getirerek Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu'na sunar. Etik Kurulu'nun raporunu hangi amaçla TFF Yönetim Kurulu'na sunduğu ise aynı talimatın 7. maddesinin VI. ve VII. Fıkralarında açıkça belirtilmiştir:

*"Kurul bu madde kapsamında yapacağı araştırma neticesinde bir rapor düzenler ve **TFF Yönetim Kurulunca gerekli kararın verilmesini teminen** TFF Başkanlığına sunar.*

*Kurul'un raporu TFF Yönetim Kurulu açısından mütalaa niteliğindedir. Bir müsabakada şike yapıldığı veya teşvik primi verildiği hususundaki **nihai kararı** delillere ve vicdani kanaatine göre TFF Yönetim Kurulu verir."*

Etik Kurulu Talimatı'nın 7/VI.,VII. maddesinden de anlaşıldığı üzere şike ve teşvik primi iddiaları hakkında karar vermek yetkisi TFF Yönetim Kurulu'ndadır.

Müsabaka sonucuna etkilemeye yönelik şike ve teşvik primi gibi eylemler hakkında karar vermek yetkisinin TFF Yönetim Kurulu'nda olduğuna Futbol Müsabaka Talimatı'nın 22., 23., 25. maddelerinde de açıkça yer verilmiştir. Müsabaka Talimatı'nın "*Müsabaka Sonucunu Etkileme*" başlıklı 25. maddesinin 3. fıkrasında ***"Etik Kurulu, hazırlayacağı raporu TFF Yönetim Kurulu'na sunar. TFF Yönetim Kurulu, rapora ve sair delillere dayanarak vicdani kanaatine göre karar verir."*** hükmü ile Etik Kurulu'nun sadece rapor hazırlayacağı, kararın ise TFF Yönetim Kurulu'na ait olacağı belirtilmiştir.

Müsabaka Talimatı'nın 23.maddesinde ise, müsabaka sonucunu etkilemeye yönelik eylemler hakkında karar verme yetkisinin bu defa ***münhasıran*** TFF Yönetim Kurulu'na ait olduğu bir kez daha tekrarlanmıştır:

Talimat Madde 23/II:

*Bu talimatın 20. maddesi ve 22. maddesinin "i" bendi kapsamında verilecek hükmen mağlubiyet kararlarını vermeye **münhasıran** TFF Yönetim Kurulu yetkilidir.*

Talimat Madde 22/II:

*i) TFF'nin, müsabakalar için çıkardığı düzenleme hükümlerinin **müsabaka sonucuna etki edecek şekilde ihlal edilmesi**,*

Bahsi geçen her iki talimat yanında esasında Ana statü'nün *"Yönetim Kurulunun Yetkileri"* başlıklı 35.maddesinin I/b bendinde, dolaylı da olsa bu hsusta karar verme yetkisinin yönetim kurulunda olduğuna işaret edilmiştir:

b) Müsabaka sonuçlarını tescil etmek, müsabakaları ertelemek, gün, saat ve yerini değiştirmek, yarım kalan müsabakalar ile olaylı ve **anlaşmalı müsabakalar**

hakkında karar vermek,

Her ne kadar burada bahsedilen husus tamamlanmayan veya ***"anlaşmalı"*** müsabakalar ise de buradaki *"anlaşmalı"* ifadesinin müsabaka sonucu etkilemeye yönelik davranış olarak algılanması, bu halde de yönetim kurulunun yetkili olduğunun düşünülmesi pekâlâ mümkündür.

ŞİKE VE TEŞVİK SUÇUNUN GÖRÜNÜM HALLERİ

TEŞEBBÜS

Şike veya teşvik primi olarak yansıyan, genel olarak "müsabaka sonucunu etkilemeye yönelik eylemler" olarak tanımlanan eylemlerin yasak olduğu, 30.07.2009 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan Futbol Disiplin Talimatı'nın 55. maddesinin I. fıkrasında açıklanmıştır:

"Müsabakanın sonucunu hukuka veya spor ahlakına aykırı şekilde etkilemek veya buna teşebbüs etmek yasaktır. Bir futbolcuya veya kulübe teşvik primi verilmesi de bu kapsamdadır."

Hükmün yazılışı ve ceza hukuku sistematiği açısından bakıldığında, birinci cümlede "şike yapma" nın veya teşebbüs etmenin, ikinci cümlede ise sadece "teşvik primi verme" nin yasaklandığı görülmektedir. Zira birinci cümlede müsabaka sonucunu etkilemenin veya buna teşebbüs etmenin yasak olduğu belirtilen fıkranın ikinci cümlesinde sadece "teşvik primi verilmesi" eyleminden bahsedilmekte, bu suretle "teşvik primi vermek" eyleminin hangi halde disiplin suçunu oluşturacağı ikinci cümle de özellikle düzenlenmektedir.

Bu ayrıma uygun olarak "şike yapmak" eyleminin iki halinin de, yani **"şike yapmak" ve "şike yapmaya teşebbüs etmek"** eylemlerinin her ikisinin de disiplinsel olarak yasaklandığını, aksi halde eylemin cezalandırılacağını söyleyebiliriz.

"Müsabakanın sonucunu hukuka veya spor ahlakına aykırı şekilde ***etkilemek veya buna teşebbüs etmek yasaktır.****"*

Buna karşılık talimatın 55. maddesinin I. fıkrasının ikinci cümlesinde **ayrıca düzenlenmiş** olan **"teşvik primi vermek"** eyleminin sadece bir hali, **yani "teşvik primi vermek hali"** yasaklanmıştır. Diğer değişle talimatın bu hükmünde **"teşvik primi vermeye teşebbüs"** ün yasaklandığına dair bir düzenleme yoktur. Her ne kadar bir kısım hukukçular, ikinci cümlenin sonundaki "**...bu kapsamdadır...**" ibaresi ile birinci cümledeki teşebbüse dair halin teşvik priminde de uygulanacağını iddia etseler de gerek aleyhe yorumun ceza yargılamasında mümkün olmaması, gerekse ceza hukukunun temel dili ve hüküm kurma tekniği birlikte değerlendirildiğinde, burada bahsedilen "kapsam" ın, sadece "eylemin tamamlanmış halini" hedef aldığı, teşebbüs halini ise hedef almadığı açıktır.

Böylece, Futbol Disiplin Talimatı'nın 55. maddesinin I. fıkrasındaki hükme göre; **"şike yapmak" eylemi tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış olmasına bakılmaksızın cezalandırılması gerekirken, "teşvik primi vermek" eyleminin cezalandırılması için eylemin tamamlanmış olması, yani teşebbüs aşamasında kalmamış olması gerektiğini söyleyebiliriz. Daha net ifadeyle, "teşvik primi vermeye teşebbüs" eylemi nedeniyle Talimatın bu hali**

itibariyle kişi veya kulüplere, müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezası ile küme düşürme cezası verilemez.

Öte yandan müsabaka sonucunu etkilemeye yönelik "şike yapmak veya teşvik primi vermek" eylemleri hakkında karar mercii olan TFF Yönetim Kurulu "**teşebbüs halinde kalan şike yapmak eylemi" nin kulüplerle ilgisini tespit etse bile kulüpler için bu defa küme düşme cezası veremez.** Zira disiplin suçlarının teşebbüs halinde kalması durumunu düzenleyen Talimatın 9. maddesinin I.fıkrasında ***"fiilin teşebbüs derecesinde kaldığı hallerde cezada indirim yapılır."*** denilmiş, indirimin ne kadar olacağı ise II. fıkrada açıklanmıştır:

"Disiplin Kurulu bu gibi hallerde cezayı yarısına kadar indirebilir."

Her ne kadar şike ve teşvikte karar mercii Disiplin Kurulu yerine TFF Yönetim Kurulu ise de, talimatın bu hükmündeki hatalı "Disiplin Kurulu" kısıtlaması sorun teşkil etmeyecek, TFF Yönetim Kurulu da bu hükmü uygulamak durumunda kalacaktır.

Kısacası "**teşebbüs halinde kalan şike yapmak eylemi"** nedeniyle verilecek cezanın yarısına kadar indirilmesi mümkündür. Talimatın 55. maddesinin II. fıkrasında gerçek kişiler için öngörülen bir yıldan üç yıla kadar müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezasının sayısal bölünebilirliği nedeniyle indirimin uygulanması kolay ve mümkündür. Ancak kulüpler için uygulanacak küme düşürme cezası, bölünebilen bir ceza olmadığından bu cezaya nasıl indirim uygulanacağı cevaplanması gereken bir sorudur.

Teşebbüs nedeniyle küme düşürme cezası yerine uygulanacak ceza Talimat'ın 36.maddesi kapsamında çözülebilir. Bu hükme göre disiplin ihlalinin özelliklerine göre, öngörülen cezanın yerine ya da ona ilaveten ihtar, kınama, ödüllerin iadesi veya para cezası verilebilir. Talimatın 55/ II. ve 9/II. maddesi gereğince küme düşme cezası verilemeyecek kulüp için "teşebbüs halinde kalan şike yapmak eylemi" nedeniyle ihtar, kınama, ödüllerin iadesi veya para cezası cezalarından sonuncusunun, yani para cezasının uygulanmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. İhtar ve kınama cezasının eylemin özelliği gereği hafif kalacak ve kamuoyunu tatmin edemeyecek olması; ödüllerin iadesinin ise Disiplin Talimatın sadece "sahtecilik ve yanıltma" başlıklı 47. maddesindeki hal için öngörülmüş olması, kaldı ki ödüllerin iadesinin sonuçlarının da "teşebbüs" aşamasında kalmış bir eylem için ağır olacağı inancıyla para cezasının daha uygun olacağına dair düşüncemizin gerekçesini de bu suretle açıklamak isteriz.

TFF Yönetim Kurulu ilk derece karar merci olarak önüne gelen şike ve teşvik primi meselesinde;

• "Şike yapmak" ve "teşvik primi vermek" eylemleri tamamlanmış ise Talimatın 55/II. maddesi gereğince, kişiler hakkında bir yıldan üç yıla kadar müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezasına; kulüpler hakkında ise küme düşürme cezasına;

• "Teşebbüs halinde kalmış şike yapmak" eylemi nedeniyle kişiler hakkında Talimatın 9/II. maddesi gereğince bir yıldan üç yıla kadar müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezasında yarıya kadar indirim yapma takdirini

kullanarak cezalandırılmalarına; kulüpler hakkında ise Talimatın 9/II. ile 36. maddesi gereğince küme düşme cezası yerine ihtar, kınama, ödüllerin iadesi veya para cezasına;

karar vermeli; buna karşılık

• "Teşebbüs halinde kalmış teşvik primi vermek" eylemi nedeniyle kişilere veya kulüplere, (teşebbüs halinin Talimatın 55/I. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenmemiş olması nedeniyle) Talimat'ın 55/II. maddesi gereğince müsabakalardan men veya hak mahrumiyeti cezası ile küme düşürme cezası vermemelidir.

ŞİKE VE TEŞVİKTE SORUŞTURMA ZAMANAŞIMI

Adli makamların, 6222 sayılı Yasa'nın 11.maddesine uyan eylemler olduğu iddiası ile soruşturma başlatması, hatta eylemlerin örgüt çerçevesinde yürütüldüğü iddiası ile CMK'nin 157. maddesindeki gizlilik esasını, CMK'nin 153. maddesi gereğince genişletmesi, üstelik soruşturmayı zaman zamana farklı kulüp ve kişilere de yöneltmesi, futbol sektöründe yer alan birçok kişinin, geçmişte oynanan ve soruşturmaya dahil olmayan maçlar ve olaylarla ilgili iddialar ileri sürmesine de neden oldu. Soruşturmanın hangi çerçevede yürüdüğünü gizlilik nedeniyle öğrenemeyen bu kişiler, değişik senaryolar eşliğinde geçmişe dair iddialarını sıralarken, şike ve teşvikin 14.04.2011'den itibaren adli suç olduğunu ve bundan önceki eylemlere dair adli soruşturmanın mümkün olmadığını *(kanunsuz suç olmaz),* disiplinsel açıdan da soruşturmanın zamanaşımı sınırlarının olduğunu gözlerinden kaçırdılar.

İlk kez, 02.08.2005 tarih ve 25894 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Futbol Disiplin Talimatı'nda düzenlendiğine ve bu tarihten önce suç olarak düzenlenmediğine göre, **02.08.2005 tarihinden önceki döneme ait "teşvik primi verilmesi/alınması" eylemi** hakkında disiplinsel soruşturma yapılamaz. (*Kanunsuz suç olmaz.)* Buna göre "teşvik primi açısından" birinci miladın 02.08.2005 tarihi olduğu açıktır.

Öte yandan 1992 talimatının 68., 2002 talimatının 62., 2005 talimatının 56. maddesinde, şike ve teşvik (hileli ve danışıklı futbol müsabakası yapmak/yaptırmak) eylemi için öngörülen tüm zamanaşımı süreleri de dolmuştur:

• 1992 yılında yürürlüğe giren talimatın 56. maddesi:

"a) Futbol faaliyetlerinden aralıksız bir yıl ayrılmış kişiler hakkında soruşturma yapılamaz.

b) İhtar cezasını gerektiren hallerde üç ayın, müsabakadan men ve süreli hak mahrumiyeti cezalarını gerektiren fillerde bir yılın, sürekli hak mahrumiyeti cezasını gerektiren fiillerde üç yılın geçmesi ile soruşturma ortadan kalkar. Soruşturma zamanaşımının başlangıcı olay günüdür."

• 2002 yılında yürürlüğe giren talimatın 67. maddesi:

"a) Futbol faaliyetlerinden aralıksız bir yıl ayrılmış kişiler hakkında

soruşturma yapılamaz.

b) İhtar cezasını gerektiren hallerde üç ayın, müsabakadan men ve süreli hak mahrumiyeti cezalarını gerektiren fillerde bir yılın, sürekli hak mahrumiyeti

cezasını gerektiren fiillerde üç yılın geçmesi ile soruşturma ortadan kalkar. Soruşturma zamanaşımının başlangıcı olay günüdür."

• 2005 yılında yürürlüğe giren talimatın 56.maddesi:

"Soruşturma zamanaşımının başlangıcı olay günüdür.

a) Futbol faaliyetlerinden aralıksız bir yıl ayrılmış kişiler hakkında soruşturma yapılmaz.

b) İhtar cezasını gerektiren hallerde üç ayın, para cezası, müsabakadan men ve süreli hak mahrumiyeti cezalarını gerektiren fiillerde iki yılın, sürekli hak mahrumiyeti cezasını gerektiren fiillerde üç yılın geçmesi, küme düşürme cezasını gerektiren fiillerde ise en geç müteakip futbol müsabaka mevsiminin sona ermesi ile soruşturma ortadan kalkar."

Müsabaka sonucunu etkilemeye yönelik eylemde zamanaşımı süresi olmadığına dair düzenlemeyi içeren talimat ise 04.08.2006 tarih ve 26249 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. **2006 yılındaki talimatın** 34. maddesinde şike ve teşvik birlikte yer almış, 54. maddenin son fıkrasında ise bu eylemlerde uygulanacak zamanaşımı süresi düzenlenmiştir:

"Soruşturma zamanaşımının başlangıcı olay günüdür.

"a) Futbol faaliyetlerinden aralıksız bir yıl ayrılmış kişiler hakkında soruşturma yapılmaz.

b) İhtar cezasını gerektiren hallerde üç ayın, para cezası , müsabakadan men ve süreli hak mahrumiyeti cezalarını gerektiren fiillerde iki yılın, sürekli hak mahrumiyeti cezasını gerektiren fiillerde üç yılın geçmesi, küme düşürme cezasını gerektiren fiillerde ise en geç müteakip futbol müsabaka mevsiminin sona ermesi ile soruşturma ortadan kalkar.

c) Bu talimatın 34. maddesinde yer alan ihlallerle** (şike ve teşvikten bahsedliyor) **ilgili olarak zamanaşımı süresi yoktur."

2006 yılında yürürlüğe giren talimattaki zamanaşımını kaldıran düzenleme, 2008 yılında yürürlüğe giren talimat ile halen yürürlükte olan 2009 yılı talimatının 15. maddesinde terk edilerek, şike ve teşvik eylemlerinde zamanaşımının 20 yıl olarak uygulanacağı belirtilmiştir:

"Soruşturma zamanaşımı, tamamlanmış ihlallerde ihlalin gerçekleştirildiği, teşebbüs halinde kalan ihlallerde son hareketin yapıldığı, zincirleme ihlallerde ise son ihlalin gerçekleştirildiği günden itibaren işler.

Disiplin soruşturması, müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında sahada veya sahayı çevreleyen alanda gerçekleştirilen ihlallerde 1 yıllık, doping ihlallerinde 8 yıllık, diğer ihlallerde ise 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Müsabaka sonucunu etkileme şeklindeki disiplin ihlallerinin soruşturması 20 yıllık zamanaşımına tabidir."

Yürürlükte olan Futbol Disiplin Talimatı'nın 15. maddesinde zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğu düzenlenmiş ise de ceza hukukunun bu temel ilkeleri ışığında, "*TFF, 20 yıl geriye dönük olarak tüm şike ve teşvik eylemleri soruşturabilir*" düşüncesine katılmanın mümkün olmadığını, ***şüpheli lehine olmadığı***

sürece hiçbir yasal düzenlemenin geriye yürümeyeceğini; ayrıntısı aşağıda belirtileceği üzere TFF'nin ancak 04.08.2006 tarihinden sonraki eylemler hakkında soruşturma yapabileceğini kesin olarak söyleyebiliriz.

Bu düşünceden hareketle;

1. İlk kez, 02.08.2005 tarih ve 25894 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Futbol Disiplin Talimatı'nda düzenlendiğine ve bu tarihten önce suç olarak düzenlenmediğine göre, 02.08.2005 tarihinden önceki döneme ait "teşvik primi verilmesi/alınması" eylemi hakkında disiplinsel soruşturma yapılamaz. (*Kanunsuz suç olmaz.)*

2. 1992 talimatının 68, 2002 talimatının 62, 2005 talimatının 56. maddesinde, şike ve teşvik (hileli ve danışıklı futbol müsabakası yapmak/yaptırmak) eylemi için öngörülen tüm zamanaşımı süreleri dolmuştur. Buna göre 2005 talimatının yürürlükten kalktığı 04.08.2006 tarihinden önceki tüm şike ve teşvik eylemleri zamanaşımına uğramış olup bunlar hakkında soruşturma yapılamaz.

3. Diğer yandan 04.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren 2006 talimatında şike ve teşvik için zamanaşımı süresinin işlemeyeceği, 2008 ve 2009 talimatlarında ise 20 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olması nedeniyle TFF, 04.08.2006 tarihinden sonraki tüm şike ve teşvik eylemlerini soruşturabilir, ilgili kişi veya kulüpler hakkında 2006, 2008 ve 2009 yılı talimatları çerçevesinde ceza tayinine gidebilir.

4. 04.08.2006 tarihinden önceki döneme ait talimatların zamanaşımı süresine yönelik hükümleri; 2006, 2008 ve 2009 yılı talimatlarındaki zamanaşımı süresine ilişkin hükümlere nazaran şüpheli kişi veya kulüplerin daha lehine olduğundan olası bir disiplinsel soruşturmada lehe olan yani 04.08.2006 tarihinden önceki döneme ait talimatların zamanaşımı süresine yönelik hükümleri dikkate alınacaktır. Zira lehte düzenleme yürürlükten kalkmış dahi olsa ileriye yürür; buna karşılık yürürlüğe giren düzenleme aleyhte ise uygulanmaz. Nitekim 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde de çok açık olarak; *suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır* denmektedir.

Kısacası disiplin yargılamasını yapan kurul, eylemin gerçekleştiği anda ve sonrasında yürürlüğe giren tüm talimat hükümlerinden hangisi şüpheliler lehine ise onu uygulamak zorundadır.

6222 SAYILI YASA'NIN 11. MADDESİ NEDENİYLE ADLİ MERCİ İLE PARALEL YÜRÜMEK ZORUNDA KALAN DİSİPLİN YARGILAMASININ AKIBETİ

Etik Kurul Talimatı'nın 7/I. maddesinde geçtiği üzere TFF Yönetim Kurulu, ihbar üzerine ya da re'sen öğrendiği ve ciddi bulduğu şike ve teşvik primi iddialarını, incelenmesi için Etik Kurul'a intikal ettirir. Tavsiye niteliğinde rapor hazırlamak üzere görev yapan kurul, ilgili kurum, kuruluş ile adli mercilerden bilgi sorabilir, şüphelileri dinleyebilir ve hatta gerek görürse duruşma dahi yapabilir. Soruşturmasını bitirmesinin ardından da hazırladığı raporu, nihai kararı vermek üzere TFF Yönetim Kurulu'na ulaştırır.

Şike 1992 yılından, teşvik ise 2005 yılından beri disiplin hukuku yönünden yasaklanmış eylemler olmasına rağmen, adli mercilerin elindeki delil toplama görev ve olanağına sahip olmayan TFF kurulları, şike ve teşvik meselesini üzerine çok fazla gidememiş, başlattığı soruşturmaların çoğunluğu delil yetersizliği veya yokluğu nedeniyle takipsizlikle sonuçlanmıştır.

TFF Kurullarının önündeki delil toplayamama engeline benzer bir engel de, 6222 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra başlatılan soruşturmada karşısına çıkmıştır. Şike ve teşvikin adli suç olması ve bu sayede delillere ulaşmanın kolaylaşacağı ve nihayetinde "ahlaki düzen" in sağlanacağı düşüncesinde olan bir kısım idareciler ile spor hukukçuları, CMK 157. ve 153. maddesindeki gizlilik esasını hesaba katmadılar. TFF bu defa, deliller toplanmış olsa da "soruşturmanın gizliliği nedeniyle" bunlara ulaşamama gerçeği ile yüzleşmiştir. TCK'nin 285. maddesindeki "Gizliliğin İhlali" suçu nedeniyle delillere ulaşması zor görünen TFF tabir uygunsa yağmurdan kaçarken doluya tutulmuştur. Ne var ki, TFF nin içinde bulunduğu zor durum, halen devam eden şike ve teşvik primi soruşturmasını yürüten adli mercilerin dikkatini çekmiş ve 3. şahıslarla paylaşmamak kaydıyla tüm deliller TFF ile paylaşılmıştır.

Ancak tartışma bununla da bitmedi ve bu defa paylaşımın CMK'nın 157. ve 153. maddelerinde bahsi geçen soruşturmanın gizliliği ilkesinin ihlali mahiyetinde olduğu ve eylemin TCK'nın 285. maddesindeki "gizliliğin ihlali" suçuna uyduğuna dair görüşten çok; delillere ulaşmış olan TFF'nin henüz dava açılmadan, daha doğrusu kovuşturma aşamasına geçilmeden, yani savunmanın delilleri toplanmadan, Savcılığın tek taraflı olarak topladığı deliller ile bir karar verip veremeyeceği yada vereceği kararın ne kadar adil ve hukuka uygun olacağı tartışılmaya başlandı.

Üyelerin tamamının asgari beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçulardan [[4]] oluşan ve esasında incelemelerini öncelikle hukuki açıdan yapan Etik Kurul, kendisine intikal ettirilen müsabakalarla ilgili olarak her türlü resmi ya da özel kuruluş, kurum veya kişilerden ve adli mercilerden bilgi ve belge isteyebilir; gerektiğinde müsabakada görevli hakemleri, gözlemcileri, temsilcileri, ilgili futbolcuları ve yöneticileri, aracı kişileri ve bunların dışında olayın aydınlatılmasına yardımcı olabilecek kişileri çağırıp dinleyebilir. Bunun yanında kurul, bahsi geçen kurum, kuruluş ve kişilerle doğrudan doğruya yazışma yapmak ve tebligat çıkarmak yetkisine de sahiptir. Diğer değişle kurul, önüne konulan delillerle yetinmeyip kendisi araştırma yapabilir, savunma alabilir ve ilgililerin lehine veya aleyhine olan delilleri toplayabilir. Özellikle savunma hakkının sağlanması açısından oldukça önem arz eden bu düzenleme, kurulun keyfi davranmasını engelleyecek ve savunma hakkının da güvencesi olacak bir yükümlülüktür.

Kurulun hazırladığı rapor ve deliller doğrultusunda, dosya üzerinde incelemesini yapan TFF Yönetim Kurulu ise, duruşma yapmadığı gibi, ek delil de toplamadan Etik Kurul raporu ışığında kararını oluşturacaktır.

---

[4] Etik Kurulu Talimatı'nın 3/I.,c 2; "Üyelerin tamamının asgari 5 (beş) yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçu olması zorunludur."

Son iki paragraftaki açıklamaları birlikte değerlendirerek şunu söyleyebiliriz; **TFF Yönetim Kurulu kararının adil ve hukuka uygun olmasını sağlayacak olan Etik Kurul'dur.** Şüpheli kişi veya kulüplerin lehine ve aleyhine tüm delilleri topladıktan, savunma hakkı tanıyıp savunma delillerinin de dosyaya girmesini sağladıktan raporunu hazırlaması gereken Etik Kurulu'nun tek taraflı *(sadece iddia makamı olan savcılığın topladığı)*, yeterli inceleme yapmaksızın önüne getirilen deliller üzerinden değerlendirme yapması halinde, buna dayanılarak verilecek TFF Yönetim Kurulu kararı, hukuka ve maddi gerçeğe uygun olmayacaktır.

Çünkü şike ve teşvik soruşturmasını adli yönden yürüten Savcılık, "**kamu adına" iddia eden (ceza davasının/soruşturmanın tarafı olan) makam olarak, iddiasına dayanak delilleri toplayacaktır. Savcılık bir soruşturma merci olup yargılama merci olmadığı için, şüphelilerin savunma delillerinin layıkıyla toplanması ise kovuşturma, yani dava aşamasında olacaktır. Savcılık makamının bu şekilde, tek yanlı olarak topladığı, içerisinde şüphelilerin/ savunmanın sadece yazılı ifadesinin olduğu soruşturma dosyası ise, Etik Kurul'un raporunu hazırlamasına yetecek hukuki yeterlilikte değildir.**

Gerçekten de, **sırf savcılığın topladığı deliller ile yetinilip savunma hakkı sağlanmadan, şüphelilerin savunmaları alınmayıp savunmaya ilişkin deliller de toplanmadan "şike vardır" tespitini içeren bir rapor veya karar oluşturulması mümkün değildir.**

Öte yandan CMK 157. ve 153. maddeleri gereğince soruşturma aşamasında uygulanan **gizlilik kararı devam ettiği sürece** *(iddianamenin kabulüne kadarki süreç)* **TFF Yönetim Kurulu'nun "delilleri tartıştığı ve açıkladığı gerekçeli bir karar" vermesi de mümkün değildir**. Soruşturma aşaması henüz tamamlanmadan, TFF Yönetim Kurulu'nun kararında delilleri ifşa etmesi, kararının gerekçesinde delilleri tartışması halinde eylem, TCK'nın 285. maddesindeki suça bariz şekilde uyacaktır.

O halde TFF Yönetim Kurulu'nun ***adli soruşturma sürdüğü üzere*** gerekçesini oluşturmak ve/veya delilleri tartışmak zorunda olmadığı, gizliliği ihlal etmeyeceği tek bir kararı vermesi mümkündür, o da **"şike ve/veya teşvik primi yoktur**" kararıdır. Zira şüphelilerin lehine olan **"şike ve/veya teşvik primi yoktur**" kararını gerekçelendirmek ve delilleri tartışmak zorunda olmadığı için gizliliği ihlal etmediği gibi, şüpheliler lehine bir karar olduğu için savunma almak zorunluluğu da olmayan TFF Yönetim Kurulu, ancak bu halde usule uygun davranmış olacaktır.

TFF kurullarının, adli soruşturma süresince yürüyecek olan gizlilik kurumu nedeniyle içinde bulunduğu açmazın sanırız farkındasınız. Zamanın hızla akması ve futbol seyrine bir türlü kavuşulamaması, üstelik belirsizliğin akıllarda yarattığı anlamsız olasılıkların hızla artması ile adli mercilerin soruşturması arasında kalacak olan TFF'nin sığınacağı tek yer yine hukuktur. Üstlendiği futbol organizasyonunda disiplinin sağlanması ve futbolun spor hukukuna ve ahlakına uygun oynanması uğruna TFF'ye tanınan geniş takdir hakkını tek sınırı da hukuktur. TFF'nin adaletine olan inancın oluşması ve devam etmesi için ise, yargılama konusu olayın tarafı olan kişi ve/veya kulüplerin en büyük

güvencesi olan savunma hakkının sonuna kadar kullandırılması gerekir. TFF Kurulları adli soruşturmadaki Savcılığın topladığı delillere ulaşsa bile, savunma hakkının yeterince kullanılmadığı, tek yanlı iddiadan veya delillerden ibaret olan bu durumda, futbolun asıl aktörleri olan kulüpler ve kulüplerin yönetici ve oyuncuları hakkında karar vermekten kaçınmalıdır. **Aksi halde sırf iddia makamının (savcının) görüşü ile hareket eder, savunmayı yok sayar, talimatta, statü ve kanunda delil toplama hususunda bu kadar geniş yetki ve hak tanınmışken bunu kullanmadan suçun tespitine yönelik bir karar verirse, bu tam anlamıyla hukuksuzluk, haksızlık, adaletsizlik olur.**

SONUÇ

6222 Sayılı Yasa'nın bahsi geçen eksikliği ile birlikte diğer tüm eksiklikleri ve uygulamada yarattığı/yaratacağı sıkıntının asıl kaynağı ise; "spor" un hukukunu (lex sportiva), devletlerin hukukuna karıştırmakta, bir görmekte ve ayrıklıklarını fark etmemekte yıllardır ısrar eden, sporun içindeki her meseleyi aynı zamanda adli vaka olarak algılayıp gecikmeye tahammülü olmayan disiplinsel süreci tıkayan, bu suretle sporun yöneticilerini de en hafif tabirle kamuoyunun önüne yem olarak atan yasamanın, gerçeği artık kabul ederek spor hukukunun bağımsız ve diğer hukuk dallarıyla karşılanması mümkün olmayan alanına müdahale etmekten, en azından müdahale ederken, sporun dinamik, bağımsız ve özerk yapısını yok saymaktan vazgeçmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Sporun düzenlenmesi için gidilen yolu aydınlatacak yegâne şeyin hukuk ve hukukçular olduğunun, hukukun temel ilkeleri ile amir hükümlerinin dikkate alınmadığı her durumda doğumun sakat olacağının da bilinmesi gerekir. Biz spor hukukçuları olarak sorumluluğumuzun bilinciyle hiçbir kulüp, kişi yâda kurumla bağı olmaksızın yol göstermeye, yolda gidenlere ışık tutmaya çalışırken, karar merciinde olanların da gözünü "hukuktan" ayırmaması gerekir. Zira adalet bilinci, şike ve teşvik primi meselesinde, tarafların statüsü veya karar karşısında kaybedecekleri değerlerin korunmasını değil, kamunun (toplumun) yararının sağlanmasını, bu suretle de adalete olan inancın oluşmasını hedefler. İşte taraftar, yönetici ve spor hukukçuları başta olmak üzere herkes tünelin sonunda, hem adli hem de disiplinsel yargılamayı üstlenmiş kişileri bu hedefe odaklı bir "adalete" olan inançlarıyla bekleyeceklerdir.

TORBA YASA İLE GETİRİLEN SİGORTA PRİMİ DESTEĞİ

B. Kerem GÖKTAŞ [1]

Giriş

Gelişmekte olan ülkemizde, genç istihdamın ve kadınların iş hayatına kazandırılmasının yanında sosyal güvenlikte kayıt dışılığın önlenmesi amacıyla hazırlanan ve özel sektör işverenlerine bu yönde sigorta primi desteği sağlayan yeni bir teşvik unsuru, torba yasa olarak bilinen 6111 Sayılı Kanun[2] ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Konu, yayınlanan kanun ve genelgeler ışığında ana hatlarıyla ele alınmıştır.

25.02.2011 tarihinde 27857 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6111 Sayılı Kanun 'un 74. maddesi ile uygulamada 18 - 29 yaş teşviki olarak bilinen teşvik yeniden düzenlenmiş ve yürürlüğe girmiştir. Buna göre 01.03.2011 tarihi ile 31.12.2015 tarihleri arasında işe alınan ve çalıştırılan her bir sigortalı için geçerli olmak üzere, sigortalıların işe alındıkları tarihten önceki altı aya ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olmaları, aynı döneme ilişkin işe alındıkları işyerinden bildirilen prim ve hizmet belgelerindeki sigortalı sayısının ortalamasına ilave olmaları ve belirtilen diğer koşulları da sağlamak kaydıyla, 5510 Sayılı Kanun'un 81. maddesinde [3] sayılan ve 82. [4]maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarı, işe alındıkları tarihten itibaren İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanır.

Diğer bir ifadeyle; işverenler son altı ayda sigortalı olarak herhangi bir işyerinde çalışmamış ve aynı dönem için işyerindeki sigortalı sayısının ortalamasına ilave olarak istihdam etmeye başladıkları 18-29 yaş aralığındaki erkek [5] ve 18 yaşından büyük kadınlar için adı geçen teşvikten yararlanabileceklerdir.

ORTALAMA SAYISININ BULUNMASI

Örnek -1- ABC Ltd. Şti.'inde 01.07.2011 tarihinde istihdam edilmeye

---

[1] *S.M.Mali Müşavir, info@keremgoktas.com*

[2] Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun – Re. Ga. 25.02.2011 / 27857

[3] 5510 sayılı Kanun 81. md. " **Prim Oranları ve Devlet Katkısı :** Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı %20, Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı %1-%6,5 , Genel sağlık sigortası primi %12,5. Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır.

[4] 5510 sayılı Kanun 82. md. "**Günlük kazanç sınırları :** Bu Kanun gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun asgarî ücretin otuzda biri, üst sınırı ise 16 yaşından büyük sigortalıların günlük kazanç alt sınırının 6,5 katıdır. "

[5] 29 yaşından büyük erkekler yararlanma durumu için bkz. " 6111 Sayılı Kanun madde 74/b "

başlanan sigortalı " X " ve işyeri hakkındaki bilgiler şu şekildedir :

X sigortalısı erkek olup 22 yaşındadır ve 01.07.2011 tarihinden geriye doğru 6 ay içinde herhangi bir işte çalışmamıştır.

Aylar itibariyle Aylık Prim ve Hizmet Belgesinde Bildirilen Sigortalı Sayısı ;

Ocak/2011 dönemi : 6
Şubat/2011 dönemi : 6
Mart/2011 dönemi : 7
Nisan/2011 dönemi : 8
Mayıs/2011 dönemi : 10
Haziran/2011 dönemi : 9
Temmuz/2011 dönemi : 9

Sigortalı yönünden bakıldığı zaman (X)'in 22 yaşında olması ve istihdam edilmeye başlandığı tarihten geriye doğru 6 ay içinde çalışmamış olması sebebiyle teşvikten yararlanabilmektedir. Buna ilave olarak işyeri yönünden durum incelenmesi gerekmektedir. Şöyle ki ; sigortalı (X)'in istihdam edilmeye başlandığı tarihten (01.07.2011) itibaren geriye doğru işyerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına bakılması gerekmektedir.

Ortalama Sigortalı Sayısı : (6 + 6 + 7 + 8 + 10 + 9) / 6 = 7,67 [6]= 8 'dir. (Ocak-Haziran/2011)

(X) sigortalısından dolayı öngörülen teşvikten 9 ve üzerinde sigortalının çalıştırıldığı aylarda yararlanılabilecektir. Temmuz/2011 döneminde sigortalı sayısının 9 , (X) sigortalısının işe alındığı tarihteki ortalama sayısı 8 olması ve ortalamanın üzerine alınan sigortalı olması sebebiyle, işyeri yönünden de teşvikten yararlanılabilecektir.

TEŞVİKTEN YARALANMA SÜRELERİ VE YAŞ HADLERİ

Öngörülen Teşvik aşağıda belirtilen sürelerde uygulanır :

a) 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkekler ile 18 yaşından büyük kadınlardan;

1) Mesleki yeterlik belgesi sahipleri için 48 ay süreyle,

2) Mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumunca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler için 36 ay süreyle,

3) (1) ve (2) numaralı alt bentlerde sayılan belge ve niteliklere sahip olmayanlar için 24 ay süreyle,

b) 29 yaşından büyük erkeklerden (a) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde sayılan belge ve niteliklere sahip olanlar için 24 ay süreyle,

c) (a) ve (b) bentleri kapsamına girenlerin Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde ilave olarak 6 ay süreyle,

ç) 5510 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında

[6] 0,01 ile 0,49 arası 0 (sıfır) olarak dikkate alınacak, 0,50 ve üzeri ise tama iblağ edilecektir.

çalışmakta iken, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra mesleki yeterlik belgesi alanlar veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi bitirenler için 12 ay süreyle,

d) 18 yaşından büyüklerden bu fıkranın (a), (b) ve (ç) bentlerine girmeyenlerin Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde 6 ay süreyle,

Örnek -2- Bir önceki örnekteki (X) sigortalısının Kurumun belirlediği herhangi bir mesleki belgesi (meslek kodu [7]) olmadığı varsayıldığında teşvik süresi 24 ay (07/2011-06/2013) olacaktır. Eğer sigortalı Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsizlerden seçilmiş olsaydı 24 aylık süreye 6 ay daha eklenecek ve teşvik süresi 30 ay olarak uygulanacaktı.

TEŞVİK TUTARLARI VE İŞVERENE SAĞLANAN AVANTAJLAR

Kanunda belirtilen şartların yerine getirilmesi durumunda prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarı, işe alındıkları tarihten itibaren İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır. Bu teşvikin en önemli unsurlarından birisi 5510 Sayılı Kanun'un 81/ı maddesinde belirtilen 5 puanlık indirim ile birlikte kullanılması ve teşvik tutarının asgari ücret ile sınırlandırılmamış olmasıdır.

Örnek -3- (X) sigortalısının istihdam edilmeye başlandığı tarihteki brüt ücreti 2.000,00 TL olduğu varsayıldığında teşvik tutarı şu şekilde hesaplanacaktır: - İşyerinin ofis işyeri olduğu varsayılmış dolayısıyla kısa vadeli sigorta kolları prim oranı %1 olarak dikkate alınmıştır -

İşveren Hissesi Prim Oranı[8] : %19,5

5510 Sayılı Kanun'dan doğan indirim[9] : 2.000 x % 5 = 100 TL

6111 Sayılı Kanun'dan doğan indirim : 2.000 x %14,5 = 290 TL

Toplam teşvik tutarı : 100 + 290 = 390 TL

Görüldüğü üzere işverene bu teşvik ile birlikte 390 TL'lik eksik prim ödeme avantajı sağlanmıştır. Söz konusu teşvik, işçinin ücretinin işverene maliyeti yönünden incelediğinde ise durum aşağıdaki tablo ile gösterilmiştir.

		Teşviksiz	Teşvikli
1	**İşçi Brüt Ücreti**	2.000,00	2.000,00

[7] Sigortalının *İşe Giriş Bildirgesi* düzenlenirken seçilen meslek kodu

[8] **Prim Oranları**

	İşçi Hissesi	İşveren Hissesi	Toplam Prim
Kısa Vadeli Sigorta Kolları Primi	------	%1	%1
Malüllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortası Primi	%9	%11	%20
Genel Sağlık Sigortası Primi	%5	%7,5	%12,5
Toplam Prim	%14	**%19,5**	%33,5
İşsizlik Sigortası Primi	%1	%2	%3

[9] Bkz. 5510 sayılı Kanun 81/ı maddesi

2	**İşçi Hissesi P.(%14)**	280,00	280,00
3	**İşçi İşsizlik Primi (%1)**	20,00	20,00
4	**İşveren Hissesi P.(%19,5)**	390,00	-
5	**İşveren İşsizlik Primi (%2)**	40,00	40,00
6	**İşverene Toplam Maliyeti (1 + 4 + 5)**	**2.430,00**	**2.040,00**

DİĞER HUSUSLAR

A - Bildirimlerin Süresinde Yapılması ve Primlerin Süresinde Ödenmesi

İşveren hissesine ait primlerin Fondan karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak; 5510 Sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermesi, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarını yasal süresi içinde ödemesi ve kapsama giren sigortalının işe alındığı işyerinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır.

Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının 6183 Sayılı Kanun'un 48. maddesine göre tecil ve taksitlendirilmiş veya ilgili diğer kanunlar uyarınca prim borçlarının yeniden yapılandırılmış ve taksitlendirilmiş olması, bu tecil, taksitlendirme ve yeniden yapılandırma devam ettiği sürece işverenlerin bu fıkra hükmünden yararlanmasına engel teşkil etmez.

B - Özel İşyerleri

Adı geçen teşvikten , ihale konusu işyerleri hariç olmak üzere, özel sektör işverenlerine ait işyerlerinde çalışan sigortalılardan dolayı yararlanılabilecektir. Şöyle ki; kamu kurum ve kuruluşları ile Devlet ve Kamu İhale Kanunu kapsamındaki alım ve yapım işlerinde ve/veya işyerlerinde çalıştırılan sigortalılardan dolayı teşvikten yararlanma sözkonusu olmayacaktır. Bununla birlikte, mahiyet kodu [10] (1) veya (3) olarak tescil edilmiş ya da resmi nitelikte olduğu halde mahiyet kodu (2) veya (4) olarak tescil edilmiş işyeri işverenlerince yararlanılamayacağı gibi, ihale konusu iş üstlenen işyeri işverenlerince de yararlanılamayacaktır.

C – Teşvik Kapsamı Dışındaki Sigortalılar

Sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar[11] , aday çırak, çırak ve öğrenciler, harp malulleri ile 3713 ve 2330 sayılı kanunlara göre vazife malullüğü aylığı alanlardan yalnızca kısa vadeli sigorta kollarına tabi olanlar, yalnızca işsizlik sigortasına tabi olanlar, yurt dışında çalışanlar, ceza infaz kurumları ile

---

[10] 12.05.2010/27579 Re.Ga., Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, " *İşyeri Sicil Numarası 28/a.md.; Mahiyet kodu; yapılan işin özel veya kamu sektörüne ait daimi veya geçici olduğunu belirtmeye yönelik olup tek hane rakamdan ibarettir. '1' rakamı kamu sektörüne ait devamlı işyerlerini, '2' rakamı özel sektöre ait devamlı işyerlerini, '3' rakamı kamu sektörüne ait geçici işyerlerini, '4' rakamı özel sektöre ait geçici işyerlerini ifade eder.* " Örnek : 2.4120.07.07.xxxxxx.xxx sicil nolu dosyanın başındaki " 2 " kodu; özel sektöre ait devamlı işyeri numarası olarak tanımlanmaktadır.

[11] yaşlılık aylığı alanlar (emekli)

tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler ve iş kaybı tazminatı alanlar hakkında uygulanmaz.

D- Sigortasız İşçi Çalıştıran İşverenler

5510 sayılı Kanun uyarınca yapılan kontrol ve denetimler sonucunda çalıştırdığı sigortalıları Kuruma bildirmediği tespit edilen işverenler hakkında, bahse konu teşvikin bir yıl süreyle uygulanmayacağı öngörülmüştür. Buna göre, çalıştırılan sigortalıların Kuruma bildirilmediğinin tespit edilmesi halinde, tutanağın düzenlendiği tarihi takip eden ay başından itibaren, bir yıl süreyle öngörülen teşvikten yararlanılamayacaktır.

E- Teşvik Tutarı ve Vergi Boyutu

Öngörülen destekten yararlanmış olan işverenlerce, gerek Hazine tarafından, gerekse işsizlik Sigortası Fonundan karşılanmış olan prim tutarları, gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmayacaktır.

Yararlanılan Kaynaklar

5510 sayılı Kanun " Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu " (Re.Ga. 16.06.2006/26200)

6111 sayılı Kanun "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun" (Re.Ga.25.02.2011/27857)

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği (Re.Ga. 12.05.2011/7579)

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Genelge 2011-45/ 07.06.2011

İŞLETMEYE BAĞLI AYNI İŞ KOLUNDA EN AZ OTUZ İŞÇİ ÇALIŞMASI

Av. Cuma Arif DEMİR

4773 Sayılı Kanun ile 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 13/A maddesi uyarınca 15.03.2003 tarihinden itibaren işyeri baz alınarak 10 işçi çalıştırma şartı arandığı halde; 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile işverene ait aynı iş kolundaki tüm işyerleri kapsamı alanına alınmış, işletme bazında otuz işçi çalıştırma şartı aranmıştır.

Görüldüğü gibi İş güvencesi hükümlerine tabi olacak işyerleri konusunda, 15 Mart-10 Haziran 2003 tarihleri arasında yürürlükte kalmış olan 4773 Sayılı Kanun'un her bir işyerini tek başına esas aldığı görülmüş; 10 Haziran 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunan 4857 sayılı İş Kanunu ise, söz konusu işyeri esasını terk etmiştir. Gerçekten, İş K. m. 18 ile getirilen açık düzenleme uyarınca, artık "işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre" belirlenmek zorunluluğu ortaya çıkmıştır[1].

En fazla tartışılan ve eleştiriye uğrayan konulardan birisi de işçi sayısı ölçütü olup, çalışan işçi sayısına ilişkin Ülkemizdeki istatistikler güvenilir ve ayrıntılı değildir. Oransal olarak işçi sayısına göre sağlıklı bir tespit yapma imkanı olmamış, bu eksikliğin olması İş Kanunu'nun yasalaşma sürecini etkilemiştir[2].

İş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceği işyerlerini çalıştırdıkları işçi sayısı ile belirleme düşüncesi, küçük işyerlerini feshe karşı koruma hükümlerinin ağır sayılabilecek külfetleriyle karşı karşıya bırakmama düşüncesi ve güvence kapsamı genişledikçe, sistemin istihdamda daralmaya yol açabilecek olması endişesidir. Özellikle emeğini sermayesi ile birleştirerek küçük işyerlerinde işçilerle yüz yüze bizzat çalışan işverenlerin, geçersiz fesih sonrası işe iade edilen işçi ile tekrar çalışmaya mecbur olması disiplin sorunlarına yol açabilir[3].

4773 Sayılı Yasa'da en az on işçi çalıştırma arandığı halde, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda en az 30 işçi çalıştırma şartı aranarak iş güvencesi uygulama alanı daraltılmıştır. Ülkemizde işyerlerinin büyük çoğunluğunun (%80-90) otuz işçiden az işçi çalıştıran küçük işyeri olduğu göz önüne alınırsa iş güvencesi

---

[1] Ayrıca bk. Tankut Centel, *"Karar İncelemesi"*, Tekstil İşveren Dergisi, mart 2004, s: 36; Çankaya, Günay, Göktaş, **age,** s. 171.

[2] Toker Dereli, *"İş yasası Tasarısına Yorumlar"*, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem (Seminer Notları)**, Marmaris, 25-29 Eylül 2002, T.T.S.Çimento Ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikas s. 108.

[3] Fevzi Şahlanan, "*İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç*", **Mercek Dergisi,** Nisan 2003, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası)Yayını s. 17; Fevzi Demir, *"4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel etkileri"*, **Mercek Dergisi,** Temmuz 2003, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) ı Yayını s. 84; Soyer, *"Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi"*, s. 38; Alpagut, "*İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*", s. 211; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, **İş Hukuku**, s. 182.

hükümlerinin uygulama alanının oldukça daraldığı rahatlıkla anlaşılacaktır[4].

Kanunun otuz işçi şartını araması öğretide eleştirilmiş, iş güvencesinin bir hak arama veya hak ya da özgürlük kullanma güvencesi olduğu göz önüne alındığında, 'neden aynı iş kolunda otuzdan az işçi çalıştıran işyerleri kapsam dışında kalmaktadır?' sorusu sorulmuştur[5]. İşyerlerinin büyük çoğunluğunun otuz işçiden az işçi çalıştıran küçük işyeri olduğu göz önüne alındığında, kanunun bu düzenlemesi ile büyük çoğunluktaki işyeri ve işçinin bu güvenceden faydalanamamasına yol açmıştır. Bu sayı sınırlaması ile iş güvencesinin uygulama alanı kayıt içi sektörü kapsar hale gelmiş, asıl iş güvencesinin gerekli olduğu ve çoğunlukla kayıt dışı olan sektörü iş güvencesinin kapsamı dışında bırakmıştır. Çünkü otuzdan az işçi çalıştıran işyerleri genelde kayıt dışıdır. Bu sınırlama ile milyonlarca işçiyi iş güvencesi kapsamı dışına bırakmıştır[6].

Görüldüğü gibi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmada, belirli sayıda işçi çalıştırma ölçütünün aranması en çok tartışılan konular arasında yer almıştır. Bir yandan küçük işyerlerini iş güvencesinin ağır yükümlülük getiren hükümleri ile karşı karşıya bırakmamak, öte yandan güvence kapsamı genişledikçe istihdamda daralmaya yol açmasına ve kayıt dışılığa yol açmamak endişesi, bu yolda işçi sayısına bağlı bir ölçütün getirilmesi ne yol açmıştır. Bu noktada işçiyi feshe karşı koruma düşüncesi ile istihdam yaratma düşüncesi arasında isabetli bir sayı belirlemek ülkedeki işyerlerinin sayı ve hacim itibari ile durumunu göz önünde tutmayı zorunlu kılmıştır. Bu durumda otuz işçi çalıştırma ölçütü ile geniş bir işçi kitlesi iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmıştır[7].

Ayrıca aynı işverene ait birden fazla işyeri bulunması halinde, aynı *iş kolu* ibaresinin yer almasını, aynı işverene ait olmanın yeterli olması gerektiği öğretide belirtilmiş, aynı iş kolu şartının aranması eleştirilmiştir[8]. Kanun aynı iş kolu şartını aradığı için aynı işverene ait değişik iş kolundaki işyerleri iş güvencesi kapsamı dışında olacaktır.

4857 Sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre; tarım ve orman işlerinde elli ve daha az sayıda işçi çalışması durumunda iş yasası uygulanmayacaktır. Çünkü bu işyeri ve işletmelerde elli bir ve elli bir'in üzerinde işçi çalışması durumunda İş Kanunu uygulanacaktır. Görüldüğü gibi tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde iş güvencesi hükmünün uygulanması için elli'den fazla işçinin çalışması gerekir. Ancak elli işçinin tespitinde tarım işçilerinin dikkate alınmasını gerektiren bir zorunluluk yoktur. Bundan dolayı sadece tarım işçileri değil diğer işçiler de dikkate alınmalıdır[9].

---

[4] Demir, "*4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel etkileri*", s. 84; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s. 565.

[5] Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s. 154.

[6] Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku** , s. 154; Ulucan, **İş güvencesi**, s. 97; Ulucan, "*İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar*", s. 23;Kayhan Özel, "*İş güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar*", **Mercek Dergisi,** Temmuz 2003, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası)ı Yayımı s. 78; Çelik, **İş güvencesi**, s. 18-19.

[7] Fevzi Şahlanan, *"İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)*", **Tekstil İşveren Dergisi**, Temuz 2006, Türkiye Teks. San İşverenleri Sen. Aylık Dergisis. 2.

[8] Çelik, **İş güvencesi,** s. 19.20; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s. 566.

[9] Soyer, *"Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi"*, s. 39; Çankaya, Günay, Göktaş, **age,** s. 169; Ertekin, **İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları**, s. 22; Ulucan, **İş güvencesi**, s. 26; Süzek, **İş Hukuku,** 439; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku,** s. 566.

Otuz işçi ölçütüne, sadece işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışanlar dahildir. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli, tam veya kısmi süreli, mevsimlik veya daimi olmasının bir önemi yoktur. Burada önemli nokta, işyerinde çalışan işçi sayısıdır. Bu işçilerden bazılarının güvence kapsamı dışında olması, onların hukuki durumunu belirleyen bir husustur, yoksa diğer işçilerin güvence hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacaklarını tayin hususunda bir ölçüt oluşturmaz. Otuz işçi hesabına hastalık, yıllık izin, kısa süreli askerlik gibi nedenlerle iş sözleşmeleri geçici olarak askıda işçileri de dahil etmek gerekir[10].

İşyerinde geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışanlar, alt işveren işçileri, başka bir işverene bağlı oldukları için çalışan işçi sayısına dahil edilmeyecektir. Kendi işverenlerine ait işyerinde çalışan işçi sayısı da dikkate alınacaktır[11]. Fakat burada alt işverenliğin iş kanununda aranan koşullara uygun kurulup kurulmadığı önem taşımaktadır. İş Kanunu'nun aradığı şartlarda alt işveren ilişkisi yoksa (asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı ise) , taraflarca alt işveren kabul edilen kimsenin yanında çalışan işçiler otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmalıdır[12].

Buna karşılık çırak ve stajyer olarak gösterilenler ile, işçi statüsünde olmayan sözleşmeli personel de otuz işçi hesabında dikkate alınmayacaktır[13]. Yine hasta ve izinli işçiler yerine geçici olarak istihdam edilen işçiler de otuz işçi hesabında dikkate alınmayacaktır[14].

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunan hallerde, otuz ve daha fazla işçi çalıştıran alt işveren, çalıştırdığı işçiler bakımından müstakil bir işveren olduğu için bu işverene bağlı işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaktır[15]. Ne var ki, burada otuz işçi ölçütü bakımından, alt işverenin aldığı her iş yerini müstakil olarak değerlendirmek doğru değildir; önemli olan, alt işverenin aynı iş kolunda hizmet verdiği işyerlerinde çalıştırdığı işçilerin otuz veya daha fazla

---

[10] Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku,** s. 154-155; Soyer, *"Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi"*, s. 39; Çankaya, Günay, Göktaş, **a.g.e**, s. 170; Çelik, **İş Güvencesi**, sayı 21; Fevzi Şahlanan, "*İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç***",** s. 18; Akı, Altınbaş, Bahçıvanlar, **Uygulamada İş Güvencesi**, s. 134; Alpagut, **"***İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi"*, s. 212; Münir Ekonomi, "*Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi* ", **Çimento İşveren Dergisi**, Mart 2003 özel eki, ÇMİS Yayını, sayı2, cilt17s. 4; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, **İş Hukuku**, s. 182; Çelik, **İş Güvencesi**, s. 20; Şahlanan, *"İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)*", s. 3.

[11] Çelik, **İş Güvencesi**, s. 20; Alpagut, **"***İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi"*, s. 212; Aktay, Arıcı, Kaplan/ Senyen, **İş Hukuku**, s. 182; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s. 567; Şahlanan, *"İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nisbi Emrediciliği (Karar İncelemesi)*", s. 3.

[12] Tuncay, *"İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor*", s. 8; Ekonomi, *"Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi*", s. 3-4; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s. 567.

[13] Çelik, **"İş Güvencesi",** s.20; Fevzi Şahlanan, "*İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç***",** s.18; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, **İş Hukuku**, s. 182; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku,** s. 567.

[14] Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, **İş Hukuku,** s. 181; Ekonomi, *"Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi"*s. 4; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku,** s. 567.

[15] Alpagut, **"***İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi"*, s. 212; Ekonomi, "*Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi*", s. 5; Çelik, **İş Hukuku** s. 199; Çelik, **İş Güvencesi**, s. 20; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, s. 567.

olup olmadığıdır. Bir güvenlik firmasının hizmet verdiği çeşitli işyerlerinden her birinde çalıştırdığı işçi sayısı otuzdan az olmakla birlikte, çalıştırdığı toplam işçi sayısı otuz ve daha fazla ise, değişik işyerlerindeki işçilerden her biri, diğer şartlar da mevcut ise iş güvencesi kapsamında olacaktır[16] .

Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştırma ölçütünün hangi anda aranacağının tayini konusu tartışmalıdır. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanunu'nda bir açıklık yoktur.

Genel olarak **fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki** işçi sayısı esas alınmalıdır. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır. Bildirim öneli verilmiş ise **bildirim önelinin bitiş tarihindeki** işçi sayısı esas alınacaktır. [17].

Otuz işçinin varlığı konusunu mahkemede kimin ispatlayacağı tartışmalıdır. Bir görüş işyerindeki tüm kayıtların işverence tutulduğu ve bu kayıtların resmi makamlara işverence verildiği, işyerinde çalışan işçi sayısını en geçerli şekilde işveren bildiği için ispat yükünün işverende olması gerektiğini ileri sürmüştür[18].

Diğer görüşe göre ise; işçinin çalıştığı işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalıştığını ispatlamakla yükümlüdür[19].

Yargıtay uygulamasında kabul edildiği üzere 30 işçi ölçütünün ispat yükü davacı işçidedir. Çünkü 4857 Sayılı İşK. 20/2 maddesinde feshin geçerli veya haklı nedene dayandığı konusundaki ispat yükü işverene yüklenmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde otuz işçi ölçütünün tespitinde, işverenin "aynı iş kolundaki" işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. İşletmede çalışan işçi sayısı otuz veya üzerinde ise, bu işletmeye bağlı işyerinde iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. İşletmede otuz veya daha üzeri işçi olup işyerinde bu sayıdan az işçi olsa bile iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Oysa 4773 Sayılı Kanun, işçi ölçütünün tespitinde *işyerini* esas almıştır. Bundan dolayı 4773 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe

[16] Soyer, *"Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi"*, s.41-41; Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku** s.567.

[17] Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku,** s.154, ; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, **İş Hukuku,** s.182; Şahlanan, *"İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)"*, s. 3.

[18] Ulucan, **İş Güvencesi**, s. 33.

[19] Ekonomi, , "*Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi* ", s. 3-4; Soyer, " *Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi"*, s. 42.

girme tarihi olan 15.03.2003 tarihinden, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihine kadar (yaklaşık üç aylık süreçte) on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmıştır. İş Kanunu'nun iş kolu esasını getirmiş olması, işverenin iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak için işyerini bölme yoluna gitmesini önlemiştir[20].

Öğretide iş kolu esası getirilmesinin bazı sorunlara yol açacağı belirtilmiştir. İşyerinin hangi iş koluna girdiği gibi sorunların ortaya çıkması halinde mahkeme ilk önce bu sorunu çözecektir[21].

30 ve daha fazla işçi çalıştırma bakımından özellikle bankalar gibi aynı işkolunda çok sayıda işyeri olan işletmeler bakımından önemli bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin çok şubeli bir bankada 30 ve daha fazla işçinin çalıştığı şubeler yanında 4 veya 5 işçinin çalıştığı şubeler de bulunmaktadır. Bu şubelerde çalışan işçiler de diğer işyerleri ile birlikte iş güvencesi kapsamında olacaktır. Aksi halde işletmelerin çoğunda işçinin işyeri değişikliği yetkisi işverende olduğu için, işçinin 30'dan az işçinin çalıştığı işyerine verilmesiyle, bu güvenceden yoksun kalması söz konusu olacaktı[22].

Otuz işçi çalıştırma hükmünün niteliği, toplu iş sözleşmesi ile otuz işçi sayısı işçi lehine olarak aşağıya çekilmesi mümkün müdür? Yargıtay otuz işçi çalıştırma şartının nispi emredici olduğunu, toplu iş sözleşmesi ile otuz işçinin aşağıya çekilmesinin mümkün ve geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Hatta kararda toplu iş sözleşmesi otuz işçi çalıştırma şartının tamamen kaldırılmasını geçerli kabul etmiştir[23].

Kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin 30 işçi ölçütünde dikkate alınmayacağı yönünde düzenleme yapılmamış olması, başka bir anlatımla aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenlemenin olmamasını göz önüne alınarak; uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun, açtığı işyerlerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik olması, aynı iş kolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan daldırmayacağı, 30 işçi ölçütünde göz önüne alınacağı Yerleşik Yargıtay uygulamasında kabul edilmiştir.

Özetle uluslara arası bir şirketin veya yurt dışında aynı iş kolunda çalışan işçilerin 30 işçi ölçütünde göz önüne alınacağı Yargıtay'ca kabul'e dilmiştir.

İşçi lehine yorum ilkesi ve 30 işçi ölçütünün amacı bakımından (küçük işletmeleri korumak) Yargıtay'ın bu görüşü isabetli görülebilir. Grup şirketlerinde bile birlikte istihdam dışında farklı tüzel kişilik olması nedeniyle 30 işçi ölçütünün kabul edilmediği, her bir şirketin ayrı olarak değerlendirildiği düşünüldüğünde

---

[20] Centel, "*İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı (Karar İncelemesi)*" **Tekstil İşveren Dergisi**, Mart 2004,
(Çevrimiçi www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mart/hukuk.html, (erişim: 1.8.2006); Çankaya, Günay, Göktaş, **a.g.e.,** s.171.

[21] Şahlanan, "*İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç*", s. 17.

[22] Ekonomi, "*Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi*", s. 4; Çankaya, Günay, Göktaş, **a.g.e**, s. 171.

[23] Y.9.HD.2005/12317E, 2005/19404 K, 26.05.2005; Şahlanan, *"İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği (Karar İncelemesi)*", s. 2-4.

Yargıtay'ın bu görüşünün zorlama bir yol olduğu sonucuna varmak mümkündür. Diğer taraftan hukuk kurallarının uygulama alanı, yurt dışındaki şirketlerin nitelikleri ve uygulanan kanunlar bakımından uygulamada sıkıntılar olacağı da açıktır.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE YETKİ SÖZLEŞMELERİ

Arş. Gör. Nur BOLAYIR[1]

Giriş

4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun yerini almak üzere 12 Ocak 2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Kanun'un yürürlük tarihi ise, HMK. m. 451'de belirtildiği üzere 1 Ekim 2011 olarak belirlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu 'nun temel kavramları ve kurumları korunmakla birlikte, bazı değişikliklere ve yeniliklere de yer verilmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan, tarafların belirli bir uyuşmazlık hakkında aslında yetkili olmayan mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşme olarak tanımlayabileceğimiz "yetki sözleşmesi" de önemli ölçüde değişikliğe uğramış olan kurumlardandır. Özellikle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak yetki sözleşmesi yapabilme hakkına sadece tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin sahip olması yeni Kanun'un ortaya koyduğu en belirgin farklılık olarak göze çarpmaktadır.

Çalışmamızda "yetki sözleşmesi" kurumunu Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri ışığında bir değerlendirmeye tâbi tutmayı amaçlamaktayız; çalışmamızın ilk bölümünde yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile karşılaştırmalı olarak ele alınacak; ikinci bölümünde ise, yetki sözleşmesinin zaman itibariyle uygulanma alanına değinilecektir.

I - Yetki Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

A - Sözleşmenin Taraflarının Tacir veya Kamu Tüzel Kişisi Olması

HMK. m.17'de tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilecekleri düzenlenmiştir. Maddeden anlaşıldığı üzere, yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilme ehliyetini haizdir. Böylelikle, tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi ile yetkileri genişletilmiş; onların dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapma yetkileri ortadan kaldırılmıştır.[2] Oysa, yetki sözleşmelerine ilişkin HUMK. m.22 ve m.23'te yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş; aşağıda kapsamlı olarak açıklanacağı üzere, sözleşmenin

---

[1] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

[2] Hakan **Pekcanıtez,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 22-29 Mart 2008, s. 24.

geçerliliği için kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralının bulunmaması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması, sözleşmeye konu uyuşmazlığın belirliliği ve sözleşmede kararlaştırılmış olan mahkemenin belirliliği şartları yeterli sayılmıştı. Yetki sözleşmesi yapabilecek olan kişilerin sınırlandırılmış olması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu arasındaki en belirgin farklılık olarak ortaya çıkmaktadır.[3]

HMK. m.17 'nin madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, tacirlere veya kamu tüzel kişilerine nazaran daha zayıf konumda olan kimseleri korumak amacıyla kanun koyucu yetki sözleşmesi yapma yetkisini yalnızca tacirlere ve kamu tüzel kişilerine tanımıştır. Böylece, tacirlerin ve kamu tüzel kişileri haricindeki diğer kişilerin korunması amaçlanarak tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin kendi menfaatleri doğrultusunda yetki sözleşmesi yapmaları engellenmek istenilmiştir.[4] Özellikle taraflardan birinin tacir ya da kamu tüzel kişisi, diğer tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz olan tarafı güçlü olan taraf karşısında himaye altına alma gereksinimi

[3] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlanması sırasında göz önünde tutulan kanunlardan biri olan ve 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aksine yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 17. maddesinde, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça yetki sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. "Kanun'da aksine bir hüküm bulunmadıkça" ifadesinden anlaşılması gereken ise, Kanun'da emredici veya kısmi emredici bir yetki kaidesinin öngörülmemiş olmasıdır. Bu durumda, taraflar yalnızca serbestçe tasarruf yetkisine sahip bulundukları hususlarda yetki sözleşmesi kurabileceklerdir. Kanunu'nun 23. maddesinde evlilik hukukuna, 24. maddesinde tescil edilmiş hayat ortaklığına, 25. maddesinde nesep ilişkisinin tespitine ve bu ilişkinin ortadan kaldırılmasına, 26. maddesinde nafakaya ve nafaka borcuna, 27. maddesinde evli olmayan annenin taleplerine ilişkin davalarda emredici, kesin yetki kuralları düzenlenmiştir. Sayılan hallerde, gerek uyuşmazlığın doğumundan evvel gerekse uyuşmazlığın doğumundan sonra yetki sözleşmesi yapılması mümkün olmayacaktır. Ayrıca, çekişmesiz yargıda da uyuşmazlığın karşı tarafı bulunmadığından yetki sözleşmesi akdedilmesi söz konusu olmayacaktır. Medenî Usûl Kanunu'nun 32, 33, ve 34. maddelerinde tüketici, ev kirası, işyeri kirası ve hâsılat kirası sözleşmelerinden doğan davalar ile iş sözleşmesinden doğan davalarda, kısmi emredici yetki kuralları öngörülmüştür. Kanun'un 35. maddesinde de tüketicinin, konut yahut işyeri kiracısının, hâsılat kiracısının, iş arayanın veya çalışmakta olan işçinin ilgili mahkemelerin yetkisinden uyuşmazlığın doğumundan evvel vazgeçemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda, tarafların uyuşmazlığın doğumundan sonra yetki sözleşmesi akdetmeleri mümkün olacak; uyuşmazlık doğmadan kesinlikle yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Yves **Donzallaz**, Commentaire De La Loi Fédérale Sur Les Fors En Matière Civile, Berne 2001, s.288-291; Fabienne **Hohl**, Procédure Civile, Tome II, Berne 2002, s. 44. (Kanun'un metni için bkz. http://www.admin.ch /ch/f/as/2010/1739.pdf) Fransız Hukuku'nda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndakine benzer bir düzenleme mevcuttur. Fransız Yeni Medenî Usûl Kanunu'nun 48. maddesinde, sadece tacirler arasında yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir. İlgili madde, kamu düzeni karakterli bir hüküm olup, tüketicileri korumak amacıyla getirilmiştir. Madde metninde, sadece tacirler arasında yetki sözleşmesi kurulmasına imkân tanındığına göre bireylerin, tacir olmayan meslek sahiplerinin ve tacir sayılmayan şirketlerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları mümkün olmayacaktır. Tacir olmayan kimselerin kanunda düzenlenmiş yetki kurallarının aksini kararlaştırmaları halinde, söz konusu yetki hükmünün yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. "Yazılmamış sayılacağı" ifadesiyle kast edilen, yetki sözleşmesinin hiçbir hükmünün olmayacağı ve sözleşmenin geçersizliğinin davalı tarafından ilk itiraz yoluyla ileri sürülebileceğidir. Kanun'un 48. maddesi kamu düzenine ilişkin bir hüküm olsa da hâkim yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu re'sen nazara alamamaktadır. Çünkü, Kanun'un 93. maddesi uyarınca, hâkim yalnızca kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklardan doğan davalarda, kanunun kesin yetki kuralı öngördüğü durumlarda, davalının çağrıldığı duruşmaya gelmemesi halinde, sözleşmenin hükümsüzlüğünü kendiliğinden dikkate alabilmektedir. Alfred **Jauffret/**Jacques **Normand**, Manuel De Procédure Civile Et Voies D'Exécution, Paris 1984, s.98; Hervé **Croze**/ Christian **Morel**, Procédure Civile, , Paris 1988, s.49; Gérard **Couchez,** Procédure Civile, Paris 1998, s.71; Gérard **Couchez/**Jean-Pierre **Langlade/** Daniel **Lebeau**, Procédure Civile, Paris 1998, s.71; Serge **Guinchard**, Droit Et Pratique De La Procédure Civile, Paris 2004, s.187-188.

[4] Bilge **Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.89. Kamu düzeninden olmayan yetki kurallarına ilişkin olarak gerçek kişileri tacir olmayanlar karşısında korumak gayesiyle bu tür bir sınırlama getirilmesinin yerinde olmadığını savunan görüş için bkz. Necati **Aksoyoğlu**, Görev ve Yetki, Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 22-29 Mart 2008, s. 82.

belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, büyük işletmelerle yapılan sözleşmelerin içinde yer alan genel şartlarda yetkili mahkemeye ilişkin kayıtlar da bulunmaktadır. Genel işlem şartları, müşterinin okuyup anlayabileceği şekilde yazılmışsa, yani çok ufak bir puntoyla, silik olarak, çok sık aralıklarla basılmamışsa ve büyük güçlük çıkarmadan okunabiliyorsa, sözleşme içeriği haline gelmiş sayılmaktadır.[5] Ancak, uygulamada sıklıkla rastlandığı üzere, genel şartların içinde yer alan yetki şartı özellikle ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz olan tarafın rahatça görüp okuyabileceği şekilde yazılmamaktadır. Sözleşmenin zayıf tarafı yetki şartını imzalamak hususunda herhangi bir iradeye sahip olmasa bile, büyük olasılıkla, söz konusu şartın farkında bile olmaksızın sözleşmeyi imzalamaktadır. O halde, her ne kadar Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş olsa da, doktrinde yetki şartının geçersiz sayılmasının güçsüz olan tarafı korumak adına, menfaatler dengesine uygun düşeceği savunulmuştur.[6] Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere ilişkin sınırlama getirerek, uygulamada ortaya çıkan bu tür sorunlara son vermeyi amaçlamıştır. Böylece, satıcıların veya hizmet sunucu kişilerin tüketicilere sundukları sözleşmeyi imzalatarak yetki sözleşmesi yapmaları engellenmek istenilmiştir. Gerek tacirler, gerekse kamu tüzel kişileri kendilerini koruyabilecek durumda kişiler olduklarından[7] her iki tarafın da eşit konumda olup taraflardan birinin diğerine nazaran ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü olması söz konusu olmadığından, yetki sözleşmesi güçlü olan tarafın güçsüz olan tarafa dayattığı bir baskı aracı olmaktan çıkartılmıştır.

Yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması zorunluluğu karşısında, sözleşmenin taraflarından birinin veya her ikisinin tacir ya da kamu tüzel kişisi dışında bir kişi olması mümkün değildir. Aksi takdirde, yapılan yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır. O halde, tacirler ya da kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasında, yani bir gerçek kişi ile tacir arasında yetki sözleşmesi yapılamayacağı gibi, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimseler de kendi aralarında yetki sözleşmesi akdedemeyeceklerdir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bonolardaki yetki kayıtlarında bonoyu düzenleyen tarafın tacir olmaması halinde, HMK. m.17

---

[5] Loïc **Cadiet**, Droit Judiciaire Privé, 2eme édition, Paris 1998, s.295; Yeşim M. **Atamer**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s.97-99; **Donzallaz**, s.345. Genel şartlar ve yetki şartı taraflarca imzalanmış bile olsa, yetki şartı ekonomik açıdan zayıf durumda olan taraf için "zahmetsizce okunabilecek şekilde basılmamış" ise geçersiz olacaktır. Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.559.

[6] Genel işlem şartlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Nur **Bolayır**, Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s.136-137.

[7] Hakan **Pekcanıtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011, s. 130.

hükmü varlığını koruyacak ve yetki şartı geçersiz olacaktır. [8]

Yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere ilişkin olarak, meselenin açıklığa kavuşturulması için yetki sözleşmesinin etkisine değinmeyi ve sözleşmenin gerek taraflar gerekse üçüncü kişi lehine etkisinden söz etmenin isabetli olacağını düşünüyoruz.

Yetki sözleşmesinde taraflar açısından münhasıran şahsa bağlı haklar doğmadığından, sözleşmenin taraflardan başka onların külli[9] ve cüz'i[10] haleflerini de bağlayıp bağlamayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce, küllî ve cüz'i haleflerin yetki sözleşmesiyle bağlı olup olmadıkları sorusu HMK. m.17 ışığında cevaplandırılmalıdır. Kanun koyucu, sadece tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmalarına imkân tanıdığına göre yetki sözleşmesinin kapsamını oldukça dar tutmak amacındadır. Bu nedenle, yetki sözleşmesinin külli ve cüz'i haleflere teşmil edilmesi onların tacir ya da kamu tüzel kişisi olmaları halinde mümkün olacaktır. Her ne kadar, maddi hukuk mirasçılar ile alacağı ve borcu devralanlar bakımından halefiyet kuralını getirmiş olsa da, bu kural usûl hukukunda mutlak anlamda uygulanmamalı; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler dikkate alınarak yorumlanmalıdır. HMK. m.17, yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri tacirler ve kamu tüzel kişileriyle sınırlandırdığından, sözleşmeyi tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan kişilere de teşmil etmek, yetki sözleşmesinin kapsamını kanun koyucunun iradesine aykırı olarak fazlasıyla genişletmek anlamına gelecektir.

Uyuşmazlığın bir tarafında zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olması halinde ise, yetki sözleşmesinin tüm dava arkadaşlarının katılımıyla yapılması gerektiğinden[11] HMK. m.17'ye uygun olarak, dava arkadaşlarının tümü tacir veya kamu tüzel kişisi olmalıdır.

Yetki sözleşmesi o sözleşmeyi akdeden taraflardan birinin kefili hakkında herhangi bir etki yaratmayacaktır. Ancak, kefilin alacaklıya ödediği miktar için asıl borçluya karşı açacağı rücu davasında, asıl borçlu ile alacaklı arasında

---

[8] Meseleyi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) bakımından değerlendirecek olursak, tarafların yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa bakması için aslen yetkisiz olan bir Türk Mahkemesi'ni yetkili kılmaları halinde, MÖHUK. m.40'ın iç hukuka yani, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yaptığı atıf gereğince, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmelerine ilişkin düzenleme getiren 17. ve 18. maddeleri uygulama alanı bulacak; yetki sözleşmesinin şekli ve geçerlilik şartları lex fori olarak Türk Hukuku'na tâbi olacaktır. Ergin **Nomer**/Cemal **Şanlı**, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s.448; Ergin **Nomer**, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s.109. O halde, HMK. m.17 uyarınca, yalnızca tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmalarına izin verildiğinden, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık hakkında Türk Mahkemesi'ni yetkili kılan bir yetki sözleşmesi sözleşmenin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması şartıyla geçerli olarak kurulmuş sayılacaktır. Tarafların, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa bakması hususunda yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanımaları halinde ise, MÖHUK. m.47 uygulanacaktır. MÖHUK. m.47/f.I'e göre, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde tarafların aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmeleri mümkündür. Madde metnine baktığımızda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aksine, yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiş olması, milletlerarası yetki sözleşmeleri ile iç hukuka ilişkin yetki sözleşmeleri arasındaki en belirgin fark olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda, yetki sözleşmesi yoluyla bir Türk Mahkemesi'nin yetkili kılınması amaçlandığında sözleşmenin taraflarının mutlaka tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekecek iken; yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde ise, sözleşmeyi akdeden kişilerin tacir ya da kamu tüzel kişisi olmaları şartı aranmayacaktır.

[9] Tarafların küllî halefleriyle kast edilen, onların mirasçılarıdır.

[10] Tarafların cüz'i halefleriyle kast edilen ise, dava konusu alacağı veya borcu alacağın temliki ya da borcun nakli yoluyla tarafların birinden devralmış olanlardır.

[11] Ömer **Ulukapı**, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s.145.

akdedilmiş olan yetki sözleşmesine dayanıp dayanamayacağı da çözümlenmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, Borçlar Kanunu (BK)'nun 496. maddesinin 1. cümlesi (Türk Borçlar Kanunu-(TBK)'nun 596. maddesinin 1. fıkrası) m. 596/f.I) uyarınca, alacaklıya karşı ödemede bulunan kefil, borçluya karşı alacaklının haklarına halef olmaktadır. Külli ve cüz'i halefiyet hallerine ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, kefilin rücu davasını, yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemede açıp açamayacağı hususunda da maddi hukuk hükümleri değil, usûl hukuku hükümleri dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, HMK. m.17'de şart koşulduğu üzere, kefilin rücu davasını yetki sözleşmesinde kararlaştırılan mahkemede açabilmesi için tacir olması şartını aramak gerekecektir.

Kural olarak, yetki sözleşmesi taraflar ve tarafların küllî ve cüz'i halefleri arasında etkili olup üçüncü kişilere karşı etkili olmamakla birlikte, tarafların üçüncü kişi lehine yetki sözleşmesi kurarak genel kurala bir istisna getirmeleri mümkündür.[12] Üçüncü kişi lehine yetki sözleşmesi, BK. m.111 (TBK m. 129)'de düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşmenin farklı bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, BK. m.111'in kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır.[13] Ancak, üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesinin geçerliliği de HMK. m.17'ye tâbi olacağından, üçüncü kişi tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadıkça geçerli bir sözleşmeden söz edilemeyecektir.

B - Kesin Yetki Kuralının Bulunmaması

HMK. m.18'de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda ve kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmiştir.[14] Kanun koyucu, temeli kamu düzenine dayanan yetki kurallarının bulunması halinde, yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermeyerek, söz konusu yetki kurallarının bertaraf edilmesini önlemek istemiştir. Kanun' un ifadesinden, kanunda belirtilen yer veya yerler dışında başka bir yerde dava açılmayacağı anlaşıldığı takdirde, o davadaki yetki kuralı kesin yetki kuralı olarak kabul edilmektedir. [15]

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda terekeye ilişkin davalardan terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar

---

[12] Üçüncü kişi lehine yetki sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, s. 75-76.

[13] Christian **Fischer**, Les Conventions De Prorogation De For Inter-Intracantonales En Droit Fédéral Et En Procédure Civile Vaudoise, Lausanne 1969,s.197.

[14] MÖHUK. m.40'ın iç hukuka yaptığı atıf üzerine HMK. m.18/f.I uygulanacak ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkları görmesi hususunda Türk Mahkemeleri yetkili kılınamayacaktır. MÖHUK. m.47'ye göre akdedilecek olan uluslararası yetki sözleşmelerinin geçerliliği ise, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmemiş olmasına bağlı bulunacaktır. Uluslararası özel hukuk anlamında, münhasır yetki kavramı ile kast edilen, Kanun tarafından Türkiye'de her zaman yetkili olabilecek bir mahkemenin gösterilmiş ve o yetki kuralının davanın sadece Türk Mahkemeleri'nde görülmesini sağlamak amacıyla getirilmiş olmasıdır. Bir uyuşmazlıkta, Türkiye içerisinde yalnızca tek bir mahkemenin veya birden fazla mahkemenin yetkili kılınması önemli olmayıp, asıl olan bir uyuşmazlık hakkında sadece Türk Mahkeme veya Mahkemeleri'nin yetkili kılınmasıdır. Bu durumda, milletlerarası anlamda münhasır yetki bir davanın mutlak surette Türk Mahkeme veya Mahkemeleri'nde görülmesi hususunda bir yetki kuralının bulunması durumunda ortaya çıkmaktadır. Aysel **Çelikel**, Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları, MHB 1982, S.2, s.9; Atâ **Sakmar**, Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s.99; Nuray **Ekşi**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2.Bası, İstanbul 2000, s.214; **Nomer/ Şanlı**, s.450; **Nomer,** s.111. Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, anılan kavram kesin yetki ile aynı anlama gelmektedir.

[15] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 127.

ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalarda ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili kılınmıştır. (HMK. m. 11/f.I,a-b)[16] Taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine ya da alıkoyma hakkına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi ile irtifak haklarına ilişkin davalarda da üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkeme kesin yetkilidir. (HMK. m.12/f.I-II)[17] Özel hukuk tüzel kişilerinin ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerine karşı açacakları davalarda ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme kesin yetkili kabul edilmiştir. (HMK. m.14/f.II)[18] Can sigortalarında ise, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine ya da aleyhine açılacak davalarda

[16] Miras bırakanın son yerleşim yerindeki mahkemenin kesin yetkisinin kabul ediliş sebebi, miras işlerinin ve bu işlere ilişkin uyuşmazlıkların o mahkemede görülmesi suretiyle, terekenin tasfiyesini kolaylaştırmaktır. Böylelikle, terekenin taksiminde ve tespitinde oluşabilecek dağınıklığa ve hak kaybına son verilmek istenilmiştir. Mustafa Reşit **Belgesay**, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, İstanbul 1944 s.143; Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960, s.98. Ayrıca, miras bırakanın malvarlığına ilişkin olan belgeler, genellikle son yerleşim yerinde bulunduğundan buradaki mahkeme davayı en kolay şekilde ve en az masrafla sonuçlandırabilecektir. Mustafa Reşit **Belgesay**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 41. HMK. m. 11/f.I/a'da HUMK. m.11/f.I, b.1'den farklı olarak, bu davalardan ölüme bağlı tasarrufların iptaline ve tenkisine ilişkin davalar ile miras sebebiyle istihkaka ilişkin davaların miras bırakanın son yerleşim yerindeki mahkemede açılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

[17] Taşınmazların aynını ilgilendiren sözü geçen davalarda kesin yetki kuralının kabul edilmiş olmasının sebebi, tanıkların dinlenmesi, keşif yapılması, tapu kaydı ve tapu sicillerinin incelenmesi gibi genellikle ihtiyaç duyulacak işlemlerin yerine getirilmesinde kolaylık sağlanıp davanın görülmesi esnasında zamandan ve masraftan tasarruf edilmek istenmesidir. HGK, 11.12.1968, 594/816; HGK, 13.6.1984, 14-374/706 (İlter **Erdemir**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1998, s.315-316 ve 318-319). Sayılan tüm işlemlerin yaptırılması için istinabe yoluna başvurulduğu takdirde ise, gereksiz masraf yapılacağı gibi boş yere emek harcanmış ve zaman kaybedilmiş olacaktır. Ergun **Önen**, Gayrimenkul Davalarında Yetki, AÜHFD 1965-1966, C.XXII-XXIII, S.1-4, s.582. HUMK. m.13/f.I'de "Gayrimenkule müteallik davalar, gayrimenkullün bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunur" denildikten sonra HUMK. m.13/f.II'de"Gayrimenkule müteallik dâva sebebi ne olursa olsun gayrimenkulün aynına veya gayrimenkul üzerinde bir hakka veya muvakkat olsa bile onun zilyetliğine veyahut hakkı hapsine mütedair olanlardır" denilmek suretiyle, HUMK. m.13/f.I'deki yetki kuralının hangi davalarda uygulanacağı açıklanmıştı. Ancak, maddede "gayrimenkul üzerindeki bir hakka ilişkin davalar" ifadesinin kullanılmış olması, ayni hakların yanı sıra şahsi hakların da madde kapsamında olup olmadığı sorusunu akla getirebilmekteydi. Konuya ilişkin tartışmalar ve Yargıtay kararları için bkz. **Bolayır**, s. 91. HMK. m. 12'de ise, çelişkilere son vermek için madde başlığında açıkça "taşınmazın aynından doğan davalarda yetki" ifadesine yer verilmiş ve HMK. m.12/f.I'de"taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin ve ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek dava ve işler" denilerek bu husus vurgulamıştır. Ayrıca, taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemenin kesin yetkili olduğu da madde metninde belirtilmiştir.

[18] Kanaatimizce tüzel kişilerin ortaklarına ve üyelerine karşı açacakları davalarla, ortakların ve üyelerin birbirlerine karşı açacakları davalarda tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin kesin yetkili kılınmasının sebebi, uyuşmazlığa ilişkin delillerin en çabuk şekilde tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerde toplanabilecek olmasına dayanmaktadır. HMK. m.14/f.II'de, özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olarak, ortağına veya üyesine karşı açacağı davalar ile bir ortağın veya üyenin diğer ortağa veya üyeye karşı açacağı davalarda tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme kesin olarak yetkili kılınmıştır. Fıkrada, HUMK. m.17, c.2'den farklı olarak, "şirketler, cemiyetler, tesisler" tâbiri yerine "özel hukuk tüzel kişileri" tâbiri kullanılmış ve tüzel kişiliğin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin kesin yetkili olduğu açıkça ifade edilmiştir.

onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili sayılmıştır. (HMK. m.15/f.II)[19]

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki kesin yetki hallerinin yanı sıra İcra ve İflâs Kanunu ile İş Mahkemeleri Kanunu'nda kesin yetki halleri öngörülmüş ve yetki sözleşmesi yapılmasını yasaklayan hükümlere yer verilmiştir.

İflâs davası için yetkili olan mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir.[20] İflâs davalarının, borçlunun muamele merkezinde açılacağına dair yetki kuralı kesin bir yetki kuralıdır. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 154. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere, HMK. m.17'ye göre yetki sözleşmesi akdetmek mümkün değildir ve dava mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılmalıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m.5, c.1 uyarınca, iş mahkemelerinde açılacak olan her davaya davanın açıldığı tarihte davalının Türk Medenî Kanunu hükümlerince yerleşim yeri sayılan yer mahkemesi veya işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili sayılan mahkeme tarafından bakılacaktır.[21] İş davalarındaki yetki kuralları kamu düzeni karakterli olduğundan, tarafların sahip oldukları sözleşme özgürlüğü prensibine bazı kısıtlamalar getirilmiş ve İMK. m.5, c.2'de bu iki yetki kuralına aykırı şekilde yetki sözleşmesi yapılamayacağı düzenlenmiştir. Emredici nitelikteki anılan hükme göre, maddede belirtilen mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yetki sözleşmesi akdedilmesi mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmeden önce doktrinde tartışmalı olan husus, İMK. m.5, c.1'de gösterilen mahkemelerin yetkisini bertaraf etmemek koşuluyla, yetki sözleşmesiyle sözü geçen mahkemelerin yanında başka mahkemelerin de yetkili olarak kabul edilip edilemeyeceğiydi.[22] HMK. m.17'de sadece tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmalarına izin verilmiş olduğundan, işçi ve işveren arasında yetki sözleşmesi akdedilememekte; doktrindeki tartışmaların da herhangi bir önemi kalmamaktadır. Sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerinden, işçi ve işveren arasında yetki sözleşmesi yapılmasını yasaklayan İMK. m.5,

---

[19] Madde gerekçesinde sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın korunması amacıyla bu kişilerin yerleşim yerindeki mahkemenin kesin yetkili kabul edildiği belirtilmiştir. HUMK. m.19/f.I'de tazminat davaları için bazı özel yetki kuralları öngörülmüş; taşınmaz ve taşınır mallara, hayat sigortalarına ilişkin ayrı düzenlemeler getirilmiştir. Sigortanın konusu taşınmaz bir mal ise, sigorta sözleşmesinden doğan tazminat davası, taşınmazın bulunduğu yerde açılabilecektir. Sigortanın konusu belli bir yerde kalması şart kılınan taşınır bir malsa davaya malın bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından, bir yerde devamlı kalmayan, hareket halinde olan taşınır bir malsa, davaya tehlikenin doğduğu yerdeki mahkeme tarafından bakılabilecektir. Hayat sigortalarında ise, sigortalının kendi yerleşim yerindeki mahkemede de sigorta şirketine karşı tazminat davası açması mümkün olabilecektir. HUMK. m.19/f.II'de tarafların söz konusu yetki hükümlerinin aksini kararlaştıramayacakları belirtilmiştir. HMK. 15/f.II'de, HUMK. m.19/f.I ve II'den farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Sigorta ettiren tarafından, sigortalının veya lehtarın lehine ya da aleyhine olan can sigortasından kaynaklanan davaların o kişilerin yerleşim yerindeki mahkemede açılacağı düzenlenmiş ve anılan mahkeme kesin yetkili kılınmıştır.

[20] İflâstan her alacaklının haberdar edilip, bu alacaklıların alacaklarını belirli bir yerde iflâs masasına kaydettirebilmeleri için iflâs davasının, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret (asliye hukuk) mahkemesinde açılması kabul edilmiştir. Saim **Üstündağ**, İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato ve İptal Davaları), 8.Bası, İstanbul 2009, s.35.

[21] Bu mahkemenin yetkili kılınması ile amaçlanan, işçinin işyerinden uzaklaştırılmayıp işyerindeki mahkemede lehindeki ve aleyhindeki davaları takip etmesi hususunda kolaylık sağlanmasıdır. **Kuru**, Usul, C.V, s.5636. Yapılmakta olan işle ilgili olan tüm kayıtlar orada bulunacağından, işçi davada ispat külfetini kolaylıkla yerine getirebilecektir. Hasan **Karaok**, İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi, 274 ve 275 Sayılı Yasalardan Doğan Uyuşmazlıkların Yargılama Yeri, İBD 1968, C.XLII, S.3-4, s.120.

[22] Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Bolayır**, s. 119-121.

c.2'deki hükmün de herhangi bir değeri kalmadığından söz konusu hüküm zımnen yürürlükten kalkmış sayılmalıdır.

C - Sözleşmenin Kurulmuş Olması

1 - Sözleşmenin Yazılı Şekilde Kurulmuş Olması

HMK. m.18/f.II'de sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının bir geçerlilik şartı olduğu açıkça belirtilmiştir.[23] Kanun'un yazılı şekil şartı öngörmüş olmasının sebebi, uyuşmazlığın kanunen yetkili kılınmış olan mahkemeden başka bir mahkemede görülmesi hususunda anlaşan tarafların böyle önemli bir tasarrufa girişirken dikkatli olmaları ve yaptıkları sözleşmenin kendileri için taşıdıkları önemi kavrayabilmeleridir.[24] Kanun tarafından yazılı şekil şartı arandığından, yetki şartının içinde yer aldığı özel hukuk sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tâbi bulunmasa bile, yetki sözleşmesinin yazılı olarak kurulması gerekmektedir. Ayrıca, yetki sözleşmesinin geçerliliği için âdi yazılı şekil yeterli kabul edildiğinden, maddi hukuk sözleşmesinin geçerliliğinin resmi şekil şartına bağlı olması, yetki sözleşmesinin de resmi şekilde yapılmasını gerektirmemektedir.[25]

2 - Sözleşmenin Zımni Şekilde Kurulmuş Olması

Kural olarak, HMK. m. 18/f.II uyarınca, yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. HMK. m.19/f.IV'e göre, yetkili olmayan bir mahkemede dava açılması halinde, davalı tarafından süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunulmadığı takdirde aslen yetkisiz olan mahkemenin yetkisi kabul edilmiş sayılacak ve yetkisiz mahkeme kendiliğinden yetkili hale gelmiş olacaktır. Bu durumda, taraflar arasında zımni olarak bir yetki sözleşmesi yapılmaktadır.[26] Doktrinde, ağırlıklı olarak yetki sözleşmesinin zımni şekilde

---

[23] HUMK. m.22, c.1'de sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, yazılı şeklin sözleşmenin geçerliliği için aranılan bir şart olup olmadığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemişti. HMK. m.18/f. II'de yazılı şeklin yetki sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğu belirtilmek suretiyle konuya ilişkin tartışmalara son verilmek istenilmiştir. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **Bolayır**, s.131, dn:421. MÖHUK. m.40'ın iç hukuka yaptığı atıf üzerine HMK. m.18/f.II uygulanacak ve yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türk Mahkemeleri'ni yetkilendiren sözleşmenin geçerliliği yazılı şekilde kurulmasına bağlı olacaktır. Uluslararası yetki sözleşmelerine ilişkin düzenleme getiren MÖHUK.m.47/f.I'de ise, HMK. m.18/f.II'in aksine, yetki sözleşmesinin geçerliliği için yazılılık şartı aranmamaktadır. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **Bolayır**, s.139, dn: 435. Sözleşmenin geçerliliği açısından yazılı şekil şartı aranmamakla birlikte, MÖHUK. m.47/f.I, c.2 uyarınca sözleşmenin yazılı delille ispat edilmesi gerekmektedir.

[24] Saim **Üstündağ**, Medeni Usul Hukukunda Salâhiyet Anlaşmaları, İÜHFM 1962, C:XXVII, S.1-4, s.318; Hélène **Gaudemet-Tallon**, La Prorogation Volontaire De Juridiction En Droit International Privé, Paris 1963, s.155; İlhan E. **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.Bası, İstanbul 1975, s.160; Necmeddin M. **Berkin**, Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.333.

[25] **Üstündağ**, Salâhiyet, s.321; **Postacıoğlu**, s.160; Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.171; **Kuru**, Usul, C.I, s.558; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 20. Baskı, Ankara 2009, s.179.

[26] HUMK. m.23,c.1'de yetkili olmayan bir mahkemede dava açılması halinde, davalı tarafından ilk itirazda bulunulmadığı takdirde aslen yetkisiz olan mahkemenin yetkisinin kabul edilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, HUMK. m.23,c.1'deki hükümle HMK. m.19/f.IV'teki hüküm arasında bir benzerlik bulunmakta; yetki sözleşmesinin zımnen kurulmasına her iki Kanun'da da imkân tanındığı anlaşılmaktadır. MÖHUK. m.40, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yaptığından HMK. m.19/f.IV hükmü uygulama alanı bulacak ve yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türk Mahkemesi zımni yetki sözleşmesi yoluyla yetkili hale gelebilecektir. Konuya ilişkin görüşler için bkz. **Bolayır**, s.145, dn: 455.

kurulabileceği savunulmaktadır.[27] Kanaatimizce, HMK. m.18/f.I'de yazılı şekil şartı öngörülmüş olmakla birlikte, HMK. m.19/f.IV uyarınca, yetkisiz bir mahkemede dava açılması halinde davalı tarafından yetki itirazında bulunulmadığı takdirde mahkeme kendiliğinden yetkili hale gelmektedir; yani davalı davanın yetkisiz mahkemede görülmesine zımnen rıza göstermektedir. Kanun tarafından bağlanan bu sonuç gereğince, yetki sözleşmesinin zımni olarak da kurulabileceğini kabul etmek mümkündür.

HMK. m.17 uyarınca, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mutlaka tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılmış olması şarttır. Ancak, taraflar tacir veya kamu tüzel kişisi olsun veya olmasın, HMK. m.19/f.IV uyarınca kanunen yetkili olmayan bir mahkemede dava açılması halinde, davalı tarafça cevap dilekçesinde ilk itirazda bulunulmaması halinde yetkisiz mahkeme kendiliğinden yetkili hale gelmektedir. Davalının pasif davranışına kanun koyucu taraflar arasında zımnen bir yetki sözleşmesi yapıldığı sonucunu bağlamaktadır. Görüldüğü üzere, her ne kadar HMK. m.17'de yetki sözleşmesinin mutlaka tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılması şartı aranmış olsa da, yetkisiz bir mahkemenin zımni yetki sözleşmesi yoluyla yetki kazanması için tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları gerekmemektedir. Çünkü, yetki sözleşmesi, yetkinin kesin olmadığı hallerde yapılabildiğinden taraflarca akdedilmiş olan sözleşmenin taraflarından birisi tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa bile, davalı süresi içinde yetki itirazında bulunmadığı takdirde mahkeme yetkili olarak kabul edilecek; HMK. m.19/f.I ve II uyarınca kesin yetki halleri dışında hâkim mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen araştıramayacak olan hâkim taraflarından birisi tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmesine dayanılarak açılan davada re'sen yetkisizlik kararı veremeyecektir. [28]

HMK. m.17 uyarınca, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında bir yetki sözleşmesi yapılmış olmakla birlikte davanın yetki sözleşmesinde kararlaştırılan mahkeme yerine başka bir mahkemede açılması halinde, davalı tarafından ilk itirazda bulunulmadığı takdirde hâkim mahkemenin yetkisizliğini re'sen nazara alamayacaktır. HMK. m.19/f.I ve II'de belirtildiği gibi, kesin yetki halleri dışında hâkim mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen araştıramayacağından davanın açılmış olduğu mahkeme kanunen yetkili olsun veya olmasın o davaya bakmaya devam edecektir. Bu durumda, tarafların aralarında akdettikleri yetki sözleşmesini ortadan kaldırmaları ve zımni yetki sözleşmesi yoluyla yeni bir

---

[27] İsmail Hakkı **Karafakih**, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s.47; Şakir **Berki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959, s.9; Necip **Bilge**, Medenî Yargılama Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1967, s.187; Kadri **Keskin**, Yetki Anlaşmaları, AD Nisan 1973, S.4; s.310; Rifat **Ersoy**, İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1976, s.101; Necip **Bilge**/Ergun **Önen**, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3.Baskı, Ankara 1978, s.202; **Berkin**, s.333; Verda **Çiçekli**, Medeni Usul Hukukunda Yetki İtirazı ve Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) Ankara 1988, s.51; **Kuru**, Usul El Kitabı, s.172; **Kuru**, Usul, C.I, s.559; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.179; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.132. Yetkisiz olan bir mahkemeye müracaat eden davacı, zımnen bu mahkemenin yetkisini kabul etmiş olmaktadır. Davalının da söz konusu mahkemenin yetkisini kabul ettiğine dair herhangi bir cevabı yetkisiz olan mahkemeyi yetkili kılmaya yetmektedir. Ayrıca, davalının esasa cevap süresi içinde bildireceği ilk itirazları arasında yetki itirazına yer vermemesi halinde, mahkemenin yetkisizliğini sonradan iddia etmesi mümkün değildir. Davacının, yetkisiz olan mahkemeye başvurması; davalının ise, yetki itirazında bulunmaksızın, esasa cevap vermesi o mahkemenin yetkisini kabul ettiklerine dair kanunî delil sayılmaktadır (**Belgesay**, Şerh, s.63). Konuya ilişkin tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. **Bolayır**, s. 143-144.

[28] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.133.

mahkemenin yetkisini kabul etmeleri söz konusu olmaktadır.

Kural olarak, yetki sözleşmesinin geçerliliği için sözleşme tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılmış olmalıdır. Ancak, taraflarından biri veya ikisi tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan iki kişi arasında yetki sözleşmesi yapıldığı ve sözleşmede kararlaştırılan mahkemede dava açıldığı takdirde, davalı tarafından yetki sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle o mahkemenin yetkisiz olduğu ilk itiraz yoluyla ileri sürülmemişse, mahkeme kendiliğinden yetkili hale gelecektir. Bu durumda, hâkim yetki sözleşmesinin geçersizliğini re'sen nazara alamayacaktır. Çünkü, HMK. m.19/f.I ve II'den anlaşıldığı üzere, kesin yetki halleri dışında hâkimin mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen araştırması mümkün değildir.

D - Uyuşmazlığın Belirli Olması

HMK. m.18/f.II'de yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerektiği belirtilmiştir.[29] Görüldüğü gibi, Kanun mutlaka yetki sözleşmesinin belirli bir hukukî uyuşmazlığa ya da belirli bir hukukî münasebete ilişkin olarak yapılmasını aramaktadır. O halde, yetki sözleşmesiyle yetkilendirilmiş mahkemenin hangi uyuşmazlığa bakacağının sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekmektedir. Örneğin, *"A ile B arasındaki satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle çıkmış olan uyuşmazlık için İstanbul Mahkemeleri yetkilidir" şeklindeki bir yetki şartı geçerlidir. Aynı şekilde, "bu senetten doğan davaları görmek için İzmir Mahkemeleri yetkili olacaktır"* veya *"aramızdaki ödünç akdinden doğan alacağın miktarının tespiti davasını görmeye Manisa Mahkemeleri yetkilidir"* biçimindeki bir yetki sözleşmesi de geçerli sayılmaktadır. Ayrıca, herhangi bir maddi hukuk sözleşmesinin içinde yer alan *"iş bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için İstanbul Mahkemeleri yetkilidir"* şeklindeki yetki şartı da uyuşmazlık konusu olan hukukî ilişkinin belli olması nedeniyle geçerlidir. Ancak, söz konusu sözleşmede yer alan yetki şartı, yalnızca o sözleşmeye dayanılarak açılacak davalar için geçerli olmaktadır. Buna karşılık, *"bundan böyle yapacağımız tüm satış sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için İstanbul Mahkemeleri yetkili olacaktır"* veya *"bundan böyle aramızda çıkacak tüm uyuşmazlıklar için İstanbul Mahkemeleri yetkili olacaktır"* ya da *"önümüzdeki yıl boyunca aramızda çıkabilecek ihtilâflardan doğan davalar için İstanbul Mahkemeleri yetkili olacaktır"* şeklindeki yetki şartları ise, geçersizdir. Çünkü, saydığımız örneklerde uyuşmazlığın dayandığı belli bir hukukî ilişki

[29] HUMK m.22'de yetki sözleşmesinin geçerliliği için yalnızca uyuşmazlığın belirli olması gerektiğinden söz edilmiş; HMK m.18/f.II'den farklı olarak uyuşmazlığın "belirlenebilir" olmasına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak, doktrinde uyuşmazlığın belirlenebilir nitelikte olması halinde de yetki sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş sayılacağı savunulmuştur. **Bolayır**, s.150. MÖHUK. m.40'ın iç hukuka yaptığı atıf üzerine HMK. m.18/f.II uygulanacak ve yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türk Mahkemeleri'ni yetkilendiren sözleşmenin geçerli olabilmesi için uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekecektir. Uluslararası yetki sözleşmelerine ilişkin olarak, MÖHUK.m.47/f.I'de HMK. m.18/f.II'in aksine, yetki sözleşmesinin geçerliliği için uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması gerektiğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce, MÖHUK. m.47/f.I'de uyuşmazlığın belirli olması gerektiğinden söz edilmemekle birlikte, uyuşmazlığın belirli veya en azından belirlenebilir olması da aranmalıdır. Aksi takdirde, tarafların aralarında çıkabilecek tüm uyuşmazlıkların yetki sözleşmesinde belirtilen mahkeme tarafından çözümleneceğine dair bir sonuca ulaşılacaktır. Bu sonuç, tarafların yetki sözleşmesini kurmaları yönündeki amaçlarına aykırı olacaktır. Konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. **Bolayır**, s.151, dn: 473.

gösterilmemiştir.[30] Ayrıca, HMK. m.18/f.II'de uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirlenebilir olması da "belirlilik" unsurunun gerçekleşmiş sayılması için yeterli görülmüştür. Örneğin, aralarında sürekli bir ticarî ilişki bulunan tarafların *"aramızdaki ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda İstanbul Mahkemeleri yetkilidir"* şeklinde bir yetki sözleşmesi yapmaları halinde uyuşmazlık belirlenebilir nitelikte olduğundan, geçerli bir yetki sözleşmesi kurulduğundan söz edilebilecektir.

HMK. m.17'de tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında yetki sözleşmesi akdedebilecekleri belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yetki sözleşmesinin uyuşmazlığın doğumundan önce veya doğumundan sonra yapılmasının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır; önemli olan sözleşmenin konusunu teşkil eden uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olmasıdır.[31] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmesine konu olacak uyuşmazlıkların belirli bir hukukî sebepten doğması gerektiği belirtilmemiştir; doğduğu hukukî sebep ne olursa olsun her tür uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olmak kaydıyla, yetki sözleşmesine konu olması mümkündür. Bu nedenle, sadece sözleşmeye dayanan uyuşmazlıklar hakkında değil, alacağın doğmuş olması kaydıyla, bir haksız fiil alacağı hakkında da yetki sözleşmesi yapılabilmesi imkân dâhilindedir.[32]

E - Mahkemenin Belirli Olması

HMK. m.18/f.II uyarınca, taraflar yetki sözleşmesinde yetkili kıldıkları mahkeme veya mahkemeleri açıkça belirtmelidirler. Bu durum, yetki sözleşmesiyle yetkilendirilmiş olan mahkemenin belirli olması gerektiğinin bir sonucudur. Yetki sözleşmesinde belli bir şehirdeki mahkemelerin yetkili kılınması, sadece o şehrin merkez ilçesinin yargı çevresindeki mahkemelerin yetkili kılındığı anlamına gelmektedir. Merkez ilçenin dışında, ayrı bir mahkeme teşkilâtı bulunan yerdeki ilçe mahkemeleri sözleşmenin kapsamı dışında kalmaktadır.[33]

Yetki sözleşmesiyle tarafların birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilecekleri

---

[30] **Belgesay**, Şerh, s.62; **Ansay**, s.103; **Bilge**, s.187; Bilge **Umar**, İktisatçılar İçin Medenî Usûl Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Ders Notları, İzmir 1973, s.12; Keskin, s.311; Hüseyin **Anaral**, Yetki Sözleşmesi, AD Ocak-Nisan 1977, S.1-2, s.123; **Bilge/Önen**, s.202; Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.41; **Berkin**, s.334; **Kuru**, Usul El Kitabı, s.172; **Kuru**, Usul, C.I, s.561-562; H.Yavuz **Alangoya**/M. Kâmil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2009, s.106; **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s.179-180; **Pekcanıtez/ Atalay/Özekes**, s.132.

[31] **Postacıoğlu**, s.161.

[32] **Bolayır**, s.142.

[33] Yargıtay, "ihtilaf halinde İstanbul Mahkemeleri yetkilidir" şeklindeki bir yetki şartının, ayrı bir mahkeme teşkilâtı bulunan Sarıyer Mahkemeleri'ni kapsamayacağı sonucuna varmıştır. 3.HD, 31.3.1969, 1495/1585 (Senai **Olgaç**, Hukuk Davalarında Görev ve Yetki, Ankara 1977, s.184).

gerek HMK. m.17'de, gerekse HMK. m.18/f.II'de belirtilmiştir.[34] Belirli ve açık olmak şartıyla birden fazla mahkemeye yetki tesis edilmesi mümkün olmakla birlikte, birden fazla mahkemenin yetkilendirilmesi hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermemelidir; yani yetki sözleşmesi yoluyla taraflardan birine nerede isterse orada dava açabileceği biçiminde birçok mahkemenin yetkili kılınmasına imkân tanınmamalıdır.[35]

Taraflardan her ikisinin veya sadece birinin istediği yerdeki mahkeme veya mahkemelerde dava açabileceğine ilişkin bir yetki sözleşmesi, yetkili mahkemenin açıkça belirtilmemiş olması nedeniyle geçersiz sayılacaktır.[36] Ancak, "belirli olma" kavramının, sözleşmenin yapıldığı tarihin nazara alınması suretiyle, "belirlenebilir olma" şeklinde geniş yorumlanması gerekmektedir. Örneğin, sözleşmenin imzalandığı yerdeki mahkemenin yetkili olacağına veya bir avukatlık sözleşmesinin içinde yer alan avukatın bürosunun bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olacağına ilişkin bir yetki sözleşmesi de geçerlidir; yetkili mahkeme dava tarihi itibariyle belirlenebilir durumdadır.[37] Kanaatimizce de "belirlilik" unsurunun geniş yorumlanması isabetlidir. Çünkü, taraflar yetki sözleşmesini akdederek uyuşmazlığa kanunen yetkili olmayan bir mahkeme tarafından bakılması yönündeki iradelerini ortaya koymaktadırlar. Mahkemenin adı açıkça ifade edilerek veya mahkemenin adı açıkça belirtilmeden somut birtakım veriler sayesinde, tarafların bu sözleşmeyi kurma yönündeki iradeleri anlaşılmaktadır. O halde, sözleşmenin geçerli olabilmesi için mahkemenin "belirlenebilir" olması sözleşmenin geçerliliği için aranılan "belirlilik" unsurunun

---

[34] Örneğin, İstanbul ve Ankara Mahkemeleri yetkilidir şeklinde bir yetki sözleşmesi geçerlidir. HUMK. m.22, c.1'de "salâhiyettar olmayan mahal mahkemesi" ifadesine yer verilmiş olduğundan, doktrinde ağırlıklı olarak, tarafların yetki sözleşmesi yoluyla yalnızca tek bir mahkemeyi yetkili kılabilecekleri kabul edilmekteydi. Bu görüşün savunulmasının sebebi, sözleşmenin güçlü tarafının güçsüz tarafa yetkisiz bir mahkemenin yetkisini sözleşme yoluyla kabul ettirmesini engellemek ve güçlü olan tarafın istediği yerde dava açma imkânına kavuşmasına mâni olmaktı. Yargıtay ise, bazı kararlarında belirli ve açık olmak şartıyla birden fazla mahkemenin yetkilendirilebileceğini kabul ederken, bazı kararlarında ise tek bir mahkemenin yetkili kılınması gerektiği görüşündeydi. Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları için bkz. **Bolayır**, s.155-156. HMK. m.17'de açıkça tarafların yetki sözleşmesinde bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilecekleri düzenlenmek suretiyle, söz konusu tartışmalara son verilmek istenilmiştir.

[35] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.132.

[36] **Belgesay**, Şerh, s.62; **Karafakih**, s.46; Lütfü **Dalamanlı**, İçtihatlı Görev ve Yetki, Muhakeme Usulleri ve Kanun Yolları, Ankara 1980, s.22; **Kuru**, Usul El Kitabı, s.172; **Erdemir,** s.340; **Kuru**, Usul, C.I, s.563; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.180. Davalı, davacının keyfi iradesine tâbi kılınmış olduğundan, savunmasını uygun olmayan şartlar altında yapacağı bir mahkemeye çağrılabilecektir. Bu nedenle, o tarz sözleşmeler kamu düzenine aykırı sayılmalı ve geçersiz kabul edilmelidir. Kural olarak, taraflar yetki sözleşmesi uyarınca yetkili olacak mahkemeyi birlikte kararlaştırmalılar; sözleşmede belirli bir yer mahkemesini tayin ve tespit etmiş olmalıdırlar. Aksi takdirde, bir tarafın diğer tarafça her zaman zarara uğratılabilmesi mümkün olacak veya herhangi bir mahkemeyi seçme hususunda tek tarafa tanınmış olan hak her zaman kötüye kullanılabilecektir. **Üstündağ**, Salâhiyet, s.317; **Bilge**, s.187; **Postacıoğlu**, s.161-162; **Bilge/Önen**, s.203; Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.217. Ayrıca, yetki sözleşmesiyle taraflara istedikleri yerdeki mahkemeye müracaat edebilme imkânı tanımak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiyle ilgili hükümleri düzenlerken esas aldığı fikre de aykırıdır. Kanun, mahkemelerin yetkilerini tespit ederken davanın konusunu teşkil eden uyuşmazlığın en çabuk, en az emek ve masrafla, olay mahalline en yakın ve tarafsız bir mahkeme tarafından çözümlenmesini amaçlamıştır. Turgut **Kalpsüz**, Salahiyet Mukavelesi Hakkında, Jurisdictio Kazai İçtihatlar (JKİ),1956/I s.78. Yargıtay da tarafların istedikleri mahkemeye başvuracaklarını düzenleyen yetki sözleşmesinin geçersiz olduğu görüşündedir."Tarafların yetkili mahkemeyi açık ve kesin şekilde tespit etmeleri lazımdır. Alacaklının istediği yerde dava ve takip açabileceğine mütedair salâhiyet hükmü belirli bir mahkemeyi göstermemesi ve taraflardan birinin arzu ve ihtiyarına bağlı tutması itibarı ile kamu düzeni noktasından geçerli değildir." İİD, 18.10.1968, 8943/9393 (Senai **Olgaç**, Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1977, s.149; **Erdemir**, s.347). Aynı yönde: 3.HD, 27.9.1956, 5632 /4526 (**Olgaç**, Görev ve Yetki, s.184).

[37] Cemal **Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3.Bası, İstanbul 2005, s.75.

gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.[38]

HMK. m. 17'de taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça davanın sadece yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemede veya mahkemelerde açılacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda taraflar arasında akdedilmiş olan yetki sözleşmesinin kural olarak münhasır niteliği haiz olduğu açıkça belirtilmiştir.[39] Madde gerekçesinde de açıklandığı gibi, taraflarca özel bir düzenlemeye yer verilmediği takdirde, sözleşmede kararlaştırılan mahkeme ya da mahkemeler münhasır yetkili olacaktır. Ancak, tarafların yetki sözleşmesinde tayin edilen mahkemenin veya mahkemelerin yanı sıra, kanunen genel ya da özel yetkili mahkemelerin de yetkili kalmasını istemeleri, yani münhasır olmayan nitelikte bir yetki sözleşmesi akdetmek amacını taşımaları halinde, bu hususu sözleşmede açıkça belirtmeleri gerekecektir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ise, seçilen mahkemenin münhasır yetkili olup olmadığı hususunda herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak, doktrinde ağırlıklı olarak ve Yargıtay tarafından yetki sözleşmesiyle kararlaştırılan mahkemenin, kanunen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmadığı, yani yetki sözleşmesinin münhasır olmayan bir niteliği haiz olduğu savunulmaktaydı.[40]

Kanaatimizce, tarafların yetki sözleşmesi yoluyla bir mahkemeyi yetkili kılmalarındaki en temel amaçları, aralarındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa menfaatlerine en uygun yerdeki mahkeme tarafından bakılabilmesidir. Taraflar, kanundaki yetki kurallarının kendi çıkarlarına uygun olmadığı düşüncesiyle böyle bir sözleşmeyi akdetme gereği duymaktadırlar. Ancak, yetki sözleşmesinin münhasır olmayan nitelikte olduğu kabul edildiği takdirde taraflarca kararlaştırılmış olan bu yetki kuralı kanundaki genel ve özel yetki kurallarının yanında yeni bir alternatif olarak ortaya çıkmaktadır. Davanın, yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemenin dışında kanunen yetkili olan mahkemelerin birinde açılması halinde yetki sözleşmesinin herhangi bir anlamı kalmamaktadır; çünkü tarafların bu sözleşmeyi akdetmeleri yönündeki amaçları gerçekleşmemektedir. Bu nedenle, yetki sözleşmesinde kararlaştırılan mahkemenin münhasır yetkili olduğunun kabulü son derece isabetlidir. Hukuk

---

[38] **Bolayır**, s. 155.

[39] MÖHUK. m.40'ın iç hukuka yaptığı atıf üzerine HMK. m.18/f.II uygulanacak; yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türk Mahkemeleri'nin yetkilendiren sözleşmenin geçerli olması için mahkeme veya mahkemelerin belirliliği şartları da aranacaktır. Doktrinde ağırlıklı olarak, HMK. m.18/f.II'ye göre, açıkça yetkili mahkemenin belirtilmesi gerektiğinden Türkiye sınırları içinde hangi yerdeki mahkemenin yetkilendirildiğinin de ifade edilmesinin şart olduğu, "Türk Mahkemeleri yetkili olacaktır" şeklindeki bir sözleşme ile Türk Mahkemeleri'nin milletlerarası yetkili duruma gelmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır. Konuya ilişkin görüşler için bkz. **Bolayır**, s.157, dn:485. Ayrıca, HMK. m.17 uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde sözleşmeyle yetkilendirilen Türk Mahkemesi veya Mahkemeleri münhasır yetkili olacaktır. Mahkemenin belirli olması şartı, HMK. m.18/f. II'deki gibi uluslararası yetki sözleşmelerine ilişkin MÖHUK. m.47/f.I'de de yetki sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak öngörülmektedir. MÖHUK. m.47/f.I, c.3'de yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk Mahkemeleri'nde yetki itirazında bulunulmaması halinde, davaya yetkili Türk Mahkemesi tarafından bakılacağı belirtilmiştir. Bu durumda, bir yetki sözleşmesinin varlığı durumunda, seçilen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz görmedikçe veya davayı görmekten kaçınmadıkça yetkili Türk Mahkemesi'nde dava açılamayacak; dava açılması halinde ise, yetki itirazıyla karşılaşılabilecektir. Yetki sözleşmesinin bulunmasına rağmen, Türk Mahkemesi'nde dava açılması üzerine davalı tarafından yetki itirazında bulunulmadığı takdirde, davanın Türk Mahkemesi tarafından görülebileceği de maddede ayrıca belirtilmiş ve böylelikle, yabancı devlet mahkemesinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu vurgulanmak istenilmiştir. Görüldüğü üzere, iç hukuktaki yetki sözleşmelerinde olduğu gibi, milletlerarası yetki sözleşmelerinde de sözleşmede kararlaştırılan mahkeme münhasır yetkili durumdadır.

[40] Bu konudaki görüşler ve Yargıtay kararları için bkz. **Bolayır**, s. 159-162.

Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak, yetki sözleşmesi yapabilecek olan kişilere ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmediğinden, sözleşmenin ekonomik ve sosyal açıdan eşit konumda olmayan kişiler arasında da akdedilmesi mümkündü; bu nedenle zayıf tarafı korumak amacıyla yetki sözleşmesindeki mahkemenin münhasır yetkili olduğu kabul edilmemişti. Eşit konumda olmayan taraflar arasında yapılan yetki sözleşmesi, güçlü tarafça kendi çıkarına uygun bir şekilde düzenlenmekte ve adeta bir baskı aracı olarak karşı tarafa dayatılmaktaydı. Zayıf tarafı korumanın en etkin yolu da ona yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemenin dışında, kendi menfaatine en uygun olan kanunen genel veya özel yetkili mahkemelerde dava açma imkânını tanımaktı. Oysa, HMK. m. 17'de yetki sözleşmesinin sadece ekonomik bakımdan eşit seviyede bulunan tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılmasına yönelik bir kanunî düzenleme getirildiğinden, taraflardan herhangi birinin çıkarlarının zarar görmesi söz konusu olmamakta; yetki sözleşmesi aracılığıyla münhasır yetkili mahkeme tesis etmek menfaatler dengesine uygun düşmektedir.

Yetki sözleşmesinde kanunen yetkili olan bir mahkemenin belli bir davaya bakamayacağının kararlaştırılması halinde söz konusu olan "olumsuz yetki sözleşmesi" münhasır yetki sözleşmesiyle doğrudan bağlantılı olan bir kavramdır. Bu nedenle, olumsuz yetki sözleşmesi kurulup kurulamayacağı meselesine değinmekte yarar görüyoruz.

HMK. m.17'de sadece tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları mümkün kılınmıştır. Aksi kararlaştırılmadıkça, yetki sözleşmesinde belirtilen mahkeme münhasır yetkili olacaktır. Söz konusu mahkemenin münhasır yetkili olması, kanunen genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkilerinin bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda, olumsuz yetki sözleşmesi yapılmasına Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda izin verildiği sonucuna ulaşmamız mümkündür.[41] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda her ne kadar yetki sözleşmesinde kararlaştırılan mahkemenin münhasır yetkili olup olmadığı hususunda herhangi bir düzenleme yer almasa da, sözleşmeyle yetkili kılınan mahkemenin münhasır yetkiye sahip bulunmadığı düşüncesine paralel olarak, doktrinde savunulan ağırlık görüş tarafından olumsuz yetki sözleşmesi kurulmasına imkân tanınmamıştır.[42] Yetki sözleşmesinin münhasır niteliği haiz olmadığı kabul edildiğinden taraflar yetki sözleşmesiyle yetkili olmayan mahkemeyi yetkili duruma getirebilmekle birlikte, kanunen yetkili mahkemenin veya mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıramamaktaydılar; kanunen yetkili mahkemenin veya mahkemelerin yetkisini bertaraf eden olumsuz yetki sözleşmesi geçerli olarak kabul edilmemekteydi. Çünkü, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak

[41] Hakan **Pekcanıtez**, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.19; Bilge **Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, Ocak-Şubat 2007, s.323; Ejder **Yılmaz**, « Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı » Neler Getiriyor ?, Manisa Barosu Dergisi Temmuz 2008, s. 48 ; Süha **Tanrıver**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 İlâ 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi, AÜHFD 2008/3, s. 642 ; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 132.

[42] Konuya ilişkin görüşler için bkz. **Bolayır**, s.169-170.

herkese yetki sözleşmesi yapabilme imkânı tanındığından, sözleşme ekonomik ve sosyal açıdan eşit konumda olmayan kişiler arasında da kurulabileceğinden akdin güçlü tarafına karşı zayıf tarafı korumak amacıyla, zayıf tarafa sözleşmede belirtilen mahkemenin dışında kendi menfaatine en uygun olan kanunen genel ve özel yetkili mahkemelerde dava açma fırsatı verilmesi amaçlanmaktaydı.

II-Yetki Sözleşmesinin Zaman İtibariyle Uygulanma Alanı

Doktrinde ağırlıklı olarak, yetki sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu savunulmaktadır.[43] O halde, yetki sözleşmesinin zaman itibariyle uygulanma alanını tespit edebilmek için usûl kurallarının zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin prensiplerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda, eğer, yeni yürürlüğe giren kanun yeni hükümlerin ne zaman yürürlüğe gireceğini açıkça düzenlemişse, özel bir inceleme yapılmaksızın bu hükme göre yeni hükümler uygulanmaya başlayacaktır.[44] HMK. m. 451'de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtildiğinden, bu tarihten itibaren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri uygulanma alanı bulacaktır. Medenî usûl hukukunda HMK. m.448'de belirtildiği üzere, "derhal uygulanırlık" kuralı geçerli olduğundan, bir dava yeni bir usûl hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı takdirde, bu davaya aksine bir hüküm bulunmadıkça yeni usûl kuralları uygulanacak; dava konusu işlemin daha önce yapıldığı ileri sürülerek o sırada geçerli olan usûl kurallarının uygulanması istenemeyecektir. Usûl kurallarının derhal uygulanmasının gereği olarak, bir dava davanın temeli olan uyuşmazlık konusu olan olayın meydana geldiği tarihteki usûl kurallarına değil; uyuşmazlığın mahkeme önüne getirildiği tarihteki usûl kurallarına tâbi olarak görülecektir.[45] Usûl kurallarının derhal uygulanacağı ilkesi bir usûl hukuku sözleşmesi olan yetki sözleşmesi hakkında da etkili olacak ve 1 Ekim 2011 itibariyle yetki sözleşmesinin geçerli şekilde kurulup kurulmadığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri ışığında değerlendirilecektir. O halde, bir yetki sözleşmesi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu sırada, yani 1 Ekim 2011'den önce bu Kanun hükümlerine uygun olarak kurulmuş olmakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre geçerli değilse, 1 Ekim 2011'den itibaren hiçbir şekilde hüküm doğurmayacak; sözleşmede kararlaştırılan mahkemede dava açılması halinde mahkemenin yetkisine itiraz edilebilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmesi yapma hakkının yalnızca tacirlere veya kamu tüzel kişilerine tanınması Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasındaki en temel farklılık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple,

---

[43] Gerek dava sırasında gerekse davadan önce akdedilen yetki sözleşmesinin yargılama süreci üzerinde doğrudan usûlî etkiler meydana getirdiği kabul edilmektedir. Ancak, yetki sözleşmesi kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, kanunî düzenlemede usûl hukukuna ilişkin temel esaslara yer verildiğinden, kanun boşluğu olarak ortaya çıkabilecek eksikliklerin maddi hukuk sözleşmelerine dair kuralların kıyasen uygulanması suretiyle giderilebileceği savunulmaktadır. **Fischer**, s. 49 vd; **Donzallaz**, s. 296. Türk Hukuku'nda da yetki sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Görüşlere ilişkin geniş açıklama için bkz. **Bolayır**, s.44-45. Yetki sözleşmesinin hukukî niteliği usûl hukuku teorisinin dışında maddi hukuk teorisi ve karma görüş teorisi aracılığıyla da açıklanmaya çalışılmaktadır. Söz konusu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, s. 43-44.

[44] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.61.

[45] Hakan **Pekcanıtez**, Medenî Usûl Hukuku'nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, GÜHFD 2005/2, s. 181; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 62.

Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kişiler arasında akdedilmiş olan yetki sözleşmelerinin geçerli olup olmayacağı sorusu uygulamada sıklıkla karşımıza çıkacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış olan bir yetki sözleşmesi geçersiz olacak; taraflarca kararlaştırılan mahkeme yetki kazanamayacaktır.[46] Burada yetki sözleşmesine göre yetkilendirilmiş olan mahkemede dava açılmadan önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girip yetki sözleşmesi üzerinde derhal uygulanma etkisi göstermesi sebebiyle Kanun'a uygun olarak akdedilmemiş olan yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz.

Karşımıza çıkabilecek diğer bir mesele, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre geçerli olarak kurulmuş olan bir yetki sözleşmesine dayanarak dava açılmış olmakla birlikte, dava görülürken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ve bu Kanun'a göre sözleşmenin geçersiz sayılmasının dava üzerinde herhangi bir etki doğurup doğurmayacağıdır. Meseleyi çözüme kavuşturmak için HMK. m.448 hükmü dikkate alınmalıdır. Söz konusu hükme göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacaktır. Usûl kurallarının zaman itibariyle uygulanmasında derhal uygulanırlık kuralının yanı sıra usûl işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığının da göz önünde tutulması gerekmektedir. Dava, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlamakta, bir kararla sonuçlanıncaya kadar devam etmektedir; bu süreç içinde çeşitli usûl işlemleri yapılmaktadır. Dava içinde yapılan usûl işlemi tamamlanmışsa, yeni yürürlüğe giren kanun o usûl işlemi hakkında etkili olmayacak; eski kanuna göre geçerli olarak yapılmış olan usûl işlemi geçerliliğini koruyacak; buna karşılık, tamamlanmamış usûl işlemleri yeni kanuna göre yapılacaktır.[47] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre geçerli olarak kurulmuş olan bir yetki sözleşmesine dayanarak sözleşmeyle kararlaştırılan mahkemede dava açıldıktan sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girse ve yetki sözleşmesi bu Kanun'a göre geçersiz olsa bile mahkemenin yetkisine itiraz edilemeyecek; mahkeme davaya bakmaya devam edecektir. Çünkü, davanın açılması tamamlanmış bir usûl işlemidir ve dava o sırada yürürlükte olan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre geçerli bir yetki sözleşmesine dayanarak yetki kazanmış olan bir mahkemede açılmıştır.

SONUÇ

Yetki sözleşmesi, asli etkisini usûl hukuku alanında gösterdiğinden, tam anlamıyla bir usûl hukuku sözleşmesidir ve maddi hukukta geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesinin medenî usûl hukukundaki bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, yalnızca usûl hukuku hükümleriyle sözleşmeye ilişkin tüm meselelerin değerlendirilmesi mümkün olmadığından, ilgili hükümlerin

[46] Bir bononun altında imzası bulunan kişi tacir değilse, bu kişinin 1 Ekim 2011 tarihinden önce imzaladığı bonodaki yetki şartına dayanılarak, dava açılması halinde mahkemenin yetkili olduğundan söz edilemeyecektir. Yetki sözleşmesinin her iki taraf tacir olmakta birlikte, sözleşmeyi imzalayan kefil tacir olmadığı takdirde 1 Ekim 2011 tarihinden sonra kefile karşı yetki sözleşmesine dayanarak dava açılamayacaktır. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.131.

[47] **Postacıoğlu**, s.14; **Berkin**, s.68; **Pekcanıtez**, Zaman İtibariyle Uygulanma, s.182; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.16; **Pekcanıtez/ Atalay/Özekes**, s. 62.

yetersiz kaldığı hususlarda borçlar hukuku ilkelerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, hükümsüzlüğü gibi konularda sözleşmeler hukukunun genel ilkeleri, yani borçlar hukuku kaideleri esas alınmalıdır.

Sözleşmenin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması, kesin yetki kuralının bulunmaması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması, uyuşmazlığın ve mahkemenin belirli olması yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları olarak, HMK. m.17 ve 18'de öngörülmüştür. Usûl kurallarının derhal uygulanmasının gereği olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 1 Ekim 2011'den itibaren yetki sözleşmesine dayanılarak dava açılması halinde davaya bakan mahkemenin yetkili olup olmadığı HMK. m.17 ve 18 hükümlerinin dikkate alınması suretiyle tespit edilecektir.

VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK BİLGİ ve BELGELERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TEMİN EDİLMESİ

Şükrü SAY[1]

GİRİŞ

Bu çalışmada, UYAP, VEDOP ve BİLGE sistemlerinin birbirine entegrasyonu sağlanarak, vergi uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik bilgi ve belgelerin elektronik ortamda temin edilmesinin öneminden bahsedilmiştir. Çalışmada, öncelikli olarak genel hatlarıyla vergi yargılama hukuku ilkelerinin belirtilmiştir. Bunun sebebi, bahse konu bilgi ve belgelerin elektronik ortamda temin edilmesinin bu ilkelerle çelişmediği, aksine bu ilkelerin temel amaçlarıyla örtüştüğünü ortaya koymaktır. Ardından, günümüz Türk vergi idaresi ve vergi yargısı uygulamasında birbirinden bağımsız olarak kullanılan elektronik sistemlerin (UYAP, VEDOP ve BİLGE sistemlerinin) genel özellikleri açıklanmıştır. Daha sonra, uyuşmazlıkların çözümü için bilgi ve belgelerin temini hususunun gerekliliği uygulamadan örneklerle izah edilmiştir. Ayrıca, bu konunun uluslar arası boyut taşıma potansiyeli sebebiyle Avrupa için yeni bir e-adalet sistemi tasarımı olarak kabul edilen e-codex projesinin varlığından bahsedilmiştir. Özetle, çalışmada, vergi uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik bilgi ve belgelerin elektronik ortamda temin edilmesinin gerçekleşmesi durumunda, vergi yargılama sürecinin basitleşeceği, yargılamanın daha az masraflı ve fakat daha süratli hale geleceği, böylece adalete ciddi katkı sağlanacağı vurgulanmıştır.

1. VERGİ YARGILAMA HUKUKU İLKELERİ

2577 Sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK'un) 1/b.1. maddesinde yer alan *"Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanunda gösterilen usullere tabidir."* hükmü uyarınca vergi yargılama hukuku ilkelerinin yasal dayanağı, İYUK ya da burada hüküm yoksa İYUK'un atıfta bulunduğu diğer kanunlardır.

1.1. Yazılılık İlkesi

Vergi yargılama hukukunda uyuşmazlıkların çözümünde yazılılık ilkesi geçerlidir[2]. İYUK'un 1/2. maddesindeki; *"Danıştay, bölge idare mahkemeleri… ve Vergi Mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır."* ifadesiyle bu durum açıkça belirtilmiştir.

Yazılı yargılamanın asıl olması, vergi yargılama hukukunun en önemli

---

[1] İstanbul Vergi Mahkemesi Hâkimi

[2] Şükrü Kızılot / Zuhal Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm yolları*, Yaklaşım, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, 2007, s.289.

özelliğidir. Böylece; dava ve cevap dilekçeleri, yazılı olarak verilir ve şekle tabidir. Kararlar, kural olarak duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden yapılan inceleme sonucu verilir. Mahkeme, tarafların yazılı iddia ve savunmaları ile bu iddia ve savunmaları desteklemek amacıyla dosyaya ibraz edilen belgeleri ve ilgili kişi ve kuruluşlardan, bizzat getirteceği diğer bilgi ve belgeleri değerlendirmek; gerektiğinde, keşif yapmak ve bilirkişi görüşüne başvurmak suretiyle bir yargıya ulaşmak durumundadır. Duruşma istisnaidir ve dava süresince, yalnızca bir kez yapılır. Duruşma yapılması, vergi yargılama hukukunun yazılılık ilkesine aykırılık oluşturmaz[3].

Yazılılık ilkesinin temel amacı, davayı hızlandırmak suretiyle uyuşmazlığı en kısa sürede çözümlemek olduğundan[4], yargılamanın asıl amacına uygun olduğu söylenebilir.

1.2. Re'sen Araştırma İlkesi

Yargılama teorisinde, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi konusunda birbirinin karşısında yer alan iki ilkenin varlığından söz edilmektedir. Bunlardan birine göre taraflar, diğerlerine göre de mahkeme bu konuda yetkili ve görevlidir. Birinci halde *"taraflarca hazırlama ilkesi"*, ikinci halde ise, *"re'sen araştırma ilkesi"*nin geçerli olduğu kabul edilir[5].

Medeni yargılama hukukunda, *"taraflarca hazırlama ilkesi"* söz konusu olup, mahkeme bu ilke gereğince tarafların sundukları iddia, savunma ve delillerle bağlıdır, re'sen (kendiliğinden) delil araştırması yapamaz[6]. Diğer bir deyişle, *"sınırlı araştırma usulü"* kullanıldığından, mahkeme, tarafların iddia, delil ve def'ileriyle[7] bağlıdır[8].

Buna karşın; ceza yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri *"maddi gerçeğin re'sen araştırılması ilkesi"*dir ve medeni yargılama hukukundaki şekli gerçek ile yetinilmesinin aksine, maddi gerçeğin aranıp, araştırılmasını ve uyuşmazlığa ilişkin her delilin, her belirtinin maddi gerçeğin aydınlatılıp aydınlatılmaması bakımından yargı yeri tarafından değerlendirilmesini ifade eder[9].

Vergi yargılama hukuku da, ceza yargılama hukuku gibi bir kamu hukuku dalı olup, kamu düzeninin korunmasını amaçladığından *"re'sen araştırma ilkesi"* burada da söz konusudur[10].

---

[3] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Ekim 2005, s. 53.

[4] Şerafettin Aksoy, *Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargı Sistemi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 177.

[5] Yusuf Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukuku*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 83.

[6] Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara, 2004, s. 405.

[7] Def'i; davalıya, davacı tarafından talep edilen hakkı yerine getirmekten kaçınma hakkı vermektedir. Hakkın sahibi tarafından ileri sürülmedikçe, mahkemece re'sen dikkate alınmazlar. (H. Yavuz Alangoya / M. Kamil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 254,255.)

[8] Nihat Edizdoğan / Metin Taş / Ali Çelikkaya, *Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku*, Ekin, 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 285.

[9] Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, Onbirinci Bası, İstanbul, 2000, s. 31.

[10] Mehmet Tosuner / Zeynep Arıkan, *Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümü ve Türk Vergi Yargısı*, İzmir, 2003, s. 117.

Böylece; vergi yargılama hukuku, medeni yargılama hukukundan ayrılmaktadır. Denilebilir ki; bir anlamda ceza yargılama hukukundaki *"re'sen araştırma ilkesi"* vergi yargılama hukukunda da geçerlidir[11]. Mali hukukun bir dalı olan vergi yargılama hukukunda, bu ilkenin benimsenmesi ile uyuşmazlığın hukuka uygun ve gerçekçi çözümlenmesi olanağı sağlanmıştır[12].

Bu ilkenin yasal dayanağı ise, İYUK'un 20/1. maddesindeki; *"Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar."* hükmüdür.

Re'sen araştırma; bu ilke gereğince hareket etme yetki ve göreviyle donatılmış olan vergi yargı yerinin, vergi idaresince gerçekleştirilen işlemlerin hukuka uygunluğu denetimini gerçekleştirmek için gerekli her türlü araştırmayı kendiliğinden yapmasını gerektirir. Bu madde ile vergi yargı yerine verilen re'sen araştırma ve inceleme görev ve yetkisi son derece kapsamlıdır. Buna dayanarak mahkeme, tarafların iddia ve savunmaları ile yetinmeyerek, gerekli her inceleme, bilgi edinme ve araştırma yollarını tüketmek zorundadır. Re'sen araştırma ilkesinin bir gereği olarak tarafların dava konusunu nitelendirmesine ilişkin değerlendirmeler hâkimi bağlamamaktadır[13].

Vergi yargısında yargılamanın idaresi, taraflara değil, yargı yerine ait olduğundan, uyuşmazlığın çözümünde, tarafların getirdikleri bilgi ve belgelerle bağlılık durumu söz konusu değildir. Davaya konu vergisel işlemin hukuka uygunluğunu, tarafların getirdikleri belge ve bilgilerle yetinmeyip, yargı yeri bizzat kendisi, herhangi bir istek olmaksızın, araştırmalıdır[14].

Diğer bir anlatımla; İYUK'un 20/1. maddesi hükmü uyarınca, vergi yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler[15].

Görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet ve dava dilekçelerinin İYUK'un 3. ve 5.'inci maddelerine uygun olup olmadıkları yönlerinden yapılacak incelemeler, ilk inceleme konularından olup, bu ilke kapsamında, taraflarca ileri sürülmeseler de davanın her safhasında re'sen dikkate alınmalıdır[16]. Bununla beraber vergi yargı yerleri, re'sen araştırma yetkisini davanın esası aşamasında da kullanabilirler/kullanmalıdırlar[17].

1.2.1. Re'sen Araştırma İlkesi Yöntemi Olarak Ara Kararı

Yargı yerleri, görülmekte olan davanın çözümüne ilişkin gerekli olan bilgi

---

[11] Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983, s. 539.

[12] Metin Taş, *Vergi Yargısı*, Ekin Kitabevi, 2. Basım, Bursa, 2005, s. 72.

[13] Şener Özkan, *Vergi Yargılama Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 34.

[14] Candan, Açıklamalı İdari Yargılama, s. 55.

[15] Mehmet Batun, "Vergi Yargılamasına Egemen Olan İlkeler", Yaklaşım Dergisi, Ankara, S. 206, Şubat 2010, s. 259.

[16] Safiye Yılmaz, "Vergi Yargısında Resen Araştırma İlkesi İle İdarenin Yerine Geçerek İşlem Tesisi Yasağı ve Arasındaki İlişki", Adalet Dergisi, Ankara, S. 35, Eylül 2009, s. 200.

[17] Çağdaş Evrim Ergün, "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. 55, S. 2, 2006, s. 76.

ve belgelerin getirtilmesi amacıyla "ara kararı" yapmalıdırlar. İYUK'un 20. maddesindeki *"1...Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu hususstaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. 2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir."* ifade ile ara kararı gereğinin yerine getirilmesinin zorunluluğuna dikkat çekilmiştir.

Re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde vergi yargı yerleri, uyuşmazlığın çözümü, maddi ve hukuki uyuşmazlığın açıklığa kavuşturulması, kamu düzenini ilgilendiren konularda hukuka uygun davranılıp davranılmadığının ve tarafların iddia ve savunmalarının doğruluğunun saptanması amacıyla gerekli, her türlü belge ve bilgiyi, ilgili kişi ve kuruluşlardan ara kararı ile isteyebilir[18].

Uygulamada, ara kararlarının yerine getirilmesi için ilgili yerlere genelde, otuz günlük süre tanınmaktadır. Fakat davanın öncelikli işlerden olması halinde, bu süre kısaltılabilmektedir. Belirtilen sürede ilgili yer tarafından ara kararının gereği yerine getirilmezse, sadece bu durum dikkate alınarak, vergisel işlemin iptali ya da davanın reddi gibi nihai bir karar verilemez.

1.3. Usul Ekonomisi İlkesi

Dayanağı Anayasa'nın 141/4. maddesindeki; *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."* hükmünün doğal bir sonucu olan bu ilke; kanunlarda öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen olağan zamanın aşılmamasını, gereksiz gider yapılmamasını amaçlamakta ve bunu hâkime bir görev olarak yüklemektedir. Basitlik, ucuzluk ve hızlılık söz konusu ilkenin temel öğeleridir[19].

"Çabukluk ve ucuzluk ilkesi" de denilen bu ilke, vergi uyuşmazlıklarının en kısa sürede ve en az masrafla çözüme kavuşturulmasını ifade etmektedir. Bu ilke gereği, hem delillerin tespitinde, hem de yargılamanın yapılmasında kural olarak, çabuk ve ucuz bir şekilde sonuca ulaşmayı temin edecek düzenlemelere gidilmesi gerekmektedir[20]. Objektif hukukun gerçekleştirilmesi ne kadar ucuz ve hızlı sağlanırsa, yargılamanın kamuya yararlığı da o ölçüde önem kazanır. Vergi yargılama hukukunda amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğu için usul ekonomisi ilkesi, medeni yargılama hukukundan daha fazla önem taşımaktadır[21].

Söz konusu ilkeye Danıştay içtihatlarında çok kez değinilmekte ve bu ilkenin

---

[18] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu,* s.559

[19] Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. 57, S. 1, 2008, s. 243.

[20] Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukuku,* s. 112–114.

[21] Yahya Zabunoğlu, "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s. 100.

üzerinde önemle durulmaktadır[22]. Bu içtihatlara göre, vergi mahkemelerince usul ekonomisi ilkesine uygun hareket ile yargılamanın yapılması gerekmektedir[23].

2. UYAP, VEDOP VE BİLGE SİSTEMLERİ

2.1. Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)

Teknolojinin gelişmesine paralel olarak içinde bulunduğumuz zaman diliminde, bilgisayar ve elektronik iletişim gibi hususlar ön plana çıkmıştır. Öyle ki, e-devlet kavramı bugün gündemimizde yer almaktadır. e-Devlet, vatandaşlara devlet tarafından verilen hizmetlerin elektronik ortamda sunulması demektir. Bu sayede, devlet hizmetlerinin vatandaşa en kolay ve en etkin yoldan, kaliteli, hızlı, kesintisiz ve güvenli bir şekilde ulaştırılması sağlanmaktadır. Bürokratik ve klasik devlet kavramının yerini almaya başlayan e-devlet anlayışı ile her kurumun ve her bireyin bilgi ve iletişim teknolojileri ile devlet kurumlarına ve kurumlarca sunulan hizmetlere kolayca erişmesi hedeflenmektedir[24].

Adaletin temel ilkelerinden en önde geleni hızlı ve ekonomik olmasıdır. Yoğun emek harcanarak ve çok sayıda belge ve kayıt kullanılarak yapılan çalışmalar, zaman ve emek kaybına neden olduğu gibi, işlemleri daha da masraflı hale getirmekte ve hata riskini de arttırmaktadır. "Geç kalınmış adalet, adalet değildir" ilkesinden hareketle, devletin vatandaşına makul sürede hızlı bir şekilde adalet dağıtabilmesi en önemli görevlerinden biridir[25].

Bu kapsamda, Adalet Bakanlığı; "e-devlet" sisteminin bir parçası olan "e-adalet" sisteminin sağlanması için, Yüksek Mahkemeler, Adalet Bakanlığı Merkez teşkilatı, tüm yerel mahkemeler, cumhuriyet başsavcılıkları, adli tıp ve icra dairelerini içine alacak şekilde bilgisayar ağı kurma ve bu sayede söz konusu bu birimler arasında bilgi alışverişinin elektronik ortama taşınması, farklı birimlerden beklenen bilgilerin istenilen zamanda sistem tarafından hazır edilmesi hedefleriyle UYAP adlı projeyi hayata geçirmiştir[26].

UYAP'ın ana amacı, zaman kaybetmeksizin adaletin yerine getirilerek vatandaşın mağdur olmasını engellemek, yargılamanın işleyişinin güvenirliğini ve doğruluğunu koruyarak sisteme hız ve etkinlik kazandırmaktır[27].

2.2. Vergi Dairesi Otomasyon Projesi (VEDOP)

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın e-kurum olarak, e-devlet'e katkısı şeklinde kısaca tanımlanabilecek olan VEDOP, vergi dairelerinde evrak girişinden başlayarak sicil, tahakkuk, tahsilat, düzeltme, tarhiyat, takip, iade, araç tescil, muhasebe, özlük gibi vergi dairesinin bütün işlemlerini birbiriyle entegre şekilde bilgisayar ortamında yapmak ve uygulamada kullanılan defter, belge ve çeşitli raporları

---

[22] Ayrıntılı bilgi için bkz. Dan. 3. D.'nin 25.06.2007 tarih ve E:2006/2624, K:2007/2106 sayılı kararı, **DD.,** Yıl 2008, S. 119, s. 150-151; Dan. 3. D.'nin 27.09.2005 tarih ve E:2004/2011, K:2005/2014 sayılı kararı, **DD.,** Yıl 2006, S. 111, s. 138-141; Dan. 7. D.'nin 28.03.2006 tarih ve E:2005/4522, K:2006/983 sayılı kararı, **DD.,** Yıl 2006, S. 113, s. 228–230; Dan. 7. D.'nin 26.10.2005 tarih ve E:2005/562, K:2005/2568 sayılı kararı, **DD.,** Yıl 2006, S. 112, s. 204–207.

[23] Adem Çelik "Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", Adalet Dergisi, Ankara, S. 30, Ocak 2008, s. 134.

[24] https://www.turkiye.gov.tr/portal/dt?provider=HomePageContainer&channel=bilgilendirme&bilgilendirme.bilgiTipi=sikcaSorulanlar#edevletnedir, (erişim tarihi: 06.06.2010)

[25] http://www.uyap.gov.tr/genelbilgi/genel.html, (erişim tarihi: 06.06.2010)

[26] http://www.uyap.gov.tr/genelbilgi/genel.html, (erişim tarihi: 06.06.2010)

[27] http://www.uyap.gov.tr/genelbilgi/genel.html, (erişim tarihi: 06.06.2010)

bilgisayar yardımı ile hazırlamak amacına hizmet etmektedir. Bu proje, mükellefi müşteri olarak gören hizmet anlayışı, saydam, etkin ve verimli gelir idaresi, doğru bilgiyi zamanında üretme ve yönetime sunma, etkin denetim, teknolojiyi yakından izleyen idare, kurumlar arası bilgi/uygulama değişimini sağlayacak ve mükellefleri vergi dairesine getirmeden hızlı ve güvenli hizmet vermeyi gerçekleştirecek bilgisayar altyapısı vizyonu üzerine tasarlanmıştır[28].

Vergi dairelerinde yürütülen banko (front desk) ve arka büro (back office) işlemleri, iş süreçlerinin yeniden yapılandırılması, bu süreçlerin entegre olarak çalışan uygulama yazılımları sayesinde bilgisayar yardımı ile yapılabilir hale gelmesi, barkod, elektronik bilgi transferi gibi teknolojilerin kullanılması, vergi dairelerinin performans izleme ve denetimlerinin yöneticileri tarafından anında yapılabilmesi VEDOP ile mümkündür[29].

VEDOP sisteminde takdir işlemleri, tarhiyat işlemleri, tahakkuk işlemleri ve tahsilât işlemleri için sorgulamalar yapılabilmektedir.

2.3. Bilgisayarlı Gümrük Etkinlikleri Projesi (BİLGE)

BİLGE (Bilgisayarlı Gümrük etkinlikleri) Yazılımı, 1998 yılından beri Gümrük İdarelerinde kullanılmakta olan ve eşyanın gümrük sahasına girişinden çıkışına kadar tüm gümrük işlemlerinin gerçek zamanlı olarak bilgisayar ortamında yürütülmesine ilişkin bir yazılımdır[30].

Yükümlüler BİLGE Sistemi aracılığıyla Gümrük beyannamelerini Gümrük İdaresi'nde bulunan veri giriş salonlarındaki bilgisayarlardan elektronik ortamda düzenleyebildikleri gibi, EDI (Elektronic Data Interchange) aracılığıyla kendi bürolarından veya internet üzerinden de girebilmektedirler[31].

Yazılım; Özet Beyan Modülü(ambar Yönetimi de dâhil), Detaylı Beyan Modülü (giriş, çıkış transit ve antrepo beyannameleri, ekonomik etkili rejimlere ilişkin takip ve kapatma işlemleri), Muhasebe Modülü (tahsilât ve ödeme işlemleri, vezne ve menkul kıymet alındıları, tahsilât bordrosu ve kasa işlemleri), Tarife (ithalat rejimi vergi ve fon oranları, ithalat ve ihracat tebliğleri, serbest ticaret anlaşmaları, standardizasyon tebliğleri ulusal ve uluslararası muafiyetler ve anlaşmalar), Referans Tabloları (ülke ve döviz kodları, gümrük kodları, banka kodları, belge kodları, ölçü birimler v.b.) Lisans ve Kota Takipleri, Risk Analizleri ve Seçme Kriterleri, şeklinde alt modüllerden oluşmaktadır.[32]

Ayrıca, yazılımın çekirdeğini oluşturan bu modüller TIR Transit Takibi, Dış Ticaret İstatistikleri, Konteyner Takibi, Yolcu İşlemleri, Kaçak Bilgi Bankası, Konteyner Takibi ve Veri Ambarı yazılımları ile zenginleştirilmiş ve daha etkin hale getirilmiştir.[33]

---

[28] http://www.maliye.gov.tr/defterdarliklar/bolu/internethaftasi/vedop.htm, (erişim tarihi: 07.09.2010)
[29] http://www.maliye.gov.tr/defterdarliklar/bolu/internethaftasi/vedop.htm, (erişim tarihi: 07.09.2010)
[30] http://www.gumruk.gov.tr/tr-TR/egumruk/Sayfalar/bilge.aspx, (erişim tarihi: 07.09.2010)
[31] http://www.gumruk.gov.tr/tr-TR/egumruk/Sayfalar/bilge.aspx, (erişim tarihi: 08.06.2010)
[32] http://www.gumruk.gov.tr/tr-TR/egumruk/Sayfalar/bilge.aspx, (erişim tarihi: 08.06.2010)
[33] http://www.gumruk.gov.tr/tr-TR/egumruk/Sayfalar/bilge.aspx, (erişim tarihi: 08.06.2010)

3. UYGULAMADAN ÖRNEKLER

Bu kısımda, vergi uyuşmazlıklarının çözümü için gerekli olan bilgi ve belgelerin temini hususunun önemine ilişkin Danıştay içtihatlarından örnekler verilecektir.

Danıştay Dördüncü Dairesi, 19.10.2009 tarih, E:2007/5589, K:2009/4975 sayılı kararında; *"...Vergi Mahkemesi'nce davacıya fatura düzenleyen şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporlarındaki tespitler yeterli görülerek davacı adına yapılan tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davanın reddine karar verilmiş ise de; resen araştırma ilkesi uyarınca ve vergi incelemesinin amacına da uygun olarak, Mahkemenin, öncelikle sahte ve içeriği itibariyle yanıltıcı olduğu sonucuna varılan faturaları düzenleyen şirket hakkındaki raporlar üzerine idarece ne gibi işlemler yapıldığı, bu raporlara dayanılarak komisyon geliri elde etmekten dolayı kurumlar vergisi ve katma değer vergisi tarhiyatı yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise sonucunun ne olduğu, bu tarhiyatlarla ilgili yargı kararlarının bulunup bulunmadığı, söz konusu şirketin mükellefiyetinin idarece terkin edilip edilmediği, edilmişse dava konusu yapılıp yapılmadığı, davacıya fatura düzenlediği dönemlerde, katma değer vergisi beyannamelerinin verilip verilmediği hususlarının davalı idareden ya da faturaları düzenleyen şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesinden araştırılıp bu hususlar da dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken bu hususlar araştırılmaksızın vergi tekniği raporunda yer alan tespitler yeterli görülerek verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir..."*[34] şeklinde hüküm kurarak, Mahkemenin davaya konu olayda vergi idaresi nezdinde yapması gereken araştırmayı yapmaksızın esas hakkında karar vermesinin hukuka uygun olmadığına vurgu yapmıştır.

Danıştay Yedinci Dairesi, 22.02.2007 tarih ve E:2005/2054, K:2007/689 sayılı kararında; *"...ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davalarda, Mahkemelerce, öncelikle, ödeme emriyle takip edilebilecek aşamaya gelmiş, kesinleşmiş bir kamu alacağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğinden; para cezasının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde, ödeme emrine konu para cezasına karşı, Gümrük Kanununda öngörülen usullere uygun olarak itiraz edilip edilmediği; itiraz edilmiş ise, vaki itirazın reddine dair kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayan bir aylık ödeme süresinin dolup dolmadığı; itirazın reddi kararına karşı dava açılıp açılmadığı hususlarının araştırılarak elde edilecek sonuca göre karar verilmesi gerekirken, olayda; ödeme emrine konu para cezasına ilişkin ceza kararının, 19.8.2003 tarihinde, davacı Şirkete tebliği üzerine başlayan idari ve yargısal süreç ve aşamaları araştırılmaksızın, aynı olay nedeniyle yapılan gümrük ve katma değer vergisi ek tahakkuklarına vaki itirazın reddine dair işleme karşı açılan davada verilen karara atıfta bulunularak verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir..."*[35] ifadesiyle yine bu hususa dikkat çekmiştir.

Yukarıda yazılı bulunan bilgiler ışığında denilebilir ki; vergi yargı yerleri, "yazılılık ilkesi"ne uygun açılmış davaların çözümüne ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi "re'sen araştırma ilkesi" çerçevesinde öncelikle temin edecek, fakat bunu yaparken de "usul ekonomisi" ilkesine aykırı hareket etmemeye özen

[34] Yayımlanmamış Karar

[35] (çevrimiçi), http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp, (erişim tarihi:10.05.2010)

gösterecektir.

4. e-CODEX

e-Codex; Avrupa'da vatandaşların ve işletmelerin yasal yollara sınır ötesi erişimi ve bunun yanı sıra Avrupa Birliği bünyesindeki hukuki makamlar arasındaki çalışılabilirliği geliştirmeyi amaçlayan bir projedir. Diğer bir deyişle Avrupa için yeni bir e-adalet sistemi tasarımıdır.[36]

Projeye üye ülkeler ise; Almanya, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Malta, Portekiz, Estonya, Romanya, İspanya, Hollanda ve Türkiye'dir.[37]

SONUÇ

Çalışmada, öncelikle kısaca vergi yargılama hukuku ilkelerinden bahsedilmiştir. Zira yargılama faaliyetinde yapılacak her türlü işlem söz konusu ilkelere uygun olmalıdır. Diğer bir deyişle vergi yargı yerlerinin, uyuşmazlıkları çözmek için, mevzuat ve Danıştay içtihatları ile kabul edilmiş bulunan ilkelere aykırı hareket etmemek şeklinde bir yükümlülüğü vardır.

Öte yandan vergi yargı yerlerince, uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla bir takım hususların öncelikle aydınlatılması gerektiği ve buna ilişkin tüm bilgi ve belgelerin temini noktasında ara kararı yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Fakat vergi yargı yerleri bu bilgi ve belgeleri temin etme yoluna başvurduğunda, yargılamanın yavaşlaması durumu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Her bir ara kararı, yargılama sürecinin hızlı işleyişine olumsuz etki yapmakta, bu da yargılamanın yavaş ve hantal bir görünüm arz etmesine sebebiyet vermektedir.

Bu sürecin hızlandırılması ise günümüzde; UYAP sisteminin VEDOP ve BİLGE sistemlerine entegrasyonu ile mümkündür. Zira vergi uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğunda davalı idare; vergi daireleri ya da gümrük idareleridir.[38] Ayrıca söz konusu idarelerce kullanılan VEDOP ve BİLGE sistemleri, davaya konu işlemin neredeyse tüm unsurlarına dair bilgi ve belgeleri içermektedir.

Özetle, bilgi ve belgelerin elektronik ortamda temini, yukarıda bahsi geçen, vergi yargılama hukuku ilkeleri ile çelişmediği gibi yukarıda kısaca izahı yapılan e-codex projesi açısından da Türkiye için büyük önem arz etmektedir.

---

[36] Ayrıntılı bilgi için bkz: (çevrimiçi), http://www.e-codex.eu/, erişim tarihi: 28.04.2011.
[37] (çevrimiçi), http://www.e-codex.eu/index.php/projekt/partners, erişim tarihi: 8.04.2011.
[38] Vergi uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın niteliğine göre davalı idare, bu iki kurumun dışında, belediyeler ve diğer idareler de olabilir.

KAYNAKÇA

Şükrü Kızılot / Zuhal Kızılot, Vergi İhtilafları ve Çözüm yolları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, Yaklaşım, 2007.

Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Ekim 2005.

Şerafettin Aksoy, Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargı Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.

Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara, 2004.

H. Yavuz Alangoya / M. Kamil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, Beta, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, 2009.

Nihat Edizdoğan / Metin Taş / Ali Çelikkaya, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2007.

Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, Onbirinci Bası, İstanbul, 2000.

Mehmet Tosuner / Zeynep Arıkan, Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümü ve Türk Vergi Yargısı, İzmir, 2003.

Kazım Yenice / Yüksel Esin, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983.

Metin Taş, Vergi Yargısı, Ekin Kitabevi, 2. Basım, Bursa, 2005.

Şener Özkan, Vergi Yargılama Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

Mehmet Batun, "Vergi Yargılamasına Egemen Olan İlkeler", Yaklaşım Dergisi, Ankara, S. 206, Şubat 2010.

Safiye Yılmaz, "Vergi Yargısında Resen Araştırma İlkesi İle İdarenin Yerine Geçerek İşlem Tesisi Yasağı ve Arasındaki İlişki", Adalet Dergisi, Ankara, S. 35, Eylül 2009.

Çağdaş Evrim Ergün, "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. 55, S. 2, 2006.

Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. 57, S. 1, 2008.

Yahya Zabunoğlu, "İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler", İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982.

Adem Çelik "Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", Adalet Dergisi, Ankara, S. 30, Ocak 2008. https://www.turkiye.gov.tr/portal/dt?provider=HomePageContainer&channel=bilgilendirme&bilgilendirme.bilgiTipi=sikcaSorulanlar#edevletnedir,

http://www.uyap.gov.tr/genelbilgi/genel.html,

http://www.maliye.gov.tr/defterdarliklar/bolu/internethaftasi/vedop.htm,

http://www.gumruk.gov.tr/tr-TR/egumruk/Sayfalar/bilge.aspx,

http://www.e-codex.eu/,

http://www.e-codex.eu/index.php/projekt/partners,

KİRALIK AİLE KONUTLARINDA KİRA SÖZLEŞMESİNE TARAF OLMAYAN EŞİN HUKUKİ DURUMU

Burçin BAYBURTLU[1]

I. Giriş

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile birlikte hukuk sistemimize girmiş bulunan aile konutu kavramı evlilik birliğinin, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve çocukların barınma hakkının, eşler arası eşitliğin korunması gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlara hizmet etmektedir. Gerçekten de aile toplumun temel taşı olup, bunlar sürekli olarak birbiriyle etkileşim içindelerdir. Sağlıklı ve sağlam aile yapıları toplumda ne denli çoğalırsa toplum da o kadar sağlıklı ve sağlam bir karakter edinecektir.

4721 sayılı TMK m. 194 hükmü ile kural olarak eşlere gerek kendi aralarında gerekse üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemler bakımından serbesti sağlamıştır. Fakat bu özgürlük mutlak bir özgürlük olarak düzenlenmemiş olup kanunen bu kurala istisnalar getirilebileceği m. 193 hükmüyle ifade edilmiştir. İşte aile konutu tam da bu noktada eşlerin hukuki işlem yapma özgürlüğünün kanunen sınırlandırıldığı bir müessese olarak karşımıza çıkmıştır. Buna uygun olarak kanun koyucu aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde, aile konutu üzerinde hiçbir hakkı olmasa dahi diğer eşin rızasını aramış aksi halde bu hukuki işlemi geçersiz kılmıştır. Kanun koyucu tarafından eşler ve çocuklar için manevi ve duygusal bağları olan, hele ki Türkiye şartlarında ev edinmenin zorluğu gözönünde tutulduğunda aileler açısından çok önemli olan aile konutu, bu konut üzerinde hak sahibi olan eşe karşı dahi koruma altına alınmıştır.

TMK m. 194 eşlerin aile konutu üzerinde yapacakları bazı tasarrufları diğer eşin açık rızasına bağlamış olup bu tasarruflar aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun devri ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılmasıdır. Dolayısıyla bu tasarruflarda eşler kendileri tek başlarına karar veremeyecek, eşler için birlikte hareket etme zorunluluğu doğacaktır. Evlilik müessesesi müşterek bir yaşam sürmeyi ifade ettiğinden eşlerin evliliğin ekonomik geleceği bakımından bazı kararları birlikte alması evlilik birliğinin gereğidir.

Aile konutu her zaman için eşlerden birinin mülkiyetinde olmamakta bazen de kiralık olmaktadır. Dolayısıyla eşlerden biri kira sözleşmesinin tarafını teşkil etmektedir. İşte bu gibi durumlarda kira sözleşmesi tarafı olmayan eşin aile konutu üzerinde ne gibi hakları olduğu ve bu haklarını kullanması durumunda

[1] Stj. Av. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

nasıl sonuçların ortaya çıkacağı çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak aile konutu kavramı üzerinde durulup, eşlerin hukuki işlem yapma özgürlüğü ve diğer eşin rızası ile bu özgürlüğe getirilen sınırlamalar ifade edilecektir. Daha sonra kiralık aile konutlarında diğer eşin rızasına bağlı işlemler ve eşin sahip olduğu imkânlar tartışılıp, boşanma ve kiracı eşin ölümü halinde kiralık aile konutunun durumunun ne olacağı hususunu incelenecek nihayet sonuç bölümünde çözüm önerilerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

II. Aile Konutu Kavramı

Aile konutu kavramına TMK m. 194, 240, 254, 279, 652'de yer verilmiş olmasına rağmen kanun koyucu tarafından söz konusu maddelerin hiçbirinde aile konutunun yasal tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık TMK 194. maddesinin gerekçesinde aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır[2] şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımda yasal bir tanım olmaktan uzaktır. Bu doğrultuda doktrinde aile konutuna ilişkin birçok tanım ortaya konulmuştur[3]. Buna göre aile konutu yasal evlilik birliği içinde eşlerin birlikte seçtikleri, aile yaşamlarını sürdürmek için bir yaşam merkezi haline getirdikleri, barınmaya elverişli yerdir. Aile konutu oturmaya elverişli, geçerli bir ayni ya da kişisel hakka dayalı[4], fiilen kullanılır[5] durumda olmalıdır[6]. Eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik soyut niyeti, o yeri aile konutu haline getirmez; eşlerin söz konusu içsel iradesinin üçüncü kişiler tarafından objektif olarak bilinebilir hale gelmesi, yani konutun fiilen aile konutu olarak kullanılması aile konutunun varlığı için zorunludur[7]. Bu bağlamda eşlerin aralarında aile konutu olarak kararlaştırdıkları fakat herhangi bir şekilde ortak yaşamlarını sürdürmedikleri, dışarıdan bakıldığında eşlerin burada birlikte dahi yaşamadıklarının anlaşıldığı bir konut aile konutu değildir. Boşanma davası açılması sebebiyle eşlerin ayrı yaşamaları, eşin evden uzaklaştırılmış olması, eşlerin birlikte yaşamaya bir süre ara vermeleri, eşlerden birinin aile konutunu

---

[2] Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2002, s. 382.

[3] **AKINTÜRK Turgut**, Aile Hukuku, İstanbul, 2002, C. II, s. 1; **ŞIPKA Şükran,** Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul, 2002, s. 52 vd; **KILIÇOĞLU Ahmet,** Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, s. 41; **DOĞAN Murat**, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002 C.VI, S.I-4, s. 286; **DURAL** Mustafa/ **OĞUZ** Tufan/ **GÜMÜŞ** Alper, Türk Özel Hukuku, C. III., Aile Hu kuku, İstanbul, 2005, s. 204; **UÇAR Ayhan**, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese:Aile Konutu Muessesesi.e-akademi.org. Ocak, 2006; **ŞEKER Muzaffer,** "İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı İle Tahsis Edilmesi", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Aralık 2007, s. 473 – 487; **Öztan Bilge,** Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 198.

[4] Yargıtay 2. HD 03.05.2005, E. 4553, K. 7237.

[5] Y. 2 HD 02.06.2003, E. 7164, K. 8034, " … Taraflar ayrılmadan önce birlikte Ereğli'de oturmuşlardır. Aile konutları da Ereğli'dedir. Dava konusu edilen ev Konya'da olup, taraflar bu konutta birlikte oturmadıklarına göre aile konutu olarak kabul edilemez. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi koşullarının oluşmadığı ve davanın reddinin gerektiği nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır." www.legalhukuk.com

[6] **Gençcan Ömer Uğur; "**Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar", İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, Mart 2007, s. 26-30.

[7] **Gümüş Mustafa Alper;** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 66.

terki[8] o yerin aile konutu olma özelliğini etkilemez. Fiilen aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın, tapu kütüğünde arsa olarak gözükmesi, aile konutu niteliğini ortadan kaldırmaz[9]. Bu durumda aile konutu olma özelliği zaten fiili kullanımla kazanılmıştır. Dolayısıyla bir yerin aile konutu niteliğini kazanması için oturulabilir ve fiilen kullanılır olması yeterli olup tapuda ne şekilde tahsis edildiğinin önemi yoktur. Aile konutunun oturulabilir olmasının anlamı taşınır ya da taşınmaz herhangi bir yer olabileceğidir. Eşlerin müşterek konutu bir ev olabileceği gibi kiralık daire, oda, otel odası, baraka, karavan hatta gemi gibi yerler olabilir[10].

Aile konutu kural olarak tek bir konuttur[11]. Eşlerin TMK m. 186, f. I'e göre seçecekleri konut (ortak konut)[12] birden fazla olabilir, ancak kural olarak bunlardan bir tanesi MK m. 194 anlamında "aile konutu" özelliğini taşır[13]. Yargıtay ise "ortak konut" ile "aile konutu" kavramlarını aynı şey kabul etmektedir[14]. Genellikle aile konutu ile ortak konut aynı yer olsa bile bunlar birbirine denk hukuksal kurumlar sayılmaz[15]. İstisnai durumlarda çocukların eğitimi, eşlerden birinin mesleki faaliyeti gibi nedenlerle birden fazla konutun aile konutu niteliğine haiz olması mümkün olabilir[16]. Eşlerin farklı iki konuta sahip olmaları halinde, çocukların kaldığı konut, genelde aile konutu olarak kabul görür[17]. Yazlık ev, dağ evi, yayla evi gibi ikincil nitelikteki konutlar aile için yaşamsal öneme sahip olmadığından ve sürekli yerleşme, barınma amacına hizmet etmediğinden aile konutu sayılmaz[18]. Bir yer aynı anda hem mesleki amaçla hem de konut olarak kullanılıyorsa, aile konutu sayılır[19]. Eşler arasında

---

[8] "....Tarafların boşanma öncesi ve davalının müşterek konutu terk etmesinden önce çocukları ile birlikte, aile konutu şerhi verilen taşınmazda birlikteliği sürdürmüşlerdir. Davalının *daha sonra konutu terki*, konutu aile konutu olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Toplanan delillerle de konutun aile konutu olduğu belirlendiğinden (TMK. md. 186, 194) davanın reddi gerekirken, delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." . Y 2 HD, 26.05.2004, 5653-6811. **Gençcan,** s. 642

"...Medenî Kanunun 194/1. maddesi; eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile kira sözleşmesini feshedemeyeceğini, aile konutunu devredemeyeceğini veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlayamayacağını hükme bağlamıştır. Davanın konusunu oluşturan, davacı adına kayıtlı 3 numaralı bağımsız bölüm üzerine 18.10.2002 tarihinde aile konutu şerhi konulmuştur. Taraflar arasında evlilik birliğinin hukuken devam ettiği anlaşılmaktadır. Davacı aile konutu şerhinin kaldırılmasını haklı kılan bir delil getirememiştir. Eşlerin **iki yıl fiilen ayrı yaşamaları** başlı başına şerhin kaldırılmasını gerektirmez. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." Y2HD, 23.05.2005, 5698-7970. s. 642.

[9] Y. 2 HD 04.07.2005, E. 2005/8403, K. 2005/10552, www.kazancı.com.tr . Aynı yönde bkz. Y. 2 HD 03.05.2005, E. 2005/4553, K. 2005/7237.

[10] **Şıpka,** s. 79.

[11] **Gümüş,** Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Tasarruf Sınırlaması Şerhleri, İstanbul, s. 22. Bkz aynı yönde; **Doğan,** s. 106; **Çabri,** "Aile Konutu Şerhi", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007, s. 404.

[12] Ortak konut doktrinde farklı şekillerde adlandırılmıştır; **Dural/Öğüz/Gümüş** tarafından " evlilik konutu" (s. 168-173); **Öztan** tarafından "eşlerin oturduğu konut" şeklinde ifade edilmiştir.

[13] **Şıpka,** s. 86.

[14] Bu yönde kararlar için bkz, Y 2 HD 02.02.2006; Y 2 HD 27.02.2006.

[15] **Gençcan,** Boşanma Hukuku, s. 637;

[16] **Şıpka,** s. 86; **Barlas,** (Kocayusufpaşaoğlu Armağanı) s. 122; **Öztan,** s. 200; **Şeker,** s. 475. **Gençcan** (s. 648) ise bu yazarlardan daha farklı olarak iletişimin, ulaşımın, iş dünyasının, dolaşımın bu kadar yoğunlaştığı günümüz dünyasında insanların yaşamlarının yoğunlaştığı sadece "bir yer" olabileceği iddiasının inandırıcılıktan yoksun olduğunu bu nedenle "aile konutunun tekliği ilkesi" şeklinde ilkelere yer veren düşüncelerin günümüz dünyasının gerçeklerini yansıtmadığı eleştirisini getirmiştir.

[17] **Öztan,** s. 199; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s. 205, **Şeker,** s. 475.

[18] **Şıpka,** s. 81; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s. 205; **Şeker,** s. 475; **Gençcan,** s. 648; **Kılıçoğlu,** s. 47.

[19] **Şıpka,** s. 81; **Gümüş,** TMK' nin Getirdiği Yeni Şerhler, s. 22; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s. 205; **Çabri,** s. 403; **Doğan,** s. 286.

söz konusu konutun aile konutu olup olmadığına dair çekişme varsa o yerin aile konutu niteliğinde olup olmadığına hakim karar verir[20].

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi aile konutuna dair koruma yasal evlilik birliği sürdüğü müddetçe geçerlidir. MK. 194. madde, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olduğundan, ayrılık ya da boşanma davası devam ettiği sürece de uygulanabilecektir. Ancak, evlilik boşanma ya da iptal ile sona ererse, bu durumda, İsviçre'de l Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren ZGB 121. madde bize alınmadığından, bizde boşanmadan sonra, aile konutunun diğer eş ve çocuklar için korunması olasılığı sona ermektedir[21].

III. Eşlerin Hukuki İşlem Yapma Özgürlüğü ve Diğer Eşin Rızası

Medeni Kanunumuz eşler açısından işlem serbestîsi prensibini kabul etmiş fakat bunu mutlak bir kural olarak düzenlemeyip kanunda aksine düzenleme olabileceğini öngörmüştür.

İşlem serbestîsi prensibinin temelinde, insanların sırf evlenmiş olmaları sebebiyle hukuki işlemler alanında birtakım sınırlamalara tabi tutulmamaları gerektiği düşüncesi yatar. Evliliğin genel hükümleri ve mal rejimleri bahislerinde yer alan düzenlemelerin büyük çoğunluğunun yedek hukuk kuralı olması ve bu konularda eşlerin irade özgürlüğüne geniş hareket alanı tanınması da bu anlayışın ürünüdür[22].

Eski Medeni Kanunu'nda ise evliliğin genel hükümleri bölümünde yer alan bazı hükümleri nedeniyle kadın eşin hukuki işlem ehliyetinin sınırlandırıldığı durumlar söz konusu olabiliyordu. Şöyle ki EMK m. 169/II uyarınca kadın eşin koca menfaatine üçüncü kişilerle yapacağı işlemlerin geçerliliği sulh hakiminin onayına bırakılmıştır. Buna göre bankadan kredi almak isteyen kocanın, karısını kefil göstermek istediğinde mahkemeye başvurup sulh hakiminin onayını alması gerekmekteydi[23]. Türk Hukuku'nda kadın eşi "sınırlı ehliyetliler" gurubuna dâhil eden bu hükümler Medeni Kanun değişikliğinin temel amacına uygun olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece ailede Anayasa' nın 41. maddesi gereği cinsler arası eşitlik sağlanırken, diğer taraftan "ailenin korunması ilkesi" ön plâna çıkmış ve bu defa her iki eş için geçerli olan sınırlayıcı hükümler kabul edilmiştir[24].

Gerçekten de bazı hukuki işlemler vardır ki evliliğin akıbetini ve huzurunu doğrudan doğruya etkilemektedir. Dolayısıyla bu tür hukuki işlemlerde eşlerin tek başlarına hareket etme, karar verme özgürlüklerinin sınırlandırılması şarttır. Ancak bu sınırlamanın herhangi bir şekilde cinsiyet ayrımı yapılmadan uygulama alanı bulması Anayasamızın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik prensibinin gereğidir. Bu doğrultuda eşlerin hukuki işlem yapma özgürlüğüne kanunen sınırlandırmalar getirilebileceği TMK m. 193 hükmüyle belirtilmiş olup TMK

---

[20] Y. 2. HD 06.05.2002, 5374/5991; Y. 2. HD 06.03.2003, 1436/3050;**Gençcan Ömer Uğur,** 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel açıklama-İçtihat-İlgili Mevzuat, C. I, Ankara 2004, (Gençcan - TMK)s. 1098-1100.

[21] **Şıpka,** s. 96-97.

[22] **Barlas Nami,** "Yeni Türk Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, (Kocayusufpaşaoğlu Armağanı), s. 119.

[23] **Kılıçoğlu,** s. 37.

[24] **Şıpka,** s. 25; **Kılıçoğlu,** s. 38; **Gümüş,** TMK' nin Getirdiği Yeni Şerhler, s. 61.

m. 194 hükmü uyarınca aile konutuna ilişkin bazı işlemlerde, işlemin geçerli olabilmesinin diğer eşin rızasına tabi tutulması da bu genel kurala getirilen bir istisna niteliğindedir. TMK m. 194'de belirtilen diğer eşin rızasına bağlı olma koşulunda rızanın hukuki niteliğinin ne olduğuna dair tartışmalar doktrinde geniş yer bulmuştur.

Öztan'a göre "Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesi, her ne kadar evlilik birliği devam ederken, eşlerin fiil ehliyetinin varlığını kabul etmişse de, bunun "kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" mümkün olduğunu öngörmüştür. Fiil ehliyeti sınırlamasının amacı, kişiyi düşünmeden yapacağı işlemlerde korumaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi, aileyi bütün olarak korumayı hedeflediğinden, hak sahibi olan eşi de korumaktadır. Diğer eşin açıklayacağı nza, aile konutu ile ilgili bir hakkın kurulmasına, sınırlanmasına ve son verilmesine ilişkin olabilir. Kanun koyucu burada üçüncü şahsın iyi niyetini korumamıştır. Aile konutuna ilişkin hükmün sadece bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak kabul edilmesi, üçüncü kişilerin korunmasına hizmet edeceği için, hükmün amacını tam olarak karşılamayacaktır."

Kılıçoğlu'na göre TMK m. 194 hükmüyle evli kişilerin hukuksal işlem ehliyetine ya da tasarruf ehliyetine bir sınırlama getirilmiş değildir. Burada sadece evli kişilerin yasada öngörülen bazı hukuksal işlemlerde tek başına hareket etme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. TMK m. 194 hükmü, m. 193'ün kanundan kaynaklanan bir istisnasını teşkil etmektedir[25]. Yazar bu görüşünü daha ayrıntılı ele aldığı eserinde[26] kanun koyucunun iradesinin 194. maddenin 3. fıkrası aile konutu ile ilgili işlemlerde tapuya güven ilkesine bir istisna getirmek olmadığını eğer böyle olsaydı 3.fıkra hükmünü getirmeye gerek kalmayacağını, bu fıkra hükmü getirilmek sureti ile tapuya güven ilkesinin 194 maddedeki işlemler için aynen devam ettiği kabul edildiğini, 3. fıkra ile tapuda konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi olanağını getirildiğini, bu şerhin verilmediği hallerde aile konutu üzerinde tapu kaydına iyi niyetle güvenerek ayni hak kazanan kişinin iyi niyetinin korunacağının öngörüldüğünü, diğer eşin, üçüncü kişilerin ayni hak kazanmasını önlemek istiyorsa, bu şerhi verdirmek zorunda olduğunu, ancak, üçüncü kişinin iyi niyetinin sadece tapu kayıtlarına göre belirlenemeyeceğini, üçüncü kişinin tapu kayıtlan dışında, hukuksal işlem konusu konutun aile konutu olduğunu bilebileceğini ya da bilmesi gerekebileceğini ifade etmiştir.

Seliçi/Oğuzman/Oktay ise Eşya Hukuku kitaplarında aile konutu şerhini tasarruf yetkisine ait kısıtlamalar şeklinde zikretmişlerdir. TMKm. 194'e göre "aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin rızası bulunmadan aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki haklan sınırlayamaz. Aile konutunun maliki olmayan eş, tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olarak özgülendiği hususunda gerekli şerhin verilmesini isteyebilecektir[27]."

Gümüş' e göre de TMK 194' deki sınırlama özü itibariyle bir tasarruf yetkisi

---

[25] **Kılıçoğlu,** s. 41-42.

[26] **KILIÇOĞLU Ahmet**, Türk Medeni Kanunu 'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, (Hukuksal İşlemler), Ankara 2002, s. 22.

[27] **Seliçi/Oğuzman/Oktay,** Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s.184.

sınırlaması olup aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin üçüncü kişilerle yapacağı borçlandırıcı işlemler geçerli olacak, tasarruf işlemi ise tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı geçersiz olacaktır. Bu geçersizlik ise butlan benzeri kendisine özgü bir hükümsüzlüktür[28]. Diğer taraftan yazar bu düşüncesinin gerekçelerini açıklarken aynen şu ifadeleri kullanmıştır; *"TMK m. 194 hükmünün, Kanun Koyucu tarafından bir hukukî işlemin geçerliliğini (hüküm ve sonuç doğurmasını) "ilgili kişinin" rızasına bağlandığı normlara dahil edilerek; verilecek iznin mevcut tasarruf yetkisindeki (hukuksal işlemdeki değil) "noksanlığı" giderici bir "tamamlayıcı olgu", bir "kanuni şart (conditio juris) olarak nitelendirilmesi her halde zorunludur.* ***Çünkü izin, izne yetkili eşten izni alınmadan aile konutu üzerinde yapılan tasarruf işleminin geçerliği için gerekli olan geçerlilik şartlarından birisi olan "tasarruf yetkisine ilişkin noksanlığı gidermektedir.*** *Ancak söz konusu iznin "condictio juris" niteliği, kanun koyucu tarafından kanunda öngörülen izin zorunluluğunun, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi için bir sınırlama/tahdit oluşturma gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu noktada diğer eşin izni, aynı iyi niyetle iktisaba kanunun olanak tanıdığı hallerde iyi niyetin tasarruf yetkisi eksikliğini tamamlaması gibi, mevcut tasarruf yetkisi eksikliğini giderir[29]."* Yazarın burada rıza olmadan yapılan hukuki işlemin butlan benzeri kendisine özgü bir hükümsüzlük olduğu şeklindeki düşüncesi kanımızca isabetsizdir. Çünkü burada açıkça noksanlık söz konusudur. Diğer eşin rızasına bağlı bulunan işlemlerde eşin rızası "izin" tarzında baştan alınmadığı takdirde işlemde noksanlık vardır: Diğer eş, işleme onay verirse işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelecek ve hüküm ifade edecek; onay verilmediği takdirde ise işlem kesin olarak hükümsüz olacaktır[30]. Dolayısıyla diğer eşin rızası olmadan yapılan tasarruf işlemini, eşin sonradan vereceği icazetle ayakta tutmak mümkün iken rıza olmadan yapılan işlemin butlana benzer kendine özgü hükümsüzlük şeklinde kabul etmek mümkün değildir.

Şıpka'ya[31] göre ise eşlerin hukuki işlem özgürlüklerinin kısıtlanmasının temelinde yatan düşünce, kısıtlanan eşi değil, evlilik birliğini korumak ve onu ayakta tutabilmektir. "Evlilik birliği, her ne kadar tüzel kişiliği olmayan bir ortaklık olsa da, Medeni Kanun kapsamında tanınmış ve korunan bir ortaklıktır. Böyle olunca, bu ortaklığın kanundan doğan emredici nitelikte kuralları, evliliğin genel hükümlerinde belirtilmiştir. TMK m. 194 gereğince diğer eşin rızasının alınma zorunluluğu, söz konusu işlemlerin geçerliliği için kanunun aradığı bir koşuldur ve aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşe "katılma hakkı" (ve yükümlülüğü) tanıyarak, onu da aile konutu üzerinde söz hakkı sahibi yapmıştır. Bu katılma hakkı, kanunda başka kurumlar için de getirilmiş olan birlikte hareket etme zorunluluğu doğurmaktadır. Diğer eşin katılma hakkı, geçerlilik koşulu olarak, hukuki işlemin ilk safhasında da (borçlandırıcı işlem) aranmalıdır. Rıza; bu özellikleri gereği, işlemin bir etki unsuru olarak, işlemin hüküm ifade edebilmesini sağlar. Rıza alınmadan yapılan işlem "askıda hükümsüz" (noksan)

[28] **Gümüş,** TMK' nin Getirdiği Yeni Şerhler, s. 36.
[29] **Gümüş,** TMK' nin Getirdiği Yeni Şerhler, s. 37-38.
[30] **Oğuzman/Barlas,** Medeni Hukuk, İstanbul 2006, s. 171.
[31] **Şıpka,** s. 50-53.

bir işlemdir. Eş onayını verinceye kadar işlem hüküm doğurmaz. Ancak, onayın sonradan alınması, ya da konutun aile konutu olmadığının anlaşılması (veya eşin nzasını haklı bir neden olmadan vermekten kaçındığının hakim tarafından tespiti) halinde, işlem baştan itibaren geçerli olacaktır. Rıza gerekliliği, yani diğer eşin işleme katılması borçlandırıcı işlemin geçerliliği için de söz konusu olacağından ve bu nza kanundan doğan bir etki unsuru olduğundan, üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmayacaktır."

IV. Kiralık Aile Konutlarında Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuki İşlemler

1. Kira Sözleşmesinin Feshinin Diğer Eşin Açık Rızasını Gerektirmesi

TMK m. 194, f. 1 hükmü aile konutunun kiralık olduğu ve kira sözleşmesinin eşlerden biri tarafından yapıldığı durumlarda kira sözleşmesinin feshini, sözleşmenin tarafı olmayan diğer eşin açık rızasına bağlamıştır[32]. Kural olarak borç ilişkisi sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendirir ve bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar üçüncü kişileri etkilemez. Fakat sözleşmenin nisbiliği ilkesi mutlak bir kural değildir. Sözleşmenin üçüncü kişilere de etkili olmasını sağlayan kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan istisnalar söz konusu olabilir. Bazı hallerde yasa koyucu bir borç ilişkisine taraf olmayan 3. kişilerin bu ilişkiye müdahalede bulunma ya da bu ilişkinin üçüncü kişileri etkilemesi olanağını tanıyabilir[33]. Bu bağlamda TMK m. 194 hükmü sözleşmelerin nisbiliği ilkesine getirilmiş istisnai bir hükümdür.

Aile konutu hakkında böyle bir istisnai hüküm olmadığını varsayarsak, genel kural sözleşmelerin nisbiliği kuralı olduğundan eşlerden biri tarafından kiralanmış aile konutunda diğer eşin hiçbir söz hakkı olmayacaktır. Diğer eş dilediği şekilde sözleşmeyi feshedebilecektir. Hâlbuki yukarıda da belirttiğimiz üzere aile konutu evlilik birliği içinde gerek çocukların gerekse eşlerin ortak yaşamı için çok önemlidir. Böyle bir durumda sözleşmeye taraf olmayan eşin rızası olmadan belki de çoğu zaman haberi bile olmadan kira sözleşmesinin feshedilmesi hem mağduriyetlere yol açacak hem de aile huzurunun, birliğinin bozulmasına neden olabilecektir. İşte bu nedenlerle kiralık aile konutunda kira sözleşmesinin feshi diğer eşin açık rızasına bağlanmış, böylece aile konutu gibi önemli bir konuda eşlerin birlikte hareket etme zorunluluğu getirilmiştir. TMK m. 194, f..1'e göre "Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez[34], aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Kaynak kanunumuz İMK' de bizdeki m. 194'ün karşılığını teşkil eden İMK m. 169'da iki fıkra şekilde düzenlenmiş olup birinci fıkrada kiralık aile konutuna dair kira sözleşmesinin tarafı olan eşin diğer eşin rızası olmadıkça feshedilemeyeceği, ikinci fıkrada ise diğer eşin rızasının alınamadığı veya haklı neden olmadan rıza vermekten kaçındığı durumlarda hakimin müdahalesinin istenilebileceği düzenlenmiştir. Yine İMK 169'un tekrarı niteliğini taşıyan bir hükme İBK 266 m'de yer verilmiş ve ek olarak İBK 266n'de kiralayanın fesih ihbarını ve fesih ihtarlı ödeme emrini ayrıca kiracının eşine de göndermek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Yine

[32] Y. 3 H.D. 21.05.2007, 7877/8284, **Gençcan,** (Boşanma Hukuku)**,** s. 672.
[33] **Kılıçoğlu,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007, s.6-7.
[34] Alt kira sözleşmesi yapılamayacağı gibi kira hakkının temliki de gerçekleştirilemez.

bizde rıza alınmadan yapılan işlemin sonucu kanunda belirtilmemişken İBK 266o'da bu şartlar sağlanmadan yapılan feshin kesin hükümsüz olacağı açıkça belirtilmiştir[35].

TMK m.194. f.1 uyarınca kira sözleşmesi tarafı olmayan eşin rızasının mevcut olmamasından dolayı sözleşmenin feshinin geçerli olmamasının şartları;

• Kira sözleşmesinin konusu aile konutu olmalıdır.

• Kira sözleşmesinin tarafı eşlerden sadece biri olmalıdır. Aksi halde zaten eşlerin ikisi de sözleşmenin tarafı olduğundan eşit hak ve yükümlülüklere sahip olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus sınırlamanın sadece kiracı eş açısından geçerli olduğudur, kiralayan açısından değil, bunun sonucu olarak da kiralayanın yasada öngörülen haklı nedenlerden birine dayanarak kira sözleşmesini feshetmesi bu kapsamda değildir. Bundan dolayı kötü niyetli kiracı eş kendisini tahliye ettirmek amacıyla kira parasını ödemezse diğer eşin rızasını bertaraf edilmekte ve kiralayana kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız tahliye yoluna gitme imkânı doğmaktadır (İİK m. 269 vd.). Bu duruma ilişkin ne Borçlar Kanununda ne de İcra İflas Kanununda kiralanan taşınmazın aile konutu olmasına ilişkin özel hükümler sevkedilmiş değildir. İİK m. 269. maddesi gereğince kira bedelinin ödenmesi ve tahliyesine ilişkin ödeme emrinin sadece borçluya gönderilmesi nedeniyle kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kiracı eşin kira parasını ödemediğinden haberi dahi olmayacaktır. Ödeme emrini alan borçlu eş, ödeme emrine itiraz etmez ve ödeme süresi içinde de kira bedelini ödemez ise, kiracının aile konutundan ilamsız tahliye yoluyla tahliyesi sağlanır. Borçlu veya borçlu olmayan eş, ilamsız tahliyeden ödeme süresi içinde kira bedelini Ödeyerek kurtulabilir. Ancak kiracı sıfatı olmayan diğer eşin ilamsız tahliyeden haberinin olmaması halinde, borcu ödeyerek aile konutunu ilamsız tahliyeden kurtarma imkânı da ortadan kalkacaktır. Bu nedenle de kira bedelinin ödenmemesi halinde ilamsız tahliye yoluna başvurulması halinde bu takipten diğer eşin de haberdar edilmesi gerekir. Nitekim İsviçre hukukunda kiralayanın fesih hakkına ilişkin hükümlerde feshedilecek kira sözleşmesinin aile konutuna ilişkin olması halinde, kiralayanın bu fesih beyanım kira sözleşmesinin tarafı olmayan diğer eşe de bildirmesi gerektiği İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 266n maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre kiralayan sözleşmeyi feshedeceği ihtarıyla birlikte ödeme süresini eşlerin her ikisine de ayrı ayrı (tebliğ etmek) bildirmek zorundadır. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde öngörülün aile konutunun korunmasının etkin olarak sağlanması için benzer düzenlemeler Borçlar Kanunu'nda ve İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılmalıdır[36].

Mevcut Borçlar Kanunumuzda İsviçre'deki gibi bir düzenleme olmamakla birlikte Borçlar Kanunu Tasarısında[37] bu husus şu şekilde hükme bağlanmıştır;

---

[35] **Kılıçoğlu,** s. 48.

[36] **Topuz Gökçen,** "Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi", EÜFHD, C. III, S. 1, 2008, s. 271-290.

[37] TC Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008.

Aile konutu

MADDE 348 - Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez.

Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir.

Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır.

Görüldüğü üzere ilk iki fıkra TMK m. 194, f. 1,2'nin tekrarı niteliğindedir. Tasarının yasalaşması halinde aile konutu uygulaması bakımından Medeni Kanunumuz ile Borçlar Kanunumuz açısından paralel bir düzenleme elde edilecektir. Ancak Tasarının 348. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kiracı sıfatı olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmemiş ise, kiraya verenin fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini diğer eşe bildirme zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda başlangıçta sözleşmenin tarafı olmayan ancak sonradan kiraya verene bildirimde bulunmak suretiyle sözleşmenin tarafı haline gelen diğer eşe de, bu eş artık sözleşmenin tarafı olduğu için zaten fesih bildiriminin yapılması gerekmektedir. Bir sözleşmenin feshinin hüküm ve sonuç doğurması, fesih beyanının sözleşmenin diğer tarafına ulaşmasına bağlıdır. Aksi takdirde fesih hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu nedenle Tasarı'yla getirilmesi düşünülen değişiklik kanaatimce, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesiyle sağlanan aile konutunun korunmasını etkin hale getirmekten uzaktır[38]. Bu nedenle Tasarıdaki düzenleme, eş bildirimde bulunmak suretiyle sözleşmenin tarafı haline gelsin veya gelmesin, eğer kiralık konut aile konutu niteliğinde ise kiralayanın her iki eşe birden ihtar gönderme mecburiyetinde olması yönünde kaleme alınmalıdır. Eş bildirimde bulunmak suretiyle kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğinde zaten tahliye bölünemeyen bir borç olduğu için talebin bütün kiracılara yani her iki eşe birden yöneltilmesi gerekecektir[39]. Bu durumda eşler arasında mecburi takip arkadaşlığı söz konusu olacak ve ikisine birden ödeme emri tebliğ edilmesi zorunluluğu doğacaktır[40]. Asıl korunması gereken durum ise eşin sözleşmenin tarafı haline gelmediği halde kiralık aile konutunun tahliyesinin gündeme gelmesidir. Yine aynı şekilde İcra İflas Kanunu'nun ilgili hükümlerinde bu husus düzenlenmeli ve kiralık aile konutunun tahliyesinin söz konusu olduğu durumlarda her iki eşe birden tebligat zorunluluğu getirilmelidir. Aynı durumlar kira süresinin bitmesi nedeniyle kiralanan aile konutunun ilamsız icra yoluyla tahliyesinde de olası ihtimaller gerçekleşebilecektir. Şöyle ki BK hükümlerine tabi belirli süreli kira sözleşmelerinde konutun aile konutu olması durumunda kiracı eş BK m. 263 maddesi uyarınca zımni yenileme yapmamak suretiyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini sağlayabilir. Bu durumda da yine gerek BK gerek İİK hükümleri kapsamında aile konutuna dair bir koruma mevcut olmadığından MK

[38] **Topuz,** s. 281.
[39] Baki **Kuru/**Ramazan **Arslan/**Ejder **Yılmaz,** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008, s. 512.
[40] Baki **Kuru/**Ramazan **Arslan/**Ejder **Yılmaz,** İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2009, s. 104.

m. 194 hükmünce aranan geçerli fesih için diğer eşin rızasının gerekliliği kuralı bertaraf edilmiş olacaktır. GKHK hükümlerine tabi kiralık aile konutlarında ise m. 11 gereği kiralayana kira sözleşmesinin süresinin bitmesi nedeniyle fesih hakkı tanınmamış olduğundan burada herhangi bir mağduriyet söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki kiracı eş yazılı tahliye taahhüdünde bulunmuş bile olsa diğer eşin buna rızası yoksa tahliye taahhüdü geçersiz olacaktır[41]. TMK 194'ün lafzı sadece kira sözleşmesinin feshi ile ilgili olsa da, kiracı eşin geçerli bir tahliye taahhüdünde bulunması için diğer eşin rızasını alması şarttır[42].

Kanun koyucu kiracı eşin sözleşmeyi feshetmesini diğer eşin "açık rızasına" bağlamıştır. Rızanın hukuki niteliği hakkında yukarıda açıklamada bulunmuştuk. Burada ise rızanın ne şekilde verileceği ve rızanın sağlanamamasının sonuçları üzerinde durulacaktır. Diğer eşin rızası hukuki işlem yapılmadan önce verilebileceği gibi daha sonradan verilecek icazetle de söz konusu işlemin geçerli sayılması mümkündür, ancak icazet de rıza gibi açık olmalıdır[43]. Bu durumda kira sözleşmesinin tarafı olan eş sözleşmeyi feshetmek istediğinde fesih işlemini yapmadan eşinin muvafakatini almalı veya eş işleme bizzat katılmalı ya da fesih işlemi yapıldıktan sonra icazet vermelidir[44]. Kanun koyucu eşin rızasının "açık" olacağını belirtmiş fakat bunun için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Doktrinde ise özel bir şekil şartı öngörülmediği için rızanın sözlü verilebileceği ve yapılacak hukuki işlemin şekline bağlı olması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Rızanın geçerliliğinin yapılacak olan hukuki işlemin şekil şartına bağlanması durumunda, kiralık aile konutlarında fesih bildirimine ilişkin diğer eşin rızası yazılı olarak verilmesi durumunda geçerli olabilecektir. Elbette ki ispat açısından rızanın yazılı olması kolaylık sağlayacaktır fakat rıza sözlü olarak da verilebilmelidir. Rıza beyanı somut ve belirli bir işlemi konu almalıdır; içeriği belirsiz, soyut ifadelerle peşinen verilmiş genel bir rıza yeterli olmaz[45].

Rızanın alınamaması veya eşin rıza vermeyişinin haklı nedene dayanmaması durumunda ne olacağı ise TMK m. 194, f.2'de ifade edilmiştir. Buna göre rıza sağlanamaz veya haklı sebebe dayanmadan rıza verilmezse, eş hakimin müdahalesini isteyebilir. Rızanın sağlanamamasına örnek olarak diğer eşe ulaşmanın ya da zamanında ulaşmanın mümkün olmaması verilirken, haklı nedene dayanmayan hallere eşin sağlık nedenlerinden dolayı kira sözleşmesini feshetmek istemesi fakat kiracı eşin karşı çıkması ve bunun dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı örneği verilmektedir[46]. Hakim müdahalesini isteyen eşin rızayı neden sağlayamadığını, söz konusu fesih işleminin menfaati gereği ve acil olduğunu yine haklı nedene dayanmama iddiasında ise kendisinin dayandığı sebeplerin varlığını ve ciddiyetini ispat etmek zorundadır[47]. Burada yetkili mahkeme MK. m. 201 gereği eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme ise aile mahkemesi, aile mahkemesinin kurulmadığı yerlerde

[41] HGK 19.10.2005, 12-652/583, www.kazanci.com.tr.
[42] **Şıpka,** s. 129; **Kılıçoğlu,** s. 49; **Gümüş,** TMK' nin Getirdiği Yeni Şerhler, s. 80;**Doğan,** s. 107; **Gençcan,** s.1096; **Ayan,** s. 113.
[43] **Kılıçoğlu,** s. 50;
[44] **Şıpka,** s. 141.
[45] **Barlas,** s. 128.
[46] **Kılıçoğlu,** s. 51.
[47] **Şıpka,** s. 175.

Asliye Hukuk Mahkemesidir. Mahkemenin vereceği karar diğer eşin fesih işlemine vereceği rıza yerine geçmemekte, sözleşmenin tarafı olan eşe tek başına feshetme konusunda yetkili kılmaktadır[48]. Yoksa hakimin vereceği kararla sözleşme feshedilmiş olmaz sadece kira sözleşmesinin tarafı olan eşe sözleşmeyi tek başına feshetme yetkisi verilir.

Diğer eşin rızası olmadan yapılmış ve ardından diğer eş işleme icazet vermediğini açıklamışsa, artık işlem kesin hükümsüz hale gelmiş demektir; bu aşamadan sonra hakime başvurularak ondan alınacak kararla işlemin geçerli kılınması mümkün olmaz. Yapılacak şey, mahkemeye başvurarak hakimden izin almak ve ondan sonra işlemi yeni baştan, tekrar yapmaktır. Uygulamada, icazet verilmediği açıklandıktan sonra, işlemi gerçekleştirmek isteyen eşin kesin hükümsüz işlem için mahkemeye başvurarak hakimin müdahalesini istemesi halinde, usul ekonomisi kuralları gözönünde tutularak, hakimin bu talebi reddetmeyip, "işlemin tekrar yapılması için izin talebi" olarak değerlendirmesi ve buna göre izni vermesi yerinde olacaktır. Ancak bu halde bile işlemin yeniden yapılması gerektiği göz ardı edilmemelidir[49].

2. Kiracı Olmayan Eşin Tek Taraflı Beyanla Sözleşmeye Taraf Olması

TMK m. 194, f.4'e göre aile konutunun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanması durumunda sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir[50] ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur. Kiracı olmayan eşin kiralayana yapacağı bildirim, tek taraflı kurucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması niteliğindedir[51]. Borçlar Hukuku Genel İlkeleri'ne göre konutla ilgili bir kira sözleşmesinde taraflar müteselsilen sorumlu olacaklarını kararlaştırmamışlarsa, kiracılar için kısmi sorumluluk söz konusu olacaktır fakat burada BK m.141, f. 2 ile kanundan doğan müteselsil sorumluluk hali vardır[52].

Kanunun yapım aşamasında 194. madde iki fıkradan oluşmaktaydı ve MK m.194, f. 4 taslak çalışmaları sırasında mevcut değildi. Daha sonra İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen 26.06.1998 tarihli değişiklikle eşlerin kiracı sıfatıyla oturdukları ya da eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan bir aile konutunda boşanma halinde kimin oturmaya devam edebileceği hususu boşanmanın hüküm ve sonuçları arasında İMK m. 121'de hükme bağlanmıştır. Buna göre boşanma halinde kiralık aile konutuna dair kira sözleşmesinin hak ve yükümlülükleri önemli nedenlerin varlığı halinde mahkeme tarafından kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşe devredilebilir. Bizde ise Taslak çalışmaları tamamlandıktan sonra gerek alt komisyon gerekse Yargıtay'dan gelen öneriler doğrultusunda İMK m. 121, f.1'de yapılan yenilik incelenmiş fakat kiralık aile konutunun tek başına

---

[48] **Şıpka,** s. 176; **Kılıçoğlu,** s.51; **Gümüş,** TMK' nin Getirdiği Yeni Şerhler, s. 45.

[49] **Barlas,** s. 130.

[50] "... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni geciktirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine ve *özellikle kira ile sağlanmış olan aile konutu hakkında davacının TMK m. 194/son uyarınca kiralayana yapacağı bildirim ile sözleşmenin tarafı haline gelmesinin mümkün bulunmasına* mahkemenin aile konutu hakkındaki kararının TMK m. 197/2 uyarınca konut ve ev eşyasından yasal yararlanmaya ilişkin olduğunun anlaşılmasına göre davacının aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir." Y 2 HD 17.01.2008, 19774/240, **Gençcan,** Boşanma Hukuku, s. 636.

[51] **Kılıçoğlu,** s. 54.

[52] **Akıntürk,** s. 113-114; **Kılıçoğlu,** s. 54.

kiracı eş tarafından feshedilmesinin evliliğin devamında da büyük mağduriyetlere yol açacağı gerekçesiyle evliliğin genel hükümlerinde yer bulması gerektiği kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak da yukarıda belirttiğimiz TMK m. 194,f.4 son halini bu şekilde almış ve evliliğin genel hükümlerinde düzenlenmiş bir hüküm olarak karşımıza çıkmıştır. Daha evvel belirttiğimiz gibi Borçlar Kanunu Tasarısında da yine bu doğrultuda bir düzenleme yapılmış kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya verene fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirme zorunluluğu yüklenmiştir.

Bu düzenlemeye evliliğin genel hükümleri arasında yer verilmesi doktrinde birtakım haklı eleştirilere neden olmuştur.

Kılıçoğlu[53] sonradan eklenen TMK m. 194, f. 3 ve 4'ün hukuksal işlemlerle ilgili olmadığını, eşe tek taraflı irade beyanıyla tanınmış yetkilerin düzenlendiğini, bu düzenlemelere kaynak İsviçre MK' den farklı olarak evliliğin genel hükümlerinde yer verilmesinin kanun yapma tekniği bakımından hatalı olduğunu ve İsviçre'deki düzenlemede sözleşmenin tarafı haline gelme mahkeme kararı ile sağlanırken bizde eşin tek taraflı bildirimiyle bu tür bir yetki tanınmasının isabetli olmadığı ifade etmiştir.

Gümüş[54] ise TMK m. 194,f. 4 hükmünün diğer eşe tanınan feshe izin vermeme imkânının tanınması karşısında ölü doğmuş bir hüküm olduğunu zira bu şekilde kira sözleşmesinin üzerinde etkili olabilen eşin sözleşmenin tarafı haline gelip müteselsil sorumluluk altına girmeyi istemesinin olanaksız olduğunu belirtmiştir. Kanımızca bu görüş isabetsizdir çünkü TMK m. 194, f.1 kapsamında diğer eşe verilen feshe engel olma imkânı sadece kiracının sözleşmeyi feshetmesi durumunda uygulama alanı bulur, kiralayan ise her zaman için haklı nedenlere dayanarak kira sözleşmesini feshedebilir. Kira sözleşmesinin tarafı olan eş kötü niyetli olarak kira parasını ödemez ve temerrüde düşerse, kiralayan temerrüde dayanarak kira sözleşmesini feshedebilir. Eşinin kira parasını ödemediğinden haberi olmayan eş kira sözleşmesinin tarafı olmadığından kendisine ihtarda gitmeyeceği için bu durumu belki de tahliye aşamasında öğrenecektir. Dolayısıyla kötü niyetli eşin kendisini bile bile temerrüde düşürmek suretiyle kiralayana haklı nedenle fesih imkânı tanıması ve diğer eşin rızasının olup olmamasını bu şekilde etkisiz bırakması mağduriyetlere yol açabilir. İşte bu gibi durumlarla karşı karşıya kalmak istemeyen eşin buradaki tek imkânı sözleşmenin tarafı haline gelip ödememe durumunda kendisine ihtar çekilmesini sağlamak ve eşin ödemediği durumda kendisi ödeyerek kira sözleşmesinin feshine engel olmaktır. Kaldı ki BK Tasarısında kiralayanın her iki eşe birden ihtarda bulunma zorunluluğu eşin tek taraflı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline geldiği durum için düzenlenmiştir. Dolayısıyla tasarı yasalaştığında bu imkândan yararlanmak isteyen eşin bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmesi gerekecektir.

TMK m. 194, f. 4'de kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafına haline gelen eşin diğer eş ile müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiş ancak TMK

[53] **Kılıçoğlu,** s. 53-55.

[54] **Gümüş,** Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 81; **Dural/Öğüz/Gümüş,** s. 210.

m. 188 (İsv.MK166) gereği eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder. Yine TMK m. 189, f 1 (İsv. MK.166/3) uyarınca birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Aile konutu söz konusu olduğunda TMK m. 188 ve TMK m. 189, f. 1 gereği zaten eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar bundan dolayı eşin yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğinde diğer eşle birlikte kira sözleşmesinden dolayı müteselsilen sorumlu olduğunun tekrarlanmasının bir anlamı yoktur. Bu zaten evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanıldığı bir hal olduğundan müteselsil sorumluluk TMK m. 189, f. 1 gereği her zaman için mevcuttur.

TMK m. 194, f.1 ve 4'ün evliliğin genel hükümleri arasında düzenlenmesini diğer bir sonucu ise 4722 SK. m. 9, f. 4 hükmüne göre Türk Medeni Kanununun evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerli olmasıdır[55]. Sonuç olarak 02.01.2000 tarihinden önce kurulmuş olan evlilikler açısından TMK m. 194 uygulama alanı bulacaktır. Kira sözleşmesinin kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olmasının da bu anlamada önemi yoktur.

Daha önce de belirttiğimiz gibi BK Tasarısında yapılan düzenleme ile tek taraflı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelen eşe de fesih bildiriminde ve fesih ihtarında bulunma zorunluluğunun getirilmesidir. Eşlerin her birine ayrı ayrı ihtar gönderme zorunluluğunun sadece eşin bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmesi halinde uygulanması yerine aile konutunun söz konusu olduğu tüm kira sözleşmelerinde her iki eşe ayrı yarı fesih ihbar ve ihtarında bulunma zorunluluğu getirilmesi daha yerinde olurdu. Böylece bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelmemiş eş kira sözleşmesine taraf olan eşin kira borcunu ödemediğinden haberdar olup, kendisi bunu ödeyerek tahliyeye engel olması söz konusu olabilirdi.

3. Boşanma Halinde Kiralık Aile Konutunun Akıbetinin Ne Olacağı Sorunu

Aile konutunun önemi boşanma halinde daha da güçlenmekte, eş ve çocuklar hayatlarını idame ettirdikleri yerden kolay kolay kopamamaktadır[56]. Gerçekten de evlilik birliği içerisinde dahi üzerinde birçok anlaşmazlığın çıktığı hatta bu nedenle evliliğin gerek ekonomik gerek manevi geleceğinin sarsıldığı aile konutu boşanma halinde eşler açısından daha da önemli hale gelmektedir. Kaldı ki bu önem açısından aile konutunun kiralık ya da eşlerden birinin mülkiyetinde olması arasında bir fark yoktur.

Daha önce de belirttiğimiz gibi boşanma halinde kiralık aile konutunda kimin oturmaya devam edeceği hususu İMK m. 121'de[57] hükme bağlanmıştır. Bizde ise bu maddedeki düzenlemenin etkisinde kalınarak yapılan düzenlemeye, kanun yapma tekniği bakımından hatalı bir şekilde evliliğin genel hükümlerinde

---

[55] **Gençcan Ömer Uğur;** "Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar", s. 45.

[56] **Şeker,** s. 476.

[57] İsviçre Hukukundaki uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; **Şeker,** "İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı İle Tahsis Edilmesi", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Aralık 2007, s. 473 – 487.

yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak da mevcut düzenleme karşısında boşanma halinde kiralık aile konutunda eşlerden birine tahsis edilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak eşler bu hususta anlaşırlarsa aile konutunda eşlerden birinin kalması kararlaştırılabilirler.

İMK m. 121'deki düzenlemeye göre eşlerden biri çocukların durumu veya önemli nedenle aile konutuna muhtaç ise, mahkeme kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, bu eşe devrine karar verebilir[58]. Görüldüğü üzere bizdeki düzenlemeden farklı olarak burada tek taraflı bildirim değil bir mahkeme kararı söz konusu olup, boşanma halinde kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin devri söz konusudur. Ayrıca eski kiracı eşin sorumluluğu mahkemenin hak ve yükümlülüklerin devrine karar vermesiyle bitmeyip, kira sözleşmesinin sözleşme kapsamında veya kanundan dolayı sona ermesine kadar geçen sürede, eski kiracı olan eşin de kira parasıyla 2 yıl boyunca müteselsilen sorumluluğu söz konusudur[59]. Böylece kiralayanın menfaatleri de bu kapsamda korunmuş olacaktır.

Boşanma halinde kiralık aile konutunda eşlerden birinin kalmasını sağlayan düzenleme bizde paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde TMK m. 254, f. 4'de iptal veya boşanma halinde hakimin kiralık aile konutunda kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebileceği ve bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarının güvence altına alınması amacıyla gerekli düzenlemeyi iptal veya boşanma kararı ile birlikte re'sen karar vereceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere bu düzenleme İMK m. 121'e daha yakın bir düzenlemedir. TMK m. 254'ün gerekçesinde[60] ise hakime kira sözleşmesinin taraflarında değişiklik yapma ayrıca kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvence altına alma yetkisi tanınmıştır. Kılıçoğlu ise bu maddeye göre paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde kiracı olmayan eşin mahkeme kararıyla sözleşmeye taraf olacağı, boşanma veya iptal durumlarında eşlerin birlikte kira sözleşmesine taraf haline getirilmesinin isabetli olmadığı eleştirisini getirmiş, evlilik boşanma veya iptalle son bulduğundan artık eşler kiralık olan konutta birlikte yaşamadıkları için kiracı olmayan eşin mahkeme kararıyla diğer eşle birlikte kira sözleşmesinin tarafı olmasının anlamsız olduğunu belirtmiştir[61]. Şıpka' ya göre, kanun maddesinde hakimin sadece "…gerekli düzenlemenin yapılmasına…" resen karar vereceği düzenlenmiştir. Bu durumda "gerekli düzenlemeden" hakimin sözleşme taraflarının değişmesine bir müdahale de bulunacağı anlaşılmamalıdır. Zira bunun için açık bir yasal düzenlemeye ve emredici kurala ihtiyaç vardır ki, İsviçre MK.'un 121. maddesinin 1. fıkrası böyle bir yasal düzenlemeyi içermektedir[62].

---

[58] **Kılıçoğlu,** s. 52.

[59] **Şeker,** s. 480.

[60] TMK m. 254'ün gerekçesinde bu husus şu şekilde açıklanmıştır; Maddenin son fıkrası ile eşlerin birlikte yaşadıkları konutun kiralık olması halinde, hakimin kiracı sıfatına sahip olmayan eşe kullanım hakkını verebileceği ve kira sözleşmesini bu yönde değiştirebileceği kabul edilmiştir. Burada kira sözleşmesinin taraflarında hakim kararıyla değişiklik söz konusu olacaktır. Madde bu durumda hakimin iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvence altına alabilme yetkisini de hükme bağlamıştır. Örneğin; hakim kiracı tarafından verilen güvencelerin yerine yeni eşin kiracılık sıfatının başlaması üzerine güvencenin bu eş tarafından verilmesine karar verebilir. **Gençcan Ömer Uğur,** Türk Medeni Kanunu, s. 1213.

[61] **Kılıçoğlu,** s. 54-55.

[62] **Şıpka,** s. 101.

Kanaatimizce boşanma ve iptal kararıyla birlikte evlilik birliği sona ermiş, eşler arasında hiçbir bağ kalmamış iken bu kişilerin aynı kira sözleşmesine taraf haline getirilerek bir hukuki ilişki içerisine sokulmasının hiçbir anlamı yoktur. Diğer taraftan hakimin sözleşme tarafında değişiklik yapmayıp kira parasını kimin ödeyeceğine karar vermesi durumunda kira parasını ödemekle yükümlü tutulacak eşin sıfatının ne olacağı da belirsizdir. Hakimin vereceği kararla artık kiracı eş bakımından kira sözleşmesi sona ermesi, mahkeme kararıyla aile konutunda kalmaya devam etmesine karar verilen eş kiracı sıfatına haiz olması söz konusu olacaktır.

Bir diğer önemli husus ise, bu hükmün, konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması ihtimali göz önünde tutularak düzenlenmiş olmasıdır. Oysa eşler, konutu birlikte kiraladıkları için her ikisi de birlikte kiracı sıfatına haiz olabilirler. Keza, konutun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması halinde de, kiracı sıfatı taşımayan eşin Medeni Kanun'un 194. maddesinin sunduğu imkândan yararlanarak kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi mümkündür Bu imkan, mal rejimi ne olursa olsun mevcuttur. Bu nedenle de, MK.'un 254. maddesinin 4. fıkrası düzenlemesi eksiktir. Kaldı ki, eşlerin her ikisinin de kiracı sıfatı taşıdığı hallerde, aile konutunda kimin kalacağının da belirlenmesi gerekirdi[63].

4. Evliliğin Ölümle Sona Ermesi Halinde Kiralık Aile Konutu

TMK.194. madde, evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olduğundan ve eşlerden birinin ölümü halinde evlilik birliği ortadan kalkacağından, aile konutu söz konusu bu madde gereğince korunamaz. Zira bu maddedeki koruma, hak sahibi eşin aile konutu ile ilgili sağlararası hukuki işlemlerinde diğer eşin rızasını ve böylece işleme katılmasını düzenlemektedir. Oysa hak sahibi eşin ölümü halinde artık onun bu tür hukuki işlemler yapma olanağı kalmadığından, 194. maddenin de uygulanması söz konusu olamaz. Bunun yerine sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyası üzerinde hak sahipliği konusunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun mal rejimleri ve miras hukuku bölümünde özel hükümler getirilmiştir.

Evliliğin ölümle sona ermesi halinde aile konutuna ilişkin hususlar TMK. m. 240 ve 652'de hükme bağlanmıştır. Ancak bu iki hükümde sadece aile konutunun eşlerden birinin mülkiyetinde olması haline ilişkin düzenlemelerdir. Evlenmenin ölümle sona ermesi durumunda kiralık aile konutunun akıbetinin ne olacağı ise medeni kanun kapsamında hükme bağlanmış değildir. Bundan dolayı kiralık aile konutlarında eşlerden sadece birinin kira sözleşmesinin tarafı olması ve bu eşin ölmesi durumunda artık kira sözleşmesinin akıbeti BK hükümlerine göre veya Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun kapsamına giren taşınmazlarda ise bu kanun hükümlerine göre belirlenecektir.

BK m. 265'e göre kiracının ölümü halinde, gerek kiralayan, gerekse kiracının mirasçısı BK m. 262'deki fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi en yakın zaman için ve tazminat vermeksizin sona erdirebilir. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamına giren taşınmazlarda ise kiralayanın artık BK

[63] **Uçar,** "Aile Konutu Müessesesi", e-akademi.org.

m. 265 hükmüne dayanma olanağı kaldırılmış olup, kiracının ölümü halinde kiralayanın konut kiralarında ölen kiracıyla birlikte ikamet eden mirasçıları aleyhine, sözleşmeye tamamen uygun davrandıkları müddetçe tahliye davası açması engellenmiştir. Ancak işyeri veya konut kiralarında, kiracının ölümü sebebiyle, bu kanunun yürürlükten kalkmasından üç ay sonrası için tahliye davası açmak mümkündür (GKHK m. 13)[64]. Bilindiği üzere Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşmasıyla birlikte GKHK' de yürürlükten kaldırılmış olacaktır. BK Tasarı m. 355'de[65] bu husus düzenlenmiş ve GKHK m. 13 hükmü aynen korunmuştur. Dolayısıyla tasarı yasalaştığı takdirde, kiralayan kiracı eşin ölmesi nedeniyle, sağ kalan eş kira sözleşmesine ve kanun hükümlerine uygun davrandığı müddetçe, kira sözleşmesini feshedemeyecektir. Tüm bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde görülmekte ki kiralık aile konutlarında kiracı eşin ölmesi durumunda kira sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına dair özel bir düzenleme olmamakla birlikte GKHK kapsamında aile konutu olsun olmasın ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlara bir koruma getirilmiş ve kiralayana sözleşmeyi feshetme yetkisi verilmemiştir. Ancak kanun koyucu tarafından nasıl ki aile konutunun eşlerden birinin mülkiyetinde olması ve eşin ölmesi halinde aile konutuna ilişkin mal rejimleri ve miras hukuku bölümlerinde özel hükümler getirilmişse kanunun gerekçesinde de sürekli vurgulandığı gibi aile konutunun önemine binaen kiralık aile konutu kapsamında kiracı eşin ölmesi halini de özel olarak düzenlemesi ve diğer eşin tahliyesini engelleyen hükümler getirilerek özel koruma altına alınması daha yararlı olabilirdi. Kaldı ki hak sahibi eşin ölümü halinde artık onun bu tür hukuki işlemler yapma olanağı kalmadığından 194. maddenin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. BK hükümlerine tabi kira sözleşmelerinde kiracının ölümü halinde fesih hakkı kiralayana da verilmiş olduğundan, kiralayanın bu hakkını kullanması durumunda kiracı olmayan eşin elinde hiçbir imkân olmayacaktır. Her ne kadar mevcut durumda GKHK hükümleri uygulanarak sağ kalan eş mağdur edilmeyecek olsa da kanun koyucunun ölüm halinde sadece mülkiyetinin eşlerden birine ait olduğu aile konutlarını değil kiralık aile konutlarını da güvence altına özel olarak alması kanunun ruhuna uyan bir düzenleme olurdu. Ülkemizdeki ekonomik şartlar göz önünde bulundurulduğunda aileler çoğu zaman ev sahibi olamamakta dolayısıyla kiralık konutlarda yaşamaktadırlar. Bu nedenle kiralık aile konutları için özel bir düzenleme ile bu husus hüküm altına alınarak daha etkin bir şekilde koruma altına alınması kanaatimizce daha uygundur.

V. Sonuç

Özellikle ülkemizde çok büyük öneme sahip olan aile konutu müessesesine dair medeni kanunumuzda olumlu düzenlemelerin yanında gözden kaçırılmış, hatalı düzenlemelerin de mevcut olduğu görülmektedir. Kaldı ki aile konutunun, önemine binaen, sadece Medeni Kanun kapsamında değil gerek Borçlar Kanunu gerekse İcra İflas Kanunu kapsamında özel düzenlemeler yapılarak korunması gerekliliğinin Türk Hukuku açısından bir zorunluluk haline geldiği açıktır.

---

[64] **Zevkliler Aydın,** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s. 241-242.

[65] **Madde 355-** Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nda kiralık aile konutuna ilişkin Medeni Kanunla paralel düzenlemelere yer verilmesi isabetli bir düzenleme olmuştur fakat her iki eşe birlikte ihtarda bulunma zorunluluğunun sadece eşin tek taraflı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi halinde uygulanacağına dair düzenleme aile konutunun kısıtlı bir alanda korunmasına neden olacaktır. Bu nedenle yapılması gereken tüm kiralık aile konutlarında bu zorunluluğun getirilmesidir. Yine buna uygun olarak İİK kapsamında yapılacak değişiklikle aile konutunun söz konusu olduğu durumlarda her iki eşe tebligat zorunluluğu getirilmelidir. Böylece TMK m. 194'deki koruma etkin bir şekilde uygulanabilecek kötü niyetli eşin çeşitli şekillerde diğer eşin rızasını bertaraf etmesinin önüne geçilebilecektir.

Boşanma halinde kiralık aile konutunun diğer eşe tahsisinin, hatalı bir şekilde kaynak İsviçre Medeni Kanunundan farklı düzenleme yapılarak söz konusu maddenin evliliğin genel hükümleri içerisinde düzenlenmesi nedeniyle, bizde uygulanamıyor olması büyük mağduriyetlere yol açmaktadır. Çoğunlukla eşler arasındaki anlaşmazlıklar boşanma sürecinde daha da tırmanmakta olduğundan aile konutu hakkında da anlaşmazlıkların çıkacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle kiralık aile konutunun boşanma halinde kime tahsis edileceğinin kanunda düzenlenmesi gereklidir.

Diğer taraftan ise ölüm halinde kiralık aile konutunun akıbetinin medeni kanunda düzenlenmesi ve böylece özel olarak koruma altına alınması, eşlerin menfaatlerinin korunması aile konutuna verilen önemin bir gereğidir. Çünkü evliliğin genel hükümlerinde düzenlenen TMK m. 194 kapsamındaki koruma evlilik ölümle sona erdiğinden artık uygulanamayacaktır burada eksikliğin kiracı eşin ölümü halinde kiralık aile konutunda diğer eşe dilerse sözleşmeye devam edebilme yetkisi tanıyan özel bir kanun hükmünün medeni kanunumuza kazandırılması gerekmektedir. Aynı imkân aile konutunun eşlerden birinin mülkiyetinde olma durumunda edinilmiş mal rejimi ve miras hükümlerinde özel düzenlemeler yapılarak eşlere tanınmışken bunun kiralık aile konutlarında da özel düzenlemeye gidilerek yapılması gereklidir.

Medeni Kanun'da yapılan değişiklikten sonra görülmüştür ki kanun kapsamında yapılan yeniliklerden en çok uygulama alanı bulan hükümler aile konutuna ilişkin hükümlerdir. Bu da bizlere toplumun ve Türk aile yapısının ihtiyacının bu yönde olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla toplum için bu kadar önemli ve hakkındaki düzenlemeler hemen benimsenmiş ve uygulanmış olan aile konutunun koruma kapsamının eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne en adil biçimde müdahale eden fakat bu hukuki işlem özgürlüğünün sonucunda yapılacak olan işlemlerin doğrudan etkileyeceği diğer eşin ve çocukların menfaatlerini de gözeten kısacası tarafların menfaatlerini en adil biçimde koruyan hükümlerle genişletilmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut: Aile Hukuku, İstanbul, 2002, C. II.

AYAN, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

KURU Baki /ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008.

KURU Baki /ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2009.

BARLAS, Nami: "Yeni Türk Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, (Kocayusufpaşaoğlu Armağanı).

ÇABRİ, Sezer: "Aile Konutu Şerhi", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007.

DOĞAN, Murat: Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, AÜEHFD, 2002 C.VI, S.l-4.

DURAL Mustafa / **OĞUZ** Tufan / **GÜMÜŞ** Alper: Türk Özel Hukuku, C. III., Aile Hukuku, İstanbul, 2005.

GENÇCAN, Ömer Uğur: "Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar", İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, Mart 2007.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, (Boşanma Hukuku), Ankara 2006.

GENÇCAM, Ömer Uğur: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel açıklama-İçtihat-İlgili Mevzuat, C. I, Ankara 2004, (Gençcan - TMK).

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

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Tasarruf Sınırlaması Şerhleri, İstanbul 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Türk Medeni Kanunu 'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, (Hukuksal İşlemler).

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003.

OĞUZMAN/BARLAS: Medeni Hukuk, İstanbul 2006.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

SELİÇİ/OĞUZMAN/OKTAY: Eşya Hukuku, İstanbul 2006.

ŞEKER, Muzaffer: "İsviçre Hukukunda Aile Konutunun Boşanma Halinde Aile Konutuna İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı İle Tahsis Edilmesi", EÜHFD, C. XI, S. 3-4, Aralık 2007.

ŞIPKA, Şükran: Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul, 2002.

TOPUZ, Gökçen, "Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi", EÜFHD, C. III, S. 1, 2008, s. 271-290.

UÇAR, Ayhan: 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi. e-akademi.org. Ocak 2006.

ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

www.kazancı.com.tr

www.legalhukuk.com

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA DEĞİŞMEZLİK YASASI

Dilara YÜZER[1]

GİRİŞ

Anayasa, diğer normlara kaynaklık etmesi ve normlar hiyerarşisinde en üst norm olması nedeniyle hukuk sisteminde diğer normlardan farklılık arz eder. Bu farklılık ise özellikle anayasanın değiştirilmesinde kendini gösterir.

Anayasaların değiştirilmesi, diğer yasalara göre daha güç koşullara bağlandığında ve anayasalarda değiştirilemez hükümler öngörüldüğünde, katı anayasa olarak nitelendirilirler. 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarımız da değiştirilmesi güç koşullara bağlanıp, değiştirilemez hükümler öngördüğünden katı anayasa niteliği taşımaktadırlar.

1982 Anayasası'nda 1924 ve 1961 Anayasa'larından daha geniş kapsamlı şekilde değiştirilmez hükümler mevcuttur. 1924 ve 1961 Anayasa'larında "Türkiye Devleti Bir Cumhuriyettir" hükmü değiştirilemez hüküm olarak korunmuştur. Buna paralel olarak, 1982 Anayasasında da aynı hüküm korunmuş fakat değişmezlik yasağına Cumhuriyet'in niteliklerini düzenleyen 2. madde ve Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti' ni düzenleyen 3. madde de eklenmiştir. Değiştirilmez hükümlerin bu şekilde geniş kapsamlı tutulması ve bu hükümlerin içeriği doktrinde eleştirilmiştir.

Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın belirlediği alan ve sınırlar içinde anayasanın içeriğini değiştirme yetkisine sahiptir. Asli kurucu iktidar, 1982 Anayasasında bu sınırı Anayasa'nın 4. maddesi ile koyarak, ilk 3 maddenin değişmeyeceğini bu maddede düzenlemiştir. Çalışmamızda değişmezlik yasağını getiren düzenlemenin değiştirilebilip değiştirilemeyeceği ve değiştirme yasağının kapsamının genişletilmesi ya da daraltılmasının değişmezlik yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorunları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. Genel Olarak

Anayasa, devletin bütünlüğünü ve egemenliğin meşru şekilde kullanılmasını sağlama, devletin gücünü erkler arasında paylaştırıp, erkleri hukuksal bakımdan sınırlama, denetlenebilir kılma, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alma, toplumsal barışı koruma ve öncelikle toplum için devamlı bir düzen oluşturma amacı taşır[2].

Anayasa hukukunda, anayasaların yapılması ve değiştirilmesine sahip olan

---

[1] İzmir Gediz Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

[2] Zafer Gören, "Anayasa Koyan erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, , S. 16, 2009, s. 2

güce kurucu iktidar[3] denir. Kurucu iktidar asli ve tali olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Asli kurucu iktidar bir ülkenin siyasi rejiminde ihtilal, darbe, ülkenin parçalanması ve ülkedeki yabancı işgale son verilerek bağımsızlığın kazanılması gibi hukuk dışı durumlarda ortaya çıkar[4]. Bu durumlarda fiili iktidarı elinde bulunduran sosyal güçler, yeni devletin veya yeni rejimin anayasasını meydana getirir. Tali kurucu iktidar ise, bir ülkenin anayasasının o anayasada belirlenmiş usullere uyulmak suretiyle değiştirilme yetkisine sahip hukuki iktidardır[5]. Asli kurucu iktidar tarafından değiştirilmesi yasaklanan hükümler ve ilkeler, tali kurucu iktidar açısından maddi sınırlama niteliği taşır[6]. Tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisinin sınırlarının ne olduğu ise tartışmalıdır[7].

Aslî kurucu iktidar, tali kurucu iktidarın anayasada bazı konularda değişiklik yapmasını engellemek amacıyla değiştirilmez hükümler öngörmüştür. Genellikle değişmesi yasak hükümler, kurulan rejimin temelini teşkil ettiğinden, rejimi güvence altına almak ve anayasaya belirli bir istikrar sağlamak amaçlanmaktadır[8]. Aynı zamanda anayasayı değiştirme yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla öngörülmüşlerdir[9].

Asli-tali kurcu iktidar ayrımından sonra Anayasanın değiştirilmesi ile yakından ilgili diğer önemli konu da, "Yumuşak-Katı Anayasa" ayrımıdır. Yumuşak anayasalar, normal kanunlarla aynı usullere göre değiştirilebilen anayasalar, katı anayasalar ise[10]; normal kanunlardan daha zor usullerle değiştirilebilen anayasalardır[11]. Bir anayasanın katı olması; anayasa değişikliği için salt çoğunluk ya da nitelikli çoğunluk aranması, halkoylamasına sunulma,

---

[3] Kurucu İktidar konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998

[4] Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, Mimoza Basım Yayım Ve Dağıtım A.Ş , 2002, s. 385; Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.XXXIII, S. 1-4, 1976; s. 70; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2009, s. 156; Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 123; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 157; Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Orion Yayınevi, 2007, s. 89; Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 5. Bası, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2003, s. 51; İsmet Giritli/Jale Sarmaşık, **Anayasa Hukuku-Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku,** 2. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 11; Ender Ethem Atay, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S.1-2, 2008, s. 526; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 36

[5] Cem Eroğul, **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 27-28; Teziç, **a.g.e.**, s. 168; Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 55; Atar, **a.g.e.**, s. 385; Özbudun, **a.g.e.**, s. 158; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 91; Atay, **a.g.m.**, s. 530; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 37

[6] İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 31; Osman Can, "Anayasayı Değiştirme İkitidarı ve Denetimi Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. LXII, S.3, 2007, s. 111; Atay, **a.g.m.**, s. 537

[7] Gülşah Yalçın Güler, "Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet", **Sayıştay Dergisi**, S. 66-67, 2007, s. 37; Eroğul, **a.g.e.**, s. 25; Rona Serozan, " Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXXVII, S.1-4, İstanbul, 1972, s. 136-139

[8] Güler, **a.g.m.**, s. 37; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 136

[9] Serozan, **a.g.m.**, s. 136

[10] Katı Anayasaya; 1787 ABD Anayasası, 1947 İtalyan Cumhuriyet Anayasası, 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 1958 Fransız V. Cumhuriyet Anayasası ve 1924, 1961, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları örnek verilebilir.

[11] Coşkun San, **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, Ankara, 1974, s. 33-34; Turhan, **a.g.m.**, s. 66; Şeref İba, **Anayasa Hukuku Kuramı**, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 4; Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 56; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 36; Giritli/Sarmaşık, **a.g.e.**, s. 9; Erdal Onar, **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, İstanbul, 1993, s. 2; Teziç, **a.g.e.,**, s. 169; Eroğul, **a.g.e.**, s. 19; Atay, **a.g.m.**, s. 503; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 159-163

değiştirilemeyecek maddeler öngörme gibi yöntemler ile sağlanmaktadır[12].

Anayasa değişiklikleri için kanunlara kıyasen daha zor koşulların öngörülmesinin amacı, Anayasa'nın sürekliliğini sağlayarak toplumun iradesinin tanınması ve toplum düzeninin yerleşik hale getirilmesidir[13].

Osmanlı-Türk Anayasa tarihinin tek yumuşak Anayasası 1921 Anayasası'dır. 1921 Anayasasının kabulünde farklı bir çoğunluk aranmamış daha sonra anayasada yapılan değişiklikler de normal kanunlardaki usullere göre yapılmıştır[14]. 1924, 1961 ve 1982 Anayasası, Anayasa değişikliği için, kanunlardan daha zor usuller ve nitelikli çoğunluk öngördüğünden[15] ayrıca bu Anayasalarda değiştirilmez hükümler mevcut olduğundan[16] bu Anayasaları katı anayasa olarak nitelendirebiliriz[17].

Değiştirilmez hükümler, hukuki olmaktan çok tarihi ve siyasi değer taşırlar[18]. Devlet için büyük önem arzeden bazı hükümleri korumak, Devlet için bir düzen oluşturmak, toplum için bir istikrar kaynağı olmak amacıyla Anayasalarda değiştirilemez kurallara yer verilir[19]. Anayasal düzen istikrar isteyen bir düzendir[20]. Anayasaların değiştirilmez hükümleri, çekirdek Anayasa yahut özgün Anayasa olarak tanımlanabilir. Değiştirilmez hükümler, meclisin gerçekleştirdiği meşru Anayasa değişikliklerini sınırlayan Anayasa normlardır. Bu nedenle bu normları "Anayasa değişikliklerinin sınırları" olarak tanımlamak

---

[12] Güler, **a.g.m.**, s . 39; Onar, **a.g.e.**, s. 4; Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 56-57; Erdoğan, **a.g.e.**, s 36; İba, **a.g.e.**, s. 4

[13] Gören, **a.g.m.**, s. 3

[14] Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 10. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2010, s. 24; Özbudun, **a.g.e.**, s. 159; İba, **a.g.e.**, s. 4; Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 55

[15] 1924 AY. m. 102 "Değişiklik teklifinin Meclis tam üyesinin en az üçte biri tarafından imzalanması şarttır. Değişiklikler ancak tam sayısının üçte iki oy çokluğu ile kabul edilebilir." 1961 AY. m 155 "Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabûlü, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, 1 inci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü, 1 inci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir." 1982 AY. m. 175 "Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir. Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır. Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır…"

[16] 1924 Anayasası m. 102 " Bu kanunun, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddesinde değişiklik ve başkalama yapılması hiçbir türlü teklif dahi edilemez." ; 1961 AY. m. 9" Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez." ; 1982 AY. m. 4 "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

[17] Erdoğan, **a.g.e.**, s. 36; Özbudun, **a.g.e.**, s. 159; Onar, a.g.e., s. 4; İba, **a.g.e.**, s 4

[18] Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 138

[19] Gören, **a.g.m.**, s. 13

[20] A. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku-Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s. 9

da mümkündür[21].

Asli kurucu iktidarın Anayasada yapılacak değişikliklerle ilgili olarak getirdiği değişmezlik yasağına birçok Anayasada rastlanılmaktadır[22]. Çeşitli ülke anayasalarında olduğu gibi, 1982 Anayasası'nda da bazı hükümler için değiştirme yasağı getirilmiş bulunmaktadır. 1924 ve 1961 Anayasalarında 1982 Anayasası'ndan daha dar bir kapsamlı şekilde değiştirilmez hükümler mevcuttur[23].

II. Anayasalarımızdaki Değişmezlik Yasağı

20 Ocak 1921 tarihli Anayasa (Teşkilatı Esasiye Kanunu) olağanüstü dönemin, olağanüstü koşulları içinde çıkarılmış bir anayasasıydı. Kurtuluş Savaşı'mızın zaferle sonuçlanmasından ve Lozan Antlaşması'yla bağımsızlığımızın onaylanmasından sonra koşullar değişti. Cumhuriyetin ilanı, yeni bir anayasa ile yapılmadı. 1921 Anayasasında Türkiye' de Cumhuriyeti ilan, 29 Ekim 1923 günü 364 sayılı kanun ile Anayasa değişikliği gerçekleştirilerek Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu benimsenmiştir[24]. Saltanatın hilafetten ayrılarak kaldırılması, Cumhuriyet'in ilanı ve daha sonra da hilafetin kaldırılmasıyla yeni bir siyasi rejimin temelleri atılmıştı. 1921 Anayasası ile yeni rejimin işletilmesi mümkün değildi. Yeni Türkiye'nin yeni bir Anayasaya gereksinimi vardı[25]. TBMM'de çalışmalar ve görüşmeler sonucunda, 20 Nisan 1924'te 105 maddeden oluşan yeni Anayasa kabul edildi. O dönemin koşullarına uygun olarak 1924 ve 1961 Anayasalarında 'Cumhuriyet' rejimine ilişkin değişmezlik yasağı öngörüldü. 1982 Anayasası'nda da aynı ilke korundu ve aynı zamanda değişmezlik yasağının kapsamı genişletildi.

A. 1982 Anayasası'ndan Önceki Düzenlemeler

1- 1924 Anayasası'nda Değişmezlik Yasağı

1876 Kanun-i Esasi ve 1921 Teşkilat-ı Esasiye o günkü ihtiyaçlara cevap veremeyince yeni bir anayasaya ihtiyaç duyulmuş ve 20 Nisan 1924 Anayasası yürürlüğe girmiştir. 1924 Anayasasının değişiklik sürecini düzenleyen 102. maddesi, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddesinde değişiklik yapılmasının teklif dahi edilemeyeceğini belirtmiştir. 1924 Anayasası'nın Cumhuriyet rejimini, değiştirilmesi yasaklanmış bir kural ile düzenleyip, güvence altına almak istemesinin sebebi ise o dönemin koşullarıdır[26]. Aynı zamanda

---

[21] **A.e.**, s. 14

[22] "...Örneğin; 1787 ABD Anayasası md. 5, federe devletlerin senatoda eşit olarak temsil edilmeleri konusunda onların rızası olmadan değişiklik yapılmamasına, 1949 F.Almanya Anayasası md. 79, federal yapının, federe devletlerin yasama işlevine katılımının ve Anayasanın 1. ve 20. maddelerindeki ilkelerin değiştirilmemesine, 1958 Fransa Anayasası md. 89, 1967 İtalya Anayasası md. 139, hükümet biçiminin Cumhuriyet oluşunun değiştirilememesine ilişkin kurallar içermektedirler. 1975 tarihli Yunanistan Anayasasının 110. maddesinde Anayasanın değiştirilemeyen kurallarına ve 1992 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının 288. maddesinde de hayli uzun bir değiştirilemez ilkeler listesine yer verilmiştir..." (Gören, **a.g.m.**, s. 3)

[23] Onar, **a.g.e.**, s. 7

[24] Taha Parla, **Türkiye' de Anayasalar**, 3. Bası, İstanbul, İletişim Yayınları, 1991, s. 17-18; Özbudun, **a.g.e.**, s. 74; Şükrü Karatepe, **Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme**, İstanbul, İz Yayıncılık, 1993, s. 157; Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 65

[25] Karatepe, **a.g.e.**, 160; Gözler, **a.g.e.**, s. 27

[26] Onar, **a.g.e.**, ,s. 7; Tanilli, **a.g.e.**, s. 126

1924 Anayasası Cumhuriyet döneminin ilk anayasasıdır[27].

2- 1961 Anayasasında Değişmezlik Yasağı ve Başlangıç Hükmü

1961 Anayasası'nda 1924 Anayasası'ndaki değiştirme yasağı, varlığını korumuştur[28]. 1961 Anayasasında Cumhuriyet rejimini değiştirme yasağının korunmasının sebebinin tarihsel olarak 1924'ten beri korunması ve Atatürk'ün koyduğu bir hüküm olmasından ötürü olduğu düşünülmektedir[29]. Ancak, o dönemde Anayasa Mahkemesi kararlarında bu yasak daha geniş kapsamlı yorumlamış ve değiştirilmesi yasaklanan maddenin Anayasanın 2. maddesindeki nitelikleri de içermesi gerektiği vurgulanmıştır[30].

1961 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri, insan haklarına ve 'Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa mahkemesi ise, değişmezlik yasağının öngörüldüğü Anayasa'nın 9. maddesi ile, yalnız 'Cumhuriyet' sözcüğünün değiştirilmesinin değil 2. madde ve bu maddenin gönderme yaptığı Başlangıç kısmında belirtilen niteliklerin de değişmezlik yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararda; bu ilkelerden soyutlanmış devleti, Anayasa'nın tanımladığı "Cumhuriyet" olarak kabul etme olanağının olmadığı vurgulanmıştır[31].

Anayasa mahkemesinin bu yöndeki kararı doktrinde tartışılmıştır[32]. Eleştiriler, Anayasa'da değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyet rejiminin kapsamının fazla genişletildiği, kurucu iktidar şayet bu hükmün de değiştirilmesini yasaklamak isteseydi buna ilişkin düzenlemeyi açıkça yapabileceği ve kurucu iktidarın bu şekilde sınırlandırılamayacağı yönündeydi[33].

1961 Anayasası'nı biçimsel ve kavramsal olarak yorumlayacak olursak, değiştirilmemesi şart koşulan 1. madde dışındaki tüm maddelerin değiştirilebileceği sonucuna ulaşabiliriz[34]. Hatta 1. maddenin değişmeyeceğini öngören 9. maddenin değiştirilmesi suretiyle Cumhuriyet devlet şeklinin de

---

[27] Özbudun, **a.g.e.**, s . 159

[28] 1961 Anayasası m. 9 " Madde 9- Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

[29] Onar, **a.g.e.**, s. 8

[30] "...maddede yer alan değişmezlik ilkesinin sadece "Cumhuriyet" sözcüğünü amaç aldığı, yani Anayasadaki "Cumhuriyet" sözcüğünün değişmezliğini öngörerek, Cumhuriyeti oluşturan onun dışındaki ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmek, bu ilke ile bağdaştırılamaz. Çünkü 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin asıl amacı, Anayasa'nın 1. maddesiyle 2. ve 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümünde yer alan temel ilke ve kurallarla niteliği belirtilerek "Cumhuriyet" sözcüğüyle adlandırılan Devlet sistemidir. Başka bir deyimle, burada değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence altına alınan "Cumhuriyet" sözcüğü değil, yukarıda gösterilen 2. madde ile Başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, yalnız "Cumhuriyet" sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır..." AYMK. T. 15.4.1975, E. 1973/19, K. 1975/87 (RG. , T 26.02.1976, S. 15511); Aynı yönde: AYMK. , T. 16.6.1970 E.1970/1, K.1970/31(RG. , T. 17.03.1972, S. 14131); AYMK., T. 13.4.1971, E. 1970/41, K. 1971/37, (RG. T. 17.03.1972, S. 14131); AYMK., T. 23.03.1976, E.1975/167, K.1976/19, (RG. T. 12.08.1976, S. 15675); AYMK. T. 12.10.1976 E.1976/38, K.1976/46 (RG. T. 20.01.1977, S. 15825); AYMK. T. 12.10.1976, E.1976/26, K. 1976/47 (RG. T. 17.03.1977, S. 15881)

[31] AYMK. , T. 27.1.1977, E.1976/43, K.1977/4, (RG., T. 21.04.1977, S.15916)

[32] Burhan Kuzu, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, Bayrak Matbaası, 1990, s. 179-184; Tanilli, **a.g.e.**, s. 127; Özbudun, **a.g.e.**, s. 173; Eroğul, **a.g.e.**, s. 163-169

[33] Onar, **a.g.e.**, s. 9; Turhan, **a.g.m.**, s. 98; Özbudun, **a.g.e.**, s. 174

[34] Tanilli, **a.g.e.**, s. 127

değiştirilebileceği öne sürülebilir. Aynı mantıkla, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu maddesini değiştirmeden, Cumhuriyet'in niteliklerini belirten 2. maddenin değiştirilmesi yoluyla 'Cumhuriyet' ilkesinin içi boşaltılıp başkalaştırılabilir. Ulaşılan tüm bu sonuçların ise anayasayı değiştirme yetkisini sınırsızlaştıracağı düşünülmektedir.[35].

Anayasanın hükümleri amaçsal yorum yoluyla değerlendirilecek olursak aynı sonuca ulaşılamayacaktır. Çünkü Cumhuriyet rejiminin karakteristik unsurlarını Anayasa madde 2 karşılamaktadır. Cumhuriyet rejimini Anayasa'nın değişmezlik yasağı kapsamında görüp, Cumhuriyet'in niteliklerini ondan ari olarak düşünerek kapsam dışında tutmanın, değişmezlik yasağının amacıyla örtüşmeyeceği gerçektir. Niteliklerinin ve gereklerinin korunması yoluna gidilmeyen Cumhuriyet rejimi, niteliklerinin değiştirilmesi suretiyle AY. madde 9' da belirtilen 'Cumhuriyet' rejim ismi olarak aynen kalsa da rejimin karakteri başkalaştırılarak, rejimin özünün değiştirilmesi yoluna gidinilebilir[36]. Fakat kurucu iktidarın bu durumu öngörerek 2. maddeyi de değişmezlik yasağına tabi tutmamasının sebebinin, 2. madde ve onun yollama yaptığı Başlangıç metnindeki temel ilkelerin, Anayasada değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyet'in kapsamını hayli genişletmesi olduğu ileri sürülebilir[37].

Anayasanın 2. maddesinden sayılan ilkeler ve başlangıç kısmı muğlak nitelikte olduğundan çeşitli yorum ve değerlendirmelere açıktır. Bu nedenle değiştirme yasağının kapsamının Anayasa mahkemesi tarafından yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Çünkü istisna kuralların genişletici şekilde yorumlanmamaları gereklidir[38].

Tüm bu nedenlerden ötürü o dönemde Anayasa mahkemesi tarafından AY. m. 2' nin değişmezlik yasağı kapsamında değerlendirilmesi kararının yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

B. 1982 Anayasası'ndaki Değişmezlik Yasağı ve Başlangıç Hükmü

1924 ve 1961 Anayasasında değiştirilmez hüküm olan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir." ilkesi 1982 Anayasası' nda da korunmuştur[39]. Fakat 1982 Anayasasında değiştirilemeyecek hükümler çoğaltılmıştır[40].

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla kapsamı geniş tutulan değiştirilemez 'Cumhuriyet' ilkesinin yanı sıra 1982 Anayasasında 2. maddedeki Cumhuriyetin nitelikleri ve Devletin bütünlüğünü, resmi dilini, bayrağını, milli marşını ve başkentini belirleyen 3. madde hükmü de 4. maddede değişmezlik yasağı kapsamına alınmıştır[41]. Bu kapsamın genişlemesinde 1961 Anayasası dönemindeki kararların etkisinin olduğu düşünülmektedir[42].

---

[35] Serozan, **a.g.m.**, s. 135
[36] **A.e.**, s. 135
[37] Onar, **a.g.e.**, s. 10
[38] Özbudun, **a.g.e.**, s. 173
[39] Bülent Tanör, **İki Anayasa**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1994, s. 166; Karatepe, **a.g.e.**, s. 265; Parla, **a.g.e.**, s. 35;
[40] Karatepe, **a.g.e.**, s. 259
[41] Onar, **a.g.e.**, s . 12; Soysal, **a.g.e.**, s. 174; Özbudun, **a.g.e.**, s. 169; Teziç, **a.g.e**., s. 177; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 34
[42] Kuzu, **a.g.e.**, s. 40; Onar, **a.g.e.**, s.13

1982 Anayasasının 1. maddesi Türkiye Devleti'nin bir Cumhuriyet olduğunu düzenlemiş, 2. maddesi ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletine dayandırmıştır[43]. 3. maddesinde; Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün, dilinin Türkçe, bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayrak, millî marşının İstiklal Marşı ve başkentinin Ankara olduğu düzenlenmiştir. Nitekim 4. madde ise bu üç maddenin değiştirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisi dışında tutulan bu maddelerden 1. madde açık ve yalın olmasına karşın 2. ve 3. madde içerikleri farklı yorumlara sebebiyet verecek şekilde öznel ve muğlak nitelik taşımaktadır[44].

Ülkemizde Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten 'Başlangıç' kısmı ilk defa 1961 Anayasası'nda yer almış, 1982 Anayasası da bir başlangıca yer vermek suretiyle bunu devam ettirmiştir. Başlangıç kısımları, genellikle anayasa yapıcılarının ya bir devrim veya bağımsızlık sonrasında birtakım siyasal ilke ve değerleri vurgulama ve benimsetme ihtiyacı duymalarının ya da belli bir ideolojik tercihi anayasaya yansıtmak istemelerinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır[45].

1961 ve 1982 Anayasalarının 'Başlangıçlı' olmasının sebebinin; yapıldıkların dönemde yeni bir anayasanın yapılışına yol açan olayları, düşünceleri açıklamak ve olağanüstü dönemin ürünü olan Anayasanın hükümlerini açıklamak ve bir meşruluk temeli oluşturma kaygısı olduğu ileri sürülmüştür[46]. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, Başlangıç'ı "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" ibaresiyle hem Cumhuriyetin nitelikleri arasında saymış, hem de 176/1. maddesindeki "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir" (1961 Anayasası m.156/1) hükmüyle, Başlangıç'ı Anayasa metninin kapsamına sokmuştur[47]. 1982 Anayasası 1961 Anayasası'ndan farklı olarak başlangıç metninde belirtilen temel ilkeleri 4. madde ile değiştirilmeyecek hükümler kapsamına dahil etmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen ilkelere dayandırıldığı belirtilmiştir. Anayasa'da değişmezlik yasağının başlangıç metninin tümü üzerinde değil; 2. madde doğrultusunda yani temel ilkeler için geçerli olması gerekir[48]. Anayasanın başlangıç kısmı metin şeklindedir ve

---

[43] "Kuşkusuz bir ya da birkaç sözcükle bu temel ilkeleri anlayabilmek için bu kavramları içeriklendiren Anayasa Hükümlerini de ele almak gereklidir. Bir başka deyişle, kendi başına her ilke ya da nitelik, bir çeşit özetlemedir. Bu nedenle örneğin Türkiye Cumhuriyeti'nin 'demokratik' veya ' hukuk devleti' olma nfiteliğini bu ilkeleri 'etlendiren' Anayasanın öteki maddeleriyle birlikte ele alınma durumundadır. Her temel ilke, Anayasa'nın yapısı içinde yer alan başka ilkelerden ve kurallardan oluşmaktadır; onlarla birlikte düşünülmesi, onlarla birlikte yorumlanması gerekir" (Yavuz Sabuncu, **Anayasa'ya Giriş**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001, s. 13)

[44] Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 32

[45] Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. ; Mehmet Tevfik Gülsoy, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", (Çevrimiçi), http://archiv.jura.uni-saarland.de, 10.11.2010

[46] Soysal, **a.g.e.**, s. 173

[47] Özbudun, **a.g.e.**, s. 75; Sabuncu, **a.g.e.**, s 15; Gülsoy, (Çevrimiçi), http://archiv.jura.uni-saarland.de, 10.11.2010

[48] Onar, **a.g.e.**, s. 16

anayasanın siyasi felsefesini oluşturur[49]. Bu kısımda değişmezlik yasağına ilişkin ilkeler tek tek sayma suretiyle düzenlenmediğinden, bu kısımdan tam anlamıyla hukuki normlar çıkarmak son derece güçtür[50]. Metinden yola çıkılarak ilkelere ulaşılmaya çalışıldığından, ilkeler yorumlayana göre de farklılık göstermektedir. Ayrıca başlangıç metninin ilkesel anlamda kapsamı oldukça geniş olduğundan ve yorumlanmasından kaynaklanabilecek sorunlar göz önüne alındığında beraberinde sorun getirmesi muhtemeldir[51]. Tek cümlede anlatılmaya çalışılan birçok ilke, Anayasa mahkemesi kararlarında esas alınacak ağırlıkta olmasına karşın yeterince açıklık kazanmamıştır[52]. Bu nedenle başlangıç kısmındaki zincirleme fiillerin ve katmerli yüklemlerin çözümlenerek, anlaşılır kılınması yoluna gidilmelidir[53].

'Başlangıç' ta yer alan ilkeleri Özbudun; Atatürk inkılap ve ilkerine bağlılık, Atatürk milliyetçiliği, Atatürk medeniyetçiliği, Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, milli egemenlik, Anayasanın ve hukukun üstünlüğü, Hürriyetçi demokrasi, Kuvvetler Ayrılığı, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğü, Her Türk vatandaşının temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ve laiklik şeklinde belirliyor[54]. Soysal' ın ise bu ilkeleri; Anayasanın meşruluğu, Atatürk'e bağlılık, Ulusal varlığın korunması ve yüceltilmesi, Doğal haklar, Ulus iradesinin üstünlüğü, Gerçek anlamına uygun bir güçler ayrılığı, Laiklik, Anayasaya bağlılık ve bekçilik şeklinde belirlediği görülmektedir[55]. Anlaşılan o dur ki 'Başlangıç' metnindeki ilkeler yorumlayana göre farklılık göstermektedir.

1982 Anayasasındaki geniş kapsamlı değişmezlik yasağıyla gelecek kuşakların Anayasayı değiştirme iktidarı bir ölçüde engellenmektedir[56]. Bir kişi öldükten sonra dünya üzerindeki haklarını ve iktidarını yitirir. Sadece dünyaya kronolojik olarak daha erken gelmesinden ötürü kendi kuşağının iradesine daha büyük önem verilmesini beklemek gelecekteki iktidarın sınırlanması olur. Dolayısıyla bir önceki kuşağın eseri olan tüm yasalar değiştirilebilmelidirler[57]. Bu nedenle, 1982 Anayasası'nda 1924 ve 1961 Anayasalarındaki gibi sadece devlet şeklinin Cumhuriyet olduğunu belirleyen maddenin değiştirilmesini yasaklamakla yetinmek, kanımızca gelecek kuşakların gereksinimlerine ve iradelerine uygun değişiklik yapmalarına imkan vermek açısından daha yerinde olurdu.

---

[49] Tanör, **a.g.e.**, s. 167

[50] "…Tek bir cümleyle, ama yaklaşık 400 sözcüklü tek bir cümleyle, hem Anayasanın meşruluğunu, hem ana doğrultusunu, hem temelindeki temel inançları, hem benimseniş biçimini anlatmaya çalışan bir metin ister istemez çapraşık,ağır,yüklü olur.Üslup akıcı ve berrak değilse, sözcükler iyi seçilmemişse güçlük daha da çoğalır; ilkeler seçilmezleşir…", Soysal, **a.g.e.**, s. 170 ; Aynı yönde, Sabuncu, **a.g.e.**, s. 16

[51] Onar, **a.g.e.**, s. 16; Soysal, **a.g.e.**,s. 396 ; Kuzu, **a.g.e.**, s. 40; Tanör, **a.g.e.**, s. 167 s.166-167s. 40; Gülsoy, (Çevrimiçi) http://archiv.jura.uni-saarland.de, 10.11.2010

[52] Soysal, **a.g.e.**, s. 173

[53] **A.e.**, s. 396

[54] Özbudun, **a.g.e.**, s. 75

[55] Soysal, **a.g.e.**, s. 171-172; Onar, **a.g.e.**, s. 16, dn. 20

[56] Teziç, **a.g.e.**, s. 181; Tanör, **a.g.e.**, 167; s. ; Onar, **a.g.e.**, s. 17; San, **a.g.e.**, s. 55; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 35

[57] San, **a.g.e.**, . 56

1982 Anayasası, anayasayı değiştirme yasağının kapsamını genişletirken, Anayasa Mahkemesinin bu konuda denetim yapma olanağını 148. maddede şekil denetiminin sınır ve kapsamını belirtmek suretiyle ortadan kaldırmıştır[58]. Anayasa değişikliklerine yönelik denetimin 'teklif ve oylama çoğunluğu' ile 'ivedilikle görüşülememe' olarak sayılmış olması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceğini açıkça göstermektedir[59]. Anayasa mahkemesi anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebilir[60], esas bakımından denetlemesi yasaktır (AY. m. 148). Anayasa Mahkemesinin bir Anayasa değişikliğini Anayasanın değiştirilmesi yasak olan ilk üç maddesine aykırı bularak iptal etmesi Anayasaya uygun değildir[61]. Bu durumda değiştirme yasağının hukuki bir yaptırımının olmadığı, TBMM' ye manevi bir sorumluluk yüklediği söylenebilir[62]. Ancak Anayasa Mahkemesinin, Anayasa değişikliği kanunlarını, şekilden hareketle esas bakımından da denetleyip iptal ettiği kararları mevcuttur[63]. Bu kararlarda, Anayasa Değişikliği Kanunlarını Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 'Cumhuriyet'in niteliklerinin değişmezliği' ilkesine göre incelemiştir[64].

1-Değiştirme Yasağının Kapsamının Genişletilmesi Sorunu

1982 Anayasası'nın 4. maddesinde 1., 2. ve 3. maddelerin değiştirilmesi yasağı öngörülmüştür. Değiştirilmesi yasak bu üç maddeye, hükmün içeriğini ve amacını bozmayacak surette yeni eklemelerin yapılmasının değiştirme yasağına aykırı olup olmayacağı tartışma konusudur[65]. Örneğin Anayasanın 3. maddesine 5. fıkra olarak "Türk milleti bağımsızdır" şeklinde hüküm eklense bu fıkra değişme yasağına aykırı mı olacaktır?

Değişiklik kelime anlamıyla, bir bütünün bir bölümünün değişmesiyle ortaya çıkan yeni durum yani farklılıktır. Hükümlere mevcut içeriğini bozmayan yeni bir eklemenin yapılması da sözel yoruma göre değişikliktir. Çünkü normun sözü ile yorumun aşılması mümkün olmayan sınırı genişlemiştir[66]. Yeni eklenen düzenleme yoluyla mevcutta farklılık yaratılmıştır. Normun koruma alanı genişlediğinden değişmezlik yasağının kapsamı da genişlemek durumunda

---

[58] AY. m. 148 "...Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz. Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır..."

[59] Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 16. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2010, s. 378; Özbudun, **a.g.e.**, s. 174; Can, **a.g.e.**, s. 112; Gözler, **a.g.e.**, s. 467; Teziç, **a.g.e.**, s. 178

[60] AYMK., T. 05.07.2007, E. 2007/72, K. 2007/68, (RG., T. 07.08.2007, S. 26606)

[61] Gözler, **Anayasa Hukuku**, s. 378; Gözler, **a.g.e.**, s. 467

[62] Özbudun, **a.g.e.**, s. 175 ; Gözler, **a.g.e.**, s. 447

[63] Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 14; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 473

[64] "...Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez..." AYMK., T. 05.06.2008, E. 2008/16, K. 2008/116, (RG.,T. 22.10.2008, S. 27032); Aynı yönde; AYMK., T. 07.07.2010, E. 2010/49, K. 2010/87 sayılı kararı

[65] Onar, **a.g.e.**, s. 17

[66] Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 1999, s .5

kalmıştır. Değişmez hükümlere ekleme yapılmasının bu yönüyle değişmezlik yasağına aykırılık teşkil ettiği ileri sürülebilir. Çünkü madde metnindeki her değişiklik yeni yorumlara ve normlara sebebiyet verebilir[67].

Anayasaya uygun yorum yapacak olursak; Anayasa koyucunun bu yasaklamayı, söz konusu maddelere yönelik her türlü değişikliği önlemek için değil, mevcut düzenlemenin içeriğini korumak için getirdiği ileri sürebilir ve hükümlerin içeriklerini etkilemeyen değişikliklerin yapılabileceği savunulabilir [68]. Anayasaya uygun yorum, normun açık sözü ve anlaşılabilir amacı ile sınırlanmıştır[69]. Değişmezlik yasağının getirilmesinin amacının sayılan maddelerin değiştirilemeyeceği olduğuna göre hükümlerin muhtevasını hiçbir şekilde etkilemeyecek bağımsız nitelikte bir ekleme yapılması değişmezlik yasağına aykırı olmayacaktır[70]. Şayet getirilen düzenleme hükmün amacına aykırı şekilde niteliğini değiştirme ya da hükmü işlevsiz kılma amacı taşıyorsa bu ekleme değişmezlik yasağına aykırı olacaktır[71].

Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç, konuyla ilgili ilk üç maddenin zenginleştirilmesi, geliştirilmesiyle pozitif anlamda evrensel hukuka uygun bir şekilde içinin doldurulması gerektiği hususunda görüş açıkladığı iddia edilmiştir[72].

Eski Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün ileri sürdüğü iddia edilen görüşüne göre ise değiştirilemez hükümlerin cümle yapısının ve sözcüklerin yerinin değiştirebilineceği ama içeriğe dokunulamayacağı doğrultusundadır[73].

İleri sürülen görüşlerden diğeri ise değiştirilemez Anayasa hükümlerine, Anayasa değişikliği sonucu ek bir hukuki ilke dahil edilirse bu ilkenin değiştirilemezlik güvencesine sahip olmayacağı doğrultusundadır[74]. Kanımızca değiştirilemez hükme eklenen hüküm Anayasadaki yeri açısından değiştirilmez hükmün içerisinde yer aldığından bu hükmü ayrı tutmak sistematik yoruma uygun olmayacaktır. Eklenen hükmün de böylelikle değişmezlik yasağına tabi olması gerekecektir.

Sonuç olarak, değişmezlik yasağının kapsamının, değişmez hükümlerin içeriğini ve niteliğini bozmayacak ve değişmezlik yasağına halel getirmeyecek surette anayasal değişmeye etken olan faktörler paralelinde genişletilmesi kanımızca değişmezlik yasağına aykırı olmayacaktır.

2-Değiştirme Yasağının Kapsamının Daraltılması Sorunu

Değişmezlik yasağının kapsamının genişletilmesi sorunun yanında tartışılan

---

[67] Gözler, **a.g.e.**, s. 446

[68] Onar, **a.g.e.**, s. 17; Özbudun, **a.g.e.**, s. 169

[69] Gören, **a.g.e.**, s .7

[70] Onar, **a.g.e.**, s. 17; Özbudun, **a.g.e.**, s. 169

[71] "…bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.", AYMK., T. 16.06.1970, E. 1970/1, K. 1970/31, (RG., T. 07.06.1971, S. 13858); Aynı yönde: AYMK. T. 15.4.1975, E.1973/19, K.1975/87 (RG., T. 26.02.1976, S. 15511)

[72] (Çevrimiçi) http://www.stargazete.com/politika/hasim-kilic-ilk-uc-maddenin-degistirilmesinden-sozetmedim-haber-298757.htm ,02.10.2010

[73] (Çevrimiçi) http://www.haberturk.com/polemik/haber/557188-ilk-3-madde-degistirilebilir-mi 01.10.2010

[74] Gören, **a.g.m.**, s. 7

diğer konu ise değiştirme yasağının kapsamının daraltılmasıdır. Tanör, konuyla ilgili görüşünü "Herhalde kimsenin, Türkiye Cumhuriyeti'nin ebediyete kadar 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesiyle 'Başlangıç' bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar basiretli ve ileriyi görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. 'İdeal'in artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir. 'Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti'yle ilgili 3. maddenin de değiştirilemez kılınması ise fuzulidir" şeklinde belirtmiştir[75]. Ayrıca başka ülkelerin anayasalarında da bu konuların düzenlendiğini ve ama değiştirilmez sayılmadıklarını bu hususta 1982 Anayasa koyucusunun gereksiz şekilde çok duyarlı hareket ettiğini söylemiştir[76].

1992'de Erdoğan Teziç başkanlığında 6 profesör ve 3 doçent tarafından[77] TÜSİAD için hazırlanan Anayasa taslağında da aynı yönde düşünceye yer verilmiştir. İddia edildiği üzere taslağa göre: "Bu açıdan önerilebilecek ideal formül, yeni bir anayasa hazırlama girişiminin başında, TBMM'nin bir anayasa değişikliği yaparak, değişmezlik hükmünü daha önceki Cumhuriyet anayasalarında olduğu gibi, 'Cumhuriyet' ilkesi ile sınırlı tutması olacaktır. Bunun gibi, Anayasa'nın değişmez hükümleri arasında sayılan 2. maddesindeki ibarelerin, yeni bir anayasa hazırlığı sırasında bağlayıcı olmamasında, Türkiye'nin ulaştığı yeni aşamalar açısından sayısız yararlar vardır. Burada geçen 'toplumun huzuru' ve 'milli dayanışma' ibarelerinin 'birey zararına' anlamlar taşıyabilmeleri nedeniyle, yeni bir anayasa metninde yer almamaları gerektiği pek haklı olarak ileri sürülebilir. Aynı şekilde yeni anayasaların 'ideolojik' hükümlerden mümkün olduğu kadar arındırılması yolu tercih edilebilir. Örneğin, bu bağlamda, 'Türk milliyetçiliği' ya da 'Atatürk milliyetçiliği' şeklindeki ideolojik anlam verilebilecek ifadeler yerine, çalışma grubumuz, hukuki bir deyim olan 'millî' sıfatının devletin nitelikleri arasına katılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindedir. Sonuç olarak çalışma grubumuz, TBMM'nin yeni bir anayasa taslağını oluşturma aşamasında kendisini, 'Cumhuriyet hükümet şekli'nin değişmezliği ilkesi dışında özgür ve bağımsız hissetmesi gerektiğine inanmaktadır."[78]. Bu görüş 1924'ten bu yana korunan Cumhuriyet rejimi dışındaki maddelerin değişmezlik yasağı kapsamından çıkarılması yönündedir.

Yazıcı da aynı yönde görüş paylaşıp[79], yeni anayasada değişmezlik hükmünün daha önceki Cumhuriyet anayasalarında olduğu gibi, 'Cumhuriyet' ilkesi ile sınırlı tutulması gerektiğini ve Anayasanın değiştirilemez hükümlerinin

---

[75] Tanör, **a.g.e.**, s. 167.

[76] **A.e.**, s. 167.

[77] Prof. Dr. Erdoğan Teziç, Prof. Dr. Sait Güran, Prof. Dr. Yıldızhan Yayla, Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Prof. Dr. Devrim Ulucan, Prof. Dr. Bülent Tanör, Doç. Dr. Fazıl Sağlam , Doç. Dr. Süheyl Batum, Doç. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu.

[78] (Çevrimiçi) http://gazetearsivi.milliyet.com.tr, 29.04.1992, s. 5

[79] Serap Yazıcı, "Anayasanın Değiştirilemez Hükümleri Geleceğe İpotek Koymaktır.", (Çevrimiçi), http://www.stargazete.com, 11.10.2010

geleceğe ipotek koymak olduğunu ifade etmiştir[80]. Ayrıca Cumhuriyet kavramını Anayasanın 2. maddesinde yer alan, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet gibi muğlak kavramlarla tanımlamanın, Anayasa Mahkemesi'ne geniş bir takdir yetkisi sunduğunu ve yerindelik denetimine yol açtığını belirtmiştir[81].

Erdoğan, korunması istenen siyasi ilke veya değerlerin arkasında yeterli bir toplumsal destek varsa, bunlara anayasal dokunulmazlık sağlamaya zaten ihtiyacın olmayacağını vurgulamıştır. Anayasalara konan değiştirilemez hükümlerin uzun vadede etkili olacağı şüpheli olduğundan değiştirilemez hükümlerden yana toplumda kısmen de olsa farklı ilkeler temelinde yeni bir anayasal mutabakat üreten daha güçlü bir irade oluşmuşsa, değiştirilemez hükümlerin demokrasiyle bağdaşabilmesi için değiştirilebilmesi gerekeceğini belirterek,[82] değiştirilmez hükümlerin mevcudiyetini ve değiştirilebilirliğini toplumsal iradenin uzlaşmasına dayandırmıştır.

Anayasa kuralları diğer yasalara kaynaklık etmesinden, aynı zamanda bir devletin temel kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini belirleyen kurallar bütünü olmasından ötürü Devlet ve toplum için temel önem taşırlar. Bu yüzden değişmeleri de zor koşullara bağlanmıştır[83]. Bunun yanında toplumsal ve siyasal hayatın devingenliği bazı Anayasal normların değişmesini gerekli kılar. Çünkü hukuk normları sosyal hayata uyum gösterecek surette şekillenir. Düzeni sağlayan normların düzene paralel şekilde gelişme göstermesi normların düzene uyumlu olması açısından şarttır. Anayasamızın değişmez hükümlerinin önemi Anayasanın temel ilkelerini, amacını ve Devletimizin niteliklerini içermesinden ve bunların tüm ulusça benimsenmesinden ileri gelir. Şayet Anayasanın temel alarak koruduğu değerler ve bunların ulusça benimsenme şekli gelecek nesiller tarafından farklılaşırsa, hukuk kaideleri de o yönde değişeceğinden değişmez hükümlerin değişilmesi yoluna gidilmesi gerekecektir.

Anayasa yorumunda en önemli ilke anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesidir. Anayasa normları Anayasa'nın temel ilkelerine aykırı surette yorumlanmamalı, temel ilkelerden bağımsız değerlendirme yapılmamalıdır. Yorum yaparken birbiriyle çelişen amaçlar arasından Anayasanın koruduğu değerleri ve temel ilkeleri üstün tutan yorum yeğlenmelidir[84]. Bu yolla, değiştirme yasağının kapsamı Anayasanın sözüne, ruhuna ve amacına uygun şekilde genişletilebilir ve daraltılabilir.

---

[80] Aynı yönde: **"...**bir anayasaya "değiştirilemez hükümler" koymak, onun değiştirilmesini büsbütün yasaklamak kadar değilse de, yine de gelecek kuşakların tercihlerini bir ölçüde kısıtlamak anlamına gelir. (...)Eğer cari anayasa kendisinden sonra gelecek olan anayasayı/anayasaları belirleyecek olsaydı, o zaman o ülkenin anayasal düzenini değiştirmek sonsuza dek mümkün olmazdı. Böyle bir rejime demokrasi denemeyeceği ise izahtan varestedir. Dolayısıyla, anayasalardaki "değiştirilemez hükümler", sadece o anayasa yürürlükte kaldığı sürece ve onda yapılacak değişiklikler söz konusu olduğunda bağlayıcıdır." , Mustafa Erdoğan, "Değiştirilmez Hükümler Demokrasiyle Bağdaşır Mı ? , (Çevrimiçi), http://www.stargazete.com, 13.09.2010

[81] Yazıcı, (Çevrimiçi), http://www.stargazete.com, 11.10.2010

[82] Mustafa Erdoğan, "Değiştirilmez Hükümler Demokrasiyle Bağdaşır Mı ?", (Çevrimiçi) http://www.stargazete.com, 13.09.2010

[83] Gören, **a.g.e.**, s .6

[84] Gören, **a.g.e.**, s . 6

3-Değiştirme Yasağı Getiren Hükmün Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Sorunu

Anayasanın değiştirilme yasağı kapsamındaki hükümler için tartışma konusu olan diğer konu yasağın öngörüldüğü 4. maddenin değiştirilip değiştirilemeyeceğidir. 4. madde, 1., 2. ve 3. maddeye ilişkin değiştirme yasağı getirmiştir fakat 4. maddenin değiştirilemeyeceğine ilişkin ne Anayasa'da ne de 4. maddede herhangi bir düzenleme mevcut değildir[85].

Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilmesini yasaklayan 1924 Anayasası'nın 102., ve 1961 Anayasasının ise 9. maddelerine ilişkin olarak da aynı sorun söz konusu olmuştur. Çünkü o dönemdeki anayasalarda yahut değişmezlik yasağının öngörüldüğü ilgili maddelerde değiştirilmemelerini yasaklayan bir düzenleme mevcut değildi. Bu durumda değişmezlik yasağı öngören madde kaldırılmak suretiyle bu yasak sonlandırılıp akabinde değişmez hükümlerin değiştirilebileceği öngörülebiliyordu[86].

1982 Anayasasında da önemini korumaya devam eden bu soruna ilişkin, iki farklı şekilde değerlendirme yapılabilir. İlk değerlendirmede, değiştirme yasağı getiren maddenin niteliği gereği değişmez hükümleri koruma amacı taşıdığından, bu ilkelerin dayanaksız bırakılmaması gerektiğinden, değişmezlik yasağı getiren maddenin kendisinin de değişmezlik kazandığı ileri sürülmekte ve bu maddeyi kaldırmanın söz konusu olamayacağını belirtilmektedir[87]. İkinci değerlendirmede ise, değiştirme yasağı getiren maddeye ilişkin ne hükmün kendisinde ne de Anayasada değiştirme yasağı öngörülmediğinden, onu değiştirmeyi ya da kaldırmayı hukuken engelleyen bir düzenleme olmadığından pozitif hukuk karşısında bunun mümkün olduğu ileri sürülmektedir[88]. Ancak ikinci değerlendirmeye göre yapılan anayasa değişiminin sağlıklı sonuç vermesi için toplumsal uzlaşmanın varlığı gereklidir[89].

Konuyla ilgili bir bakış açısı, Anayasayı değiştirmenin Anayasa koymadan farklı olduğu, değişmezlik yasağının Anayasa koyma işlemi olduğu ve bu yolla Anayasayı değiştiren yasa koyucunun müdahalesinden korunmanın amaçlandığı yönündedir. Asli kurucu iktidarın değişmezlik yasağı ile sadece kendini değil, Anayasayı değiştiren tali kurucu iktidarı da sınırlandırdığından değişmezlik yasağının değişmezliği savunulmaktadır[90].

Bir başka bakış açısına göre ise Anayasanın 4. maddesini değiştirerek, onun değişmesini yasakladığı hükümleri değiştirmenin anlamı, Anayasa'nın en temel hükümlerini değiştirerek yeni bir anayasa yapmaya girişmek demektir[91]. Tali kurucu iktidarın anayasayı yıkıp yeni bir anayasa yapması ya da değiştirilmez hükümleri değiştirmesi hukuken mümkün değildir. Çünkü tali kurucu iktidarın

---

[85] Onar, **a.g.e.**, s. 19; Gözler, **a.g.e.**, s. 448
[86] **A.e.**, s. 19
[87] Serozan, **a.g.m.**, s. 136-136; Gören, **a.g.m.**, s. 4
[88] Soysal, **a.g.e.**, s. 392; Tunaya, **a.g.e.**, s. 134; Onar, a.g.e., s. 20; Atay, a.g.m., s. 546, Tanör, **a.g.e.**, s. 176; Özbudun, **a.g.e.**, s. 169
[89] Atay, **a.g.m.**, s. 546
[90] Gören, **a.g.m.**,, s. 6; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 149
[91] Soysal, **a.g.e.**, s. 392

yetkisi değiştirilmez hükümler haricinde, anayasayı değiştirmekle sınırlıdır[92].

Kamu hukukunda geçerli olan devredilen yetkinin bir daha devredilemeyeceği ilkesine göre ise[93], tali kurucu iktidarın yetkisi sınırsız olsa dahi, anayasayı değiştirme yetkisine sahip iktidar olmasından ötürü, devletin nitelikleri anlamında bir değişiklik yapma yetkisine sahip olamayacağıdır. Çünkü tali kurucu iktidarın varlığı anayasaya dayanır. Tali kurucu iktidar anayasa değişikliği aracılığıyla devletin özü ve niteliklerini değiştirmek suretiyle, devletin yeniden oluşturulması anlamında anayasal bir yetkiyle donatılmamıştır[94].

Anayasa'nın 4. maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere Anayasa'nın değiştirilemeyen hükümleri 1., 2. ve 3. maddedir. Anayasal düzenleme bu şekilde olduğu halde normun koruduğu değerlerden hareket ederek açıkça düzenlenmediği halde 4.maddeyi de bu kapsama almak; mantıki açıdan doğru kabul edilse de anayasa tekniği açısından yanlıştır. Çünkü açıkça değişmezlik yasağı kapsamında sayılmayan maddenin, değiştirilemeyecek maddelere katılması anlamına gelir. Değiştirilemez hükümler, Anayasa'mızda istisna nitelikte hükümler olduğundan, dar yoruma tabi tutulmaları gerekir[95]. Bu nedenden dolayı 4. maddenin değişmezlik yasağı kapsamına dahil edilmemesi gerekir[96]. 4. maddenin de değiştirilemeyecek hükümler kapsamına dahil olabilmesi için tali kurucu iktidar tarafından yapılacak bir Anayasa değişikliği ile 4. maddenin kendisinin de değiştirilemeyeceği hükme bağlanmalıdır. Aksi takdirde 4. maddenin değiştirilemeyeceğine ilişkin pozitif hukuka ilişkin bir engel yoktur[97]. Fakat bu yolla anayasanın yasakladığı bir sonuca anayasanın diğer bir maddesinden yararlanarak ulaşılmakta ve hukuka karşı hile yapılmaktadır[98]. 4. madde, 1., 2, ve 3. maddeleri korumak amacı taşımaktadır ve hükmün getiriliş amacı budur. Tali kurucu iktidar tarafından 4. madde kaldırılarak, değiştirilmesi yasak maddelerin her birine ya da hükümler kaldırılmadan 4. maddenin kendisine "Anayasa'nın bu hükmü hiçbir surette değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez ." şeklinde bir fıkra eklenerek sorunun aşılması mümkündür[99].

Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa önerisinde ise farklı bir çözüm geliştirilmiştir. Anayasa'ya 186. madde eklenmiş ve madde "Anayasanın 1., 2., 3. ve 4. maddelerindeki kurallar hiçbir biçimde değiştirilemez ve bunların değiştirilmesi teklif dahi edilemez." şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde ise

---

[92] Gözler, **a.g.e.**, s. 444; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 147

[93] "Kurulu iktidar anayasadan almış olduğu yetkilerin dışında başka bir yetki kullanamayacağı gibi, gene anayasanın izni olmadan bu yetkileri de devredemez. Kurulu iktidara verilen yetkiler bir hak değil, bir fonksiyonun ifadesi olduğundan yetkisini devreden kurulu iktidar anayasanın, dolayısıyla kurucu iktidarın üstünlüğü prensibini çiğnemiş olur." (**Hayati Hazır,** Anayasa Hukuku, 4. Bası, , Ankara, Alter Yayınları, 2007, s.48-49)

[94] Atay, **a.g.m.**, s. 546

[95] Gözler, **a.g.e.**, s. 448; Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 147

[96] Gözler, **a.g.e.**, s. 448

[97] Tunaya, **a.g.e.**, s.134; Teziç, a.g.e., s. 180-181; Gözler, **a.g.e.**, s. 448

[98] "Açıktır ki, bu tipik bir "*hile-i şer'iyye*"dir. Burada anayasanın yasakladığı bir sonuca anayasanın diğer bir maddesinden yararlanarak ulaşılmaktadır. Bilindigi gibi, hile-i ser'iyye hukukun genel ilkeleri gereğince himaye edilmez." (Gözler, **Kurucu İktidar**, s. 142)

[99] Onar, **a.g.e.**, s. 19-20; "…Hukukta yapılacak yorumlarda sözden çok öze önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeğe yarayan bir araç olduğunun kesinlikle gözönünde tutulması, çağdaş hukuk biliminin benimsendiği temel ilkelerdendir…" AYMK., 12.01.1971, E.1969/31, K. 1971/3, (RG., T. 26.03.1971, S: 13790)

değiştirilmesi yasak hükümleri dolaylı yollarla değiştirme girişimlerine karşı, madde metnine 'hiçbir biçimde' ibaresinin eklendiği vurgulanmıştır[100]. Ayrıca Anayasa önerisinin 4. maddesi "Egemenlik kayıtsız şartsız ulusundur." şeklinde düzenlenerek değiştirilemez hükümlere bu madde de eklenmiştir[101].

Hukuk kuralları, sözcüklerin altında yatan rasyonel amaç ve diğer kurallarla birlikte oluşturduğu bütünün değeri göz önünde tutularak yorumlanmalıdır[102]. Anayasa hukukunu yorumlarken ise öncelikle anayasa metninden yola çıkılmalıdır[103]. Anayasamızda 4. maddenin değiştirilmesine yönelik pozitif hukuka ilişkin engel olmamasına karşın, hükmün koruduğu değerler nazara alınacak olunursa, bu hükmün değiştirilmesiyle 1., 2. ve 3. maddenin değiştirilmesi yolunun açılacağı gerçeği de göz önünde bulundurulacaktır.

SONUÇ

Anayasa'nın değiştirilmesi, yürürlükte bulunan Anayasa'nın, anayasa değişikliğine ilişkin öngördüğü usul ve esaslara göre içeriğinde değişikliğe gidilmesidir. Anayasa değişikliklerinde bu kurallara uyulması esastır. Bu bağlamda anayasanın değişmezliğini savunmak hukuka ve anayasanın mantığına uygun olmayacaktır.

Anayasaların değiştirilmesinde genel olarak siyasal, sosyal, ekonomik ve teknolojik faktörler etkilidir ve bu faktörlerin etkisiyle anayasal değişim kaçınılmaz olur. Anayasaların değişim hızı toplumsal değişim hızına paraleldir. Anayasaların değiştirilebilir olması aynı zamanda onların sürekliliğini ve kalıcılığını sağlamaktadır.

Anayasanın değiştirilmesi zorunluluğu ortaya çıktığında tali kurucu iktidarın müdahalesi söz konusu olmaktadır. Tali kurucu iktidarın müdahalesi asli kurucu iktidar tarafından sınırlanmıştır. Asli kurucu iktidarın anayasada değişmezlik yasağı öngörmesi ve değişikliğini güç şartlara bağlamasının amacı ise Anayasa'nın istikrarı ile çoğunluğu eline geçiren iktidarın Anayasa'yı istediği şekilde değiştirmesinin önüne geçilmesidir.

1982 Anayasası'nda Cumhuriyet dönemi Anayasalarına nazaran daha kapsamlı şekilde değişiklik yasağı öngörülmüştür. Değişiklik yasağının kapsamı geniş tutulmakla beraber değişmezlik yasağı kapsamındaki Anayasa'nın 2. maddesi ve bu maddenin atıf yaptığı başlangıç kısmında belirtilen ilkelerin muğlak nitelik taşıması ve farklı yorumlara sebebiyet vermesi değişmezlik yasağının mutlak sınırlarını tartışılır kılmıştır. Bu konuda değişmezlik yasağının 1924 ve 1961 Anayasaları'ndaki şekilde sadece Türkiye Devleti'nin Cumhuriyet olduğuna ilişkin hükümle sınırlanması bu konudaki göreceliliği ortadan kaldıracaktır.

Anayasada değişmezlik yasağını hüküm altına alan 4. maddenin değiştirilmesi yoluyla değişmezlik yasağının kapsamının değiştirilmesinin önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Tali kurucu iktidar bu yolla asli kurucu iktidar tarafından çizilen sınırı aşma yoluna gitmiş olacaktır. Hükmün getiriliş amacı

---

[100] Türkiye Barolar Birliği, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s. 323

[101] **A.e.**, s. 35 ve 323

[102] Serozan, **a.g.e.**, s 136

[103] Kaboğlu, **a.g.e.**, s.44

ve koruduğu değerler göz önünde bulundurulursa, tali kurucu iktidarın bu yola başvurmasının meşruluğu ancak, bu konuda toplumun benimsediği, inandığı değerlerin değişmesiyle, dönemin koşullarının gerektirdiği şekilde ve toplumsal uzlaşmanın sağlanmasıyla mümkün olabilir. Anayasa tekniği açısından değişme yasağını değiştirme yolunun kapatılması ise 1, 2. ve 3. maddelerde ayrı ayrı ya da 4. maddede bu maddelerin hiçbir surette değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm koymakla mümkün olabilecektir.

Değişmezlik yasağı kapsamındaki ilkeler ancak anayasanın sözüne ve ruhuna uygun şekilde değiştirilebilir. Fakat yapılan değişiklik ile getirilen düzenleme hükmün amacına aykırı şekilde niteliğini değiştirme ya da hükmü işlevsiz kılma amacı taşıyorsa bu ekleme ya da değişiklik, değişmezlik yasağının mahiyetine aykırı olacaktır. Çünkü bu maddelerin içeriğinin korunması esas, anayasal değişmeye etken faktörler söz konusu olduğunda değişmeleri ise istisnaidir.

Toplumun ve devletin geleceği öngörülebilir ama gelecek hakkında kesin kanıya varılarak, genel-geçer kaideler yaratmak ve mutlak ilkeler belirlemek hayli güçtür. Her çağın yaşayışı, dünyaya bakışı, hayatı algılayışı ve inançları değişkenlik gösterir. Toplumun benimsediği değerler ve inançların bütünüyle başkalaşımı sonucunda toplumun karakteri de değişecektir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda değiştirilemez hükümlerin değişmeyeceğini savunmak ise etkisiz olacaktır. Anadolu'da yaşayan Yunan filozof **Herakleitos**'un da belirttiği gibi değişmeyen tek şey değişimin kendisidir.

KAYNAKÇA

Atar, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku,** Mimoza Basım Yayım Ve Dağıtım A.Ş, Konya, 2002.

Atay, Ender Ethem: "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S.1-2, 2008, s. 503-549.

Can, Osman: "Anayasayı Değiştirme İkitidarı ve Denetimi Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. LXII, S.3, 2007, s. 101-139.

Erdoğan, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Orion Yayınevi, 2007.

Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, 5. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

Erdoğan, Mustafa: "Değiştirilmez Hükümler Demokrasiyle Bağdaşır Mı ?", (Çevrimiçi) http://www.stargazete.com, 13.09.2010.

Eroğul, Cem: **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

Giritli İsmet/Sarmaşık Jale: **Anayasa Hukuku-Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku,** 2. Bası, Beta Yayıncılık, 1, İstanbul, 2001.

Gören, Zafer: **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 1999.

Gören, Zafer: "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, , S. 16, 2009, s. 1-15.

Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2010.

Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2010, (Kıs.: Anayasa Hukuku).

Gözler, Kemal: **Kurucu İktidar**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, (Kıs.: Kurucu İktidar).

Gözübüyük, A. Şeref: **Anayasa Hukuku-Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2000.

Güler, Gülşah Yalçın: "Anayasa Değişiklikleri, Kurucu İktidarlar ve Meşruiyet", **Sayıştay Dergisi**, S. 66-67, 2007, s. 35-46.

Gülsoy, Mehmet Tevfik: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", (Çevrimiçi),http://archiv.jura.uni-saarland.de, 10.11.2010.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul Legal Yayıncılık, 2006.

Karatepe, Şükrü: **Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme**, İstanbul, İz Yayıncılık, 1993.

Kuzu, Burhan: **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, Bayrak Matbaası, 1990.

Onar, Erdal: **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, İstanbul, 1993.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

Parla, Taha**: Türkiye' de Anayasalar**, İletişim Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1991.

San, Coşkun: **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, Ankara, 1974.

Serozan, Rona: "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXXVII, S.1-4, İstanbul, 1972.

Tanilli, Server: **Devlet ve Demokrasi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.

Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayım, 13. Bası, İstanbul, 2009.

Turhan, Mehmet: "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.XXXIII, S.1-4, 1976, s. 63-104.

Türkiye Barolar Birliği: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.

Yazıcı, Serap: "Anayasanın Değiştirilemez Hükümleri Geleceğe İpotek Koymaktır.", (Çevrimiçi), http://www.stargazete.com, 11.10.2010.

Gülsoy, Mehmet Tevfik: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", (Çevrimiçi),http://archiv.jura.uni-saarland.de, 10.11.2010.

"Haşim Kılıç: İlk üç maddenin değiştirilmesinden sözetmedim", (Çevrimiçi) http://www.stargazete.com/politika, 02.10.2010.

"İlk 3 Madde Değiştirilebilir mi?", (Çevrimiçi) http://www.haberturk.com/polemik, 01.10.2010

MARKA HUKUKUNDA RÜÇHAN HAKKI

Av. Nilüfer KARGI[1]

Giriş

Çalışmamızın konusunu oluşturan "Rüçhan Hakkı" kavramı temelini sınai hakların korunması amacıyla 1883 yılında imzalanan Paris Sözleşmesi'nin 4. maddesinden almaktadır. Türk hukukunda "Rüçhan Hakkı" 27/06/1995 tarih 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 25 vd hükümlerinde çok ayrıntılı olmasa da temel konularda gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

Marka hukukunun temelini tescil ve ülkesellik ilkesi oluşturmaktadır. Her ülkenin kendi mevzuatına göre kabul edilmiş olan bu ilkelerin yumuşatılması ve globalleşen dünyada belirli bir marka ile faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin marka haklarının korunması amacıyla Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkeler arasında rüçhan hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Amaç, bir ülkede tescil için başvurusu yapılmış olan markanın hak sahibinin istemi üzerine Paris Sözleşmesi ile 556 sayılı KHK'de belirtilen 6 aylık hak düşürücü süre içersinde ikinci bir ülkede tescilinin talep edilmesi halinde arada geçen süre içerisinde aynı marka ve aynı mal ve hizmet sınıfları için yapılan tescil ve başvuruların geçersiz olmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, temelini uluslararası sözleşmelerden alan "Rüçhan Hakkı" hüküm ve sonuçları itibariyle oldukça önem arz eden bir haktır.

1. RÜÇHAN HAKKI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir ülkede marka tescil başvurusunda bulunan bir kişinin aynı markayı aynı mal ve hizmetler için başka bir ülkede tescil ettirme ihtiyacı olabilir. Fakat; ilk ülkedeki tescilin yapılmasından sonra aynı markanın başka bir ülkede başvurusunun yapılması halinde markanın ilk sahibi dışında bir kimsenin marka üzerinde hak iddia etmek riski doğmaktadır. Bu durumun bertaraf edilmesi amacıyla 1883 yılında yürürlüğe giren Paris Sözleşmesinin 4 üncü maddesi ile kişilere ilk başvuru ile bir başka ülkede yapacakları ikinci başvuru arasında geçen süre içerisinde hak kaybına uğramamaları için rüçhan hakkı kullanma imkanı getirilmiştir.

Marka hukuku anlamında rüçhan hakkı, rüçhan hakkı sahibinin başvurusunun daha sonraki bir tarihte yapılmış olsa bile diğer başvurulara nazaran daha önce yapılmış sayılmasına ve rüçhan hakkı sahibinin öngörülen yasal süre içerisinde başvurması koşuluyla bu süre içerisinde yapılan başvuruların önünde kabul edilmesine imkan veren bir haktır[2]. Rüçhan

---

[1] İstanbul Barosu Avukatlarından

[2] Ünal TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Arıkan, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4 üncü Bası, İstanbul 2005, s.365.

hakkından etkilenen markalar başvuru tarihleri itibariyle hükümden düşerler. Görüldüğü üzere, rüçhan hakkı bir marka için öncelikle başvuru veya tescil ettirme amacı taşıdığından, özü itibariyle diğer başvuruları engelleme veya yapılmış olan tescilleri hükümden düşürme özelliğine sahiptir[3].

Rüçhan hakkı, Türkiye'de marka tescil işlemlerini yürütmekte yetkili olan Türk Patent Enstitüsü'ne usulüne uygun şekilde yapılan tescil başvurusu ile talep edilir. Rüçhan hakkı, Türkiye'de öncelikli olarak yasal korumaya kavuşturulması ve başka başvuru ve tescillerin engellenmesi ile başvuruya konu markaya öncelikle sahip olma imkanı veren bir hak olarak tanımlanabilmektedir[4].

Rüçhan hakkı marka başvurularında sağladığı önceliğin yanında aynı zamanda markanın rüçhan kapsamında korunduğu süre boyunca ülke genelinde markaya karşı yapılan tecavüzlere karşıda rüçhan hakkı sahibinin korumadan faydalanmasına imkan tanımaktadır. Örneğin, marka için ilk tescil başvurusunda bulunan ve süresi içerisinde Türkiye'de rüçhan hakkı talep eden bir kişi markasının üçüncü kişiler tarafından yapılan tesciline engel olabileceği gibi, markanın kullanılmasından kaynaklanan tecavüz eylemlerine de son verilmesi mahkemelerde talep edebilecektir.

Rüçhan hakkı niteliği itibariyle marka tescil başvurusu ile talep edilen ancak başvuruya bağlı olmayan bir haktır. Yenilik doğuran bir hak olan rüçhan hakkı, herhangi bir işlem gerektirmeksizin geçerli olduğu tarihten itibaren rüçhan hakkına konu aynı markanın üçüncü kişiler tarafından yapılacak diğer başvuru ve tescillerini kendiliğinden hükümsüz hale getirir. Dolayısı ile rüçhan hakkı tescil ile doğan sahiplik ilkesini çürütme özelliğine sahiptir[5]. Rüçhan talebinin yapılmamış sayılması tescil başvurusunun geçerliliğini etkilemediği gibi, hakkın ortaya çıkması veya kullanımına ilişkin eksiklikler tamamlanarak, yasal olarak öngörülen süre içinde yeni bir başvuru da yapılabilir; aksi takdirde süreye riayetsizlik nedeniyle rüçhan hakkı hükümden düşecektir[6]. Yabancı bir ülkede tescil edilen bir markanın Türkiye'de veya başka bir ülkede korunması için, kural olarak bu markanın, korunmanın talep edileceği ülkelerde tescil edilmesi şarttır. Ancak hak sahibinin aynı anda birden çok ülkede markasını tescil ettirmesi mali külfetlerinin ağır olması sebebiyle oldukça zordur. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde düzenlenen ülkesellik ilkesi doğrultusunda kendisinden koruma talep edilen her devlet, fikri hakların hangi şartlarda ortaya çıktıklarını, ne şekilde tasarruf konusu olabileceklerini kendi hukukuna göre belirler. Koruma hangi ülkede talep ediliyorsa, korumanın içeriği o ülke hukukuna göre belirlenir. Marka hakkı, bir gayri maddi hak olduğundan sadece tescil edildiği veya kullanıldığı ülke kurallarına göre varlık kazanır, marka hakkı ancak o ülkede doğar. Ülkesellik ilkesi gereği, aynı işaret marka olarak birçok ülkede o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil edilecek olursa, tescil olunduğu ülkelerin ulusal hukuklarına göre ve o ülkelerin hakimiyet

---

[3] Erdal NOYAN, **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s.178.; Hayri BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 7, C. 7, Sayı 1, s.51.

[4] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları**, s.51.

[5] Reha POROY /Ünal TEKİNALP, **Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s.334.

[6] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.56.

sınırlarıyla sınırlı olmak üzere marka hakkı doğar. Kural olarak tescilin hak sağlayıcı ve koruyucu etkisi tescil edildiği ülkenin sınırlarını aşamaz[7]. Bir markanın Türkiye'de korunması için kural olarak tescil edilmesi şartını ihtiva eden ülkesellik ilkesinin sakıncalarının önlenmesi amacıyla, Paris Sözleşmesinin 4 üncü maddesi ile 556 sayılı KHK 25 vd hükümleri uyarınca; Rüçhan hakkı ile Paris Sözleşmesi'ne üye ülkelerden birinde yapılan tescil talebine dayanılarak belli bir süre boyunca Türkiye'de veya diğer üye ülkelerde henüz tescil edilmemiş bir markaya sınırlı da olsa bir koruma sağlanmaktadır[8].

Bağımsız bir hak olarak nitelendirilen rüçhan hakkını tescil başvurusuna konu markadan bağımsız olarak üçüncü bir kişiye devredilip devredilemeyeceği konusu doktrinde YASAMAN tarafından ele alınmıştır. Bu konuda 556 sayılı KHK'de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. YASAMAN, ilk tescil talep hakkından bağımsız bir hak olan ve talep edilmediği sürece hüküm doğurmayan rüçhan hakkının tek başına üçüncü kişilere devredilebileceğini belirtmektedir[9]. Rüçhan hakkının devredilmesi durumunda önemli olan rüçhan hakkını devralan kişinin bu haktan yararlanabilme koşullarıdır. Kanaatimizce, rüçhan hakkının tek başına üçüncü kişilere devri mümkün olmalıdır. Her ne kadar 556 sayılı KHK ile rüçhan hakkının el değiştirmesi durumunda devir işleminin ne şekilde yapılabileceği ve bunun muhtemel sonuçlarına ilişkin hukuki bir düzenleme getirilmemiştir.Ancak bu durum rüçhan hakkının bağımsız bir ekonomik değer olarak müstakilen devredilmesine engel olmamıştır[10].

2. RÜÇHAN HAKKININ DOĞUMU

556 sayılı KHK'nin 27. maddesi uyarınca; *"25. ve 26. madde hükümlerine göre rüçhan hakkının hüküm ve sonuçları, rüçhan hakkının talep edildiği başvurunun tarihi itibariyle doğar"*. Rüçhan hakkı ancak kullanılmaya bağlı sonuç doğurduğu için kullanıldığı tarihten itibaren marka hakkının ihlali sözkonusu olabilir.

Markanın tescil tarihi, Türkiye'de markanın tescil için başvurusunun yapıldığı tarihtir. Yoksa, markanın ilk tescil edildiği ülkedeki başvuru tarihi veya mal ve hizmetlerin sergide sergilenmeye başladıkları tarih değildir. Türkiye'de bir markanın tescil edilmesi halinde başvuru tarihinden itibaren markaya tanınan koruma etkisini göstermeye başlar[11].

556 sayılı KHK'nin 27. maddesinin temelini oluşturan Paris Sözleşmesi'nin ilgili 4. maddesi hükmünden yola çıkarak ele alınması halinde; Paris Sözleşmesi'ne ilişkin rüçhan hakkının süresinde kullanılması durumunda sonraki başvuru tarihinin ilk başvuru tarihine dek geri gittiği ve bu tarihten itibaren hüküm ifade ettiği de görülecektir[12].

Türkiye'de tescil talebi yapılmadığı sürece, rüçhan hakkına sahip olan kimse üçüncü kişilerin başvuru veya tescillerini veya markanın Türkiye'de izinsiz

[7] TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** s.404.

[8] Hakan KARAN, / Mehmet KILIÇ, **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi Ve İlgili Mevzuat**, Ankara 2004, s.353; Hamdi YASAMAN / Sıtkı Anlam ALTAY / Tolga AYOĞLU / Fülürya YUSUFOĞLU, **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.796.

[9] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.786.

[10] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.63.

[11] NOYAN, **Marka Hukuku**, s.179-181.; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.809.

[12] OYTAÇ, **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**, s.234.

kullanımını sadece bu hakka dayanarak engelleyemez. Bu durumda, hak sahibi tarafından rüçhanlı başvurunun yapılmaması veya bu başvuru ile birlikte rüçhan hakkının talep edilmiş olmaması şartıyla, üçüncü kişilerin altı aylık süre içinde yaptıkları başvuru veya gerçekleşen tescilleri korunur. Ancak aynı süre içinde (ilk başvuru ve rüçhanlı başvuru arasında) markanın sadece kullanılmış olması üçüncü kişiler yararına bir hak doğurmaz. Bu süre zarfında olmak şartıyla, markanın bir başka kimse tarafından kullanılması, kullanım önceliği nedeniyle rüçhanlı başvuruyu engellemez. Ancak, rüçhanlı başvurudan önce üçüncü kişilerin kazanmış olduğu haklar korunur[13]. Paris Sözleşmesinin 4/B madesi uyarınca "*Rüçhan hakkına esas teşkil eden ilk başvuru tarihinden önce üçüncü kişiler tarafından kazanılmış haklar, Birlik ülkelerinin her birinin dahili mevzuatı uyarınca saklıdır*" denilmek suretiyle, kendisinden önceki başvuru ve tescilleri hükümsüz kılan rüçhan hakkının, kullanılmasından önce kazanılan hakları etkilemeyeceği düzenlenmiştir.

III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERE DAYANAN BAŞVURULARDAN DOĞAN RÜÇHAN HAKKI

A) RÜÇHAN HAKKINDAN FAYDALANACAK KİŞİLER

Rüçhan hakkından faydalanabilecek kişiler belirlenirken, ilk tescil başvurusunun yapıldığı ülkenin Paris Sözleşmesine üye olup olmamasına göre bir inceleme yapılması gerekmektedir. İlk marka tescil başvurusunu Paris Sözleşmesine dahil ülkelerden birinde yapan bir kimsenin Türkiye'de aynı markanın tescili halinde rüçhan hakkını kullanabilmesi için ya Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birine mensup olmalı ya da Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birine mesup olmamakla beraber, Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinde ikametgahı yahut işler durumda bir müessesesi bulunmalıdır[14].

556 Sayılı KHK madde 25/3 uyarınca; İlk marka başvurusunda bulunan bir kimse Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinin vatandaşı ise, Paris sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede marka başvurusu yapsa dahi Türkiye'de markanın tescili için rüçhan hakkından faydalanma imkanı vardır. Görüldüğü üzere rüçhan hakkından faydalanma imkanı genişletilmiş ancak bu durumda dahi rüçhan hakkı kullanmak isteyen kişinin Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinin vatandaşı olma şartı aranmıştır. Fakat, önemle belirtmek gerekir ki, bu hak Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinin vatandaşı olmayıp da üye olmayan ülkede ikamet edenlere veya çalışır halde işletmesi bulunanlara tanınmamıştır[15].

Doktrinde bazı yazarlaca yukarıdaki iki özellikten birine sahip olmasa da 556 sayılı KHK'nin 3. maddesinin 2. fıkrasında yazılı karşılıklılık ilkesinden faydalanan ülke vatandaşı gerçek ve tüzel kişilerde rüçhan hakkından faydalanabilmesi gerektiği ifade edilmektedir[16]. 556 sayılı KHK madde 3/2

---

[13] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.76.

[14] Madde metninde geçen "mensup" ibaresi doktrinde "vatandaş" olarak yorumlanmaktadır. Konu ile ilgili bkz; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.785; TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** s.366; Doktrinde ARKAN ise "mensup" yerine "tabiyet" kelimesini kullanmıştır; Sabih ARKAN, **Marka Hukuku**, Cilt 1, Ankara 1997, s.62.

[15] TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** s.366.

[16] NOYAN, **Marka Hukuku**, s.178.; ARKAN, **Marka Hukuku**, s.62.

hükmü uyarınca; *"Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girmemekle beraber, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de marka korunmasından aynı şekilde yararlanır".* Kanaatimizce, ülkesellik ilkesinin istisnası olarak kabul edilen rüçhan hakkından kimlerin faydalanabileceği KHK madde 25 vd. hükümlerinde açıkça yazılmıştır. İlgili maddede yer almayan kişilerin de rüçhan hakkından yararlanabileceğini kabul etmek istisnai bir hükmün geniş yorumlanarak hükmün konuluş amacına aykırılık teşkil edebilir.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz her üç halde de, rüçhan hakkından faydalanmak için başvuran kişinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Hatta, bu kişinin tacir olma zorunluluğu da yoktur[17].

B) RÜÇHAN HAKKINDAN FAYDALANMAK İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

1. İlk marka başvurusu ile rüçhan hakkı talep edilen ikinci marka başvurusunun aynı marka ile aynı mal ve hizmet sınıfları için yapılması gerekmektedir.

Türk hukukunda kabul edildiği üzere markalar kullanıldığı mal ve hizmetlere bağlı olarak korunurlar. Markalar arasında benzerlik ve ayniyet incelemesi yapılırken markaların tescilinin talep edildiği mal ve hizmet sınıfları esas alınır. Türkiye'de marka başvurusu yapan bir kişinin rüçhan hakkından faydalanabilmesi için daha önce başka bir ülkede aynı marka için aynı mal ve hizmetlerde tescil başvurusunda bulunduğunu ispatlaması gerekir. İlk başvurusu yapılan marka ile sonraki başvuruda verilen marka örneği arasında fark varsa rüçhan hakkı doğmaz[18]. Aynı marka için farklı mal ve hizmetlerde yapılmış olan bir başvurudan veya markanın aynı mal ve hizmetleri kapsamasına rağmen değişik unsurları ihtiva eden marka ile yapılan müracaattan dolayı rüçhan hakkı doğmaz[19].

Tescil konusu mal ve hizmetlerin ilk tescilden geniş olmaması ve farklı mal ve hizmetleri içermemesi gerekir[20]. Fakat, ikinci tescilde ilk tescil talebinde yer alan mal ve hizmetlerin bir kısmı için başvuru yapılması halinde bu durumda rüçhan hakkının kullanılmasına engel bulunmamaktadır. Bu durumda tescili talep edilen mal ve hizmetler daraltılabilir ama genişletilemez.

Doktrinde YASAMAN, rüçhan hakkının tescili durumunda, ilk tescil başvurunda yer alan marka ile ikinci tescil başvurusundaki marka arasında aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerliğin aranması gerektiğini ileri sürmektedir[21]. ARKAN ise ayniyet kriterinin sonucu olarak rüçhanlı bir başvuruda, ilk başvuruda yer almayan ya da farklı veya yeni eklemeler içeren ürün, mal ve hizmetler için tescilinin talep edilmesinin mümkün olmayacağını

[17] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.785.
[18] ARKAN, **Marka Hukuku**, s.63, dn. 27.
[19] Adem UMUR, **Marka Tescilinde Rüçhan Hakkı**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:2, Sayı:8, Cilt:2, Aralık 2006, s.916.
[20] ARKAN, **Marka Hukuku**, s.63.
[21] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.792.

ve tescil konusu ürün, mal ve hizmetlerin, ilk tescilden geniş olmaması ve farklılıklar içermemesi gerektiğini ileri sürmektedir[22].

Kanaatimizce, ayniyet kavramının çok dar yorumlanmaması gerekir. Markalar arasında kıyaslama yapılırken 556 sayılı KHK'nın 7/1 (b) bendinde düzenlenen aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik aranmalı ve ikinci marka başvurusunda yapılan değişikliğin markanın ayırt edici karakterine zarar vermeyecek şekilde olması gerekir. Aksi halde yapılan değişiklik ayniyet kriterine aykırı düşer ve rüçhan hakkının ilgili başvuruda kullanılması mümkün olmaz. Markalar arasında katı bir ayniyetin aranması rüçhan hakkının kullanım alanını daraltabileceği gibi aynı kabul edilebilecek markaların rüçhan korumasından faydalanması engellenmiş olur[23].

Rüçhanlı başvurunun ilk başvuru kapsamı ile aynı olup olmadığı TPE tarafından resen incelenebileceği gibi, bu konuda tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış marka sahibinin itirazı ile de incelenebilir. Rüçhanlı başvurunun ilk başvuru ile aynı olmadığına TPE tarafından karar verilebileceği gibi, bundan etkilenen diğer başvuru veya tescil sahiplerinin, bu başvuru ve tescillerin rüçhanlı başvuru ile aynı olmadığı yönündeki itirazların da dikkate alınarak rüçhanlı başvurunun reddedilmesi de mümkün olabilmektedir[24].

556 sayılı KHK'nin 25. maddesinin 2, fıkrasında yer alan düzenleme TPE'ne geniş bir yetki veren bir düzenlemedir. İlgili hüküm uyarınca; "*Birinci fıkrada belirtilen süre içinde, rüçhan hakkına dayanılarak başvuru yapıldığı takdirde, rüçhan hakkının doğduğu tarihten itibaren üçüncü kişiler tarafından yapılacak rüçhan hakkına konu olan tescil başvurusunun mal veya hizmetler itibarıyla kapsamındaki başvurular ve bunlar adına yapılacak marka tescilleri hüküm ifade etmez*". Hüküm yorumlandığında rüçhan hakkı söz konusu ise TPE tarafından kendiliğinden kapsam dahilindeki marka başvuruları ile tescillerinin hükümsüz sayılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

---

[22] ARKAN, **Marka Hukuku**, s.63.

[23] Bu konuda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) önemli bazı kararları bulunmaktadır. Örneğin; ATAD tarafından verilen "TELEYE" kararında, Amerika'da tescili talep edilen "TELEEYE" markasına dayanılarak, "TELEYE" markasının Avrupa Topluluk Markası olarak tescil edilmesi talep edilmiştir. Ancak daha sonra, tescili talep edilen markanın "TELEYE" markası olmayıp, "TELEEYE" markası olduğunu belirterek, talepte yer alan markanın bu şekilde düzeltilmesini istenmiştir. İncelemeyi yapan makam, iki marka arasında, anlam, görünüm ve yazı tarzındaki farklara değinerek, düzeltme talebini reddedilmiştir. Bu karar üzerine OHIM nezdinde dava açılmıştır. Mahkeme, talepte bulunanın iradesinin, "TELEEYE" markasının tescilli olduğunu, tashih talebinin kötü niyetli yapılmadığını, "TELEYE" ve "TELEEYE" markaları arasındaki farkın esaslı bir fark sayılmadığını, "TELEYE" markasının "TELEEYE" olarak değiştirilmesi talebinin kabul edilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. 2002 tarihli benzer "TOPFLOW" kararında, Fransa'da tescili talep edilen "TOP FLOW" markasının tescil talebine dayanılarak, "TOPFLOW" markasının Topluluk Markası olarak tescili talep edilmiştir. Markaların incelenmesi sonucunda, "TOP FLOW" markasının "TOPFLOW" markasının tesciline dayanak olarak kullanılamayacağı, ilk tescil edilen markanın iki kelimeden, oysa rüçhan hakkından faydalanarak tescili talep edilen markanın tek kelimeden ibaret olduğu gerekçesiyle, rüçhan hakkı talebinde kurallara aykırı bir durumun varlığına karar verilmiştir. Bu karar üzerine, tescili talep eden vekil, "TOPFLOW" markasının, "TOP FLOW" olarak düzeltilmesini talep etmiştir. Bu talep de markanın esaslı olarak değiştirilmiş olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karar üzerine, talepte bulunan vekili, OHIM nezdinde markanın düzeltilmesi ve verilen ilk kararın iptalini talep etmiştir. Bunun üzerine OHIM, "TOPFLOW" markasının "TOP FLOW" olarak düzeltilmesinin, esaslı bir değişiklik teşkil etmeyeceğini, "TOP" ve "FLOW" arasında bir boşluğun bırakılmasıyla, markanın anlamının, telaffuzunun değişmeyeceğini; iki kelime arasında bir boşluk bırakılmasının esaslı bir değişiklik olarak algılanamayacağını belirterek, "TOPFLOW" olarak tescili talep edilen markanın "TOP FLOW" olarak değiştirilmesine ve tescil prosedürünün buna göre devam etmesine karar vermiştir (YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 792).

[24] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.69.

2. Rüçhan hakkı altı aylık hak düşürücü süre içerisinde kullanılmalıdır.

556 Sayılı KHK'nin 25. maddesinin birinci fıkrası uyarınca rüçhan hakkının 6 aylık süre içerisinde kullanılması gerekir. Bu süre içerisinde kullanılmayan rüçhan haklarının düşeceği belirtilerek bu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmiştir[25]. Rüçhan hakkı talep edilen başvurunun bu 6 aylık süre içerisinde gönderilmesi yeterli değildir bu süre içerisinde Türk Patent Enstitüsü'ne ulaşması gerekir[26].

Paris Sözleşmesinin 4/C-2 maddesine göre, altı aylık süre, ilk başvuru tarihinden itibaren hesaplanmaya başlanır. Başvuru günü, sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Paris Sözleşmesi'nin 4/C-3. maddesine göre, sürenin son günü bir tatil gününe veya yetkili merciin başvuru kabul etmediği bir güne rastlarsa, süre başvuruların ilk kabul edileceği güne kadar uzatılmış olur.

556 Sayılı KHK'nin 25. madde düzenlenmesinden anlaşılacağı üzere rüçhan hakkı sahibine tanınan altı aylık süre içinde Türkiye'de üçüncü bir kişi aynı markanın, aynı mal ve hizmetlerde tescili için başvuru yaparsa, bu başvuru veya tescil gerçekleşmişse bu tescil hüküm ifade etmez[27],[28].

Rüçhan hakkı, bu hakkın kulanılması süresince, aynı mal ve hizmetler konusunda aynı marka için başkaları tarafından yapılacak başvuru ve tescillerin kabul edilmemesini sağlayan sınırlı bir korumadır[29]. Örneğin, (A) Belçika'da 6

---

[25] Doktrinde bu sürenin hak düşürücü süre olduğu konusunda ortak bir kanaat vardır; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 792.; ARKAN, **Marka Hukuku,** s.63.; NOYAN, **Marka Hukuku**, s.179.; Yargıtay 11. HD'nin 20/05/1975 tarihli, 1975/1259 E., 19753463 K. Sayılı kararında 551 sayılı Mülga Marka Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararda Markalar Kanununun 20 inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne müsteniden davacı tarafın sahip olduğu rüçhan hakkını altı aylık hak düşürücü süre içerisinde kullanmaması sebebiyle davacı tarafın temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir (**Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, http://www.legalbank.net/).

[26] ARKAN, **Marka Hukuku,** s.63.

[27] Necati MERAN, **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, 2. Baskı, s. 217.; NOYAN, **Marka Hukuku**, s.179.; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 792.

[28] Yargıtay 11 inci HD'nin 06.02.2006 Tarih., 2005/887 E., 2006/972 K. sayılı kararında rüçhan hakkından kaynaklanan öncelik hakkının bulunduğu bu sebeple daha sonra yapılan marka başvurusunun red edilmesine ilişkin TPE tarafından verilen kararın yerinde olduğuna ilişkin hüküm kurulmuştur. Anılan hüküm şu şekildedir; "*Davacı vekili, müvekkilinin iletişim ve haberleşme sektöründe dünyanın büyük firmalarından biri olduğunu, müvekkilinin "AXOR" ibareli markasının Madrid protokolü çerçevesinde tescili için yapılan müracaatın "AXORN" markası ile ayırt edilemeyecek kadar benzer bulunduğundan bahisle 38.sınıf yönünden reddedildiğini, kısmi red kararına karşı Markalar Dairesi ile Y.İ.D.K.'na yapılan itirazın reddedildiğini redde dayanak gösterilen markanın başvuru tarihinin müvekkilinden sonra olduğunu, bütünü itibariyle farklı markalar olduklarını, redde dayanak gösterilen marka sahibinin müvekkiline muvafakatname verdiğini ve ileride sunulacağını, Paris Sözleşmesine göre de, kısmi red kararının yerinde olmadığını ileri sürerek, müvekkilinin markasının AXORN markası ile iltibas teşkil edecek şekilde bir benzerliğinin bulunmadığının tespitine, Y.İ.D.K. kararının iptaline ve hükümsüzlüğüne, markanın 38. sınıfta tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda markalar arasındaki tek farkın "N" harfi olduğu, görünüş, okunuş ve düşünsel anlamda aynı oldukları eklenen harfin benzerliği ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı, 7/1-b anlamında ayırt edilemeyecek kadar benzer oldukları, anılan maddenin mutlak ret nedeni olması nedeniyle dava dışı marka sahibinin izni ile mutlak tescil engelinin aşılamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacının markasının 38. sınıfta tesciline engel olan "AXORN" marka başvurusunun 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 25/1. maddesi uyarınca rüçhan hakkından kaynaklanan öncelik hakkının bulunduğu ve bunun yanında davalı Türk Patent Enstitüsünce başvurunun önce ilan edilip, daha sonra kısmi red kararı verilmesinin de anılan K.H.K.nin 33/2. maddesine aykırı bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.* **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, http://www.legalbank.net/.

[29] Esin Çamlıbel TAYLAN, **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Ankara 2001, s.45.

Ocak 1998 tarihinde, torna, planya, matkap ve testere emtiaları için "Bistri" diye bir marka başvurusunda bulunmuş olsa, (A) 6 Temmuz 1998 tarihine kadar bu mallarla ilgili olarak söz konusu marka için rüçhan hakkına sahiptir. Bu durumda (A) Türkiye'de 2 Haziran 1998 tarihinde başvuruda bulunsa aynı marka için 2 Şubat 1998'de başvuru yapan (B)'ye tercih edilir[30].

3. İlk başvurunun usulüne uygun olması gerekir.

Paris Sözleşmesinin 4/C-2 maddesinde rüçhan hakkının *ilk başvuru* tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere rüçhan hakkından faydalanabilmek için önceki altı ay içinde yapılmış olan bir marka başvurusunun olması gerekir. Paris Sözleşmenin ilgili hükmünden anlaşılacağı üzere ancak o marka ile ilgili ilk başvuruya istinaden rüçhan hakkı talep edilebilir. İlk başvuru niteliğinde olmayan sonraki bir tescile dayanılarak rüçhan hakkı talep edilemez[31]. Her ne kadar 556 Sayılı KHK'nin 25. maddesinde "bir markanın tescili için usulüne uygun olarak yaptıkları başvuru tarihinden itibaren altı ay süreyle" rüçhan hakkının kullanılabileceği belirtilmiş ise de yapılan başvurunun markanın tescili için yapılan ilk başvuru olduğu belirtilmemiştir. Ancak, Türkiye'nin 1994 yılında kabul ettiği uluslararası bir sözleşme olan Paris Sözleşmesinde yer alan kurallar Anayasa'nın 90/son hükmüne göre Türk iç hukuk kuralları haline gelmiştir. Bu durumda Paris Sözleşmesinde belirtildiği üzere rüçhan hakkının hesaplanması için başlangıç noktası olan başvurunun "*ilk başvuru*" olması gerektiği sonucu çıkmaktadır[32].

Paris Sözleşmesi'nin 4/C-4 maddesi ve AT Topluluk Markası Tüzüğü'nün 29/4 maddesi ile rüçhan hakkının "*ilk başvuru*" ya dayandırılması gerektiği kuralına istisna getirilmiştir. Bu durumda; yapılan ilk başvuru ile ikinci başvuru aynı mal ve hizmetler için aynı ülkede yapılmış, önceki başvuru henüz rüçhan hakkına dayanılarak kullanılmamış ve sonraki başvurunun yapıldığı tarihte ilk başvuru talebi red edilmiş, geri çekilmiş, marka üçüncü kişilerin incelemesine tabi tutulmamışsa yapılan ilk değil, ikinci başvuru rüçhan hakkına temel teşkil edebilir[33].

Paris Sözleşmesinin 4/A-3 maddesi uyarınca rüçhan hakkına temel oluşturacak ilk başvurunun uygun kabul edilmesi için usulüne uygun biçimde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda başvuru için daha sonra uygulanacak prosedürün rüçhan hakkı bakımından bir önemi bulunmamaktadır[34]. Uygunluk açısından yapılan inceleme esasa yönelik değil usule yöneliktir ve bu usul başvurunun yapıldığı ülkenin mevzuatına göre belirlenmektedir[35].

---

[30] TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** s.366; Doktrinde verilen bir diğer örnek ise şu şekildedir; "POWER ibareli marka için 03. sınıfta 01/04/2006 tarihinde Almanya'da marka müracaatında bulunan bir kişi aynı marka için aynı sınıfta Türkiye'de 01/10/2006 tarihine kadar marka başvurusu yaparsa ve rüçhan hakkından faydalanmak isterse, bu başvuru mesela 05/06/2006 tarihinde başka bir kişi tarafından aynı markanın aynı sınıfta yapılan marka başvurusunu geçersiz kılar"; UMUR, **Marka Tescilinde Rüçhan Hakkı**, s.916.

[31] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 793.

[32] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 793.

[33] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 794.

[34] Ceren DEMİRCİ, **Sınai Haklarda Rüçhan Hakkı**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 61.

[35] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.75.; NOYAN, **Marka Hukuku**, s.179.

Rüçhan hakkından faydalanmak için başvuran kişinin ilk başvuru tarihini belirleyen bir belge getirmesi yeterlidir. Yoksa, markanın ilk başvurusunun tescile bağlandığını ispatlamak zorunda değildir. İlk başvurunun tescil ile sonuçlanmasını aramak Paris Sözleşmesi ile 556 sayılı KHK'de yer alan düzenlemelere ters düşer. Önemle belirtmek gerekir ki, geçerliliği aranan husus markanın tescil şartlarını taşıyıp taşımadığı değil rüçhan hakkının doğumu için gerekli şartların oluşup oluşmadığıdır. İlk başvurunun Paris Sözleşmesi'nin 4. maddesi ile 556 sayılı KHK'de yer alan şartlara uygun yapılmaması durumunda, ilk başvuru Paris Sözleşmesine üye Birlik ülkelerinde ve Avrupa Birliği Tüzüğünün uygulanmakta olduğu Avrupa Birliği ülkelerinde rüçhana hak kazandırmayacaktır[36]. Önemle belirtmek gerekir ki, bu durumda rüçhan hakkının kaybedilmesinin dışında örneğin başvurunun geçersiz hale gelmesi gibi daha ağır bir sonuç meydana gelmeyecektir[37].

4. Rüçhan hakkından faydalanabilmek için açıkça talep edilmesi gerekmektedir.

İlk tescil talebinden bağımsız bir hak olan rüçhan hakkı talep edilmediği sürece hüküm doğurmayacaktır. Rüçhan hakkı sahibi rüçhan süresi içinde bu hakkından yararlanmazsa, sürenin geçmesinden sonra, başkaları aynı işareti sahibi tarafından tescil ettirilmemiş ülkelerde kendi adlarına tescil ettirebilirler[38].

Türkiye'de rüçhan hakkından faydalanmak isteyen bir kişinin Türk Patent Enstitüsüne altı aylık hak düşürücü süre içerisinde başvurması gerekir. Yargıtay 11 inci HD.'nin 03.05.2001 Tarih., 2001/1556 E., 2001/8371 K. sayılı kararında rüçhan hakkının bulunup bulunmadığı hususunda bir uyuşmazlığın yaşanması durumunda rüçhan hakkına dayalı bir başvurunun bulunup bulunmadığı hususunun Türk Patent Enstitüsü'ne sorulması gerektiğini ve verilecek cevaba göre hareket edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir[39].

IV. SERGİLERDE TEŞHİR HAKKINDAN DOĞAN RÜÇHAN HAKLARI

A) SERGİ RÜÇHANI KAVRAMI

556 sayılı KHK'nin 26. maddesine göre; sergi rüçhanından fayalanabilmek için tescil başvurusundaki markanın kullanılacağı mal veya hizmetler Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde teşhir edilmiş olması gerekmektedir.

---

[36] Kutlu OYTAÇ, **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**, Adana 2002, s.232.

[37] NOYAN, **Marka Hukuku**, s.178.

[38] TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** s.366.

[39] Anılan karar şu şekildedir; ""*(...) Her ne kadar, mahkemece 09.02.2000 tarihli bilirkişi raporu hükme dayanarak yapılacak dava reddedilmiş ise de davacı tarafça bilirkişi raporuna ciddi itirazlar getirilmiş olduğu halde, mahkemece bilirkişilerden bu itirazları karşılayan ek rapor alınmadığı gibi, itirazlar karar gerekçesinde de yeterince tartışılmamıştır. Davacı taraf özellikle, güzellik yarışmaları düzenlemenin şirketin faaliyet alanında olduğunu belirterek şirket ana sözleşmesinin amaç ve konusu başlıklı üçüncü maddesinin fotokopisini ibraz etmiş, (Queen Of Turkey) ibareli markasının Almanya'da 26.05.1995 tarihinde tescl ettirdiği rüçhan hakına dayanarak, 25.07.1995 tarihinde TPE nezdinde tescil talebinde bulunduğunu, işletme adı olarak tescil ve ilan edilen (Queen of Turkey) ibaresinin TTK. nun 48/3'üncü maddesindeki yasaklama kapsamında sayılamayacağını açıklamıştır. Bu durumda mahkemece, evvel emirde davacının (Queen of Turkey) markası ile ilgili, TPE'den rüçhanlı tescil işlemi dahil olmak üzere başvuru ve tescil belgelerinin istenilmesi, bundan sonra, davacı tarafın tüm itirazlarını karşılayacak şekilde bilirkişiden rapor alınması ve elde edilecek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.* **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, http://www.kazanci.com.

KHK'de yer alan düzenlemede her ne kadar sergi ibaresi geçse de burada doktrinde de kabul edildiği üzere kast edilen 27/06/2000 tarih ve 24092 ayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Yurt İçinde Fuar Düzenlenmesine Dair Yönetmelik" te yer alan fuar kavramıdır[40]. İlgili yönetmeliğin 5. maddesine göre; "*Fuarlar; ticarete konu mal ve hizmetler ile tarım ve sanayi ürünlerine ilişkin teknolojik gelişmelerin, bilgilerin ve yeniliklerin tanıtım amacıyla sergilendiği, yurtiçi ve uluslararası düzeyde bilgi alışverişi, teknik işbirliği, geleceğe yönelik ticari ilişki kurulması ve geliştirilmesi olanaklarının sağlandığı ve bu Yönetmeliğin 19. maddesinde belirtilen asgari altyapı özelliklerini taşıyan fuar alanlarında düzenlenen, tarih ve süreleri önceden belirlenen organizasyonlardır. Tanıtım isminde sergi sözcüğü kullanılmakla birlikte yukarıdaki fıkradaki niteliklere uygun olarak yapılan düzenlemeler de fuar sayılır*". Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere 556 sayılı KHK'nin 26. maddesinde geçen rüçhan hakkı fuarlarda teşhir edilen mal ve hizmetlerde kullanılan markalar için söz konusudur.

Fuarlar Türkiye'de ulusal ve uluslararası nitelikte gerçekleştirilmektedir. Fuar Yönetmeliği'nin 5. maddesinde sayılan nitelikleri taşıyan organizasyonlardan Türkiye içinde faaliyet gösteren firmaların katılımı ile gerçekleştirilenleri "ulusal" yani "milli", Fuar Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde belirtilen şartları içerenler ise "uluslararası" yani "milletlerarası" fuar olarak değerlendirilmektedir. Fuar Yönetmeliği'nin 11. maddesi uluslararası fuarların özelliklerini belirtmektedir. Buna göre bir fuarın uluslararası niteliği haiz olabilmesi için; mal ve hizmetlerin perakende satışlarının yapılmaması, bir fuarın aynı ad altında ve sektör bazında en az 3 yıl üst üste 3 defa yapılmış olması, genel olarak doğrudan ve dolaylı (temsilcileri kanalıyla) yabancı katılımcı sayısının, tüm katılımcılara göre en az %15 olması, yine doğrudan ve dolaylı yabancı katılımcıya satılan net m2 stand alanı büyüklüğünün toplam stand alanının %10'undan az olmaması ve yabancı ziyaretçi sayısının toplam ziyaretçi sayısı içerisinde en az %2,5'a ulaşması gerekmektedir.

Fuarlar Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde resmi veya resmi olarak tanınan nitelikte olmalıdır. Resmi kavramını kanunda bulunan veya mevzuatta adı yer alan kurumlar şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu açıdan Odalar Birliğinin veya Deniz Ticaret Odasının düzenlediği sergi resmi, TÜSİAD'ın sergisi ise milli ancak resmi değildir[41].

B) SERGİ RÜÇHANINDAN FAYDALANACAK KİŞİLER

556 Sayılı KHK'nin 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; Tescil başvurusundaki markanın kullanılacağı malları veya hizmetleri Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde teşhir eden 3 üncü maddenin birinci fıkrasında yazılı gerçek veya tüzel kişiler, sergideki teşhir tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'de marka tescil ettirmek için başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır. 556 sayılı KHK'nin 3. maddesine yapılan atıfla sergi rüçhanından yararlanacak kişiler belirtilmiştir. İlgili madde uyarınca;

---

[40] YASAMAN, **Marka Hukuku**, s. 804.; ARKAN, **Marka Hukuku,** s.64.; TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.367.

[41] TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 367.

"*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin öngördüğü koruma; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerce elde edilir*".

C) SERGİ RÜÇHANINDAN FAYDALANMAK İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Bir hakkın kullanılabilmesi için öncelikle o hakkın doğmuş olması gerekir. Bunun için öncelikle sergilerden doğan rüçhan hakkına ilişkin 556 sayılı KHK 26. madde hükmü uyarınca markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerin Türkiye'de milli ve milletlerarası veya Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde resmi veya resmi olarak tanınan bir sergide teşhir edilmesi gereklidir. Bunu takiben hakkın doğması için yukarıda da ifade edildiği üzere ilk olarak markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin marka ile birlikte sergilenmesi gerekmektedir[42]. Sergide teşhir edilmeyen markalar için rüçhan hakkından faydalanılamayacaktır. Sergi rüçhanına bağlı olan koruma teşhir edilmeyen yani sergilenmeyen mal ve hizmetler için söz konusu olmaz.

İkinci olarak ise sergi rüçhanından faydalanabilmek için teşhir edilen şeyin kimliğini ve sergiye konuluş tarihini tespit eden belgelerin yetkili mercilere verilmesi gerekmektedir. 556 sayılı KHK uyarınca sergilerde ürün teşhir edenlere verilecek belge aşağıda ayrıca inceleneceğinden burada bahsedilmeyecektir. Paris Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca sergi rüçhanından yararlanmak isteyen kişinin bu belgeleri rüçhan talep ettiği ülkenin ilgili makamına ibrazı şartı aranmaktadır. Benzeri bir düzenleme Marka Kanunu Anlaşması'nın 3. maddesinde de görülmektedir. Buna göre; başvuru sahibinin malların veya hizmetlerin ya da ikisinin birden bir sergide gösteriminden kaynaklanan bir korumadan yararlanmayı istemesi durumunda başvuru yaptığı ülkenin mevzuatının gerekli gördüğü beyanını destekleyici nitelikte belgeleri ibrazla yükümlü kılınmıştır.

Paris Sözleşmesinin 11. maddesinde, Birlik ülkelerinin içlerinden birinde tertip edilmiş uluslararası sergilerde teşhir edilecek markalara kendi mevzuatlarına uygun olarak geçici koruma sağlayacakları kabul edilmiştir.

Bir sergide teşhir edilmiş mal ve hizmetlerle ilgili olarak birden fazla kişinin rüçhan talebinde bulunması halinde, 556 sayılı KHK'nin 26. maddesinin 6. fıkrasında ifade edilen ve sergi rüçhanından faydalanma hususunda getirilen sıra uyarınca aynı markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması durumunda malları veya hizmetleri ya da ürünleri ilk sergileyen kişi, bunların aynı zamanda sergilenmesi halinde ise ilk başvuruda bulunan kişi, rüçhan hakkından yararlanacaktır.

Türkiye'de marka başvurusunda bulunan kişi sergideki teşhir tarihinden itibaren altı ay içinde rüçhan hakkından yararlanabilir. Kural olarak, teşhir tarihinden itibaren işlemeye başlıycak olan altı aylık süre 556 sayılı KHK'nin 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; tescil başvurusunda belirtilen markanın kullanacağı mallar veya hizmetler, sergide görünür şekilde resmi açılış tarihinden önce sergilenmişse rüçhan süresi, malların sergi yerine konulduğu veya hizmetin

[42] ARKAN, **Marka Hukuku**, s. 63; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.805.

sergilendiği tarihten itibaren başlar.

D) SERGİLERDE ÜRÜN TEŞHİR EDENLERE VERİLECEK BELGE

556 sayılı KHK'nin 26. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; birinci fıkrada belirtilen sergilerden Türkiye'de açılanların yetkili mercileri, tescil başvurusundaki bir markanın kullanacağı mallarını sergide teşhir edenlere veya hizmeti sergileyenlere, teşhir ettikleri malların çeşidini veya teşhir ettikleri hizmetlerin cinsini açıkça belirten ve malın veya hizmetin sergide görünür şekilde sergilendiği tarihi ve resmi açılış tarihini gösterir bir belge verir.

Aynı maddenin dördüncü fıkrasında, Yabancı ülkelerde teşhir edilen mallar veya hizmetler için, serginin açıldığı ülkenin yetkili mercileri tarafından düzenlenen ve üçüncü fıkrada yazılı hususları içeren bir belgenin verilmesinin şart olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

18/01/1985 tarihli, 18639 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'nun 12. maddesinin (d) bendi uyarınca; İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarım ve sınai ürünlerin sergilenmesi ve tanıtılmasında faydalı görülen fuar, sergi ve panayırların modern ve teknik esaslara uygun bir şekilde kurulmasını teşvik etmek ve uygun gördüklerine izin vermek görevine sahiptir. Fuar Yönetmeliğinin 15 inci maddesine göre fuar düzenlenebilmesi için düzenleyicilerin ilgili yerdeki Sanayi ve Ticaret Müdürlüğü'ne başvurmaları gerekmektedir. Yönetmeliğin 12. maddesine göre fuaların düzenlenmesi için yetki belgesi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından verilir. Bu durumda Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Yurt İçinde Fuar Düzenlenmesine Dair Yönetmelik'te yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde 556 sayılı KHK'nin 26. maddesinin 3. bendinde yer alan rüçhan hakkının kullanılabilmesi için gerekli belgeyi verecek yetkili makamın Sanayi ve Ticaret Bakanlığı olduğu anlaşılmakla birlikte günümüzde KHK'nin 26. maddesinin işlerlik kazanması için fuarları düzenleyen resmi veya özel fuar organizasyonları yapan firma veya kuruluşlar tarafından verilen belgelerin de yeterli olacağını kabul etmek gerekir.

E) TÜRKİYE'DE TESCİLLİ OLAN BİR MARKANIN TESCİLLİ OLDUĞU MAL VE HİZMETLERDE TÜRKİYE'DE AÇILAN BİR SERGİDE BAŞKASI ADINA TEŞHİR EDİLMESİ

556 sayılı KHK'nin 26. maddesinin 5. fıkrası uyarınca; Türkiye'de daha önce tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış olan bir markanın varlığına rağmen aynı marka aynı mal ve hizmetler için Türkiye'de açılan bir sergide teşhir edilebilir. Tescil veya başvuru sahibi bu markanın Türkiye'de açılan sergilerde teşhir edilmesine ve sergi bittikten sonra ülkesine geri gönderilmesine engel olamaz.

Sadece geçici bir süre için sergilenen ve Türkiye'de ticarete konu edilmeyen malların, Türkiye'de geçici olarak sergilenmesine engel olamayan marka sahibi; aynı markanın Türkiye'ye ithal edilmesine ve ticarete konu edilmesine, marka hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle engel olabilir[43]. 556 sayılı KHK'nın ilgili maddesinde belirtilen durum sadece sergi süresi ile sınırlı olup, sergilerde yer

[43] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.63.; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.808.

alan mal ve hizmetler için geçici koruma sağlanmaktadır.

Ancak söz konusu durum, bahsi geçen hükümlerde "başvurusu yapılmış" veya "tescil edilmiş" markalar için geçerli olup başvuru rüçhanına ilişkin maddelerin içinde değil sergi rüçhanına ilişkin madde kapsamında düzenlenmesi doktrinde çeşitli tartışmalara neden olmuştur. BOZGEYİK bu durumda ilgili hükümleri, başvuru rüçhanına sahip olan kimsenin, rüçhan süresi içinde Türkiye'de hem başvuru ve tescil önceliği, hem de sergileme önceliğine sahip olduğu biçiminde yorumlamakta dolayısı ile sergileyen kimse için bu hükümde öngörülen hakkın, sergi rüçhanının değil bir önceki maddede düzenlenen başvuru rüçhanının bir uzantısı olarak değerlendirmektedir[44]. KARAN/KILIÇ, 556 sayılı KHK madde 26/5'in rüçhan hakkının korumasını "tescil edilmiş bir markanın kullanılacağı mallara" teşmil ettiğini ve böylece sergi malları hakkında 556 sayılı KHK madde 9'un uygulanmasının engellendiğini belirtmekle, söz konusu hakkı sergi rüçhanının bir sonucu olarak değerlendirmektedir[45].

Kanaatimizce, geçici bir süre için bile olsa, tescil ilkesinin yumuşatılması yerinde değildir. Günümüzün teknolojik imkanları değerlendirildiğinde fuarlarda sergilenen bir markanın kısa sürede yurt içi piyasasına yayılabileceği, katalog ve benzeri tanıtım vasıtaları ile tüketicilere ulaştırılabileceği düşünüldüğünde Türkiye'deki sergilerde yer alan markaya tescilli markanın sahibinin müdahale edememesi tescilli marka sahibinin hukuk düzenine duymuş olduğu güvenin sarsılması anlamı taşımaktadır.

V. RÜÇHAN HAKKININ TALEP EDİLMESİ VE BELGELENDİRİLMESİ

556 sayılı KHK'nin 28 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca; "*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 yapılmamış sayılır*". Madde metninden de anlaşılacağı üzere Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinde yapılmış olan bir sergiye veya önceki tarihli bir başvuruya dayanarak rüçhan hakkı kullanmak isteyen bir kişi bu rüçhan hakkını ancak yeni bir başvuru ile birlikte kullanabilir. Yani, başvuru aşamasında markanın rüçhan hakkına dayandığının belirtilmesi gerekir.

556 sayılı KHK'nin 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; *"Sergi teşhir hakkına dayalı olarak alınmış bir rüçhan, 25. maddeye göre verilen rüçhan süresini uzatmaz*".

"Rüçhan Hakkının Talep Edilmesi ve Belgelendirilmesi" başlığı ile yapılan düzenleme; rüçhanlı başvurunun yapılması için uyulması gereken süreler ve başvuru için hangi belgelerin sunulması gerektiği, rüçhan hakkının ne şekilde belgelendirileceği hususlarında yeterli bir açıklama getirmemektedir. Bununla birlikte 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) ve (g) bentlerinde *"Başvuru sahibi önceki bir başvuruya dayanan rüçhan hakkından yararlanmak istiyorsa, ilk başvurunun yapıldığı devletin yetkili makamından*

[44] BOZGEYİK, **Markalarda Rüçhan Hakları,** s.65-66-67.
[45] KARAN/KILIÇ, **Markaların Korunması**, s.358.

alınacak rüçhan hakkı belgesinin aslı veya noter tasdikli sureti ve bu belgenin noter tasdikli Türkçe çevirisi; Başvuru sahibi mal ve/veya hizmetlerin markayla birlikte bir sergide teşhirinden kaynaklanan korumadan yararlanmak istiyorsa, serginin açıldığı devletteki serginin düzenleyicilerinden alınacak, teşhir olunan mal ya da hizmetlerin türleri ve malın ya da hizmetin markayla birlikte sergide görünür şekilde sergilendiği tarih ile serginin resmi açılış tarihinin yer aldığı belgenin aslı veya noter tasdikli sureti ve bu belgenin noter tasdikli Türkçe çevirisi ile markanın tasdikli örneği; Başvuruda rüçhan hakkı talep edilmiş ise, rüçhan hakkı talebi ücretinin ödendiğini gösterir belge" denilmek sureti ile rüçhan hakkı talebi ile birlikte ibraz edilmesi gereken belgelere sınırlı olarak yer verilmiştir.

Başvuruya ait bilgiler, rüçhan hakkını ortaya çıkaran Türkiye dışında veya Türkiye'de yapılmış olan ilk başvuruya ya da teşhire ait bilgilerdir. Bilgilerin verilmesine ilişkin belirli ve zorunlu bir şekil yoktur. Başvuru sırasında başvurunun sadece bir önceki başvuru veya sergi nedeniyle rüçhan hakkına dayandığının belirtilmesi yeterli olmayacaktır. Rüçhan hakkını ortaya çıkaran başvurunun veya serginin hangi ülkede, hangi tarihte, hangi mal ve hizmetlere ilişkin olarak hangi marka için yapıldığının belirtilmesi gerekli ve yeterlidir[46].

Rüçhan hakkının talep edilmesi halinde 556 sayılı KHK'nin 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Türk Patent Enstitüsü tarafından KHK madde 25, 26 ve 27. madde hükümlerine göre ayrıca bir inceleme yapılacağından; başvurunun bu incelemenin gerektirdiği asgari bilgileri içermesi gerekmektedir. Yanlış veya eksik olduğu açık bir şekilde anlaşılan bilgilerin de 556 sayılı KHK'nin 28. maddesinde belirtilen üç aylık sürede içinde düzeltilmesi veya tamamlanması ya da değiştirilmesi mümkündür.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere ilk tescil başvurusunun yapıldığı tarihi, ülkeyi ve tescil başvurusunu içeren rüçhan talebiyle birlikte rüçhan hakkı doğar. Rüçhan hakkının talep edildiği tarihten itibaren 3 aylık süre içerisinde ilk tescil başvurusunun örneği veya noter tasdikli sureti ve bu belgenin noter onaylı tercümesi Enstitü'ye teslim edilmezse rüçhan talebi yapılmamış sayılır. Bu belgeler dışında rüçhan hakkının meydana gelmesi için zorunlu unsur teşkil etmeyen belgelerin üç aylık süre geçtikten sonra Enstitü'ye teslim edilmesi Yargıtay

[46] DEMİRCİ, **Sınai Haklarda Rüçhan Hakkı,** s.80.

kararlarında da belirtildiği üzere herhangi bir hak kaybına yol açmayacaktır[47].

556 sayılı KHK'nin 30. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere Rüçhan hakkına ilişkin eksiklerin giderilmemesi, sadece rüçhan hakkının yitirilmesi bakımından hüküm ifade eder. Yoksa marka tescil başvurusu geçerli bir marka olarak varlığını devam ettirecektir. Bu durumda rüçhan hakkına bağlanan sonuçlardan faydalanmaksızın marka tescil başvurusu ile ilgili prosedür devam edecektir[48]. Marka Yönetmeliğinin 10. maddesinin 4. fıkrasında da bu konuya değinilmiştir. Anılan hüküm uyarınca;... *Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) ve (g) bentlerinde belirtilen belgelerin Kanun Hükmünde Kararnamenin 28. maddesi gereğince 3 aylık süre içerisinde, Enstitüye verilmemesi halinde başvuru sadece rüçhan hakkından yararlanamaz".*

Marka Yönetmeliğinin 31. maddesi uyarınca; rüçhanlı başvurunun yapılması ve rüçhan talebinin incelenmesinden sonra rüçhan talebinin yerinde görülmesi halinde rüçhan hakkının varlığı, bu hakkın doğumu tarihi ile birlikte marka tescil belgesi de sicile kaydedilir. Anılan hüküm şu şekildedir; "*Rüçhan hakkı talebinin uygun bulunması halinde marka tescil belgesi ile sicile aşağıdaki şekilde şerh verilir; "Bu markanın tescili için ilk defa ..... idaresine ..... tarih ve ..... sayı ile müracaat edildiği anlaşılmış olup, bu tarihten itibaren rüçhan hakkı bulunmaktadır.*"

VI. MARKALAR KANUNU TASARISINDA RÜÇHAN HAKKI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Bakanlar Kurulu'nun 05/01/2009 tarihli kararı ile sunulan ve hali hazırda Komisyon tarafından incelemeleri devam edilen Markalar Kanunu Tasarısının ilgili hükümlerinde rüçhan hakkı ile ilgili bazı değişiklikler yapıldığı görülmektedir.

556 sayılı KHK'nin 25. maddesinde "Milletlerarası sözleşmelere dayanan başvurulardan doğan rüçhan hakları" Markalar Kanunu Tasarısı'nın 20.

---

[47] Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi'nin 23.11.2000 tarihli 2000/8999 E. 2000/9226 K. sayılı endüstriyel tasarımlara ilişkin bir kararında "*(...) 554 sayılı KHK'nın 31. maddesinde rüçhan hakkının bavuru tarihi itibarıyle kesinleşeceğinin öngörüldüğü, başvuru formunda yer alan "Kamuya Sunuluş Tarihi" bilgisinin belirleyici mahiyette olmadığı ve noksanlık sayılamayacağı, sadece bilgi talebi niteliğinde olduğu, anılan maddenin ikinci fıkrasında rüçhan hakkı belgesinin veya tasdikli tercümesinin 3 ay içinde verilmemesi halinde rüçhan hakkının düşeceğine dair hüküm dışında bir unsura yer verilmediği, yönetmeliklerle bu maddenin amacına aykırı düzenlemenin 554 sayılı KHK'nın ve Paris Sözleşmesi'nin Stokholm metninin 4. maddesinin D/1,3,4. bent hükümlerine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. (...) Dava konusu tasarıma ilişkin rüçhan hakkı ile ilgili başvuru bakımından 554 sayılı KHK'nın 29. maddesinde özel bir düzenleme olmadığı gibi, normal tasarım tescili ile ilgili 26. madde ve ilgili yönetmeliğin 12. maddesinde süresinde yapılan rüçhan hakkı tescili bakımından bu maddelerde yer almayan bir unsur olan "kamuya sunulma" belgesinin sonradan tamamlanmış olması karşısında davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir (...)"* denilmek sureti ile rüçhan hakkının doğumu bakımından zorunlu olarak kabul edilen evrakların sunulmamasını belge noksanlığı biçiminde kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB)**, http://www.kazanci.com. Yargıtay benzeri bir başka kararında da; "(...)Davacı tasarımların kamuya sunuş tarihi ve bununla ilgili belgeleri, tescil başvurusundan itibaren üç ay içinde davalı Enstitü'ye ibraz ettiğine göre, davacı tescil başvurularının uluslar arası başvuruya dayalı rüçhan hakkı olduğunun kabulü gerekirken, başlangıçtaki bu eksikliğin 554 sayılı KHK'nın 32 ve 33, Yönetmeliğin 12. maddesinde yazılı eksiklik olarak değerlendirilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir" şeklinde hüküm kurmuştur (Yarg. 11. HD'nin 02/11/2004 tarihli, 2003/14043 E., 2004/10737 K. Sayılı kararı, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB)**, http://www.kazanci.com).

[48] Aslan KAYA, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.76.; TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.368.; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.813.

maddesinde "Uluslararası sözleşmelere dayanan başvurulardan doğan rüçhan hakları" başlığı altında düzenlenmiştir. Markalar Kanunu Tasarısının 20. maddesinde 556 sayılı KHK'nin 25. maddesine paralel bir düzenleme getirilmiş ve ek olarak rüçhan hakkından yararlanacak kişilere *Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına* taraf olan devletlerden birinin uyruğunda olan veya bu devletlerden birinin uyruğunda olmamakla birlikte onlardan birinde ikametgahı veya işler durumda ticari müessesesi bulunan gerçek veya tüzel kişiler veya *kanuni halefleri* de dahil edilmiştir. Maddenin devamında aynı marka *ve kapsamındaki aynı mal ve/veya hizmetler için* tescil belgesi almak üzere Türkiye'de başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanılır denilerek doktrinde kabul edilen fakat KHK'de açıkça yer almayan aynı mal ve hizmetler için rüçhan hakkının kullanılacağı hususuna açıklık getirilmiştir. Rüçhan hakkından yararlanılabilmesi için ilk başvuru yapılan devletin yetkili makamından rüçhan hakkı belgesi alınmasının şart olduğu hususuda maddenin birinci fıkrasına eklenmiştir.

Markalar Kanunu Tasarısının 20. maddesinin sonuna üç yeni fıkra eklenmiştir. Anılan fıkralar şu şekildedir*; (4) İlk başvurunun konusunu oluşturan ve aynı devlette yapılan sonraki başvurunun tarihi, sonraki başvurunun yapıldığı tarihten önceki başvurunun geri çekilmiş, terk edilmiş veya kamunun incelemesine açılmaksızın ve herhangi bir hakkı saklı olmaksızın rüçhan hakkı talebine dayanak oluşturmayacak bir biçimde reddedilmiş olması halinde, rüçhan hakkının belirlenmesinde ilk başvuru sayılır. Bundan böyle önceki başvuru, rüçhan hakkı talebine temel teşkil etmez. (5) Bu Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen gerçek veya tüzel kişiler hakkında da yukarıda belirtilen hükümler uygulanır. (6) Yabancı bir devlette yapılacak marka tescil başvurusunda kullanılmak üzere Enstitüden talep edilen rüçhan hakkı belgesi, talep üzerine ve rüçhan hakkı belgesi düzenleme ücretinin ödenmesi koşuluyla verilir.* Tasarının 20. maddesinin 4. fıkrasında Paris Sözleşmesinin 4/C-4 bendinde yer alan düzenlemeye yer verilmiştir.

556 sayılı KHK'nin 26. maddesinde "sergilerde teşhir hakkından doğan rüçhan hakları" Markalar Kanunu Tasarısının 21. maddesinde "Sergilerde sergilemeden doğan rüçhan hakları" başlığı altında düzenlenmiş ve sergilerde *mal ve hizmetlerin ilgili marka ile birlikte sergilenmesini* aramış; ayrıca, markanın tasdikli örneğini ibraz edenlerin sergi rüçhanından faydalacağı hüküm altına alınmıştır.

556 sayılı KHK'nin 28. maddesinde yer alan "Rüçhan hakkının talep edilmesi ve belgelendirilmesi" kenar başlığı Markalar Kanunu Tasarısının 23. madde altında düzenlenmiş ve "Başvuru sahibi, yararlanmak istediği rüçhan hakkı çeşidini başvuru ile birlikte, *beyan ücretini ödeyerek belirtir"* denildikten sonra rüçhan hakkı belgesini, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermediği takdirde rüçhan hakkından yararlanma beyanı yapılmamış sayılmasına düzenlemesine ek olarak *alınan rüchan hakkı beyan ücretinin Enstitüye gelir olarak kaydedileceği hükmüne yer verilmiştir.*

SONUÇ

Çalışmamızın konusu olan "Rüçhan Hakkı" markaların koruma sınırlarını

genişleten, ülkesellik ilkesine bir istisna teşkil eden ve ancak kullanılması halinde sahibine geçici bir süre için hukuki koruma sağlayan bir haktır. 556 sayılı KHK ve Paris Sözleşmesi'nde belirtilen 6 aylık hak düşürücü süre içerisinde kullanılmaması halinde var olan marka başvurusunun geçerliliği etkilenmez ancak rüçhansız bir başvuru yapılmış kabul edilir.

556 sayılı KHK'nin 25. maddesinde yer alan düzenlemeden ilk ülkede yapılan başvuruya konu marka ve ikinci ülkede yapılan başvuruya konu markanın aynı olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Oysa; kanaatimizce, ayniyet kavramının çok dar yorumlanmaması gerekir. Markalar arasında kıyaslama yapılırken aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik aranmalı ve ikinci marka başvurusunda yapılan değişikliğin markanın ayırt edici karakterine zarar vermeyecek şekilde olması gerekir. Aksi halde yapılan değişiklik ayniyet kriterine aykırı düşer ve rüçhan hakkının ilgili başvuruda kullanılması mümkün olmaz. Markalar arasında katı bir ayniyetin aranması rüçhan hakkının kullanım alanını daraltabileceği gibi aynı kabul edilebilecek markaların rüçhan korumasından faydalanması engellenmiş olur.

556 sayılı KHK'nin 26. maddesine göre; sergi rüçhanından faydalanabilmek için tescil başvurusundaki markanın kullanılacağı mal veya hizmetler Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Sözleşmesine taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde teşhir edilmiş olması gerekmektedir. KHK'de yer alan düzenlemede her ne kadar sergi ibaresi geçse de burada doktrinde de kabul edildiği üzere kast edilen "Yurt İçinde Fuar Düzenlenmesine Dair Yönetmelik"te yer alan fuar kavramıdır.

556 sayılı KHK'nin 26. maddesinin 5. fıkrasından yer alan; "Türkiye'de daha önce tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış olan bir markanın varlığına rağmen aynı marka aynı mal ve hizmetler için Türkiye'de açılan bir sergide teşhir edilebilir" düzenlemesi doktrinde oldukça eleştirilen bir hükümdür. Kanaatimizce, geçici bir süre için bile olsa, tescil ilkesinin yumuşatılması yerinde değildir. Günümüzün teknolojik imkanları değerlendirildiğinde fuarlarda sergilenen bir markanın kısa sürede yurt içi piyasasına yayılabileceği, katalog ve benzeri tanıtım vasıtaları ile tüketicilere ulaştırılabileceği düşünüldüğünde Türkiye'deki sergilerde yer alan markaya tescilli markanın sahibinin müdahale edememesi tescilli marka sahibinin hukuk düzenine duymuş olduğu güvenin sarsılması anlamı taşımaktadır.

556 sayılı KHK'nin 27. maddesi uyarınca; *"25. ve 26. madde hükümlerine göre rüçhan hakkının hüküm ve sonuçları, rüçhan hakkının talep edildiği başvurunun tarihi itibariyle doğar".* Türkiye'de tescil talebi yapılmadığı sürece, rüçhan hakkına sahip olan kimse üçüncü kişilerin başvuru veya tescillerini veya markanın Türkiye'de izinsiz kullanımını sadece bu hakka dayanarak engelleyemez. Bu durumda, hak sahibi tarafından rüçhanlı başvurunun yapılmaması veya bu başvuru ile birlikte rüçhan hakkının talep edilmiş olmaması şartıyla, üçüncü kişilerin altı aylık süre içinde yaptıkları başvuru veya gerçekleşen tescilleri korunur. Ancak aynı süre içinde (ilk başvuru ve rüçhanlı başvuru arasında) markanın sadece kullanılmış olması üçüncü kişiler yararına bir hak doğurmaz. Bu süre zarfında olmak şartıyla, markanın bir başka kimse tarafından

kullanılması, kullanım önceliği nedeniyle rüçhanlı başvuruyu engellemez.

"Rüçhan Hakkının Talep Edilmesi ve Belgelendirilmesi" başlıklı 28. maddede yapılan düzenleme; rüçhanlı başvurunun yapılması için uyulması gereken süreler ve başvuru için hangi belgelerin sunulması gerektiği, rüçhan hakkının ne şekilde belgelendirileceği hususlarında yeterli bir açıklama getirilmemiştir. Bu sebeple ilgili konularda düzenleme getiren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin ilgili hükümlerinden faydalanmak gerekir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Bakanlar Kurulu'nun 05/01/2009 tarihli kararı ile sunulan ve hali hazırda Komisyon tarafından incelemeleri devam edilen Markalar Kanunu Tasarısının ilgili hükümlerinde rüçhan hakkı ile ilgili bazı değişiklikler yapılmıştır. Genellikle doktrinde yer alan eleştiriler çevresinde ufak değişiklikler yapılmıştır.

Sonuç olarak, Türk Patent Enstitüsü uygulamasında sıkça karşılaştığımız fakat; günümüzde Yargıtay kararlarına pek fazla konu olmayan rüçhan hakkı oldukça önemli bir kavram olup, 556 sayılı KHK'de yer alan kurallar çerçevesinde kullanıldığı zaman marka hukukunda önemli avantajlar sağlayan bir haktır.

KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih. **Marka Hukuku**, Cilt 1, Ankara 1997.

BOZGEYİK, Hayri. **Markalarda Rüçhan Hakları**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve

Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 7, Cilt 7, Sayı 1, s.49-83.

DEMİRCİ, Ceren**. Sınai Haklarda Rüçhan Hakkı**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

KARAN, Hakan / KILIÇ, Mehmet. **Markaların Korunması 556 Sayılı Khk Şerhi Ve İlgili Mevzuat**, Ankara 2004.

KAYA, Aslan. **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006.

KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI, http://www.kazanci.com

LEGALBANK ELEKTRONİK HUKUK BANKASI, http://www.legalbank.net.

MERAN, Necati. **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

NOYAN, Erdal. **Marka Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2006.

OYTAÇ, Kutlu. **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**, Adana 2002.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal. **Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s.333-345.

TAYLAN, Esin Çamlıbel. **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Ankara 2001.

TEKİNALP, Ünal. **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Arıkan, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2005.

UMUR, Adem. **Marka Tescilinde Rüçhan Hakkı**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:2, Sayı:8, Cilt:2, Aralık 2006.

YASAMAN, Hamdi/ ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU, Fülürya; **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

ALDATICI REKLAM VE HUKUKİ SONUÇLARI

Av. Hakan TOKBAŞ[1]

I. Aldatıcı Reklam

Aldatıcı reklamın kapsamlı bir tanımı hukukumuzda verilmiş değildir. Ancak, Aldatıcı Reklamlarla ilgili üye devletlerin hukuki, idari ve düzenleyici hükümlerini birbirine yaklaştırması hakkında Avrupa Topluluğu Konseyi'nin 84/450/AET sayılı ve 10 Eylül 1984 tarihli Yönerge'nin 2. maddesinde aldatıcı reklam tanımlanmıştır. Buna göre, ***"Mizanseni de dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltıcı olan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği sebebiyle onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri sebebiyle bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar anlamına gelir,"*** Görüldüğü gibi Yönerge, zararın doğma ihtimalinin varlığını veya tüketicinin yanılması ihtimalinin varlığını dahi aldatıcı reklam kabul etmiştir.

Ayrıca, 4077'nin 30. maddesinin BK'ya yaptığı atıf ve BK'nın 48. maddesinin ***"Yanlış ilânlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.(Ek Fıkra: 6763 - 29.06.1956) Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur,"*** hükmü gereğince, haksız rekabet hükümlerinin Ticaret Kanunu'nda genel nitelikte düzenlenmesi üzerine konu hakkında BK 48. madde esasınca kıyasen Ticaret Kanunu hükümleri de uygulanabilecektir[2]. Buna göre;

Aldatıcı reklamların genellikle, TTK'nın 57. maddesinin 3. bendi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[3]. TTK'nın 57. maddesinin 3. bendine göre, ***"Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek; bir haksız***

---

[1] Ankara Barosu, e-posta: hakantokbas@gmail.com

[2] GÖLE, Celal: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1983, s.153; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1993, s.271; MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 3. Baskı, Ankara, 1978, s.382; POROY, Reha: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1991, s.198; ASLAN, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, 2006, Ankara, s.257

[3] Göle, s.52-53; Arkan, s.275; Mimaroğlu, s.395; Poroy, s.201; Aslan, s.258

rekabet halidir." Demek ki TTK açısından bir reklam, yanlış veya yanıltıcı ise aldatıcı reklam sayılır. Bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında bu iki kıstas aranacaktır. Eğer bir reklam yanlış ise aldatıcıdır. Eğer bir reklam yanlış değilse ama yanıltıcı unsurlar taşıyorsa yine aldatıcı reklam olarak kabul edilecektir.

Yanlış bir reklam esas itibariyle aldatıcıdır[4]. Ancak bazı hallerde reklam yanlış olduğu halde aldatıcı kabul edilmeyebilir. Çünkü bazı hallerde reklamın yanlışlığı herkesçe bilinebilecek şekilde yapılır. Her reklamda bir miktar abartma olmakla birlikte, bazı reklamlarda o kadar barizdir ki buna kimse inanmaz. Örneğin, "bu yağ o kadar hafiftir ki bunu kullanırsanız uçarsınız." reklamındaki yanlışlık, açıkça abartı sınırları içerisinde kaldığı için, bu reklam aldatıcı sayılmayacaktır[5]. Sadece hiçbir tüketiciyi aldatamayacak derecede abartılı olan reklamlar, aldatıcı reklam olarak kabul edilemez.

Reklamın lafzı, reklamdaki vaat ve gösteriyi desteklemesi ve reklamın tüketiciyi ilgilendirecek esaslı bazı noktaları belirtmeyi ihmal etmemesi gerekir. Bir reklamdaki lâfzî açıdan doğru olan ifade tüketici açısından önemli sayılacak yeterli bilgileri ve gerekli açıklamaları kapsamadığı hallerde de, o reklam yanıltıcı, dolayısıyla aldatıcı kabul edilir[6]. Aynı şekilde reklamlarda kullanılan belirsiz ifadeler de tüketiciyi yanıltabilir. Bu sebeple, bütün reklam, kelimeleri, resimleri ve anlamı ile tüketici için anlaşılır olmalıdır[7].

Reklamlarda uyulması gereken genel ilkelerden bir tanesi de, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin ilkeler ve uygulama esaslarına dair yönetmeliğinin 7. maddesinin başlığını taşıyan ve 4077 Sayılı Kanun'un 16. maddesinde de belirtildiği gibi "doğruluk ve dürüstlük" ilkesidir; somut bir ilkedir. Genel esası MK.2 maddesinde düzenlenmiştir. Reklam ilkeler Yönetmeliği'nin 7/c-2 maddesine göre ***"Reklamlar, mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatı konusunda, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içeremez."***

II. Aldatıcı Reklamın Hukuki Sonuçları

Aldatıcı reklamın, BK, TTK ve TKHK bakımından ayrı ayrı sonuçları bulunmaktadır. Bu kanunlarda belirtilen haklar, aşağıda detaylı belirtileceği üzere tüketici açısından yarışır haldedir. Bu bakımdan, bu sonuçların hepsini birden göstermeyi vazife addederken, bu sonuçlar arasından tüketicinin en lehine olan durumun uygulanmasını, saygıdeğer meslektaşlarımızın somut olay karşısında alacağı tutuma bırakıyoruz.

i. Borçlar Kanunu Açısından Sonuçları

4077 sayılı TKHK' nın 30. maddesi **"bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır"** hükmünü amirdir. Bu hükme göre, tüketici işleminden dolayı, tüketicinin, 4077 Sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan

[4] Göle, s.62; Aslan, s.258

[5] ADAK Agah: Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi Ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet, Adana İktisadi Ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1975, S.4, s.363; Göle, s.63; Aslan, s.259

[6] Göle, s.70, Aslan,s259

[7] Göle, s.272; Aslan, s.260

hallerde yahut eksik hüküm bulunan hallerde tamamlayıcı olarak, genel kanun hükümlerine dayanarak Tüketici Mahkemesinde dava ikame edebilmesi gerekmektedir. Tüketicinin aynı sebepten dolayı hem 4077 Sayılı Kanun hem de Borçlar Kanunu'nda hak sahibi olabilmesi durumunda, tüketicinin bu hakları birbiri ile yarışacaktır. Hak sahibi olabilmenin şartları tamamlanmış ise, hâkim tüketicinin yararına olan hükmü res'en değerlendirip uygulamalıdır. Bu açıdan aşağıdaki sonuçların dikkate alınması yerinde olacaktır.

a. Reklamın hukuki niteliği açısından sonuçları

Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla tamam olur. Bu iradelerden önce açıklanana icap, sonra açıklanana ise kabul denmektedir. Bu itibarla reklam yapanın iradesinin sözleşmede daha önce açıklandığı düşünülerek, reklamın bir icap olabileceği düşünülebilir[8]. Ancak bir iradenin icap olarak kabul edilebilmesi için çeşitli şartlar aranır. Her şeyden önce, açıklanan iradenin akdin esaslı unsurlarını içermesi ve ciddi olması gerekir. BK. 7. maddesi tarife ve cari fiyat gönderilmesini icap olarak kabul etmemektedir. Ancak fiyat göstererek bir malın teşhir edilmesini ise kural olarak icap kabul etmiştir. Eğer, reklamda bir sözleşmenin yapılması için gerekli bütün esaslı unsurlar varsa ve karşı tarafın sadece bunu kabulü ile sözleşmenin hüküm ifade etmesi mümkün ise bu reklamın bir icap olarak kabul edilmesi mümkündür[9]. Örneğin, " 100.000.000 liraya ızgara, telefonla veya postayla başvurduğunuz takdirde aynı gün adresinize postalanacaktır." şeklindeki bir reklam, icap niteliğindedir[10].

İcap, karşı tarafa akdi in'ikat ettirmek imkânını verir ve icapta bulunan buna engel olamaz. İcabı yapan icabı ile bağlı olduğu için karşı tarafın kabul beyanı ile akdi in'ikat ettirebilir[11].

Bu hükümlere göre, bir şirketin sözleşmenin cinsi ve fiyatını belirttiği reklam icap olarak nitelenecek, tüketici ise bu icaba kabul beyanını sunarak sözlü olarak sözleşmeyi kuracaktır. Şirketin tüketiciye imzalattığı yazılı sözleşme ise, kurucu mahiyette olmayıp, açıklayıcı mahiyette olduğundan dolayı, sözlü olarak kurulan sözleşmeye aykırı olamayacak; aykırı maddeleri olsa dahi o maddeler geçersiz olacaktır. O halde, tüketicinin reklamlar vasıtası ile oluşan iradesine göre sözleşme kurulmuş demektir ki, ahde vefa ilkesine göre sözleşme şartları sonradan bozulamayacaktır.

Culpa in Contrahendo'nun reklamlar bakımından da uygulanması düşünülebilir. Culpa in Contrahendo'nun temeli dürüstlük kuralına dayanır[12]. Culpa in Contrahendo'nun reklamlar açısından uygulanması ise şu şekilde gerçekleşir; reklamlarla birlikte akdin müzakere safhası başlar. Yani reklamın verilmesi ile reklam ile taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulur ve taraflar bu ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler.

[8] Göle, s.44; Aslan, s.255
[9] Aslan, s.255-256
[10] ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, AÜHFD,2004, C.53, S.3, s.68
[11] OĞUZMAN,Kemal/ ÖZ,Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.50
[12] ATAMER Y.M.: Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD., 1996, s.99-132

Müzakere safhasında dürüst davranma yükümlülüğü, akdin yapılması veya şartlarının tespiti hususundaki kararlara etki edebilecek hususlarda aldatıcı davranışta bulunmamayı, gerekli bilgileri karşı tarafa vermeyi, karşı tarafın hataya düştüğünü fark etme halinde onu ikaz etmeyi, onun kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermeyi ve koruma yükümlülüklerini yerine getirmeyi gerektirir[13]. Bir taraf, bu yükümlülüklerine aykırı davranarak veya bu yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmal göstererek açıklaması gereken hususları açıklamama, yanlış bilgi verme, gereken dikkati göstermeme, akit yapma niyeti bulunmaksızın müzakereye girişme veya müzakereyi sürdürme yüzünden karşı tarafa bir zarar verirse karşı tarafın zararını tazmin etmek zorunda kalacaktır[14].

b. Hata hükümleri açısından sonuçları

Aldatıcı reklamın bir başka sonucu BK 23. madde gereğince hata hükümlerinin uygulanabilmesidir.

BK'nın 23. maddesine göre, ***"akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz."***

Esaslı hata halleri, satılana ilişkin bir ayıp olarak ortaya çıkabilir. Bu durumda doktrindeki baskın görüş, haklar arasında yarışma olduğudur. Tüketici, ayıba karşı tekeffül veya hata hükümlerinden istediği birisine dayanabilir[15].

İsviçre Federal Mahkemesi 7 Haziran 1988 tarihli kararında çok açık şekilde konuyu aydınlatmıştır.

Federal Mahkemeye göre, ayıba karşı tekeffül hükümleri hata hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde değildir. Davaların dayandığı hukuki sebepler farklıdır. Hata sebebiyle geçersiz hale getirme, bir irade sakatlığının varlığını şart koşar. Gerçekten hata hükümleri akdin oluşma safhasına ilişkin olduğu halde, ayıp hükümleri akdin ifası safhasına ilişkindir. Aynı olgular sebebiyle farklı davaların açılabileceği kanunda öngörülmüşse, bu farklı davalardan hak sahipleri yararlanabilmelidir. Federal Mahkeme'nin diğer bir gerekçesi ise, günümüzde satımın önemi ve işleyişinin yığınlara hitap eden tip sözleşmelerin genelleşmesinin alıcıyı her zamankinden daha fazla himayeye muhtaç duruma getirmiş olmasıdır[16].

ii. Hile hükümleri açısından sonuçları

Aldatıcı reklamlar hakkında, BK'nın 28. maddesi gereğince hile hükümleri de uygulanabilecektir.

BK'nın 28. maddesine göre, ***"Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz."***

---

[13] EREN F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler B. 8, İstanbul 2002, s.1117; ULUSAN, İ.: "Culpa in Contrahendo Üstüne" Prof. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.287

[14] Özdemir, s.69

[15] YAVUZ Cevdet: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.220

[16] BURÇOĞLU Haluk: İsviçre Federal Mahkemesinin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya Da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi No:18, İstanbul 1990, s.98; Yavuz, Satılanın Ayıbı, s.221

BK 28. maddesine göre, diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunamaz. Tüketici, satıcı veya sağlayıcının aldatıcı bir reklamı sonucunda, satıcı veya sağlayıcı ile işlem yapmış ise ve satıcı bu reklamı bu sonuca ulaşmak için yapmış ise, akdin feshi mümkündür[17]. Bu durumda, tüketici bu akde dayanarak verdiklerini sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası hükümlerine göre geri isteyebilecektir. Ayrıca uğramış olduğu zararları da BK 41 vd. maddelere göre isteyebilme hakkına sahip olacaktır.

iii. Ticaret Kanunu Açısından Sonuçları

4077 sayılı TKHK'nın 30. maddesi **"bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır"** hükmünü amirdir. Bu hüküm ile BK'na atıf yapılmakta, BK'nun 48. maddesi de ***"Yanlış ilânlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.(Ek Fıkra: 6763 - 29.06.1956) Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur."*** hükmünü düzenlemektedir. Haksız rekabet hükümlerinin Ticaret Kanununda genel nitelikte düzenlenmesi üzerine konu hakkında BK 48. madde esasınca kıyasen Ticaret Kanunu hükümleri de uygulanabilecektir[18]. Bu hükme göre, tüketici işleminden dolayı, tüketicinin 4077 Sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde yahut eksik hüküm bulunan hallerde tamamlayıcı olarak genel kanun hükümlerine dayanarak Tüketici Mahkemesinde dava ikame edebilmesi gerekmektedir. Tüketicinin aynı sebepten dolayı hem 4077 Sayılı Kanun hem Borçlar Kanunu'nda hem de TTK'da hak sahibi olabilmesi durumunda, tüketicinin bu hakları birbiri ile yarışacaktır. Hak sahibi olabilmenin şartları tamamlanmış ise, hâkim tüketicinin yararına olan hükmü res'en değerlendirip uygulamalıdır. Bu açıdan aşağıdaki sonuçların dikkate alınması yerinde olacaktır.

Haksız rekabet TTK'nın 56. maddesinde, ***"aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir."*** şeklinde tanımlanmıştır.

TTK 57. maddesinin 3. fıkrasında ***"Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek;"*** hükmü açıkça haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Doktrinde[19] baskın görüşe göre, aldatıcı reklamlar bu bent kapsamında değerlendirilmelidir. Yargıtay, verdiği bir kararında bu görüşü desteklemektedir[20].

TTK'nın 58. maddesi haksız rekabet sebebiyle açılabilecek davaları belirtmiş bulunmaktadır. Buna göre haksız rekabet sebebiyle açılabilecek hukuk davaları,

---

[17] Aslan, s.282
[18] Göle, s.153; Poroy, s.198; Mimaroğlu, s.382; Karayalçın, s.450; Arkan, s.271, Aslan, s.257
[19] Göle, s.52-53; Arkan, s.275; Mimaroğlu, s.395; Poroy, s.8
[20] Y.11.HD, 6.2.2007 T., 2005/11256 E., 2007/2983 K. Sayılı Kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

tespit davası, men davası ve ref'i davasından ibarettir.

Bütün bu durumlar için davanın kimler tarafından açılabileceğini, TTK 58. madde tek tek saymıştır. 58/3'e göre, ***"Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre âzalarının iktisadi menfaatlerini korumaya salâhiyetli bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin âzaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açmak hakkını haiz oldukları takdirde (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler."***

Aslan[21], yukarıdaki hüküm hakkında görüşlerini, "Tüketiciler, müşteri sıfatıyla yukarıdaki bütün davaları açabilirler. Tüketicilerin bu davaları açabilmeleri için haksız rekabetten yahut konumuz açısından özellikle aldatıcı reklamdan zarar görmüş olmaları gerekmektedir. Tüketici örgütlerinin dava açabileceği 58. maddede açıkça belirtilmemiştir; ancak 3. fıkranın 2. kısmında belirtilen ***"nizamnamelerine göre âzalarının iktisadi menfaatlerini korumaya salâhiyetli bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin âzaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açmak hakkını haiz oldukları takdirde"*** ifadesinden hareketle, tüketici örgütlerinin de dava açabileceği kabul edilmektedir," ifadeleri ile dile getirmektedir.

Göle[22] ve Arkan[23] ise "Tüketici örgütleri mesleki veya iktisadi birlik olmadıkları halde, bu sonuca yapılan yorumla ulaşılmaktadır. Tüketicinin korunması açısından tüketici örgütlerine dava açma hakkının verilmesi yerinde olacağı gibi kanun, esnaf derneklerine dava açma hakkını açıkça tanımış olduğundan tüketici örgütlerinin de dernek olarak bu hakkı kullanmalarında bir sakınca görülmemektedir" şeklinde görüş bildirmişlerdir.

Yine doktrinde haklı olarak savunulan görüşe göre[24] Ticaret Kanunu'nda sayılan her husus ticari iş ve rekabetin her türlü kötüye kullanımı da haksız rekabet kabul edildiğine göre, bütün bu hallere TTK.m. 56-65'i uygulamakla sorun halledilebilir.

Aldatıcı reklamlarla verilen mesajlar, reklamın durdurulmasına karar verilmiş olsa bile bir süre daha etkisini sürdürecektir. Bu etkinin silinmesi için eski hale iade şarttır. Doktrinde[25] belirtilen görüşe göre, 58. maddenin 3. fıkrasında bu düzeltmenin ne şekilde yapılacağı belirtilmese de aynı kanunun 61. maddesi ***"Mahkeme, davayı kazanan tarafın talebiyle, masrafı haksız çıkan taraftan alınmak üzere hükmün katileşmesinden sonra ilân edilmesine de karar verebilir. İlânın şekil ve şümulünü hâkim tayin eder."*** amir hükmü ile hâkimin takdir yetkisi doğrultusunda, düzeltici reklamlar yolu ile aldatıcı reklamın devam eden etkilerinin ortadan kaldırılarak, eski halin iadesinin sağlanması mümkündür. Bu güne kadar bu yola başvurulmamış olması bundan böyle de başvurulmayacağı anlamına gelmez. Düzeltici reklam

[21] Aslan, s. 287
[22] Göle, s.189
[23] Arkan, s.286
[24] KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, C.1, Giriş-Ticari İşletme , Ankara 1968, s.452
[25] Aslan, s.285

yapılmasına karar verilmesi 58. maddenin (c) bendinin hem lafzı hem de ruhuna uygundur.

iv. Tüketici Kanunu Açısından Sonuçları

4077 sayılı TKHK'nın 4/A. maddesi ***"Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir."*** hükmünü amirdir. Doktrinde aldatıcı reklamın aynı zamanda ayıplı hizmet kabul edileceği tartışılmaz bir açıklıktadır. TKHK'nın ve BK'nın ayıba karşı tekeffül hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden satıcının ayıba karşı tekeffül borcu içerisine girmesi için şu şartlar aranmaktadır[26]:

a. Satıcının satılanla ilgili bazı vasıfları zikir ve vaad etmesi

Zikir ve vaadden ne anlaşılması gerekeceği hususunda, doktrinde Cevdet Yavuz'un da katıldığı görüşe göre, satıcının vasıfları zikretmekle tasavvur açıklamasında bulunduğu ve kanunun bu tasavvur açıklamasına tekeffül borcu sonucunu bağladığıdır; yani burada kanuni bir tekeffül borcu vardır[27]. Hatta hâkim olan görüşe göre, zikrolunan vasıflar için alıcının kabulüne lüzum bulunmadığı gibi bu zikrin satımın tabi olduğu şekilde yapılmasına dahi lüzum yoktur[28].

b. Vasıfların zikir ve vaadinin ciddi (sözleşmenin yapılmasını etkileyici) olması

c. Alıcının tekeffül hükümlerinden yararlanabilmek için kanunun kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmiş olması

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, **"satıcı satılanın değerlendirilmesine ilişkin sözlerinin, alıcıda uyandırdığı bütün umutların gerçekleşmesini tekeffül etmiş sayılamaz. Satıcı yalnız vaad edilen niteliklerin, diğer bir deyişle belirli biçimde tanımlanmış, objektif olarak tespit edilebilen ve varlığını alıcıya bildirmiş olduğu olguların eksikliğinden sorumludur."**

4077 sayılı TKHK'nın 4/A maddesinin 4. fıkrası ise, ***"Daha uzun bir süre için garanti verilmemiş ise, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıplı hizmetten dolayı yapılacak talepler hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak, sunulan hizmetin ayıbı, tüketiciden sağlayıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz."*** hükmünü amirdir.

---

[26] YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. baskı, İstanbul, 2009, s.109-110

[27] Yavuz, Borçlar Özel, s.109, dn.33'ten atfen, TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku-Özel borç İlişkileri, s.I/1, 4. baskı, Ankara 1988, s.165, dn.13'te anılan yazarlar; Yavuz, Satılanın Ayıbı, s.523

[28] Yavuz, Borçlar Özel, s.109, dn.34'ten atfen, TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, c.2, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul 1977, s.149 ve dn. 125'te anılan yazarlar

Satıcı malın veya hizmetin ayıplı olduğunu tüketiciden hile ile veya ağır kusuru ile gizlemişse, 2 yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Burada hilenin geniş yorumlanması gerekmektedir. Bu açıdan, satıcının malın bildiği ayıpları konusunda tüketiciyi uyarmaması hile olarak kabul edilmelidir; ayrıca satıcıların malın ayıbını fiilen bilmeseler bile, bilmesi gerekiyorsa yine aynı hüküm uygulanır[29].

Aldatıcı reklam sonucunda sözleşme kurmaya çağırılan tüketiciden, malın veya hizmetin ayıplarının hile ile gizlendiği kabul edilmelidir. Zira günümüzde ortalama bir tüketici, taahhüt edilen malı veya hizmeti almaya niyetlendikten sonra, işlemi yapıp, büyük şirketlere olan güveni ve nasılsa standart sözleşmeyi değiştiremeyeceği gerçeği doğrultusunda gösterilen yere de imzasını atıp çıkmaktadır. Mala veya hizmete ilişkin uyarılmadığı ayıplarından da malı veya hizmeti kullanmaya başladıktan sonra haberi olmaktadır. Bu durumda, satıcı/sağlayıcının hile ile gizlediği ayıplarından ötürü tüketici, zamanaşımına takılmadan haklarını arayabilecektir.

Öte yandan, satılanın ayıplı çıkması halinde tüketicinin; ayıp aynı zamanda eksik ifa oluşturuyor ise BK 96. maddesinin ***"Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisini hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur,"*** hükmüne dayanarak tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

ADAK, Agah: Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi Ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet, Adana İktisadi Ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1975, S.4,

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1993

ASLAN, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, 2006, Ankara,

ATAMER, Y.M.: Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD., 1996

BURÇOĞLU, Haluk: İsviçre Federal Mahkemesinin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya Da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi No:18, İstanbul 1990

EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler B. 8, İstanbul 2002

GÖLE, Celal: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1983

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, C.1, Giriş-Ticari İşletme , Ankara 1968

MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 3. Baskı, Ankara, 1978,

OĞUZMAN,Kemal/ ÖZ,Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995,

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, AÜHFD,2004, C.53, S.3

[29] Aslan, s.178; Yavuz, Satılanın Ayıbı, s.163

POROY, Reha: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1991,

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku-Özel borç İlişkileri, s.I/1, 4. baskı, Ankara 1988

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, c.2, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul 1977,

ULUSAN, İ.: "Culpa in Contrahendo Üstüne" Prof. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982,

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. baskı, İstanbul, 2009,

YAVUZ, Cevdet: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989

6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU İLE ŞİRKETLER HUKUKUNA GETİRİLEN YENİLİKLERİN MALİ HUKUKA YANSIMASI

Av. Tayfun ERCAN[1]

GİRİŞ

Avrupa Birliği Şirketler Hukuku Mevzuatı 1963-2003 ve 2003-2009 tarih aralığını kapsayan iki dönemi kapsamaktadır. 1963 ve 2003 döneminde şirketlerin kuruluş serbestisinin hızlandırılması ve yasal uyumun sağlanması, 2003-2009 döneminde ise ortaklık hakları ile birlikte üçüncü kişilerin korunması ve rekabet üstünlüğünün sağlanması amaçlanmıştır. Avrupa Birliği ile Türkiye arasında tam üyelik müzakereleri çerçevesinde 15.12.2008 tarihinde açılan 8 başlıktan biri de Şirketler Hukuku alanıdır. Avrupa Birliği Şirketler Hukuku Mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile önemli değişiklikler ve yenilikler getirilmiştir. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu beş ana kitaptan oluşmaktayken 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 'Taşıma İşleri' başlığı altında yeni bir kitap eklendiğinden 6 ana kitaptan oluşmaktadır.

6102 Sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeler başta Kurumlar Vergisi Kanunu olmak üzere diğer Vergi hukuku mevzuatını önemli ölçüde etkileyecek nihayetinde vergi hukuku mevzuatında paralel değişikliklerin yapılması gereğini ortaya çıkaracaktır. Bu çalışma kapsamında 6102 Sayılı Yeni Ticaret Kanunu hükümleri ve getirilen yenilikler açıklandıktan sonra bu değişikliklerin vergi hukukuna yansıması başka bir ifadeyle vergi hukuku mevzuatında yapılması gerekli değişiklikler belirlenmeye çalışılacaktır.

I. SERMAYE ŞİRKETLERİNİN ÖLÇEKLERİNE GÖRE SINIFLANDIRILMASI ESASININ GETİRİLMESİNİN MALİ HUKUKA YANSIMASI

6102 Sayılı Kanunun 124.maddesine göre; şahıs şirketleri kollektif, ile adi komandit, sermaye şirketleri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler şeklinde tasnife tabi tutulmuştur. Ancak çalışmanın hacminin genişletilmemesi amacıyla bu bölümde şirketler hukukuna getirilen önemli yenilikler ile ticari hayatta önemli yer tutan anonim ve limited şirketlere ilişkin değişikliklere yer verilecektir.

6102 sayılı Kanun'da sermaye şirketleri ölçeklerine göre sınıflandırılmış; 135. Maddenin 2. Fıkrasında küçük ve orta ölçekli şirketlerin belirlenmesinde 1522. maddenin sermaye şirketlerinde ise 1523. madde belirtilen kıstasların kullanılacağı düzenlenmiştir. 1522. Maddede küçük ve orta ölçekli şirketleri

[1] İstanbul Barosu Vergi Hukuku Merkezi Üyesi

belirleyen ölçütlerin ve kriterlerin Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun görüşlerinin alacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin devamında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlenecek Yönetmeliğin Resmi Gazetede yayınlanacağı ve bu Yönetmelikte belirlenen ölçülerin geçerli olacağı kabul edilmiştir. 1523. Maddede ise, 1522. Maddede belirtilen küçük ve orta ölçekli işletme ölçütlerin sermaye şirketleri içinde uygulanacağı ve bu ölçütün üstünde bulunan şirketlerin sermaye şirketi olarak kabul edileceği şeklinde bir düzenleme kabul edilmiştir. 1523. Maddenin 2. Fıkrası : '2) Küçük ve orta ölçekli olsalar dahi, aşağıdaki şirketler büyük sermaye şirketi sayılırlar:

a) Borçlanma araçları veya özkaynağa dayalı finansal araçları kamuya açık bir piyasada (yerel ve bölgesel piyasalar da dâhil olmak üzere, yerli veya yabancı bir sermaye piyasasında veya tezgâh üstü piyasada) işlem gören veya bu tür bir piyasada işlem görmek üzere söz konusu araçları ihraç edilme aşamasında bulunan sermaye şirketleri.

b) Esas faaliyet konularından biri, varlıkları güvenilir kişi sıfatıyla geniş bir kitle adına muhafaza etmek olan bankalar, yatırım bankaları, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve benzerleri.

Aynı maddenin 3. fıkrası: 'Birinci fıkraya göre belirlenen büyüklük ölçütleri, bilanço günü itibarıyla, birbirini izleyen iki faaliyet döneminde aşılmışsa veya bu ölçütlerin altında kalınmışsa şirketin büyüklük yönünden konumu değişir.', 4. Fıkrası: "Tür değiştirme hâlinde ve yeni kuruluş şeklindeki birleşmelerde, şirketin konumu, tür değiştirmenin veya birleşmenin gerçekleşmesinden sonraki ilk bilanço gününde, birinci ve ikinci fıkralarda yer alan şartlara göre belirlenir." 5. Fıkrası: "İşçi sendikalarının ve diğer kanunlarda öngörülmüş bulunan yetkililerin ve kişilerin bu konuda bilgi alma hakları saklıdır.' hükmü ile borçlanma araçları veya öz kaynağa dayalı finansal araçları kamuya açık bir piyasada işlem gören veya bu tür piyasada işlem görmek üzere bahis konusu araçları ihraç aşamasında bulunan sermaye şirketleri ile esas faaliyet konularından birisi varlıkları güvenilir kişi sıfatıyla geniş kitle adına muhafaza etmek olan bankalar, yatırım bankaları, sigorta şirketleri, emeklilik şirketleri ve benzerleri büyük işletme olarak kabul edilmektedir[2].

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen bu temel değişikliğin vergi hukuku bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü, ister küçük-orta-büyük ölçekli sermaye şirketleri ölçeklerine bakılmaksızın kurumlar vergisinin kapsamına girecektir. Zira 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1. Maddesinde sermaye şirketlerinin yani Ticaret Kanunu'na göre kurulan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile bu nevideki yabancı kurumların kurumlar vergisine tabi olacağı düzenlenmiştir. Madde içeriğinden anlaşılacağı üzere, Kurumlar Vergisi sermaye şirketlerin vergilendirilmesi konusunda şirketlerin ölçeklerini değil türünü esas almaktadır.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de

[2] Erdoğan MOROĞLU, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2005, s. 56.

tek kişilik anonim ve limited şirket kurulması imkanının getirilmesidir[3]. 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi anonim ve limited şirketlerin kurumlar vergisi yükümlüsü olduğunu kabul ettiğinden anonim-limited şirketin tek ya da birden fazla olmasının önemi bulunmamaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu hükümleri gereği küçük, orta ve büyük sermaye şirketleri ölçekleri ne olursa olsun kurumlar vergisine tabi tutulduğundan 6102 sayılı Kanunda yapılan bu sınıflandırmanın vergi hukukuna yansıması bulunmamaktadır[4]. Nitekim 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar mükellef olarak sayılmıştır.

A. ANONİM ŞİRKET

6102 sayılı Kanun ile anonim şirketler hukukuna getirilen önemli değişikliklerle Avrupa Birliği mevzuatına uyumun sağlanması amaçlanmış ve bu doğrultuda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu bölümde 6102 sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerin vergi hukukunu ilgilendiren kısımlarına değinilmeye çalışılacaktır.

6762 sayılı Kanun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun[5] birlikte uygulanmasıyla halka açık anonim şirket - halka açık olmayan anonim şirket şeklinde bir ayrım yapılmıştır ve halka açık anonim şirketler tarafından yapılan işlemlerin Sermaye Piyasası Kanunu'na göre değerlendirileceği kabul edilmiştir[6]. 6102 Sayılı Kanun bu sistem ve ayrımdan vazgeçerek pay senetleri borsada işlem gören ve görmeyen anonim şirket olmak üzere yeni bir ikili ayrım öngörmüştür. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda anonim şirketler ayrım yapılmaksızın kurumlar vergisine tabi tutulmuştur. Anonim şirketin tek ortaklı ya da çok ortaklı olsun ya da olmasın, pay senetleri borsada işlem görsün ya da görmesin önem arz etmemektedir. Dolayısıyla getirilen bu yeni düzenlemenin vergi hukukuna yansımasından söz edilemez.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu anonim şirketlerde tedrici kuruluşu kaldırmıştır. Buna karşılık sermayenin bir bölümünün nakit karşılığının taahhüt edilmesinin akabinde şirketin kuruluşundan itibaren 2 ay içinde halka arz olanağının sağlanması, kuruluş belgeleri açıkça belirtilmiş, kuruluş sırasında ibrazı istenen belgeler ile esas sözleşmenin tescili konularında açık hükümler getirilmiş ve pay bedellerinin 24 ay içinde ödenmesi mecburiyeti öngörülmüştür ki düzenlemeye işlerlik kazandırmak maksadıyla pay bedellerinin ödenmemesi halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma imkanı tanınmıştır. Şirket kuruluşlarında kanun hükümlerine riayet edilmemesi halinde doğrudan şirketin butlanına ve yokluğuna karar verilmeyecek ve Yasa'da öngörülen prosedür takip edilecektir. 6102 Sayılı Kanun ile kurucuların kuruluşa dair beyan verme mecburiyeti

---

[3] İbrahim ARSLAN, **Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket**, Konya, 2008, s. 34.

[4] Hasan DURSUN, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Vergi Hukukuna Etkileri**, XII Yayıncılık, Mart 2011, s. 34.

[5] Korkut ÖZKORKUT, **Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasası'na Etkileri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2010.

[6] Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, 11. Bası, s. 45.

getirilmiş ve gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları halinde üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile, anonim şirketler için gerekli asgari sermaye miktarı en az 50.000TL, halka açık olmayan fakat kayıtlı sermayesi bulunan anonim şirketler için ise 100.000TL olarak belirlenmiştir[7]. 6102 Sayılı Kanun'un 127. maddesinin 1. bendi h fıkrası ile "Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler" sermaye olarak konulmasını kabul etmektedir.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirket kurulabilmesi için şirkette pay sahibi en az beş kurucunun olması gerekirken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket kurulabilmesi için pay sahibi bir veya birden fazla kurucunun olması yeterli görülmüştür[8]. Böyle bir düzenlemenin yapılması ile amaçlanan, asgari kurucu miktarına ulaşmak için görünüşte (sembolik) ortak yapılması gibi usulsüz işlemlerin önüne geçilmesi, kurucu sayısının beşin altına düşmesi halinde şirketin feshi veya infisahının önlenmesidir.

6102 sayılı Kanunda yer alan 'tek kişi' ifadesi gerçek ve tüzel kişileri kapsamına almaktadır[9]. Bu noktada yeni yasal düzenlemeyle tüzel kişilere tek başına anonim şirket kurma imkanı getirilmiş olsa da tek kişilik ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin nasıl bir yöntemle ibra ve azledileceği, tek kişiden oluşan anonim şirketlerde borçlardan nasıl sorumlu olacağı ve tek kişilik anonim şirket sahibinin kendisine ait

olan diğer şirketlerle nasıl bir bağ kurabileceği ve şirket sözleşmesinin nasıl yapılacağı noktasında eksiklikler bulunduğundan eleştirilmektedir[10].

6102 Sayılı Kanun ile getirilen başka bir yenilik ise anonim şirketlerde iştirak taahhüdünden doğan borçlar dışında pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının yasaklanmasıdır. Böylelikle şirket yöneticilerinin cari hesaplarından kontrolsüz şekilde şahsi harcamaları için para almalarının önüne geçilecektir[11].

B. LİMİTED ŞİRKET

6762 Sayılı Kanun'da göre limited şirketlerin ortak sayısının ikiden az elliden çok olamayacağı belirtilerek sayısal olarak bir sınırlandırma öngörülmüş, ortak sayısının herhangi bir sebeple bire inmesi ya da zorunlu organlardan herhangi birinin oluşturulamaması halinde bu noksanların Yasada öngörülen sürede tamamlanmamasıyla ortaklara şirketin feshini isteme hakkı tanınmıştır[12]. Ancak 6102 Sayılı Kanun farklı bir düzenleme getirerek limited şirketlerin

---

[7] Soner ALTAŞ, **Anonim Şirketler, Karşılaştırmalı Açıklamalı Gerekçeli**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 45.

[8] Ercan POYRAZ, **6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değişiklikleriyle Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 45.

[9] ISMMMO, 130 Soruda Yeni Türk Ticaret Kanunu, http://www.vergisigorta.com/130sorudattk.pdf., Erişim Tarihi : 18.05.2011

[10] Işıl ULAŞ, "Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Tasarısı'na Bakış", **Batider**, XXXIII, S. 2, s.189-210 ; Ünal TEKİNALP, "Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı" , **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, 2007; MOROĞLU, **a.g.e.**, s. 89.

[11] Kadir ÖZDEMİR, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011.

[12] Hasan PULAŞLI,"Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2009.

kurulması için asgari ortak sayısı aramamış ancak üst sınır olarak 50 ortak sayısını korumuştur. Ortak sayısının bire inmesi durumu içinse yedi gün içinde tescil zorunluluğu getirilmiş bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde ortaya çıkabilecek zararlardan müdürlerin mesul olacakları kabul edilmiştir. Her ne kadar yeni yasal düzenlemeyle birlikte tek kişilik limited şirket kurma imkanı getirmiş olsa bile tek kişilik ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin nasıl bir yöntemle ibra ve azledileceği, tek kişiden oluşan limited şirketlerde borçlardan nasıl sorumlu olacağı ve tek kişilik limited şirket sahibinin kendisine ait olan diğer şirketlerle nasıl bir bağ kurabileceği ve benzeri konularda açık hüküm bulunmaması bir takım sorunları da beraberinde getirecektir[13]. 6102 Sayılı Kanunla getirilen bu yasal düzenlemenin 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanuna etkisi bulunmamaktadır. Zira ayrım yapılmaksızın tüm limited şirketler kurumlar vergisi yükümlüsüdür.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda limited şirket için asgari sermaye miktarı 10.000TL olarak belirlenmiş ve payın bir defada ödenmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

6762 sayılı Kanun'da limited şirket payı ile ilgili düzenlenecek senetler yalnızca ispat aracı olarak kabul edilmiş ve kıymetli evrak olarak kabul edilmemiştir. Ancak 6102 sayılı Kanun limited şirketlerin esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanabilme ya da ispat aracı olarak kullanabilme imkanı getirmiştir. Bunun yanında rekabet yasağı, ön alım ve alım hakları ve benzeri konuların senetlerde yazılması zorunluluğu getirmiştir. 6102 Sayılı Kanun'da şirket sözleşmesinde yer alması gerekli kayıtlar açısından; zorunlu kayıtlar ve şirket sözleşmesinde bulunması şartıyla bağlayıcı olan kayıtlar olmak üzere ikili bir ayrım getirilmiştir[14]. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 577. maddesi ile getirilen ikinci ayrım yeni bir düzenlemedir. Söz konusu madde gereğince:

• Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemeler,

• Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması,

• Ek ödeme yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı,

• Yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı,

• Belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı veya bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması hâlinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler,

• Kanunda ya da şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri hâlinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri,

• Kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler,

---

[13] Ali Haydar YILDIRIM, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirket Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu", **İzmir Güncel Yayınevi**, 2008, s. 45; Soner ALTAŞ, **Limited Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2011.

[14] Mehmet Emin BİLGE, "Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı", **AÜEHFD**, C.IX, 2005.

• Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin özel hak tanıyan hükümler,

• Genel kurulda karar almaya, oy hakkına ve oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeden ayrılan hükümler,

• Şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri,

• Bilanço kârının kullanılması hakkında kanundan ayrılan hükümler,

• Çıkma hakkının tanınması ile bunun kullanılmasının şartları, bu hâllerde ödenecek olan ayrılma akçesinin türü ve tutarı,

• Ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümler,

• Kanunda belirtilenler dışında öngörülen sona erme sebeplerine dair hükümler,

ana sözleşmede bulunmalıdır[15]. Limited şirketin temsil ve ilzamına yetkili müdürlerin hukuki ve cezai sorumlulukları ile ilgili olarak 6102 Sayılı Kanun'da anonim şirketlerin Yönetim Kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluklarını düzenleyen hükümlere atıf yapılmıştır. Diğer getirilen bir yenilik ise müdürlerin vazgeçilmez ve devredilmez görevlerinin tahdidi sayıda olmasıdır böylelikle müdürlerin yetki sınırları belirlenmeye çalışılmıştır[16].

6762 Sayılı Kanun'da kural olarak alınacak kararlarda sermayenin yarısından fazlasının olumlu oyu veya kanun veya ana sözleşmenin daha nitelikli yetersayılar aranmaktadır.6102 Sayılı Kanun'da genel kurul kararlarının tamamının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu aranmakta, kanunun ve ana sözleşmede bulunduğu takdirde nitelikli yetersayılar şart koşulmaktadır. Bu bağlamda 6102 Sayılı Kanunu'nun 620. Ve 621. Maddeleri uyarınca önemli kararların sermayenin salt çoğunluğu ve her halükarda genel kurulda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin olumlu yöndeki oylarının bulunması gerekir. Yeni Kanun, işletme açısından önem arz eden kararlar arasında, işletme konusunun değiştirilmesi, oyda imtiyaz payların yaratılması, esas sermaye artırımı gösterilebilir. Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, limited şirketlerin mali yapısı ile ilgili anonim ortaklıklara yollama yapılmıştır. Bu bağlamda, limited şirketler Türkiye Muhasebe Standartlarınca belirtilen muhasebe standartlarına tabi tutulmuştur. Bu noktada, limited şirketler açısından, anonim şirketin denetçiyle denetime ve özel denetime ilişkin hükümlerinin geçerli olduğunu söylemek gerekir[17]. Yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte limited şirketin uzun bir müddet organsız kalması durumu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, ayrılma akçesi daha sağlam kurallara bağlanmış, ortaklardan birisinin haklı sebepler dışında ortaklıktan çıkma hakkını kullanması durumunda diğer ortaklara çıkmaya katılma imkanı tanınmıştır[18].

---

[15] ULAŞ, **a.g.m.**, s.190.

[16] Şükrü YILDIZ, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, Sayı:1 Yıl:2005, s. 78.

[17] Soner ALTAŞ, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Getirilmekte olan Şirket Denetimine Genel Bir Bakış", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011, s . 87.

[18] Sevinç OLGUN, "Limited Şirket Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S.11, Temmuz 2007.

C. HOLDİNGLER

Holding şirket, ekonomik bütünlüğün temini için bir ya da daha fazla şirkete, yönetim ve denetim imkanı verecek oranda katılan şirkettir.

6102 sayılı Ticaret Kanunu ile şirketler topluluğu ile ilgili yeni düzenlemeler getirilmiş ve bu yeni düzenlemelerle şeffaflık ve hesap verilebilirlik sağlanmaya çalışılmıştır. Şirketler topluluğunda, hakim şirket ve bağlı şirket çoğu zaman iç içedir ve bu durum çoğu zaman ekonomik varlıkların gizlenmesine yol açmaktadır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu hükümleri ile bağlı şirket yöneticilerinin korunması sağlanırken şirketlerin sorumlulukları sınırlandırılmaktadır.

Farklı şirketlere ait hisseleri özvarlığında bulundurmanın yanında üretim faaliyetlerine devam eden şirketlere melez, yalnızca farklı şirketlerin hisselerini saklayan ancak herhangi bir üretim faaliyetinde bulunmayan şirketler ise saf holding olarak kabul edilmektedir. 6762 Sayılı Kanunda holding farklı şirketlere iştirak eden şirket olarak tanımlanmışsa da özel bir düzenleme konusu yapılmamıştır[19]. Ancak 6102 Sayılı Kanunda holding şirket topluluğu şeklinde tanımlanmış ve özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Yine 'Karşılıklı Katılma' başlığı altında düzenlenen ana şirket-yavru şirket kavramları getirilmiştir. Buna göre, birbirlerinin en az az ¼"üne sahip olan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumunda oldukları kabul edilmiş, bir şirketin diğer bir şirket üzerinde hakimiyet sağlaması şirketi hakim şirket yapacaktır.

6102 Sayılı Kanun'un 195-209 maddelerinde düzenlenen holdingler ile ilgili olarak yeni sorumluluk hallerine, ana ve yavru ortaklıklar arasındaki münasebetlerin ne şekilde olacağına yer verilmiştir. Buna göre; bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir. Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir. Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır. Yine devamla bir teşebbüsün, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildireceği düzenlenmiştir. Aynı

[19] DURSUN, **a.g.e.**, s. 56.

Kanun'un 202. Maddesinde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde uygulanacak yaptırımlar açıklanmıştır. Buna göre; hakim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacak Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği belirtilmiştir[20].

II. ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ, BÖLÜNMESİ VE NEVİ DEĞİŞTİRMESİNE İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLERİN MALİ HUKUKA YANSIMASI

A. BİRLEŞME

Ticari şirketler, devralma yoluyla ve yeni bir şirket kurulması yoluyla olmak üzere iki şekilde birleşebilir. Devralma yoluyla birleşmede bir şirket kendi hukuki varlığını sonlandırarak başka bir şirketin bünyesine dahil olmaktadır. Yeni bir şirket kurulması yoluyla birleşmede birleşen şirketlerin tamamı tasfiye sürecine girmeksizin malvarlığı değerlerini yeni kurulan şirketin bünyesinde birleştirir. Birleşen malvarlığı değerleri yeni kurulan şirketin malvarlığı olur. Birleşme ile ilgili yasal düzenlemeler farklı mevzuatlarda dağınık şekilde öngörülmüştür. Buna göre şahıs işletmelerinin birleşmesi Borçlar Kanunu'nda, ticaret şirketlerin birleşmesi Ticaret Kanunu'nda, kooperatifler için Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda birleşme ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiş, Kanun'un 136-158. Maddeleri arasında birleşmeye ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir. Ne var ki 6102 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler içerik olarak 6762 Sayılı Kanun'dan pek farklı olmasa da ticari şirketlerin birleşmesi kolaylaştırılmıştır[21]. 6762 Sayılı Kanun'da birleşme ancak aynı türden şirketler için mümkünken 6102 Sayılı Kanun'da birleşen şirketlerin aynı türden olması şartı aranmamıştır. Ancak bu yeni düzenlemelerin mali hukuku ilgilendiren bir boyutu bulunmamaktadır[22]. Gelir Vergisi Kanunu gereği şahıs işletmesinin sermaye şirketine devrolunması dışında diğer tüm şirket birleşmeleri vergiye tabi tutulacağından bu yeni düzenlemenin vergilendirmeye etkisi olmayacaktır. Konuyu şahıs ve sermaye şirketleri düzleminde ele alırsak; şahıs şirketlerine devrolma ya da yeni bir şirket kurma suretiyle birleşmede pay sahiplerinin paylarındaki artış vergilendirilecektir. Sermaye şirketlerinin birleşmesinden kaynaklanan ve ortakların elde edecekleri kazançlar Gelir Vergisi Kanunu'na tabidir. Sermaye şirketlerinde yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda infisah eden şirketler açısından tasfiye hükümleri uygulanacağından birleşme karının vergilendirmede matrah olarak kabul edilecektir. Yine Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19. ve 20. Maddelerinde düzenlendiği üzere öngörülen

[20] ALTAŞ, **a.g.m.**, s.88.
[21] Hülya ÇOŞTAN, **Anonim Şirketin Birleşme ,Bölünme ve Tür Degiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacakların Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 87.
[22] DURSUN, **a.g.e.**, s. 53.

şartların oluşması halinde devirlerin vergisiz gerçekleşeceği kabul edilmiştir.

6762 Sayılı Ticaret Kanunundan farklı olarak 6102 Sayılı Kanun'da birleşme işlemlerinin aşamaları ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca; birleşmeye konu taraf şirketlerin yetkili organlarınca hazırlanan birleşme sözleşmesi imzalanır ve birleşme bilançosu ve yeni şirketi sözleşmesinin eklendiği birleşme raporu hazırlanır. Birleşme raporu, işlem denetçisi tarafından kontrol edilir. Yönetim Kurulu tarafından sunulan birleşme sözleşmesi Genel Kurul tarafından 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda belirtilen nisaplara göre onaylanır. Bu noktada bilanço tarihi ile birleşme sözleşmesinin tarihi arasında 6 aylık bir zaman diliminin bulunması halinde ara bilançonun hazırlanmasının mecburi olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Devrolunan şirkette şayet varsa intifa hakkı, imtiyaz hakkı sahiplerinin yanında oydan yoksun pay sahip ortaklarına aynı değerde karşılıklar ayrılır. Birleşecek şirketler birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu, denetleme raporunu, son üç yılın yıl sonu finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını istem halinde diğer menfaat sahibi ilgililere sunmakla yükümlüdür, bu raporlar internet sitesinden de yayınlanmalıdır. Birleşmenin gerçekleşmesiyle birlikte devralan şirket yeni sermayesine uygun olarak sermaye artırım kararı alabilir. Birleşme üzerine, devrolunan şirket ticaret sicilinde infisah olur.

6102 Sayılı Kanun'un 137. Maddesi uyarınca:

• Sermaye şirketleri ancak, sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla, kolektif ve komandit şirketlerle, birleşebilirler.

• Şahıs şirketleri, Şahıs şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle, devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle, birleşebilirler.

• Kooperatifler, kooperatiflerle, sermaye şirketleriyle ve devralan şirket olmaları şartıyla, şahıs şirketleriyle, birleşebilirler.Kısaca sınırlı sayıda sayılan bu haller bir yandan birleşme yapılabilecek şirket türlerini genişletmekte bir yandan da ortaklık borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortakların, anonim bir şirketle birleşmesi neticesinde kişisel sorumluluklarından kurtulma imkanını ortadan kaldırmaktadır.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 141. maddesi: "Birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler." hükmüyle birleşme sözleşmesi ile birlikte ortağın devredilen şirketten ayrılması hakkı seçimlik bir hak olarak düzenlenmiştir. Böylelikle, ortaklar birleşme sonrası yeni paylarının gösterilmesine ek olarak şirketteki paylarının karşılığında ayrılma akçesi talep edebilirler.

B. BÖLÜNME

Bölünme, sermaye şirketinin malvarlığını bir kısmı ya da birden fazla kısmının mevcut ya da yeni kurulacak sermaye şirketine devredilmesi ve devredilen sermaye şirket ortaklarına devralan sermaye şirket paylarının verilmesi,

bölünen ortaklığın ise kendi malvarlığı ile varlığını sürdürmesidir[23]. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 159 ila 171. maddeleri arasında yer alan düzenlemeler ile tam ve kısmi bölünme şeklinde iki türlü bölünme imkanı tanınmaktadır. Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı değerlerinin bölümlere ayrılması ve diğer şirkete devredilmesidir. Tam bölünme halinde, devrolunan şirket tasfiye sürecine girmeden sona erer, ticaret ünvanı ticaret sicilden terkin edilir. Kısmi bölünme; şirketin malvarlığı değerlerinin bir veya birden fazla kısmının diğer şirketlere devredilmesidir. Bu durumda, devrolunan şirket ticaret sicilden silinmez. Genellikle bu tür ayrılma şekliyle, yavru şirket kurma amaçlanır. Bölünmeden sonra meydana gelen yavru şirkete malvarlığı değerleri külli halefiyet yoluyla geçmemektedir, ayni sermaye olarak konulmaktadır. Zira bu durum 6102 Sayılı Kanun'un 159. Maddesiyle bölünmeye ilişkin ilkeler sıralanmıştır :

"(1) Bir şirket tam veya kısmi bölünebilir.

a) Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir.

b) Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur."

Aynı Kanun'un 160. Maddesinde ise hangi hallerde geçerli bir bölünmenin varlığından söz edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre: "Sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler." Dolayısıyla sermaye şirketinin şahıs şirketine, şahıs şirketinin ise sermaye şirketine bölünmesi mümkün değildir[24]. Ancak sermaye şirketleri ve kooperatiflerin kendi türleri içinde bölünmesi mümkündür. Örneğin bir anonim şirketin limited şirkete bölünmesi mümkündür.

6102 Sayılı Kanun ile şirketlerin bölünme işlemleri ile ilgili olarak bölünmeye katılan şirketlerin ikinci derecede sorumluluğu ve ortakların kişisel sorumluluğu düzenlenmiştir. Bölünme sözleşmesi ve hazırlanan bölünme planına uyarınca, bölünen şirketin bir kısım borçları bölünmeye katılan şirketlerden birine devredilmiş ancak ödenmemişse bölünmeye katılan diğer şirketler bu borçtan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Böyle bir durumda, borcu ödeme yükümlülüğü bulunan şirket birinci derecede sorumlu olduğundan birinci derecede sorumlu şirkete başvurulmadan ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvurulamaz. Ortakların kişisel sorumluluğu birleşmeden sonra da devam eder, bu sorumluluk üç yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Kişisel sorumluluk için borçların bölünme ilanından önce doğması ya da sebebin bu tarihten önce gerçekleşmesi gerekir.

---

[23] Cahit YERCİ, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Üzerine (IV) (Şirket Bölünmeleri) (Demergers)", **Vergi Sorunları Dergisi**, Haziran 2011, s. 24.

[24] YERCİ, **a.g.m.**, 25.

C. NEVİ DEĞİŞTİRME

Sermaye şirketinin tüzel kişiliğini devam ettirmek suretiyle yasal bir takım şartları yerine getirdikten sonra yeni bir ticaret şirketine dönüşmesi nevi değiştirme olarak tanımlanmaktadır. Nevi değiştirmeden bahsedebilmek için, eski şirket tipinin tasfiye edilmemesi, malvarlığı değerlerinin tamamının korunması, ekonomik ayniyet ve devamlılığın sürdürülmesi gerekir.6102 Sayılı Kanun'da düzenlenen tür değiştirmeleri sınırlı sayıdadır. Bir sermaye şirketi ancak; başka türde bir sermaye şirketine, bir kooperatife - bir kolektif şirket; bir sermaye şirketine, bir kooperatife, bir komandit şirkete - bir komandit şirket; bir sermaye şirketine, bir kooperatife, bir kolektif şirkete - bir kooperatif bir sermaye şirketine dönüşebilir.

Devredici nevi değiştirme ve biçim değiştirici nevi değiştirme olmak üzere iki türlü nevi değiştirme imkanı bulunmaktadır. Biçim değiştirici nevi değiştirmede ortaklığa ait malvarlığının tamamı yeni türün malvarlığına kendiliğinden dahil olur. Devredici nevi değiştirmedeyse, malvarlığı bir şirketten diğer şirkete intikal etmektedir. 6762 Sayılı Kanunda biçim değiştirici nevi değişikliği kabul edilmişken 6102 sayılı Kanunda 'nevi değiştirme' 'tür değiştirme' şeklinde tanımlanmış ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. 6102 Sayılı Kanun'un 180-191. Maddeleri arasında düzenlenmiş ve nevi değiştirme sınırlandırılmıştır. Ancak bu yeni yasal değişikliklerin mali hukuka etkisi bulunmamaktadır. Yine önceki düzenlemelere paralel şekilde nevi değişikliği işlemleri vergilendirilecektir.

III. TACİR-ESNAF AYRIMI, TİCARİ İŞLETME, TİCARİ DEFTERLERE İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLERİN MALİ HUKUKA YANSIMASI

A. TACİR-ESNAF AYRIMI

Tacir-esnaf ayrımı ile ilgili olarak 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun yanı sıra farklı mevzuatlarda değişik hükümlere yer verilmektedir. 6762 Sayılı Ticaret Kanunu'nda gerçek kişi tacir, bir ticari işletmeyi kısmende olsa dahi kendi adına işleten kimse olarak tanımlanmış esnaf ise, ister gezici isterse bir dükkanda veya sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahibi şeklinde ifade edilmiştir. Esnaf ve tacir arasındaki ölçüt kazancın ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olmasıdır. Buna göre, kazancın ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olanlar esnaf olarak, bu sınırın üzerindekiler ise tacir olarak kabul edilecektir. Ancak bu ölçüt sayısal olarak net olmadığından somutlaştırmak adına Bakanlar Kuruluna çıkaracağı Kararnameyle bu miktarı belirleme yetkisi verilmiş ve belirlenen bu miktardan aşağı gayrisafi geliri bulunan sanat ve ticaret erbabının esnaf olarak kabul edileceği düzenlenmiştir[25]. Tacir-esnaf ayrımı ile ilgili ölçüt getiren diğer bir yasal düzenleme de 5362 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'dur. Bu Kanun düzenlemesine gore esnaf ve sanatkar;

• ister gezici ister sabit bir mekanda bulunsun Esnaf ve Sanatkar İle Tacir Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca tespit edilen esnaf ve sanatkar kollarına dahil olan,

---

[25] Ayrıntılı bilgi için bakınız: Bakanlar Kurulu'nun 18.06.2007 tarih, 2007/12362 sayılı Kararnamesi.

• ekonomik faaliyetleri sermayesi ile bedeni çalışmasından ibaret olan ve kazancı tacir ve sanayici niteliği kazandırmayacak derecede olan,

• basit usulde vergilendirilen ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak tanımlanmıştır.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda tacir-esnaf ayrımı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yer almamakla birlikte tacirlik konusuyla ilgili bir kısım hükümlere yer verilmiştir. V.U.K. 176. Maddesinde defter tutma yükümlülüğü bakımından 1. Sınıf ve 2. Sınıf olmak üzere tacirler ikiye ayrılmıştır.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 179. Maddesinde birinci sınıf tacirlikten ikinci sınıf tacirliğe geçiş, 280. Maddesinde ikinci sınıf tacirlikten birinci sınıf tacirliğe geçiş düzenlenmiştir. 181. Maddesinde ise, tacirlerin seçimlik sınıf değiştirme esasları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, 2. Sınıf tacirler istedikleri takdirde bilanço esasına gore defter tutabilecek böylece 1. Sınıfa dahil olan taciler 1. Sınıf tacir olarak vergilendirilecektir.

6102 Sayılı Kanun'da tacir, 6762 Sayılı Kanun'a paralel şekilde tanımlanmış ve esnaf-tacir ayrımında kullanılan 'kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan' ölçütü kaldırılmıştır. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak Kararnamede bir meslek mensubu esnaf olarak belirlenirse, kazancının çok olmasının buna herhangi bir etkisi olmayacaktır[26].

Enaf-tacir ayrımı, mali hukuk bakımından oldukça önemli bir yere sahiptir. Zira, esnaf-tacri ayrımıyla vergilendirme esas ve usulleri tespit edilecektir. Esnaf işletme hesabı esasına ve basit usulde vergilendirilirken tacir bilanço esasına gore vergilendirilir. Öte yandan, esnafları gelir vergisinden muaf tutan hükümler bulunmaktadır. Vergi Usul Kanununa göre bilanço esasına göre vergilendirilen birinci sınıf tacilerin yevmiye defteri, defteri kebir, envanter tutması gerekir. Yevmiye defteri; kaydı zorunlu olan işlemlerin tarih sırasıyla ve madde halinde düzenli şekilde yazıldığı defter, defteri kebir; yevmiye defterinde yer alan işlemlerin usulüne göre hesaplara dağıtan ve tasnifli olarak toplayan defter, envanter defteri; işe başlama tarihinde ve devam eden her hesap döneminin sonunda çıkarılan envanterler ve bilançoların kaydedileceği ciltli ve sayfalı müteselsil sıra numaralı defterdir.

Bilanço esasına göre vergilendirilen birinci sınıf tacirin karı saptanırken teşebbüsün öz sermayesi hesaplanır. Özsermaye, teşebbüsün varlıklarının belirli bir hesap dönemi bitimindeki gerçek durumu olarak tanımlanabilir. Öz sermayeye, sermaye, yedek akçe ve kar dahildir. Dönem sonun özsermayeden, dönem başındaki sermaye çıkarıldığında ticari kazanca ulaşılabilir.

Vergi Usul Kanunu 193. Maddesi, ikinci sınnıf tacirin yalnızca işletme hesabı defteri tutmakla yükümlü tutmuştur. Esnafın gerçek usulde vergilendirildiği yegane usul işletme hesabına göre vergilendirmedir. İşletme hesabı esasında, bir hesap dönemindeki hasılat ile giderlerin çıkarılması ile ulaşılan artı değer ticari kazanç olarak nitelendirilir. Esnaf, basit usulde vergilendirilir. Yükümlünün basit usulde vergilendirilmesi için :

[26] DURSUN, **a.g.e.**, s. 67.

a. Vergi yükümlüsünün kendi işinde fiilen bulunması ya da çalışması,

b. İşyeri mülkiyetinin işyeri sahibine ait olması durumunda kira bedeli toplamının belirlenen miktarların üzerinde olmaması,

c. Yükümlülüklerinin ticari, zırai ya da mesleki faaliyetlerinden ötürü bilanço ve işletme hesabı usulüne göre gelir vergisine tabi olmaması şartları sağlanması gerekir.

Esnaf-tacir ayrımının diğer bir mali hukuk boyutu 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan 'vergiden muaf esnaf' başlıklı 9. Maddesinde düzenlenen esnaf muaflığıdır. Buna göre; esnaf muaflığından yararlanılabilmesi için esnafın, ticari, zırai ve mesleki kazançlarından ötürü gerçek usulde gelir vergisine tabi olmaması, esnaf muaflığı kapsamına giren faaliyetleri gelir ve kurumlar vergisi yükümlülerine tabi olacak şekilde yapılmaması gerekir.

6102 Sayılı Kanun ile esnaf-tacir ayrımında kullanılan 'kazancı ancak geçimini sağlayacak derecede az' ölçütün kaldırılması Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan birinci-ikinci sınıf tacir ayrımı, basit usul ve esnaf muaflığı düzenlemeleri karşısında önem arz etmemektedir.

B. TİCARİ İŞLETME

6762 Sayılı Ticaret Kanunu, ticari işletmeyi, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler olmak üzere üçe ayırmıştır. Bir iktisadi kuruluşun, ticari işletme olarak nitelendirilebilmesi için, Ticaret Kanunu'nun 12. Maddesinde belirtilen yazılı işleri kurmak için kurulmaları ve esnaf sayılan bir kimse tarafından işletilmemesi gerekir.

6102 Sayılı Kanun, 6762 Sayılı Kanun'un aksine ayrıntılı bir tanım yapmak yerine, ticari işletmeyi; esnaf işletmesi sınırını aşan düzeyde gelir sağlamayı hedefleyen faaliyetlerin sürekli ve bağımsız bir biçimde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır. Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak Kararname ile belirleneceği düzenlenmiştir. Ticari işletmelerin, küçük ve orta ölçekli işletmeler olmak üzere ölçeklerine göre sınıflandırılması esası kabul edilmiştir. Küçük ve orta ölçekli işletmeleri belirleyecek ölçütlerin, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun görüşleri alındıktan sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Yine 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 3. Maddesinde ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve faaliyetlerin ticari iş olduğu kabul edilmiştir. Ticaret Kanunu'nda düzenlenen her türlü iş ve işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ticari iş olarak kabul edilecek elde edilen ticari kazançlar buna göre vergilendirilecektir. 6102 Sayılı Kanun'un 12. Maddesinde tacir, ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse gerçek kişi tacir olarak tanımlanmıştır. Ticari işletmelerin, faaliyetleri neticesinde elde ettiği kazançların ticari kazanç olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu mali hukuku yakından ilgilendirmektedir. 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden elde edilen kazanç ticari kazanç olarak kabul edilmektedir. Ancak, Gelir Vergisi Kanunu'nda belirtilen ticari kazançlar dışında Ticaret Kanunu gereği ticari kazanç olarak

kabul edilen ticari kazançlarda vergilendirilecektir[27].

C. TİCARİ DEFTERLER

6762 Sayılı Ticaret Kanunu'a göre; hükmi şahıs tacir; yevmiye defteri, defteri kebir, envanter ve karar defteri, gerçek kişi tacir; karar defteri hariç diğer defterlerin ya da işletmenin niteliği ve arz ettiği önemine göre yalnızca işletme defterini, tacir özel hukuk hükümlerine göre ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il, belediyeler gibi kamu hukuk tüzel kişileri tarafından kurulan tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler ile dernekler tarafından kurulan ticari işletmeler ve bunlara benzeyen tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler ise karar defteri hariç diğer defterleri tutmak zorundadır. Ancak, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nun 64. Maddesinde yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulması gereken defterlerin Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun çıkaracağı tebliğ ile belirleneceği ifade edilmiş, 6762 Sayılı Kanun'daki usul ve sistem terkedilmiştir. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu'nda defter ve gerekli diğer kayıtların Türkçe tutulacağı belirtilmiştir. Defterleri saklama süresi ile ilgili olarak, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu, her tacirin ticaret defterlerini, envanterlerini, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve bu belgelerin anlaşılır olmasını kolaylaştırmak için çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini, envanter belgelerini beş yıl saklamakla yükümlü tutulmuştur. Böylece defterlerin saklama süresi ile ilgili olarak 6762 Sayılı Ticaret Kanunu ile 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu arasındaki uyumsuzluk giderilmiştir. 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen diğer bir önemli yenilik defter ve kayıtların görüntü ya da very taşıyıcılarla saklanabilmesi imkanının getirilmesidir. Böylelikle, açılış, ara bilançoları, finansal tablolar ve topluluk finansal tabloları haricinde diğer her türlü belgelerin Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak kaydıyla belirlenen koşullarda görüntü veya veri taşıyıcılarda saklanabilecektir. Öte yandan bu kayıtların elektronik ortama aktarıldığı durumlarda bilgilerin elektronik ortam yerine basılı olarak saklanabileceği düzenlenmiştir. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ise, tutulması ve düzenlenmesi mecbur olan defter, kayıt ve belgelerin elektronik ortama aktarılması ve elektronik ortamda saklanması konusunda izin vermeye ya da bu konuda zorunluluklar getirmeye, bu biçimde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığı'nda ya da muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması mecburiyeti getirmeye kısacası kayıt ve belgelerin elektronik ortamda saklanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğunu düzenlemektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

6102 Sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği müktesabatına uyum sağlanması, çağcıl ilke ve kurallara ulaşılması amaçlanmıştır. Vergi hukuku ile ticaret hukuku arasındaki sıkı ilişki dolayısıyla 6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen önemli değişiklikler vergi hukukunu da derinden etkilemektedir.

6102 Sayılı Ticaret Kanunu ile birlikte şirketler hukuku alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Tacir-esnaf ayrımında kullanılan ölçütlerin

[27] DURSUN, **a.g.e.**, s. 83.

yenilenmesi, ticari işletme kavramının yeniden tanımının yapılması, ulta vires ilkesinin kaldırılması, ticaret tellallığına yer verilmemesi, sermaye şirketlerinin sınıflandırma sisteminin değiştirilmesi, tek kişilik anonim ve limited şirket türlerinin getirilmesi, şirket denetim biçimlerinin değiştirilmesi, elektonik ortamda genel kurul yapılması imkanı getirilmesi, ticari defterlerin elektronik ortamda saklanmasına izin verilmesi bu yeniliklerden bir kısmıdır. Getirilen bu yeni düzenlemeler ve yenilikler doğal olarak Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu başta olmak üzere vergi hukukunu başka bir ifadeyle vergi mevzuatını da etkilemektedir. Sonuç olarak, vergi hukuku ile ticaret hukuku arasındaki bağlantı mali hukuk alanında da önemli değişikliklerin yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

KAYNAKÇA

Ali Haydar YILDIRIM, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirket Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu", **İzmir Güncel Yayınevi**, 2008.

Bakanlar Kurulu'nun 18.06.2007 tarih, 2007/12362 sayılı Kararnamesi.

Cahit YERCİ, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Üzerine (IV) (Şirket Bölünmeleri) (Demergers)", **Vergi Sorunları Dergisi**, Haziran 2011

Ercan POYRAZ, **6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değişiklikleriyle Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Erdoğan MOROĞLU, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2005.

Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, 11. Bası.

Hasan DURSUN, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Vergi Hukukuna Etkileri**, XII Yayıncılık, Mart 2011.

Hasan PULAŞLI,"Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2009

Hülya ÇOŞTAN, **Anonim Şirketin Birleşme ,Bölünme ve Tür Degiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacakların Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

ISMMMO, 130 Soruda Yeni Türk Ticaret Kanunu, http://www.vergisigorta.com/130sorudattk.pdf., Erişim Tarihi : 18.05.2011.

Işıl ULAŞ, "Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Tasarısı'na Bakış", **Batider**, XXXIII, S. 2.

İbrahim ARSLAN, **Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket**, Konya, 2008

Kadir ÖZDEMİR, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011.

Korkut ÖZKORKUT, **Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasası'na Etkileri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2010.

Mehmet Emin BİLGE, "Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı", **AÜEHFD**, C.IX, 2005.

Sevinç OLGUN, "Limited Şirket Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, S.11, Temmuz 2007.

Soner ALTAŞ, **Anonim Şirketler, Karşılaştırmalı Açıklamalı Gerekçeli**, Seçkin Yayıncılık,

İstanbul, 2011.

Soner ALTAŞ, **Limited Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2011.

Soner ALTAŞ, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Getirilmekte olan Şirket Denetimine Genel Bir Bakış", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 53, Ocak 2011.

Şükrü YILDIZ, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, Sayı:1 Yıl:2005.

Ünal TEKİNALP, "Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı" , **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, 2007.

MİRASÇILIK BELGESİ DÜZENLEME YETKİSİNİN NOTERLERE VERİLMESİ ÜZERİNE GÖRÜŞLER

Erdoğan GÖKÇE[1]

31.03.2001 günü Resmi Gazete 'de yayınlanan, 01.10.2011 günü yürürlüğe girecek olan 6.217 Sayılı Kanun'un 14. maddesi mirasçılık belgesi düzenleme yetkisini Noterlere de verdi.

14. maddeye göre, işlemleri bizzat Noter, noterlik dairesinde imza yetkisi verilmiş Hukuk Fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri yapacaktır. Mirasçılık belgesi verilmesinin, yargılamayı gerektirmesi, nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması veya mirasçılık belgesinin yabancılar tarafından talep edilmesi durumunda, mirasçılık belgesi noterler tarafından verilemeyecektir.

Noterlerin veremeyeceği belgelerden kast edilen bir engel, tanık, bilirkişi dinlenmesi gibi delillerin toplanması gibi olayları içeren olaylar olarak görülmektedir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet Bakanlığı'nca çıkartılacak yönetmelikle düzenlenecektir.

Üzerinde yoğun çalışma yapılan konular zaman içinde öğreniliyor. Çalışma konuları belli olan Noterlerin bu yeni görevlerinde zorlanacakları, zaman içinde uygulamayı öğrenecekleri muhakkaktır.

Ülkemizde mirasçılık belgesi düzenlenmesinde zaman içinde farklı kurallar uygulandı. Medeni Kanun'dan önce Osmanlı zamanında Rumi 1263 = Miladi 1848 yılından önce bütün mallarda Kur'an'ın Feraiz Kuralları uygulanırdı. 7. Cumadetülula. 1263 günü bir tebliğ ile arazide mülkiyet hakkı tanındı. Ve mülkiyetin mirasçılarına geçmesi düzenlendi. Daha sonra Rumi 17.Muharrem.1284 = Miladi 21.05.1876 günlü İlk Tevsii İntikal Kanun'u ve daha sonra Rumi 21.02.1328 = 06.03.1913 günlü İkinci Tevsii İntikal Kanunu yürürlüğe girdi. Bu iki kanun arazi sayılan mallarda miras paylarının belirlenmesi kurallarını içerir. Bu üç düzenleme ile mülk sayılan mallarda Kur'an'ın Nisa Suresinde yer alan Feraiz kuralları uygulandı. Feraiz, Tevsii İntikal Kanunları ve Medeni Kanun kurallarına uymayan teferrüatlı kuralları içermektedir.

Bu kuralları (zümre sistemine göre incelersek) pek çok zümreden kişilere miras payı verildiği görülmektedir. Ben bu konunun üzerinde çok düşündüm. Bu uygulama sonunda bir kişinin biriktirdiği servet aynen yakınlarına geçmemektedir. Bunun nedeni içerdiği sosyal adalet duygusu olduğu kanısına vardım. Bu yargımı hiç bir yerde okumadım. Medeni Kanun'dan önceki uygulamayı hocam 2. Hukuk Dairesi hocam 2. Hukuk Dairesi başkanlarından Ali Himmet Berki'nin 1946 yılı

---

[1] Emekli Hukuk Hakimi

basımı Miras ve Tatbikat isimli eserinden öğrendim. Türk Medeni Kanununun Yürürülüğü Ve Uygulama Şekli Hakkındaki 4.722 Sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, her olay gerçekleştiği günde yürürlükte olan hukuk kurallarına göre çözülmektedir. Bu nedenle Mahkemeler Medeni Kanundan önceki ölümlerde eski kuralları uygulamaktadır. Halen bu gibi davalar Mahkemelerimize gelmektedir. Eşin miras payının belirlenmesi ile ilgili kurallar ilk Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği 04.10.1926 gününden sonra 14.11.1990 gün ve 3.678 Sayılı Kanun ile değiştirildi. Daha sonra 01.01.2002 günü yürürlüğe giren son Medeni Kanun ile de değişikliler yapıldı. Bu kuralların, özellikle eski kurallar uygulanaması bilgi ve beceri isteyen bir iştir. Noterlerimizin öğrenmesi gerecektir. Bunun yanında önemli bir eksiklik ve hata devam etmektedir. Şöyle ki: Medeni Kanun'un yürürlüğe giriş gününden önce mülk mallarda feraiz kuralları, arazide Tevsii İntikal Kanunları uygulanırdı. Ancak gayrı müslimlerin durumu ne olacaktı? Türk Tarih Kurumu yayınlarından (Gayrımüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu) isimli Doç.Dr.Gülnihal Bozkurt'un yazdığı eserden öğrendiğimize göre, 1856 fermanı ile bu (milletler) için kendi yönetimlerini düzenlemelerin için 1862 – 1865 yılları arasında bazı nizamnameler kabul edildi. Bunlar: Ortodoks Rum, Protestan, Ermeni Gregoryen, Katolik Ermeni nizamnameleri idi. Bu düzenlemeler geeiği bu etnik gurupların miras hukuku kuralları farklı olarak düzenlenmişti. Ayrıca ortodoks Bulgarlar, Yahudilerle ilgili karallar vardı. Siyaset bilimciler, ABD Ermenileri bölmek ve kendilerine bağlı bir gurup yaratmak olduğunu söylüyorlar. Bilindiği gibi Ortodoks Ermeniler ötedenberi Rusya'ya bağlı olarak hareket ettiler. İşte bu gibi Medeni Kanun'dan önce gerçekleşen ölümlerde miras paylarının hesabı için bu nizamnamelerin getirilmesi,bugünün Türkçesine çevrilmesi ve ilgili kuralların miras paylarının hesabında uygulanması gerekir. Bu güne kadar bu nizamnamalerin uygulanmasını görmedim. Noterlerin karşısına böyle bir olay gelirse bu belgelere göre hesap yapmaları gerekecektir.

Mirasçılık belgesi düzenlenmesi basit bir dava değildir. Pek çok çeşidi vardır. Özellikle yabancı uyruklu kişilerin TC uyruklulara mirasçı olmaları,mirasın reddi, mirasçılıktan çıkarma, mirasçı atanması, mirastan feragat, mirastan ıskat hallerinde farklı kurallar uygulanmalı, bu kuralların öğrenilmesi gerekecektir.

1960 senesinden bu yana Adliye'nin içinde bulunan bir kişi olarak, bu düzenlemenin çok hatalı olduğunu düşünüyorum. Şöyle ki, en çok yolsuzluğun yapıldığı dava, mirasçılık belgesi düzenlenmesine ilişkin davadır. Hatalar ve yolsuzluklar şöyle yapılmaktadır: Nüfus kayıtlarının hataen veya kasten noksan bildirilmesi, sahte nüfus kayıt ve belgelerinin düzenlenerek dosyaya verilmesi, bu sahte belgelerin Mahkemelerce fark edilememesi, tanık ile ispatı imkansız olaylarda tanık dinlenmesi ve geçersiz tanık sözlerinin delil olarak kabulü, miras paylarının hesabında Hakimlerin veya ehil olmayan bilirkişilerin hatalı görüş bildirmeleri, pay verme kurallarının gereği gibi bilinememesi gibi olaylardır. Bunlara örnek olarak gördüğüm dosyalarda dudak uçuklatacak olaylardan bir kaçını aşağıda anlatıyorum: Kimsesiz bir hanım ölür. Tereke Hakimi terekeyi tespit eder. Hanlar, hamamlar, apartımanlar. paralara el konur. Mahkeme terekeyi 9,5 sene idare eder. Tereke dosyasına birisi bir mirasçılık belgesi verir ve kendisinin ölenin ana baba bir kardeşi olduğunu söyler, terekenin teslimi

ister. Hazine vekili bu mirasçılık belgesinde yazılı kaydın bulunduğu Nüfus Müdürlüğüne gider, kütüğü açtırır. O hanede yazılı kişinin ana, baba adları farklı olduğunu görür. Bu mirasçılık belgesinin iptalini dava eder. Dosyaya başkaları müdahale dilekçesi vermiştir. 5. zümreye mensup kişiler mirasçı olduklarını ileri sürmektedirler..Bilindiği gibi 3. zümreden sonra gelen zümrelere mensup kişiler Medeni Kanunlarımıza göre mirasçı olamazlar. Üç zümreye mensup kişilerin bulunmaması halinde miras Hazineye geçer. Mahkeme, verdiğim rapora dayanarak sahte kayda dayanan belgenin iptaline,müdahillerin mirasçı olayamacaklarına karar verdi. Beyoğlu 2. nci Sulh Hukuk Mahkemesi beni görevlendirerek adıma yetki belgesi vererek beni Bakırköy Nüfus Müdürlüğüne gönderdi. Dava 17 senelikti. Bu dosyada da sahte belge düzenlendiğini Hazine vekili ileri sürmüştü. Dosyada müzekkere şeklinde düzenlenmiş kayıtta, şu cilt, şu hane de şu kimlikleyazılı kişinin ana baba bir kardeşi, şu cilt, şu hane, şu kimlikli kişi olduğu yazılı idi. Yetki yazısını Nüfus Müdürü'ne uzattım ve gelişimin nedenini söyledim. Müdür yazıyı görünce (Ne olacak beyim, o sayfa boş, kayıt yok) dedi. Kütüğü getirtti. Gerçekten ilgili sayfa boştu. Sorduğumda (kaydı düzenleyen müdürün öldüğünü) söyledi. Mahkeme sahte kararı iptal etti. Sahte kaydı düzenleyene ne oldu bilmiyorum.

Başka bir dosya 38 senelikti. Bir Osmanlı paşasının kurduğu vakfın mallarınının gelirinden vakıf senedine göre, belli mirasçıları pay almaktadırlar. Dosyada 1930'lu yılların sonunda alınmış bir mirasçılık belgesi kararı vardı.Bu karar İmparatorluk zamanında Kadılarca düzenlenmiş, daha sonra Cumhuriyet zamanında Mahkemelerin verdiği kararların birleştirilmesi ile karara bağladığı bir mirasçılık belgesine dayanıyordu. Bu kararı alanlar başka bir Asliye Hukuk Mahkemesinden alınan bir kararın iptalini istiyorlardı. İkinci kararda adları yazılı kişiler, ilk kararda yer almamışlardı. Dosyada bir tanık dinlenmişti. Tanık, (Ben 80 yaşındayım, tarihe meraklıyım, boş zamanlarımda Süleymaniye kütüphanesinde tarih kitapları okuyorum, bu nedenle biliyorum ki, X paşa 1600'lü yıllarda öldü, iki kızı bir oğlu vardı. Oğlu 17 yaşında bekar ve çocuksuz öldü. Kızları şu paşalarla evlendi. Adları şu, şu olan çocukları .....doğdu diyerek yeni bir miras silsilesi sayıyor ve nüfus kayıtlarına dayanmayan anlatımı, nüfus kayıtlarına eklenerek yeni bir miras silsilesi doğuyor, nüfus kayıtlarına dayanmayan anlatım, nüfus kayıtlarına bağlanıyordu. Dosyada bir başka belge vardı. Birisi daktilo ile (X paşanın miras şeceresidir) başlıklı içinde paşanın ölümünü ve mirasçılarını gösteren belge düzenler. Belgede imza, düzenleyen adı yoktur. Bu belge bir Notere götürülür, Noter örneğini çıkartır.Bu belge Mahkemece geçerli delil sayılır. Ve bir mirasçılık belgesi düzenlenir. Bu karar 1940'lı yılların başında verilmişti.İkinci kararı alanlar bunu Vakıflar İdaresine götürürler, gelirlerden pay isterler, idare isteği reddeder ve iptal davası açın der. İlk kararı alanlar ikinci kararın iptalini istemişlerdi. Davanın 38 yıl sürmesinin üç sebebi vardı. Bilindiği gibi mirasçılık belgesinin iptali davalarında dava, iptali istenen kararda mirasçı olarak gösterilen kişilerin tümüne karşı açılır. Bu kişiler arka arkaya ölmüşler ve davacı vekiline bunların mirasçılarını belirleyen mirasçılık belgesi alınması için süreler verilmişti. Dava bu nedenle uzadığı gibi, davalı vekili dosyaya iki adet Osmanlı zamanında düzenlenmiş tuğralı belge – ferman vermişti. Davalılar biz bu fermanlarla mirasçıyız, diyorlardı. 38 sene bu belgelirin tercümesi kimlenin

aklına gelmemişti. Bunları tercüme ettirin dedim. Tercümeleri geldi. Olayla hiç bir şekilde ilgisi olmayan yazılardı. Üçüncü neden dosyanın Hakimlerce okunmaması idi. Davaya 8 adet Mahkeme bakmıştı. 8. Asliye Hukuk Mahkemesi bakarken dosyada yer alan bir tutanakta, Mahkemenin başkatibi, iki katibi, mubaşirinin imzaları ile (Hakimimiz duruşma öncesinde odasında dosya okurken öldü. Davaya bakacak Hakim bulunamadığından duruşma yapılamadı) deniyordu. Asırlarca sahih belgelere göre belirlenen mirasçılar arasında sonradan alınan kararda adları yazılı kişilerin isimlerinin bulunmaması, tanıklığın görgüye dayanması, tanık sözlerinin MK'nın 29. maddesine aykırı olması (Yeni MK'nın 30.maddesi) nedenleri ile ikinci kararın iptali gerekir, diye yazdım. 39. sene dava bitti. 40. sene 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde katip olan ve halen 7. Sulh Hukuk Mahkemesinin değerli Yazı İşleri Müdürü hanıma (karar ne oldu), diye sordum. (Tebligatları yapamadık) dedi. Dosya Yargıtay'a gitti, Karar onandı. Bir mahkemede açılan iki adet mirasçılık belgesinin iptali konulu bir davada bilirkişi oldum. Miras bırakan iddiaya göre, 1802 yılında ölmüştü. Kendisinin eşinin ve çocuklarının nüfus kayıtları yoktu. İmparatorluğun son senelerinde nedenini bilemiyorum, eski tapu kayıtlarının dayanak dosyalarında gördüğüm, Mahalle, Köy Muhtar ve İhtiyar Heyeti Üyelerinin düzenlediği ilmihaberde miras bırakanın ölümü ve sıra ile mirasçıları anlatılır ve son mirasçıların adlarını yazılırdı. Bu ilmühaberlere dayanılarak tapularda mirasçılara intikal işlemleri yapılmıştı. Bu dosyaya verilen benzer bir ilmühaberi, bir Mahalle Muhtarı düzenlemişti. Birbirine yapıştırılmış iki sayfalık ilmühaberde miras silsilesi yer alıyordu. 1956 doğumlu iki kadın, (biz bunları duyduk) demişlerdi.Belgenin altında kadınların adları ve imzaları vardı... Belgenin en altında muhtar (Ben bu iki kadının imzalarını tasdik ediyorum) diye yazmış ve belgeyi imzalamıştı. Dosyada tanık sözleri, çok sonra düzenlenmiş nüfus kayıtları ile birleştirilmişti. İkinci davada ise ilk davada unutulduğu söylenin bir mirasçı kolu daha eklenmişti. Raporumda (Tanıklık görgüye, birlikte yaşamaya dayanan delildir. Duymaya dayanan delil olamaz. 1956 doğumlu kişilerin 1802 senesinde öleni, eşini, altsonu bilmeleri imkansızdır. İki kararın da iptali gerekir) diye yazdım. Mahkeme her iki kararı iptal etti. Davayı açan Hazine vekilinin ididasına göre, bu doğru olmayan kararlara dayınılarak Hazine'ye kalması gereken çok büyük araziler satılmıştı. Bu arazilerin üzerinde halen bir üniversitenin binaları olduğu dilekçede yazılı idi. Daha sonra ne olduğunu bilemiyorum. Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde bir davada bir hanımı tanık olarak getirdiler. Tanığa (Hanım, bu beylerin anaları ölmüş, iki kardeş kalmışlar, doğru mu?) deyince tanık patladı ve (Beyim iki gündür beni yalan söylemem için sıkıştırıyorlar. Bir de kız kardeşleri var) deyip, iki kardeşe hakaretler yağdırdı.

Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde bir davada bir hanımı tanık olarak getirdiler. Tanığa (Hanım, bu davacı hanımın kocası ölmüş, tek mirasçı davacı kalmış, başka evliliği, çocuğu var mı dört evlilik yapmış,çocukları olmamış) deyince tanık (Ne 4 dört evliliği beyim, adam tam 74 defa evlendi. Kadın delisi idi. Birisini getirir 2 – 3 gün onunla yaşar, beğenmez, yenisini getirirdi.) dedi. Bu kadınlar neden böyle evlenip duruyorlar, nedeni nedir diye sorarsanız. Ekonomik nedenlerdir. Elimden geçen bir dosyada bir hanım çocuksuz olarak ölür. Eşi ve kardeşi kalır. MK'da 1990 yılında yapılan değişiklikten önce sağ eş ölenin

ana babasının altsoyu ile birlikte mirasçı olursa. mirasın 1/4 ünün mülkiyetini ve 1/2 sinin intifanı alır, ayrıca kuru mütlkiyet payları hesaplanırdı. Ancak kararda paylar mülkiyet paylarına göre 1 pay eşe ve 1 pay kardeşe verilmişti. Davacı davayı sağ kardeşin vekili olarak açmış ve bir dilekçe vererek (kararı temyiz etmiyorum) demiş ve kararın altına kesinleşme şerhi yazdırmıştı. Seneler sonra kardeş hatayı öğrenmiş ve kararın iptalini dava etmişti. Mahkeme kararı iptal etmiş, sağ eş kararı temyiz etmişti. Yargıtay (karar keskinleşmiştir, iptal edilemez) diyerek kararı bozmuştu. Bu kere kardeş açtığı hasımsız bir dava ile yeni bir karar alarak 10. Asliye Hukuk Mahkemesinde hatalı mirasçılık belgesine dayanan tapu kayıtlarının iptalini dava etmişti. Davalı eş kesin hüküm itirazında bulunmuştu. Hakimlik cesaret mesleğidir. Mahkemenin değerli Hakimi kaydı birinci oturumda iptal etti. Yargıtay kararı onadı. Hatalı kararı veren Hakim ile tanıştım. Kararı katibin yazdığını, yorgunluğuna gelerek imzaladığını, olay ortaya çok üzüldüğünü, katibin meslekten atıldığını bana söylemişti. Fatih Mahkemeleri kurulunca Fatih İlçesi hudutları içinde kalan olaylarla ilgili davalar Fatih'e geldi. Gelen dosyalar içinde hatası olmayanlar sadece Hakim Bey'in dosyaları idi. Bilgili bir Hakim bile yanıltılmıştı.

Üsküdar'da çalışırken bir akşam üzeri kapım açıldı. Temiz giyimli yaşlı bir bey ile sınıf arkadaşım bir avukat hanım geldiler. Gelen bey kendisini tanıttı. (Ben emekli Tümgeneral'im. Mahkemenizce terekesi tespit edilen kimsesiz bir hanım var. Dosyadan terekeyi Hazine'ye devredeceğinizi anladık. Ben bu hanımın mirasçısıyım. Terekenin Hazineye teslimini erteler misiniz, mirasçılık belgesi vereceğiz) dedi. General bana (akrabam olan avukat hanım sizin dosyaları çok dikkatle incelediğinizi söyledi. Davanın sizin Mahkemenize alınmasını rica ediyorum) deyince,başkatibi çağırdım. (Bu dosya biz alalım), dedim. O senelerde dosyaların Mahkemelere tevzii kalemlerde dosyaların guruplandırılması ve kur'a çekilmesi ile yapılırdı. Meğer dilekçeyi getirmişler. General mirasçılar şu, şu yerlerde kayıtlı diye dilekçeler getiriyor ve kendisine elden takip yetkisi veriyordum. Gelen kayıtlar içindeki noksan kayıtları tekrar istiyorduk. General bir gün bir dilekçe ile geldi. Bana (Yeni mirasçılar çıktı, ben mirasçı olamıyorum, kayıtları getirin) dedi ve kayıtların gelmesi için yazılar yazdık. Beni Fatih 3.Sulh Hukuk Mahkemesine atadılar. Yerine gelen Hakim arkadaşım anlatıyor. (General son oturuma bütün mirasçıları getirdi. Duruşma salonunda tanıştılar, dedi. Gelelim nüfus kayıtlarına. Mirasçılar, dedeleri İmparatorluğun son senelerinde orduda görev yapmış subayların torunları idiler. Dedeleri, babaları İmpatarorluğun uzak köşelerinde Şam, Bağdat, Kahire, Trablusgarb, Batum, Sofya, Selanik gibi yerlerde doğmuşlar, birbirlerini kaybetmişlerdi. Mirasçılık belgesi dosyasında bir tarih yatıyordu. Bunun yanında Tevfik Paşa bir doğruluk abidesi idi. Kendisinden yakın mirasçıları söylemese mirasçı olurdu. Paşa doğruyu yaptı. Paşayı senelerce önce kaybettik. Bir karar getirdiler, fikrimi sordular. Mahkeme çocuksuz ve bekar olarak ölenin hem ikinci zümresine, hem de üçüncü zümresine pay vermişti.

Arnavutluk'tan verilmiş bir kararda mirasçılar belirlenmiş,miras payları belirlenmemişti. Kararın altında iki Hakimin adı ve imzaları vardır. Birisi asıl diger yardımcı idi. Mısır'dan verilmiş bir kararda paylar küsuratlı idi. (3,75),(4,25) gibi. Paydayı en az 4 ile çarparak küsuratsız payda düzenlemeyi düşünememişlerdi.

A adlı kişi maliki olduğu dairesini B adlı birisine vasiyet etmişti. Bu vasiyet (belli mal bırakma) niteliğinde olmasına karşın Mahkeme bunu (mirasçı ataması) olarak kabul etmiş ve B yararına terekenin tek mirasçısı olduğuna dair (atanmış mirasçılık belgesi) düzenlemişti.

A'nın gerçek mirasçılarından ikisi bu mirasçılık belgesinin iptali için iki dava açmışlardı. Bu iki davanın birleştirilmesi gerekirken, ayrı ayrı görülüyordu. Davalar 7 sene sürmüştü. Beni bilirkişi yaptılar verilen kararın hatalı olduğunu, iptalinin gerektiğini yazdım. Mahkeme hatalı kararı iptal etti. Gelin şaşmadan kalmayın! Bu davaların daha başyılgıçta iptali gerekiyordu. Şimdi sizinle çok önemli bir olayı paylaşmak istiyorum. Bir Hakim, beni bir davada bilirkişi kuruluna koydu. Cumhuriyetin kuruluşundan sonra İstanbul'da yapılan kadastro tespiti sırasında Rum, Ermeni, Yahudi dini vakıflarının malları bu vakıflar adına tespit ve tapuya yazımları yapılmamıştır. Bunun nedenini bilemiyorum. Bu davada şu deliller toplanır: Bu vakıflar 1328, 1926 yıllarında maliki oldukları malların yazılı olduğu beyannameleri Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne vermişlerdir. Her malın bulunduğu mahalle, sokak, kapı numarası, ne amaçla kullanıldığı yazılmıştır. Dava konusu malın kadastro beyannamesi örneği, tapu kaydı, (malikhaneleri boş diye yazılıdır), çapı, anılan iki beyanname getirilir, bu mallar kiraya verildiğinden davacı vakıf vekilleri çok eski senelerden bu yana yaptıkları kira sözleşmelerinin tümünün fotokopilerini verirler ve malın başında tanık dinlenir, zilyetlik, mülkiyet durumu sorulur. Bütün deliller iddiayı doğruluyorsa, Mahkeme tapu kaydının boş olan hanesine davacı vakfın adının yazılmasına karar verir.

Keşifte Hakim bey bütün delilleri topladı. Tutanağa yazdı. Keşif bitti, davacı vekili Hakim beye (Hakim Bey, Vakfın yaşlı yöneticileri ile birlikte çay içmeyi lütfeder misiniz?) dedi. hep birlikte ilgili Sinagog bahçesindeki yönetim odasına girdik. Uzun bir masanın etrafında yaşlı kadınlı, erkekli vakıf yöneticileri oturuyorlardı. Kuru pasta almışlar. Bir iki pasta yedik, çay içtik. Havadan sudan konuşmalar oldu. Masanın başında oturan beyin önünde kalın, ciltli bir defter vardı. Mütevelli heyeti başkası olan bu kişi defteri açtı ve Hakim Bey'e gösterdi, (Bu Sinegoga kayıtlı cemaatın nüfus kayıt defteridir. 500 yıllıktır), dedi. Hakim Bey, ben ve arkadaşlarım hem şaşırdık, hem üzüldük. 1482 yılında ülkemize kabul edilen bu insanlar akıllı kişilerdi. Bizde ise, 1856 dan sonra nüfus yazımı yapılmaya başlandı. İlk yazımlar çok ilkeldir. Kişinin baba adı vardır. Ana adı yoktur. Daha sonra bu kayıtlar yenilenmiştir. Son senelerin nüfus kaydı düzenlenmesi ile ilgili çok önemli olayı eski kayıtların yeni defterlere ve bilgisayarlara kaydedilmesidir.

Bu noksanlıklarımızın nedenini sizler bulun. Elimden geçen mirasçılık belgesi davalarında şunları gördüm. İnsanlarımız özellikle kız çocuklarına, onları ileride toplum içinde küçük düşürecek isimleri koyuyorlar : Hicran = ayrılık acısı, Nalan = ağlayan, Sündüs = döşek, Neriman = İranlı bir kahramanın adı, Sevtap, Okşan gibi isimler var. Bir dosyada bir hanım adı gördüm. İsim fecaat. Kadının adı Merkade = mezar, yatılıp uyunacak yer. Anlamlarını bilmeden bu isimleri veriyorlar. Bir Hakim arkadaşımın odasında bir Yargıtay üyesi ve eşi ile tanıştım. Doğacak torunlarına verilmek üzere iki isim belirlemişler. Damadın üniversitedeki öğrencileri oylama yapmışlar, en çok oy alan isim küçüğe verilmiş.

İsimlerin ikisi de çok güzeldi. Ben yukarıdaki isimlerden söz edince hakimin emekli öğretmen olan eşi heyecanlandı. (Bu isimleri taşıyan öğrencilerim oldu. Bana gelirler, isimlerinden yakınırlar, ağlarlardı) dedi. Antalya 'nın Gazipaşa İlçesinin Hivilhardın köyünde erkeklere sadece iki isim verilir. Abit ve İbat !

Her ikisinin anlamı ibadet edendir. Mahkemeler kişileri nasıl ayırt edecekler, nüfus ve tapu kayıtları sağ. Her ikisinin anlamı ibaden edendir. Mahkemeler kişileri nasıl ayırt edecekler, nüfus ve tapu kayıtları sağlıklı olarak nasıl düzenlenecek!

Daha neler neler var!. Şimdi soruyorum. Dava Hakim kontrolunda iken bu kadar hata, yolsuzluk oluyor, önlenemiyor. Noterlere verilen yetkilerin sonucunda neler göreceğiz? Hiç süpheniz olmasın daha ağır hatalar olacağını düşünüyorum. Bu düşüncem kesinlikle Noterleri küçük görmek değildir.

Bu hesapları Noterler nasıl yapacaklar, doğrusu merak ediyorum. Mahkemelerin işini azaltmak için yapılan bu düzenleme insanlarımıza çok zarar verecektir. 5.711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda değişiklik yapan Kanunun 69. maddesi ile düzenlenen yönetimlerin örgütlenmesi ağır hataları içermektedir. 21. yüzyılda insanlarımıza üç dereceli seçim reva görüldü. Bağımsız bölüm maliklerinin üst yönetimlerin ne yaptıklarını bilmeleri önlendi. Bu kanun da çok ihtilafa neden olacaktır. Bir Avukat arkadaşım bu düzenlemenin benzeri olan TOKİ'nin yönetim planına dayanılarak A sokağında oturanlar, B sokağında oturanların A sokağından geçmelerini önlemek için dava açtıklarını anlattı. Bu kanunun Adalet Komisyonu'nda görüşelmesinden önce kanun taslağı hakkında benden özel rapor alan Türkiye Barolar Birliği'nin Genel Sekreteri önerilerime değer verilmediğinini anlatmıştı. Hatasız kanun yapmak için uygulamacılardan fikir alınması gerekir. 18. Hukuk Dairesi'nin emekli başkanı bana 18. Hukuk Dairesinden görüşalınmadığını söylemişti. Ülkemizde Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulaması ile senelerdir yoğun bir şekilde Profesör kendilerinin bu kanunun hazırlanmasına çağırılmadıklarını anlattılar.

SONUÇ

Kanun'un çıkacağını 7-8 yıl önce duymuştum. Tanıdığım bir Noter Amerika'da 2 yıl kaldığını ve bu konuda eğitim aldığını söylemişti. Amerika, insanları köksüz bir ülkedir. Bizim gibi çok geniş aileleri orada bulumazsınız.Bunun yanında doğru düzenlenmiş nüfus kayıtları vardır. Batının insanları Amerika'ya göçe başladıklarında özellikle İngiltere'de cezaevlerine konmuş müebbed kürek cezası almış kişileri saldılar, Amerika 'ya gönderdiler. Onun için Amerika'da akla uymayan işler yapıyorlar. Gidenlerin çoğunun genlerinde bozukluklar olduğu muhakkaktır.

Biz sadece Anadolu'da bin yıldan daha fazla bir süredir yaşıyoruz. Bilim adamları bizim Anadolu'da 8–10 bin sene önce var olduğumuzu, Türkçe yazılmış kaya yazılarını göstererek söylüyorlar. TRT'nin belgesel kanalında bir belgeseli iki kez izledim. Tercümelerini okudular. Biz Anadolu'da geniş aileler halinde yaşadık, yaşıyoruz. Ailelerin üyeleri arttıkça mirasçılık belgesi davalarında kişi ve mirasçıların sayıları artmakta ve davaları zorlaştırmaktadır. Bu yasa bize uygun değildir. Üstelik yargı yetkisinin Mahkemeler dışında bir başka kuruma verilmesi açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Koşullarının oluşması halinde, bu kanunun Anayasa

Mahkemesince iptalinin mümkün olduğunu ve bu uygulamadan dönülmesinin gerektiğini düşünüyorum.

İNŞAAT HUKUKU SORUNLARINDA SÖZLEŞME İLE SORUMLULUKTAN KURTULMA (SORUMSUZLUK ANLAŞMASI)[1]

Av. İlker Hasan DUMAN[2]

Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç nedeniyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (BK. md. 99).

Yardımcı kişilerin eyleminden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısman kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (BK. md. 100/II).

Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (BK. md. 196).

1. Genel Olarak

Sorumsuzluk sözleşmesi, sözleşmenin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya kapalı olarak yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma olasılığı bulunan tazminat isteminin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmadır. Sözleşmeciler, sorumsuzluk sözleşmesi ile sorumluluğu doğrulayabilirler, bunun miktar ve kapsamına, doğuracağı sonuçlara açıklık getirebilirler; daha ağır bir sorumluluk öngörebilirler:

---

[1] **Kaynakça**: Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1979, 702-709; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, sf. 476-480; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku/Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul 2003, sf. 270-278; Halil Yılmaz, Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, sf. 199; Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin yayınları, Ankara 2003, sf. 226-229; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. III, Beta Yayınları, İstanbul 1994, sf.; İzzet Karataş, Eser Sözleşmeleri, Ankara 2004, sf. 89; Vıfzı Veldet Velidedeoğlu, Borçlar kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, 230-231; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku/ Özel Borç İlişkileri, Fakülteler matbaası, İstanbul 1974, sf. 510, 529, 546; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2007, sf. 150, Ali Erten, Haksız Eylemlerde Akidlerde Sorumsuzluk Şartları, Olgaç matbaası 1977, sf. 260 vd.

[2] İstanbul Barosu Avukatlarından

Sözleşmeciler, sorumsuzluk sözleşmesinde borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıp, tam bir sorumsuzluk anlaşması yapabilecekleri gibi, sınırlı bir sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Sorumsuzluk anlaşması açık veya kapalı olabilir; ancak borçlunun borcunu yerine getirip getirmemekte serbest olduğuna ilişkin anlaşma sorumsuzluk anlaşması değildir. Borçluyu belirli olayların gerçekleşmesi durumunda (örneğin savaş, deprem veya grev halinde) edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtaran anlaşmalar da sorumsuzluk anlaşması sayılmayacaktır. Sorumsuzluk anlaşması bir sözleşmedir; alacaklı yönünden bir tasarruf işlemi, borçlu yönünden ise bir kazandırıcı işlemdir. Bu sözleşme ile ileride gerçekleşmesi olası bir tazminat hakkı üzerinde tasarruf edilmektedir. Bu anlaşmanın konusu, alacaklının malvarlığında ileride meydana gelecek bir tazminat (alacak) hakkıdır. Bu sözleşme ile borçlunun malvarlığını kısıtlayan bir tazminat borcu ortadan kalkmakta, böylece malvarlığının azalması önlenmektedir[3].

Ağır kusurdan doğan sorumluluk önceden yapılan bir anlaşma ile ortadan kaldırılamaz ise de, böyle bir sorumluluk dolayısıyla doğmuş olan bir alacaktan vazgeçmek, BK. md. 99'un koyduğu yasağa girmemektedir. Sorumluluğun sözleşme ile ağırlaştırılması, örneğin, hastalık, kaza, malın çalınması ve benzeri beklenmedik rastlantısal olaylardan da sorumluluk - 21. Maddenin çerçevesinde olmak üzere - geçerlidir[4].

Sorumsuzluk anlaşması sözleşme yapıldığı sırada veya en geç zarar doğmadan önce yapılmalıdır.

Sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır.

Sözleşmenin geçerliliği özel bir biçim koşuluna bağlı değildir.

Md. 99'da geçersiz olan durum, sorumluluğu ortadan kaldıran koşul olup, sözleşmenin kendisi değildir[5].

Borçlunun kastından veya ağır ihmalinden dolayı sorumluluğu olmayacağı hakkında önceden yapılan bir anlaşma, her şeyden önce ahlak kurallarına ve sözleşme fikrinin özüne yabancı düşmektedir. Bu bakımdan, borçlunun kasttan veya ağır ihmalden sorumluluğunu kaldıran bir anlaşmayı geçersiz saymakta isabet vardır. Hafif ihmal içinse aynı şey söylenemez. Bununla beraber hafif ihmalden doğan sorumluluğu önceden kaldıran anlaşmaların geçerli olması mutlak bir kural değildir. Borçlar Kanunu bu konuda sosyal bir hukuk anlayışını yansıtan iki önemli istisna koymaktadır (BK. md. 99/II)[6].

I. Sorumsuzluk Anlaşmasının Geçerlilik Koşulları

i. Sorumsuzluğa İlişkin Bir Anlaşma Bulunmalıdır

Sorumsuzluk anlaşması genellikle asıl sözleşme ile birlikte yapılır. Ancak, bu anlaşmanın asıl sözleşmenin kurulmasından sonra yapılması da olanaklıdır. Sorumsuzluk anlaşması, ister asıl sözleşme ile birlikte, ister asıl sözleşmeden

[3] Eren, III, 259-261.
[4] Velidedeoğlu, 230.
[5] Erten, 273.
[6] Tekinay, 702-709.

sonra yapılsın asıl sözleşmeye bağlı ve asıl sözleşmenin esaslı sayılan noktasına ilişkin olmadığından, asıl sözleşme yazılı geçerlilik koşuluna bağlı olsa bile, sorumsuzluk anlaşmasının aynı şekilde yapılması zorunluluğu yoktur. BK. md. 100'de sorumsuzluk anlaşması için bir geçerlilik biçimi öngörmediğinden sorumsuzluk anlaşması BK. md. 11'deki genel kural gereğince herhangi bir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Ancak sorumsuzluk anlaşması da bir sözleşme ve dolayısıyla hiç hukuksal işlem olduğuna göre, uyuşmazlık halinde HUMK. Md. 287 gereğince belgeyle ispat kuralına bağlı olacaktır.

Borçlunun sorumluluğunu kaldırdığı için kesin geçersiz olan sözleşme hükmü, tüm sözleşmeyi geçersiz duruma getirmez.

Sorumsuzluk anlaşması tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamasıyla oluşur. Böyle bir irade uyuşması olmadan sorumsuzluk anlaşmasından söz edilemez. Bunun sonucu olarak, taraflardan birinin tek yanlı olarak karar altına aldığı bir sorumsuzluk kaydı bağlayıcı nitelik taşımaz. Bu nedenle, bazı satış yerlerinde ya da hizmetlerde, satıcının ya da hizmeti sunan kişinin "doğan zararlardan sorumluluk kabul edilmez, satılan malın bozukluğundan sorumluluk doğmaz; kaybolan eşyalar sorumluluğumuzda değildir" biçimindeki açıklamalar sorumluluğu kaldırmaz ya da kısıtlayamaz.

2. Sorumsuzluk Anlaşması Borçlunun Ağır Kusuruna (kasıt, hile vb.) Dayanan Davranışlarına İlişkin Olmamalıdır

Borçlunun hiçbir kusurdan sorumlu olmayacağının önceden sözleşilmesi, hafif kusur ile verilen zarardan borçlunun sorumlu tutulamayacağı anlamına gelir; yoksa ağır kusur ile verilen zarardan sorumluluğa etki yapmaz.

Borçlunun belirli zarardan tazminat ödemeyeceğinin önceden sözleşilmesi hafif kusur ile verilen zarar yönünden geçerli olup, ağır kusur sonucu doğan zararın giderilmesi gerekir.

3. Sorumsuzluk Anlaşması Borçlunun Sadece Hafif Kusuruna Dayanan Davranışlarına İlişkin Olmalıdır.

4. Sorumsuzluk Anlaşması Özel Bir Hükümle Yasaklanmamış Olmalıdır[7].

5. Sorumsuzluk anlaşması, en geç zarar meydana gelmeden önce yapılmalıdır.

II. Sorumsuzluk Anlaşmasının Geçerli Olmadığı Durumlar

1. Ağır Kusurda

Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür**.** Ağır kusur derken, (kasıt) ve (ağır ihmal) anlaşılmalıdır. Borçlunun, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini bile bile (bilerek ve isteyerek) yerine getirmemesine (kasıt), sözleşmenin ihlalini istememekle birlikte bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı koşullar altında istenilen dikkat ve özeni göstermemesine (ihmal) denilmektedir.

---

[7] Örneğin Karayolları Trafik Kanunu md. 111'e göre, bu Kanunda öngörülen hukuksal sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir.

2. Hafif Kusurda

a. Yargıcın takdirine gerek bırakmayan durumlar

aa. ***Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek (örneğin avukatlık, doktorluk, noterlik) veya sanat (bankacılık, PTT hizmetleri vb.), ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür***. Bu fıkradaki hüküm, yasa ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek ve sanat için uygulanacaktır. Bir örnek verelim: Amacı konut üretmek ve bunları satmak olan bir kuruluş veya ortaklık (A), konutları yüklenici (B)'ye yaptırmıştır. (A) ile (B) arasında (tek tip) inşaat sözleşmesi vardır. Bu sözleşmede inşaatın eksiklik ve bozukluklarından yüklenicinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. (A), yaptırdığı siteden bir meskeni (C)'ye satmıştır. Satış sözleşmesinde, inşaat sözleşmesine yollama (atıf) yapılmıştır. Böylece (C)'nin, eksik ve bozuk işlerden yüklenicinin sorumlu olacağını kabul etmesi sağlanmıştır. (C) daire teslim edildiğinde, birçok eksik ve bozukluğu görmüş, bunun için kendisiyle sözleşme yapan (A)'ya dava açmıştır. Satım sözleşmesinin inşaat sözleşmesine yollama yapması, satım sözleşmesini imzalayan (C)'nin inşaat sözleşmesinde belirtilen sorumluluk hükmünü kabul ettiği benimsenebilir. Bu durumda davanın (A)'ya değil (B)'ye açılması gerekir. Ancak, (C)'ye, (A) ile (B) arasındaki tek tip sözleşmenin okunmasına ve anlaşılmasına olanak verilmemişse, okunsa bile anlaşılması olanağı bulunmuyorsa, anlaşılma olanağı bulunsa bile (yollama hükmüne) itiraz etme hakkı tanınmamışsa veya (A)'nın daha başka biçimde ağır kusurlu davranışına karşın bu davranış ve işlemlerden doğan (örneğin eksik ve bozuk işten kaynaklanan) sorumluluktan kurtulacağı konusunda sözleşmeye bir hüküm konmuşsa o hüküm geçersiz sayılacaktır (BK. md. 99/I)[8].

Yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen hizmetlerde

---

[8] Toplu Konut İdaresini örnek gösterebiliriz. Bu idarenin temel görevleri 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu ile belirlenmiştir. İdarenin kuruluş aşamasında 2985 sayılı Kanunun verdiği görevler şunlardır: Devlet garantili ve garantisiz iç ve dış tahviller ile her türlü menkul kıymetler çıkarmak; yurt içi ve yurt dışından, Toplu Konut İdaresi'nce kullanma alanlarında yararlanmak üzere kredi almaya karar vermek; konutların finansmanı için bankaların iştirakini sağlayacak tedbirleri almak, bu amaçla gerektiğinde bankalara kredi vermek, bu hükmün uygulanmasına ilişkin usulleri tespit etmek; konut inşaatı ile ilgili sanayi veya bu alanlarda çalışanları desteklemek; özellikle kalkınmada öncelikli yörelerde bulunan konut inşaatıyla ilgili şirketlere iştirak etmek; Gerektiğinde her çeşit araştırma, proje ve taahhüt işlemlerinin sözleşmeyle yaptırılmasını temin etmek; Kanunlarla ve diğer mevzuatla verilen görevleri yapmak. 06/08/2003 tarih ve 4966 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle, Toplu Konut İdaresinin 2985 sayılı Kanunla tanımlanan görevleri arasına yeni görevler eklenmiştir. Bu görevler şunlardır; Konut sektörüyle ilgili şirketler kurmak veya kurulmuş şirketlere iştirak etmek; ferdi ve toplu konut kredisi vermek, köy mimarisinin geliştirilmesine, gecekondu alanlarının dönüşümüne, tarihi doku ve yöresel mimarinin korunup yenilenmesine yönelik projeleri kredilendirmek ve gerektiğinde tüm bu kredilerde faiz sübvansiyonu yapmak; yurt içi ve yurt dışında doğrudan veya iştirakleri aracılığıyla proje geliştirmek; konut, altyapı ve sosyal donatı uygulamaları yapmak veya yaptırmak; İdareye kaynak sağlanmasını teminen kar amaçlı projelerle uygulamalar yapmak veya yaptırmak; doğal afet meydana gelen bölgelerde gerek görüldüğü taktirde konut ve sosyal donatıları, altyapıları ile birlikte inşa etmek, teşvik etmek ve desteklemek; Hazineye ait arazileri bağlı olduğu Bakan ve Maliye Bakanı teklifi ve Başbakan onayıyla bedelsiz olarak devralmak.

hafif kusurdan sorumlu olunamayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma, bu tür hizmetleri yürütenlerin hafif kusurlarının varlığı halinde de olsa, sorumsuzluk kaydına yer verilemeyeceğinden, yargıca takdir yetkisi verilmeksizin, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

b. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç nedeniyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma (örneğin, işveren işçisi ile bağıtladığı iş sözleşmesinde, işyerinde gerekli güvenlik önlemlerini almadaki özensizliğinden dolayı uğranan zararlardan sorumlu olmayacağını öngörmüşse) kesin olarak hükümsüzdür (BK. md. 99/II). Alacaklı ile borçlu arasında iş sözleşmesi değil de eser sözleşmesi varsa sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin bu istisna hükmü uygulanmayacak, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma geçerli sayılabilecektir.

Burada bir hizmet sözleşmesinin bulunmuş olması yeterli değildir; ayrıca taraflar arasında öyle bir alt-üst ilişkisi bulunmalıdır ki, buna göre, sorumlu olan kişi, bunu ileri sürmekten vazgeçen kişi üzerinde, kendi haklarına dayanarak sahip olduğu güçten ve yetkiden başka bir de ruhsal bir etkinliğe sahip bulunsun[9].

b. Yargıcın kararını gerekli kılan durumlar

BK. md. 99/II'de belirtilen durumların dışında ise hafif kusura dayanan sözleşme ihlalleri için yargıcın takdirini gerektirmektedir.

III. Sorumsuzluk Anlaşması mı Sulh veya İbra mı?

Sorumsuzluk koşullarının, kast ve ağır ihmalin varlığı durumunda geçersiz sayılmış olmaları, sorumluluğun doğmasından önce böyle bir koşulun taraflar arasında kararlaştırılmış olması durumunda söz konusudur. Yoksa zarar meydana geldikten sonra sözleşmeciler arasında bu konuda yapılacak anlaşmalar, ibra niteliğinde olduklarından geçerlidirler[10].

III. Yargıcın rolü

Borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme koşulu, sadece hafif ihmalden doğacak sorumluluk hakkında geçerli olacak, kasıt ve ağır kusurdan doğacak sorumluluk hakkında geçersiz sayılacaktır. Borçlunun belirli miktarda fazla tazminat ödemeyeceği biçiminde bir koşul kabul edilmişse, bu sınırlama borçlunun hafif kusurundan ileri gelen zarar için geçerli sayılmayacak, fakat onun kast veya ağır kusurunun bulunması durumunda, borçluya zararın tamamı ödettirilmelidir. Borçlunun kusurunun ağırlığını, yani kastının mı, ağır ihmalin mi yoksa hafif ihmalinin mi var olduğunu saptamak, önüne getirilen her somut olayda yargıca aittir. Yargıç, eğer ihmalin hafif olduğuna karar verirse, sorumsuzluk koşulu geçerli olacak, ağır olduğuna hükmederse, sorumsuzluk koşulu da hükümsüz olacaktır.

BK. md. 99/II, sorumsuzluk koşullarının hükümsüzlüğünü yargıcın takdirine bırakmamıştır. Bu hükmün dışında kalan durumlarda ise, yargıca önemli görev

---

[9] Velidedeoğlu, 231.

[10] Erten, 211.

düşmektedir. Yargıç, takdir hakkını kullanırken, adalet kurallarını göz önünde bulunduracak, sözleşmecilerin çatışan çıkarlarını dikkate alacak, borçlunun hangi koşullar altında sorumsuzluk koşulunu alacaklıya kabul ettirdiğini, alacaklının kabul beyanının kabul iradesine uygun bulunup bulunmadığını araştıracak ve sonuçta adil bir biçimde kararını verecek, hafif ihmalden doğacak sorumluluktan kurtulma koşulunu geçerli veya geçersiz sayacaktır. Ekonomik yönden güçlü olan tarafın sözleşmeye koydurtmak istediği, bir bakıma zorla kabul ettirilmek istenen bu koşullar, sözleşmenin öbür tarafının haksız zararını doğurduğu takdirde, yargıç tarafından hükümsüz sayılabilecektir. Bir sözleşmede sözleşmecilerden birinin çıkarının tek taraflı olarak, öbür sözleşmecinin zararına, göz önüne alınmışsa, yani sözleşmecilerin karşılıklı çıkarlarında bir uyuşma yok ise, haksız zarar var demektir. BK. md. 99/II, yargıca takdir hakkı verirken durum ve koşulların değerlendirilmesinden söz etmemektedir. Sadece hukuksal sonucun saptanması yargıcın takdir hakkına bırakılmıştır ve ona, bu kararında uyması gereken sınırları da aynı madde tarafından gösterilmiştir[11].

VI. Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Hükümleri

Genel işlem koşulları, karşılıklı anlaşma yoluyla değil, yapılan yollamadan ötürü esas sözleşmenin kapsamında sayılırlar. Genel işlem koşullarında yer alan kayıtların geçerliliğine ilişkin aşağıdaki bilgilere yer verilmelidir:

A) Genel işlem koşullarında yer alan kayıtlar, yasanın buyurucu kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı bulunması durumunda geçersiz olacaktır.

B) Genel işlem koşullarında yer alan ve girişimcinin kasıt veya ağır ihmalinden sorumlu bulunmayacağına ilişkin kayıt, BK. md. 99/I gereğince geçersiz olacaktır.

C) Genel işlem koşullarında yer alan bir kayıt açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa, bunu hazırlayan girişimcinin aleyhine yorumlanacaktır.

D) Genel işlem koşullarında yer alan, durum ve koşullara ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı sözleşenin tahmin edemeyeceği kadar alışılmamış olan hükümler, sözleşmenin ayrılmaz parçası durumuna gelmeyecektir.

E) Genel işlem koşullarındaki kayıtlar, karşı sözleşeni, dürüstlük ve güven hükümlerine aykırı olarak uygunsuz biçimde zarara uğratıyorsa geçersizdir. Bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temel düşüncesi ile uyuşmuyorsa veya sözleşmenin kapsamından ortaya çıkan temel hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye sokacak ölçüde sınırlamışsa, kuşku halinde uygunsuz biçimde zarara uğrandığı kabul edilecektir.

F) Yargıç, TMK. md. 2'den yararlanarak, bireysel sözleşmede yer alsaydı geçerliliğine itiraz edilemeyecek olan sorumsuzluk kaydını, genel işlem koşullarında yer aldığı için geçersiz sayabilecektir[12].

Borçlunun Yardımcı Kişinin Eylemlerinden Dolayı Sorumsuzluk Anlaşması

[11] Erten, 262-267

[12] Karahasan, 275-278.

Yardımcı kişilerin eyleminden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısman kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (BK. md. 100/II). Bunun için, borçlunun yardımcı kişi kullanmasının olanaklı ve geçerli olması, alacaklı ile borçlu arasında yardımcının eylemlerinden sorumsuzluğa ilişkin bir anlaşmanın yapılmış bulunması, sorumsuzluk anlaşmasının her türlü kusurlu borca aykırı eylemlerine ilişkin olması koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu fıkra borçluyu değil, alacaklıyı korumaktadır. Söz konusu hükme aykırı olarak yapılan bir anlaşma kesin hükümsüz sayılacaktır.

V. Yapı Denetim Kuruluşunun Sorumluluğunu Sınırlayan Anlaşmalar

Yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde yürüyen yapı denetimi etkinliklerinde, sorumsuzluk anlaşması yapılması, yapılan işin ve sözleşmenin amacına ters düşecektir. Zira, yapı denetimi etkinliği kamu güvenliğini yakından ilgilendirmekte ve kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektedir Çünkü yapıların sağlamlığı toplum güvenliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, toplumun güvenliğine ters düşen ve onunla bağdaşmayan koşul ve anlaşmalar geçerli sayılmayacaktır. Yapı denetim kuruluşunun hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluğunun, yapı sahibinin iradesi ile kaldırılması, yapının sonradan sahibi olacak üçüncü kişilerin ve toplumun güvenliğini hiçe saymak anlamına geleceğinden, böyle bir anlaşma geçerli sayılmayacaktır[13].

VI. İnşaat Sözleşmesinde Bozukluğa Karşı Garanti Kurallarının Kaldırılması

Eser sözleşmesinde bozukluğa karşı garanti borcunu düzenleyen hükümlerde bozukluktan dolayı iş sahibine tanınan haklar sistemi buyurucu nitelikte olmadığından, kusur sorumluluğu ve garanti sözleşmeyle değiştirilebilir. Başka bir anlatımla, yüklenicinin eser sözleşmesindeki ana ve yan edim yükümlülükleri sözleşmeyle sınırlandırılabilir[14].

Bir inşaatın genişliği veya güçlüğü nedeniyle bağımsız bir inşaat idarecisi gerekli olduğu halde iş sahibi bu işi bizzat üzerine almışsa, eserin bozukluğundan iş sahibi de ortak kusurlu sayılmalıdır. Bu yüzden etkili bir kontrol yapmayan iş sahibi, yüklenicinin kusuru ile doğmuş zararın bir parçasından sorumludur. Yükleniciye yüklenmiş bu kusurlu sorumluluk, anlaşma ile daha da sertleştirilebilir; örneğin, işin iyi bir biçimde meydana getirileceği garanti edilmişse, yüklenici kusuru bulunmasa da sorumludur. Bu sorumluluğun anlaşma ile hafifletilmesi de olanaklıdır ve bu anlaşmaların geçerliliği, yüklenicinin kendi kusurundan doğacak sorumluluk söz konusu ise, BK. md. 99; kullandığı yardımcı kişilere ait ise BK. md. 100'deki koşullara bağlıdır. Sonuncu madde, özellikle işin alt yüklenicilere verilmesi durumunda uygulanacaktır. Kuşkusuz, iş sahibi, zararın doğduğunu öğrendikten sonra dilediği zaman tazminat hakkından vazgeçmeğe

[13] Yılmaz, 199.

[14] Uçar, 227.

yetkilidir[15].

Eserin bozuk olarak teslimi durumunda, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK. md. 360 tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Yüklenicinin eserdeki bozuklar dolayısıyla sorumluluğu, onun eseri teslim borcundan doğan en önemli bir yan borcu olup bu borç eseri teslim borcunun hem bir sonucu hem de bir tamamlayıcısı olmaktadır. Dolayısıyla yüklenicinin yan borcuna aykırı hareket etmesi durumunda iş sahibine tanınan haklar, BK. md. 99'a aykırı düşmemek kaydıyla bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabileceği gibi, tümüyle kaldırılması da olanaklıdır[16]. Buna iki örnek verelim:

Birinci örnek: Eserin bozuk olması durumunda iş sahibinin sadece bozukluğun giderilmesini isteyebileceğine ilişkin bir anlaşma, kısmi vazgeçme anlamı taşıyacaktır. Fakat bu durumda bozukluğun giderilmesi olanağı bulunmaz ve yüklenici kusursuzluğunu kanıtlayamaz ise, iş sahibi elbette ki tazminat isteyebilecektir. Sonra bu haklardan vazgeçme, örtülü de olanaklıdır; örneğin iş sahibinin, yüklenicinin buyruğuna hazır bulundurduğunu bildirdiği eseri kullanması veya başkasına devretmesi dönme hakkından vazgeçme anlamını taşır. Hiç kuşkusuz dönmeden vazgeçmede, ücretin indirilmesinden veya tazminattan da vazgeçme anlamı yoktur[17].

İkinci örnek: Taraflar, borçlara uygulanacak zamanaşımının, gözden geçirme ve kusurları bildirme sürelerinin ne olacağını, sözleşmede daha önceden saptayabilecekleri gibi, BK. md. 360'da iş sahibine tanınan hakları da önceden açıkça veya örtülü olarak daraltabilecekler ya da tamamen ortadan kaldırabileceklerdir. BK. md. 360'da, öbür haklar hariç bırakılarak yüklenicinin ihtar olunan kusuru düzeltmesi yükümüne ilişkin anlaşma, kısmi bir vazgeçmedir. Bu haklardan vazgeçilmesinin örtülü olarak gerçekleşmesi de olanaklıdır. Örneğin, iş sahibinin, yüklenicinin emrine hazır bulundurduğunu bildirdiği eseri kullanması veya başkasına devretmesi dönme hakkından vazgeçme anlamını taşır. Ancak dönmeden vazgeçmede ücretin indirilmesinden veya tazminattan da vazgeçme anlamı yoktur. Uygulamada genellikle garantiden doğan hakların, bu arada iş sahibinin zarar ziyan tazminatı hakkının sınırlandırılması yaygındır. Sözleşmede genellikle, dönme, ücretten indirim ve zarar ziyan hakları kabul edilmez ve iş sahibine onarım hakkı tanınarak böylece iş sahibinin garantiden doğan hakları sınırlandırılır. Ancak sınırlandırma yapılırken BK. md. 196'daki sınırlamanın da göz önünde tutulması gerekir. Buna göre şayet yüklenici iş sahibinden bozukluğu gizlemiş ise bu durumda garanti borcunun kaldırılması ya da sınırlandırılmasına ilişkin önceden yapılan anlaşma geçersizdir. Yine, garanti sorumluluğunu sınırlayan koşulların geçerli olabilmesi için bu konuda yapılan sözleşme veya koşulan genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilecek sözleşme hükümleri içerisinde yer almaması gerekir[18].

Eser sözleşmesinde bozukluk dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar sınırlandırılabilirse de, bu hakların tamamen ortadan kaldırılması iyi niyet

[15] Tunçomağ, 510.
[16] Uçar, 226-229.
[17] Tunçomağ, 529.
[18] Uçar, 226-229.

kurallarına aykırı sayılacaktır. Zira, böyle bir olanağın yükleniciye tanınması, bu olanağın yüklenici tarafından bir baskı, sömürü aracı olarak kullanılmasına ve dolayısıyla kamu düzeninin bozulmasına yol açabilir.

Sözleşmede hangi olayların mücbir sebep olacağı gösterilmiş olan durumlarda bunların dışında kalan bir durum mücbir sebep sayılmayacaktır. Fakat böyle bir anlaşma, ancak BK. md. 99 ve 100'ün çizdiği sınırlar dışına taşmadığı ölçüde geçerlidir[19].

VII. Satım Sözleşmesinde Bozukluğa Karşı Garanti Kurallarının Kaldırılması

BK. md. 196'nın temel amacı, satıcının, sadakat yükümüne aykırı olarak alıcı nezdinde satılanın nitelikleri konusunda yanlış bir görünüm yaratmasını ve alıcının yanlış tasavvurlarından yararlanarak sorumsuzluk kaydına onu razı etmesini önlemektir. Bozukluğa karşı garantiden doğan sorumluluk bozukluğun ağır kusurla gizlenmesi durumu dışında sınırlanabilir, giderek tümüyle kaldırılabilir. Çünkü, yasanın bozukluğa karşı garanti kuralları buyurucu nitelikte değildir. Sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran kayıtların kapsamı taraf iradelerinin, güven ilkesine ve somut koşullara göre yorumlanarak belirlenir. Bunun sonucu olarak, sözleşmede bozukluğa karşı garanti borcunu sınırlayan veya kaldıran kaydın sözleşmede açıkça yer almış olması ve bunun taraflarca gerçekten istenmiş olması gerekir. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ise, somut olayın özellikleri ile tarafların davranışları göz önünde tutularak dürüstlük kurallarına göre incelenmelidir. Bu incelemede, tarafların karşılıklı açıklamalarını hangi anlamda yorumlayabilecekleri incelenmeli, şüphe halinde kayıtlar dar ve alıcı yararına yorumlanmalıdır. Çünkü, dürüstlük kurallarına göre, satıcının herhangi bir garanti borcu altına girmediğini kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açıkça söylemesi gerekir. Tek taraflı irade beyanı yeterli değildir. Bu konudaki irade beyanı ise açık veya örtülü olabilir; ancak, taşınmaz satışında sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan kayıtların yazılı olarak resmi senette yer alması gerekir[20].

Satıcının herhangi bir tarzda gerçekleştirdiği kusuru, onun sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli olacaktır. Satıcının, satılanın bozuk/kusurlu olduğunu bildiği veya meslekten satıcı ya da imalatçı olmasıyla satılanın kusurunu bilmesi gerektiği durumlarda, kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Buradaki kusur, BK. md. 98 hükümleri çerçevesinde sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen kurallara göre belirlenecektir. Satıcı, satılanın bozuk olduğunu bildiği ya da meslekten satıcı veya imalatçı olması nedeniyle bilmesi gerektiği durumlarda, satılanın kusurlarından sorumlu olmadığını geçerli bir biçimde kararlaştıramayacaktır. Zaten sözleşmeyle ilgili sorumlulukta borçlu, BK. md. 99/I'e göre, sadece hafif kusurundan sorumlu olmayacağını sözleşme konusu yapabilmektedir. Öyleyse BK. md. 205/son'un uygulanmasında da aynı esaslar göz önünde tutulacaktır[21].

---

[19] Tunçomağ, 546.
[20] Uçar, 225.
[21] Yavuz, 150.

VIII. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Bozukluğa Karşı Garanti Kurallarının Kaldırılması

• Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, satıcının sorumluluğunun genişletilmesine olanak verdiğini açıkça düzenlediği halde, sorumluluğun kaldırılmasını veya sınırlanmasını düzenlememiştir. Konuya şöyle yaklaşılmalıdır:

• Eğer tüketici kusurlu olduğunu bilerek bir mal veya hizmet satın alıyorsa bundan satıcı sorumlu tutulamayacaktır.

• Sözleşmede yer alan sorumsuzluk kayıtları tüketicinin bozukluğu bilmesini sağlıyorsa, satıcı sorumlu tutulamayacaktır.

• Yüklenicinin veya satıcının sorumluluğunu ağırlaştıran kayıtlar geçerlidir.

• Yüklenicinin veya satıcının sorumluluğunu daraltan ya da (TKHK md. 4,f.6 dışında) kaldıran hükümler geçerli sayılmamalıdır. Zira sorumluluğun daraltılması ya da kaldırılması, yasa koyucunun TKHK'da elde etmek istediği amaçlarla bağdaşmaz. Böyle bir olanak, sözleşmenin daha çok bilgi ve uzmanlığa sahip bulunan tarafını oluşturan hizmeti verence (yüklenici tarafından) kolayca kötüye (bası ve sömürü aracı olarak) kullanılabilirler. Onlara, yasanın tanımadığı olanakları kullandırmamak gerekir. Yargıç, imtiyazlı işletmelerin hafif ihmal için koydukları sorumsuzluk kayıtlarını geçersiz kılabilir. Bu nedenle iktisaden zayıf durumda bulunan tüketici karşısında borçlunun (satıcının) sorumluluğunun daraltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması geçerli sayılmamalıdır.

• Sözleşmede gizli bozukluklarla ilgili konulacak sorumsuzluk kayıtları geçerli kabul edilmeyecektir.

• Satıcının ağır kusuru (kasıt veya ağır ihmal) dışında, sorumluluğu kaldırıcı kayıtlar kabul edilmelidir.

• Garanti belgelerinde yer alan ve tüketicinin yasadan kaynaklanan haklarını daraltan koşullar geçersiz sayılmalıdır. Tüketiciye garanti veriyorum adı altında onun haklarının sınırlanması bir çeşit hile kabul edilmeli ve garanti belgesinde yer alan tüketicinin yasal haklarını sınırlayan hükümler geçersiz kabul edilmelidir.

Tüketici ancak serbest iradesiyle önceden bir anlaşma ile haklarını sınırlayabilir. Tüketicinin serbest iradesiyle haklarının sınırlandırıldığından söz edilebilmesi için de, tüketicinin haklarını sınırlayan anlaşmanın yazılı biçimde yapılmış, böyle bir anlaşma veya koşulun genel işlem koşulları olarak değerlendirilebilecek hükümleri kapsamaması ve garanti belgesi içerisinde düzenlenmemiş bulunması, sözleşmede tüketicinin sözleşme nedeniyle yasadan doğan haklarının neler olduğu yazılmış ve tüketici bu hakları konusunda uyarılmış, kısıtlayıcı hükümlerin açıkça belirtilmiş olması gerekir[22].

Yargı Kararlarından Örnek Verelim:

• *Dava, eser sözleşmesinin ifası sırasında yüklenicinin ölümünden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup; ölen/yüklenicinin eş ve çocukları tarafından iş sahibine karşı açılmıştır. Davacıların murisi ile davalı arasında baca temizliği konusunda eser sözleşmesinin varlığında, davacıların*

[22] Uçar, 228-231.

murisinin 07.10.1999 tarihinde davalının baca temizliği işini görmekte iken elektrik akımına kapılarak yaşamını yitirdiğinde uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacılar murislerinin ölümü ile ilgili olarak davalı hakkında açılan ceza dava dosyasını da diğer delilleri yanında delil olarak göstermiş; maddi ve manevi tazminat istemişlerdir. Davalı ile davacıların murisi arasında, baca temizliği konusunda sözleşmenin varlığı çekişmesiz olup; bu sözleşme eser sözleşmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, eser sözleşmesinin ifası sırasında meydana gelen ölüm nedeniyle ölenin yakınlarınca açılan tazminat istemli eldeki davada hizmet sözleşmesi değil eser sözleşmesinin hukuksal özelliklerinin gözetilmesi gerekmektedir. Zira, eser sözleşmesinde iş sahibi ve yüklenicinin yükümlülükleri ve eser sözleşmesinin yasal dayanağı ile ilkeleri, hizmet sözleşmesinden de haksız eyleme dayalı tazminat taleplerinde uygulanacak ilkelerden de farklılık göstermektedir. Bu nedenle, iş sahibi/davalı yönünden ceza mahkemesinde tespit olunan maddi olgularla hukuk hakimi bağlı olmakla birlikte kusur oranına ilişkin saptamayla bağlı değildir. Kusur oranının tespitinde ceza hukuku ilkeleri ile eser sözleşmesinin kendine özgü ilkelerinin her zaman birebir örtüşemeyeceği düşünüldüğünde kusur incelemesinin hukuk yargılamasında yeniden yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Kusur incelemesi yapılırken de konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bir kurul görevlendirilerek ölüm olayının eser sözleşmesinin ifası sırasında meydana gelmesi, bu sözleşmeyle ilgili yasal düzenlemeler ve bu sözleşme kapsamında tarafların hak ve yükümlülükleri gözetilerek kusur oranının yeniden hukuka, usul ve yasaya uygun biçimde tespiti gerekmektedir. Vurgulamakta yarar vardır ki, muris yüklenici olup, işinin uzmanı olması gereken kişidir ve ifa sırasındaki tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Oluşta davalı iş sahibinin hilesi iddia ve ispat edilmemiş ise de ağır kusurunun bulunup bulunmadığı yukarıda açıklanan eser sözleşmesiyle ilgili yasal düzenlemeler ile bu sözleşme için geçerli kabul edilen ilkelere uygun biçimde araştırılmamış ve hükme varmaya yeterli biçimde ortaya konulmamıştır ***(HGK. 31.1.2007, 39/34).***

• Dava, taraflar arasında düzenlenen 4.9.1995 tarihli eser sözleşmesinin ifası sırasında, doğalgaz borusunun tahrip edilmesi sonucu meydana gelen patlamayla dava dışı 3.kişi Mehmet 'e ait otelde oluşan hasar nedeniyle ödenen tazminatın davalı yükleniciden rücuen tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenen 4.9.1995 tarihli sözleşmenin 9.maddesinde "müteahhit, yapı işlerinde işçi sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü hükümlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Yapı sırasında çıkabilecek kazalardan ve bu kazaların sebep olabileceği zararlardan doğrudan doğruya müteahhit mesul olacaktır. Kazaların doğuracağı zarar, ziyan ve tazminatları yüklenici sigortası vasıtasıyla veya tamamen kendi mali mesuliyeti ile karşılar idareden hiçbir hak ve tazminat talebinde bulunamaz." ve 29.maddesinde ise "işin yapımı sırasında ve yapıldıktan sonra 3.şahısların (bütün kuruluşlar, kişiler ve A dahil) yapılan işlere vereceği zararlar sigorta kapsamında olmalıdır. Aksi takdirde bu gibi zararları yüklenici kendi mali mesuliyeti kapsamında gidermekle yükümlüdür. Söz konusu sigortalar nedeniyle yükleniciye herhangi bir ödeme yapılmaz." hükümlerine yer verilmiştir. Sözleşmenin bu hükümlerine göre davalı yüklenicinin gerek 3.kişilerin işe vereceği zararlar, gerekse işin ifası sırasında 3.kişilerin uğrayabileceği zararlar için A Risk Sigortası yaptırması ve 3.kişilere verilebilecek zararların doğrudan

doğruya müteahhit tarafından karşılanması gerekmektedir. Müteahhit ödemiş olduğu miktar yönünden idareye rücu edemez. Sözleşmenin bu maddeleri aynı zamanda davacı iş sahibi lehine B.K.99. maddesi gereğince mesuliyetten kurtulma (beraat) şartı olup, madde hükmüne göre davacı İdare ancak hile veya ağır kusuru halinde sorumlu tutulabilir. Dava konusu olayda dosyada mevcut A 1.Ağır Ceza Mahkemesinin 1995/312 E. 1996/186 K. sayılı ilamında, davacı idare elemanı Muharrem'in 1/8 oranında kusurlu olduğu belirtilerek, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiş ve bu kişi hakkında A 5.Ağır Ceza Mahkemesinin 1997/233 E. sayılı dosyasıyla kamu davası açılmış ise de sanığın kendisine bağlı alt birimler vasıtası ile gerekli kontrolleri yaptırdığı ve kontrolör firmanın da bulunduğu, yatırım daire başkanı olan sanığın her imzasının bulunduğu sözleşmedeki işin başına giderek gerekli kontrolleri yapmasının mümkün bulunmadığı, bu nedenle şahsi sorumluluğunu gerektiren cezai bir sorumluluğunun bulunmadığı, yapılan sözleşme ile meydana gelen kaza arasında sanığın cezai sorumluluğunu gerektirecek illiyet rabıtasının bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmiştir. Tüm dosya kapsamı itibariyle davalı yüklenici ve elemanlarının kusurunun İdareye oranla daha ağır olduğu anlaşılmaktadır. İdarenin iş kanunu kapsamındaki sorumluluğu ile sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun tamamen farklı değerlendirilmesi gerekir. Tüm bu açıklamalar ışığında mahkemece yanlar arasındaki sözleşme hükümleri ve B.K.'nin 99.maddesi gereğince, davacı tarafından ödenen tazminatın tamamının, davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekir ***(15. HD. 9.11.2004, 1546/5739).***

• Dava, muris Yahya'nın davalının baca temizliği işinde elektrik akımına kapılarak yaşamını yitirmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmıştır. Davalı ile davacıların murisi arasında, baca temizliği konusunda sözleşmenin varlığı tartışmasızdır. Muris yüklenici olup, işinin uzmanı olması gereken kişidir. Bundan dolayı ifa sırasındaki tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Oluşta davalı iş sahibinin hile ve ağır kusurundan söz edilemeyeceğine göre tazminatla sorumlu tutulamaz (BK. md. 99) ise de ceza mahkemesince, olayda 2/8 oranında kusurlu bulunarak mahkumiyet kararı verildiğinden, sübuta ilişkin ceza mahkemesinin bu kararı hukuk hakimini bağlar (BK.53.md.). O halde mahkemece yapılması gereken oluşa ve hakkaniyete uygun bir miktar tazminatın takdiriyle hüküm altına alınmasından ibarettir ***(15. HD. 8.6.2004, 2915/3208).***

• Taraflar arasında yapılan 8 Temmuz 1981 tarihli sözleşmenin 16/e, 17 ve 18. maddelerinde, işin devamı sırasında meydana gelecek kaza sonucunda oluşacak her türlü mesuliyetin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmıştır. Alınan bilirkişi raporlarından olayda davalı işverenin hile veya ağır kusurundan söz edilmediğinden sözleşmedeki (işvereni mesuliyetten kurtaran bu şartın) BK.nun 99. maddesi uyarınca batıl olduğundan söz edilemez. Bu durumda, sözleşme gereği iş kazalarının sonuçlarını üstlenen davacının davalıya rücu edemeyeceği gözetilerek davanın reddi ve mukabil davanın ise tamamen kabulü gerekir ***(15. HD. 30.6.1992, 2324/3459).***

• Taraflar arasındaki sözleşmenin 35. sayfasında yer alan (civar arazinin, emlakın ve tesislerin korunması) başlıklı maddede üçüncü kişilere verilecek zararlardan dolayı yüklenicinin sorumlu bulunacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm BK. md. 99'da yer alan mesuliyetten beraat şartı olup, davacının davalı tarafından üçüncü kişiye verilen zararda ağır kusuru ya da hilesi olmadığına göre davalı oluşan bu zararı ödemekle zorunludur. Toprak dökülmek suretiyle zarar verilen sahanın bilahare davacı tarafından istimlak edilmesi, istimlak bedeli ayrıca üçüncü kişiye ödeneceğinden davacının zarara uğramadığını göstermez. Bu nedenle davacının zarara uğrayan kişiye yaptığı ödemenin davalıdan rücuen tahsiline kara r verilmelidir ***(15. HD. 18.6.1997, 2578/3148).***

• Mahkemece davacının, iş kazasında ölenin yakınlarına yaptığı ödemenin kusuruna isabet eden kısmının davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Davacı ile davalı arasında eser sözleşmesi mevcuttur. Davalı yüklenici eseri yaparken çalıştırdığı işçi kaza sonucu vefat etmiştir. Ölen işçinin mirasçıları tarafından davacı ile davalı aleyhine iş mahkemesinde açılıp sonuçlanan davada, davacının kusuru % 40 olarak saptanmıştır. Kusur oranı İş Kanunu hükümlerine göre iş güvenliği esasları dikkate alınarak belirlenmiştir. Sosyal güvenlik yasaları gereğince işverenle yüklenici, işçiye karşı birlikte sorumlu olduklarından ilk davada saptanan kusur oranı bu davada bağlayıcı nitelikte kabul edilemez. Eldeki dava yanlar arasındaki eser sözleşmesine dayanılarak açıldığından yanların olaydaki kusuru eser sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmeli ve sözleşmedeki (meydana gelecek kazalardan yüklenicinin sorumlu olacağına dair madde) BK.99.maddesi uyarınca değerlendirilerek davacının bulunacak kusuru hafif kusur olarak kabul edildiği takdirde ödenenlerin tümüne, aksi takdirde kusur oranında indirilmiş miktarına faiz yürütülecek şekilde alacağın tahsiline şeklinde hüküm tesis olunmalıdır ***(15. HD. 1.6.2004, 2687/3049).***

• Davacı ile davalı Mustafa arasında imzalanan eser sözleşmesinin ifası sırasında, diğer davalı taşeronun çalıştırdığı kişi iş kazası sonucunda vefat etmiştir. Bu olay nedeniyle, davacı ölenin yakınlarına ödemek zorunda kaldığı (...) TL.nin davalılardan müştereken - müteselsilen tahsilini talep etmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Olayda davalı Mustafa, yüklenici, diğer davalı ise yüklenicinin işini yapan taşeron sıfatındaki kişidir. Mustafa ile yapılan sözleşmenin 12.6 ve 19.maddelerinde (iş yerinde oluşacak her türlü kaza sonuçlarından yüklenicinin sorumlu olacağı) hükmüne yer verilmiştir. Olay nedeniyle açılan ceza davasında, davacı elamanlarına bir kusur izafe edilmemiştir. İş mahkemesinde alınan raporda ise davacıya % 25 oranında kusur izafe olunmuştur. Bu kusur oranı BK.99/2 maddesi uyarınca ve sözleşmedeki hüküm nedeniyle, davacıyı sorumluluktan kurtarıcı niteliktedir. Bu nedenle davacının ödediği tüm miktarın davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekir ***(15. HD.4.5.2004, 1977/2488).***

• Dava, destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davacıların murisi Müstecep ile davalı Ali arasında 27.2.1995 tarihinde yapılan yazılı "inşaat sözleşmesi" ile Müstecep, yüklenici sıfatıyla, davalı iş sahibine ait inşaatın sıva işlerini yükümlenmiş; ancak 17.5.1995 günü yüksek gerilim hattına maruz kalarak inşaattan düşerek ölmüştür. Çay Asliye Ceza Mahkemesinin

24.4.1996 tarihli ilamı ile de, iş sahibi Ali, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü uyarınca gerekli tedbirleri almamaktan dolayı 4/8 oranında kusurlu görülerek mahkum olmuştur. Muris ile davalı arasındaki akdi ilişki, hizmet sözleşmesi olmayıp, bir istisna (eser) sözleşmesidir. TTK.nun 12/3. maddesi uyarınca her çeşit imal veya inşa, ticari iş kabul edilir. Dolayısıyla yükleniciler -genelde- tacir sayılırlar. Yüklenici, bir işçi olmayıp, tam aksine işçi çalıştıran, işçiye göre işveren durumunda olan ve iş sahibi davalıya karşı da bağımsızlığını koruyan uzman kişidir. Davalı iş sahibi, hile veya ağır kusuru hariç, yükleniciye ve onun çalıştırdığı işçilerine karşı, eser sözleşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz (BK. m. 99/I). Zira, iş sahibi, işveren değildir. Nevar ki, hazırlık tahkikatı sırasında, taraflar arasında bir hizmet sözleşmesi varmışçasına alınan bilirkişi raporu ile bağlı kalınarak, davalı, 4/8 oranında kusurlu bulunmuş ve mahkumiyet kararı kesinleşmiştir. BK. md. 99 uyarınca, ceza mahkemesinin kesinleşen bu kararı, dolayısıyla davalının kusurlu olduğu vakıası hukuk hakimini bağlarsa da, kusur oranı bağlamaz. Davalı, kusursuz olduğunu savunduğuna göre; mahkemece, kusur oranının yeniden saptanması, mübayenet (çelişki) halinde de, çelişkinin giderilmesi ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir ***(15. HD. 10.5.1999, 91/1832).***

• Davacı yüklenici, davalı ise iş sahibidir. Yüklenici genelde tacirdir. İş sahibinin işçisi olmayıp aksine işçi çalıştıran ve çalıştırdığı işçi nedeniyle işveren durumda olan kişidir. Bu özelliğinden dolayı iş sahibine karşı bağımsızdır. Bundan ötürü faaliyeti esnasında her türlü önlemi almak onun görevi ve işinin gereğidir. İş sahibi ise ancak BK. md. 99 uyarınca yükleniciye karşı oluş hile veya ağır kusuru ile meydana gelmişse sorumludur. Bunların dışında iş sahibinin sorumluluğu düşünülemeyeceğinden kaza sonucu meydana gelen zararlarla davalının ilintisi yoktur. Ancak, somut olayda, iş sahibi hakkında Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı ve Çatalca Ceza Mahkemelerinde bu davanın derdest olduğu görülmektedir. BK. md. 53'e göre, hukuk hakimi ceza mahkemesinin kusur saptayan hükmü ile bağlı değilse de oluşa ilişkin hüküm ile bağlı olacağından mahkemece, mevcut ceza davası sonucu beklenerek davalı cezalandırılır ve bu karar kesinleşirse davacı yararına hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesiyle yetinilmesi gerekir ***(15. HD. 28.5.2003, 552/2785).***

• Davacı kurum ile davalı C.A. arasındaki sözleşmenin eki idari şartnamenin 9.1. maddesinde "müteahhit veya personelin kusurlu bir hareketinden dolayı üçüncü şahıslara karşı meydana gelen zarardan" müteahhidin sorumlu olacağı, bu zararların müteahhitçe karşılanacağı kararlaştırılmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ve işle ilgili ceza davasında alınan bilirkişi görüşünde davacı kurumun hile veya ağır kusurundan söz edilmediğinden, iş sahibini sorumluluktan kurtaran sözleşmenin ekindeki bu hüküm BK. md. 99 uyarınca geçerlidir. Bu durumda, iş kazalarının sonuçlarından sorumluluğu kabullenen davalı yüklenici C.A.'nın, davacı kurumca üçüncü kişilere ödenen tazminatın tamamından, çalıştırdığı diğer davalıların paylarına isabet edenler de dahil olmak üzere dayanışmalı olarak sorumlu olması gerekir ***(15. HD. 21.1.1993, 6085/145).***

ULUSLARARASI ÇEVRE SÖZLEŞMELERİ VE TÜRKİYE

Av. Alev Seher TUNA[1]

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun amaç ile ilgili 1. maddesinde , bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olarak belirlenmiştir.

Yine Kanun'un 3/e) fıkrasında, Çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkı esastır. Bakanlık ve yerel yönetimler; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlüdür ifadesi yer almaktadır.

"Anayasa'nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesinin gerekçesinde, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın Devletin ödevi olduğu, Devletin hem kirlenmenin önlenmesi, hem de tabii çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir.

Bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin korunması, iyileştirilmesi; kırsal ve kentsel alanda arazinin ve doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması; su, toprak ve hava kirlenmesinin önlenmesi; ülkenin bitki ve hayvan varlığı ile doğal ve tarihsel zenginliklerinin korunarak, bugünkü ve gelecek kuşakların sağlık, uygarlık ve yaşam düzeyinin geliştirilmesi ve güvence altına alınması için yapılacak düzenlemeleri ve alınacak önlemleri, ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle uyumlu olarak belirli hukuksal ve teknik esaslara göre düzenlenmek amacıyla 9.8.1983 tarihinde kabul edilen 2872 sayılı Çevre Kanunu, 11.8.1983 günlü, 18132 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

2872 sayılı Çevre Yasası'nın 2. maddesinde, sürdürülebilir çevre "Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fiziki vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder"; sürdürülebilir kalkınma ise "Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma

[1] İstanbul Barosu

ve gelişmeyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda ıslahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır.

Aynı Yasa'nın "**Çevresel etki değerlendirmesi" başlıklı 10. maddesinde** "Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler.

Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez.

Çevresel Etki Değerlendirmesine tabi projeler ve Stratejik Çevresel Değerlendirmeye tabi plan ve programlar ve konuya ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." kuralına yer verilmiştir.

2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde belirtilen çevresel etki değerlendirmesi, aynı Yasa'nın 2. maddesine göre gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade etmektedir.

Günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması hatta, kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle, kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. Çed, kalkınma ve ekonomik gelişme için yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. Çed ile korunmaya çalışan **temel unsur, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.**

4856 sayılı ÇEVRE VE ORMAN BAKANLIĞI TEŞKİLAT VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN'un Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğünün görevleri başlıklı 10. maddesine göre Bakanlık, görev alanına giren faaliyetleri izlemek ve denetlemek, uluslararası çalışmaları izlemek ve ulusal düzeyde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.

ÇED Yönetmeliğinin Kapsam başlıklı 2/a maddesinde Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamına giren projelerin **işletme öncesi, işletme sırası ve işletme sonrası dönemde izlenmesi ve denetlenmesini** emreder.

ÇED Yönetmeliğinin Tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 4/c maddesinde Çevresel etki değerlendirmesi **(ÇED):** Gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve **projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde**

sürdürülecek çalışmaları ifade eder.

Çevre Kanunu Madde 10; ''Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler. **Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. ''**

Kaldı ki, yakın geçmişte yürürlüğe giren (7/5/2004) **Anayasa 90.maddesine** 5170 / 7 no lu kanunla eklenen maddeye göre; **''Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri dikkate alınır.''** Bilindiği gibi, Anayasanın 56 ve 63.maddeleri ''temel haklar ve ödevler'' bölümünde düzenlenmiş ve **''ÇEVRE HAKKI''** yeni kuşak haklarından olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler kapsamında mütalaa edilmektedir.

Yukarıda bahsedilen **Anayasanın 90/5 .maddesine göre Türkiye'yi bağlayan çevre ve doğa koruma sözleşmelerinde böylesine doğayı etkileyecek büyük projeler ve faaliyetler için;** Kamu gücü tarafından, ÇED yaptırma ve halkın onayını alma yükümlülüğü mevcuttur.

Anayasanın 90.maddesi uyarınca tüm yetkili kurumlar tarafından ÇED uygulamasında dikkate alınması zorunlu olan Çevre Koruma Sözleşmelerini belirtmek gerekirse;

1992 – Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Üzerine Rio Zirvesi Sonuç Derlerasyonu,

* İnsanlar, doğa ile uyum içinde **sağlıklı ve verimli bir hayata** layıktır.

* Çevre konuları en iyi şekilde, ancak ilgili bütün **vatandaşların katılımı ile** yönetilir.

* Devletler, **geniş çapta çevre bilgilendirmesi** yaparak kamuoyu aydınlatılmasını ve katılımı gerçekleştirmek ve teşvik etmekle yükümlüdür.

1992 – BM - Rio - Gündem 21 SÖzleşmesi,

(7. ci Beş Yıllık Kalkınma Planı ile hükümeti bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir.) (R.G; 25/7/1995-22534 mük. sh.157)

* Hükümetler, iş çevreleri ve kalkınma kuruluşları, kalkınma projelerinin biyolojik çeşitlilik üzerine etkisinin nasıl değerlendirileceğini ve bu çeşitliliği kaybetmenin maliyetinin nasıl hesaplanacağını öğrenmelidirler. Önemli etkileri olabilecek projelerde, halkın geniş ölçüde katılmasıyla **çevresel etki değerlendirmesi** yapılmalıdır.

* Kişiler, gruplar ve kuruluşlar, özellikle kendi toplumlarını etkileyebilecek çevre ve kalkınma kararlarını bilmeli ve bunlara **katılmalıdır**. İnsanlara kararlar hakkında bilgi vermek için, ulusal hükümetler, kişilerin çevre ve kalkınma konularıyla ilgili bütün bilgilere ulaşmasını sağlamalıdır. Bu bilgi, çevre üzerine önemli etkisi olan veya olabilecek olan üretim veya faaliyetleri ve çevre koruma

önlemlerini içermelidir.

1992 – BM - Rio - Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi

(BKK;96/8857, R.G.30/6/1996-22860; 4177 no lu kanunla onay; 27/12/96-22860

* Madde 14./1 (a); **Sözleşen devletler**; biyolojik çeşitlilik için önemli olumsuz etkiler doğurabilecek mevcut **proje önerilerinin**, bu olumsuz etkileri engellemeye veya en aza indirmeye yönelik bir **çevresel etki değerlendirmesine tabi tutulmasını** öngören uygun işleyişleri yürürlüğe koyacak ve **elverdiğince halkın da bu işleyişlere katılmasını** sağlayacaktır.

1979 – Avrupa Konseyi - Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama ve Ortamlarını Koruma Bern Sözleşmesi (20/2/1984-18318)

* Madde 3; **Her akid taraf**, yabani **flora ve fauna** ile doğal yaşama ortamlarının, bilhassa nesli tehlikeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanlarının ve tehlikeye düşmüş yaşama ortamlarının, bu sözleşme hükümlerine uygun olarak muhafazası amacıyla ulusal politikalarını geliştireceklerdir. **Her akit taraf, planlama ve kalkınma politikalarını saptarken ve kirlenme ile ilgili mücadele önlemlerini alırken, yabani flora ve faunanın muhafazasına özen göstermeyi taahhüt eder.**

*** Avrupa Birliği - 85/337/EEC Direktifi:**

'' AB ülkelerinde gerçekleştirilecek her türlü projenin, teknik planlama ve karar alma sürecinin başlangıcında **projenin çevresel etkileri** dikkate alınmalıdır.''

Ayrıca, Helsinki Avrupa Birliği Konseyi'nin 11 Aralık 1999 günlü Başkanlık Sonuç Bildirgesinin 12. maddesi uyarınca, Türkiye, diğer aday devletlere uygulananlar ile aynı kriterler temelinde Birliğe katılmaya yönelmiş bir aday devlettir. AB sürecinde Çevre ile ilgili fasıl açılmış ve müzakereler devam etmektedir.

90. maddenin son fıkrasının üçüncü cümlesiyle, evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden taraf olduklarımızı, denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde ulusal düzenlemelere üstün tutarak doğrudan, doğruya uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.

1992 – Bükreş-Karadeniz'in Kirlenmesine Karşı Korunması Sözleşmesi ve Protokolleri (R.G. 6.3.1994)

Sözleşme, Karadeniz'in deniz çevresinin korunması, canlı kaynaklarının muhafazası ve kirlenmeye karşı korunmasını hedeflemektedir. Karadeniz'in doğal kaynaklarının ve sunduğu imkanlarının öncelikle Karadeniz ülkelerinin ortak çabaları ile korunması gerektiğini belirten sözleşme, **Karadeniz'de deniz çevresinin kirliliğinin** başta **nehirler yoluyla olmak** üzere Avrupa'da bulunan diğer ülkelerdeki kara kökenli kirleticilerden de kaynaklandığını vurgulamaktadır.

Paris – Dünya Kültürel ve Doğa Mirasının Korunmasına Dair (R.G. 16.2.1983)

"Kültürel ve doğal mirasın herhangi bir parçasının bozulmasının veya yokolmasının, bütün dünya milletlerinin mirası için zararlı bir yoksullaştırma teşkil" edeceğini diyerek varsayarak, "daimi bir temel üzerine ve modern bilimsel yöntemlere uygun olarak, istisnai değerdeki **kültürel ve doğal mirasın kollektif korunmasına** matuf etkin bir sistemi kuran yeni hükümleri, bir sözleşme biçiminde kabulünün zorunlu olduğunu" belirtmektedir.

1985 – Granada - Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi (R.G.22.7.1989)

Avrupa Konseyi üye devletler tarafından imzalanan bu sözleşme, mimari mirasın, Avrupa kültür mirasının zenginliği ve çeşitlerinin eşsiz bir ifadesi, geçmişimizin değer biçilmez bir tanığı olduğunu ve bütün Avrupalıların bir ortak mirasını oluşturduğunu kabul ederek, mimari mirasın tanımlanması, korunacak varlıkların tesbiti, yasal koruma işlemleri ile koruma politikaları ve yasal yaptırımları belirlemektedir.

1979 – Bern - Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi (R.G.20.2.1994)

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin imzaladığı bu sözleşme, yabani flora ve faunayı ve bunların yaşama ortamlarını muhafaza etmek, özellikle birden fazla devletin işbirliğini gerektirenlerin muhafazasını sağlamayı amaçlıyor. Sözleşmenin eklerinde kesin olarak koruma altına alınan **flora ve fauna türleri** ve **yasaklanan av metod** ve araçları ile diğer yasak işletme şekilleri yer alıyor.

1971 – Ramsar - Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Ödenem Sahip Sular Alanlar SÖzleşmesi (R.G.15.3.94)

1971 yılında İran'ın Ramsar kentinde kabul edilen bu sözleşme, özellikle su kuşlarının yaşama ve üreme alanları için büyük öneme sahip olan sulak alanların korunmasını öngörüyor. Sözleşmenin ana amacı "sulak alanların ekonomik, kültürel, bilimsel ve rekreasyonel olarak büyük bir kaynak teşkil ettiği ve kaybedilmeleri halinde bir daha geri getirilmeyeceği" olarak belirleniyor.

1973 – Washington - Nesli Tehlikede Olan Yabani Bitki ve Hayvan Türlerinin Ticaretinin Düzenlenmesine Dair Sözleşme (R.G.27.09.1994)

CITES, dünyanın küresel yabani bitki ve hayvan ticaretini kontrol eden veya engelleyen en büyük uluslararası sözleşmesidir. Sözleşmeyi yüzden fazla ülke imzalayıp onaylamıştır. **Soyu Tehlikede olan veya ticareti yasaklanan bitki ve hayvan** türlerinin listesi sözleşmenin eklerinde yer almaktadır. CITES, dünyanın en etkin ve başarılı doğal varlıkları koruma sözleşmesi olarak da bilinmektedir

1976 – Barselona - Akdeniz'in Kirlenmesine Karşı Sözleşme (R.G.12.6.1981)

Sözleşme, Akdeniz'i ortak bir miras olarak kabul ederek ve bu konudaki mevcut uluslararası sözleşmelerin, deniz kirlenmesinin bütün boyutlarını ve kaynaklarını kapsamadığını ve Akdeniz bölgesinin özel ihtiyaçlarına cevap vermediğini belirterek, "Günümüzdeki ve Gelecekteki nesillerin istifadesi için korunmasını" hedefliyor

1987 – Montreal - Ozon Tabakasını İncelten Maddeler Protokolü (R.G.

09.08.1990)

Viyana sözleşmesine ek olarak düzenlenen Protokol'de ozon tabakasını incelten maddelerin tanımlanması ve yayılmalarının azaltılması ve kontrol altına alınması hedefleniyor

1990 – Londra - Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü Değişikliği (R.G. 28.12.1994)

2003 – Birleşmiş Miller İklim Değişiklikleri Çerçeve Sözleşmesi (R.G. 18.12.2003)

Sözleşmenin nihai amacı, Sözleşmenin ilgili hükümlerine göre, atmosferdeki sera gazı birikimlerini, **iklim sistemi üzerindeki tehlikeli insan kaynaklı etkiyi önleyecek** bir düzeyde durdurmayı başarmaktır. Böyle bir düzeye; ekosistemin iklim değişikliğine doğal bir şekilde uyum sağlamasına, gıda üretiminin zarar görmeyeceği ve ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir şekilde devamına izin verecek bir zaman dahilinde ulaşılması hedeflenmektedir.

Öte yandan, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu çerçevesinde hazırlanan ve **Taraf Olmadığımız**;

''1998 – Aarhus Sözleşmesi- Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi'' imzaya açılmış olup 30/10/2001'de yürürlüğe girmiştir.

Aarhus Sözleşmesi "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru" Sözleşmesidir. AEK üyesi 36 ülke ve Avrupa Topluluğu (AT) tarafından imzalanan Sözleşmeyi, Türkiye çevresel bilgiye erişim ile ilgili hükümlerin yerine getirilmesini sağlayacak teknik altyapının ülkemizde henüz hazır olmaması, halk katılımı ile ilgili yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için ilgili mevzuatın revize edilmesi gerekliliği nedeniyle imzalamamıştır .

Türkiye' nin de bu sözleşmeyi bir an önce imzalaması beklenmektedir. Madde 3/9'a göre; **Sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde herkes çevreyle ilgili bilgiye ulaşabilecek, bu alanlarda alınacak kararlarda söz sahibi olabilecek ve çevreyle ilgili konularda dava açabilecektir.**

Çevre ve sürdürülebilir kalkınma alanındaki çalışmaların ve bilincin Türkiye'ye en önemli katkılarından biri, Türkiye'deki sivil hareketi ve insiyatifi çok hızlı bir biçimde geliştirmek olmuştur. Özellikle yerel bazda, Türk insanının bulunduğu çevreye sahip çıkması ve onu iyileştirmek üzere belli girişimler içinde yer alması adına çok önemli adımlar atılmıştır .

Türkiye'nin önündeki en önemli tehdit, uluslararası platformda imzaladığı veya kabul ettiği hukuki araçların uygulanması yönündeki aksaklık ile kurumlar arasındaki koordinasyon eksikliği nedeniyle, özellikle sınıraşırı ve küresel öneme sahip çevre ve sürdürülebilir kalkınma konularındaki uluslararası imajını ve ciddiyetini tehlikeye sokmasıdır.

Bunun da ötesinde, belirli uluslararası sözleşme ve protokollerin uygulanmaması noktasında, o ülkeye belirli ticari, ekonomik yaptırımlar sözkonusudur ki, bu bir çok ülke gibi Türkiye'yi de kalkınma açısından

zorlayacaktır. Bu türden girişimlerin başlangıcı olarak İklim Değişikliği Sözleşmesi ve eki Protokolü (**Kyoto Protokolü**) örnek verilebilir.

Türkiye'nin gerek biyolojik çeşitlilik gerekse doğal kaynaklar açısından taşıdığı zenginlik ve bu kaynakların hala korunabilecek durumda olması önemli bir avantajdır ve iyi değerlendirilmelidir.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

AYIPLI OTONUN İADESİ • SATIŞ BEDELİNDE TEMERRÜT FAİZİ HİZMET TESPİTİ DAVASI • İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ

ÖZET: Her arızada parça değişimi veya bakım yapılarak ayıplı aracın alıcısının oyalandığı da dikkate alındığında, iki yıllık garanti süresi içinde aracı alan müşterinin sözleşmeyi feshedip, aracı iade ederek satış bedelini geri isteme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Burada satıcının iade edeceği satış bedelinin temerrüt faizi aracın alıcıya teslim edildiği tarihte başlatılacaktır.

Y.HGK E: 2010/19-255 K: 2010/347 T: 23.06.2010

(…Davacının davalı M Tic. A.Ş.'den 16.08.2006 tarihinde 2007 model 0 km M otomobili 152.446.00 YTL'ye satın aldığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Dava ayıplı çıkan araç nedeni ile satım sözleşmesinin feshi, aracın iadesi ve satış bedelinin satış tarihinden itibaren faizi ile tahsili istemine ilişkinidir. Davalı M Tic. A.Ş. vekili, araçta ayıp ve kusur bulunmadığı, süresinde bir ayıp ihbarı dışı olduğunu, arızaların garanti kapsamında giderildiğini belirterek reddini istemiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda davalının her arızada parça değişimi veya bakım yaparak davacıyı mevcut ayıp nedeni ile oyaladığından ve gerekse davanın açıldığında iki yıllık garanti süresi dolmadığından davalının zamanaşımı def'inin reddine, davacının BK'nın 202/1. maddesi hükmü doğrultusunda sözleşmeyi fesih ile ödediği parayı talep etme hakkının doğduğu, bu nedenle davanın kabülüne aracın davalı adına tescilinin sağlanıp fiilen davalıya teslim şartı ile 152.446.00 YTL alacağın temerrüt tarihi 27.02.2007 tarihinden itibaren değişen oranda faizi ile davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili ile müdahil vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle garanti şartlarında da belirttiği gibi garanti süresi içinde kalmak kaydıyla bir yıl içinde aynı arızanın ikiden fazla tekrarlanmış olmasına, mahkemenin bedel indirimi yerine sözleşmenin feshi ile ödenen bedelin talep edilme koşulunun gerçekleştiğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmasına göre temyiz edenler vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Temyiz eden vekilinin faizin başlangıç tarihine yönelik temyizine gelince, yerel mahkeme kararında davacı adına kayıtlı aracın davalı adına tescilinin sağlanıp fiilen davalıya teslim edilmesi şartı ile davanın kabulüne karar verilmiş olmasına ve aracın da halen davacının elinde olduğu gözden kaçırılarak 23.02.2007 tarihini temerrüt tarihi olarak kabul edip bu tarihten itibaren faize hükmedilmesi doğru

*görülmemiştir. Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz edenler vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenle hükmün davalılar yararına BOZULMASINA...)*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 direnme kararının verildiği tarih itibariyle HUMK'un 2494 Sayılı Yasa ile değişik 438/II.fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü;

HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Dava, ayıplı çıkan araç nedeni ile satım sözleşmesinin feshi, aracın iadesi ve satış bedelinin saış tarihinden itibaren faizi ile tahsili istemine ilişkindir. Mahkemenin, davanın kabulüne dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle oyçokluğuyla bozulmuştur. Yerel mahkemece, "Edimlerin aynı anda ifasına karar verilmiş olmasının, faizin başlangıç tarihinin belirlenmesine gerekçe yapılamayacağı, davalının iade etmediği paranın faizinden sorumlu olması gerektiği" gerekçesiyle "temerrüt faizine ilişkin olmak üzere" direnme kararı verilmiştir. Hükmü temyize davalı ve ihbar olunan vekilleri getirmiştir.

I) İhbar olunan vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

İhbar olunnın davada taraf sıfatı bulunmadığı gibi, usulüne uygun bir şekilde davaya Müdahalesi söz konusu olmadığından direnme hükmüne yönelik temyiz dilekçesinin reddi gerekir. Bu nedenle yapılan ilk görüşmede ihbar olunan vekilinin temyiz dilekçesinin reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

II) Davalı vekilinin temyiz itirazlarına gelince:

Dosyadaki mevcut belge ve delillerden anlaşıldığı üzere; davaya konu aracın davacı/alıcı E. Kimyasal Maddeler Paz. İth. İhr. San. Ve Tic. Ltd. Şti. tarafından 16.08.2007 tarihinde 2007 model ve sıfır (0) kilometre olarak 152.446.00 YTL'ye davalı/satıcı şirketten satın alındığı, aracın trafik tescilde davacı şirket adına kaydedildiği, anlaşılmaktadır.

Satın alınan aracın değişik tarihlerdeki arızası nedeniyle beş kez servise başvurulduğu halde, araçta yeterli verimin alınamaması nedeniyle davacı/alıcı tarafından davalı/satıcı ile ihbar olunan ithalatçı şirkete hitaben noter aracılığıyla gönderilen 15.02.2007 tarihli ihtarname ile aynen, "Sayın Muhataplar, sonuç olarak, işbu ihtarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içinde, yetkili bayii M Ticaret Türk A.Ş. tarafından satılan yukarıda nitelikleri belirtilen ve halen servisinizde bulunan ayıplı aracı iade etmeye hazır olduğumuzu, aracın ayıptan en misli ile değiştirilmesini, bu mümkün değil ise satım sözleşmesini feshettiğimizi ve araç bedeli olan 152.446,00 YTL'nin ticari faizi ile birlikte tarafımıza iade edilmesini, aksi takdirde hukuki yollara başvuracağımı ihtaren bildirirz..." şeklinde olup, söz konusu ihtarname her iki muhataba da, 19.02.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Diğer taraftan, satın alınan aracın birinci arızası nedeniyle 09.10.2006 tarihinde 5.882 kilometrede (km), ikinci arızası nedeniyle 01.11.2006 tarihinde 6.462 km'de üçüncü arızası nedeniyle 24.01.2007 tarihinde 15.174 km'de servise başvurulduğu, yargılama aşamasında bilirkişi incelemesinin yapıldığı

11.02.2008 tarihinde 45.306 km'de, Özel Daire bozmasından sonra ilamın icrada infazı sırasında aracın icra müdürlüğünde yediemine teslimi olan 11.09.2009 tarihinde ise, 88.489 km'de olduğu belirgindir.

Yerel mahkeme ile Yüksek Özel Daire arasında, gerek maddi olgunun gerçekleşme biçimi ve gerekse davanın ayıplı çıkan araç nedeni ile satım sözleşmesinin feshi olduğu, aracın davalı/satıcıya iadesi (tescil ve fiili teslimle) ve satım bedelinin ise, davacı/alıcıya aynı anda verilmesi, yani karşılıklı edimlerin aynı anda ifası gerektiği konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda mahkeme kararında esas alınan (23.02.2007) temerrür tarihinin ve bu tarihten itibaren temerrüt faizi hesaplanmasının yerinde olup olmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, temerrüt olgusu ve faiz kavramları ile bunların birbirleriyle olan ilişkilerinin açıklanmasında yarar vardır.

Satım sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (B.K.) 182 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

BK 182/1. Maddesinde düzenlenen satım sözleşmesiyle, alıcı satış bedeli olarak bir miktar para vermeyi borçlanır, satıcı ise satıma konu malı alıcıya teslim ederek mülkiyeti ona geçirme borcu altındadır. Satıcının belirtilen bu borçları yanında, ayıba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül borçları da bulunmaktadır.

Ayıba karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun tamamlayıcısıdır. Çünkü satımda alıcının amacı, istediği maksat için kaullanabileceği, yararlı bir malın mülkiyetine sahip olmaktır. Satıcı, malın değerini veya yararını azaltan eksikliklerin bulunmadığını ayrıca garanti etmese bile; bu borç kanunen mevcuttur. Bu nedenle satıcının bu borcunu kanuni bir borç olarak nitelendirmek mümkündür. (Tandoğan, H.:Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 4.Bası, Cil I/1, Ankara 1985 s. 163; Yavuz, C.:Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s.91).

Ayıba karşı tekeffül borcunun, BK'nın 194 ila 201 maddeleri arasında belirtilen koşullarının gerçekleşmesiyle, alıcı BK'nın 202 vd. maddeleri kapsamında kendisine tanınan seçimlik haklarını satıcıya karşı kullanabilecektir.

Gerçekten Borçlar Kanunu'nun "Bey'in feshi yahut semenin tenzili" başlığını taşıyan 202.maddesinde:

"Bayiin tekeffülü altındaki mebiin ayıbı anlaşıldığı zaman müşteri muhayyerdir. Dilerse mebii redde hazır olduğunu beyanla bey'in nfesh edilmesini, dilerse mebii alıkoyup kıymetinin noksano mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder.

Hakim, müşterinin mebii ret davası üzerine hal icabı bey'in feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir.

Kıymetinin noksanı mebiin semenine müsavi ise müşteri ancak bey'in

feshini talep edebilir." Hükmü yer almaktadır.

Buna göre, satıma konu mal satıcıyı sorumlu kılacak şekilde ayıplı ise, alıcı satım sözleşmesini feshedebiliceği gibi satım bedelinin indirilmesinide isteyebilecektir.

Diğer taraftan, B.K.'nın 203.maddesine göre de, misli mal satımında, alıcıya, yukarıda sayılan haklara ek olarak, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep hakkı da tanınmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 202.maddesinde satımın feshinden bahsedilmekle birlikte buradaki fesihi, "dönme" olarak anlamak gerekir.

Satım sözleşmesinden dönme beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, bir irade açıklaması olarak, satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur ve sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır.

Dönme üzerine sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının doğan bir sonucu olarak, tarafların edimlerinin karşılıklı olarak aynı anda ifası gerekir.

Gerçekten, yerel mahkeme satım sözleşmesinin feshinin haklı olduğunu saptamakla birlikte, tarafların edimlerinin aynı anda ifasına da, karar vermiştir.

Dolayısıyla davacı/alıcı elindeki aracı, davalı/satıcıya fiilen teslim ve tescil şartı ile satım bedelini alabilecektir.

Durum bu olunca, davalı/satıcının borçlu temerrüdünün gerçekleşip gerçekleşmediği de, irdelenmelidir:

Borçlar Kanununda borçlu temerrüdü tanımlanmamış olmakla birlikte, B.K. 101 vd. maddelerinde sadece şartları ve sonuçları düzenlenmiştir.

Borçlunun temerrüdü, ifası mümkün bir borcun borçlu tarafından yasal bir engel bulunmamasına rağmen zamanında ifa edilmemesidir.

Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, ifanın mümkün olması, borcun muaccel hale gelmesi ve uygun bir ihtar ile birlikte, alacaklının temerütte bulunmaması ve borçlunun, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir def'i ileri sürmemiş olması gerekir.

Diğer taraftan, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü bakımından BK 106/1'e göre, alacaklının borçluya ifa için ek bir süre vermesi de gerekir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, alıcı kendi edimini yerine getirmeden karşı tarafın edimini yerine getirmesini isteyemez. Aksi takdirde, karşı tarafın (satıcının) ödemezlik def'i ile karşılaşma riski doğar.

Yeri gelmişken, temerrüt faizi hakkında kısa ve genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizinin hukuki niteliği, Borçlunun para borcunun zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını

ve borçlunun kusurunu ispak etmek zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat olduğu kabul edilmektedir. Bu tanımın aynı zamanda gecikme zammını da içerdiği bir gerçektir. (Dr.A.Von Tuhr: Cilt 1-2, s.617, C. Edeğe Çevirisi; Nami Barlas: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1995, s.373 vd.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.6.1997 gün ve 1997/11 E.-278-529 K.; 31.03.2004 gün ve 2004/12-163 E.-184 K.; 18.11.2009 gün ve 2009/21-435 E. – 544 K. Sayılı ilamları).

Belirtilmelidir ki, asıl edimin muaccel hale gelmemesi nedeniyle borçlu temerrüdünün gerçekleşmediği durumda, doğal olarak temerrüt faizine de, hükmedilemez.

Öyleyse, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşılıklı edimlerin aynı anda ifasına karar verilmesi halinde, asıl edim niteliğindeki borçlunun para borcunun ifası muaccel hale gelmeden faiz de doğmayacak; dolayısıyla borçlu temerrüdü gerçekleşmeden, daha önceki bir tarihten başlayacak şekilde temerrüt faizine de, karar verilemeyecektir.

O halde, alıcı edimini yerine getirmesine rağmen (satıma konu aracı iade etmesi-somut olayda tescil ve fiili teslimle-), borçlunun (satıcının) para borcunu iade etmemesi durumunda, satıcının para borcunu iadesinde temerrüdü gerçekleşeceğinden temerrüt faizine de, malın iade tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Mahkemece, ayıp nedeniyle davacı/alıcının elindeki satıma konu aracın, davalı/satıcı adına tescilinin sağlanıp fiilen teslim şartı ile 152.446.00 YTL (TL) satım bedeline temerrüt tarihi olan 27.02.2007 tarihinden itibaren değişen oranda avans faizi ile davalıdan alınıp, davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davacı/alıcı satıma konu aracı davalı/satıcı adına tescilini sağlayıp, fiilen teslim borcu altındadır. Alıcının ediminin ifası karşılığında ise, davalı/satıcı satım bedelini ödemekle yükümlüdür.

Bu arada, direnmeye konu ilk karar tarihi itibariyle satıma konu araç halen davacı/alıcının elinde bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, hakim kararıyla tarafların edimlerinin aynı anda ifası söz konusu olduğuna göre, asıl edim (borçlunun yükümlülüğü bakımından satım bedeline ilişkin para borcu) muaccel hale gelmeden, bu tarihten önce borçluyu temerrüde düşürmeye yönelik gönderilen ihtar, hukuki bir sonuç doğurmaya yeterli ve elverişli sayılamaz.

Dolayısıyla, bu ihtar esas alınarak asıl edimin muaccel hale gelmediği bir dönemden başlamak üzere, temerrüt faizine de, hükmedilemez.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde bu konu tartışılmış, azınlıkta kalan görüş sahipleri;

"Davacı/alıcının, davalı/satıcıya gönderdiği ihtarnamenin tebliğ edildiği 19.02.2007 tarihinde taraflar arasındaki satım sözleşmesinin feshedildiği, davacı/alıcı, ayıplı aracı teslime hazır olduğunu belirtip, sözleşmenin feshi ile satım

parasının iade edilmesini istemesine karşın, ihtarnamenin tebliği tarihinden itibaren tanınan yedi (7) günlük sürenin sonuna denk düşen ve olumsuz tutumu nedeniyle temerrüt olgusunun 27.02.2007 tarihinde gerçekleştiği ve bu tarihinten itibaren satım parasına temerrüt faizinin yürütülmesi gerektiği," belirterek, aynı gerekçeye dayalı yerel mahkeme kararının yerinde olduğunu bildirmişlerse de çoğunluk bu görüşe katılmamıştır.

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: 1) Yukarıda (I) nolu bentte gösterilen nedenden dolayı ihbar olunan vekilinin temyiz dilekçesinin (**REDDİNE**), oybirliği ile,

2) Yukarıda (II) nolu bentte belirtilen nedenlerden dolayı davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı (**BOZULMASINA**), yapılan ikinci görüşmede oy çokluğuyla karar verildi.

ARAÇTA GİZLİ AYIP • TÜKETİCİNİN HAKLARI
•
DEĞİŞTİRME YETKİSİ

ÖZET: Dava dilekçesinde onarım hakkını kullanmış olan davacının yargılama esnasında ortaya çıkan gizli ayıp sebebiyle aracın ücretsiz olarak yenisiyle değiştirilmesini isteyebilmesi mümkündür. Bu hakkın kullanılmasında ıslaha da gerek yoktur.[1]

Y.HGK E: 2010/13-389 K: 2010/429 T: 29.09.2010

Taraflar arasındaki "Ayıplı Mal" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Denizli Asliye 1. Hukuk (Tüketici) Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 11.09.2008 gün ve 2006/442 E. 2008/341 K. Sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.04.2009 gün ve 2008/15820-5396 sayılı ilamı ile; *(...Davacı, davalı C. A.Ş. den satın aldığı aracın yetkili servise götürüldüğü halde onarılmadığını, diğer davalının ise ithalatçı firma olduğunu öne sürerek, araçtaki arızanın ücretsiz onarımına karar verilmesini istemiştir. Davalı taraf, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, aracın değiştirilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.*

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre

[1] Gönderen: Av.Talih UYAR

davalı tarafın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan şair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı dava dilekçesinde, davalı taraftan aldığı araçtaki arzanın giderilmediğini belirterek, ücretsiz onarımı talepli bu davayı açmıştır. Davacı yargılama sırasında 30.6.2008 tarihli ıslah talebinin kabulü ile aracın yenisiyle değiştirilmesini istemiş, Mahkemece ıslah talebinin kabulü ile aracın yenisiyle değiştirilmesine karar verilmiştir. Dava konusu aracın ayıplı olduğu, hükme esas alınan bilirkişi raporu ile belirlenmiştir. Ancak davacı ıslah dilekçesi vererek, dava dilekçesindeki talebini değiştirmiş olup, böylece ayıplı mal karşısında tercih hakkının değiştirmesine, muvaffakati olmadığını bildirmiştir. Davacı tüketicinin, ıslah yoluyla dava dilekçesindeki talebini değiştirmesi mümkün olmadığı gibi, üvretisz onarım yönünde kullanıldığı tercih hakkını aracın değiştirmesi şeklinde değiştirmesi de, mümkün değildir. Mahkemece bu husus nazara alınarak hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir…) Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü.

Dava dilekçesinde davacı, davalı taraftan aldığı ayıplı aracın ücretsiz onarımı talebiyle eldeki davayı açmış; yargılama sırasında 30.06.2008 tarihli ıslah dilekçesi ile, aracın yenisiyle değiştirilmesini talep etmiştir.

Davalı taraf, davacının ıslah taleplerine muvafakatleri olmadığını bildirmiştir.

Mahkemece davacının ıslah talebi yönünde hüküm kurularak, aracın yenisiyle değiştirilmesine dair verilen karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme, "davacının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde öngörülen dört seçimlik haktan birini seçmeye zorlanamayacağı, bu dört seçimlik hakka dair tercih hakkını, ıslah yoluyla değiştirebileceği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ıslahı düzenleyen hükümlerinde de, seçimlik haklarından birini ıslah yoluyla tercih etme hakkını kullanmasını engelleyen bir hükmün bulunmadığı" gerekçesiyle direnme karar vermiştir.

Dava konusu aracın ayıplı olduğu bilirkişi raporu ile tespit edilmiş olup, bu konuda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; ayıplı aracın ücretsiz onarımı talebiyle eldeki davayı açmış olan davaının, bu telefonu ve tercih hakkını, aracın yenisiyle değiştirilmesi şeklinde yargılama aşamasında ıslah yoluyladeğiştirmesi olanağının bulunup bulunmadığı, noktasındadır.

Bilindiği gibi ıslah, taraflardan birinin yapmış olduğu usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi işlemidir (HUMK. M.83; Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 6. C. IV, İstanbul 2001, s.3965). Islah müessesi, dava değiştirme,

başka deyişle iddia ve müdaafanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağını bertaraf eden bir imkandır. Bu suretle, aslında yasal itiraz ile karşılaşabilecek olan her hangi bir taraf muamelesi, ıslah kurumu yardımı ile artık bu itirazı davet etmeksizin yapabilmektedir (Prof. Dr. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I.II.B,5, İstanbul 1992 s.534).

Islahın konusu, tarafların yapmış oldukları usul işlemleri olduğuna göre, ıslahla düzeltilecek usul işlemlerinin neler olduğundan söz edilmesinde yarar vardır:

Gerek öğreti gerekse Yargıtay, ıslah yoluyla davanın değiştirebileceğini ve genişletebileceğini , aynı şekilde savunmanın genişletilebileceğini ilke olarak kabul etmektedir. Yine, müddeabihin (davada talep olunan miktarın) artırılıp artırılmayacağı hususu da bir usul işlemi olup ıslahın konusudur (Kuru: C.IV. s.4035).

Islahın amacı, yargılama sürecinde, şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kaypılarını ortadan kaldırmak olduğundan, hak ve alacağı bu sürecin dışında, ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin ıslah yoluyla düzeltilebilmesi, elbette olanaklı değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, ıslahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler, velev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırdıklarından, usul işlemi olduğu kadar (davayı etkilediği için usul işlemidir) maddi hukuk işlemi mahiyeti taşımaktadır ve bu sebeple, bu işlemlerin de ıslah yoluyla düzeltilmesi imkânsızdır. Zira ıslah, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlılığından kaynaklanan zımni hak kayıplarının telafisi için öngörülmüş bir müessesedir. Açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için, ıslahın konusu olamaz.

Islahın sonuçlarına gelince; Islah tahkikata tabi davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tahkikata tabi olmayan davalarda ise yargılamanın bitimine kadar yapılabilir (HUMK m.84). Islah tek taraflı bir irade beyanı olup, ıslahın geçerliliği için karşı tarafın ve mahkemenin kabulüne gerek yoktur.

Davanın tamamen ıslahı durumunda, dava dilekçesinden itibaren bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılmasını gerektireceğinden (HUMK m.87), davanın tamamen ıslahında yeni bir dava açılmamış sayılacak, dava, ilk dava gününde açılmış sayılacaktır.

Davanın tamamen (kamilen) ıslah edilmesi halinde dava dilekçesi dahil, yapılmış olan bütün usul işlemleri yapılmamış sayılır. (HUMK m.87/1), Bunun doğal sonucu olarak, dava dilekçesinde yer alan ilk talep içeriği değil, ıslah yoluyla açıklanan talep içeriği nazara alınarak araştırma ve inceleme yapılması ve mahkemece verilecek hükümde de ıslahla ileri sürülen istemin karşılanması gerekir.

Somut olayda, davacı dava dilekçesinde araçtaki arızanın ücretsiz onarımını talep etmiş, 30.06.2008 tarihli ıslah dilekçesi ile de, "yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuyla üretim hatası bulunan ve gizli ayıplı olduğu belirlenen aracın ayıpsın misli ile değiştirilmesini" istemiştir.

Dava dilekçesinde davacının, salt araçtaki arızanın ücretsiz onarımını talep etmiş olması; aksi yönde açık bir irade beyanı bulunmadığından, 4077 sayılı Kanunun 4. Maddesinde öngörülen diğer seçimlilik haklarını terk ettiği sonucunu doğurmaz.

Şu hale göre, bozma ilamında işaret edilenin aksine; az yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca davacının, davanın kamilen ıslahı yoluyla, davalının muvafakati aranmaksızın talep sonucunu değiştirmesi olanaklıdır.

Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda, "dava konusu araca yetkili servisi tarafından motorda parça değişim işlemi şeklinde iki kez müdahale yapılmasına rağmen söz konusu arızaya yanlış teşhis konulması dolayısıyla önceki motor arızasının giderilemediği ve bunun sonucun da motordaki son hasarın oluştuğu ve hasarın "gizli ayıp" niteliğinde olduğu belirlenmiştir. Esasen bu husus, Yerel Mahkemenin ve Özel Dairenin de kabulündedir. Öyleyse burada, dava dilekçesinde tamir seçimlik hakkını kullanan davacının, gizli ayıbın yargılama sırasında tespit edilmiş olması üzerine bu hakkından dönüp dönemeyeceği ve talebini aracın değiştirilmesi şeklinde değiştirip değiştiremeyeceği hususunun, tüketici hukuku yönünden irdelenmesi gereklidir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanun'la değişil " Ayıplı Mal" başlıklı 4.maddesinde; "*Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir. Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür...*" Denilmekte; Aynı kanunun 4822 sayılı Kanunla değişik "*Garanti Belgesi" başlıklı 13.maddesinde ise; "...Tüketici onarım hakkının kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde 4üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı bu talebi reddedemez. Tüketicinin bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur...*" Hükmü yer almaktadır.

Diğer taraftan, 14.06.2003 gün ve 25138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Garanti Belgesi Uygulama Esasşarına Dair Yönetmeliğin 14/a maddesinde; "Tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın;... Tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, belirlenen garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde; aynı arızanın ikiden fazla tekrarlanması veya farklı arızaların dörtten fazla meydana gelmesi veya belirlenen garanti süresi içerisinde farklı arızaların toplamının altıdan fazla olması unsurlarının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanmamayı sürekli kılması...durumlarında tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimi talep edebilir..."

Düzenlemesi bulunmaktadır.

Bu hükümlerden çıkarılacak sonuca gelince; Tüketici onarım hakkını kullanmasına karşın, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. Maddesi ve Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 14. Maddesinde belirtilen şartların oluşması halinde, aynı Kanunun 4. Maddesinde sayılan diğer seçimlik haklarından birini kullanabilecektir.

Somut olayda. "0 km" de alınan aracın garanti süresi içerisinde arızalanması üzerine, davacı yetkili servise başvurmasına rağmen öncelikle arızaya hatalı teşhis konulmak ve davacı yanlış bilgilendirilmek suretiyle arızanın giderilemediği ve böylece dava aşamasına gelindiği anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenle davacı/tüketicinin, bu aşamada onarımın gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle ücretsiz onarım talebinde bulunduğu açıktır. Ne var ki, yargılama sırasında dava konusu aracın gizli ayıplı olduğu belirlenmiş ve bu nedenle davacı tercih hakkını değiştirerek aracın yenisiyle değiştirilmesi talebinde bulunmuştur. Aracın gizli ayıplı olduğuna dair bu olgu, Mahkeme ile Özel Daire'nin de kabulünde olduğuna göre, yukarıda açıklanan yasal şartların varlığında kuşku ve duraksama bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde davacının onarım hakkını kullanmış olması, yargılama sırasında aracın gizli ayıplı olduğunun ortaya çıkmasından sonra davacının bu tercihini aracın ücretsiz değiştirilmesi şeklinde kullanmasına engel olarak gösterilemez. Davacı sözleşmeyi ayakta tutarak malın yenisi ile değiştirilmesini istediğine göre, davalılar tüketicinin tercihine göre, sorunun çözümlenmesi ile yükümlüdür.

Açıklanan tüm bu olgu ve yasal düzenlemeler karşısında, yenisi ile değiştirilmesini isteme koşulları gerçekleşen araca ilişkin olarak; dava dilekçesinde tercih hakkını ücretsiz onarım yönünde kullanan davacının, ıslaha gerek olmaksızın aracın misliyle değiştirilmesi şeklinde değiştirebileceği kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, davacının 30.06.2008 tarihli dilekçesinde yer alan " aracın yenisiyle değiştirilmesi" talebi göz önünde bulundurulmak suretiyle davanın kabulü yönünde verilen direnme kararı usul ve yasaya uygundur. Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 2.817.00 TL. bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 29.09.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

EMLAK KOMİSYONCULUĞU • ÜCRET ALACAĞI • YAZILI SÖZLEŞME KOŞULLARI

ÖZET: Emlak komisyonculuğu (gayrimenkul telalığı) sözleşmesinin yazılı olarak yapılması koşulu Yasa'dan doğan geçerlilik koşuludur.

Yazılı bir sözleşme olmadıkça taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez.[1][2]

Y.HGK E: 2010/13-388 K: 2010/428 T: 29.09.2010

(...Davacı, emlak komisyoncusu olduğunu, davalıya ait taşınmazın satımına aracılık etmesi konusunda, davalının adına davalı dışı eşi N. ile 29.05.2007 tarihli sözleşme imzaladıklarını, gerekli satış ortamını hazırladığını, taşınmaza bulduğu müşteri tarafından taşınmazın satın alındığını, sözleşmeden doğan alacağın tahsili amacıyla davalıya karşı takip başlattığını davalının itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline %40 tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, sözleşmenin tarafı olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece,davanın kabulüne karar verilmiştir; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Tellallık sözleşmesini düzenleyen BK'nın 404/son maddesinde gayrimenkul telalığı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmış olmadıkça muteber olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu itibarla tellallık sözleşmesinin yazılı olması ve taraflarca imzalanması geçerlilik şartıdır. Davacının dayandığı sözleşmenin incelenmesinde, davalının imzasını geçerlilik şartıdır. Davacının dayandığı sözleşmenin incelenmesinde, davalının imzasını içeren yazılı bir sözleşme yoktur. Sözleşmeyi imzalayan dava dışı eşi N.'nin davanın yetkili temsilcisi olduğu kanıtlanamamıştır. Davacının düzenlediği tellallık ücretine ilişkin faturaya itiraz edilmemiş olması davalı yönünden sözleşmenin geçerliliği konusunda hukuki sonuç doğurmaz. Bu durumda taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Bu nedenle de davacı geçerli olmayan bu sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak iddiasında bulunamaz. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmaya gerektirir...) 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

[1] Gönderen Av.Talih UYAR

[2] Dergimizin bu sayısında yayımlanan 12.10.2010 tarihli Yargıtay 3.Hukuk Dairesi Kararına Bakınız.

temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 29.09.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAKİP HUKUKU • KİRALAYAN SIFATININ KESİNLEŞMESİ

ÖZET: Takibe yapılan itirazda alacaklının kiralayan sıfatına itiraz edilmediğine göre, takip hukuku açısından alacaklının kiralayan sıfatı ve kira sözleşmesi kesinleşmiştir.

Kural olarak kiralayan olabilmek için kiralanan yerin maliki olmak şart değildir.[1]

Y.HGK E: 2010/6-658 K: 2010/665 T: 15.12.2010

Taraflar arasındaki "itirazın kaldırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İstanbul 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine, dair verilen 27.11.2008 gün ve 2007/1333 E., 2008/1205 sayılı kararın incelenmesi davacı alacaklı vekilince istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 20.04.2009 gün ve 2009/2278-3457 sayılı ilamı ile,

(...Davacı alacaklı tarafından davalı borçlu aleyhine kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalı borçlunun itiraz etmesi üzerine davacı alacaklı icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması ve icra inkar tazminatı isteminde bulunmuştur. Mahkemece, davacının kiralayan sıfatının ortadan kalktığı gerekçesiyle isteminin reddedilmsei üzerine karar davacı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı alacaklı vekili, dava dilekçesinde, davalının 2006 yılı Mayıs-Ekim ayları arasındaki kira bedelinin tahsiline yönelik olarak başlatılan icra takibine haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın kaldırılması ve inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davacının vekalete dayalı olarak kiralayan sıfatı ile kira sözleşmesini imzaladığını, dava konusu kiralamanın eski maliki tarafından kira bedelinin kendisine ödenmesi için ihtarname gönderildiğini, kira bedellerinin ödendiğini belirterek davanın esastan

[1] Gönderen: Av.Talih UYAR

ve husumetten reddine karar verilmesini savunmuştur. Mahkemece, kiralananın malikinin M. olup, davacının malif adına vekaleten kira sözleşmesi yaptığı malik tarafından 31.10.2006 tarihinde vekillikten azledildiği, dava tarihi itibariyle vekaletin süresinin dolduğu, davacının kiralayan sıfatının kalmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İcra takibinde ve davada dayanılan ve karara esas alınan 15.03.2006 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşme, davacı tarafından kiralayan sıfatıyla kendi adına imzalanmıştır.Davacı taraf, davacı kiracının ödemediğini iddia ettiği 05.05.2006 - 05.10.2006 arası aylık 1.900,00 TL'den birikmiş 7.800,00 TL kira parasının işlemiş 597,00 TL faizi ile birlikte tahsili tahsili için İstanbul 3. İcra Müdürlüğünün 2007/15436 sayılı dosyası ile haciz istemli icra takibi yapmıştır. Bu takibe itiraz eden davalı kiracı vekili, müvekkilinin alacaklıya borcunun bulunmadığını, faizi de kabul etmidiklerini belirterek icra takibini durdurmuştur. Takibe itiraz eden davalı kiracının kiralayan sıfatına, kira ilişkisine, kira sözleşmesine ve kira miktarına bir itirazı bulunmamaktadır. Her ne kadar davalı borçlu yargılama sırasında kiralayan sıfatına itiraz ederek davacının kira sözleşmesini vekaleten imzaladığını, daha sonra vekillikten azledilerek malik tarafından kiraların kendisine ödenmesi için ihtar gönderildiğini savunmuş ise de İcra İflas Kanunu'nun 63. maddesi hükmü gereği itiraz sebepleri ile bağlı olup bunları değiştirmesi ve genişletmesi mümkün olmadığı gibi davacı alacaklı da icra tabiki ile azil tarihinden önceki kira paralarını istemektedir. Bu itibarla davalı borçlunun kiralayan sıfatına ilişkin savunması icra mehkemsinde sonuç doğuracak nitelikte değildir. Mahkemece işin esası hakkında bu karar vermek gerekirken yazılı erekçe ile istemin reddedilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı alacaklı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, itirazın kaldırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının malik adına vekaleten kira sözleşmesi düzenlediği, taşınmazın maliki tarafından 31.10.2006 tarihinde vekillikten azledildiği, dava tarihi itibariyle vekaletin süresinin dolduğu, davacının kiralayan sıfatının kalmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar, Özel Daire'ce, yukarıda metni aynen yazılı gerekçe ile bozulmuştur. Yerel mahkemece, önceki gerekçeler tekrarlanarak direnme kararı verilmiş, kararı davacı alacaklı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, takibe itiraz eden davalı kiracının, davacının kiralayan sıfatına, kira ilişkisine, kira sözleşmesine ve kira miktarın aitirazda bulunmamasına karşın, itirazın kaldırılmsaı davasının yargılaması sırasında "kiralayan sıfatına" karşı çıkmasının olanaklı olup olmadığı, malik olmadığı belirgin olan davacı alacaklının malikin

vekili olarak hareket edip etmediği ve azledilmesinin takip ile eldeki dava etkisinin ne olacağı, noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen 15.03.2006 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinini varlığı ve içeriği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen rızai sözleşmelerden olup kişisel hak doğurur. Sözleşmeden doğan bu haklar sözleşmenin taraflarına aittir.

Kural olarak, kiralayan olabilmek için kiralananın maliki olmak gerekmemektedir. Öteki deyişle, kiralananın maliki olmayan kişiler de kiralayan sıfatı ile kira sözleşmesi düzenleyebilirler. Sözleşmeyi davacı alacaklının kendi adına asaleten kiralayan, davalının ise kiracı sıfatı ile imzaladığı sözleşme metninden açıkça anlaşılmaktadır.

Davacı alacaklı, kiralayan sıfatıyla taraf olduğu bu sözleşmeye dayanarak, davalı borçlu hakkında 26.09.2007 tarihinde başlattığı takip ile aylık 1.900 TL'den Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos, Eylül ve Ekim 2006 ayları bakiye kira bedelinin tahsilini istemiştir. Davalı borçlu takibe itiraz dilekçesinde, alacaklıya borcunun bulunmadığını, faizi de kabul etmediklerini belirtmiş, davacının kiralayan sıfatına, kira ilişkisine, kira sözleşmesine ve kira miktarına ise itiraz etmemiştir. Bu itiraz üzerine icra takibi durmuştur.

Davacı alacaklı, icra tetkik merciinde açtığı eldeki dava ile, davalının itirazının kaldırılmasını ve takibin devamını istemiştir. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 'nun "İtiraz Sebepleri" başlıklı 63. maddesinde aynen; "İtiraz eden borçlu, itirazın kaldırılması danışmasında, alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılanlar dışında, itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez." Hükmü yer almaktadır.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere; davalı borçlu icra tetkik merciinde açılan görülmekte olan davada, icra takibine yaptığı itirazları ile bağlı olup, yargılamada itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez. Ancak senet metninden anlaşılan sebepleri yargılamada savunma olarak ileri sürebilir. Davalı borçlu yargılamada, kiralamanın malikinin davacının babası olan M. olduğunu, takip ve dava tarihi itibari ile malikin davacıyı vekilikten azlettiğini belirterek davacının kiralayan sıfatına karşı çıkmıştır.

Hemen belirtmelidir ki, takip kira ilişkisine dayanmakla uyuşmazlığın çözümü için kira sözleşmesi irdelenmeli, karşı çıkılan kiralayan sıfatının olup olmadığı öncelikle sözleşmedeki duruma göre ortaya konulmalıdır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, taraflar arasındaki kira sözleşmesini davacı "kiralayan" sıfatıyla, davalı da kiracı sıfatıyla düzenlemiş ve imzalamışlardır. Sözleşmede başka taraf olmadığı gibi, sözleşme metninden davacının, iddia edildiği gibi, malik M.'ye vekaleten veya onu temsilen sözleşmeyi düzenlediği ve imzaladığı hususu anlaşılmamaktadır. Sözleşmenin tarafı olmayan, kiralayan sıfatı bulunmayan ve onun adına hareket edildiği de sözleşme metninden anlaşılmayan, kiralananan maliki M 'nin, davacı alacaklıya, vekillikten azletmiş olması olgusu, somut olaya etkili değildir.

Kaldı ki, takibe itirazında davalı/kiracı/borçlu alacaklı davacının kiralayan

sıfatına da itiraz etmemiş; eldeki itirazın kaldırılması davasında itiraz sebeplerini genişletmek ve değiştirmek suretiyle, bu sıfatın yokluğunu itirazına konu etmiş ve savunma olarak getirmiştir. Hal böyle olunca, takip hukuku açısından davacı alacaklının kiralayan sıfatı ve kira sözleşmesi kesinleşmiştir. Davalı borçlunun, davacının kiralayan sıfatına ilişkin savunması icra mahkemesinde sonuç doğurmayacağı gibi yargılamada ileri sürülen bu savunma üzerinde de durulamaz. Davalı borçlunun, borcunu ödediğini 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 269/c maddesinde sayılan belgelerden birisi ile kanıtlaması gerekir.

Şu durumda, mahkemece alacaklı/davacının, kiralayan sıfatıyla ve kira sözleşmesine dayanarak davalı/borçlu hakkında icra takibi yapabileceğinin kabulü ile işin esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamı ve açıklanan ilkelere uygun düşmeyen gerekçelerle davanın reddine karar verilşmiş olması ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle; mahkeme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacı alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 15.12.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

FİİLEN EVLİYMİŞ GİBİ YAŞAMA
•
YOKSULLUK NAFAKASININ İPTALİ

ÖZET: Evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşayan kadının boşandığı eşinden aldığı yoksulluk nafakası kaldırılır.[1]

Y.HGK E: 2010/3-634 K: 2010/677 T: 22.12.2010

("…Dava dilekçesinde; tarafların 2005 yılında boşandıkları, davalı lehine yoksulluk, müşterek çocuk lehine ise iştirak nafakasına hükmedildiği, oysa ki müşterek çocuğun 18 yaşını doldurduğu davalı eski eşin ise imam nikahı kıydırarak başka bi şahısla birlikte yaşadığı ileri sürülerek yoksulluk ve iştirak nafakalarının kaldırılmasına karar verilmesi istenilmiştir.

Mahkemece; tanık beyanlarının görgüye dayalı olmadığı, delil olarak sunulan fotoğrfaların ise ne amaçla çekildiğinin anlaşılmadığı, davalı kadını yoksulluktan kurtaracak bir gelirinin de bulunmadığı gerekçesiyle yoksulluk nafakasının kaldırılması isteminin reddine, iştirak nafakasının kaldırılması isteminin ise kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Her ne kadar temyiz isteminin duruşmalı olarak incelenmesi talep edilmiş ise

[1] Gönderen Av.Talih UYAR

de, davanın niteliği gereğince istemin reddi gerekmiştir. Türk Medeni Kanununun 176/3.maddesinde, yararına yoksulluk nafakası takdir edilen kadının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması halinde mahkeme kararı ile nafakanın kaldırılacağı öngörülmüştür.

Somut olayda; davalının ablası ve yeğeni olan şahıslar davacı tanığı sıfatıyla dinlenilmiş, bizzat davalının hoca nikahıyla evlendiğini kendilerine söylediğini, hatta zaman zaman davalının bu kişi işe görüşmek için Antalya'ya gittiğini, o kişininde davalının yaşadığı yere geldiğini ve para gönderdiğini beyan etmişlerdir. Davalının oğluda; annesinin imam nikahlı evli olduğunu söylediğini, Antalya'ya gittiklerinde de kendilerinin yanında bu adamla görüştüğünü beyan etmiştir. Bunlar dışında davacı tarafından davalının birlikte yaşadığı ileri sürülen şahısla çektirdiği bir kısım fotoğraflar da delil olarak dosyaya sunulmuştur. Bir kısmı ev ortamında bir kımıs ise stüdyoda çekildiği anlaşılan fotoğraflarda davalı ile imam nikahı kıydırdığı iddia edilen şahıs arasındaki yakınlık davacı tanıklarının beyanları doğrular niteliktedir. Kaldı ki, tanık beyanlarının tümden duyuma dayalı olduğuda söylenemez. O halde; davacı tarafın dayandığı delillerle davasını ispat ettiği nazara alınıp yoksulluk nafakasınında kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken delillerin hayatı değerlendirilerek istemin reddi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir…") 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarıa, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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 Dairenin bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşlin harcının geri verilmesine, 22.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İŞVERENE ZARAR VERMESİ • İZLENECEK YOL

ÖZET: İşcinin 30 günlük ücretini aşacak şekilde işverene zarar verdiği iddia ediliyorsa öncelikle kusur ve zarar miktarı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır.

Buradaki ücret brüt ücrettir.

Y.HGK E: 2010/9-711 K: 2011/26 T: 02.02.2011

(…Davacı; davalı meyve suyu üretimi yapılan işyerinde, 01.08.1997/03.07.2006 tarihleri arasında şurup hazırlama elemanı olarak çalıştığını, 30.06.2006 tarihinde meyve suları hazırlamasında tatlandırıcı koymadığı iddiası ile zarara uğradığını gerekçe gösteren işverenin iş sözleşmesini fesih ettiğini Üretim aşamasında üstlerinde gıda mühendisi ile vardiya amiri bulunduğunu; sorumluluğunun bulunmadığını ayrıca feshin süresinde yapılmadığını savunmuştur.

Davalı; davacının eylemi ile 10.000.TL zarara uğradığını, feshin haklı nedene dayandığını savunmuştur.

Mahkemece; feshin altı günlük yasal süreden sonra yapıldığı ayrıca davacının meydana gelen zararda sorumluluğun bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabülüne karar verilmiştir.

İş sözleşmesinin, işçinin işverene zarar vermesi nedeniyle ve haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (I) bendinde, işverenin malı olan veya eli altında bulunan makine, tesisat, başka eşya ya da maddelere 30 günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarar vermesi halinde işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu hususu düzenlenmiştir.

İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı fesih imkanı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde yada belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miltarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşıp aşmadığına bakılmalıdır.

Zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Örneğin işverene ait iş makinesi paletlerine kasten metal cisim sokmak suretiyle zarar veren işçinin ve trafik kazası sonucu işvereni zarara uğratan işçinin aynı şekilde iş sözleşmeleri haklı nedenle sona erdirilebilir.

İşçinin kusuru ve zararı, ayrı ayrı uzman kişilerce belirlenmelidir.

Bu noktada zarar turarı ile karşılaştırılacak olan işçinin 30 günlük ücretinin bürüt ya da net ücret olduğu noktasında 4857 sayılı İş Kanununda herhangi bir açıklık olmasa da, bu durumda işçi lehine yorum ilkesi uyarınca bürüt ücretin esas alınması gerekir.

30 gün, bir aydan farklı bir kavramdır. Bu noktada işçiye aylık olarak ücret yerine, günlük yevmiyesinin 30 katı tutarı dikkate alınmalıdır.

Maddede sözü edilen ücret dar anlamda ücrettir. İkramiye, prim, fazla çalışma ücreti ve benzeri ödemeler bu maddede yer alan 30 günlük ücret içerisinde değerlendirilmemelidir Ancak ücretin garanti ücret üzerine yapılan işe göre ilave ücret veya satış primi olarak belirlendiği hallerde gerçek ücreti bu ödemeler toplamı olarak değerlendirilmesi yerinde olur Örneğin uygulamada uluslar arası yük taşıyan tır şoförleri asgari ücret ve sefer primi karşılığı çalışmaktadır. Sefer primi olarak adlandırılan kısım da dar anlamda ücrettir. Bu durumda maddenin uygulanması anlamında 30 günlük ücret, tır şoförleri yönünden her iki ödemenin toplamına göre belirlenmelidir. (Yargıtay 9.HD. 24.11.2008 gün 2007/32361 E, 2008/32028 K.)

Zararın 30 günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğar ve işçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması, işverenin bu hakkını ortadan kaldırmaz. İşverence zarar tutarının işçiden talep edilmemiş oluşunun da feshe hakkını olumsuz etkileyen bir yönü bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesi yönünden 1 yıllık hak düşürücü süre zarar neden olan olayın oluşumundan başlar. Ancak 6 işgünlük ikinci süre, zarar miktarının belirlenmesinin ardından bu durumun feshe yetkili makama iletilmesiyle işlemeye başlayacaktır. Zarar miktarının belirlenmesi bazen uzun zaman alabilir ve fesih hakkının kullanılması bakımından zarar miktarının belirlenmesi ve işçinin ücreti ile kıyaslanması zorunluluğu vardır.

Somut olayda feshe dayanak oluşturan olay 30.06.2006 tarihinde meydana gelmiş işveren fesih iradesini 03.07.2007 tarihinde ortaya koymuş ve aynı tarih itibarıyla davacının işten çıkışını vermiştir. Buna göre feshin hak düşürücü süre içerisinde yapıldığının kabulü gerekir.

Diğer yandan çözümlenmesi gereken bir husus da; davacı işçinin kusurlu olup olmadığı şayet kusurlu ise 30 günlük ücretini aşan bir zararın meydana gelip gelmediğidir. Mahkemece bu konular üzerinde yeterince durulmamış salt davacı beyanlarına itibar edilerek hüküm tesis edilmiştir. Yapılacak iş uzman bir bilirkişi aracılığı ile inceleme yaptırılarak kusur ve zarar konusunda rapor alınıp değerlendirme yapıldıktan sonra hasıl/olacak sonuca göre bir karar verilmekten ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir…) 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:

HUKUK GENEL KURUL KARARI:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (**BOZULMASINA**), oybirliği ile karar verildi.

ZİYNET EŞYASI ÜZERİNDE UYUŞMAZLIK • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Altın ve Ziynet eşyaları kolay saklanan taşınabilen ve götürülebilen nitelikte eşyalardandır. Hayatın olağan akışına göre bu tür eşyaların kadının üzerinde olması ve evden ayrılırken de yanında götürmüş olması esastır.

Y.HGK E: 2010/6-734 K: 2011/17 T: 02.02.2011

(...Dava, ziynet eşyasının aynen, olmadığında bedelinin tahsili istemine ilişkin olup mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili 1 gram ise 2 künye, 2 yüzük, 1 küpe, 1 saat, 20 adet bilezik ve 113 adet çeyrek altının evlilik birliği içerisinde rızası hilafına elinden alınarak bozdurulduğunu ve geri verilmediğini iddia etmiş; Davalı ise davacının evden ayrılırken sözü edilen ziynet eşyalarının beraberinde götürdüğünü savunmuştur.

Altın ve ziynet eşyaları kolay saklanan taşınabilen ve götürülebilen nitelikte eşyalardandır. Hayatın olağan akışına göre bu tür eşyaların kadının üzerinde olması ve evden ayrılırken de yanında götürmüş olması esastır.

Olayımızda davacı kadın ziynet eşyalarının eşi tarafından elinden alınarak bozdurulduğunu iddia etmişse de bu konuda dinlettiği tanıkların görgüye dayalı net ve kesin beyanları bulunmadığı gibi evi terk ederken sözü edilen ziynet eşyalarının zorla elinden alındığını veya götürmesine engel olunduğunu, bunların müşterek konutta kaldığını da kanıtlayamamıştır.

Mahkemece soyut ve duyuma dayalı tanık beyanlarına değer verilerek davanın kabulü doğru değil ise de davacı dava dilekçesinin deliller bölümünde vs. delillere de dayandığından bunun yemin delilini de kapsadığı sonucuna varılarak davalıya yemin teklif edip etmeyeceği sorularak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir...) 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:

HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (**BOZULMASINA**), oybirliği ile karar verildi.

EŞLERİN DAVRANIŞLARI • BOŞANMA KOŞULLARININ GERÇEKLEŞMESİ

ÖZET: Eşlerin birbirlerine karşı güven sarsıcı davranışlar sergilediği, hakaret ettiği anlaşıldığına göre, artık o evliliğin devam ettirilemeyeceği düşünülmelidir.

Burada, olayların akışına göre kusurlu olan tarafın da açtığı dava kabul edilmelidir.

Y.HGK E: 2010/2-745 K: 2011/27 T: 02.02.2011

(...Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacı-davalı kocanın eşine şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, kovduğu ve başka bir kadınla ilişkisinin bulunduğu davalı-davacı kadının ise güven sarsıcı davranışlar sergilediği, eşine hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mecbur sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-davalı koca da dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı kocanın boşanma davasının da kabulü ile boşanmaya (TMK.md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davasının reddi doğru bulunmamıştır...)

Gerekçesiyle bozma nedenine davalı-davacı kadının boşanma davasına yönelik temyizin incelenmeksizin davacı-davalı kocanın lehine 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:

HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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-davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (**BOZULMASINA**), oybirliği ile karar verildi.

BOŞANMA DAVASI • BOŞANMA KOŞULLARININ GERÇEKLEŞMESİ

ÖZET: Davalının da eşini istemediği ve hakaret içeren mesajlar gönderdiği anlaşıldığına göre, olayın boşanma noktasına geldiği kabul edilmelidir.

Y.HGK E: 2010/2-704 K: 2011/55 T: 09.02.2011

("…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının, eşini evde istemediği ve hakaret içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK. Md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır…")

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 sonra ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tuanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanana gerektirici nedenlere göre, 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 (**BOZULMASINA**) oybirliği ile karar verildi.

VELAYETİN GÖREVİ • VELAYETİN KALDIRILMASI

ÖZET: Velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmediğinin anlaşılması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilmelidir.

Y.HGK E: 2010/2-681 K: 2011/54 T: 09.02.2011

("…Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz yada bu önlemlerin yetersiz olacağı anlaşılırsa ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle

velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilir. (TMK. M. 348) Açıklanan koşulların gerçekleşmediği dosya kapsamı ile anlaşılmakta davanın reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...) 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:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (**BOZULMASINA**), oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ DAVASI • ÜCRETİN İSPATI

ÖZET: Hizmet tespiti davalarında iddia edilen ücret usulün 288. maddesindeki sınırları aşıyorsa ispat yazılı delile dayandırılmalıdır.

Bunun yanında, usulüne uygun olarak düzenlenmiş olmaları koşuluyla; işçinin ücretini gösteren makbuzlar, banka kayıtları, ücret bordroları ve ticari defterler ile de ücretin ispatı mümkündür. [1]

Y.HGK E: 2010/10-742 K: 2011/64 T: 06.04.2011

1) Davacının, davalı işverene ait işyerindeki çalışmaları, 01.08.1995-12.05.2000 tarihleri arasındaki dönemi kapsar biçimde ve eksiksiz olarak davalı Kuruma bildirilmiş olup; davalı Kurum tarafından gönderilerek dosya içeriğine anlaşılan 1996/1 dönem bordrosu içeriğinde, davacının 1996/1 dönemde de 120 günlük çalışmasının Kuruma bildirildiğinin anlaşılmasına karşın; bildirimi yapılan sürenin yeniden tespitinde davacının hukuki yararının bulunmadığı yönü gözetilmeksizin, davacının 1996/1 dönem çalışmalarının kuruma bildirilmemiş olduğu gerekçesiyle tespitine karar verilmesi;

2) Dosyaya sunulan ücret tediye bordroları, Kuruma bildirilen ücret düzeyi

[1] Dergimizin bu sayısında yayımlanan 8.3.2010 tarihli Yargıtay 10.Hukuk Dairesi Kararına ve 17.5.2011 tarihli Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararına Bakınız.

üzerinden düzenlenip davacının imzasını içerdiği halde; banka eksterinde yer alan maaş ibareli miktarlar esas alınarak, davacının 2000 yılı Şubat, Mart, Nisan, Mayıs ayları net ücretinin 250.00 TL olduğunun tespitine karar verilmiştir.

İmzalı ücret tediye bordroları ile banka ekstresi arasındaki çelişki üzerinde durularak; davalı işverenin banka hesabına yatan miktar içerisinde iş avanslarının da bulunduğu, bu nedenle banka ekstresindeki değerlerin ücret olarak nitelenemeyeceği yönündeki itirazıyla ekstere maaş adı altındaki farklı aylara ilişkin ödemeler arasındaki çelişki de gözetilip; davacı tarafından açılan işçilik haklarına ilişkin davanın akıbeti araştırılıp anılan dosya içeriği ve işyeri kayıtları ile sunulan imzalı belgelerin bağlayıcılık değeri yönünden inceleme yapılarak, davacının sigorta primi ödemesine esas gerçek ücretinin yöntemince belirlenmesi gereği üzerinde durulmamış olması;

3) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2008 gün ve 10-370/410 sayılı kararında da belirtildiği üzere, "Yargılama giderleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 423. maddesinde sayılarak, 6. bendinde vekâlet ücretine de yer verilmiştir.

29.05.1957 gün ve 4/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, karşı tarafa yüklenmesi gereken ve yargılama giderlerinden olan vekâlet ücretine, diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi mahkemece kendiliğinden (resen) hükmedilmesi gerekir.

Kural olarak yargılama giderleri, davada haksız çıkan, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir (HUMK m. 417/I c.1). Bir davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini haklı çıkma oranına göre taraflar arasında paylaştırır (HUMK m. 417/ I c.2).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 417. maddesinde tarafların kusuru değil, davada haklı çıkma oranları göz önünde tutulmuştur.

Yargılama giderlerinin davada haksız çıkmış olan tarafa yükletilmesine ilişkin açıklanan ana kuralın bazı istisnaları vardır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 417. maddesini birinci fıkrasında "kanunen musarrah olan hallerden maadasında" (kanunen açıkça belirtilmiş haller dışında) deyimi ile bu istisnalar kastedilmektedir.

Buna göre; davalı, ilk oturumda davayı kabul ederse hal ve durumu ile kendisi aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermemiş ise yargılama giderlerine mahkûm edilemez (HUMK m. 94/II). Yine, davada haklı çıkmış olan taraf, bilerek ve isteyerek davayı uzatırsa veya gereksiz masraf yaparsa ya da elinde bulunup da hükme etkisi olan belgeleri zamanında karşı tarafa bildirmezse, davayı kazanmış olmasına rağmen yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir (HUMK m. 418).

Sigortalılık süresinin tespitine yönelik davaların taraf ve niteliğinden hareket edilerek, kısmen haklı çıkma durumunda dahi yargılama giderlerinin tümünden davalının sorumlu tutulması gerektiği, reddedilen süreler yönünden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmeyeceğine yönelik olarak yasalarda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. O halde; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 94 ve 418. maddelerinde öngörüldüğü gibi özel bir sebep bulunmayal hallerde,

yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi, taraflar kısmen haklı çıkarsa haklı çıktıkları oranda paylaştırılması yasa gereğidir.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.03.2006 gün ve 2006/1-163 Esas, 2006/76 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

Davada kısmen kabule karar verildiğine ve yukarıda açıklanan genel kurulun aksine, HUMK 94 ve 418.maddelerinde öngörüldüğü gibi özel bir sebep de bulunmadığına göre, tarafların haklı çıktıkları oranda yargılama ve giderlerinin paylaştırılarak," kısmi redden dolayı davalılar yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gereğinin gözetilmemiş olması; ayrıca davalı işveren şirket ünvanının karar başlığına yanlış yazılması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O hâlde, taraflar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...")

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf Vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibariyle HUMK'un 2494 sayılı Yasa ile değişik 438/II.fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir.

Davacı, davalıya ait işyerinde 01.12.1992-09.05.2000 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak kesintisiz çalıştığının ve 2000 yılı aylık ücretinin net 250 TL olduğunun tespitini talep etmiştir. Davalı Kurum vekili, tarafı olmadıkları işçilik alacakları davasının delil niteliğinde olmadığı çalışmanın kanıtlanması gerektiğini; davalı şirket vekili ise davacının sigorta primlerinin tam yatırıldığını, asgari ücret aldığına dair ücret bordrolarının imzalı olduğunu, belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Yerel mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar taraf vekillerinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, yerel mahkemece bozma ilamının (2) numaralı bendine karşı ilk gerekçesinde de belirttiği gibi; bankaya maaş adı ile yatırılan 250 TL'lik ödemelerin avans olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, banka kayıtlarının esas alınmasının hayatın olağan gerçeklerine uygun olduğu gerekçesiyle kısmen direnme kararı verilmiştir. Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

I) Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının sigorta primine esas ücretinin belirlenmesine ilişkin olarak yapılan araştırmanın yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Geçici 7.maddesi uyarınca davanın yasal dayanağı 506 sayılı sosyal Sigortalar Kanununun 79/10. maddesidir. Anılan maddede "yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, Çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen

aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır." Hükmü yer almaktadır.

Bilindiği üzere davacı hizmet tespiti davasında belli bir dönemdeki çalışmalarının tespitini ister. Bu istek, dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da 506 Sayılı Kanun'un 77. maddesine göre hesaplanacak olan 'o dönemdeki' bir günlük ücreti belirtecektir. 506 Sayılı Kanun'un 6.maddesinde ifade edildiği üzere, Sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu kapsamda hizmet tespitine yönelik davalarda davacı işçinin çalışmasının gerçekliği, işin ve işyerinin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, ücretinin ve davalı Sosyal Güvenlik Kurumu'na (Devredilen SSK) davalı işveren tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla, prime esas kazancık tespitinde gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Davanın niteliği gereği, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte; Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 E., 2005/413 K. Sayılı kararında da belirtildiği üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Ücret miktarı HUMK 288. maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ıspatı mümkündür.

Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar için tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesi mümkündür (HUMK m. 292).

506 Sayılı Kanun'un 78. maddesinde prime esas günlük kazançların alt ve üst sınırlarının ne olacağı gösterilmiştir. Günlük kazancın alt sınırı HUMK'un 288. maddesinde belirtilen sınırı aşıyorsa ücretin yazılı delile saptanması gereğin pratikte bir önemi kalmayacaktır. Zira 506 Sayılı Kanun'un 78. Maddesine göre, "...günlük kazançları alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır". Ücretin alt sınırla tespit edilen miktardan fazla olması halinde ise günlük kazancın hesaplanmasında asgari ücret esas alınır. Somut uyuşmazlıkta; davacı 2000 yılı aylık ücretinin 250 TL olduğunun tespitini talep etmiş, yerel mahkemece banka kayıtları esas alınarak talebin kabulüne karar verilmiştir.

Ne var ki dosyada mevcut banka kayıtlarının incelenmesinde davacıya maaş adı altında farklı miktarlarda ödeme yapıldığı görülmektedir. Davacıya yapılan ödemeler arasındaki miktar farklılığının nedeni ile ödemelerin ne kadarının ücretine karşılık ne kadarının ise yaptığı işin gereği olan avans ödemelerine ait olduğu hususları açıklığa kavuşturulmadan, sadece 250 TL'lik ödemelerin hükme esas alınması isabetsizdir.

O halde yerel mahkemece; davalı şirketin giderleri ile ödemelerini gösteren defter ve kayıtları ile banka kayıtları üzerinde inceleme yapılarak davacıya 1999 ve 2000 yıllarında yapılan her bir ödemenin işveren kayıtlarındaki karşılığı tespit edilmeli, diğer bir anlatımla banka kayıtlarında görülen ödemelerin ücrete mi yoksa avansa mı ilişkin olduğu belirlenmelidir.

Öte yandan davacı imzasını taşıyan belgelerde yer alan imzaların davacıya aidiyeti ile davacı yönünden bağlayıcılık değeri de araştırılarak, işçilik alacakları davasında verilen karar da irdelenmek suretiyle toplanacak delillerin ve yukarıda belirtilen ilkelerin ışığında varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

Hal böyle olunca Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda kısmen direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının direnmeye ilişkin kısmı bozulmalıdır.

II) Temyize konu bozma ilamının (1) ve (3) numaralı bentlerinde işaret edilen "Kuruma bildirilmiş sürelerin yeniden tespitine hukuki yarar olmadığı ve davanın kısmen kabulü nedeniyle yargılama giderlerinin tarafların haklı çıktığı oranda paylaştırılması gereğine " işaret eden bozma nedenlerine uyularak bozma doğrultusunda karar verilmiştir. Hal böyle olunca, bozma kararına uyularak oluşturulan yeni hüküm Özel Daire'sinde incelenmediğinden, bu yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

SONUÇ: 1) (I) Numaralı bentte açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin direnme kararına yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının davacı ve davalılar Ü... G... Müşavirliği'ne geri verilmesine, 2) (II) Numaralı bentte açıklanan gerekçelerle uyulan kısım yönünden taraf vekillerinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **10. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE**, 06.04.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

ISLAH YOLUYLA ZAMANAŞIMI DEFİ

ÖZET: Yasal süresi içerisinde dosyaya sunulan cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş olan zamanaşımı def'inin, davanın ilerdeki aşamalarında ıslah yoluyla ileri sürülebilmesi mümkündür. [1]

Y.HGK E: 2010/9-629 K: 2011/70 T: 06.04.2011

Taraflar arasında "işçilik alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy;

1) İş Mahkemesince davanın kısmen kabul ve kısmen reddine dair verilen 07.05.2009 gün ve 2005/59 E., 2009/247 K. Sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.12.2009 gün ve 2009/27349 E., 35131 K. Sayılı ilamı ile; *(...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun tüm temyiz itirazları ile diğer davalı Sağlık Bakanlığı'nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.*

2- Yargılama sırasında davalı vekili 25.3.2009 tarihli dilekçesi ile savunmasını ıslah ederek dava konusu alacakların bir kısmının zaman aşımına uğradığını belirterek zaman aşımı definin dikkate alınmasını istemiştir. Mahkemece, usulüne uygun olmadığı ve süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesi ile davalının zaman aşımı defi nazara alınmamıştır. Islah, taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin karşı tarafın oluruna bağlı olmaksızın tamamen veya kısmen düzeltilmesine denir. Hukuk Usulü HUMK 83 ve ardından gelen maddelerde düzenlenmiş olan ıslah, taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemini kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan bir yöntem olup, iddia ile savunmanın genişletilmesi yasağının da bir istisnasıdır. (Yargıtay HGK 14.4.2004 gün, 2004/4-200E, 2004/227 K). Usulünce yapılmış davalı ıslahı da geçerlidir. Esasa cevap süresi içinde ileri sürülmediğinden davacı tarafın savunmanın genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zaman aşımı defi'nin ıslah yoluyla yapılmasında usule aykırı bir yön bulunmamaktadır. Dairemizin ve Yargıtay'ın diğer dairelerinin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir(Yargıtay 9.HD. 2007/23744 E.2007/31371 K. Ve 2.4.2007 gün, 2006/ 23813 E, 2007/ 8905 K.; Yargıtay 2. HD. 2.3.2004 gün, 2004/ 1098E, 2004/2590 K). Bu nedenle davalının ıslah yoluyla zaman aşımı defi'nin kabulü gerekirken bu husus gözetilmeden hüküm kurulmuş olması hatalıdır...) Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ve Sağlık Bakanlığı vekilleri.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde

[1] Gönderen: Kazım Güzelgün Kadıköy I. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü.

temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin hizmet sözleşmesiyle 1998/Ağustos ila 2000/Nisan tarihleri arasında Erenköy Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon Hastanesi'nde fizyoterapist olarak çalıştığını belirtip; fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ücret farkı ek ödeme (fazla mesai), ikramiye, bayram ve hafta tatili, giyim yardımı ve kıdem tazminatı toplam 500,00-YTL alacağın tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davacı vekili, yargılama aşamasında ibraz edilen bilirkişi raporu doğrultusunda istemini ıslah etmiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (SGK) vekili, davanın reddini istemiştir.

Davalı Sağlık Bakanlığı vekili, davanın reddini talep etmiş; daha sonra ise 25.03.2009 havale tarihli ıslah dilekçesiyle, bir kısım işçilik alacaklarının zamanaşımına uğradığını ileri sürmüştür.

Yerel mahkemece; davalı Bakanlığın ıslah dilekçesine konu yaptığı zamanaşımı def'inin esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülmediği, sonradan ileri sürülen bu def'in savunmanın değiştirilmesi niteliğinde olduğu, ancak karşı tarafın (davacının) muvafakatının bulunması halinde dikkate alınabileceği, değiştirilmiş bu yeni savunmaya (zamanaşımı def'ine) davacı vekilinin süresinde karşı çıkması nedeniyle dikkate alınmadığı, gerekçesiyle diğer davalı SGK yönüyle de davanın husumet yönüyle reddine; davacının istemi konusunda da bilirkişi raporu benimsenmek suretiyle hakkaniyet inidirimi de yapılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalılar SGK ve Sağlık Bakanlığı vekillerinin temyizleri üzerine Yüksek Özel Dairece; yukarıda açıklanan gerekçelerle SGK vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, diğer davalı Bakanlık yararına karar oyçokluğuyla bozulmuş; mahkemece, önceki hükümde direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı SGK ve Sağlık Bakanlığı vekilleri temyize getirmiştir.

I-Davalı SGK vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Özel Dairece temyiz itirazlarının reddine karar verilerek hakkında hüküm kesinleşmiş olan davalı SGK'nın temyizde hukuki yararı bulunmadığından direnme hükmüyle yönelik temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

Bu nedenle 09.02.2010 günü yapılan ilk görüşmede davalı SGK vekilinin temyiz dilekçesi reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

II-Davalı Sağlık Bakanlığı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamlarına göre Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; esasa cevap süresi içerisinde ileri görülmeyen zamanaşımı def'inin sonradan ıslah yoluyla ileri sürülüp sürülemeyeceği, noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, tarafların sıfatı ve uyuşmazlığın niteliği dikkate alındığında iş mahkemesinin görevli olduğu konusunda duraksama

bulunmamaktadır.

Buna göre, anılan mahkemede uygulanacak usul hükümleri, 5521 sayılı iş Mahkemeleri Kanunu'nunda düzenlenmiştir. 5521 Sayılı Kanunun 7/1. Maddesinde iş mahkemelerinde şifahi (sözlü) yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmekte olup; anılan Kanunun 15. maddesinde ise, bu kanunda açıklık olmayan hallerde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir.

5521 Sayılı Kanun hükümleri arasında uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olan "sözlü yargılama usulü" ile "ıslah" kurumuna yer verilmemiştir.

Öyleyse, 5521 Sayılı Kanunun 15.maddesinin yaptığı atıf dolayısıyla , 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'un konumuza ilgilendiren hükümlerine değinmek gerekir.

Buna göre, HUMK'un 473. maddesi, sözlü yargılama usulünün sulh mahkemelerinde uygulanacağını öngörmüş, kanunda açıkça belirtilen hallerde ise, asliye mahkemelerinde de uygulanacağını belirtmektedir.

Yine aynı maddenin (m.473) ikinci fıkrasında, sözlü yargılama usulünde açıkça düzenlenmeyen hallerde, HUMK'un ikinci babında (m. 178 ila m. 426 arası) bulunan yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir.

Bu arada sözlü yargılama usulünün uyuşmazlığı ilgilendiren yönüne ilşişkin kısa bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

Sözlü yargılama usulü, yazılı yargılama usulüne benzer ise de, bazı konularda yazılı usulden ayrılmaktadır. İşte HUMK, sözlü usulün yazılı usulden ayrıldığı özelliklerini ayrıca düzenlemiş (m.473 ila 491), Bunun dışındaki konular bakımından yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlere yollama yapmakla yetinmiştir (HUMK. M473/II).

Bu usulde, layihalar aşamasının olmaması tarafların iddia ve savunmalarını mahkemeye sözlü olarak bildirebilmeleri (m.479, m.482) ve mahkemenin tarafların sözlü açıklamalarından edineceği sonuca göre hüküm vermesi asıldır.

Sözlü yargılama usulünde yazılı yargılama usulünde olduğu gibi (on gün) belirli bir cevap süresi yoktur. Çünkü davalı, belirli bir süre içinde cevap vermek zorunda olmayıp,, ilk itirazlarıda dahil olmak üzere, bütün savunmasını birinci oturumda mahkemeye sözlü olarak bildirebilir (m.478,m.479).

Görüldüğü üzere, davalı cevaplarını ilk oturumda sözlü olarak mahkemeye bildirebileceğinden, davalının ayrı bir cevap dilekçesi vermesine gerek yoktur. Fakat davalının, gerek ilk oturumda gerekse daha önce cevaplarını bir cevap dilekçesi ile mahkemeye bildirmesine bir engel de bulunmamaktadır.

Davalının sözlü savunması (davaya cevapları) birinci oturumda tutanağa yazılır. Bundan sonra, karşı tarafın (davacının) rızası (açık veya zımni) olmadıkça, davalı (tutanakta yazılı olan) savunmasını değiştiremez ve genişletemez.

Sözlü yargılama usulündeki savunmayı genişletme yasağı da, yazılı yargılama usulündeki gibidir.

Ne var ki, sözlü yargılama usulünde savunmayı genişletme yasağının başlangıcı değişik olup, davalının savunmasının ilk oturumda tutanağa yazıldığı (geçirildiği) andır. Dolayısıyla, sözlü yargılama usulünde davalı, daha önce bir cevap dilekçesi vermiş ise, ilk oturuma kadar (en geç ilk oturumda) karşı tarafın iznine gerek olmadan, savunmasını genişletebilir veya değiştirebilir; ilk oturumdan (Savunmanın tutanağa geçmesinden) sonra, savunmasını-savunmayı genişletme yasağının istisnaları hariç olmak üzere-genişletemez veya değiştiremez (HUMK. M.482).

Bu aşamada "ıslah" kavramı hakkında şu açıklamaların yapılmasında yarar vardır.

HUMK'un 83. ve ardından gelen maddelerinde ıslah kurumu ayrıntılı şekilde düzenlenmiş; 83. maddede, davanın her iki tarafın da, yargılama usulüyle ilgili bir işlemini kısmen veya tamamen ıslah edebileceği, ancak aynı dava içerisinde bu yola sasdece bir kez başvurabileceği; 84. maddede, ıslahın tahkikata tabi olan davalarda tahkikatın, tahkikata tabi olmayan davalarda ise yargılamanın bitimine kadar yapılabileceği belirtilmiştir. Sonraki hükümler, ıslahın şekline ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Bilindiği üzere, ıslah, taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemini, bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan ve karşı tarafın onayını gerektirmeyen bir yoldur.

Eş söyleyişle, ıslah, iyiniyetli tarafın, davayı açtıktan veya kendine karşı bir dava açıldıktan sonra öğrenildiği olgularla ilgili yanlışlıklarını düzeltmesine, eksiklikleri tamamlamasına, bu çerçevede yeni deliller sunabilmesine olanak sağlayan bir kurumdur (YİBK'nun 04.02.1948 gün ve E.1944/10, K1948/3;HGK'nun 16.03.2005 gün ve E:2005/13-97, K:150 sayılı ilamları).

Öğretide ise ıslah, yukarıdaki tanıma benzer, tarafların birinin yapmış olduğu usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi olarak tanımlanmıştır (Kuru:Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: IV, İstanbul 2001, s.3965; Benzeri tanımlar için bakınız: Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım:Medeni Usul İstanbul 2001, s.3965; Benzeri tanımlar için bakınız: Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.266; Pekcanıtez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s.361; Üstündağ Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: I-II, İstanbul 1997, s.549; Bilgen: Hukuk Yargılamasında Islah, Ankara 2010, s.1'de aktarılan tanımlar ve yazarlar; Yılmaz Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2010, s.49-50'de aktarılan tanımlar ve yazarlar).

Öte yandan, öğretide hukuk yargılamasının amacının adaletli karar vermek olduğu belirtildikten sonra, biçimselliğin maddi gerçeğin bir yana bırakılmasına neden olmaması ve ıslahın amacı bakımından "usul ekonomisi" ve "usuli hakkaniyet" ilkelerinden hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Usuli hakkaniyet ilkesinin, biçimselliği hakka varmaya, maddi gerçeği bulmaya, onu adeta yutmasına engel olacak bir anlayış olduğu belirtilmiştir. (Yılmaz:a.g.e., 30, 74, 81).

Islahın konusunun tarafların yapmış oldukları usul işlemleri olduğu gerçek olduğuna göre ıslahla düzeltilecek usul işlemlerinin neler olduğundan söz etmek gerekir. Gerek öğreti, gerekse Yargıtay davanın değiştirebileceğini ve

genişletilebileceğini aynı şekilde savunmanın genişletilebileceğini ilke olarak kabul etmektedir. (Kuru:a.g.e., s.4035;HGK'nun 14.3.2007 gün ve E:2007/2-99, K:141 sayılı ilamı).

Islahın amacı, yargılama sürecinde şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkrabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmak olduğundan hak ve alacağı bu sürecin dışında, ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin ıslah yoluyla düzeltilebilmesi, elbetteki mümkün değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, ıslahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler, velev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırıklarından, usul işlemi olduğu kadar (davayı etkilediği için usul işlemidir) maddi hukuk işlemi mahiyeti taşomaktadır ve bu sebeple, bu işlemlerin de ıslah yoluyla düzeltilmesi imkansızdır. Açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için, ıslahın konusu olamaz (HGK'un 14.01.1953 gün ve E:1/8, K:3;14.3.2007 gün ve E:2007/2-99,K:141 sayılı ilamları).

Öte yandan, özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın 125-140. maddeleri arasında düzenlenen zamanaşımı hakkın ileri sürülmesi engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından , yasanın öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle, dava yoluyla elde edilebilme olanağından yoksun bırakılmaktadır. Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda Devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu halde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber, artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun, kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması gerekir (HGK'nun 05.05.2010 gün ve E:2010(8-231, K:255 sayılı ilamı).

İşte, zamanaşımı hukuki niteliği itibariyle, maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i olup; usul hukuku anlamında ise, bir savunma aracıdır (Kuru:a.g.e., Cilt2, s.1761;Von Tuhr: Borçlar Hukuku (C.Edege Çevirisi), Ankara 1983, Cilt1-2, s.688 vd;Vanbolat:Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, EÜHFDergisi, Cilt:III, Sayı:1, Kayseri 2008, s.255 vd.).

Konuyla ilgisi bakımından HUMK'un 202 ve 482 maddelerine de değinmek gerekir.

Anılan Kanun'un 202; maddesi;"Davalı cevap dilekçesinde karşılık dava da dahil olmak üzere bütün iddia ve savunmaları ile sebeplerini birlikte bildirmeye mecburdur.

Müddeaaleyh cevap layihasını hasmına tebliğ ettirdikten sonra onun muvafakatı olmaksınız müdafaa sebeplerini tevsi veya tebdil edemez. Ancak ıslah haliyle 186. madde hükmü müstesnadır." Hükmünü içermektedir.

Yukarıda belirtilen madde metninden anlaşılacağı üzere, davalı taraf cevap dilekçesinde tüm savunmalarını sebepleriyle bildirmek zorundadır. Cevap dilekçesinin davacıya tebliğinden sonra, savunma sebepleri genişletilemez ve değiştirilemez; eş söyleyişle, cevap dilekçesinde bildirilmeyen def'iler ileri sürülemez; ayrıca, cevap dilekçesindeki savunmanın dayandırıldığı olgular da genişletilemez ve değiştirilemez. Öğreti ve uygulamada "savunmanın genişletilmesi yasağı" veya" savunmayı genişletme yasağı" olarak adlandırılan bu yasağın istisnaları da aynı maddede gösterilmiştir. Bunlar; davacının muvafakati, ıslah ve müddeabbihin temlikidir.

Az yukarıda değinildiği üzere, "savunmanın genişletilmesi yasağı"nı düzenleyen HUMK. 202. maddenin 3. Fıkrasında, ıslahla savunma sebeplerinin genişletilebileceği veya değiştirilebileceği açıkça belirtilmiştir. HUMK'un 202. maddesinin 3. fıkrasında "Ancak ıslah hali…müstesnadır" ifadesini yer aldığına göre, ıslah yolu ile savunmanın genişletilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmalı; dolayısıyla zamanaşımı def'inin sonradan ıslah yolu ile ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, m.202/3.fıkrasındaki " Ancak ıslah hali…müstesnadır" hükmünün hiçbir anlamı kalmayacaktır.

Öte yandan sözlü yargılama usulür.de savunmayı genişletme yasağının düzenlediği HUMK.un 482. Maddesinde ise;"İki tarafın neticei iddiaları zapta kaydolunur. Bundan sonra feragat, ıslah, münazaalı şeyin ahara temliki halleri müstesna olmak üzere, iki taraf ittifak etmedikçe neticei iddialarını tepdil veya tevsi edemezler. Fakat tahkikat bitinceye kadar neticei iddialarını teyiz için yeni delil ibraz ve ikame edebilirler. "hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, HUMK'un 482. maddesi yukarıda yazılı yargılama usulünde savunmayı genişletme yasağını düzenleyen 202. maddesi ile paralel bir düzenlemeyi içermekte olup; maddede genişletme yasağını düzenleyen 202. maddesi ile paralel bir düzenlemeyi içermekte olup; maddede (m.482) "…ıslah… müstesna olmak üzere…" ila ilavesine yer verildiğine göre, yukarıda varılan sonuç gibi, sözlü yargılama usulünde de ıslah yolu ile savunmanın genişletilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmalı; dolayısıyla zamanaşımı def'inin sonradan ıslah yolu ile ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, 482. maddenin ikinci cümlesinde geçen "…ıslah…müstesna olmak üzere…" ibaresinin de bir anlamı olmayacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, zamanaşımı (HUMK. M187 kapsamında bir ilk itiraz olmayıp) maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i ve savunma aracı olup, davanın başında , süresinde verilecek maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i ve savunma aracı olup, davanın başında, süresinde verilecek cevap dilekçesinde (veya sözlü yargılama usulünde ilk oturumda esasa girişilmeden önce) ileri sürülmelidir.

Zamanaşımı def'inin, yukarıda belirtilen aşama geçildikten sonra ileri sürülmesi, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi anlamına gelir. Bu durum ise, karşı tarafın izni (açık veya zımni) olmaksızın yada ıslah yoluna gidilmeksizin yapılırsa geçerli değildir.

Görüldüğü üzere, zamanaşımı def'i, unutma veya benzeri nedenlerle , davanın başında ileri sürülmemiş olabilir. Daha sonra bu durumun farkına

varılırsa, ıslah yoluyla ileri sürülebilmesi gerekir.

Öğretide, yasal süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmiş olup olmamasına göre bir ayırıma gidilmiş ise de, genellikle zamanaşımı def'i, unutma veya benzeri nedenlerle, davanın başında ileri sürülmemiş olabilir. Daha sonra bu durumun farkına varılırsa, ıslah yoluyla ileri sürülebilmesi gerekir. Öğretide, yasal süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmiş olup olmamasına göre bir ayırıma gidilmiş ise de, genellikle zamanaşımı def'inin ıslah yoluyla sonradan ileri sürülebilmesi olanağının bulunduğu kabul edilmektedir. (Postacıoğlu:Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, s.177;Ansay:Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s.192-193;Berkin:Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.145;Kuru:a.g.e.,s.3970;Yılmaz:a.g.e.,s.402;Pekcanıtez/Atalay/Özekes:a.g.e,s.362;Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım:a.g.e., s.262;Tanrıver:Makalelerim II "Yazılı Yargılama Usulü Bağlamında Islaha Başvuru Sureti İle Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Sorunu Üzerine Bazı Düşünceler" adındaki makalesi, Ankara 2011, s.242).

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 19.02.1958 gün ve E:4-23, K:16; 13.02.1963 gün ve E:4-51,K:19 sayılı kararlarında da, sonradan ıslah yoluyla zamanaşımı def'inin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde bu konu değişik yönleriyle tartışılmış, azınlıkta kalan görüş sahipleri; "Esasa cevap süresi içerisinde verilen cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen zamanaşımı def'inin, sonradan ıslah yoluyla ileri sürülmesine karşı tarafın (davacının) hiç veya hemen karşı çıkmaması halindeki bu yeni ve genişletilmiş savunmanın zımnen kabul edilmiş savulacağı ve davalı yararına kazanılmış hak oluşturacağı, davacının daha sonra bu savunmayı genişletmeye itiraz ederek, kazanılmış hakkı ortadan kaldıramayacağı gibi, süresinde ileri sürülmeyen zamanaşımı def'inin karşı taraf (davacı) yararına kazanılmış hak oluşturacağı, kazanılmış hakların ise ıslah yolu ile bertaraf edilemeyeceği, aksi halde davacıya tanınmayan bir olanağın davalıya verilmesinin "menfaatler dengesine" ve Anayasanın 10.maddesindeki "eşitlik ilkesine" aykırı oluşturacağı;

Zamanaşımı savunmasının ıslah yolu ile ileri sürülebileceğinin kabulü halinde; süresi içinde zamanaşımı savunması ile karşılaşmayan veya süresinden sonra ileri sürülen zamanaşımı savunmasına karşı çıkarak bu yöndeki savunmanın reddini sağlayan ve davayı yürütmek için masraf ve emek harcayan davacının, davada ıslah yoluna gidilip gidilemeyeceği, harcadığı emek ve masrafların boşa gidip gitmeyeceği endişesine kapılmasına neden olunacağı, ıslahın kabul edilmesi ile de aylarca veya beklide yıllarca süren işlemler yok sayılacak, bu suretle hukuki güvenliğin zedeleneceği, yapılar masraflar ve harcanan emeğin boşa gideceği, bu durumda, zamanaşımına uğramış bir borcun dava edilmesinde davacının kusuru olduğu ve bunun sonuçlarına katlanması gerektiği gibi bir düşünce ileri sürülebilir ise de, zamanaşımına uğrayan borcun sona ermeyip, dava ve takip edilebileceği; ödenmesi halinde, ödenen miktarın sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenemeyeceği gözetildiğinde, bu yöndeki düşüncenin doğru olmayacağı; bu durumda, ıslahın geçerli kabul edilmesi, usul kurallarının amacı ile de bağdaşmayacağı;

Zamanaşımı def'inin, hak ve düşürücü nitelikte olan on (10) günlük esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülmesi gerektiği, yasal sürelerin ıslahla etkisiz

hale getirilemeyeceği;

Nihayet, zamanaşımı def'inin ıslah yolu ile sonradan ileri sürülebilmesinin kabulü halinde, bunun " yargılamayı uzatabileceği" gibi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 2. maddesindeki "hakkın kötüye kullanılması" olarak bile değerlendirilebileceği," Gerekçeleriyle, ıslah yolu ile zamanaşımı def'inin sonradan ileri sürülebilmesine karşı çıkmışlar ise de; çoğunluk bu görüşe katılmamıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, ıslah kurumu, gerçekten iyi niyetli ve fakat davayı açarken veya dava sırasında istemeyerek haytalı davranan veya durumu iyi değerlendiremeyen taraflar bakımından yararlı bir yoldur.

Ne var ki, ıslah kötüniyetli tarafın amaçları için de "kullanılmaya" açık olup; bu olgu, ıslah kurumuna gölge düşürecek niteliktedir.

Buna paralel olarak, ıslah belirtilen yararlarına karşın, davanın uzamasına da neden olabilir. Kanunkoyucu bu gibi sakıncalarıda düşünerek, ıslahı sıkı koşullara bağlamaya çalışmıştır.

İşte, HUMK'un 23.01.2008 tarih ve 5728 Sayılı Kanun'un 11.maddesi ile değişik 90. maddesi, bu sakıncayı gidermeye yönelik bir hükümdür. Alınan 90.madde; "Islahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir. Ayrıca, mahkemece kötüniyetle ıslaha başvuranai karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarının tazmininin yanı sıra ikiyiz Türk Lirasından beşyüz Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir." Hükmünü içermektedir.

Bu madde hükmüne göre, ıslah hakkının salt olarak karşı tarafı rahatsız etmek veya davayı uzatmak gibi kötü bir amaçla kullanıldığı, delillerle veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, bu durumda ıslahı hiç yapılmamış gibi kabul edip; ıslah öncesindeki hukuki durumu dikkate alarak bir karar vermelidir.

Ayrıca mahkeme, ıslah isteminde bulunan tarafı, diğerinin her türlü zararını ödemeye mahkum ettikten başka, idari para cezası ile de mahkum eder.

Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için, ıslaha başvuranın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi bir amacı bulunmalıdır. Kanun, karşı tarafın kötü amacını "gibi" kelimesini kullanarak geniş bir yorumla ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Islah yoluna başvuran tarafın, kötü niyetle davrandığının kesin ispatı gerekmez. Mahkemeye, bu konuda geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Dava dosyasında ıslah yoluna başvuran tarafın, kötü niyetinin bulunduğunu gösteren belirtilerin bulunması, 90. maddenin uygulanması için yeterlidir.

Nitekim, anılan madde hükmünde geçen "belirtilerle anlaşılırsa" ibaresi bu durumu teyit etmektedir. Anılan madde hükmü, TMK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "dürüstlük kuralı" nın özel bir düzenlemesi niteliğinde olup; davada dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınmalıdır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 04.02.1948 gün ve E:1944/10, K:1948/3 Sayılı kararın gerekçesinde, "iyi niyet sahibi olan taraflar",

"iyiniyetli tarafın" denilmek suretiyle, davada dürüstlük kuralına vurdu yapılır; ıslah kurumunun bu çerçevede değerlendirilmesi halinde amacına ulaşacağı belirtilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; davacının hizmet sözleşmesiyle çalıştığı işyerinde bir kısım işçilik alacaklarının tahsili istemiyle 05.01.2005 harç tarihli dava dilekçesiyle davalı SGK aleyhine eldeki davayı açtığı; bu arada 19.01.2005 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un yürürlülüğe girdiği, anılan Kanunun 4/1-(c) bendi gereği husumetin Sağlık Bakanlığına yöneltilerek yargılamaya devam edildiği; davalı Bakanlığa dava dilekçesi 22.06.2005 tarihinde yapılan oturumda tebliğ edilmiş ve bir sonraki oturumun 11.10.2005 tarihine ertelendiği; davalı Sağlık Bakanlığı vekili, dava dilekçesinin tebliğ edildiği oturum tarihinden (22.06.2005) sonra ve fakat bu oturumun ertelendiği tarihin (11.10.2005) öncesinde cevap dilekçesini 07.07.2005 tarihli hakim havalesi ile dosyaya ibraz ettiği, anlaşılmaktadır.

Bu aşamada, Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde, dava dilekçesinin tefhim tarihi dikkate alındığında, husumetin yöneltildiği davalı Sağlık Bakanlığının cevap dilekçesinin yasal süresi içerisinde mahkemeye ibraz edildiği oybirliği ile benimsenmiş ve tartışmalar da bu kabul çerçevesinde yapılmış olup; yasal süresinden sonra cevap dilekçesinin ibrazi ile hiç cevap dilekçesi verilmemiş olması hallerinde, ıslah yolu ile sonradan zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunun tartışma dışında bırakıldığının belirtilmesi gerekir.

Öte yandan, davalı Sağlık Bakanlığı vekili 25.03.2009 havale tarihli ıslah dilekçesiyle; davacının dava dilekçesinde bir kısım işçilik alacaklarını talep etmiş ise de, bu dalebinin hangi yıllara ait olduğunu açıkça belirtmediğini, bu nedenle cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inin göz önünde bulundurulamadığını kıdem tazminatı dışındaki taleplerin zamanaşımına uğradığı belirterek, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Sağlık Bakanlığı vekilinin 25.03.2009 tarihli zamanaşımı def'ini içeren ıslah dilekçesi, davacı vekiline 08.04.2009 tarihinde tebliğ edilmiş; davacı vekili de, 05.05.2009 havale tarihli dilekçesinde ve tebliğ tarihinden sonraki ilk oturumda (07.05.2009 tarihinde) zamanaşımı def'inin yasal süresi içerisinde ileri sürülmediğini belirterek, bu ıslah edilen yeni savunmaya karşı çıktığı belirgindir.

Yukarıda belirtildiği üzere, zamanaşımı maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i ve savunma aracı olup, davacının başında, süresinde verilecek cevap dilekçesinde (veya sözlü yargılama usulünde ilk oturumda esasa girişmeden önce) ileri sürülmelidir.

Zamanaşımı def'inin, yukarıda belirtilen aşama geçildikten sonra ileri sürülmesi, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi anlamına gelir. Bu durum ise, karşı tarafın izni(açık veya zımni) Olmaksızın yada ıslah yoluna gidilmezse geçerli değildir.

Zamanaşımı def'i, unutma veya benzeri nedenlerle, davanın başında ileri sürülmemiş olabilir. Daha sonra bu durumun farkına varılırsa, ıslah yoluyla ileri sürülebilmesi gerekir.

Aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak; davalının ıslah yolu ile savunmasını genişletebilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmalı; dolayısıyla zamanaşımı def'inin sonradan ıslah yolu ile ileri sürülebileceği kabul eidlmelidir.

O halde, davalı Sağlık bakanlığı vekilinin yasal süresi içerisinde ibraz edilen cevap dilekçesinde herhangi bir nedenle ileri süremediği zamanaşımı def'ini, sonradan ıslah yoluyla ileri sürmesinde usule aykırı bir yön bulunmayıp; ıslah edilmiş bu yeni savunmaya karşı tarafın (davacının) itiraz etmesinin de, sonuca bir etkisi bulunmamaktadır.

Ayrıca eldeki dava dosyasında, davalı tarafın savunmayı genişletmek ve değiştirmek için başvurduğu ıslahın, davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi bir kötüniyetli düşüncelerle yapıldığına ilişkin delil veya bu yönde herhangi bir belirtiye de rastlanmamıştır.

Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davalı tarafın, esasa cevap süresi içinde ileri sürülemediğinden davacı tarafın savunmanın genişletilmesi yönündeki itirazı ile karşılaşması mümkün olan zamanaşımı defi'ni, sonradan ıslah yoluyla ileri sürebiliceğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: 1) Yukarıda (I) nolu bentte gösterilen nedenden dolayı davalı SGK vekilinin temyiz dilekçesinin REDDİNE, 09.02.2010 gününde yapılan ilk görüşmede oybirliği ile,

2) Yukarıda (II) nolu bennte belirtilen nedenlerden dolayı davalı Sağlık Bakanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429 maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 06.04.2011 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

BOŞANMADA TAZMİNAT • KUSUR KOŞULU

ÖZET: Boşanma sebebiyle zarara uğrayan kusursuz veya daha az kusurlu olan tarafın, kusuru fazla olan diğer taraftan maddi ve manevi tazminat isteyebilme hakkı bulunmaktadır. Burada önemli olan husus; eski kanunda tazminat hakkının doğması için aranan "kusursuzluk" olgusunun kaldırılmış olmasıdır.

Y.HGK E: 2010/2-751 K: 2011/96 T: 13.04.2011

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacı tanıklarının beyanlarında geçen olayların davacı ve üçüncü kişilerden duyuma dayalı olması nedeniyle itibar edilemeyeceğine, toplanan delillerden evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesinde kocasına hakaret eden, birlikte kalmaktan kaçınan davacı kadın ile yabancı bir kadınla sık sık telefon görüşmesi yaparak güven sarsıcı davranışlar sergileyen davalı kocanın eşit kusurlu olduklarının anlaşılmasına göre davalının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2) Eşit kusurlu davacı eş yararına maddi ve manevi tazminata hükmolunması doğru görülmemiştir. (TMK.md 174/1,2)…") gerekçesiyle hükmün yukarıda 2.bentte gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu şair yönlerin ise yukarıda 1.bentte gösterilen nedenle ONANMASINA…) Gerekçesiyle bozularak dosya terine 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, boşanma, velayet, nafaka ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı kocanın evliliğin lk günlerinden itibaren karısı ve evini ihmal ettiği, ihtiyaçları ile ilgilenmediğini, yabancı uyruklu bir kadınla ilişkisi olduğu ve davacıya dayak attığını, bu davranışların evlilik birliğini çekilmez hale getirdiğini beyanla, tarafların boşanmalarına, müşterek çocuklarının velayetinin davacı anneye bırakılmasına, davacı ve müşterek çocuk yararına nafaka tayini ile boşanmada kusuru bulunmayan davacı yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davalı kocanın kötü muamelede bulunduğu iddialarının gerçeği yansıtmadığını, taraflar arasındaki huzursuzluğun nedenini davacı kadının yaşadıkları şehri sevmemesi ve ikinci çocuklarını aldırmasına izin vermemesi nedeniyle düşürmesi olduğunu belirterek davanın reddini talep etmiş, bilahare artık davalının da boşanmak istediğini bildirmiştir.

Yerel mahkemece, davalı kocanın yabancı uyruklu kadınla ilişkisi olduğu, bu yüzden aralarında çıkan tartışmada davalının davacı karısına tokat attığı, kadının da kocasına hakaretlerde bulunduğu, bu duruma göre kocanın kusurunun daha ağır olduğu, kadının boşanma ile evlilik birliğinin sağladığı haklardan yoksun kalacak olması ve evliliğin devamı sırasında kocanın yabancı kadınla ilişkisi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiği gerekçesiyle tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesine, müşterek çocuk yararına iştirak nafakası takdirine, davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine verilen karar Özel Daire'ce yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmuş, yerel mahkemece, kanaate varılırken davalı tanıklarının

beyanları dikkate alındığı gibi davalının 24 saat içinde yabancı uyruklu bir bayanlı yaptığı sık telefon görüşmelerinin de kanaatin oluşmasına etkili olduğu, kocanın davranışının evlilikte olması gereken güven ve sadakat duygusunu yok edecek nitelikte olduğu, karısını tartaklayan kocaya hakaret eden kadının bu davranışını eşit kusur olarak görmenin adalet duygusunu zedeleyeceği, geçimsizlikte kadının kocaya göre daha az kusurlu olduğu gerekçesi ile maddi ve manevi tazminat yönünden önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmektedir.

Karar, bozma ve direnmenin kapsamına göre yerel mahkeme kararının tarafların boşanmasına, müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesine ve nafaka tayin ve takdirine ilişkin kısımları kesinleşmiştir. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, boşanmaya neden olan olaylarda davalı kadının kusurunun eşit olup olmadığı buna göre davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği noktalarda toplanmaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrası "Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaydan hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır" hükmünü taşımaktadır. Buna göre; Türk Medeni Kanunu 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, görülmekte olan dava ise 01.06.2007 tarihinde açılmış olduğundan, olayda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca maddi ve manevi tazminat talepleri boşanmanın eşlerle ilgili mali sonuçlarından biridir. Anılan Kanun'un 174. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceği belirtilmiş;

2. Fıkrasında ise boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun bir para isteyebileceği öngörülmüştür. Maddenin anlatımından görüldüğü üzere maddi tazminat istenebilmesi, tazminat isteyenin kusursuz veya daha az kusurlu olması, tazminat istenenin kusurlu olması yanında bir zararın ile nedensellik bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenmiş olan eş kusursuz veya az kusurlu ise maddi tazminata hükmedilebilir. Bilindiği üzere (Mülga) 743 sayılı Türk Kanunu Maddesini maddi tazminata hükmedilebilmesi için tazminat isteyenin kusursuz olmasını (Yargıtay uygulamasına göre boşanmaya yeterli bir kusurun bulunmamasını) ararken, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kusursuz veya daha az kusurlu tarafın maddi tazminat talebinde bulunabileceği belirtilmiş, 4721 Sayılı Kanun ile kendisinden maddi tazminat istenenin kusurlu olması konusunda ise (Mülga) 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerine nazaran değişiklik yapılmamıştır. Bunun yanında 743 Sayılı Kanun'un 143. maddesinde yer alan mevcut ve hatta muntazar bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan ifadesi 4721 Sayılı Kanun'un 174. maddesi hükmünde mevcut ve beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen ifadesine dönüştürülmüştür,

maddi tazminatta zarar koşulunda bir değişiklik yapılmamıştır.

Öte yandan, manevi tazminat, bozulan manevi dengenin yerine gelmesi için kabul edilmiş bir telafi şeklidir, boşanmaya sebep olan olayların kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi halinde manevi tazminata hükmedilir. Bu yönde 743 Sayılı Kanun'un 143. maddesi uyarınca, boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler, kabahatsiz karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise hakim manevi tazminat namıyla muayyen bir meblağa hükmedebilir iken 4721 Sayılı Kanun'un 174. maddesi uyarınca boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf daha kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat isteyebilir.

Yukarıda belirtilen maddi tazminat talebinde bulunabilme şartları gibi, manevi tazminat talebinin kabul edilebilmesi yönünden de tazminat isteyenin kusursuz veya az kusurlu olması, zarar oluşması, nedensellik bağı bulunması ve hukuka aykırılık unsurlarının bulunması gerekmektedir. 743 Sayılı Kanun'da yer alan davacının kusursuz olması şartı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan çırakılmış, davalının kusurlu olması yeterli görülmüştür. 743 sayılı Kanun'un 143. Maddesinde yer alan şahsi menfaatleri, kişisel değerler olarak tanımlayabiliriz. Kişisel değerler maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerler ile onu, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam gibi manevi değerler kişisel değerler olarak kabul edilmektedir. 743 Sayılı Kanun uyarınca manevi tazminat istemi için kusursuz eşin kişisel değerlerinin zedelenmesi ağır surette olmalıydı. 4721 Sayılı Kanun ile "şahsi menfaatleri ağır bir surette helalder olma" deyimi "kişilik hakkı saldırıya uğrayan" şeklinde değişmekle artık manevi tazminat istenebilmesi için kusursuz ya da az kusurlu eşin kişisel değerlerinin zedelenmesi şartı aranmakta olup; kişisel değerlerin zedelenmesinin ağır surette olması zorunlu değildir. Öte yandan, emdirici hukuk kurallarına, ahlâka, örf ve adetlere ilişkin kuralların ihlali o eylemi hukuka aykırı hale getirir. Bu kurallardan birinin ihlali de eşin bir başkasıyla yaşıyor olması, ilişki kurması hali gibi sadakat yükümüne aykırı hareketi veya güven sarsıcı hareketi ile meydana gelir ve manevi kişiliği, ruhsal bütünlüğü saldırıya uğrayana manevi tazminat talebinde bulunma hakkını verir. Öte yandan bu eylemler 4721 Sayılı Kanunun 185. maddesinde yerini bulan ve evlilik birliğinin süresince devam etmesi gereken, eşlerin yasal olarak birbirine karşı hak ve yerini bulan evlilik birliğinin süresince devam etmesi gereken, eşlerin yasal olarak birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerinden olan sadakat yükümüne de açıkça aykırılık oluşturulması nedeniyle kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir.

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde ise kişilik haklarına yapılan saldırının niteliği ve tarafların ekonomik sosyal durumu da nazara alınmalıdır. Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 4721 Sayılı Kanun'un 174. maddesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, maddi ve manevi tazminat davasının boşanma kararından sonra da açılabilen bir dava olması, boşanmış olanlara halen "eş" demenin mümkün olmaması nedeniyle 743 sayılı Kanunun 143. maddesinde yer alan "eş" sözcüğü yerine "taraf" sözcüğü kullanılmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; tarafların 2004 yılında evlendikleri, bu evliliklerinden 2005 doğumlu müşterek çocukları bulunduğu, yerel

mahkemece 4721 Sayılı Kanun'un 166. maddesi uyarınca verilen "tarafların boşanmalarına, müşterek çocukların velayetinin davacı anneye verilmesine" dair kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere 1086 sayılı Hukuk Usulü muhakemeleri Kanunun 254. Maddesi uyarınca aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanı değerden düşürücü bir sebep sayılamaz. Dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettikleri kabule yeterli delil ve olgu da yoktur.

O halde, toplanan deliller ve özellikle davalıya ait telefon kayıtlarının dökümünden davalının yabancı uyruklu bir kadın adına kayıtlı telefon ile yaptığı yoğun telefon görüşmeleri ve davacı tanıkları ile gerekse bir kısım davalı tanıklarının beyanları uyarınca davalının yabancı uyruklu kadın ile evlilik dışı ilişkisi bulunduğu, bu durumun 4721 Sayılı Kanun'un 185. maddesinde düzenlemesini bulan sadakat yükümüne aykırı davranış teşkil ettiği, bu nedenle davalı kocanın boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu, davalı kocasının sadakat yükümüne aykırı davranışı karşısında davacı kadının davalıya karşı sözlerinin tepki olarak söylendiğinin kabulü gerekir ve sarf ettiği sözler nedeniyle eşit kusurlu sayılması olanaklı değildir. Hal böyle olunca boşanma sonucu diğerinin maddi desteğini yitirecek olan davacı kadın yararına maddi tazminata hükmedilmesi ve ayrıca davalının ağır kusur teşkil eden sadakatsizliğin davacı kadının kişilik haklarına teşkil etmesi nedeniyle kişilik hakları saldırıya uğrayan ve eşit kusurlu olmayan kadın lehine manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği açıktır. Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında yerel mahkemenin davalı kocanın boşanmaya sebep olan olaylarda ağır kusurlu olduğuna ve davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin direnme kararı uygun ve yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece hükmedilen maddi ve manevi tazminat miktarına ilişkin davalının diğer temyiz itirazları incelenmemiş olup, dosyanın temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan dosyanın maddi ve manevi tazminat miktarına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için 2.HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, 13.04.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURU • BOŞANMADA KOŞULLARIN GERÇEKLEŞMESİ

ÖZET: Eşlerin birbirlerine karşılıklı davranışlarından evlilik birliğinin boşanma noktasına geldiği anlaşılmaktadır. Burada davacının daha fazla kusurlu olması sonucu etkilemez; zira davalı da kusurludur.

Y.HGK E: 2011/2-1 K: 2011/139 T: 13.4.2011

(...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davacının eşine fiziki şiddet uyguladığı, davalının da kocasına hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylara göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı ziyade kusurlu ise de, davalı da, kusurludur. Olayların akışı karşısında davalının davaya itirazı, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuk bakımından korunmaya değer bir yarar kalmadığı, Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi şartlarının oluştuğu görülmektedir. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre boşanmaya (TMK. M. 166/1-2) karar verilecek yerde davanın reddi doğru bulunmamıştır...) 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;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 13.04.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURU

•

KARŞILIKLI AÇILAN DAVALARIN KABULÜ

ÖZET: Eşlerin her ikisininde kusurlu olduğu anlaşıldığına göre, her iki tarafın karşılıklı açtığı davaların kabulüne karar verilmelidir.

Y.HGK E: 2011/2-145 K: 2011/282 T: 04.05.2011

(...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden tarafların her ikisininde karşılıklı olarak evlilik birliğine ilişkin görevleri yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde her ikiside eşit kusuru ile evlilik birliği temelinden sarsıldığı gerçekleşmiştir.

Bu durumda davacı-davalı koca da dava açmakta haklıdır. Kocanın davasının da kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen nedenlerle bozulmasına, bozma sebebine göre davacı-davalının kadının davasına ilişkin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına…) Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararına açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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: Davanın temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 04.05.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

BOŞANMA KOŞULU • KANITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZET: Evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek ölçüde temelinden sarsıldığının anlaşılması halinde boşanma kararı verilmelidir.

İnandırıcı olmayan yetersiz tanık beyanlarına istinat edilerek boşanma kararı verilemez.

Y.HGK E: 2011/2-229 K: 2011/326 T: 18.05.2011

(...Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2 maddesi uyarınca; boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacı tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirince hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır…) Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan

yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, 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: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının temyiz edene iadesine, 18.05.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

AİLE KONUTU ŞERHİ • BOŞANMANIN SONUÇLARI

ÖZET: Aile konutu şerhi boşanma kararının kesinleşmesiyle ortadan kalkar. Şerhin şeklen sicil kaydında yer alması bu sonucu değiştirmez.

Y.1.HD. E: 2010/728 K: 2010/2047 T: 25.02.2010

Davacı, davalı ile boşandıklarını, kayden maliki bulunduğu 396 ada 28 parsel 9 nolu bağımsız bölümün evlilik birliği sona ermesine rağmen davalı tarafından haksız olarak işgal bağımsız bölümün evlilik birliği sona ermesine rağmen davalı tarafından haksız olarak işgal edildiğini ileri sürerek elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerinde bulunmuştur.

Davalı, dava konusu bağımsız bölümünün aile konutu olduğunu belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu taşınmazın aile konutu olması nedeni ile davalı tarafından kullanımının hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava bağımsız bölüme elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden, çekişme konusu taşınmazın kayden davacıya ait olduğu, davalının taşınmazda mülkiyetten kaynaklanan bir hakkının bulunmadığı, ancak taşınmazı tasarruf ettiği, esasen tarafların karı koca oldukları taşınmazın sicil kaydında Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde öngörüldüğü şekilde aile konutu şerhi bulunduğu nevarki, görülen boşanma davası neticesinde kurulan boşanmaya dair hükmün 4.2.2008 tarihinde kesinleştiği öte yandan, eldeki davanın açılmasından önce sicil kaydında yer alan aile konutu şerhinin terkini isteği ile 29.5.2008 tarihinden açılan davanın kabul ile sonuçlandığı ve 14.9.2009 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde öngörülen aile konutu şerhi tarafların boşanmaları ve boşanma kararının kesinleşmesi ile dayanağı ve hukuki neticeleri ortadan kalkar. Bir başka deyişle yolsuz niteliğe dönüşür. Şerhin şeklen sicil kaydında yer alması kayıt maliki olmayan boşanan eşe herhangi bir hak bahşetmez. Şerhin eldeki davadan sonra

terkin edilmiş olmasıda neticeye etkili değildir.

Hal böyle olunca, çapın sağladığı TMK'nın 683. md.'den kaynaklanan mülkiyet hakkında değer verilmek suretiyle elatmanın önlenmesi isteğinin kabulüne ve boşanma davasının kesinleşmesinden eldeki davanın açılma tarihine kadar olan süre için belirlenecek ecrimisile de karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ve yasal olmayan gerekçelerle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir. Davacının temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile kararın HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 25.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

EĞİTİME DEVAM EDEN ÇOCUK • NAFAKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ÖZET: 19 yaşında lise mezunu çocuğun üniversite hazırlık kurslarına da devam ettiği dikkate alındığında, bir süre daha babasının ekonomik yardımına ihtiyacı olduğu kabul edilmelidir.[1]

Y.3.HD. E: 2008/15718 K: 2008/16244 T: 07.10.2008

Davada; davacının davalının oğlu olduğu, önceki iştirak nafakası olan 125 YTL davacının reşit olmasıyla son bulduğu şimdi ise davacının liseyi bitirdiği, üniversiteye hazırlandığı, hazırlık için dersaneye gittiği, davalıdan (babadan) aylık 400 YTL yardım nafakası talep edilmiş, mahkemece; davacının liseyi bitirdiği, üniversiteyi kazanamadığı gerekçesiyle davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

TMK 364. maddesi, "Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür." Yasasını 328.maddesinde "çocuk ergin olduğu halde eğitimine devam ediyosa ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenecek ölçüde olmak üzere, eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür." hükmünü getirmiştir.

Somut olayda davacı 20.07.1989 doğumlu olup, 19 yaşında lise mezunu bir işte çalışmaz ve üniversite hazırlık kursuna devam etmektedir.

Ancak; davacının üniversite sınavlarını kazanıp, üniversite eğitimi yapabilmesi için üniversite hazırlık kursuna gitmesi gerektiği gözününe alındığında bir süre daha ekonomik olarak babasının yardımına ihtiyacı vardır.

O halde mahkemece; ülke şartları göz önüne alınarak üniversite eğitimi yapmak isteyen davacının bu isteği olağan karşılanarak üniversite sınavlarını kazanması için babasının ekonomik desteğine ihtiyacı olduğu gözetilerek yardım nafakası alması gözetilmeden yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 7.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

---

[1] Gönderen Av.Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

GAYRİMENKUL TELLALLIĞI • YASADAN DOĞAN ŞEKİL KOŞULU

ÖZET: Gayrimenkul tellallığı sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Bu husus yasadan doğan mutlak bir şekil ve geçerlilik koşuludur.

"Emlak görme belgesi" başlığıyla düzenlenen sözleşmenin geçerli bir gayrimenkul tellallığı sözleşmesi olduğundan söz edilemez.[1]

Y.3.HD. E: 2010/12894 K: 2010/16291 T: 12.10.2010

Davacı vekili dava dilekçesinde, emlak komisyonculuğu yapan davacının davalıya ev gösterdiğini, davalının davacıyı devre dışı bırakarak mal sahibi ile anlaşıp evi katın aldığını, komisyon bedeli olarak taşınmaz bedelinin % 6'sı 6.000 TL'nin ödenmesi için icra takibi başlatıldığını belirterek takibe vaki itirazın iptalini talep etmiştir.

Mahkemece, davalının satın aldığı eviçin davacının aracılık ettiğini, 67.000 TL satış bedelinin % 6'sı 4.020 TL'den BK, 161/son maddesi gereğince indirim yapılarak 3.000 TL için itirazın iptaline ve icra inkar tazminatının tahsline karar verilmiş, hükmü davalı vekili temyiz etmiştir.

BK'nın md. 404/3'e uyarınca "gayrimenkul tellallığı sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerlik kazanmaz" hakmünde yer alan şekil koşulu geçerlilik şartıdır. Şekil, sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü takdirde yazılı sözleşmenin tellallık sözleşmesinin unsurlarını kapsaması gerekir. Taraflar arasında düzenlenen belge ise "emlak görme belgesi" başlığını taşımakta, sözleşme metninde ise yalnızca söz konusu taşınmazın gösterildiğinden ve ceza koşulundan söz edilmektedir.

BK'nın 404/ilk hükmüne göre tellal ücret karşılığında bir aktin icrasına aracılık etmeyi üstlenir. Bu unsurları içermeyen "emlak gösterme belgesi" olarak düzenlenen yazılı belge tellatlık sözleşmesi olarak geçerli sayılamaz. Bu itibarla taraflar arasındaki hukuki ilişki tellallık sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

O nedenle davanın, reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

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, 12.10.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

[1] Dergimizin bu sayısında yayımlanan 29.09.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

REŞİT OLAN ÇOCUK • EĞİTİME DEVAM ETME • NAFAKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ÖZET: Kural olarak reşit olan çocuğun nafaka almaması gerekir ise de; reşit olan çocuk eğitimine devam ediyorsa babanın çocuğuna bakma yükümlülüğü devam edeceğinden nafaka ödeme yükümlülüğünün de devam edeceği kabul edilmelidir. [1]

Y.3.HD. E: 2010/22576 K: 2011/1865 T: 15.02.2011

Davacı vekili dava dilekçesinde, boşanma kararı ile birlikte davalı kızına iştirak nafakası bağlandığını, davalının reşit olması nedeniyle iştirak nafakası şartlarının ortadan kalktığını belirterek davalının reşit olduğu 19.05.2010 tarihinden itibaren iştirak nafakasının kaldırılmasını talep etmiştir.

Davalı vekili cevabında, davalının 19.05.2010 tarihinde reşit olduğunu, Bursa Mesleki Açıköğretim Lisesinde öğrenci olduğunu, ihtiyaçlarının arttığını, nafakaya ihtiyacı olduğunu beyan etmiştir.

Mahkemece; davanın kabulü ile davalının reşit olduğu 19.05.2010 tarihi itibariyle iştirak nafakasının sona ermiş olduğunun tespitine karar verilmiş, hükmü davalı vekili temyiz etmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 328/1. maddesine göre; ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olması ile kalkar. Ancak, 328/11 hükmüne göre de "Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler".

O halde 4721 sayılı Medeni kanun ile getirilen 328/11. fıkra hükmüne göre, ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına rağmen eğitimi devam ettiği takdirde kalkmamakta, devam etmektedir. (388/1). Çocuğun MK. 364. maddesi uyarınca ayrıca dava açmasına lüzum yoktur.

Davada, davalının reşit olmasına rağmen okul yazısına göre Mesleki Açıköğretim Lisesi Güzellik ve Saç Bakım Hizmetleri Bölümü 1.Sınıf öğrencisi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda hiçbir malvarlığı ve geliri bulunmayan davalıya eğitimi sona erinceye kadar davacı babanın bakma yükümlülüğü devam ettiğine göre, mahkemece; davananın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince (**BOZULMASINA**), ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

[1] Gönderen Av.Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK ZARARI • KAMU ARAÇLARI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Kamu araçlarının trafikte verdiği zararlardan dolayı İdare Kamu Hukuku kurallarına göre değil "işleten" sıfatıyla Özel Hukuk Kurullarına göre sorumlu olduğundan davaya Adli Yargıda bakılmalıdır.[1]

Y.4.HD. E: 2009/13216 K: 2009/14278 T: 16.12.2009

Dava, görevine giden kamu görevlisinin trafik kazası nedeniyle ölümden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi isteğine ilişkindir. Yerel mahkemece yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesi reddedilmiş; karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 106. maddesi gereğince genel bütçe içinde yer alan dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların yol açtıkları zarardan dolayı, bu Yasa'nın işletenin hukuki sorumluluğuna ilişkin kuralları uygulanır. Aynı Yasa'nın "İşletenin Hukuki Sorumluluğu" başlığı altında 85 ve izleyen maddelerinde motorlu araçların trafik kural ve gereklerine aykırı davranışları nedeniyle meydana gelen zarardan dolayı gerçek ve özel kişilerle kamu tüzel kişilerinin ayrım yapılmadan aynı sorumluluk kurallarına bağlı olmaları ön görülmüştür.

Açıklanan bu yasal düzenlemeye göre Yasa, kamu idare ve kurumlarına ait ve bu arada kamu hizmetine özgülenen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı, trafik olaylarından doğan zararın özelliği göz önünde tutularak kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit koşullarda aynı ilkelere göre sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmiştir. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın getirdiği bu düzenlemeler gereğince, kamu araçlarının verdikleri zararlardan dolayı idare, kamu hukuku kurallarına göre değil "işleten" olarak özel hukuk kurallarına göre sorumlu tutulabilecektir.

Bu durumda, davalıya ait cankurtaranın yoldan çıkarak devrilmesi nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan zararın ödetilmesi isteği ile açılan davanın, bu kuralları uygulamakla görevli adli yargı yerinde görülmesi gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yasal düzenlemeler gözetilmeyerek, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 16.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

---

[1] Gönderen Av.Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

GÖREVLERİNDEN DOLAYI HAKİM VE SAVCILARA AÇILACAK DAVALAR • İZLENECEK YOL

ÖZET: 14.2.2011 tarihinde yürürlüğe giren yeni Yasa'ya göre; Hakim ve Savcıların görevlerinden dolayı kişilere karşı değil Devlet'e karşı dava açılacaktır.

Bu yasal değişiklik, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan davaları da kapsamaktadır.[1]

Y.4.HD. E: 2011/3187 K: 2011/3444 T: 30.03.2011

Davacı vekili tarafından, davalı Z.Ö. ve diğerleri aleyhine 19.03.2009 gününde verilen dilekçe ile kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; mahkemenin yetki ve görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine dair verilen 30.12.2010 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile Davacı, Cumhuriyet Savcıları olan davalılar tarafından hazırlanan ve kamu oyunda Ergenekon adıyla bilinen soruşturma kapsamında hakkında herhangi bir suç isnadı bulunmamasına, şüpheli de olmamasına karşın iddianamenin 1565, 1618, 1619 ve 1620. sayfalarında ismine yer verilerek kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek, davalıların manevi tazminat ile sorumlu tutulmalarını istemiştir.

Davalılar ise, 1. sınıf Cumhuriyet Savcıları olmaları nedeni ile haklarındaki davanın Yargıtay ilgili dairesinde görülmesi gerektiğini , hukuka aykırı eylemleri bulunmadığını ileri sürerek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Yerel mahkemece, davalıların kamu görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceği, davalılar hakkında şahsi kusurlarının ceza davasında kanıtlanması halinde manevi tazminata konu olabileceği, bu davada davalıların pasif husumet ehliyetlerinin bulunmadığı, mahkemenin yetki ve görevsizliği gerekçesiyle dava dilekçesi reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

09.02.2011 Günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilip 14.02.2011 gün ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa'nın 12. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 93. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 93/A maddesinde; "Hakim ve Savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle: a) Ancak devlet aleyhine dava…" açılabileceği, "b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim

[1] Gönderen Av.İsmail TEPECİK

veya savcı aleyhine tazminat davası…" açılamayacağı,"… hakim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türkü kararlar nedeniyle devlet aleyhinde açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümleri; bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ise ilgisine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu…" hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı yasanın 14. maddesi ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 573. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi "Hakimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet Aleyhine tazminat davası açılabilir." Biçiminde değiştirildikten sonra, Geçici 2. maddesinde de "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlüğe girinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesindeki sebeplere dayanılarak açılacak tazminat ve rücu davalarında; a) Hakimlerin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet Aleyhine açılan tazminat davası, Yargıtay ilgili Hukuk Dairesinde… açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatı ile görülür. ","(2) Hakimler ve Savcılar Kanunu'na eklenen 93/A maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu kanunla değiştirilen 573. maddesi hükümleri bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte a) Görülmekte olan davalar, b) Kesinleşmemiş hükümleri bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte a)görülmekte olan davalar, b) Kesinleşmemiş hükümler, c) Miktar veya değeri itibariyle temyiz ve karar düzeltme yoluna gidilemediği için kesinleşen hükümler, bakımından da uygulanır ve davaya Devlet aleyhinde devam olunur." Biçiminde düzenleme yapılmıştır.

Yerel mahkemece, Cumhuriyet Savcısı olan davalılar aleyhine yürüttükleri bir soruşturma nedeni ile düzenledikleri iddianameden dolayı tazminat davası açıldığı gözetilerek, karar gününden sonra yürürlüğe giren 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa uyarınca yeniden değerlendirme yapılıp varılacak sonuca göre bir karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA**; bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 30.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

BİR AYIN KİRASININ ÖDENMEMESİ • KİRA SÖZLEŞMESİNDE MUACCELİYET KOŞULU

ÖZET: "Bir ayın kira bedelinin süresinde ödenmemesi halinde kalan aylar kiralarının muaccel olacağı" şeklindeki sözleşme hükmü geçerli olup, bu muacceliyet şartından doğan temerrüt gerçekleştiğine göre tahliye kararı verilmelidir.

Kiralanan yerin fiilen tahliye edildiği tarihten sonraki dönemler için kira parası istenemez.[1]

Y.6.HD. E: 2009/4354 K: 2009/5485 T: 09.06.2009

Taraflar arasındaki 15.06.2005 başlangıç tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu sözleşmede kira bedellerinin her ayın 1 ile 5 günleri arasında ödeneceği ve herhangi bir kira bedelinin süresinde ödenmemesi halinde kalan aylar kirasının da muaccel olacağı kararlaştırılmıştır. Bu şartlar geçerli olup tarafları bağlar. Alacaklı vekili 20.06.2008 tarihli takibinde 2008 yılı 6.ay kirasının ödenmediğini, bu nedenle de kalan aylar kirasının da muaccel olduğunu ileri sürerek dönem sonuna kadar olan kira bedellerinin tahisilini istemiştir. Uyuşmazlığa konu 2008 yılı 6. ay kirasının 16.06.2008 tarihinde ödendiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece kira sözleşmesinin başlangıç tarihine göre ödemenin süresinde olduğu ve bu nedenle de muacceliyet koşulu da gerçekleşmediği gerekçesiyle istem reddedilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, taraflar arasındaki kira sözleşmesinde aylık kira bedellerinin her ayın 1 ile 5. günleri arasında ödeneceği kararlaştırılmıştır. Buna göre, kira bedellerinin ait olduğu ayın en geç 5. gününe kadar ödenmesi gerekmekte olup 16.06.2008 tarihinde yapılan ödeme süresinde değildir. Bu nedenle sözleşmedeki muacceliyet koşuluda gerçekleşmiştir. Ne var ki taşınmazın 26.11.2008 tarihinde tahliye edildiği ve kiralananın anahtarının davacıya teslim edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece taşınmazın tahliye edildiği 26.11.2008 tarihine kadar olan kira bedelleri üzerinden itirazın kaldırılmasına karar vermek gerekirken yazılı şekilde istemin reddi doğru olmadığından kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 09.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

[1] Dergimiz 2010/1. Sayısında yayımlanan Yargıtay 6. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

AİDİYET TESPİTİ • HUKUKİ YARAR KOŞULU
•
DAVADA İZLENECEK YOL

ÖZET: Taşınmaz üzerinde bulunan muhdesat yönünden ortaklığın giderilmesi davası yada kamulaştırma işlemi bulunmadığı takdirde aidiyet tespiti davası açılamaz.

Muhdesatın kaçak yapı olup olmamasının da aidiyet tespiti davası açılmasına etkisi yoktur.

Aidiyet tespiti davasına bakılabilmesi için aranacak temel koşul "hukuki yarar" koşuludur. [1]

Y.7.HD. E: 2011/798 K: 2011/2197 T: 05.04.2011

Aidiyet tespiti davaları kendine özgü davalardan olup dava sonucunda istihsal edilecek ilamın icra ve infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak bu davaların uygulama alanı sınırlıdır. Taşınmaz üzerinde davası ya da kamulaştırma işlemi bulunmadığı takdirde bu dava görülemez. Bu kuralın aksi anlamından, dava konusu taşınmaz hakkında yapılan bir kamulaştırma işlemi veya açılmış bir ortaklığın giderilmesi davası bulunduğu taktirde, tespit davası açılabilmesine imkan tanıyan HUMK 567. ve Kamulaştırma Kanununun 19. maddesi hükmünün açılan davada uygulanacağı, bu hallerde tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu kuşkusuzdur.

Öte yandan: muhtesatı meydana getiren kişiler tarafından arsa malikleri aleyhine açılacak alacak ve temliken tescil yada böyle bir taşınmazda kat mülkiyeti kurulması istemiyle açılacak davaların sonucunda verilebilecek kabul kararı, hukuken değer verilmesi mümkün bulunmayan kaçak yapı niteliğindeki mustesatın yasallaştırılması sonucunu doğuracağından böyle bir kararın İmar Kanunu'nun kamu düzenine ilişkin emredici hükümlerine aykırı olacağı kuşkusuzdur. Bu nedenlerle kaçak yapıyı meydana getiren kişi tarafından kaçak yapı nedeniyle arsa sahipleri aleyhine açılacak alacak ve temliken tescil davalarının ya da üzerinde kaçak yapı bulunan taşınmazda kat mülkiyeti kurulması istemine ilişkin davaların dinlenmesine olanak bulunmamaktadır. Ne var ki, tespit davalarının sonucunda verilecek hükmün infaz olanağının bulunmadığı, bu hükümlerle sadece bir olgunun tespit edilmiş olacağı, henüz hükümlerle sadece bir olgunun tespit edilmiş olacağı, henüz yıkılmayan ve bu hali ile kullanılarak yararlanılmaya devam edilen kaçak yapı niteliğindeki muhtesatın da az veya çok bir değerinin en azından enkaz değerinin bulunacağı, ortaklığın

[1] Gönderen Av.Hasan TAVİL

giderilmesi davası sonucunda taşınmazın üzerinde bulunan muhtesatla birlikte satılması halinde bu nitelikteki muhtesat nedeniyle satış bedelinin az veya çok artacağı kaçak yapı niteliğinde olduğu gerekçesiyle muhtesata değer verilmemesi halinde taşınmazın satışından pay alacak olan diğer taşınmaz maliklerinin kaçak yapı niteliğindeki muhtesat nedeniyle meydana gelecek değer artışından haksız şekilde yararlanacakları ve sebepsiz zenginleşecekleri gözetildiğinde muhtesat aidiyetinin tespitine ilişkin davalarda muhtesatın kaçak yapı olup olmamasının sonucuna etkisi bulunmadığının kabulü gerekir.

Somut olaya gelince; getirtilen tapu kaydından dava konusu muhdesatın üzerinde bulunduğu 87 ada 11 parsel sayılı taşınmazda davacı tarafın paydaş ve taşınmaz hakkında taraflar arasında Kartal 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2006/1659 esas sayısına kayden görülen ortaklığın giderilmesi davasının derdest olduğu anlaşılmaktadır.

Şu halde davanın açılmasında davacı tarafın hukuki yararının bulunduğu ve az yukarıda açıklandığı üzere dava konusu muhdesatın kaçak yapı olup olmamasının görülen davanın sonucuna etkili olmadığı tartışmasızdır.

Hal böyle olunca; mahkemece davanın yazılı gerekçelerle reddedilmesine isabet bulunmamaktadır. Ne var ki, dava konusu muhdesatın davacı tarafça meydana getirildiğinin tespitine karar verilebilmesi için, muhdesatın davacı tarafın tapuda paydaş olduğu tarihten sonra meydana getirildiğinin tespitine karar verilebilmesi için, muhdesatın davacı tarafın tapuda paydaş olduğu tarihten sonra meydana getirildiğinin kanıtlanması gerekir. Davacı taraf taşınmaz üzerindeki muhdesat meydana getirildikten sonra taşınmazda paydaş olmuş ise, bu satın alma ile ancak taşınmaz üzerindeki muhdesatın da aynı oranda payını satın almış sayılır. Muhdesat mukadderatı arza tabi olduğundan ve muhdesatın arzından ayrı satışa konu edilmesi mümkün olmadığından muhdesatın tümünün kendisine ait olduğunu öne süremez. Bu halde ancak taşınmazdaki payını davacıya satan kişiler ile taşınmazda halen paydaş olan davalı taraf aleyhine koşullarının varlığı halinde BK'nın 60/1. maddesinde öngörülen haksız zenginleşme hükümlerine göre alacak davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu nitelikteki dava ise eda davası niteliğindedir. Kural olarak, öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde, tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı kabul edilmiştir.

O halde; az yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutularak davanın esasına girilmeli, dava konusu muhdesatın kim tarafından ve ne meydana getirildiği araştırılmalı, bu konuda taraflarca gösterilen getirildiği araştırılmalı, bu konuda taraflarca gösterilen tüm deliller toplanmalı, daha sonra sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmadan, yersiz gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin ödenen 91.05 TL harcın istek halinde ilgilisine iadesine, 05.04.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

İKRAMİYE ÖDEMESİNİN NİTELİĞİ
•
SÜREKLİ OLMAYAN ÖDEMELER

ÖZET: Yönetim Kurulu Kararıyla her yıl değişken göstererek verilen süreklilik arz etmeyen ödemeler ikramiye olarak kabul edilemez.[1]

Y.9.HD. E: 2008/38755 K: 2010/39429 T: 23.12.2010

...Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmakta iken, yılbaşında ödenen bir maaş tutarındaki ikramiyenin ödenmediği, il iş akdini haklı olarak feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ikramiye alacağı, ücret alacağı, yol yardımı ile fazla çalışma yıllık izin ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının taleplerinde iyi niyetli olmadığını, ikramiye ödemesi olmadığını, ancak düzenli olmamakla birlikte çalışanlara F. Sağ, A.Ş. olarak gösterilen dönemde şirket kurulu kararı ile karlılık ölçüleri dikkate alınarak takdiri prim ödendiğini, sağlık primleri döner sermaye ile yürütüldüğünden birikmiş para olmadığından bu hususun haklı feshi nedeni olamayacağını, isteğin yerinde olmadığını, savunmuştur.

Mahkemece, 2006 yılı sonunda ödenmesi gereken bir maaş tutarındaki ikramiyenin ödenmemesi nedeni ile iş akdinin davacı işçi tarafından haklı olarak feshedildiği kanaati ile alacağının kabulüne, diğer isteklerin reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık, ikramiye ödetilmesi noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında iş veren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin ekleri düzenlenmemiş olsa da, 5754 Sayılı Yasa'yla değişik 32. madde ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması ön görülmüş olmakla ikramiye ücretin eki olarak İş Kanunu'nda ifadesi bulmuştur.

İşçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücretin eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırabilir. İşçinin başarısına

[1] Gönderen Av.Kamil Günal ALTAN

bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Başka bir anlatımla, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye uygulaması yönünden eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır.

İşçinin ikramiyeye hak kazanması için iş yerinde ikramiye ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmamış olması gerekmez. İşyerinde çalışan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin ikramiye talep hakkı vardır.

6772 Sayılı Yasa'da kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler yönünden ikramiye ödenmesi yasal bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

İkramiye bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa da işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesi bir işyeri şartını oluşturur. Her durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. (Yargıtay 9.HD. 22.1.2009 gün 2007/34717 E, 2009/638K.) Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ikramiyeler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

İşçinin işe iade kararı üzerine çalıştırılmadığı 4 aya kadar boşta geçen süreye ait yasada geçen" diğer haklar" kavramına ikramiye de dahildir. Başka bir anlatımda işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında sözü edilen çalışmadığı en çok 4 aya kadar süre için ikramiye talep hakkı vardır. (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E,2008/27243 K.)

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçinin ödenmeyen ikramiye alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur.

Geçici iş ilişkisinde işçiye ödenmeyen ikramiyelerden ödünç alan ve ödünç veren işverenler birlikte sorumlu tutulmalıdır. (Yargıtay 9.HD 16.12.2008 gün 2007/26179 E,2008/33761 K.)

İkramiyenin gününde ödenmemesi halinde işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II (e) bendi uyarınca iş gözleşmesini haklı olarak feshetmesi mümkündür (Yargıtay 9.HD. 17.10.2008 gün 2007/28997 E, 2008/27421 K.) Yine ikramiyenin 20 gün ve daha fazla süreyle ödenmemiş olması aynı yasanın 34. maddesine göre işçiye iş görmekten kaçınma hakkı sağlar.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. fıkrasında, işverenin işçiler arasında sendikal nedenle ikramiye ödemeleri konusunda bir ayrıma gitmesi yasaklanmış olup, aksine uygulama diğer yasal koşulların da varlığı halinde sendikal tazminatı gerektirir. (Yargıtay 9. HD. 2.2.2009 gün 2008/10999 E,2009/1019 K.)

İkramiyelerin ödendiği ispat yükü işveren üzerindedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5754 Sayılı Yasa'yla değişik 32. maddesine göre belli bazı işyerleri bakımından ikramiye ödemeleri işçi adına açılan banka hesabına gerçekleştirilmelidir. (Yargıtay 9.HD. 5.2.2009 gün 2007/34175 E, 2009/1681 K.)

İkramiyenin ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanun'un 101. maddesi uyarınca temerrüt için işçinin ihtarına gerek vardır. (Yargıtay 9.HD. 21.1.2009 gün 2007/34591 E, 2009/604 K.)

İkramiye yasadan ya da bireysel iş sözleşmesi ile işyeri uygulamalardan doğmaktaysa gününde ödenmeyen ikramiye için 4857 Sayılı Kanunu'nun 34.maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Toplu iş sözleşmesinden doğan ikramiye alacaklarında ise 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61. maddesinde sözü edilen en yüksek işletme kredisi faizi uygulanır. Bununla birlikte, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından yenisi imzalanıncaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam eden ikramiye uygulamasında en yüksek işletme kredisi faizi geçerli olmaz. (Yargıtay 9.HD. 7.10.2008 gün 2008/2654 E,2009/25720 K.).

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25 II (ı) bendinde sözü edilen 30 günlük ücret kavramına ikramiyeler dahil değildir (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/27614 E, 2008/26208 K).

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitine İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye ödemeleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/27615 E, 2008/26209 K.)

İkramiye alacağı, Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 3. fıkrasına göre 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Somut olayda davalı işveren tarafından ödenen ikramiye (başarı primi) daimi nitelikte olmayıp, her yıl yönetim kurulu kararı ile değişken gösterip, süreklilik arz etmemektedir. Bu nedenle davalı işveren tarafından yapılan ödemenin yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ve işyeri şartını oluşturur nitelikteki ikramiye olduğu kabul edilemez. Dolayısı ile, yapılan bu ödemenin kıdem tazminatı hesabında giydirilmiş ücrete ilave edilmesi doğru değildir.

3) Dava konusu edilen dönem için ikramiye (başarı primi) alacağı 18.12.2006 tarihli yönetim kurulu kararı ile 15 günlük ücret olarak belirlenmesine rağmen hesaplamanın ½ aylık ücret yerine 1 aylık ücret olarak hesaplanması da hatalıdır.

4) Davalı Üniversitenin 2547 Sayılı Yasa'nın 56/a –b maddesi yollaması ile Harçlar Yasasının 13/j maddesi uyarınca harçtan muaf hükmedilmiş olması da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 23.12.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

ULUSLARARASI FAALİYET GÖSTEREN ŞİRKET
•
OTUZ İŞÇİ KOŞULU

ÖZET: Uluslararası çalışan ve 66 ülkede faaliyet gösteren işveren şirketin sadece Türkiye'deki işyerine bakılarak 30'dan az işçi çalıştırdığı kabul edilemez.[1]

Y.9.HD. E: 2009/46271 K: 2011/131 T: 24.1.2011

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21, maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının 01.10.2002 tarihinden itibaren depo görevlisi olarak çalıştığını, iş akdinin 09.10.2008 tarihinde, şirketin karşılaştığı ekonomik güçlükler sebebi ile tüm yasal hakları ödenerek feshedildiğini, fesih tarihi itibariyle şirkette çalışan sayısının 30 işçiden az olduğunu davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı şirketin Türkiye'de bir işyeri ve 2 şubesinin bulunduğu, fesih tarihinde bu işyerlerinde toplam 28 çalışan bulunduğu, davacı tarafın şirketin yabancı uyruklu müdürlerinin dahil edilmesi halinde iş sayısının 30 dan fazla olacağını savunduğu, ancak TTK uyarınca limited şirketlerde bulunan zorunlu olarak atanan müdürlerin, hizmet akdi ile çalışan işçi statüsünde olmadıkları, yasadan kaynaklanan temsil ve ilzam yetkisi olup vekalet akdi ile çalıştıkları, davacı tarafın hizmet akdi ile çalıştıklarını kanıtlamadığı, 30 işçi sayısında dikkate alınamayacakları, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Kısaca "iş Güvencesi Kanunu" olarak adlandırılan 4773 Sayılı Kanun'da on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışan işyerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu sayı 30'a çırakılmış ve kanunun 18.maddesinde bir işyerinin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında

[1] Dergimizin bu sayısında yayımlanan Cuma Arif DEMİR tarafından yazılan makaleye bakınız.

tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bunmamaktadır.

Uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun, açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik alması, aynı işkolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Dosya içeriğine göre davalı şirketin unvanı olan Herbalife'nin doğrudan satış sisteminin dünyadaki en büyük şirketlerinden biri ve 66 ülkede faaliyette bulunduğu Türkiye'de aktif distribütör (dağıtıcı) sayısının 57 olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle yasanın büyük ölçekli işverenleri esas aldığı dikkate alındığında, Uluslar arası çalışan ve Türkiye'de şubesi bulunan bir şirketin bu şubede çalışan işçisini Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30 işçiden az olduğu gerekçesi ile iş güvencesinden yoksun bırakması yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlandığı kabul edilerek, feshin geçerli olup olmadığı konusunda işin esasına girilmeli, bu konuda tarafların delilleri toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yazılı Şekilde davanın reddi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiye iadesine, 24.1.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLEN İŞÇİNİN MİRASÇILARININ HAKLARI • DAVA AÇMADA İZLENECEK YOL

ÖZET: Ölen işçinin tüm mirasçılarının birlikte dava açması veya miras ortaklığına temsilci atanması yoluyla kıdem tazminatı talep edilebilecektir.

Medeni Kanun hükümlerine göre iştirak halinde mülkiyet müşterek mülkiyete dönüştürülmeden tek mirasçı kendi payı için kıdem tazminatı davası açamaz.[1]

Y.9.HD. E: 2009/3432 K: 2011/2311 T: 03.02.2011

Davacı vekili, müvekkilinin miras bırakanı olan A.'ın 01/05/1987-31/05/1987 ve 01/05/1989-26/03/2006 tarihleri arasında da davalıya ait iş yerinde çalıştığını, son olarak aylık net 1.600.000 TL ücret aldığını ileri sürerek ölüm nedeni ile hak kazanılan kıdem tazminatının miras hissesine düşen miktarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, intihar nedeni ile ölüm halinde kıdem tazminatına hak

[1] Gönderen Av.Erhan Öğüz

kazanamayacağını, kıdem tazminatının iştirak halinde mülkiyet esasına tabi bir miras hissesi olduğunu, tüm mirasçıların birlikte dava açmaları gerektiğini belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece veraset ilamına göre kıdem tazminatı payının bölünebilir olduğu kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, muris Ayhan Ayan'ın ölümü üzerine mirasçılarından olan davacı tarafından veraset ilamı ibraz edilerek, miras bırakanın hak kazandığı kıdem tazminatının kendi payına ilişkin kısmının ödenmesi istemine ilişkindir.

Taraflar arasında murisin hak kazandığı kıdem tazminatı açısından mirasçının kendi payına yönelik dava açma hakkının bulunup bulunmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Miras bırakanın davacılar dışında başka mirasçılarının da bulunduğu dosyaya sunulan veraset ilamından anlaşılmaktadır.

TMK 640/II maddesinde; "miras bırakanın ölümü ile birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklığın meydana geleceği, mirasçıların terekeye el birliği ile sahip olacakları, sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf edecekleri" Aynı maddenin IV maddesine "Mirasçılardan her birinin, terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği, sağlanan korumadan mirasçılardan hepsinin yararlanacağı" öngörülmüştür.

TMK, 701/II maddesinde ise " el birliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkının ortaklığa ait malların tamamına yaygın olacağı" hükme bağlanmıştır.

TMK. Mad. 640/IV hükmü, mirasçılardan biri ya da bir kısmının başvurabileceği yasal yolları "terekedeki hakların korunması" ile sınırlı tutmuştur. Açılan dava veya başvurulan yasal yolun bu nitelikte olmadığı durumlarda ana kural (TMK. Mad. 701/II) geçerli olup, bir ya da bir kısım mirasçının istemi, sıfat yokluğundan reddedilecektir.

Somut olayda, davacının kıdem tazminatını kendi payına ilişkin kısmının ödenmesi istemi "terekedeki hakların korunması" ile ilgili olmayıp terekedeki haktan yararlanmaya yönelik bulunmaktadır. Böyle bir durumda ana kural gereğince birlikte hareket etme gereği vardır.

Bu durumda kıdem tazminatının tahsili konusunda tüm mirasçıların birlikte dava açması veya miras ortaklığına temsilci atanması yahut TMK'nın 644. Maddesi uyarınca iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüştürülmesi gerekmektedir. Davacının kendi mirasçılık payını talep yönünden aktif dava ehliyetinin bulunulmadığı dikkate alınmaksızın hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI HESABINDA ESAS ALINACAK ÜCRET
•
KESİN HÜKÜM

ÖZET: Davacı vekili, davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması gerektiği gerekçesi ile fark ücret ve diğer işçilik alacaklarının tahsili için dava açmış ve davanın kabulüne dair karar bu davadan önce kesinleşmiştir. Davacı işçi ilk açtığı kıdem ve ihbar tazminat davasında, fiilen ödenen giydirilmiş ücrete göre belirlenen kıdem ve ihbar tazminatını kısmen talep etmiş ve yargılama sırasında bu ücrete göre belirlenen tüm tazminatı ıslah ile arttırmıştır. Davacı taraf dava dilekçesinde Toplu İş Sözleşmesine göre belirlenecek ücrete göre tazminat isteğini saklı tuttuğuna göre, ilk kesinleşen davanın kesin hüküm oluşturduğundan söz edilemez.

Y.9.HD. E: 2010/ 1409 K: 2011/9747 T: 04.04.2011

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, davalı işveren hakkında açtıkları ilk davada hüküm altına alınan kıdem ve ihbar tazminatının bordrodaki ücret üzerinden tespit edildiği, ancak davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması gerektiğini belirterek, tazminata esas ücretin değişmesi halinde dava açma haklarını saklı tuttuklarını, Toplu İş Sözleşmesinden yararlanma davasının sonuçlandığını, ücretin değiştiğini, fark kıdem ve ihbar tazminatı doğduğunu belirterek, belirlenen ücrete göre fark kıdem ve ihbar tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı vekili, davacının tüm alacağının kesinleşmiş yargı kararı ile ödendiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının bu dava ile talep edilen döneme ilişkin kıdem ve ihbar tazminatını Dörtyol İş Mahkemesine açtığı 2001/186 esas sayılı dava da talep ettiği, dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğu ve daha sonra davayı ıslah ederek müddeabihi arttırdığı ancak ıslah dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığı, aynı çalışma dönemine ilişkin olarak yeniden kıdem ve ihbar tazminatı talep edemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili, ilk davada tazminatın fiilen ödenen ücret üzerinden belirlendiğini, oysa davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanma ihtimali nazara alınarak haklarının saklı tutulduğunu, yargılama sırasında ise miktar yönünden ıslah edildiğini belirterek kararı temyiz etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, tarafları aynı, dava konusu ve sebebi aynı olan iki davanın bulunması halinde, davalar derdestse iki davadan, biri kesinleşmiş ise yanı konuda kesin hükmün varlığından söz edilir. Kesin hüküm bir dava şartıdır.

Kesin hüküm kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır. Dava konusunun aynı olması için istenen tüm alacağın hüküm altına alınması veya eksik istenmiş ise dava ve talep haklarının saklı tutması gerekir.

Dosya içeriğine ve kesinleşen kıdem ve ihbar tazminatı dosyasındaki dava dilekçesine göre davacı vekili, dava dilekçesinde açıkça "davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanma ihtimali bulunduğunu, tazminatlarının belirlenecek ücrete göre değişeceğini belirterek fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş, yargılama sırasında fiilen ödenen giydirilmiş ücrete göre belirlenen kıdem ve ihbar tazminat miktarlarını ıslah ile arttırmış ve arttırılan miktarla hüküm altına alınmıştır. Bu arada davacı vekili, davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanması gerektiği gerekçesi ile fark ücret ve diğer işçilik alacaklarının tahsili için dava açmış ve davanın kabulüne dair karar bu davadan önce kesinleşmiştir. Davacı işçi ilk açtığı kıdem ve ihbar tazminat davasında, fiilen ödenen giydirilmiş ücrete göre belirlenen kıdem ve ihbar tazminatını kısmen talep etmiş ve yargılama sırasında bu ücrete göre belirlenen tüm tazminatı ıslah ile arttırmıştır. Davacı taraf dava dilekçesinde Toplu İş Sözleşmesine göre belirlenecek ücrete göre tazminat isteğini saklı tuttuğuna göre, ilk kesinleşen davanın kesin hüküm oluşturduğundan söz edilemez. Islah dilekçesinde bu isteğin tekrar saklı tutulmasına gerek yoktur. Zira ıslah edilen miktar fiilen ödenen ücrete göre belirlenen tazminatlardır. Davanın konusu değişmemiştir. Davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04/04/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEMİN DELİLİ

ÖZET: Dosya içeriğine göre davalı vekili davaya cevap dilekçesinde emekli olan davacıya 21 günlük izin ücretinin ödenmediğini, kullanmadığı izinlere karşılık yemin teklifinde bulunduklarını beyan etmiştir.

Mahkemece davalının yemin delili değerlendirilmeden yıllık ücretli izin alacağına karar verilmesi hatalıdır. Davalının bu yemin teklifli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 344 ve devamı maddeleri uyarınca yerine getirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Y.9.HD. E: 2010/4138 K: 2011/9774 T: 04/04/2011

1) Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayanağı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları

yerinde değildir.

2) Medeni Usul Hukukumuzda yemin delili kesin delil niteliğinde olup; uygulama ve öğreti de iki başlık halinde ele alınmaktadır. Bunlardan birisi taraf yemini (Kesin Yemin), diğeri de resen yemin (hakimin teklif ettiği tamamlayıcı yemin) dir.

Kesin yemin, ispat yükü kendisine düşen tarafın davanın hallerine etkili bir vakıanın ispatı için diğer tarafa teklif ettiği yemin olup, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 344 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Yemin teklif edecek taraf, ispat yükü kendisine düşen fakat iddiasını veya savunmasını ispat edememiş olan taraftır. Yemin deliline dayanılabilmesi de ancak, ya tarafların delil listelerinde açıkça bu deliline dayanmaları veya uygulamada kabul edildiği şekliyle sair deliller ifadesine yer vermeleri ile olanaklıdır.

Dosya içeriğine göre davalı vekili davaya cevap dilekçesinde emekli olan davacıya 21 günlük izin ücretinin ödenmediğini, kullanmadığı izinlere karşılık yemin teklifinde bulunduklarını beyan etmiştir.

Mahkemece davalının yemin delili değerlendirilmeden yıllık ücretli izin alacağına karar verilmesi hatalıdır. Davalının bu yemin teklifli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 344 ve devamı maddeleri uyarınca yerine getirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece davalının yemin delili değerlendirilmeden yıllık ücretli izin alacağına karar verilmesi hatalıdır. Davalının bu yemin teklifi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 344 ve devamı maddeleri uyarınca yerine getirilmeli ve sonuca göre karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04/04/2011 günü oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARINA KARŞILIK YAPILAN ÖDEMENİN; HESAPLANAN ALACAKLARDAN MAHSUBU

ÖZET: Peşin ödemenin öncelikle muaccel olan normal aylık ücret ve fazla mesai alacağına ilişkin borçlarına mahsup edilmelidir. Kalan miktar ihbar ve kıdem tazminat ile izin ücreti borcuna mahsup edilmelidir.

Y.9.HD. E: 2009/10895 K: 2011/12005 T: 20.04.2011

YARGITAY KARARI

Davacı iş sözleşmesinin haklı sebep olmadan sonar erdirildiğini belirterek, ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı alacaklarının ödendiği ileri sürerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalılar vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık, işveren tarafından yapılan kısmi ödemenin işçinin hangi alacağına mahsup edileceği noktasında toplanmaktadır.

1.NORMATİF DAYANAK

Uyuşmazlığın normatif dayanağı Borçlar Kanunu'nun 84-86 maddeleridir. Borçlar Kanunu'nun 84. maddesinde "Borçlu faiz veya masrafları tediyede gecikmiş değil ise kısmen icra eylediği tediyeyi resülmale mahsup edebilir. Alacaklı alacağın bir kısmi için kefalet, rehin veya sair teminat almış ise borçlu kısmen icra eylediği tediyeyi temin edilen veya teminatı daha iyi olan kısma mahsup etmek hakkına haiz değildir" kuralına yer verilmiş 84.maddesinde "birden fazla borçları bulunan borçlu, borçları ödemek zamanında bu borçlardan hangisini tediye etmek istediğini alacaklıya beyan etmek hakkını haizdir. Borçlu beyanatta bulunmadığı surette vukubulan tediye kendisi tarafından derhal itiraz edilmiş olmadıkça alacaklının makbuzunda irade ettiği borca mahsup edilir. Müteaddit borçlar muaccel ise tediye, borçlu aleyhinde birinci olarak takip edilen borca mahsup edilir. Takibat vaki olmamış ise tediye, vadesi iptida hulül etmiş ise mahsup mütenasiben vaki olur. Hiçbir borcun vadesi hulül etmemiş ise alacaklı için en az teminatı haiz olan borca mahsup edilir" kuralı düzenlenmiştir.

II.GENEL HÜKÜMLER YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Borçlar Kanununun yukarıda belirtilen hükümleri öncelikle muacceliyet ve temerrüt kavramlarının açıklanmasını gerektirmektedir.

Muacceliyet, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisidir. Borç muaccel olmadan borçlu temerrüdü söz konusu olmaz.

Temerrüt, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarının gerekmediği bazı durumlar da vardır: Örneğin, ifa günün taraflarca birlikte kararlaştırıldığı (BK.m.101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceği bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği (BK.m.107/1) hallerde, temerrüdün geçekleşmesi için alacaklının ihtarına gerek yoktur.

Buna göre tek bir borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumda borçlu para borcunun faiz ve masraflarını ödemede temerrüde düşmemişse yaptığı kısmi ödemeyi anapara borcuna mahsup etme hakkına sahiptir. Ancak, para borcunun bir kısmı için kefalet, rehin veya benzeri bir teminat verilmişse, yapılan kısmi ödemenin teminatlı olan borca mahsubu istenemez. Bu durumda kısmi ödemenin teminatsız olan ya da teminatı daha az olan borca mahsubu gerekir. Borçlu, faiz ve masrafları ödemede temerrüde düşmüşse yaptığı kısmi ödeme öncelikle gecikmiş faiz ve masraf borçlarına mahsup edilecektir. Hukuk Genel Kurulu'nun 27.9.2000 tarih ve 2000/12-1148 esas, 2000/1193 karar sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, BK'nun 84.maddesi gereğince ödemelerin öncelikle asıl alacaktan düşülebilmesi için, borçlunun faiz ve masrafları ödemede gecikmemiş olması zorunludur. Gecikme ve alacaklının iradesini açıklaması halinde, ödenen kısmın öncelikle faizden düşülmesi gerekir. İcra takibi, ödemeye ihtirazı kayıt konulması irade açıklamasıdır.

Birden fazla borcu bulunan borçlu, yaptığı ödeme ifa zamanında beyan ettiği borca mahsup edilir. Borlu, ödeme sırasında yapılan ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu beyan etmemiş veya alacaklının makbuzla belirttiği borca derhal itirazda bulunmamışsa makbuzda belirtilen borca mahsup edilmelidir.

Birden fazla para borcunun olduğu borç ilişkisinde, borçlunun, yapılan kısmi ödemenin hangi borç için mahsup edildiğini belirtmemesi, alacaklının da ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu makbuzda göstermemesi durumunda, kısmi ödemenin hangi borca mahsup edileceği sorunu BK. m 86'ya göre çözümlenmelidir. Buna göre kısmi ödeme öncelikle muaccel olan borç için yapılmış sayılır. Ödeme zamanında birden fazla borç muaccel hale gelmişse ödeme ilk takibe konulan borca mahsup edilir. Muaccel olan borçlardan hiçbiri takibe verilmemişse kısmi ödeme ifa zamanı önce gelen borca mahsup edilmiş sayılır. Borçların ifa zamanları (vadeleri) aynı günde gelmişse yapılan kısmi ödeme borçlarının miktarıyla ortantılı olarak mahsup edilir. Borçlardan hiçbirinin ifa zamanı gelmemişse, kısmi ödeme alacaklı için güvencesi en az olan borca mahsup edilmiş sayılır.

III.İŞÇİ ALACAKLARI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

İş sözleşmesinden doğan para borçlarının kısmi ifasında mahsubun ne şekilde yapılacağı ile ilgili İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Kanununun yukarıda belirtilen genel hükümleri kapsamında sorun çözümlenmektedir. İşçinin işverenden bir alacağının, örneğin sadece kıdem tazminatı alacağının bulunduğu durumda kısmi ödeme nedeniyle mahsup işlemi BK.m.84 çerçevesinde yapılacaktır. Dairemiz uygulamasına göre temerrüde düşmüş olan işverenin yaptığı kısmi ödeme işçinin bu hususta beyanda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın öncelikle faiz ve masraflara mahsup edilmelidir.

Borcun taksiyle ödenmesi konusunda yapılan anlaşma aksi öngörülmemişse, kural olarak, işçinin faiz talebinden vazgeçtiğini kapsar. Ancak, bu sonuç işverenin taksit anlaşmasına uygun hareket etmesine bağlıdır. İşverenin taksitlerinden birini zamanında ödememesi halinde işçinin faizle ilgili feragati geçersiz hale gelir ve sadece ödenmeyen taksit için değil tüm alacak için faiz talep hakkı doğacaktır. Bu durumda ödenmiş olan önceki taksitlerin öncelikle faiz ve masraflara mahsubu gerekecektir. Kuşkusuz taksit sözleşmesinin işçinin serbest iradesi ile meydana gelmiş olması gerekir.

İşçinin birden fazla alacağının söz konusu olması durumunda, yapılan kısmi ödemenin hangi alacağa ilişkin olduğu işveren tarafından ödeme sırasında belirtilmemiş ve işçi tarafından da bu husus makbuzda gösterilmemiş ise mahsup işlemi BK.m.86.çerçevesinde yapılacaktır. İş Kanunu'nda işçinin sözleşme ve kanundan doğan alacaklarının muacceliyet ve vade zamanları konusunda değişik hükümler öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç ücretin peşin ödeneceğine dair bir mevzuatımızla basın iş kanununun 14. maddesi hariç ücretin peşin ödeneceğine dair bir mevzuatımızla Basın İş Kanununun 14. maddesi hariç ücretin peşin ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ücret çalışılan ayı takip eden aybaşında muaccel hale gelmektedir. Fazla mesai hafta tatili ücreti ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin muacceliyet tarihleri

normal aylık ücret gibidir. İşçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelir.

1475 sayılı iş Kanununun 14 ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca işveren kıdem tazminatı borcu bakımından iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte temerrüde düşer. Yukarıda belirtilen diğer tazminat alacaklar bakımından ise tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ödeme zamanı yada işçi tarafından gönderilecek ihtarnamede belirtilen ödeme günü itibariyle işverenin temerrüdü gerçekleşir.

Buna göre örneğin 5.000 TL ihbar tazminati 7.500 TL kıdem tazminatı, 2.500 TL ücret, 2.000 TL fazla mesai ve 500 YL yıllık izin ücreti alacağı olmak üzere takibe konu yapılmamış toplam 17.500 TL alacağı olan bir işçiye işeren tarafından yapılacak 15.000 TL lik bir kısmi ödeme, öncelikle muaccel olan normal aylık ücret ve fazla mesai alacağına ilişkin borçlarına mahsup edilmelidir. Kalan miktar ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti borcuna mahsup edilecektir. Anılan borçların muacceliyet tarihleri aynı olduğundan temerrüt tarihi önce gerçekleşmiş olan borca yani kıdem tazminatına mahsup edilecektir. Kalan 3.000 TL lik ödemenin ihvar ve izin ücreti borcuna mahsubu anılan borçların muacceliyet ve temerrüt tarihlerinin aynı olması nedeni ile miktarları ile orantılı olarak yapılacaktır. Kalan toplam borç 5.500 TL olup, ihbar tazminatının bu miktara oranı 5.000/5.500 = 10/11 izin ücretinin oranı 500/5.500 – 1/11 olmakla 3.000 X 10/11 =2.272 TL ihbar tazminatına 3.000 X 1/11 = 227 TL izin ücreti olmak üzere toplam 2.500 TL borcu kalmış olacaktır.

Somut olayda; davalı tarafından sekiz adet değişik tarihli ödeme makbuzu ile ihbar ve kıdem tazminatı bordrosu sunularak toplam 12.900TL ödeme yapıldığı savunulmuştur.

Makbuzlarda "tazminata mahsuben" açıklamalı toplam ödeme 7600 TL'dir. Diğer makbuzlarda açıklama bulunmamaktadır.

Üzerinde hangi alacağa karşılık olarak ödendiği açıklanmış olan belgelerdeki miktarın o alacağa karşılık olarak ödendiği kabul edilerek, açıklama bulunmayan belgelerdeki ödemeler ise yukarda açıklanan ilkelerde belirtilen sıralama gözetilerek mahsup edilmelidir. Hatalı mahsup işlemi sonucu karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** 20.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ALT İŞVEREN • ÜST İŞVEREN • İŞYERİNİN DEVRİ

ÖZET: Sonuç olarak, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Davacının yardımcı hizmet olan veri hazırlama ve kontrol hizmetinde değişen alt işverenler işçisi olarak davalı Bakanlığa ait hastane işyerinde çalıştığı, davalı Bakanlık ile davacının hizmet süresi boyunca değişen alt işveren ve son alt işveren arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca asıl-alt işveren ilişkisi olduğu tartışmasızdır. Ancak yukarda açıklanan hukuki olgulara göre değişen alt işverenler arasında işyeri devri olup olmadığı, son davalı alt işverenin tüm süreden sorumlu olup olamayacağı, arada ödenen kıdem tazminatı bulunup, bulunmadığı varsa mahsubu gerekip gerekmediği ve davacının kullandığı izinlerin olup, olmadığının belirlenmesi için Sosyal Sigorta Sicil kaydı ve son alt işveren dahil tüm alt işverenlerdeki şahsi sicil dosyasının getirtilerek incelenmesi gerekmektedir. Mahkemece davacının Sosyal Sigorta Sicil kaydı, alt işverenlerdeki şahsi sicil dosyaları getirilmeden ve diğer alt işverenlere dava ihbar edilmeden eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Y.9.HD. E: 2010/41842 T: 2011/12939 T: 02/05/2011

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, davacının davalı Bakanlığa bağlı Orhaneli Devlet Hastanesi'nde ihale ile yardımcı hizmetlerde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak en son diğer davalı alt işveren P. Temizlik Şirketi bünyesinde çalıştığını ve hizmet akdinin haksız ve sebepsiz olarak bu davalı şirket tarafından sona erdirildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacağının davalılardan müştereken ve müteselsilin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Bakanlık vekili, davacının yapılan ihaleler bünyesinde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak çalışmaya başlayan davacının değişen yüklenici

firma personeli olarak çalıştığını, bakanlığın ihale makamı olduğunu, 2009 yılında hizmet alımında 8 olan bilgi sistemi kullanım personelinin de 4 olarak saptandığını, bu nedenle davacının ihale bitimi yeni ihaleyi alan şirket tarafından işe başlatılmadığını, davacının diğer davalı işçisi olarak kaldığını, iş sözleşmesinin feshedilmediğini, Bakanlığa husumet yönetilemeyeceğini savunurken,

Diğer davalı vekili ise bilirkişi raporuna yaptığı itirazda verdiği cevapla, tüm süre üzerinden hesaplama yapıldığını, ellerinde belge bulunmadığını, daha önceki firmalarda ödeme ya da izin belgesi olabileceğini, araştırılması gerektiğini, davanın diğer alt işverenlere ihbarı gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemece davacının Sosyal Sigorta kayıtları, şahsi sicil dosyaları getirilmeden, yapılan yargılama sonunda bilirkişi hesap raporuna itibar edilerek, davacının çalıştığı işyerinin asıl işverenin davalı Sağlık Bakanlığı olduğunu, P. Temizlik Şirketinin ise alt işveren şirketi olduğunu, P. şirketinin son alt işveren, davalı Bakanlığı ise asıl işveren olarak sorumlu oldukları, iş sözleşmesinin haksız feshi nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen yıllık ücretli izinden davalıların birlikte sorumlu oldukları gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı Sağlık Bakanlığı vekili temyiz etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir.

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devralan alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durum işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri alt işverenler arasında 4587 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir.

1475 Sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu arada bir alt işveren tarafından fesih olgusu belirtilmeden kıdem tazminatı adı altında ödeme yapılmış ise bu ödemenin devir nedeni ile hesaplanacak kıdem tazminatından yasal faizi ile mahpus edilmesi gerekir.

Sonuç olarak, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz.

Buna karşın süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yapılan fesih bildirimi ile iş ilişkisi sona ereceğinden işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışmasına devir olup olmadığı, tazminatı ödenip

ödenmediği, yıllık izin kullanıp kullanmadığının belirlenmesi için Sigorta Sicil Kaydının ve her alt işverenden şahsi sicil dosyasının temin edilerek getirtilmesi, incelenmesi ve asıl işveren veya son alt işveren önceki alt işverenlere ihbar edilmesini talep etmiş ise davanın ihbar edilerek, anılan delillerin toplanması gerekir.

Dosya içeriğine göre davacının yardımcı hizmet olan veri hazırlama ve kontrol hizmetinde değişen alt işverenler işçisi olarak davalı Bakanlığa ait hastane işyerinde çalıştığı, davalı Bakanlık ile davacının hizmet süresi boyunca değişen alt işveren ve son alt işveren arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca asıl-alt işveren ilişkisi olduğu tartışmasızdır. Ancak yukarda açıklanan hukuki olgulara göre değişen alt işverenler arasında işyeri devri olup olmadığı, son davalı alt işverenin tüm süreden sorumlu olup olamayacağı, arada ödenen kıdem tazminatı bulunup, bulunmadığı varsa mahsubu gerekip gerekmediği ve davacının kullandığı izinlerin olup, olmadığının belirlenmesi için Sosyal Sigorta Sicil kaydı ve son alt işveren dahil tüm alt işverenlerdeki şahsi sicil dosyasının getirtilerek incelenmesi gerekmektedir. Mahkemece davacının Sosyal Sigorta Sicil kaydı, alt işverenlerdeki şahsi sicil dosyaları getirilmeden ve diğer alt işverenlere dava ihbar edilmeden eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DELİLLER TOPLANMADAN DOSYANIN BİLİRKİŞİYE GÖNDERİLEMEYECEĞİ • BU DURUMDA VERİLEN KESİN SÜRENİN GERÇEKÇİ OLAMAYACAĞI

ÖZET: Kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik olanaklarının hesaplanması için, öncelikle tüm delilleri toplanması gerekir.

Öncelikle mahkemece dosyanın hesap bilirkişisine verilmesi için verdiği kesin süre, deliller toplanmadan verildiği gibi, sonuçları açıkça hatırlatılmadığı için de usule uygun değildir.

Y.9.HD. E: 2011/4819 K: 2011/13785 T: 09.05.2011

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin ekonomik kriz nedeni ile haksız olarak feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeye ikramiye, fazla mesai ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, verilen kesin sürede bilirkişi ücretinin yatırılmayarak davacı tarafından davanın ispat edemediği gerekçesi ile kesin süre nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 163. Maddesinde biri "Yasal" öteki "hakim tarafından tanınan" iki türlü sürenin varlığı kabul edilmiş ve bu sürelere uyulmayan hallerde karşılaşılacak sonuç açıklanmıştır. Yukarıda sözü edilen maddeye göre yasal süre veya hakim tarafından tanınan süre içinde yapılması gereken işlem ilgili tarafça yapılmazsa hakkın düşeceği kabul edilmiştir. Yasal süre içinde yapılması gereken şeyin ne olduğu yasalarda yazılmış ve gösterilmiştir.

Hakimin tanıdığı süre içinde yapılması istenilen işlemin ne olduğu ise hakimin bu yöne ilişkin bulunan ara kararında her halde açıklanmış olmalıdır. Hakimin süreye ilişkin ara kararının tereddüt uyandırmayacak, yorumu zorunlu kılmayacak, yanlış anlamayı önleyecek, ilgili tarafından kolaylıkla anlaşılacak derecede açık, sade ve sınırlı olması gereklidir. Bu hususla ilgili ara kararı konusu, kapsamı ve sınırları bakımından orta halli bir kişinin rahatlıkla anlayabileceği karar açık olmalıdır. Pek az kişinin akıl erdirebileceği "muğlak ifadeli" bir ara kararının sade vatandaş tarafından anlaşılması olanağı yoktur. Özetle hakim taraınfan kesin süreye ilişkin ara kararında ilgili tarafın yapması gerekli görülen işler, sade bir dil kullanılarak "kolayca anlaşılabilir biçimde" birer birer ve "açıkça" gösterilmiş olmalıdır.

Gerek öğreti ve gerekse yerleşik yargısal kararlarda, kanıtlama yükümlülüğü altında bulunan tarafa, kesin önel konusu usulü işlemleri hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde tek tek açıklanmalı, bilirkişiden rapor alınması için yapılması zorunlu olan giderler parasal olarak saptanıp bildirilmeli, ödeme için verilen süre belirtilmeli ve bu hususların yerine getirilmemesi halinde doğacak sonuçlar da açıkça ihtar olunmalıdır.

Türk yargı sistemine göre hakim kendiliğinden bir davayı inceleyip, uyuşmazlığı çözemez. Bunun kaçınılmaz sonucu olarak da, tarafların istekleri ile bağlı tutulmuştur. (HMUK.414) Usulün 159.163. maddeleri ise bu konuda tamamlayıcı hüküm olarak uygulanır.

Kendiliğinden yapılması gereken işlemlerde ise HUMK'un 415. Maddesi uyarınca giderlerin taraflardan birine veya her ikisinin ödenmesine karar verilebilir. Belirlenen süre içinde işleme ait gider ödenmez ise ilerde ilgisinden alınmak sureti ile Devlet Hazinesi'nden ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Ayrıca kesin sürenin ispat yükü olan tarafa verilmesi gerekir. İspat yükünü yerine getiren tarafa hesap yapılması için kesin süre verilmesi usule aykırıdır. Zira hesap istemi bir anlamda kendiliğinden yapılması gereken bir işlemdir.

Mahkemece, kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının davalıdan tahsili istemi ile açılan dava, kesin süre içinde delillerini ibraz etmediği gerekçesi ile reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacı vekili dava dilekçesinde delillerini bildirmiştir, 26.03.2008 tarihli oturumda verilen 15 günlük kesin mehil sonrası ise 16.04.2008 tarihli oturumda verilen 15 günlük kesin mehil sonrası ise 16.04.2008 tarihli son celsede delillerini bildiren dilekçeyi sunmuştur. Öncelikle davacının delil

olarak belirttiği tanıklar dışındaki kayıtlar davacı nezdinde bulunmadığı anlaşıldığından davacı tarafından dosyaya sunulması imkansızdır. Ancak bu belgelerin ilgili yerden getirtilmesi için masrafları karşılamak üzere davacıya süre verilebilir. Ayrıca kesin mehil verilen oturum arası 20 gündür. Kesin mehil 15 gün ise de davacı vekili son oturumda delillerini ve tanıklarını bildirmiştir. Önceki oturumda verilen ara kararı yerine getirilmiştir.

İş hukukunda çalışma olgusunun, fazla mesai yaptığının ve tatil günlerinde çalıştığının ispat yükü işçide, iş sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatı hak kazanmayacak şekilde sonar ediğinin ve ücretler ile diğer hakların ödendiğinin ispat yükü ise işverendedir.

Somut uyuşmazlıkta davacı hizmet süresi ile ilgili SSK sicil kaydını ibraz etmiş fazla mesai konusunda ise tanıklarını dinletmiştir.

Davacının kıdem ve ihbar tazminatının hesaplanması ve diğer işçilik alacaklarının ödenip ödenmediğinin belirlenmesi ise işverenden sadır olan belgelerden, kısaca davacının şahsi sicil dosyası, bordro ve toplu iş Sözleşmesi ile tespit edilecektir. Açılan dava üzerine tensiple anılan belgelerin istendiği, ancak gönderilmediği anlaşılmaktadır. Bu belgeler gelmeden mahkemece dosyanın bilirkişiye verilmesi ve bilirkişi ücretinin davacı tarafından yatırılmasına karar verilmiştir, daha sonraki celse ise bilirkişi ücretinin yatırılması için ondan sonraki celseye kadar kesin sürenin sonuçlarının açıklandığı belirtilmiştir. Kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarının hesaplanması için, öncelikle tüm delillerin toplanması gerekir.

Öncelikle mahkemece dosyanın hesap bilirkişisine verilmesi için verdiği kesin süre deliller toplanmadan verildiği gibi, sonuçları açıkça hatırlatılmadığı için de usule uygun değildir. Hesap raporu alınması kendiliğinden işlem gerektirdiğinden deliller toplandıktan sonra yukarda belirtilen HUMK'un 415.maddesi uyarınca işlem yapılarak ayrıca HUMK'un 75.maddesi de dikkate alındığında Hakiminin gerçeğe ulaşması için bilirkişi giderinin devlet hazinesinden ödenmesine ve yargılama sonunda aleyhine hüküm tesis edilenden alınmasına karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olyp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE HAKLI FESİH • ÜCRETİN MİKTARI VE EKLERİ GİBİ KONULARDA İSPAT YÜKÜ

ÖZET: Öncelikle davacının uyuşmazlık konusu olan aylar dışında Eylül ve Ekim ayları ücretlerinin ödenmediği, bu nedenle davacı işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, kıdem tazminatına hak kazanacağı yönündeki değerlendirme yerindedir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık bayanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Y.9.HD E: 2010/46424 K: 2011/16610 T: 06/06/2011

Dava: Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin ücretlerinin ödenmesi nedeni ile haklı olarak feshettiğini belirterek, kıdem tazminatı ile ödenmeyen ücret ve yıllık ücretli izin alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK'un 435. maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinden yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi. Gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, davacı işçinin dava dilekçesinde belirtilen süre ve ücret üzerinden davalı işyerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin son beş aya ait ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile haklı olarak feshettiğini belirterek, kıdem tazminatı ile ödenmeyen ücret ve kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının kayıtlarında belirtilen süre ve asgari ücret üzerinden çalıştığını, davacının iş yerini terk ettiğini ve bu tarihe kadar bütün

alacaklarını aldığını, Aralık ayında çalışma dönemini tamamlamadığı için maaşını alamadığını, 5 ay maaş almadan çalıştığı yönündeki iddianın şüphe ile karşılanması gerektiğini, davacı ve 6 arkadaşının mazeretsiz olarak iş yerini terk ettikleri ve giderken iş yerine ait çek, fatura, irsaliye gibi bir kısım kıymetli evrakı ve yine iş yerine ait bazı malzeme ve eşyaları alıp götürdüklerini, haklarında Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulduğunu, soruşturmanın devam ettiğini, davacı ve arkadaşlarının götürmeleri nedeniyle Kasım ayı dışındaki ücret bordrolarının dosyaya ibraz edemediklerini, davacının işe gelmemesi nedeniyle devamsızlıktan tutanakları düzenlendiği, bu nedenle iş akdinin 4857 sayılı kanunun 25/II-g maddesine dayanılarak tek taraflı olarak haklı nedenle feshettiklerini, senelik izinlerini de tam olarak kullanıldığını, davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Dosya içeriğine göre davacı ve 6 arkadaşının son beş aya ait ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile 29/12/2008 tarihinde işte kullandıkları araçlar ve araçlara ait diğer eşyaları bırakarak iş sözleşmelerine son verdikleri, işverenin son beş ay için Ağustos ayına ait bordro ve Kasım ayına ait avans ödemesi dışında belge ibraz etmediği, avansın son beş aylık ücretten mahsup edildiği, ancak Ağustos ve Kasım ayı ücretlerini davacı ve arkadaşlarının almadıklarına dair yemin ettikleri, bordrolardaki imzanın sahteliği iddiası ile C.Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulundukları, Eylül, Ekim 2008 ayları ile son ay ücretinin ödendiğine dair herhangi bir belge ibraz edilmediği, somut uyuşmazlıkta Ağustos ve Kasım 2008 ayları ücretlerinin ödenip ödenmediği, davacının çalışma süresi ile alındığı ücretin uyuşmazlık konusu olduğu anlaşılmaktadır.

1)Öncelikle davacının uyuşmazlık konusu olan aylar dışında Eylül ve Ekim ayları ücretlerinin ödenmediği, bu nedenle davacı işçinin iş sözleşmesi feshetmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, kıdem tazminatına hak kazanacağı yönündeki değerlendirme yerindedir.

2)Ancak hüküm altına alınan ücret alacağının miktarı, kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izne esas ücretinin miktarı ve hizmet süresi uyuşmazlık konusu olup, çözümlenmiş değildir.

a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 187/b. 5 maddesi uyarınca biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyette olması halinde; birinci davanın her ne şekilde olursa olsun karara bağlanması sonucu, ikinci davanın konusu ortadan kalkacak ise, o zaman, bu ikinci davanın birinci dava sonuçlanıncaya kadar ertelenmesi, yani birinci davanın neticelenmesinin, ikinci dava için bekletici mesele yapılması gerekir.

Davacı işçi davalı işveren tarafından sunulan Ağustos ve Kasım 2008 ayları ücret bordrosundaki imzanın sahteliği iddiası ile işveren aleyhinde suç duyurusunda bulunmuştur. Ücret alacağının ödenip ödenmediği konusunda belirleyici olacak bu suç duyurusu ve açılacak kamu davası sonucu beklenmeden, salt davacı yemini ile anılan ücretlerin ödenmediği gerekçesi ile anılan aylar için ücret alacağına karar verilmesi hatalıdır.

b) İş yargılamasında çalışma olgusunu ve hizmet süresinin, kısaca kıdemini ispat yükü, genel ispat kuralı gereği iddia eden işçiye aittir. İşçi bu olguyu

tanık dahil her türlü delille ispat edilebilir. Dinlenen tanıkların tarafsız, bordro tanığı veya kamşu işyerinde çalışanlardan olması önemlidir. Taraflarla ihtilaf ve husumet içinde olanların tanıklığına itibar edilmemelidir.

Dosya içeriğine göre davacının hükme esas süresi yönünden tanık beyanlarına değer verilmiştir. Ancak dinlenen tanıklar davacı ile birlikte aynı konuda davalı işveren aleyhinde dava açan kişilerdir. Kısaca davacılar birbirlerine tanıklık yapmışlardır. Davalı aleyhine dava açan işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerekir. Mahkemece aksine inandırıcı delil bulunmaması nedeni ile kayıtlardaki hizmet süresi yerine, itibar edilmemesi gereken tanıkların beyanındaki sürenin esas alınması bozma nedeni yapılmıştır.

c) Taraflar arasında tazminatın ve alacakların belirlenmesine yönelik ücretin miktarı uyuşmazlık konusudur. Davacı davalıya ait işyerinde asgari ücretin çok çok üstünde bir ücretle çalıştığını iddia etmiş, tazminat ve alacakların bu ücrete göre belirlenmesini talep etmiş, davalı işveren ise davacının asgari ücretle çalıştığını, bordroların imzalı olduğunu savunmuş, mahkemece davalı aleyhine aynı nedenle dava açan tanık beyanlarında belirtilen ücret kabul edilerek belirlenen tazminat ve alacaklar hüküm altına alınmıştır.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılamadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesi zorunlu olduğu hükmüne bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamadığından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesinin ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir (Yargıtay 9.HD.23.9.2008 gün 2007/ 27217 E, 2008/ 24515 K.).

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8. ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar,

İş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlemesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık bayanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, davalı aleyhine dava açan kişilerin tanıklıklarına itibar edilemez. O nedenle davacının görevi, yaptığı iş ve meslekte kıdemi dikkate alınarak faaliyet gösterilen sektörde ilgili meslek odası veya sendikadan emsal ücret araştırılması yapılarak, davacının aldığı ücret belirlenmeli, bu ücret üzerinde belirlenecek tazminat ve işçilik alacakları hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06/06/2011 günü oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

HİZMET TESPİTİ DAVASI • İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ

ÖZET: Hizmet tespiti davalarında beyine başlangıcı sayılabilecek ödeme belgeleri yoksa usulün 288. maddesi sınırlarını aşan ücret iddialarında yazılı delil aranmalıdır.
Y.10.HD. E: 2009/16496 K: 2010/3183 T: 08.03.2010[1] [2] [3]

1) Davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasa'nın 78/10. maddesi olup bu tür sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin davaların, kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle de özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu açıktır. Bu çerçevede; hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde resen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Eldeki dava dosyasına konu olayda, mahkemece yapılan araştırma ve inceleme, hüküm kurmaya yeterli ve elverişli değildir. Mahkemece, dinlenen tanık beyanlarına göre hüküm kurulmuş ise de, tanıkların gerek çalışma olgusu, gerek ücret miktarı konusundaki beyanları, soyut nitelikte olup herhangi bir somut veriye dayanmadığı görülmektedir. Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, davacının davalı işveren nezdinde iddia edilen çalışmasına yönelik bilgi ve belgelerin bulunmadığı görülmekle, davacı ile aynı dönemde birlikte çalışan kişi ya da kişilerin tespit edilerek, çevre işyeri işveren veya çalışanlarının bilgilerine başvurularak ayrıca davacının çalıştığını iddia ettiği işyerinin bulunduğu mahalle göre yetkili belediye zabıta birimleri kolluk kuvvetleri ve ilgili muhtarlık ve idari makamlar nezdinde araştırma yapılarak, varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

2) Kabule göre de, dava konusu dönemde davacının 350 ABD doları üzerinden ücret aldığının tespiti yönünden, ücrete ilişkin kabul gerekçesi yeterince tartışılmamış ve mevcut deliller hüküm kurmaya yeterli bulunmamıştır. Ücret konusunda, tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanun'un 288. maddesinde yazılı sınırları taşan ücret

---

[1] Dergimizin 2011/2. sayısında yayımlanan Yargıtay 10.Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.
[2] Dergimizin bu sayısında yayımlanan; 06.04.2011 tarihli Yargıtay Hukuk Gneel Kurulu Kararına ve 17.05.2011 tarihli Yargıtay 21.Hukuk Dairesi Kararına bakınız.
[3] Bu kararda bahsigeçen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı için bakınız; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Örnek Kararları Mehmet Handan SURLU 2006 Ankara sh.1022

alma iddialarında yazılı delil aranmalıdır.

Zira, Hukuk Genel Kurulu 'nun 2005/21/409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Mahkemece bu yönde yapılacak yeterli ve gerekli araştırmayla ulaşılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, sadece tanık sözlerine dayanılarak, asgari ücretin üzerindeki prime esas kazancın miktarı konusunda karar verilmiş olması yerinde değildir.

Ayrıca, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2008 tarihli 2008/10-370-410 E.K. sayılı ilanında ayrıntıları açıklandığı üzere, davanın kısmen kabulüne karar verildiğine göre, reddedilen kısım yönünden kendisini vekille temsil ettiren davalı Kurum yararına vekalet ücreti takdir edilmemesi de, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 08.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞ KAZASI NEDENİYLE SGK TARAFINDAN AÇILAN RÜCU DAVASI

•

ZAMANAŞIMI

ÖZET: 506 SK'nın 26. maddesine dayalı rücu davalarında, sigortalının halefi sıfatıyla Sosyal Sigortalar Kurumu'nun 1.kişi; işverenin 2.kişi, bunun dışında kalanların ise, 3.kişi olduğu gözetilerek, sigortalı ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandığı, sigortalının halefi durumundaki Kurum ile, işveren arasında rücu davalarında, zamanaşımının Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre 10 yıl olduğu, işveren dışındaki davalıların sorumluluğunun haksız fiile dayandığı ve Borçlar Kanunu 60. maddesine göre zamanaşımı süresinin faile ve zarara ıttıla tarihinden itibaren 1 yıl ve her halükarda olay tarihinden itibaren 10 yıl olduğu nazara alınarak, davalı R. haricindeki davalıların, süresinde zamanaşımı itirazında bulundukları da göz önünde tutularak, varılacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Y.10.HD. E: 2009/7674 K: 2010/15992 T: 06/12/2010

Davacı, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahiplerine yapılan yardımlardan, ilk rücu davasından kalan kusur farkı ile kanun ve katsayı

artışları nedeniyle oluşan Kurum zararının, 506 Sayılı Kanun'un 26. maddesi gereğince davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın reddine 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.

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin, sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin, 21/03/2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 23/11/2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı, ya da, hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüştür.

Mahkemece , dava tarihindeki mevzuat ve içtihatlara uygun olarak açılan davada, anılan iptal hükmü nedeniyle oluşan hukuksal durum gereğince değerlendirme yapmasında bir isabetsizlik yok ise de, Hukuk Genel Kurulu'nun 07/05/2008 tarih 2008/10-363 Esas, 2008/366 Karar sayılı kararında da belirtildiği şekilde, gelirlerde meydana gelen artışın ayrı bir olgu niteliğinde bulunduğu, önceki rücu davasında ilk peşin sermaye değerli gelirle birlikte artışlara da hükmedilmesinin, ilk davada hüküm altına alınmayan kusur farkı nedeniyle kesin hüküm engeli oluşturmayacağı, ilk rücu davasında hükmolunan gelir artışlarının, kusur farkından kaynaklanan eldeki davada hükmolunacak rücu tazminatından mahsup edilmesine olanak bulunmadığı gözetilerek, Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile ortaya çıkan maddi ve hukuki olgulara ve özellikle davalıların toplam %90 oranındaki kusur ve sorumluluk durumuna göre; kaza sonucu sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerleri ile, sosyal yardım zammı toplamının %60'ının, davacı işbu ikinci davaya ilişkin olarak, %30 kusur farkının bulunduğu belirgin olmakla, hak sahiplerine bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri ile, sosyal yardım zammı, davacı Kurumdan sorulup açıklıkla belirlenerek, bu tutarlara, anılan kusur farkı oranı uygulanmak suretiyle rücu alacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, 26. maddeye dayalı rücu davalarında, sigortalının halefi sıfatıyla Sosyal Sigortalar Kurumunun 1.kişi; işverenin 2.kişi, bunun dışında kalanların ise, 3.kişi olduğu gözetilerek, sigortalı ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandığı, sigortalının halefi durumundaki Kurum ile, işveren arasında rücu davalarında, zamanaşımının Borçlar Kanununun 125. maddesine göre 10 yıl olduğu, işveren dışındaki davalıların sorumluluğunun haksız fiile dayandığı ve Borçlar Kanunu 60.maddesine göre zamanaşımı

süresinin faile ve zarara ıttıla tarihinden itibaren 1 yıl ve her halükarda olay tarihinden itibaren 10 yıl olduğu nazara alınarak, davalı Reşit Melih Esin haricindeki davalıların, süresinde zamanaşımı itirazında bulundukları da göz önünde tutularak, varılacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 06/12/20010 günü oybirliğiyle karar verildi.

TEHLİKE SINIF VE DERECESİNE AİT PRİM ORANLARININ UYGULANMASI • İTİBARİ HİZMETTEN YARARLANMA

ÖZET: Davalı iş verene ait iş yerinin basım ve gazetecilik faaliyetlerinin yürütüldüğü bir iş yeri olup olmadığının, kuşkudan uzak biçimde mahkemece tespiti gerekir.

Y.10.HD. E: 2011/1701 K: 2011-6146 T: 26/04/2011

Dava, davalı işverene ait işyerindeki çalışmaların, itibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektirir koşullarda geçtiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı ile davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1) Basım ve gazetecilik işyerindeki çalışma koşulları nedeniyle itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için, yasada öngörülen iki koşulun birlikte gerçekleştiğinin belirlenme gereği zorunlu olup; bunlardan birinci koşul, sigortalının basım ve gazetecilik işyerinde çalışmış olmasıdır. Ancak, bu koşulun araştırılıp saptanmasında; işyeri, dar anlamda muhakkak sadece gazete basımıyla uğraşan bir basımevi olarak düşünülmeyip, yasanın açık amacı göz önünde bulundurularak söze değil öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varılmalıdır. İkinci koşul ise, yine aynı maddenin II.Alt Bendinin (a-f) işaretli alt bentlerinde yazılı fiziksel dış etkenlerden birinin olayda ayrıca gerçekleşmiş bulunmasıdır.

060297529 sicil numarasıyla kayıtlı bulunan davalı T. Klişecilik ve Grafik San. A.Ş işyerinde (T. Klişecilik San. ve Tic. A.Ş. unvanlı olarak) yapılan inceleme sonucu düzenlenen 05/05/2000 tarihli sigorta müfettişi raporunda, "1982

yılından bugüne değin faaliyet konusunun, tifduruk baskı silindirlerinin imalatı olduğu, imalat aşamasının demir dökme silindirlerin siyanürlenerek elektroliz aşamasına hazırlandıktan sonra elektroliz yöntemiyle demir silindirlerin bakır ve krom kaplaması yapıldıktan sonra laboratuar ortamında hazırlanan filmlerin anılan silindirlerin üzerine gravür olarak işlenmesinden ibaret olduğu.... uygulanmakta olan "6119" işkolu kodunun işyerinin faaliyetlerine uygun olmadığı...2001 takvim yılı başında geçerli olmak üzere işyerinde "2804" no'lu işkolu kodu ile ilgili tehlike sınıf ve derecesine ait prim oranlarının uygulanmaya başlamasının gerektiği" bilgisine yer verilmiştir.

Birden fazla sigortalı tarafından açılan davaların tümüne yönelik inceleme kapsamında dinlenen tanık anlatımlarıyla, işyerinden yapılan keşif sonucu elde edilen bilgilerden, işyerinde, klişe, pozlandırma, sıvama, taşlama, siyanür kaplama, krom kaplama, bakır kaplama, torna bölümlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Keşfe katılan bilirkişi kurulu tarafından düzenlenerek hükme dayanarak yapılmış bulunan bilirkişi kurulu raporunda, işyerinin boşaltılmış olması nedeniyle, keşif sırasında işyeri koşullarının incelenemediği; daha önce yapılan incelemelerden elde edilen bulguların da kullanılması suretiyle sonuca varıldığı belirtilmişse de; dosya içeriğindeki kanıtlar ile bilirkişi raporundaki değerlendirme, işyerinin yasanın belirlediği çerçevede "basım ve gazetecilik" işyeri olarak kabulü için yeterli veri içermemektedir.

Sıralanan maddi ve hukuki olgular ışığında, davalı işverene ait işyerinin basım ve gazetecilik faaliyetlerinin yürütüldüğü bir işyeri olup olmadığının kuşkudan uzak biçimde tespiti için; bilirkişi raporunda değinilen kanıt dosya içeriğindeki bilgiler ile var ise aynı işyeri çalışmaları nedeniyle açılıp sonuçlanmış itibari hizmet süresinden yararlanmaya yönelik dava dosyalarındaki kanıtlar getirilip; dosyaya katılan müfettiş raporundaki değerlendirmeler üzerinde durularak; işyeri dosyasında yer alan faaliyet alanına ilişkin diğer kayıtlar ile dosya içeriğindeki tüm kanıtlar gözetilerek; işyerinin tümüyle veya belirli bölümleri itibariyle basım ve gazetecilik işyeri olarak nitelenmesi halinde, davacının çalıştığı bölümün bu kapsamda olup olmadığı, yargısal denetime elverir- bir irdelemeyle ortaya konulmadan, işyerinin niteliği konusunda eksik incelemeye dayalı olarak sonuca varılması;

2) Dava dilekçesinde, itibari hizmet süresinden yararlanma gereğinin tespiti istemi yanında, prim farkının tahsili eklenecek itibari hizmet süresinin yaşlılık aylığı koşullarının belirlenmesinde gözetilmesi konusu da belirtilmiş olup; "davacının prim tahsili hakkının bulunmadığı, bu hakkın davalı SGK'da olduğu, bu talebin reddinin gerektiği, davacının diğer talepler yönünden karar düzenlemesine yer olmadığı" gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar gerekçesinde de belirtildiği üzere, dava dilekçesinde, itibari hizmet süresinden yararlanma isteminin yasal ve doğal sonucuna ilişkin konulara yer verilmiş olmasının, davanın kısmen kabulü olarak nitelenmesi olanağı bulunmadığı ve doğacak prim farkının davacı yararına hüküm altına alınması konusunda da bir istem dile getirilmediği halde, davanın kısmen kabulüyle,

yargılama gideri ve vekalet ücretinden sorumluluğun buna göre belirlenmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı ile davalılardan SGK Başkanlığı vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 26/04/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ • TESPİTTE DAVACININ ÜCRETİ

ÖZET: Mahkemece, öncelikle, davacının çalıştığı sürelere göre yaptığı işin niteliği belirlenip, buna göre piyasada geçerli ücretler ilgili odalardan sorulup, gerekli tüm araştırmalar yapılarak, tesbitine karar verilen dönemin tamamındaki ücreti ve asgari ücretin 2,75 katı ücretle çalışıp-çalışmadığı araştırılmalı; davacının ücreti belirlenirken, 2001 yılı 12. ay ve sonrasında Kurum'a bildirilen sigorta primine esas kazançların, tesbitine karar verilen miktarlara ulaşmadığı gözetilmelidir.

Y.10.HD. E: 2009/17761 K: 2011/6609 T: 03.05.2011

YARGITAY KARARI

Dava, davalılardan işverene ait işyerinde geçen sigortalı çalışma süreleri ve sigorta primine esas kazancın tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtilen gerekçe ile karar verilmiştir.

Hükmün, davalılardan Kurum Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde, 02/05/2000 – 30/01/2006 tarihleri arasında, en son net 1050,00 TL ücretle çalıştığının tesbitini istemiş; Mahkemece, davacı için, davalılardan işverene ait işyerinden 10/12/2001 ve sonrası dönemin kesintisiz bildirildiği belirtilerek, 02/05/2000 – 10/12/2001 tarihleri arası dönemlerde, asgari ücretin, 2,75 katı sigorta primine esas kazanç esas alınarak tesbit kararı verilmiştir.

Davacının, sigortalılık süresinin tesbitine ilişkin mahkemenin kabulü isabetli ise de; kabulüne karar verilen dönemde, ücrete ilişkin kabul gerekçesi yeterince tartışılmamış ve mevcut deliller hüküm kurmaya yeterli bulunamamıştır. Bu davalarda işverenin kabulünü dahi tek başına hukuki bir sonuç doğuramayacağı göz önünde tutulmalı ve ücret konusunda; tespiti istenilen sürenin evvelinde ve

sonrasında beyyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun m.288 de yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalıdır. Zira, Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille ispat edilmesi gerekir.

Davacının hizmet cetvelinin incelenmesinden, 2001 yılı 12. ayı ile 2004 yılı 5. ayı arası dönemlerde asgari ücretin %10 ila %40 fazlasıyla, 2004 yılı 6. ayından itibaren asgari ücret üzerinden prim ödendiği görülmüş; davacı tarafından dosyaya sunulan referans yazılarından, 2004 yılı 9. ayında net 900,00 TL, 2005 yılı 11.ayında net 1300,00 TL ücretle çalıştığı belirtilmiştir. Yazılı delil niteliğindeki hizmet cetvelinden, davacının, Kurum'a sigorta bildirimlerinin başladığı dönemde asgari ücretin %25 fazlası kazançla çalıştığının bildirilmiş olduğu gözetlendiğinde; Mahkemece, öncelikle, davacının çalıştığı sürelere göre yaptığı işin niteliği belirlenip, buna göre piyasada geçerli ücretler ilgili odalardan sorulup, gerekli tüm araştırmalar yapılarak, tesbitine karar verilen dönemin tamamındaki ücreti ve asgari ücretin 2,75 katı ücretle çalışıp-çalışmadığı araştırılmalı; davacının ücreti belirlenirken, 2001 yılı 12. ay ve sonrasında Kurum'a bildirilen sigorta primine esas kazançların, tesbitine karar verilen miktarlara ulaşmadığı gözetilmelidir.

Mahkemece, açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılardan Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmelil ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 03/05/2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

TRAFİK • İŞ KAZASINDA ÖLEN TAMAMEN KUSURLU SİGORTALI İLE İLGİLİ RÜCU DAVASI • KUSUR BELİRLENDİKTEN SONRA HAKKANİYET İNDİRİMİ YAPILACAĞI

ÖZET: Öncelikle, sigortalı ve varsa davalı işveren ile diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi için iş güvenliği ve işçi sağlığı konularında uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak 506 Sayılı Kanun'un 26. 4857 Sayılı Kanun'un 77, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd. maddelerine uygun olarak düzenlenmiş rapor alınmalı, daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı ile ortaya çıkan hukuki durum ve davalı hakkında uygulama koşulu gerçekleşen 506 Sayılı Kanun'un 10. maddesi sermaye değeri ile sosyal yardım zammının, yapılacak hakkaniyet indirimi ile tazminine olanak bulunan kısmı belirlenip Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan istemle bağlılık ilkesi de dikkate alındıktan sonra elde edilecek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Y.10.HD. E: 2009/7803 K: 2010/15853 T: 02.12.2010

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu yaşamını yitiren sigortalının hak sahibi eşine yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan zararın, 506 Sayılı Kanun'un 10 ve 26. maddeleri gereğince davalı işverenden rücuan alınması istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı avukatı 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.

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Davalı işveren şirkete ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak çalıştırılan sigortalının, görevlendirilerek işverenin aracını kullandığı sırada direksiyon hakimiyetini kaybedip yol kenarındaki kaldırıma ve ağaçlara çarpması sonucu yaşamını yitirmesiyle iş kazasının gerçekleştiği, iki adet trafik polis memurunca düzenlenen trafik kazası tespit tutanağında sigortalının tam kusurlu olduğunun belirtildiği anlaşılmakta olup, işbu rücu davasına bakan mahkemece kusur incelemesi yaptırılmaksızın, kazalının kusurunun tümünden 506 sayılı Kanunun 10'cu maddesi hükmü gereğince davalının sorumlu olduğu gerekçesiyle ve sigortalının hak sahibi eşine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri gözetilerek yazılı şekilde karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanaklarından birini oluşturan 506 Sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasındaki "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere" ibareleri, Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, elde bulunan ve kesinleşmiş tüm davalarda uygulanması zorunludur. Diğer taraftan, anılan Kanunun kusursuz sorumluluk ilkesini içeren 10'cu maddesine dayalı tazmin sorumluluğu durumunda, 26. maddeye ilişkin davalardaki sorumluluğun ilk peşin sermaye değeri ile sınırlandırılması kuralının kıyas yoluyla uygulanması gerekmekte ise de, 10. maddenin öngördüğü sorumluluk durumu 26. maddeye göre farklı ve daha ağır olduğundan, işverenin sorumluluğu, ilgililerin kusur oranı gözetilmeksizin belirlenecek ilk peşin sermaye değeri ve sosyal yardım zammı toplamından Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'sinden az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılarak saptanmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; öncelikle, sigortalı ve varsa davalı işveren ile diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi için iş güvenliği ve işçi sağlığı konularında uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak 506 Sayılı Kanun'un 26. 4857 Sayılı Kanun'un 77, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd. maddelerine uygun olarak düzenlenmiş rapor alınmalı, daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı ile ortaya çıkan hukuki durum ve davalı hakkında uygulama koşulu gerçekleşen 506 Sayılı Kanun'un 10. maddesi sermaye değeri ile sosyal yardım zammının, yapılacak hakkaniyet indirimi ile tazminine olanak bulunan kısmı belirlenip Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan istemle bağlılık ilkesi de dikkate alındıktan sonra elde edilecek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının isteği durumunda davalıya geri verilmesine, 02/12/2010 günü oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

KURA DIŞI İŞLEMLER • İYİNİYET • YOLSUZ TESCİL

ÖZET: Kura sonucu kendisine isabet eden konutu teslim alan ve konuttaki eksiklikleri de tamamlayan üye tapu almayı beklerken, kooperatif yönetimi kura dışı işlem yaparak söz konusu konutu üçüncü kişiye devretmiş olup, burada üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu ve giderek iktisabının geçerli olduğu kabul edilemez.[1]

Y.11.HD. E:2004/11321 K: 2005/10366 T:27.10.2005

Davacı vekili, davalı kooperatifin ortağı olan müvekkilinin tüm edimlerini yerine getirdiğini, hiçbir borcu olmadığı halde, kur'ada kendisine isabet eden konutun teslim edilip eksiklikleri tamamlanmış dairesi için tapu almayı beklerken, davalı kooperatifin onayı ile davalı arsa sahibi tarafından muvazaalı olarak davalı V.'ye satıldığını öğrendiğini ileri sürerek, taşınmazın tapusunun iptali ve davacı adına tapuya yazımına karar verilmesini istemiştir.

Davalı kooperatif vekili kooperatifçe yaptırılan konutların bir kısmının ferdileşme sırasında eski yöneticiler tarafından tapularının ortaklar yerine arsa sahiplerine verildiğini, husumetin ibra edilmeyen eski yöneticilere yöneltilmesi gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı yanıt vermemiştir.

Davalı V. vekili, taşınmazın tapu malikinden satın aldığını tapuya güvene dayalı işlem nedeniyle müvekkilinin iyiniyetinin korunması gerektiğini, kooperatif ve üyesi arasındaki ilişkinin müvekkilini ilgilendirmeyeceğini, dairenin boş olarak satın alındığını, davacının 1998 tarihinden sonra pay devretmek suretiyle ortak olduğunu, bu tarihten önce taşınmazın davalı M.'ye ait olduğunu tapudan öğrenilebileceğini, muvazaa iddiasının samimi olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar, tanık anlatımları ve bilirkişi raporuna göre, davacının, davalı kooperatif ortağı iken 13.03.2001 tarihli kur'ada dava konusu taşınmazın kendisine isabet ettiği, kooperatifçe 20.03.2002 tarihinde yazılan yazı ile de davacının borcu bulunmadığının bildirildiği, 17.12.1997 tarih ve 4591 yevmiye numaralı ve 25.09.1998 tarih ve 26549 numaralı kat irtifakı tablosuna göre dava konusu J Blok 22 nolu dairenin davalı kooperatif adına kayıtlı iken, akit tablosu ile aynı konutun davalı M. adına ve 13.06.2002 tarihinde de satış suretiyle diğer davalı V. adına tescil edildiği, bu hale göre kooperatif yetkililerinin ve bağlı

[1] Kooperatif Hukukuna İlişkin Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Kararları Mersin Barosu Başkanı Av.Hulki ÖZEL tarafından gönderilmiştir.

olunan birliğin kur'a dışı işlem yaparak kooperatif adına tescil edilmesi gereken taşınmazı V. adına doğrudan satış göstererek tapu tesis ettirdikleri, taşınmazın satışı için kooperatifçe alınmış bir karar bulunmadığı, davacının kooperatif ortağı olması nedeniyle kur'a sonucunda kendisine isabet eden dairenin sahibi olarak bir kısım eksikliklerini tamamladığı ve 2001 yılında kiraya verdiği, davalı V.'nin ise dava konusu daire ile birlikte 8 adet daireyi satın almış göründüğü, satış bedelinin daire başına 3 milyar TL olarak gösterildiği buna rağmen gerçekte satış tarihi itibarıyla 25 milyar TL olarak belirlendiği, davalının anılan daireyi görmeden satın aldığı ve bu durumun yaşamın doğal akışına uygun düşmediği arsa sahipleri ile kooperatifin eski başkanı ve halen ağır ceza mahkemesinde gıyabi tutuklu olarak yargılanan H. arasında imzalanan arsa karşılığı inşaat sözleşmesi keza H. ile üstbirlik ve üst birlik ile de davalı kooperatifçe imzalanan sözleşmeler gereğince dava konusu taşınmazda arsa sahiplerinin herhangi bir tasarruf hakkı olmadığı, buna rağmen arsa sahibi M.'nın satış işleminin sahih bir temele dayanmadığı, davalı V.'nin iyiniyetli olmadığı gerekçesiyle, davanın kabulunü karar verilmiştir.

Kararı, davalı V. 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 V. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı V. vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve konuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, takdir edilen 400 YTL duruşma vekillik ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesi, aşağıda yazılı bakiye 1.013.50 YTL temyiz ilanı harcının temyiz edenden alınmasına, 27.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİF TARAFINDAN YAPILAN KONUTUN TAPUYA TESCİLİ

ÖZET: Kooperatif tarafından yapılan konutların ortaklar adına tapuya tescilinin talep edilebilmesi için kooperatifte ferdileşmeye geçilmesi ve kooperatifin ferdileşmeyi sağlamaması ve ayrıca hak talep eden ortağın kooperatife borcunun olmaması gerekir.

Y.11.HD. E: 2006/5772 K: 2007/8557 T:05.06.2007

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye 1.Ticaret Mahkemesi 'nce verilen 02.02.2006 tarih ve 2003/348 – 2006/26 sayılı kararın Yargıtay 'ca incelenmesi davalı M. vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar,

duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı S.S.Kent Konut Yapı Kooperatifi 'nin üyesi olduğunu, kura çekimi sonucu J Blok 37 nolu dairenin müvekkiline isabet ettiği halde, kooperatiin haksız olarak bu daireyi davalı M. adına tescil ettirdiğini ileri sürerek, anılan dairenin tapu kaydının iptali ile müvekkili adına tescilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Kent Kooperatif vekili, husumet itirazında bulunmuş, ancak daha sonra davayı kabul etmiştir.

Diğer davalılar, davaya cevap vermemişlerdir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, dava konusu dairenin bulunduğu arsanın kat karşılığı arsa sahipleri tarafından davalı kooperatife devredildiği, kooperatifin sözleşmedeki edimini yerine getirdiği ve dolayısı ile sözkonusu daireyi almaya hak kazandığı, davacının da kooperatif üyesi olarak edimlerini yerine getirdiği ve kura sonucu kendisine isabet eden daireyi almaya hak kazandığı gerekçesiyle, davanın kabulüne, dava konusu dairenin davalı M. adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiştir.

Kararı, davalı M. vekili temyiz etmiştir.

Dava, kura sonucu davacı adına tahsis edilen dairenin tapusunun iptali ile davacı adına tescili istemine ilişkindir.

Kooperatif tarafından yapılan konutların ortaklar adına tapuya tescilinin talep edilebilmesi için kooperatifte ferdileşmeye geçilmesi ve kooperatifin ferdileştirmeyi sağlamaması, ayrıca ortağın kooperatife bir borcunun bulunmaması gerekmektedir.

Somut olayda, davalı Kent Kooperatifi ise arsa sahipleri arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı ve kura sonucu davacı adına tahsis edilen dairenin tapusunun bir sözleşme gereği kooperatif tarafından arsa sahibi olan mümeyyiz davalıya verildiği, ancak davalı kooperatifin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirerek davaya konu tahsis edilen dairenin mülkiyetini kazandığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, mahkemece, yukarıda açıklanan ilke gereği davalı kooperatifin ferdileşmeye geçip geçmediği ve davacının borcu olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılarak ve ayrıca arsa sahipleri tarafından davalı kooperatif ve üst birlik aleyhine kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi için açılan aynı mahkemenin 2003/465 Esas sayılı davanın sonunda verilecek kararın iş bu davanın sonucunu etkileyeceği de göz önüne alınarak sözü edilen davanın sonucunun beklenilerek bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, mümeyyiz davalı M. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün adı geçen davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 05.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFTEN AYRILMA • ÖDENECEK BEDELİN TESPİTİ

ÖZET: Kooperatiften ayrılan üyenin çıkma payının ayrıldığı yıla ait bilançoya göre hesaplanması gerekir.

Buna göre bilançoda genel giderlerden payına düşen kısım indirildikten sonra kalan miktar ayrılan üyeye ödenmelidir.

Y.11.HD. E: 2006/11053 K: 2007/14013 T:08.11.2007

Davacı vekili, müvekkilinin davalı kooperatifin üyesi iken kendi isteğiyle üyelikten ayrıldığını ve bu isteminin davalı tarafından kabul edildiğini, kooperatife ödemiş olduğu paraların ödenmesini istemesine rağmen geri ödemenin yapılmadığını, bu nedenle davalı kooperatife yönelik icra takibine başladığını, ancak itirazda bulunulması sonucu takibin durduğunu ileri sürerek, borçlunun takip konusu alacağa yaptığı itirazın iptaline, takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davayı yanıt vermemiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamaya ve alınan bilirkişi raporuna göre ayrılma tarihi itibariyle davacının alacağının 6.381.667.547 TL olduğu gerekçesiyle taleple bağlı kalınarak davalının itirazının iptaline, takibin devamına, % 40 tazminatın davalıdan tahsiline, davacının fazla hakkının saklı tutulmasına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalın ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2) Dava, üyelikten ayrılan davacının yaptığı ödemelerin iadesi istemine ilişkindir. Ayrılan üyenin kooperatifin varlığı üzerindeki haklarını düzenleyen 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu 'nun 17. maddesi uyarınca üyenin çıkma payının ayrıldığı yıla ait bilanço çerçevesinde belirlenerek iade edilmesi gereklidir. Bu itibarla, iadesi gereken miktar ödenen aidatların toplamı kadar olmayıp yapılan toplam ödemeden üyenin ayrıldığı yıla ait kabul edilen bilançoda gösterilen genel giderlerden payına düşen kısım indirildikten sonra kalan miktarla sınırlıdır. Buna göre davacıya iadesi gereken bedelin açıklanan yöntemine uygun olarak yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucu belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken, bozma kararına yanlış anlam verilerek ayrıldığı yıla ait bilanço uyarınca hesaplanan öz varlık miktarından ödediği miktara isabet eden kısmın hesaplanması suretiyle toplam ödemeyi bile aşarak kooperatif öz varlığından pay verilmesi sonucunu doğuracak şekilde davalının sorumluluğuna karar verilmesi Kooperatifler Yasası ve kooperatif ana sözleşmesi hükümlerine aykırı olup, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin

diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 08.11.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE • DAVANIN KABULÜ • GENEL KURUL KARARININ İPTALİ • DAVADA HUSUMET

ÖZET: Bir davada davalı kabulünün hak düşürücü süreden önce dikkate alınması gerekir.

Kooperatif genel kurul kararının iptali davasında yönetim kurulu üyelerinin şahsen davalı gösterilmesi mümkün değildir.

Y.11.HD. E:2007/14759 K:2008/328 T:21.01.2008

Davacılar vekili, davalı gerçek kişilerin 24.06.2001 tarihli genel kurul toplantısında ibra edilmedikleri halde yönetim kurulu üyeliğine seçildiklerini, bu durum anasözleşmenin 36/3. maddesine aykırı olduğunu lleri sürerek, 24.06.2001 tarihli genel kurul toplantısının davalıların kooperatif yönetim kuruluna seçilmelerine ilişkin 5. gündem maddesiyle alınan kararın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalılar K., A. ve B. vekilleri, davanın reddini savunmuştur.

Davalı kooperatif yöneticileri, davanın kabulünü istemiştir.

Davalı N., duruşmalara katılmamış ve savunmada bulunmamıştır.

Ortaklardan K. ve 12 arkadaşı tarafından davalı taraf yanında davaya müdahale talebinde bulunulmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, 24.06.2001 tarihli genel kurul toplantısında alınan 4 no'lu kararla davalılar ibrasına, 5 no'lu kararla yönetim kurulu üyeliklerine seçilmelerine karar verildiği, 4 no'lu kararın ayrı bir dava sonucu iptal edilerek kararın kesinleştiği, böylece ibra edilmeden yeniden yönetim kurulu üyeliğine seçilmesine ilişkin kararın anasözleşmenin 36/3. maddesine aykırı ve mutlak butlanla batıl olduğu, dolayısıyla her üye tarafından ve süreyle sınırlı olmaksızın geçersizliğinin talep edilebileceği, davalı kooperatifin 22.01.2006 tarihli genel kurul toplantısında verilen yetkiyle yönetim kurulu gerekçesiyle, anılan davacıların davalarının reddine, diğer davacı tarafından açılan davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı K. vekili ile müdahil K. ve arkadaşları vekili temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içerisinde bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir

yön bulunmamasına göre, ve mahkemece davanın kabulle sonuçlandırılması noktasında, anasözleşmeye aykırılığı ileri sürülen dava konusu genel kurul kararının yoklukla malul değil iptal edilebilir bir karar olmasına, bu durumda davanın 1163 Sayılı Koop. K.'nin 53. maddesi uyarınca 1 aylık hak düşürücü süresi içinde açılmasının gerekmesine, bir an için bilançonun kabulüne ilişkin 3. ve yönetim ve denetim kurullarının ibrasına ilişkin 4. gündem maddesinin iptalinin de istenemeyeceği, diğer bir deyişle bilançonun kabulü ile yönetim ve denetim kurullarının ibrasına ilişkin kurallar iptal edilmeden, yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin 5. gündem maddesinin iptali koşullarının da oluşmayacağı, dolayısıyla hak düşürücü sürenin bun göre değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilirse de, esasen 3, 4. ve 5. gündem maddelerinde alınan kararların iptalinin aynı dava ile istenmesinin zorunlu olması nedeniyle, işbu davanın da hak düşürücü süresi içinde açılmadığının kabulünün gerekmesine, ancak davalı kooperatifçe 22.01.2006 tarihli genel kurul toplantısı ile davanın kabul edilmesi yönünde karar alınıp, kooperatif temsilcilerinin de duruşmaya katılarak davayı kabul ettiklerini bildirimleri karşısında, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına, zira genel kurulca davanın kabulüne ilişkin karar alınmasının, bir anlamda genel kurulun yönetim kurulu üyelerini azli iradesini de ortaya koymasına, ve yönetim kurulu üyelerinin hiçbir neden gösterilmeksizin değiştirilmesinin, genel kurulca her zaman alınması mümkün kararlardan olmasına ve yine HUMK. Uyarınca bir davadaki davalı kabulünün, hak düşürücü süreden önce dikkate alınmasının gerekmesine göre, davalı Kemal Sultanoğlu vekili ile müdahil Kamil ve arkadaşları vekilinin, aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Ancak dava, kooperatif genel kurul kararının iptali istemine ilişkindir.

Böyle bir davada yönetim kurulu üyelerinin davalı sıfatıyla hasım olarak gösterilmesi ve aleyhlerine hüküm kurulması mümkün değildir. Bu durum karşısında mahkemece, kendisine husumet düşmeyen davalılar hakkındaki kavanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, anılan davalılar yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi ve yargılama harç ve giderlerinden anılan davalıların da zorunlu tutulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) no'lu bentte açıklanan nedenlerle, davalı K. vekili ile müdahil K. ve arkadaşları vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) no'lu bentte açıklanan nedenlerle, davalı K.vekili ile müdahil K. ve arkadaşları vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, kararın mümeyyizler yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edenlere iadesine, 21.01.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFTEN İHRAÇ • AİDAT İADESİ • FAİZ HESABI YÖNTEMİ

ÖZET: Yönetim Kurulu tarafından alınan ihraç kararı, tebliğ, itiraz ve dava açma süresinin geçmesiyle kesinleşir.

Aidatlar geri verilirken, kesinleşmenin gerçekleştiği yılın bilançosunun onaylandığı genel kurul toplantısından bir ay sonra muacceliyet gerçekleştiği dikkate alınarak faiz hesabı yapılır.

Y.11.HD. E: 2007/1462 K: 2008/2803 T: 10.03.2008

Davacı vekilleri, müvekkili kooperatif üyesi davalının, çıkma payı alacağının bulunduğundan bahisle başlattığı takibe müvekkilinin itiraz ettiğini, alacak muaccel olmadan takip başlatıldığını, takip sırasında da ödeme yapan müvekkilinin borcu kalmadığını ileri sürerek, müvekkilinin davalıya borcu bulunmadığının tespiti ile takibin iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının ödeme yapmadığı savunarak, davanın reddini istemiş, %50 icra inkar tazminatının tahsilini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına, toplanan kanıtlara ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalının 15.11.2001 tarihinde ihraç edildiği, bu tarihe kadar 2.908.00,-YTL aidat ödediği, bunun davalıya ödenmediği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davacının davalıya 2.908.00, - YTL asıl alacak ve 3.086.842.042,-TL faiz olmak üzere toplam 5.994.842.042,-TL dışında borçlu olmadığının tespitine, takipten sonra davalıya ödenen 2.200.00,- YTL ve 692.25,- YTL 'nin bu borçtan mahsubuna karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri 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 aşağıdaki 2 nolu, davalı vekilinin 3 nolu bent dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava, davacı kooperatif üyeliğinden ihraç edilen davalının, çıkma payının tahsili için başlattığı takip üzerine davacı tarafından açılan menfi tespit davasıdır.

1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17/1. maddesi ve anasözleşmenin 15 nci maddesi gereğince, kooperatiften ayrılan ortak, ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacak olan genel gider payı düşüldükten sonra bakiyenin iadesini talep hakkını haiz olup, bilançonun kabulü suretiyle kesinleşmesinden itibaren bir ay geçtikten sonra bu hak talep edilebilir. Aynı Kanun 'un 17/2. maddesi uyarınca kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek olması nedeniyle ödemelerin geciktirilmesine ilişkin bir genel kurul kararı alınmış ve mahkemece, ödemenin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek nitelikte olduğu bilirkişi raporu ile saptansa dahi, bu husus kooperatife ödemeyi geciktirme hakkı verir ise de, alacağın muacceliyet tarihini

etkilemez.

Somut olayda, 15.11.2001 tarihinde yönetim kurulu tarafından alınan ihraç kararı ile davalının üyelik ilişkisi sona ermeyip, ihraç kararının tebliği üzerine, itiraz ve dava açma süresinin geçmesiyle ihraç kararı kesinleşir. Davalının, davacının ihraç kararının verildiği tarihi ihracın kesinleştiği tarih olarak benimsediğine yönelik bir kabulü bulunmamaktadır. Mahkemece, çıkma payı alacağının muacceliyet tarihi 15.11.2001 tarihine göre belirlenmiş, genel giderlerden davalıya düşen masraf hissesi de düşülmemiştir.

Oysa, davalının ihraç kararının kesinleşmesi 2003 yılında gerçekleşeceğinden, 2003 yılı bilançosunun onaylandığı, 2004 yılı genel kurul toplantısından itibaren bir ay sonra davalının çıkma payı alacağının muaccel olacağı gözetilerek, takip talebine konu işlemiş faiz alacağının başlangıcının ve buna bağlı olarak miktarının belirlenmesi, davacının borçlu olduğu dolayısıyla borçlu olmadığı miktarın faiz bakımından bu çerçevede saptanması, ana alacak olarak belirlenen aidat miktarından da, 2003 yılı bilançosunda gösterilen genel giderlerden davalı payına düşen masraf hissesi belirlenip, düşülmesi suretiyle, ana alacak bakımından belirlenecek menfi tespit miktarının da bu şekilde hesaplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

3) Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarına gelince,

Kabule göre, davalı işbu menfi tespit davasında alacaklı olup, davanın reddini ve %50 tazminatın tahsilini istemiş olup, mahkemece, davalının tazminat talebinin İİK.'nın 72/4. maddesi uyarınca değerlendirilmesi, tartışılması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm tesis edilmemesi doğru görülmemiştir.

Yine kabule göre, dava işlemiş faiz miktarı bakımından kısmen reddedilmiş olup, mahkemece faiz miktarının kısmen reddi nedeniyle davalı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına karar verilmiştir. Oysa, asıl alacak ve işlemiş faiz miktarının toplamı üzerinden başlatılan takip üzerine menfi tespit davası açılmış olup, dava açılırken toplam alacak miktarı üzerinden nispi harç yatırılmış ise, diğer anlatımla işlemiş faiz miktarı da harçlandırılarak dava konusu yapılmış ise, vekalet ücretinin davalı yararına hükmedilmesi gerekir. Harca esas değer dava dilekçesinde gösterilmemiş olup, mahkemece, az önce açıklanan ilkeye göre değerlendirme yapılması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken ilke bazında yazılı yanlış gerekçe ile davalı yararına vekalet ücreti verilmemesi de isabetli olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, taraf vekillerinin diğer temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin, (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı ve davalı yararına ayrı ayrı **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 10.303.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

AİDAT BORCU • GEÇERSİZ GECİKME CEZASI • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Aidatlarını ödemeyenlerden gecikme cezası alınmasına ilişkin kooperatif genel kurul kararı geçersizdir.

Aidat borcu miktarı bilinebilir borç olduğundan, icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.[1]

Y.11.HD. E: 2007/1463 K: 2008/2854 T: 10.03.2008

Davacı vekili, müvekkili kooperatifin ortağı olan davalının 07.12.2003 tarihli genel kurulda belirlenen aidat ve gecikme faizi borçlarını ödemediğini, tahsilline yönelik başlatılan icra takibinin itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek, itiraz iptaline ve %40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, 10.03.2002 tarihli genel kurulda tasfiyesine karar verilen davacı kooperatifteki hissesini dava dışı H.'ye devrettiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davalının ortaklık payını devretmediği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile itirazın iptaline, alacak likit olmadığından icra inkar tazminatı isteminin reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava, kooperatif aidat alacağı ve gecikme faizinin tahsiline yönelik başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.

Somut olayda, davaya dayanak yapılan genel kurulda, aidatlarını zamanında ödemeyenlerden aylık %20 oranında gecikme cezası faizi alınması kararlaştırılmış ise de, konut yapı kooperatifi ile ortağı arasındaki ilişkinin bir ticari ilişki olmaması, belirlenen oranın gerek genel kurul tarihi, gerekse takip tarihi itibariyle fahiş olması ve belirlenen bu oranın BK'nin 19 ve 20 nci madde hükümleri karşısında geçersiz bulunması mahkemece gözden kaçırılarak, gerek işlemiş gereksi işleyecek faiz yönünden bu oranın esas alınması suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

3) Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; takip konusu asıl aidat miktarı genel kurul kararına dayalı olduğu, miktarlarının davalı tarafından bilinmesinin

[1] Gönderen: Av. Hulki ÖZEL

gerektiği ve alacağın likit özelliği bulunduğu dikkate alınmadan mahkemece, İKK'nın 67/2. maddesi uyarınca davacı tarafın icra inkar tazminatı isteminin kabulü yerine reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklaması nedenlerle, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 10.03.2008 tarihli oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFTEN AYRILMA • ÖDEMELERİN İADESİ

ÖZET: Kooperatiften ayrılan ortak, ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacak olan masraf hissesi düşüldükten sonra bakiyesini isteyebilir.

Bu talep; bilançonun kesinleşmesinden itibaren bir ay geçtikten sonra talep edilebilir.

Y.11.HD. E: 2007/1674 K: 2008/3352 T: 17.03.2008

Davacı vekili, davalı kooperatif ortaklığından ihraç edilen müvekkiline çıkma payının ödenmemesi üzerine başlatılan takibin, davalının itirazı üzerine durduğunu ileri sürerek, itirazın iptalini ve % 40 icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili yönetim kurulunca davacının parasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeni ile 24.058.2003 tarihinde ihraç edildiğini, davacı alacağının henüz muaccel olmadığını, kaldı ki müvekkilinin ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu savunarak, davanın reddini istemiş, % 40 tazminatın tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlara ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davacının 24.05.2003 tarihinde ihraç edildiği, 2003 yılı bilançosunun 26.06.2003 tarihli genel kurulda ödemelerin ertelenmesine ilişkin alınan kararın geçerli olmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile % 40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1) Dava, ihraç deilen davacının, ödediği aidatların iadesi için başlattığı icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17/1 ve davalı kooperatif anasözleşmesinin 15 nci madde hükümleri gereğince, kooperatiften ayrılan ortak, ödemiş olduğu aidatın tamamını değil, (aynı kanunun 17/2 nci maddesi uyarınca kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek olması nedeniyle iade

ve ödemelerin geciktirilmesine ilişkin bir genel kural kararı alınmış olmamak koşulu ile) ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacak olan masraf hissesi düşüldükten sonra bakiyesinin iadesinin talep hakkını haizdir. Öte yandan, Dairemiz 'in yerleşik uygulamasına göre, bilançonun genel kurulca kabulü suretiyle kesinleşmesinden itibaren bir ay geçtikten sonra bu hak talep edilebilir ve bundan önce başlatılan bir takibe dayalı olarak açılan itirazın iptali davası, hakkın doğduğu tarihten sonra takip başlatılmak ve bundan sonra dava açılmak üzere red edilmesi gerekir.

Somut olaya gelince, davacının davalı kooperatifteki ortaklığı 24.05.2003 tarihinde sona ermiş olup, gerek kooperatif ana sözleşmesinin 15 ve gerekse 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 117/1. madde hükümleri gereğince, davacı, davalı kooperatife yatırdığı aidatların iadesinden ibaret hakkını, ancak ortaklıktan çıktığı 2003 yılı bilançosunun genel kurulca kabulünden bir ay sonra o da aynı kanunun 17/2 nci maddesi uyarınca iade ve ödemelerin geciktirilmesi hakkında kararı yoksa isteme hakkına sahip olacağı kuşkusuzdur. Oysa, dosya kapsamından 2003 yılı bilançosunun 26.06.2004 tarihli genel kurulda kabul edildiği görülmekte olup, takibe 29.08.2003 tarihinde girişilmiş olmakla, davacının yatırmış olduğu aidatların iadesini isteme hakkı henüz doğmamış, takip zamansız açılmıştır. Bu itibarla, mahkemece, davanın reddine karar vermek gerekirken aksi düşüncelerle yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

2) Bozma neden ve şekline göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenle, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödediği temyiz şein harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 17.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

USULSÜZ İHRAÇ KARARI • TAKSİTLE YAPILAN ÖDEMEDE MAHSUP YÖNTEMİ

ÖZET: Usulsüz ihtarnamelere dayanılarak gerçekleştirilen kooperatiften ihraç kararının iptali gerekir.

Bir borcun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde yapılan ödemelerin ilk önce faiz ve masraflara sayılmasını isteme hakkı alacaklıya aittir.

Y.11.HD. E: 2007/2478 K: 2008/4196 T: 31.03.2008

Davacı vekili, davalının ortağı olan müvekkili hakkında ihraç kararı verildiğini, bu kararın yerinde olmadığını, ihtarnamelerin usulüne uygun bulunmadığını,

tüm aidatları ödediğini, bir borcunun olmadığını ileri sürerek, ihraç kararının iptaline, davalı kooperatife 2.533.742.437 TL borçlu bulunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, ihraç karanının usulüne uygun olduğunu, davacının yükümlülüklerini yerine getirmediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, ortakların ödemelerinin öncelikle faiz ve masraflara sayılacağı yönünde genel kurulca alınan bir karar olmadığı, fiili bir uygulamanın da bulunmadığı, yapılan ödemelerin öncelikle aidatlardan mahsubu ile hesaplama yapıldığı, ihtarname tarihleri itibariyle davacının aidat burcunun bulunmadığı,

İkinci ihtarname tarihi itibariyle 44.75 YTL gecikme faizi borcunun tespit edildiği, ihtarnamelerin gerçek borç durumunu yansıtmadığı, bu yönüyle usulsüz olduğu gerekçesiyle, davacı hakkındaki ihraç kararının iptaline, ikinci ihtarname tarihine göre 44.75 YTL gecikme faizi dışında borcunun bulunmadığının tespitine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme karanının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davalının, ihraca esas ihtarnamelerde ana sözleşmenin 14.maddesine uygun şekilde muacceliyet koşulu gerçekleşmemiş aidatları da talep etmesinin yerinde olmamasına, bu yönüyle de ihtarnamelerin usulsüz bulunmasına göre, davalı vekilinin ihraç karının iptaline yönelik temyiz itirazlarının reddiyle, mahkemenin karanının bu yönüyle onanması gerekmiştir.

2) Ancak, davacı ortağın borçlu olmadığının tespitine ilişkin istemiyle ilgili olarak hükme esas alınan raporda davacının ödemeleri ilk önce aidat borcuna sayılarak hesaplanmıştır. BK 'nin 84. maddesi uyarınca bir borcun ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde yapılan ödemelerin ilk önce faiz ve masraflara sayılmasını isteme hakkı, alacaklıya aittir. Yapılan ödemelerin ilk önce aidat borcuna sayılacağı yönünde genel kurulunda alınmış bir karar yoktur. Bu durum karşısında, yapılan ödemelerin ilk önce faize ve masraflara sayılması suretiyle yapılacak hesaplamaya göre bu istemin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin ihraç kararının iptaline yönelik temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün ihraç kararına yönelik kısmının (**ONANMASINA**), (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına (**BOZULMASINA**), ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 31.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFTEN İHRAÇ • USULSÜZ İHTARNAME

ÖZET: Kooperatif sözleşmesi hükümlerine uygun olmayan ihtarnamelere dayanılarak oluşturulan ihraç kararı geçersizdir.

Y.11.HD. E: 2007/3727 K: 2008/5194 T: 17.04.2008

Davacılar vekili, müvekkillerinin hissedarı bulunduğu dava dışı A. Kardeşler... Ltd.Şti. aracılığı ile kooperatif inşaatının yapımında kullanılan kum ve çakılı kooperatife satarak yapılan satışlara karşılık alacaklı olduğu parayı aidat borçlarına mahsup ettirmek suretiyle üye olduklarını, davacıların akçalı yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle ortaklıktan ihracına karar verildiğini, ihraca esas alınan ihtarnamelerin usulsüz bulunduğunu, hesap kesim tarihinden itibaren 1 ay geçmeden birinci ihtarnamenin gönderildiğini, kooperatiften alacaklı olduklarını asıl ve birleşen davada ileri sürerek, ihraç kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacılara uygulanan ihraç prosedürünün kanun ve ana sözleşme hükümlerine uygun olduğunu, davacılar tarafında dosyaya ibraz edilen faturadaki inşaat malzemelerinin kooperatif inşaatında kullanılmasının önceki yönetim kurulu üyeleri ile yapılan danışıklı bir işlem olduğunu, malzemelerin teslim edildiği yılın kooperatif hesaplarının gelir ve giderlerinin denkleştirildiğini, şirketin alacağı bulunmakta ise kooperatiften bunun ayrıca istenebileceğini asıl ve birleşen dava da savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporlarına göre, davacıların aidat borcunu ödediklerinin ispat edilemediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar vekili temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmasına göre, davacılar vekilinin yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava, kooperatif ortağının ihracına ilişkin kararın iptali istemine ilişkindir.

Davalı kooperatif ana sözleşmesinin 14/2. maddesinde parasal yükümlülüklerini 30 gün geciktiren ortakların yönetim kurulu kararı ile ortaklıktan çıkarılacağı düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla vadesinde ödenmeyen kooperatif aidat alacağı muaccel hale gelmekle birlikte, ortaklıktan ihraca esas olacak şekilde ihtarname çıkarılabilmek için, bu muacceliyetten itibaren otuz günün geçmesi gerekmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı kooperatifçe keşide edilen 26.11.2000 tarihli ilk ihtarnamede, 31.12.2000 tarih itibariyle davacıların geriye dönük olarak

hesaplanan borçlarının ödenmesi istenilmiştir. Oysa davalı kooperatif ana sözleşmesinin yukarıda belirtilen hükmü uyarınca, parasal yükümlülüklerin 30 gün geciktirilmesinden önce keşide edilen ihtarnameler geçersizdir.

O halde mahkemece, davacılara teşide edilen birinci ihtarnamelerin düzenlendiği tarih ile en son aya ilişkin aidat alacağının vade tarihinden itibaren otuz gün geçmeden çıkarılan birinci ihtarnamelere dayanılarak davacılar hakkında ihraç kararı verilemeyeceği gözetilerek, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilini temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacılar yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 17.04.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MAHKEME KARARININ TENFİZİ
•
YABANCI MAHKEME İLAMININ DENETLENECEĞİ
•
TENFİZE KARAR VERİLMESİ ZORUNLULUĞU

ÖZET: MÖHUK 38. Md. de yazılı koşulların varlığı halinde, yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi tenfiz kararı vermek zorundadır… Sadece yabancı mahkeme hükümünün tenfizi halinde, Türk Kamu Düzenine aykırı sonuçlar meydana getirip getirmeyeceği sorunu incelenir.

Y.11.HD. E: 2006/12691 K: 2008/5976 T: 06.05.2008

Taraflar arasında görülen davada Yozgat 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 16.05.2006 tarih ve 2006/81-206/235 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi duruşmalı olarak davacı vekili tarafından istenmiş olmakla,duruşma için belirlenen 15.04.2008 gününde davacı avukatı gelip, davalı avukatı tebligata rağmen gelmediğinde, temyiz, dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan taraf avukatı dinlenildikten sonra, duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisinde dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü.

Davacı vekili, davalı şirketin müvekkilinden tahsil ettiği parayı geri ödemediğini, bunun üzerine yetkili Münih Yerel Mahkemesinde açılan davada 7677,05 Euro anaparanın 22.01.1998 tarihinden, 1.916.68 Euro yargılama

giderinin 12.05.2005 tarihinden itibaren % 5 faiziyle birlikte davalı şirketten tahsiline karar verildiğini, kararın 29.05.2005 tarihinde kesinleştiğini ileri sürerek, Alman Münih Eyalet Asliye Mahkemesi tarafından verilen 306960/04 sayılı kararın ve masraf tespitine ilişkin ek kararın tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, tenfizi istenilen ilam metninde de anlaşılacağı üzere ilamın konusunun Türk Mahkemeleri'nin münhasır yetkisi dahilinde olan bir konuya malul bulunduğunu, müvekkili şirket merkezinin Yozgat olması nedeniyle kesin yetkili mahkemenin Yozgat Mahkemeleri olduğunu, yetkisiz mahkemede verilen ilamın kamu düzenine aykırı bulunduğunu, uyuşmazlığın taraflarının Türk vatandaşı olması nedeniyle uyuşmazlığa Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiğini, müvekkili şirketin ortağı olan davacının TTK'nın 405. maddesi gereğince müvekkili şirkete verdiğini geri isteme hakkı olmadığını,, MÖHUK'un 34 ve devam eden maddelerinde yazılı tenfiz koşulları bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, açılan davanın dayanağının 2675 sayılı MÖHUK'un 17. maddesi gereğince kesin yetkili mahkemenin, Yozgat Mahkemeleri olduğu, ibraz edilen ve lenfizi istenilen karar gıyapta verilmiş olup, davalı tarafa savunma hakkı da verilmediği tenfizi istenilen karar yönünden MÖHUK'un 38. maddesinde yazılı koşulların gerçekleşmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davalı hakkında Alman Mahkemesi'nce verilen kararın tenfizine karar verilmesini istemiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHÜK'nun 34/1.maddesi hükmüne göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Tenfizin şartları ise aynı Yasa'nın 38.maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında mütekabiliyet esasına dayanan bir anlaşma veya o devlette Türk Mahkemeleri'nden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın verilmiş ilamların tenfizi mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması, ilamın Türk Mahkemeleri'nin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması, kendisine karşı tenfiz istenen tarafın savunma hakkına ilişkin usuli işlemlere uyulmuş olması, Türkler'in kişi hallerine ilişkin davalarda Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin gösterdiği hukukun uygulanmış olmasıdır.

Mahkemece tenfizi istenen kararın gıyapta verildiği ve savunma imkanının davalıya tanınmadığı, ayrıca davacının davalı şirkette 39 hisse sahibi olup, HUMK'un 17. maddesi hükmüne göre Yozgat Mahkemelerinin kesin yetkili olduğu, tenfizi istenen karar yönünden yasal şartların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Tenfizi İstenen Münih 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.02.2005 tarihli

karar tercümesinde yazılı "dava dilekçesinin ve mahkeme talimatının davalıya tebliğ edildiği mahkeme için gerekli şartları yerine getirmeyen bir avukat ile davaya karşı itirazda bulunulduğuna dair ifadeden, dava dilekçesinin davalı tarafa usulünce tebliğ edildiği ve savunma imkânı tanındığı anlaşılmakta olup, gıyapta verilecek, davalıya savunma imkanı tanınmadığı yönündeki mahkeme gerekçesinin yerinde olmadığı görülmektedir.

MÖHÜK'un 38. maddesine yazılı şartların mevcudiyeti halinde yetkili asliye hukuk mahkemesi, tenfiz kararı vermek mecburiyetindedir. Tenfiz hakimi yabancı kararın maddi hukuk bakımından doğruluğunu (md.38/e dışında) tetkik edemez. Bu yasak, 38 maddenin (d) bendinde yer alan hüküm istisna edilmek şartıyla, yabancı mahkemenin kendi usul hükümlerini doğru tatbik edip etmediğini tetkik için de geçerlidir. Yabancı mahkeme hükümlerini doğru tatbik edip etmediğini tetkik için de geçerlidir. Yabancı mahkeme hükmünün kamu düzenine aykırı olmaması şartı da, yabancı mahkeme kararının maddi doğruluğunu tetkik için bir sebep teşkil etmez. Burada sadece yabancı hükmün tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar meydana getirip getirmeyeceği meselesi tetkik edilir. (Prof.Dr.Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku Beya Yayınları 10.Baskı, sayfa 399-400).

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tenfiz mahkemesinin incelemeleri, tenfizi istenilen karar üzerinden yapılmalıdır. Tenfizi istenen kararda yazılı hususlar dışında başka deliller değerlendirilmek suretiyle karar verilemez. Mahkemece, tenfizi istenilen Münih 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.02.2005 tarihli karar üzerinden inceleme yapılarak, taraflar arasındaki ilişkinin ne şekilde nitelendirildiği, bu nitelendirme karşısında verilen kararın MÖHUK.nun 38.maddesi gereğince tenfize engel bir halin olup olmadığının belirlenmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarını kabuül ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, takdir edilen 550 YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın istediği halinde temyiz edene iadesine, 06.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFE YAPILAN ÖDEMELER • FAZLA ÖDEME İDDİASI • GÜNCELLEŞTİRME

ÖZET: Kooperatif ortakları arasında hak ve borçlarda eşitlik esastır.

Diğer ortaklara göre daha fazla ödeme yaptığını ileri süren ortağın bu iddiası; normal ortağın ödemeleriyle karşılaştırılıp güncelleştirme yapılmak suretiyle irdelenmelidir.

Y.11.HD. E: 2007/13690 K: 2009/2679 T: 09.03.2009

Davacı vekili, asıl ve birleşen davasında müvekkilinin davalının ortağı olduğunu, 12.03.1999 tarihinde devir suretiyle bu ortaklığı elde ettiğini, diğer 6ortakların 1.450.000.000 TL ödemesi bulunduğunu dönemde 12.03.1999 tarihinde 4.800.000.000 TL ödeme yaptığını. Fazla ödemesinin olduğunu, buna rağmen ihtarname ile 1.122.000.000 TL borcunun bulunduğunun bildirildiğini, güncelleme yapıldığında bir borcunun olmadığını ileri sürerek, asıl davada bu miktar birleşen davasında ise davalının ilamsız icra takibi konusu yaptığı miktar olan 9.341.000.000 TL burcunun bulunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, peşin ortaklığın geçerli bulunmadığını, diğer ortakların ödemesine göre davacının ödemesinin az olduğunu savunarak, davaların reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacının diğer ortaklarından farklı olarak peşin edeme yaptığı, bu ödemesinin 6.250.00 YTL olduğu, dava tarihi itibariyle emsal ortağın ödemesinin 14.366.00 YTL bulunduğu, güncelleştirilmiş değerleri esas alındığında davacının 1.727.00 YTL eksik ödemesinin olduğu, bu nedenle davalının 1.122.00 YTL talep etmesinde haklı bulunduğu, kural olarak taşınmaz satışının genel kurul yetkisinde olduğu, ancak davalının 11.11.2001 ve 26.05.2002 tarihli genel kurulunda peşin satışların enflasyon ve çarpan katsayıların kullanılması yolu ile ayarlanmasına karar verildiği, böylelikle peşin satışın kabul edildiği, esas davada davacının 1.122.00 YTL borcunun olduğu, birleşen davada ise takip miktarının 9.341.00 YTL bulunduğu, borç miktarı 1.122.00 YTL nin mahsubu ile davanın kabulünün zorunlu olduğu gerekçesiyle asıl davanın reddine, birleşen davanın kısmen kabulüne, icra dosyasından dolayı davacının davalıya 8.219.00 YTL borçlu olmadığının tespitine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Asıl ve birleşen dava, kooperatif ortaklığından kaynaklanan aidat borcunun bulunmadığının tespitine ilişkindir. Davacının 12.03.1999 tarihinde devir yolu ile ortak olduğu, bu tarih itibariyle davalının iki ayrı hesabına diğer ortaklardan farklı olarak toplam 4.800.000.000. TL ödeme yaptığı hususları uyuşmazlık konusu değildir. Davalı genel kurulunda yönetime peşin ödeme suretiyle ortak alınması yönünde bir yetki verilmediği gibi, davacının bu durumuna ilişkin olarak sonradan genel kurulda da bir karar alınmamıştır. 1163 Sayılı Yasa'nın 23. maddesi uyarınca ortaklar arasında hak ve borçlarda eşitlik esastır.

Davacı vekili, müvekkilinin diğer ortaklardan fazla ödemesinin olduğunu iddia ederek asıl davasında kendisine çıkarılan ihtara konu borcun, birleşen davasında ise takibe konulan meblağ kadar borcun bulunmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Davacının, diğer ortaklardan ayrı olarak toplu ödemesinin olduğu hususu çekişmesizdir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının ihtara ve takibe konu borcunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı ile normal aidat ödeyen ortağın yaptığı ödemeleri güncelleştirerek inceleme yapan bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulmuştur. Ancak, bu rapor uyuşmazlığı çözmeye elverişli değildir. Anılan raporda davacıya ortaklığı devir edenle kişinin ödemesi 1.450.000.000 TL

olarak kabul edilerek toplam ödemenin 6.250.000.000 TL olduğu sonucuna varılarak değerlendirme yapılmıştır. Oysa, davacıya ortaklığı devir eden ortak veya ortakların devir tarihine kadar ne kadar ödeme yaptıkları araştırılmamıştır. Nitekim, davalı vekili önceki ortakların ödemesinin 611.500.00 TL olduğunu açıklayarak bu rapora itiraz etmiştir. Öte yandan, davacı ödemesi ile normal aidat ödeyen ortağın ödemelerinin güncellenmesi, Kasım 2002 tarihine göre yapılmıştır. Ancak, asıl davada davacı ihtara konu Kasım 2001 tarihi itibariyle 1.222.000.000 TL, birleşen davada ise, takibe konulan ve 30.09.2002 tarihine kadar doğduğu açıklanan 9.341.000.000 TL aidat borcunun bulunmadığını iddia etmiştir. O halde, güncellemenin ve davacı borcunun olup olmadığının bu tarihler itibariyle tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durum karşısında, asıl davanın kesinleştiği dikkate alınıp, gerektiğinde davalı kayıtları üzerinde inceleme yaptırılıp, öncelikle davacının ortaklığı dolayısıyla gerek kendisinin gerekse devir eden veya edenlerin yaptığı toplam aidat ödemesinin tespit edilmesi, genel kurul kararları uyarınca normal ödeme yapan ortağın ödemelerinin belirlenmesi, daha sonra yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde güncelleme yapılması ve kesinleşen dava da değerlendirilerek birleşen dava hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 09.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İHRAÇ KARARI • UZUN SÜRE GEÇMESİ • İYİ NİYET KURALI

ÖZET: İhraç kararından itibaren 8 yıl suskun kalarak hiçbir girişim yapmayan ve aidat da ödemeyen kişinin ihraç kararının iptali için açtığı davanın reddine karar verilmelidir.[1]

Y.11.HD. E: 2007/14700 K: 2009/3628 T: 26.03.2009

Davacılar vekili, müvekkillerinin davalının ortağı iken 11.06.2006 tarihili genel kurul toplantısına çağrılmamaları üzerine bilgi almak için dava dışı Sanayi Ticaret İl Müdürlüğüne başvurduklarında isimlerinin haziran listesinde olmadığını gördüklerini, yapılan araştırma sonucunda 07.07.1998 tarihli yönetim kurulu kararı ile malı yükümlülüklerini yerine getirmediklerinden bahisle 34 adet arkadaşları ile birlikte ihraç edildiklerini öğrendiklerini, ihraca ilişkin olarak davacılara herhangi bir tebligat yapılmadığını ileri sürerek, davacıların davalı kooperatifin ortağı olduklarının tespitine karar verilmesini sitemiştir.

[1] Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Baro Başkanı

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalı kooperatifin davacıları usulünce ihraç etmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davacıların davalı kooperatifin ortağı olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Davacıların ihracına ilişkin olarak alınan karar yasa ve anasözleşmeye aykırı ise de dosya kapsamına göre, davacıların ihracına ilişkin olarak davalı kooperatif yönetim kurulunun aldığı 07.07.1998 tarihli kararından itibaren davacıların davalı kooperatife yaklaşık 8 yıl boyunca bir başvurularının olmadığı, bir talepte bulunmadıkları, aidat ödemedikleri ve başka şekilde davalı kooperatif ile hiçbir ilişkiye girmedikleri anlaşılmıştır. Sekiz yıl bekledikten sonra bu davanın açılması, MK 'nin 2 nci maddesi hükmü kapsamında iyiniyet kurlarına aykırıdır.

Bu durumda, davacıların kooperatif üyesi olduğunun kabulünün mümkün bulunmamasına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile davacıların yasa ve anasözleşmeye aykırı bir şekilde ihraç edildiklerinden bahisle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Öte yandan, davacılardan her biri davalı kooperatifin ayrı ayrı ortağı olduğunun tespitini istemiş olup, davaclıar arasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Bu nedenle, tek maktu harçla dava açılıp, yine tek bir maktu harçla dava sonuçlandırılamaz. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, her bir davacı için ayrı ayrı maktu başvuru harcı alınarak, ortada ayrı ayrı açılmış bir dava varmışçasına işlem yapılmak suretiyle davaya devam edilmesi gerekirken bu hususun gözden kaçırılmış olması da doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 26.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MAHKEME İLAMININ TENFİZİ • EKSİK İNCELEMEYE DAYANAN RED KARARININ BOZULMASI GEREKTİĞİ

ÖZET: Davaya konu uyuşmazlığın niteliği, ilgili yasanın hükümlerine aykırılık ve tenfize engel bir halin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Y.11.HD. E: 2009/12253 K: 2010/1136 T: 02/02/2010

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 08/11/2007 tarih ve 2007/653-2007/161 sayılı kararın Yargıtayca

incelenmesi duruşmalı olarak davacılar vekili tarafından istenmiş olmakla, bazı noksanlıkların ikmali için dosya mahalline gönderilmiştir. Bu noksanlıkların giderilerek dosyanın gönderildiği anlaşılmakla, duruşma için belirlenen 02/02/2010 gününde davacılar avukatı ile davalılar avukatı ve avukat S. gelip, temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan taraf avukatları dinlendikten sonra, duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacılar vekili, davalıların müvekkillerinden para tahsil edip geriye ödemediklerini, bunun üzerine davalılar aleyhine Essen Asliye Hukuk Mahkemesince alacak Davası açıldığını, 19/01/2005 tarihinde davanın müvekkilleri lehine sonuçlandığını, kararın 21/07/2005 tarihinde kesinleştiğini ileri sürerek, yabancı mahkeme kararı ile masraf tespit kararının tenfizine karar verilmesi talep ve dava edilmiştir.

Davalılar vekili, müvekkillerinden K. İnşaat Tarım A.Ş.nin merkezinin Konya olması nedeniyle mahkemenin yetkili olmadığını, bu davalı hakkındaki davanın tefriki ile yetkisizlik kararı verilmesini, tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararında MÖHUK 34 ve 38.maddeleri usuli şartların oluşmamış olduğunu, müvekkillerine dava dilekçesinin ve kararın usulüne uygun tebliğ edilmediğini, ayrıca kararın gerekçesinin de bulunmadığını, aynı konuda Türk Mahkemelerinden verilen kararlar ile çeliştiğini, Türk Mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu, bu nedenle kararın kamu düzenine de aykırı bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalı K. İnşaat Tarım A.Ş hakkındaki davda tefrik edilerek ayrı bir esasa kaydedilmiş ve yetkisizlik kararı verilmiş, bu davaya davalı K. Holging A.Ş. yönünden devam edilmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, tenfizi istenen kararın gıyabi karar olduğu, gerekçesi bulunmadığı, MÖHUK 38. Maddesi şartları bulunmadığı, tenfiz şartları oluşmadığı gerekçesiyle, davanın ispat edilememesi nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

1-Dava, yabancı mahkeme kararının tenfizi istemine ilişkindir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 2675 sayılı MÖHUK'un 34/1.maddesi hükmüne göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Tenfizin şartları ise aynı Yasa'nın 38. Maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar, Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında mütekabiliyet esasına dayanan bir anlaşma veya fiili uygulamanın olması, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması, kendisine karşı tenfiz istenen tarafın savunma hakkına ilişkin usuli işlemlere uyulmuş olması, Türkler'in kişi hallerine ilişkin davalarda Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin gösterdiği hukukun uygulanmış

olmasıdır.

Mahkemece, tenfizi istenen kararın gıyapta verildiği ve yabancı mahkeme kararının gerekçesinin bulunmadığından bahisle tenfizi istenen karar yönünden yasal şartların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Ancak dosya arasında bulunan ve tenfizi istenen Essen Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait belgelerin davalılar vekili A.G.'ye 30/11/2004 tarihinde tebliğ edilmiş olduğuna dair belge değerlendirilmemiş olup, davalıya savunma imkanı tanımadığı yönündeki mahkeme gerekçesinin eksik incelemeye dayalı olduğu anlaşılmaktadır.

2- Bunun yanında mahkemece yabancı mahkeme kararında gerekçe bulunmadığı belirtilmiş ise de, dosya arasında bulunan Essen Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının tercümesin de bu kararın icraya yönelik kısa karar olduğu belirtilmiş bulunmasına göre mahkemece tenfiz istemine konu edilen Essen Asliye Hukuk Mahkemesinin gerekçeli karar metninin tamamının onaylı çevirisi dosyaya sağlandıktan sonra davaya konu uyuşmazlığın niteliği ve 2675 sayılı MÖHUK'un 38. maddesinin b ve d bentlerine aykırılık ve tenfize engel bir halin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken bu konuda da eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3- Öte yandan, kabul şekli itibariyle, davacılar vekili dava dilekçesinde tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararına göre, müvekkillerinden T.E.'nin her iki davalıdan alacağı bulunduğunu, diğer davacı müvekkillerinden Tevfik Erkol'un her iki davalıdan alacağı bulunduğunu, diğer davacı müvekkillerinin ise davalı K. İnşaat Tarım ve Sanayi İşletmeleri Tic. A.Ş.'den alacağı bulunduğunu belirtmiştir.

Davalı K. İnşaat Tarım ve Sanayi İşletmeleri Tic. A.Ş. hakkında dava, bu davadan ayrılarak ayrı bir esasa kaydedilmiş olup, bu davada davalı olarak sadece K. Holding A.Ş. kalmıştır.

Taraf sıfatındaki eksiklikler, temyiz dahil yargılamanın her aşamasında davanın taraflarca ileri sürülebileceği gibi mahkemece de resen gözetilmesi gereken husulardandır. Bu durumda mahkemece, davacı T. E. dışında kalan davacıların bu davada aktif husumetlerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmemesi de doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1, 2 ve 3 numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, takdir edilen 750.00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacılara verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 02.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFTEN AYRILAN ORTAK • GERİ ÖDEME KARARI • ERTELEME KOŞULU

ÖZET: Kooperatiften ayrılan ortak ödediği aidatın tamamını değil, ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacak masraf payı düşüldükten sonra bakiyesinin iadesini talep hakkını haiz olup, bilançonun genel kurulca kabulü suretiyle kesinleşmesinden itibaren bir ay geçtikten sonra bu hak talep edilebilir.

Geri ödemelerin ertelenmesine ilişkin karar genel kurul tarihine kadar çıkan veya çıkarılan ortaklara uygulanır.

Y.11.HD. E: 2010/2873 K: 2010/3081 T: 22.03.2010

Davacı vekili, müvekkilinin çıkma payı alacağı için başlattığı takibin itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek, itirazın iptalini ve inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı ortağın 20.10.2004 tarihli yönetim kurulu kararı ile kooperatiften ihraç edildiğini, davacı alacağının takip tarihi itibariyle muaccel olmadığını, zira 29.06.2003 tarihli genel kurulda çıkan yada çıkarılan ortaklara geri ödemelerin üç yılı geçmemek üzere ertelenmesine karar verildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece , toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, icra takip tarihinden önce alınan 29.06.200.3 tarihli erteleme karırının haklı ve yerinde olduğu, erteleme süresi içerisinde takip tarihi itibari ile davacının davalı kooperatiften alacak talebinde bulunamayacağı, ayrıca 2004 yılı bilançosuna göre yapılan hesaplamada kooperatifin özvarlığını da tamamen kaybettiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın ve davalının tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1) Dava, davalı kooperatif üyeliğinden istifa eden davacının yaptığı ödentilerin iadesi için başlattığı icra takibine davalının vaki itirazının iptali istemine ilişkindir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 17/1. maddesi ve tip anasözleşmenin 15 nci maddesi gereğince, kooperatiften ayrılan ortak, ödemiş olduğu aidatın tamamını değil ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanacak olan masraf hissesi düşüldükten sonra bakiyesinin iadesini talep hakkını haiz olup, bilançonun genel kurulca kabulü suretiyle kesinleşmesinden itibaren bir ay geçtikten sonra bu hak talep edilebilir. Aynı Kanun 'un 17/2. maddesi uyarınca kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek olması nedeniyle ödemelerin geciktirilmesine ilişkin bir genel kurul kararı alınmış ve mahkemeci, ödemenin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek nitelikte olduğu bilirkişi raporu ile kaptansa

dahi, bu sadece kooperatife ödemeyi geciktirme hakkı verir ise de alacağın muacceliyet tarihini etkilemez.

Somut olayda, davacının 20.10.2004 tarihli yönetim kurulu kararı ile ihraç edildiği, ihraç kararının davacıya 24.11.2004 tarihinde tebliğ edildiği, 29.06.2003 günü genel kurulda; çıkan ve çıkarılan ortaklara yapılacak geri ödemelerin 3 yılı geçmemek üzere geciktirilmesine genel kurulca karar verildiği dosya kapsamı ile sabit olup, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, mahkemece, davacının ihraç edildiği tarih itibariyle mevcut erteleme kararının davacıyı da bağlayacağı kabul edilmek sureti ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir.

Oysa, davacının ihraç edildiği tarih de gözetilerek davacının ihraç kararına karşı dava açma yada genel kurula itiraz etme süresi nazara alındığında davacının ihracının esasen 24.02.2005 tarihinde kesinleştiğinin kabulü gerekir. Öte yandan, mahkemenin kabulünün aksine davacının ihraç kararının kesinleştiği anılan tarih nazara alındığında daha önceki bir tarih olan 29.06.2003 günlü genel kurulda alınan geri ödemelerin geciktirilmesine ilişkin kararın davacıyı etkilemeyeceği ve bağlamayacağı kuşkusuzdur. Zira, geri ödemelerin 3 yıl süre ile ertelenmesine ilişkin karar anılan genel kurul tarihine kadar olan çıkan veya çıkarılan ortaklara ilişkindir.

Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davanın öncelikle belirtilen ilke esaslar dahilinde ele alınarak değerlendirilmek ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken, sonuçta yanlış ilkeyi ve eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

2) Bozma neden ve şekline göre, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenle, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 22.03.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİF GENEL KURULU • GÜNDEMİN BAĞLAYACILIĞI

ÖZET: Kooperatif genel kurulunda gündemde olmayan bir husus üzerinde görüşülerek, gündem dışına çıkılarak karar alınması mümkün değildir.

Bu kuralın istisnaları Kooperatifler Kanunu madde 46/ sonda belirlenmiştir.

Öte yandan, yönetim ve denetim kurullarının ibra edilmemiş olması, haklarında dava açılması sonucunu da doğuracaktır.

Y.11.HD. E: 2010/2372 K: 2010/2789 T: 15.03.2010

Davacı vekili, müvekkilinin davalının ortağı ve eski başkanı olduğunu, 03.05.2003 tarihinde yapılan genel kurulun 4. maddesinde gündem dışına çıkılarak hesap tetkik komisyonunca bilgi verilmesi yerine raporun oylanmasına karar verildiğini, esasen raporun gerçeği yansıtmadığını, komisyonun yetkilerini aşarak incelemelerini 2002 yılı ile sınırlı tutmayıp önceki dönemleri de kapsar şekilde rapor düzenlediklerini, önceki raporun tekrar olduğunu, bu dönemli ilgili olarak açılan ceza davasında beraat ettiğini, ayrıca 8. maddesinde de gündemde bulunmamasına rağmen yönetim ve denetim kuruluna dava açılması yönünde karar alındığını, gündemin ihlal edildiğini ileri sürerek, anılan kararların iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, iddiaların yersiz olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenin bilirkişi raporuna göre, davacının alınan kararlara muhalefet ettiği, davanın bir aylık süre içinde açıldığı, iptali istenilen genel kurul kararlarının gündeme alınmadığı, gündeme bağlılık ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1) Dava, 03.05.2003 tarihli genel kural toplantısında 4 ve 8 numara ile alınan kararların iptali istemine ilişkindir. Somut olayda iptali talep edilen ve önerge ile sırası değiştirilen genel kurulun 4. maddesiyle hesap tetkik komisyonun raporu tartışılarak oylanmış ve kabul edilmiştir. Ancak, toplantıdan önce ölan edilen genel kurul gündeminde salt "Hesap tetkik komisyonu raporu hakkında bilgi verilmesi" konusunun yer almasına rağmen raporun tartışmaya açılarak görüşülmesi, kabulü veya reddinin oylanmasına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Kooperatifler Kanunu 46/son maddesinde, gündemde olmayan hususların görüşülemeyeceği, ancak, kooperatife kayıtlı ortakların en az 1/10 'unun gündem maddelerinin görüşülmesine geçilmeden önce yazılı teklifte bulunmaları halinde, hesap tetkik komisyonunun seçilmesi, bilanço incelemesinin ve ibranın geriye bırakılması, çıkan veya çıkarılan ortaklar hakkında karar alınması, genel kurulun yeni bir toplantıya çağırılması ve kanun, ana sözleşme ve iyi niyet esasları ile genel kurul kararlarına aykırı olduğu ileri sürülen yönetim kurulu kararlarının iptali, yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin azli ve yerlerine yenilerinin seçilmesi ile ilgili hususların genel kurula katılanların yarıdan bir fazlasının kabulü ile gündeme alınacağı belirlenmiştir. Somut olayda hesap tetkik komisyonu raporunun görüşülerek bir karara bağlanmasına ilişkin bir gündem maddesi bulunmadığı gibi bu hususun gündeme alınmasına dair bir karar da alınmadığı anlaşılmaktadır. O halde, 4. maddeyle alınan genel kurul kararı gündem dışına çıkılarak alınmış bir karar olduğundan anılan 46. maddede düzenlenen gündemde olmayan hususların görüşülemeyeceği yönündeki yasal hükme aykırı bulunmaktadır. Dolayısıyla iptali yönünde hüküm kurulmasında yanlışlık yoktur. Bu durum karşısında, dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamları dışında

kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Ancak, ilan edilen gündemde yönetim ve denetim kurulunun ibralarının görüşülmesi hususu mevcut olup, alınan kararla yönetim ile denetim kurulu üyeleri ibra edilmemiştir. Her ne kadar ibra edilmemeleri halinde haklarında dava açılması yönüne gündemde bir açıklık veya karar yoksa da ibra edilip edilmeyecekleri önceden belli olmadığından ve esasen ibra edilmemeleri halinde haklarında dava açılması yönünde karar alınabileceği doğal bir sonuç olacağından bu hususun karara bağlanmasında bir yanlışlık yoktur. Başka bir gündem maddesi içinde bu kararın alınması da sonucu etkili değildir. O halde, yönetim ve denetim kurulu hakkında dava açılması yönündeki kararın gündeme bağlılık ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle iptali doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

3) Kabul şekli bakımından da, 8. maddede davacının iptalini talep ettiği yönetim ve denetim kurulunun mahkemeye verilmesi yönünde alınan karar dışında borcu olan ortaklardan borcun tahsiline yönelik karar da alınmasına rağmen talep aşılarak bu maddeyle alınan kararların tamamının iptali sonucunu doğuracak şekilde hüküm kurulması da yanlış olmuştur.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) ve (3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 15.03.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFİN SORUMLU OLDUĞU GİDERLER • DEFTER VE KAYIT İNCELEMESİ

ÖZET: Yönetim Kurulu Başkanının kooperatif işlerini takip etmek amacıyla ulaşım gideri yapması halinde bu giderlerden kooperatifin sorumlu olması doğaldır.

Kooperatif işçilerine bordro ve SSK kayıtları dışında ayrıca ücret ödendiği ileri sürülmüş ise; bu konuda defter ve kayıtlar üzerinde inceleme yapılmalıdır.

Y.11.HD. E: 2010/3268 K: 2010/3435 T: 29.03.2010

Davacı vekili, davalıların müvekkilinin önceki dönemde yönetim kurulu üyeleri olduklarını, görev yaptıkları dönemlerde usulsüzlüklerinin tespit edildiğini, belgeye dayanmayan harcamaların belirlendiğini, 2000 yılı ve onu takip eden genel kurullarda huzur hakkı ödenmesi kararı olmadan davalı A.'nın personel ücret bordrosuna dahil edilerek kendisine asgari ücret üzerinden ödeme yapıldığını, önceki dönemde huzur hakkı ödenmesine rağmen bu davalıyla ilgili olarak geriye dönük Bağ-Kur prim borcunun yine kooperatif hesabından

ödendiğini, dayanaksız şekilde davalı kooperatif başkanına benzin parası adı altında ödemenin yapıldığını, müvekkilinin işçilerinden bazılarına aldığı ücret dışında ayrıca ücret ödendiğini, temsil tarihinin sona ermesine rağmen daha sonra hesaptan para çektiklerini, çek düzenlediklerini, bu şekilde zarara sebebiyet verdiklerini ileri sürerek ve ıslah isteminde bulunarak, toplam 28.620.07 YTL 'nin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, dava açılması yönünde alınan genel kurul kararının yok hükmünde olduğunu, karar nisabını taşımadığını, esasen harcamalar ile yapılan ödemelerin tamamının usulüne uygun olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenin bilirkişi raporuna göre, belgesiz harcamaların yapıldığının kanıtlanmadığı, ileri tanzim tarihli çekler neniyle davacının zararının bulunmadığı, genel kurul kararı olmaksızın huzur hakkı ile yine usulsüz şekilde davalı başkanının Bağ-Kur priminin ödendiği, ayrıca benzin gideri adıyla ödemenin yapıldığı, çalışanlara maaş dışında ödemelerin gerçekleştiği, bu şekilde davacı kooperatifin zarara uğratıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 28.621.07 YTL 'nin davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kakarının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılar vekilinin yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bentlerin kapsamları dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava, önceki dönemlerde davacı kooperatifin yöneticisi olan davalıların zarara neden oldukları iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili, dava dilekçesinde açıkladığı eylemlerle davalıların kooperatifi zarara uğrattıklarını iddia etmiştir. Bu eylemlerden birini de davalı yönetim kurulu başkanının aracına genel kurul kararı olmaksızın kooperatif hesabından akaryakıt almaları olarak açıklamıştır. Yapılan inceleme ve dosya kapsamından davalı yönetim kurlu başkanına akaryakıt ücreti ödenmesi yönünde alınmış bir genel kurul kararı olmadığı halde, ibraz ettiği faturalar karşılığı kendisine ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, davalı yönetim kurulu başkanın kooperatif işlerini takip etmek amacıyla ulaşım gideri yapması halinde bundan davacının sorumlu olacağı kuşkusuzdur. Bu halde, ilgili dönemle ilgili olarak kooperatifin ulaşım hizmetlerinin nasıl yapıldığı üzerinde durulup, bu yönde başka bir karar olup olmadığı araştırılıp, yoksa mutat giderin ne kadar olacağı tespit edilip, bu giderden davalı yönetim kurulu başkanın sorumlu olmayacağı, ödenen akaryakıt bedelinden mahsubunun gerekeceği hususu değerlendirilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

3) Ayrıca, davalıların bordrolu işçilere ödemiş oldukları asgari ücret dışında yaptıkları iş karşılığında makbuzlarla tekrar ödeme yaparak zarara neden oldukları da ileri sürülmüştür. Davalı vekili, mükerrer ödeme yapılmadığını, makbuz içeriklerinin doğru olduğunu, SSK mevzuatı gereği asgari ücret bordrosu düzenlendiğini, gerçekte asgari ücretin işçilere ödenmediğini, başka bir anlatımla

mükerrer ödeme bulunmadığını savunmuş, bilirkişi raporuna da bu yönüyle itiraz etmiştir. O halde, davalılar vekilinin savunması üzerinde durulup, defter ve kayıtları ile gerektiğinde kasa durum incelenerek dava dışı işçilere iki ayrı ödeme yapılıp yapılmadığı hususunun duraksamaya neden olmayacak şekilde açıklığa kavuşturulmadan eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması da yanlış olmuştur.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) ve (3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalılar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edenlere iadesine, 29.03.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SERMAYE KOYMA BORCUNU GEÇ YERİNE GETİREN ORTAK, OLUŞAN FAİZ ZARARINDAN SORUMLUDUR.

•

KASADA BULUNMAYAN PARADAN DOLAYI, DAVALI KUSURU BULUNMADIĞINI KANITLANIRSA SORUMLULUKTAN KURTULUR.

ÖZET: Her ne kadar mahkemece, davalıların, ibra edildikleri gerekçesiyle sorumlu olmadıklarına karar verilmiş ise de, davalılar hakkında verilen ibra kararı faiz zararının tüm açıklığı ile genel kurulda tartışılmaması nedeniyle gerçek anlamda borçtan kurtulma olarak değerlendirilemez.

Y.11.HD. E: 2009/2967 K: 2010/0838 T: 26.10.2010

Taraflar arasında görülen davada Şişli 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen 22.06.2008 tarih ve 2005/1766 – 2008/1182 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalıların yönetim ve denetim kurulu yaptıklarını S. Metal Sanayii A.Ş.'ye TMSF tarafından elkonulduğunu elkolyma sonrasında kasada yapılan sayımla olması gereken paranın bulunmadığını, ayrıca ortakların sermaye koyma borcunu gecikmeli ödemeleri nedeniyle şirketin zararının bulunduğunu ileri sürerek, toplam 1.790,52 YTL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Bir kısım davalılar vekili ile davalılar, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre,

ispat edilemediğinden davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davacı şirketin eski yönetim ve denetim kurulu üyeleri hakkında açılan sorumluluk davasıdır.

Somut olayda, davalıların yönetim ve denetim kurulu üyesi bulundukları sırada ortakların ödemesi gereken sermaye borcunun geç tahsil edilmesinden dolayı şirketin faiz zararının bulunduğu ve ayrıca şirket kasasında olması gereken paranın da mevcut olmadığı iddiası ile iş bu dava açılmış olup, mahkemece, sermaye borcunun geç tahsil edilmesi nedeniyle oluşan zarara ilişkin davalıların 2001 yılında yapılan genel kurulda ibra edildikleri, kasa açığına ilişkin zararın hangi tarihte ve kim tarafından meydana getirildiğinin ispat edilemediği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir.

Oysa, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere davacı şirketin Anasözleşmesinde ortalıkların taahhüt ettikleri sermaye borcunun 1/4 ünü tescil tarihinden itibaren 3 ay içinde ödemelerinin kararlaştırıldığı, ancak bu borcun gecikmeli olarak ödendiği tartışmasız olup, sermaye borcunun gecikmeli tahsil edilmesi nedeniyle şirketin gecikme faizi zararının bulunduğu ve bunun ortaklardan istenebileceği de kuşkusuzdur.

TTK'nIn 380. Maddesine göre "bilançonun tasdikine dair olan umumi heyet kararı, aksine sarahat olmadığı takdirde, idare meclisi azalarıyla, müdürler ve murakıpların ibrasını tazammun eder. Bununla beraber bilançoda bazı hususlar belirlenmemekte veyahut bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine mani yanlış bir takım hususları ihtiva etmekte ise, idare mevlisi azalarıyla müdürler ve murakıplar, bilançonun tasdikiyle ibra edilmiş olmazlar." Bu yasa hükmünden anlaşılacağı üzere ve Dairemiz'in yerleşmiş uygulamasına göre, şirket yönetiminin zarara yol açan işlem ve yaklaşımları genel kurulda tüm açıklık ve ayrıntıları ile açıklanıp irdelenmişse, genel kurulca verilen ibra kararı, gerçek anlamda borçtan kurtarma ve aklama niteliği taşır. Genel kurulun bu nitelikteki ibrası sonucu, artık yönetim kurulunun o faaliyet dönemine ilişkin tüm işlemleri hakkında, zarara neden olsalar da, ortaklıkça sorumluluk Davası açılamaz. (11. HD. 16.03.1982 gün, 1982/760-1097 SAYILI KARARI, Bkz. YKD.C.8.S.12sh.1664 vd.).

Her ne kadar mahkemece, davalıların, ibra edildikleri gerekçesiyle sorumlu olmadıklarına karar verilmiş ise de, yukarıda yapılan açıklamadan da anlaşılacağı üzere davalılar hakkında verilen ibra kararı faiz zararının tüm açıklığı ile genel kurulda tartışılmaması nedeniyle gerçek anlamda borçtan kurtulma olarak değerlendirilemez. Bu itibarla, mahkemece, davalıların sermaye borcunu geç tahsil etmeleri nedeniyle oluşan faiz zararından sorumlu olduklarının kabulü ile oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Ayrıca, davacı şirkete TMSF tarafından elkonulduğu tarihte kasada bulunması gereken paranın mevcut olmadığı da iddia edilmiş olup buna ilişkin 31.3.2004 tarihli tutanak da delil olarak sunulmuştur. Kural olarak, yönetim kurulu üyeleri şirket adına yaptıkları işlemlerden dolayı kişisel olarak sorumlu

tutulmazlar ise de, öğretideki baskın görüşe göre, TTK'nın 336. maddesinde belirtilen hallerde ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına karşı kusursuz olduklarını ispat etmedikçe tüm yöneticiler oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Yani yönetim kurulu üyelerinin görevlerini ifaları sırasında bir zarar oluşmuşsa, bu zararın üyelerin kusurlu eylemi sonucu meydana geldiğinin kabulü gerekmektedir. Başka bir deyişle, Türk Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için kusur esasına dayanan bir sorumluluk öngörmüş ve yönetim kurulu üyeleri aleyhine kusur karinesi kabul etmiştir. (Gönen Eriş-Ticari İşletme ve Şirketler-s.1941,1942,1999). Dava konusu olayda TMSF tarafından davacı şirkete 13.2.2004 tarihinden elkonulduktan sonra şirket defter kayıtlarının incelenmesi sonucu 31.3.2004 tarihli tutanağa göre kasada yapılan sayımda olması gereken 582.32 YTL'nin kasada mevcut olmadığı, kasanın boş olduğu ve bu tutanağın muhasebe şefi tarafından imzalandığı bu durumda kasa açığının mevcut olduğunun anlaşıldığına göre, davalılar TTK'nın 338. maddesi gereğince oluşan kasa açığı zararından kusur ve sorumluluklarının bulunmadığını ispat etmedikleri takdirde zarardan sorumlu oldukları gözetilmeden, kasa açığının davacı tarafından ispat edilemediği gerekçesiyle, yazılı şekilde hüküm tesisiде doğru olmamış, kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, 26.10.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BİNADA DAHİLİ SU BASMASI • HASAR BEDELİNDEN SORUMLULUK

ÖZET: Sigortalanan işyerinde klozet temiz su borusundan su sızması sonucu oluşan hasardan; suyun sızmasına neden olan borudaki yırtılma binada sabit, imalattan kaynaklanması halinde, bina sahibi sorumlu olur.

Y.11.HD. E: 2009/5366 K: 2010/11786 T: 22/12/2010

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 6. Sulh Hukuk Muhakemesi'nce verilen 06/05/2008 tarih ve 2007/434 - 2008/543 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilince dahili su basması teminatı içerir işyeri sigorta poliçesiyle sigortalanan işyerindeki klozet temiz su borusundan su sızması sonucu oluşan hasarın sigortalıya ödendiği ve kiralayan olarak davalıların

hasardan sorumlu olduklarını ileri sürerek, 2.217,53 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sigortalının kiracı olarak bulunduğu işyerindeki hasardan kiracı sıfatıyla kendisinin kullanımı nedeniyle sorumlu olduğunu, müvekkilinin zararın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını savunarak davanın reddi istenmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, hasara neden olan klozet taharet borusundaki yırtılmadan kiracı sigortalının sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, işyeri sigorta poliçesinden kaynaklanan rucuen tazminat istemine ilişkindir.

BK'nın 58. maddesi uyarınca bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurlardan dolayı mesul olur.

Somut olayda mahkemece, davaya konu işyerinde dahili su baskını nedeniyle oluşan hasardan kiracı konumundaki sigortalının sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa mahkemenin hükmüne gerekçe yaptığı bilirkişi raporunda "…yırtılan hortum binada sabit imalat olup, binanın bir değeridir." Şeklinde bir yargı belirtilmiştir. Bu tespitin doğru olması halinde bina malikinin yukarıdaki ilke doğrultusunda sorumlu olması söz konusu olabilecektir. Bu durumda mahkemece, davaya konu hasardan kimin sorumlu olduğu olduğuna ilişkin bilirkişi raporundaki çelişki giderilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle sigortalı kiracıya sorumluluk yüklenmesi doğru görülmediğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 22/12/2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BANKANIN HAKSIZ PARA TAHSİLİ • HESAPTAKİ PARA

ÖZET: Davacının banka nezdinde üzerinde rehin hakkı olan para veya paraya çevrilebilir menkul kıymeti varsa davalı bankanın İİK'in 45.maddesi uyarınca öncelikle rehine müracaat zorunluluğu bulunduğundan bu hesaplarda bulunan kıymetlere müracaat etmesi gerekir.[1]

Y.11.HD. E: 2009/7728 K: 2011/710 T: 25.01.2011

[1] Gönderen: Av. Mehmet BAYRAKTAR

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen 18.03.2009 tarih ve 2008/371-2009/301 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı, 2001 yılında emekli olurken kredi kartı ve dost hesabı borcunun ferileriyle birlikte emekli ikramiyesi ve sair alacaklarından tahsil edilmesi için verdiği taahhütnameye istinaden davalı bankanın 5.982.88 TL.'yi icra yoluyla tahsil ettiğini, ancak kesinti sırasında hatalı işlem yapan davalı bankanın yalnızca kredi kartı borcunun tahsil ettiğini, dost hesabı borcunu tahsil etmeyen bankanın bu borç için menkul kıymetlerinde 5.000 TL. olmasına rağmen icra takibi yaptığını, icra dosyasına toplam 1.460 TL yatırarak takibe itiraz ettiğini, takibin durması gerekirken davalı bankanın takibe devam ederek emekli maaşından 2.770 TL. kesinti yaptığını, davalı bankanın hatalı işlemlerle kendisinden 4.230 TL. fazla para tahsil ettiğini ileri sürerek 4.230 TL.nin ödeme tarihinden itibaren hesaplanacak ticari faiziyle birlikte kendisine iade edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının kredili mevduat hesabından kullandığı cari hesap bakiyesini ödemediğini, 20.06.2002 tarihinde davacının hesabının kat edilerek borcunu ödemesi hususunda ihtarname keşide edildiğini, buna rağmen borcun ödenmemesi nedeniyle hakkında icra takibi başlatıldığını, davacının fazla ödemesinin olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı banka ile davacı arasında 12.02.2004 tarihli kredili mevduat hesabı taahhütnamesinin imzalandığı, bu taahhütnameye istinaden davacıya nakit kredi kullandırıldığı, bu şekilde oluşan kredi ve ferilerine ilişkin borcun ödenmemesi üzerine taraflar arasında ihtilaf oluştuğu, davacı tarafın dava tarihi itibariyle davalı bankadan talep edilebilir herhangi bir alacağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı temyiz etmiştir.

1) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2) Davacı, davalı banka nezdinde menkul kıymet hesabı ve bu hesapta 5.000 TL'lik menkul kıymeti bulunduğunu, davalı bankanın alacağı öncelikle buradan mahsup etmemesi nedeniyle borç miktarının arttığı ileri sürerek işbu davayı açmış ve dosya içerisinde bulunan taahhütnameden de taraflar arasında davacıya ait söz konusu hesap üzerinde davalı lehine rehin hakkı tesis edildiği anlaşılmıştır. Buna karşılık mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda bu taahhütname üzerinde durulmadığı gibi gerçekten de hesapta borcun kat edildiği tarih itibariyle davacının bir menkul kıymeti bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Davacının banka nezdinde üzerine rehin hakkı

olan para veya paraya çevrilebilir menkul kıymeti varsa davalı bankanın İİK'in 45.maddesi uyarınca öncelikle rehine müracaat zorunluluğu bulunduğundan bu hesaplarda bulunan kıymetlere müracaat etmesi gerekir. Bu itibarla, mahkemece anılan yönler üzerinde durulması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) Numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**; (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine 25.01.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARŞILIKSIZ ÇEK • BANKANIN ÇEK YAPRAKLARINI İSTEMESİ

ÖZET: Çek yapraklarının karşılıksız çıkması durumunda davacı bankanın ödemek zorunda bulunduğu tazminata ilişkin olarak bu bedelin depo edilmesini isteme hakkı vardır.

Y.11.HD. E: 2009/13161 K: 2011/6176 T: 23.05.2011

Taraflar arasında görülen davada Malatya 1.Asliye hukuk Mahkemesi 'nce verilen 30.03.2009 tarih ve 2009/76-2009/133 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gerçeği görüşülüp düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkili banka ile davalı müşteri arasında çek taahhütnamesi imzalanarak davalıya çek yaprakları verildiğini davanın keşide ettiği bir kısım çeklerin karşılıksız çıktığını, davacının elinde bulunan ve mübekkili bankaya iade etmediği çek yapraklarının da karşılıksız çıkması halinde bankanın sorumlu olduğu bedeli ödemek zorunda kalacağını ileri sürerek, davacı elindeki 47 adet çek yaprağının iadesine, bunun mümkün olmaması halinde bankanın sorumluluk miktarı olan 20.445.00 TL'nin davalı tarafından depo edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece; iddia ve dosya kapsamına göre, çek yapraklarını nasıl iade edileceğinin 3167 sayılı yasada düzenlendiği , davacı bankanın çek yapraklarının iadesini isteyemeyeceği ve banka tarafından ödenen bir çek tazminatı bulunmadığı ihtimale dayalı olarak depo edilme kararı verilemeyeceği gerekçesiyle davanın 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 aşağıdaki bendin kapsamında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Dava banka müşterisine teslim edilen çek yapraklarının iadesi veya bankanın her bir çek yaprağı için karşılıksız çıkması durumunda tazminle yükümlü olduğu bedelin ihtiyaten depo edilmesi istemine ilişkindir.

Çek yapraklarının karşılıksız çıkması durumunda davacı bankanın ödemek zorunda bulunduğu tazminata ilişkin olarak bu bedelin depo edilmesi talebinin yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamıştır. Zira, taraflar arasındaki 12.11.2007 tarihli çek taahhütnamesi sözleşmesi hükümleri uyarınca riskleri teminat altına alma yetkisi davacı bankaya davalı tarafından tanınmış bir hak olup, açıkça "depo" ibaresi yer almasa da sözleşme içeriğine göre davacı banka henüz tazminat ödemese dahi bu yönde davalı müşterisinden teminat isteme hakkına sahip olduğunun kabulü gereklidir.

Bu nedenle mahkemece davalı elinde bulunan ve henüz iade edilmeyen çek yapraklar için bankanın sorumlu olduğunu tazminat miktarının depo edilmesine ilişkin talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

BONODA ZAMANAŞIMI • İLAMSIZ TAKİPTE ZAMANAŞIMI

ÖZET: Bonoda zamanaşımı süresi üç yıldır.

Bu üç yıllık sürenin geçirilmesinden sonra bonoya dayanılarak yapılan ilamsız takipte de zamanaşımı süresi üç yıldır.

Y.12.HD. E: 2008/25557 K: 2009/5658 T: 17.03.2009

Takip dayanağı bono TTK'nın 688. maddesindeki unsurları taşıyan kambiyo senedi niteliğindedir. Bu senette 31.12.2004 vade tarihi nazara alındığında, 22.06.2008 tarihinde TTK'nın 661. maddesinde öngörülen üç yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra takip başlatıldığı görülmüştür. Alacaklının kambiyo senedi vasfındaki bu bono ile ilgili genel haciz yolu ile takip yapması TTK'nın 690. maddesi göndermesiyle bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanun'un 681. maddesini bertaraf edemez. Bir başka anlatımla, zamanaşımı gerçekleşen bono için genel haciz yolu ile takip yapılması halinde dahi uygulanacak zamanaşımı süresi üç yıl olduğundan ve borçlu da açıkça icra dairesine yaptığı itirazında zamanaşımı itirazında bulunduğunda, mahkemece itirazın kahdırılması isteminin reddi yerine, kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 17.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GERİYE DOĞRU CİRO • SORUMLULUĞUN TESPİTİ

ÖZET: Çekin ciro silsilesi içinde son hamilden geriye doğru ciro edilmesi mümkündür.

Ancak, bu durumda çeki devralan kendisinin sorumlu olduğu önceki cirantayı takip edemez.

Y.12.HD. E: 2009/18144 K: 2009/26899 T: 30.12.2009

Takip dayanağı çekteki ciro sıralamasının incelenmesinde, çekin lehdar M… K… S… E… 'e, onun cirosu ile de tekrar lehdara geçtiği ve sonrasında adı geçen tarafından takibe konulduğu anlaşılmıştır.

Yukarıda açıklanan ciro sıralamasına göre, borçluya karşı müracaat

sorumlusu durumunda olan alacaklının, çeki geriye ciro yoluyla eline geçirmesi ve başkalarına ciro etmesi mümkün ise de, bu şekilde ciro yolu ile çeki devraldıktan sonra, kendisinin sorumlu olduğu kimseye müracaat borçlusu olarak başvurması mümkün değildir. Zira, geriye ciro yoluyla çeki devralan ciranta, çeki devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa ancak onlara karşı takip yapma imkanına kavuşur. O halde, mahkemece borçlunun şikayetinin kabulü ile hakkındaki takibin iptali yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle (**BOZULMASINA**), oybirliğiyle karar verildi.

SENET ÜZERİNDE DEĞİŞİKLİK • KEŞİDECİ ONAYI • BONO NİTELİĞİ

ÖZET: Senet üstündeki değişikliğin sonuç doğurabilmesi için keşidecinin onayı gereklidir.

Aksi takdirde senet bono sayılmaz kambiyo senetlerine özgü takibe de konu olamaz.

Y.12.HD. E: 2009/18786 K: 2010/1172 T: 20.01.2010

HUMK'un 298. maddesi hükmü gereğince senet metninin ön kısmında yapılan değişikliklerin hüküm ifade edebilmesi keşidecinin onayına bağlıdır.

TTK'nın 688/5. maddesi gereğince bir senedin bono vasfına haiz olabilmesi için diğer şartların yanı sıra kime veya kimin emrine ödenecekse onun adını ve soyadını ihtiva etmesi gerekir.

Somut olayımızda kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile yapılan takibe dayanak teşkil eden bonoda önce lehdar olarak keşideci Y... K... ismi yazılı iken adın üstü çizilerek sonradan S... K... yazılarak takibe konulduğu üzerinde keşideci parafının olmadığı görülmektedir. Yapılan bu değişikliğin yukarıda belirtilen yasa maddesi uyarınca sonuç doğurabilmesi için keşideci onayına bağlı olduğundan ve senet üzerinde de herhangi bir onayı bulunmadığı ve borçlu keşidecinin kabulü de olmadığı dikkate alındığında yapılan bu değişiklik yazılmamış sayılır. Bu durumda takip konusu bono kambiyo senedi vasfında olmadığından takibe konu yapılamaz. Mahkemece takibin İİK'in 690. maddesi aynı kanunun 585. maddesine atıf yapmadığından bir kimse poliçede olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemeyeceği göz ardı edilerek kendi adına lehdar göstererek senet tanziminin mümkün bulunduğu gerekçe yapılmak sureti ile şikayetin reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 20/01/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VADEDEN SONRA CİRO • ALACAĞIN TEMLİKİ

ÖZET: Vadeden sonra yapılmış olan ciro alacağın temliki sonuçlarını doğrurur.

Burada senedin kıymetli evrak niteliği kaybolmaz; sadece def'iler yönünden yeni sonuçlar oluşur.

Y.12.HD. E: 2009/19566 K: 2010/934 T: 19.01.2010

TTK 'nın 602. maddesinde "... ödenmeme protestosundan yahut bu protestonun tanzimi için muayyen olan müddetin geçmesinden sonra yapılan ciro, ancak, alacağın temliki hükümlerini meydana getirir." Hükmü öngörülmüştür. Senetlerin bu tarihten sonra ciro edilmeleri kıymetli evrak niteliklerini kaybetmesine neden olmaz. Sadece def'iler yönünden alacağın temliki hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. (HGK. 'nin 13.03.1970 gün E-69 İİK 898-K. Da bu doğrultudadır.) TTK 'nın 690. maddesi göndermesiyle hakkında da uygulanması gereken sözü edilen bu yasa hükmü ve ayrıca aynı Kanun'un 599/son maddesi hükümleri uyarınca borçluların şikayet ve itirazlarının alacağın temliki hükümlerine göre mahkemece değerlendirilmesi yerine yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366. ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 19/01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAHSİL CİROSU • HAMİLİN YETKİLERİ

ÖZET: Çeki tahsil cirosuyla alan hamil vekil hamil durumunda olup, çeki kendisine ciro eden son cirantayı takip edemez; son ciranta dışındaki cirantaları ve keşideciyi takip edebilir.

Y.12.HD. E: 2009/21230 K: 2010/2520 T: 09.02.2010

Alacaklı K. Tekstil San. Tic. A.Ş. vekili tarafından 20.10.2008 ve 04.11.2008 keşide tarihli çeklere dayalı olarak A.Dış.Tic. A.Ş. ve A. Tekstil İşl.San. ve Tic. A.Ş. hakkında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçilmiş ve adı geçenlere örnek 10 numaralı ödeme emri tebliğ edilmiştir.

Takip dayanağı çeklerin incelenmesinde, keşidecinin A.Dış.Tic. A.Ş. lehtarı ise A. Tekstil İşl. San. Ve Tic. A.Ş. olduğu, lehdarın cirosu ile takip alacaklısının eline geçtikleri, cirolarda "Bedeli tahsil için K. Tekstil San. Tic. A.Ş. Firması 'na ciro edilmiştir." Açıklamasının yapıldığı görülmektedir.

TTK 'nın 730. maddesini göndermesi ile çekler hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 600/1. maddesi gereğince ciro, "Bedeli tahsil içindir", "Kabız içindir", "Vekaleten de" ibarelerini veya tevkifi ifade eden diğer herhangi bir kaydı ihtiva ederse, hamil poliçeden doğan bütün hakları kullanabilir. Fakat kendisi tarafından yapılan bir ciro ancak tahsil cirosu hükmündedir.

Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ise "Poliçeden mesul olanlar bu halde ancak cirantaya karşı ileri sürebilecekleri defilen hamile karşı dermeyan edebilirler.

Çeki lehtarın tahsil cirosu ile devralan alacaklı vekil hamil durumunda olup, senet üzerinde mülkiyet hakkı olmadığı için cirantayı takip edemez. Ancak keşideciyi takip edebilir." Bir diğer anlatımla, çeki tahsil cirosu ile alan hamil kendi cirantasını takip edemez ise de diğer cirantalar ve keşideci hakkında kambiyo senetlerine mahsus yol ile takip yapmasına yasal engel yoktur.

Somut olayda takip alacaklısına yapılan ciro şerhinde yukarıda yazılan maddede öngörülen koşul vardır. Bu nedenle alacaklı vekillinin borçlu A. Tekstil İşl. San. Tic. A.Ş. yönünden temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Takip dayanağı çekleri lehtar A. Tekstil İşl. San. Tic. A.Ş. 'den tahsil cirosu ile alan alacaklı K. Tekstil San. Tic. A.Ş. yetkili hamil olmakla, çeklerin kaşidecisi olan borçlu A. Dış. Tic. A.Ş. hakkında kambiyon senetlerine mahsus yol ile takip yapmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Ancak, çekleri tahsil cirosu ile iktisap eden alacaklıya karşı borçlu kaşideci, lehdar ile arasındaki ilişkiden kaynaklanan def'ileri ileri sürebilir. Çeklerin kaşidecisi olan borçlu A. Dış Tic. A.Ş. tarafından bu yönde bir iddia bulunmadığına göre mahkemece adı geçen burçlu yerine şikayetin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazların kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle (**BOZULMASINA**), oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

AYIPLI MAL • KUSURLU TOHUMLUK • MÜTESELSİL SORUMLULUK

ÖZET: Zarara neden olan kusurlu tohumluğu üreten, satan, dağıtan, ithal eden veya başka şekilde piyasaya süren gerçek ve tüzel kişiler meydana gelen zarardan müteselsil olarak sorumludurlar.[1]

Y.13.HD. E: 2010/43 K: 2010/6136 T: 04.05.2010

Davacı, dava dışı A... Tarım aracılığıyla davalı şirketleri Deflin F/I cinsi 3570 adet domates fidesi satın aldığını, fideleri usulüne uygun olarak dikip, bakımını yaptığını, ne var ki bazı fidelerde domateslerin oluşmadığını, bazılarında da, dilimli ve şekilsiz oluştuğunu, yaptırmış olduğu tespitte, fidelerin orijinal Deflin F/1 olmadığının anlaşıldığını, beklediği verimi alamaması nedeniyle zarar uğradığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, şimdilik 7.000.00 TL zararın tespit tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacıya fide satmadıklarını savunarak, davanın öncelikle husumet nedeniyle, kabul edilmediği takdirde ise esastan reddini dilemiştir.

Mahkemece, fidelerin satışına ilişkin faturanın, dava dışı A...Tarım tarafından davacı adına düzenlendiği, sevk irsaliyesinin de davalı tarafından dava dışı A... Tarım adına düzenlendiği belirtilmek suretiyle, bu durumda taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı benimsenerek, davalıya karşı açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, satın alınan domates fidelerinden gerekli ürünün alınamadığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkin olup, davacı, domates fidelerini davalı şirketten satın aldığını belirtmişse de, mahkemece taraflar arasında sözleşme ilişkisinin ispat edilemediği gerekçesiyle davanın husumetten reddine karar verilmiştir. Tüm dosya kapsamından, davalı şirket tarafından, dava dışı Ç... Limitet Şirketinden satın alınan tohumların fide haline getirildikten sonra dava dışı A... Tarıma satıldığı, davacının da bu fideleri A... Tarımdan satın aldığı anlaşılmaktadır. HUMK. 'nun 76. maddesi uyarınca davada midi olguların açıklanması taraflara, ileri sürülen maddi olguların hukuki nitelendirilmesi ve uygulanacak yasa maddelerinin tespit edilmesi ise hakime ait bir görevdir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, davalının sözleşmeye dayalı bir sorumluluğu söz konusu değilse de, bu durum davalıya hiçbir şekilde husumet yöneltilemeyeceğini göstermez. Hukuku sorumluluk, sözleşmeden doğabileceği

[1] Dergimizin 2011/4. sayısında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarına bakınız.

gibi sözleşme dışı bir nedenden de doğabilir. Kanundan doğan sorumluluk da, bu nedenlerden biridir. O halde dava konusu olayda, satın aldığı tohumları fide haline getirdikten sonra, fide olarak satan davalı şirketin, özel kanun niteliğinde olan "Tohumculuk Kanunu" 'dan kaynaklanan bir sorumluluğu olup olmadığı da irdelenmelidir.

31.10.2006 tarihinde kabul edilen 5553 sayılı "Tohumculuk Kanunu " nun 1. maddesinde, "Bu Kanunun amacı, bitkisel üretimde verim ve kaliteyi yükseltmek, tohumluklara kalite güvencesi sağlamak, tohumluk üretim ve ticareti ile ilgili düzenlemeleri yapmak ve tohumculuk sektörünün yeniden yapılandırılması ve geliştirilmesi için gerekli olan düzenlemeleri gerçekleştirmektir. "hükmüyle kanunun amacı, 2. maddesinde de,

"Bu Kanun, tarla bitkileri, bağ-bahçe bitkileri, orman bitki türleri ve diğer bitki türleri çoğaltım materyaline ait çeşitlerin ve genetik kaynakların kayıt altına alınması, tohumlukların üretimi, sertifikasyonu, ticareti, piyasa denetimi ve kurumsal yapılanmalar ile ilgili düzenlemeleri kapsar." Hükmüyle kanunun kapsamı açıklanmış, "Tazminat" başlığı altındaki 11. maddesiyle de, "Fiillerinin ayrıca suç sayılma hali saklı kalmak üzere, zarara neden olan kusurlu tohumluğu üreten, satan, dağıtan, ithal eden veya başka şekilde piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiler, meydana gelen zararı müteselsilen tazmin etmekle yükümlüdür. Bunlar zararı, kusurları oranında birbirlerine rücu edebilirler." Düzenlemesi getirilmiştir. Taraflar arasında mahkemenin kabulünde olduğu gibi, sözleşme ilişkisi mevcut değilse de, dava konusu fidelerin, davalı tarafından, dava dışı Ç.... Limitet Şirketinden "tohum" olarak satın alınıp, fide haline getirildiği ve bu şekilde davacının akidi olan A... Tarıma satıldığı sabit olduğuna göre, davalının, az yukarda belirtilen Tohumculuk Kanununun 11. maddesinde düzenlenen, "... zarara neden olan tohumluğu üreten, satan, dağıtan, ithal eden veya başka şekilde piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiler, meydana gelen zararı müteselsilen tazmin etmekle yükümlüdür." Hükmünde geçen ayıplı tohum nedeniyle tazminatla yükümlü tutulabilecek tüzel kişi kapsamında olup olmadığı değerlendirilip, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davalı şirketin, söz konusu özel kanundan doğan bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı irdelenmeden, sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığından bahisle eksik inceleme ile davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün, temyiz eden davacı yararına (**BOZULMASINA**), peşin alınan 15.60 TL temyiz harcının istek halinde iadesine, 04.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK ÜCRETİ

•

HAPİS HAKKINI KULLANAN AVUKATIN ÜCRETİ

ÖZET: Avukat kusur veya ihmali nedeniyle azil edilmiş ise ücretinin ödenmesi gerekmez.

Taraflar arasında yazılı sözleşme yoksa vekaletinde üstlenilen işin sonuçlanması ile vekalet ücreti muaccel olur.

Y.13.HD. E: 2009/5688 K: 2009/15479 T: 28.12.2009

Davacı, davalının 12.10.2000 Tarihinde aldığı vekaleti ile dava dışı İstanbul Büyükşehir Belediyesi aleyhine kamulaştırmasız el atma nedeni ile tazminat davasını açıp sonuçlandırdığını, icra takibi yapılmasına da yetki verildiğini, aralarında yapılan sözlü anlaşma ile %15 oranında vekalet ücretinin ödenmesinin kararlaştırıldığını, tahsilat aşamasına gelindiğinde de haksız olarak azledildiğini ileri sürerek, hapis hakkını kullanarak yedinde tuttuğu 22.422 YTL.nin mahsubu ile bakiye 101.034 YTL. Vekalet ücretinin faizi ile ödetilmesine karar verilmesi istemiştir.

Davalı, davacının icra dosyasından paraları tahsil edip kendisine hiçbir haber vermediğini, haricen öğrenip davacıya bildirdiğinde de sadece bir kısmını iade ettiğini, güvenini sarstığından vekaletten haklı olarak azlettiğini, tarifeye göre elden fazlası ile ücretinin ödendiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 30.124 YTL'nin temerrüt 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 bulunmasına göre, davacının tüm davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Davacı avukatın, davalıdan 12.10.2000 tarihinde aldığı vekalet ile, adına kamulaştırmasız el atma nedeni ile tazminat davası açıp vekalet ile, adına kamulaştırmasız el atma nedeni ile tazminat davası açıp takip ettiği, bu davanın kısmen kabulüne karar verilip, 9.4.2007 tarihinde kesinleştiği, davacı avukatın bu ilamı icraya koyarak dosyaya yatırılan tahsilatlardan 20.2.2007 tarihinde 86.381 YTL, 9.3.2007 tarihinde 13.972. YTL.yi aldığı ve 15.3.2007 tarihinde davacının vekillikten azledilmesinden sonra 29.3.2007 tarihinde davalıya 44.889 YTL göndererek bakiyesini hapis hakkını kullanarak yedinde tuttuğunu bildirdiği, dosyadaki bilgi ve belgelerde tüm dosya ve kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkemece azlin haklı olmadığı kabul edilerek Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesi gereğince %10 oranında vekalet ücretini talebe hakkı olduğu kabul edilerek hüküm verilmiştir.

Vekil, Borçlar Kanunu'nun 392. maddesi hükmüne göre yaptığı iş sırasında

vekil eden adına tahsil ettiği paraları zimmetinde tutmadan müvekkiline intikal ettirmek, vekil edenin adına veya yararına yaptığı tüm işlerin hesabını müvekkiline vermek zorundadır. Davacı avukatın, icra dosyasından tahsil ettiği paraların miktarı hakkında davalı müvekkiline makul sürede bilgi ve hesap vermediği gibi, eksik olarak ödeme yaptığı gözetildiğinde, davalının gerçek tahsilat miktarını icra dosyasından öğrenmesi üzerine davacı avukatı 15.03.2007 tarihinde azil etmesinin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir.

Avukatlık Kanunu'nun 174/2 maddesi hükmüne göre avukat kusur veya ihmali nedeniyle azil edilmiş yani azil haklı ise ücretinin ödenmesi gerekmez. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmayan hallerde vekalet ücreti üstlenilen işin sonuçlanması ile muaccel olur. Somut olayımızda davalı avukat haklı olarak azil edildiğine göre, tam ücret talep etme hakkına sahip olmayıp, ancak bitirdiği işlerden dolayı hak ve nesafete göre ücret isteyebileceği gözetilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan 1.bent gereğince davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının reddine 2. Bent gereğince temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, 625.00 TL. duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 28.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MALDAKİ GİZLİ AYIP • AÇIK AYIP
•
AYIPLA İLGİLİ TARAFLARIN İSPAT MÜKELEFİYETİ

ÖZET: Maldaki açık ayıbı derhal bildirmeyen alıcı, malı ayıbı ile kabul etmiş sayılır.

Gizli ayıp yönünden ayıp ihbarının derhal yapılması gerekir.

Y.13.HD. E: 2010/7939 K: 2011/3661 T: 10.03.2011

Davacı, davalı TOKİ vekili T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Galleria şubesi ile 28/07/2006 tarihinde imzaladıkları gayrimenkul satış sözleşmesi ile "İstanbul Halkalı Toplu Konut Projesinden" İstanbul/Küçükçekmece/Halkalı , 550 ada, C2-1 Blok, 17 Nolu daireyi satın aldığını, teslimden önce düzenlenen taşınmaz tespit föyü ile dairede ayıplar ve eksikler tespit edildiğini, sözlü olarak TOKİ ve yüklenici firma yetkililerine söylediği halde bu ayıpların ve eksiklerin de bulunduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile, daire bedelinin indirilmesine ya da dairenin ayıplı ve ayıpsız değeri arasındaki farka tazminat olarak hükmedilmesine, şimdilik 5.000-TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, 11.06.2009 tarihli dilekçesi ile talebini 14.459,90-TL'ye

çıkarmıştır.

Davalı TOKİ, sorumluluğun yüklenici firmaya ait olduğunu, ayıp ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmediğini, iddia edilen ayıpların basit onarım ile giderilebilecek nitelikte olduğunu, dairenin TSE standartlarına uygun imal edildiğini ileri sürerek davanın reddini dilemiştir.

Fer'i müdahil K. Toplu Konut... Ltd. Şti, dairenin eksiksiz olarak teslim edildiğini ve yasal süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi heyeti raporu ve ek raporları esas alınarak, davanın kabulü ile 14.459.90 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, karar verilmiş; hüküm davalı TOKİ ve fer'i müdahil K. Toplu Konut... Ltd. Şti tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı TOKİ ve fer'i müdahil K. Tolu Konut... Ltd. Şti'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan şair temyiz itirazlarının reddi gerekir

2) Dava, davacı tarafından satın alınan dairede mevcut ayıplar ve eksikler nedeniyle oluşan değer kaybının ödetilmesi talebine ilişkindir. Davalı, dairede ayıp bulunmadığını ve ayıp ihbarının süresinde yapılmadığını bildirerek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, bilirkişi heyetince düzenlenen rapor ve ek raporlar hükme esas alınarak, tespit edilen açık ve gizli ayıplar nedeniyle davacının satın aldığı dairede oluşan değer düşüklüğüne hükmedilmiştir. Davacının, davalıdan bir daire satın aldığı ve dairenin 11.10.2007 tarihinde davacıya teslim edildiği uyuşmazlık konusu değildir.

4077 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre; tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde açık ayıpları satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da gizli ayıpların ne kadar sürede satıcıya ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, 4077 sayılı TKHK'nın 30. maddesi gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, Borçlar Kanunu'nun bu konudaki 198. maddesi uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nun 198. maddesine göre, alıcı, teslim aldığı malı örf ve âdete göre, imkân hâsıl olur olmaz muayene etmek ve satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya derhal ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılanda adi bir muayene ile meydana çıkarılmayacak bir ayıp mevcut olup da, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu da derhal satıcıya ihbar etmediği takdirde yine satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. BK'nin 198.maddesinde öngörülen süre içinde ihbar edilmeyen ayıplar için dava açılamaz.

Somut olayda, yargılama aşamasında alınan bilirkişi heyeti raporu ve

ek raporlarında ayıpların bir kısmının açık bir kısmının ise gizli olduğu bildirilmiştir.

Açık ayıplar yönünden temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Somut olayda davacı, daire gördüğü açık ayıpları bila tarihli "Taşınmaz tespit föyü" ile tespit ettirmiş, ancak daha sonra 11.10.2007 tarihinde imzaladığı " Teslim tutanağı" ile daireyi oturmaya ve kullanmaya müsait bir durumda, eksiksiz ve kusursuz olarak teslim aldığını bildirmiştir. Davacının, teslimden sonra 30 gün içerisinde açık ayıplar yönünden herhangi bir ihbarda bulunmadığı ve ihbar koşulunun yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı, teslim edilen daireyi gözle görülebilen açık ayıpları ile birlikte kabul etmiş sayılır ve açık ayıplar yönünden bir talepte bulunamaz.

Ayrıca, davacı tarafından taşınmaz tespit föyünde bildirilen ve dairede mevcut bulunan görünür (açık) ayıpların bir kısmının, bilirkişi heyeti rapor ve ek raporlarında gizli ayıp olarak nitelendirilmesi, yine daire duvarlarının eğri yapılmasının açık ayıp olmasına rağmen, gizli ayıp olarak kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde, mahkemenin hükmüne esas aldığı bilirkişi heyeti raporu ve ek raporları, hüküm kurmaya ve Yargıtay denetimine elverişli değildir. Öyle olunca, mahkemece yapılacak iş; yeniden uzman bilirkişiler aracılığıyla inceleme yaptırılıp, davacı tarafından imzalanan taşınmaz tespit föyündeki ayıplı işlerin ve daire duvarlarındaki eğriliğin "açık ayıp" niteliğinde olduğu gözetilerek, bu davada talep edilen ayıplı işlerden hangilerinin açık ayıp hangilerinin gizli ayıp niteliğinde olduğu ayrı ayrı belirlendikten sonra, açık ayıplar nedeniyle davalının sorumlu olmayacağı kabul edilerek, bu kalem istemler yönünden davanın reddine karar vermekten ibarettir. Mahkemece, bu hususlarda gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan, yazılı şekilde açık ayıplar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Gizli ayıplar yönünden temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Davacı, 11.10.2007 tarihinde daireyi teslim almış, 14.11.2008 tarihinde açtığı bu dava ile ayıplı işler nedeniyle bedel indirimi tarihinde açtığı bu dava ile ayıplı işler nedeniyle bedel indirimi istemiştir. Mahkemece, davacının gizli ayıplarını dava tarihinde öğrendiği gizli ayıbı daha önce öğrendiğinin ve BK 198. Maddesindeki mutad süre içerisinde öğrendiği halde bildirmediğinin davalı tarafça ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. BK'nın 198.maddesi hükmü ile kendisine yüklenen "derhal ihbar" mükellefiyetini yerine getirip getirmediğini ispat yükü davacıdadır. Mahkemece, ispat yükü ters çevrilerek, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde öncelikle, BK. 198. Maddesi gereğince, gizli ayıplar yönünden ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı hususunda tarafların delil ve karşı delilleri sorulmalı, toplanan delillere ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Mahkemece, bu konuda gerekli inceleme ve araştırma yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı TOKİ ve fer'i müdahil Kuzu Toplu Konut Ltd. Şti'nin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu

bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı TOKİ ve fer'i müdahil Kuzu Tolu Konut Ltd. Şti yararına **BOZULMASINA**, 825.00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 10.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AYIPLI MAL • EKSİK İŞ • AYIPLI İŞ

ÖZET: Eksik iş yapılması gerektiği halde yapılmıyorsa; ayıplı iş ise işi de olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki, farkları ifade eder.

İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olmayacağından iş sahibinin yönünden ihbarda bulunmasına yada ihtirazı kayıt yapmasına gerek yoktur.

Y.13.HD. E: 2010/12242 K: 2011/3677 T: 10.03.2011

Davacı, davalı TOKİ vekili T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Galleria şubesi ile 04.07.2006 tarihinde imzaladığı gayrimenkul satış sözleşmesi ile "İstanbul Halkalı Toplu Konut Projesinden" İstanbul Küçükçekmece/Halkalı, 550 ada, C2-2 Blok, 4 nolu daireyi satın aldığını teslimden önce düzenlenen taşınmaz tespit föyü ile dairece ayıplar ve eksikler tespit edildiğini, sadece bir kısım ayıpların giderildiğini, daire başkaca gizli ayıplar ve eksiklerin de bulunduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile, satım bedeli üzerinden şimdilik 10.000 TL'nin indirilmesine ve indirilen miktarın faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı TOKİ, sorumluluğunun yüklenici firmaya ait olduğunu, ayıp ihbar mükellefiyetinin yasal süre içinde yerine getirilmediğini, dairenin TSE standartlarına uygun imal edildiğini savunarak, davanın reddi dilemiştir.

Mahkemece 01/05/2008 tarihli ayıp ihbarına ilişkin belgenin davalıya tebliğ edildiğinin yazılı olarak ispatlanamadığı, dairenin teslim alındığı 10/11/2007 tarihinden itibaren 30 günlük süre içerisinde açık ayıpların bildirilmediği, gizli ayıpların ise 01/05/2008 tarihinde var olduğunun öğrenildiğinin kabukü gerektiği ve ayıbın öğrenilmesinden itibaren makul süre içerisinde ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir;

Hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Dava, davacı tarafından satın alınan dairede mevcut ayıplar ve eksikler nedeniyle oluşan değer kaybının ödetilmesi talebine ilişkindir. 4077 sayılı kanunun

4.maddesinin 2.fıkrası hükmüne göre; tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz güm içerisinde açık ayıpları satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketicinin korunması Hakkında Kanun'da gizli ayıpların ne kadar sürede satıcıya ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, 4077 sayılı TKHK'nın 30. maddesi gereğince bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, Borçlar Kanunu'nun bu konudaki 198. maddesi uygulanacaktır.

Borçlar Kanunu'nun 198. maddesine göre, alıcı, teslim aldığı malı örf ve âdetlere göre, imkân hâsıl olur olmaz muayene etmek ve satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya derhal ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılanda adi bir muayene ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp mevcut olup, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu da derhal satıcıya ihbar etmediği takdirde yine satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. BK'nın 198. maddesinde öngörülen süre içinde ihbar edilmeyen ayıplar için dava açılamaz. Somut olayda, açık ve gizli ayıplar yönünden yasal süre içinde ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmediği açık olduğu gibi mahkemenin de kabulündedir.

Ancak, davacı, taşınmazında eksik işlerin de bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece, bu yönde bir araştırma yapılmamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, eksik iş, yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıplı iş ise eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki farkları ifade eder. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden ihbarda bulunmasına ya da ihtirazı kayıt koymasına gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü sadece ayıplı işler içindir. 4077 Sayılı Yasa'nın 30. maddesine göre, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklik nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece, davacının iddiaları ile ilgili olarak mahallinde keşif yapılmalı, konusunda uzman bilirkişi veya kurulundan dayanaklarını gösterir, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı, eksik ve ayıplı işlerin ayrımı yapılmalı ve davacının taşınmazında eksik işler bulunduğu tespit edilirse yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda bir karar verilmelidir. Mahkemece, bu hususlar göz ardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, 10.3.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ADİ ORTAKLIK • TASFİYE • KEFİLİN SORUMSUZLUĞU

ÖZET: Davacının ortaklığına koyduğu ana sermayeyi geri istemesi, adi ortaklığın feshi ve tasfiye talebini ileri sürmesi bu ortaklığın mahkemece tasfiyesini gerektirir. Tasfiyenin gerekmesi alacağın likit olmadığının kanıtıdır. İcra inkar tazminatına hükmedilemez.

Borcun miktarı belli ve belirlenebilir değilse kefalet ilişkisi geçersizdir. Kefil sorumlu tutulamaz.[1]

Y.13.HD. E: 2010/17695 K: 2011/6798 T: 27.04.2011

Davacı, davalılardan Tuncay ile 15.12.2003 tarihli sözleşme ile Binbirdirek Sarnıcı üzerinde bulunan otoparkın işletilmesi hususunda adi ortaklık-sözleşmesi imzaladıklarını, sözleşmeyi diğer davalı Ethem kefil olarak imzaladığını, sözleşme uyarınca 20.000 davalıya ödediğini, sözleşme uyarınca her ay 1500 TL nin tarafına ödenmesi ile otopark ücretlerinde artış olduğu takdirde bu artışın %50 oranında ödenen ortaklık ödemesine ilave edileceğinin kararlaştırıldığını, 2003 yılından 2007 yılına kadar ödenmesi gereken otopark ücretlerinin eksik ödendiğini, eksik ödenen 29.940.60 TL. alacağı ile sözleşmenin 3. Maddesi gereğince sözleşmenin eksik yerine getirilmesi halinde ödediği 20.000 ortaklık payının davalılar tarafından ödenmesi gerektiğini, tahsili için yaptığı icra takibine itiraz ettiğini ileri sürerek alacağının tahsili için başlattığı icra takibine davalıların haksız itirazlarının iptali ile icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmasına göre, davalı Tuncay aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2) Davacı ile davalılardan Tuncay arasında adi ortaklık sözleşmesi olduğu ihtilafsızdır. Davacı eldeki davada ortaklığa koyduğu ana sermaye ile ortaklık süresince kendisine eksik ödeme yapıldığı iddiası ile eldeki davayı açmıştır. Davacının ortaklığa koyduğu ana sermayeyi geri istemesi adi ortaklığın fesih ve tasfiye talebinide içermektedir. Hal böyle olunca uyusmazlığın çözümü için öncelikle adi ortaklığın mahkemece tasfiyesinin yaptırılması gerekir. Bunun içinde öncelikle tarafların iddia ve savunmaları ile ilgili delilleri toplanarak, ortaklığın hangi tarih itibariyle son bulduğunun tespiti ile tarafların adi ortaklığın tasfiyesinde anlaştıkları takdirde yapacakları tasfiye planına göre aksi halde idareci ortak olan davalıdan adi ortaklığa ilişkin hesap istenip hesap üzerine

[1] Gönderen: Av. Tugay KIRŞEHİRLİ

uyuşmazlık konusu olmayan konular varsa adi ortaklığın bu yönler gözetilerek Borçlar Kanunu 530. ve devamına göre mahkemece tasfiyenin bizzat yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3) Kabüle göre, tasfiye mahkeme kararı ile hakim tarafından yapılacağından alacağı likit ve belirli olduğundan da söz edilemez. Bu durumda mahkemece davacı lehine icra inkar tazminatına karar verilmesi de usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

4) Davalı Ethem temyiz itirazlarının incelenmesinde, her ne kadar davalı Ethem'e kefil sıfatı ile husumet yöneltilmişse de davalı Ethem'in kefil olduğu borcun miktarı belli veya belirlenebilir nitelikte değildir. Bu durumda geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Kefil davalı Ethem hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabul kararı verilmesi de ayrıca bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle davalı Tuncay'ın sair temyiz itirazlarının reddine, 2. 3., 4. Bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davalılar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan nedenlerle temyiz olunan hükmün davalılar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 640.00 TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, 27.4.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

İNTİFA HAKKI • OĞUL İLE GELİNİN OTURDUĞU EV
•
AİLE KONUTU KOŞULU

ÖZET: İntifa hakkı sahibinin rızasına dayalı olarak oğul ile gelininin oturduğu taşınmazın aile konutu olduğundan söz edilemez.

İntifa hakkı sahibinin buradaki muvafakatini her zaman geri alabilmesi mümkündür.[1]

Y.14.HD. E: 2009/11637 K: 2009/12588 T: 10.11.2009

Dava, intifa hakkına dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının dava konusu dubleks meskende 28.09.1995 tarihinden bu yana intifa hakkı sahibi olduğunu, davalının davacının oğlu Y. G. ile evli iken aralarında İstanbul 1. Aile Mahkemesi'nin 2007/17 esasında devam eden boşanma davası bulunduğunu, davacının üzerinde intifa hakkı bulunan evde davalı gelininin oturmasına evlilik birliğinin devamı süresince rıza gösterdiğini ancak davalı ile oğlu arasındaki anlaşmazlık üzerine davalının evi terk ettiğini, bir süre sonra davalının eve geri dönmesi üzerine oğlunun evden ayrıldığını, o tarihten itibaren davalının evi kullanmasına rızası bulunmadığını, bu konuda kendisine noterden ihtarname gönderdiğini belirterek elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talep etmiştir.

Davalı cevabında, dava konusu evde davacının zımni muvafakati ile bedelsil oturduğunu, evin aile konutu olduğunu, davacının oğlu tarafından bu evin aile konutu olarak kullanıldığı sırada boşanma davası açıldığını, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, davacının hükmü temyiz etmesi üzerine karar Dairemizce onanmıştır.

Davacı vekilince, kayınpeder konumunda olan intifa hakkı sahibi davacının ne oğluna ne de gelinine aile konutu tahsisi gibi bir hukuki yükümlülüğü bulunmadığı, davacının bedelsiz kullanıma ilişkin muvafakatini istediği anda kaldırabileceği, mağduriyetine sebep verildiği belirtilerek karar düzeltme talebinde bulunulmuştur.

Dosya içerisindeki tapu kaydına göre, davacının dava konusu 1300 ada, 86 parsel sayılı parseldeki 1 bağımsız bölüm numaralı dubleks meskenin tapuda

---

[1] Gönderen Av. Güner AŞKIN

davacının oğlu adına kayıtlı olduğu ancak davacının 28.09.1995 tarihinden bu yana intifa hakkı sahibi olduğu anlaşılmıştır.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, çekişme konusu üzerinde "kevgir ev" niteliğinde bina bulunan 437 ada 16 parsel sayılı taşınmazın kayden davacıya ait olduğu, davalının kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı bulunmamakla beraber binadaki bir bölümü kullandığı anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, davacı intifa hakkı sahibi olup, Türk Medeni Kanunu'nun 794. ve devamı maddelerinde düzenlenen intifa hakkına dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 803/1. maddesi gereğince de intifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir. Taraflar arasında bir kira ilişkisi de bulunmamaktadır. Esasen davalı ile birlikte davacının oğlunun taşınmazı muvafakata dayalı olarak tasarruf ettikleri dosya kapsamı ile sabittir.

Dava açılmış olmakla muvafakatin geri alındığının kabulü gerekir. Kaldı ki, davacının davalıya ihtar çekerek taşınmazı boşaltmasını istediği de sabittir. Öte yandan davalı tarafından taşınmazın aile konutu olduğu savunulmuş ise de intifa hakkı sahibi davacı ile davalı (ve eşi) arasında hukuki bir ilişki kurulmadığına göre aile konutu iddiasının davacıyı bağlamayacağı tartışmasızdır. Bir başka ifade ile somut olayda 6570 Sayılı Yasa'nın 12. maddesi hükmünün uygulama yeri yoktur. O halde, davalının taşınmazı kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Diğer taraftan, davacının oğlu ile davalının ayrı yaşamakla birlikte evliliklerinin devam etmekte olmasının davacının intifa hakkı karşısında taşınmazı davalının kullanmasının haklı ve geçerli nedeni olarak kabul edilmez.

Hal böyle olunca; elatmanın önlenmesi isteğiyle birlikte davacının davalıya çektiği ihtarname de gözetilmek suretiyle belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmeyle davanın reddine " karar verilmiş olması doğru değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun benzer nitelikteki bir olaya ilişkin 04.11.2009 tarihli, 2009/1-401 Esas, 2009/473 Karar sayılı ilamı da aynı doğrultudadır.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen kararın bozulması gerekirken sehven onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin onama kararının kaldırılarak hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacı vekilin karar düzeltme isteminin **KABULÜNE**, Dairemizin İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 17.02.2009 tarihli, 2008/156 esas, 2009/10 karar sayılı kararının onanmasına ilişkin 09.07.2009 tarihli, 2009/7808-8757 sayılı kararının **KALDIRILMASINA**, hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 10.11.2009 günü oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

İMARA AYKIRI İNŞAAT • ARSA SAHİBİNİN HAKLARI

ÖZET: İmara aykırı binanın ekonomik değeri olmadığından böyle bir bina nedeniyle ayıplı ve eksik işlerin giderilme bedellerinin tahsiline karar verilemez.

Y.15.HD. E: 2008/7457 K: 2009/6736 T: 11.12.2009

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle yanlar arasındaki sözleşmede, inşaatın anahtar teslimi olarak teslim edileceği öngörülmüş olup, bu koşul gerçekleşmediğinden, ıslah tarihi itibariyle zamanaşımının dolmamış olmasına ve davacı arsa sahiplerinin sözleşme hükümlerine dayanarak teslimde gecikme nedeniyle kira tazminatı talep edebileceklerine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2) Davaya dayanak alınan sözleşme Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan "eser" sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi"dir. Davacılar arsa sahipleri, davalı yüklenicidir.

Eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenici, edimini, yasa ve sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa ile yükümlüdür ve yüklenicinin bu sorumluluğu, eser sahibine karşı olan " özen borcu" gereğidir (BK.m.356/1). Öncelikle eser ve bu kapsamda yapımı yüklenilen inşaat, yasal olmalıdır. 3194 Sayılı İmar Kanunu uyarınca, her türlü inşaat yapımı, yerel idarelerden ruhsat alınmasına bağlıdır. Ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina veya bağımsız bölümler anılan yasa uyarınca yıktırılır. Bu hal kamu düzeniyle ilgili olduğundan mahkemece re'sen göz önünde tutulur. Dairemiz ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 'nun yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre, inşaatın, ruhsatsız, kaçak ve imara aykırı olup ruhsat alınması ve yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde ancak sözleşmenin feshi, yıkım ve yıkım bedeli istenebileceğinden eksik ve kusurlu iş bedeli talep edilemez. Eksik ve ayıpların giderilmesi ancak yasal ya da yasal hale getirilmiş yapılar için talep edilebilir.

Somut olayda, belediyeden celp edilen dava konusu taşınmazla ilgili işlem dosyası içeriğinden, Bakırköy Belediyesi İmar İşleri Şefliği tarafından düzenlenen 01.10.1996 tarih ve Y/44 sayılı yapı tatil tutanağı ile inşaatın "tasdikli projesi hilafına büyük kurulduğu" tespit edilerek, inşaatın mühürlendiği ve Bakırköy Belediye Encümeninin 08.11.1996 tarih ve 2081 ve 2082 nolu kararları ile de imara aykırılık nedeniyle para cezası uygulandığı ve yıkım kararı verildiği anlaşılmaktadır. Yine mahkemece alınan üç ayrı bilirkişi kurulu raporunda, inşaatın projesine göre 4337.00 m2 alanlı yapılması gerekirken "yatayda genişleme yapılarak" 5611.25 m2 olarak yapıldığı, binadaki büyüme miktarının

1274.25 m2 olduğu belirtilmiştir. Bu durumda binanın "yatayda genişleme yapılara" imara aykırı ve kaçak olarak yapıldığı sabittir. Bu nitelikteki yapının ekonomik değeri olmadığından yıkımı gerekir. Böyle bir bina nedeniyle ayıplı ve eksik işlerin giderilme bedellerinin tahsiline karar verilemez. O halde bunu ilişkin davacıların talebinin reddi yerine yazılı şekilde kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, 625,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacılardan alınarak Yargıtay duruşmasında vekille temsil olunun davalıya verilmesine, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 11.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞU • ÜRETİCİNİN DURUMU • İMALAT HATASI KOŞULU

ÖZET: Kullanılan malzemede "imalat hatası" bulunmuyorsa o malzemeyi kullanarak iş yapan yüklenicinin üstlendiği işi gereği gibi yapmamış olmasından dolayı malzemeyi üreten firmanın sorumluluğundan söz edilemez.

Y.15.HD. E: 2009/4636 K: 2010/6761 T: 08.12.2010

02.08.2007 tarihinde davalı T.G. tarafından yapılan teklif kabul edilerek, KDV dahil 4.163,00 Euro götürü bedelle davacının villasına K. marka doğrama yapan işini davalı T.'nin yüklendiği: ancak, işin kabul edilemeyecek derecede ayıplı yapıldığı, ayıp sebebiyle davalı imalatçı şirketinde sorumlu olduğu ileri sürülerek, davalı şirket hakkında da davacı tarafından dava açılmış ve mahkemece, 1.380,00 TL maddi tazminatın ve 3.500,00 TL alacağın diğer davalıyla birlikte şirketten de müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki tüm deliller değerlendirildiğinde, davalı şirketin, diğer davalının yüklendiği ediminin ifasına yönelik davacıya karşı sorumluluğunu gerektiren hukuksal bir sebebin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Davalı şirket, yüklenici olan bayisi diğer davalıya az yukarıda belirtilen marka ürünün satan imalatçı firmadır. Alacak ve tazminat sorumluluğunun kaynağı, sözleşme veya kanundur. Davacı ile davalı şirket arasında akdi ilişki kurulmadığında, bu davalının sözleşmeden doğan sorumluluğundan söz edilemez. İmalatçı şirketin imalat hatası sonucu bir zarar oluşmuş ise, imalatçı, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi hükmü ve yaratılan güvenden dolayı sorumlu olur. Mahkemece, hükme dayanak alınan 05.01.2009 tarihli bilirkişi raporunda da, davalı şirketin ürettiği ve diğer davalının kullandığı ürünlerde "imalat hatası" yani "ayıp" bulunmadığı

açıklanmıştır. O halde, davalı şirket, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi hükmü uyarınca da sorumlu tutulamaz. Ayrıca davalı şirket, anonim şirket olduğu halde karar başlığında (Ltd.Şti.) olarak gösterilmesi maddi hata olup HUMK'un 459. maddesi gereğince mahkemece düzeltilebileceğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

Açıklanan bu hukuksal sebeplerle davalı şirket hakkındaki davanın tümden reddi gerekirken, mahkemece, yazılı şekilde sorumlu tutulması doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davalı P.A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın bu davalı yararına **BOZULMASINA**, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı Profine Uluslar arası P. A.Ş. 'ye geri verilmesine, 08.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KISITLININ DAVADAN FERAGATİ • VESAYET MAKAMI ONAYI

ÖZET: Vesayet makamının onayı olmadıkça kısıtlının taraf olduğu davada kısıtlının feragatinden söz edilemez.

Y.15.HD. E: 2010/5090 K: 2011/969 T: 21.02.2011

Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne dair verilen kararın temyiz incelemesi sonucu Dairemizce verilen 29.12.2009 gün 2008/7123 Esas 2009/7282 Karar sayılı onama ilamına karşı davalı vekilince yasal süresi içerisinde karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

Davacı Mustafa kendi adına asaleten Cemile'ye vesayeten mahkemeye hitaben verdiği ve kimlik tespiti de yapılan 26.01.2011 tarihli dilekçeyle davadan feragat ettiklerini bildirmiştir. HUMK'un 95/I. maddesinde feragat ve kabulün diğer tarafın muvafakatine gerek olmaksızın kati bir hükmün hukuki neticelerini hasıl edeceği düzenlenmiş olup,hüküm kesinleşinceye kadar davadan feragat etmek mümkündür. Davacı Mustafa'nın feragati dilekçe altında kimlik tespiti de yapıldığından geçerli ise de diğer davacı Cemile yönünden TMK'nın 462/ VIII. Maddesi gereğince vesayet makamının onayı bulunmadığından bu davacı yönünden feragatın hukuken geçerli hale geldiğinden söz edilemez.

Bu durumda mahkemece vasi Mustafa'ya kısıtlı Cemile Kutlu yönünden yüklenici ile imzaladıkları 14.07.22010 tarihli Sulh Protokolü ve davadan feragatı ile ilgili vesayet makamından onay almak üzere süre verilmesi, onay alınması halinde her 2 davacı da davadan feragat etmiş olacaklarından davanın feragat nedeniyle sonuçlandırılması, onay alınamaması durumunda Mustafa'nın açtığı davanın feragat sebebiyle reddi, kısıtlı Cemile'nin davasının hissesi oranında kabul edilmesi gerektiğinden, feragatla ilgili gelişen bu hale göre gerekli kararın verilmesini teminen karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün bozulması

gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin 29.12.2009 gün 2008/7123 Esas 2009/7282 Karar sayılı onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme kararının feragat hakkında karar verilmesini teminen **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer karar düzeltme istemlerinin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödediği karar düzeltme peşin harcı ile temyiz ve Yargıtay başvurma harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 21.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ • KISMİ DAVADA DURUM

ÖZET: Kısmi davada, dava edilmeyen alacak için fazlaya ait hakkın saklı tutulmuş olması zamanaşımını kesmez.[1]

Y.17.HD. E: 2008/14 K: 2008/1882 T: 14.04.2008

Dava, trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 1.000.00 YTL 'lik kısmi dava açmış, 21.02.2007 tarihli ıslah dilekçesi ile tazminat miktarını rapor doğrultusunda 7.325.00 YTL arttırarak toplam 8.325.00 YTL 'nin tahsilini talep etmiştir. Davalılar vekili ise, ıslah dilekçesine karşı süresinde zamanaşımı definde bulunmuştur.

Bilindiği gibi, davacı kısmı davada saklı tuttuğu fazlaya ilişkin haklarını, ek bir dava açarak isteyebileceği gibi, müddeabihi aynı davada kısmi ıslah dilekçesi verip harcını yatırmak suretiyle arttırabilir.

HUMK'un 83. maddesinde ıslah, taraflardan birisinin yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltilmesi olarak tanımlanmıştır. Islah, davanın tamamen veya kısmen ıslahı şeklinde yapılabilir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda tamamen ıslahda, yeni bir dava açılmış sayılamayacağı, ıslah edilen davanın ilk açılan davanın devamı niteliğinde olduğu bunun doğal sonucu olarak zamanaşımının ve hak düşürücü sürenin ilk davanın açıldığı tarihte kesilmiş sayılacağı, kısmi davada ise dava edilmeyen alacak kesimi için fazlaya ait hakkın saklı tutulmuş olmasının zamanaşımını kesmeyeceği kabul edilmektedir. Kısmi dava açılması halinde zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilir. (Y.HGK.20.3.1068 gün E.9/210,K.151, Y.HGK.23.11.1966 E.T/593, K.296)

O halde, kısmi davada, dava edilmeyen alacak için fazlaya ait hakkın saklı tutulmuş olması zamanaşımını kesmez.

Bu durumda mahkemece, ıslah ile arttırılan miktar yönünden, 2918 Sayılı KTK'nın 109/1. maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gözetilerek, bu kısma ilişkin talebin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalılar yararına **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin harcın istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine 14.4.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

[1] Gönderen Av.Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI
•
HANGİ TASARRUFUN İPTAL EDİLECEĞİ

ÖZET: Borçlunun iptal edilebilecek tasarrufları alacaklılardan mal kaçırılmasına yönelik olarak yapılan ivazsız veya aciz halinde yapılan tasarruflar ile alacaklılarına zarar verme kastıyla yapılan tasarruflardır.

Y.17.HD. E: 2010/8301 K: 2010/10368 T: 30.11.2010

Davacı vekili, davalı borçlu Vedat aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunmadığını ileri sürerek borçlunun, dava konusu taşınmazını davalı Gökhan'a satışına ilişkin tasarrufun iptalini talep ve dava etmiştir. Davalı Gökhan vekili ile davalı Vedat davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taşınmazın satış bedeli ile gerçek değeri arasında fahiş farkı bulunmadığı ve davalı Gökhan'ın borçlu Vedat'ın mali durumunu ve alacaklılarına zarar verme kastını bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun ispatlanamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK'in 277 vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve izleyen maddelerinde icra ve iflas Kanununun 277 izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz yada iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da "iyiniyet kurallarına aykırılık" nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve cevri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktadır.

Borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları, üc grup altında ve İİK'in 278, 279 ve 280. Maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar, sınırlı olarak sayılmış değildir. Kanun, iptale tabi bazı tasarruflar iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimin takdirine bırakmıştır (İKK.md.281). Bu yasal nedenle de, davacı tarafından İİK'nın 278, 279 ve 280. Maddelerden birine göre iptal kararı verebilir. (Y.HGK25.11.1987 Tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar Sayılı İlamı). Denilebilir ki, borçlunun iptal edilebilecek tasarrufları, alacaklılardan mal kaçırılmasına yönelik olarak yapılan ivazsız veya aciz halinde yapılan tasarruflar ile alacaklarına zarar verme kastıyla yapılan tasarruflardır. Somut olayda davalılar arasında yapılan satışlar bedeller arasında fahiş fark bulunmadığı gibi ve davalılar arasında akrabalık ilişkisi olduğu yönünde bir delil sunulmamıştır. Ancak davalıların birbirini tanıyıp tanımadıkları, birlikte çalışıp çalışmadıkları ve davalı Gökhan'ın borçlunun mali durumunu, giderek borçlunun mal kaçırma amacını ya da alacaklılarını ızrar kastını bilinebilecek durumda olup olmadığı üzerinde yeterince durulmamıştır. Dosyaya sunulan M. iletişim Sistemleri Sanayi

ve Ticaret Anonim Şirketi tarafından verilen 29.04.2005 tarihli vekaletnamede hem borçlu hem de davalı Gökhan anılan şirketi temsile yetkili kılınmış ve borçlu Vedat bu yetkiye dayanarak dosya içinde bulunan servis sözleşmesini de imzalamıştır. Davalıların bu şirkette çalışıp çalışmadıkları belirlenmediği gibi şirketi temsile birlikte yetkili kılınmalarının nedenleri üzerinde de durulmamıştır. Bu vekaletnameyi şirket adına veren, dava dışı Ömer ile davalı borçlu Vedat arasında ticari bir ilişki yanında ceza davasına da konu olan ilişkiler de mevcut olduğu dosyaya yansıyan belgelerden de bellidir. Hem bu şirket temsilcisi ve hem de şirket münferit imza yetkilisi Ömer ile olan yakınlığı nedeniyle davalı Vedat ile davalı Gökhan'ın da birbirlerini tanıyıp tanımadığı yeterince irdelenmemiştir. Hal böyle olunca dosya içindeki ceza dosyası belgeleri de dahil olmak üzere davalılar arasında bir ilişki bulunup, bulunmadığı birlikte çalışıp çalışmadıkları, birbirlerini tanıyıp tanımadıkları ve bunun sonucunda borçlunun mal kaçırma amacının ya da alacaklıdan mal kaçırma kastının 3. kişi durumundaki Gökhan tarafından bilinip bilinmediği ya da bilebilecek durumda olup olmadığı üzerinde durularak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, duruşmada vekille temsil olunmayan davacı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 30.11.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

KAT MÜLKİYETİNİN ŞARTLARI
•
MAHKEMECE İZLENECEK YÖNTEM

ÖZET: Kat mülkiyetinin kurulması için usulüne uygun bir bina olması, yapının kargir olması, her paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi ve Yasa'nın aradığı belgelerin bulunması gerekir.

Her paydaşa birer bağımsız bölüm özgülenmesi yanında; artan bağımsız bölümün maliklerin pay oranları gözetilerek kura ile paydaşlara özgülenmesi, diğer paydaşlara ivaz ödenmesi, paydaşların artan bölümle ilgili olarak kendi aralarında anlaşmaları halinde buna göre hareket edilmesi, fiili kullanım varsa ona göre ivaz ilavesi suretiyle payların denkleştirilmesi gerekir.[1]

Y.18.HD. E: 2006/6218 K: 2006/7548 T: 09.10.2006

1) Dosyanın incelenmesinde dava konusu olan Beşiktaş Barbaros Bulvarı 63 Pafta, 271 Ada, 73 Parsel numaralı anataşınmazın bitişiğinde bulunan 63 numaralı parsele birinci ve ikinci katta 58 şer m2 olmak üzere toplam 116 m2 'lik taşkın inşaat yapmak suretiyle yapılan müdahalenin açılan dava sonunda verilen kararla önlendiği ve mahkemenin söz konusu kararının Yargıtay denetiminden geçerek onandığı ancak, kararın infaz edilip edilmediğinin bilinmediği anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, mahkemece, öncelikle dava konusu yer ile ilgili olarak İstanbul 9.Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen 23.03.2000 gün ve 1997/115 – 200/139 sayılı olan ve Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 29.09.2000 gün ve 2000/6628-5654 sayılı ilamı ile onanan kararın infaz edilip edilmediğinin, infaz edilmiş ise dava konusu anataşınmazda infazdan sonra kat mülkiyeti kurulmasının Belediye ve İmar mevzuatına göre mümkün olup olmadığının, infaz edilmemiş ise sözü edilen kararın infazı sonucu taşınmazın statiğinin etkilenip etkilenmeyeceğinin, infaz sonrasında anataşınmaza yapı kullanma izin belgesinin verilip verilmeyeceğinin ve mevcut haliyle anataşınmazın kat mülkiyeti kurulmasına elverişli olup olmadığının araştırılması gerekirken bu hususlar incelenmeden asıl davanın kabulüne karar verilmesi,

2) Kabule göre de;

Kat Mülkiyeti Yasası'nın hükümlerine göre ortak taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilmesi için üzerindeki yapının mimari projesine uygun biçimde

[1] Gönderen Erdoğan GÖKÇE Emekli Fatih Hukuk Hakimi

tamamlanmış olması ve bağımsız bölümlerin başlı başına kullanılmaya elverişli bulunması, yapının kagir olması ve her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi ve anılan yasanın 12. maddesinde yazılı belgelerin tamamlattırılması gerekmektedir. Dava konusu anataşınmazda 5 bağımsız bölüm ve tapu kaydına göre de bu anataşınmazın 4 paydaşı bulunmaktadır. Her bir paydaşa birer bağımsız bölüm düştüğü halde mahkemece iki bağımsız bölüm 2 paydaşa, 3 bağımsız bölüm ise diğer iki paydaşa özgülenmiştir. Ana kural her bir paydaşa birer bağımsız bölüm özgülenmesi ve artan bir bağımsız bölümün ise maliklerin pay oranları gözetilerek kur 'a ile paydaşlara özgülenmesi, diğer paydaşlara ivaz ödenmesi, paydaşların artan bölümle ilgili olarak kendi aralarında anlaşmaları halinde buna göre hareket edilmesi, fiili kullanım varsa ona göre yoksa ivaz ilavesi suretiyle payların denkleştirilmesi gerekir. Bu açıklamaların ışığında paydaşların her birinin kendilerine birer bağımsız bölüm özgülenmesini isteyip istemedikleri sorulup soruncuna göre ve yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda payların denkleştirilmesi ve kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken tarafların iradesine aykırı olarak ana ilkeler gözetilmeden davanın kabulü yolunda hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalılar yararına takdir edilen 450,00 YTL. Vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı tarafa verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 9.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAT İRTİFAKI KURULU TAŞINMAZ • ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ

ÖZET: Kat mülkiyetine elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, ortak maliklerden biri paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse; yargıç, o taşınmazın mülkiyetinin Yasa'da yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir.

Kat irtifakı kurulmuş taşınmazlarda ortaklığın giderilmesi yoluyla kat mülkiyeti kurulamayacağı yerleşik Yargıtay görüşüdür.

Y.18.HD. E: 2008/6722 K: 2008/8099 T: 07.07.2008[1]

[1] Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu Başkanı

Davacı vekili dava dilekçesinde, B. Tatil Sitesi adıyla inşa edilmiş bulunan altı bloklu anataşınmaz üzerindeki ortaklığın 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 10. ve 12. maddeleri uyarınca kat mülkiyeti kurulması suretiyle tapuya tescile karar verilmesini istemiş, mahkemece anataşınmazdaki bağımsız bölümlerin kat irtifakı kurulmak suretiyle tesciline karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, özellikle tapu kaydı içeriğinden; dava konusu anataşınmazın üzerinde kat irtifakı kurulu olduğu ancak sitenin projesine uygun şekilde inşa edilmediği anlaşılmaktadır. 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 10. maddesinin son fıkrasına göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz mal üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, ortak maliklerden biri paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse hakim, o taşınmazın mülkiyetinin 12. maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir. Yasanın 12. maddesinde de istemin ne şekilde yapılacağı, hangi belgelerin aranacağı açıkça gösterilmiştir. Yargıtay 'ın kararlılık kazanmış uygulamalarına göre kat irtifakı kurulmuş taşınmaz mallarla ilgili olarak 634 Sayılı Yasanın 10. maddesinin son fıkrası hükmüne dayanılarak kat mülkiyeti kurulması istenilemez. Aynı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrası da kat mülkiyetine veya kat irtifakına tabi olan taşınmazlarda ortaklığın giderilmesinin istenemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Dava konusu anataşınmaz üzerindeki söz konusu anlaşmazlığın 634 Sayılı Yasa'nın 10 ve 12. maddeleri uygulanması suretiyle çözüme kavuşturulması öncelikle kurulmuş bulunan kat irtifakının sona erdirilmesiyle mümkündür.

Tüm bu hususlar dikkate alınarak mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazlı şekilde hüküm kurulması doğrul görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 07.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • YÖNETİCİNİN GÖREVİ

ÖZET: Güçlendirme yapması hususunda öncelikle yöneticinin görevlendirmesi bunun için yöneticiye uygun bir süre verilmesi yöneticinin yerine getirmemesi halinde davacının yetkili kılınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.[1]

Y.18.HD. E: 2010/12768 K: 2011/167 T:17.01.2011

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı dava dilekçesinde; 1 numaralı bağımsız bölümün maliki olduğunu, binanın 40 yıl önce temelsiz olarak yapılması nedeniyle, meydana gelen deprem sonrasında duvarlarda ağır çatlaklar oluştuğunu, zeminin çöktüğünü, balkonların ana binadan ayrıldığını, üst kat pervaz betonlarının bahçeye düştüğünü, Bakırköy Belediye'since hazırlanan raporda binanın depreme karşı yüksek riskli olduğunun ve güçlendirilmesi gerektiğinin belirtildiğini, kat maliklerinin ise binanın güçlendirilmesine yanaşmadığını, bu sebeple; güçlendirme için gereken 15.000 TL'nin mahkemece belirlenecek tevdi mahalline yatırılmasına karar verilmesinin ve ayrıca, güçlendirme için kendisine yetki verilmesini istemiş, mahkemece; davanın kısmen kabulü ile binanın bilirkişi raporu doğrultusunda güçlendirilmesi için yönetime 30 gün süre verilmesine, yapılmazsa davacı tarafından yapılmasına, 7.100 TL tutarındaki güçlendirme masrafının kat maliklerinden avans olarak tahsiline karar verilmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında "...ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusundaki kat maliklerinin rızası aranmaz. "hükmüne yer verilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan bilirkişi kurulu raporunda; dava konusu anataşınmazın 12.6.1968 tarihli mimari projesine uygun olarak yapıldığı, davacıya ait 1 numaralı bağımsız bölümde yer döşemelerinde kırılmalar olduğu, duvarlarda çatlaklar oluştuğu, bu çatlaklar nedeniyle bazı duvarların askıda kaldığı, bazı kolon ve kirişlerin arasının açıldığı, bodrum katta ve üst katlarda hasar olmadığı, davacının bağımsız bölümündeki hasarın, inşaat sırasında arka cephede 4,6 metrelik kısmın dolguya oturtulup zamanla çökmesinden kaynaklandığı, binanın 2007 tarihli Deprem sermaye İşletmesi esaslarına göre hazırlanmış bir teknik raporla bildirilmesi işinin 7.100 TL'ye mal olacağı belirtilmiştir.

Yukarda açıklanan bilirkişi kurulu raporunda; binanın güçlendirilmesi

[1] Gönderen: Av. Yasemin EĞİNLİOĞLU

için ne gibi işlemlerin yapılması gerektiği açıklanmadığı gibi, mahkemece bu güçlendirmeye ilişkin herhangi bir proje de çizdirilmemiştir. Kaldı ki, maliklerinden tahsiline karar verilen 7.100 TL., binanın güçlendirilmesi için yapılması gereken işlerin bedeli değil, deprem güvenliği ile ilgili hesap ve araştırmalara yönelik teknik raporun düzenlenmesi işi için İTÜ Döner Sermaye İşletmesine ve proje bürosuna verilecek bedeldir.

Bu sebeple mahkemece, deprem, yönetmeliklerinin esas alınacağı güçlendirme projesinin hazırlatılması, bunun belediyeden onayının sağlanması, bilirkişi kurulunca proje kapsamında güçlendirme için yapılması gereken işlemler ve giderlerin hesap edilmesi anataşınmazın korunması, onarımı, ve bakımını işlerinin Kat Mülkiyeti Yasasının 35.maddesinin (d) bendi uyarınca yöneticinin görevleri arasında olduğu, yöneticinin bu işi kat maliklerinden toplayacağı avansla yapacağı dikkate alınarak, mahkemece, bilirkişinin saptadığı güçlendirme maliyetinin kat maliklerinden avans niteliğinde olarak, Yasanın 20/b maddesi uyarınca toplanması, yapım masraflarının daha fazla olması durumunda kalan kısmın da kat maliklerinden alınması suretiyle güçlendirme yapması hususunda öncelikle yöneticinin görevlendirmesi, bunun için yöneticiye uygun bir süre verilmesi yöneticinin yerine getirmemesi halinde davacının yetkili kılınması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.01.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • KAT MÜLKİYETİ REJİMİNİN KOŞULLARI

ÖZET: Kat mülkiyetine geçilebilmesi için; bağımsız bölümlerinin başlı başına kullanmaya elverişli bina olması, tüm yapının kargir olması her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi ve ayrıca yasada yazılı belgelerin tamamlattırılması gerekir.

Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda kat mülkiyetine geçilebilecek ve açılan davada ortaklığın giderilmesine karar verilecektir.

Y.18.HD. E: 2011/2046 K: 2011/4554 T: 05.04.2011

Kat Mülkiyeti Yasası'nın 10. maddesi hükmüne göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında, ortak maliklerden birinin yargılamanın (temyiz aşaması dahil) herhangi bir

aşamasında paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması (taksim) yoluyla yapılmasını istemesi durumunda, hakim, 12. maddedeki belgeleri de tamamlattırıp taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı özgülenmesine karar vermelidir.

Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine uygun olarak, üzerinde kat mülkiyetine elverişli yapı bulunan taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilmesi için, üzerindeki yapının mimari projesine uygun biçimde tamamlanmış ya da projesi olmamakla birlikte fiili durumuna göre çizdirilmiş imara ve fenne uygunluğu ilgili makamca onaylanmış projesinin olması, bağımsız bölümlerinin başlı başına kullanmaya elverişli bulunması (M.1), yapının tümünün kargir olması (M.50/2) ve her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi, ayrıca 12. maddede yazılı belgelerin (belediyeden onaylı proje, yapı kullanma belgesi ve yönetim planı) tamamlattırılması gerekmektedir. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilecek ve açılan davada ortaklığın bu yolda giderilmesine karar verilebilecektir.

Dosyada toplanan belge ve bilgilere, özellikle bilirkişi raporu içeriğine göre dava konusu taşınmazın üzerinde 4 bağımsız bölümlü yapı mevcut olup, betonarme karkas niteliktedir ve bu taşınmazın tapuda 3 paydaşı vardır. Paydaş ve bağımsız bölümlerin sayısı itibariyle her bi paydaşa en az bir bağımsız bölüm düştüğü, taşınmaz üzerindeki yapının Kat Mülkiyeti Yasası(nın 50/2. maddesi hükmüne uygun nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda açıklanan diğer koşulların varlığı araştırılmamıştır.

Mahkemece öncelikle davaya konu taşınmaz üzerindeki yapının dosya içerisindeki onaylı projesinde sonradan değişiklik yapılmış ise buna ilişkin tadilat projesinin olup olmadığının taraflara ve ilgili belediyeye sorulup etrafınca araştırılması, proje mevcut değil ise veya onaylı projeye aykırılıkların saptanması halinde ilgili belediyeden alınacak ön bilgiye göre yapının mevcut haliyle imar mevzuatına ve bulunduğu yerin imar durumu ile fenne aykırılık oluşturmadığı veya imara ya da projeye aykırılıklar giderildiği takdirde onay verilebileceğinin saptanması halinde, öncelikle aykırılıkların giderilmesi, eksiklerin tamamlatılması daha sonra yapının fiili durumunu yansıtan projenin hazırlattırılıp, ilgili İmar Müdürlüğünün onayının ve buna bağlı olarak oturma izin belgesinin alınması, ayrıca Kat Mülkiyeti Yasası'nın 12. maddesinde sayılan diğer belgelerin tamamlattırılması için kat mülkiyetine geçiş suretiyle ortaklığın giderilmesini isteyen tarafa yetki ve yeterli süre verilmesi, bu hususlar eksiksiz yerine getirildiği takdirde de, dava konusu taşınmaz üzerindeki yapıda her bir bağımsız bölümün (konumu, yüzölçümü, kullanım amacı ve eklentileri yerinde incelenip irdelenerek) değeri ve bu değere göre özgülenecek arsa payı uzman bilirkişi aracılığıyla saptanıp varsa fiili taksime göre, taksim yoksa çekilecek kur 'a ile önce her bir paydaşa birer bağımsız bölüm özgülendikten sonra arta kalan bağımsız bölümün pay oranları da gözetilmek suretiyle yine kur 'a ile paydaşlara özgülenerek, gerekiyorsa bedel farkı nedeni ile ödenecek ivaz da belirlenmek suretiyle payların denkleştirilmesi ve yönetim planı gibi belgeleri paydaşların (tanınan süreye rağmen) imzalamaktan kaçınması halinde bunların imzalanmış sayılması suretiyle araştırmanın tamamlanmasından sonra kat mülkiyetine

geçiş yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekir.

Yukarıda açıklanan hususlar yerine getirilmeden yetersiz araştırma ve eksik inceleme ile satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil eden davalılar yararına takdir edilen 825.00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı taraflara verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 05.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

VADELİ BORÇ • KUR FARKI

ÖZET: Vadeli bir borca, kur farkından doğan alacağın ayrıca ödeneceği hüküm altına alınabilir.

Y.19.HD. E: 2010/348 K: 2010/11081 T: 11.10.2010

Taraflar arasındaki akdi ilişki 07.03.2006 tarihli sipariş formu ile kurulmuş olup, satış bedelinin yabancı para cinsinden belirlendiği ve ödemenin 60 gün vadeli ve kur farkı doğması halinde kur farkı ödenmesi şeklinde belirlendiği anlaşılmaktadır.

Diğer yandan çek bir ödeme aracı olup, kural olarak görüldüğünde ödenir. Ancak uygulamada ve doktrinde yer aldığı üzere tarafların anlaşmaları halinde ileri tarihli çek düzenlenmesi mümkündür.

Ayrıca satıma konu emtia için düzenlenen ve itirazı uğramayan satış faturalarında, akdi ilişkinin sözleşmede kararlaştırıldığı gibi yabancı para cinsinden olduğu belirtildikten sonra (TL) cinsinden fatura düzenlendiği ve fatura bedelinin vadesinde ödendiği tarihte doğacak kur farkının da ayrıca fatura edileceği açıkça belirtilmiştir.

Bu durumda taraflar arasındaki akdi ilişkinin yabancı para cinsinden olduğu ödemenin 60 gün vadeli olarak düzenlenen TL cinsinden çekler ile yapılacağı ve kur farkı doğması halinde de bunun ayrıca ödeneceği sözleşme gereğidir. Bunun aksinin yine yanların ortak iradeleri ile düzenlenecek sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür. (TL) cinsinden çeklerin düzenlenerek verilmesinin akdin (TL) cinsine dönüştüğü yolundaki mahkemenin kabulü yerinde olmadığı gibi, çeklerin teslim alınmasında kar farkı hakkının saklı tutulmasına da yazılı sözleşme mevcut olduğundan gerek bulunmamaktadır.

Hal böyle olunca mahkemece davacının talep edebileceği kur farkı alacağının belirlenerek bir karar verilmesi gerekirken delil takdirinde ve sözleşmenin yorumunda hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Yerel mahkeme kararının açıklanan nedenlerle bozulması gerekirken Dairemizin 24.06.2009 tarih 10757/6131 sayılı karar ıile onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 24.06.2009 tarih, 10757-6131 sayılı onama kararının kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün **BOZULMASINA**, evvelce alınan onama harcı ile peşin harcan istek halinde iadesine, 11.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BONONUN VERİLİŞ NEDENİ • SENEDİN TALİLİ • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Dava konusu bononun ihdas nedeni "nakden" şeklinde belirtilmiş olup, davacı senedin mal karşılığı verildiğini iddia ederek senedi talil etmiştir. Bu durum da ispat külfeti davacıya düşer.

Y.19.HD. E: 2006/7441 K: 2007/1335 T: 15.02.2007

Davacı vekili, davacı şirket ile davalılardan M. arasında 17.02.2004tarihinde akdedilen sözleşme ile adı geçen davalıdan makineler satın alındığını, toplam bedelin 95.000.000.000 TL olduğunu, sözleşmeye göre 20.000.000.000 TL 'nin peşin ödenip, bakiye borç içinde senet verildiğini, davacının edimini yerine getirdiği halde davalının sattığı 2 adet forklifiti teslim etmediğini, bu makinenin diğer makinelerin beyni olup yenisinin değerinin 100.000.000.000 TL civarında, 2. el değerinin de 35.000.000.000 TL civarında olduğunu, davalı M. elinde ileri vadeli senetler olup, sattığı forktifleri teslim etmediğinden 20.09.2004 vadeli senedin ödenmeyip,.menfi tespit davası açıldığı gibi davalının 20.10.2004 vadeli senedi diğer davalıya kötüniyetli olarak ciro ettiğini belirterek 20.10.2004 vadeli, 7.500.000.000 TL bedelli senet nedeniyle borçlu olunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı M. vekili, ileri sürülen iddia ve olayla davaya konu senedin hiçbir ilgisi olmadığını, senedin nakden düzenlendiğini, senetteki imzaya, şekil şartına, senetteki kayıtlara itiraz edilmediğini, kaydın aksinin savunulmasının senedin tahlili anlamına gelip, kanıt yükünün davacıya ait olduğunu, bunun da yazılı delille ispatlanması gerektiğini cironun usulünce yapıldığını bildirerek davanın reddi ile tazminata karar verilmesini talep etmiş, diğer davalı şirket davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere göre, davanın kabulüne, davacının keşidecisi, davalı M.'nin lehtarı ve cirantası, hamili diğer davalı şirket olup olmadığını tespitine, tedbirin karar kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiş, bildirim davalılardan M. tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bononun ihdas nedeni bölümünde "nakden" yazılıdır. Davacı bononun mal karşılığı düzenlendiğini ileri sürerek senedin ihdas nedenini talil etmiştir. Bu durum ispat külfeti davacıda olup, iddiasının yazılı delille ispatı gerekir. Davacının delil olarak dayandığı sözleşmede çeklerden söz edilmiş ise de, bonodan bahsedilmemiştir. Başka bir anlatımla dava konusu bononun anılan sözleşme ile ilgili saptanamamıştır.

Mahkemece bu yönler gözetilmeden yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 15.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASINDA MADDİ TAZMİNAT • İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ

ÖZET: İş kazası sonucunda oluşan maluliyet sebebiyle işçinin maddi tazminatı hesaplanırken, işçiye SGK tarafından ödenen iş göremezlik ödeneği mahsup edilmelidir.

Y.21.HD. E: 2008/19456 K: 2009/2545 T: 23.2.2009

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delilerle, kanuni gerektirici nedenlere göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine.

2) Dava, iş kazası sonucu % 44 oranında işgücü kaybına uğrayan davacı işçinin, maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dava nitelikçe Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın tazmini istemine ilişkindir. İş kazası yada meslek hastalığı nedeniyle, geçici iş göremezlik, 506 Sayılı Yasa'nın 16 ve 89. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, iş kazası yada meslek hastalığı sonucu iş göremez duruma düşen sigortalıya sağlık yardımları dışında iş kazasının olduğu, ya da meslek hastalığı nedeniyle tedavisinin başladığı tarihten, tedavisinin bitimine kadar geçici iş göremez duruma düştüğü her gün için 506 Sayılı Yasa'nın 89. maddesindeki yöntemle yatarak ya da ayakta tedavi görmesine göre, bir ödenek verilir. Sigortalının iş göremezlik durumunun ödeneğin belirlenmesinde etkisi yoktur. Ancak kusur durumu ve zararın oluşumuna veya artmasına sigortalının katkısına göre % 50 ye kadar geçici iş göremezlik ödeneği azaltılabilir. SGK'ca kazalı sigortalılara geçici iş göremezlik ödeneği ödenmiş, zarar hesabı olay tarihinden itibaren yapılmış ve sürekli iş göremezlik geliri olay tarihinden itibaren bağlanmış ise SGK 'ca birikmiş aylıklar ödenirken mükerrer ödemeye yol açmamak için ödenen geçici iş göremezlik ödeneği birikmiş aylıklardan indirilerek ödeme yapılacağından bu gibi durumlarda kazalı işçinin gerçek zararından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin düşülmesi gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurlu 'nun 2001/21-1024 Esas, 2001/1024 Karar nolu 14.11.2001 günlü kararı da bu yöndedir.

Somut olayda iş kazası 18.12.2004 tarihinde olmuş, davacıya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 07.10.2006 tarihleri arasında geçici iş göremezlik dönemin de 7.705.99 YTL geçici iş göremezlik ödeneği ödenmiş, iş gücü kaybının % 44 olması nedeniyle sürekli iş göremezlik geliri bağlanmıştır. Tazminat hesabı ise kaza tarihinden itibaren yapılmıştır. O halde Mahkemece davacının maddi zararından geçici iş göremezlik ödeneği düşüldükten sonra kalan miktara hükmedilmesi gerekirken mükerrer tahsille yol açacak biçimde yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabetsiz olmuştur.

Yapılacak iş bilirkişi aracılığı ile hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler dikkate alınarak yukarda açıklanan esaslara göre bilirkişiye zarar hesabı yaptırmak, davacının gerçek zararını tespit ederek bulunan miktardan geçici iş göremezlik ödeneği düşülüp, kararın davalı yararına bozulduğu da gözetilerek çıkacak sonuca göre davacının karşılanmayan zararı hakkında karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 23.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MANEVİ TAZMİNATIN BÖLÜNEMEZLİĞİ

ÖZET: Manevi tazminat üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle bölünemez. Bir kısmı saklı tutularak dava konusu edilmesi mümkün değildir.

Y.21.HD. E: 2009/15564 K: 2011/860 T: 10.02.2011

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre davalının kusur raporuna yönelik itirazlarının reddine,

2) Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğine uğrayan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece SGK'ca karşılanmış olması nedeniyle maddi tazminat isteminin reddide, 10.000.00.-TL manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Manevi zarar yönünden ihtilaf manevi zararın bölünüp bölünemeyeceği noktasındadır.

Gerçekten, hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay HGK'nın 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 karar ile 13.10.1999 gün ve 1999/21-684-818 Sayılı Kararı da bu doğrultudadır.

Davalının kaza sonrasında yaptığı ödemeleri dava dilekçesinde doğrulayan davacının, 23.06.2004 tarihli, adli yazılı ve davacının imzasını da içeren ibraname ile işverenden, uğradığı iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat olarak 11.000.00.- TL. aldığı ve davalıyı ibra ettiği açıktır. Birçok Yargıtay kararında

vurgulandığı üzere alacaklının alacak h akında vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde "ibra" denir. İbranamenin işçiye yapılmış olan ödeme ile sınırlı olarak bağlayıcılığı asıldır. Davacıya ibraname ile manevi tazminat ödendiği anlaşılmakla mahkemece manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, manevi tazminatın bölünemeyeceği kuralına aykırı olarak manevi tazmianta hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalının manevi tazminatın miktarına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 10.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MADDİ TAZMİNATIN HESABI • AKTİF DÖNEM İÇİN DE, PASİF DÖNEM İÇİN DE HESAP YAPILMASI GEREKTİĞİ

ÖZET: Davanın maddi zararının tespiti için hüküm tarihi ve en yakın verileri dikkate alarak hesap raporu alınmalı yine hüküm tarihine en yakın Peşin sermaye değeri Kurum'dan sorulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Y.21.HD. E: 2010/895 E: 2011/918 T: 10.02.2011

1) Dosyadaki yazılara toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine

2) Dava, davacının iş kazası sonucu uğradığı maddi zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Tazminatın belirlenmesinde; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik ve karşılıklı kusur oranları Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Diğer yandan tazminat miktarı; işçinin olay tarihindeki makiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu tartışmasızdır. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 artırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş yerleşmiş görüşlerindendir.

Kuşkusuz, açıklanan zarar ve tazminat hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı alması veya işçinin yaşı ve işçide oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanmasına üstün olasılık içinde bulunması durumunda da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. Malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcayacağı asıldır.

60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığını da diğer işçilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceğinden yaşlılık aylığını aldığı dönemde de devam edecek olan maluliyeti nedeniyle zarar uğramadığının kabulü isabetsiz olur. Kaldı ki sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta olup tamamen uzun vadede ki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif döneminde zarar hesabına dahil edilmesi gerekir. Cismani zararlarda kural olarak zarar olay tarihinde gerçekleşmiş olduğundan zararın hesaplanmasına olay tarihinden ve olay tarihindeki değer üzerinden başlanmalıdır.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 29.05.2003 tarihinde iş kazası geçirdiği, olayda işverenin %70, davacının %30 oranında kusurlu olduğu olay nedeniyle davacının %14.3 sürekli iş göremez duruma geldiği, mahkemece aldırılan 19.01.2009 tarihli hesap raporuna davacının 22.754.76 TL geçici işgöremezlik ödeneği düşünüldükten sonra maddi zararının bulunduğunun tespit edildiği, maddi zarar hesabında dikkate alınan ücret miktarına tarafların itirazının bulunmadığı, pasif dönemin maddi zarar hesabına katılarak bu dönemde ücretin asgari ücret olduğu kabul edilerek hesap yapıldığı, kurumca bağlanan peşin sermaye değerinin 13.540.33 TL olduğu anlaşılmıştır.

Somut olayda, Mahkemece aldırılan 19.01.2009 tarihli hesap raporunda tespit edilen 22.754.33 TL. maddi zarardan kurumca karşılanan 13.540.33. TL. peşin sermaye değeri düşüldükten sonra davacının 9.214.43 TL. maddi zararının bulunduğu ortada iken, davacının 9.214.43 TL. maddi zararın Sosyal Güvenlik Kurumunca bağlanan gelirde karşılandığından bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş; davacının maddi zararının tespiti için hüküm tarihine en yakın verileri dikkate alarak yeniden hesap raporu almak, yine hüküm tarihine en yakın peşin sermaye değerini Kurumdan sormak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 10.02.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ DAVASI • İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ

ÖZET: Hizmet tespiti davalarında beyine başlangıcı sayılabilecek deliller yoksa, SGK taban ücretini aşan ücret iddiaları konusunda yazılı kanıt aranmalıdır.[1][2]

Y.21.HD. E: 2010/3001 K: 2011/4708 T: 17.05.2011

Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icap ettiği, Yargıtay 'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir. Yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. ve 5510 sayılı Yasanın 86/9. maddeleri olan bu tür davalarda, öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren, tarafından verilip verilmediği, ya da çalıştıklarının kurumca tespit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmasının konusu, sürekli kesintili mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı, işyerinin kapsam kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli, mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef, ustabaşı ve posta başı gibi görelileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlendikten sonra ücret konusu üzerinde durulmalı tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanun'un M.288 de yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalı, bu sınırlar altında kalan ücret alma iddialarında ücret miktarları tanıklardan sorulmalı 506 Sayılı Yasa'nın 3/B, D ile 5510 Sayılı Yasa'nın 6/a, c maddelerinde olduğu gibi ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda ücret alma olgusunun var olup olmadığı özellikle saptanmalıdır. Bu davalarda işverenin kabulünün tek başına hukuku bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususlar, yeterli ve gerekli bir araştırmayla ve deliller hep birlikte değerlendirilerek aydınlığa kavuşturulduktan sonra o çalışmanın sigortalı çalışma niteliğinde olup olmadığı, ya da ne zaman bu niteliğe kavuştuğu yönü üzerinde durulmalı ve çalışmayı kapsama alan yasanın yürürlük tarihinden

[1] Dergimizin bu sayısında yayımlanan 08.03.2010 tarihli Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

[2] Dergimizin bu sayısında yayımlanan 06.04.2011 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

sonraki dönem için hizmetin tespitine karar verilmelidir.

Söz konusu fiili ve hukuki gerçekler ve özellikle dava konusu dönemde 506 Sayılı Kanun'un m. 79/10, 2-9, 5510 Sayılı Yasa'nın 86/9, 2/8 maddeleri hükümleri dikkate alınmadan, işyerinin dava konusu dönemde sigortada kaydı bulunmakla birlikte Kuruma bordro verilmediği anlaşıldığından, işyerinin Kuruma verdiği bordrolarda çalışmaları bulunan tanık dinletilmesi mümkün değilse de, davalı işyerinin komşusu olan işyerlerinin sahipleri ile bu işyerlerinin kayıtlara geçmiş çalışanları veya benzer işi yapan işyerlerinin sahipleri ile kayıtlara geçmiş çalışanları tespit edilip dinlenmeden, işyerinin vergi kayıtları, muhtasar beyannameleri getirtilerek incelenmeden, davalı işyerinin servis hizmeti verdiği B. A.Ş.'ye ait kimlik belgesinin anılan firma tarafından düzenlenip düzenlenmediği ve davacının çalışmalarına ilişkin olarak B. A.Ş. 'den kayıtlarında bilgi bulunup bulunmadığı sorulmadan, eksik araştırma ve inceleme ile yetersiz tanık anlatımı esas alınarak yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 17.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MADDİ TAZMİNAT • İŞÇİYE YAPILAN ÖDEMELER
•
DAVA HARCININ NİTELİĞİ

ÖZET: İş kazası sonucunda işçiye ödenecek olan nihai maddi tazminat belirlenirken; ilk önce Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ve işverenin yaptığı ödemeler düşülmeli, sonra gerek görülürse takdiri indirime gidilmelidir.

Dava harcı mahkeme masrafı değildir; bu nedenle davanın reddi halinde tamamı davalıya yüklenir.

Y.21.HD. E: 2010/13570 K: 2011/6284 T: 12.07.2011

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere, temyizin kapsamı ve temyiz nedenlerine göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2) Dava 06.12.2006 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu % 7,00 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece Borçlar Kanununun 43/44 maddeleri gereğince % 20 oranında tazminattan indirim yapıldıktan sonra, davacıya ödenen geçici iş göremezlik

ödeneği indirilmek suretiyle davacının maddi tazminat istemi ile manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar süresinde taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, husule gelen elem ve ıstırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, paranın alım gücüne, özellikle 26.06.1966 gün ve 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme kararının içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda, gerçekleşme biçimine, oranına, niteliğine hak ve nefaset kurallarına göre davacı yararına hüküm altına alınan 6.300,00 – TL manevi tazminatın az olduğu açıkça belli olmaktadır.

Takdiri indirime gelince: Tarafların hal ve mevkiine, zararın meydana gelmesinde, işverenin % 75, içininse % 25 oranındaki kusurlu davranışlarının etkili olmasına, zararın tazmininin borçluyu müzayakaya maruz bırakmayacağının belirgin bulunmasına, olayın oluşuna ve olay tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiz ile birlikte tazminatın miktarına göre, olayda, Borçlar Kanunu'nun 43-44, maddelerinin öngördüğü koşulların oluşmadığı gözetilmeksizin anılan maddelere dayanılarak tazminattan indirim yapılmak suretiyle sigortalının maddi zararının belirlenmesi isabetsizdir.

Kabul ve uygulama göre de Sosyal Güvenlik Kurumu ve işverence yapılan tüm ödemeler indirilip sigortalının alabileceği tazminat miktarı belirlendikten sonra koşulları varsa Borçlar Kanununun 43-44 maddeleri gereğince indirime gidilmek gerekirken önce takdiri indirim sonra Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin indirilerek sıralama hatası sonucu maddi tazminatın noksan belirlenmesi de hatalı olmuştur.

Öte yandan davanın kısmen kabulü ve kısmen reddi nedeniyle, yargılama giderleri bölüştürülürken davacı tarafça yatırılan başvurma harcı ve peşin harcında kabul ve ret oranında bölüştürülmesi isabetsizdir. Gerçekten iki tarafın kısmen haklı çıkması halinde yargılama giderlerinin paylaştırılacağına ilişkin HUMK'un 417/1. maddesindeki düzenleme yargılama harçları için uygulanmaz. Çünkü davanın reddi hariç harç daima davalıya yüklenir. Zira harç zaten haksız çıkılan oranda hüküm olunur. Yani mahkum edilen miktara göre verilir. Bu nedenle reddedilen dava bölümü için ayrıca ret harcı verilmez.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan, manevi tazminatın takdirinde ve BK'nın 43-44 maddelerinin uygulanma koşullarında yanılgıya düşülerek, davanın kısmen reddi nedeniyle yargılama giderleri bölüştürülürken davacı tarafça dava açılırken yatırılan harçların da bölüştürülmesi suretiyle yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 825.00 TL duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalıya yükletilmesine, 12.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI

GIYAPTA VERİLEN KARARLAR • VEKİLLE TEMSİLDE TEBLİĞ • TEBLİGATTA YÖNTEM • AVUKATLIK ÜCRETİ

ÖZET: Gıyapta verilen kararların tebliği gerekir. Vekille temsilde tebligatın avukata yapılacağı kural olsa da zorunlu hallerde asıla da tebligat yapılabilir.

Y.CGK E: 2007/6-13 K: 2007-54 T: 06.03.2007

Yağma dolandırıcılık ve sahte kimlik kullanma suçlarından; (Ankara Altıncı Ağır Ceza Mahkemesi)'nce 27/07/2003 gün ve 403-24 sayı ile; "Sanık Murat'ın, Mağdur Semih'e karşı suçu nedeniyle 765 Sayılı Yasa'nın 64/1, 497/1, 59. maddeleri gereğince sonuç olarak 12 yıl 6 ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hakkında 31. ve 33. maddelerin uygulanmasına; mağdurlar Selçuk ve Namık'a karşı suçu nedeniylel 765 Sayılı Yasa'nın 497/1, 59. maddeleri uyarınca 12 yıl 6 ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hakkında 31 ve33. maddelerin uygulanmasına; mağdur Orhan'a karşı suçu nedeniyle 765 Sayılı Yasa'nın 503/1, 59.maddeleriyle sonuç olarak 10 ay hapis ve 216.666.666 lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına; sahte kimlik kullanmak suçundan, 765 Sayılı Yasa'nın 350/1, 59.maddeleriyle 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına; neticede toplam olarak, 765 Sayılı Yasa'nın 71. ve 74. maddeleri uyarınca sanığın 24 yıl 12 ay ağır hapis, 20 ay hapis ve 216.666.666 lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, mahsuba, tutukluluk halinin devamına, sahte kimlik belgelerinin dosyada delil olarak muhafazasına, kurusıkı tabancanın müsaderesine, yargılama giderine..." karar verilmiş; sanık müdafii tarafından temyiz edilen bu hükümler Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nce incelenerek 19/01/2004 gün ve 5704-195 sayı ile; yağma ve sahtecilik suçlarından kurulan hükümlerin onanmasına, dolandırıcılık suçundan kurulan hükümle ilgili olarak da, hapis cezasının yanında yer alan ağır para cezasının "216.666.666" liraya indirilmesi suretiyle, hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

Hükümler bu şekilde kesinleşmiştir.

5237 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra hükümlünün cezasının infaz edildiği yer olan Muş Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 01/06/2005 gün 1054 ilm.sayılı yazı ile hükümlünün cezasının infazında ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesini istemesi ve buna dayalı olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 01/06/2005 gün ve 784 sayı ile Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nden uyarlama kararı talep etmesi üzerine Ankara Altıncı Ağır Ceza Mahkemesi'nce evrak üzerinde yapılan inceleme sonunda 05/07/2005 gün ve 403-24 EK sayı ile; "Sanık Murat'ın, mağdur Semih'e karşı suçu nedeniyle; 5237 Sayılı Yasa'nın 149/a-d ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezaları ile cezalandırılmasına,

5237 sayılı Yasa'nın 53/11-2. maddesi gereğince, sürekli, süreli veya geçici kamu görevinin üstlenmesinden, seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan, velayet, vesayet, veya kayyımlık hizmetlerinde bulunmaktan, vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif, ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, bir kamu kurumunun veya kamu kurum niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, işlemiş olduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına, dolandırıcılık suçu yönünden, 765 sayılı Yasa'dan kurulan hüküm lehe olduğundan, eski kararın 10 ay hapis ve 216,67 YTL olarak aynen infazına, sanığın cezasının sonuç olarak; 16 yıl 28 ay hapis ve 216,67 TYL adli para cezası olarak infazına, mahsuba, kararın ilgililere tebliğine,...." Karar verilmiştir.

Ek karar; hükümlünün kesinleşen davada vekaletname ile atadığı Av. Mehmet'e 29/08/2005 günü Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca tebliğ edilmiştir.

Bunun üzerine; Av. Mehmet tarafından 06/ 09/2005 tarihinde temyiz dilekçesi verilmiştir.

Aynı hüküm, 06/10/2005 tarihinde de, cezaevinde hükümlünün kendisine tebliğ olunmuştur.

Tebliğ üzerine; 10/10/2005 tarihinde de hükümlü Murat temyiz dilekçesi vermiştir.

Temyizlerin süresinde yapıldığı kabul edilerek düzenlenen bozma istekli tebligname üzerine; Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nce 13/06/2006 gün ve 18471-5830 sayı ile;

"1- Hükümlü Murat hakkındaki kararlara yönelik temyiz isteminin incelenmesinde; 05/07/2005 tarihli ek kararın, hükümlü Murat savunmanına 29/08/2005 tarihinde tebliğ edilmesine karşın, 06/09/2005 gününde temyiz isteminde bulunduğunun anlaşılmasına göre, Murat'ın cezaevinde hükümlü olarak bulunması nedeniyle adli ara vermede sürenin işlemeye devam ettiğinin anlaşılması karşısında; kararın hükümlü savunmanına tebliğinden sonra gereksiz yere sonradan hükümlü Murat'a tebliği de, savunmana tebliğiyle başlayan temyiz süresinin başlangıcını değiştirmeyeceğinden, yasal süreni içinde temyiz başvurusunda bulunmayan hükümlü Murat ve savunmanın bu konudaki isteğinin, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi yollanması ile 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi gereğince tebliğnameye aykırı olarak reddine,..." karar verilmiştir.

Bu karar üzerine; hükümlü Murat müdafii verdiği 05/09/2006 tarihli dilekçe ile temyizin süreden reddinin doğru olmadığı gerekçesiyle karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 04/01/2007 gün ve 234300 sayı ile;

İtiraza konu uyuşmazlık; esas itibariyle, ceza yargılamasında isteğe bağlı (avukatlık sözleşmesine dayanılarak) seçilmiş müdafiinin müvekkiline yapacağı hukuki yardımın hükmün kesinleşmesinden sonra, müvekkil tarafından açıkça

kabul veya yasal bir görevlendirme ya da fiili olarak devam ettiğini gösteren bir uygulama bulunmadığı takdirde devam edip etmeyeceği hususudur.

5271 sayılı Yasa'da müdafii "şüpheli ve sanığın ceza muhakemesinde savunma yapan avukatı" (madde 2) şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı Yasa'nın 149.maddesinin 1. fıkrasında "Şüpheli ve sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiinin yardımından faydalanabilir." Maddede, "soruşturma ve kovuşturma" diyerek hukuki yardımın muhakemenin tüm evresini kapsadığı belirtilmiştir. Ceza Muhakemesinde müdafii, şüpheli veya sanığın yardımcısı olarak kabul edilmektedir. Nitekim bunun sonucu olarak Tebligat Kanunu'nun 11/1. maddesinde vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılacağı öngörülmüştür.

Ceza yargılamasında hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir görevlendirme olmadıkça hukuki yardımının devam edeceği konusunda mevzuatımızda bir hüküm bulunmamaktadır. Özel hukukta vekalet sözleşmesinin kapsamı ve sona ermesi Borçlar Yasası'nın 386 ila 397 ve HUMK'un 62. maddesinde düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen vekalet sözleşmesi, öğretide "muayyen bir işin veya işlerin yapılması veya idaresini mevzuu edinen bir akit vekile başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu yükleyen bir akit" olarak tanımlanmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde "avukatlık sözleşmesi" deyimiyle bunun avukat ile iş sahibi arasında vekalet sözleşmesinden ayrı, kendisine özgü bir "sözleşme" olarak kabul edilmiştir.

Vekalet sözleşmesinin sona ermesi, Borçlar Kanunu'nun 396 ve 397. maddesinde "azil", "istifa", "ölüm", "ehliyetsizlik" ve "iflas" olarak sayılmıştır.

Diğer yandan, davada vekaletnamenin kapsamı HUMK'un 52. maddesinde belirtilmiştir. Bu madde hükmüne göre "vekaletnamede açıklık olmasa dahi vekil, hükmün kesinleşmesi ne kadar davanın takibi için gereken tüm işlemleri yapmaya yetkili sayılır. Hükmü icraya koyabilir, yargılama giderlerini tahsil edebilir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "avukatlık ücreti" başlıklı altında düzenlenen 164. maddesi hükmüne göre ise "...avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücretle ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemey yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir..." şeklinde düzenlemeyle ücret sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda hükmün kesinleştiği tarihteki dava olunan değerinin esas alınacağı kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi HUMK'un 62. maddesine göre avukat, hükmün kesinleşmesine kadar dava ile ilgili her türlü işlemi yapabilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra

hukuk davalarının doğal sonucu olarak icra ile ilgili işlemleri yapabileceğinin belirtilmesi ceza yargılamasında Cumhuriyet Savcısı'nın görev ve sorumluluk alanına giren infaza ilişkin işlemlerden sorumlu tutulmasını gerektirmez.Öte yandan, ceza yargılamasında vekalet ilişkisine dayanılarak hukuki yardımda bulunan müdafiinin hükmedilen cezanın kesinleşmesinden sonra avukatlık sözleşmesine dayanılarak infazla ilgili dilekçe vermesi fiili olarak vekalet sözleşmesinin devam ettiğini göstermez.

Ayrıca, ceza muhakemesinde zorunlu müdafilik dışındaki sanık avukat ilişkisi, hukuk yardım esasına dayanan kendine özgü avukatlık sözleşmesidir. Bu ilişkinin sonra ermesi hakkında genel ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir düzenleme mevcut değildir. Aksine kabulde hükümler için telafisi olanaksız zararlar doğabilecek gibi avukatlık sözleşmesine dayanılarak ceza yargılamasında hukuki yardımda bulunan müdafii için de katlanılması zor olan ve avukatlık sözleşmesinin ruhuna aykırı yükümlülükler doğuracağı bir aşikardır.

Bilindiği üzere, uygulamada ceza yargılamasına konu hüküm kesinleştikten sonra müdafi ile sanık arasında fiili irtibat sonra ermekte, hatta bazen de menfaat çatışması ortaya çıkmaktadır. Böyle bir ortamda sanık avukat arasındaki vekalet ilişkisinin açık bir kabul ya da fiili olarak devam ettiğini gösteren bir uygulamaya rastlanılmaması halinde sözleşmeye konu işin hukuken neticelenmesine sona erdiğinin kabulü gerekir.

Konu hakkında Yargıtay'ın bazı özel daireleri tarafından aşağıda açıklandığı gibi irdelenip karar verildiği gözlemlenmiştir.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 17.07.2006 gün 2006/2179-13861 sayılı ilamında özetle şu görüşlere yer verilmiştir. "…Mahkemece verilen ek kararın müdafie tebliğin hukuken geçerliliği, irdelenmesi ve çözülmesi gereken öncelikli biri sorundur. Müdafiinin ceza davalarında müvekkiline yapacağı hukuki yardımın ne zaman sona ereceğini belirlediğimizde sorunun giderilmesi de olanaklı hale gelecektir. Mahkumiyet kararları kesinleştikten sonra, hükmün infazı aşamasına geçilmektedir. Kararda yer alan cezanın infazı Cumhuriyet Savcısı tarafından izlenir ve denetlenir. Avukatın yeni bir vekalet akdi ya da yasal görevlendirme olmadıkça bu aşamada da görevinin devam edeceğine ilişkin bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Bir başka değişle, avukatın hukuki yardımı ceza yargılamasını sonuçlandıran kararın kesinleşmesinde sona ermektedir…" Aynı doğrultuda Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi 20.11.2006 günlü 2006/6647-9220 sayılı ilamında "…hükmün kesinleşmesiyle vekalet ilişkisinin sona erdiği ve bu nedenle de kararı ile ilgili vekalet ilişkisinin devam edip etmeyeceği belli olmayan hükümlü müdafiinin yapılan tebligatın temyize esas alınamayacağını…" belirtmiştir.

Buna karşılık Yargıtay Birinci Ceza Dairesi 13.11.2006 günlü 2006/665-4873 sayılı ilamında uyarlama sonucu verilen ek kararın kesinleşen hükümle ilgili yargılamanın sonuçlarına bağlı olduğu cihetle yoklukta verilen hükmün ilk yargılamada vekil olarak hukuki yardımda bulunan ve halen vekaleti devam eden hükümlü vekiline tebliği gerekirken aynı adreste oturan annesine yapılan tebligatı geçersiz sayarak temyiz yasa yolunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Öğretide de müdafiin görevinin istek üzerine kendiliğinden (ölüm vs.)

ve kovuşturmanın bitmesiyle sona ereceği kabul edilmektedir. Kovuşturma davaya son veren kararın kesinleşmesiyle biter. Kovuşturmaya son veren karar ise "beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi" kararlarıdır. (CMK m.233) (Krş.Nur Başar Centel, Ceza Hukukunda Müdafii, s.106)

Somut olayda, hükümlü Murat hakkındaki Ankara Altıncı Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27/01/2003 tarihli mahkumiyet hükmü Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 19/01/2004 tarihli kararı onanarak kesinleşmiştir. Bu aşamadan sonra, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 5237 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrası ve 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca lehe kanun değerlendirilmesi yapılması talebi üzerine dosya üzerinden 05/07/2005 günlü ek kararı ile kesin yargı haline gelmiş hükümde değişiklik yapılmış ve anılan karar ilk ceza yargılamasında sanığa hukuki yardımda bulunan Avukat Mehmet'e tebliğ edilmiştir. Adı geçen avukat, yasal süre geçtikten sonra hükmü temyiz etmiş, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi ise bu istemi süre yönünden reddetmiştir.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, hükümlünün kesinleşen davada avukatlık yapan Avukat Mehmet'in görevi, anılan davanın kesinleşmesi ile sona ermiştir. Anılan avukatın yasal temyiz süresinden sonra yaptığı başvuru, vekalet ilişkisinin de dolayısı ile isteğe bağlı müdafilik görevinin devam ettiğini göstermemektedir. Zira bu temyiz başvurusu olgusu dışında dosyada hükümlü Murat'ın avukat ile vekalet ilişkisinin devam ettiğine ilişkin açık bir kabul ve görevlendirmesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten bu başvurudan sonra ek karar hükümlüye tebliğ edilmiş ve hükümlü tarafından kararın tebliğinden bir dün sonra temyiz başvurusunda bulunulmuştur.

Bu açıklamalar ışığında; hükümlü Murat'ın temyiz başvurusu kabul edilerek hakkında esastan bir karar verilmesi gerekir iken, yazılı biçimde karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu kanaatine varılmıştır." Açıklamasıyla; "Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 12/06/2006 gün ve 2005/18471, 2006/5830 sayılı, hükümlü Murat hakkındaki kararın kaldırılmasına, dosyanın tebliğname doğrultusunda esastan incelenmek üzere Dairesine gönderilmesine karar verilmesi…" itiraz yoluyla talep edilmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Görüldüğü gibi; Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık esas itibariyle, ceza davalarında, avukat ile müvekkili arasında vekaletnameye dayalı avukatlık sözleşmesinin ne zamana kadar geçerli olduğuna ilişkindir.

İtirazın kapsamına göre; Ceza Genel Kurulu'ndaki inceleme hükümlü Murat hakkındaki hükümlere hasren yapılmıştır.

Somut olayda; Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 19/01/2004 gün ve 5704-195 sayılı onama ve düzelterek onama kararları ile kesinleşen Murat hakkındaki hükümler; 01/06/2005 tarihinde yapılan yasa değişiklikleri sonrası; İnfaz Savcısı ve yerel Cumhuriyet Savcısı'nın talep etmesiyle uyarlama yargılaması

için yeniden ele alınmış, duruşmasız yapılan yargılama sonunda Ankara Altıncı Ceza Mahkemesi'nce 05/07/2005 gün ve 403-24 Ek sayı ile yeni bir hüküm kurulmuştur. Murat, kesinleşen yargılama sırasında kendisini bir avukata temsil ettirdiği için ek karar öncelikle, adli tatil içerisinde 29/08/2005 günü Av. Mehmet'e Tebligat Kanunu'nun 21.maddesi gereğince tebliğ edilmiştir. Av. Mehmet 7 günlük yasal sürenin geçmesinin ardından, 8.güne denk gelen 06/09/2005 tarihinde temyiz dilekçesi vermiştir. Açık bir sebebi bulunmamakla birlikte, aynı hüküm bu kez 06/10/2005 tarihinde, bu suçlardan hükümlü olarak cezaevinde bulunan Murat'a tebliğ edilmiştir. Murat ise, avukatından bağımsız olarak 10/10/2005 tarihinde ayrı bir temyiz dilekçesi vermiştir. Bu aşamadan sonra temyiz dilekçesinin süresinde olduğunu kabul eden tebliğnamenin aksine, Özel Dairece; vekil bulunan dosyalarda vekile yapılan tebligatta sürenin başlayacağı belirtilmiş, bu nedenle de temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Yargıtay C.Başsavcılığı itirazı ise, ilk hükmün kesinleşmesiyle birlikte; avukat ile sanık arasındaki ilişkinin son bulduğuna, bu nedenle tebligat üzerine süresinde verdiği temyiz dilekçesi nedeniyle temyiz incelemesi yapılması lüzumuna ilişkindir.

İlk bakışta, sorunun sadece temyiz süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin olduğu zannı oluşabiliyorsa da; bu sorunun çözülebilmesi için başka birtakım sorulara yanıt verilmesi gerekmektedir.

Dosya incelendiğinde; birden çok geceleyin yağma, dolandırıcılık ve sahte kimlik düzenleyerek kullanma suçlarından haklarında soruşturma yapılan hükümlü Murat'ın henüz şüpheli konumda olduğu aşamada kendisine bir müdafi atandığı görülmektedir. Gürbüz isimli bu avukat, sadece kolluktaki 23/01/2000 tarihli savunma sırasında hazır bulunmuş, sonraki aşamalara iştirak etmemiştir. Hakkında dava açılan ve artık sanık olan Murat, ilk yargılama sırasında yeni bir avukat tutmamıştır. İlk yargılama bu şekilde 22/05/2000 tarihinde birmiş ve karar verilmiştir. Bu aşamada sanık 29/05/2000 tarihli vekaletname ile Av. Ünal ve Av. Mehmet'e vekillik yetkisi vermiştir. Av. Ünal ilk olarak 02/08/2000 tarihinde temyiz dilekçesi vermiş, bundan sonra da birçok dilekçe ile yargılama sürecine iştirak etmiştir. Nitekim, ilk hüküm Yargıtay'da bozulmuş ve bozmadan sonraki 08/11/2000 tarihli duruşmadan itibaren yargılama sürecine Av. Mehmet de katılmaya başlamıştır. Av. Mehmet, bu tarihten sonra gerek duruşmalar katılarak, vekaletnameye dayalı savunmanlık görevini sürdürmüştür. Murat tarafından, Av. Mehmet'e verilen vekaletnamedeki yetkiler oldukça geniştir. Söz konusu yetkiler; yeniden yargılama talebinde bulunma ve karar düzelttirilmesi dahil hemen hemen tüm yargılama faaliyetlerini kapsar şekilde ve süresizdir.

Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında ilk olarak Av. Mehmet'e yapılan tebligatın adli tatil içerisinde yapılmış olması gündeme gelmiştir. Bilindiği üzere bu konu 1412 sayılı Yasa'nın 423. ve 5271 sayılı Yasa'nın 331. maddelerinde düzenlenmiştir. Gerek bu yasalarda olsun gerekse 14/02/2934 gün ve 47/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında olsun, adli tatil içerisinde yapılan tebligatların geçerli olacağı, fakat sürelerin işlemeyeceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte; adli tatilde görülen işlerde sürelerin işleyeceği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27/05/2003 gün ve 161-162 ve 26/04/1993 gün ve 53-125 sayılı kararlarında

olduğu gibi, benzer kararlarında da açıkça ortaya konulmuştur. Bu durumda, somut olayda vekile yapılan tebligat (29/08/2005) günlü olup, adli tatil içerisindedir. Temyiz tarihi ise adki tatilin bittiği 06/09/2005 tarihine tesadüf etmektedir. Yargılamaya konu suçtan hükümlü ve bu nedenle cezaevinde olduğu anlaşılan Murat'ın durumu değerlendirildiğinde, hakkındaki yargılamanın adli tatil içerisinde görülebilecek işlerden sayılabileceği konusunda Genel Kurul'da bir tereddüt oluşmamıştır. Bu itibarla, sürelerin işlenmesine bir engel bulunmadığından, temyiz süresinin son günü 05/09/2005'tir. Dolayısıyla, Av. Mehmet'in temyiz dilekçesinin yasal süreden sonra verildiği kabul edilmiştir.

Bu aşamada; asıl uyuşmazlığa geçilmeden önce Av. Mehmet'e 7201 Sayılı Tebligat Yasası'nın 21. maddesine göre yapılan tebligatın geçerli olup olmadığı konusu, Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 27. maddesi uyarınca ön sorun yapılmış ve öncelikle bu konu görüşülmüştür.

Ön sorunla ilgili olarak yapılan incelemede:

Tebligatın Av. Mehmet'e, 7201 sayılı Tebligat Yasası'nın 21.maddesine göre yapıldığı görülmektedir. 21.maddeye göre tebligat yapılırken, bu maddede yazılı olan usule olduğu kadar, Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesinde yazılı olan usule de uyulması zorunludur. Her iki düzenlemeye bakıldığında; Tebligat Yasası'nın 21.maddesinin başlığının "Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina" olduğu görülmektedir. Madde metni ise şu şekildedir;

"Madde 21-(Değişik madde: 06/06/1985 – 3220/7 md.) Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz ve 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 yapışmakla 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 tanhi sayılır.

(Ek fıkra: 1/03/2003 – 4829 S.K./5. md.) Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları yukarıdaki fıkra uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar."

Başlığı "Tebliğ imkansızlığı" olan Tebligat Tüzüğü'nün 28.maddesinden ise şöyle bir düzenleme yer almaktadır:

" Madde 28- (Değişik fıkra: 05/10/1987 – 87/12170 K.) Muhatap veya muhatap adına tebliğ yapılabilecek olanlardan hiçbiri gösterilen adreste bulunmazsa, tebliğ memurunun, adreste bulunmamam 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 bu duruma yazarak imzalaması gerekir.

(Değişik fıkra: 05/10/1987- 87/12170 K.) Muhatap ölmüşse veya gösterilen adresten devamlı olarak ayrılmış ve yeni adresi de tebliğ memurunca tespit

edilmişse, tebliğ evrakı, çıkaran mercie geri gönderilir.

Yeni adres tebliğ memuru tarafından tespit edilmiş ise, bu adres tebliğ mazbatasındaki mahsus yerine ve tebliğ evrakındaki adresin bulunduğu tarafa yazılır.

Bu halde:

A) Yeni adres, tebliğ memurunun tevzi bölgesi dahilinde bulunduğu takdirde tebligat o adrese yapılır.

B) Yeni adres, aynı PTT merkezinin diğer bir tevzi bölgesinde veya başka bir PTT merkezinin mıknatısı içinde bulunursa, tebliğ evrakı yeni adreste tebliğinin temini için tebliğ memuru tarafından bağlı olduğu merkeze iade olunur.

Tebligat evrakında yazılı tarihe kadar 12.maddede gösterilen müddetlerden daha az bir zaman kalmış veya yeni adres yabancı bir memlekete ait ise, PTT merkezi tebliğ evrakının tebligatı çıkaran mercie geri gönderilir.

Muhatap ve onun yerine tebligat yapılacak kimseler, o adetse bulundukları halde tebliğin yapılacağı sırada orda mevcut değillerse 30.maddeye göre muamele yapılır.

Tüzüğün 29. maddesinin başlığı "Tebellüğden imtina", 30.maddesinin başlığı "Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina halinde yapılacak muamele", 31.maddesinin başlığı ise, "Tebliğ evrakının saklanması ve ihbarnamenin talik müddeti"dir. Maddelerin içeriği ise şu şekildedir:

Madde 29 - Kendisine tebliğ yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat memuru, tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti veya meclisi azasından birine veyahut zabıta amir veya memuruna imza mukabilinde teslim eder.

(Değişik fıkra: 05/10/1987 – 87/12170 K.) tebliğ memuru, Tüzüğe ekli 2 numaralı örneğe uygun olarak düzenlenen ihbarnameyi, gösterilen adresteki kapıya yapıştırır. Durumu, muhataba duyurmasını mümkünse en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildiri.

İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

Madde 31- Yukarıdaki maddenin 1. fıkrasında zikredilen kimseler, kendilerine teslim edilen tebliğ evrakını, 3 ay saklamakla mükelleftir. Tebliğ evrakı muayyen müddeti ihtiva ederse, mezkur evrak ihtiva ettiği müddetin bitiminden itibaren 3 ay daha saklanır.

Yukarıdaki maddede yazılı ihbarname kapıya yapışmış olarak 10 gün kalır."

Yasal düzenlemeden de fark edileceği üzere; Yasa'nın 21.maddesinde açıkça ifade edilmese bile, Tüzüğün 28. maddesine göre; 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 bu durumu yazarak imzalaması gerekir. Yine, muhatap ölmüşse veya gösterilen adresten devamlı olarak ayrılmış ve yeni adresi tebliğ memurunca tespit edilmemişse, tebliğ evrakı, çıkaran mercie geri gönderilir.

Bu husus yargısal kararlarda da konu olmuştur. Yargıtay Ceza Genel

Kurulu'nun 16/03/1999 gün ve 30-40 sayılı kararında; Tüzüğün 28.maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen "adresten uzun süreli ayrılmalarda" yukarıda belirtilen usulün uygulanması, dolayısı ile ilgililerin beyanlarının da tutanağa yazılmasının gerekli olduğu; buna karşılık, Tüzüğün 28.maddesindeki usule göre, komşuya haber verilip, tutanak kapıya yapıştırıldıktan sonra, tebligatın muhtara bırakılmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02/07/2002 gün ve 154-282 sayılı kararı da bu ikinci durumla ilgilidir.

Tebliğ mazbatasında; tebligatın 21. maddeye göre yapıldığı, bu kapsamda, kendisine tebliğ yapılacak olan avukatın komşusu Dursun'a haber verildiği ve tebligat evrakının mahalle muhtarı Hamza'ya teslim edilerek kapıya da yapıştırıldığı yazılıdır. Tüm bu işlemler, 29/08/2005 tarihinde yapılmıştır. Tebligatın yapıldığı yer avukatlık bürosu olup, avukatın tevziatın yapıldığı sırada geçici olarak büroda bulunmadığı bellidir. Şu halde, Tüzüğün 30.maddesindeki usule göre, komşuya haber verilip, tutanağın kapıya yapıştırılması ve tebligatın muhtara bırakılması yeterli olduğundan, yapılan tebligat geçerlidir.

Ön sorunla ilgili olarak 06/02/2007 tarih ve ilk müzakerede gerekli oy çoğunluğu sağlanamadığı için, karar 06/03/2007 tarihli ikinci görüşmede oybirliği ile verilmiş ve Tebligat Yasası'nın 21. maddesince yapılan tebligat geçerli sayılarak, diğer sorunlarla ilgili görüşmelere geçilmiştir.

5271 sayılı Yasa'nın 37.maddesi gereğince; ceza işlerinde tebligat esas itibariyle Ceza Yargılaması Usulü Yasası'na göre yapılır. Burada hüküm bulunmayan hallerde ise, ilgili yasa olan Tebligat Yasası hükümleri uygulanacaktır.

Gıyapta verilen kararların tebliğli gereklidir. Süreler tebellüğ ile birlikte işlemeye başlayacağından, tebligatın kime yapılacağı konusu önem arz etmektedir. Hangi hallerde tebligatın kime yapılması gerektiği, 7201 sayılı Tebligat Yasası'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bunların içerisinde, konumuzu ilgilendiren düzenleme Tebligat Yasası'nın 11. maddesidir. Madde aynen şu şekildedir:

"Vekile ve kanuni mümessile tebligat:

Madde 11- (Değişik fıkra: 06/06/1985 – 3220/5 md.) Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkine yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır.

Kanuni mümessilleri bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat, kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması icap etmedikçe bu mümessil/ere yapılır.

Buna bağlı olarak Tebligat Tüzüğü'nün 15 ve 16. maddeleri de şu şekildedir:

"Vekile tebligat:

Madde 15- (Değişik madde: 05/10/1987 – 87/12170 K.)

Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun

kararların sanıklara tebliğ edilmelerine dair hükümleri saklı kalmak üzere, tebliğ, vekile yapılır.

Vekil birden çok ise, tebliğin bunlardan birine yapılması yeterlidir. Birden çok vekile tebliğ yapılmışsa ilkine yapılan tebliğin tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır.

Kanuni mümessile tebligat:

Madde 16- Tebligat, kanuni mümessili bulunanların mümessillerine yapılır.

Kanuni mümessili olmayıp da bulunması gerekenlere usulü dairesinde kanuni mümessil tayini cihetinde gidilir.

Kanunlara göre, kanuni mümessili bulunanların bizzat kendilerine tebligat yapılması icap ederse, mümessile tebligat yapılamaz."

Bu düzenlemeler karşısında vekil vasıtasıyla temsil edilen işlerde tebligatın vekile yapılması gerektiği açıktır. Yerleşik yargısal kararlar da bu yöndedir. Ancak, vekile tebligatın yapılamaması nedeniyle ortaya çıkacak olan sorumlu hallerde asıla da tebligat yapılabileceği kabul edilmektedir. (YCGK 06.11.1989/268-338; Y.HGK 22.01.2003/25-7; YCGK 26.04.1993/53-125; YCGK 05.03.1979/41-106)

Halen cezaevinde hükümlü bulunan ve hükümlü bulunduğu suçtan aldığı cezanın miktarına bakıldığında kendisine bir vasi atanması gereken hükümlüye tebligatın, Tebliğ Yasası'nın 11. maddesinin 2. fıkrası ile Tebligat Tüzüğü'nün 16. maddesi gereğince vasi (yasal temsilci) aracılığıyla yapılmamış olması ise bir sorun olarak görülmemiştir.

Şu halde, uyuşmazlık Av. Mehmet ile hükümlü Murat arasında temsil ilişkisinin devam edip etmediği noktasında düğümlenmiştir.

İtiraz yazısında öne çıkarılan husus da bu konu ile ilgilidir. Bu kapsamda öncelikle ilişkisinin mahiyetini ortaya koymakta yarar vardır.

Bilindiği gibi 5271 Sayılı Yasa'ya göre, bir ceza davasında avukat ile şüpheli, sanık ve hükümlü arasında iki yöntemden birisi ile ilişki kurulabilir. Bunlardan birincisi, koşulları oluştuğunda yasa gereği baroda avukat atanmasıdır. İkincisi de şüpheli, sanık veya hükümlünün vekaletname ile avukat tayin etmesidir. 1412 sayılı Yasa Sözleşmesinde, birinci şekilde görevlendirilen avukata müdafi, ikinci şekilde görevlendirilen avukata ise vekil denilmekte idi. 5272 sayılı Yasa bu ikili ayrımı kaldırmış ve usulün 2. maddesinin c fıkrasında bunların her ikisi de müdafi olarak tanımlanmıştır. Buna karşın; birinci durumda bir görevlendirme, ikinci durumda ise sözleşmeden kaynaklanan ilişki söz konusudur. Bu yönüyle iki durum görevin başlaması, yürütülmesi, sona ermesi, ücret gibi konularda farklılıklar arz etmektedir.

Bizim konumuzu bunlardan ikincisi oluşturmaktadır. O yüzden birincisi üzerinde durulmayacaktır.

Sözleşme ile kurulan ilişkide, avukat, vekil eden tarafından yurt içinde noterde düzenlenen bir vekaletname ile yetkilendirmektedir. Bu nedenle, aslında söz konusu ilişkinin temelinde Borçlar Yasası'nın 386. vd. maddelerinde düzenlenmiş olan "Vekalet sözleşmesinin" bulunduğu söylenebilir. Fakat, Avukatlık Yasası ile "Avukatlık Sözleşmesi" adı altında farklı bir sözleşme ttürü ihdas edilmiştir. Avukatlık sözleşmesi, vekalet sözleşmesine benzemetle birlikte

aynısı değildir. Avukatlık Yasası'nın 163. maddesine göre "avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yalnız değeri kapsaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir." Görüldüğü gibi, düzenleme "Avukatlık Sözleşmesi" adı altında yeni bir sözleşme türü ihdas etmekle birlikte, bu sözleşmeyi yeterince tanımlamamıştır.

Bu konuyu açıklığa kavuşturmak için; "Avukatlık Sözleşmesinin ihdas edilmesi sürecini kısaca gözden geçirmek gerekecektir. 1924 yılında yürürlüğe giren 460 sayılı Muahmmat Yasası'nda, 1938 yılında yürürlüğe giren 1499 sayılı Avukatlık Yasası'nda ve 1969 yılında yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nda bu konuda bir tanım ve düzenleme yoktur. 1136 sayılı Yasa'nın 164.maddesinde sadece "ücret sözleşmesi" ibaresi geçmekte olup, bunun da avukatlık sözleşmesini tanımlayan, sözleşmenin niteliklerini ortaya koyan bir yanı bulunmamakta idi. Uygulamada karşılaşılan aksaklıklar nedeniyle konu bilimsel yapıtlarda ele alınmış ve tartışılmıştır. Tartışmaların da etkisiyle Avukatlık Yasası'nda yapılacak değişiklikler arasında bu konuda alınmıştır. Avukatlık Yasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa Tasarısının ,Genel Gerekçesinde, avukatlık sözleşmesi için, "bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet artık Borçlar Yasası'ndaki klasik vekalet akdinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi, tamamen sui generis (kendine özgü) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir "avukatlık sözleşmesi" olarak ihdas edilmiştir." açıklaması yapılmıştır.(Av.Semih Güner; Avukatlık Hukuku, Ankara-2007, s.196-197)

Avukatlık Yasası'nda sözleşmesinin adının konuşmuş, fakat, yeterince tanımlanmamış olmasının bir nedeninini de, sözleşmenin mahiyetinin ve özelliklerine ilişkin tartışmaların oluşum sürecine katkı sağlayacağı düşüncesi olduğu öğretide belirtilmektedir.

Şu halde; avukatlık sözleşmesinin henüz tam anlamıyla tanımlanmadığı ortada ise de; Borçlar Yasası'nda yer alan vekalet sözleşmesinden farklı bir sözleşme olduğu kesindir. Nitekim bu iki sözleşme arasında; ücret yönünden, biçimsel yönden, kişi yönünden, tarafların yükümlülükleri yönünden, işe son verme ve işten çekilme yönünden, tazminat isteklerinde zamanaşımı süreleri yönünden ve yorum ilkelerindeki kurallar yönünden ciddi farklılıklar bulunduğu öğreti tarafından da kabul edilmektedir. Buna göre, "Avukatlık Sözleşmesi" her iki tarafa borç yükleyen, belli bir hukuki yardımı veya bir hizmetin yapılmasını konu edinen, kendine özgü kuralları olan (sui generis) tekel hakkına sahip kişilerce yapılabilecek ve ücret karşılığı yapılabilen ivazlı bir sözleşmedir. (Av. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara-2007, s. 198-207)

Bu nedenle, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin sona ermesini Vekalet Sözleşmesi'ne göre izah etmemiz mümkün görünmemektedir.

Ülkemizdeki uygulamada, avukatlık sözleşmesinin uygulanabilir hale gelmesi için, öncelikle bir vekaletnamenin varlığı gerekmektedir. Bu vekaletname yurt içinde noterlerce düzenlenmektedir. Bir kısım yargı kararlarında da bahsedildiği gibi, avukatlık sözleşmesi gereğince avukatın göreve başlaması için bu genel vekaletten sonra, ayrıca özel bir talimat gerekmektedir. Uygulamamızda çok

büyük ekseriyetle vekaletnameler süresiz olarak verilmektedir. Yasalarımızda da, bunu sınırlayan herhangi bir hüküm yoktur. Bu nedenle, avukatlık sözleşmesinin uygulamaya geçirebilmesi için özsel bir talimat aranmalıdır görüşü oldukça isabetlidir. Şu halde, bir kişi herhangi bir avukata, o an için yaptıracak bir işi olmasa dahi vekaletname verebilir. Ancak, ileride avukat tarafından yapılacak bir iş olduğunda özel bir talimat verir ve o işin yapılmasını avukattan ister. Avukat, vekaletnameyi kabul etmiş olduğu halde, bu işi yapmayı kabul edip, etmemekte özgürdür. Ancak kabul ettiği takdirde, avukat ile vekalet veren arasında avukatlık sözleşmesi kurulmuş olur. Bu sözleşme çerçevesinde herhangi bir şekille bağlı kalınmadan ücret vs.ye ilişkin anlaşmalar yapılabilir. Sözleşmenin başlayacağı, biteceği aşamaların ve diğer ayrıntıların yazılı bir sözleşme ile ya da başka biçimlerde belirlenmiş olması halinde, sözleşmenin ne zaman başladığını ve ne zaman bittiğini tespitte bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Sorun, aradaki sözleşmenin ayrıntıları kapsamadığı yada kapsasa dahi bunun ispat edilemediği durumlar ortaya çıkacaktır. Dosyamızdaki uyuşmazlık da daha çok böyle bir durumla ilgilidir. Bu durumda; avukatlık sözleşmesi ile ilgili genel hükümlere gitmek ya da bu konuya ilişkin genel bağlayıcı kurallar belirlemek gerekecektir.

Avukatlık sözleşmesinin özel bir talimatla başlayacağı belirtilmişti; o halde, avukatlık sözleşmesi ne zaman sona erecektir. Yanıtlanması gereken en önemli soru budur. Zira bu sorunun cevabı, büyük ölçüde üzerinde durulan meseleyi çözebilecektir. Avukatlık sözleşmesinin ne zaman biteceği mevzuatta açıkça düzenlenmemiştir. Fakat, öğretide ve yargısal kararlarda genel olarak, vekalet sözleşmesini de sona erdiren ölüm, istifa azil, vekilin ehliyetlerinin ortadan kalkması, iflas, gaiplik, avukatın işten veya meslekten çırakılması gibi sınırlayamayacağımız sayıda sebeple avukatlık sözleşmesinin son bulabileceği kabul edilmektedir. Bu ve benzeri durumların bulunması halinde dahi, sözleşmenin bittiği zamanın tespiti o kadar zor olmayacaktır. Zira, dosyadaki uyuşmazlık da bu şekilde sona erme ile ilgili değildir. Asıl zorluk, bu durumlardan birisi bulunmadığında sözleşmenin ne zaman bittiğini belirleme noktasında çıkmaktadır. Müvekkil herhangi bir suç işlemiş, bu suçla ilgili soruşturma başlatılmış ve bu aşamada noterden düzenlediği vekaletname ile avukatı "müdafi" olarak tayin etmiştir. Avukatın da müdafi sıfatıyla soruşturma aşamasında savunma faaliyetini yürütmüş, kovuşturma aşamasın da görev yapmıştır. Böyle bir durumda, sözleşmenin açıkça sona erdiğini gösteren bi neden yoksa, avukatlık sözleşmesi sonsuza dek sürecek midir ya da belli bir zamanda bitmesi mi gereklidir ? Çözülmesi gereken problem budur. Zira bu problem çözüldüğünde, tebligatın hangi aşamada kime yapılacağı hususundaki temel sorun da giderilmiş olacaktır. Avukatlık Yasası'nın 171. maddesinde (02.05.2001-4667/83 ile değişik) "Avukatın üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." Şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeden çıkan sonuç şudur; avukat vekalet sözleşmesi son bulana kadar değil, iş (yani avukatlık sözleşmesi) son bulana kadar takiple mükelleftir. Öyleyse, yazılır sözleşme bulunmayan hallerde "işin sonu" ne zamandır. Bu sorunun yanıtı, hukuk yargılamasında ve ceza yargılamasında farklıdır. Hukuk Usulü Muhakemesi Yasası'nın 62. maddesinde; "Kanunen salahiyeti mahsusa itinasına mütevakkıf hususlar müstesta olmak üzere vekalet, hüküm katiyet

kasbedinceye kadar davanın takibi için icap eden bilumum muameleleri ifaya ve hükmün icrasına ve masarifi muhakemenin tahsiliyle bundan dolayı makbuz itasına ve kendisi aleyhinde de işbu muamelatın kaffesinin ifsa edilebilmesine mezuniyeti mutazammındır." Denilmek suretiyle, avukatla vekil arasındaki sözleşmenin hükmün icrası aşamasında dahi devam edeceği düzenlenmiştir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.07.2003 gün ve 442-445 sayılı kararı başta olmak üzere, aynı konuyu vurgulayan çok sayıda yargısal karar bulunmaktadır. Bunlara göre; kesinleşen hükümde taraf kendisini vekille temsil ettirmişse ve bu husus ilamdan anlaşılıyorsa, ilamın infazı işlemlerinde tebligatın bu vekile yapılması zorunludur. Buna rağmen; hukuk davalarında dahi, ilamların infazı aşamasında cezai sonuç doğuracak tebligatların vekile değil asile yapılması gerektiği bir kısım kararlarda vurgulanmaktadır. (Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 26.01.1993 gün 297-1133). Ceza yargılamasında ilamların infazı işlemlerinin devlet tekelinde ve genel olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütüldüğü düşünüldüğünde, cezadaki durumun hukuktakinden daha farklı olması gerektiği ortadadır. O halde, ceza yargılamasında durum ne olmalıdır? Avukatlık Yasası'nın 171. maddesinden biraz önce bahsedilmiş ve avukatın işi sonuna kadar takip etmesi gerektiğinin belirtildiği vurgulanmıştı. Şimdi, o soruyu tekrar sormak gerekir; ceza yargılamasında "işin sonu" denildiğinde ne anlaşılmaktadır? Bu konuda uygulamada birlik bulunmamaktadır. Bir kısım Yargıtay Özel Dairesi, işin sonunun hükmün kesinleşmesi olduğunu vurgulayan kararlar verirken (Yargıtay Dördündü Ceza Dairesi 17.07.2006 gün ve 5179-13861; Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi 20.11.2006 gün ve 6647-9220; Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi 14.03.2006 gün ve 694-1566; 26.04.2006 gün ve 773-2468; 10.04.2006 gün ve 1168-2153), bir kısım Daireler ise tersi yönde kararlar vermektedirler. (Yargıtay Birinci Ceza Dairesi 13.11.2006 gün ve 665/4873; Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 18.10.2005 gün ve 2731-9779; Yargıtay Altına Ceza Dairesi, incelenen dosyadaki karar)

Bu konuyla ilgili bir hüküm de; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2.maddesinde bulunmaktadır. Buna göre; "Bu tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır. "Avukatlık sözleşmesine ilişkin olarak herhangi bir ücret anlaşması yapılmış ise, o anlaşma geçerli olacaktır. Buna karşılık, böyle bir anlaşma yoksa, tarifedeki ücretler uygulanacaktır. Tarifede bir iş için belirlenen ücret, o işin, dolayısıyla da sözleşmenin tamamını kapsayacağına göre, tarifede düzenlenirken avukatlık sözleşmesinin kesin hüküm elde edilince sona ereceği açıkça kabul edilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, bu sürece dahil olduğunda şüphe bulunmayacağından temyiz aşamasındaki duruşmanın ayrı bir ücrete tabi olacağı ayrıca belirtilmiştir. Bu faaliyet, kesinleşme sürecinde yer almasına rağmen yasa koyucunun tercihiyle ayrı bir ücrete bağlanmıştır. Bunun yanında hukuk usulü Muhakemesi Yasası'nın 62/3. maddesine uygun olarak devam ettiği kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir kabul, bir çok sorunu da beraberinde getirecektir.

Beli bir ücret karşılığı iş yapan vekilden, kesinleşen bir hükümden yıllarca sonra, bu hükümle ilgili yeni bir durum ortaya çıktığında, o hususuda kendiliğinden halletmesi bir görev olarak beklenemez. Şu durumda, yasal

düzenlemelere uygun olan avukatlık sözleşmesinin hükmün kesinleşmesi ile sona ermesidir. Olağan olmayan yasa yolları bu sürece dahil edilmemelidir. Ancak, açıkça sonlandırılmadığı veya diğer sona erme nedenleri bulunmadığı takdirde, vekalet ilişkisi halen devam ediyor olacağından, eğer ki kesinleşme sürecinde sonraki işlemler için de aynı avukatın işe devam etmesi isteniyorsa ayrı bir avukatlık sözleşmesi yapılmalıdır. Bu sözleşme şekle bağlı olarak açıkça yapılabilecektir. Ancak bu şart değildir. Aynı sözleşme, müvekkilin vereceği sözlü bir talimatla kurulabileceği gibi, vekilin müvekkilinin lehine işe girmesi ve müvekkilinin buna izin vermesi ya da ses çıkarmaması şeklinde de ihdas edilebilir. Tüm soruların yanıtları birlikte değerlendirildiğinde somut olayda; hüküm kesinleştikten sonra, mahkemece yeni yasal düzenlemeler nedeniyle ve Cumhuriyet Savcılarının başvurusu üzerine uyarlama yargılamasına karar verilmiş ve dosya yeniden ele alınmıştır. Yargılama dosya üzerinde yapıldıktan sonra; önceki kararda sanık münafii olarak Av.Mehmet'in adı yazılı olduğu için verilen karar bu avukata tebliğ edilmiştir. Bu durumda; hüküm kesinleştikten sonra, Av.Mehmet ile sanık Murat arasındaki avukatlık sözleşmesi sona ermiştir. Uyarlama yargılaması ile ilgili olarak, hükümlü Murat ile Av.Mehmet arasında yapılmış açık bir sözleşme dosyada bulunmadığı gibi, Murat'ın bu yönde yeni bir talimat verip vermediği de belli değildir. Kaldı ki, hükmün sonradan kendisine tebliğ edilmesi üzerine Murat'ın bizzat yeni bir temyiz dilekçesi vermesi ve Av. Mehmet'in daha önce vermiş olduğu temyiz dilekçesinden ve bu avukatın isminden yada bir avukatı bulunduğundan hiç bahsetmemiş olması, böyle bir talimatın bulunma olasılığını oldukça azaltmaktadır. Av. Mehmet'in işi takip etme iradesini açıkça ortaya koymuş olması ve hatta bununla ilgili olarak, temyiz talebinin red edilmesi üzerine 05.09.2006 tarihinde karar düzeltme istemiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuş olması dahi bu talimatın bulunduğunu göstermez. Bunun dışında tek bir ihtimal kalmaktadır. O da; Murat'ın talimatı olmaksızın Av.Mehmet, kendiliğinden iş yapmış olup olmadığıdır. Eğer avukatın temyiz dilekçesi süresinde verilmiş ve hükümlü de buna herhangi bir itirazda bulunmamış olsa idi, bu kabul edilebilirdi. Lakin, dilekçe süresinde verilmemiştir. Ayrıca, avukatın bu aşamadaki müdahalesi kabul edilecek olursa, süre geçmiş sayılacağından hükümlü artık temyiz hakkından yararlanamayacaktır. Bu nedenle, bahsedilen uygulama hükümlünün aleyhine olduğundan kabul edilemez. O halde; bu durumda avukatlık sözleşmesinin sona erdiğinin ve herhangi bir şekilde yenilenmediğinin kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak hükümlü ile arasında uyarlama davasında kendisini temsil etmesi yönünde avukatlık sözleşmesi bulunduğuna dair bilgi veya belge mevcut olmadığı halde, sırf kesinleşen davada hükümlünün savunmanlığını yaptığı ve aralarında henüz geçerliliği sona ermemiş vekaletname ilişkisi vardır gerekçesiyle Av.Mehmet'e yapılmış olan tebligatın uyarlama davası açısından geçersiz sayılması, dolayısıyla hükümlünün kendisine yapılan tebligat üzerine süresinde verdiği dilekçenin kabul edilerek temyiz incelemesinin yapılması icabeder. Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Genel Kurul Üyesi ise; "hükümlü ile Av.Mehmet arasındaki vekaletnameye dayalı müdafi-vekil ilişkisini sona erdiren sebeplerden herhangi birisinin bulunmadığını, bu nedenle vekalet ilişkisinin devam ettiğini, dolayısıyla da avukata yapılan tebligatla yasa yoluna başvuru süresinin başladığını" ileri

sürerek, itirazın reddi yönünde karşı oy kullanmışlardır. Bu itibarla itiraz yerindedir. Özel Daire Kararı kaldırılmalı ve 06.10.2005 günü hüküm kendisine tebliğ edilmiş olan hükümlü Murat'ın 10.10.2005 tarihli temyiz dilekçesi üzerine temyiz incelemesi yapılması için dosya Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'ne gönderilmelidir.

Sonuç Açıklanan nedenlerle;

1) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE

2) Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 12.06.2006 gün ve 13471-5830 sayılı "temyiz talebinin reddine ilişkin kararının KALDIRILMASINA.

3) Hükümlü Murat'ın süresi içerisindeki temyiz dilekçesi nedeniyle, temyiz incelemesi yapılması için, dosyanın Yargıtay Altıncı Ceza Dairesine Gönderilmek üzere, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine 06.03.2007 günü oyçokluğu ile karar verildi.

TEMYİZ YASA YOLU • YASA YOLUNA BAŞVURU HAKKI

ÖZET: Yerel mahkeme kararındaki yasayolu bildiriminde, yasayolunun türü, süresi ve merciinin yazılmasına karşın başvuru şekli gösterilmemiştir. Anılan hükümler, yerel mahkemenin bu eksikliği gidermek için yasayoluna başvuru şekline ilişkin eksikliği gidermeye yeterli açıklamalı tebligat ile hükümlüyü bilgilendirmesini zorunlu kılmaktadır. Böyle bir bilgilendirme yapılmadan, yapılan bildirimin ve tebliğin geçerliliğinden ve buna bağlı olarak verilen kararın kesinleştiğinden söz edilemez.[1]

Y.CGK E: 2009/5-81 K: 2009/196 T: 07.07.2009

DAVA: Hükümlü Ö...Y....'ın;

1) Kasten yaralama suçundan 5237 sayılı TCY'nin 86/2 ve 62. maddeleri uyarınca 3 ay 10 gün hapis,

2) Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan 5237 sayılı TCY'nin 104 ve 62. maddeleri uyarınca 8 ay 10 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Ş.... Sulh Ceza Mahkemesince verilen 11.03.2008 gün ve 35-96 sayılı temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca 03.12.208 gün ve 61763 sayı ile; "Kayden 23.04.1989 doğumlu olup, suçun işlendiği 05.12.2006 tarihinde 18 yaşını ikmal etmediği anlaşılan sanık hakkında tayin olunan kısa süreli hapis cezalarının 5237 sayılı TCY'nın 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrası bentlerindeki

[1] Gönderen: Av. Aslı GÖNCAY

seçenek yaptırımlarından birine çevrilmesi zorunlu olduğu" gerekçesiyle yasa yararına bozma yasayoluna başvurması üzerine, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nce 02.02.2009 gün ve 484-736 sayı ile,

"...T.C. Anayasası'nın 40/2, 5271 sayılı CMK'un 34/2, 231/3 ve 231/6. maddeleri Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dairemizce de benimsenen 30.01.2007 gün ve 2007/9-18 sayılı kararına göre gerek yüze karşı verilen kararlarda gerekse gıyapta verilen hükümlerde yasa yolunun, süresinin, merciin ve şeklinin belirtilmesi ve bu hususların karara yazılması zorunlu olduğu halde, yokluğunda verilen hükümde yasa yolu şeklinin gösterilmediği ve bu haliyle sanığa tebliğ edildiği, açıklanan noksanlık CMK'nın 40.maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni olduğundan Yerel Mahkemenin bu eksikliği gidermeye yeterli meşruhatlı duyuru ile sanığın bilgilendirilmesi üzerine eski haline getirme yoluyla temyiz isteğinde bulunması durumunda temyiz incelemesi yapma imkanı bulunduğu nazara alındığında hüküm henüz kesinleşmemiş olduğu ve bu aşamada kanun yararına bozma isteğinde bulunulmayacağı anlaşıldığından kanun yararına bozma isteminin reddine...",

Karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 10.04.2009 gün ve 270937 sayı ile;

"...Yerel Mahkemenin kararında yasa olunun türü, süresi ve mercii tereddüde yer vermeyecek bir biçimde gösterilmiştir. Yasa yolunun şeklini gösterilmemesi; hakkın kullanılması konusunda tereddüt yaratan, hakkın kullanımını engelleyen bir noksanlık olarak görülemez, bu nedenle temyiz yasa yolunun işlenmesini önlemez ve eski hale getirme nedeni oluşturmaz. Kararın kesinleştiğinin kabulü gerekir. Ayrıca, söz konusu noksanlığın, ilgilinin yasal başvuru hakkını kullanması konusunda bir tereddüde neden olduğun hususunda dosyaya yansıyan bir bilgi de bulunmamaktadır...",

Görüşüyle itiraz yasayoluna başvurarak, Özel Dairenin yasa yararına bozma isteminin reddine ilişkin kararının kaldırılarak, istemin esasının incelenmesi için dosta Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

KARAR: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; kararda yasayoluna başvuru şeklinin gösterilmemiş olması halinde, yasayoluna ilişkin sürelerin işleyip işlemeyeceği, dolayısıyla da somut olayda hükmün kesinleşip kesinleşmediği noktasında toplanmaktadır.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Sanığın yokluğunda verilen kararda, yasa yolu bildiriminin aynen; "sanık ve müştekinin yokluğunda kararın sanığa tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde ilgili Yargıtay Ceza Dairesine temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı" şeklinde olduğu ve hükmün sanığa 11.04.2008 tarihinde usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine karşın temyiz edilmemesi üzerine kesinleştirildiği görülmektedir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 40/2. fıkrasında: "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve

sürelerini belirtmek zorundadır" hükmüne yer verilmiştir,

Bu düzenlemeye paralel olarak 5271 sayılı CYY'nın;

34/2. maddesinde: "Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir",

231/2. maddesinde; "Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir",

232/6 maddesinde ise; "Hüküm fıkrasında, 233 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir" şeklinde emredici düzenlemeler yer almıştır.

Gerek yüzse karşı, gerekse yoklukta verilen hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasayolunun, süresinin, başvuru yapılacak mercii ile başvuru şeklinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde açıkça belirtilmesi zorunludur.

5271 sayılı CYY'nın 40. maddesinin 1. fıkrasında, kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişinin, eski hale getirme isteminde bulunabileceği, 2. fıkrasında ise, yasayoluna başvuru hakkının kendisine bildirilmemesi halinde, kişinin kusursuz sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 30.01.2007 gün ve 9-18 sayılı kararında, yukarıda belirtilen hükümlerle birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adli Yargılanma Hakkını" düzenleyen 6. maddesi ile bu hakkın kapsamında yeni bir yorum getiren Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün 2. maddesine de dayanılarak yasayoluna başvuru şeklinin gösterilmemiş olması açıkça eski hale getirme nedeni olarak kabul edilmiştir.

Anılan hükümlerden, hak sahibi olanlar bakımından hüküm ve kararlarda yasayolu bildiriminin; yasayolu, mercii, şekli ve süresini de kapsayacak şekilde açıkça anlaşılabilir nitelikte olması, keza her türlü yanıltıcı ifadeden uzak bulunması gerektiği hiçbir kuşkuya yer bırakmaksızın ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan, öğretide "olağanüstü temyiz" olarak da adlandırılan yasa yararına bozma yasayolunun koşulları ve sonuçları 5271 sayılı CYY'nin 309 ve 310.maddelerinde düzenlenmiş olup Yasa'nın 309. maddesinde Adalet Bakanlığı'na, 310. maddesinde ise Yargıtay C.Başsavcısı'na tanınan bu yetki, hakim veya mahkemelerce verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkları gidermeyi amaçlayan olağanüstü bir yasayoludur.

Bu açıklamalar ışığında tüm dosya içeriği ile birlikte değerlendirildiğinde;

Yerel mahkeme kararındaki yasayolu bildiriminde, yasayolunun türü, süresi ve merciinin yazılmasına karşın başvuru şekli gösterilmemiştir. Anılan hükümler, yerel mahkemenin bu eksikliği gidermek için yasayoluna başvuru şekline ilişkin eksikliği gidermeye yeterli açıklamalı tebligat ile hükümlüyü bilgilendirmesini zorunlu kılmaktadır. Böyle bir bilgilendirme yapılmadan, yapılan bildirimin ve tebliğin geçerliliğinden ve buna bağlı olarak verilen kararın kesinleştiğinden söz edilemez.

Bu itibarla, kesinleşmeyen hüküm veya kararlar hakkında yasa yararına bozma yasayoluna başvurulmayacağından, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin reddine karar verilmesinden bir isabetsizlik bulunmamakta olup, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan bir kısım Kurul üyesi; "Yerel mahkeme kararında yasa yolunun türü, süresi ve merciinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça gösterildiği, sadece başvuru şeklinin gösterilmediği, hükümlünün süresi içinde herhangi bir biçimde temyiz başvurusunda bulunmadığı, yerel mahkeme kararındaki yasa yolu bildiriminde yasa yoluna başvurma hakkının kullanılması konusunda duraksama oluşturan ya da bu hakkın kullanılmasını engelleyen bir eksikliğin olmadığı, bu nedenle yasa yoluna başvuru şeklinin gösterilmemesinin temyiz süresinin işlemesini önlemeyeceği ve eski hale getirme nedeni oluşturmayacağı, dolayısıyla da kararın kesinleştiğinin kabul edilmesi gerektiği" görüşüyle Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü yönünde oy kullanmıştır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1) Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **REDDİNE**,

2) Dosya mahalline gönderilmek üzere, Yargıtay C.Başsavcılığı'na TEVDİİNE,

30.06.2009 günü yapılan birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 07.07.2009 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

•

TEMYİZ EDİLEMEME

ÖZET: 5271 sayılı CYY'nin 231/12. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı itiraz yasa yoluna tabi olup, bu karara karşı itiraz yasa yolu temyiz yasa yoluna başvurulması isabetsiz olduğundan mahkemece verilen red kararında bu yönüyle bir isabetsizlik bulunmamaktadır.[1]

Y.CGK E: 2010/3-127 K: 2010/149 T: 15.06.2010

Sanık A.Ç.'nin, 6831 Sayılı Yasa'nın 93/1, 765 sayılı TCY'nin 59/2 maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 5271 sayılı CYY'nin 231/5. maddesi gereğince hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin, Gökçebey Sulh Mahkemesince verilen 07.05.2008 gün ve 118-53 sayılı

[1] Gönderen: Av. Aslı GÖNCAY

karara yönelik, katılan idare vekilinin temyiz istemi, Gökçebey Sulh Ceza Mahkemesi'nce 18.07.2008 gün ve 118-53 sayı ile; verilen hükmün itiraz yasa yoluna tabi olduğu gerekçesiyle 1412 sayılı CYUY'nin 315/1.maddesi uyarınca reddedilmiş, temyiz isteminin reddine ilişkin kararın da, katılan vekilince temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nce 29.03.2010 gün ve 25680-5602 sayı ile;

"Mahkemenin 07.05.2008 tarihli karar celsesinde yasa yolunun bildiriminde Anayasa'nın 40. maddesi ile 5271 Sayılı Kanun'unun 34/2, 231/2 ile 6. maddelerinde açıkça belirtildiği üzere yasa yolunun, süresi mercii ile şeklinin belirtilmesi ve bu hususların, karara yazılması zorunlu olduğu halde yazılmadığından müdahil idare vekilinin temyizi süresinde kabul edilerek, mahkemenin 18.07.2008 tarih ve 2008/53 sayılı temyizin reddi kararı kaldırılarak yapılan temyiz incelemesinde;

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:

Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 Sayılı Kanun'la, özel nitelikte olan 6831 sayılı Orman Kanununda getirilen köklü değişikliklerin ve ceza sisteminin lehe hükümlerinin bütün halinde değerlendirme sonucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi dikkate alınarak sanık lehine uygulanması gerekliliği ve 5728 Sayılı Kanun'un 562. maddesinin 1. fıkrası uyarınca CMY'nin 231/5, 14. madde ve fıkralarında öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında ceza sınırının 2 yıla çıkartılması ve soruşturma ile kovuşturması şikayete bağlı suç olma şartının kaldırılması kuralları gereğince bu hususların mahalli mahkemece birlikte değerlendirilmesi lüzumu" gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı'nca 27.05.2010 gün ve 195096 sayı ile;

"Somut olayda, sanığın 6831 Sayılı Yasa'93/1-4, TCK'nın 59/2 ve CMK'nın 231/5. maddesi uyarınca 5 ay hapis cezasını içeren hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına itiraz yolu açık olmak üzere karar verilmiş, katılan idare vekilinin temyiz istemi üzerine, anılan kararın temyizi olanaklı bulunmadığı gerekçesi ile temyiz isteminin reddine ilişkin karar oluşturulmuş, bu kez katılan idare vekili tarafından kararın temyizi kabil olduğu ileri sürülerek temyiz edilmiştir.

Sanığa atılı suç, CMK'nın 231/5. maddesi kapsamında kalmakta olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya reddine ilişkin kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolu, 5728 sayılı Yasanın geçici 1, 5271 Sayılı Yasa'nın 231/12. maddesi uyarınca itiraz yasa yoludur.

Yüksek Dairece, itiraz yolu açık olan karara yönelik katılan vekilinin temyiz isteminin mahkemesince reddolunması yasal olup, bu karara karşı temyiz başvurusu üzerine dosyanın incelenmeksizin mahalline iadesine karar verilmesi gerekmektedir" görüşüyle itiraz yasayoluna başvurularak, Özel Daire'nin 29.03.2010 gün ve 25680-5602 sayılı bozma kararının kaldırılması ile dosya incelenmeksizin mahalline iadesine karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca

değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, yerel mahkemece verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının tabi olduğu yasa yolunun belirlenmesine ilişkindir.

Gökçebey Sulh Ceza Mahkemesi'nce 07.05.2008 gün ve 118-53 sayı ile sanık Halik'in 6831 Sayılı Yasa'nın 93/1, 765 sayılı TCY'nın 59/2 maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 5271 sayılı CYY'nın 231/5. maddesi gereğince hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına itiraz yasa yolu açık olmak üzere karar verilmiş, katılan idare vekilince kararın temyiz edilmesi üzerine, Gökçebey Sulh Ceza Mahkemesi'nce 18.07.2008 gün ve 118-53 sayı ile verilen kararın itiraz yasa yoluna tabi olduğu gerekçesiyle 1412 sayılı CYUY'nın 318/1. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddine karar verilmiş, temyiz isteminin reddine ilişkin bu kararın da, katılan vekilince temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nce, temyiz isteminin reddine ilişkin karar kaldırmak suretiyle incelenen hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

5271 sayılı CYY'nin 231/12. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı itiraz yasa yoluna tabi olup, bu karara karşı itiraz yasa yolu yerine temyiz yasa yoluna başvurulması isabetsiz olduğundan mahkemece verilen red kararında bu yönüyle bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu nedenle Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin bozma kararının kaldırılmasına, yerel mahkemenin "temyiz isteğinin reddine" ilişkin kararın onanması ile 5271 sayılı CYY'nın 264. maddesi hükmü de nazara alınarak temyiz başvurusunun itiraz olarak kabulü ile asliye ceza mahkemesince inceleme yapılmak üzere dosyanın bu mahkemeye gönderilmesine karar vermek gerekmiştir.

Onama ile ilgili bölüm yönünden çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi A..K...;

" A) OLAY

Yerel Mahkeme, sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiş; bu karara karşı katılan vekil temyiz yasa yoluna başvurmuş; yerel mahkeme yasa yolunun temyiz değil itiraz olduğu gerekçesiyle temyiz isteğinin reddine karar vermiş; katılan vekili bu kez ret kararını temyiz etmiş; Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nce yasa yolunun temyiz olduğu kabul edilerek yerel mahkemenin ret kararı kaldırılmış ve hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca bu karar itiraz edilerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulacak yasa yolunun itiraz olması nedeniyle, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin bozma kararının kaldırılması ve itirazın incelenmesi için dosyanın mahalli iadesine karar verilmesi istenmiştir.

B) CEZA GENEL KURULUNUN KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca;

a) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasın karının itiraz yasa yoluna tabi olduğuna, bu nedenle Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nce bozma kararının kaldırılmasına

ve itirazın asliye ceza mahkemesince incelenmesi için dosyanın bu mahkemeye gönderilmesine (oybirliğiyle),

b) Ayrıca yerel mahkemenin "temyiz isteğinin reddine" ilişkin kararının "onanmasına" (oyçokluğuyla)

Karar verilmiştir.

C) TARTIŞMANIN KONUSU

İtiraz yasa yoluna tabi olan bir karar temyiz edildiğinde, yasa yolunun itiraz olduğu gerekçesiyle temyiz isteğinin reddine karar verilmesi doğrumudur?

D) İLGİLİ YASAL HÜKÜMLER

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 12. fıkrası:

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.l

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 264. maddesi:

(1) Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz.

(2) Bu halde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie gönderir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrası:

5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, bölgeye adli mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326. maddeleri uygulanır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 315. maddesi:

Temyiz isteği kanuni sürenin geçmesinden sonra yapılmış veya temyiz edilmeyecek bir hüküm temyiz edilmişse veya temyiz edenin buna hakkı yoksa, hükmü temyiz olunan mahkeme bir karar ile temyiz dilekçesini reddeder.

Temyiz eden taraf red kararının kendisine tebliğinden itibaren bir hafta Temyiz Mahkemesinden bu hususta bir karar verilmesini talep edebilir. Bu takdirde dosya Temyiz Mahkemesine gönderilir. Şu kadar ki, bu sebepten dolayı hükmün infazı tehir olunmaz.

E) KONUNUN İRDELENMESİ

İtiraz yasa yoluna tabi olan bir karar temyiz edildiğinde, başvuran kimse kanun yolunda yanılmış olur. Bu durumda başvurunun yapıldığı merci, yasa yolu isteğinin reddetmekten, dosyayı itirazı inceleyerek mercie göndermek zorundadır.

Yasa yolunda yanılma olduğunda, ortada bir talep vardır. Bir yandan temyiz isteğinin reddine karar verilmesi, diğer yandan itirazın incelenmesi için merciine gönderilmesi, tek olan talebin bölünmesi anlamına gelir. Bu durum bir bakıma, yağma suçundan açılan dava üzerine, yağma suçundan beraat ve suçun niteliğinin değiştiği gerekçesiyle hırsızlık suçundan mahkumiyet hükmü kurulmasına benzemektedir.

Somut olayda, yasa yolunda yanılmış olan katılan vekilin temyiz talebi üzerine, yerel mahkemenin dosyayı itirazı inceleyerek olan mercie gönderilmesi gerekirken, "temyiz isteğinin reddine karar verilmesi" yasaya aykırıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca, ret kararının kaldırılması yerine onanmasına karar verilmesi doğru değildir.

F) SONUÇ

Ceza Genel Kurulu'nun belirttiğim kararın diğer bölümlerini benimsemekle birlikte, yerel mahkemenin yasaya aykırı olan ret kararının kaldırılması yerine onanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum." Gerekçeleriyle, karşı oy kullanmıştır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1) Yargıtay C. Başsavcılığı itirazın **KABULÜNE**,

2) Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 29.03.2010 gün ve 25680-5602 sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,

3) Temyiz isteminin reddi kararının **ONANMASINA**,

4) 5271 sayılı CYY'nun 264/2. maddesi uyarınca gereğinin mahallinde yerine getirilmesi için dosyanın incelenmeksizin mahkemesine **İADESİNE**,

15.06.2010 günü yapılan müzakerede iade yönünden oybirliğiyle, onama yönünden ise oyçokluğu ile karar verildi.

TEMYİZ EDİLEBİLEN KARARLAR • HÜKÜM NİTELİĞİ

ÖZET: Bir suç nedeniyle verilen karar içerisinde yer alan cezalarda her biri ayrı hükmü oluşturmayıp, bu cezaların tamamı tek bir hükmü meydana getirmektedir. Bu nedenle de; çeşitli nedenlerle hükmün içerisinde, birden fazla "cezanın" bulunduğu hallerde, temyiz sınırının belirlenmesi açısından cezaları her birinin miktarına değil, toplam ceza miktarına bakılması gerekir.

Y.CGK E: 2010/3-118 K: 2010/139 T: 08.06.2010

Orman Yasası'na aykırılık suçundan, sanık KD'nin, 6831 sayılı Orman Yasası'nın 91/5-son, 5237 sayılı TCY'nin 62-1. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis ve 1.125 Lira adli para cezasıyla cezalandırılmasına, sanık hakkındaki tayin olunan özgürlüğü bağlayıcı cezanın TCY'nin 50/1-a maddesi uyarınca günlüğü 20 Liradan 1.500 Liradan adli para cezasına çevrilmesine, para Lira adli para cezasıyla cezalandırılmasına, suçta kullanılan tahranın 6831 sayılı Yasanın 108/son maddesi uyarınca zoralımına ilişkin, Ulukışla Sulh Ceza Mahkemesi'nce 29.03.2006 gün ve 24-48 sayı ile verilen kararın, sanık tarafından temyiz

edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesince 23.06.2008 gün ve 12426-8929 sayı ile;

"Tayin edilen cezanın tür ve miktarı ile müsaderesine karar verilen suça konu emval ve suç aleti tahranın muhtemel değerlerine, 5237 sayılı TCK'nın 50/5 ve 42 maddelerine, Yargıtay CGK'nın 26.12.2006 gün 2006/317 esas ve 2006/319 karar sayılı kararı ve buna uyum gösteren Yargıtay Ceza Daireleri uygulamaları gereğince içtima olmadığından hükmünk 14.07.2004 gün ve 5219 sayılı Kanunla değişik HUMK'un 427 ve 1412 sayılı CMUK'un 305/1 maddesi gereğince temyizi mümkün olmadığından sanığın temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1.maddesi gözetilerek CMUK'un 317. maddesi uyarınca reddine" karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise, 17.05.2010 gün ve 73380 sayı ve özetle; mevzuat hükümleri ile Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 15.07.2008 gün ve 174-191 sayılı kararına da dayanmak suretiyle, sanık hakkında sonuç olarak hükmolunan adli para cezalarının toplamının, ikibin Liralık temyiz sınırının üzerine olduğu ve hükmün temyizi kabil olduğu görüşüyle itiraz yasa yasayoluna başvurarak, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve dosyanın temyiz incelemesi yapılması için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Karar; Sanığın, 6831 sayılı Orman Yasasına aykırılık suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, hükmün kesin olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ceza adalet sisteminde, önceki sistemde var olan "cezaların içtimaı" hükümlerine yer verilmemiştir. Bununla birlikte verilen cezaların toplanamayacağı veya hangi şartlarda toplanabileceğine ilişkin tek düzenleme, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'nın, "Birden fazla hükümdeki cezaların toplanması" başlığı taşıyan 99.maddesinin; "Bir kişi hakkındaki hükmolunan her bir ceza diğerlerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107. maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir" şeklinde hükmüdür. Şu halde, birden fazla hükmünde yer alan cezalar sadece koşullu salıvermenin hesaplanması amacına dönük olarak infaz aşamasında toplanabilir, bunun dışında ise "cezaların içtimaı" mümkün değildir.

Öte yandan, 1412 sayılı CYUY'nın halen yürürlükte bulunan ve temyiz yasa yolunu düzenleyen 305.maddesinin ilk fıkrası; "Ceza mahkemelerinden verilen hükümler temyiz olunabilir..." şeklinde başlamakta, maddenin 1. bendinde ise "İkimilyar Liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler.... temyiz olunamaz" hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre, bir kararın temyiz edilebilmesi için, o kararın "hüküm" niteliğini taşıması gerekmektedir. Hangi kararların hüküm sayılacağı ise, 1412

Sayılı Yasa'nın 253. ve 5271 Sayılı Yasa'nın 223. maddelerinde sayılmıştır. 1412 Sayılı Yasa'nın 253. maddesine göre sanığın beraatına veya mahkumiyetine ilişkin kararlarla, davanın reddine, durmasına ve düşmesine dair kararlar hüküm oldukları belirtildikten sonra, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararının da kanun yolu bakımından hüküm sayılacağı ifade edilmiştir.

Bir suç nedeniyle verilen karar içerisinde yer alan cezalarda her biri ayrı hükmü oluşturmayıp, bu cezaların tamamı tek bir hükmü meydana getirmektedir. Bu nedenle de; çeşitli nedenlerle hükmün içerisinde, birden fazla "cezanın" bulunduğu hallerde, temyiz sınırının belirlenmesi açısından cezaları her birinin miktarına değil, toplam ceza miktarına bakılması gerekir. Buna karşılık, ayna kararın içerisinde birden çok hükmün bulunması halinde, temyiz sınırı her hüküm için diğerinden bağımsız olarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

5275 sayılı İnfaz Yasasının 99. maddesindeki düzenleme ise, "birden fazla hükümdeki cezaların" temyiz yasa yolunun başvurma sınırı ile ilgili değil, fakat infaz işlemleri ile ilgili olarak cezaların toplanması ya da toplanamamasına ilişkindir.

Kaldı ki, "temyiz yasa yoluna başvurma" kişiye tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkına daraltılması yorum yoluyla değil, ancak açık bir yasal bir düzenleme ile sağlanabilir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın sabit görülen eylemi nedeniyle sonuç olarak 2 ay 15 gün hapis ve 1125 Lira adli para cezasına hükmedildikten sonra, özgürlüğü bağlayıcı cezasının da bir gün karşılığı 20 Liradan hesaplanarak, 1500 Lira adli para cezasına çevrildiği ve sanık hakkında aynı suç nedeniyle 1500 Lira ve 1125 Lira olmak üzere, iki ayrı adli para cezasına hükmedildikten sonra verilen para cezalarının taksitlendirildiği anlaşılmaktadır. Verilen para cezalarından 1125 Lira doğrudan para cezası, 1500 Lira ise özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen adli para cezasının toplamı 2625 Lira olup, temyiz sınırının belirlenmesinde de bu miktar nazara alınacağından, 1412 sayılı CYUY'nin 305. maddesi uyarınca hükmün temyizi olanaklıdır.

Bu itibarla haklı nedenlere dayanan Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılmasına ve dosya temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay 3. Ceza Dairesi'ne gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1) Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2) Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 23.06.2008 gün ve 12426-8929 sayılı temyiz isteminin

Reddine ilişkin kararının **KALDIRILMASINA**,

3) Dosyanın, sanık K.D.'hın temyiz istemi ile ilgili inceleme yapılmak üzere, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'ne gönderilmesi için, Yargıtay C.Başsavcılığı'na **TEVDİİNE**, 28.06.2010 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

İŞTİRAK
ASLI MADDİ FAİL • FER'İ MADDİ FAİL

ÖZET: Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşmışsa da suça katılma düzeyinin saptanması için, eylemin bir evresindeki durumun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra ediliş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm kanıtların birlikte değerlendirilebilmesi gerekir. Çünkü, suç kastının mutlaka belli aşamada oluşması gerekmediği gibi, iştirak iradesinin de suç tamamlanıncaya kadar her aşamada oluşması olanaklıdır.

Y.CGK E: 2009/1-194 K: 2009/235 T: 13.10.2009[1]

Maktul İK'nın 07.08.2003 tarihinde ateşli silahla öldürüldüğü olayda, sanıklardan DE'in, bu suça azmettirmekten yeterli kanıt bulunmadığından beraatına, sanık EK'nin 765 sayılı TCY'nın 448,51/1, 59/2. maddeleri uyarınca 15 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına, hakkında 31 ve 33. maddelerin uygulanmasına, 6136 Sayılı Yasa'ya aykırılık suçundan beraatına, sanık LK'nin ise, eyleminin adam öldürmeye eksik kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek 765 sayılı TCY'nın 448, 61, 51/1, 59/2. maddeleri uyarınca 5 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına, hakkında 31 ve 33. maddelerin uygulanmasına, 6136 sayılı Yasanın 13/1 ve TCY'nın 59/2. maddeleri uyarınca 10 ay hapis ve 288.985.0000 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, olayda kullanılan tabanca, bıçak, mermi çekirdekleri ve boş kovanların 765 sayılı TCY'nın 36. maddesi uyarınca zoralımına ilişkin, Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce 07.05.2004 gün ve 247-136 sayı ile verilen kararın sanık E yönünden kendiliğinden temyize tabi olması ve katılan vekili ile sanıklar müdafilerin tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nce 27.06.2005 gün ve 5245-1853 sayı ile;

"Hükmün esasını içeren 07.05.2004 tarihli kısa kararın verildiği oturuma ait duruşma tutanaklarının 1. ve 2. sayfalarının mahkeme başkanı tarafından imzalanmaması" isabetsizliğinden hükmün diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamada 28.10.2005 gün ve 242-354 sayı ile sanıklardan DE'in beraatına, sanık EK'nin, hafif tahrik altında maktulü öldürdüğü ve 765 sayılı TCY'nin lehe olduğu kabul edilerek, bu Yasa'nın 448, 51/1 ve 59/2. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanıl LK'nin aynı olayda maktulü öldürmeye eksik kalkışma ile yasak silah taşımak suçlarını işlediği ve 765 sayılı TCY'nin lehe olduğu kabul edilerek, bu Yasanın 448, 61, 51/1, 59/2, 6136 sayılı Yasa'nın 13/1 ve 765 sayılı TCY'nin 59/2. maddeleri uyarınca sonuçta 5 yıl 10 ay hapis ve 288 YTL adli para cezasıyla

[1] Gönderen: Av.Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

cezalandırılmasına, oyçokluğu ile karar verilmiş, Mahkeme Başkanı ise, sanık L.'nin eyleminin 765 sayılı TCY'nın 64/1 ve 65/son maddeleri yollamasıyla aynı Yasanın 448.maddesine uyduğu görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Bu hüküm sanık E yönünden kendiliğinden temyize tabi olması ve katılan vekili ile sanıklar müdafileri tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairsince 13.09.2007 gün ve 4113-6389 sayı ile sanıklardan E hakkına 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan verilen beraat kararının hukuken yok sayılmasına, sanık D hakkındaki beraat kararının onanmasına, sanıklar L ve E'nın cezalandırılmalarına ilişkin hükümler yönünden ise;

"a) Sanık E hakkında 765 ve 5237 sayılı TCK'nunlarına göre verilecek cezaların eşit olması halinde, 765 sayılı TCK'nun 31. maddesine göre 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi daha lehe olduğundan 5237 sayılı TCK'ya göre hüküm kurulması gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile 765 sayılı TCK ile hüküm kurulması,

b) Oluşa, dosya içeriğine ve mevcut kanıtlara göre sanık L'in öldürme eylemini gerçekleştiren sanık E'nin suçuna doğrudan doğruya başlangıçtan itibaren aynı kasıt altında birlikte silahla katıldığı gözetilmeden yazılı şekilde öldürmeye teşebbüsten hüküm kurulması,

c) Sanık L'in 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan temel adli para cezasının 343 YTL. Yerine yazılı şekilde fazla tayini ve sanık müdafiin talebi karşısında seçenek yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması" isabetsizliğinden hüküm bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise, 14.12.2007 gün ve 325-421 sayı ile sanık E hakkındaki lehe yasanın belirlenmesi ve sanık L hakkında 6136 Yasaya aykırılık suçundan fazla para cezası tayin edilmesi hususundaki bozma nedenlerine uymuş, sanık L'in eyleminin hangi suça uyduğuna ilişkin bozma nedeni yönünden ise;

"Dosyadaki tüm delillerin birlikte incelenmesi neticesinde; suç tarihinde, kardeş olan sanıklar E ve L 'in, Kızkalesi mevkiinde halaların oğlu olan maktul İK'yı gördükleri, esasen hakkında beraat kararı verilen ve bu karar Yargıtay 1. Ceza Dairesince onanarak sanık DE'in yanında maktul İK'nın daha önceden çalıştığı, yine tanık SA'nın da DE'in genelevinde sermaye olarak daha önceden çalıştığı, maktul İ'nın ve tanık S'nin, DE'in yanından ayrıldıktan sonra birlikte yaşadıkları, bu defa sanıklar L ve E'nın, sanık D'nin yanında çalışmaya başladığı, sanık E ile D arasında gönül ilişkisi olduğu, bu şekilde birbirlerini tanıyan sanıklar ile maktul arasında bu ilişkilerden dolayı bir gerginlik olduğu, olay günü de suç mahallinde karşılaşmaları ve maktulün küfürlü konuşması üzerine sanık L'in kullandığı arabadan inerek, maktulün yanına gittiği, karşılıklı olarak küfürleşip birbirlerine vurmaya başladıkları, sanık L'in olayın etkisi ile öldürme kastı ile üzerinde bulunan tabancayı çıkartarak maktule bir el ateş ettiği; ancak isabet ettiremediği, olayı bu şekilde gören ve arabada bulunan sanık E'ın arabadan inerek L'in yanına geldiği ve L'in elindeki tabancayı alıp, maktul İ'a doğru bir kez ateş ettiği, maktulün isabet eden bu mermi ile yere düşüp öldüğü, olayın bu şekilde meydana geldiği, silah sesleri üzerine olay yerine gelen kalabalığın sanıkları üzerine yürümesi üzerine sanık E'ın bir el daha havaya ateş ettiği, daha sonra tanıklar MG ve DK'nin müdahaleleri sonucu tabancanın sanık E'ın elinden alındığı, olay yerine gelen polislerce de her iki sanığın yakalandığı, olayın aşamalı olarak bu şekilde

geliştiği, mahkememizce de olayın bu şekilde geliştiğinin kabul edildiği, bu şekilde gelişen eylemde sanık E'ın eyleminin tahrik altında kasten adam öldürme suçunu oluşturduğu, sanık L'in eyleminin ise, her ne kadar öldürme kastı ile hareket ettiğini kabul edilmiş ise de, eylemin neticeye göre belirlenmesi genel kuralından hareketle silahla ateş edip, isabet ettirememesine göre belirlenmesi genel kuralından hareketle silahla ateş edip, isabet ettirememesine göre ölüm suçuna teşebbüs olarak kabul edilmiş, yine somut olayın irdelenmesinde diğer sanığın eyleminden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekeceği zira mahkememizin genel kabulüne göre, aynı eylem ve fikir birliği içerisinde maktulü öldürmek için olay yerine gelmedikleri, olayın orda karşılaşmaları üzerine aniden geliştiği ve sanık L'in ateş edip, isabet ettirememesi üzerine diğer sanığın silahı alıp, ateş etmesi karşısında eylemlerinin birbirinden ayrıldığı dolayısıyla birlikte hareket etmediklerinin kabulü gerektiği, zira her ne kadar Yargıtay bozma ilamında birlikte hareket ettikleri konusunda görüş beyan edilmiş ise de, dosyadaki mevcut sanık ve tarafsız tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların maktulu daha önceden öldürme kararı alarak ve hakkında beraat kararı verilip kesinleşen diğer sanık D'nin azmettirmesinin bulunmadığının kabulü karşısında, olayın olduğu ve meydana geldiği yer itibariyle de olayda kullanılan silah olmadan da başka bir alet bulunup, olayın gerçekleşme ihtimalinin de bulunması, keza sanık L'in elinden silahı E'ın onun izni olmadan kendiliğinden olması, sanık L'in silahı E'a kendiliğinden vermemesi karşısında artık her sanığın eyleminin neticeye göre belirlenmesi gerektiği düşüncesiyle, sanık E yönünden adam öldürme, sanık L yönünden ise adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılma yoluna gidilmiştir" gerekçesiyle önceki hükümde oyçokluğuyla direnmiş, Mahkeme Başkanı ise, sanık L yönünden, Özel Dairenin bozma gerekçesi doğrultusunda karşı oy kullanılmıştır.

Bu kararın da, sanık E yönünden kendiliğinden temyize tabi olması, katılan vekili ve sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C.Başsavcılığı'nın "bozma" istekli, 16.07.2008 gün ve 96748 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay 1. Ceza Dairesine ve Özel Dairece Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Maktul İK'nın sanıklar LK ve EK'nin halalarının oğlu olduğu ve aralarında daha önceden karşılıklı küfürleşmeye varan bir husumetin bulunduğu, olay günü maktulün yaya, sanıkların ise araç içerisinde seyir halinde oldukları sırada karşılaşıp durdukları, bu sırada maktulün küfürlü konuşması üzerine, sanıklardan L'nin araçtan inerek, maktulün üzerine doğru gittiği, karşılıklı küfürleşme ve boğuşma yaşandığı, sanık L'in üzerinde bulundurduğu ruhsatsız tabancayı çekip maktule bir el ateş ettiği ancak isabet ettiremediği, akabinde diğer sanık E'nın, sanık L'nin yanına gelerek elinden tabancayı alıp, maktule birden fazla ateş ederek onu öldürdüğü, bu sırada sanık L'nin de bıçak çekerek elinde bulundurduğu, daha sonra çevrede bulunanların sanık E'nın elinden tabancayı almalarının ardından, sanıkların olay yerinden kaçtıkları savunma, tanık anlatımları ve tüm dosya kapsamı ile sabit olup, bu oluşlal ilgili olarak

Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasında da bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Açıklanan bu oluş karşısında, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, sanık LK'nin eyleminin, adam öldürmeye kalkışma mı, yoksa diğer sanığın öldürme eylemine doğrudan katılma niteliğinde mi olduğunun belirlenmesine ilişkindir.

Suç tarihinin 01.06.2005 tarihinden önce olması, iştirak konusunda hem 765, hem de 5237 sayılı TCY'lerindeki düzenlemelerin ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirmektedir.

İlkeleri Ceza Genel Kurulu'nun 20.01.2009 gün ve 232-2 sayılı kararında belirtildiği üzere:

765 sayılı Yasadaki Düzenleme

765 sayılı Yasada "asli iştirak" "fer'i iştirak" ayrımı kabul edilmiş olup, bu Yasanın 64.maddesinin birinci fıkrasında asli maddi iştirak, 2. fıkrasında asli manevi iştirak (azmettirme), 65.maddesinde ise fer'i iştirak düzenlenmiştir.

Buna göre, "fiili irtikap etme" ve "doğrudan doğruya beraber işleme" asli maddi iştirak; azmettirme asli manevi iştirak, "iş ve vasıta tedariki" ile "müzaharet ve muavenetle suçun icrasını kolaylaştırmak" fir'i maddi iştirak, "suç işlemeye teşvik", "suçu irtikap kararını takviye", "müzaharet ve muavenette bulunmayı vaat etmek" ve "talimat vermek" ise fer'i manevi iştirak hallerini oluşturmaktadır. 65. maddenin son fıkrasında ise zorunlu fer'i faillik kurumuna yer verilmiş, bu halde fer'i faile indirimsiz ceza uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenleme uyarınca asli maddi faillik, "doğrudan doğruya birlikte işleme" ile "fiili irtikap etme" hallerinde mümkün olabilecek ve bu durumda müşterek faillerden her birine suçun cezası tam olarak verilecektir. Burada esas itibariyle, bir kişi tarafından işlenebilmesi olanaklı olan bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi söz konusu olup, "fiili irtikap etmek" suçu birlikte işleyerek ya da suçun gerektirdiği hareketin her bir fail tarafından ayrı ayrı yapılması suretiyle, "doğrudan doğruya birlikte işlemek" ise suçun maddi unsurunu teşkil eden hareketleri olmasa bile suçun icrasında en az bunlar kadar önemli olan ikinci derecedeki hareketleri yaparak suça katılmayı ifade eder.

Suçu doğrudan doğruya beraber işleyenlerle, fer'i maddi faillerin durumları sık sık birbirine karıştırılmaktadır. Esas itibarıyla suçu doğrudan doğruya işleyen faillerin hareketleri ne suçun unsuru ne de şiddet sebebi olmayıp feri niteliktedirler, fakat maddi şekilleri, suçun icrasıyla aynı zamanda oluşları ve suçun icrasında birinci derecede etkili bulunuşları nedeniyle bu hareketleri gerçekleştirenler asli fail olarak kabul edilmiştir. (Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Genişletilmiş 5.bası, 1. cilt, s.833 vd.) Fer'i iştirakte ise suça ikinci derecede katılma sözkonusu olup, asli maddi failin suç teşkil eden hareketleriyle yardımcısı durumundaki feri failin hareketleri arasında bir bağlantı vardır. (YCGK, 23.11.1981 gün ve 214-1981 gün be 214-385 sayılı kararı) Fer'i failli halleri yasa metninde tek tek sayılmıştır. Yasaya göre, suçun işlenmesinde asli maddi faile vasıya tedarik etmek ve suçun işlenmesini kolaylaştırıcı yardımda bulunmak fer'i fail olarak cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bu anlamda destekleme (müzaheret) ve yardım (muavenet),

suçun icrasını kolaylaştırıcı hareketler yapmak şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak bu hareketler faille doğrudan doğruya işbirliği mahiyetinde değil, ikinci derece fiillerdir. Aksi takdirde asli faillik söz konusu olur. Bir hareketin asli ortaklığı mı, yoksa fer'i failliği mi gerektireceği hakim tarafından belirlenecektir. Öte yandan, söz konusu failin katılması olmaksızın fiilin işlenmesinin mümkün olmadığı hallerde kişi fer'i fail sayılacak, buna karşılık Yasa'nın 65. maddesinin son fıkrasındaki açık hüküm karşısında cezasından indirim yapılmayacaktır.

5237 Sayılı Yasa'daki Düzenleme

5237 Sayılı Yasa ile asli iştirak-fer'i iştirak ayrımı kaldırılmıştır. Yasa gerekçesinde belirtildiğine göre; eski sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Bu nedenle 765 Sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu dönemde uygulanan sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman asli fail olarak mı, yoksa fer'i fail olarak mı sorumlu tutulacakları duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanamamaktadır.

Yine gerekçede ifade edildiği gibi, Hükümet Tasarısı'nda da benimsenen asli iştirak, fer'i iştirak ayrımının adil ve reşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlanması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve tardım etmeden ibarettir.

Yeni yasada, iştirak halinde faillik ve şeriklik söz konusudur. Şeriklik de azmettiren ve yardım eden olarak ikiye ayrılmaktadır. Böylece 765 Sayılı Yasada asli manevi fail sayılan azmettiren, 5237 sayılı Yasada fail olarak kabul edilmeyip, şerikler arasında sayılmıştır. Bir suçun işlenmesinde asıl sorumluluk faillere aittir, şerikler ise 40. maddede yer alan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulabilmektedirler.

Yasa koyucu 37. maddenin 1. fıkrasındaki "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirilen kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" ifadesiyle faillik kavramının kapsamını oldukça geniş tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerine hakimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hakimiyet kurmak, birlikte irtikap etme şeklinde gerçekleştirebileceği gibi, zımni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartabileceğimiz netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirileceği yönünde olacaktır. Ancak, bu ifadeden yardım etmenin sadece suçun işlenmesinden önce veya sonra mümkün olabileceği sonucunun da çıkartılması gerekir. Zira, yardım etme her aşamada mümkün olabilecek ise de daha çok suçun işlenmesinden önceki ve sonraki hareketler yardım etme olarak değerlendirilebilecektir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Kişinin eyleminin, bir suça katılma aşamasına ulaşıp ulaşmadığı, ulaşmışsa da suça katılma düzeyinin saptanması için, eylemin bir evresindeki durumun değil, eylemin yapılması için verilen kararın, bu kararın icra ediliş biçiminin, olay öncesi, sırası ve sonraki davranışların da dikkate alınıp, tüm kanıtların birlikte değerlendirilebilmesi gerekir. Çünkü, suç kastının mutlaka belli aşamada oluşması gerekmediği gibi, iştirak iradesinin de suç tamamlanıncaya kadar her aşamada oluşması olanaklıdır.

Sanık L'nin, savunmalarında da belirttiği gibi, maktul ile aralarında bulunan husumet nedeniyle üzerinde taşımakta olduğu tabanca ile maktule ateş ettiği, ancak isabet ettirmediği ve daha sonra tabancayı alan sanık E'nin, birden çok ateş ederek de bu sonucu almaya çalıştığı, bununla da yetinmeyerek, sanık E ateş ederken ölüm sonucunu alabilmek için bıçak da çektiği nazara alındığında, sanıklar arasındaki olay sırasında iştirak iradesinin var olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Öte yandan, sanık L'nin olayda kullanılan tabancayı getirmemiş olması, maktule ilk kez ateş etmemesi ve sanık E'nın elinden silahı almasına engel olması hallerinde, öldürme sonucunun gerçekleşmesi olanaksızdır. Bu durumda, sanık L'nin iştiraki olmaksızın öldürme eyleminin işlenmesi olanağı bulunmadığından, sanığın eylemi 765 sayılı TCY'nin 65/son maddesinde düzsenlenen, zorunlu fer'i iştirak niteliğindedir.

Öte yandan, sanık L'in, olayı başlatarak ve elinden tabancayı almasına karşı çıkmayarak, "öldürme kastında" sanık E ile mutabık kaldığında ve zımni işbirliği (işbölümü) ile öldürme suçuna katıldığında kuşku bulunmadığından, bu sanığın maktule yönelik eyleminin, 5237 sayılı TCY açısından da 37. maddede düzenlenen "faillik" kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerekir.

Bu itibarla sanık L hakkında her iki TCY bakımından da iştirak hükümlerinin uygulanması gerekeceği ve hukuki durumunun da her iki TCY'ye göre uygulama yapılarak, lehe olan yasanın saptanması ile belirlenmesi gerektiği açıktır. Yerel Mahkemece, sanıklar arasındaki iştirak iradesi bulunmadığının kabulü ile sanık L'nin adam öldürmeye kalkışma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsiz olup, direnme hükmünün bu nedenle bozulmasına ve bozmaya uyulan hükümler yönünden temyiz incelemesi yapılmak üzere dosya Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1) Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14.12.2007 gün ve 325-421 sayılı, sanık LK'nin, adam öldürmeye kalkışma suçundan cezalandırılmasına ilişkin direnme hükmünün, suç niteliğinin belirlenmesindeki isabetsizlik nedeniyle **BOZULMASINA**,

2) Yerel Mahkemece Özel Daire bozma kararına uyularak, sanık LK hakkında 6136 sayılı Yasaya aykırılık ve sanık EK hakkında adam öldürme suçundan kurulan hükümler yönünden temyiz incelemesi yapılması için dosyanın, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığı'na TEVDİİNE, 13.10.2009 günü yapılan müzakerede, tebliğnamedeki isteme uygun olarak oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARLARI

DANIŞTAY ONUNCU DAİRESİ

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

ÖZET: Zorunlu taşıt sigortası tazminatının hak sahibi konumundaki kişi ile bu kişinin sigorta tazminatını kendi adına tahsilinde yetkilendirdiği vekil arasında imzalanan ve ilgili mevzuat çerçevesinde tarafların iradesi ile içeriği belirlenen vekaletnameler özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan, davalı idarenin bu sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak işlem tesis etme yetkisi bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Dnş.10.D. E: 2011/5130 T: 23.05.2011

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: İstanbul Barosu Başkanlığı

Davalı : Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı/ANKARA

İstemin Özeti : Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 5.1.2010 tarih ve 2010/18 sayılı Zorunlu Motorlu Taşıt Sigortalarında Tazminatların Vekaletle Takip ve Tahsil Edilmesine İlişkin Genelgesinin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi : 5684 Sayılı Yasa'nın 32. maddesi, davalı idareye, vekil ile müvekkil arasındaki sözleşmeye müdahale yetkisi vermediğinden; davalı idarenin yasal yetkisini aşmak suretiyle çıkardığı Genelgede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, yürütmenin durdurulması isteminin kabulü ile dava konusu Genelgenin yürütmesinin durdurulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi : Yürütmenin durdurulmasına karar verebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 5.11.2010 tarih ve 2010/18 sayılı Zorunlu Motorlu Taşıt Sigortalarında Tazminatların Vekaletle Takip ve Tahsil Edilmesine İlişkin Genelgesinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, ülkemiz sigortacılığının geliştirilmesini sağlamak, sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde

çalışmasını temin etmek üzere bu Yasaya tabi kişi ve kuruluşların, faaliyete başlama, teşkilat, yönetim, çalışma esas ve usülleri ile faaliyetlerinin sona ermesi ve denetlenmesine ilişkin hususlar ve sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi ile ilgili usül ve esasları düzenlemek amacıyla kabul edilmiş olup; Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketler Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperleri anılan Yasanın kapsamında sayılmıştır.

5684 Sayılı Yasa'nın "Zorunlu Sigortalar" başlıklı 13. maddesine, Bakanlar Kurulunun, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebileceği; "Güvence Hesabı" başlıklı 14.maddesinde ise, bu Yasanın 13. maddesi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile ihdas edilen zorunlu sorumluluk sigortaları ile bu Yasayla mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu çerçevesinde ihdas edilmiş olan zorunlu sigortalara ilişkin olarak belirlenen koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalara saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Güvence Hesabı oluşturulması öngörülmüştür.

Aynı yasanın 32. maddesinde ise, sigorta şirketleri ve aracılarının, kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamayacağını; sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılar ve sigorta eksperlerinin sigortalıların hak ve esaslarına uygun faaliyette bulunmak, sigortacılığın icaplarına ve iyiniyet kurallarına uygun hareket etmek zorunda olduğu; sigorta şirketlerinin, iyiniyet kurallarına aykırı olarak sigorta tazminatının ödenmesini geciktiremeyeceği kurallarına yer verdikten sonra; Hazine Müsteşarlığının, sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılar ve sigorta eksperlerinin yukarıda sayılan kurallara uymalarını sağlamak üzere gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Öte yandan; Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinde, vekalet sözleşmesinin, vekilim, sözleşme çerçevesinde kendisine bırakılan işin idaresini veya kabul ettiği hizmetin ifasını içerdiği belirtilmiş; 388. maddesinde ise, vekalet sözleşmesinin kapsamının, sözleşmeyle açıkça tespit edilmemiş olması halinde, işin mahiyetine göre belirleneceği; vekaletin, vekilin kabul ettiği işin yapılması için icabeden hukuki tasarrufları ifa yetkisini kapsadığı; bununla birlikte özel yetki verilmedikçe vekilin, dava açamayacağı, sulh olamayacağı, tahkime başvuramayacağı, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağı, hibe edemeyeceği, gayrimenkulü devir veya bir hak ile sınırlandırılamayacağı öngörülmüştür; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56. maddesinde, vekaletnamelerin Türkiye için tek tip olup, vekaletnamenin biçim ve içeriğinin Türkiye Barolar Birliği ile Türkiye Noterler Birliği tarafından hazırlanacağı; 35. maddesinde ise, avukatların, dava açma gibi yalnız avukatlar tarafından yapılabilecek işlerin yanında, resmi dairelerdeki dahil bütün işleri takip etme yetkisinin de bulunduğu kurala bağlanmıştır.

5684 Sayılı Yasa'nın 32. maddesine dayanılarak çıkarılan dava konusu Genelgeyle; uygulamada, özellikle zorunlu motorlu taşıt sigortalarında, sigorta tazminatlarının vekil aracılığıyla tahsil edildiği, ancak kimi zaman vekilin

tazminatı müvekkiline tümüyle iletmediğinin gözlemlendiği, bu durum ise, zorunlu motorlu taşıt sigortasının ihdas amacı olan üçüncü kişilerin korunması ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek; söz konusu aksaklığın giderilmesi amacıyla zorunlu motorlu taşıt sigortalarında bedeni zararların vekil aracılığıyla tahsilinde, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının uyması gereken kurallar belirlenmiştir. Buna göre; vekilin temsil ettiği kişiye tahsil ettiği tazminatın ne kadarını iade edeceğine ilişkin olarak vekaletnamede asgari "Tahsil edilen tazminatın %.....'sı müvekkile iletilecektir." Veya benzeri bir ifadenin yer alması gerektiği; vekaletname de bu şekilde bir ibare yer almaması halinde, temsil olunan kişinin imzasının noter tarafından onaylandığı aynı içerikte bir belgenin düzenlenmesi gerektiği; başvuru sırasında aktarılan şekilde düzenlenen belgenin ya da vekaletnamenin sigorta şirketi veya güvence hesabına ibraz edileceği, ibrazı üzerine belgede/vekaletnamede yazılı meblağın temsil olunan hak sahibine, kalanın vekile ödeneceği; ibraz edilmemesi halinde ise başvurunun işleme alınmayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Zorunlu taşıt sigortalarında, sigorta tazminatını hak eden kişi ile bu kişinin sigorta tazminatını kendi adına tahsilinde yetkilendirdiği vekil arasında imzalanan vekalet sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda öngörülen vekalet sözleşmesi ile Avukatlık Kanunu'nda öngörülen vekaletname kapsamında olup; uyuşmazlığın çözümü için, davalı idarenin söz konusu alana müdahale etme yetkisi olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden görüleceği üzere; 5684 sayılı Yasa, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperleri kapsamakta ve söz konusu kişi ve kuruluşların faaliyet, teşkilat, yönetim, çalışma esas ve usulleri ile denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemekte; dolayısıyla Hazine Müsteşarlığının anılan Yasa çerçevesindeki yetkisi de, yalnızca bu kişi ya da kuruluşlara yönelik bulunmaktadır.

Nitekim, anılan Yasanın-davalı idarece, dava konusu Genelinin dayanağı olduğu belirtilen- 32.maddesinde de, Hazine Müsteşarlığının; sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılar ve sigorta eksperlerinin maddede sayılan kurallara uymalarını sağlamak üzere gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili olduğu hükmüne yer verilmiş; bu suretle Hazine Müsteşarlığının yetkisi, anılan kişi ve kuruluşlarla sınırlı tutulmuştur.

Bu durumda, zorunlu taşıt sigortası tazminatının hak sahibi konumundaki kişi ile bu kişinin sigorta tazminatını kendi adına tahsilinde yetkilendirdiği vekil arasında imzalanan ve ilgili mevzuat çerçevesinde tarafların iradesi ile içeriği belirlenen vekaletnameler özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan; davalı idarenin bu sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak işlem tesis etme yetkisi bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla, Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 5.11.2010 tarih ve 2010/18 sayılı Zorunlu Motorlu Taşıt Sigortalarında Tazminatların Vekaletle Takip ve Tahsil Edilmesine İlişkin Genelgesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleştiği anlaşıldığından,

yürütmenin durdurulması isteminin kabulü ile Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 5.11.2010 tarih ve 2010/18 sayılı Genelgesinin **YÜRÜTMESİNİN DURDURULMASINA**, bu kararın tebliğinden itibaren yedi (7) gün içinde İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz edilebileceğinin davalı idareye duyurulmasına 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY ONİKİNCİ DAİRE[1]

MEMURLARIN YENİDEN ATANMASI

E: 2003/1252 K: 2005/772 T: 13.02.2002

Davanın Özeti : Davalı idarede memur olarak görev yapmakta iken 15.06.1997 tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacı, eski görevine yeniden atanmak istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayağı olan Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42. maddesinin son fıkrasının; Yönetmelik ile getirilen kısıtlayıcı hükmün, 657 Sayılı Kanunu'na aykırı olduğu, Yönetmeliğinin ilgili maddesinin sadece diğer kurumlardan naklen atananlara uygulanabileceği, yeniden atanmak istemiyle İstanbul Defterdarlığı'na başvurduğu tarih itibariyle Yönetmeliğin 42. maddesinin son fıkrasında öngörülen istifa tarihinden itibaren geçen sürenin en fazla 5 yıl olması şartını taşıdığı iddialarıyla iptalini istemektedir.

Savunmanın Özeti : Yönetmelik maddesinin, Bakanlık mevzuatında sıkça değişiklik yapılması nedeniyle meslekten uzun süre ayrı kalan personelden veril alınamadığı nedeniyle yürürlüğe konulduğunu, boş olan kadrolara uygun gördüğü elemanı atamak konusunda da takdir yetkisine sahip olunduğunu, iptali istenilen Yönetmeliğin hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak düzenlendiği, tesis edilen işleminde hukuka uygun olduğu ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi : Davalı idarede memur olarak göreve yapmakta iken 15.06.1997 tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacının, eski görevine yeniden atanması istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvuru tarihi itibariyle Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğin 42. maddesinin son fıkrasında öngörülen istifa tarihinden itibaren geçen sürenin en fazla 5 yıl olması şartının taşıması nedeniyle idarece kadro ve ihtiyaç durumu değerlendirilerek bir işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, davacının yeniden atanması istemiyle yaptığı başvurusunun, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte Yönetmelik hükmünde aranılan 5 yıllık azami süre şartını taşımadığı nedeniyle reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmediğinden, davanın, davacının göreve iade isteminin reddine ilişkin işleme ilişkin kısmının iptali, dava konusu işleme dayanak gösterilen Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğin 42. maddesinin son fıkrasının iptali isteminin ise reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi : Dava, davacının eski görevini dönme isteminin reddine ilişkin 15.10.2002 gün ve 061674 sayılı Maliye Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü işlemi ile buna dayanak teşkil eden Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42. maddesinin son fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

---

[1] Göenderen: Av. A. Ulvi ÇAĞIRAN

İstanbul ilinde yoklama memuru olarak göre yapmakta iken istifa ederek görevden ayrılan davacı tarafından İstanbul Defterdarlığı'na 13.02.2002 gününde yapılan başvuru üzerine atanması istemiyle davalı idareye yapılan ikinci başvurunun esas alınarak dava konusu işlemin tesis edildiğini, bu başvurun esas alınmasının ve yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

657 Sayılı Kanun'un 92. maddesinde iki defadan fazla olmamak üzere memurluktan kendi istekleriyle çekilenlerden veya bu kanun hükümlerine öre çekilmiş sayılanlardan tekrar memurluğa dönmek isteyenlerin, ayrıldıkları sınıfta boş kadro bulunmak ve bu sınıfın niteliklerini taşımak şartıyla ayrıldıkları tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit bir derecenin aynı kademesine veya 71. madde hükümlerine uyulmak suretiyle diğer bir sınıfta eşit derecedeki kadrolara atanabilirler kuralı yer almıştır.

Maddede memurluktan çekilenlerin yeniden atanması ile ilgili olarak kurumlara takdir hakkı tanındığı, kurumların da kamu hizmetinin gereklerini göz önünde tutarak atama istemlerini değerlendirecekleri görülmektedir.

Davalı idarece de memurluktan çekilenlerin yeniden atanmaları konusunda kendisine tanınan takdir yetkisini kullanırken yürütmekte olduğu kamu hizmetinin gereklerini göz önüne aldığı sonucuna varılmaktadır.

Atama isteminin reddi işlemine gelince;

Davacının, İstanbul Defterdarlığı'na başvuru tarihi olan 13.02.2002 gününde dava konusu edilen yönetmelik hükmünün henüz yürürlüğe girmemiş olduğu açıktır.

Öte yandan, 15.06.1997 tarihinde istifaen görevden ayrılan davacının bu tarihten itibaren beş yıl geçmemiş olması nedeniyle davalı idarece davacının göreve dönme istem hakkında bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, Yönetmeliğin iptali istemine yönelik davanın reddinin, davacının atama isteminin reddi işleminin iptalinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü.

Davalı idarede memur olarak görev yapmakta iken 15.06.1997 tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacı, eski görevine yeniden atanmak istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği'nin 42. maddesinin son fıkrasının iptal istemiyle dava açmıştır.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 92. maddesinde "iki defadan fazla olmamak üzere memurluktan kendi istekleri ile çekilenlerden veya bu kanun hükümlerine göre çekilmiş sayılanlardan, tekrar memurluğa atanmak isteyenler, ayrıldıkları sınıfta boş kadro bulunmak ve bu sınıfın niteliklerini taşımak şartıyla ayrıldıkları tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit bir derecenin aynı kademesine veya 71. madde hükümlerine uyulmak suretiyle diğer bir sınıfta eşit derecedeki kadrolara atanabilirler hükmü ile atanma konusunda belirli koşul ve sınırlamalara tabi tutulabilecekleri bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Dayanağını 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 99/12647 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe giren Devlet Memurlarının Görevde Yükselme Esaslarına Dair Genel Yönetmelikten olan Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin amacı Bakanlık personelinin belirlenen hizmet gruplarına atanmalarını ve görevde yükselmelerini belirli kurullara bağlamak ve verimliliği arttırmaya ilişkin usul ve esasları düzenlemelidir.

Davaya konu Yönetmeliğin 42. maddesinin son fıkrasında, istifaen veya emeklilik nedeniyle görevinden ayrılan personelden yeniden atanma talebinde bulunanların meslekte ilgili en az iki yıllık yüksek okul mezunu olmaları, istifa veya emekli tarihinden itibaren geçen sürenin en az 1, en fazla 5 yıl olması durumunda kadro ve ihtiyaç durumuna göre yeniden atanmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Dava dosyanın incelenmesinden, davacının İstanbul ilinde yoklama memuru olarak görev yapmakta iken 15.06.1997 tarihinde istifa ettiği, 13.02.2002 tarihili dilekçesi ile yeniden atama isteminde bulunduğu, isteminin Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği'nin 42. maddesinin son fıkrası uyarınca reddi üzerine bakıln davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, belli görevlere atanabilmek için kendi hizmet özelliklerini de dikkate alarak kurumlarca özel koşullar getirme konusunda, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olarak takdir yetkisi verilmiş bulunmaktadır. İdareler, kendi görev alanları ile ilgili olarak, kanunlara aykırı olmamak ve kanunların uygulanmasını sağlamak amacı ile bu hükümden faydalanarak Yönetmelik çıkartabilirler.

Davalı idare tarafından, kendisine tanınan takdir yetkisi uyarınca kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak, ayrıca özel bir ihtisas mesleği olan Maliyecilik mesleğinin niteliği de göz önüne alınarak belli bir süre aralığından sonra göreve dönme taleplerini sınırlayacak şekilde şart aranmasında üst normlara ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.

Davanın; davacının eski görevine yeniden atanmak istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline yönelik kısmına gelince;

Davacının yeniden atanması istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvuru tarihi itibariyle Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği'nin 42. maddesinin son fıkrasında öngörülen istifa tarihinden itibaren geçen sürenin en fazla 5 yıl olması şartının taşıması nedeniyle yeniden atanma başvurusun, bu koşullarda açıktan atama esasları çerçevesinde kadro ve ihtiyaç durumları da göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir kamu görevine açıktan atama yapmak konusunda idarelerin takdir yetkisi bulunduğu, idarenin bu konuda yargı kararı ile zorlanamayacağı, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği, ancak bu takdir yetkisinin de mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğu ve takdire dayanan işlemlerin sebep ve maksat yönünden yargı denetimine tabi bulunduğu hususları idare hukukunun bilinen ilkelerindendir.

Bir başka ifade ile, takdir yetkisi, açıktan atamaya ilişkin bir işlemde kullanılmış ise, bunun kadro, ihtiyaç, hizmet gerekleri ve atama isteminde bulunan kişinin kişisel konumu gibi durumlar dikkate alınarak, kullanılıp kullanılmadığının yargı merciince incelenmesi, idari eylem ve işlem niteliğinde karar vermeyi değil, idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden yargı denetiminin işlevini sağlamak olarak kabulü gerekir.

Davacının eski görevine atanma isteminin değerlendirilerek kabulü veya reddi, ihtiyaç durumuna göre idarenin takdir yetkisi içinde bulunduğundan, ilgilinin, yeniden atanmak için aranan genel ve özel şartları taşıması halinde dahi, atama konusundaki istemlerini olumlu sonuçlandırmak konusunda idarenin yargı kararıyla zorlanamayacakları açıktır.

Olayda da, davalı idare savunmasında, davacının yeniden atanma isteminin açıktan atama koşulları içinde değerlendirildiğinin belirtildiği ve idareye tanınan takdir yetkisinin davacının yeniden eski görevine atanmaması yolunda kullanıldığı anlaşılmış olup, dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın: Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42. maddesinin son fıkrasının iptali istemine ilişkin kısmının oybirliği reddine davanın, davacının eski görevine yeniden atanmak istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemine ilişkin kısmının ise oyçokluğu ile reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, kullanılmayan 20.750.000 Lira posta pulu ücretinin isteği halinde davacıya, 8.050.000 Lira posta pulu ücretinin ise isteği halinde davalı idareye iadesine, 15.03.2005 tarihinde karar verildi.

(X) KARŞI OY

Olayda, davalı idarede memur olarak göreve yapmakta iken 15.06.1997 tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacının, eski görevine yeniden atanması istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvuru tarihi itibariyle Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğin 42. maddesinin son fıkrasında öngörülen istifa tarihinden itibaren geçen sürenin en fazla 5 yıl olması şartının taşıması nedeniyle idarece kadro ve ihtiyaç durumu değerlendirilerek bir işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, davacının yeniden atanması istemiyle yaptığı başvurusunun, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte Yönetmelik hükmünde aranılan 5 yıllık azami süre şartını taşımadığı nedeniyle reddedilmesinde hukuka ayarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının eski görevine yeniden atanmak istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali gerekeceği oyu ile kararın, dava konusu işlemin iptali isteminin reddine ilişkin kısmına karşıyım.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU[1]

E: 2005/1659 K: 2008/276 T: 18.08.2008

İstemin Özeti : Danıştay Onikinci Dairesinin 15.03.2006 günlü, E:2003/1252, K:2005/772 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Danıştay Onikinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi : Davalı idarede memur olarak görev yapmakta iken istifa ederek görevinden ayrılan davacının yeniden atanmak istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı 29.06.2002 günü 24789 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42. fıkrasının son fıkrasının iptali istemiyle açtığı davanın reddi yolunda verilmiş bulunan Danıştay 12. Daire kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dayanağını 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 99/12847 sayılı Bakanlar Kurul kararı ile yürürlüğe giren Devlet Memurlarının Görevde Yükselme Esaslarına Dair Temel Yönetmelikleri alan Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42. maddesinin son fıkrasında istifaen veya emeklilik nedeniyle görevinden ayrılan personelden yeniden atanma talebinde bulunanların meslekle ilgili en az iki yıllık yüksek okul mezunu olmaları, istifa veya emekli tarihinden itibaren geçen sürenin en az 1 en fazla 5 yıl olması durumunda kadro ve ihtiyaç durumuna göre yeniden atanmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Olayda, davalı idarede görev yapmakta iken 15.08.1997 tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacının, eski görevine yeniden atanması istemiyle 13.02.2002 tarihinde yaptığı başvuru tarihi itibariyle bahse konu yönetmeliğin 42. maddesinin son fıkrasında öngörülen süre şartını taşıması nedeniyle derece kadro ve ihtiyaç durumu değerlendirilerek bir işlem tesis edilmesi gerekmekte olup, davacının yeniden atanmak istemiyle yaptığı başvurusunun, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte Yönetmelik hükmünde aranılan 5 yıllık azami süre şartını taşımadığı nedeniyle reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan bahse konu yönetmelik hükmünün iptali istemine ilişkin olarak, temyiz dilekçesinde önü sürülen hususlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirine uymamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Danıştay 12. Dairesince, verilen kararın, yönetmeliğin

[1] Bu karar için yapılan karar düzeltme başvurusu, 16.12.2010 gününde oybirliğiyle reddedilmiştir. Y.K.

iptali istemine ilişkin kısmi yönünden temyiz isteminin reddine, davacının atanma isteminin reddi işlemine ilişkin kısmi yönünden temyiz isteminin kabulü ile bu kısmının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden, davacının yürütmenin durdurulması istemi görülmeksizin işin esası incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, davalı idarede memur olarak görev yapmakta iken 15.08.1997 tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacı tarafından eski görevine yeniden atanmak istemiyle yaptığı başvurusun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan 29.05.2002 günü, 24789 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Maliye Bakanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin 42. maddesinin son fıkrasının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onikinci Dairesi 15.03.2005 günlü, E:2003/1253, K:2005/772 sayılı kararıyla; davalı idare tarafından, kendisine tanınan takdir yetkisi uyarınca kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak, ayrıca özel bir ihtisas mesleği olan maliyecilik mesleğinin niteliği de göz önüne alınarak belli bir süre aralığından sonra göreve dönme taleplerini sınırlayacak şekilde şartlar aranmasında üst normlara ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı, davacının eski görevine atanma isteminin değerlendirilerek kabulü veya reddinin ihtiyaç durumuna göre idarenin takdir yetkisi içinden bulunduğundan, istemleri olumlu sonuçlandırmak konusunda idarenin zorlanmayacağı gerekçesiyle isteminin reddinde de hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, işlemlerin mevzuata aykırı olduğunu belirterek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Dava konusu yönetmelik hükmünün Danıştay Onikinci Dairesinin 20.02.2008 günlü, E:2003/1517, K:2006/503 sayılı kararıyla 657 Sayılı Yasa'nın 83. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiği, bu kararın temyiz edilmesi sonucu Danıştay İdari dava Daireleri Kurulunun 13.03.2008 günlü, E:2008/2678, K:2008/273 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmış olup oluşan bu hukuki duruma göre Dairesince yeniden karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Onikinci Dairesinin 15.03.2005 günlü, E:2003/1252, K:2005/772 sayılı kararının **BOZULMASINA**, 13.03.2008 günü oybirliği ile karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA I

İŞ SÖZLEŞMESİ[1]

ÖZET ve YORUM: Sağlık nedenleri ile istifa halinde, kıdem tazminatından yararlanabilmek için, davacının yaptığı işin niteliği ve mahiyeti de açıklanarak iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin netliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı hususu tereddüde yer vermeden ortaya konulacak şekilde sağlık raporu alınmalıdır.

Olayda davacı kaptan olup, firma adına gemilerin elverişlilik denetimini yapmaktadır. Ancak kendisi çalışırken Yunan uyruklu bir firma ile anlaşarak aynı konuda iş yapmak üzere bir ortaklık kurmuştur. Anılan ortaklığa ilişkin belgeler dosya içinde olmasına. Savunmada sürekli olarak ileri sürülmesine rağmen incelenmiştir. Sonuç olarak davacı aynı işi yapmak üzere şirket kurmuş ve sözleşmesini tek taraflı olarak feshetmiştir. Halen de kendi şirketinin ortağı olarak bu işi yapmaktadır.

Y.9.HD. E: 2011/2356 K: 2011/5968 T: 03.03.2011

Dava: Davacı, kıdem tazminatı ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, davalıya ait gemide gemi sörveyörü ve ISM/ISO baş tetikçisi olarak çalışmakta iken 02.05.2005 tarihinde istifa dilekçesi verdiği, dilekçesinde 30 Haziran 2005 tarihi itibari ile işten ayrılmak istediğini bildirdiği, davalı şirketin ise 31.05.2005 tarihinde ayrılabileceğini bildirdiği, 31.05.2005 tarihinde işten ayrıldığı, bel fıtığı rahatsızlığı olduğu, görevi gereği boru şeklindeki yerlere girip kontroller yapması gerektiğini, aldığı rapor ile şirketten ayrılma isteğini belirttiği, şirketin de kabul ettiği, sağlık nedeni ile ayrılmak istemesine rağmen şirket tarafından kıdem tazminatının ödenmediği iddiası ile kıdem tazminatı alacağının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının 02.05.2005 tarihinde istifa dilekçesi verdiği, istifası şirketçe uygun görüldüğünden işten ayrıldığını, 4857 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin

[1] Derleyen: Av. Ali Turan HÜR

1.bendinin a fıkrası uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin netliğinden doğan bir sebeple işçinin istifasının haklı bir nedene dayandığını kabul ederek kıdem tazminatı alabileceğini, davacının sağlık sorunlarından bahsederek istifa ettiğini, sağlık sorununun 24/1-a fıkrasına girmediğinin tartışmasız olduğunu, işin yürütümünün davacının ne sağlığı, nede yaşayışı için tehlikeli olmadığını, davacının başından beri bunu bildiğini, isteğin yerinde olmadığını savunmuştur.

Mahkemece, 13.01.2010 tarihli 2009/132 E., 2010/5 K. Sayılı karar ile."Davacının davalı şirketin ofis merkezindeki gemilerin yola uygunluk kontrolü işini yaptığı, davacının, iş akdinin sağlık nedeni ile haklı olarak feshedildiği, tazminata hak kazanamayacak şekilde feshedildiği iddiasının davalı işveren tarafından ispat edilemediği, kıdem tazminatına hak kazandığı " gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı tarafından temyizi üzerine Dairemizce yapılan inceleme sonunda 18.03.2010 tarihli 2010/8165 E. 2010/7207 K. Sayılı ilam ile "Mahkemece, dosyaya ibraz olunan sağlık belgeleri eklenerek Sağlık Bakanlığı İstanbul Meslek Hastalıkları Hastanesine müzekkere yazılarak davacının rahatsızlığının gemideki işini yapmasına engel olup olmadığı yönünde rapor düzenlenmesi istenmiştir. Hastane tarafından verilen 19.01.2007 tarihli 135-A no.lu rapor ile rahatsızlığının gemideki işini yapmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Rapor alınmak için yazılan müzekkerede ve raporda davacının yaptığı işin niteliği belirtilmemiştir. Dolayısı ile 48-57 Sayılı Kanunun 24/I-a maddesince de davacının iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmamıştır.

Bu durumda, mahkemece yazılacak müzekkerede davacının yaptığı işin niteliği ve mahiyeti de açıklanarak iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışını için tehlikeli olup olmadığı hususu tereddüde yer vermeden ortaya konulacak şekilde sağlık raporu alınmalıdır.

Alınacak raporun sonucuna göre, davacı işçinin yaptığı işin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olduğunun belirlenmesi durumunda şimdiki gibi, aksi halde davacı işçinin yaptığı fesih haksız olması nedeni ile kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir" gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak bozma doğrultusunda İstanbul Meslek Hastalıkları Hastanesine müzekkere yazılmış ise de verilen raporda meslek hastalığı olmadığı belirtilmiş, müzekkerede belirtilen şekilde bir tespit yapılmamıştır.

Bu kez mahkemece, "davacının mesleği ile ilgili hastalığının bulunmadığı, sağlık nedeni ile iş akdini feshinin haklı olmadığı, kıdem tazminatına hak kazanamadığı kanaati ile isteğin reddine" karar verilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece hükmüne uyulan bozma kararı gereğince yeterli inceleme ve araştırma yapılmamıştır.

Yapılması gereken iş davacının ileri sürdüğü rahatsızlığa göre ilgili sağlık kuruluşuna sevki ile yaptığı işin niteliği ve mahiyetine göre iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı hususunun tereddüde yer vermeden ortaya konulacak şekilde sağlık raporu alınarak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.03.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYA II

İKALE (BOZMA) SÖZLEŞMESİ[1]

ÖZET ve YORUM: Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. Bozma sözleşmesinin BK 23-31 maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekmektedir. Öncelikle, bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul yararının olması gerekir.

Olayda, davalı bankanın Balıkesir şubesinde çalışan davacı, bölümünün tasfiye edildiği gerekçesiyle davalının Bursa Bölge Müdürlüğüne çağrılmış, istifa etmesi gerektiği söylenmiş ve elinden Kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi koşuluyla istifa ediyorum diyerek dilekçe alınmıştır. İrade fesadı nedeniyle süresinde işe iade davası açılmış ve dava kabul edilmiştir. Banka vekili savunmasında davacıya istifa etmesi nedeniyle kıdem ve ihbarının yanında ayrıca bir aylık ücreti tutarında bir ödeme yapıldığını ileri sürmüşse de bu bir aylık ücretin davacının çalışması karşılığında olduğu ekstra hiçbir ödemenin yapılmadığı ve makul yararın bulunmadığı sonucu dava işe iade ile sonuçlanmışsa da, Yargıtay aşağıdaki gerekçeyle ve bir aylık ödemeyi var sayarak ve makul yarar kabul ederek kararı bozarak ortadan kaldırmış, davanın reddine karar verilmiştir. Resen bu tür inceleme yanılgıları da içermektedir. Davacının istifa için Balıkesir'den Bursa'ya çağrılması ve bir aylık ekstra ücretin ödenmemesi bu şekilde tartışılmamıştır.

Y.9.HD. E: 2009/49584 K: 2011/11186 T: 13.04.2011

Dava: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına alınmıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

[1] Derleyen: Av. Ali Turan HÜR

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, müvekkilinin 13.3.2003-13.4.2009 tarihleri arasında davalı işyerinde çalıştığını, Şube yetkililerinin müvekkili üzerinde baskı kurarak, kıdem ve ihbar tazminatının ödeneceği koşuluyla müvekkilin elinden dilekçe alarak, iş sözleşmesini fesih ettiklerini, müvekkilinin sözleşmenin feshine razı olması hayatın olağan akışına aykırı olduğunu sözleşmenin davalı tarafından geçerli ve haklı bir neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılma halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer hakların belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının serbest iradesi ile iş aktinin tazminatlarının ödenmesi kaydıyla feshedilmesini talep ettiğini, müvekkilin, işçinin talebi üzerine iş aktini feshettiğini, davacının ihbar ve kıdem tazminatlarının yanı sıra ayrıca 1 aylık ücreti kadar menfaat sağlandığını, belirttiği nedenlerle haksız açılan davanın reddine karar verilmesini belirtmiştir.

Mahkeme tarafından, şirket tarafından bazı evrakları kendisine imzalanmasının istendiğini, müdürüne güven duyarak bu şekilde imza attığı, iyi niyetle imzalanması istenen belgeleri imzaladığı, 6 yıla yakın çalışması olan davacının makul bir neden olmadan aleyhine sonuç doğuracak nitelikte bu şekilde bir belgeyi imzalamasının hayatın olağan akışına uygun görülmediği, bu nedenle davacının talebi ile fesih yapıldığı yolundaki davalı savunmasına iştirak edilmediği, davacının davasındaki haklı olduğundan davanın kabulüne karar vermiştir.

Karar davalı vekil tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkinin bozma sözleşmesi sonucu sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesinin de mümkünüdür. Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sonra erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak değerlendirilmelidir.

İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanunundaki bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumundan olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddeleri arasında

düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek kaşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamayla hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren fesihin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığını da irdelemesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikle dikkate alınmalıdır. Dairemizin 2008 yılı kararları bu yöndedir. (Yargıtay 9.HD. 21.4.2008 gün 2007/ 31287 E, 2008/9600 K.)

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 Sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirilmenin gerekliliği ortaya koymaktadır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Somut olayda, davacı tarafından 13.4.2009 tarihli davalı bankaya hitaben el yazısı ile yazdığı yazıda kıdem ve ihbar tazminatlarımın tarafıma ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshini talep ettiği, talebi dikkate alınmak suretiyle kıdem ve ihbar tazminatları ödenerek 13.4.2009 tarihi itibariyle sözleşmesi feshedildiği anlaşılmıştır.

Davacının iş akdinin kendisinden gelen talep üzerine sonlandırıldığı, davacıya ihbar ve kıdem tazminatları ödendiği gibi maaş tutarı ekstra ödeme yapıldığı, davacının iş akdinin sonlandırılmasına yönelik talebin irade fesada uğradığını kanıtlayamadığını, iş akdinin davacı talebi üzerine fesih edilmesi karşısında işe iadesine karar verilmesi hatalıdır. Bu nedenle 4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1) Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILLMASINA**,

2) Davanın **REDDİNE**,

3) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4) Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerine bırakılmasına, davalının yaptığı 61.20 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.100 TL ücreti vekaletin davacından alınarak davalıya verilmesine.

6) Davalı tarafından yaratılan temyiz harcının istek halinde kendisine iadesine,

İSTANBUL 2. İŞ MAHKEMESİ

E: 2009/347 K: 2009/598 T: 16.11.2009

Kesin olarak oy birliği ile 13.04.2011 tarihinde karar verildi.

Mahkememizde görülmekte bulunan Tespit (İşe İade İstemi) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili, müvekkilinin 13.3.2003 - 13.4.2009 tarihleri arasında davalı işyerinde çalıştığını, sözleşmenin davalı tarafından geçerli ve haklı bir neden olmadan feshedildiğini açıklayarak, feshin geçersizliğine, işe iadesine, tazminata, boşta kalınan süreye ilişkin ücrete ve diğer haklarının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dilekçe ve beyanlarında belirttiği nedenlerle haksız açılan davanın reddini savunmuştur.

Yapılan yargılamaya, toplanan delillere, celp ve tetkik edilen kayıt ve belgelere, tanık anlatımlarına göre, davacının davalıya ait işyerinde 13.3.2003 - 13.4.2009 tarihleri arasında iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştığı, sözleşmenin, 13.4.2009 tarihli fesih bildirimi ile davalı işveren tarafından 13.3.2003 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinin 14.4.2009 tarihli davacı talebi dikkate alınarak kıdem ve ihbar tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiği, anlaşılmakta ise de, davacı tarafından işverene sunulan 13.4.2009 tarihli kıdem ve ihbar tazminatlarının tarafına ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin talep dilekçesinin davacının gerçek iradesini yansıtmadığı, portföy yetkilisi olarak çalışan davacının Bursa Bölge Müdürlüğüne götürüldüğünde orda kendisine iş akdinin feshine verildiğinin, bazı evrakları kendisinin imzalamasının istendiğini, müdürüne güven duyarak bu şekilde imza attığı, iyi niyetle imzalanması istenen belgeleri imzaladığı, 6 yıla yakın çalışması olan davacının makul bir neden olmadan aleyhine sonuç doğuracak nitelikte bu şekilde bir belgeyi imzalamasının hayatın olağan akışına uygun görülmediği, bu nedenle davacının talebi ile fesih yapıldığı yolundaki davalı savunmasına iştirak edilmediği, davacının davasında haklı olduğu sonuç ve vicdani kanısına varıldığından aşağıdaki hüküm verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe nedeniyle,

Davanın kabulüne, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, kesinleşen

mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurması, işverenin de başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması halinde kıdem durumuna göre takdiren 4 aylık brüt ücretin tazminat olarak belirlenmesine, işçinin 10 iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması koşulu ile fesihten kararın kesinleşmesine kadar geçecek süre ile orantılı olmak üzere en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, işveren tarafından işçiye ödenmiş bulunan kıdem ve ihbar tazminatının işe başlatılması halinde ödenmesi gereken 4 aya kadar ücret ve diğer haklardan mahsup edilmesine,

575,00 TL. vekalet ücretinin, 61,20 TL. yargılama da giderinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

Harç peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına,

Davalı tarafından yapılan giderlerin üzerine bırakılmasına,

Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen hüküm taraf vekillerin yüzlerine karşı açıkça okunup usulen anlatıldı.16.11.22009

TBB DİSİPLİN KURULU KARARLARI

TBB DİSİPLİN KURULU

ÖZET: Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın icra takibi başlattığı bonodaki düzenleme tarihini attığı iddiası ile hakkında kamu davası açılmasına sebebiyet verdiği, bononun düzenlenme tarihinin önce 13/12/2005 olarak atılmasına rağmen, ödeme tarihinin 22/01/2005 olması sebebiyle ihtiyati haciz için yapılan müracaatı mahkemenin red ettiği, daha sonra bononun düzenleme tarihinin 13/12/2004 olarak düzenlendiği, böylece hakkında kamu davası açılmasına sebebiyet verdiği, anlaşılmıştır.

TBB D.K. E: 2011/162 K: 2011/301 T: 06.05.2011

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

Şikayetli avukat hakkında, "Belgede sahtecilik yaptığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunun 13/07/2009 gün, 2009/D.204 Esas, 2009/353 Karar sayılı kararı ile "Uyarma" ceza tayin edilmiş İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine Kurulumuz 26/02/2010 günlü, 2009/619 Esas, 2010/98 Karar sayılı kararı ile itirazın kabulü ile şikayetli avukatın meslekten çıkarılmasına ve işten yasaklanmasına karar vermiş, karar Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 11/05/2010 günlü yazısı ile onaylanmıştır.

Şikayetli avukat tarafından Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 2010/1257 Esas kayıtlı olarak Kurulumuz kararının iptali istemi ile ilgili olarak idari dava açılmış, Mahkemece 25/08/2010 tarihli kararla "Yürütmenin durdurulmasına" karar verilmiş, Karar Kurulumuzun 2010/563-734 sayılı ve 18/12/2010 günlü "İnfazın durdurulması" kararı uygulanmış, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 2010/1257 Esas, 2011/161 Karar sayılı ve 31/01/2011 günlü kararı ile "İptal" kararı verilmiştir.

Mahkemenin iptal kararının Kurulumuza intikali üzerine disiplin dosyası ilgili Barodan celp edilerek incelenmek suretiyle gereği düşünülüp görüşüldü:

Ankara 9. İdare Mahkemesi, iptal kararının gerekçesinde, ".....davacı hakkında mahkumiyet kararı veren Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yapılan inceleme ve değerlendirmede, davacının durumunun Ceza Muhakemesi Kanununun 231.maddesi kapsamında olduğu ve bu maddede aranılan koşulların gerçekleşmiş olduğu sonucunda ulaşılarak sanık hakkındaki daha önceki mahkumiyet hükmünün iptal edilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmesi karşısında, hükmün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağının da anılan maddede açıkça belirtilmiş olması nedeniyle davacının Avukatlığa engel bir mahkumiyet hükmün bulunduğundan söz etme olanağı kalmamıştır. Davacının, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 136/1 maddesi uyarınca meslekten çıkarılma ve 154/1 maddesi gereğince de işten

yasaklama işleminin sebep unsurunun aynı Kanun'un 5. maddesine sayılan ve avukatlık mesleğine engel kabul edilen bir suçtan mahkumiyet ve bu mahkumiyete ilişkin kesinleşmiş, bir mahkeme kararı oluşturmaktadır. Her ne kadar dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyle, bahsedilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair hüküm tesisi edilmemiş ve işlemin tesis edildiği aşamada bu anlamda bir hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, ceza kanunu yönünden lehe olan hükmün uygulanması kapsamında verilen yeni kararla birlikte ortaya çıkan ve yukarıda özetlenen yeni hukuki durum karşısında, dava konusu işlemin dayanağının hukuken ortandan kalktığı ve işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale geldiği sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptaline….karar verildi." denilmektedir.

Anayasamızın 138. maddesine göre "….Yasama ve yürütme organları ile idari , mahkemem kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçibir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın kararların sonuçlarıyla ilgili 28.maddesine: "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." Denilmektedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın icra takibi başlattığı bonodaki düzenleme tarihinin attığı iddiası ile hakkında kamu davası açılmasına sebebiyet verdiği, bononun düzenlenme tarihinin önce 13/12/2005 olarak atılmasına rağmen, ödeme tarihinin 22/01/2005 olması sebebiyle ihtiyati haciz için yapılan müracaatı mahkemenin red ettiği, daha sonra bononun düzenleme tarihinin 13/12/2004 olarak düzenlendiği, böylece hakkında kamu davası açılmasına sebebiyet verdiği, anlaşılmıştır.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinin göndermesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesine göre "Avukat mesleki çalışmasının kamu inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür.", 4. maddesine göre "Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." Hükümlerine aykırı olmakla şikayetli avukatın eylemi uyarma cezasını gerektirdiğinden, Ankara 9.İdare Mahkemesi kararının aynen kabulü ile Kurulumuzun 26/02/2010 günlü, 2009/619 Esas, 2010/98 Karar sayılı kararımızın iptal edilmiş olması sebebiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma cezası verilmesine" ilişkin 13/07/2009 gün, 2009/D.204 Esas, 2009/353 Karar sayılı kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 2010/1257 Esas, 2011/161 Karar sayılı ve 31/01/2011 günlü kararının aynen kabul edilmiş bulunduğundan İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "**Uyarma Cezası Verilmesine**" ilişkin 13/07/2009 gün, 2009/D.204 Esas, 2009/353 Karar sayılı kararının **ONANMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

ÖZET: Avukat kendine haksız iş sağlama ve meslektaşlar arasında haksız rekabet yaratacak her türlü davranıştan özenle kaçınmalıdır.

Dosya kapsamı ve şikâyetli avukatın da kabulü karşısında vekâletname alınmadan önce davanın ilk avukatı olan şikâyetçi avukata yazılı bilgi verilmediği tartışmasızdır.

TBB D.K. E: 2010/770 K: 2011/302 T: 27.05.2011

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İtirazların süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra gereği düşünülüp görüşüldü:

Şikayetçi avukat, bir takım müvekkillerinin isimlerini de vererek, yaklaşık 10 yıldır vekilliğini yaptığını, şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'na aykırı bir şekilde takip ettiği davalara bilgisi dışında vekaletname koyduğunu, bu durumu duruşmalarda öğrendiğini, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında özetle, şikayetçi avukatın takip ettiği bir takım davalarda kendisine bilgi verildiğini, bazı davalarda birlikte görev üstlendiklerini, bir kısım davalarda ise şikayetçi avukatın azlinden sonra son derece doğal olarak görev üstlendiğini, şikayetçi avukatın isimlerini belirttiği bir takım kişilerin ise şikayetçi avukatın davalarını takip etmediği gibi kendisinde de vekaletnamelerinin bulunmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın eylemini Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39. maddesine aykırı bularak, uyarma cezası tayin etmiş, karara şikayetçi ve şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

İşin başka avukata verilmesi halinde "avukatlar arasında hukuksal ilişki" Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39.maddesinde düzenlenmiştir.

Konu ile ilgili uluslar arası uygulamaya bakıldığında; Paris Barosu İç Tüzüğü 9.1, "Teklif edilen bir davaya üstlenen avukatın, müvekkilin danışmanı veya savunması sıfatıyla bir veya birçok meslektaşın bu davayı yüklenip yüklenmediğini araştırması gerekir.

Bir meslektaşının yerine geçmeyi kabul eden avukatın her şeyden önce yazılı olarak kendisine haber vermek ve kendisine varsa alacağı miktarın ne olduğunu sorması gerekir.

Başka bir avukatın yanı sıra vekalet üstlenen bir avukat, vekaletini devraldığı bu avukata derhal bildirmeldir."

Vot Kantonu Meslek Kuralları madde 35, "Acele haller dışında avukat kendisinden evvelki meslektaşının ücretinin ödenmiş olduğuna kanaat getirdiği veya rızasının mevcut olduğu hallerde davayı kabul eder.

Acele halin sona ermesinden sonra, ancak evvelki meslektaşının ücretinin ödenmiş, eğer ihtilaflı ise tedavi edilmiş olmak şartı ile vekaletname devam eder."

Avrupa Birliği Meslek Kuralları madde 5/5, "Bir avukat herhangi bir davada veya meselede başka bir avukat tarafından temsil edildiğini veya danışma hizmeti aldığını bildiği bir kişiyle o kişinin avukatının muvafakati olmadan o dava veya mesele hakkında doğrudan haberleşemez (haberleştiği zaman da diğer avukata bilgi vermek zorundadır)."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesi "İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata yazıyla bilgi vermelidir." Hükümlerine amirdir.

Bir meslektaşımın yerine geçmeyi kabul eden avukatın, her şeyden önce yazılı olarak meslektaşına haber vermesi, varsa alacağı ücretin tahsiline çalışması, meslektaşlık hukukunun gereğidir.

Görüldüğü üzere uluslar arası uygulamada bu yönde olup, meslektaşın onuru, emeği ve ücretine saygı, mesleğin olmazsa olmaz koşuludur.

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğrulu ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanını gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Avukat kendine haksız iş sağlama ve meslektaşlar arasında haksız rekabet yaratacak her türlü davranıştan özenle kaçınmalıdır.

Dosya kapsamı ve şikâyetli avukatında kabulü karşısında vekâletname alınmadan önce davanın ilk avukatı olan şikâyetçi avukata yazılı bilgi verilmediği tartışmasızdır.

Şikayetli avukat, İstanbul 3. Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemesi'nin 2008/209 Esas sayılı davası şikâyetçi avukat tarafından 30.12.2008 tarihinde açılmış, şikâyetli avukat 15.04.2009 tarihli duruşmaya girerek cevap ve delil listesi sunmak için süre talep etmiş, 14.05.2009 tarihinde şikâyetli avukat bilgi vermesi ve onun yazılı onayını aldığına ilişkin bir belge olmadığı gibi bu yönde bir beyanda dosya kapsamında bulunmamaktadır. Bahis konusu davada davalı taraf vekilince Mahkemeye sunulan cevap dilekçesi 13.04.2009 tarihinde şikâyetçi avukata tebliğ edilmiş, ayrıca şikâyetli avukatın duruşmalara girmesinden sonra alınan bilirkişi raporu da yine şikâyetçi avukata tebliğ edilmiştir. Bu da şikâyetçinin dosyadan istifa etmediğini gösteren bir husustur.

Şikayetçi avukat tarafından Şişli 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2008/113 Esas sayı ile açılmış olan dava derdest iken şikâyetli avukat tarafından 04.12.2009 tarihinde vekâletname ibraz edilerek duruşmalara girilmiş olduğu ve bu konuda da şikâyetçi avukata bilgi verildiğine ve şikâyetçi avukatın yazılı izninin alındığına dair dosyada belge ve bilgi bulunmamaktadır.

Aynı şekilde, Şişli 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/243 Esas sayılı davası şikâyetçi avukat tarafından 12.05.2006 tarihinde açılmış, duruşmalara girilmiş ve 15.12.2008 tarihinde şikâyetli avukat tarafından vekâletname ibraz edilerek duruşmalara girildiği, kararın şikâyetli tarafından tebliğe çıkarıldığı belirlenmiştir.

Dosya kapsamı bütün olarak incelendiğinde, şikâyete konu davaların şikâyetçi

avukat tarafından açıldığı, bir süre takip edildikten sonra şikâyetli avukatın dava dosyalarına vekâletname sunarak dosyaları takip ettiği ve bu konuda şikâyetçi avukata yazılı bilgi verilerek ondan yazılı izin aldığına dair dosyada bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39. maddesi "İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata vekâlet vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce, ilk vekâlet verilen avukata yazıyla bilgi verilmelidir." Hükmünü içermektedir. Bu yönüyle düzenleme Avrupa Birliği ülkelerinin meslek kurallarıyla da paralellik göstermektedir.

Şikâyetli avukatın ilk avukat olan şikâyetçi avukata yazılı bilgi verip, onay almadan şikâyetçi avukatın bir takım müvekkilleri adına derdest davalara girdiği sabit olup bu eylem Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 39. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde ve takdir ettiği disiplin cezasında hukuken bir isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi ve şikâyetli avukatın itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "**Uyarma Cezası Verilmesine**" ilişkin kararın **ONANMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

ÖZET: Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları mesleğin gelişmesini sağlamak, mesleki ahlak, düzen ve gelenekleri korumak amacıyla konulmuş kurallar olup, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi çerçevesinde tüm avukatlar için bağlayıcı niteliği göz ardı edilemez.

TBB D.K. E: 2010/774 K: 2011/283 T: 06.05.2011

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DİSİPLİN KURULU KARARI

İtirazın süresinde yapıldığı anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Şikâyetçi, şikayetli avukatların Kadıköy 2.Aile Mahkemesi'nde kızı aleyhine açılan boşanma davasında davacı vekilleri olarak görev üstlendiklerini, kızının vekili olarak takip ettiği davada davalının annesi olması sebebiyle sanki kendisi tarafmış gibi kişisel malvarlığının, şahsi ve ailevi bilgilerinin çarptırılarak sayıldığını, ortağı olduğu şirketin kasa kayıtlarının, şirketin işettiği madenin kapasite raporlarının, gümrük beyannamelerine kadar dava ile uzaktan yakından ilgisi olmayan hususların tetkikini suiniyetli ve taciz amaçlı talep ettiklerini, dava kızının çalıştığı ve kendisinin ortak olduğu şirket ile ilgili bilgilerin delil olarak sunularak HMUK'taki delil ibraz etme hakkını kötüye kullandıklarını, maksadı aşan ve meslek onuru ile kişilik haklarını ihlal eden beyanlarda bulunduklarını iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kavuşturmasına sonucunda Baro Disiplin

Kurulu eylemleri sabit görerek şikayetli avukatlara ayrı ayrı disiplin cezası tayin etmiştir.

Şikayetli avukatlara usulüne uygun tebligatlar yapılmış, sadece Şikayetli Avukat Ö. savunma vermiştir. Savunmasında özet olarak, diğer şikayetli avukatların yanında çalıştığını, 10.07.2009 tarihli dilekçede imzasının bulunduğunu, bunu da diğer Şikayetli Avukat M.'nin şehir dışında olması ve mail adresine gönderdiği talimat uyarınca dilekçesi imzalayarak mahkemeye vermekten başka bir işlemin bulunmadığını ayrıca bahis konusu davada davalı konumunda olan E.'nin şikayetçinin tek çocuğu olduğu ve bu nedenle annenin ekonomik ve sosyal durumunun dosya ile ilgili olduğunu, ayrıca şikayete konu delil listesinin mahkemece 30 günlük kesin süre verilmesine karşılık süre geçtikten sonra diğer Şikayetli Avukat C. tarafından imzalanarak verildiğini, bu nedenle bu dilekçenin de hukuken geçerliliğinin olmadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatların eylemlerinin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 5,6 ve 27/1. Maddelerine aykırı olduğunu kabulle her üç şikayetli avukatın ayrı ayrı uyarma cezalı ile cezalandırılmasına karar vermiş, karar şikayetli avukatlardan Avukat Ö. tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayete konu 10.07.2009 tarihli cevap dilekçesi, 13.08.2009 ve 04.09.2009 tarihli delil listeleri birlikte değerlendirildiğinde; "… Davalı vekili Avukat B. hanımın büyük bir maden şirketinin sahibi olması çok büyük paralarla oynuyor olabilmeleri…, hatta davalı tarafın bu çok değerli maden ile ilgili K, ailesi ile yargısal bağlamda çatışması", "… davalının annesi avukat eşinden ayrıldıktan sonra işadamı olan SG. ile evlenmiş, hayli zengin olan S. bey geçtiğimiz günlerde vefat etmiş ve geriye çok yüklü miras bırakmıştır…, SG. K. Maden İşletmeleri mavi altın olarak bilinen bir mücevher taşıdır…, firma SG.'ye ait iken vefat etmeden önce hisseleri ve maden işletme ruhsatını davalının annesi, bu davada aynı zamanda davalının vekili annesi B. Hanım üzerine devretmiştir. Davalının annesi şirketin genel müdürüdür ve aylık 2.233.00.-TL si sadece usulen maaş almaktadır." Şeklindeki beyanları, şikâyetçinin malvarlığı ile ilgili detay bilgiler verilmiş ve bunların araştırılmasının talep edilmiş olduğu belirlenmiştir.

Bu tür talepler, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4, 5, 6 ve 27/1. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Kurulumuzun önceki kararlarında da yer alan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 1974/1160 Esas, 1075/5782 Karar sayılı kararında "Avukatın temsil ettiği tarafın çıkarlarının korunmamasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef alan, onu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeğe yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Davanın amacı haklı gösterdiği savunma, gerçekten esasa yararlı ve etkiliği olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilemez" denilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4. maddesi avukatların mesleği itibarını zedeleyecek her türlü davranışlardan kaçınmalarının gerektiğini, 5.maddesi avukatın düşüncelerini olgun ve objektif biçimde açıklamasının gerektiğini, 6. maddesi avukatların iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilenmesinin, taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlığın

dışında kalmasının gerektiğini, 27. maddesinin 1. fıkrası ise avukatların herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıkça belirtemez, hükmünü ihtiva etmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları mesleğin gelişmesini sağlamak, mesleki ahlak, düzen ve gelenekleri korumak amacıyla konulmuş kurallar olup, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi çerçevesinde tüm avukatlar için bağlayıcı niteliği göz ardı edilemez.

Şikayetli avukatın, kovuşturmaya konu ifadeleri Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi delaletiyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4, 5, 6 ve 27/1. maddesine aykırı olması sebebiyle eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi ve takdir ettiği Uyarma cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak; Şikâyetli avukatın itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "UYARMA" cezası verilmesine ilişkin 11.10.2010 gün, 2010/D.220 Esas, 2010/448 Karar sayılı kararının **ONANMASINA** oybirliği ile karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Reskont İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranları

Yürürlük Tarihi	Reskont İşlemlerinde Uygulanan İskonto Oranı (%)	Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranı (%)
01.01.1990	40	45
20.09.1990	43	48.25
23.11.1990	45	50.75
15.02.1991	48	54.50
27.01.1994	56	65
21.04.1994	79	98
12.07.1994	70	85
27.07.1994	63	75
01.10.1994	55	64
10.06.1995	52	60
01.08.1995	50	57
02.08.1997	67	80
30.12.1999	60	70
17.05.2002	55	64
14.06.2003	50	57
08.10.2003	43	48
15.06.2004	38	42
13.01.2005	32	35
25.05.2005	28	30
20.12.2005	23	25
20.12.2006	27	29
28.12.2007	25	27
09.04.2009	19	20
12.06.2009	18	19
22.12.2009	15	16
30.12.2010	14	15

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2002 -	30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003 -	31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004 -	30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004 -	01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005 -	31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006 -	31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007 -	31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008 -	31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009 -	31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010 -	31.12.2010 arası için	365 gün	%9
01.01.2011 -	.....	.....	%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2006	2007	2008	2009	2010	2011
OCAK	5.45	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89
ŞUBAT	5.04	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23
MART	4.21	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36
NİSAN	4.96	11.01	6.39	10.65	2.52	9.17
MAYIS	4.27	10.95	7.20	8.96	3.50	9.21
HAZİRAN	4.97	10.09	8.39	7.34	4.30	9.42
TEMMUZ	5.82	9.03	9.76	5.47	5.33	9.59
AĞUSTOS	6.49	8.29	10.68	4.19	6.18	9.76
EYLÜL	7.06	7.77	11.29	3.22	6.89	10.03
EKİM	7.76	7.23	12.11	2.20	7.71	
KASIM	8.60	6.75	12.56	1.37	8.27	
ARALIK	9.34	6.31	12.72	1.23	8.52	

2011 SGK PRİM ORANLARI

En az: **266,83,-TL.**

En çok: **1.734,43,-TL**

(Çalışanı olan Avukatlar için en az sigorta primi, işçisine ödediği en yüksek brüt maaşın %33,5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir.)

YILLARA GÖRE ÜFE / TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2007	2008	2009	2010	2011	2007	2008	2009	2010	2011
OCAK	-0.05	0.42	0.23	0.58	2.36	1.00	0.80	0.29	1.85	0.41
ŞUBAT	0.95	2.56	1.17	1.66	1.72	0.43	1.29	-0.34	1.45	0.73
MART	0.97	3.17	0.29	1.94	1.22	0.92	0.96	1.10	0.58	0.42
NİSAN	0.80	4.50	0.65	2.35	0.61	1.21	1.68	0.02	0.60	0.87
MAYIS	0.39	2.12	-0.05	-1.15	0.15	0.50	1.49	0.64	-0.36	2.42
HAZİRAN	-0.11	-0.36	0.94	-0.50	0.01	-0.24	0.32	0.11	-0.56	-1.43
TEMMUZ	0.06	1.25	-0.71	-0.16	-0.03	-0.73	0.58	0.25	-0.48	-0.41
AĞUSTOS	0.6	2.34	0.42	1.15	1.76	0.02	0.24	-0.30	0.40	0.73
EYLÜL	0.85	-0.90	0.62	0.51	1.55	1.03	0.45	0.39	1.23	0.75
EKİM	-0.13	0.57	0.28	1.21		1.81	2.60	2.41	1.83	
KASIM		0.89	1.29	0.31		1.95	-0.83	1.27	0.03	
ARALIK		0.15	0.66	1.31		0.22	-0.41	0.53	-0.30	

YILLARA GÖRE ÜFE / TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2007	2008	2009	2010	2011	2007	2008	2009	2010	2011
OCAK	-0.85	0.42	0.23	0.58	2.36	1.00	0.80	0.29	1.85	0.41
ŞUBAT	0.89	3.00	1.40	2.25	4.13	1.44	2.11	-0.06	3.32	1.14
MART	1.88	6.26	1.70	4.24	5.40	2.36	3.09	1.05	3.93	1.57
NİSAN	2.69	11.04	2.35	6.69	6.04	3.60	4.82	1.07	4.55	2.45
MAYIS	3.09	13.39	2.30	5.47	6.20	4.12	4.38	1.71	4.17	4.93
HAZİRAN	2.98	13.76	3.27	4.94	6.21	3.87	6.00	1.83	3.59	3.43
TEMMUZ	3.11	15.18	2.54	4.77	6.18	3.05	6.61	2.08	3.09	3.00
AĞUSTOS	3.93	12.49	2.97	5.98	8.05	3.13	6.35	1.78	3.50	3.75
EYLÜL	4.98	11.48	3.60	6.52	9.72	4.19	6.83	2.18	4.77	4.53
EKİM	4.84	12.11	3.90	7.80		6.08	9.60	4.65	6.69	
KASIM	5.78	12.08	5.24	7.47		8.15	10.52	5.96	6.72	
ARALIK	5.94	8.11	5.93	8.87		8.39	10.06	6.53	6.40	

YILLARA GÖRE ÜFE / TÜFE ENDESKLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2007	2008	2009	2010	2011	2007	2008	2009	2010	2011
OCAK	9.37	6.44	9.50	6.30	10.80	9.93	8.17	7.90	8.19	4.90
ŞUBAT	10.13	9.10	6.43	6.82	10.87	10.16	8.15	7.73	10.13	4.16
MART	10.92	10.50	3.46	8.58	10.08	10.86	9.15	7.89	9.56	3.99
NİSAN	9.68	14.56	-0.35	10.42	8.21	10.72	9.66	6.13	10.19	4.26
MAYIS	7.14	16.83	-2.46	9.21	9.63	9.23	10.74	5.24	9.10	7.17
HAZİRAN	2.89	17.03	-1.86	7.64	10.19	8.60	10.61	5.73	8.37	6.24
TEMMUZ	2.08	18.41	-3.75	8.24	10.34	6.90	12.06	5.39	7.58	6.31
AĞUSTOS	3.72	14.67	-1.04	9.03	11.00	7.39	11.77	5.33	8.33	6.65
EYLÜL	5.02	12.49	0.47	8.91	12.15	7.12	11.13	5.27	9.24	6.15
EKİM	4.41	13.29	0.19	9.92		7.70	11.99	5.08	8.62	
KASIM	3.65	12.05	1.51	8.17		8.40	10.76	5.53	7.29	
ARALIK	5.94	8.11	5.93	8.87		8.39	10.06	6.53	6.40	

YILLARA GÖRE ÜFE / TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2007	2008	2009	2010	2011	2007	2008	2009	2010	2011
OCAK	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89	9.76	8.61	10.54	6.16	8.28
ŞUBAT	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23	9.92	8.53	10.41	6.38	7.76
MART	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36	10.15	8.40	10.29	6.53	7.29
NİSAN	11.01	6.39	10.65	2.52	9.17	10.30	8.33	9.98	6.87	6.79
MAYIS	10.95	7.20	8.96	3.50	9.21	10.24	8.47	9.49	7.20	6.64
HAZİRAN	10.09	8.39	7.34	4.30	9.42	10.11	8.64	9.08	7.41	6.47
TEMMUZ	9.03	9.76	5.47	5.33	9.59	9.70	9.07	8.52	7.59	6.37
AĞUSTOS	8.29	10.68	4.19	6.18	9.76	9.46	9.43	7.99	7.83	6.24
EYLÜL	7.77	11.29	3.22	6.89	10.03	9.17	9.76	7.52	8.16	6.00
EKİM	7.23	12.11	2.20	7.71		8.98	9.60	6.95	8.45	
KASIM	6.75	12.56	1.37	8.27		8.86	10.31	6.53	8.59	
ARALIK	6.31	12.72	1.23	8.52		8.78	10.44	6.25	8.57	

YILLARA GÖRE ÜFE VE TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	EKİM 2010	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	1.21	1.83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	7.80	6.69
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	9.92	8.62
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	7.71	8.45

Sıra No	KASIM 2010	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	-0.31	0.03
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	7.47	6.72
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	8.17	7.29
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	8.27	8.59

Sıra No	ARALIK 2010	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	1.21	1.83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	7.80	6.69
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	9.92	8.62
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	7.71	8.45

Sıra No	OCAK 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	2.36	0.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	2.36	0.41
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	10.80	4.90
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	8.89	8.28

Sıra No	ŞUBAT 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	1.72	0.73
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	4.13	1.14
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	10.87	4.16
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.23	7.76

Sıra No	MART 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	1.22	0.42
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	5.40	1.57
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	10.08	3.99
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.36	7.29

Sıra No	NİSAN 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	0.61	0.87
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	6.04	2.45
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	8.21	4.26
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.17	6.79

Sıra No	MAYIS 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	0.15	2.42
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	6.20	4.93
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	9.63	7.17
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.21	6.64

Sıra No	HAZİRAN 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	0.01	-1.43
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	6.21	3.43
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	10.19	6.24
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.42	6.47

Sıra No	TEMMUZ 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	-0.03	-0.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	6.18	3.00
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	10.34	6.31
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.59	6.37

Sıra No	AĞUSTOS 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	1.76	0.73
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	8.05	3.75
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	11.00	6.65
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	9.76	6.24

Sıra No	EYLÜL 2011	Üfe %	Tüfe %
1	Bir önceki aya göre deiğşim oranı.	1.55	0.75
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim.	9.72	4.53
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim.	12.15	6.15
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı.	10.03	6.00

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

YİTİRDİKLERİMİZ

Baromuzun 6056 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

TURGAN ARINIR

20/02/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında Kadıköy'de doğmuş, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1975-1978 yılları arasında Disiplin Kurulu Üyeliği, 1979-1983 yılları arasında Yönetim Kurulu Üyeliği ve Baro Dergisi Yazı İşleri Müdürü olarak görev yapmıştır.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, Ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6174 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

EROL ÖZKAN

12/07/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında Lice'de doğmuş, 1961 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Hakimlik görevini ifa ettikten sonra 1968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6338 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ARİF KOCAMAZ

03/08/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1933 yılında Ilgaz'da doğmuş, 1953 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1969 yılında Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8450 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

KEMALETTİN TUNCEL

14/08/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1925 yılında Afyonkarahisar'da doğmuş, 1953 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1973 yılında Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10224 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ÜLKÜ ÖZKAN

12/08/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında İstanbul'da doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13287 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HURİYE SERAP HALDENBİLEN

23/07/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1958 yılında Ereğli'de doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13534 sicil sayısında kayıtlı

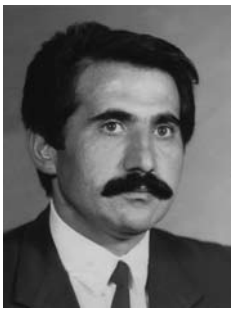
AVUKAT

MERYEM ÖZDEMİR

08/07/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1960 yılında Siirt'de doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 16649 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

İSMAİL KURNAZ

26/07/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Ağrakos'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1980 yılında Sivas Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 27768 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

DİDEM MADAK ÇELİK

24/07/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1970 yılında Merzifon'da doğmuş, 2001 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını İzmir Barosu'nda yaparak, 2003 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 39292 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MİRAY YÜKSEL

14/08/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1986 yılında İstanbul'da doğmuş, 2008 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2010 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 14047 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

NALAN BULUT

02/05/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1962 yılında Samsun'da doğmuş, 1984 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1992 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Durumu	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	9406	YUSUF	BAHAR	Nakil Gitme	28.07.2011	ANTALYA BAROSU
2	12913	AYHAN	KARABAL	Nakil Gitme	21.07.2011	TEKİRDAĞ BAROSU
3	17376	AHMET	BOZKURT	Nakil Gitme	18.08.2011	MUĞLA BAROSU
4	18714	ARZU	BOZKURT	Nakil Gitme	18.08.2011	MUĞLA BAROSU
5	20640	NAMIK	NAS	Nakil Gitme	14.07.2011	ANTALYA BAROSU
6	24047	ALİ	ÖZAYDIN	Nakil Gitme	14.07.2011	BURSA BAROSU
7	26121	BEHİYE	YAZICIOĞLU	Nakil Gitme	07.07.2011	ARTVİN BAROSU
8	26388	ALPER	KARAASLAN	Nakil Gitme	21.07.2011	BURSA BAROSU
9	26541	MEHMET EREM	GÖBELEK	Nakil Gitme	07.07.2011	ANTALYA BAROSU
10	28832	MURAT	ULUSOY	Nakil Gitme	18.08.2011	ANTALYA BAROSU
11	28870	ÜMİT	ÖZ	Nakil Gitme	18.08.2011	SAKARYA BAROSU
12	28978	BETÜL	İYİDOĞAN	Nakil Gitme	18.08.2011	MUĞLA BAROSU
13	29043	ÖZGÜR	AYDIN	Nakil Gitme	28.07.2011	ANTALYA BAROSU
14	29585	ÖMER OKAN	TEMEL	Nakil Gitme	04.08.2011	MERSİN BAROSU
15	30125	ZELAL	ŞENGÜLER	Nakil Gitme	07.07.2011	ANTALYA BAROSU
16	31381	RAHŞAN	ERDOĞAN	Nakil Gitme	14.07.2011	SİNOP BAROSU
17	31402	ZEHRA	KOÇ	Nakil Gitme	18.08.2011	GAZİANTEP BAROSU
18	32716	AYSUN	ULUSOY	Nakil Gitme	18.08.2011	ANTALYA BAROSU
19	32947	SERRA	TAŞKÖPRÜ	Nakil Gitme	14.07.2011	KOCAELİ BAROSU
20	33547	RIFAT	SUNAL	Nakil Gitme	30.06.2011	HATAY BAROSU
21	35094	HAKAN	UYSAL	Nakil Gitme	30.06.2011	ANKARA BAROSU
22	35524	AYŞEGÜL	KOCA	Nakil Gitme	04.08.2011	SİNOP BAROSU
23	35997	BETÜL	ÜRKÜTEN	Nakil Gitme	18.08.2011	ANKARA BAROSU
24	36740	NAZLI	AYAZ	Nakil Gitme	18.08.2011	ANKARA BAROSU
25	36749	ELİF	COŞKUN	Nakil Gitme	30.06.2011	NİĞDE BAROSU
26	36886	GÖKŞEN	YÜCEL	Nakil Gitme	21.07.2011	TEKİRDAĞ BAROSU
27	37267	ZEYNEP ÇİĞDEM	CANBAZ	Nakil Gitme	18.08.2011	KOCAELİ BAROSU
28	37336	MELTEM	ŞEVRAN	Nakil Gitme	18.08.2011	KAHRAMANMARAŞ BAROSU
29	37777	AHMET GERÇEK	ÜLKER	Nakil Gitme	14.07.2011	ANKARA BAROSU
30	38375	MUSA	ÖZEN	Nakil Gitme	28.07.2011	KOCAELİ BAROSU
31	38601	BURAK	ÖZMEN	Nakil Gitme	18.08.2011	BURSA BAROSU
32	38747	SEDA	YALÇIN	Nakil Gitme	14.07.2011	DİYARBAKIR BAROSU
33	38941	DERYA	CAN	Nakil Gitme	14.07.2011	DİYARBAKIR BAROSU
34	39012	ABDULKADİR	YILDIRIM	Nakil Gitme	04.08.2011	ŞANLIURFA BAROSU
34	39073	ERDEM	GÖKPINAR	Nakil Gitme	21.07.2011	GAZİANTEP BAROSU
36	39397	SEMİH	ŞUA	Nakil Gitme	04.08.2011	BURSA BAROSU
37	39564	MEHMET YUNUS	YÜRÜK	Nakil Gitme	07.07.2011	ORDU BAROSU
38	39957	TALHA	TOÇOĞLU	Nakil Gitme	07.07.2011	SAKARYA BAROSU
39	40334	SELİN	SÜLOĞLU	Nakil Gitme	18.08.2011	KOCAELİ BAROSU
40	40461	SİNEM	SERTER	Nakil Gitme	30.06.2011	KOCAELİ BAROSU
41	40678	CENGİZ	HARTAVİOĞLU	Nakil Gitme	04.08.2011	ŞANLIURFA BAROSU
42	40776	ÖMER	GÖDEOĞLU	Nakil Gitme	28.07.2011	KAHRAMANMARAŞ BAROSU
43	40787	HÜSEYİN	GÖKOT	Nakil Gitme	04.08.2011	GAZİANTEP BAROSU
44	40819	CENNET	SERT	Nakil Gitme	28.07.2011	DENİZLİ BAROSU
45	41083	AHMET	ÇABUKEL	Nakil Gitme	07.07.2011	KAHRAMANMARAŞ BAROSU
46	41336	KAMİL	KOTİLOĞLU	Nakil Gitme	28.07.2011	RİZE BAROSU

AYRILMALAR

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Durumu	Hareket Tarihi
1	16322	GEDİZ	GÜRSOY	İstifa	07.07.2011
2	17486	FÜRÜZAN	DURUER	İstifa	28.07.2011
3	14554/16371	AKAY	BEŞMART	İstifa	28.07.2011
4	29489	HAKAN	ÇOĞALAN	İstifa	14.07.2011
5	15335	LEYLA	BAYHAN	İstifa	28.07.2011
6	38204	BESTE	PEKÖZ BONNARD	İstifa	04.08.2011
7	45657	CUMHUR MUHİTTİN	UYMAZ	İstifa	18.08.2011
8	48624	DURMUŞ	YİĞİT	İstifa	04.08.2011
9	53335	NİLAY	YILDIRIM	İstifa	04.08.2011
10	55771	ULAŞ	ATAN	İstifa	21.07.2011
11	58590	ARKIN	GÜNAY	İstifa	28.07.2011
12	67510	MEHMET	BATUK	İstifa	28.07.2011
13	70809	ZEYNEP	CAN BARLAZ	İstifa	18.08.2011
14	71742	ÖZKAN CAVİT	HOŞLAN	İstifa	21.07.2011
15	72127	HÜSEYİN	ÇELİKTEN	İstifa	14.07.2011
16	78586	İHSAN	KARATAŞ	İstifa	21.07.2011
17	85642	ALİ	KAYA	İstifa	18.08.2011
18	84523	SERTAÇ	IŞIKA	İstifa	18.08.2011
19	85412	SELÇUK	AVAN	İstifa	14.07.2011
20	86658	SÜLEYMAN	GÜL	İstifa	04.08.2011
21	87212	SÜMEYYE	KARACAN	İstifa	28.07.2011
22	89650	SELİN	SUNAR	İstifa	21.07.2011
23	89579	ERAY	POLAT	İstifa	28.07.2011
24	89561	ÜNAL	ERDOĞAN	İstifa	14.07.2011
25	90392	ADEM	AKTAŞ	İstifa	07.07.2011
26	8720	CEVDET	ATAY	İstifa	18.08.2011
27	91078	MERVE	KARAOĞLU	İstifa	14.07.2011
28	90943	MUHAMMED	MELEK	İstifa	21.07.2011

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

- A -

AÇIK AYIP 394
ADİ ORTAKLIK 399
AİDAT BORCU....362
AİDAT İADESİ....360
AİDİYET TESPİTİ....320
AİLE KONUTU KOŞULU....401
AİLE KONUTU ŞERHİ....311
AKTİF DÖNEM İÇİN DE, PASİF DÖNEM İÇİN DE HESAP YAPILMASI GEREKTİĞİ 421
ALACAĞIN TEMLİKİ....389
ALT İŞVEREN....335
ARAÇTA GİZLİ AYIP....272
ARSA SAHİBİNİN HAKLARI....403
ASLI MADDİ FAİL....450
AVUKATLIK ÜCRETİ....393
AVUKATLIK ÜCRETİ....426
AYIPLA İLGİLİ TARAFLARIN İSPAT MÜKELEFİYETİ....394
AYIPLI İŞ....397
AYIPLI MAL....267, 391, 397
AYIPLI OTONUN İADESİ....267

- B -

BANKANIN ÇEK YAPRAKLARINI İSTEMESİ....385
BANKANIN HAKSIZ PARA TAHSİLİ....383
BİNADA DAHİLİ SU BASMASI....382
BİR AYIN KİRASININ ÖDENMEMESİ....319
BONO NİTELİĞİ....388
BONODA ZAMANAŞIMI....387
BONONUN VERİLİŞ NEDENİ....418
BOŞANMA DAVASI....287
BOŞANMA KOŞULLARININ GERÇEKLEŞMESİ....286, 287, 306

BOŞANMA KOŞULU.....308
BOŞANMADA TAZMİNAT.....302
BOŞANMANIN SONUÇLARI.....311
BU DURUMDA VERİLEN KESİN SÜRENİN GERÇEKÇİ OLAMAYACAĞI.....338

- D -

DAVA AÇMADA İZLENECEK YOL.....327
DAVA HARCININ NİTELİĞİ.....424
DAVADA GÖREV.....316
DAVADA HUSUMET.....358
DAVADA İZLENECEK YOL.....320
DAVANIN KABULÜ.....358
DEFTER VE KAYIT İNCELEMESİ.....378
DEĞİŞTİRME YETKİSİ.....272
DELİLLER TOPLANMADAN DOSYANIN BİLİRKİŞİYE GÖNDERİLEMEYECEĞİ..338

- E -

EĞİTİME DEVAM EDEN ÇOCUK.....313, 315
EKSİK İNCELEMEYE DAYANAN RED KARARININ
BOZULMASI GEREKTİĞİ 372
EKSİK İŞ.....397
EMLAK KOMİSYONCULUĞU.....277
ERTELEME KOŞULU.....375
EŞLERİN DAVRANIŞLARI.....286
EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURU.....306, 307

- F -

FAİZ HESABI YÖNTEMİ.....360
FAZLA ÖDEME İDDİASI.....369
FER'İ MADDİ FAİL.....450
FİİLEN EVLİYMİŞ GİBİ YAŞAMA.....281

- G -

GAYRİMENKUL TELLALLIĞI.....314
GEÇİRSİZ GECİKME CEZASI.....362
GENEL KURUL KARARININ İPTALİ.....358

GERİ ÖDEME KARARI.....375
GERİYE DOĞRU CİRO.....387
GIYAPTA VERİLEN KARARLAR.....426
GÖREVLERİNDEN DOLAYI HAKİM VE SAVCILARA AÇILACAK DAVALAR.....317
GÜNCELLEŞTİRME.....369
GÜNDEMİN BAĞLAYACILIĞI.....376

- H -

HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE.....358
HAMİLİN YETKİLERİ.....389
HANGİ TASARRUFUN İPTAL EDİLECEĞİ.....408
HAPİS HAKKINI KULLANAN AVUKATIN ÜCRETİ.....393
HASAR BEDELİNDEN SORUMLULUK.....382
HESAPTAKİ PARA.....383
HİZMET TESPİTİ.....350
HİZMET TESPİTİ DAVASI.....267, 288, 345, 423

HUKUKİ YARAR KOŞULU.....320
HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRKILMASI.....443
HÜKÜM NİTELİĞİ.....447

- I - İ -

ISLAH YOLUYLA ZAMANAŞIMI DEFİ.....293
İCRA İNKAR TAZMİNATI.....362
İHRAÇKARARI.....371
İKRAMİYE ÖDEMESİNİN NİTELİĞİ.....323
İLAMSIZ TAKİPTE ZAMANAŞIMI.....387
İMALAT HATASI KOŞULU.....404
İMARA AYKIRI İNŞAAT.....403
İNTİFA HAKKI.....401
İSPAT KÜLFETİ.....285
İSPAT KÜLFETİ.....418
İŞ GÖREMEZLİK ÖDENEĞİ.....419
İŞ KAZASI NEDENİYLE SGK TARAFINDAN AÇILAN RÜCU DAVASI.....346
İŞ KAZASINDA MADDİ TAZMİNAT.....419
İŞ KAZASINDA ÖLEN TAMAMEN KUSURLU SİGORTALI İLE İLGİLİ RÜCU DAVASI.....352

İŞÇİLİK ALACAKLARINA KARŞILIK YAPILAN
ÖDEMENİN; HESAPLANAN ALACAKLARDAN MAHSUBU.....331
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN TESPİTİ.....267, 344, 423
İŞÇİNİN İŞVERENE ZARAR VERMESİ.....282
İŞÇİYE YAPILAN ÖDEMELER.....424
İŞTİRAK.....450
İŞYERİNİN DEVRİ.....335
İTİBARİ HİZMETTEN YARARLANMA.....348
İYİ NİYET KURALI.....354, 371
İZLENECEK YOL.....282, 317

- K -

KAMU ARAÇLARI.....316
KANITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....308
KARŞILIKLI AÇILAN DAVALARIN KABULÜ.....307
KARŞILIKSIZ ÇEK.....385
KASADA BULUNMAYAN PARADAN DOLAYI, DAVALI
KUSURU BULUNMADIĞINI KANITLANIRSA SORUMLULUKTAN KURTULUR.....380
KAT İRTİFAKI KURULU TAŞINMAZ.....411
KAT MÜLKİYETİ.....413
KAT MÜLKİYETİ REJİMİNİN KOŞULLARI.....414
KAT MÜLKİYETİNİN ŞARTLARI.....410
KEFİLİN SORUMSUZLUĞU.....399
KESİN HÜKÜM.....329
KEŞİDECİ ONAYI.....388
KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI HESABINDA ESAS ALINACAK ÜCRET.....329
KISITLININ DAVADAN FERAGATİ.....405
KISMİ DAVADA DURUM.....407
KİRA SÖZLEŞMESİNDE MUACCELİYET KOŞULU.....319
KİRALAYAN SIFATININ KESİNLEŞMESİ.....278
KOOPERATİF GENEL KURULU 376
KOOPERATİF TARAFINDAN YAPILAN KONUTUN TAPUYA TESCİLİ.....355
KOOPERATİFE YAPILAN ÖDEMELER.....369
KOOPERATİFİN SORUMLU OLDUĞU GİDERLER.....378
KOOPERATİFTEN AYRILAN ORTAK.....375
KOOPERATİFTEN AYRILMA.....357, 363
KOOPERATİFTEN İHRAÇ 360, 366

KUR FARKI.....416
KURA DIŞI İŞLEMLER.....354
KUSUR BELİRLENDİKTEN SONRA HAKKANİYET İNDİRİMİ YAPILACAĞI.....352
KUSUR KOŞULU.....302
KUSURLU TOHUMLUK.....391

- *M* - *N* -

MADDİ TAZMİNAT.....424
MADDİ TAZMİNATIN HESABI.....421
MAHKEMECE İZLENECEK YÖNTEM.....410
MALDAKİ GİZLİ AYIP.....394
MANEVİ TAZMİNATIN BÖLÜNEMEZLİĞİ.....420
MÜTESELSİL SORUMLULUK.....391
NAFAKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....313, 315

- *O* - *Ö* -

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ.....411, 414
OTUZ İŞÇİ KOŞULU.....326
OĞUL İLE GELİNİN OTURDUĞU EV.....401
ÖDEMELERİN İADESİ.....363
ÖDENECEK BEDELİN TESPİTİ.....357
ÖLEN İŞÇİNİN MİRASÇILARININ HAKLARI.....327

- *P* - *R* -

REŞİT OLAN ÇOCUK.....315

- S - Ş -

SATIŞ BEDELİNDE TEMERRÜT FAİZİ HİZMET TESPİTİ DAVASI.....267
SENEDİN TALİLİ.....418
SENET ÜZERİNDE DEĞİŞİKLİK.....388
SERMAYE KOYMA BORCUNU GEÇ YERİNE GETİREN ORTAK, OLUŞAN FAİZ ZARARINDAN SORUMLUDUR.....380
SORUMLULUĞUN TESPİTİ.....387
SÜREKLİ OLMAYAN ÖDEMELER.....323

- T -

TAHSİL CİROSU....389
TAKİP HUKUKU....278
TAKSİTLE YAPILAN ÖDEMEDE MAHSUP YÖNTEMİ....364
TASARRUFUN İPTALİ DAVASI....408
TASFİYE....399
TEBLİGATTA YÖNTEM....426
TEHLİKE SINIF VE DERECESİNE AİT PRİM ORANLARININ UYGULANMASI....348
TEMYİZ EDİLEBİLEN KARARLAR....447
TEMYİZ EDİLEMEME....443
TEMYİZ YASA YOLU....440
TENFİZE KARAR VERİLMESİ ZORUNLULUĞU....367
TESPİTTE DAVACININ ÜCRETİ....350
TRAFİK....352
TRAFİK ZARARI....316
TÜKETİCİNİN HAKLARI....272

- U -

ULUSLARARASI FAALİYET GÖSTEREN ŞİRKET....326
USULSÜZ İHRAÇ KARARI....364
USULSÜZ İHTARNAME....366
UZUN SÜRE GEÇMESİ....371

- Ü -

ÜCRET ALACAĞI....277
ÜCRETİN İSPATI....288
ÜCRETİN MİKTARI VE EKLERİ GİBİ KONULARDA İSPAT YÜKÜ....341
ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE HAKKI FESİH....341
ÜRETİCİNİN DURUMU....404
ÜST İŞVEREN....335

- V -

VADEDEN SONRA CİRO....389
VADELİ BORÇ....416
VEKİLLE TEMSİLDE TEBLİĞ....426
VELAYETİN GÖREVİ....287
VELAYETİN KALDIRILMASI....287

VESAYET MAKAMI ONAYI.....405

- Y -

YABANCI MAHKEME İLAMININ DENETLENECEĞİ.....367
YABANCI MAHKEME İLAMININ TENFİZİ.....372
YABANCI MAHKEME KARARININ TENFİZİ.....367
YASA YOLUNA BAŞVURU HAKKI.....440
YASADAN DOĞAN ŞEKİL KOŞULU.....314
YAZILI SÖZLEŞME KOŞULLARI.....277
YEMİN DELİLİ.....330
YOKSULLUK NAFAKASININ İPTALİ.....281
YOLSUZ TESCİL.....354
YÖNETİCİNİN GÖREVİ.....413
YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞU.....404

- Z -

ZAMANAŞIMI.....346
ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ.....407
ZİYNET EŞYASI ÜZERİNDE UYUŞMAZLIK.....285