İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 82* SAYI: 2008/6
ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Muammer AYDIN

*

Sorumlu Yazıişleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

*

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyesi
Av. Cesur KILINÇ

*

YAYIN KURULU

Başkan
Av. Celâl ÜLGEN

Genel Yazman
Av. Coşkun ONGUN

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Başar YALTI

*

Bu Sayıda Karar Hazırlama Ve Özetleme
Av. Osman Kuntman
Av. Yörük Kabalak
Av. İsmail Gömlekli

* * *

Yönetim Yeri
Av. Orhan Adlî Apaydın Sok. 1. Baro Han Beyoğlu/İSTANBUL
Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) Faks: (0212) 293 89 60
web: istanbulbarosu.org.tr
e-mail: dergi@istanbulbarosu.org.tr

Basım Yeri
Can Matbaacılık Reklam Kağıt San. Ve Dış. Tic. Ltd.Şti.
Davutpaşa Cad. İpek İş Merkezi
Kat: 3 No: 7 Topkapı/ İSTANBUL
Tel:(0212) 613 10 77- 613 15 47
grafik@ cangrafik.com

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

** * **

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık abonelik ederi 90,00.YTL'dir.

Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması, dekontunun Derginin gönderileceği adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması yeterlidir.

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun kararı ile 15.000 adet basılmıştır.

İÇERİK DİZİNİ

• Yayın Kurulu'ndan.....XXIII
• Başkan'ın Penceresi'nden XXV
• Karatahta 2797

● ***YAZILAR...***

Prof. Dr. Nuray Ekşi

✓ *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı Ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller.....2801*

*

Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar

✓ *Vergi Suç Ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum 2839*

*

Çelik Ahmet Çelik

✓ *İşletenin Ve Sürücünün Yakınlarının Trafik Sigortası'ndan Yararlanmaları 2869*

*

Talih Uyar

✓ *"Alacaklılara Zarar Vermek Kadı İle Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı" İptal (İİK m. 280) 2901*

*

Sibel Özbudun

✓ *Hitit Hukuku, Belleklerdeki Kayıp Kitabı Üzerine 2931*

*

Arş. Gör. Umut Kedikli

✓ *Terörizmle Mücadele Kapsamında Türkiye'nin Kuzey Irak Operasyonu Ve Operasyonun Uluslararası Hukuki Ve Siyasi Etkileri 2939*

*

Av. İsmet Demirağ

✓ *Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarında 15.09.2006 Tarihinde Yapılan Değişiklik Ve Beraberinde Getirdiği Sorunlar.....2949*

*

Av. Levent Uysal

✓ *Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri 2417*

*

Yakup Bozkurt

✓ *Yolsuzluk, Sağlıksız, Eğitimsiz Ve Donanımsız Toplum Olmanın Sonucudur.....2975*

*

Av. Geylani Koca

✓ *Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu Ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi.....2985*

● ***KARAR İNCELEMESİ***

Av. Rabia Balkanlı 2995

● ***UYGULAMADAN DOSYA***

Av. A. Ulvi Çağıran 3001

● ***ANAYASA MAHKEMESİ KARARI***

Türban Düzenlemesi İptali 3007

● ***YARGITAY KARARLARI***

• *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları.....3035*
• *Yargıtay 1. Hukuk Dairesi.....3065*
• *Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 3071*
• *Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 3075*
• *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 3087*
• *Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 3099*
• *Yargıtay 6. Hukuk Dairesi.....3103*
• *Yargıtay 7. Hukuk Dairesi.....3115*
• *Yargıtay 8. Hukuk Dairesi.....3125*
• *Yargıtay 9. Hukuk Dairesi.....3131*
• *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 3157*
• *Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 3167*
• *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 3179*
• *Yargıtay 14. Hukuk Dairesi.....3191*
• *Yargıtay 15. Hukuk Dairesi.....3195*
• *Yargıtay 16. Hukuk Dairesi.....3199*
• *Yargıtay 17. Hukuk Dairesi.....3203*
• *Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 3213*
• *Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 3219*
• *Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 3223*

● ***GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI****.....3237*

● ***YARARLI BİLGİLER***

• *Yararlı Bilgiler 3245*
• *Ayrılmalar 3253*
• *Aktarımlar 3256*
• *Yitirdiklerimiz.....3258*

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A sayfa

60 YAŞ SINIRI....3207
ADLİ YARGININ GÖREV ALANI....3117
AİDİYET TESPİTİNİN KAPSAMI....3118
AİDİYETİNİN TESPİTİ....3121
AİLE HUKUKU....3073
AKTİF ÇALIŞMA SÜRESİ....3207
ALACAĞIN BİR BÖLÜMÜNÜN DAVA EDİLMESİ....3077
ALTI İŞGÜNLÜK HİZMET AKDİNİ FESİH SÜRESİNİN KULLANILMASI....3138
ALTI GÜNLÜK HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE İŞ HUKUKU....3150
ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ETKİSİ....3176
ARAŞTIRMA YÖNTEMİ....3101
ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİNİN ASIL SULH HUKUK MAHKEMELERİNİN GÖREVİNİN İSTİSNA OLDUĞU KURALI....3085
AVUKATLIK ÜCRETİ....3069
AYIPLI İFA....3195
AYNI KONUDA OLUŞAN İKİ AYRI İLAM....3081
AYNI KONUDAKİ İKİNCİ İLAMIN İPTALİ KOŞULU....3081

B

BEDELİN İADESİ....3195
BEŞ YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ....3050
BEKLETİCİ SORUN....3067
BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ....3135
BELİRSİZ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ....3135
BELEDİYE GELİRLERİ....3059
BELEDİYECE ONAYLI PROJE KOŞULU....3215
BELEDİYE YASASI....3176
BİNA MALİKİNİN SORUMLULUĞU....3159
BİRDEN FAZLA İŞVERENİN İŞÇİYE KARŞI SORUMLULUĞU....3181
BİRDEN FAZLA BORÇLUNUN BULUNMASI HALİNDE ZAMANAŞIMI DEFİ İLERİ SÜRÜLMESİ....3171
BİRLİKTE İSTİHDAM....3150
BORÇ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÜREKLİLİĞİ....3193
BORÇLAR HUKUKU....3048, 3059, 3081, 3083, 3101, 3117, 3159, 3197, 3207
BORÇLAR KANUNU....3097
BORCUN MİKTARININ BİLİNEBİLİR DURUMDA OLUNMASI....3221
BORCUN VADESİ....3185
BOZMADAN SONRA YETKİSİZLİK....3217

C, Ç

CENİN ALINIRKEN, RAHİM VE YUMURTALIĞIN ALINMASI 3189
CEZA DAVASI SONUCUNUN BEKLENMESİ 3189
CEZAİ ŞARTTAN İNDİRİMİN KOŞULLARI 3185
ÇEKTE ZAMANAŞIMI 3171
ÇOĞUN İÇİNDE AZ DA VARDIR KURALI 3118

D

DAVA VEYA DEFİ YOLUYLA HÜKMEN REDDİN TESPİTİ 3056
DAVADA GÖREV 3078, 3183
DAVADA YETKİ 3187
DAVADAN FERAGAT 3039
DAVADAN ÖNCE ÇEKİLEN İHTARNAMENİN FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİNE ETKİSİ.....3149
DAVANIN ÖN KOŞULU.....3210
DESTEK PRİMİ 3225
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI 3207
DOĞALGAZLA ISINAN BİNA 3043
DÖVİZ ÜZERİNDEN ALACAK 3173

E, F

ECRİMİSİL 3050
ECRİMİSİL TAKDİRİ 3101
ECRİMİSİLİN NİTELİĞİ.....3083
EDA DAVASI 3118
ESKİ KİRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ 3107
ESNAFIN YANINDA ÇALIŞAN İŞÇİ SAYISI.....3153
FAİZ BAŞLANGICI 3185
FAHİŞ CEZAİ ŞARTTAN İNDİRİM 3185
FAİZ HESABI 3173
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ 3043, 3134
FESHİN SÜRESİNDE YAPILDIĞININ KANIT YÜKÜMÜNÜN İŞVERENDE BULUNDUĞU 3138
FİİLİ ÇALIŞMA 3227

G

GEÇERLİLİK KOŞULU 3169
GÖREV 3085, 3174
GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ 3094

H

HACİZ 3176
HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN NİTELİĞİ 3118
HAKSIZ EYLEM 3093
HAKSIZ FİİL.....3117
HAKSIZ HACİZ 3093

HAVA TAŞIMASI PERSONELİNİN İŞ KANUNU KAPSAMI DIŞINDA BULUNDUĞU 3077
HAYATIN OLAĞAN AKIŞI 3043
HEKİM HATASI 3189
HİZMET KUSURU 3095
HİZMET TESPİTİ DAVASINDA BELİRLENEN ÜCRET 3133

I, İ

ISLAH.....3149
İCARETEYNLİ VE MUKATAALI TAŞINMMAZLAR.....3127
İCRA HUKUKU.....3047, 3170, 3171, 3173, 3174, 3175, 3205, 3209, 3210
İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULU.....3140
İBRANAMEYE DEĞER VERİLEMEYECEĞİ.....3140
İCRA İNKAR TAZMİNATI 3221
İCRA CEZA MAHKEMESİ 3047
İCRA TAKİBİNDEN SONRAKİ DÖNEM 3221
İÇ İLİŞKİ BAKIMINDAN SORUMLULUĞUN PAYLAŞILMASI 3181
İDARİ YARGI KARARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ 3089
İDARİ YARGININ GÖREV KAPSAMI.....3095
İFA YERİ KURALI 3187
İHALE EDİLEN TAŞINMAZDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İŞGALİ 3175
İHALENİN FESHİ 3174
İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI 3137
İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ 3193
İSİM BENZERLİĞİ NEDENİYLE YANLIŞ KİŞİNİN MAHKUM OLMASI 3047
İSKİ'NİN HUKUKİ STATÜSÜ 3117
İSLAHA KARŞI ZAMANAŞIMI DEFİ YAPILMASI 3097
İSLAHLA KALANIN İSTENMESİ.....3097
İSTEĞE BAĞLI SİGORTA PRİMLERİN GEÇ ÖDENMESİ.....3234
İŞ HUKUKU 3040, 3043, 3045, 3133, 3134, 3135, 3137, 3138, 3140, 3143, 3149, 3150, 3153, 3225, 3229
İŞ İLİŞKİSİ SÜRERKEN DÜZENLENEN İBRANAMENİN GEÇERSİZLİĞİ 3140
İŞ KAZASI.....3229
İŞ KAZASINDA YARALANAN İŞÇİ.....3232
İŞ MAHKEMESİNDE TEMYİZ SÜRESİ.....3045
İŞÇİ ÜCRETİNDE DEĞİŞİKLİK 3150
İŞÇİLİK HAKLARININ HESABI 3133
İŞÇİNİN AYNI İŞTE ÇALIŞMAYA DEVAM ETMESİ 3232
İŞÇİNİN DEĞİŞİKLİĞE RIZA GÖSTERMESİ VE ÇALIŞMAYA DEVAM ETMESİ DURUMU 3150
İŞÇİNİN GERÇEK ÜCRETİNİN TESPİTİ 3229

İŞE İADE DAVASI 3143
İŞLETMESEL NEDENLERİN GEÇERLİ NEDEN OLUP OLMAYACAĞININ ARAŞTIRILMASI 3143
İŞYERİ HEKİMİ 3135
İŞYERİ KOŞULU 3137
İŞYERİNİN DEVRİ 3040
İŞYERİNİN DEVRİNDE SORUMLULUK 3150
İTİRAZIN İPTALİ 3110

K

KİRA SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ 3078
KİRA TESPİT DAVASI 3079
KİRACININ HAKLARI 3079
KİRACININ SORUMLULUĞU 3159
KADASTRO TESPİTİ 3201
KAMU DÜZENİ 3053
KAMU HİZMETİ 3095
KAPICI HİZMETİ 3043
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU 3215
KESİN HÜKÜM SONUCU 3039
KESİN SÜRE 3169
KESİN SÜRENİN SONUÇLARININ ANLATILMASI SONUCU 3169
KESİNLEŞEN İHALE 3175
KİRA ARTIŞ ORANININ BELİRLENMESİNDE UYGULANACAK YÖNTEM 3108
KİRA ARTIŞI 3108
KİRA HUKUKU 3078, 3079, 3105, 3107, 3108, 3110, 3112
KİRA SÖZLEŞMESİ 3105, 3108
KİRACININ AYNI BELEDİYE SINIRLARI İÇİNDE KONUT MALİKİ OLMASI DURUMU 3112
KREDİ KULLANDIRIM FAİZİ 3221
KÜÇÜĞÜN HAKSIZ EYLEMİ NEDENİYLE AİLE BAŞKANININ SORUMLULUĞU 3094

M, N

MADDİ HATA 3045
MAHKEMENİN GÖREVİ SAPTANIRKEN DAVA ÇEKİŞMELİ ALACAĞIN TÜMÜNÜN DİKKATE ALINMASI GEREĞİ 3077
MALİK HANESİNİN AÇIK OLMASI 3201
MANEVİ GİDERİM 3047, 3089
MİRAS HUKUKU 3056, 3067, 3074
MİNİBÜS ŞOFÖRÜ-MİNİBÜS SAHİBİ 3153
MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU 3093
MİRASIN HÜKMEN REDDİ 3056
MİRASTAN ISKAT 3067

O, Ö

OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI 3125
OLUMSUZ DAVA KOŞULU 3118
ÖNCEKİ ABONENİN BORCUNDAN DOĞAN SORUMLULUK 3048
ORTAK YERE EL ATMA 3215
ÖZEL OKULA ÖDENEN EĞİTİM ÜCRETİ.....3183

P, R

PAYLI MÜLKİYET 3107
PAZARLIKLA SATIŞ 3174
RUHSATSIZ VE KAÇAK YAPI.....3083

S, Ş

SATIŞ 3175
SAVUNMA İLE VE İŞVERENİN DİĞER KAYITLARIYLA ÇELİŞEN 3140
SİGORTA HUKUKU 3159, 3161, 3164, 3227
SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞU 3161
SİGORTA PRİMİ BORÇLARI 3040
SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICININ TESPİTİNDE İZLENECEK YÖNTEM.....3227
SİGORTALILIĞIN SONA ERMEYECEĞİ 3234
SİGORTALININ GÖREVLERİ 3164
SOĞUK MEŞRUBAT SATIŞI 3134
SOSYAL GÜVENLİK İLKESİ 3225
SOSYAL KİŞİLİK DEĞERLERİNE ZARAR VERİLMESİ DURUMU 3089
SÖZLEŞMEDEN DÖNME 3195
SSK EMEKLİSİ EMEKLİ AYLIĞININ KESİLMESİ 3225
SU ABONELİĞİ 3048
SÜREKLİ İŞ GÖRMEZLİK.....3232
ŞOFÖRÜN KÜÇÜK ESNAF YANINDAKİ ÇALIŞMASI 3153

T

TACİR SIFATI 3117
TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ MUHTESATIN DEĞERİ 3121
TAŞINMAZA İLİŞKİN DAVA.....3069
TAŞINMAZI İHALEYLE ALAN KİŞİNİN HAKLARI 3170
TAŞINMAZIN DEĞERİ 3069
TAŞINMAZIN TAHLİYESİNDE İZLENECEK YÖNTEM 3170
TAHLİYE DAVASI 3112
TAHLİYE EMRİ 3175
TAHLİYE TAAHÜDÜ 3105
TAHLİYE TAAHÜDÜNE UYMA ZORUNLULUĞU 3105
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ.....3110
TAPU SCİLİNDE AÇIKLIK İLKESİ 3193
TARAF İDDİALARININ ARAŞTIRILMASI 3205
TARAF SIFATI.....3067
TARAFLARIN UYMA İSTEMESİ DURUMUNDA YARGICIN DİRENME KARARI VEREMEYECEĞİ 3053

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI 3205, 3210
TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA HUSUMET.....3209
TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA BORÇLUNUN MAL BEYANI ...3210
TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA DAVACININ HAKLARI 3209
TAŞINMAZ HUKUKU 3069, 3118, 3121, 3193, 3201
TAVİZ BEDELİ.....3127
TAZMİNAT HESABI 3232
TEMEMRRÜT 3110
TEMERRÜT NEDENİYLE TAHLİYE 3107
TESPİT DAVASI 3118
TİCARET HUKUKU 3195
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 3183
TÜKETİCİ HUKUKU 3183

U, Ü

USUL HUKUKU 3039, 3169, 3217
USULÜ KAZANILMIŞ HAK 3045

V

VAKIF SENEDİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN VE GENEL KURUL KARARININ İPTALİ 3217
VAKIFLA İLİŞİĞİ KESİLEN TAŞINMAZ 3127
VAKIFLAR HUKUKU.....3127
VASİYETNAMENİN İPTALİ DAVASI 3074
VEKALET SÖZLEŞMESİ 3187
VELAYET HAKKININ NİTELİĞİ 3073
VELAYETİN ANNE VE BABA DIŞINDA KİMSEYE VERİLEMEYECEĞİ 3073

Y

YANGIN SİGORTASI 3164
YANGINA KARŞI GÜVENLİK ÖNLEMLERİ KLOZU 3164
YAPI ESERİ 3159
YARGILAMANIN İADESİ 3081
YARGITAY BOZMASI 3053
YASAL KARİNE 3056
YASAL ZORUNLULUK 3059
YAŞLILIK AYLIĞI 3225
YAZ VE KIŞ AYLARI AYRIMI 3134
YENİ İŞVERENİN SORUMULUĞU 3040
YETKİLİ MAHKEME 3217
YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ 3074

Z

ZAMANAŞIMI 3097
ZAMANAŞIMI DEFİNİN İLERİ SÜRÜLME ZAMANI 3050
ZAMANAŞIMI SAVUNMASI 3161
ZİNCİRLEME SORUMLULUK 3040
ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI 3209

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• ***AİLE MAHKEMELERİNİN KURULU HAKKINDA KANUN*** *(787 SY*
Madde 4
• ***BELEDİYE KANUNU*** *(BEL K/1580)*
Madde 159 3081
• ***BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU*** *(BGK/2464)*
Madde 97 3059
• ***BORÇLAR KANUNU*** *(BK/818)*
Madde 126 3097
Madde 161/son.....3185
Madde 225 3174
Madde 261 3107
Madde 360/1 3195
Madde 386 3189
Madde 419 3140
Madde 23.....3140
Madde 31.....3140
Madde 41.....3159
Madde 42.....3097
Madde 47.....3207
Madde 51.....3159
Madde 53.....3189
Madde 58.....3159
Madde 61.....3118
Madde 73/1.....3187
Madde 140 3050
• ***ESKİ TÜRK CEZA KANUNU*** *(TCK/765)*
Mülga Madde 101 3097
• ***ESNAF VE SANATKARLAR KANUNU*** *(507)*
Madde 2 3153
• ***ESNAF VE SANATKARLAR MESLEK KURULUŞLARI KANUNU*** *(5362)*
Madde 4 3153
• ***GAYRİMENKUL KİRALARI HAKKINDA KANUN*** *(6570)*
Madde 7/a 3105
• ***HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU*** *(HUMK/1086)*
Madde 7 3085
Madde 10.....3187
Madde 17 3217
Madde 26 3217

Madde 83 3149
Madde 91.....3039
Madde 159 3169
Madde 163 3169
Madde 388 3045
Madde 429 3053
Madde 445/10 3081
Madde 202/2 3050
• ***İCRA VE İFLAS KANUNU*** *(İİK/2004)*
Madde 45 3221
Madde 58/3 3173
Madde 67/2 3221
Madde 135 3170
Madde 135/2.....3175
Madde 135/21 3170
Madde 150/6.....3170
Madde 224 3174
Madde 241 3174
Madde 244 3174
Madde 277 .....3209, 3210
Madde 278 3210
Madde 278/1.....3205
Madde 280/11 3205
Madde 283 3209
• ***İŞ KANUNU*** *(İş K/4857)*
Madde 4 3077
Madde 4-1-I.....3153
Madde 11 .....;3135
Madde 20.....3143
Madde 20/3.....3135
Madde 16.....3138
Madde 17.....3138
Madde 18.....3138, 3143
Madde 26.....3138
Madde 32.....3140, 3149
Madde 81.....3135
• ***İŞ MAHKEMELERİ KANUNU*** *(İş MAH. K/5521)*
Madde 8 3045
• ***İDARİ YARGILAMA USUL KANUNU*** *(İYUK/2577)*
Madde 2 3095
Madde 28.....3089
• ***KADASTRO KANUNU*** *(3402)*
Madde 12/3 3118

• ***SOSYAL SİGORTALAR KANUNU*** *(SSK/506)*
Madde 63.....3225
Madde 73.....3225
Madde 82.....3040
Madde 85.....3234
• ***SOSYAL SİGORTALAR KURUMU KANUNU*** *(SSKK/4958)*
Madde G.1 3234
• ***TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN*** *(TKY/4077)*
Madde 23.....3183
• ***TÜRK KANUNİ MEDENİSİ*** *(TKM/743)*
Madde 3074
• ***TÜRK MEDENİ KANUNU*** *(TMK/4721)*
Madde 13.....3074
Madde 18/1 3117
Madde 369 3094
Madde 599 3056
Madde 605 3056
Madde 610 3056
Madde 663 3171
Madde 684 3118
Madde 718 .....3118, 3121
Madde 713/2 3125
Madde 726 3171
Madde 730/18 3171
Madde 856 3193
Madde 1292/son 3164
Madde 1293/son 3164
• ***TÜRK MEDENİ KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN*** *(4722)*
Madde 17.....3074
• ***VAKIFLAR KANUNU*** *(VK/2762)*
Madde 26.....3127
Madde 27.....3127
Madde 29.....3127

YARGITAY KARARLARINI DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE

(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)

GÖRE ARAMA DİZİNİ

√ ***YARGITAY HUKUK GENEL KURULU***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/1-263	2007/236	02.05.2007	3039
2007/10-169	2007/162	21.03.2007	3040
2007/9-219	2007/224	18.04.2007	3043
2007/9-292	2007/293	23.05.2007	3045
2007/4-308	2007/323	30.05.2007	3047
2008/13-58	2008/39	30.01.2008	3048
2008/3-45	2008/103	06.02.2008	3050
2008/18-271	2007/272	26.03.2008	3053
2008/4-332	2008/436	16.04.2008	3056
2008/4-321	2008/303	09.04.2008	3059

√ ***YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/6198	2008/7959	25.06.2008	3067
2008/3703	2008/8254	01.07.2008	3069

√ ***YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/3782	2008/8892	08.06.2008	3073
2008/10657	2008/9574	30.06.2008	3074

√ ***YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2006/9069	2006/11297	19.09.2006	3077
2007/18349	2007/19286	17.12.2007	3078
2008/4219	2008/10242	05.06.2008	3079
2008/10463	2008/12256	01.07.2008	3081
2008/11728	2008/13343	15.07.2008	3083
2008/10830	2008/12415	03,07.2008	3085

√ ***YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/6404	*2008/7002*	*26.05.2008*	*3089*
2007/11717	*2007/8308*	*17.06.2008*	*3093*
2006/13162	*2007/13037*	*26.10.2007*	*3094*
2008/1471	*2008/4639*	*03.04.2008*	*3095*
2007/12770	*2008/7874*	*09.06.2008*	*3097*

√ ***YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/7959	*2008/8894*	*30.06.2008*	*3101*

√ ***YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/11	*2008/2784*	*11.03.2008*	*3105*
2008/8090	*2008/10150*	*23.09.2008*	*3107*
2006/9686	*2006/12048*	*28.11.2006*	*3108*
2008/7478	*2008/9253*	*14.07.2008*	*3110*
2008/5589	*2008/6926*	*02.006.2008*	*3112*

√ ***YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2005/1170	*2005/1228*	*21.04.2005*	*3117*
2008/2073	*2008/2557*	*10.06.2008*	*3118*
2008/2575	*2008/2829*	*24.06.2008*	*3121*

√ ***YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/1030	*2008/2661*	*13.05.2008*	*3125*

√ ***YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2006/14538	*2006/33648*	*21.12.2006*	*3133*
2006/20942	*2007/7525*	*19.03.2007*	*3134*
2006/35829	*2007/6320*	*21.03.2007*	*3135*
2006/26338	*2007/11199*	*18.04.2007*	*3137*
2007/16582	*2008/8978*	*15.04.2008*	*3138*
2007/22215	*2008/15537*	*13.06.2008*	*3140*
2007/41050	*2008/21303*	*21.07.2008*	*3143*

2007/22733	2008/18914	04.07.2008	3149
2007/18646	2007/24476	17.07.2007	3150
2008/22755	2008/18206	30.06.2008	3153

√ **YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2005/10876	2006/11576	13.11.2006	3159
2005/13876	2007/5221	03.04.2007	3161
2006/2383	2007/5745	12.04.2007	3164

√ **YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/9849	2008/12571	16.06.2008	3169
2008/11133	2008/14206	03.07.2008	3170
2008/12465	2008/15210	15.07.2008	3171
2005/7335	2005/10468	12.05.2005	3173
2004/3728	2004/10122	22.04.2004	3174
2008/11134	2008/14205	03.07.2008	3175
2006/20414	2006/23735	14.12.2008	3176

√ **YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/7447	2007/13019	07.11.2007	3181
2007/15314	2008/4565	02.04.2008	3183
2008/1540	2008/6896	20.05.2008	3185
2008/3083	2008/9547	07.07.2008	3187
2008/11477	2008/11825	07.10.2008	3189

√ **YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/10087	2008/11028	06.10.2008	3193

√ **YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/4600	2008/4428	01.07.2007	3195

√ **YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/3983	2008/1971	28.03.2008	3201

√ ***YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/1215	*2008/4098*	*16.09.2008*	*3205*
2008/1969	*2008/3549*	*26.06.2008*	*3207*
2008/847	*2008/3723*	*03.07.2008*	*3209*
2008/2594	*2008/3948*	*14.07.2008*	*3210*

√ ***YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/5202	*2008/8021*	*03.07.2008*	*3215*
2007/11952	*2008/434*	*28.01.2008*	*3217*

√ ***YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/3371	*2008/7729*	*10.07.2008*	*3221*

√ ***YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ***

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2003/5361	*2003/5974*	*23.06.2003*	*3225*
2006/5398	*2007/2671*	*26.02.2007*	*3227*
2008/7855	*2008/10193*	*01.07.2008*	*3229*
2007/20152	*2008/5565*	*10.04.2008*	*3232*
2007/14128	*2008/7899*	*01.05.2008*	*3234*

YAYIN KURULUNDAN

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

YAYIN KURULUNDAN

YENİ DÖNEMDE YAYIN KURULUMUZ

Değerli Okurlar...

Bir yılı daha birlikte geriye bırakmanın mutluluğunu yaşıyoruz; bu kez yeni bir yönetim ve yeni bir Baro Başkanı ile...

2009 yılı ilk sayısı ile ne gibi yenilikler başlatacağımızı, yeni yönetim döneminde nasıl bir yayın politikası izleyeceğimizi ve ne tür yenilikler önereceğimizi sizlerle paylaşacağız.

Yeni dönemde Yayın Kurulumuzun daha etkin ve daha işlevsel görevler üstleneceğini birçok alt kurul oluşturarak tematik dergiler çıkaracağını şimdiden söyleyebiliriz. Bu arada Yayın Kurulumuzun yeni yönetimle birlikte çalışacağı arkadaşları seçme konusunda bir özgürlük alanı bırakmanın daha etik olacağı düşüncesi ile görevinden ayrıldığını ancak İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun aynı kurulu yeniden görevlendirdiğini de iletmek isteriz.

Elinizdeki dergi ile Sorumlu Yazı İşleri Müdürü olarak aynı zamanda Yönetim Kurulu Üyemiz de olan **Av. Hüseyin Özbek** arkadaşımız görevlendirildi. Yayın Kurulundan Sorumlu Yönetim Kurulu üyesi ise **Av. Cesur Kılınç** arkadaşımız görev aldı.

Eski Yazı İşleri Müdürümüz **Av. Muammer Aydın** şimdi İstanbul Baro Başkanı ve de dergimizin Sahibi.

Değişen, değişmeyen tüm arkadaşlarımızla siz okurları mutlu etme uğraşımız sürecek.

* * *

Bu arada İstanbul 6. Sulh Hukuk ve İstanbul 6. Asliye hukuk Mahkemesinde yargıçlık yapan ve 7 yıldır Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyeliğini sürdüren **Sn. Fazlı Kadı**'nın Eylül ayında 12. Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiş olduğunu da duyurmak isteriz. Sayın Kadı'ya yeni görevinde başarılar diliyoruz...

Bir başka yayında buluşmak umuduyla...

Hoşçakalın...

Av. Celal ÜLGEN

Yayın Kurulu Başkanı

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

BİR HUKUK DEVLETİNDE...

Av. MUAMMER AYDIN
İstanbul Barosu Başkanı

Ülkemizde son günlerde hukuku yakından ilgilendiren, daha doğru bir söyleyişle görünürde "hukuki" olan; ancak gerçekte hukuku ayaklar altına alan, hukuki kurum ve kavramları "rencide" eden uygulamalara tanık olmaktayız. Ülkemiz yakın tarihi incelendiğinde benzer durumların daha önce de birçok kez tekrarlandığı görülmektedir. Özellikle 12 Eylül Askeri Yönetimi döneminde hukukun bariz bir şekilde ayaklar altına alınarak yok sayıldığı taraflı-tarafsız kamuoyunu oluşturan herkesin malumudur. Anılan dönemde yaşananların mazur görülmesi hiçbir zaman, hiçbir şekilde mümkün değildir. İstanbul Barosu'nun o dönemki başkanı Av. Orhan Adli APAYDIN'ın da aralarında bulunduğu birçok aydın, yazar ve sanatçı da bu dönemde gözaltına alınmış, tutuklanmış ve dahası işkenceye maruz kalmışlardır. Bu hukuk tanımaz hareketlerin uygulayıcıları, yaptıklarının bilincinde olmalılar ki, kendilerinin yaptıkları işlemlerden dolayı yargılanamayacakları ibaresini geçici ek maddeyle hazırladıkları anayasaya koymuşlardır. Her ne kadar 12 Eylül darbecilerini mahkeme önünde yargılamak son AİHM kararıyla olası hale gelmişse de, hepimizce malum olan husus söz konusu dönemde baskıcı ve hukuk dışı uygulamalara imza atan kişilerin, bu karardan çok daha önce hukukun "tarihi bilinci" ile yargılanarak vicdanlarda en ağır cezaya mahkûm olduklarıdır.

İşte son günlerde yaşanan ve hepimizin tanık olduğu hukuka aykırılıklar, bu askeri rejim dönemlerini bile aratır niteliktedir. Geleceğimizin teminatı olan gençlerin sokak ortasında polis kurşunlarıyla yaralanması veya ölmesi, can güvenliği devlet korumasında olması gereken tutuklu ve hükümlülerin infaz memurlarının işkenceleri sonucu ölmesi, karakollarda yeniden işkence ve ölüm vakalarının yaşanması gibi hususlar bütün bu hukuk tanımaz uygulamalardan yalnızca birkaçı, ancak en vahimleridir. Bir gazetecinin sokak ortasında vurularak öldürülmesi olayında ihmalleri olan emniyet müdürlerinin halen görevde olmaları veya terfi ettirilmeleri de bu vahim uygulamaların bir başka boyutunu teşkil etmektedir.

Gece yarısı evden almalar

Bir hukuk devletinde, ülkenin önde gelen bilim adamları ve gazeteciler gece yarısı evlerinden polis marifetiyle alınmamalı, insanların özel görüşmeleri devletin tutanaklarında yer almamalı, o ülkenin özgür insanları her an dinlenme ya da gözaltına alınma korkusuyla yaşamamalı ve salt telefon konuşmalarından oluşan bir iddianameye dayanılarak insanların özgürlüğü kısıtlanmamalıdır.

Yine bir hukuk devletinde; tutuklu-tutuksuz sanık ayrımına gidilmemeli, yargılama -henüz sadece sanık sıfatını taşıyan kişilere baskı uygulayacak şekilde- cezaevi içinde kurulan duruşma salonunda sürdürülmemelidir. Bilindiği üzere bir hukuk devletinde, tutuklama kurumu, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi ya da olası bir mahkûmiyetin ileride yerine getirilebilmesi amacıyla uygulanan ve suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan; ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hâkim kararıyla geçici olarak kaldırılmasını öngören ceza muhakemesine dair ihtiyari bir koruma tedbiridir. Tutuklamanın uygulanabilmesi için olguya dayanan kuvvetli bir suç şüphesinin bulunması ve yasada gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin (sanığın kaçma şüphesi gibi) gerçekleşmesi olmak üzere iki maddi koşulun varlığı gerekir.

Ülkemizde ise tutuklama kurumu bir önlem olmaktan çok bir ceza niteliğinde, bir infaz hüviyetindedir. Mahkemeler, çok uzun süredir tutuklu bulunan ve haklarında halen hüküm verilmemiş olan sanıkların dosyaları ile dolup taşmaktadır ki bu durum İnsan Hakları Sözleşmesi ve Evrensel Beyannamesi gibi uluslararası belgelerle koruma altına alınan özgürlük gibi temel haklara ve başta adil yargılanma olmak üzere diğer yargılanma ilkelerine aykırıdır.

Hükümete muhalif olanlar

Ceza Usul Hukuku normları gereğince soruşturma evresi sonunda soruşturmayı yürüten cumhuriyet savcısı ya toplanan delil¬lerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğuna kanaat getirerek bir iddianame dü¬zenlemeli ya da kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edileme¬diğine kanaat getirerek ve/veya kovuşturma olanağının bulunmadığı hallerde bunu belirterek kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir. Yoksa soruşturmanın ucunu açık bırakarak, "dalga dalga" insanların -ne hikmetse hep de hükümete muhalif olan kişilerin- gözaltına alınmasına olanak sağlayacak hukukla bağdaşmayacak bir uygulamanın varlığına göz yummamalı veya imkân tanımamalıdır. Zira hukuk devletinin sade bir vatandaşı olarak ve belirtmek gerekir ki haklı olarak, her kişi, diğer kişi ve kurumlara karşı hukukun koruyuculuğundan yararlanmak ve kendisini hukuk şemsiyesi altında görmek ister. Rousseau ve çağdaşı olan pek çok düşünürün dediği gibi modern hukuk devletinin varlık temeli olan "toplumsal sözleşme" de bunu haklı kılan en önemli husustur. Bütün bunlara karşın, hukuku uygulayan kişi ve kurumların, iş ve eylemlerinden dolayı mağdur olmaları -içinde bulunduğumuz durumda ise mağdur edilmeleri- durumunda, hukuk devletinden haklı beklenti içinde olan bireylerin sığınabilecekleri son kalenin de ortadan kalkacağı açıktır. Toplumda infial yaratan bir taciz olayında Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas kurulunca mahkeme heyetine sunulan raporun pedagog olmadan hazırlanması ve eleştiriler üzerine bu tür olaylardaki raporların hazırlanmasının kurumca durdurulmasına karar verilmesi, önceki raporların tümünü "tartışmalı" hale getirmiştir.

Bu halde meydana gelebilecek hukuki sonuçlar herkesçe malumdur. Bu noktada doğru olan, ilgili raporun her türlü önyargıdan uzak ve bilimsel olarak irdelenmesi, kurumsal yıpratmadan kaçınarak böyle bir raporun düzenlenmesinde sıradışılık

varsa sorumluları hakkında soruşturma açılması, kurumun yara almasının önüne geçilmesi ve tabi-i ki ilgili ihtisas kuruluna bir an önce pedagog atamasının yapılmasıdır.

Demokrasiyi tehdit

Anayasa uyarınca: "Türkiye Cumhuriyeti laik, demokratik, sosyal bir hukuk devletidir." Hukuk devleti, her tür idari ve siyasi etkinliğin hukuk normlarına uygun olduğu ve hukukun uygulamasının doğrudan hukukçular eliyle yürütüldüğü ve modern öğreti gereğince yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrılığının esas alındığı bir örgütlenme biçimidir. Hal böyleyken, yürütmenin başı konumunda bulunan kişinin bir dava için "Ben bu davanın savcısıyım" şeklinde bir beyanat vermesi, o hukuk devleti için salt yaralayıcı bir söylem olmakla kalmaz, aynı zamanda erkler ayrılığına da son verdiği için demokrasiyi de tehdit eder ve yıpratır. Yine bir hukuk devletinde, Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemelerin üyeleri, doğrudan ve yürütmeden bağımsız kurum ve kişiler aracılığıyla göreve gelirler. Bu mahkeme üyelerinden biri, anayasa normları ile korunan ve kollanan o ülke ve devletin temel değerlerinin tartışmaya açılabileceğini kamuoyuna deklare edemez.

Varlığının amacı anayasayı korumak olan bir mahkeme başkanı, bindiği dalı keser gibi, anayasanın değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez maddelerinin aslında değiştirilebileceğini ima edemez; ima etse dahi anayasa hukukunun anayasa yapımı konusunda belirgin bir şekilde ayrımlarını yaptığı asli kurucu, tali kurucu ve türev kurucu iktidar gibi temel kavramlarını ve hatta bu kavramların da üstünde olan ve yurttaşların refahı, toplumun özgürlüğü, devletin ise kuruluşu ve bekası açısından ulvi olan bazı değerleri çiğneyerek söylediklerini hukuk devleti ilkelerine dayandıramaz. Hele ki bu üye, adı geçen temel değerleri korumak ve kollamakla görevli ve yükümlü olan yüksek mahkemenin "hukukçu" olmayan başkanıysa bu açıklamalar olsa olsa hukuk yerine yürütmeden güç alan temelsiz "hezeyanlardan" başka bir şey olarak yorumlanamaz.

Bizler, hukukçular olarak, hukuk devleti ilkesini yalnızca anayasa ve yasa metinlerinde yer alan bir öğreti, bir doktriner değer olarak görmemeli; hukuk devleti olmanın yolunun insanlığın var oluşundan bugüne gelen değerlerin korunması ve anayasal ilkelerin uygulamaya yansımasından geçtiğinin bilincinde olarak hareket etmeliyiz. Yoksa bugüne kadar yapıldığı gibi bundan sonra da "hukuk devletiymiş gibi" hareket ederek gerçek anlamda "insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti"ne kavuşmak mümkün olamaz. Aksi bir durumda ise hukukun gücü, yerini gücün hukukuna bırakır ki bu da demokrasiden çok dikta rejimlerine has ve hukuk devletine yakışmayan bir uygulamadır. Bu nedenle de herkes, gerçekte geçici olarak bulunduğu yer ve makamın sorumluluklarına uygun davranmaya özen göstermelidir.

KARATAHTA

DAVAYA ASİLİN GİRMESİ DÜŞME NEDENİ...

BAKIRKÖY 8. SULH HUKUK MAHKEMESİ SAYIN HAKİMLİĞİNE*

Dosya No:2007/367 Esas

Özet: *Vekil yerine müvekkilin duruşmaya girmesi, dosyanın müraacata bırakılması gerektirir (mi)?*

DAVA KONUSU: 24.04.2008 tarihli celsede HUMK 409. maddesi gerekçe gösterilerek hatalı verilen kararın geri alınması ve yargılamaya devam edilmesi istemidir.

AÇIKLAMA: 24.04.2008 tarihli duruşmaya il dışı mesleki çalışmalarım sebebi ile girememiş bulunmaktayım. Ancak müvekkilimi asil olarak davayı takip hususunda bilgilendirdim ve anılan celseye müvekkilin katılımını sağladım.

Sayın mahkeme, asil olarak müvekkilin davayı takip etmesine karşın, vekilin takip etmediği gerekçesi ile dosyayı müracaata bırakmıştır. Bu hususa 28/04/2008 tarihinde Bakırköy 1. İş Mahkemesinin 2005/796 Esas sayılı dosyasının duruşmasından çıktıktan sonra nezdinizdeki dosyanın incelenmesi sonucunu öğrenmiş bulunmaktayım.

Sayın mahkemenin de malumu olacağı üzere davayı takip için vekil tutmak asilin dava üzerindeki tasarrufunu ortadan kaldırmaz. Bir başka deyişle tasarruf yetkisinin vekile devri anlamına gelmez. Kaldı ki vekilin bazı hakları kullanması vekaletname olmasına karşın müvekkilin iznine bağlıdır.

Yine HUMK 409. madde "oturuma çağrılmış olan taraflardan hiçbiri gelmediği veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri taktirde" demek sureti ile bizzat tarafların kendisinden bahsetmektedir. Taraf vekilleri diye bir ibare mevcut değildir. Davanın tarafı vekil değil, asildir.

SONUÇ ve İSTEM: Yukarıda kısaca arz ve izah edilen sebeplerle; HUMK 409. madde gerekçe gösterilip hukuka aykırı olarak tesis edilen 24/04/2008 tarihli celse ara kararından sarfınazar edilerek yargılamaya devam edilmesini, talebimiz uygun görülmediği taktirde tesis edilecek kararın hukuki mesnedinin ayrıntısı ile tarafıma bildirilmesini, bilvekale arz ve talep ederim. 29.04.2008

(*) Gönderen: Av. Erhan KARAHAN

BAKIRKÖY 8 SULH HUKUK MAHKEMESİ DURUŞMA TUTANAĞI

2007/367 Esas

Davacı **"asil"** geldi başka gelen olmadı açık duruşmaya devam edildi.

Davacı vekilinin gelmediği gibi mazerette göndermediği görüldü.

Davacı asilden soruldu; vekilim şimdiye kadar bir duruşmaya katıldı. İşi yoğun olması nedeni ile de şehir dışındadır dedi.

Davanın açıldıktan sonra; ilk duruşmasına vekilin mazeret dilekçesi gönderdiği ikinci duruşmasına mazeret de bildirmeyerek asilin davayı takip ettiği ve bunun üzerine duruşmalara katılması ve takip etmesi yönünde son defa kendisine şerhli davetiye çıkartıldığı ve bir sonraki duruşmaya katıldığı tekrar davacı vekilinin mazeret de bildirmeyerek duruşmaya katılmadığı görüldü Dosya incelendi.

G.D. Davacı vekilinin duruşma gününü ve saatini bildiği halde gelmediği gibi mazeret de bildirmediğinden takip edilmeyen davanın yenilenineye kadar HMUK 409/1. maddesi gereğince işlemden kaldırılmasına karar verildi. 24.04.2008

YAZILAR

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA SIĞINMACI VE MÜLTECİLERİN TÜRKİYE'DEN SINIRDIŞI EDİLMELERİNİ ENGELLEYEN HALLER*

Prof. Dr. Nuray EKŞİ**

I. "Sığınmacı" ve "Mülteci" Kavramları

Devletler Hukuku Enstitüsü'nün tarifine göre, mülteci (refugee), vatandaşı olduğu ülkede meydana gelen siyasî olaylar sebebiyle bu ülkeyi iradesiyle veya zorla terk etmiş; başka bir devletin vatandaşlığına henüz geçmemiş ve herhangi bir devletin diplomatik koruması altında bulunmayan kimsedir[1]. Mülteci tanımında zamanla bazı değişiklikler ve gelişmeler olmuştur[2]. Mülteci tanımı ve mültecilerin hukukî durumu Birleşmiş Milletler tarafından 1951 yılında hazırlanan bir konvansiyon ile düzenlenmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu[3] *Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 Cenevre Konvansiyonunun*[4] hazırlık çalışmaları 1949 yılında başlamıştır. 1949 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi (United Nations Economic and Social Council-ECOSOC) bir *ad hoc* komite atayarak 1933 yılında yapılan ve sadece sekiz devlet tarafından onayla-

---

(*) Bu makale, 26-27 Haziran tarihleri arasında YTÜ yapılan uluslararası konferansta tebliğ olarak sunulmuştur. [Göç, Kültür, Kamu Politikası ve Toplum: Ulusaşırı Sorunlar ve Perspektifler, Uluslararası Konferans, Küresel İncelemeler Merkezi, Yıldız Teknik Üniversitesi & Siyaset Bilimi Bölümü, Texas A&M University 26-27 Haziran 2008 Yıldız Teknik Üniversitesi Oditoryum-Immigration, Culture, Public Policy, and Society: Cross National Issues and Perspectives Joint Conference, Center for Global Studies, Yıldız Technical University & Department of Political Science, Texas A&M University, June 26-27, 2008 Yıldız Technical University Auditorium]

(**) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

(1) Nuray EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 2. bası, İstanbul 2007, s. 3; Gülören TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 8. bası, İstanbul 2003, s. 7; Aysel ÇELİKEL/Günseli GELGEL, Yabancılar Hukuku, 11. bası, İstanbul 2004, s. 18; Yılmaz ALTUĞ, Devletler Hukuku Bakımından Mülteciler, İstanbul 1967, s. 8-9.

(2) Mülteci tanımı ve bu tanıma ilişkin gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Guy S. GOODWIN-GILL/Jane McADAM, The Refugee in International Law, 3rd ed., Oxford 2007, s. 15-20.

(3) Cenevre'de 28 Temmuz 1951 Tarihinde İmzalanmış Olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No: 359, Kabul Tarihi: 29.8.1961, RG 5.10.1961/10898.

(4) Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Konvansiyon, bundan sonraki açıklamalarımızda kısaca "1951 Cenevre Konvansiyonu" olarak anılacaktır.

nan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Konvansiyonun ve ayrıca vatansızların durumlarının gözden geçirilmesini istedi. Komite, sadece mültecilere ilişkin olarak çalışmalarını sürdürdü ve bir konvansiyon tasarısı hazırladı. Tasarı, 1951 yılında Cenevre'de imzalandı. 1951 Cenevre Konvansiyonunun I. maddesinin 2. paragrafında da mültecinin tanımı yapılmıştır. 1951 Cenevre Konvansiyonuna göre, Konvansiyon hükümleri, 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dinî, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.

Ancak bu tanım kapsamına girse dahi mülteci statüsü verilmeyecek kişiler 1. maddenin (F) bendinde üç grup halinde sayılmıştır. Mülteci statüsü verilmeyecek kişiler şunlardır: (1) Barışa karşı suç işleyenler veya savaş suçu işleyenler veya uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde insanlığa karşı suç işleyenler, (2) Politik olmayan önemli bir suçu mülteci başvurusunun yapıldığı ülke dışında işleyenler, (3) Birleşmiş milletlerin ilkelerine ve amaçlarına aykırı eylemlerde bulunanlar.

1951 Cenevre Konvansiyonunun 42. maddesinde, taraf devletlerin, imza, onay veya katılma sırasında 1, 3, 4, 16(1), 33, 36-46. maddeleri hariç diğer maddelerine çekince koyabilecekleri ifade edilmiştir. Bu maddeye uygun olarak Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonunun uygulama alanını coğrafî açıdan sınırlamıştır. Buna göre, Türkiye sadece Avrupa ülkelerinden gelenlere mülteci statüsünü tanımaktadır. Diğer ülkelerden gelenlere ise sığınmacı (asylum seeker) muamelesi yapmaktadır.

1951 Cenevre Konvansiyonu, iki önemli sınırlama içermekteydi. Bunlardan ilki, *zaman sınırlaması*dır. Buna göre, 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar neticesinde kişinin mülteci sıfatının doğması gerekiyordu. Eğer mülteci başvurusunun yapılmasına sebep olan olay 1 Ocak 1951'den sonra meydana gelmişse, Cenevre Konvansiyonu uygulanmıyordu. İkinci sınırlama *mekân* veya diğer bir ifadeyle *coğrafî alan* kısıtlamasıydı. Coğrafî alan kısıtlaması neticesinde, kişiyi mülteci kılan olayın Avrupa'da meydana gelmesi gerekiyordu. 1951 Cenevre Konvansiyonu bağlamında *Avrupa ülkeleri* kavramının nasıl değerlendirileceği Avrupa Konseyinin kurucu antlaşmasına göre belirlenecektir[5]. Zaman ve mekân sınırlamaları sebebiyle 1951 Cenevre Konvansiyonu adeta uygulanamaz hale gelmişti. Konvansiyonun beklenen ölçüde uygulama alanı bulmaması sebebiyle 1967 yılında Konvansiyona ilişkin bir protokol yapılmıştır.

---

(5) Avrupa Konseyi Statüsü, 5.5.1949'da Londra'da imzalandı ve 3.6.1949'da yürürlüğe girdi. Avrupa Konseyi Statüsü, Türkiye tarafından 5456 sayılı kanunla onaylanmıştır (RG 17.12.1949/7382).

1951 Cenevre Konvansiyonuna ek 1967 Protokolü[6] ile "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar" ve "söz konusu olaylar sonucunda" ifadeleri Konvansiyonun metninden çıkarılmıştır. Böylece, tarih sınırlaması olmaksızın Konvansiyon hükümleri, I. maddenin (2). paragrafının kapsamına giren bütün kişilere uygulanacaktır. Bununla beraber coğrafî alan kısıtlaması konusunda taraf devletlere takdir yetkisi verilmiştir. İsteyen devlet, coğrafî alan sınırlamasını muhafaza edebilecektir. Türkiye, coğrafi alan sınırlamasını halen koruyan ve uygulayan devletlerden biridir.

Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin[7] 3. maddesinde mülteci ve sığınmacının tanımı yapılmıştır. Yönetmelik, adının uzun olması sebebiyle kısaca "İltica ve Göç Yönetmeliği" veya "1994 Yönetmeliği" olarak da anılmaktadır. 1994 Yönetmeliği, ülkemize münferiden iltica eden veya başka ülkelere iltica etmek üzere ülkemizden ikamet izni talep eden yabancılar ile topluca iltica veya sığınma amacıyla sınırlarımıza gelen yabancılara ve olabilecek nüfus hareketlerine uygulanacak usul ve esasları düzenlemektedir (1994 Yönetmeliği md. 1). 1994 Yönetmeliği, Cenevre Konvansiyonu ve bu Konvansiyona ek 1967 Protokolü uyarınca hazırlanmıştır (1994 Yönetmeliği md. 31). 1951 Cenevre Konvansiyonunun 36. maddesinde, âkit devletlerin, Konvansiyonunun tatbikini temin maksadıyla yapacakları kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer yasal düzenlemeleri Birleşmiş Milletlere bildirecekleri ifade edilmiştir. Türkiye, Cenevre Konvansiyonunu 1961 yılında; 1967 Protokolünü ise 1968 yılında onaylamasına rağmen bunların uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin hazırlanması oldukça uzun zaman almıştır.

1994 Yönetmeliğinin 3/II. maddesine göre, mülteci, Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dinî, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasî düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıyı ifade etmektedir.

Mülteci, bir zaruret sebebiyle ülkesinden ayrılmak zorunda kalmaktadır. Bu sebeple mültecinin vatandaşlığını yitirip yitirmediği konusunda

---

(6) RG 5.8.1968/12968.

(7) RG 30.11.1994/22127. Bu Yönetmelikte en son yapılan değişiklik için bkz. Karar Sayısı: 2006/9938 Ekli "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"in yürürlüğe konulması; İçişleri Bakanlığı'nın 15.11.2005 tarihli ve 3127 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu'nca 16.1.2006 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 27.1.2006/26062).

bilgi alınmasında zorluklar yaşanmakta ve mülteci ülkesinin diplomatik korumasından yararlanamamaktadır. Bu açıdan mültecinin vatandaşlığa sahip olması resmî bir durum olmakla beraber aslında mülteci vatansızlara benzer bir statüye (quasi-stateless) sahiptir[8].

1994 Yönetmeliğinde, sığınmacı (asylum seeker), ırkı, dinî, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasî düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı olarak tanımlanmıştır. 1994 Yönetmeliğinde sadece Avrupa'dan gelenler mülteci; Avrupa dışından gelenler ise sığınmacı olarak kabul edilmiştir. Böylece 1994 Yönetmeliği, Türkiye'nin Cenevre Konvansiyonuna koyduğu coğrafi kısıtlamaya bağlı kalan bir düzenleme getirmiştir.

II. "Sınırdışı" Kavramı ve Türleri

Milletlerarası örf ve adet hukukunda, ülkeye giriş, oturma ve çıkış konularında devletlerin münhasır yetkili oldukları ve bu yetkinin devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenliklerinin doğal bir sonucu olduğu kabul edilmektedir[9]. Uluslararası ve ulusal insan hakları çalışmalarıyla, devletlerin ülkelerine giriş, oturma, çıkış ile ilgili düzenleme ve denetleme yapma konusunda sahip oldukları *geleneksel münhasır yetkinin* sınırlandırılması için çaba sarf edilmektedir. Milletlerarası örf ve adet hukukunda, yabancıların ülkeye kabulü konusunda devletlerin geçici veya sürekli sınırlamalar getirebilecekleri genel olarak kabul edilmiştir[10]. Devletlerin bu yetkisi milletlerarası antlaşmalarla, ulusal mevzuat hükümleriyle veya milletlerarası nezaket çerçevesinde daraltılabilir. Bugün ağırlık kazanan uygulama, devletlerin ülkelerine giriş, oturma ve çıkış konularındaki yetkilerinin antlaşmalar, iç mevzuat veya zorunlu haller sebebiyle kısıtlanması yönündedir[11].

Sınırdışı etme (expultion), devletlerin, ülke güvenliğini veya kamu düzenini korumak amacıyla davranışları tehlikeli görülen yabancıları ülkeden çıkarmak için yararlandıkları bir araç ve vazgeçmek istemedikleri bir yetki olarak kendini göstermektedir[12]. Sınırdışı, yabancılara uygulanan

---

(8) Michael BOGDAN, Refugees in Swedish Private International Law, Human Rights Law: From Dissemination to Application, Essays in Honour of Göran Melander, Edt. Jonas Grimheden/Rolf Ring, Leiden 2006, s. 311.

(9) Lung-Chu CHEN, An Introduction to Contemporary International Law, 2nd ed., Yale University Press 2000, s. 182; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 31.

(10) CHEN, 182-183; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 31.

(11) CHEN, 183; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 31; Haluk KABAALİOĞLU/Nuray EKŞİ, Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmeleri (2004)1-2 MHB Sevin TOLUNER'e Armağan, s. 503.

(12) Rona AYBAY, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2005, s. 227-228; Aydoğan ASAR, Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, 2. bası, Ankara 2004, s. 194.

bir idarî yaptırım olduğundan "yabancı" kavramına kimlerin dahil olduğunun tespiti gerekir.

"Yabancılık", kişinin bulunduğu devlet vatandaşlığında olmadığını belirten bir durumdur[13]. Yabancı kavramı, sadece yabancı devlet vatandaşları olanları kapsayan dar bir kavram değildir. Bu kavram, yabancı devlet vatandaşı olanların yanı sıra hiçbir devlet vatandaşlığına sahip olmayanları yani vatansızları, mültecileri, sığınmacıları, özel statüdeki yabancıları ve Türk vatandaşlığı hariç birden fazla vatandaşlığa sahip olanları da kapsamaktadır. Kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması mümkündür. Birden fazla vatandaşlık halinde, uygulamada ve doktrinde mahallî vatandaşlığın yabancı vatandaşlığa tercih edileceği genellikle kabul edilmektedir[14]. Kanun koyucu da aynı görüşten hareketle kişinin Türk vatandaşlığı yanında bir veya birkaç yabancı devlet vatandaşlığına sahip olması halinde, Türkiye bakımından sadece Türk vatandaşlığının nazara alınacağını ifade etmiştir[15].

"Yabancıları sınırdışı etme" ile "suçluların iadesi" kavramları birbirinden farklıdır. Sınırdışı ve suçluların iadesi işlemlerinin ortak noktası, her ikisinin sadece yabancılar bakımından uygulanabilir olmalarıdır. Ancak sınırdışı etme, tek taraflı bir idarî yaptırım niteliği taşımasına rağmen suçluların iadesi, iki devletin karşılıklı anlaşmasına bağlı olan ve suçluların cezasız kalmasını önlemek amacıyla başvurulan bir yöntemdir[16].

Ayrıca, yabancının "giriş-çıkış kapısından geri çevrilmesi" (refoulement)[17], sınırdışı etmeden farklıdır[18]. Giriş-çıkış kapısından geri çevirme, henüz ülkeye girmemiş olan fakat örneğin, geçerli bir pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmadan sınır kapısına gelen ya da kaçak olarak Türkiye'ye giriş yapan yabancılara uygulanan bir işlemdir. Buna karşılık, sınırdışı, ülkeye fiilen giren ve ülkede bulunan yabancılara uygulanan ülkeden çıkarma işlemidir[19]. Yabancıların sınırdan geri çevrilme sebepleri 5682 sayılı Pasaport Kanununda sayılmıştır. Pasaport Kanununun 4. maddesinde, pasaportsuz, vesikasız veya usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelen ya-

---

(13) Sevin TOLUNER, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 5. bası, İstanbul 1996, s. 356; TEKİNALP 6; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, 16.

(14) Ergin NOMER /Cemal ŞANLI, Devletler Hususî Hukuku, 16. bası, İstanbul 2005, s. 120-121.

(15) 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun md. 4(b). 2675 sayılı MÖHUK, 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 64. maddesinin (1). fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

(16) Haluk ULUGÖL, Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasî Suç, Ankara 2002, s. 6; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 32; KABAALİOĞLU/EKŞİ, 504.

(17) Hangi yabancıların sınırdan geri çevrilemeyeceği (non-refoulement) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nils COLEMAN, Non-refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-refoulement as Customary International Law, (2003)5 European Journal of Migration and Law, s. 23-68.

(18) Kavramlar arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi bkz. Lütfi DURAN, Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi, (1980) İnsan Hakları Yıllığı, s. 4-5; KABAALİOĞLU/EKŞİ, 503-505.

(19) DURAN, 4.

bancılar geri çevrilirler. Ayrıca Pasaport Kanununun 8. maddesine göre, serseriler ve dilenciler; delilikle veya bulaşıcı hastalıkla malûl olanlar[20]; Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine müteallik anlaşma veya antlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar; Türkiye'den sınırdışı edilmiş olup da avdetine (dönüşüne) müsaade edilmemiş bulunanlar; Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumî nizamını bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadı ile geldikleri sezilenler; fahişeler ve kadınları fuhşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar; Türkiye'de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetişecek paraları bulunmayıp Türkiye'de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye'de yabancılara yasaklanmamış işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenler Türkiye'ye sokulmazlar[21].

Yabancının ülkeden çıkarılması (removal) kavramının sınırdışı kavramından farklı olduğu ifade edilmektedir[22]. Belirtmek gerekir ki, her sınırdışı kararı ülkeden çıkarma ile sonuçlanmaktadır. İngiliz hukuku uyarınca, sınırdışından farklı olarak ülkeden çıkarma (removal), yabancıların ülkeye girişinin kontrol edilmesidir. Ülkeden çıkarma emirleri, herhangi bir adlî süreç olmaksızın verilebilir. Yabancı, uçağa veya gemiye konularak başka bir ülkeye gönderilir. Hatta yabancının, o anda bu karara itiraz etme imkânı dahi bulunmamaktadır. Anında ve hızlı bir şekilde kararın alınması ve adlî denetimin olmaması sebebiyle bu usul ülkeden hızlandırılmış çıkarma (summary removal) olarak adlandırılmaktadır[23]. Ülkeden çıkarma sebepleri şunlardır: (1) ülkeye giriş izni olmayanlar, (2) yasadışı yollardan ülkeye girenler, (3) ülkede kalış için verilen süreyi aşanlar, (4) ülkede kalış şartlarını ihlâl edenler, (5) ülkede kalış iznini yetkili makamları aldatarak alanlar. Ülkeden çıkarma kararı sadece ilgilinin kendisi hakkında değil ailesi hakkında da verilebilir[24,25]. İngiliz hukukunda yer alan ülkeden çıkarma müessesesi Türk hukukunda yer alan sınırdan geri çevirme müessesesi ile benzer özellikleri taşımaktadır.

---

(20) Bu gibilerden umumî sıhhati, asayişi tehlikeye sokmayacak halde olup kendi vasıtaları ile veya kanuni veli veya vasilerinin maddî himayeleri altında olarak tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler.

(21) Pasaport Kanununun 8. maddesi ve bu maddede kullanılan ifadelerin eleştirisi için bkz. Fiona KINSMANN Nuray EKŞİ/, Avrupa Birliğinin Kişilerin Serbest Dolaşımı Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu, İKV Yayınları, İstanbul 2002, s. 50 vd.; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 32-33.

(22) Ayrıntılı bilgi için bkz. Gina CLAYTON, Textbook on Immigration and Asylum Law, Oxford University Press 2004, s. 490 vd..

(23) CLAYTON, 489.

(24) CLAYTON, 491.

(25) İngiltere'de mülteci ve sığınmacıların sınırdışı edilmesi veya ülkeden çıkarılması 2004 yılında yürürlüğe giren Göç ve İltica Kanunu ile düzenlenmiştir. 2004 Göç ve İltica Kanunun metni, kanuna ilişkin diğer mevzuat ve Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Satvinder S. JUSS, A. JUSS, A Guide to the Asylum & Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act 2004, London 2005.

İngiliz hukukunda, sınırdışı, yabancının, İçişleri Bakanlığının kararı ile İngiltere'den ayrılmaya zorlanması ve karar kaldırılıncaya kadar İngiltere'ye girememesini ifade etmektedir[26]. Sınırdışı kararının dört sonucu bulunmaktadır: (1) İngiltere'yi terk etme, (2) İngiltere'yi terk edene kadar yabancıyı gözaltında tutma, (3) Sınırdışı kararı yürürlükte olduğu sürece ülkeye yeniden girememe, (4) Sınırdışı kararının yürürlüğünden önce verilen ülkeye giriş veya oturma izinlerinin geçersiz kılınması. Yabancının İngiltere'den sınırdışı edilmesi için öncelikle kendisine tebligat yapılmalıdır. Tebligatta sınırdışı sebepleri, sınırdışı edilen yabancının hangi ülkeye gönderileceği ve yasal yollara başvuru hakkının olduğu hususları yazılır. Sınırdışı etme kararı, imzalandığı anda geçerli olarak uygulanabilir[27].

Sınırdışının muhtelif türleri bulunmaktadır. Sınırdışı türleri ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Sınırdışı, bireysel sınırdışı (individual expulsion of aliens) ve toplu sınırdışı (mass expulsion of aliens) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Toplu sınırdışı yasaklanmıştır. Sınırdışı, mutlaka bireysel olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, aynı eylemden dolayı birden fazla kişinin sınırdışı edilmesine karar verilse dahi bu karar her birine ayrı ayrı tebliğ edilmeli; sınırdışı etme gerekçesi ve sınırdışı kararına itiraz etme hakkı yazılı olarak bildirilmelidir.

Fransız hukukunda üç tür sınırdışı işlemi bulunmaktadır: Sınırdan idarî geri çevirme (administrative return), idarî sınırdışı etme (administrative expulsion) ve adlî sınırdışı etme (judicial expulsion). Sınırdan idarî geri çevirme, ülkeye girmek için gerekli belgeleri bulunmayan yabancılara uygulanır. Ancak ülkeye girdikten sonra oturma belgesi almak veya bu belgeyi yenilemek için yapılan başvurusu reddedilen veya öğrenimini tamamlayan ve öğrenci kartı yenilenmeyen 13 yaşındaki öğrenciler için de bu işlem yapılabilir[28]. İdarî sınırdışı edilme, idarenin yabancıyı kamu düzeni açısından ciddî bir tehlike olarak gördüğü durumlarda uygulanır. İdarî sınırdışı, Fransa'ya giriş ve oturma açısından sürekli bir yasaklamayı ifade eder[29]. Adlî sınırdışı edilme kararını ceza mahkemeleri verir ve yabancının Fransız topraklarına girmesi yasaklanır. Ceza mahkemesi tarafından verilen bu karar, esas ceza olabileceği gibi asıl cezanın yanı sıra da verilebilir. Bu açıdan adlî sınırdışı çifte ceza (double penalty) olarak da anılmaktadır. Ceza Kanununda belirtilen sebeplerle sınırdışı edilen bir yabancının Fransız topraklarına girmesi yasaklanabilir. Yasaklama, 3, 5 veya 10 yıl olabileceği gibi ömürboyu da olabilir[30].

---

(26) CLAYTON, 63.

(27) CLAYTON, 463.

(28) Jean Eric MALABRE, Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe: The French Experience, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 130.

(29) MALABRE, 130.

(30) MALABRE, 132; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 33; KABAALİOĞLU/EKŞİ, 505-506.

Alman hukukunda, sınırdışı zorunlu sınırdışı veya takdire bağlı olmayan sınırdışı (mandatory expulsion), olağan sınırdışı (regular expulsion) ve takdire bağlı sınırdışı (discretionary expulsion) olmak üzere üçe ayrılmaktadır[31]. Zorunlu sınırdışı halleri Alman Göç Yasasının[32] 53. bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölüm hükümleri uyarınca yabancıların belirtilen suçlardan ceza almaları veya haklarında emniyet tedbirine karar verilmesi halinde Almanya'dan sınırdışı edilirler. Olağan sınırdışı sebepleri, 54. bölümde; idarî makamların takdirine bağlı olarak sınırdışı edilme sebepleri ise 55. bölümde sıralanmıştır. Bu üçlü ayırım ile, yasakoyucu, üç ayrı başlık altında sınırdışı kararlarını haklı gösterecek bir dizi sebep oluşturmuştur. Amaç yaptırım uygulamak değil kamu düzeninin, kamu güvenliğinin ve Almanya'nın esaslı menfaatlerinin ihlâl edilmesinin önüne geçmektir[33].

III. Mevzuat ve Milletlerarası Antlaşmalarda Öngörülen Sınırdışı Sebepleri

Konumuz, mülteci ve sığınmacılarla sınırlı olduğundan[34], burada, sınırdışına ilişkin mevzuat ve antlaşmalardan mülteci ve sığınmacılarına uygulanacak olanlar üzerinde durulacaktır. Türkiye'den sınırdışı edilecek kişi mülteci ise, 1951 Cenevre Konvansiyonunun 32. ve 33. maddeleri uygulanacaktır. 1951 Cenevre Konvansiyonunun 32. maddesine göre, âkid devletler, ülkelerinde muntazam surette bulunan bir mülteciyi ancak milli emniyet veya amme nizamı sebepleri ile sınırdışı ederler. Bir mültecinin sınırdışı edilmesi, kanunla belirlenen usule uygun olarak verilmiş bir karara dayanır. Acil kamu düzeni engel değilse, mültecinin, suçsuzluğunu ispat eylemesine salahiyetli bir makam yahut salahiyetli makam tarafından hususî surette seçilmiş bir veya birkaç kimse nezdinde itiraz etmesine ve bu maksatla temsil olunmasına izin verilir. Sınırdışı edilecek mültecinin başka bir ülke tarafından kabulünün sağlanması için makul bir süre tanınır. 1951 Cenevre Konvansiyonu, bazı hallerde mültecinin sınırdışı edilmesini yasaklamıştır. Sınırdışı yasağını düzenleyen 33. maddeye göre, hiçbir âkid devlet bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, muayyen bir içtimai zümreye mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin hudutlarından her ne şekilde olursa olsun sınırdışı veya iade edemez. Bununla beraber,

---

(31) Klaus SIEVEKING, Security of Residence and Expulsion: The German Experience, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 108-109.

(32) Act to Control and Restrict Immigration and to Regulate the Residence and Integration of EU Citizens and Foreigners (Immigration Act) of July 2004, Federal Law Gazette Volume 2004, Part I, No. 41 issued in Bonn on 5 August 2004, Translation: Bundesinnenministerium.

(33) SIEVEKING, 109; EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 34.

(34) Sınırdışına ilişkin mevzuat ve antlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 34-47; KABAALİOĞLU/EKŞİ, 506-515; Bülent ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, Ankara 2007, s. 159-170.

bulunduğu memleketin emniyeti için tehlikeli sayılması hususunda ciddi sebepler mevcut olan veya bilhassa vahim bir cürümden dolayı katileşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için mezkûr memleket topluluğu için bir tehlike teşkil eden bir mülteci işbu hükümden istifadeyi talep edemez.

Sığınmacıların sınırdışı edilmesi 1994 Yönetmeliğine tabidir. 1994 Yönetmeliğinin[35] 29. maddesi sınırdışı etmeye ilişkindir. Bu maddeye göre, Türkiye'de muntazam surette bulunan mülteci ya da sığınmacı kamu güvenliği ve kamu düzeni sebepleriyle İçişleri Bakanlığı tarafından sınırdışı edilebilir. Hakkında sınırdışı etme kararı alınan mülteci veya sığınmacı, karara karşı 15 gün içinde itiraz edebilir. İtiraz dışında, ilgili, karara karşı, idarî yargı yoluna da başvurabilir.

IV. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Mülteci ve Sığınmacıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanacak Hükümleri

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), alanındaki ilk kapsamlı düzenlemedir. Bu Sözleşme ile ilk defa uluslararası şikâyet usulü ve insan haklarını korumak için bir uluslararası mahkeme olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tesis edilmiştir[36]. Ayrıca milletlerarası sistemin diğer alanları ile mukayese edilemeyecek ölçüde kapsamlı bir içtihat külliyatı ve böylece insan haklarının korunması açısından geliştirilmiş en iyi adlî sistem oluşturulmuştur[37].

İnsan hakları, kural olarak, evrensel ve şartsız bir şekilde herkese tanınmıştır. Ancak bu kuralın bazı haklardan faydalanmaktan mahrumiyet veya belirli grupta bulunan kişilere daha fazla hakların verilmesi gibi istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, sınırdışı ve suçluların iadesinin sadece yabancılara uygulanan yaptırımlar olması; ülkeye giriş, kamu hizmetlerine katılma, seçme ve seçilme hakkı gibi bazı hakların sadece vatandaşlara tanınması, insan haklarının evrensel niteliğine getirilen istisnalardan bazılarını teşkil etmektedirler[38].

İHAS'da[39] temel haklarla ilgili genel ve soyut hükümler öngörülmüş; koruma altına alınan hakların somut olayda ihlâl edilmediğinin değerlen-

---

(35) RG 30.11.1994/22127.

(36) Henry J. STEINER/Philip ALSTON/Ryan GOODMAN, International Human Rights in Context Law Politics Morals, 3rd ed., Oxford University Press 2008, s. 933.

(37) STEINER/ALSTON/GOODMAN, 933.

(38) René PROVOST, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2002, s. 25-26.

(39) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından onayı için bkz. RG 19.3.1954/8662.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 Numaralı Protokolü ile AİHS'e, "mülkiyet hakkı", "eğitim ve öğrenim hakkı" ve "serbest seçim yapma hakkı" eklendi. Türkiye, protokolü onaylarken (RG 19.3.1954/8662), eğitim ile ilgili 2. maddesine çekince koymuş ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Yasası kurallarının saklı olduğunu belirtmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4 Numaralı Protokolü Türkiye tarafından 23 Şubat 1994 tarih ve 3975 sayılı Kanun ile onaylanmıştır (RG 26.2.1994/21861; 4 Numaralı Protokole ilişkin 1994/5749 sayılı

Bakanlar Kurulu kararı için bkz. RG 14.7.1994/21990). Bu protokol ile AİHS'ye, "özel hukuk ilişkilerinden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı",

dirilmesinde Komisyona ve Mahkemeye geniş takdir yetkisi verilmiştir[40]. İHAS'da sınırdışı etmeye ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, sınırdışı işlemin de İHAS'a aykırı olabileceği ve bunun üye devletlerin İHAS'dan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlâli anlamına gelebileceği kabul edilmektedir[41]. Açık bir hüküm olmamasına rağmen, sınırdışı işlemlerinin İHAS'ın bazı maddeleri ile bağlantısı kurulmaktadır[42]. Yabancının ülkeden sınırdışı edilmesi, İHAS'in 2, 3, 8 ve 13. maddelerine[43] aykırı ise bu durum sınırdışı işlemini gerçekleştiren devletin sorumluluğuna yol açabilir[44].

(39 Dipnot Devamı) "serbest dolaşım ve yerleşme hakkı", "vatandaşların sınırdışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı", "yabancıların topluca sınırdışı edilmeleri yasağı" hakları eklenmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6 Numaralı Protokolü Türkiye tarafından onaylanmıştır. Onay için bkz. "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında 4913 sayılı Kanun" (RG 1.7.2003/25155). 11 Numaralı Protokol ile Değişik, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne Ölüm Cezasının Kaldırılmaına Dair Ek 6 Nolu Protokol'ün Onaylanması Hakkında 2003/6069 Sayılı Bakanlar Kurulu Karar" (RG 17.9.2003/25232). Türkiye, idam cezasının barış zamanı dışında, savaş ve savaş tehlikesi halinde de kaldırılmasını öngören İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13 Numaralı Protokolünü 6.10.2005 tarihli ve 5409 sayılı Kanun ile onaylamıştır (RG 12.10.2005/25964; 13 Numaralı Protokole ilişkin 2005/9684 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. RG 13.12.2005). İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 5512, Kabul Tarihi: 1.6.2006 (RG 6.6.2006/26190). Karar Sayısı: 6/10693 İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlşkin 14 Nolu Protokol'ün Onaylanması Hakkında Karar (RG 8.8.2006/26253).

(40) Matti PELLONPÄÄ, Expulsion in International Law A Study in International Law and Human Rights with Special Reference to Finland, Helsinki 1984, s. 124.

(41) PELLONPÄÄ, 124-125.

(42) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin yorumlar için bkz. Rona AYBAY, Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme, (2003)2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 164-167.

(43) Yaşama hakkı

Madde 2- (1) Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında kasten öldürülemez.

(2) Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse bu maddenin ihlâli suretiyle yapılmış sayılmaz.

(a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için,

(b) Usulüne uygun olarak yakalanmak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için,

(c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

İşkence yasağı

Madde 3- Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması

Madde 8- (1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (

(44) Dipnot diğer sayfada

1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 2. Maddesi

İHAS'ın 2. maddesine göre, herkes, hukuken korunan yaşama hakkına sahiptir. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. İHAS'ın 2. maddesi kapsamında, devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün üç yönü bulunmaktadır. Birincisi kasten adam öldürmenin yasaklanması; ikincisi şüpheli ölümlerin araştırılması ve üçüncüsü yaşamın yitirilmesine yol açabilecek etkenleri ortadan kaldıracak önlemlerin alınması[45]. Bu madde, kişinin ölüm cezasına çarptırılacağı bir ülkeye sınırdışı edilmesi durumunda da uygulama alanı bulacaktır. Sınırdışı eden devletin (expelling state) sorumlu tutulabilmesi için gerçek bir riskin olması (real risk) gerekir. Tehlikenin devletten mi yoksa kişilerden mi kaynaklandığı önemli değildir. Önemli olan yabancının sınırdışı edilerek gönderildiği devlette korumasının sağlanamamasıdır[46].

2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 3. Maddesi

İHAS'nin 3. maddesine göre, hiç kimse işkenceye, gayriinsanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz. İHAS'ın 3. maddesi, mutlak bir hak bahşetmektedir ve bu hakkın, devletin herhangi bir menfaati sebebiyle ihlâl edilmesi mümkün değildir[47]. İHAS'ın 3. maddesinin yorumu konusunda İHAM önemli aşamalar kaydetmiştir. Bu madde kapsamında, kişinin kovuşturma sırasında askıya alınması, gürültüye maruz bırakılması, su ve yiyecek verilmemesi, uykusuz bırakılması, duvara doğru ayakta durmaya zorlanması önceleri 3. maddenin ihlâli olarak sayılmazken artık işkence olarak kabul edilmektedir[48].

İHAS'ın 3. maddesinde, açıkça sınırdışı işlemine yönelik bir hüküm olmamakla beraber İHAM, yabacının, gönderileceği devlette işkenceye, gayriinsanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulma riski olması halinde sınırdışı işleminin bu maddenin ruhuna aykırı olduğu so-

---

(43 Dipnot Devamı)

Yaşama hakkı

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Etkili başvuru hakkı

Madde 13- Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, ihlâl fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

(44) EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 35.

(45) Clare OVEY/Robin C.A. WHITE, Jacobs&White The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford University Press 2006, s. 56.

(46) CLAYTON, 82-83.

(47) CLAYTON, 76.

(48) CLAYTON, 77.

nucuna varmıştır[49]. İHAM'in ilke haline gelen kararlarına göre, bir devletin yabancıyı, bu muamelelerden herhangi birine tabi tutulma riski olan ülkeye göndermesi, 3. maddeden doğan yükümlülüğün ihlâli sayılır. İHAM, İHAS'in 3. maddesinin devletlere, yabancıyı, işkenceyle veya hayatî tehlikeyle karşılaşacağı ülkelere göndermeme yükümlülüğünü yüklediğini ifade etmiştir[50]. Hatta bulunduğu devletin ulusal güvenliğini ihlâl eden yabancı dahi işkence göreceği bir ülkeye sınırdışı edilemez[51]. İHAM, sınırdışı edilecek kişinin 3. maddede belirtilen muamelelerden birine tabi tutulma riskinin olup olmadığını belirlerken Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) gibi kuruluşların raporlarını dikkate almakla beraber bu tür raporların genel durumu yansıttığını ve somut olaya ilişkin iddiaları destekleyici nitelik taşımadıklarını; bu sebeple başka delillerle desteklenmeleri gerektiğini ifade etmiştir[52].

Acil durumlarda sınırdışı etmeyi durdurmak için Komisyon ilgili devletle bağlantıya geçmekte ve Komisyonun başvurunun kabuledilebilir olup olmadığına ilişkin kararını vermesine kadar sınırdışı işlemini durdurmasını talep etmektedir. Bu uygulama ile bir yandan Komisyona başvuran kişinin sınırdışı edilmesi engellenmekte ve diğer yandan sınırdışı işlemi ile İHAS'ın ihlâl edildiğine ilişkin kararın verilmesi olasılığı karşısında geç kalınmamış olması için ilgili devlet uyarılmaktadır[53].

3. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesi

İHAM kararlarında, sınırdışı etme kararı verilirken İHAS'in 8. maddesinde yer alan ilgilinin özel ve aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğünün de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü sınırdışı edilme, ilgilinin aile bağlarını zedeleyebilir[54]. Bu maddeye göre, her şahıs hususî ve ailevî hayatına, meskenine ve muhaberatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmî bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak millî güvenlik, kamu düzeni, memleketin iktisadî refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın

---

(49) P. Van DIJK, Protection of "Integrated" Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 23-24.

(50) Ayrıntılı bilgi ve konuyla ilgili İHAM kararları için bkz. DIJK, 24 vd.. Ayrıca, yabancının sınırdışı edilerek ölüm cezasının uygulandığı ülkelere gönderilmesinin İHAS'ın 3. maddesini ihlâl edeceğine ilişkin kararlar için bkz. Nicholas BLAKE /Raza HUSAIN, Immigration Asylum and Human Rights, Oxford 2003, s. 81-84.

(51) CLAYTON, 76.

(52) OVEY/WHITE, 105.

(53) OVEY/WHITE, 102.

(54) Ayrıntılı bilgi ve konuyla ilgili İHAM kararları için bkz. DIJK, 24 vd.; Colin HARVEY, Promoting Insecurity: Public Order, Expulsion and the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 45 vd.; CLAYTON, 86-98; OVEY/WHITE, 262-267.

veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zarurî bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir.

İHAS'ın 8. maddesinin sınırdışı işlemine uygulanabilmesi için üç şartın bir araya gelmesi gerekir. Bu şartlar şunlardır: Sınırdışı edilecek kişinin aile yaşantısının olması; sınırdışı işleminin aile yaşantısını bozması ve sınırdışı işleminin zarurî olması gerekir[55]. Aile yaşantısının mutlaka karı koca ilişkisi şeklinde olması gerekmez. Anne baba ve çocuklar ve hatta uzak akrabalar bile somut olayda aile olarak kabul edilebilir[56]. Sınırdışı işleminin aile yaşantısını bozması şartı, aile üyelerinin de sınırdışı edilen kişi ile birlikte başka bir ülkeye giderek ortak aile yaşantılarına devam edeceği hallerde gerçekleşmiş sayılmaz[57].

4. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 13. Maddesi

Sınırdışı işlemlerinde dikkate alınması gereken diğer bir madde 13. maddededir. AİHS'ın 13. maddesinde, işbu Sözleşmede tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen her şahsın, ihlâl fiili resmî vazifelerini ifa eden kimseler tarafından bu vazifelerin ifası sırasında yapılmış olsa dahi, millî bir makama fiilen müracaat hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hakkında sınırdışı kararı verilen kişiye, İHAS kapsamındaki haklarıyla ilgili olarak, tarafsız ve bağımsız ulusal mercilere başvurmak olanağının tanınması ve başvurunun uygun biçimde incelenip değerlendirilmesinin sağlanması gerekir [58].

5. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinin Sınırdışı Hallerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

İHAS'ın 6. maddesi adil yargılanma hakkı başlığını taşımaktadır. Sınırdışı ile ilgili konularda İHAS'ın 6. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Komisyon, ilk kararlarında, istikrarlı bir şekilde göç ve iltica ile ilgili idarî yargı kararlarına karşı 6. maddenin uygulanmayacağını belirtmekteydi. Fakat daha sonra verdiği kararlarında 8. maddede yer alan aile hayatının korunması veya eğitim hakkının ihlâli hallerinde sınırdışı işleminin 6. madde kapsamında değerlendirilebileceğini vurgulamıştı. Ancak son kararlarında bu görüşünü değiştirerek sınırdışı hallerinde 6. maddenin uygulanamayacağına ilişkin eski görüşüne dönmüştür[59].

Komisyon, muhtelif kararlarında, İHAS'ın 6. maddesinin pasaport, vatandaşlık, siyasî mülteci veya çalışma başvurularının reddine uygulanamayacağını belirtmiştir. Hatta Komisyon'a göre, sınırdışı kararı, kişi-

---

(55) PELLONPÄÄ, 125 vd..

(56) PELLONPÄÄ, 125-126.

(57) PELLONPÄÄ, 126-127.

(58) AYBAY, 236.

(59) Nicholas BLAKE/Raza HUSAIN, Immigration Asylum & Human Rights, Blackstone's Human Rights Series, Series Editor John Wadham, Oxford University Press 2003, s. 242-243.

nin çalışma hakkını kaybetmesi gibi ikincil ve dolaylı sonuçlar ortaya çıkarsa da bu karara karşı 6. madde kapsamında koruma talep edilemez[60].

İHAM da, Komisyon ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, İHAM, sınırdışının 6. maddenin sağladığı güvencenin dışında kaldığı görüşündedir. İHAM'a göre, 6. maddedeki *özel haklar ve borçlar* kavramı karşısında eğer bir hak, kamu hukuku alanına giriyorsa 6. maddenin sağladığı korumadan yararlanılması mümkün değildir. Kamu ve özel hukuk ayırımını yapmak oldukça zordur. Belirtmek gerekir ki, İHAM, üye ülke hukuklarına göre hangi mevzuların özel hukuka hangilerininse kamu hukukuna ait olduğunu belirleyen anlayışları dikkate almak zorunda değildir. Başka bir deyişle, İHAM, üye ülke hukuklarından bağımsız bir şekilde, neyin kamu hukukuna neyinse özel hukuka ait bir konu olduğunu kendisi değerlendirmektedir[61].

İHAM, sınırdışı ve ülkeye giriş yasağı işlemlerine karşı Fransa'da açılan davaların dört yıl sürmesi sebebiyle İHAS'ın 6. maddesine dayanılarak açılan *Maaouia v. France*[62] davasında 2001 yılında verdiği kararında, bu maddenin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Karara konu olan olayda, *Nouri Maaouia*, 1958 yılında Tunus'ta doğmuş ve 1980 yılında 22 yaşındayken Fransa'ya gelmişti. Fransız vatandaşı bir bayanla evlenmişti. 1988 yılında *Maaouia* silâhlı soygun suçundan altı yıl hapse mahkûm edilmiş ve 1990 yılında tahliye edilmişti. 1991 yılında İçişleri Bakanlığı, *Maaouia* hakkında sınırdışı kararı vermişti. Ancak bu karar *Maaouia*'ya tebliğ edilmemişti. 1992 yılında ikamet iznini yenilemek için başvuruda bulunduğu sırada kendisine sınırdışı kararı tebliğ edilmiş ancak bu karara uyarak Tunus'a gitmeyi reddetmişti.

Ülkeyi terk etmeyi reddedince *Maaouia* hakkında Nis Ceza Mahkemesinde dava açıldı. Dava sonucunda *Maaouia* bir yıl hapse mahkûm edildi ve on yıl süreyle Fransa'ya girişi yasaklandı. Sınırdışı kararına karşı idarî yargı yoluna başvurdu. 1994 yılında verilen sınırdışı kararı *Maaouia*'a tebliğ edilmediğinden idare mahkemesi bu karar geçersiz kıldı. *Maaouia*, sınırdışı etme kararı geçersiz kılınınca, Fransa'ya girme yasağının hukukî dayanağının ortadan kalktığı gerekçesiyle ülkeye giriş yasağının iptal edilmesi gerektiğini belirterek yeniden dava açtı. 1998 yılında bu davayı kazandıktan sonra kendisine tekrar oturma ve çalışma izni verilmesi için başvurdu. Başvurusu reddedilince Nis İdare Mahkemesinde dava açtı. Davalar neticesinde, önce geçici oturma izni ve daha sonra çalışma hakkını da içeren on yıllık oturma izni aldı.

Maaouia, hukukî dayanağı olmamasına rağmen sınırdışı edilmesinin ve Fransa'ya giriş yasağının kaldırılmasının dört yıl gibi uzun bir zaman

(60) BLAKE/HUSAIN, 243; CLAYTON, 84; OVEY/WHITE, 167.

(61) CLAYTON, 84.

(62) European Court of Human Rights Grand Chamber Case of Maaouia v. France (Application no. 39652/98) Strasbourg 5 October 2000.

alması sebebiyle Fransa'nın İHAS'ın 6. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle İHAM'a başvurdu.

Fransız Devleti, İHAS'ın 6(1). maddesinin sınırdışı etme ve ülkeye giriş yasağı konularını kapsamadığını; devletin güvenliği sebebiyle aldığı bu tür kararların kamu hukuku alanında kaldığını; Komisyonun ilke haline gelen kararlarında ülkeye giriş, oturma ve sınırdışı kararlarının devletin yetkili makamları tarafından alınan ve kamu otoritesine dayanan kararlar olması sebebiyle bu kararların 6(1). maddenin kapsamı dışında tutulduklarını; sınırdışı kararlarının aile hayati ve ekonomik yaşam üzerinde etkisi olsa bile 6. madde anlamında özel hukuka ilişkin haklar kapsamına sokulamayacağını belirtmiştir. Fransa, ayrıca, sınırdışı ve ülkeye giriş yasağının cezaî nitelik taşımaması sebebiyle 6. maddenin hiçbir şekilde uygulanamayacağını iddia etmiştir.

İHAM, ilk defa sınırdışı etmenin 6(1). maddenin kapsamına girip girmediğini bu davada incelemiştir. Buna karşın Komisyon ise muhtelif defalar bu konuyla ilgilenmiş ancak 6. maddenin sınırdışını kapsamadığı sonucuna varmıştır.

İHAM, oyçokluğuyla, İHAS'ın 6. maddesinin kapsamına giren ceza hukukuna ve özel hukuka ilişkin bir hakkı ilgilendirmemesi sebebiyle *Maaouia* tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. İHAM, 6. maddedeki, *özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ile *ceza davaları* ifadelerinin İHAS'a özgü anlamlarının olduğunu ve bu bağlamda ulusal hukukların bu kavramlara verdiği anlam ile İHAM'ın bağlı olmadığını belirtmiştir. İlgilinin özel ve aile hayatı ile çalışma hakkını etkilese dahi sınırdışı etme konusunun 6. maddenin kapsamı dışında kaldığını vurgulamıştır. İHAM, ayrıca, ülkeye giriş yasağının, cezai bir konu olmadığını; göç ve ilticayı kontrol etmek amacıyla ihdas edilen idarî nitelikte bir işlem olduğunu ifade etmiştir. Birçok ülkede sınırdışı etme kararını idarî makamlar vermekle beraber bazı ülkelerde ceza mahkemeleri de sınırdışı kararı vermektedir. Sınırdışı etme kararı ceza mahkemesi tarafından verilse bile bu kararlar ceza hukuku alanına dahil değildir. İHAM'a göre, zaten 7 Numaralı Protokolün 1. maddesi ile yabancıların sınırdışı edilme işlemlerine karşı daha önce mevcut olmayan bir koruma getirilmiştir. 7 Numaralı Protokolün 1. maddesinin varlığı ve amacı, yabancılar için daha önce mevcut olmayan korumanın sağlanmasıdır. Eğer 6. maddenin sınırdışı işlemlerinde de uygulanacağı kabul edilseydi zaten 7 Numaralı Protokolün 1. maddesine ihtiyaç olmayacaktı. Ancak 6. madde bu konuyu kapsamadığı için ilk defa 7 Numaralı Protokol ile sınırdışı işlemlerine karşı bir güvence sağlanmıştır. İHAM, bu gerekçenin yanı sıra Komisyonun, sınırdışı işlemlerinde 6. maddenin uygulanamayacağı hususunda istikrar kazanan kararlarına da atıfta bulunmuştur.

Oyçokluğu ile verilen *Maaouia* kararına muhalefet eden İHAM hakimlerine göre, eğer bir milletlerarası antlaşmada yer alan hüküm, farklı an-

lamlarda yorumlanabiliyorsa bireylerin hakları lehine olan tercih edilmelidir. Karara muhalif kalan bu hakimlere göre, İHAS'ın 6. maddesinde yer alan *özel hukuka ilişkin haklar ve borçlar* ifadesi ceza hukuku alanı dışında kalan bütün hususları kapsamaktadır. İHAS'ın 6. maddesinin kapsamının daraltılması, devlete karşı kişilerin daha az korunmasına yol açar. Bu sonuç ise İHAS'ın temel amacı ile bağdaşmaz. Ayrıca, 7 Numaralı Protokol ile sınırdışı edilme işlemlerine karşı İHAS'ın yanı sıra özel nitelikte ek koruma sağlanmıştır. 7 Numaralı Protokol idarî koruma sağlarken 6. madde ise adlî koruma sağlamaktadır.

Maaouia v. France davasında İHAM tarafından verilen karar doktrinde eleştirilmiştir. *Von Dijk/Von Hoof*, 6. maddenin etkin bir şekilde koruma sağlaması için bu maddenin, kamu kurumlarının kişilerin haklarını tehlikeye soktukları bütün meselelerde uygulanması gerektiğini; hukukî belirsizliği ortadan kaldırmak ve 6. maddenin etkin olarak uygulanmasını sağlamak için meselenin özel hukuka ilişkin olup olmadığına bakılmaması ve sınırdışı hallerinde de bu maddenin uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir[63].

Blake/Husain ise, İHAM'ın *Maaouia* kararının milletlerarası hukuk karşısında ne zamana kadar varlığını sürdürebileceği konusunda tereddütlü olduklarını; 6. maddenin göç ve iltica konularında da uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir[64].

Clayton, İHAM'ın, *Maaouia* kararında göç ve iltica da dahil sınırdışı etme kararlarını istikrarlı bir şekilde 6. maddenin kapsamı dışında tutan Komisyon kararlarına atıfta bulunmasının hayal kırıklığı yarattığını; İHAM'ın tam yetkili mahkeme olarak, ilk defa önüne gelen ve oldukça önem taşıyan bir konuda, Komisyondan bağımsız bir şekilde, tıpkı diğer kararlarında yaptığı gibi otoriter bir tavır takınması gerektiğini; bunu yapmayıp Komisyonun görüşüne katılarak önemli bir fırsatı kaçırdığını ifade etmiştir[65].

6. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 4 Numaralı Protokol

İHAS'a ilişkin 4 Numaralı Protokol, Sözleşmenin aksine, sınırdışı etme işlemi hakkında açık hükümler içermektedir. İHAS'a ilişkin 4 Numaralı Protokol[66]'ün 3. maddesine göre, hiç kimse vatandaşı olduğu devletin ülkesinden kişisel olarak ya da toplu olarak sınırdışı edilemez. Hiç kimse vatandaşı olduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz. Ayrıca, 4 Numaralı Protokolün 4. maddesinde, yabancıların toplu olarak

(63) P. VON DIJK/G.J.H. VON HOOF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law 1998, s. 406.

(64) Bu görüş ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BLAKE/HUSAIN, 250-256.

(65) CLAYTON, 85.

(66) RG 26.2.1994/21861.

sınırdışı edilmeleri yasaklanmıştır[67]. Milletlerarası hukukta, devletlerin, kanunlarını veya kamu düzenini ihlâl eden yabancıları sınırdışı edebilecekleri kabul edilmekle beraber ayırımcılık sebebiyle belirli bir grubu toplu olarak sınırdışı etmeleri (collective expulsion, mass expulsion) mümkün değildir[68].

7. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokol

İHAS ilişkin 7 Numaralı Protokolün 1. maddesinde, yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin usul düzenlenmiştir[69]. Bu Protokol Türkiye tarafından onaylanmamıştır. 7 Numaralı Protokolün 1. maddesine göre, bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak ikamet eden bir yabancı, hakkında hukuka uygun olarak verilmiş bir karar bulunmadıkça sınırdışı edilemez. Bu maddenin uygulanmasında iki hususun göz önünde bulundurulması gerekir. Birincisi, yabancının ülkede hukuka uygun olarak bulunması; yani yabancının gerek ülkeye girişte gerekse oturmada söz konusu ülkenin yabancılar mevzuatında aranılan şartları yerine getirmiş olmasıdır. İkincisi, sınırdışı etme kararının hukuka uygun olarak alınmasıdır. Protokolün 1. maddesinde, bu şartların yanı sıra sınırdışı edilecek yabancıya bazı imkânların verilmesi de aranmıştır. Bu imkânlar şunlardır: Sınırdışı kararına karşı gerekçeler ileri sürme; durumunun yeniden incelenmesini isteme ve bu amaçla yetkili bir merciin veya bu merciin gösterdiği kişi ya da kişilerin önünde temsil edilme. Yabancının bu imkânlardan yaralandırılamayacağı haller de düzenlenmiştir. 7 Numaralı Protokolün 1. maddesinin 2. paragrafına göre, sınırdışı etme kararı kamu düzeni için gerekli ise veya ulusal güvenlik nedenine dayanıyorsa, yabancı belirtilen imkânlardan yararlandırılmaksızın sınırdışı edilebilir.

V. Türkiye'den Sınırdışı Edilen Yabancılar Hakkında Verilmiş İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Komisyonu Kararları

İHAM ve Komisyon Türkiye'ye karşı açılan birçok davada İHAS'ın 2, 3, 6, 8, 13 ve 14. maddeleri çerçevesinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu davalardan basına da yansıyan *Jabari v. Turkey,* davası ile *G.H.H. and others v. Turkey* ve *Affaire Müslim v. Turquie* davalarının yanı sıra diğer davalarda da Türkiye'nin İHAS'ı ihlâl etmediği sonucuna varmıştır. İncelenecek olan onbeş davadan ikisi suçluların iadesine ilişkindir. *Mamatkulov and Askarov* v. Turkey ve *Fraydun Ahmet Kordian v. Turkey* davaları, suçluların iadesine ilişkin olmakla beraber İHAS'ın 3. maddesi ve

---

(67) İHAS'a ek 4 Numaralı Protokol açısından toplu sınırdışı etme deyiminin ne anlama geldiğine ilişkin İHAM kararı ve bu kararla ilgili değerlendirmeler için bkz. Aydoğan ASAR, Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, 3. bası, Ankara 2006, s. 277-280.

(68) CHEN, 184.

(69) Protokolün Türkçe tercümesi için bkz. Osman DOĞRU, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, İstanbul 1998, s. 298-300.

bu bağlamda non-refoulement ilkesine ilişkin olmaları sebebiyle çalışmamıza dahil edilmişlerdir.

1. A. and K. v. Turkey

A. and K. v. Turkey[70] davasında, İran vatandaşı *A.* laik bir parti için çalışmaktaydı ve İran vatandaşı *K.* ise Şah taraftarıydı. Siyasî görüşleri sebebiyle tutuklanmış ve kötü muamele görmüşlerdi. Yasa dışı yollardan Van'a; oradan da İstanbul'a giderken Ankara yakınlarında Türk polisi tarafından gözaltına alınmış; iddialarına göre kötü muameleye maruz kalmışlardı. *A.*'nın Hollanda vatandaşı olan kardeşi Türkiye'ye gelmiş; para cezasını yatırmış ve *A.* serbest bırakılmıştı. A., Hollanda'ya mülteci olarak gitmek için girişimlerde bulunmuştu. Polise haftada bir kayıtlarını yaptırırken Türkiye'de sahte pasaport ve benzeri yasa dışı işler yaptıkları gerekçesiyle tutuklanmışlardı ve sınırdışı edilmek üzere İran sınırına çok yakın olan Doğubayazıt'a gönderilmişlerdi. *A.* ve *K.*'nın avukatları, bu kişilerin İran'a sınırdışı edilmeleri halinde, politik görüşleri, İran'da askerlikten kaçmış ve yasa dışı yollardan İran'ı terk etmiş olmaları sebebiyle İranlı makamlarca hapsedilecekleri, beş yıl askerlik yapmaya zorlanacakları, işkence görecekleri hatta idam dahi edilebilecekleri yönünde gerekçeler ileri sürerek Türk makamlarının vereceği sınırdışı kararının İHAS'ın 3. maddesini ihlâl edeceğini iddia ettiler. Komisyona başvuranlar ayrıca, sınırdışı kararı çok anî ve hızlı bir şekilde uygulanacağından, 13. maddedeki etkin hukukî korumadan da yararlanamayacaklarını belirttiler. Komisyon, başvuranların İran'a sınırdışı edilmeleri halinde askerlik yapmaya zorlanmalarının dışında insanlık dışı bir muameleye maruz kalacakları ispatlanmadığından başvuruyu kabuledilebilir bulmamıştır.

2. F. et al. v. Turkey

Başvuranlar[71], İran vatandaşı olan 34 Kürt idi. Bunlar, 1988 yılında iki grup olarak İran'dan Türkiye'ye kaçmışlardı. Başvurularında, her iki gruptaki erkeklerin aktif bir şekilde İran Kürdistan Demokratik Partisi (Kurdistan Democratic Party of Iran-KDPI) için çalıştıklarını; bu partinin İran'da yasaklı olduğunu ve İran İslam Cumhuriyetine düşman bir parti olarak kabul edildiğini; kendilerinin Türkiye'den mülteci statüsü isteyen Kürtler olduklarını; ancak Türk makamlarının mülteci statüsü vermediğini; ilk grubun Türkiye'ye girdikten sonra Şemdinli'de bir askerî kampta kaldığını ve daha sonra başka bir kampa taşındıklarını; ikinci grubun ise Şemdinli askerî kampında kaldığını belittiler. İki grup İranlıdan dokuzunun sınırdışı edilmesine; yirmibeşinin ise Türkiye'de kalmasına karar verilmişti. Sınırdışı edilen İranlılar, eğer İran'a sınırdışı edilirlerse, tutuk-

(70) *European Commission of Human Rights A. and K. v. Turkey (Application No. 14401/88) Strasbourg 12 January 1991.*

(71) *European Commission of Human Rights F.et al. v. Turkey (Application No. 13624/88) Strasbourg 11 July 1991.*

lanma ve yasak bir partiye üye oldukları gerekçesiyle idam edilme tehlikesi altında olduklarını belirttiler. Bu sebeple, başvuranlar, sınırdışı kararıyla Türkiye'nin İHAS'ın 3. maddesini ihlâl ettiğini iddia ettiler. Kendilerine adil yargılanma ve hukukî yollara başvuru imkânı verilmediği için Türkiye'nin ayrıca İHAS'ın 6. ve 13. maddelerini de ihlâl ettiğini belittiler. Komisyon, başvuranlardan talep ettiği bilgilerin sunulmaması üzerine başvuranların iddialarından vazgeçtiklerini kabul edip, başvurunun listeden çıkarılmasına karar vermiştir.

3. A.G. and Others v. Turkey

A.G. and Others v. Turkey[72] davası 1999 yılında karara bağlanmıştır. İran vatandaşı *AG*, eşi ve üç çocuğu ile birlikte Kastamonu'da yaşamaktaydı. Marksist Leninist bir organizasyon olan İran Halkının Fedai Gerillaları Örgütü (Iranian People Fedaee Guerrillas-IPFG) için çalışmaktaydı. 1978-1979 yıllarında Şah'a karşı ayaklanmışlardı. İran İslam Rejiminin, *IPFG*'yi yasaklaması ve bazı üyelerini idam etmesi sebebiyle bu rejime de karşıydılar. Rejim muhaliflerine karşı başlatılan operasyondan kaçarken *AG*, İran güvenlik kuvvetleri tarafından bacağından vurulmuştu. Onsekiz ay süreyle mahkemeye çıkarılmadan Tebriz'de bir hapishanede tutulmuştu. *AD*, hapiste kaldığı sürece sistematik bir şekilde işkence gördüğünü ve kısa sürede tamamlanan yargılama sonucunda yirmisekiz ay hapse mahkûm olduğunu; hapisten çıktıktan sonra *IPFG* için çalışan bir kadınla evlendiğini ve bu evlilikten üç çocuklarının olduğunu; tutuklanma tehlikesi sebebiyle devamlı adres değiştirdiklerini; yetkili makamların gerçek kimliğini ve yaşadığı yer tespit edip kendisini tekrar tutuklayıp işkence edeceklerinden korktuğu için İran'dan kaçmak zorunda kaldığını; ilk önce 1995 yılında eşi ve çocuklarının Türkiye'ye geldiğini; Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğine (BMMYK) mülteci başvurusu yaptıklarını ve BMMYK tarafından yapılan mülakat sonucunda başvurularının reddedildiğini; bunun üzerine Türk makamları tarafından eşi ve çocuklarının sınırdışı edilmelerine karar verildiğini; karara itiraz etmeleri üzerine üç aylık oturma izninin verildiğini; 1996 yılında kendisinin de yasa dışı yollardan Türkiye'ye girdiğini; BMMYK'ya siyasî mülteci başvurusunda bulunduğunu; Türk makamlarının kendisi ile tercüman kullanmaksızın mülakat yaptığını ve mülakat neticesinde kendisine geçici oturma izni verilerek Van'a gönderildiğini belirtmiştir. Kendisinin, eşinin ve çocuklarının BMMYK'ya yaptığı başvurular reddedilmiştir. Uluslararası Af Örgütü devreye girerek BMMYK'dan, *AG*'nin başvurusunun yeniden değerlendirilmesini istemiş; yeniden değerlendirme yapılmış ancak sonuç değişmemiştir.

---

(72) European Court of Human Rights First Section A.G. and Others v. Turkey (Application No. 40229/98) Strasbourg 15 June 1999.

(73) European Court of Human Rights Fourth Section Case of Jabari v. Turkey (Application No. 40035/98) Strasbourg 11 July 2000.

AG ve ailesi, Türk makamları tarafından ülkeyi terke davet edilmiş; bu karara yaptıkları itirazın reddi üzerine Ankara İdare Mahkemesinde dava açmışlardır. Davaları reddedilmiştir. İstanbul'da bulunan İnsan Hakları Derneğinin yardımıyla doktor kontrolünden geçirilen *AG*'nin davranışlarında, gözaltında bulunduğu süre içinde işkence gördüğüne ilişkin belirtilerin olduğu saptanmıştır.

AG, yasadışı bir örgütün üyesi olması sebebiyle sınırdışı edilme kararı sonucunda İran'a giderse tehlike altında olacağını; işkence göreceğini; sınırdışı kararının İHAS'ın 2., 3. ve 8. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Sınırdışı kararının iptali için açtıkları davada kendilerine adlî yardım yapılmaması ve tercüman bulundurulmaması; kendilerine temyiz yolu ve adlî yardımdan söz edilmemesi sebebiyle Türkiye'nin İHAS'ın 6. maddesi ile 13. maddesini de ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, *AG*, Türkiye'nin, Avrupa'dan gelen mülteciler ile diğer ülkelerden gelen mülteciler arasında ayırım yaparak Avrupa dışından gelenlere sığınmacı muamelesi yapması ve bunların geçici oturma izni ile kısa süreli Türkiye'de kalmalarına müsaade edip gidecekleri güvenli üçüncü ülke bulamayanları sınırdışı etmesinin, soy ve ırk ayırımcılığına yol açtığı için Türkiye tarafından İHAS'ın 14. maddesinin de ihlâl edildiğini ifade etmiştir. *AG*'nin dayanağı olan İHAS'ın 14. maddesine göre, Sözleşmede tanınan hakların ve özgürlüklerin kullanılması cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasî veya diğer düşünce, sosyal ve etnik orijin, belirli bir azınlığa, mülkiyete, doğuma veya diğer bir statüye mensup olma açısından ayırım yapılmaksızın herkes için sağlanmalıdır.

İHAM, başvuranların, İran'a gönderilirlerse hayatlarının ve fiziksel varlıklarının tehlike altında olduğunu kanıtlayamadıkları gibi İranlı makamlar tarafından arandıklarını da kanıtlayamadıkları için Türkiye'nin 3. maddeyi ihlâl etmediği sonucuna varmıştır. İHAM, *AG*'nin Türk makamları dışında BMMYK ve diğer sivil toplum örgütleri ile bağlantı kurmuş olması sebebiyle, adlî yardım olanaklarından ve Ankara İdare Mahkemesi kararına karşı Danıştay'a temyiz yoluna başvurulabileceğinden haberdar olmadığı iddialarını da ciddi bulmamıştır. Sınırdışı etmenin 6. maddenin kapsamına girdiği kabul edilse bile somut olayda Türkiye'nin, 6. madde veya 13. madde anlamında bir ihlâlinin olmadığını belirtmiştir. İHAM, İran'a sınırdışı edilme durumunda ailenin parçalanacağı ve bunun da Türkiye'nin İHAS'ın 8. maddesini ihlâl etmesi sonucunu doğuracağı iddiasını da gerçekçi bulmamıştır. İHAM'a göre, Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonunda tanınan yetkisini kullanarak coğrafi açıdan Konvansiyonun uygulama alanını sınırlamış ve sadece Avrupa'dan gelenlere mülteci statüsü vereceğini belirtmiştir. Buna karşın diğer ülkelerden gelenlere ise insancıl amaçlarla, güvenli üçüncü bir ülkeye gidene kadar sığınmacı statüsü kapsamında geçici oturma izni vermektedir. İHAM'a göre, Türkiye'nin bu tutumu, İHAS'ın 14. maddesine aykırı değildir. Bu husus, Türkiye'nin mülteci ve sığınmacı politikası ile ilgilidir. Bu olanak Türkiye'ye

1951 Cenevre Konvansiyonu ve 1967 Protokolü ile verilmiştir. İHAM, başvurunun kabuledilebilir olmadığına karar vermiştir.

4. Jabari v. Turkey

Jabari v. Turkey[73] kararına konu olan olayda, *Hoda Jabari* İran yasalarına göre zina suçu işlediğinden ceza davası başlamadan önce İran'ı terk etmişti. *Hoda Jabari*, İran'da kalsaydı hakkında ceza davası açılacaktı ve muhtemelen insanlık dışı bir ceza olan taşlama cezasına çarptırılacaktı. Kasım 1997'de *Hoda Jabari* yasa dışı yollardan Türkiye'ye girmiş; Şubat 1998'de sahte pasaportla Fransa üzerinden Kanada'ya gitmek için İstanbul'a gitmiştir. *Hoda Jabari*, Paris Havaalanı'na geldiğinde, Fransız polisi tarafından sahte pasaport kullandığı tespit edilmiş; 4 Şubat 1998 tarihinde uçakla İstanbul'a geri gönderilmişti. İstanbul'da havaalanına inmesinin ardından sahte pasaport kullandığı ve yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş yaptığı gerekçesiyle polis tarafından gözaltına alınmıştı. Pasaportu incelemeye gönderilmiş ve Pasaport Kanununa muhalefetten dolayı hakkında Bakırköy Cumhuriyet Savcılığa suç duyurusunda bulunulmuştu. Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı, *Hoda Jabari*'nin canını kurtarmak amacıyla Türkiye'ye yasadışı yollardan giriş yapmak zorunda kaldığını ve suç işleme kastının olmadığını belirterek serbest bırakılmasına karar vermiştir.

İstanbul Emniyet Müdürlüğü Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi, *Hoda Jabari*'nin Irak'a sınırdışı edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine *Hoda Jabari*, Hudut İltica ve Yabancılar Şubesine İran vatandaşı olduğunu söyleyerek mülteci talebinde bulunmuştur. Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi, mülteci başvurusunu 1994 Yönetmeliği'nde öngörülen beş günlük süre içinde yapmamış olduğu gerekçesiyle başvurusunu reddetmiştir[74]. Daha sonra devreye BMMYK girmiştir. BMMYK, *Hoda Jabari*'nin İstanbul'da bir otele yerleşmesini sağlamıştır. BMMYK personeli tarafından 12 Şubat 1998 tarihinde *Hoda Jabari* ile 1951 Cenevre Konvansiyonu gereğince mülakat yapılmıştır. İran'a gönderildiği takdirde gerçek anlamda

---

(73) European Court of Human Rights Fourth Section Case of Jabari v. Turkey (Application No. 40035/98) Strasbourg 11 July 2000.

(74) 1994 Yönetmeliği yürürlüğe girdiği zaman yasal olmayan yollardan Türkiye'ye gelenlerin beş günlük süre içinde yetkili makamlara başvurmalarını öngörüyordu. Ancak bu süre oldukça kısa olduğundan uygulamada sıkıntılara yol açıyordu. Bu sebeple 1998 yılında Yönetmelikte yapılan değişiklik ile bu süre on güne çıkarılmıştır. Yasa dışı yollardan Türkiye'ye girip de on günlük süre içinde bildirimde bulunarak mülteci veya sığınmacı statüsü talep etmeyen yabancıların sınırdışı edilmelerine karar vermekteydi. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar sebebiyle 27.1.2006 tarihinde 1994 Yönetmeliğinde değişiklik yapılmıştır (RG 27.1.2006/26062) ve başvuru açısından öngörülen süre sınırlaması kaldırılmıştır. 1994 Yönetmeliğinin 27.1.2006 tarihinde yeniden düzenlenen 4. maddesine göre Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılardan, Türkiye'ye yasal yollardan gelenler bulundukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine gecikmeden müracaat ederler. Makul olan en kısa süre içerisinde müracaat etmeyenler gecikme nedenlerini açıklamak ve bu konuda yetkili makamlarla işbirliği yapmak zorundadır.

işkence ve ölüm tehlikesiyle karşılaşacağından BMMYK tarafından 16 Şubat 1998 tarihinde *Hoda Jabri*'ye mülteci statüsü verilmiştir.

8 Mart 1998 tarihinde *Hoda Jabari*, sınırdışı edilme kararına karşı Ankara İdare Mahkemesine başvurmuş ve yürütmenin durdurulmasını istemiştir. *Hoda Jabari*'ye, Hudut İltica ve Yabancılar Şubesi tarafından ikamet izni verilmiştir. 16 Nisan 1998 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi, sınırdışı etme kararında kanuna aykırı bir durum olmadığı için *Hoda Jabari*'nin talebini reddetmiş ve kararın uygulanması halinde onarılması mümkün olmayan zararların meydana gelmeyeceği gerekçesiyle de yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. H*oda Jabari*, İHAM'a başvurmuştur. İHAM'a yaptığı başvuru sonuçlanıncaya kadar Türkiye'de ikametine izin verilmiştir. İHAM, Türkiye'nin 13. maddeyi ihlâl ettiğine; Türkiye'nin, 3. maddeyi ihlâl ettiğinden söz edilebilmesi için sınırdışı kararının uygulanmış olması gerektiğine fakat *Hoda Jabari*'nin İran'a sınırdışı edilmesine ilişkin kararın henüz uygulanmamış olması sebebiyle ihlâlden söz edilemeyeceğine ve *Hoda Jabari*'nin ileri sürdüğü gerekçelerin uğramış olduğu manevî zararın giderilmesi için yeterli olmadığına karar vermiştir.

5. G.H.H. and others v. Turkey

G.H.H. and others v. Turkey[75] davasına konu olan olayda, rejim muhalifi olan İran vatandaşı G.H.H., eşi ve çocuğu ile birlikte Türkiye'den sığınma talebinde bulunmuştu. Ankara'da bulunan BMMYK tarafından bu kişilere mülteci statüsü verilmemesi üzerine haklarında sınırdışı etme kararı verilmişti. Ancak daha sonra sunulan bilgi ve belgeler üzerine İran vatandaşı ile eşi ve çocuğuna üçüncü bir ülke bulununcaya kadar geçici oturma izni verilmişti. İran vatandaşı GHH, 1970-1980 yıllarında Marksist-Leninist bir örgütün destekçisi olduğunu; bu sebeple 1980'lerde iki defa gözaltına alındığını; İran rejiminin devrilmesinden sonra bu örgütle olan bağlantısının kesildiğini; 1984 yılında rejim aleyhtarı yazı ve şiirlerin yazıldığı bir gazetede çalışmaya başladığını; bu işi dolayısıyla 1984-1990 yılları arasında İran gizli servisinin kendisini izlediğini; 1992 yılında evlendiği eşinin de aynı örgüt ile bağlantısının olduğunu, hatta siyasî faaliyetleri sebebiyle eşinin üniversite yönetimi tarafından muhtelif defalar uyarıldığını; 1993 yılında yayınladığı şiir kitabında bazı şiirlerini hükümet aleyhtarlarına atfettiğini; kitabına sansür uygulandığını; bazı değişiklikler yapması kaydıyla kitabın yeniden yayınlanmasına izin verilebileceğinin bildirilmesi üzerine henüz resmî izni almadan 3000 adet kitabı bastırdığını; kitabın basımı için izin verilmediğini; yazılarının tamamen sansürlendiğini; 1996 yılında memleketini ziyaret ettiği sırada İran güvenlik kuvvetlerince istihbarat bürosuna götürüldüğünü; burada siyasî düşünceleri, yazıları ve şiir kitabını basmak için geçici izni nasıl aldığı ko-

(75) *European Court of Human Rights, First Section, Case of G.H.H. and Others v. Turkey (Application No. 43258/98, Judgment Strasbourg 11 July 2000, Final 11.10.2000.*

nusunda sorgulandığını; kuzeninin yerini söylemeye zorlandığını; gözaltında bulunduğu sırada kötü muamele gördüğünü; kardeşinin kefalet yatırması üzerine güvenlik kuvvetlerine kendini bildirmesi kaydıyla şartlı salıverildiğini; güvenlik kuvvetlerine kendini bildirmemesi üzerine, kardeşinin şartlı salıverme kararına uymaması sebebiyle hakkında cezaî işlem yapıldığını; 1997 yılında irtibatının olduğu derginin yayıncısının öldürüldüğünü; bazı yazarların şüpheli bir şekilde öldüğünü, saldırıya uğradığını veya hapsedildiğini; kendisinin de tutuklandığını, işkence gördüğünü; hayatının tehlikede olması sebebiyle, rüşvet vererek aldığı pasaportla İran'dan Türkiye'ye kaçmak zorunda kaldığını; Türkiye'ye turist vizesi ile giriş yaptığını ve İstanbul'a gittiğini; İstanbul polisine kendisini bildirmesi ve sığınmacı talebinde bulunması gerektiğinin kendisine söylendiğini; ancak İstanbul polisinin Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra beş gün içinde kendisini bildirmemesi sebebiyle sığınmacı talebini kabul etmediğini; Ankara'da bulunan BMMYK'ya mülteci statüsü kazanmak için başvurduğunu; başvurusunun reddedildiğini; bu arada eşi ve çocuğunun da İran'dan Türkiye'ye kaçtığını; vize süresinin uzatılması için Gürcistan'dan Türkiye'ye yeniden giriş yaptıklarını; Ankara polisinin kendilerine geçici oturma izni verdiğini ve Bilecik'te oturmalarına karar verildiğini; 1998 yılında Türk makamları tarafından haklarında sınırdışı kararı verildiğini; sınırdışı kararına itiraz etmeleri üzerine oturma izni süresinin uzatıldığını; BMMYK'ya yaptığı ikinci başvuru üzerine kendilerine üçüncü bir ülkeye gönderilinceye kadar Türkiye'de kalmalarına müsaade edildiğini; Ekim 1999'da ABD'ye yerleştirildiğini; Türkiye'nin sınırdışı kararı ile İHAS'ı ihlâl ettiğini belirtmiştir. *GHH*, İran'a geri gönderilmelerinin, kendilerini ölüm ve işkence riskine maruz bırakacağını; aile yaşamlarının bozulmasına sebebiyet vereceğini ifade etmişti. *GHH* ile eşi ve çocuğu Ekim 1999'da ABD'ye yerleşme hakkını elde etmişlerdir. İran vatandaşı, Türkiye'nin mülteci statüsünü vermeyip, sadece geçici oturma izni vermesinin AİHS'nin 3. ve 13. maddelerini ihlâl ettiği gerekçesiyle İHAM'a başvurmuştur. İHAM, *GHH* ile ailesinin üçüncü bir ülkeye yerleşinceye kadar Türkiye'de kalmalarına izin verilmesi; Türkiye'den ayrıldıkları Ekim 1999 tarihine kadar İran'a gönderilme tehlikesi altında olmamaları sebebiyle insanlık dışı ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddenin ve etkili hukuk yoluna başvurma hakkını düzenleyen 13. maddenin Türkiye tarafından ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

6. Khadjawi v. Turkey

İran vatandaşı *Khadjawi*'nin[76] karısı, Hollanda'ya giderek mülteci başvurusunda bulundu ve bu statüyü aldı. *Khadjawi*, İran'dan yasa dışı yollarla Türkiye'ye kaçtı ve karısı Hollanda makamlarından kocasına vize verilmesi talebinde bulundu. Hollnda makamları, *Khadjawi*'in karısının

(76) *European Court of Human Rights Fourth Section Mohammed Khadjawi v. Turkey (Application No. 52239/99) Strasbourg 6 January 2000.*

yaptığı başvuru üzerine *Khadjawi*'yi mülteci olarak kabul etti ve Türkiye'deki Hollanda konsolosluğu ona vize verdi. Ancak Türk makamları Türkiye'ye yasa dışı yllardan girmiş olması ve yetkili makamlara süresi içinde[77] kendisini bildirmemiş olması sebebiyle *Khadjawi* hakkında İran'a sınırdışı etme kararı aldı. *Khadjawi*, sınırdışı kararının, hayaını ciddi şekilde tehlikeye atacağını ve bu kararla Türkiye'nin İHAS'ın 2. ve 3. maddelerini ihlâl ettiğini iddia ederek başvuruda bulundu. İHAM'daki dava süresince, Türkiye, *Khadjawi*'yi, fiilen sınırdışı etmeme taahhüdünde bulundu. Dava sırasında *Khadjawi*, Hollanda'ya gitti. İHAM, başvuruyu kabuledilebilir bulmamıştır.

7. M.T. and Others v. Turkey

Başvuranlar *MT*, *MA* ve bunların çocukları *Av.* ile *Az.* Kürt orijinli Sünni Müslüman İran vatandaşlarıydı[78]. *MT*, İran Kürt Demokratik Partisi'ne (KDPI) üyeydi. *MT*, lisedeyken aktif olarak siyasete başlamış ve o zamandan itibaren KDPI'nin destekçisi olmuştu. Partiye üye olduğu gerekçesi ile 1987 yılında tutuklanmış ve hapiste kaldığı iki ay süresince işkenceye maruz kalmıştı. 1991 yılında bir trafik kazasında yaralanmış ve çarpıştığı arabadaki diğer üç kişinin hayatını kaybetmesi sebebiyle jandarma tarafından gözaltına alınmış ve kefaletle serbest bırakılmıştı. Mahkeme, kasti olmayarak adam öldürmekten dolayı *MT*'yi suçlu bulmuş ve onu davacılara yüklü miktarda kan parası ödemeye mahkûm etmişti. Daha sonra hakkında idarî gözaltı kararı verilmişti. İranlı yetkililer, bu kazanın kasıtlı olarak KDPI tarafından organize edildiğine ve *MT* tarafından yerine getirildiğine inanıyorlardı. *MT*, eşi ve çocukları 1997 yılında Türkiye'ye geldi ve onlarla birlikte BMMYK'ya mülteci başvurusunda bulundu. BMMYK siyasî mülteci başvurularını reddetti ve Türk makamları tarafından 1998 ve 1999 yıllarında sınırdışı edilmelerine karar verildi. Bunun üzerine, *MT* ile eşi ve çocukları, İran'a sınırdışı edilmelerine ilişkin kararla Türkiye'nin, İHAS'ın 2, 3, 8, 13 ve 14. maddelerini ihlâl ettiği gerekçesiyle başvuruda bulundular. İHAM'daki dava sonuçlanıncaya kadar Türkiye başvuru sahiplerini sınırdışı etmeme taahhüdünde bulundu. Dava sırasında BMMYK, başvuru sahiplerine sığınmacı statüsü verdi ve Finlandiya bunları mülteci olarak kabul etti. İHAM, başvuranların Finlandiya'ya gönderilmesi ve Türkiye'den fiilen sınırdışı edilmemeleri sebebiyle başvuruyu kabuledilebilir bulmamıştır.

8. A.E. and Others v. Turkey

Başvuranlar, *AE*, karısı *NG* ve çocukları *FE*, *FE*, *KE*, *PE* İran vatandaşıdırlar[79]. *AE*'nin ailesi, Kürdistan Demokratik Partisinin (KDPI) aktif üye-

---

(77) Bkz. dn. 61.

(78) European Court of Human Rights Third Section M.T. and Others v. Turkey (Application No. 46765/99) Strasbourg 30 May 2002.

(79) European Court of Human Rights Third Section A.E. and Others v. Turkey (Application No. 45279/99) Strasbourg 30 May 2002.

siydi. Hükümet aleyhine gösteri yapması ve faaliyetlerde bulunması sebebiyle tutuklanmıştı. 1985-1995 yılları arasında kardeşinin siyasî faaliyetleri sebebiyle yetkili makamlar tarafından taciz edildi ve işkence gördü. 1995 yılında *KDPI* broşürlerini dağıttığı gerekçesiyle yeniden tutuklandı. *KDPI* ile bağlantılarını açıklaması için hücre cezasına çarptırıldı ve ağır işkence gördü. Hatta bu işkenceler sırasında ayağı parçalandı ve beli kırıldı. Kardeşleri de tutuklandı. Kendisi hapisteyken İran gizli servisi eşini taciz etti ve hatta eşine tecavüz etmeye teşebbüs etti. Hapisten şartlı tahliye edildi; daha sonra işine son verilmesi sebebiyle maddî sıkıntılar yaşamaya başladı. Pasaport dairesinde çalışan kardeşinin yardımıyla aldığı pasaportlarla ailesiyle beraber *AE*, Van'a geldi. *AE* ve ailesi BMMYK'ya başvurarak mülteci statüsü talep etti. BMMYK gerekçe göstermeden başvuruyu reddetti. *AE*, dosyanın tekrar incelenmesi için başvurdu ve kendisine işkence yapıldığına ilişkin yeni delilleri dosyaya koydu. Bu arada radyoda kuzeninin *KDPI* ile bağlantısı sebebiyle öldürüldüğünün söylendiği yolunda bir yalan beyanda bulundu. Türk makamlarına yaptığı mülteci başvurusu, o tarihte yürürlükte olan mevzuata göre, Türkiye'ye giriş yapmasından itibaren beş gün içinde başvurunu yapmamış olması gerekçesiyle reddedilince, Türkiye'den ayrılıp tekrar giriş yaptı. Türk makamlarından geçici oturma izni aldı. BMMYK, Türk makamlarına *AE*'nin mülteci başvurusunun reddedildiğini ve yalan beyanını bildirince, Türk makamları sınırdışı etme kararı aldı. Ancak bu kararda, *AE*'nin itiraz etme hakkının olduğu yazılı olmadığından itiraz üzerine sınırdışı kararı iptal edildi ve kendisine geçici oturma izni verildi. *AE*, üçüncü defa BMMYK'yi mülakat için ikna etti ama yine mülteci başvurusu reddedilince hakkında ikinci defa sınırdışı kararı alındı. Türkiye'den Azerbaycan'a gitmek isterken sınırda Türk polisi tarafından yakalandı ve kendisine Türkiye'ye giriş için üç aylık vize verildi. Daha sonra Norveç'e yerleşti. Sınırdışı kararı ile Türkiye'nin İHAS'ın 3., 8. ve 13. maddelerini ihlâl ettiği gerekçesiyle başvuruda bulundu. Başvuranların Norveç'te yaşamaya başlaması; gerçekte 3. madde anlamında bir tehlikenin olmaması sebebiyle başvuruları, kabul edilebilir bulunmamıştır.

9. Affaire Müslim c. Turquie

Affaire Müslim c. Turquie[80] davasına konu olan olayda, Türkmen kökenli olan Irak vatandaşı mülteci statüsü kazanmak için yetkili Türk makamlarına başvurmuştu. Mülteci başvurusu reddedilmekle beraber ülkesine geri gönderilmemiş ve kendisine sığınmacı statüsü verilerek geçici olarak Türkiye'de kalmasına müsaade edilmişti. Irak vatandaşı İHAM'a başvurmuştu. İHAM, Irak vatandaşının geçici mülteci statüsü ile Türkiye'de yaşıyor olması; geri gönderme kararının olmaması; geri gönderilmesi halinde hayati bir riskinin olmaması sebebiyle yaşama hakkını düzen-

(80) Cour Européenne des Droits De L'Homme, Quatrième Section, Affaire Müslim c. Turquie (Requête No 53566/99), Arrêt Strasbourg 26 Avril 2005 Définitif 26.7.2005.

leyen İHAS'in 2. maddesinin ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesinin Türkiye tarafından ihlâl edilmediğine karar vermiştir. İHAM, ayrıca, Irak vatandaşı hakkında geri gönderme kararı bulunmadığından etkin hukukî yola başvurma hakkını düzenleyen 13. maddenin ve İHAS'in 8. maddesinin devletin mültecilere belirli bir standartta yaşamalarını sağlamak için malî yardımda bulunmaları yükümlülüğünü yüklememesi ve Irak vatandaşının yaşadığı koşulların makul olduğu gerekçesiyle 8. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

10. Mamatkulov and Askarov v. Turkey

Mamatkulov and Askarov v. Turkey[81] davası, *Rustam Sultanovich Mamatkulov* ve *Zainiddin Abdurasulovich Askarov*'un Özbekistan'a iadesi ile ilgilidir. Başvuru sahipleri Özbekistan muhalefet partisine üyeydi. *Mamatkulov*, Alma-Ata (Kazakistan)'dan turist pasaportu ile İstanbul'a geldiğinde Atatürk Havaalanında uluslararası tutuklama emri kapsamında polis tarafından gözlem altına alındı. Özbekistan'da bomba patlama ve Cumhurbaşkanına suikast girişiminde bulunma suçlarından aranıyordu. Özbekistan, Türkiye ile arasındaki iki taraflı antlaşmaya istinaden *Mamatkulov*'un iadesini istedi. *Mamatkulov*'un avukatları onun siyasî suçlu olması sebebiyle iadesinin mümkün olmadığını iddia etti. Ancak bu iddia kabul edilmedi ve iadesine karar verildi. *Askarov*, Türkiye'ye sahte pasaportla girmişti ve aynı suçlardan aranıyordu. *Mamatkulov* ve *Askarov*, Özbekistan tarafından işkence ve kötü muamele görmeyeceklerinin taahhüt edilmesi üzerine, Özbek yetkililere teslim edildiler. *Mamatkulov* ve *Askarov*, Özbekistan'a kendilerine iade eden Türkiye'nin İHAS'ın 2., 3. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğini iddia ederek başvuruda bulundular. İHAM, Türkiye'nin 3. maddeyi ihlâl etmediği ve 6. maddenin suçluların iadesinde uygulanamayacağı sonucuna vardı. İHAS'ın 2. maddesinin bu olayda değerlendirilmesine gerek olmadığını belirtti.

11. D. and Others v. Turkey

D. and Others v. Turkey[82], kararına konu olan olayda, üç İran vatandaşı, biri 1969 yılında doğan Kürt orijinli *AD*, karısı Azeri orijinli 1976 doğumlu *PS* ve 1997 yılında doğan çocukları Kastamonu'da yaşamaktaydılar. *PS*'nin babası ve erkek kardeşi, İran gizli servisi için çalışıyordu ve *PS*'nin, *AD* ile evlenmesine din ayrılığı sebebiyle şiddetle karşı çıkıyorlardı. Düğünden iki gün sonra çift tutuklanmıştı. Dini otoritelerin ricası üzerine *PS* kızlık kontrolüne tabi tutuldu ve serbest bırakıldı. 1996 yılında mahkeme kararıyla evlilik hükümsüz kılındı ve eşlerden her biri 300,000 Rial para cezası ödemeye mahkûm edildi. Hakim, *PS* ile *AD*'nin, Şi-

(81) *European Court of Human Rights Grand Chamber Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey (Applications Nos. 46827/99 and 46951/99) Strasbourg 4 February 2005.*

(82) *European Court of Justice Case of D. and Others v. Turkey (Application No. 24245/03) Strasbourg 22 June 2006.*

i kurallarına göre yeniden evlenmelerine izin verilmesini babasından istedi ve babanın izini ile yeniden evlendiler. Ancak 100 kırbaç cezasına çarptırıldılar. *AD*'nin kırbaç cezası infaz edildi ancak *PS* hamile olduğundan onun cezası ertelendi. *PS*'nin kırbaç cezası, fiziksel ve ruhsal rahatsızlığından dolayı ikince defa ertelendikten sonra *PS* ve *AD* Türkiye'ye kaçtı ve Türkiye'deki BMMYK'dan geçici sığınma statüsü aldılar. BMMYK, daimi mülteci statüsü vermeyi reddetti. 2002 yılında Türk yetkili makamları, ikamet izinlerini yenilemedi ve İran'a veya güvenli üçüncü bir ülkeye gitme bakımından serbest olduklarını; aksi halde sınırdışı edileceklerini bildirdi. *PS* ve *AD*, bu karara karşı yargı yoluna başvurdular.

PS ve *AD*, sınırdışı etme kararıyla Türkiye'nin İHAS'ın 3., 13. ve 14. maddelerini ihlâl ettiğini iddia ettiler. Dava süresince *PS* ve *AD*'ye Türkiye'de oturma izni verildi ve sınırdışı etme kararı fiilen uygulanmadı. İHAM, sınırdışı etme kararının Türkiye tarafından uygulanması halinde İHAS'ın 3. maddesinin ihlâl edileceğine; başvurunun İHAS'ın 13. ve 14. maddeleri kapsamında değerlendirilmesine gerek olmadığına karar verdi.

12. Roza Taleghani and Others v. Turkey

Başvuranlar, Avusturya'da yaşayan İran vatandaşları *Roza Taleghani*, *Danial Muhammad Albeygi*, *Nona Mohammad Albeygi* ve *Mina Samsami*'ydi[83]. *Roza Taleghani*, *Danial Muhammad Albeygi*, *Nona Mohammad Albeygi* yasa dışı yollardan 2007 yılında Türkiye'ye girdiler. *Danial Muhammad Albeygi*'nin annesi olan *Mina Samsami*, Avusturya'da yaşıyordu. Türkiye'deki BMMYK tarafından yapılan mülakat sonucunda başvuranlardan ilk üçüne sığınmacı statüsü verildi ve Avusturya konsolosluğu bunlara vize verdi. Türkiye'ye yasa dışı yollardan girmeleri sebebiyle Türk makamları bunların ülkeden çıkmasına izin vermedi ve sınırdışı edilmelerine karar verildi. Bunların, muhtemel sınırdışı işlemlerinin durdurulması için İHAM'a başvuruldu. Türk makamları başvuranları serbest bıraktı ve bunlar Avusturya'ya gittiler. Başvuranlar, sınırdışı kararı ile Türkiye'nin İHAS'ın 3. maddesini ihlâl ettiği iddiasında bulundular. Başvuranların avukatları, Türk makamlarının başvuranların Avusturya'ya gönderilmesi için yardımda bulunduklarını; bu sebeple başvuru sahiplerinin davadan vazgeçtiklerini bildirmeleri üzerine İHAM, davanın incelenmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

13. Fraydun Ahmet Kordian v. Turkey

Bu davada[84], Amerikan ve Irak vatandaşı olan *Fraydun Ahmet Kordian*, Kaliforniya Eyaletinde iki kişiyi öldürmüş; diğer iki kişiyi öldürmeye tam teşebbüs etmiş; daha sonra kaçarak Türkiye'ye gelmişti. İşlediği suç-

---

(83) European Court of Human Rights Second Section Roza Taleghani and Others v. Turkey (Application No. 34202/07) Strasbourg 6 November 2007.

(84) European Court of Human Rights Second Section Fraydun Ahmet Kordian v. Turkey (Application No. 6575/06) Strasbourg 4 July 2006.

lardan dolayı *Kordian*, Amerika'ya iade edilmek üzere Türkiye'de gözaltında tutuluyordu. *Kordian*, Amerika'ya iade edilirse ölüm cezasına çarptırılacak olması nedeniyle iadesinin İHAS'ın 3. maddesine aykırı olduğunu; ayrıca kendisinin ve avukatının hazır bulunmadığı sırada iade kararının verildiğini, bu sebeple Türkiye'nin İHAS'ın 6. ve 13. maddelerini de ihlâl ettiğini belirterek başvuruda bulundu. İHAM, suçluların iadesinin 3. madde kapsamında değerlendirilebileceğini; Tük makamlarının İHAS'dan doğan yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla Amerikan makamlarından idam cezasının infaz edilmemesi teminatını istediklerini; Amerikan makamlarının idam cezası verilirse dahi bunun infaz edilmeyeceği hususunda teminat verdiklerini; İHAS'ın 6. maddesinin suçluların iadesinde uygulanamayacağını; 13. madde kapsamında Türkiye'nin bir ihlâli olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır.

14. Anvar Mohammadi v. Turkey

İran vatandaşı olan *Anvar Mohammadi* Kanada'da yaşıyordu[85]. Karısı ve çocuklarıyla beraber yasa dışı yollardan 2000 yılında Türkiye'ye gelmişti. Verdiği bilgilere göre, İran rejim muhalifiydi ve Demokratik Kürdistan Partisine üyeydi. Bu partiye üye olması ve yasa dışı yollardan İran'ı terk etmesi sebebiyle mallarına el konulmuştu. Hem Türk makamlarına hem de BMMYK'ya mülteci başvurusunda bulundu. 2003 yılında BMMYK ve 2005 yılında Türk İçişleri Bakanlığı mülteci talebini reddetti. BMMYK'ya mektup göndermeye devam etti ve BMMYK dosyasını yeniden açmayı kabul etti. Türkiye'yi terk etmeye çalışırken Ankara havaalanında polis tarafından yakalandı. İran'a sınırdışı edilmemesi için mahkemeye başvurdu. Türkiye'deki yargılama sürdüğü için kendisine geçici oturma izni verildi. 2006 yılında BMMYK tarafından sığınmacı olarak kabul edildi. Fakat Van'da polis tarafından yakalandı. Ancak fiilen sınırdışı edilmedi. İHAM'da davanın görüldüğü sırasında Kanada'ya yerleşti. İHAM, Türkiye'nin sınırdışı kararını fiilen uygulamaması sebebiyle İHAS'ın 3. maddesini ihlâl etmediğine karar verdi.

15. N.M. v. Turkey

İki çocuğu ile birlikte 2002 yılında yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmış olan İran vatandaşı Bayan *NM*[86], Kastamonu'da yaşamaktaydı. *NM*'nin iddiasına göre, kardeşi babası, tarafından öldürülmüş; babasının hapiste olduğu sürece maddî sıkıntılardan dolayı annesi fahişelik yapmak zorunda kalmıştı. 1990 yılında annesi polis tarafından tutuklanmış ve zina yaptığı gerekçesiyle taşlanarak öldürülmüştü. *NM* evlenmiş; iki erkek ve bir kız kardeşi intihar etmiş; *NM*'nın kocası onu terk etmiş;

(85) *European Court of Human Rights Second Section Anvar Mohammadi v. Turkey (Application No. 3373/06) Strasbourg 30 August 2007.*

(86) *European Court of Human Rights Second Section N.M. v. Turkey (Application no. 42175/05) Strasbourg18 March 2008.*

NM'nin babası hapisten çıkmış; başka bir kadınla evlenmiş ve *NM*'yi üvey annesinin babası ile evlenmeye zorlamıştı. Bu evlilikten ikinci çocuğu dünyaya gelmişti. *NM* ve çocukları Van'a gelmiş ve yetkili makamlara, insan tacirlerinin kendilerine verdiği sahte belgelerle kendilerini kaydettirmişlerdi. BMMYK'ya yaptıkları mülteci başvurusu reddedilmişti. *NM*, 2004 yılında Türkiye'den İran'a gitmişti. Türk Devletinin iddiasına göre *NM*, kendi isteği ile İran'a gitmişti. *NM* ise İran'a sınırdışı edildiğini iddia etmişti. NM, İran'da tutuklanmadı, fakat yasadışı yollardan İran'dan ayrıldığı için para cezasına çarptırıldı. Tekrar Türkiye'ye giriş yapınca Türk makamları sınırdışı edilmesine karar verdi. İran sınırına geldiğinde, İranlı yetkililer onu Türk ajanı olmakla suçladılar ve yirmiyedi gün gözaltında tuttuktan sonra kefaletle serbest bıraktılar. 2004 yılında, *NM*, çocukları ile birlikte tekrar Türkiye'ye kaçtı. Kütahya'ya giderek tekrar BMMYK mülteci başvurusu yaptı. Başvurusu sırasında polis tarafından giriş yaptığı sınır olan Van'a gönderildi. 2006 yılında BMMYK başvurusunu reddetti. BMMYK tarafından 2007 yılında *NM* ve çocuklarına sığınmacı statüsü verildi ve güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri için işlemler başlatıldı. Türk makamları bu işlemlerin başlaması üzerine *NM*'nin sınırdışı kararını uygulamadılar ve *NM* ile çocuklarına oturma izni verdiler. İHAM, *NM*'ye oturma izni verilmesi ve güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmesi için işlemlere devam edilmesi sebebiyle Türkiye'nin İHAS'ın 3. maddesini ihlâl etmediğine ve başvurunun kabuledilebilir olmadığına karar verdi.

VI. "Non-refoulement" Prensibi Uyarınca Sığınmacı ve Mültecilerin Sınırdan Geri Çevrilememesi, Sınırdışı ve İade Edilememesi

"Non-refoulement" ilkesi, devletlerin, mülteci veya sığınmacıyı ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba aidiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı hayat ve hürriyetinin tehlikeye düşeceği, işkence ve kötü muamele göreceği ülkeye göndermeme yükümlülüğünü ifade eden bir kavramdır[87]. Devletlerin, bazı durumlarda yabancıyı başka bir devlete sınırdışı etmeme yükümlülüğü I. Dünya Savaşından sonra milletlerarası uygulamada kabul edilmeye başlanmış ve ilk defa milletlerarası bir belgede mültecinin orijin ülkeye gönderilmemesi esasına yer verilmiştir[88]. O zamanki adıyla Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanan 1933 Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Konvansiyonun 3. maddesinde, kamu düzeni ve kamu güvenliği gerektirmedikçe mültecilerin sınırdışı edilme veya sınırdan geri çevrilme gibi polis yaptırımlarına tabi tutulamayacağı kabul edilmiştir[89]. 1933 Konvansiyonu, sadece sekiz devlet tarafından onaylanmış

---

(87) Elihu LAUTERPACHT/Daniel BETHLEHEM, Part 2: The scope and content of the principle of non-refoulement: Refugee Protection in International Law, Edt. Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson, UNHCR 2003, s. 89; M. Tevfik ODMAN, Mülteci Hukuku (Refugees Law), Ankara 1995, s. 155-157; GOODWIN-GILL/McADAM, 201.

(88) GOODWIN-GILL/McADAM, 201-202.

(89) GOODWIN-GILL/McADAM, 202.

ve bu devletlerden üçü sınırdışı etme ile ilgili maddeye çekince koyarak veya beyanda bulunarak sınırdışı etme konusundaki egemenlik hakkını muhafaza edeceklerini bildirmişlerdir. Hatta İngiltere sınırdan geri çevirmeme ilkesine (non-rejection at the frontier) açıkça itiraz etmiştir. Daha sonra devletlerarasında yapılan iki taraflı antlaşmalarda da non-refoulement ilkesine yer verilmiş; II. Dünya Savaşından sonra 1946 yılında Birleşmiş Milletler, haklı sebeplerle ülkesine dönmek istemeyen mültecilerin buna zorlanamayacaklarına ilişkin bir karar almıştır[90]. Daha sonra non-refoulement ilkesi, 1951 Cenevre Konvansiyonunun 33. maddesi ile teminat altına alınmış ve bu ilke zamanla bir örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiştir.

1951 Cenevre Konvansiyonunun 33. maddesinin 1. paragrafında, mültecinin sınırdan geri çevrilemeyeceği veya sınırdışı edilemeyeceği haller düzenlenmiştir. 1951 Cenevre Konvansiyonun 33. maddesinin 1. paragrafına göre, hiçbir âkit devlet mülteciyi ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal sınıfa aidiyeti veya siyasî düşünceleri dolayısıyla hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin sınırlarından her ne şekilde olursa olsun sınırdışı edemez veya sınırdan geri çeviremez. Bu hükümle 1951 Cenevre Konvansiyonu "*non-refoulement*" prensibini teyit etmiştir.

1951 Cenevre Konvansiyonu açısından *non-refoulement* prensibinin uygulanması mutlak değildir. *Non-refoulement* prensibinin istisnaları 33. maddenin 2. paragrafında belirtilmiştir. Bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması konusunda ciddî sebepler mevcut olan veya özellikle önemli bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile mahkûm edilmiş olduğu için bulunduğu ülke açısından tehlike teşkil eden mülteci *non-refoulement* prensibinden yararlanamaz.

Non-refoulement ilkesinin, sınırda ülkeye kabul (admission at the frontier) veya sınırdan geri çevirme (rejection at the frontier) uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt edilmektedir. 1951 Cenevre Konvansiyonunun hazırlık çalışmaları sırasında İsviçre ve Hollanda delegeleri, *non-refoulement* ilkesinin ülkeye girmiş olan mültecilere uygulanmasını önermişlerdir[91]. Ancak birçok devlet sınırda veya ülke içinde bulunan ve mülteci başvurusu yapan yabancılara non-refoulement ilkesini uygulamaktadır[92].

Daha önce de belirtildiği üzere, Türkiye sadece Avrupa'dan gelenlere mülteci statüsü tanımaktadır. Dolayısıyla, Türkiye, Avrupa dışından gelenlere 1951 Cenevre Konvansiyonunu uygulamak zorunda değildir. Bununla beraber Türkiye, coğrafî sınırlamayı dikkate almadan nereden gelirse gelsin bütün yabancılara *non-refoulement* prensibini uygulamak zorundadır. Çünkü *non-refoulement* prensibinin 1951 Cenevre Konvansiyo-

(90) GOODWIN-GILL/McADAM, 202-203.

(91) GOODWIN-GILL/McADAM, 206.

(92) GOODWIN-GILL/McADAM, 208.

nunun mihenk taşı olmasının yanı sıra bir milletlerarası örf ve adet kuralı niteliğinde olduğu da kabul edilmektedir[93]. Üstelik Türkiye, *non-refoulement* ilkesini kabul eden birçok milletlerarası antlaşmayı onaylamıştır. Dolaysısıyla *non-refoulement* prensibinin Avrupa dışından gelen yabancılar açısından uygulanmaması halinde sadece bir milletlerarası örf ve adet kuralı ihlâl edilmiş olmakla kalmaz aynı zamanda Türkiye'nin onayladığı antlaşmalar da ihlâl edilmiş olur. 1951 Cenevre Konvansiyonunun yanı sıra, Türkiye tarafından da onaylanan ve *non-refoulement* prensibini kabul eden konvansiyonlar şunlardır[94]:

(1) Avrupa İnsan Hakları ve Hürriyetleri Sözleşmesi (AİHS),

(2) İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi[95],

(3) Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi[96],

(4) Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi[97].

---

(93) Nils COLEMAN, Non Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non Refoulement as Customary International Law, (2003)5 European Journal of Migration and Law, s. 23, 46; Kemal KİRİŞÇİ, Migration and Turkey, The Collection of Turkish Jurisprudence on Asylum, Refugees and Migration, Ankara 2000, s. 20; GOODWIN-GILL/McADAM, 345-354.

(94) Non-refoulement ilkesini içeren milletlerarası antlaşmalar; bağlayıcı olmayan tavsiye ve kararlar ve devletlerin uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GOODWIN-GILL/McADAM, 208-232.

(95) İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 3441 Sayılı Kanun: RG 29.4.1988/19799.

İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onayına Dair Karar (Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 88/13023): RG 10.8.1988/19895.

(96) RG 26.11.1959/10365. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek İkinci Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 3732 Sayılı Kanun: RG 21.5.1991/20877.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında Sözleşme ile Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek İkinci Protokolün Onaylanmasına Dair Karar (Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 91/2151): RG 25.09.1991/21002.

(97) Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4800 Sayılı Kanu: RG 4.2.2003/25014.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlnmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4804 Sayılı Kanun: RG 4.2.2003/25014.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protkolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4803 Sayılı Kanun: RG 4.2.2003/25014.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yaadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 5095 Sayılı Kanun: RG 17.2.2004/25376.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yaadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün Onaylanması Hakkında Karar (Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 2004/7097): RG 26.4.2004/25444.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin, Bu Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol ile İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesi, Durdurulması ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol`ün Onayına Dair Karar (Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 2003/5329): RG 18.3.2003/25052.

(5) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme[98],

(6) Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi[99].

İHAS'da, *non-refoulement*[100] prensibinden açıkça söz edilmemiştir. Bununla beraber İHAS'ın 3., 8 ve 13. maddeleri sınırdan geri çevirme veya sınırdışı etme kararlarının *non-refoulement* prensibine uygunluğunu sağlama açısından birer engel olarak kullanılmaktadır. Hakkında sınırdışı etme kararı verilen yabancılar İHAS'ın bu maddelerinin sağladığı korumadan yararlanmışlardır[101]. İHAS'ın 3. maddesi, İHAM tarafından *non-refoulement* prensibinin uygulanmasında sıkça başvurulan bir maddedir[102].

İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984) kısaca İşkenceye Karşı Konvansiyon (Convention Against Torture-CAT84) olarak anılmaktadır. CAT84'ün 3(1). maddesine göre, âkit

---

(98) Çocuk Haklarına Dair 14 Eylül 1990 Tarihli Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4058 Sayılı Kanun: RG 11.12.1994/22138; Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında 94/6423 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı: RG 27.1.1995/22184; Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Yapılan Değişikliğin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4438 Sayılı Kanun: RG 8.8.1999/23780; Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyarî Protokolün Onaylanmsının Uygun Bulunduğu Hakkında 4755 Sayılı Kanun: RG 14.5.2002/24755; Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyarıProtokol'ün Beyan Yapılmak Suretiyle Onaylanması Hakkında 2002/4241 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı: RG 28.6.2002/24799; Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmaları Konusundaki İhtiyarî Protokolün Onaylanması Hakında 4991 Sayılı Kanun: RG 21.10.2003/25266; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol'ün İlişik Beyanar Yapılmak Suretiyle Onaylanması Hakkında 2004/6938 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı: RG 18.3.2004/25406.

(99) RG 18.6.2003/25142.

(100) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ilişkin iki Protokol'de sınırdışı etmeye ilişkin hükümler olmasına karşın non-refoulement prensibine açıkça yer verilmemiştir. 4 Numaralı Protokol "vatandaşların sınırdışı edilmemesi" (md. 3) ve "yabancıların topluca sınırdışı edilmesinin yasaklanması"na ilişkin hükümler içermektedir. Türkiye tarafından 14.3.1985 tarihinde imzalanmış olmakla beraber henüz onaylanmamış bulunan 7 Numaralı Protokol, yabacıların sınırdışı edilmesine karşı usulî bir güvence getirmiştir (md. 1).

(101) İHAM kararlarında, yabancı işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulacağı bir ülkenin sınırından geri çevrilirse veya sınırdışı veya iade edilirse İHAS'in 3. maddesinin; sınırdan geri çevirme veya sınırdışı etme yabancının şahsî veya aile hayatına müdahale teşkil ederse İHAS'in 8. maddesinin; yabancı ulusal makamlar önünde etkin başvuru yapabilme hakkından mahrum bırakılırsa İHAS'in 13. maddesi ihlâl edilmiş olacağı açık bir şekilde vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. P. Van DIJK, Protection of "Integrated" Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 24-30; Kees GROENENDIJK, Long Term Immigrants and the Council of Europe, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 13; Jean Eric MALABRE, Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe: The French Experience, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, Security of Residence and Expulsion, Protection of Aliens in Europe, Edt. Elspeth Guild/Paul Minderhoud, Kluwer Law International 2001, s. 134-135.

(102) LAUTERPACHT/BETHLEHEM, 92; Kay HAILBRONNER, Asylum Law in the Contex of a European Migration Policy, Europe's Area of Freedom, Security and Justice, Edt. Neil Walker, Oxford University Press, s. 52.

devletler işkenceye maruz kalma tehlikesi olacağına inanılması için esaslı sebepler olan bir ülkeye kişiyi sınırdışı edemezler, sınırdan geri çeviremezler ve iade edemezler. Aynı maddenin (2). fıkrasında, bu tür sebeplerin olup olmadığının belirlenmesi için yetkili makamların söz konusu ülkede sürekli ve yaygın olarak insan hakları ihlâllerinin olup olmadığını ve ilgili diğer bütün hususları dikkate alacakları ifade edilmiştir.

Non-refoulement ilkesi, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin[103] 3. maddesinde de ifade edilmiştir. Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 2. paragrafına göre, kendisinden iade talep edilen devlet, âdi bir suç için vâki iade talebinin cinsiyet, ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaşabileceğine dair ciddî sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde iade talebini reddedecektir.

Türkiye aynı zamanda, Sınıraşan Örgütlü Suçlara İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonunu da onaylamıştır. Bu Konvansiyonun "suçluların iadesi" başlığını taşıyan 16. maddesinin 14. bendine göre, eğer talepte bulunulan taraf devlet, talebin, bir kişiyi cinsiyeti, ırkı, dini, vatandaşlığı, etnik kökeni veya siyasî görüşleri nedeniyle yargılamak veya cezalandırmak için yapıldığına veya bu nedenlerden herhangi biri bakımından talebe uymanın, anılan kişinin durumuna halel getireceğine inanmak için ciddi nedenlerin varlığına kanaat getirirse, bu Konvansiyondaki hiçbir hüküm iadeye ilişkin bir zorunluluk getirdiği biçiminde yorumlanmayacaktır. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün 14(1) maddesi ile Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 19(1) maddesinde non-refoulement ilkesine yer verilmiştir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin (1989 Convention on the Rights of the Child-CRC89) 37(a) maddesine göre, hiçbir çocuk işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz. CRC89'un 37(a) maddesi ister tek başına olsun isterse de ailesi ile birlikte olsun mülteci veya sığınmacı başvurusunda bulunan bütün çocuklar hakkında uygulanmalıdır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR66) 3. maddesine göre, hiç kimseye işkence, zulüm, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz veya ceza verilemez. Bu hüküm, zımnî *non-refoulement* olarak yorumlanmaktadır[104]. Bu maddenin yanı sıra Sözleşmenin 13. maddesinde, bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir yabancının, an-

(103) RG 26.11.1959/10365.

(104) GOODWIN-GILL/McADAM, 208-209.

cak hukuka uygun olarak verilmiş bir sınırdışı etme kararına karşı itiraz etmesine ve bu itirazının, huzurunda temsil edilebileceği yetkili bir makam veya yetkili makamın görevlendirdiği bir kişi ve kişiler tarafından değerlendirilmesine imkân verildiği takdirde, sınırdışı edilebileceği ifade edilmiştir.

VII. Sonuç

Türkiye, 1951 Cenevre Konvansiyonuna koyduğu coğrafî sınırlamayı halen muhafaza etmektedir. Özellikle de Avrupa Birliği tarafından bu konuda eleştirilmesine rağmen Türkiye'nin Asya, Avrupa ve Afrika kıtaları arasında köprü vazifesi görmesi; coğrafi yapıya bağlı engeller ve üç yanının denizle çevrili olması sebebiyle sınırlarını tam olarak kontrol edememesi; terör yüzünden güvenlik sorunları yaşaması; altyapı ve ekonomik açıdan henüz mülteci ve sığınmacı talepleriyle tam olarak baş edebilecek durumda bulunmaması; Avrupa dışından giren yabancı sayısına bağlı olarak yasadışı faaliyetlerin artması sebebiyle, Türkiye'nin, coğrafî sınırlamayı muhafaza etme isteğinde olduğu görülmektedir.

İHAM, *AG and Others v Turkey*[105] davasında, Türkiye'nin, Avrupa'dan gelenlere mülteci; Avrupa dışından gelenlere ise BMMYK tarafından güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar sığınmacı statüsünü tanıyarak geçici oturma izni vermesi yönündeki uygulamasını insan haklarına aykırı görmemiştir. Bu ayırımın, Türkiye'nin mülteci ve sığınmacı politikasının bir sonucu olduğunu; Türkiye'nin amacının yabancılar arasında İHAS'ın 14. maddesinin yasakladığı anlamda ırka ve soya göre ayırım yapmak olmadığını açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla İHAM, Türkiye'nin mülteci-sığınmacı ayırımı yapması ve bu ayırıma esas olarak coğrafi kriteri kullanmasını İHAS'ın 14. maddesinde öngörülen ayırımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecek bir husus olarak görmemiştir. Üstelik İHAM, Türkiye'nin mülteci ve sığınmacılar arasında coğrafi açıdan ayırım yapma yetkisinin 1951 Cenevre Konvansiyonu ve 1967 Protokolüne dayandığının altını çizmiştir.

Ayrıca, İHAM ve Komisyonun incelenen onbeş kararında, Türkiye'nin İHAS'ın 2, 3, 8, 13 ve 14. maddelerini ihlâl etmediğine; 6. maddenin sınırdışı etmeye uygulanamayacağına karar verilmiştir. Başvuruların tamamı, Avrupa dışındaki ülkelerden, özellikle İran'dan, yasa dışı yollarla Türkiye'ye giriş yapan yabancılar hakkındadır. Ankara'daki BMMYK tarafından, bunların, mülteci veya sığınmacı başvurularının reddedilmesi; bunun üzerine Türk idarî makamları tarafından sınırdışı edilmelerine karar verilmesi; sınırdışı kararına karşı yasal yollara başvurulması ve yasal süreç devam ederken kendilerine geçici oturma izni verilmesi sebebiyle fiilen sınırdışı edilmemiş bu kişilerin başvuruları, Komisyon ve İHAM tarafından kabul edilebilir bulunmamıştır.

---

(105) European Court of Human Rights First Section A.G. and Others v Turkey name in capital letters; no translation of collective names.

İHAM ve Komisyon kararları, Türkiye'nin, mülteci ve sığınmacıların sınırdışı edilmesine ilişkin kararların alınmasında ve bu kararların uygulanmasında İHAS'a uygun davrandığını; 1951 Cenevre Konvansiyonu başta olmak üzere bazı milletlerarası antlaşmalarda yer alan ve örf ve adet hukukunun bir parçası haline gelen *non-refoulement* ilkesini ihlâl etmediğini teyit etmesi bakımından son derece memnuniyet vericidir.

VERGİ SUÇ VE KABAHATLERİ HUKUKU'NDA SON DURUM

*Doç. Dr. Funda BAŞARAN YAVAŞLAR**

I. GİRİŞ

2004 yılı sonlarından itibaren suç ve kabahatler alanında birbiri ardına çıkartılan kanunlar, vergi suç ve cezalarını düzenleyen Vergi Suçları Hukuku (/Vergi Ceza Hukuku) ile vergi kabahat ve yaptırımlarını düzenleyen Vergi Kabahatleri Hukuku'nu büyük oranda etkilemişlerdir. Etkinin bu kadar kapsamlı olmasının altında, vergi suç ve kabahatlerinin Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) düzenlenme şekli yatmaktadır.

Şöyle ki, Vergi Hukuku alanında kanun koyucu tarafından *"hukuka aykırı"*lığına karar verilen fiil ve hareketlere karşı VUK'da iki ayaklı bir yaptırım sistemi öngörülmüştür. Bir yandan, vergi kanunları ile getirilen ödevlere uymamak **vergi kabahati** olarak kabul edilip (vergi ziyaı kabahati ve usulsüzlük kabahatleri (md. 344-mük. md.355)) idari para cezasına tabi tutulurken; diğer yandan VUK md.359-363'de öngörülen fiillere uymamak **vergi suçu** olarak kabul edilip (kaçakçılık suçu, vergi mahremiyetinin ihlali suçu ve mükellefin özel işlerini yapma suçu) hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır. Vergi kabahatinin varlığını tespit eden ve yaptırımı uygulayan makam vergi idaresi olduğundan, **idari bir işlemle** ortaya çıkan vergi kabahat ve yaptırımları **İdari Ceza Hukuku**'nun; vergi suçunun varlığını tespit ederek cezayı veren makam ceza mahkemesi olduğundan, **mahkeme kararıyla** ortaya çıkan vergi suç ve cezaları ise **Ceza Hukuku**'nun konusunu oluşturmaktadır.

VUK'da suç ve kabahat tipleri ile bunlara uygulanacak yaptırımlar belirlenmişse de, bunların tabi olduğu **genel ilke ve kurallar** konusunda yeterli düzenleme yapılmamıştır. Şöyle ki, her ne kadar VUK'un *"Ceza Hükümleri"* başlıklı Dördüncü Kitabı'nın Birinci Kısmı *"Genel Esaslar"* başlığını taşımaktaysa da, burada (md.331-md.343) esas itibariyle **kabahatlere ilişkin genel kurallar** yer almaktadır. Dolayısıyla, (kusur, iştirak, teşebbüs, zamanaşımı gibi konularda) **vergi suçlarına ilişkin genel**

(*) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı*

kurallar (md.360 hariç) VUK'da yer almadığından, TCK'daki genel hükümler vergi suçları bakımından da aynen uygulama alanı bulmaktadır. Suçun soruşturulması ve kovuşturulması ile verilen cezanın infazına ilişkin usul ve esaslar konusunda da md.364[1] ve md.367[2] dışında VUK'da düzenleme yer almamaktadır. Bu iki madde haricinde, VUK'un Dördüncü Kitabı'nın *"Vergi Cezasının Kesilmesi, Ödenmesi ve Kalkması"* başlıklı Üçüncü Kısmı'nda (md.364-md.376) vergi kabahatlerinin tespitine, idari yaptırım uygulanma usulüne ve öngörülen idari yaptırımların sona ermesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle, işlenen **vergi suçunun soruşturulması, kovuşturulması ve infazı hakkında, CMK ve CGİK'de yer alan hükümler uygulama alanı bulur.** Bu çerçevede, **Vergi Suçları Hukuku'nun tabi olduğu hukuki rejim**, Vergi Usul Kanunu, 1 Haziran 2005'de yürürlüğe giren[3] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu[4] (TCK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu[5] (CMK) ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun[6] (CGİK) ile bu alanda uygulama alanı bulan diğer genel kanunlarca (örn.Adli Sicil Kanunu, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun) düzenlenmektedir.

Vergi kabahat ve yaptırımlarına gelince, kabahat ve yaptırımların eski TCK'dan çıkartılarak, hukuk sistemimizde ilk defa kendilerine özel bir kanun olan **5326 sayılı Kabahatler Kanunu**[7] (KabhK) ile düzenlenmesi, vergi kabahatleri üzerinde radikal bir değişime neden olmuştur. Çünkü, **KabhK md.3[8], KabhK'daki genel hükümlerin, *diğer kanunlardaki kabahatler* hakkında da uygulanmasını açıkça emretmiştir**. Buna karşılık Maliye Bakanlığı bu Kanun'u vergi kabahat ve yaptırımları bakımından uygulamamış, doktrin tarafından da büyük oranda desteklenen bu davranış, "*04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.*" şeklindeki KabhK ek md.1'in[9], vergi kabahatlerini KabhK dışında bıraktığı gerek-

(1) *"Cezayı gerektiren olayın tespiti" kenar başlıklı VUK md.364, vergi suç ve kabahatlerinin, vergi dairesi, yoklama memuru ya da inceleme elemanı tarafından saptanmasını düzenlemektedir.*

(2) *"Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul" kenar başlıklı VUK md.367, inceleme esnasında tespit edilen kaçakçılık suçunun Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirimi üzerine, ya da Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından işlendiği öğrenilen kaçakçılık suçunun ilgili vergi dairesini bildirimi çerçevesinde yapılacak inceleme neticesine göre kamu davasının açılmasını; dava neticesinde kaçakçılık cezasına hükmedilmesinin kabahat nedeniyle idari yaptırım uygulanmasını engellememe ile ceza mahkemesi kararıyla vergi idaresi ve vergi mahkemesi kararının birbiri üzerinde etkili olmaması kurallarını düzenlemektedir.*

(3) *04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG t.13.11.2004, S.25642)*

(4) *26.09.2004 tarih ve 5237 SK, RG t.12.10.2004, S.25611*

(5) *04.12.2004 tarih ve 5271 SK, RG t.17.12.2004, S.25673*

(6) *13.12.2004 tarih ve 5275 SK, RG t.29.12.2004, S.25685*

(7) *30.03.2005 tarih ve 5326 SK, RG t.31.03.2004, S.25772 (mük.)*

(8) *06.12.2006 tarih ve 5560 SK md.31 ile değişik md.3: "Bu Kanunun;*

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır."

(9) *11.05.2005 tarih ve 5348 SK md.5 ile KabhK'ya eklenmiştir.*

çesine dayandırılmıştır. Bu görüşe göre, öncelikle Kabh ek md.1'in yazımı hatalıdır. Şöyle ki, bu madde, *"İlk nazarda sanki Vergi Mahkemeleri, VUK'da düzenlenmiş gibi bir anlayış getirmektedir. Halbuki VUK, Vergi mahkemeleri ve buradaki usule ilişkin hükümleri içermemektedir. Vergi Mahkemelerinin görevi ve kapsamı hem 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanununda ve hem de 2577 sayıl İdari Yargılama Usul Kanunu ile düzenlenmiştir. Nitekim 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu" 1. maddesinde, Danıştay, bölge idare mahkemeleri ve Vergi mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü bu kanunda gösterilen usullere tabidir." demek sureti ile bunu teyit etmektedir. Maddeyi kamusal nitelikteki suçlar dışında kalan vergi ihlalleri veya yasanın deyimiyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılamayan eylemler olarak anlamak gerekmektedir."*[10] Kanaatimizce, **KabhK ek md.1'deki "vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır" ibaresini, "hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılamayan eylemlere ilişkin hükümler saklıdır" şeklinde anlamak mümkün değildir.** Bu görüşümüzün gerekçelerini, farklı yorum metotlarını takip ederek şu şekilde açıklamak mümkündür:

1. <u>Lafzi yorum yöntemiyle Ek md.1'in açıklanması</u>: a) Öncelikle maddenin lafzı, maddeyi bu şekilde anlamaya asla izin vermemektedir. **KabhK ek md.1'de "VUK'da yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler" ibaresi ile kastedilen, "vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin VUK'da yer alan hükümler"dir. Dolayısıyla, KabhK ek md.1, VUK'un "vergi davaları" başlıklı Beşinci Kitabı'nda yer alan md. 377** (vergi mahkemesinde dava açmaya yetkili olanlar), **md.378** (dava konusu) ve **mük. md.378'i** (inceleme elemanları ile mükellefin mali müşaviri veya muhasebecisinin vergi davasında dinlenmesi) saklı tutmaktadır. Aksine bir yorum, **kanun koyucunun vergi mahkemelerinin** -VUK'da değil-, **2576 ve 2577 sayılı kanunlarda düzenlendiğini bilmediği** gibi kabulü zor bir sonuca götürmektedir. Nitekim, KabhK ek md.1'de "VUK'da **düzenlenen**" vergi mahkemelerinden **değil**, "VUK'da **yer alan**" vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin **hükümlerden** söz edilmesi, kanun koyucunun vergi mahkemelerinin VUK'da düzenlendiği gibi bir yanılgı (!) içinde olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. KabhK ek md.1'in yeterince iyi şekilde kaleme alınmadığına katılmak gerekirse de, "vergi mahkemelerinin VUK'da düzenlendiği" anlamına yol açacak şekilde kaleme alındığını kabul zordur. Kanun koyucu, vergi davalarına ilişkin önemli gördüğü kimi konuları, 2576 SK ya da 2577 SK yerine, VUK'da yer verdiği bu üç maddeyle düzenlemeyi tercih etmiştir. Her ne kadar VUK mük. md.378'in konusu vergi mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıklar değilse de; VUK md.377'de vergi mahkemesinde dava aç-

(10) DONAY, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, 21; Ayrıca bkz. GERÇEK, Yaklaşım, S.183 (Mart 2008), 275

maya yetkili olanlar düzenlenirken *dolaylı* şekilde, VUK md.378'de ise *doğrudan*, vergi mahkemeleri tarafından çözümlenecek uyuşmazlıklar, başka bir deyişle, **vergi mahkemelerinin bakmakla "görevli" olduğu konular düzenlenmektedir**. Bu nedenle, KabhK ek md.1'deki "vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler" ibaresi yanlış değildir. Kanun koyucu, tek tek madde numarası saymak yerine, maddelerin içeriğinden hareketle genel bir nitelendirme yaparak ilgili hükümleri saklı tutma yoluna gitmiştir. **b)** Diğer yandan, KabhK ek md.1'de, "VUK'daki hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılamayan eylemlere ilişkin hükümlerin saklı tutulduğu" yorumuna yol açacak **tek bir kelime dahi yer almamaktadır**. **Maddede, "vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler"den söz edilmektedir, yoksa "hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılamayan fiiller"den değil. Eğer vergi kabahatleri KabhK'nın dışında bırakılmak istenseydi, bu durumda** "VUK'da yer alan vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır" değil, aksine **"VUK'da yer alan vergi kabahatlerine ilişkin hükümler saklıdır" denilirdi. Dolayısıyla, kanun lafzının doğrudan işaret ettiği hususu bırakıp, maddede adı dahi geçmeyen başka bir konuya ilişkin hükümlerin saklı tutulduğunu kabul, itiraf etmek gerekir ki son derece zorlama bir yorumdur.**

2. <u>Amaçsal yorum yöntemiyle Ek md.1'in açıklanması</u>: KabhK ek md.1'de vergi mahkemelerinin görevine ilişkin VUK hükümlerinin saklı tutulması, KabhK'nun idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda görevli yargı yerine ilişkin düzenlemeleri dikkate alındığında, kendi içinde tutarlı ve anlamlıdır. Şöyle ki, devrim niteliğindeki içeriğiyle **KabhK md.27, f.1, idari işlem niteliğindeki idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda artık idari yargının değil, adli yargının (sulh ceza mahkemesi) görevli olmasını öngörmüştür**. KabhK'nun AYM önünde de tartışılan[11] bu hükmü çerçevesinde vergi kabahatleri nedeniyle kesilen para cezalarına

---

(11) Bkz. Anayasa'nın 2, 125 ve 155'inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle KabhK md.3'ün (:"Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.") iptali için AYM'ne başvuran Malatya Bölge İdare Mahkemesi'nin talebini dayandırdığı gerekçeler (21.12.2005 tarih ve E.2005/920 sayılı Karar) ile AYM'nin burada verdiği 01.03.2006 tarih, ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı iptal kararı (RG t.22.07.2006, S.26236): "... Anayasa'da idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir."

karşı açılacak davalarda sulh ceza mahkemesinin değil, eskisi gibi vergi mahkemelerinin görevli olmasını arzu eden kanun koyucu, KabhK ek md.1 ile bunu sağlamayı amaçlamıştır. Çünkü, **böyle bir istisna hükmü getirilmemiş olsaydı, idari işlem niteliğindeki idari vergi cezasına karşı adli yargıda dava açmak gerekecekti**. Bu ise, birbiriyle bağlantı içinde olan iki idari işlemden birinin vergi mahkemesi, diğerinin ise sulh ceza mahkemesinde görülmesi gibi bir sonuca yol açacaktı[12]. Buna karşılık, vergi kabahatleri vergi sisteminin işleyişini sağlamaya yönelik olduklarından, vergi ödevlisinin kanunla kendisine getirilmiş yükümlülükleri gereği gibi ve/veya zamanında yerine getirmemesi, pek çok olayda aynı zamanda idari vergi cezası işlemine de yol açmaktadır. Dolayısıyla, birbiriyle bağlantılı bu işlemlerin aynı mahkemede görüşülmesindeki kamu yararı ve bireysel yarar açıktır. Görüldüğü üzere, **KabhK ek md.1'in amacı, idari vergi cezaları bakımından vergi mahkemelerinin görevli olmasını devam ettirmektir.**

Nitekim, AYM'nin iptal kararı üzerine yeniden düzenlenen KabhK md.3, b.a'da[13] artık, KabhK'nın *"İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde ... uygulanır"* denilerek, bu sonuç, diğer kimi kabahatler bakımından da kanuni güvence altına alınmıştır. Dikkat etmek gerekir ki, 5560 SK ile değişik KabhK md.3, KabhK ek md.1'den sonra yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla, KabhK ek md.1 yoluyla kanun koyucu, sonradan AYM'nin iptal kararı neticesinde ulaşılan bu neticeyi, idari vergi cezaları bakımından daha en başta öngörmüştür.

3. Tarihi yorum yöntemiyle Ek md.1'in açıklanması: KabhK ek md.1'in KabhK'na getiriliş gerekçesi şudur[14]: ***"Vergi mahkemelerinin görevine giren hususlarla ilgili olarak vergi hukukunun kendisine özgü özellikleri dolayısıyla 213 sayılı Kanunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümlerin vergi uyuşmazlıklarına ilişkin olarak muhafazasında fayda mülahaza edilerek, Kabahatler Kanununun usule ilişkin hükümlerinin vergi cezaları açısından uygulanmaması yönünde bir istisna hükmüne yer verilmiştir."***[15] Kanun koyucunun iradesini bir bütün olarak görmek için, burada hemen, KabhK'yı getiriş gerekçesini de hatırlamak gerekir. KabhK, özel kanunlar-

---

(12) Bu konuda bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, VD, S.299 (Temmuz 2007), 142

(13) AYM, KabhK md.3'ü iptal ettiği kararının (bkz. burada dpn.11) Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Bu süre dolmadan 06.12.2006 tarihinde çıkartılan 5560 SK md.31 (RG t.19.12.2006, S.26381) ile, KabhK md.3 mevcut haline kavuşturulmuştur.

(14) TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:3, (S.Sayısı:897), Madde Gerekçeleri, Md.5. Genel Gerekçe'de ise şunlar yazılıdır: "Kanun Teklifiyle, ... 5326 sayılı Kabahatler Kanununun bazı hükümlerinin uygulanması ve yeni ceza sistemine uyarlanması açısından ortaya çıkması muhtemel sorunların giderilmesi amaçlanmaktadır." Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss897m.htm

(15) Gerekçe'deki önemli noktaları vurgulamak üzere kelime altı çizimleri, yazara aittir.

da yer alan kabahat ve yaptırımlara ilişkin kazuistik düzenlemeler nedeniyle ortaya çıkan sistemsizliği ortadan kaldırarak, **idari nitelikli yaptırımlara ilişkin sistem/hukuk birliği ve ahenk yaratmak, bütün idari nitelikli yaptırımlara uygulanacak böyle bir genel kanunla, hukuk güvenliği sağlamak amacıyla** getirilmiştir[16].

Yukarıdaki tüm açıklamalarımızı destekleyen bu sözlerin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyduğu üzere, **kanun koyucunun iradesi, KabhK'nın genel hükümlerinin tüm kabahatler ve bu arada vergi kabahatleri için de uygulanması yönündedir ve bu amacıyla *tutarlı* şekilde, KabhK ek md.1'i,** VUK'un, "hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılamayan eylemlere ilişkin hükümlerini" değil, **"vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümlerini" saklı tutmak amacıyla getirmiştir[17]**.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, KabhK'nın "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kısmında[18] yer alan hükümlerin tamamını (md.1-md.31) **"KabhK'nın usule ilişkin hükümleri" olarak nitelendirmenin mümkün olmadığıdır**. Çünkü, TCK'daki genel hükümlere –büyük ölçüde- paralel şekilde düzenlenen bu genel hükümlerden bazıları, "**kanunilik ilkesi, kanunun yer ve zaman bakımından uygulanması, kabahatten dolayı sorumluluğun esasları, kast, taksir, sorumluluk, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran haller, teşebbüs, iştirak, içtima, yaptırım türleri, zamanaşımı**" konularını düzenlemektedir. Hukuk biliminde "usul", "yöntem"i ifade ettiğinden[19] ve bu hükümler ise "yönteme ilişkin" olmadıklarından, bunlar "usule ilişkin" hükümler değillerdir. Buna karşılık, KabhK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin "usule ilişkin hükümler" olduğuna şüphe yoktur. Nitekim, bu tür düzenlemeleri içeren örneğin 2577 SK'nın adı İdari Yargılama Usulü Kanunu,

---

(16) TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:3 (S.Sayısı:840), Genel Gerekçe: "Özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde idarî nitelikte ceza yaptırımlarına yer verilmektedir. Bu bağlamda yürürlüğe konan kanunlarda veya kanun hükmünde kararnamelerde kazuistik hükümlere yer verilmektedir. Bu kazuistik düzenlemeler arasında bir sistem birliğinin varlığından söz edilemez. Bunlar arasında bir ahenksizlik hakim bulunmaktadır. Bu nedenle, idarî nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanuna ülkemiz açısından büyük bir ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düşüncelerle hazırlanan bu Tasarıda, idarî yaptırımları gerektiren fiiller yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve sorumluluk esasları, zamanaşımı, idarî yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçları, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular, bir sistematik çerçevesinde düzenlenmiştir." Madde gerekçeleri, md.3'ün gerekçesi: "Özel kanunlarda çeşitli fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülürken; çoğu zaman, bu yaptırımların yerine getirilmesi, bunlara bağlanan hukukî sonuçlar, zamanaşımı, tekerrür, özellikle idarî para cezası türündeki yaptırımın yerine getirilmesi, bu suretle oluşan mali kaynağın kullanılma biçimi gibi hususlarda da kazuistik hükümlere yer verilmektedir.

Sistemden yoksun bu kazuistik düzenlemelerin önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için; özel kanunlarda sadece kabahat türünden fiillerin tanımlanması ve bu fiiller karşılığında öngörülen idarî yaptırımların belirlenmesiyle yetinilmelidir.

Bu itibarla, Tasarıda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının temin edilmesi gerekmiştir." Bkz. http:// www.tbmm.gov.tr/ sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm.

(17) Buna karşılık, Gerekçe'den hareketle tam tersi sonuca ulaşmakta GERÇEK, Yaklaşım, S183 (Mart 2008), 275

(18) KabhK'nın İkinci Kısmında ise (md.32-md.43), çeşitli kabahat tipleri ve yaptırımları düzenlenmektedir.

(19) Bkz. örneğin GÖZÜBÜYÜK, nr.244 ve nr.272

1086 SK'nın adı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, ve –yürürlükten kalkan- 1412 SK'nın adı ise Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'dur.

O halde, halen, **Vergi Kabahatleri Hukuku**, Vergi Usul Kanunu, Kabahatler Kanunu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan oluşan **hukuki rejime bağlıdır**. KabhK pek çok konuda VUK'dan farklı kurallar öngörerek, VUK'un KabhK'ya aykırı düzenlemelerinin ilgasına yol açtığından[20], mevcut sistemde, Vergi Ceza Hukuku'na paralel şekilde, esas itibariyle vergi kabahati tipleri ile bunların yaptırımları VUK'da, genel hükümler ise KabhK'da yer almaktadır.

Pek çok konuda eskisinden tamamen farklı bir sisteme geçiş, vergi suç ve kabahatleri bakımından belirsizliklere ve önemli tartışmalara yol açmıştır. Örneğin, 765 sayılı TCK'nın yürürlükten kalkmasıyla, VUK md.362 ve md.363'de eski TCK md.198 ve md.240'a yapılan atıfların yeni TCK'da karşılıklarının olup olmadığı (5252 SK md. 3, f.1: *"Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır."*) ve böylece, örneğin vergi mahremiyeti suçunun cezası sorgulanmıştır. İşte, 8 Şubat 2008'de yürürlüğe giren "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"[21] isimli 5728 Sayılı Kanun'da[22] yer alan bazı hükümlerle kanun koyucu, **VUK'un vergi kabahatleri ve vergi suçlarına ilişkin düzenlemelerini, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu hükümleriyle uyumlu hale getirmeyi** amaçlanmıştır[23]. Aşağıda, 5728 SK ile -vergi suç ve kabahatleri alanında- yapılan değişiklikler[24] ortaya konularak, değerlendirmektir.

---

(20) Bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, VSD, S.233 (Şubat 2008), 72 vd. ; CANDAN, Tebliğ ; ERDEM, http://www.muhasebetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=1940

(21) Kanun'un ismi eleştiriye açıktır. Şöyle ki, Kanun'un isminde yer alan, "çeşitli kanun" ile "diğer kanun" arasındaki farkı anlayabilmek mümkün değildir. Kendisinde değişiklik yapılan kanunlardan hangileri "çeşitli kanun", hangileri "diğer kanun"lar arasında bulunmaktadır?

(22) Kabul tarihi: 23.01.2008, RG t.08.02.2008, S.26781

(23) 5728 SK'nın Genel Gerekçesi, TBMM, Dönem:23, Yasama Yılı:2 (S.Sayısı:56), http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56m.htm

(24) 5728 SK md.273 ile VUK md.87'de düzenlenen, "takdir, tadilat ve zirai kazançlar il komisyonları ile özel komisyonlara, memurların dışında, seçilecek kimselerde aranan özellikler"de yapılan değişikliklerin vergi suç ve kabahatleriyle doğrudan bir ilişkisi olmadığından, bu incelemenin dışında bırakılmıştır. Ancak kısaca değinmek gerekirse, VUK md.87, b.2'de yer alan "kamu hizmetlerinden memnu olmamak" şartı kaldırılmış; b.3'deki "ağır hapis veya şeref ve haysiyeti muhil bir suçtan dolayı hapis cezasıyla hükümlü olmamak" ve b.4'deki "vergi kaçakçılığından dolayı cezalandırılmamış olmak" şartları ise, şu şekilde değiştirilmiştir: "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya vergi kaçakçılığı suçlarından mahkûm olmamak."

II. 5728 SAYILI KANUN İLE YAPILAN UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1.Vergi Kabahat Ve Yaptırımları Alanındaki Değişiklikler

a- Vergi ziyaı kabahati ile vergi ziyaı cezası, VUK'un farklı maddelerinde düzenlenmiştir (5728 SK md.275)

5728 SK ile, vergi ziyaı kabahati ile cezasını düzenleyen VUK md.344'ün "vergi ziyaı suçu ve cezası" şeklindeki kenar başlığı, "vergi ziyaı cezası" şeklinde değiştirilmiş; birinci ve ikinci fıkraları ise –içerikleri aynen muhafaza edilerek- birleştirilmiştir[25]. Bu düzenleme sonucunda**, vergi ziyaı kabahati VUK md.341'de, cezası ise md.344'de belirlenmiş olmaktadır.**

VUK md.341, VUK'un Dördüncü Kitabı'nın "genel esaslar" başlıklı Birinci Kısmı'nda yer almaktadır[26]. Bu nedenle, yapılan değişiklik neticesinde, vergi ziyaı kabahati tipi, tüm kabahatlere uygulanacak genel kuralların yer aldığı bir Kısım'da düzenlenmiş olmakta; Dördüncü Kitabın "Vergi cezaları" başlıklı İkinci Kısmı'nın vergi ziyaı kabahatine ilişkin tek maddeden oluşan (md. 344) Birinci Bölümü'nde ise, vergi ziyaı kabahatine uygulanacak idari para cezası yer almaktadır. **Kabahat tipine "genel esaslar" altında yer vermek, ve kabahat ile bu kabahat için öngörülen yaptırımı farklı maddelerde düzenlemek, gerek VUK sistematiğine ve gerek kanun yapma tekniğine aykırıdır.** Bu çerçevede, VUK'un Dördüncü Kitabı'nda "vergi ziyaı" kavramının sadece "vergi ziyaı kabahati" ile bağlantılı olarak kullanıldığı ve bu nedenle, "vergi ziyaı"nın -genel değil, aksine- **özel bir kavram** olduğunu da dikkate alarak, vergi ziyaı kabahati tipi uygulanacak yaptırımla birlikte VUK md. 344'de düzenlenmeli ve maddenin kenar başlığını da buna uygun şekilde değiştirilmelidir.

b- Aynı fiille hem suç hem de kabahat işlenmesi halinde, suça ceza ve kabahate idari yaptırımın birlikte uygulanması kuralına yeniden dönülmüştür (5728 SK md. 276, md. 279 ve md. 280)

VUK md. 359, son fıkra ve md.367, f.4'e göre, aynı fiille hem vergi kabahati hem de vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesi halinde, suç nedeniyle ceza uygulanması kabahat nedeniyle ayrıca idari yaptırım uygulanmasına engel değildi. Ancak, **bir fiilin hem kabahat hem de suç teşkil et-**

---

(25) Böylece, üçüncü fıkra ikinci fıkra, dördüncü fıkra ise üçüncü ve sonuncu fıkra olmuştur. Bu değişiklik, VUK md.344'ün değişik fıkralarına yapılan atıflar bakımından önem taşımaktadır.

(26) VUK'un vergi suç ve kabahatlerini düzenleyen Dördüncü Kitabı'nın -"vergi cezaları" başlıklı- İkinci Kısmı'nda ise, ayrı bölümler altında vergi suç ve kabahat tipleri düzenlenmektedir. Şöyle ki, Birinci Bölüm'de vergi ziyaı kabahati (md.344), İkinci Bölüm'de usulsüzlük kabahatleri (md.351-mük. md.355), Üçüncü Bölüm'de ise vergi suçları yer almaktadır.

(27) Kaçakçılık suçuna yol açan fiille aynı anda hem vergi ziyaı kabahati hem de usulsüzlük kabahatinin işlenmesi halinde, kaçakçılık cezasının yanı sıra, sadece -somut olayda- cezası ağır olan kabahatin cezası uygulanacaktır (KabhK md.15, f.1).

mesi halinde, -kural olarak- ***sadece suçtan dolayı ceza*** **uygulanmasını emreden KabhK md.15, son fıkra ile VUK'daki bu düzenlemeler zımnen ilga edilmişti**.

Kanun koyucu, bu konuda eski VUK sistemine dönmeyi tercih ederek, 5728 SK (md.276 ve md.280) ile VUK md.359 ve md.367'de yaptığı değişikliklerle, aynen KabhK öncesinde olduğu gibi, **aynı fiille vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatinin birlikte işlenmesi halinde**, **hem suçtan dolayı hapis cezası, hem de kabahat nedeniyle idari para cezası**[27] **uygulanması**na izin vermiştir.

Benzeri durum, **mükellefin özel işlerini yapma suçu**nu düzenleyen VUK md.363 bakımından da söz konusudur. 5728 SK md.279 ile değişik VUK md.363, son cümleye göre, mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapan -VUK md.6, son fıkrada sayılan- memurların bu fiilleri aynı zamanda vergi ziyaına neden olurlarsa, bu kimseler hapis cezasının yanı sıra ayrıca vergi ziyaı cezası ile de cezalandırılacaklardır. Yalnızca, eskisinden farklı olarak[28], **vergi ziyaının**, mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili özel işlerini yapma nedeniyle **meydana gelmesi yeterli bulunmuş; kaçakçılığa iştirak mahiyetindeki bir fiille vergi ziyaı kabahatine yol açılması şartı ortadan kaldırılmıştır**.

Ancak, AY md.38, f.1'de ve TCK md.7'de düzenlenen geriye yürüme yasağı nedeniyle, **KabhK md.15'in yürürlüğe girdiği 01.06.2005 ile 5728 SK'un yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihleri arasında aynı fiille hem vergi suçu hem de vergi kabahatinin işlenmiş olması halinde, sadece suçtan dolayı ceza uygulanabilecektir.**

c- Ceza mahkemesi kararları ile vergi idaresi ve vergi mahkemesi kararlarının birbiri üzerinde etkili olmaması kuralına yeniden dönülmüştür (5728 SK md. 280)

KabhK öncesinde, VUK md.367, son fıkrada, ceza mahkemesinin vergi suçuna ilişkin kararı ile vergi idaresinin ve vergi mahkemesinin idari yaptırımlar hakkındaki kararının karşılıklı olarak birbirini bağlamaması ve hatta etkilememesi hükme bağlanmıştı. Ancak, yukarıda açıklanan KabhK md.15, son fıkra, VUK md.367'nin konusuz kalmasına yol açmıştı. 5728 SK md.280 ile değişik VUK md.367, son fıkrada ***"Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek***

---

(27) Kaçakçılık suçuna yol açan fiille aynı anda hem vergi ziyaı kabahati hem de usulsüzlük kabahatinin işlenmesi halinde, kaçakçılık cezasının yanı sıra, sadece -somut olayda- cezası ağır olan kabahatin cezası uygulanacaktır (KabhK md.15, f.1).

(28) VUK md.363, son cümlenin eski hali şu şekildeydi: "Bu hareketler kaçakçılık suçu cezasını gerektiren bir fiile iştirak mahiyetinde olduğu takdirde haklarında ayrıca bu Kanunun 344 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır."

***kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.**"* denilerek, KabhK'nun aksine, suç tespiti ile kabahat tespiti arasında hiçbir ilişki olmaması garanti altına alınmıştır. Kanaatimizce, KabhK öncesinde olumlu karşılanması gereken bu kural, KabhK'nın genel hükümlerinin TCK'nın genel hükümlerine yakınlığı nedeniyle tartışmaya açık bir hale gelmiştir[29]. Pek çok olayda, vergi kabahatine yol açan hukuka aykırı hareket, aynı zamanda kaçakçılık suçuna da yol açmaktadır. Dolayısıyla, suç ve kabahate yol açan hukuka aykırı hareketin varlığını aynı ya da benzer kurallar çerçevesinde inceleyen ceza mahkemesi ile vergi mahkemesinin birbirinden farklı sonuçlara ulaşmasının **hukukun birliği ilkesi**ne ne derece uygun olduğunun incelenmesi şarttır.

d. Pişmanlık halinde vergi ziyaı kabahati nedeniyle yaptırım uygulanmaması kuralı muhafaza edilmiştir (5728 SK md.281)

KabhK md.13 gereğince, *"Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır."* Bu hüküm çerçevesinde, vergi ziyaı kabahatine teşebbüs cezalandırılamayacağından, "gönüllü vazgeçme"ye (/etkin pişmanlığa) ilişkin TCK md.36'nın[30] vergi ziyaı kabahati bakımından uygulanması mümkün olmadığı gibi, VUK md.371'deki pişmanlık kurumunun ne derece uygulanabileceği de tartışmalı hale gelmişti. Bu konuda yaşanabilecek sorunları ortadan kaldırmak amacıyla 5728 SK ile, eski VUK md.371 hükmü, maddedeki eski VUK md.360'a atıfta bulunulan kısımlar çıkartılarak tekrar yürürlüğe konulmuştur.

e.Gümrük Vergileri alanında verilen idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından vergi mahkemeleri görevli olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (5728 SK md.272)

KabhK md.272 ile VUK md.2, "*Gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler bu Kanuna tabi değildir. Bu vergi ve resimlerle ilgili olarak 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242 nci maddesi hükümleri uygulanır.*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, öncelikle, maddenin eski halinde[31] yer alan "tekel idareleri" ibaresi, artık tekel idaresi kalmadığı için maddeden çıkartılmıştır. 5728 SK'un gerekçesinde, VUK md.2'deki bu değişiklik hakkında şu açıklama yapılmaktadır: *"5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, 4458 sayılı*

---

(29) Bkz. ve krş. DONAY, 76 vd.; AKKAYA, AÜHFD, C.49, S.1-4 (2000), 85 vd.

(30) TCK md.36: "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır."

(31) Değişiklik öncesinde madde şu şekildeydi: "Gümrük ve tekel idareleri tarafından alınan vergi ve resimleri bu kanuna tabi değildir."

Gümrük Kanununun uygulamasında, gümrük idarelerince verilen para cezalarının kanun yolu usulü konusunda ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi ve bu hususlarda Vergi Usul Kanununda öngörülen sistemin geçerli olmasını temin etmek ve uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla maddede değişiklik yapılmıştır."

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, VUK md.2'deki bu değişikliğin amacı, gümrük idareleri tarafından verilen para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin vergi mahkemesi olduğunu açıklığa kavuşturmaktır. Çünkü, KabhK ek md.1'in *VUK'da yer alan* vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümleri saklı tutması ve VUK md.2'nin *gümrük vergi ve resimlerini VUK kapsamı dışında tutması*, gümrük vergileri alanında uygulanan idari yaptırımlarda görevli yargı yerinin neresi olduğunu konusunu tartışmalı hale getirmekteydi. Ancak, 5560 SK ile değişik KabhK md.3, b.a, *KabhK'nın idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağını öngörerek,* bu tür uyuşmazlıklarda vergi mahkemelerinin görev ve yetkisini düzenleyen 2576 SK md.6 ve 2577 SK md.37, b.b'nin bu konuda tekrar uygulanmasının yolunu zaten açmıştı. Dolayısıyla, kanun koyucu, 5560 SK ile değişik KabhK md.3 çerçevesinde aslında çözümlenmiş bir konuyu, tekrar düzenlemeyi tercih etmiştir.

Burada, VUK md.2'de Gümrük Kanunu md.242'ye atıfta bulunulması eleştiriye açıktır. Çünkü bu madde, *mükelleflerin kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri için ilgili gümrük idaresine başvurarak düzeltme talebinde bulunabilmelerini* düzenlemektedir. Gümrük Kanunu md.242 gereğince, mükellefler, gümrük idaresinin -düzeltme talebini- red kararlarına karşı duruma göre Gümrük Başmüdürlüğü ya da Gümrük Müsteşarlığı nezdinde itiraz edebilecekler; bunların kararlarına karşı ise, "idari yargı mercilerine" başvurabileceklerdir. Burada kastedilen idari yargı mercii, 2576 SK md.6 ve 2577 SK md.37, b.b gereğince "vergi mahkemesi"dir. Görüldüğü üzere, düzeltme kurumunu düzenleyen Gümrük Kanunu md.242'de, vergi mahkemesinin adı dahi geçmemektedir.

2.Vergi Suç Ve Cezaları Alanındaki Değişiklikler

a- "Suç-kabahat" ayrımı terminolojik olarak VUK'a kısmen yansıtılmıştır (5728 SK md.)

VUK Dördüncü Kitap, İkinci Kısım, Üçüncü Bölüm'ünün "hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak suçlar ve cezalar" şeklindeki başlığı, "suçlar ve cezaları" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, "idari ceza ile cezalandırılan suç" ibaresinin karşısına konulan "hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılan suç" terimi VUK'dan çıkartılmış, iki alan arasındaki terminolojik farklılığın altı kısmen çizilmiştir.

Kanaatimizce, bu değişiklik yeterli değildir, kabahat teriminin açık bir şekilde VUK'a girmesi şarttır. Ancak bu şekilde 5728 SK'un amaçla-

dığı -temel ceza kanunlarına- "uyum" gerçekleştirilebilir. Çünkü, temel ceza kanunlarında suç-kabahat ayrımı terminolojik olarak açıkça yer almaktadır.

b- Kaçakçılık suçu ve cezası yeniden düzenlenmiştir (5728 SK md.276, md.277, md.280 ve md.281)

b1. Kaçakçılık suçuna yol açan fiiller üç gruba ayrılmıştır: VUK md.359'da daha önce iki grupta toplanan kaçakçılık suçuna yol açan fiiller, 5728 SK ile üç gruba ayrılmıştır. Bu üçlü grup, daha önce VUK md.359, f.b, b.2'de yer alan "belgeleri Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bu belgeleri kullanmak" fiillerinin, **"ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bilerek kullanmak"** şeklinde **md.359'a yeni eklenen c fıkrasına alınması** ve bu şekilde işlenen kaçakçılık suçuna –alt sınırı- farklı bir ceza öngörülmesi yoluyla meydana gelmiştir.

b2. "Sahte belge basmak" fiili suç olmaktan çıkartılmıştır: VUK md.359/b-2'de yapılan değişiklikle **"sahte belge basmak" kaçakçılık suçu olmaktan çıkartılmış**; sadece, "Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bu belgeleri bilerek kullanmak" suç olarak muhafaza edilmiştir[32]. Bu fiilin neden suç olmaktan çıkarıldığına ilişkin olarak Kanun'un gerekçesinde hiç bir açıklama bulunmamaktadır.

b3.Kaçakçılık suçu nedeniyle uygulanacak cezalar arttırılmıştır: VUK md.359, f.a'da yer alan fiillerle kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde, artık altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına değil, **bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası**na**; md.359, f.b**'de[33] yer alan fiillerle kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde, artık on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına değil, **üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası**na; **md.359, f.c**'deki[34], "ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bu belgeyi kullanmak" fiilleriyle kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde ise, artık on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına değil, **iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası**na hükmolunacaktır.

---

(32) Buna karşılık, doktrinde ileri sürülen bir görüşe (YERCİ, VSD, S.236 (Mayıs 2008), 35-36) göre, yeni düzenleme çerçevesinde, "ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerce basılabilecek olup, Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmayan kimselerin bastığı belgeleri bilerek kullananlar" için ceza uygulanması mümkün değildir. Burada "bilinmesi" istenilen, somut olaydaki (ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerce basılabilecek) ilgili belgeyi, "Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmayan bir kimsenin basmış olması" durumudur. Bu bilinmesine rağmen belge kullanılırsa, VUK md.359, f.c'de düzenlenen fiil işlenmiş olur.

(33) Değişiklik öncesinde bu fiiller, VUK md.359, f.b, b.1'de yer alıyorlardı.

(34) Değişiklik öncesinde bu fiiller, VUK md.359, f.b, b.2'de yer alıyorlardı.

b4.<u>Kaçakçılık suçu nedeniyle verilen hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde ve ertelenmesinde tamamen TCK hükümlerinin geçerli olması sağlanmıştır</u>: VUK md. 359, f.a'da yer alan fiillerle kaçakçılık suçunun işlenmesi nedeniyle verilen hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde -hapis cezasının her bir günü için- uygulanacak para miktarını düzenleyen ve hükmolunan para cezasının ertelenmesini yasaklayan **VUK md.359/a, f.2 yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, artık ancak 5237 sayılı TCK hükümleri çerçevesinde hapis cezasının ertelenmesi ve adli para cezasına çevrilmesi mümkün olabilecektir. TCK md. 50 f.1** gereğince, kısa süreli hapis cezası, *suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesinde özelliklere göre* adli para cezasına çevrilebilir[35]. Kısa süreli hapis cezası, bir yıl ve daha az süreli hapis cezasıdır (TCK md.49, f.2). Adli para cezası **TCK md. 52**'de düzenlenmekte olup, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak kanunda yer alan sınırlar içinde hakim tarafından takdir edilecektir. Yeni **TCK md. 51**, sadece hapis cezalarının ertelenmesine izin vermektedir; **TCK md. 51**'de öngörülen şartların varlığına bağlı olarak ancak, *"işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezasının ertelenmesine"* mümkündür.

b5. <u>VUK md.360, artık kaçakçılık suçuna "iştirak"i değil, kaçakçılık suçuna verilecek cezada "indirim"i düzenlemektedir</u> (5728 SK md.277, md.280, md.281): Kaçakçılığa iştiraki düzenleyen ve kenar başlığı "iştirak" olan VUK md.360'ın gerek kenar başlığı gerekse içeriği değiştirilmiştir. Yeni kenar başlığı "**cezada indirim**" olan maddenin içeriğindeki değişiklik ise şu şekildedir: değiştirilmeden önce VUK md.360'da, kaçakçılığa iştirak edenlere verilecek ceza, iştirak eden kimsenin kaçakçılık suçuna yol açan fiillere ayrı bir *maddi menfaat* gözeterek iştirak edip etmemesine bağlı olarak değişiyordu[36]. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerinde (md. 37 vd.) böyle bir ayırım yer almadığı için, 5237 sayılı TCK md.5'in yürürlüğe girmesiyle birlikte VUK md.360 yürürlükten kalkacaktı. 5728 SK md. 277 vasıtasıyla, bir yandan yeni **TCK'nın iştirake ilişkin hükümlerinin vergi suç ve cezaları bakımından, TCK md.5'in yürürlüğe girmesinden önce uygulanması sağlanmış;** ancak diğer yandan, "*kaçakçılık suçuna iştirak edenlerin bu suçun işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde TCK'nın suça iştirak hükümlerine göre verilecek cezanın yarısının indirilir*" denilerek, somut olayda uygulanacak **cezanın tespitinde menfaat kriterine verilen önem**

---

(35) TCK md.50'de, para cezasına çevirmeninin yanı sıra, kısa süreli hapis cezasına seçenek başka yaptırımlar da düzenlenmektedir.

(36) 5728 SK ile değiştirilmeden önceki VUK md.360: "Birden fazla kişi 359'uncu maddede sayılan fiillerin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri bundan ayrı ayrı menfaat gözetmek şartıyla o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır. Söz konusu fiilleri işlemeye azmettirenlere de aynı cezalar hükmolunur.

Bu fiillere maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere fiile mahsus cezanın dörtte biri hükmolunur."

muhafaza edilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, kaçakçılığa iştirak olup olmadığı yeni TCK'ya göre saptanacak; eğer iştirak varsa, iştirakin bir menfaat temelinde yapılıp yapılmadığı araştırılacaktır. Eski VUK md.360'dan farklı olarak artık **menfaatin "maddi" olması şart değildir, manevi bir menfaat de söz konusu olabilir.** Eğer suça iştirak eden kimsenin suçun işlenmesinde herhangi bir menfaati yoksa, bu durumda TCK'daki iştirak hükümlerine göre verilecek cezanın yarısı indirilecektir.

VUK md.360'daki bu değişikliğe paralel olarak, "bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul" kenar başlıklı VUK md.367'nin 1'inci ve 4'üncü fıkralarındaki "*360'ıncı madde*" ibaresi[37] fıkralardan çıkartılmış (5728 SK md.280), "pişmanlık ve ıslah" kenar başlıklı VUK md.371'in -VUK md.360'a atıfta bulunan- 1'inci fıkrası değiştirilmiş ve aynı maddenin "*Yukarıdaki şartların yerine getirilmesi halinde kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında 360'ıncı madde hükmü uygulanmaz.*" şeklindeki 2'inci fıkrası ise yürürlükten kaldırılmıştır (5728 SK md.281)[38].

b6. Pişmanlık halinde kaçakçılık suçundan dolayı ceza uygulanmayacaktır: 5728 SK ile değiştirilen yeni VUK md.359'daki "*371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.*" şeklindeki fıkra, eski md.359'da da aynen bulunmaktaydı. Yeni TCK md.36'da düzenlenmekte olan "gönüllü vazgeçme"nin sonucunun ne olacağı TCK'nın özel hükümlerinde gösterilmiş olduğundan, bu kurumun kaçakçılık suçu bakımından ne şekilde uygulama alanı bulacağına ilişkin muhtemel sorunlar VUK md.359'daki bu düzenleme ile önlenmeye çalışılmıştır. Buna göre, beyana dayalı vergiler bakımından işlenen kaçakçılık suçlarını işleyenler, VUK md.371'e uygun şekilde durumlarını ilgili makamlara bildirirlerse artık cezalandırılmayacaklardır[39].

b7.Kaçakçılık suç ve cezasına ilişkin VUK md.359 metnindeki kimi hususları düzenleme şekli –içerik muhafaza edilerek- değiştirilmiştir: VUK md.359'da parantez içinde tanımlanan "gizleme" fiili ile "muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge" ve "sahte belge" kavramları, içeriklerine dokunulmaksızın, bu fiil ve kavramların içinde yer aldığı suça yol açan hareketleri düzenleyen fıkralarda, ayrı cümlelerle düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bunlara ilişkin tanımlar, artık bu ibareleri takiben açılan

---

(37) 5728 SK ile değiştirilmeden önce VUK md.367, f.4 şu şekildeydi: "359 ve 360'ıncı maddeler uyarınca uygulanan hapis cezaları vergi ziyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."

(38) VUK md.371, f.1 şu şekildedir: "Beyana dayanan vergilerde vergi ziyaı cezasını gerektiren fiilleri işleyen mükelleflerle bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermesi hâlinde, haklarında aşağıda yazılı kayıt ve şartlarla vergi ziyaı cezası kesilmez." Değişiklikten önce ise fıkra şu şekildeydi: "Beyana dayanan vergilerde vergi ziyaı cezasını gerektiren (360 ıncı maddede yazılı iştirak şeklinde yapılanlar dahil) kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber veren mükelleflere aşağıda yazılı kayıt ve şartlarla vergi ziyaı cezası kesilmez."

(39) Bu konuda bkz. DONAY, 209 vd.

parantezler içinde değil, fıkrayı oluşturan ayrı cümlelerle tanımlanmaktadır. Bu düzenleme şeklinin kanun yapma tekniğine daha uygun olduğu açıktır.

b8. Kaçakçılık suç ve cezasına ilişkin değişikliklerin değerlendirilmesi: Kaçakçılık suçuna iştirak, cezanın paraya çevrilmesi, hapis cezasının ertelenmesi konularında yeni TCK'nın genel hükümlerinin uygulanmasının sağlanması, kanun koyucunun suç ve cezalar alanındaki genel uyumlaştırma amacına uygundur. İştirak nedeniyle uygulanacak cezayı menfaat şartına bağlı olarak azaltmak ise, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kabul edilebilir. Kanun koyucunun bir fiili suç olarak kabul etmek ve bunun karşılığında verilecek cezayı tespit etmek konusunda takdir yetkisi olduğu şüphesizdir.

Ancak bu, keyfi şekilde kullanılabilecek bir yetki olmayıp, öncelikle, toplumun bu fiili etik açıdan değerlendirme şekli de dikkate alınarak, kamu yararına uygun ve kanun koyucunun daha önce almış olduğu kararlarla (/getirdiği düzenlemelerle) tutarlı şekilde kullanılması zorunludur. Anayasa Mahkemesi[40], kanun koyucunun suç ve ceza konusundaki takdir yetkisini, **Anayasa'nın temel ilkeleri** ve bunlar arasında özellikle **hukuk devleti ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ceza sorumluluğunun kişiselliği başta olmak üzere genel ve cezalarla ilgili özel ilke ve kurallar, ceza hukukunun ana kuralları, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi, kişinin temel haklarının özüne dokunulamayacağı esası, toplum yaşantısının zorunlulukları, -hukuk devleti ilkesi ve adalet anlayışının bir gereği olarak- suç ile ceza arasında adil bir oran olması gerekliliği, cezanın türü ve sınırının adil olması zorunluluğu** ile sınırlamaktadır.

Bu çerçevede, kaçakçılık suçuna verilecek cezaları -belli derecelerde- arttırmak, vergi kayıp ve kaçağının yüksek olduğu bir toplumda suçun caydırıcılığını arttırmaya yönelik bir önlem olarak kabul edilebilir. Ancak, daha önce aynı cezaya gerektiren fiillerinden ikisinin (ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bilerek kullanmak), hiçbir gerekçe sunmaksızın ayrı bir gruba ve böylece farklı bir cezaya tabi kılınmasını anlayabilmek mümkün değildir. Kanun koyucunun, **üstelik sahte belge basma veya kullanma fiillerinin son derece yaygın şekilde kullanıldığı bir dönemde, bu fiille işlenen kaçakçılık suçuna verilecek cezanın alt sınırını, sahte belge düzenleme veya kullanma yoluy-**

---

(40) AYM t.06.06.1991, E.1990/35, K.1991/13 (VUK md.360, f.2); t.06.06.1991, E.1991/10, K.1991/14 (VUK md.360, f.2); t.21.06.1991, E.1991/25, K.1991/18 (VUK md.360, f.2) ; t.24.10.1991, E.1991/39, K.1991/39 (VUK 360, f.2) t.03.12.1992, E.1992/45, K.1992/51 (VUK md.359, f.1); t.03.12.1992, E.1992/46, K.1992/52 (VUK md.360, f.2); t.21.09.1993, E.1993/31, K.1993/29 (VUK 360/2); t.15.08.1995, E.1995/21, K.1995/36 (VUK 360/2); t.04.10.2000, E.2000/55, K.2000/26; t.11.03.2003, E.2002/55, K.2003/8 (VUK md.359, b.a/2). Kararlar için bkz. www.anayasa.gov.tr

la işlenen kaçakçılık suçuna verilecek cezadan daha aşağıda tayin etmesinin makul gerekçesi nedir?

Diğer yandan, sahte belge basmanın suç olmaktan çıkartılması, gerek kamu yararına ve gerek toplumun bu fiil hakkındaki etik değer yargısına aykırı olduğu gibi, "kanun koyucunun kendisine ait daha önceki düzenlemelerle tutarlı olması zorunluluğu"na da aykırıdır. Bu fiilin suç olmaktan çıkartılmasını gerektiren ne olmuştur ki, sahte belge basmak artık hukuka uygun bir fiil haline getirilmiştir? **Kanaatimizce, sahte belge basmanın suç olmaktan çıkartılması suretiyle, sahte belge düzenleme ve kullanma suçu bir ölçüde kolaylaştırılmıştır.** Çünkü, "sahte belge basımı", bastırılmak istenen belgeyi düzenleme ve kullanma -ödevi ve- yetkisi bulunmayan kişiler tarafından belge bastırılması halinde söz konusu olmaktadır. İlgili belge, Maliye Bakanlığı ile anlaşması olan bir matbaada bastırılıyor olsa dahi, bastıran kimsenin o belgeyi düzenleme ve kullanma yetkisi yoksa, "sahte belge basımı" fiili gerçekleştirilmiş olmaktadır. Sahte belge bastıran kimsenin bu belgeyi düzenleyerek sahte belge düzenleme fiiliyle kaçakçılık suçunu işleyeceği son derece açıktır. Çünkü, kimse, düzenlemeyeceği bir belgeyi bastırmak istemez. Sahte belge basımı suç olmaktan çıkartılarak, matbaa sahiplerinin sahte belge basmalarının yolu açılmakta, dolayısıyla sahte belgeye ulaşmak kolaylaştırılmaktadır.

c.Vergi mahremiyeti suçunun TCK md.239'a göre cezalandırılması öngörülmüştür (5728 SK md. 278)

Vergi mahremiyeti suçunu düzenleyen VUK md.362'de suçun cezası açıkça belirlenmemiş, "TCK md.198'de yazılı cezanın iki katının uygulanacağı" hükmolunmuştu. 765 sayılı TCK yürürlükten kalkınca, 04.11.2004 tarihli 5252 SK[41] md.3 ile, *"yürürlükten kaldırılan TCK'ya yapılan yollamaların, 5237 sayılı yeni TCK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağı"* öngörüldü. Ancak, eski TCK md.198'in 5237 sayılı TCK'da karşılığını oluşturan bir maddenin olup olmadığı tartışmalıydı. 5728 SK ile, VUK md.362'de çok önce yapılması gereken bir değişiklik gerçekleştirilmiş, vergi mahremiyeti suçunun yeni TCK'daki hangi madde çerçevesinde cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, *VUK'da yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılacaktır.* Bu bağlamda, **vergi mahremiyetinin ihlali suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır**[42]. 5728 SK ile değişik VUK

---

(41) RG t.13.11.2004, S.25642

(42) TCK md.239: "(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur. ===>

md.362'de, "TCK'nın 239'uncu maddesinde yer alan ceza uygulanır" şeklinde bir ibare değil de, "TCK'nın 239'uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır" ibaresinin tercih edilmesi, kanun koyucunun, TCK md.239'daki düzenlemenin tamamını vergi mahremiyeti suçu bakımından geçerli kıldığına işaret etmektedir.

d.Mükellefin özel işlerini yapma suçunun TCK md.257, f.1'e göre cezalandırılması öngörülmüştür (5728 SK md.279)

VUK md.363'de mükellefin özel işlerini yapma suçunun karşılığında, 765 sayılı TCK md.240'daki cezanın uygulanması öngörülmekteydi. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle cezanın ne olduğu konusunda ortaya çıkan belirsizlik, 5728 SK'da, cezalandırmanın "yeni TCK md.257, f.1'e göre" yapılacağı öngörülerek ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklik sonrasında, **mükellefin özel işlerini yapma suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar cezasıdır**[43]. TCK md.257, f.1'e yapılan atıf şekli, bu fıkrada yer alan suç unsurlarının, mükellefin özel işlerini yapma suçu bakımından da aranacağını göstermektedir. Dolayısıyla, mükellefin özel işlerini yapmak suretiyle, "kişilerin mağduriyetin ve ya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması" şarttır[44].

e.VUK md.5'de açıklanmasına izin verilen bilgiler yoluyla mükellefin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz halinde ceza uygulanması, tamamen TCK'ya bırakılmıştır (5728 SK md.272)

Vergi mahremiyeti kapsamında kabul edilmeyerek açıklanmasına izin verilen bilgiler (VUK md.5, f.2, f.3 ve f.4) yoluyla mükellefin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilmesi halinde (765 sayılı) TCK md. 480, md. 481 ve md. 482'deki cezaların üç kat ağırlaştırılacak uygulanmasını öngören VUK md.5, son fıkra, c.2 yürürlükten kaldırılmıştır. Bu fıkranın yeni haline göre, *"Açıklanan bu bilgiler ele alınarak mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemez."* Görüldüğü üzere fıkranın yeni halinde sadece VUK md.5'de belirtilen bilgileri kullanarak mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edimesi yasaklanmakta, ancak karşılığında herhangi bir ceza öngörülmemektedir. Bu nedenle, söz konusu fiil artık, ancak ilgili TCK hükümleri çerçevesinde bir suç teşkil ediyorsa

---

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

(43) TCK md.257, f.1: "1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

(44) DONAY, 172 vd.

cezalandırılacaktır. Burada özellikle hakarete ilişkin TCK md.125'in[45] ihlali söz konusu olabilecektir, ki TCK md.125, f.1 gereğince hakaret suçunun cezası, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

f. Görevini ihmal veya suiistimal eden muhtar ve ihtiyar heyeti üyelerinin TCK'daki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması öngörülmüştür (5728 SK md.274)

Ekim ve sayım beyanıyla ilgili olarak VUK d.244 ve md.245'de kendilerine verilen görevleri ihmal ya da suiistimal eden muhtar ve ihtiyar heyeti üyelerine uygulanacak ceza değiştirilmiştir. Şöyle ki, değişiklik öncesinde VUK md.246, son fıkra gereğince, görevini ihmal veya suiistimal eden muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri hakkında 765 sayılı TCK md.230 ve md.240'a göre takibat yapılması gerekliydi. TCK md.230, "memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösterme veya üstün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmaksızın yapmama" halinde **üç aydan bir yıla**, bu fiillerden dolayı devletin zarar görmesi halinde **altı aydan üç yıla**; TCK md.240 ise, "yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevi kötüye kullanma" halinde ise **bir yıldan üç yıla** kadar hapis cezası öngörmekteydi. Ancak, 765 sayılı TCK yürürlükten kalktığı için, kanun koyucu VUK md.246, son fıkrayı değiştirerek, artık 5237 sayılı TCK'nın görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre **cezalandırma yapılmasını** emretmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK md.257 gereğince, **"görevinin gereklerine aykırı hareket eden"** ya da "irtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya başkasına çıkar sağlayan" kamu görevlisi **bir yıldan üç yıla** kadar, **"görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösteren"** kamu görevlisi ise **altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla** cezalandırılacaktır. Görevin gereklerine aykırı hareket ya da görevin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme yoluyla suçun işlenmiş olduğundan bahsedebilmek için, ayrıca bu suretle "kişilerin mağduriyetin

(45) *TCK md.125: "(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.*

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefî inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır."

ve ya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlaması" şarttır.

g.VUK md.367 yeniden düzenlenmiştir (5728 SK md.280)

5728 SK md.280 ile, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un ilgili hükümleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri aşmak üzere, eski VUK md.367 hükmü, bazı ibarelerde değişiklik yapmak (örneğin, Cumhuriyet Savcısı, Cumhuriyet Başsavcılığı şeklinde değiştirilmiştir) ve eski VUK md.360'a atıfta bulunulan kısımları madde metninden çıkartmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir[46].

III. SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalarla ortaya konulduğu üzere, her ne kadar "temel ceza kanunlarına uyum"u sağlama amacıyla çıkartılan 5728 SK, temel ceza kanunlarına uyumla ilgisi bulunmayan değişiklikleri de içinde barındırmaktaysa da[47], özellikle vergi suç ve cezaları bakımından önemli düzenlemeler getirdiği açıktır. Bunlar **topluca** değerlendirildiğinde, kanun koyucunun, **sadece suç tiplerine ve kısmen cezalarına VUK'da yer verme, bunlara uygulanacak genel ilke ve kurallar konusunda ise, kural olarak, başta 5237 sayılı TCK olmak üzere temel ceza kanunlarındaki sisteme bağlı kalma** şeklinde bir tercih yaptığını belirtmek mümkündür. Dolayısıyla, örneğin, "bilerek" ibaresine madde metninde yer verilmese dahi bir vergi suçunun işlenebilmesi için kastın şart olduğu, gerekli şartların varlığı halinde TCK'daki para cezasına çevirme, hapis cezasının ertelenmesi ve CMK'daki (md.231)[48] hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi düzenlemelerin vergi cezaları bakımından da aynen uygulama alanı bulacağı açıktır. 5728 SK öncesinde de VUK'da mevcut olan bu yaklaşım, TCK'dan sapma gösteren –kaçakçılığa iştirak, para cezasına çevirme- gibi özel düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması yoluyla daha da pekiştirilmiştir.

Buna karşılık, 5728 SK'nın vergi kabahat ve yaptırımları bakımından beklentilere cevap vermediği açıktır. 5728 SK'nın vergi kabahatlerine ilişkin olarak kimi VUK hükümlerini, KabhK ile ilga edilmeden önceki içerikleriyle tekrar yürürlüğe soktuğu görülmektedir. Bundan çıkartılması gereken iki sonuç vardır: Birincisi, **KabhK'nun genel hükümlerinin vergi kabahat ve yaptırımları bakımından geçerli olduğu bu şekilde açıkça ortaya konulmaktadır. Çünkü, örneğin KabhK md. 15, son fıkra, VUK'un md. 359, son fıkra ve md. 367, f. 4 hükümlerinin ilgili kısım-**

---

(46) 5728 SK ile değişik VUK md.367 hakkında ayrıca bkz. yukarıda II, 1, b ve c

(47) Örneğin, "sahte belge basmayı suç olmaktan çıkarma"nın temel ceza kanunlarına uyumla bir ilgili yoktur.

(48) 5728 SK md.562 ile değişik CMK md.231'de hapis cezasında erteleme sınırı bir yıldan iki yıla çıkartılmıştır. CMK 231, b.5'e göre, "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir."

larını zımnen ilga etmemiş olsaydı, kanun koyucunun zaten yürürlükte olan düzenlemelerin aynısını getirmesine gerek kalmazdı. Zaten yürürlükte olan bir düzenleme, aynen tekrar yürürlüğe sokulamaz[49]. Yürürlükte olan bir düzenlemeyi yeni bir kanunla aynen öngörmek, tutarsızlık ve mantıksızlığın yanı sıra abesle iştigal olur. İkinci sonuç, kanun koyucunun **KabhK ile ilga VUK düzenlemelerini tekrar yürürlüğe koyması, *bu noktalarda* Kabahatler Kanunu öncesindeki sisteme geri dönmek istediğini** göstermektedir. Bunun vergi kabahat ve yaptırımları bakımından genel bir eğilim olup olmadığını, önümüzdeki zaman gösterecektir. Eğer kanun koyucu KabhK ile ilga VUK düzenlemelerini aynen tekrar yürürlüğe koymaya devam ederse, bu onun "kabahatler alanında sistem birliği yaratma" amacına vergi kabahatlerini dahil etmek istemediğini gösterecektir.

Ancak, tam da bu noktada düşünmek ve sormak gerekir: KabhK öncesinde vergi kabahat ve yaptırımları bakımından VUK'da yer alan sistem çok mu başarılıydı? **Kusurdan bağımsız yaptırım uygulamaları; "ceza sorumluluğun şahsiliği" gibi –kişinin ancak kendi işlediği bir eylemden dolayı sorumlu olmasını öngören**[50]**- bir evrensel ilkeyi ciddiye almama; vergi ziyaı kabahatiyle ile genel usulsüzlük kabahatinin içtimaına izin verme, buna karşılık vergi ziyaı kabahatiyle özel usulsüzlük kabahatinin içtimaına izin vermeme suretiyle eşitlik ilkesi ihlali; pek çok konuda düzenleme eksikliği nedeniyle, Vergi Kabahatleri Hukuku'nun üzerinde hareket edeceği temeli saptamada yaşanan zorluklar; Ceza Hukuku'ndan ödünç alınan kavramlarla kısmen gerekçelendirilip kısmen gerekçelendirilemeyen yargı kararları; ve tüm bunlara bağlı olarak yarım yüzyılı yakın bir dönemde sürekli değişikliklere maruz kalmış, gelişememiş bir cüce sistem"** Kanun koyucu buna dönmeyi mi arzu etmektedir?

(49) Bkz. ve krş. ERDEM, http://www.muhasebetr.com/ulusalbasin/yazdir.php?haber_id=2344
(50) CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 43

KAYNAKÇA

- AKKAYA Mustafa: Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, C.49, S:1-4 (2000), 85 vd.
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda: Vergi Ceza Hukuku'ndaki Değişim Süreci Ve Bu Sürecin Vergi Ceza Sistemine Etkileri, Vergi Sorunları Dergisi, S.233 (Şubat 2008), 72 vd.
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda: İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Dünyası Dergisi, S.299 (Temmuz 2006), 116 vd.
- CANDAN Turgut: Danıştay Kararlarında Vergi Suçu Algılaması, Gelirler Kontrolörleri Derneği ve İstanbul Ticaret Odası tarafından düzenlenen "Vergi Ceza Sistemi" Paneli, 08.01.2008, İstanbul (Tebliğ)
- CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.B., İstanbul 2006
- DİLİÇIKIK Ata: Türk Ceza Kanununa Uyum Amacıyla Vergi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası, S.320 (Nisan 2008), 67 vd.
- DONAY Süheyl: Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul 2008
- ERDEM Tahir: Vergi Cezalarına Rötuş, Dünya Gazetesi, 08.02.2008, http://www.muhasebetr.com/ulusalbasin/yazdir.php?haber_id=2344 (Erişim tarihi: 1.11.2008)
- ERDEM Tahir: Kabahatler Kanunu Vergi Ceza Sistemine Etkili mi?, Dünya Gazetesi, 1.11.2007, http://www.muhasebetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=1940 (Erişim tarihi: 1.11.2008)
- GERÇEK Adnan: Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Yapılan Değişikliklerden Sonra Vergi Cezalarının Durumu, Yaklaşım, S.183 (Mart 2008), 274 vd.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref: Yönetsel Yargı, 27.B., Ankara 2008
- YERCİ Cahit: 5728 Sayılı Kanunla VUK'da Yapılan Değişiklikler Üzerinde Değerlendirmeler ve Eleştiriler, Vergi Sorunları Dergisi, S.236 (Mayıs 2008), 28 vd.

İŞLETEN VE SÜRÜCÜ YAKINLARININ TRAFİK SİGORTASI'NDAN YARARLANMALARI

Çelik Ahmet ÇELİK

I- KONUYA GİRİŞ

1- Trafik Sigortası

Motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi sırasında, bir kimsenin zarara uğramasına neden olunması durumunda, o aracı işletenin **üçüncü kişilere karşı** olan sorumluluğunu belli sınırlar içinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması **zorunlu** kılınan **sorumluluk sigortası** türüne **Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası**, ya da kısa adıyla **Trafik Sigortası** denilmektedir.

Daha kısa bir anlatımla, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, KTK m. 91'de belirtildiği üzere **işletenin "üçüncü kişilere" verdiği zararları karşılamak amacıyla** oluşturulmuş **bir zarar sigortası** türüdür.

2918 sayılı KTK'nın 91.maddesine göre: *"İşletenlerin, bu Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur."*

Yasanın 85/1. maddesine göre de, *"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüs unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüs sahibi doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."*

Yasanın 91/1. ve 85/1. maddeleri bir arada ele alındığında, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nı yapan **sigortacının** poliçede belirlenen limite kadar, **işletenin sorumluluğunu üstlendiği** sonucuna varılabilmektedir.

Yasanın 85/Son maddesine göre, **işleten**, araç sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan **kendi kusuru gibi sorumlu** olduğundan, **sigortacının sorumluluğunun** da gerek zamanaşımı ve gerekse zararın niteliği yönünden **işleten gibi** değerlendirilmesi gerekmektedir.

2- Trafik Sigortası'nda "üçüncü kişi" kavramı

Bir motorlu aracın işletilmesi sırasında ölüm, yaralanma ve maddi hasara yol açan kazalarda Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası'ndan yararlanacak olan "**üçüncü kişiler**", kural olarak, işleten veya sürücü ile bir yakınlığı bulunmayan kimselerdir.

Ancak, 2918 sayılı KTK'nın 85, 91 ve 92 maddeleri ile Sigorta Genel Şartları'nın yorumlanmasına ilişkin Öğretideki görüşlerle ve Yargıtay'ın uzun yıllardan beri düzenli biçimde oluşan kararlarıyla "**üçüncü kişi**" kavramına aşağıdaki kişiler katılmıştır. Bunlar:

a) **İşletenin ve sürücünün yakınlarının** (eşi, çocukları, annesi, babası, birlikte yaşadığı kardeşleri vb.) mal zararları dışındaki **can zararları** (ölüm, yaralanma) söz konusu olduğunda, bunlar Trafik Sigortası karşısında "**üçüncü kişi**" konumundadırlar. (KTK m. 92/b ve Genel Şartlar A.3-c)

b) **Sürücü ve yardımcıları**, kendi kusurlarından yararlandırılmamak koşuluyla, bedensel zararlarından dolayı "**üçüncü kişi**"ler gibi, kullandıkları veya görevli bulundukları aracın Trafik Sigortası'ndan yararlanabilirler.

c) **Hatır için taşınanlar** da "üçüncü kişi" olarak Trafik Sigortası'ndan yararlanabilirler.

2918 sayılı KTK m. 92'de mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalanlar arasında hatır için taşınanların bulunmaması ve 1.3.1992 tarihinde yürürlüğe giren Genel Şartlar'ın A.3 maddesinde *"Teminat dışı haller" arasında hatır taşımasının yer almamış olması nedeniyle hatır için taşınanlar da "***üçüncü kişi***"* sayılmıştır.

Aşağıdaki bölümlerde konunun ayrıntılarına girilecek ve Yargıtay kararlarından örnekler verilecektir.

II- İŞLETEN VE SÜRÜCÜ YAKINLARININ TRAFİK SİGORTASI'NDAN YARARLANMALARI

1- Yasa ve Genel Şartlar'daki düzenlemeler

a) Trafik Sigortasından, kural olarak **üçüncü kişiler** yararlanabilirler ise de, 2918 sayılı KTK'nın 92/b ve Sigorta Genel Şartları'nın A.3-c maddelerine göre *"işletenin eşinin, çocuklarının, anne ve babasının, evlat edinme ilişkisi ile bağlı olduğu kişilerin ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin* **mallarına** *gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri istekler"* Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası kapsamı dışında bırakılmış ise de, **can zararları** için böyle bir sınırlama konulmamıştır. Çünkü, **işletenin ve sürücünün** anılan yakınları, **can zararları** söz konusu olduğunda Trafik Sigortası yönünden **"üçüncü kişi"** durumundadırlar ve **uğradıkları zararları ödetme hakkı** onların **"kişiliklerine" bağlı bir haktır.**

b) Yasa'nın 85. maddesi son fıkrasında: *"İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan,* **kendi kusuru gibi** *sorumludur"* denilmiştir.

Sürücünün ve yardımcılarının kusurundan *"kendi kusuru gibi"* sorumlu olan işletenin bu sorumluluğunu, Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca (belli bir miktara kadar) **sigortacı üstlenmiştir.** Bu nedenle, Yasa'nın 85.maddesine göre sorumlu olan işleten ve teşebbüs sahibi gibi, sigortacı da, sürücü ve yardımcılarının kusurundan "**kendi kusuru gibi**" sorumludur. Bunun sonucu, **sürücü yüzde yüz kusurlu olsa bile**, işletenin belli bir oranda sorumluluğunu üstlenmiş olan **sigortacı**, kaza yapan sürücünün kusurundan "**kendi kusuru gibi sorumlu**" olduğundan, sürücünün yakınlarının "**can zararları**" söz konusu olduğunda, (Yargıtay'ca öngörülen ve benimsenen ölçülere göre) hesaplanacak maddi tazminat tutarını ödemek zorundadır.

c) Yasa'nın 85. maddesine koşut olarak Sigorta Genel Şartları A.1 maddesinde: Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" denilmiştir.

Genel Şartlar'ın, Yasa'nın 85, 91/1. ve 92/b maddelerine koşut olarak düzenlenmiş bulunan A.1 ve A.3-c maddeleri de yorumu ve duraksamayı gerektirmeyecek derecede açıktır.

d) Kazanın oluşuna Genel Şartlar B.4 maddesindeki durumlardan biri etken olmuşsa, sigortacı, ödediği miktar üzerinden işletene rücu edebilir. Sürücüye rücu edilemez. Eğer, destekten yoksun kalanlar aynı zamanda mirasçı iseler, sigortacı ödeme yapmayı reddedebilir.

2- Yargıtay kararlarında ve Öğretide benimsenen görüşler ve yorumlar

Yasa hükmü, aslında, yorumu gerektirmeyecek kadar açık, anlaşılır ve nettir. 2918 sayılı KTK'nın 92/b maddesinde, işleten yakınlarının **"her türlü zararları" değil**, yalnızca **"mallarına" gelen zararlar** sigorta kapsamı dışında bırakılmıştır. Yasalar, öncelikle "sözüyle ve özüyle" uygulanacağından (MK m.1), eğer Yasa hükmü tartışılamayacak kadar açık ve anlaşılır ise, yoruma yer yoktur.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın 1990 yılından beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülen kararlarının gözden geçirilmesi, konunun tartışılmazlığını ve yorumu gerektirmediğini daha bir açıklıkla ortaya koyacaktır. Yargıtay kararlarında yapılan açıklamalara göre:

a) **Sigorta ettirenin** (işletenin-araç sahibinin) kendisi, kendi aracının Zorunlu Trafik Sigortasından yararlanamaz ise de,[1] **yakınları** (eşi, çocukları, evlâtlığı, onların çocukları, annesi, babası ve birlikte yaşadığı kardeşleri) trafik kazasında yaralanmış iseler kendileri, ölmüşlerse destekten yoksun kalan (işleten dışındaki) haksahipleri **sigortacıdan tazminat isteyebilirler**.[(2)]

b) **Sürücü** veya aracı kullanan **işleten-araç sahibi**, kazanın oluşunda **yüzde yüz kusurlu olsa bile**, üçüncü kişi durumundaki **yakınlar**, (sürücünün kullandığı aracın) **Trafik Sigortasından** tazminat alabilirler. Burada "kimse kendi kusurundan yararlanamaz" ilkesi, sürücünün veya işletenin yakınlarına uygulanamaz. Çünkü: Yaralanma ile **bedensel zarara uğrayan kişilerin tazminat hakları** bir yansıma zarar değil, **kendi kişiliklerine bağlı bir haktır** ve sürücünün veya işletenin ölümleriyle **destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı,** ölenden yakınlara geçen bir hak (miras) değil, **destekten yoksun kalanların kişiliklerinde oluşan bir haktır.**

c) Sürücünün ölümü halinde desteğinden yoksun kalan kişilerin, yukarda belirtildiği gibi, Trafik Sigortası yönünden "**üçüncü kişi**" durumunda olmaları, zorunlu sigortaların işlevi ve "**sosyal risk**" ilkesinin bir sonucudur.

d) **İşletenin ve sürücünün** aynı derecedeki **yakınları** trafik sigortacısı karşısında, **destekten yoksunluk** ve **bedensel zararlar** bakımından **üçüncü kişi** durumunda olduklarından, destek tazminatının veya bedensel zararın, poliçe limitini geçmemek kaydı ile zorunlu sigortayı yapan **sigortacı tarafından ödenmesi gerekmektedir.** Kazaya karışan ve kusuru paylaşan bir başka kişi bulunsa bile, sigortacı, BK 50-51 ve 141-146. maddeleri uyarınca **ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk** gereği, sigorta ettirenin (işletenin) sürücüsünün kusur oranına göre değil, zararın tamamını ödemek zorundadır. Tazminatın tamamını ödeyen sigortacı, daha sonra kazaya karışan üçüncü kişiye karşı kusuru oranında **rücu** edecektir.

e) İşleten ve sürücü yakınlarının, desteğin ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, **üçüncü kişi** olmaları nedeniyle, **miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup**, Sigorta Hukuku çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, destekten yoksun kalanların, ölen desteğin kusuru nedeniyle Trafik Sigortasından yararlanamayacakları artık söylenemeyecektir.

---

(1) Yarg.11.HD.11.05.2006 gün E.2005/5516 K.2006/5516 sayılı kararında denildiği üzere: "Bir motorlu aracın işleteni, kendi sürücüsünün kusurundan doğan zarar için Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından yararlanamaz. Zira, bu durumda araç işleten, sigorta şirketi karşısında üçüncü kişi konumunda değildir. Hiç kimse kendi kusuru sonucu oluşan zararın giderilmesini isteyemez, genel bir hukuk ilkesidir." (Kazancı Yazılım)

(2) Kısaca şöyle de denilebilir: Sigorta ettiren ZMSS'dan yararlanamaz ise de, eşi ve çocukları (kendisi tam kusurlu olsa bile) bedensel zararları için sigortacıdan istekte bulunabilirler.

f) Yargıtay'ın hepsi birbirinin benzeri ve tekrarı niteliğindeki kararlarından birinde, işleten ve sürücü yakınlarının "**can zararları**" nedeniyle tazminat isteklerinin gerekçesi (Öğretiden de alıntılarla) şöyle açıklanmıştır:

"Zorunlu Trafik Sigortasında, ***sigortacı,*** *işletenin* ***2918 sayılı KTK'nın 85/1.madde hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu aynı Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca üstlenmiş olup,*** *gerek 85/1.madde hükmü ve gerekse Zorunlu Trafik Sigortası poliçesi Genel Şartları'nın 1. madde hükmü, ölüm veya bedensel zararlar yanında bir şeyin zarara uğraması halinin teminat kapsamında olduğunu öngörmüştür. Aynı Yasa'nın* ***92/b*** *ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bent hükümlerinde işletenin yakınlarının (eşi, çocukları, annesi, babası, evlâtlığı ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin) mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin teminat dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının üçüncü kişilere verilecek zararların güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı olmaktadır.*

*Ne var ki, sözü edilen maddede "****bedensel zararlar****"dan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu tarz düzenleme nedeniyle****, işletenin*** *yasada sayılan* ***yakınlarının*** *uğramış oldukları* ***bedensel zararların*** *Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası* ***güvencesi içinde kaldığı kabul edilmektedir."***

(Bkz. Dr. S. Arkan, Sigorta Hukuku Dergisi, C.1, sayı:3-4, sf.260; Ç. Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ank.1989, sf. 86 vd.; Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3. Bası, Ankara, Ekim/2002, sf.669)[3]

3- Sigortacının, işletenin ve sürücünün "üçüncü kişi" konumundaki yakınlarına tazminat ödeme yükümlülüğü

Yukarda açıklanan Yasa ve Genel Şartlar hükümlerinin, Yargıtay kararları ve Öğretideki görüşlerle açıklığa kavuşan anlamlarına göre:

a) İşletenin veya sürücünün yakınları (eşi, çocukları, evlâtlığı, torunları, anne ve babası, aynı çatı altında yaşadığı kardeşleri) trafik kazasında **yaralanmışlarsa** (geçici veya sürekli bedensel zarara uğramışlarsa), bu zararlar onların **kişilik haklarına** sıkı sıkıya bağlı olduğu için, araç sahibi-işleten ya da sürücü yüzde yüz kusurlu olsalar bile, **sigortacıdan**, poliçe güvence sınırını aşmamak üzere **tedavi giderlerini, geçici veya süreli işgöremezlik zararlarını** isteyebilirler. (BK. m.46)

b) İşleten veya sürücü trafik kazasında ölmüş olup da, kazanın oluşunda yüzde yüz kusurları bulunsa bile, yukarda anılan yakınlar sigortacıdan destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceklerdir. Çünkü **destekten yoksunluk**, mirasçılık sıfatından ayrı bağımsız bir olgudur; destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya destekten yoksun kalanların **kişiliklerinde** doğan bağımsız bir haktır; **bu hak onlara ölenden geçmiş değildir.** Destekten yoksun kalma tazminatı ile ölenin mirası arasında da herhangi bir ilgi kurulamaz. Başka bir deyişle, destekten

yoksun kalma tazminatı, nitelikçe, **üçüncü kişilere** desteğin gelir ve yardımından yoksun kalmaları nedeniyle tanınmış **bağımsız bir hak** olup, mirasçılık sıfatı ve miras hukuku ile bir ilgisi yoktur. (BK m.45/2)

4- Sürücü ve işleten kusurlarının "yakınların tazminat isteklerine" etkisi

a) **Sürücü yüzde yüz kusurlu olsa bile**, işletenin ve sürücünün yakınlarının Trafik Sigortası'ndan tazminat alabileceklerine ilişkin yukardaki bölümlerde ayrıntılı açıklamalarda bulunduk ve bunun nedeninin, (ister yaralanma, ister destekten yoksunluk olsun) **doğan zararın**, işleten ve sürücüden yakınlara geçen veya yansıyan bir hak değil, onların **kendi kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı ve kişiliklerinde oluşan bir tazminat isteme hakkı** olduğunu anlatmaya çalıştık. Yinelersek:

aa) KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerine göre, işleten ve sürücünün **yakınlarının** (mallarına gelen zararlar dışındaki) **"can zararları**" Trafik Sigortası kapsamında olup, **yakınların kendi kişiliklerinde oluşan bu zararlardan**, motorlu araç işleteni KTK 85. maddesine göre sorumludur. Ayrıca, aynı maddenin son fıkrasına göre işleten sürücünün kusurundan "kendi kusuru gibi" sorumludur.

bb)İşletenin bu sorumluluğunu KTK 91 ve sonraki maddelerine göre belli bir miktara kadar üstlenmiş olan **sigortacı** da (KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddeleri gereği) işletenin veya sürücünün "**üçüncü kişi**" konumunda olan yakınlarının "**kendi kişiliklerinde**" oluşan (destekten yoksunluk veya bedensel) zararlarını (**sürücü yüzde yüz kusurlu olsa dahi**) ödemek zorundadır.

b) **Sürücü belli bir oranda kusurlu** ve kusurun bir bölümü karşı araç sürücüsünde veya herhangi bir dış etkende ise, işleten ve sürücünün yakınları kendi araçlarının Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası'ndan (kusura göre değil) **ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk** ilkelerine göre (BK.m.50-51 ve 141-146) tazminat isteyebileceklerdir.[4]

Ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk kurallarından işletenin ve sürücünün yakınlarının da yararlanabilecekleri bir Yargıtay kararında şöyle açıklanmıştır:

*"İşleten ve sürücü yakınlarının murisin ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, **Sigorta Hukuku ilkeleri çerçevesinde** ele alınması gerekeceğinden, murisin kusuru oranından yararlanmamaları gerek-*

---

(3) Yukarda tırnak içindeki bölümler Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 11.07.2005 gün E. 2004/10789 K.2005/7481 sayılı kararından alınmıştır.

(4) Örneğin, Yargıtay 11.HD.17.06.1988 gün 4590-4049 sayılı kararında "Babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamayacağı" şöyle açıklanmıştır: "Davacı çocuklar, yaşları gereği ergin (reşit) olmayıp, babalarının velâyeti altında iseler de, baba ile çocukların mal varlıklarının birbirinden ayrı olduğu göz önüne alınarak, babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz." (YKD.1988/11-1534)

tiği artık söylenemeyecektir. Bir başka deyişle, ***muris sürücünün kazadaki kusur oranı ile bu kusurun dışında kalan işletenin ayrıca oluşabilen kusuru*** *varsa kusur oranının belirlenmesi,* ***olaya neden olan başka bir davalı ya da dava dışı başka bir araç varsa, ortaklaşa ve zincirleme (müteselsilen)*** *tahsil isteminin de varlığı halinde, bunların* ***kusurlarının toplanması****, poliçe limiti aşılmadan tahsile karar verilmesi gerekecektir."*[5]

Ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk kurallarına göre, işletenin veya sürücünün yakınlarına tam tazminat ödeyen sigortacı, kazaya karışan öteki araç işletenine veya sigortacısına sürücünün kusuru oranında rücu edebilecektir.

c) **Sürücü yüzde yüz "kusursuz" ise**, işletenin de işletme kusuru yoksa ve **kusur bütünüyle üçüncü kişilerde ise**, işletenin sorumluluğu yönünden **"nedensellik bağı"** kesileceğinden, işletenin sorumluluğunu belli bir oranda üstlenmiş olan sigortacının da sorumluluğu ortadan kalkacak ve **zarar gören yakınlar sigortadan tazminat alamayacaklardır.** Burada 2918 sayılı KTK'nın 85/Son maddesindeki "İşleten, sürücünün kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur" hükmü tersine işlemekte, Yasa'nın 91. maddesiyle işletenin belli bir miktara kadar hukuki sorumluluğunu üzerine almış olan sigortacı da bundan yararlanmaktadır.

d) **Teknik arıza ve işletme kusurları** işletenin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerden olmadığından, sürücü yüzde yüz kusursuz olsa bile, işleten "**tehlike sorumlusu**" olarak tazminat ödemekle yükümlü bulunduğundan, **sigortacı** da (işletenin ve sürücünün yakınlarının) tazminat isteklerini geri çeviremeyecek; teknik arıza ve işletme kusurlarını ileri sürerek işletene de rücu edemeyecektir.[6]

5- Karşı görüş ne olabilir ve buna ne yanıt verilebilir?

Denebilir ki:

a) 2918 sayılı KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerindeki "işleten ve sürücünün (eşi, çocukları, anne baba, kardeş vb. gibi) yakınlarının **mallarına** gelen zararların sigorta güvencesi dışında olduğuna" ilişkin hükümden anlaşılması gereken, onların trafik kazasında hasarlanan "**eşyaları**" değil, "**malvarlıkları**"dır.

b) Ölenin desteğinden yoksunluk (BK m.45/2) ve beden gücü kaybı (BK.m.46) nedeniyle malvarlığında ve kazançlarda azalma bir "**mal zararı**"dır. Hukukumuzda doğrudan "**can zararı**" kabul olunmamıştır.

---

(5) Yarg.11.HD. 16.10.2006, E.2005/9766 K.2006/10349

(6) Yargıtay 11.HD.11.07.2005 gün E. 2004/10789 K.2005/7481 sayılı kararının konusunu oluşturan olayda, davacıların eş ve babalarının sürücü olduğu davalı şirkete Zorunlu Trafik Sigorta poliçesi ile sigortalı aracın sağ arka tekerleğinin patlaması sonucu meydana gelen tek taraflı kazada, sürücü ölmüş olup, davacılar destekten yoksun kalma tazminatı istemişler; mahkemece, lâstik patlaması işletenin sorumluluğunu gerektiren bir işletme kusuru olduğu gerekçesiyle sürücü ve işletenin kusurları toplamı üzerinden, limiti aşmamak kaydıyla, sigortacının tazminat ödemesine karar verilmiştir.

c) Üstelik Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası, bir ferdi kaza (can) sigortası değil, bir **zarar sigortası** türüdür ve bu sigorta dalı "**malvarlığında eksilme**" durumunda, hesaplanan "**zararı**" öder; hesaplanabilen somut bir zarar yoksa, Trafik Sigortası'ndan tazminat ödenmesi de söz konusu olamaz.

d) Nitekim, Öğretide de "**Zarar**, bir kimsenin malvarlığında istenci dışında meydana gelen azalma; malvarlığının, zarar verici eylem olmasa idi, alacağı durum ile eylem sonucu aldığı durum arasındaki fark" olarak tanımlanmakta; haksız eylemden zarar gören kişilerin açtıkları davalarda tazminatın ölçüsü "malvarlığı eksilmesi" veya "kazanç kaybı" olarak değerlendirilmektedir.

Şu halde, KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerindeki "yakınların **mallarına** gelen zararların sigorta güvencesi dışında" olduğuna ilişkin açıklamaların, destekten yoksunluk veya beden gücü kaybı sonucu "**malvarlığında azalma**" olarak anlaşılması ve bu anlayış çerçevesinde işletenin ve sürücünün yakınlarının Trafik Sigortası'ndan yararlanamamaları gerekir.

Böyle bir görüş ileri sürülebilir ve bunun tartışılması istenebilir.

Bu karşı görüşlere şu yanıtları verebiliriz:

a) Yasa hükmü, tartışılamayacak kadar açık, anlaşılır ve nettir. 2918 sayılı KTK'nın 92/b maddesi hükmüne göre, sigorta kapsamı dışında olan, işleten yakınlarının **"her türlü zararları" değil**, yalnızca **"mallarına gelen zararlar"**dır. Yasalar, öncelikle "sözüyle ve özüyle" uygulanacağından (MK m.1), eğer Yasa hükmü tartışılamayacak kadar açık ve anlaşılır ise, yoruma yer yoktur.

b) KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerinde sigorta kapsamı dışı bırakılan yakınların "**malları**"ndan anlaşılması gereken, onların **bağımsız olarak kişiliklerinde oluşan** "destekten yoksunluk" ve "bedensel zararlar" değil, **miras** ilişkilerine konu olabilen "**ortak**" mallardır. Böyle bir maddenin konulmasının amacı da, hasarlanan "ortak mallar"ın sigorta kapsamına alınması durumunda, (miras ilişkisi nedeniyle) işletenin de kendi sigortasından (dolaylı olarak) yararlanması biçiminde Yasa'nın anlam ve amacına aykırı bir durumun ortaya çıkmasının önlenmesidir.

c) Destekten yoksunluk nedeniyle uğranılan zarar veya bedensel zarar, mirasçılık ilişkisinden bağımsız, zarar gören (**yakınların**) kişiliklerinde oluşan ve onların kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Böyle olduğu içindir ki, onlar "**üçüncü kişi**" konumundadırlar.

d) "İşleten ve sürücü" ile "yakınlar"ın birbirinden "**bağımsız kişiler**" olduklarının ve bir Yargıtay kararında denildiği gibi "**mal varlıklarının birbirinden ayrı olduğu**'nun göz önüne alınması" gerekmektedir.[7]

---

(7) Yargıtay11.HD.17.06.1988 gün 4590-4049 sayılı kararına göre: "Davacı çocuklar, yaşları gereği ergin (reşit) olmayıp, babalarının velâyeti altında iseler de, baba ile çocukların mal varlıklarının birbirinden ayrı olduğu göz önüne alınarak, babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz." (YKD.1988/11-1534)

e) Hatır taşımaları da, daha önce Trafik Sigortası güvencesi dışında iken, 1992 yılında Genel Şartlar'da yapılan değişiklikle güvence kapsamına alınmıştır. Bu dahi bilinçli olarak yapılan bir düzenlemedir. Hatır için (karşılıksız) taşınan dahi sigorta kapsamında olduğuna göre, Yargıtay'ın yukarda anılan kararında belirtildiği gibi, yakınların taşınmasındaki "çıkar ilişkisi", onların uğradıkları zararları sigorta güvencesi altına almayı zorunlu kılmaktadır.

f) Kuşkusuz, uygulamada destek tazminatı ve bedensel zararların değer ölçüsü "kazanç" öğesi olmakta ve tazminat hesapları buna göre yapılmaktadır. Yani bir anlamda tazminatın ölçüsü "malvarlığı eksilmesi" olmaktadır. Ancak bu ölçü ve değerlendirmeler "görece"dir ve tazminatın "varsayımsal" niteliği bu tür değerlendirmeleri zorunlu kılmaktadır.

Ancak ne var ki, Yargıtay'ın uzun yıllardan beri düzenli bir biçimde oluşagelen kökleşmiş kararlarına bakıldığında, bu "görecelik" ve "varsayımsal" değerlendirmelerin, "malvarlığında ve kazançlarda" eksilmenin hesaplanması gibi görünmesine karşın, aslında ve içeriğinde baskın olarak bir "can zararı" değerlendirmesi bulunduğu görülecek ve kavranacaktır. Örneğin, Yargıtay kararlarında:

aa)Destekliğin yalnız parasal olmayacağı, "yardım ve hizmet ederek" de destek olunabileceği sıkça vurgulanmakta; özellikle ev kadınlarının ev hizmetlerinden yoksun kalınmasının bir zarar hesabını gerektireceği, evlâdın bayram günlerinde anne ve babasını ziyaretinin dahi bir destek hesabına konu olabileceği kabul olunmaktadır.[8]

bb) Beden gücü kayıplarında da kazançlarda bir azalma olmasa bile, kişinin mesleğini yaparken sakatlığı oranında zorlanacak olmasının bir "zarar" olarak değerlendirilmesi gerektiği (güç-efor kaybı kuramı) Yargıtay'ın kökleşmiş kararlarıdır.[9] Buna son yıllarda sıkça yinelenen başka kararlar da eklenmiş; kişinin bir işi ve kazancı olmasa bile, günlük işle-

---

(8) Yargıtay'ın yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülen kararlarında şöyle denilmektedir: "Yalnızca maddi yardım değil, aynı zamanda hizmet etmek suretiyle de destek olunabilir Desteğin yardımının yalnız parasal nitelikte olmasında zorunluluk yoktur. Çünkü ölenin "hizmet edebilme" güç ve yeteneği de para ile ifadesi mümkün olan bir mali imkan teşkil eder." Örnek kararlar: 4.HD. 20.03.1986 gün 1585-2553 sayılı (YKD.1986/7-959), 15.HD.26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı (YKD.1976/7-2029), 4.HD.02.12.1988 gün 6744-10354 sayılı (Yasa HD.1989/1-79,no:33), 15.HD. 02.07.1975 gün 2313-3366 sayılı (YKD.1976/9-1346), 4.HD. 18.04.2000 gün 1691-3562 sayılı (İBD. 2001/2-580),4.HD.03.10.1966 gün 4939-8581sayılı,4.HD.22.09.1987 gün 5458-6726 sayılı, 4. HD. 13.04.1976 gün 3029-3914 sayılı, 4.HD. 26.06.2001 gün 4162-6826 sayılı, 4.HD. 06.04.2000 gün 1095-3151 sayılı, 4.HD. 18.04.2002 gün 757-5015 sayılı (Arşiv), 4. HD. 14.05.1998 gün 323-3373 sayılı (Yasa, HD., 1996/1-61, no:23), 11.HD. 13.09.1999 gün 4689-6755 sayılı kararları.

(9) Yargıtay'ın tüm dairelerinin ortak görüşü: "Beden gücü eksilen kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile, sakatlığı oranında harcayacağı fazla çabanın (güç,efor) tazminat olarak ödenmesi gerekeceği" biçimindedir. Bu konuda karar örnekleri: 4.HD.18.12.1974 gün 5619-17011 sayılı, 4.HD.10.04.1980 gün 2305-4710 sayılı, HGK.03.05.1974 gün E. 1972/9-165 K. 480 K. sayılı, HGK.27.03.1974 gün E.1972/9-620 K.1974/280 sayılı, 9.HD.09.12.1971 gün 19946-24125 sayılı, 10.HD.04.02.1977 gün 5614-730 sayılı, 4.HD. 30.05.1974 gün 4736-2900 sayılı kararları.

rini yaparken sakatlığı oranında zorlanacak olmasının, yaşam boyu bir tazminat hesabını gerektireceği kabul olunmuştur.[10]

Bütün bunlar, trafik kazasında zarar gören kişiler, işleten ve sürücünün yakınları olsalar dahi, destekten yoksunluk veya beden gücü kayıplarının (yakını oldukları işleten ve sürücüden bağımsız) **onların kişiliklerinde oluşan** "zararlar" olduğunu ve onların tazminat istemlerinin **kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı bağımsız bir hak** olduğunu ortaya koymaktadır.

III-İŞLETENİN, TRAFİK SİGORTASI'NDAN YARARLANAMAMASI

İşleten, hiçbir biçimde sahibi veya işleteni olduğu aracın Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası'ndan **yararlanamaz.** Çünkü o, **sigorta sözleşmesinin tarafıdır**, "**sigorta ettiren**"dir. Örneğin, kaza sonucu yakınlarından biri ölmüşse ve bu ölüm işleteni destekten yoksun bırakmışsa, (kazanın oluşunda hiçbir kusuru bulunmasa bile) kendi aracının Trafik Sigortası'ndan destek tazminatı alamaz. Bunun gibi, işleten kendi aracını kullanırken veya sürücü başkası olup da kendisi de araç içinde bulunmakta iken kaza geçirip yaralanmışsa ve herhangi bir biçimde bedensel zarara uğramışsa, (kendisinin veya sürücünün hiçbir kusurları bulunmasa bile) gene işleteni olduğu aracın Trafik Sigortası'ndan tazminat isteyemez.

Buna karşılık, **sürücü ve yardımcıları**, eğer kazanın oluşunda kusurları yoksa veya az kusurlu iseler (**tam kusurlu değillerse**), kullandıkları veya görevli bulundukları aracın Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası'ndan **tazminat alabilirler.** Bu konuda aşağıda ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

IV-SÜRÜCÜ VE YARDIMCILARININ TRAFİK SİGORTASI'NDAN YARARLANABİLMELERİ

Kazayı yapan (aracı kullanan ve aracın maliki olmayan) **sürücü**, Trafik Sigortası yönünden **üçüncü kişi** konumunda olduğundan, ölmeyip de yaralanmış ise, **kendi kusurundan yararlandırılmamak koşuluyla,** kullandığı aracın Zorunlu Trafik Sigortasından tazminat alabilir.

İşletenin kendi aracının Trafik Sigortası'ndan yararlanma hakkı bulunmamasına karşılık, **sürücü ve yardımcıları**, eğer kazanın oluşunda kusurları yoksa veya az kusurlu iseler (**tam kusurlu değillerse**), kullandıkları veya görevli bulundukları aracın Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası'ndan **tazminat alabilirler.** Çünkü onlar da "**üçüncü kişi**" konumundadırlar. Yargıtay kararlarında bu konu şöyle açıklanmıştır:

---

(10) İleri yaşta ve emeklilik çağındaki kişilerin günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle bir tazminat hesabı yapılmak gerekeceğine ilişkin karar örnekleri: 4.HD.28.12.1998 gün 7858-10906 sayılı, 4.HD.14.02.2002 gün E.2001/10857 K.2002/1844 sayılı, 4.HD.14.02.2002 gün E.2001/10857 K.2002/1844 sayılı,11.HD.19.02.2001 gün E.2000/10331 K. 2001/1305 sayılı, 21.HD. 07.07.2004 gün 6281 E. 6772 sayılı kararları.

"Zorunlu Trafik Sigortasında, ***sigortacı****, 2918 sayılı KTK'nın 91.maddesiyle,* ***işletenin****, aynı Yasa'nın 85/1.maddesinde öngörülen hukuki sorumluluğunu üzerine almıştır. Anılan maddeye göre ise, bir* ***motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa****, işletenin bu zarardan sorumlu olacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı Yasa'nın 92.maddesinde ve sigorta poliçesi Genel Şartları'nda* ***araç sürücüsünün*** *bu kapsam dışında kaldığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.*

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, ***sürücünün kendi kusurundan yararlanmaması*** *gerektiğidir. Bir başka deyişle, sürücünün kazadaki kusur oranı belirlenerek* ***kendi kusuru dışında kalan*** *kusur oranına göre poliçe teminatından yararlandırılması mümkündür.* ***Sürücünün belli oranda kusurlu olması, sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz."***[11]

Sürücü ve yardımcılarının doğrudan "**kendi zararları**" için, kullandıkları veya görevli bulundukları aracın **Trafik Sigortası'ndan** hangi durumlarda yararlanabilecekleri ve hangi durumlarda yararlanamayacakları konusunda, çeşitli olasılıklara göre şu açıklamaları yapabiliriz:

1- Sürücü bedensel zarara uğramışsa:

a) Yaralanan ve bedensel zarara uğrayan sürücü, **yüzde yüz kusurlu** ise, "**kimse kendi kusurundan yararlanamaz**" ilkesi gereği Trafik Sigortası'ndan tazminat alamaz.

b) **Sürücü kusursuz ise** ve kusur bütünüyle karşı araç sürücüsünde veya yayada ya da bir dış etkende ise, 2918 sayılı KTK m. 85'e göre (sürücünün kusursuzluğu nedeniyle ve teknik arıza da söz konusu değilse) **işleten** (işveren olarak da) sürücünün bedensel zararından dolayı sorumlu tutulamayacağından (başka bir deyişle, **işletenin sorumluluğu yönünden nedensellik bağı kesileceğinden**), 2918 sayılı KTK'nın 91.maddesiyle **işletenin** aynı Yasa'nın 85/1.maddesindeki hukuki sorumluluğunu belli bir miktara kadar üzerine almış bulunan **sigortacı** da tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacak; bedensel zarara uğrayan sürücü de kullandığı aracın Trafik Sigortası'ndan yararlanamayacaktır.

c) Sürücü **kusursuz** olup da, kazanın nedeni **teknik arıza** (işletenin işletme kusuru) ise ve teknik arızadan sürücü sorumlu değilse, Trafik Sigortasını yapan **sigortacı**, sürücünün **bedensel zararının ve tedavi giderlerinin** tamamını, limiti aşmamak üzere, sürücüye ödeyecektir.

d) Teknik arızadan sürücü de belli bir oranda kusurlu ise, tazminatın kusura isabet eden tutarı indirilecek, işletenin "işletme kusuru"nun karşılığı kadar olan bölüm ödenecektir.

---

(11) Yarg.11.HD. 28.11.2002, 6240-11024 (İBD.2004/2-790) - 11.HD.09.06.2003, 269-6111 (Kazancı Yazılım) - 11.HD. 17.4.1995, 2056-3648 (YKD. 1995/8-1236)

e) Yaralanan ve bedensel zarara uğrayan sürücü, **belli bir oranda kusurlu** ve **kusurun bir bölümü kazaya karışan üçüncü kişide ise**, 2918 sayılı KTK'nın 86. maddesi 1. fıkrası son cümlesine göre "**zarar görenin** ve üçüncü kişinin ortaklaşa kusurlarıyla" **işletenin sorumluluğu yönünden "nedensellik bağı" kesileceğinden**, başka bir deyişle, zarar görenin ve üçüncü kişinin ortaklaşa kusurları nedeniyle işleten sorumluluktan kurtulacağından, Yasa'nın 91. maddesiyle **işletenin** m. 85'deki hukuki sorumluluğunu üstlenmiş bulunan sigortacı da (**bedensel zarara uğrayan sürücüye**) tazminat ödemekten kurtulacaktır.

Ancak burada yanılgılara neden olabilecek bir durumu açıklığa kavuşturalım:

aa) Sürücünün başka bir kişiyle kusuru paylaşması durumunda KTK m. 86/1 gereği işletenin sorumluluktan kurtulması, **zarar gören** kişiyi (burada yaralanan ve bedensel zarara uğrayan sürücüyü) etkiler. Çünkü, **zarar gören kişi kendi kusurundan yararlanamaz** ve tazminattan zarar görenin **kusuru oranında** indirim yapılır.

bb) Bu durum, yani sürücü ile bir başka kişinin kusuru paylaşmaları durumu **zarar gören "üçüncü kişileri" etkilemez.** Çünkü, **işleten** üçüncü kişilere karşı (sürücünün kusuru oranında) kendi kusuru gibi sorumludur. (KTK m. 85/Son)

cc) **İşletenin ve sürücünün yakınları** da (eşi, çocukları, annesi, babası vd.) Yasa'nın 92/b maddesi ile Genel Şartlar A.3-c maddesine göre **üçüncü kişi** konumunda olduklarından, kazaya karışan bir başka kişiyle kusuru paylaşan sürücünün bu kusurunu **işletenin** (Yasa'nın 85/Son maddesi gereği) kendi kusuru gibi üstlenmiş olması ve **sigortacının** da işletenin sorumluluğunu Yasa'nın 91. maddesiyle belli bir limite kadar üzerine almış bulunması nedeniyle, Yasa'nın 86/1. maddesindeki işleteni sorumluluktan kurtaran durumlar, zarar gören **üçüncü kişilere** (bu arada üçüncü kişi konumundaki işleten ve sürücünün zarar gören yakınlarına) **uygulanmaz.**

2- Sürücü destekten yoksun kalmışsa:

Sürücü ölümlü kaza yaparak, olay sırasında araçta bulunan **yakınlarından birini** veya bir kaçını (eşini, çocuklarını, annesini, babasını vd.) **kaybetmişse** ve bu kayıplar yüzünden **destekten yoksun kalmışsa**, hangi durumlarda destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği veya isteyemeyeceği, başka bir deyişle, kendi kullandığı aracın Trafik Sigortasından (ölüm ve destekten yoksunluk nedeniyle) hangi durumlarda yararlanacağı veya yararlanamayacağı, çeşitli durumlara göre, aşağıda açıklanmıştır:

a) Sürücü **yüzde yüz kusurlu** ise "**kimse kendi kusurundan yararlanamaz**" ilkesi gereği, kendi kullandığı aracın Trafik Sigortası'ndan destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez.

b) Sürücü **yüzde yüz kusursuz** ise ve kusur bütünüyle karşı araç sürücüsünde veya yayada ya da bir dış etkende ise, 2918 sayılı KTK m. 85'e göre (sürücünün kusursuzluğu nedeniyle ve teknik arıza da söz konusu değilse) **işleten** zarardan sorumlu olmayacağından (başka bir deyişle, işletenin sorumluluğu yönünden nedensellik bağı kesileceğinden), 2918 sayılı KTK'nın 91. maddesiyle **işletenin** aynı Yasa'nın 85/1.maddesindeki hukuki sorumluluğunu belli bir miktara kadar üzerine almış bulunan **sigortacı** da tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacak; bunun sonucu olarak, yakınını kaybeden ve **destekten yoksun kalan sürücü**, kullandığı aracın Trafik Sigortası'ndan tazminat isteyemeyecektir.

c) Sürücü, **belli bir oranda kusurlu** ve kusurun bir bölümü kazaya karışan **üçüncü kişide** ise, 2918 sayılı KTK'nın 86. maddesi 1. fıkrası son cümlesine göre "zarar görenin ve üçüncü kişinin ortaklaşa kusurlarıyla" **işletenin sorumluluğu yönünden "nedensellik bağı" kesileceğinden**, başka bir deyişle, zarar görenin ve üçüncü kişinin ortaklaşa kusurları nedeniyle işleten sorumluluktan kurtulacağından, Yasa'nın 91.maddesiyle **işletenin** hukuki sorumluluğunu üstlenmiş bulunan sigortacı da (**destekten yoksun kalan sürücüye**) tazminat ödemekten kurtulacaktır.[12]

d) Sürücü **kusursuz** olup da, kazanın nedeni **teknik arıza** (işletenin işletme kusuru) ise ve teknik arızadan sürücü sorumlu değilse, Trafik Sigortasını yapan **sigortacı**, sürücünün **destekten yoksun kalma zararını**, limiti aşmamak üzere, sürücüye ödeyecektir.

e) Teknik arızadan sürücü de belli bir oranda kusurlu ise, tazminatın kusura isabet eden tutarı indirilecek, işletenin "işletme kusuru"nun karşılığı kadar olan bölüm destekten yoksun kalan sürücüye ödenecektir.

V- SİGORTACININ İŞLETENE RÜCU HAKKI

1- Sigortacının işletene rücu hakkı

2918 sayılı KTK'nın 92/b ve Sigorta Genel Şartları'nın A.3-c maddeleri gereği, işletenin ve sürücünün "**üçüncü kişi**" konumundaki yakınlarına (eşine, çocuklarına, annesine, babasına ve diğerlerine) bedensel zarar veya destekten yoksun kalma nedeniyle tazminat ödeyen **sigortacı**, Yasa hükümlerini koşut olarak, Trafik Sigortası **Genel Şartları'nın B.4 maddesinde** açıklanan dönme (rücu) nedenleri bulunmadıkça, sigorta ettirene (işletene) **rücu edemez.** Örneğin, sigortacı, **sürücünün yüzde**

---

(12) Sürücünün, kazaya karışan bir başka kişiyle kusuru paylaşmaları durumunda KTK'nın 86/1.maddesine göre işletenin sorumluluğu yönünden nedensellik bağının kesilmesinin, işleten ve sürücünün bedensel zarara uğrayan veya destekten yoksun kalan "üçüncü kişi" konumundaki yakınlarına uygulanmayacağını bir kez daha anımsatalım. Bu konuda yukarda "sürücünün bedensel zarara uğramasına" ilişkin 4/a-ee bölümünde ayrıntılı açıklama yapıldığından burada yinelemiyoruz.

yüz kusurlu olduğunu ileri sürerek sigorta ettirene (işletene) rücu edemez.[13] Teknik arızadan sorumluluk durumlarında dahi işletene rücu söz konusu değildir.

2- Rücu nedenleri

Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası **Genel Şartlar B.4** maddesine, sigortacı, işletene (sigorta ettirene) şu nedenlerle rücu edebilir:

a) İşletenin veya sürücünün kasıt derecesinde çok ağır kusuru varsa, (KTK m. 86/1)

b) Yarış için özel sigorta yapılmadığını biliyorsa veya bilebilecek durumda ise, (KTK m.92/d ve 105)

c) Sürücü ehliyetsiz veya sürücü belgesi yetersizse, (KTK m. 36, 42/a)

d) Sürücü, uyuşturucu veya keyif verici maddelerin ya da alkolün etkisiyle kaza yapmışsa, (KTK m. 48)

e) Ruhsatsız araçlarda yolcu taşınmışsa veya istiab haddinden fazla yolcu ve yük alınmışsa ya da patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden kaza meydana gelmişse, (KTK m. 65)

f) Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesi halinde, B.1 maddesinde belirtilen. yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olursa,

g) Aracın çalınması veya gaspedilmesinde işletenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru varsa, (KTK m. 107)

Bütün bu sayılan durumlar, kazayı etkilemişse ve kazanın meydana gelmesinde etken olmuşsa, **üçüncü kişilere** (bu arada incelediğimiz konuya göre **işleten veya sürücünün "üçüncü kişi" konumundaki yakınlarına**) tazminat ödeyen sigortacı işletene rücu ederek ödediği tazminat tutarını geri isteyebilir.

3- Kazanın, rücu hakkı doğuran nedenlerden kaynaklanması gereği

a) Üçüncü kişilere (veya üçüncü kişi konumundaki yakınlara) tazminat ödeyen sigortacının, **işletene rücu edebilmesi için**, bize göre, Genel Şartlar B.4 maddesindeki koşulların varlığı yeterli olmayıp, ayrıca rücu nedenlerinin **kazayı etkilemiş olması**, bir başka deyişle, kazanın oluşu ile rücu koşulları arasında neden-sonuç ilişkisinin (**nedensellik bağının**) da bulunması gerekir.

---

(13) Kazanın nedeni, Genel Şartlar B.4 maddesindeki durumlardan biri değilse, sürücü yüzde yüz kusurlu olsa bile, sigortacının rücu hakkı doğmayacağına ilişkin karar örnekleri:

11.HD.05.03.2002, 2001/10110-2002/1929 sayılı, 30.10.2001, 5330-8413 sayılı, 15.03.2001, 142-1995 sayılı, 15.10.2001, 5002-7965 sayılı, 10.12.2001, 6937-9745 sayılı, 22.09.2003, 2076-8168 sayılı kararları. (Salih Çelik/Muktedir Lale, Sigorta Hukuku,2007 Seçkin Yayını, sf. 880 vd.)

Rücu koşullarının çoğu, uygulamada (yargıda) fazlaca inceleme konusu olmamış; daha çok alkollü araç sürme konusunda Yargıtay kararlarında kesin bir görüş oluşmuştur ki, o da, sigortacının işletene rücu edebilmesi için sürücünün alkollü oluşu yeterli görülmeyip, ayrıca kazanın alkolün etkisiyle güvenli araç sürme yetisinin yitirilmiş olmasından kaynaklanması, kazanın nedeninin ileri derecede alkol alınmış olması koşulu aranmıştır. Bu konuda Yargıtay kararlarında genellikle şu tür açıklamalar yapılmıştır:

"İşleten ya da onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin araç kullanmaları sırasında neden oldukları zararlardan ötürü sigortacıya karşı sorumlu tutulabilmeleri için, ***yalnızca alkol almış olmaları yeterli bulunmayıp****, ayrıca alınan* ***alkolün, aracı güvenli sürme yeteneğini de ortadan kaldırmış olması*** *gerekir."*[14]

b) Yargıtay "istiab haddinden fazla" yolcu ve yük alınmasını da, rücu için yeterli bulmayıp, kazanın söz konusu nedenden kaynaklanmış olması koşulunu aramaktadır. Bu konuda da Yargıtay kararlarında şöyle denilmiştir:

*"Taşıtın ruhsatında belirtilen taşıma haddinden fazla yük ve yolcu taşınması sırasında meydana gelen zararların teminat dışı kabul edilebilmesi için, riziko ile istiap haddinden fazla yük yada yolcu taşıma arasında uygun "****nedensellik bağı****"nın bulunması ve kazanın salt bu nedenle meydana gelmesi gerekir. Başka bir anlatımla,* ***sadece istiap haddinin aşılmış olması, rizikonun teminat dışı olduğu sonucunu doğurmaz.*** *Ayrıca, bu hususun davacı sigorta şirketince kesin bir şekilde kanıtlanması gerekir."*[15]

c) Sigortacının sigorta ettirene (işletene) rücu edebilme koşullarının en başında yer alan "kasıt derecesinde ağır kusur" tanımı çok tartışılmış ve Yargıtay'ca "**kasıt veya kasta yakın ağır kusur"** söz konusu olmadıkça**,** işleten veya sürücü "**yüzde yüz kusurlu olsalar bile**", sigortacının rücu hakkı doğmayacağı sonucuna varılmıştır. Kararlarda çoğunlukla şöyle denilmektedir:

"Sigorta Genel Şartlarında "tam kusur"dan değil, "kasıt" ve "ağır kusur"dan söz edilmektedir. Bilindiği üzere, ağır kusur kavramı, bir özel hukuk kavramı olup, kasıt olmamakla birlikte kasta yakın bir kusurun varlığını ifade eder. Bu nedenle sürücünün kasta dayanmayan tam kusuruyla

---

(14) Örnek kararlar: Yarg.11.HD.29.06.1995, 4359-5563 sayılı, 23.06.1994,4346-6668 sayılı, 07.03.1996, 829-1530 sayılı, 02.04.1998, 868-2404 sayılı, 09.03.1998, 195-1593 sayılı, HGK.22.04.1999, E.1998/11-290 K.296 sayılı, HGK.19.04.2000, E.2000/11-806 K.801 sayılı, 11.HD.28.11.2002, 6240-11024 sayılı, 13.10.2003, 4136-9209 sayılı, 23.02.2004, 2003/7094-2004/1654 sayılı, 11.07.2005, 2004/10789-2005/7481 sayılı, 16.10.2006, 2005/9766-2006/10349 sayılı, 15.01.2007, 2005/13243-2007/265 sayılı, 22.11.2007, 7631-14679 sayılı kararları.

(15) HGK.05.12.2001 gün E.2001/11-1109 K.2001/1108 sayılı, 11.HD. 02.11.2004 gün 1608-10733 sayılı, 21.06.2005 gün 2004/9609-2005/6562 sayılı, 01.05.2006, 2005/5077-2006/4916 sayılı, 05.02.2007, 2005/14651-2007/1340 sayılı kararları.

verdiği zarardan dolayı, sigortacının, üçüncü kişiye ödediği tazminat nedeniyle rücu hakkı yoktur."[16]

d) Ehliyetsiz veya yetersiz sürücü belgesiyle araç kullanma durumunda da sigortacının rücu hakkı doğacağına ilişkin kararlarda, kazanın nedeni üzerinde durulmamakta ise de, bize göre, kazanın nedeni ehliyetsizlik veya sürücü belgesinin yetersizliği değilse, sigortacı işletene rücu edememelidir. Örneğin, ehliyetsiz sürücünün kullandığı araca, bir başka aracın arkadan çarpması durumunda, ehliyetsizlik rücu nedeni olmamalıdır.

4- Sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan sürücüye rücu edilemez.

Rücu koşulları varsa yalnızca **işletene veya mirasçılarına rücu edilir.** Sigortanın tarafı olmayan **sürücüye rücu edilemez.**[17]

5- Sigortanın tarafı olarak "işletene" rücu edilir. İşleten ölmüşse "mirasçılarına" rücu edilir.

a) Kural olarak **işletene** rücu edilir. **İşleten ölmüşse** ve kazanın nedeni Genel Şartlar'ın B. 4 maddesindeki durumlardan biri ise, işletenin veya sürücünün "üçüncü kişi" konumundaki yakınlarına tazminat ödeyen sigortacı, ödediği miktar üzerinden işletenin **mirasçılarına rücu edilir.**

b) **Destekten yoksun kalanlar**, **mirasçı değillerse**, **onlara rücu edilemez**. Çünkü, destekten yoksunluk mirasçılık sıfatından bağımsız ve kişilerin kendi hukuksal varlıklarında doğan bir haktır.

c) Ancak, **destekten yoksun kalanlar** (aynı zamanda) **mirasçı iseler** onlara rücu edilir. **Sigortacı**, onlara destek tazminatı ödemiş olup da, sonradan (yasal süresi içinde) Genel Şartlar B. 4 maddesindeki durumlardan birinin varlığını öğrenmişse, **ödediği miktarı geri isteyebilir.**

Bu gibi durumlarda, yani **destekten yoksun kalan** haksahiplerinin (aynı zamanda) **mirasçı** oldukları durumlarda, eğer Sigorta Genel Şartları B.4 maddesinde sınırlı olarak sayılan **rücu koşullardan biri varsa** ve kazanın nedeninin bunlardan biri olduğu kesin biçimde saptanmışsa, bize göre, **sigortacı**, **ödemeyi reddetme hakkına sahiptir.** Açılan bir davada, sigortacı ya ödemezlik definde bulunacak ya da karşılık dava açacaktır ki, sonuç aynıdır.

---

(16) 11.HD. 16.01.2006 gün E.2005184 - K.2006/121 sayılı, 30.10.2001 gün 5330-8413 sayılı, 11.05.2000 gün 2961-4140 sayılı, 05.03.2002 gün 2001/10110-2002/1929 sayılı, 22.09.2003 gün 2076-8168 sayılı, 25.01.2007 gün 2005/10759-2007/799 sayılı, 05.03.2007 gün 2006/962-2007/3850 sayılı kararları.

(17) Bu konuda karar örnekleri: 11.HD.30.10.2001, 5330-8413 sayılı, 21.01.2003, 2002/7557-2003/357 sayılı, 01.05.2006, 2005/5072-2006/4887 sayılı, 19.06.2006, 2005/7433 -2006/7083 sayılı, 05.03.2007, 2006/962-2007/3850 sayılı kararları. (Çelik/Lale,age, sf. 1285 vd.)

VI- ÖRNEKLERLE AÇIKLAMALAR

İşleten ve sürücü yakınlarının (eş, çocuk, anne, baba, kardeş vb.) mal zararları dışındaki **destekten yoksunluk** ve **bedensel zararlarının** Trafik Sigortası kapsamında olduğuna ilişkin KTK m. 92/b ve Genel Şartlar A.3-c hükümlerinin ve buna bağlı Yargıtay kararlarının daha iyi kavranılması için aşağıda somut örnekler verilmiştir.

Örnek: 1

Özel otomobilin sahip ve sürücüsü, mucurlu yolda tek yanlı kaza yaparak, eşinin yaralanmasına ve çocuklarından birinin ölümüne neden olmuş; kazanın, yol durumuna göre gerekli önlemlerin alınmamasından ve hızın azaltılmamasından kaynaklandığı ve **sürücünün yüzde yüz kusurlu** olduğu değerlendirmesi yapılmıştır.

Bu örnekte, Trafik Sigortası'ndan kimlerin yararlanabileceğini ve ne tür zararlarını isteyebileceklerini ayrı ayrı belirtelim:

a) Önce **araç sahibi-sürücünün kendisi**, hem sigorta sözleşmesinin tarafı (sigorta ettiren) olarak ve hem de sürücü sıfatıyla yüzde yüz kusurlu olması nedeniyle **sigortadan tazminat alamaz.**

b) **Eş**, çocuğunun ölümü nedeniyle (anne olarak) **destekten yoksun kalmıştır.** Araç sahibi-sürücü olan kocasının yüzde yüz kusurlu oluşu onun tazminat hakkını etkilemez. O, Trafik Sigortası yönünden "**üçüncü kişi**" konumundadır. (KTK m.85/1, 92/b; Genel Şartlar A.3-c) Bu nedenle, **ölümle desteğinden yoksun kaldığı çocuğundan dolayı** sigorta şirketinden **tazminat alabilir.**

c) **Eş**, aynı kazada **yaralanmış** olması nedeniyle de: 1)**Geçici veya sürekli işgöremezlik zararlarını**; 2) **Tedavi giderlerini** sigorta şirketinden isteyebilir.

d) **Sigortacı**, destek tazminatını, işgöremezlik zararlarını ve tedavi giderlerini ödedikten sonra, **yüzde yüz kusurlu olduğunu ileri sürerek araç sahibi-sürücüye rücu edemez**. Rücu edebilmesi için Trafik Sigortası Genel Şartları'nın B.4 maddesinde sınırlı olarak sayılan durumlardan birinin varlığı ve ayrıca kazanın nedeninin bunlardan biri olması gerekir.

Örnek: 2

Araç sahibi-sürücü tek yanlı kaza sonucu ölmüş; eşi ve çocukları destekten yoksun kalmışlardır. Bu örnekte:

a) Araç-sahibi-sürücünün **yüzde yüz kusurlu** olmasına karşın, **sigortacı**, eşine ve çocuklarına destekten yoksun kalma tazminatı ödemek zorundadır. Çünkü, KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerine göre, eş ve çocukların mal zararları dışındaki can zararları sigorta kapsamındadır ve onlar Trafik Sigortası yönünden "**üçüncü kişi**" konumundadırlar.

b) Eş ve çocuklara destekten yoksun kalmaları nedeniyle tazminat ödeyen sigortacı, Trafik Sigortası Genel Şartları B.4 maddesindeki du-

rumlardan biri kazayı etkilememişse, kazada ölen araç sahibinin mirasçılarına rücu edemez.

Örnek: 3

Araç sahibi-sürücü, ileri derecede alkollü olarak kaza yapması sonucu ölmüş ve kazanın nedeninin "**alkolün etkisi**" olduğu kesin biçimde saptanmıştır. Bu örnekte:

a) Destekten yoksun kalan eş ve çocuklar, **bu durumda dahi** KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerine göre Trafik Sigortası yönünden "**haksahibi**" ve "**üçüncü kişi**" konumunda olduklarından,sigortacıdan **destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler.**

b) Ancak onlar, destekten yoksun kalmalarının yanı sıra, **aynı zamanda mirasçıdırlar** ve mirası reddetmedikçe **ölenin borçlarından sorumludurlar.** Kazanın nedeninin, **alkol** olduğu kesin biçimde saptanmışsa, **sigortacı** (araç sahibi-sürücünün) eş ve çocuklarına **destekten yoksun kalma tazminatını ödedikten sonra**, Sigorta Genel Şartları B.4-d maddesine dayanarak, ölen araç sahibinin (aynı zamanda) **mirasçısı** olan haksahiplerine **rücu** edebilecek; bu durumda aynı kişilere ödediği parayı **geri alacaktır.**

c) Bu gibi durumlarda, yani **destekten yoksun kalan** haksahiplerinin (aynı zamanda) **mirasçı** oldukları durumlarda, eğer Sigorta Genel Şartları B.4 maddesinde sınırlı olarak sayılan **rücu koşullardan biri varsa** ve kazanın nedeninin bunlardan biri olduğu kesin biçimde saptanmışsa, bize göre, **sigortacı**, ödemeyi reddetme hakkına sahiptir. Açılan bir davada, sigortacı ya ödemezlik definde bulunacak ya da karşılık dava açacaktır ki, sonuç aynıdır.

Örnek: 4

Sürücü oğul, babasının arabasıyla tek yanlı kaza yapmış ve ölmüştür. Kazanın oluşunda **sürücünün yüzde yüz kusurlu olduğu** değerlendirmesi yapılmıştır. Ölen sürücü (oğul), bekâr ve çocuksuz olup, onun ölümüyle anne ve babası **destekten yoksun kalmışlardır.** Bu örnekte:

a) **Baba**, oğlunun ölümüyle **destekten yoksun kalmış ise de**, araç sahibi (işleten) ve aynı zamanda sigorta sözleşmesinin tarafı olarak Trafik Sigortası yönünden "üçüncü kişi" konumunda olmadığından sigortadan destek tazminatı **tazminat alamaz.**

b) **Anne**, yukardaki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, KTK 92/b ve Genel Şartlar A.3-c maddelerine göre Trafik Sigortası yönünden "**haksahibi**" ve "**üçüncü kişi**" konumunda olduğundan, sigortacıdan **destekten yoksun kalma tazminatı** alabilir.

c) Kazanın nedeni, Genel Şartlar B.4 maddesinde sınırlı olarak sayılan durumlardan biri değilse, ölen sürücünün yüzde yüz kusurlu olduğu ileri sürülerek annenin tazminat isteği reddedilemez.

d) Ölen sürücünün sürücü belgesiz (ehliyetsiz) biri olması durumunda dahi, kazanın nedeni ehliyetsiz oluş değilse, haksahibi anne gene tazminatını alır ve sigortacı, Genel Şartlar B.4 maddesi (c) bendine dayanarak tazminat ödemeyi reddedemez. Ancak, kazanın nedeni sürücünün ehliyetsiz oluşu ise, sigortacı, KTK'nın m.95/2'ye ve Genel Şartlar B.4-c maddesine dayanarak ödemeyi reddedebilecek veya anneye destek tazminatı ödedikten sonra, araç sahibi babaya karşı rücu davası açarak ödediğini geri alacaktır.

Örnek: 5

Kamyon sahibi sürücüsüyle birlikte taşıma işi yaparken kaza sonucu ikisi de ölmüşlerdir. Bu örnekte:

a) **İşletenin** (kamyon sahibinin) **desteğinden yoksun kalan eşi ve çocukları**, KTK'nın 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bendi hükümlerine göre "**üçüncü kişi**" konumunda olduklarından, sürücü yüzde yüz kusurlu olsa bile, **sigortacı**, hesaplanacak destek tazminatı tutarlarını haksahiplerine ödemek zorundadır. Bu, Yasa ve Genel Şartlar'daki anılan hükümlerin yanı sıra, Sigorta Hukuku ilkeleri gereğidir.

b) **Sürücünün** ölümü nedeniyle de desteğinden yoksun kalan haksahipleri, yukarıda belirtilen hükümlere göre "**üçüncü kişi**" konumunda olduklarından, onlar da, **sürücü yüzde yüz kusurlu olsa bile**, hesaplanacak destek tazminatını sigortadan alacaklardır.

Örnek: 6

Kazanın nedeni sürücü kusuru olmayıp "**teknik arıza**"dır. Kazada işleten ve sürücü ölmüşlerdir. Bu örnekte:

a) **Teknik arıza**, KTK'nın 86/1. maddesine göre, işleteni sorumluluktan kurtaran nedenlerden olmadığından, ölen işletenin desteğinden yoksun kalanlar sigortadan tazminat alamazlar.

b) Buna karşılık ölen sürücünün desteğinden yoksun kalanlar sigortadan tazminat alabilirler. Çünkü, "**teknik arıza**"dan sorumlu olan işletenin bu sorumluluğunu belli bir oranda sigortacı üstlenmiş bulunduğundan, ölen sürücünün desteğinden yoksun kalanlara, sigortacı, tazminat ödemek zorundadır.

Örnek: 7

Araç sahibi sürücü tek yanlı kaza yapmış, o sırada araçta bulunan oğlu yaralanarak yaşam boyu sakat kalmıştır. Bu örnekte:

a) Babasının yaptığı tek yanlı kaza sonucu yaralanan ve **yaşam boyu sakat kalan oğul** "üçüncü kişi" konumunda olduğundan, **sakatlık oranına göre hesaplanacak tazminat tutarını**, limiti aşmamak koşuluyla, **sigorta şirketinden alabilir.**

b) Sigorta şirketi, bedensel zarara uğrayan oğul'a "Tek yanlı kaza yapan senin babandır. Üstelik yüzde yüz kusurludur. Onun kusuruna sığınarak sigortadan tazminat alamazsın" diyemez. Çünkü, **bu zarar, yaşam boyu sakat kalan kişinin kendi zararıdır**, onun kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır ve babasından bağımsızdır. Bir Yargıtay kararında denildiği gibi:

"Çocuklar, yaşları gereği ergin (reşit) olmayıp, babalarının velâyeti altında iseler de, baba ile çocukların mal varlıklarının birbirinden ayrı olduğu göz önüne alınarak, ***babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz."***[18]

Örnek: 8

Sürücünün tek yanlı yaptığı kazada, araçta görevli sürücü yardımcısı yaralanmış ve sakat kalmıştır. Bu örnekte:

Sürücünün kusurundan işleleten "kendi kusuru gibi" sorumlu olduğundan (KTK m.85/Son) ve işletenin bu sorumluluğunu belli bir oranda sigortacı üstlenmiş bulunduğundan (KTK m. 91 vd.), sürücü yardımcısının sakatlık tazminatını sigortacı ödemek zorundadır.

Örnek: 9

Sürücünün tek yanlı yaptığı kazada, araçta "yolculuk" yapan babası yaralanmış ve sakat kalmıştır. Bu örnekte:

Sakat kalan sürücünün "babası" hatır için taşınmakta olduğundan ve hatır taşımaları sigora kapsamında bulunduğundan, yüzde yüz kusurlu olan sürücünün babasına, sigortacı, sakatlık tazminatı ödemek zorundadır. (KTK m.92 ve Genel Şartlar m. A.3)[19]

Örnek:10

Boşanmış karı kocadan erkek, velâyeti annelerine verilmiş olan iki küçük çocuğunu bir hafta sonu alıp arabasıyla kendi evine götürmekte iken kaza yapmış ve çocuklarla birlikte baba da ölmüştür. Bu örnekte:

a) Ölen çocuklarının desteğinden yoksun kalan annenin, Trafik Sigortası'ndan tazminat alma hakkı olup, bunda asla duraksamaya ve kuşkuya yer yoktur.

b) Anne, kocasından boşanmamış olsaydı, yani evlilik birliği sürerken aynı kaza olsaydı, baba yüzde yüz kusurludur diye iki çocuğunu kaybeden anne, Trafik Sigortası'ndan tazminat isteyemeyecek miydi? İsteyemeyecekti diyenler Yasa'nın 92/b ve Genel Şartlar'ın A.3-c maddelerini iyi okumalı ve iddialarını mantık süzgecinden geçirmelidirler.

---

(18) Yargıtay 11.HD.17.06.1988 gün 4590-4049 sayılı kararı. (YKD.1988/11-1534)

(19) 2918 sayılı KTK m. 92'de mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalanlar arasında hatır için taşınanların bulunmaması ve 1.3.1992 tarihinde yürürlüğe giren Genel Şartlar A.3 maddesinde "Teminat dışı haller" arasında hatır taşımasının yer almamış olması nedeniyle hatır için taşınanlar da "üçüncü kişi" sayılmıştır.

VII- YARGITAY KARARLARI

(1) İşletenin ve sürücünün yakınları, üçüncü kişi durumunda olduklarından, sürücü yüzde yüz kusurlu olsa bile, zarar gören yakınlar trafik sigortasından tazminat alabilirler.

Zorunlu Trafik Sigortası'nda sigortacı, işletenin 2918 sayılı KTK'nın 85/1. maddesi hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu, aynı Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca üstlenmiş olup, gerek 85/1.madde hükmü, gerekse Zorunlu Trafik Sigortası Poliçesi Genel Şartları'nın 1.maddesi hükmü, ölüm ve bedensel zararlar yanında ancak bir şeyin teminat kapsamında olduğunu öngörmüştür. Aynı Yasa'nın 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bendi hükümlerinde işletenin eşinin, usul ve fürunun, evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin (can zararları dışındaki) mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri isteklerin teminat dışı olduğu da hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının üçüncü kişilere verilecek zararların güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı niteliğindedir. Ancak anılan maddede bedeni zararlardan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır.

***İşletenin ve sürücünün aynı derecede yakınları,** Trafik Sigortası karşısında, bedensel zararlar bakımından **üçüncü kişi durumunda** olduklarına göre, sürücü murisin kusuru ile işletenin varsa ayrıca oluşan kusuru toplamı kadar hukuki sorumluluk üstlenen Trafik Sigortacısından, bu toplam kusur oranına isabet eden destek tazminatı miktarı kadar ve poliçe limitini geçmemek kaydı ile istekte bulunulabileceğinin kabulü gerekir. Zira, işleten ve sürücü yakınlarının murisin ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, **Sigorta Hukuku ilkeleri çerçevesinde** ele alınması gerekeceğinden, murisin kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir. Bir başka deyişle, muris sürücünün kazadaki kusur oranı ile bu kusurun dışında kalan işletenin ayrıca oluşabilen kusuru varsa kusur oranının belirlenmesi, olaya neden olan başka bir davalı ya da dava dışı başka bir araç varsa, ortaklaşa (müteselsilen) tahsil isteminin de varlığı halinde, bunların kusurlarının toplanması, poliçe limiti aşılmadan tahsile karar verilmesi gerekecektir.*

*Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde, sürücü murisin olayda 8/8 oranında kusurlu olduğu belirlendiğine göre, davacılar yararına **hesaplanacak destek tazminatının tamamından, poliçe limitini geçmemek kaydıyla,** işletenden dolayı sorumluluk üstlenen davalı sigortacı sorumlu olacaktır.*

Bu durum karşısında, mahkemece, davacılar yararına destek tazminatı hesabı yapılması ve poliçe limitini aşmamak kaydıyla davalı sigortacının sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

11. HD 16.10.2006, E.2005/9766 K.2006/10349

(2) İşletenin ve sürücünün yakınları bedensel zararlar bakımından üçüncü kişi durumundadırlar.

*İşletenin ve sürücünün aynı derecede yakınları trafik sigortası karşısında, **"bedensel zararlar"** bakımından **üçüncü kişi** durumunda olduklarına göre, sürücü murisin kusuru ile işletenin varsa ayrıca oluşan kusuru toplamı kadar hukuki sorumluluk üstlenen trafik sigortacısından bu toplam kusur oranına isabet eden destek tazminatı miktarından, poliçe limitini geçmemek kaydı ile, sigortacı sorumlu tutulmalıdır. Zira işleten ve sürücü yakınlarının, **murisin ölümünden doğan zararları**na ilişkin istemleri, **üçüncü kişi olmaları nedeniyle**, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, sigorta hukuku ilkeleri çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir.*

11.HD.25.04.2006, E.2005/4340 K.2006/4645

(3) İşletenin, eşinin, usul ve fürunun mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri istekler Zorunlu Mali Sorumluluk kapsamı dışında olup, anılan kişilerin mal zararları dışındaki (can) zararlarının ise, sigorta kapsamı içerisinde bulunması gerekir.

Bilindiği üzere, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verdiği zararları onun adına karşılamak üzere, hem üçüncü kişileri, hem de sigorta ettireni koruma amacı ile oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür. Bu bakımdan sigorta ettiren (araç sahibi) üçüncü kişi durumunda olmadığından, ölüm ve yaralanma nedeniyle (kendisi için) sigortacıdan istekte bulunamaz. Ancak sigorta ettirenin eşinin bu tür sigortada sigortacıdan istekle bulunup bulunmayacağı üzerinde durulmalıdır. Konu ile ilgili 2918 sayılı KTK'nın 92/b maddesinde, işletenin eşinin, usul ve fürunun, kendisine evlât edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri istekler zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında bırakılmış olup, bunun dışındaki zararlarının sigorta kapsamı dışında bırakıldığı konusunda açık bir düzenleme mevcut olmadığına göre, bu kişilerin mal zararları dışındaki can zararlarının sigorta kapsamı içerisinde kaldığının kabulü gerekir. O halde, sigorta ettirenin eşinin açtığı davanın kabulünde ilke açısından bir usulsüzlük mevcut değildir. Öte yandan, sigorta ettirenin eşi ve çocuklarıyla sigortalı araçta birlikte yolculuk yapmalarında sigorta ettirenin maddi ve manevi çıkarı (menfaati) bulunduğundan bir hatır taşıması da söz konusu olamaz. Bu itibarla, zarar tutarından bir indirim yapılması da gerekli değildir.

11.H.D. 16.2.1990, 825-963 (YKD. 1990/6-870)

(4) Kazayı yapan aracı kullanan ve aracın maliki olmayan sürücü, üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle zorunlu trafik sigortasından yararlanabilir.

Zorunlu Trafik Sigortasında, sigortacının, KTK'nın 91 ve 85/1 maddeleri uyarınca işletenin hukuki sorumluluğunu üzerine almış bulunması, sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı Yasa'nın 92.maddesinde veya sigorta poliçesi Genel Şartları'nda, araç sürücüsünün bu kapsam dışında kaldığına ilişkin bir hüküm bulunmaması karşısında, malik olmayan sürücünün ölümü nedeniyle, sigortacının sorumlu olduğunun benimsenmesi gerekmesine göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

11.HD. 28.11.2002, 6240-11024 (İBD.2004/2-790)

(5) Sürücü ve yardımcıları görevli oldukları aracın trafik sigortasından yararlanabilirler.

Zorunlu trafik sigortasında sigortacı, işletenin hukuki sorumluluğunu üzerine almıştır. Sürücü veya yardımcıları, zorunlu mali sorumluluk dışında kalmadıklarından, bunlar da, işletenden tazminat isteğinde bulunabilirler. Bu nedenle kazada araç sürücüsü ölmüş ise, sigorta şirketinden tazminat bedeli istenebileceği gibi, ölen sürücünün belli oranda kusurlu olması, sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

11.H.D. 17.4.1995, 2056-3648 (YKD. 1995/8-1236)

(6) Sigortalı araç sürücüsü, kendi kusurundan yararlandırılmamak koşuluyla, kullandığı aracın zorunlu trafik sigortasından tazminat alabilir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirkete zorunlu trafik sigortası ile sigortalı araçta sürücü olarak bulunan davacılar murisinin meydana gelen trafik kazasında ölümü sonucu, onun desteğinden yoksun kalanların, aracın işletenin hukuki sorumluluğunu üzerine alan sigortacıdan sigorta tazminatı isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, Zorunlu Trafik Sigortasında, sigortacı, 2918 sayılı KTK'nın 91.maddesiyle, işletenin, aynı Yasa'nın 85/1.maddesinde öngörülen hukuki sorumluluğunu üzerine almıştır. Anılan maddeye göre ise, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa, işletenin bu zarardan sorumlu olacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı Yasa'nın 92. maddesinde araç sürücüsünün bu kapsam dışında kaldığına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, sigorta poliçesi Genel Şartları'nda da bu yolda bir sınırlama getirilmemiştir O halde sürücünün ölümü nedeniyle sigortacının sorumluluğu ilke olarak benimsenmelidir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, sürücünün kendi kusurundan yararlanmaması gerektiğidir. Bir başka deyişle, sürücünün kazadaki kusur oranı belirlenerek kendi kurusu dışında kalan kusur oranına göre poliçe teminatından yararlanması mümkündür.

11.HD.09.06.2003, 269-6111

(7) Babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz.

Davacı çocuklar, yaşları gereği ergin (reşit) olmayıp, babalarının velâyeti altında iseler de, baba ile çocukların mal varlıklarının birbirinden ayrı olduğu göz önüne alınarak, babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz.

11.HD.17.06.1988, 4590-4049 (YKD.1988/11-1534)

(8) İşletenin ve sürücünün yakınları ((eşi, çocukları, annesi, babası, birlikte yaşadığı kardeşleri) üçüncü kişi durumunda olup, kazanın oluşunda sürücü kusurlu olsa bile, sigortacı, poliçe limitini aşmamak üzere, kusur oranlarına bakılmaksızın, hesaplanan tazminatı ödemek zorundadır.

Davacılar vekili, davalı şirkete Trafik Sigortası poliçesi ile sigortalı aracın, davacıların murisi yönetiminde oluşan kazada öldüğünü, ölüm limiti olan 7.000.000.000 liranın faiziyle birlikte ödenmesini istemiştir.

Davalı sigorta vekili, isteğin poliçe teminatı dışında kaldığını savunarak davanın reddini istemiştir

Mahkemece, dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacıların murisinin 6/8 oranında kusurlu olduğu, 2/8 kusursuzluk oranına göre toplam 6.871.361.024 TL. destek tazminatına davacıların hak ettiği gerekçesiyle, destek tazminatı tutarının davacılara ödenmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

*Dava, **destekten yoksun kalma tazminatı** istemine ilişkindir. **Davacıların eş ve babalarının sürücü olduğu araç,** davalı şirkete Zorunlu Trafik Sigorta poliçesi ile sigortalıdır. Sağ arka **tekerleğin patlaması sonucu** meydana gelen tek taraflı kazada, **sürücü ölmüş** olup, davacılar destekten yoksun kalmaya ilişkin tazminat isteminde bulunmuşlardır. Davacıların tazminat istemi, mahkemece kısmen kabul edilmiş olup, uyuşmazlık, murisin meydana gelen kazada ölümü sonucu onun desteğinden yoksun kalanların aracın işleteninden, dolayısıyla onun hukuki sorumluluğunu üzerine alan davalı sigortacıdan tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.*

*Bilindiği üzere, "Zorunlu Trafik Sigortasında sigortacı, işletenin 2918 sayılı KTK'nın 85/1.madde hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu aynı Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca üstlenmiş olup, gerek 85/1.madde hükmü ve gerekse Zorunlu Trafik Sigortası poliçesi Genel Şartları'nın 1.madde hükmü, ölüm veya bedensel zararlar yanında bir şeyin zarara uğraması halinin teminat kapsamında olduğunu öngörmüştür. Aynı Yasa'nın 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bent hükümlerinde **işletenin yakınlarının** (eşi, çocukları, annesi, babası, evlâtlığı ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin) mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin teminat*

dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının ***üçüncü kişilere verilecek zararların*** *güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı olmaktadır.*

Ne var ki, sözü edilen maddede ***bedensel*** *zararlardan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu tarz düzenleme nedeniyle,* ***işletenin*** *yasada sayılan* ***yakınlarının uğramış oldukları bedensel zararların ZMSS güvencesi içinde kaldığı kabul edilmektedir.*** (Bkz. Dr.S.Arkan, Sigorta Hukuku Dergisi, C.1, sayı:3-4, sf.260; Ç.Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ank.1989, sf.86 vd.; Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3.Bası, Ankara, Ekim/2002, sf.669) *Dairemizin 16.02.1990 tarih ve 825-963 sayılı kararı da bu yöndedir.*

Bu sonuçların, işleten sıfatı olmayan ***sürücünün*** *aynı derecedeki* ***yakınları için de*** *geçerli olduğunun kabulü gerekir. Zira, sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı Kanunun 92.maddesinde araç sürücüsünün aynı derecedeki yakınlarının bu kapsamın dışında kaldığına ilişkin hüküm bulunmadığı gibi, sigorta poliçesi genel şartlarında da bu yolda bir sınırlama getirilmemiştir. O halde* ***sürücünün aynı derecedeki yakınlarının da murislerinin ölümü nedeniyle bedensel zararlar kapsamında olan destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin Trafik Sigortacısından istemde bulunabileceği*** *ilke olarak benimsenmelidir. Esasen doktrinde de sürücü ve yardımcılarının işletene karşı tazminat isteminde bulunabilecekleri, dolayısıyla onun sigortacısının da sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir.* (Bkz. Dr.S.Arkan, Sigorta Hukuku Dergisi, C.1, sayı:3-4, sf.260; Ç.Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ank.1989, sf.86 vd.) *Nitekim, somut olayla ilgili olmamakla birlikte İMSS Genel Şartları'nın 3/c bendinde, bu noktada* ***sürücü ve işleten arasında yakınlar bakımından bir ayrım yapılmamıştır.***

Dairemizin 17.04.1995 tarih 2056-3648 sayılı, 15.05.2000 tarih 288-4194 sayılı, 15.03.2001 tarih 1244-1941 sayılı, 09.06.2003 tarih 269-6111sayılı, 20.06.2005 tarih 2004/9695-2005/6380 sayılı kararları, ölen sürücünün eşi ve çocuklarının bedensel zararlara ilişkin ***"üçüncü kişi olarak"*** *dava hakkının varlığına ilişkindir.*

İşletenin ve sürücünün *aynı derecedeki* ***yakınları*** *Trafik Sigortası karşısında,bedensel zararlar bakımından "****üçüncü kişi****" durumunda olduklarına göre,* ***sürücü murisin kusuru ile işletenin varsa ayrıca oluşan kusuru toplamı kadar hukuki sorumluluk üstlenen Trafik Sigortacısından bu toplam kusur oranına isabet eden destek tazminatı miktarından, poliçe limitini geçmemek kaydı ile sigortacı sorumlu tutulmalıdır.*** *Zira, işleten ve sürücü yakınlarının murisin (desteğin) ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, sigorta hukuku ilkeleri çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin (desteğin) kusu-*

ru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir. Bir başka deyişle, ***muris sürücünün kazadaki kusur oranı ile bu kusurun dışında kalan işletenin ayrıca oluşabilen varsa kusur oranının belirlenmesi, olaya neden olan başka bir davalı ya da dava dışı bir başka araç varsa, müteselsilen (ortaklaşa zincirleme) tahsil isteminin varlığı halinde, bunların kusurunun da toplanması, poliçe limiti aşılmadan tahsile karar verilmesi gerekecektir.***

Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde, ölen sürücünün mirasçıları olan davacılar, 7.000.000.000 TL. olan poliçe limitinin tamamının tahsilini davalıdan istemişler ve sürücü ile işletenin kusur oranları arasında bir ayrım yapmamışlar ve herhangi bir kusur oranına dayanmamışlardır. Hükme esas bilirkişi raporundan, sürücü murisin 6/8 oranında kusurlu olduğu, 2/8 kusurun da ***teknik arıza*** *olarak nitelendirilen lâstik patlaması olgusuna verildiği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, teknik arıza, kural olarak umulmayan bir hal olup, önceden sezilemez ve önlenemez niteliği de kanıtlanmadıkça, bu hal bakım kusuru oluşturmaktadır. Bu hali, 2918 sayılı KTK'nın 86/1. maddesinde işleteni sorumluluktan kurtaran nedenlerden biri olan mücbir sebep değil, araçta kazayı etkileyen bir bozukluk olarak nitelendirmek gerekmektedir. Bilindiği gibi, teknik arızalar çoğu kez aracın periyodik bakımının zamanında gereği gibi yapılmamış olmasından ileri gelir ve bu da araç için bir kusur oluşturur. Kusurun söz konusu oldu hallerde ise mücbir sebepten sözedilemez. Bu durumda* ***lâstik patlaması*** *da işletenin sorumluluğunu gerektiren bir* ***işletme kusuru*** *olduğundan, sürücü ve işletenin kusurları toplamı olan 8/8 üzerinden, limit aşılmamak kaydıyla hesaplama yapılması, buna göre poliçe limiti olan 7.000.000.000 liranın tahsiline karar verilmesi gerekirken, murisin kusursuzluk oranı olarak raporda bildirilen ve esasen davalının üstlenmediği 2/8 oranına isabet eden 6.871.361.024 lira destek tazminatına hükmedilmesi doğru olmamıştır.*

(11.HD.11.07.2005, E. 2004/10789 K.2005/7481)

(9) Kendi kusuruyla trafik kazası yaparak ölen sürücünün desteğinden yoksun kalan yakınları (eşi, çocukları, annesi, babası ve birlikte yaşadığı kardeşleri), "üçüncü kişi" durumunda olduklarından, Zorunlu Trafik Sigortasından "tam kusur" oranına göre maddi tazminat isteyebilirler.

Davacılar vekili, davacıların murisinin, davalıya Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile sigortalı aracın sürücüsü iken, tek taraflı kaza sonucu öldüğünü, bu nedenle davacıların destekten yoksun kaldıklarını ileri sürerek, ıslah ile artırılmış olarak toplam 36.749,17 YTL tazminatın temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, meydana gelen kazada araç sürücüsü olan davacıların murisinin 8/8 oranında kusurlu olduğunu, bu nedenle davacıların tazminat isteme haklarının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, meydana gelen kazada sürücü olan davacıların murisinin 8/8 oranında kusurlu olduğu, davalı şirketin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası gereği işletenin hukuki sorumluluğunu üzerine aldığı ve sürücünün tam kusurlu olması nedeniyle işletenden, dolayısıyla sigorta şirketinden tazminat talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava, destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacıların tazminat istemi, muris sürücünün 8/8 oranında kusurlu olduğu gerekçesiyle reddedilmiş olup, uyuşmazlık, murisin meydana gelen trafik kazasında ölümü sonucu onun desteğinden yoksun kalanların aracın işleteninden, dolayısıyla onun hukuki sorumluluğunu üzerine alan davalı sigortacıdan tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, ***"Zorunlu Trafik Sigortasında sigortacı, işletenin 2918 sayılı KTK'nın 85/1.madde hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu aynı Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca üstlenmiş olup,*** *gerek 85/1.madde hükmü ve gerekse Zorunlu Trafik Sigortası poliçesi Genel Şartları'nın 1.madde hükmü, ölüm veya bedensel zararlar yanında bir şeyin zarara uğraması halinin teminat kapsamında olduğunu öngörmüştür. Aynı Yasa'nın 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bent hükümlerinde işletenin yakınlarının (eşi, çocukları, annesi, babası, evlâtlığı ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin) mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin teminat dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının üçüncü kişilere verilecek zararların güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı olmaktadır.*

Ne var ki, sözü edilen maddede bedensel zararlardan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu tarz düzenleme nedeniyle, ***işletenin yasada sayılan yakınlarının uğramış oldukları bedensel zararların ZMSS güvencesi içinde kaldığı kabul edilmektedir.***

Bu nedenle, oluşan bu sonucun işleten sıfatı olmayan sürücünün aynı derecedeki yakınları için de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Zira, sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı Kanunun 92.maddesinde araç sürücüsünün aynı derecedeki yakınlarının bu kapsamın dışında kaldığına ilişkin hüküm bulunmadığı gibi, sigorta poliçesi genel şartlarında da bu yolda bir sınırlama getirilmemiştir. O halde sürücünün aynı derecedeki yakınlarının da murislerinin ölümü nedeniyle bedensel zararlar kapsamında olan destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin Trafik Sigortacısından istemde bulunabileceği ilke olarak benimsenmelidir.

İşletenin ve sürücünün aynı derecedeki yakınları Trafik Sigortası karşısında,bedensel zararlar bakımından "üçüncü kişi" durumunda olduklarına göre, sürücü murisin kusuru ile işletenin varsa

ayrıca oluşan kusuru toplamı kadar hukuki sorumluluk üstlenen Trafik Sigortacısından bu toplam kusur oranına isabet eden destek tazminatı miktarından, poliçe limitini geçmemek kaydı ile sigortacı sorumlu tutulmalıdır. *Zira, işleten ve sürücü yakınlarının murisin (desteğin) ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri,* ***üçüncü kişi*** *olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, sigorta hukuku ilkeleri çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin (desteğin) kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir. Bir başka deyişle, muris sürücünün kazadaki kusur oranı ile bu kusurun dışında kalan işletenin ayrıca oluşabilen varsa kusur oranının belirlenmesi, olaya neden olan başka bir davalı ya da dava dışı bir başka araç varsa, müteselsilen (ortaklaşa zincirleme) tahsil isteminin varlığı halinde, bunların kusurunun da toplanması, poliçe limiti aşılmadan tahsile karar verilmesi gerekecektir.*

Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde, ölen sürücünün mirasçıları olan davacılar, 36.749,17 YTL'nin tahsilini istemişlerdir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, sürücü murisin 8/8 oranında kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Davacıların istedikleri miktar, poliçe limitinin altında olması nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

11. HD.15.01.2007, E.2005/13243 K.2007/265

(10) İşletenin ve sürücünün aynı derecedeki yakınları trafik sigortacısı karşısında, bedensel zararlar bakımından üçüncü kişi durumunda olduklarından, destekten yoksun kalma tazminat istekleri kabûl olunmalıdır.

Öte yandan, işleten ve sürücü yakınlarının murisin ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, Sigorta Hukuku çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin kusuru tazminat miktarını etkilemeyecek; destek tazminatı poliçe limitini geçmemek kaydıyla ödenmek gerekecektir.

Davacılar vekili, davacıların murisinin davalıya Zorunlu Trafik sigortalı aracın ***sürücüsü*** *iken meydana gelen* ***tek yanlı kazada*** *öldüğünü bildirerek, ıslahla artırılan destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline istemiştir.*

Davalı (Sigorta Şirketi) vekili, trafik kazasında araç işleteninin kusuru bulunmadığından müvekkilinin sorumluluğuna başvurulamayacağını savunmuştur.

Mahkemece, bilirkişi raporuna dayanılarak, davacılar murisi olan sürücünün %70, Karayolları İdaresi'nin ise %30 kusuru ile meydana gelen trafik kazasında işletene yüklenebilecek kusurun bulunmaması nedeniyle

davalı (Sigorta Şirketi'nin) sorumlu olmadığı gerekçesiyle ve oyçokluğuyla davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava, davalı şirkete Zorunlu Mali Sorumluluk Poliçesi ile sigortalı bulunan aracın, davacıların murisi tarafından kullanıldığı sırada meydana gelen trafik kazası sonucu sürücünün ölmesi nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini istemine ilişkindir.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında sigortacı, işletenin2918 sayılı KTK'nın 85/1. madde hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu aynı Kanun'un 91/1 maddesi uyarınca üstlenmiştir. Aynı Kanun'un 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bent hükümlerinde işletenin eşinin, usul ve fürunun, kendisine evlât edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin teminat dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının üçüncü kişilere verilecek zararların güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı olmaktadır.

Ne var ki, sözü edilen maddede bedensel zararlardan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Doktrinde, bu tarz düzenleme nedeniyle, ***işletenin yasada sayılan yakınlarının uğramış oldukları bedensel zararların ZMSS güvencesi içinde kaldığı kabul edilmektedir.*** (Bkz. Dr. S. Arkan, Sigorta Hukuku Dergisi, C.1, sayı:3-4, sf. 260; Ç.Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ank.1989, sf. 86 vd.; Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3. Bası, Ankara, Ekim/2002, sf. 669) *Dairemizin 16.02.1990 tarih ve 825-963 sayılı kararı da bu yöndedir. Bu durumda anılan yönlerin işleten sıfatı olmayan* ***sürücünün*** *aynı derecedeki* ***yakınları için de*** *geçerli olduğunun kabulü gerekir. Zira, sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı Kanunun 92. maddesinde araç sürücüsünün aynı derecedeki yakınlarının bu kapsamın dışında kaldığına ilişkin hüküm bulunmadığı gibi, sigorta poliçesi genel şartlarında da bu yolda bir sınırlama getirilmemiştir. O halde* ***sürücünün aynı derecedeki yakınlarının da murislerinin ölümü nedeniyle bedensel zararlar kapsamında olan destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin Trafik Sigortacısından istemde bulunabileceği*** *ilke olarak benimsenmelidir.*

İşletenin ve sürücünün aynı derecedeki yakınlarının *trafik sigortacısı karşısında,* ***bedensel zararlar bakımından üçüncü kişi durumunda olduklarının*** *kabulünün gerekmesine göre, yoksun kalınan destek tazminat miktarından poliçe limitini geçmemek kaydı ile bu* ***sigortacı sorumlu tutulmalıdır.*** *Zira, işleten ve sürücü yakınlarının murisin ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle,* ***miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup****, Sigorta Hukuku çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir. O halde, mahkemece,*

davacıların uğradıkları maddi zararın belirlenerek poliçe limitini geçmemek kaydıyla hüküm altına alınması gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

11.HD. 22.11.2007, E. 2007/7631 K.2007/14679

(11) Sürücünün tek taraflı yaptığı kaza sonucu eşinin ölümü nedeniyle, kendisi destek tazminatı isteyemez ise de, çocukları, annelerinin ölümünden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler.

Davacılar vekili, davalı sigorta şirketi tarafından Zorunlu Trafik Sigorta Poliçesi düzenlenen aracın, davacılardan M.A.yönetiminde iken meydana gelen tek yanlı kazada davacıların eş ve anneleri S.A'nın öldüğünü, poliçe limitinin davalı sigorta şirketi tarafından ödenmesi gerektiğini ileri sürerek tazminat istemiştir.

Davalı Sigorta vekili, olayda hatır taşıması bulunması nedeniyle zararın poliçe limiti dışında kaldığını,bununla birlikte kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacı sürücünün olayda yüzde yüz (%100) kusurlu olduğu, işletenin herhangi bir kusurunun olmadığı, dolayısıyla sigortacının da sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1) Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirkete Zorunlu Trafik Sigortası ile sigortalı araçta sürücü olarak bulunan davacılardan M.A'nın meydana gelen kazada hayatını kaybeden eşi S.A'dan dolayı kendisi ve çocukları için tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

*Bilindiği üzere, KTK'nın 91. maddesi ile işletenlerin aynı Yasa'nın 85/1. maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere Trafik Sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartları'nın sigortanın kapsamını düzenleyen 1. maddesinde "sigortacı, bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı KTK'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği" öngörülmüş ve yine KTK'nın 92. maddesinde de, anılan sigortanın kapsamı dışında kalan hususlar belirtilmiştir. Bütün bu düzenlemelerden bu tür sigortalarda, sigorta teminatı altına alınan zararların **üçüncü kişilerin** beden ve mallarında meydana gelen zararların olduğu tartışmasız bir husustur. Dava konusu olayda, davacı M.A'nın, murisi ve desteği olan **eşi, kendisinin kullandığı araçta yolcu iken,** davacının **tek taraflı** olarak meydana getirdiği **kazada** hayatını kaybetmiştir. Ölen kişi, yukarda belirtilen hükümler uyarınca **üçüncü kişi** ise de, anılan davacı (sürücü), kendi kusuruna dayanarak tazminat isteminde bulunduğu-*

na göre, davalı Sigorta Şirketi karşısında üçüncü kişi durumunda olmayıp, kazaya (zarara) bizzat sebep olan kişi olduğundan ve KTK'nın 92/a maddesine göre, işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kişilere karşı yöneltebileceği istekler Zorunlu Sorumluluk Sigortası kapsamı dışında tutulduğundan ve tazminat isteminde haklı bulunmadığından, mahkemece, davacı (sürücü) M.A'nın davasının reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

2) Ancak,kazada ölen S.A, yukarda açıklandığı şekilde davalı Sigorta Şirketi karşısında ***üçüncü kişi*** *konumunda olup, ölümü nedeniyle zarara uğrayan (desteğinden yoksun kalan) davacı çocuklarının poliçe teminatını isteme hakları bulunmaktadır.*

O halde, mahkemece, (ölen kadının çocukları olan) davacılar M.A. ve M.C.A. yönünden işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

11.HD.20.06.2005, E.2004/9695 K.2005/6380[20]

(12) İşletenin ve sürücünün aynı derecedeki yakınları Trafik Sigortası karşısında,bedensel zararlar bakımından "üçüncü kişi" durumunda olduklarına göre, sürücü murisin kusuru ile işletenin varsa ayrıca oluşan kusuru toplamı kadar hukuki sorumluluk üstlenen Trafik Sigortacısından bu toplam kusur oranına isabet eden destek tazminatı miktarından, poliçe limitini geçmemek kaydı ile sigortacı sorumlu tutulmalıdır.

Çünkü, işleten ve sürücü yakınlarının murisin (desteğin) ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, sigorta hukuku ilkeleri çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin (desteğin) kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir.

Davacılar vekili, davacıların murislerinin kusurlu olmadığı trafik kazasında öldüğünü, davalılardan B.Sigorta'nın müvekkillerinin aracının Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısı, diğer iki davalının karşı araç sürücüsünün mirasçıları olduklarını ileri sürerek, her iki davacı için maddi ve manevi tazminatın davalılardan faiziyle birlikte tahsilini istemiştir.

Davalılardan B.Sigorta vekili, karşı araca ait poliçe bulamadıklarını savunarak, davanın husumetten reddini istemiştir. Davalılardan A.Sigorta davaya yanıt vermemiştir. Diğer davalılar vekili, kazada üçüncü bir aracın kusurlu olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunmalar, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, hasar bedeli ile manevi tazminat isteklerinin aynen ve maddi tazmi-

---

(20) Parantez içindeki açıklayıcı bölümler karar metninde olmayıp, kolay anlaşılmasını sağlamak için tarafımdan eklenmiştir.

nat isteklerinin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı B.Sigorta ile diğer davalılar temyiz etmiştir.

Dava, 2918 sayılı KTK kapsamında haksız eyleme dayalı maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davalı B.Sigorta yönünden dava, ölen sürücünün desteğinden yoksun kalan haksahiplerinin, araç işletenin sorumluluğunu üstlenen Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına karşı, ölüm nedeniyle açtıkları tazminat davasıdır.

Davacılar ile davalı Sigorta arasındaki uyuşmazlık, trafik kazasında ölen sürücünün desteğinden yoksun kalanların üçüncü kişi sıfatıyla, aynı aracın işleteninden, dolayısıyla da onun hukuki sorumluluğunu üzerine alan sigortacıdan tazminat isteyip isteyemeyecekleri noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle bu davalının, davadaki konumuna göre, sorumluluğun belirlenmesi açısından bu hususta ilkeleri açıklamakta yarar vardır.

Bilindiği üzere, "Zorunlu Trafik Sigortasında sigortacı, işletenin 2918 sayılı KTK'nın 85/1.madde hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu aynı Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca üstlenmiş olup, gerek 85/1. madde hükmü ve gerekse Zorunlu Trafik Sigortası poliçesi Genel Şartları'nın 1.madde hükmü, ölüm veya bedensel zararlar yanında bir şeyin zarara uğraması halinin teminat kapsamında olduğunu öngörmüştür. Aynı Yasa'nın 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bent hükümlerinde ***işletenin yakınlarının*** *(eşi, çocukları, annesi, babası, evlâtlığı ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin) mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin teminat dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının* ***üçüncü kişilere verilecek zararların*** *güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı olmaktadır.*

Ne var ki, sözü edilen maddede ***bedensel*** *zararlardan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Doktrinde de, bu tarz düzenleme nedeniyle,* **işletenin** *yasada sayılan* ***yakınlarının*** *uğramış oldukları* ***bedensel zararların ZMSS güvencesi içinde kaldığı kabul edilmekte*** *olup, varılan bu sonucun, işleten sıfatı olmayan* ***sürücünün*** *aynı derecedeki* ***yakınları için de*** *geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira, sigortacının bu kapsamdaki sorumluluğunu sınırlayan aynı yasanın 92.maddesinde araç sürücüsünün aynı derecedeki yakınlarının bu kapsamın dışında kaldığına ilişkin hüküm bulunmadığı gibi, Sigorta Poliçesi Genel Şartlarında da bu yolda bir sınırlama getirilmemiştir. O halde* ***sürücünün aynı derecedeki yakınlarının da murislerinin ölümü nedeniyle bedensel zararlar kapsamında olan destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin Trafik Sigortacısından istemde bulunabileceği*** *ilke olarak benimsenmelidir. Esasen doktrinde de sürücü ve yardımcılarının işletene karşı tazminat isteminde bulunabilecekleri, dolayısıyla onun sigortacısının da sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir. (Bkz. Dr.S.Arkan, Sigorta Hukuku Dergisi, C.1, sayı:3-4, sf.260;*

Ç.Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ank.1989, sf.86 vd.) Nitekim, somut olayla ilgili olmamakla birlikte İMSS Genel Şartları'nın 3/c bendinde, bu noktada ***sürücü ve işleten arasında yakınlar bakımından bir ayrım yapılmamıştır.*** *Dairemizin 17.04.1995 tarih 2056-3648 sayılı, 15.05.2000 tarih 288-4194 sayılı, 15.03.2001 tarih 1244-1941 sayılı, 09.06.2003 tarih 269-6111sayılı, 20.06.2005 tarih 2004/9695-2005/6380 sayılı kararları, ölen sürücünün eşi ve çocuklarının bedensel zararlara ilişkin "****üçüncü kişi olarak****" dava hakkının varlığına ilişkindir.*

İşletenin ve sürücünün *aynı derecedeki* ***yakınları*** *Trafik Sigortası karşısında,bedensel zararlar bakımından "****üçüncü kişi"*** *durumunda olduklarına göre,* ***sürücü murisin kusuru ile işletenin varsa ayrıca oluşan kusuru toplamı kadar hukuki sorumluluk üstlenen Trafik Sigortacısından bu toplam kusur oranına isabet eden destek tazminatı miktarından, poliçe limitini geçmemek kaydı ile sigortacı sorumlu tutulmalıdır.*** *Zira, işleten ve sürücü yakınlarının murisin (desteğin) ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup, sigorta hukuku ilkeleri çerçevesinde ele alınması gerekeceğinden, murisin (desteğin) kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir. Bir başka deyişle,* ***muris sürücünün kazadaki kusur oranı ile bu kusurun dışında kalan işletenin ayrıca oluşabilen varsa kusur oranının belirlenmesi, olaya neden olan başka bir davalı ya da dava dışı bir başka araç varsa, müteselsilen (ortaklaşa zincirleme) tahsil isteminin varlığı halinde, bunların kusurunun da toplanması, poliçe limiti aşılmadan tahsile karar verilmesi gerekecektir.***

Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde ise davacıların murisi olan araç sürücüsünün olayda kusurlu olmadığının çekişmesiz olmasına göre, davalı B.Sigorta bakımından, sigortalı aracın sürücüsünün kusurlu olmaması nedeniyle davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

11.HD. 27.10.2005, E.2004/12632 K.2005/10414

(13) Kendi kullandığı araçla tek yanlı kaza yapan ve bu kazada eşini yitiren sürücü, destek tazminatı isteyemez ise de, annelerinin desteğinden yoksun kalan çocuklar "üçüncü kişi" konumunda olduklarından, babalarının kullandığı aracın Sigortasından yararlanabilirler.

Davacılar vekili, davalı sigorta şirketi tarafından Zorunlu Trafik Poliçesi düzenlenen aracın, davacılardan Z.A. yönetiminde iken meydana gelen kazada eşi R.A.'nın hayatını kaybettiğini, davacıların destekten yoksun kaldıklarını, ölenin ***üçüncü kişi*** *olması nedeniyle sigorta teminatının ödenmesi gerektiğini ileri sürerek itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.*

Davalı vekili, işleten tarafından ileri sürülebilecek taleplerin sigorta kapsamı dışında olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, olayda davacı sürücünün ağır kusur ve kastının bulunmadığı, yol ve hava durumu nazara alındığında kazanın salt alkolün etkisi ile meydana gelmediği gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirkete Zorunlu Trafik Sigortası ile sigortalı araçta sürücü olarak bulunan davacılardan Z.A.'nın meydana gelen kazada hayatını kaybeden eşi R.A.'dan dolayı kendisi ve çocukları için tazminat isteyip isteyemeyecekleri noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, KTK'nın 91. maddesi ile işletenlerin aynı Yasa'nın 85/1. maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere Trafik Sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartları'nın sigortanın kapsamını düzenleyen 1. maddesinde "sigortacı, bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı KTK'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği" öngörülmüş ve yine KTK'nın 92. maddesinde de, anılan sigortanın kapsamı dışında kalan hususlar belirtilmiştir. Bütün bu düzenlemelerden bu tür sigortalarda, sigorta teminatı altına alınan zararların ***üçüncü kişilerin*** *beden ve mallarında meydana gelen zararların olduğu tartışmasız bir husustur.*

Dava konusu olayda, davacı Z.A'nın, murisi ve desteği olan ***eşi, kendisinin kullandığı araçta yolcu iken****, davacının* ***tek taraflı*** *olarak meydana getirdiği* ***kazada*** *hayatını kaybetmiştir.* ***Ölen kişi****, yukarda belirtilen hükümler uyarınca* ***üçüncü kişi*** *ise de, anılan davacı (sürücü), kendi kusuruna dayanarak tazminat isteminde bulunduğuna göre, davalı Sigorta Şirketi karşısında üçüncü kişi durumunda olmayıp, kazaya (zarara) bizzat sebep olan kişi olduğundan ve KTK'nın 92/a maddesine göre, işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kişilere karşı yöneltebileceği istekler Zorunlu Sorumluluk Sigortası kapsamı dışında tutulduğundan ve tazminat isteminde haklı bulunmamaktadır. O halde mahkemece, davacı (sürücü) Z.A'nın davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde bu davacı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.*

Ancak,kazada ölen muris R.A, yukarda açıklandığı şekilde davalı Sigorta Şirketi karşısında ***üçüncü kişi*** *konumunda olup, ölümü nedeniyle zarara uğrayan mirasçıları olan davacı çocuklarının poliçe teminatından talep hakları bulunmakta olup, mahkemece bu yönde verilen karar yerinde ise de, bu miktarların hüküm fıkrasında ayrı ayrı ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde gösterilmemesi de doğru görülmemiştir.*

11.HD.12.02.2007, E.2005/14332 K.2007/2015

(14) Sigortalı aracın sürücüsünün ölümü nedeniyle, desteğinden yoksun kalanlara sigortadan tazminat ödenmesine hükmedilmesinde bir yanlışlık bulunmamaktadır.

Davacı vekili, davalıya Trafik Sigorta poliçesiyle sigortalı aracın, davacıların murisinin kullanımındayken kazaya karıştığını, maddi zararlarının doğduğunu ileri sürerek her bir davacı için 1.500,00 YTL. tazminatın tahsiline karar verilmesi talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sigortalı aracın sürücüsünün davacıların murisi olduğunu, kazanın meydana gelmesinde tam kusurlu bulunduğunu, hiç kimsenin kendi kusuruna dayalı hak talep edemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporlarına göre, davalının Trafik Sigortacısı olduğu araç ile başka bir aracın kazaya karıştığı, sigortalı aracı süren davacılardesteğinin öldüğü, 6/8 oranında kusurlu bulunduğu, davacı eş için zararın belirlendiği ve taleple bağlı kalındığı gerekçesiyle davanın kabulü ile hesaplanan tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

Yukarda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına 15.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

11.HD. 15.07.2008, E.2007/694 K.2008/9411

VIII-YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NDE GÖRÜŞ DEĞİŞİKLİĞİ VE SON İKİ KARARIN İNCELENMESİ

1- Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nde görüş değişikliği:

Yukardaki yazımızın tamamlanmasından sonra, Özel Daire'nin 2008 yılı ikinci yarısında verilmiş iki yeni kararı elimize geçti. Bu kararlarda, 1988 yılından başlayarak (20) yıldan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülmekte olan yerleşik içtihada, Öğretideki görüşlere ve en önemlisi Yasa'nın açık hükümlerine aykırı olarak "**birdenbire**" görüş değiştirildiğini ve Sigorta Şirketlerinin savunmaları doğrultusunda *"işleten ve sürücü yakınlarının Trafik Sigortası'ndan yararlanamayacakları"* sonucuna varıldığını hayretle gözlemledik.

Yerleşik içtihada ve Yasa hükümlerine aykırı bu kararlar şöyledir:

Yarg. 11.HD. 11.07.2008 gün E.2007/925 - K.2008/9359 sayılı kararında:

"Davacıların murisinin kullandığı araçla tam kusurlu olarak tek taraflı kaza sonucu ölümü nedeniyle, davacıların talep ettikleri destekten yoksunluk tazminatından, işletenin ve dolayısıyla onun sorumluluğunu üstlenmiş Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısının sorumlu tutulamayacağı" biçimindeki kararın gerekçesinde şunlar yer almıştır:

a) Destekten yoksunluk bir "yansıma zarar" olarak nitelendikten sonra, yansıma zarar görenlerin, destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olmalarının hukuken mümkün bulunmadığı;

b) Sürücünün ve dolayısıyla destek tazminatı isteyenlerin "kendi kusurlarından yararlanamayacakları", bu nedenle işletenin destek sağlayan kişiye karşı ileri sürebileceği defileri destekten yoksun kalanlara karşı da ileri sürebileceği;

c) İşletenin sorumluluğunu üstlenmiş olan sigortacının da, aynı biçimde, yansıma yoluyla oluşan destek tazminatı isteklerine karşı, işletenin destek sağlayan kişiye karşı ileri sürebileceği defileri, destekten yoksun kalanlara karşı da ileri sürebileceği;

d) Bu nedenlerle, işletenin ve dolayısıyla onun sorumluluğunu üstlenmiş olan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortacısının sorumlu tutulmasının mümkün bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Yarg. 11.HD. 15.07.2008 gün E.2007/986 - K.2008/9410 sayılı kararında da:

"Destek zararı, ölenin değil, üçüncü kişilerin üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarardır. İşletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının, Trafik Sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığı açıkça düzenlenmediği gibi, Genel Şartlar'da da bu yolda bir sınırlamaya yer verilmemiştir. O halde, işletenin ölümü nedeniyle onun desteğinden yoksun kalanların Trafik Sigortacısından istekte bulunabilecekleri ilke olarak kabul edilmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, işletenin (olayımızda aynı zamanda sürücü olanın) kendi kusurundan yararlanmaması gerektiğidir. Yansıma yolu ile zarar görmüş olan destek tazminatı isteyenlerin, kendilerine destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olabilmeleri hukuken mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla destek tazminatı isteminde bulunulması halinde, davalı zarar sorumlusunun, ölenin kusurlu olduğunu ileri sürerek, BK. m.44/1 maddesi gereğince tazminatın kusur oranında indirilmesini istemesi mümkündür. Zira, destekten yoksun kalma nedeniyle zararın giderilmesi isteminde bulunulması halinde, birlikte kusurun varlığı esas itibariyle istemde bulunanın değil, ölenin davranışına göre belirlenir.

Bu durum karşısında, davacıların desteği, davalının Trafik Sigortacısı bulunduğu aracın işleteni ve sürücüsü olan kişinin tek taraflı olarak kendisinin yaptığı kazada öldüğü, tam kusurlu bulunduğu, davalı Trafik Sigortacısının bir sorumluluğu olmadığı dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir" denilmiştir.

2- Kararların eleştirilmesi:

Özel Daire'nin yukarda açıklanan iki kararını Yasa hükümlerine, Sigorta Genel Şartlarına, hukukun temel kurallarına, suçların ve cezaların kişiselliği ilkesine aykırı buluyoruz. Şöyle ki:

a) 2918 sayılı KTK 92/b ve Trafik Sigortası Genel Şartları A.3-c maddeleri "**yorumu gerektirmeyecek kadar**" açıktır.

Yasa hükmü, tartışılamayacak kadar açık, anlaşılır ve net ise, yasalar, öncelikle "**sözüyle ve özüyle**" uygulanacaktır. (MK.m.1) Bu gibi durumlarda **yorum yapılamaz.**

b) 2918 sayılı KTK'nın 92/b maddesinde, işleten ve sürücü yakınlarının (eşi, çocukları, annesi, babası, kardeşlerinin) **"her türlü zararları"** değil, yalnızca **"mallarına"** gelen zararlar sigorta kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle anılan yakınların, "**destekten yoksunluk**" ve "**bedensel zararlar**" nedeniyle Trafik Sigortası'ndan tazminat isteme hakları bulunmaktadır. Çünkü, bu tür zararlar onların "**kişisel zararları**"dır. Sürücü, yüzde yüz kusurlu olsa bile, işleten, (Yasa gereği) onun kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olduğundan (KTK m. 85/Son) ve işletenin bu sorumluluğunu belli bir oranda sigortacı üstlenmiş bulunduğundan (KTK m.91 vd), tazminatın ödenmesi yasal bir zorunluluktur.

c) İşleten ve sürücü yakınlarının bedensel ve destekten yoksunluk zararlarının değil, yalnızca "**mallarına**" gelen zararların sigorta güvencesi dışında bırakılmasının mantıklı bir açıklaması vardır. O da "**mallar**"ın **miras konusu** olabilmesidir. Oysa, işleten ve sürücü yakınları da olsalar, bu gibi kişilerin bedensel zararları ile destekten yoksunluk nedeniyle tazminat isteme hakları, işleten veya sürücüden (muristen) intikal eden bir hak değil, kendi kişilik haklarına sıkı sıkıya bağlı ve **kendi kişiliklerinde oluşan** haklardır.

d) Anılan yakınlar, **destekten yoksunluk ve bedensel zararlar** söz konusu olduğunda "**üçüncü kişi**" konumundadırlar. Çünkü, bu tür zararlar onların "**kendi zararları**"dır ve tazminat isteme hakları, miras veya herhangi bir yolla başkalarından geçen bir hak değil, **kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı** bir haktır. Burada "kimse kendi kusurundan yararlanamaz" ilkesi, sürücünün veya işletenin yakınlarına uygulanamaz. Çünkü, suç ve cezaların kişiselliği nedeniyle **"yansıma kusur" olmaz.** (5237 sa.TCK.m.20) Bu konuda bir Yargıtay kararında: *"Babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz"* denilmiştir. (11.HD.17.06.1988, 4590-4049) (YKD.1988/11-1534)

e) Gene bir Yargıtay kararında: *"İşleten ve sürücü yakınlarının murisin ölümünden doğan zararlarına ilişkin istemleri, üçüncü kişi olmaları nedeniyle, miras hukuku ilişkisinden bağımsız istemler olup,* ***Sigorta Hukuku ilkeleri çerçevesinde*** *ele alınması gerekeceğinden, murisin kusuru oranından yararlanmamaları gerektiği artık söylenemeyecektir. Bir başka deyişle,* ***muris sürücünün kazadaki kusur oranı ile bu kusurun dı-***

şında kalan işletenin ayrıca oluşabilen kusuru *varsa kusur oranının belirlenmesi,* ***olaya neden olan başka bir davalı ya da dava dışı başka bir araç varsa, ortaklaşa ve zincirleme (müteselsilen)*** *tahsil isteminin de varlığı halinde, bunların* ***kusurlarının toplanması****, poliçe limiti aşılmadan tahsile karar verilmesi gerekecektir"* denilmiştir. (Yarg.11.HD. 16.10.2006, E.2005/9766 K.2006/10349)

f) Öğretide de görüşler bu yönde olup şöyle denilmiştir: "*Bilindiği üzere, "Zorunlu Trafik Sigortasında sigortacı, işletenin 2918 sayılı KTK'nın 85/1.madde hükmünde yazılı hukuki sorumluluğunu aynı Yasa'nın 91/1.maddesi uyarınca üstlenmiş olup, gerek 85/1.madde hükmü ve gerekse Zorunlu Trafik Sigortası poliçesi Genel Şartları'nın 1.madde hükmü, ölüm veya bedensel zararlar yanında bir şeyin zarara uğraması halinin teminat kapsamında olduğunu öngörmüştür. Aynı Yasa'nın 92/b ve Poliçe Genel Şartları A.3-c bent hükümlerinde* ***işletenin yakınlarının*** *(eşi, çocukları, annesi, babası, evlâtlığı ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin) mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin teminat dışı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ZMSS'nın asıl amacının* ***üçüncü kişilere verilecek zararların*** *güvence altına alınması ilkesinin bir tekrarı olmaktadır.*

Ne var ki, sözü edilen maddede ***bedensel*** *zararlardan söz edilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu tarz düzenleme nedeniyle,* ***işletenin*** *yasada sayılan* ***yakınlarının*** *uğramış oldukları* ***bedensel zararların ZMSS güvencesi içinde kaldığı kabul edilmektedir.*** (Bkz. Dr.S.Arkan, Sigorta Hukuku Dergisi, C.1, sayı:3-4, sf.260; Ç.Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ank.1989, sf.86 vd.; Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 3.Bası, Ankara, Ekim/2002, sf.669)

Öğretiden alıntıladığımız yukardaki görüşler, Özel Daire tarafından da benimsenmiş; 1988 yılından başlayarak 2008 yılına kadar (20) yıl boyunca düzenli ve tutarlı bir biçimde bu yönde kararlar verilmiştir. Örneğin, 11.HD.16.02.1990 gün 825-963 sayılı karardaki görüş ve anlatım, 11.05.2005 gün 2004/10789 - K.2005/7481 sayılı, 27.10.2005 gün E.2004/12632 - K.2005/10414 sayılı ve 22.11.2007 gün 7631-14679 sayılı ve benzer kararlarda da belirtilmiş ve benimsenmiştir.

g) Bu konuda, Özel Daire'nin Onursal Başkanı **Sn. Işıl Ulaş'ın** "Uygulamalı Sigorta Hukuku" adlı kitabının 2.baskısı sf.572'de: "KTK 92/b maddesinde ***bedeni zararlardan*** bahsedilmemiş, sadece mal zararlarının güvence dışı olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Doktrinde, Yasa'nın bu düzenleniş tarzından dolayı işletenin Yasa'da sayılan **yakınlarının uğramış oldukları *bedensel zararlarının*** ZMSS güvencesi içinde kaldıkları kabul edilmektedir" açıklaması yapılmıştır.

h) İşte, Yasa'nın ve ona bağlı olarak Genel Şartlar'ın bu açık, kesin, emredici hükümlerine karşın, Sigorta Şirketlerinin itiraz ve savunmaları

doğrultusunda **Yasa hükmüne, Sigorta Hukuku'nun sosyal işlevine, hukukun temel ilkelerine ve yerleşik içtihada aykırı olarak** "işleten ve sürücü yakınlarının Trafik Sigortasından yararlanamayacakları" yönünde, 2008 yılının ikinci yarısında verilen iki kararı doğru bulmuyoruz.

i) Şunu bir kez daha belirtelim ki, Yasa'da açık veya örtülü bir hüküm bulunmadığı halde, **ölen desteğin veya kaza yapan kişinin kusuru**, destekten yoksun kalanların veya bedensel zarara uğrayanların kusuru imiş gibi, işleten ve sürücü yakınlarına "kimse kendi kusurundan yararlanamaz" ilkesinin uygulanmak istenmesi; "yansıma zarar" nitelemesine dayanılarak,"yansıma kusur-yansıma suç" anlamına gelecek bir görüşe yaslanılması **suçların ve cezaların kişiselliği temel ilkesine aykırıdır.** (5237 sa.TCK.m.20)

ı) Burada, 2918 sayılı Yasa'nın 85/Son ve 86/1. maddelerini anımsatarak, önemli bir noktayı da belirtelim. Şöyle ki:

aa) **Sürücü yüzde yüz "kusursuz" ise,** Yasa'nın 86/1. maddesine göre **işletenin** sorumluluğu yönünden **"nedensellik bağı"** kesileceğinden, Yasa'nın 91. vd. maddeleri gereği **sigortacı** da sorumlu olmayacak ve tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır.

bb) Buna karşılık, **sürücü yüzde yüz "kusurlu" ise,** Yasa'nın 85/Son maddesi gereği **işleten**, sürücünün kusurundan "**kendi kusuru gibi**" sorumlu olduğundan, işletenin bu sorumluluğunu Yasa'nın 91 vd. maddeleri gereği belli bir oranda **üstlenmiş** bulunan **sigortacı** da **"üçüncü kişi"** konumundaki **yakınların** (kendi kişiliklerinde oluşan) zararlarından sorumlu olacak ve (kusura katılımları söz konusu olmayan) yakınlara tazminat ödeyecektir.

k) Gelin, konuya bir de mantıksal açıdan bakalım ve somut örnekler üzerinde duralım:

Örnek: 1

Diyelim ki, eşler boşanmışlar ve çocukların velâyeti anneye verilmiştir. Baba, yargıcın kararı gereği, çocuklarını onbeş günde bir gelip almakta ve hafta sonunu birlikte geçirmektedirler. Bu geliş gidişlerden birinde baba arabasıyla kaza yapmış ve çocuklardan biri ölmüştür. Bu örnekte:

a) Ölen çocuğunun ilerdeki destekliğinden yoksun kalan annenin, eski kocasından tazminat isteme hakkı var mıdır? Kimse yoktur diyemez, elbette vardır. Kazayı yapan eski koca, çocuğunun destekliğinden yoksun kalan eski karısına "araç sahibi ve yüzde yüz kusurlu sürücü olarak" tazminat ödemekle yükümlü bulunduğuna göre, onun bu sorumluluğunu KTK m. 91'e göre üstlenmiş olan Sigorta Şirketi de tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bunu tartışmak ve tersini savunmak mantık dışına çıkmak olur.

b) Peki, boşanmış eş, çocuğunun ölümüne sebep olan eski kocasndan (dolayısıyla onun sigortacısından) tazminat isteyebildiğine göre, boşanmamış eş niye aynı tazminatı istemesin? Mal rejimi bunu gerektirmez mi?

Örnek:2

Baba, araç sahibi ve sürücü olarak kaza yapmış, bu kazada yetişkin çocuğu sakat kalmıştır. Bu örnekte:

a) Sigortacı, tazminat isteyen çocuğa "Seni baban sakatlamış, tazminatını git ondan iste" mi diyecektir?

b) Babasından ayrı kişiliği olan, bir başka deyişle "üçüncü kişi" konumundaki yetişkin çocuğa tedavi giderleri ödenmeyecek midir?

SONUÇ

Yasa'nın açık hükümleri karşısında, Yasa değişmediği sürece, aksi yönde verilen ve verilecek olan kararlar onarılmaz haksızlıklara yol açacaktır. Yerel mahkemelerin bu tür kararlara karşı direnmeleri yasal bir zorunluluktur.

"ALACAKLILARA ZARAR VERMEK KASDI İLE YAPILAN (HİLELİ) TASARRUFLARDAN DOLAYI" İPTÂL*

*(İİK m. 280**)*

Talih UYAR

İİK m. 280'de *malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmeyen borçlunun, alacaklarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm (hileli) tasarrufların iptale tâbi olduğu* belirtilmiştir.

I- Maddenin kenar başlığında *"zarar verme kasdından dolayı iptal"* denilmiş ve maddenin metninde *"hileli tasarruflar"* deyimine yer verilmemiş ise de, maddenin içeriğinden, *borçlunun geniş anlamda hileli tasarruflarının iptalinin* amaçlandığı anlaşılmaktadır.[1]

(*) Dergimizin 2008/5. sayısında yayınlanan bu makale, teknik hatadan kaynaklı nedenlerle dipnotsuz olarak çıkmıştır. Düzeltir, yazarından ve okurlarımızdan özür dileriz.

(**) Zarar verme kasdından dolayı iptal

Madde: 280 – "Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.

Üçüncü şahıs, borçlunun karı veya kocası, usul veya füruu ile üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hısımları (bu dereceler dahil) evlât edineni veya evlâtlığı ise borçlunun 1'nci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilâfını üçüncü şahıs ancak 279'ncu maddenin son fıkrasına göre ispat edilebilir.

Ticari İşletmelerin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızrar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızrar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur. Bu karine, ancak iptâl davasını açan alacaklıya devir satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu bu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılaını temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilân olunduğunu ispatla çürütülebilir."

(1) KURU. B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:1205

Madde, 1.7.2003 tarihli 4949 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda bugünkü şeklini almıştır.[2]

II- *«Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun ve zarar verme kasdının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilmelidir.»* (İİK m. 280/I, c:1).

Bu madde uyarınca, borçlunun *alacaklarına zarar verme kasdıyla yapmış olduğu hileli işlemlerin (tasarrufların)* iptal edilebilmesi için[3];

a) *Borçlunun malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmemelidir.*

b) *Borçlu, alacaklılarına zarar verme (mal kaçırma) kasdı ile üçüncü kişilerle tasarrufta (işlemde) bulunmuş olmalıdır.*[4]

c) *Borçlunun tasarrufta (işlemde) bulunduğu üçüncü kişiler iyiniyetli (MK m. 3) olmamalıdır.*[5] Borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun (yani; borçlunun malvarlığının borçlarını karşılamadığının) ve alacaklılarına zarar verme kasdının, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişilerce bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emareler (karineler) olmalıdır. Yani, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi, borçlunun kasdını biliyor olmalıdır.[6]

---

(2) Uygulamada, özellikle ekonomik kriz zamanlarında, borçlarını ödemek için mallarını paraya çevirmek isteyen borçluların çok sayıda olması sebebiyle, malların normal değerlerinden daha aşağı fiyatlarda satıldığı herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu gibi durumlarda, 'iyiniyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudun eksiltilmesi' şeklinde ifade edilen ölçütün objektiflikten uzak olması birçok alıcının mağdur olmasına yol açmaktadır. Kaynak İsviçre Kanununda da ifadesini bulan 'alacaklılara zarar verme kastı' ise, maddenin gerçek amacını daha iyi ifade ettiğinden, 280 inci maddenin birinci fıkrası bu amaca uygun olarak yeniden düzenlenmiştir." (Hükümet Gerekçesi)

280. maddenin 2. fıkrası 4949 s. K. m. 103 ile yürürlükten kaldırılmıştır: "...İcra ve İflâs Kanununun 280 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Borçlunun birinci fıkrada tasarrufu, alacaklıları ızrar kasdiyle yapması ve kasda üçüncü şahsın vukufu hâlinde, tasarruf tarihi ne olursa olsun batıl sayılır." hükmü yürürlükten kaldırılarak, iptal davası için öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre bu durumda da geçerli olduğundan ve aslında dava açma süresi azamî beş yıl ile sınırlı olduğundan ve maddede yer alan iki yıllık sürenin 285 inci maddedeki süreye uyumlu hâle getirilmesi nedeniyle bu değişikliğin yapılması... amaçlanmıştır." (Hükümet Gerekçesi)

(3) MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 2005, s:1206 vd. - GÜNEREN, A. İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları, 2004, s:1141

(4) Bknz: 15. HD. 1.6.2004 T. E:2584/3054 - 19.6.2003 T. 1572/3331 - 26.12.2002 T. 6026/6188 - 14.1.2002 T. 5617/76 vb.

(5) Bknz: 17. HD. 25.10.2007 T. 4800/3213 - 19.7.2007 T. 3405/2424; 15. HD. 10.6.2002 T. 2621/3111 - 15. HD. 23.1.2007 T. 5878/255 - 11.5.2005 T. 532/2327- 3.3.2005 T. 2904/1202 - HGK. 13.11.2002 T. 846/907 - 15. HD. 10.6.2002 T. 2621/3111 - 19.11.2001 T. 5312/5295 - 23.1.2001 T. 5126/399 - 9.10.2000 T. 2121/4307 - HGK. 15.5.1996 T. 15-190/335 - 13. HD. 20.10.1981 T. 3944/6559 - 12. HD. 12.2.1981 T. 7089/918

(6) Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 4394/3010 - 1.10.2007 T. 3595/2888 - 17.7.2007 T. 3129/2526 - 9.7.2007 T. 2474/2410 - 15. HD. 30.5.2006 T. 422/3181 - 4.10.2005 T. 4505/5179 - 2.3.2005 T. 5544/1162; 7.4.2003 T. 5761/1777 - 13.4.2004 T. 1152/2104 - 19.2.2004 T. 3776/866 - 25.12.2003 T. 6208/6281 - 17.12.2003 T. 4474/6082 - 11.12.2003 T. 6103/5948 - 27.6.2003 T. 2502/3534 - 25.6.2003 T. 2663/3493 - 23.6.2003 T. 1227/3398 - 24.3.2003 T. 787/1493 - 19.12.2002 T. 5887/6046 - 14.11.2002 T. 4887/5209 - 4.5.2002 T. 1689/2497 - 20.2.2002 T. 522/834 - 27.6.2001 T. 2502/3534 - HGK. 11.4.2001 T. 15-229/352 - 5.10.1999 T. 3252/3475 - HGK. 15.5.1996 T. 15-190/335 - 26.1.1988 T. 2592/211 - 13. HD. 20.10.1981 T. 3944/6559 - 12. HD. 12.2.1981 T. 7089/918

Borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdı ile yaptığı (hileli) tasarrufların iptal edilebilmesi için; az önce belirttiğiniz emarelerin (karinelerin) varlığı davacı -alacaklı tarafından[7] *her türlü delille-* özellikle; yaşam deneyi kuralları ile, hayatın olağan akışı ile[8,9] - ispat edilebilir. Burada *«tam ispat»* aranmayıp, *«yaklaşık ispat»* kuralları ile yetinilir.[10]

Yüksek mahkeme, buraya kadar belirttiğimiz -yani; İİK m. 280/I kapsamındaki- konularla ilgili olarak;

• *«Dava konusu lokantayı borçludan satın alan üçüncü kişinin, lokantanın icar (kira) bedellerinin lokantanın önceki maliki takip borçlusuna ödenmesine sessiz kalmasının, kendisinin kötüniyetli ve satışın muvazaalı sayılmasına neden olacağını"*[11]

• *«Tasarrufa konu lokantayı borçludan satın alan üçüncü kişinin, burasını tekrar borçlunun babasına -kira bedellerini bizzat almadan- kiralaması halinde iyiniyetli sayılmayacağından mahkemece verilen iptal kararının isabetsiz sayılmayacağını"*[12]

• *«Taşınmaz devrinin, bedel karşılığı değil borca karşılık ödeme maksadıyla yapılmış olması ve taşınmazı devralan üçüncü kişinin borçlunun ekonomik durumunu bilen ya da bilmesi gereken kişilerden olması halinde, İİK 279/2 ve 280/I uyarınca devrin iptaline karar verilmesi gerekeceği"*[13]

• *«Borçlular ile işlemde bulunan üçüncü kişi şirketin bir kısım ortakları arasında akrabalık ilişkisinde bulunması halinde, İİK 280/I ve II uyarınca, borç tarafından davalı üçüncü kişiye yapılan devir işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[14]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'iş arkadaşı/ ticari ilişkisi bulunan kişi' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğunda borçlu ile kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[15]

• *«Davalı borçlunun konkordato talebinin (ekonomik durumunun) diğer davalı üçüncü kişi tarafından bilinmiyor olması halinde mahkemece -İİK 280/I uyarınca tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[16]

---

(7) Bknz: 15. HD. 5.7.2006 T. 2786/4194; HGK. 21.12.2005 T. 15-625/736; 15. HD. 25.6.2003 T. 2619/3490; 9.6.2003 T. 441/3358; 18.9.2002 T. 3826/3946 vb. - 15. HD. 13.4.2004 T. 1152/2104 - 11.5.2000 T. 532/2327 - 6.4.1994 T. 260/2072 - 21.11.1989 T. 2793/4876

(8) KURU, B. age. s:1206

(9) Bknz: 15. HD. 20.3.1996 T. 113/1544 - 20.9.1995 T. 3945/4845 - HGK. 29.12.1993 T. 15-647/880 - 15. HD. 23.12.1992 T. 6248/6216

(10) PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku, 5. Bası, 2007, s:588

(11) Bknz: 17. HD. 25.10.2007 T. 4800/3213

(12) Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 3751/3004

(13) Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 3494/3010

(14) Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 3240/2888

(15) Bknz: 17. HD. 1.10.2007 T. 3129/2526

(16) Bknz: 17 HD. 17.7.2007 T. 3129/2526

• *«İİK'nun 280 (ve 278/III-1.) maddelerinin uygulandığı durumlarda tasarruf konusu taşınır ya da taşınmazlara değer tesbitine gerek bulunmadığını"*[17]

• *«İptal davasına konu olan 'ev' ve 'araç'ın, borçlu tarafından üçüncü kişilere satılmış olmalarına rağmen, bunların borçlunun elinde bulunup, borçlu tarafından kullanılıyor olmaları halinde, davalı üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılamayacakları ve kendilerine yapılan tasarrufun İİK 280 uyarınca iptali gerekeceğini"*[18]

• *«Dava konusu markayı, borçlu şirketten devir (satın) almış olan üçüncü kişi şirket ile borçlu şirketin ortaklarının ve temsilcilerinin aynı kişiler ve kardeş olmaları halinde, davalı üçüncü kişinin borçlunun durumunu ve alacaklılarını ızrar kasdını bildiği farzedilerek yapılan satış işleminin -İİK 280/I uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[19]

• *«Aynı köyden oldukları iddia edilen davalılar arasındaki yakın ilişkinin araştırarak davalı üçüncü kişinin diğer davalı borçluların aciz halinde bulunup bulunmadığını bilip bilmediğini araştırılarak iyi niyetli değilse davanın İİK 280 uyarınca kabulüne aksi takdirde reddine karar verilmesi gerekeceğini"*[20]

• *«Davalının, borçlu ile hukuki işlemde bulunan kişi olmaması -dördüncü kişi olması- halinde, hakkında İİK'in 278. maddesinin değil, İİK 282. maddesi vasıtasıyla İİK'in 280. maddesinin uygulanacağını, bu durumda 'bu davalının kötüniyetli olduğunun davacı alacaklı tarafından kanıtlanması halinde lehine yapılan tasarrufun iptali gerekeceğini"*[21]

• *«İşlem tarihinden itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takip yapılmış olması koşuluyla İİK 280 uyarınca tasarrufun iptaline karar verilebileceğini"*[22]

• *«Davalı (borçlu) kooperatifin, davacıya olan kesinleşmiş borcunu ödemeden ortaklarına tapuda devir yapması ve borcunu ödememesinin iyiniyetli bir davranış olarak kabul edilemeyeceğini, kooperatifin ortakları olan diğer davalılar 'borcun varlığını' bilmesi gereken kişilen olmaları nedeniyle borçlu kooperatifin bu kişilere yapmış olduğu tasarrufun İİK 280 uyarınca iptali gerekeceğini"*[23]

• *«Cevap dilekçesinde 'müvekkilinin borçluyu tanıdığını, ekonomik durumunun kötü olduğunu bildiğini, dava konusu bağımsız bölümü bedelini ödeyerek iyiniyetle satın aldığını beyan etmiş olan davalı vekilinin, bu be-*

---

(17) Bknz: 17. HD. 12.7.2007 T. 2781/2472

(18) Bknz: 17. HD. 10.7.2007 T. 3405/2424; 10.6.2002 T. 2621/3111

(19) Bknz: 17. HD. 9.7.2007 T. 2474/2410

(20) Bknz: 15. HD. 23.1.2007 T. 5878/255

(21) Bknz: 15. HD. 5.7.2006 T. 2786/4194; HGK. 21.12.2005 T. 15-625/736; 15. HD. 25.6.2003 T. 2619/3490; 19.6.2003 T. 441/3358; 18.9.2002 T. 3826/3946 vb.

(22) Bknz: 15. HD. 27.6.2006 T. 1517/3956; 24.11.2005 T. 1121/6310; 29.12.2003 T. 6284/6324

(23) Bknz: 15. HD. 30.5.2006 T. 422/3181

yanı çerçevesinde 'borçlu B'nin ekonomik durumu hakkında bilgi sahibi olduğu halde taşınmazını ondan satın almasının' İİK 280/I uyarınca iptal nedeni olduğunu"[24]

• *«Satışın kısa aralıklarla yapılmış olmasının, satın alan kişinin (kişilerin) değil, olsa olsa onlara satan kişinin kötüniyetli olduğunu göstereceğini"*[25]

• *«Borçlu ile dördüncü kişi arasında hukuki ve fiili organik bağ bulunması halinde, borçlunun alacaklıyı ızrar kastıyla hareket ettiği, tasarrufun da bu amaçla yapıldığının ve dördüncü kişinin de borçlunun kastını bilerek dava konusu taşınırı/taşınmazı devraldığının ve iyiniyetli olmadığının kabulü gerekeceğini"*[26]

• *«Borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişinin borçlunun muhasebecisi olması halinde, borçlunun mali durumunu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmesi gereken kişi konumunda olduğundan, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin İİK 280/I uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[27]

• *«İİK 278-280'de iptal edilebilecek tüm tasarrufların sayılarak belirtilmemiş olduğunu, bunların tayinin hakimin takdirine bağlı olduğunu, dava dilekçesinde İİK'nun 278, 279 ve 280. maddelerinden hangisine dayanıldığının belirtilmesinin zorunlu olmadığını, dilekçede bu maddelerden birisi gösterilmiş olsa bile mahkemenin bununla bağlı olmadığını"*[28]

• *«Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin 'borçlunun zarar verme kastını bildiğine' dair dosyada bir delil bulunmadığından, İİK 280 uyarınca (da) yapılan işlemin iptaline karar verilemeyeceğini"*[29]

• *«İİK 280/I uyarınca 'borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişi tarafından bilindiği ya da bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu isbat edilmedikçe, yapılan tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini"*[30]

• *«Dava konusu taşınmazı borçlunun sattığı kişiden satın almış olan dördüncü kişi hakkındaki iptal isteminin kabul edilebilmesinin, 'borçlunun mal kaçırma amacıyla taşınmazı sattığını bilerek taşınmazı satın aldığının isbatına bağlı olduğunu, satın aldıktan sonra dairede bulunan kişinin oturmasına muvafakat edilmesinin tek başına satın alanın kötüniyetini isbata yeterli olmayacağını"*[31]

---

(24) Bknz: 15. HD. 4.10.2005 T. 4505/5179
(25) Bknz: 15. HD. 11.5.2005 T. 532/2327
(26) Bknz: 15. HD. 3.3.2005 T. 2904/1202
(27) Bknz: 15. HD. 2.3.2005 T. 5544/1162; 7.4.2003 T. 5761/1777
(28) Bknz: 15. HD. 16.2.2005 T. 5141/808
(29) Bknz: 15. HD. 1.6.2004 T. 2584/3054
(30) Bknz: 15. HD. 13.4.2004 T. 1152/2104
(31) Bknz: 15. HD. 19.2.2004 T. 3726/866

• *«Borçlu şirketin kamyonetini satın almış olan üçüncü kişi cevabında 'şirket ortaklarından birinin kardeşi olduğunu, şirketin zor duruma düşmesi nedeniyle borç verdiğini, şirkete ait kamyoneti satın aldığını ...' bildirmiş olmakla, borçlunun durumunu bildiğini açıkça ortaya koymuş olduğundan, kendisine yapılan tasarrufun İİK 280/I uyarınca iptali gerekeceğini"*[32]

• *«'Borçlunun alacaklılarından mal kaçırma amacını' bildikleri isbatlanamayan ve borçlu ile doğrudan tasarrufta bulunmayan dördüncü kişiler aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini"*[33]

• *«Borçlunun eşi ile oğlunun işlemde bulunduğu dördüncü kişilerin borçlu ve diğer davalılarla aynı yerde oturuyor olmaları halinde alacaklının borçluya ait iş yerinde kaza geçirdiğini ve borçlunun durumunu bile bilecek durumda olmaları nedeniyle İİK 280 uyarınca davaya konu tüm tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[34]

• *«Cevap dilekçesinde 'borçlu şirketin ödeme güçlüğüne düştüğünü, temlik işlemlerini kendilerine bu yüzden yapıldığını' açıklamış olan davalının, borçlunun ödeme güçlüğü içine düştüğünü, iyiniyetli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla malvarlığını eksilttiğini bildiğini ikrar etmiş sayılacağını, kendisine yapılan tasarruf batıl olup iptali gerekeceğini"*[35]

• *«Davalı üçüncü kişinin cevap dilekçesinde 'borçlunun şirketin ödeme kabiliyetini kaybettiğini, borca batık olduğunu bildiğini' kabul etmiş olması ve dinlenen davalı tanıklarının da bu durumu tehdit etmesi nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK 280/I uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[36]

• *«İİK 280/I maddesinde bahsedilen maksadın 'borçlunun durumunun borçlu ile ilişkide bulunan kişi tarafından bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması' olduğunu"*[37]

• *«Davalı, davacı bankaya kefil sıfatıyla kredi borçlusuyken iyiniyetli bir şahıstan ve basiretli bir tacirden beklenemeyecek iş ve işlemlerle mevcudunu eksiltmek maksadıyla kurucusu olduğu vakfa devir yapıp muvazaalı tasarruflarda bulunduğundan, bu tasarrufların İİK 280 uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[38]

• *«Tasarrufun bedel karşılığı değil, borçlunun borcuna karşılık ödeme maksadıyla yapıldığı, üçüncü kişinin yapılan bu tasarrufla borçlunun mev-*

---

(32) Bknz: 15. HD. 25.12.2003 T.6208/6281

(33) Bknz: 15. HD. 17.12.2003 T. 4474/6082

(34) Bknz: 15. HD. 11.12.2003 T. 6103/5948

(35) Bknz: 15. HD. 27.6.2003 T. 2502/3554

(36) Bknz: 15. HD. 25.6.2003 T. 2663/3493

(37) Bknz: 17. HD. 21.1.2008 T. 5456/174; 15. HD. 8.7.2005 T. 4140/4129; 31.3.2005 T. 1012/1926; 28.3.2005 T. 6898/1819; 23.6.2003 T. 1227/3398

(38) Bknz: 15. HD. 19.6.2003 T. 1572/3331

cudunu eksilttiğini bildiği veya bilmesi gerektiğinden, olayda İİK'in 280/I maddelerinde iptal koşullarının gerçekleşmiş olduğunu"[39]

• *«Borçlu ile taşınmazı ondan satın alan üçüncü kişi şirket arasında 'organik bağ' bulunması halinde, üçüncü kişinin iyiniyetli kabul edilemeyeceğini ve üzerinde on yıllık kira şerhi bulunan taşınmazın satın alınmasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini"*[40]

• *«Bankadan «müşterek borçlu ve müteselsil kefil» sıfatıyla, borçlu birlikte kredi alan üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırmasından biliyor farzedileceğini"*[41]

• *«Borçlu tarafından üçüncü kişiye devredilen taşınmazlardan birinde halen borçlunun oturuyor olması, diğerinin kirasının ise borçlu tarafından alınıyor olması halinde, davalı üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırma amacını bildiğinin kabulü gerekeceğini"*[42]

• *«Tasarrufun iptali davası devam ederken ve alacaklının koydurduğu tedbir ve ihtiyati haciz tapu kaydında mevcut iken ve yine bu bilgiler satışa ilişkin akit tablosunda açıkça yer almakta iken, davalı üçüncü kişilerin taşınmazın ve borçlunun durumunu, kendilerine taşınmazı satan kişinin borçlunun annesi olduğunu bilmediklerinin kabul edilemeyeceğini ve davalıların 'iyiniyetli olduklarına' dair savunmalarına itibar edilemeyeceğini"*[43]

• *«Dava konusu 'ev' ve 'araç', üçüncü kişiye satılmış olmasına rağmen halen borçlunun elinde bulunuyor olmalarının, davalı konumundaki, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmadığını göstereceğini"*[44]

• *«Takip konusu alacağı ödeyecek malvarlığı bulunmadığını bildiren borçludan iptal konusu taşınmazı alacağına mahsuben satın alan 3. kişi alacaklının mal kaçırma kasdını bildiği kabul edileceğini"*[45]

• *«Davalının, taşınmazda paydaş olan diğer davalının eşinin dayısı olması nedeniyle, İİK'in 280. maddesinde hükme bağlanan butlan halinin olayda gerçekleştiğinin kabulü gerekeceğini"*[46]

• *«Alım satım işleminin taraflarının aynı ilçeden olması, dava dışı borçlunun satışta vekaleten işlem yapması, davalıların birbirlerini tanıyan kişiler olmaları halinde, İİK 280/I uyarınca borçlu ile işlemde bulunan kişilerin 'borçlunun mevcudunu eksilttiğinin kendilerince bilinebilir olduğu'nun kabulünü gerektireceğini"*[47]

---

(39) Bknz: 15. HD. 24.3.2003 T. 787/1493
(40) Bknz: 15. HD. 26.12.2002 T. 6026/6188
(41) Bknz: 15. HD. 19.12.2002 T. 5887/6046
(42) Bknz: 15. HD. 14.11.2002 T. 4887/5209
(43) Bknz: HGK. 13.11.2002 T. 15-846/907
(44) Bknz: 15. HD. 10.6.2002 T. 2621/3111
(45) Bknz: 15. HD. 29.5.2002 T. 2660/2868
(46) Bknz: 15. HD. 14.5.2002 T. 1689/2497
(47) Bknz: 15. HD. 20.2.2002 T. 522/834

• *«Taşınmazın kısa sürede el değiştirmiş olması ve taşınmazda halen borçlunun boşandığı eşinin oturmasının tasarrufun 'alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile yapıldığını' göstereceğini"*[48]

• *«Borçlu şirketin tüm hisselerini devralan kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacakların"*[49]

• *«Borçlu şirketin ödeme kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybettiğini, iyiniyetli bir kişiden veya basiretli bir tacirden beklenemeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiğini ve 'kendisinin de borçlunun bu durumunu bildiğini' belirten üçüncü kişiye yapılan tasarrufların İİK 280/I uyarınca iptali gerektiğini"*[50]

• *«Borçlunun malvarlığını davalı bankaya yakın tarihte satmış olması, borçlu ile banka arasında önemli kredi ilişkisinin bulunması karşısında, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken bankanın, borçlunun bu durumunu bilmesi asıl olup, böyle olunca da, İİK'nun 280. maddesindeki koşulların olutuğunun kabulü ile tasarrufun iptali gerekeceğini"*[51]

• *«Her ne kadar tüzel kişiler arasında akrabalık ilişkisi olmaz ise de tüzel kişi arasında organik bağ (devreden ve devralan şirketin ortakları arasında yakın akrabalık) bulunması halinde, malvarlığını devralan tüzel kişinin iyiniyetli olmadığı kabul edilerek, aralarında yapılmış olan tasarrufun İİK 280 uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[52]

• *«Dava konusu benzin istasyonunun satış bedeli ile rayiç değeri arasında fahiş bir fark bulunmaması halinde İİK 278/III-2'deki koşulun gerçekleşmemiş olacağını, ancak devredilen taşınmaz "ticari işletme" niteliğinde olduğundan, İİK 280/III uyarınca davalıya kanunda yer alan karineyi çürütme olanağının tanınıp, sunacağı deliller çerçevesinde karar verilmesi gerekeceğini"*[53]

• *«Davalıların, borçlularla doğrudan hukuki ilişkide bulunan kişiler olmamaları halinde, haklarında İİK 278. maddesinin değil İİK 280. maddesinin uygulanacağını"*[54]

• *«Davaya konu kooperatif hissesini borçludan devralan üçüncü kişinin, borçlunun eşinin yakın arkadaşı üçüncü kişiye devretmiş olması halinde, üçüncü kişinin dosya kapsamına göre borçlunun borca batık durumda olduğunu bilmesi gerektiğinden, mahkemece yapılan devir işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[55]

---

(48) Bknz: 15. HD. 14.1.2002 T. 5617/76
(49) Bknz: 15. HD. 19.11.2001 T. 5312/5295
(50) Bknz: 15. HD. 27.6.2001 T. 2502/3534
(51) Bknz: HGK. 11.4.2001 T. 15-339/352
(52) Bknz: 15. HD. 23.1.2001 T. 5126/399
(53) Bknz: 15. HD. 27.11.2000 T. 3263/5211
(54) Bknz: 15. HD. 1.11.2000 T. 2395/4754
(55) Bknz: 15. HD. 9.10.2000 T. 2121/4307

• *«İİK 280'e göre açılan iptal davalarında, 'davalıların kötü niyetli oldukları'nın davacı alacaklı tarafından isbatı gerekeceğini"*[56]

• *«Ödeme gücünü yitiren borçlunun iyiniyetli kimseden ya da basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksiltmesi, üçüncü kişinin de bu durumu bildiği veya bilmesi gereken hallerde tasarrufun iptali gerekeceğini; üçüncü kişinin 'durumu bilmesi gerektiği' hususunun olayların normal akışına bakılarak, mevcut fiili karinelere göre mahkemece takdir ve tayin edileceğini"*[57]

• *«Ödeme kabiliyetini kaybettiğini bildiği borçludan, taşınmazını gerçek değerinin altında satın alan üçüncü kişi aleyhine açılan iptal davasının kabulü gerekeceğini"*[58]

• *«Taşınmazı satın alan kişinin borçlu şirketin koordinatörünün eşi olması durumunda bu kişinin borçlu şirketin ödeme kabiliyetini kısmen de olsa kaybettiğini bilmediği bilmesi gerektiğinden iyiniyetli kabul edilemeyeceğini"*[59]

• *«Borçludan hacizli traktörü satın alan aynı köy halkından olan alıcının, borçlunun kötüniyetini bilmediğinin kabul edilmesinin, hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini"*[60]

• *«Borçlunun, malvarlığının bir kısmını -bir kooperatifteki hissesini - kendisinden alacaklı olan kişiye alacağına mahsuben devretmesinin, «iyiniyetli bir kişiden ve basiretli bir tacirden beklenemeyecek bir davranış» olup, İİK 280/I. uyarınca iptale tâbi olduğunu"*[61]

• *«Hakkında iflas kararı verilmiş olan borçlunun, hissedar olduğu taşınmazdaki hissesini diğer paydaşa satmayı vaad etmesinin -lehine vaadde bulunulan diğer paydaşın iyiniyetli sayılması hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden- İİK 280/I uyarınca iptale tâbi olacağını"*[62]

• *«Taşınmazlarını doğrudan doğruya annesine devretmeyen fakat bunları ahnesinin neredeyse sermayesinin tamamına sahip olduğu şirkete devreden borçlunun bu işlemlerinin iptale tâbi olduğunu"*[63]

• *«Borçlu hakkında konkordato mühleti verildiğinin ilanından sonra, borçlu tarafından yapılan tasarrufların iptale tâbi olduğunu"*[64]

• *«Mahkemece ipotek işleminin iptali için, «ipotekli alacaklının kötüniyetli olduğu»nun, davacı tarafından isbat edilmesi gerekeceğini"*[65]

---

(56) Bknz: 15. HD. 11.5.2000 T. 532/2327
(57) Bknz: 15. HD. 5.10.1999 T. 3252/3475
(58) Bknz: HGK. 26.6.1996 T. 15-305/514
(59) Bknz: HGK. 15.5.1996 T. 15-190/335
(60) Bknz: 15. HD. 20.3.1996 T. 113/1544
(61) Bknz: 15. HD. 16.10.1995 T. 3226/3686
(62) Bknz: 15. HD. 20.9.1995 T. 3945/4845
(63) Bknz: 15. HD. 4.7.1995 T. 3492/4139
(64) Bknz: 15. HD. 12.10.1994 T. 3307/5767
(65) Bknz: 15. HD. 6.4.1994 T. 260/2072

• *«İİK 280'e dayanan iptal davalarında, «taraflar arasında yakın ilişki» olup olmadığının ve üçüncü kişilerin borçlunun mal kaçırma amacıyla hareket edip etmediğini bilip bilmediklerinin araştırılması gerekeceğini"*[66]

• *«Davaya konu satışın, alacaklı bankaca hesabın katından önceki aya rastlaması durumunda, borçluların mevcutlarını azaltmaya yönelik tasarrufta bulunduklarını kabul etmeleri gerekeceğinden, alıcı davalı şirket ortaklarının, borçlularla olan yakınlıkları dolayısıyla bu durumu bildiklerinin varsayılması gerekeceğini"*[67]

• *«Borçlu tarafından oğula yapılan temliklerde, İİK 280/III'deki karinerin aksinin -yani; «iyiniyetli olduğu» hususunun- oğul tarafından isbat edilmesi gerekeceğini"*[68]

• *«Gerçek değerinden çok fazla -yaklaşık üç misli- bedelle taşınmazı satın alan üçüncü kişinin bu davranışının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği bu nedenle taraflar arasında "inançlı sözleşme" olduğunun kabulüyle -İİK 280/I, II- satış işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[69]

• *«Cevap dilekçesinde «borçlunun tediye kabiliyetini bildiğini» ikrar eden davalı üçüncü kişiye yapılan ivazlı tasarrufun iptali gerekeceğini"*[70]

• *«Davalı ve aracı satın alan şirketin ortakları ile aracı satan borçlu şirket ortaklarının aynı kişiler ve yakın akrabalar olması (organik bağ) sebebiyle borçlu şirketin ödeme güçlüğü içine düştüğünü, mallarını kaçırdığını bildikleri farzedileceğini, bu durumda yapılan satışın İİK 280/I-II uyarınca iptali gerekeceğini"*[71]

• *«Borçlu ile lehine tasarruf, yapılan kişinin -İİK m. 278'de belirtilen derecede akraba olmamaları halinde, lehine tasarruf yapılan kişinin kötüniyetli olduğu ispatlanmadıkça tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini"*[72]

• *«Borçlunun, «muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi» işleminin iptal davasına konu edebileceğini"*[73]

• *«Üçüncü el durumundaki davalı tapu maliklerinin, tapu kaydına dayanarak -henüz tapuya iflas şerhi yazılmadan- taşınmazı satın almış olmaları halinde, onların kötüniyetli olduklarının, davacı tarafça isbatı gerekeceğini"*[74]

---

(66) Bknz: 15. HD. 4.2.1994 T. 6387/558
(67) Bknz: HGK. 29.12.1993 T. 15-647/880
(68) Bknz: 15. HD. 27.9.1993 T. 2946/3954
(69) Bknz: 15. HD. 23.12.1992 T. 6248/6216
(70) Bknz: 15. HD. 10.12.1992 T. 5305/5888
(71) Bknz: 15. HD. 14.10.1992 T. 5009/4759
(72) Bknz: 15.HD. 31.10.1990 T. 3099/4480
(73) Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3260
(74) Bknz: 15. HD. 21.11.1989 T. 2793/4876

• *«Borçlu ortağın limited şirketteki hissesini devir alan diğer ortağın borçlunun «alacaklılarına zarar kasdıyla hareket ettiğini» bildiğinin farzedileceğini"*[75]

• *«Haciz tarihinden kısa bir süre önce, borçlunun ortaklıktaki payını üçüncü kişiye devir etmesinin, iptale konu olabileceğini"*[76]

• *«Borçludan taşınmazı satın alan üçüncü kişi ile bunun taşınmazı devir ettiği kişinin aynı şirkete ortak bulunmaları halinde, davalılar arasında «organik bağ»ın varlığının -ve dolayısı ile muvazaanın- kabulü gerekeceğini"*[77]

• *«Borçlunun, ortak olduğu işyerindeki hissesini, ortağının oğluna devretmesi halinde, işyerini devralan davacı 3. kişinin, borçlunun «alacaklılarını zarara sokmak kasdiyle hareket etmiş olduğunu» bilmediğini ileri süremeyeceğini"*[78]

• *«Olayların akışından, üçüncü kişinin «borçlunun varlığını eksiltmek amacı ile işlemde bulunduğunu» bildiği ya da bilmesinin gerektiği durumlarda, iyiniyet iddiasında bulunamayacağını"*[79]

belirtmiştir.

III- Kanun koyucu, İİK m. 280'de, alacaklıya düşen *ispat yükünü* kolaylaştırmak amacı ile iki karine koymuştur:

a) Birinci karine borçlunun yakın hısımları ile yaptığı hileli işlemlerde, «borçlu aleyhine» konulmuş olup; «borçlu ile tasarrufta (işlemde) bulunan üçüncü kişinin, borçlunun *karısı veya kocası, usul (üstsoyu) veya fürua (altsoyu)* ile *üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan* ve *sıhri (kayın) hısımı, evlât edineni* veya *evlatlığı* ise borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını bildiğinin farzedileceği» İİK m. 280/II'de öngörülmüştür.

Borçlu ile tasarrufta (işlemde) bulunan ve borçlunun yakın hısımı olan üçüncü kişi, bu karinenin aksini -yani; borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdı ile hareket etmediğini- ancak İİK m. 279/II'ye göre ispat edebilir.

Yüksek mahkeme, İİK m. 280/II'de öngörülen bu karine ile ilgili olarak;

• *«Davalı üçüncü kişinin diğer davalı borçlunun amcası (ya da yeğeni) olması halinde, üçüncü kişinin (amcanın) borçlunun (yeğeninin) yapmış olduğu tasarrufları 'alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığını-' bilmesi gerekeceğinden, borçlu ile amcası arasındaki tasarrufun İİK 280/I uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[80]

---

(75) Bknz: 15. HD. 26.1.1988 T. 2592/211
(76) Bknz: 15. HD. 24.12.1987 T. 3279/4596
(77) Bknz: 15. HD. 5.3.1986 T. 725/812
(78) Bknz: 13. HD. 20.10.1981 T. 3944/6559
(79) Bknz: 12. HD. 12.2.1981 T. 7089/918
(80) Bknz: 17. HD. 8.11.2007 T. 3027/3502; 1.11.2007 T. 2807/3338; 7.6.2007 T. 2237/1987

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'kuzeni' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[81]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'enişte-si' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[82]

• *«Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin 'kardeş' olmaları nedeniyle, davalı üçüncü kişinin borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilemeyeceğini kabul etmenin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden, borçlu ile kardeş arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[83]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'babası'/'annesi' (ya da 'kızı/oğlu') olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[84]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'görümcesi' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[85]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'bacanağı olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[86]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'kardeşinin kayınpederi' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[87]

---

(81) Bknz: 17. HD. 6.11.2007 T. 4050/3434

(82) Bknz: 17. HD. 1.11.2007 T. 1146/3332; 27.9.2997 T. 3409/2814

(83) Bknz: 17. HD. 1.11.2007 T.2 581/3337; 15. HD. 11.11.2003 T. 5210/3372; 7.10.2003 T. 3924/4591 vb.

(84) Bknz: 17. HD. 4.10.2007 T. 4352/2951; 24.9.2007 T. 3587/2756; 12.7.2007 T. 2591/2470 vb.

(85) Bknz: 17. HD. 1.10.2007 T. 3744/2879

(86) Bknz: 17. HD. 17.9.2007 T. 3738/2618; 28.5.2007 T. 1728/1813

(87) Bknz: 17. HD. 17.7.2007 T. 3425/3223

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'yengesi' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[88]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'kayınvalidesi' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[89]

• *«İİK'in 280. maddesinde sözü edilen 'davalılar arasındaki akrabalık, yakın arkadaşlık, ticaret ortaklığı ve bunun sonucu olarak davalıların alacaklıları ızrar kastıyla hileli tasarrufta bulundukları' ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, mahkemece tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini"*[90]

• *«Borçlunun teyzesi olan davalı üçüncü kişinin, bu yakın akrabalık nedeniyle borçlunun mali durumunun ve onun mal kaçırmak kastıyla hareket ettiğini bildiğinin kabul edilmesi gerekeceğini"*[91]

• *«İİK'in 280. maddesinde borçlunun yakın hısımları aleyhine bir karinenin öngörülmüş olduğunu, bu karineye göre maddede saptanan derecede yakınlığı bulunanların, borçlunun zarar verme kastını bildiğinin varsayıldığını"*[92]

• *«Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin yakın akraba olmaları, tüm satışların kısa zaman aralıkları ile yapılmış olması, taşınmazlar üzerinde çok sayıda ipotek ve hacizlerin bulunması halinde, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin iyiniyetinden söz edilemeyeceğini, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak kastıyla hareket ettiğinin bu kişilerce biliniyor olmasının kabulü gerekeceğini"*[93]

• *«Davalının ölen kocası ile borçlunun karısının kardeş olmaları halinde, bu davalının borçlunun durumunu (mal kaçırma kastını) bilebilecek durumda olması nedeniyle, mahkemece yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[94]

• *«'Borçlu' ile 'kayınpederi' ve 'kızı' arasında yapılmış olan işlemin (tasarrufun), İİK 280/II uyarınca -bu kişilerin, «borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini» bilmesi gereken kişilerden olmaları nedeniyle- iptali gerekeceğini"*[95]

---

(88) Bknz: 17. HD. 17.7.2007 T. 4572/3276
(89) Bknz: 17. HD. 10.7.2007 T. 3370/2423
(90) Bknz: 17. HD. 4.6.2007 T. 2298/1921; 15. HD. 31.1.2006 T. 8010/364
(91) Bknz: 15. HD. 27.6.2006 T. 1517/3956
(92) Bknz: 17. HD. 14.1.2008 T. 4742/39; 15. HD. 28.3.2005 T. 6898/1819; 31.1.2006 T. 8010/364
(93) Bknz: 15. HD. 28.3.2005 T. 6898/1819
(94) Bknz: 15. HD. 11.5.2004 T. 1641/2645
(95) Bknz: 15.HD. 30.5.2004 T.6966/2470

• «Kısa aralıklarla akrabalar arasında yapılan tasarrufların kötüniyetle yapılmış olduğu kabul edilerek İİK 278/III-1 uyarınca iptale tabi olduğunu»[96]

• «Davalı borçlu ile ondan taşınmazı satın alan diğer davalı üçüncü kişi karı-koca olduklarından, borçlunun alacaklılarından mal kaçırdığını ve dolayısıyla onlara zarar verme kastıyla hareket ettiğini diğer tarafın bilebilecek durumda bulunması nedeniyle İİK 280/II uyarınca yapılan işlemin iptali gerekeceğini»[97]

• «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'eski gelini' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»[98]

• «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'boşandığı eşi' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca-iptaline karar verilmesi gerekeceğini»[99]

• «Borçlu ile işlemde bulunmuş olan davalı üçüncü kişi, 'borçlunun amcasının oğlu' olması nedeniyle, onun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»[100]

• «Boşanmadan önce davalı borçludan dava konusu dubleks dairenin hissesini devralmış olan eşinin 'borçlunun aciz içerisinde olduğunu ve mevcutlarını eksilttiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle, İİK 280/I uyarınca borçlunun boşandığı eşine yaptığı tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»[101]

• «Davalılardan ikisinin borçlunun kardeşi, diğer bir davalı ise borçlunun çalıştığı şirketin ortağının akrabası olması durumunda, davalıların borçlunun durumunu bilen ve bilmesi gereken kişiler konumunda olması nedeniyle, kendilerine yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»[102]

• «Borçlunun tasarrufta bulunduğu kişilerin, onun 'eşi ve oğlu' olması, bunların tasarrufta bulunduğu diğer davalıların (dördüncü kişilerin) da borçlu ve diğer davalılarla aynı yerde oturmaları ve davacı alacaklının borçluya ait işyerinde kaza geçirdiğini ve borçlunun durumunu bilebilecek

(96) Bknz: 15. HD. 10.3.2004 T. 466/1332
(97) Bknz: 15. HD. 17.2.2004 T. 6989/783; 19.6.2003 T. 1572/3331; 5.4.1999 T. 734/1250 vb.
(98) Bknz: 15. HD. 19.11.2003 T. 4277/5571
(99) Bknz: 15. HD. 5.6.2003 T. 1856/3025
(100) Bknz: 15. HD. 21.10.2003 T. 4250/4894; 18.9.2003 T. 4437/4086; 27.1.1997 T. 32/380
(101) Bknz: 15. HD. 5.6.2003 T. 1856/3025
(102) Bknz: 15. HD. 25.12.2003 T. 4659/6263

durumda olmaları nedeniyle İİK 280 uyarınca davaya konu tüm tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğini"[103]

• *«Sıhri (kayın) hısımlığının eşlerden biri ile diğerinin kan hısımları arasında karşılıklı olarak kurulan bir bağ olup, boşanma ile bu hısımlığın ortadan kalkmayacağını"*[104]

• *«Tüm satışların hemen hemen birer aylık zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilmiş olması ve vekil olarak hareket eden kişinin borçlunun kardeşi olması karşısında dört adet taşınmazın sonuçta davalı elinde toplanmasını sağlayan bu işlemlerden davalıların haberdar olduklarını ve borçluların mal kaçırma amacıyla hareket ettiklerini bildiklerinin kabulü gerekeceğinden, davalılara yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[105]

• *«Taşınmazı satın alan kişi, borçlu satıcının 'amcasının resmi nikahlı olmayan karısı olması nedeniyle, borçlunun durumunun, yapılan işlemin niteliğini bilen veya bilmesi gereken kişi konumunda olduğundan İİK 280/I uyarınca yapılan tasarrufun hükümsüz olduğunu"*[106]

• *«Borçlu ile işlemde bulunan diğer davalı arasında kayınpeder-damat ilişkisi bulunması nedeniyle, borçlunun iyiniyetli bir şahıstan beklenmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve üçüncü kişinin bu durumu bilmesi gerektiğinden, mahkemece dava konusu tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[107]

• *«Borçlunun yakını olan diğer davalının, onun mal kaçırma amacını bilebilecek konumda olması nedeniyle, mahkemece ona yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[108]

• *«İİK'in 280. maddesi uyarınca tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmiş borçlunun iyiniyetli bir şahıstan beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve 3. şahsın muamelenin mahiyetini bildiği hallerde tasarruf batıl olup, 3. fıkra hükmüne göre de 3. şahsın 'borçlunun usul veya füruu vs. olması' halinde, muamelenin mahiyetini bildiğinin karine olarak kabul edileceğini"*[109]

• *«Borçlu tarafından, eşinin vekiline yapılan satışta, vekilin iyiniyet iddiasında bulunamayacağını"*[110]

• *«Borçlu ile yakın akrabası arasındaki işlemde -İİK 278'deki- 2 yıllık sürenin geçmiş olması halinde, davacının İİK 280/II'de öngörülen koşulla-*

---

(103) Bknz: 15. HD. 11.12.2003 T.6102/5948
(104) Bknz: 15. HD. 19.11.2003 T. 4277/5571
(105) Bknz: 15. HD. 1.10.2003 T. 4702/4486
(106) Bknz: 15. HD. 24.4.2002 T. 987/2025
(107) Bknz: 15. HD. 14.6.2005 T. 1068/3563; 1.4.2002 T. 1205/1524
(108) Bknz: 15. HD. 17.1.2002 T. 5776/146
(109) Bknz: 15. HD. 18.10.2001 T. 4224/4646
(110) Bknz: 15. HD. 15.12.1994 T. 4679/7580

rın gerçekleştiğini isbat etmesi halinde «tasarrufun iptaline» karar verilmesi gerekeceğini"[111]

• *«Borcun doğumundan sonra borçlunun eşi ile "anlaşmalı boşanma" çerçevesinde dava konusu taşınır ve taşınmaz malların eşine devretmesinin, "alacaklıdan mal kaçırma" amacına- yönelik sayılacağı ve dava devam ederken, davalı borçlu başkası ile evlenmiş olsa dahi ve iptale tâbi olacağını"*[112]

• *«Borçlunun, karısının kardeşine taşınmazını devir ettikten yedi gün sonra alacaklısına çek keşide etmesi halinde yaptığı devrin muvazaalı sayılacağını"*[113]

• *«Borçlu babanın, alacaklı oğluna zarar vermek kasdıyla,sahip olduğu taşınmazları ikinci karısı ile bu karısından olma oğluna devri işleminin «iyiniyetli bir kişiden beklenilmeyecek tasarruf» niteliğinde sayılacağı ve alacaklıya karşı hükümsüz olacağını"*[114]

• *«Borçlunun, mallarını alt ve üst soyuna aktarmasının, iyiniyetli olmadığını göstereceğini"*[115]

• *«Borçlunun, alacaklıların takibinden kaçırmak kasdı ile, üçüncü kişideki alacağını kızına devretmesinin iptal davasına konu olabileceğini"*[116]

belirtmiştir.

b) İkinci karine borçlunun, ticari işletmesini ya da işyerindeki ticari mallarını üçüncü kişilere devretmesi ile ilgili olup; *«borçlunun ticari işletmesinin ya da işyerinde bulunan ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devir veya satın alarak işyerini işletmeye başlayan yahut bu malların bir kısmını borçludan almakla beraber, işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde alacaklılarına zarar verme koşulu ile hareket ettiği»* kabul edilir.

Bu karine, ancak iptal davası açan alacaklıya sözü geçen devrin, satış veya ticari işletmenin (işyerinin) terk edildiği tarihten en az üç ay önce durumun yazılı olarak bildirildiği veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaların asılmasıyla birlikte ticaret sicili gazetesiyle, bu mümkün olmadığı taktirde, bütün alacaklıların öğrenmelerini temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilân olunduğu ispat edilerek çürütülebilir (İİK m. 280/III)

Başka bir deyişle, kanun koyucu İİK m. 280/III'de «tacir olan borçlular için» özel bir durum öngörerek, bu halde, gerek «borçlunun alacaklı-

---

(111) Bknz: 15. HD. 5.10.1994 T. 1728/5538
(112) Bknz: 15. HD. 7.2.1994 T. 231/584
(113) Bknz: 15. HD. 4.2.1991 T. 23/386
(114) Bknz: 15. HD. 7.2.1989 T. 4293/461
(115) Bknz: 13. HD. 14.1.1975 T. 6948/198
(116) Bknz: İİD. 4.11.1968 T. 9095/9886

larına zarar verme kasdını» ve gerekse üçüncü kişinin *«bu kasdı bildiklerini»* farzetmiştir.

Bu hükme göre; borçlu - tacir, «ticari işletmesinin önemli bir kısmını devretmiş veya satmışsa yahut, işyerindeki ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını devretmiş veya satmışsa» alacaklılarına zarar verme kasdı ile hareket etmiş sayılır.

Aynı şekilde; «borçlunun ticari işletmesinin veya işyerindeki mevcut ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devir veya satın alan ve böylece ticari işletmesini veya işyerini sonradan işgal eden «üçüncü kişinin «borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdını bildiği» farzedilir.

Kanunun kabul ettiği bu karine ancak iki şekilde çürütülebilir:

• *«Borçlu ya da üçüncü kişi, devir, satış* veya *terk* tarihinden itibaren en az **üç ay önce,** *durumu iptâl davasını açan alacaklıya yazılı olarak bildirdiklerini» ya da,*

• *«Borçlu ya da üçüncü kişi, yine devir, satış* veya *terk* tarihinden itibaren en az **üç ay önce,** *ticari işletmenin bulunduğu yerde,* bu durumu belirten, görülebilir levhalar asmakla beraber ayrıca Ticaret Sicili Gazetesiyle, bu mümkün olmadığı takdirde, bütün alacaklıların öğrenebilecekleri şekilde, uygun vasıtalarla ilan ettiklerini» isbat ederlerse, aleyhlerindeki karineyi çürütebilirler.

Açıklanan bu hükümle, iptâl davalarına konu olabilecek tasarruflar arttırılmıştır.[117]

Yüksek mahkeme, buraya kadar açıklanan İİK m. 280/III'de öngörülen bu 'karine' ile ilgili olarak;

• *«Bir ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamının veya önemli bir kısmının -örneğin; borçlu şirketin tek malvarlığı olan taşınmazının ya da borçlu şirket adına kayıtlı iki kamyonun veya borçluya ait bir otobüsün vb. devir veya satışı halinde davalı satın alanların, borçlunun ızrar kastını bildiklerinin karine olarak kabul edileceğini; alacaklı lehine olan bu karinenin aksinin borçlu tarafından kanıtlanması gerekeceğini"*[118]

• *«Dava konusu otelin devrinin İİK'nun 280/IV. hükmüne uygun olarak yapılmamış olması halinde mahkemece verilen «devrin iptaline» ilişkin kararda isabetsiz bulunmayacağını"*[119]

• *«Aracın plaka ve hattı ile birlikte satılması halinde, Şoförler ve Otomobilciler Derneği'nden dava konusu aracın (minibüsün) plaka ve hattı ile birlikte satış tarihindeki gerçek değerinin ne olduğunun sorulması, borçlunun*

---

(117) SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptâl Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, sh:54)
(118) Bknz: 17. HD. 25.10.2007 T. 3041/3211; 15. HD. 5.6.2006 T. 4039/332; 8.3.2006 T. 959/1133 vb.
(119) Bknz: 17. HD. 23.10.2007 T. 3516/3164

sözkonusu araçla ilgili olarak defter tutup tutmadığının ve dolayısıyla bir ticari işletmenin devrinin (İİK 280/III) sözkonusu olup olmadığının alınacak sonuca göre İİK'in 278 ve 280. maddeleri ışığında durumun değerlendirilmesi gerekeceğini"[120]

• *«Müflis şirketin, çalışır durumda ve ticari işletmesine dahil fabrikasını, bütün makine, alet, edavat, teferruat ve bütünleyici parçaları ile birlikte, üç yıllık kira bedelini peşin alarak kiraya verip fabrikanın zilyetliğini devretmesinin İİK 280/III'de bahsedilen «ticari işletmenin devri» niteliğini taşıdığını"*[121]

• *«Müflisin, satın aldıktan kısa bir süre sonra ve hakkındaki iflas davası devam ederken elden çıkardığı (satıp devrettiği) 51 adet işyerinin ticari emtiasının önemli bir kısmını teşkil ettiğinden ve müflisin amacı alacaklılardan mal kaçırmak ve onları zarara uğratmak olduğundan, kendisinden taşınmazları satın alan kişilerin -İİK 280/IV uyarınca- müflisin bu amacını bilerek hareket ettiklerinin kabulü gerekeceğini"*[122]

• *«İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesinin son fıkrasının alacaklı yararına «kötüniyet karinesi»ni düzenlemekte olduğu, bu karine ile, bir taraftan borçlunun alacaklılarını ızrar kastı ile hareket ettiği ve diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kastı bildiği kabul edilerek, alacaklının ispat külfetinden kurtarılmış olduğunu, ispat yükü kendisinde olan borçlunun bu karineyi çürütecek deliller ortaya koymadıkça, yasal karinenin aksini kanıtlayacak usulü işlemleri yerine getirdiğini iddia ve ispat etmedikçe, karinenin alacaklı lehine gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekeceğini, bir yatırım şirketi olan borçlu şirketin, ticari işletmesine dair unsurlardan olan taşınmazlarının önemli bir kısmını devretmesi halinde, bunu kanunda belirtilen usul ve yollarla alacaklısına bildirmek ve onu bu durumda haberdar etmekle yükümlü olduğundan bu yükümü yerine getirmemesinin, onun ve onun lehine tasarrufta bulunduğu şirketi kötü niyet karinesi ile karşı karşıya bırakılacağını, bu karinenin çürütülmesinin de borçluya ve onun tarafından lehine tasarrufta bulunan, yani davalı tarafa düşeceğini"*[123]

• *«Şirket (işletme) devrine ilişkin sözleşmenin iptalinin istenmiş olması halinde, İİK 280/IV'de öngörülen yazılı bildirim veya ilanın yapıldığı iddia ve isbat edilmedikçe davanın kabulü gerekeceğini"*[124]

• *«Kıyasen uygulanması gereken İİK'in 280/IV uyarınca, ticari işletmenin veya işyerindeki ticari emtianın tamamının veya önemli bir kısmının devrinin iptali gerekeceğinden, dava konusu vincin ticari işletmedeki durumu belirlenerek (dolayısıyla İİK'in 280/IV fıkrası hükmü gözönünde bulun-*

(120) Bknz: 17. HD. 18.6.2007 T. 3050/2098
(121) Bknz: 15. HD. 20.6.2006 T. 1170/3740
(122) Bknz: 15. HD. 4.7.2005 T. 3690/3985
(123) Bknz: HGK. 2.2.2005 T. 15-666/1
(124) Bknz: 15. HD. 4.11.2000 T. 3176/5648

durularak) iptal istemi hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmesi gerekeceğini"[125]

• *«Borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişi tarafından bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu ispat edilmiş olmadıkça üçüncü kişinin kötü niyetli sayılamayacağını"*[126]

• *«İİK 280/IV uyarınca kanun koyucunun iki yanlı bir karine getirmiş olduğunu, bir taraftan «borçlunun alacaklılarına ızrar kastı ile hareket ettiğini» diğer taraftan da «üçüncü kişinin bu kastı bildiğini» kabul ederek, alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmış olduğunu, bu karinenin aksinin, İİK 280/IV'de öngörülen biçimde çürütülebileceğini"*[127]

• *«Borçlu şirketin malvarlığında bulunan on adet arsanın, 'borçlunun ticari işletmesinin önemli bir kısmını oluşturduğu kabul edilerek (İİK 280/II-I), bunları satın alan davalı şirketin aynı maddede öngörülen ilan vs. işlemleri yaptığına dair bir kanıt bulunmadığından, yapılan satış tasarrufunun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[128]

• *«Dava konusu işyerini devreden borçlu ile devralan şirketin aynı konuda faaliyette bulunuyor olmaları halinde, alıcı şirketin, borçlunun mal kaçırma kasdını bildiğinin kabul edileceğini"*[129]

• *«Tasarruf konusunun 'üzerlerinde tavuk kümesi, yem fabrikası ve idari binalar bulunan taşınmazlar' olması ve her iki davalının da 'iştigal konuları aynı olan iki ticari şirket' durumunda bulunması halinde, İİK'in 280/son maddesinde öngörülen ticari işletmenin devrinin gerçekleştiğinin kabulü gerekeceğini"*[130]

• *«İİK 280/III'de yer alan karinenin aksinin maddede öngörüldüğü şekilde kanıtlanamaması halinde, borçlu tarafından yapılan devrin iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[131]

• *«Borçlunun malvarlığını davalı bankaya yakın tarihte satmış olması, borçlu ile banka arasında önemli kredi ilişkisinin bulunması karşısında, basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken bankanın borçlunun bu durumunu bilmesi asıl olup, böyle olunca da İİK'in 280. maddesindeki şartların oluştuğunun kabulü ile tasarrufun iptali gerekeceğini"*[132]

• *«Davalı tüzel kişiler arasında organik bağ bulunması halinde, davalı şirketin iyiniyetli olmadığını ve borçlu şirketin durumunu bildiğini dolayısıyla tasarrufun İİK'in 280. maddesi uyarınca geçersiz olup iptale tabi ola-*

---

(125) Bknz: 15. HD. 30.6.2004 T. 1477/3653
(126) Bknz: 15. HD. 13.4.2004 T. 1152/2104
(127) Bknz: 15. HD. 2.12.2003 T. 5803/5683; 15.11.2001 T. 4993/4991; 15.2.2000 T. 5032/630
(128) Bknz: 15. HD. 9.4.2003 T. 5939/1816
(129) Bknz: 15. HD. 11.2.2002 T.6140/622
(130) Bknz: 15. HD. 11.2.2002 T. 6140/622; 16.2.1988 T. 253/516
(131) Bknz: 15. HD. 14.3.2002 T. 5415/1153
(132) Bknz: HGK. 11.4.2001 T. 15-339/352

cağını, ayrıca dava konusu zeytin ağaçlı tarlanın, davalı şirketin ticari işletmesinin bir kısmını teşkil edip, bu taşınmazın devrinin aynı yasanın 280/IV maddesi uyarınca 'ticari işletmenin devri' niteliğinde olduğundan yine iptale tabi olacağını"[133]

• *«Tasarrufa konu olan yer benzin istasyonu yani bir ticari işletme olduğundan, burasının devri ile ilgili olarak açılan davanın İİK'in 280. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğini"*[134]

• *«Tasarrufun konusu; borçlu şirketin işletmesinin önemli bölümünü teşkil eden un fabrikası olup, İİK'in 280/IV maddesi uyarınca borçludan işletmenin mühim bir bölümünü devralan kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları karine olarak kabul edilmemiş olduğundan, devir alan üçüncü kişilere bu konudaki karinenin aksini isbat için delillerini ibraz etmek üzere süre verilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulamayacağını"*[135]

• *«Benzin istasyonu işletmeciliğiyle uğraşan bir şirket olan borçlunun başkasına devrettiği tankerin, işletmesinin 'mühim bir kısmını' oluşturduğundan İİK 280/IV uyarınca onu kendisinden devralan kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılacağını"*[136]

• *«'Kereste imalathanesi ve yazıhane' niteliğindeki taşınmazın -TK.'nun 12. maddesi uyarınca- «ticari işletme» niteliğinde olduğunu, böyle bir işletmeyi borçludan satın almış olan üçüncü kişi hakkında, ancak 'borcun doğumunun satış tarihinden önce» olması ve «işlem satış tarihinden itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yolu ile takip yapılmış olması koşuluyla iptal davası açılabileceğini"*[137]

• *«Senetlerin tanzim tarihinden sonra ticari işletme niteliğinde olan fabrikanın devri halinde, fabrikayı devralan üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastı ile hareket ettiğinin ve üçüncü kişinin de bu kastı bildiğinin kabulü gerekeceğini"*[138]

• *«Borçluya ait ticari işletmeyi kısmen veya tamamen devir alan üçüncü kişinin, 'borçlunun alacaklılarını zarar kasdıyla hareket ettiğini bildiği (yani kötüniyetli) farzedileceğini, bu karinenin, ancak üçüncü kişi tarafından, kanunda öngörülen bildirim ve ilanın yapılmış olmasıyla çürütülebileceğini"*[139]

• *«Borcun doğumundan sonra, borçlunun kendisine ait işyerini, içindeki ticari mallarla birlikte devretmesinin, 'alacaklarına zarar verme kasdı*

---

(133) Bknz: 15. HD. 23.1.2001 T. 5126/399
(134) Bknz: 15. HD. 27.11.2000 T. 3263/5211
(135) Bknz: 15. HD. 26.6.2000 T. 2648/3242
(136) Bknz: 15. HD. 6.7.1999 T. 2641/2937
(137) Bknz: 15. HD. 8.4.1999 T. 555/1304
(138) Bknz: 15. HD. 16.2.2998 T. 253/516
(139) Bknz: 15. HD. 30.10.1996 T. 5406/5630; 13.3.1989 T. 4736/184

ile' hareket ettiğini ve devralanın da 'kötü niyetli olduğunu' göstereceğini, üçüncü kişinin bu karinenin aksini ispat etmesi gerekeceğini"[140]

• *«İİK m. 44 hükmünün istihkak davalarında uygulanabileceğini, İİK m. 280/IV'deki karineden istihkak davalarında alacaklının yararlanamayacağı, bu hükmün iptal davalarında uygulanabileceğini"*[141]

• *«Borçlunun, işyerini ortağına devretmesi halinde, işyerini devir alan üçüncü kişinin, 'borçlunun, alacaklıları zarara sokmak kasdıyla hareket etmiş olduğunu' bilmediğini ileri süremeyeceğini"*[142]

• *«İİK m. 280/IV'de öngörülen işlemleri yapmadan ticari işletmeyi devralan üçüncü kişinin, devir işleminin geçersizliğinin alacaklı tarafından tesbit ettirilmesi halinde, tazminat (kâr mahrumiyeti) isteminde bulunamayacağını"*[143]

belirtmiştir.

IV- Burada, İİK m. 280/III ile İİK m. 44 arasındaki ilişkiyi ve her iki hükmün kapsamı ile uygulama alanlarını, uygulamada taşıdığı önem nedeniyle açıklamak yararlı olacaktır.

«Ticareti terk edenler» kenar başlığını taşıyan ve 'ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin' için düzenlendiği *gerekçesinde*[144] ifade edilen İİK m. 44(*) de; ticareti terk eden bir tacirin hem «onbeş gün içinde durumu ka-

---

(140) Bknz: 15. HD. 4.5.1995 T. 6509/2742; 10.10.1994 T. 4563/5665

(141) Bknz: 15. HD. 3.2.1988 T. 4355/383

(142) Bknz: 15. HD. 29.3.1985 T. 2944/1082

(143) Bknz: 15. HD. 21.12.1981 T. 6660/8314

(144) Bknz: 538 sayılı kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi:

«Ticareti terketme suretiyle alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle mücadele etmek kaçınılması imkânsız bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terkeden kötüniyetli borçluların işyerlerini terkettikleri ve ellerindeki malları başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğrattıkları sık sık görülen hakikatlerdendir.

Ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin için İcra ve İflâs Kanununun sistemi içinde madde tadil edilmiş, ayrıca bu maddeye muhalefet 337 a maddesiyle cezalandırılmıştır.» (UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C:3, s:3518)

(*) Madde: 44 - «Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösterir bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilânlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilân olunur. İlân masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır.

Bu ilân tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflâs yolu ile takip yapılabilir.

Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdii tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez.

Üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve füru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlât edinenle evlâtlık arasındaki iktisaplarda iyiniyet iddiasında bulunulamaz.

Mal beyanını alan merci, keyfiyeti tapu veya gemi sicili daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir.»

Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra müdürü marifetiyle ve bu kanun hükümleri dairesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9'ncu maddede yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir.»

yıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmesi» ve hem de «ticaret sicil memurluğuna bütün aktif ve pasifi ile alacaklıların isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunması» istenilmiştir.

Ticareti terk eden tacir, gerekli giderlerini vererek durumu hem *«ticaret sicili gazetesi»*nde hem de *«alacaklılarının bulunduğu yerlerde, mutad ve münasip vasıtalarla»* ilan ettirmek zorundadır.

Ticareti terk eden tacir, bu yükümlülüğünü -yukarıda açıklanan biçimde- yerine getirmezse, bunun müeyyidesi (yaptırımı) nedirı Bu zorunluluğa uymamanın biri cezaî diğeri hukuki olmak üzere iki müeyyidesi vardır: **a)** Ticareti terk eden borçlu-tacirin bu eyleminden zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, icra ceza mahkemesi, borçlu-tacirin –İİK m. 337 a hükmüne göre– «üç aydan bir seneye kadar hafif hapis cezası» ile cezalandırılmasına karar verir[145]. **b)** «Ticaretin terk edildiği» (işyerinin devredildiği) hususu, ticareti terk etmiş olan borçlu-tacirin alacaklılarına karşı hüküm ifade etmez(geçerli olmaz). Başka bir deyişle, ticareti terk etmiş (işyerini devretmiş) olan borçlu-tacirin alacaklıları, «işyeri devrinin geçersiz olduğunu, halâ işyerinin borçluya ait sayılması gerektiğini» ileri sürerek, borçlu tacirin borcundan dolayı orada haciz yaptırabilirler... Ancak burada alacaklıların karşısına, onların yaptırdığı (yaptıracağı) haciz işlemini etkisiz hale getirecek «üçüncü şahısların zilyetlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyiniyetle elde ettiği haklar saklıdır» şeklindeki İİK m. 44/III. c. 1 hükmü çıkar. Gerçekten; ticareti terk eden tacirin İİK m. 44/I'deki formaliteyi yerine getirmemesi halinde, bu ticareti terk durumu, alacaklılarına karşı geçersiz sayılırsa da, ticareti terk eden borçlu -tacirden, işyerini devir almış olan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu iktisapları -medeni hukukun temel ilkeleri (MK. m. 763, 988, 1023) uyarınca- korunur. Üçüncü kişilerin «iyiniyetli oldukları»da asıl olduğundan (MK. m. 3), alacaklıların bu kişilerin kötüniyetli olduklarını -yani ticareti terk eden borçlu tacirden, onun alacaklılarından mallarını kaçırma amacı (kasdını) bilerek işyerini ondan devralmış olduklarını- ispat etmeleri gerekir. Bunun isbatının ise, alacaklılar için ne kadar güç -hatta imkânsız olduğu- ortadadır. Kanun koyucu, burada sadece, ticareti terk eden borçlu tacirin, işyerini «karı ve kocasına, usul ve füruuna, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısmına, evlât edinenine, yahut evlâtlığına» devretmesi halinde, «bu kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacaklarını» belirterek, alacaklılara çok sınırlı bir kolaylık sağlamıştır. Buna bir de *«vakıa ve karinelerden olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olanlar"*[146] -örneğin; ticareti terk eden tacirin, işyerini işortağına, yanında çalışan kalfasına, işçisine devretmesi halinde, bu kişiler de «iyiniyetli olduklarını» ileri süremezler- eklemek gerekir.

---

(145) Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra ve İflâs Suçları), 1987, s:199 vd.

(146) Bknz: İçt. Bir. K. 14.2.1951 T. 17/1 (R.G. 11.4.1951 T. 7782 s.)

Doktrinde[147] *«ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticaret işlemeyi kapatmak, dağıtmak»* şeklinde tanımlanan ticareti terk etmek, kısmen olmuşsa, yani bir tek ticari işletmeye sahip olan bir tacir, işletmesinin belirli bir kısmını başkasına devretmiş ya da birden fazla ticari işletmesi olan bir tacir, üzerinde en az bir ticari işletme bırakarak, diğer ticari işletmelerini başkasına devretmiş, kapatmış ya da dağıtmışsa, acaba İİK m. 44 hükmü yine bu tacir hakkında uygulanabilecek midirı 44. maddenin «alacaklıların hak ve çıkarlarını korumak amacı ile düzenlenmiş olan **birinci fıkrasının** -'ticaretin bırakıldığının onbeş gün içinde bildirilmesi ve mal bildiriminde bulunması'na ilişkin hükmün- ticareti kısmen bırakmış olan tacirler hakkında da uygulanması yerinde olur. Çünkü, alacaklılara zarar vermek amacıyla, kötüniyetle ticareti bırakmak isteyen bir tacir, küçük bir işletmeyi (ya da ticari işletmedeki küçük bir payı) üzerinde bırakıp, asıl önemli olan ticari işletmelerini (ya da ticari işletmenin çok büyük bir kısmını) başkalarına devrederek ya da kapatarak İİK m. 44 (ve 337a) hükümlerinden kurtulabilir. Bu durum ise, bu hükümlerin konuluş amacına aykırı bir sonuç doğurur.[148]

Uygulamada; borçlunun işyerine haciz için giden alacaklılar, işyerinin borçlu tarafından bir süre önce üçüncü bir kişiye devir edildiğini, vergi levhasının bu üçüncü kişi adına düzenlendiğini görmekte, bunun üzerine, orada haciz yapılmasını istemeleri halinde, icra memurunca haciz yapılmakta ancak «haciz edilen şeylerin üçüncü kişi elinde bulunduğu» belirtilerek, İİK m. 99 uyarınca alacaklıya, üçüncü kişiye karşı istihkak davası açması için 7 gün süre verilmektedir.[149]

İstihkak davaları üzerine -icra mahkemelerince verilen kararları incelediği dönemde **İcra ve İflâs Dairesi**[150] **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**[151] ile **15. Hukuk Dairesi**[152] önceki kararlarında, açılan istihkak davalarında, yukarıda açıklanan İİK m. 44 ile İİK m. 280/IV hükmünü birlikte uygulayarak «...bir ticarethanenin ne suretle devredileceği İİK m. 44 ve 280/de gösterilmiştir. Borçlu, işyerini bu maddelere uygun olarak devretmediğine göre... ve öte yandan, anılan yasanın 280. maddesi hükmüne göre de 'borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiği ve alıcının da bu kasdı bildiği' kabul olunur...» diyerek, açılan istihkak davalarını ge-

---

(147) KARAYALÇIN, Y. Ticaret Hukuku, C:1, 1968, sh:212

(148) KURU, B. Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tâbi Bulunduğu Hükümler (AHFD. 1970/1-2, sh:111)

(149) UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 1994, 3. Bası, sh:1036 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:6, 2006, s:8832 vd.

(150) Bknz: İİD. 27.3.1970 T. 3277/3313-22.3.1969 T. 993/3183; 30.5.1968 T. 5761/565 - UYAR, T. İstihkak Davaları, s:566 vd.)

(151) Bknz: 13. HD. 17.12.1983 T. 8265/941; 29.11.1982 T. 6417/7225; 29.11.1982 T. 6561/7207; 7.10.1982 T. 5027/5761; 16.9.1982 T. 5776/5374; 1.7.1982 T.4562/4962; 7.6.1982 T. 3775/4203; 17.5.1982 T. 3188/3520; 11.5.1982 T. 3080/3399; 27.4.1982 T. 2573/2879; 1.4.1982 T. 1888/2211; 25.12.1981 T. 7290/8491; 14.12.1981 T. 7626/8178; 28.9.1981 T. 5194/6081; 19.2.1976 T.5757/1206; 3.7.1975 T. 5409/4629 (UYAR, T. İstahkak Davaları, s:561 vd.)

(152) Bknz: 15. HD. 25.11.1987 T. 3207/4081; 5.11.1987 T. 3143/3799; 14.9.1987 T. 2015/3102 (UYAR, T. İstihkak Davaları, s:550 vd.)

nellikle alacaklılar lehine sonuçlandırmıştır. Fakat daha sonra, **15. Hukuk Dairesi**[153] -bir karar düzeltme istemi üzerine- *İİK m. 280/IV hükmünü istihkak davalarında uygulanamayacağını, bu karinenin iptâl davalarına özgü olduğunu»* belirtmiştir.

Hacze gittiği işyerinin, bir süre önce borçlutarafından -İİK m. 44/I'deki formalite yerine getirilmeden- başkasına devredilmiş olduğunu haciz sırasında öğrenen alacaklının hangi yolu izlemesi kendisi için daha pratik ve yararlı olurı Bu durumda, alacaklının şu yolu izlemesi **kanımızca** yararına olur: **Eğer** borçludan işyerini devralan üçüncü kişi, İİK m. 44/IV. c2'de öngörülen *«borçlunun karı veya kocası, usul veya füruu, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımı, evlât edineni veya evlâtlığı»* ise yahut -14.2.1951 T. 17/1 s. İçt. Bir. K. uyarınca- *«vakıa ve karinelerden olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olan* -örneğin; borçlunun işortağı, kalfası, işçisi vb. gibi- bir kişi» ise, işyerinde haciz yaptırıp, icra memurunun İİK m. 99 uyarınca kendisine vereceği 7 günlük süre içinde, işyerini devralan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açıp, «işyeri devrinin İİK m. 44'deki koşullara uyulmadan yapıldığını, geçersiz olduğunu» belirtmelidir[154]. Buna karşın, **eğer** borçludan işyerini devralan üçüncü kişi yukarıda belirtilen kişilerden birisi değilse, o zaman işyerinde haciz yaptırmadan -dolayısı ile kendisine üçüncü kişiye karşı «istihkak davası» açma külfetinin yüklenmesine neden olmadandoğrudan doğruya hem «borçlu» ve hem de «işyerini devralan üçüncü kişi» aleyhine İİK m. 280'e göre «iptâl davası» açıp, bu davada *«işyeri devrinin, kendisinden mal kaçırmak amacı ile yapıldığını, hileli ve muvazaalı olduğunu»* belirtip, *«yapılan devrin kendisi bakımından iptâlini»* istemelidir. Böylece, açtığı bu iptâl davasında, İİK m. 280/IV'de yer alan -alacaklı lehine konulmuş olan- karineden yararlanır ve ispat yükü davalılara -özellikle; borçluya- düşer. Davalılar, «işyeri devrini en az üç ay önce alacaklıya yazılı olarak bildirdiklerini» yahut «devir durumunu işyerinin bulunduğu yerde görülebilir levhalar asmak suretiyle ve Ticaret Sicili Gazetesiyle yahut bütün alacaklıların öğrenmesini sağlayacak münasip vasıtalarla ilan ettiklerini» ispat edemezlerse, dava, alacaklı lehine sonuçlanır.

V-d) *Dava konusu tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine "haciz" veya "iflâs" yoluyla takibe girişilmiş olmalıdır* (İİK m. 280/I, c:2).

---

(153) Bknz: 15. HD. 3.2.1988 T. 4355/383

Hemen belirtelim ki, alacaklı bu durumda, işyerinde haciz yaptırmayıp, «işyeri devrinin, kendisinden mal kaçırmak amacıyla, hileli olarak yapıldığını» ileri sürerek, İİK. mad. 280'de göre «iptal davası» da açabilir. Ancak; uygulamada «iptâl davaları» mahkemelerde icra mahkemesinde açılan «istihkak davaları» na nazaran daha geç sonuçlandırıldığından, alacaklının bu ihtimalde mahkemede «iptâl davası» yerine icra mahkemesinde «istihkak davası» açması -zaman kaybetmemek bakımından- daha yararına olur...

(154) YILDIRIM, K. 4949 sayılı Kanuna Getirdiği Değişikliklerle İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler (Yeditepe Ünv. Huk. Fak. D. 2005, C:I, S:2,

Madde -17.7.2003 tarihinde- 4949 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu duruma gelmiştir. **Doktrinde**[155] *'dava açma süresinin «işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren» değil -İİK m. 278/I ve 279/I'de olduğu gibi- mukayeseli hukuka uygun olarak «haciz tarihi veya takip tarihi yahut iflasın açılması tarihi» olarak düzenlenseydi daha isabetli olacağı -yani işlemin gerçekleştiği tarihten ileriye doğru* değil, takip (haciz veya iflas) tarihinden *geriye doğru* beş yıl içinde yapılan işlemlerin iptale tabi hale getirilmesinin daha doğru olacağı- bugünkü hali ile İİK m. 280'de öngörülen sürenin alacaklılar aleyhine kısaltılmış olduğu' belirtilerek İİK m. 280 ile kabul edilen yeni düzenleme eleştirilmiştir...

VI- Uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki; İİK m. 280'de, *«iptale tâbi tasarrufun tarihinin -İİK m. 278/I'den farklı olarak, orada olduğu gibi- takip konusu alacağın doğum tarihinden sonra gerçekleşmiş (yapılmış) olması»* bir önşart olarak öngörülmemiştir[156]. Ancak -maalesef- **Yargıtay** «İİK m. 280 uyarınca da tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için, dava konusu tasarrufun takip konusu alacağın doğumundan sonra yapılmış olmasını» aramaktadır...

VII- 4949 Sayılı Kanun ile 17.7.2003 tarihinde -İİKm. 280'de yapılan değişikliğin *«alacaklı lehine»* mi yoksa *«borçlu lehine»*mi olduğu da **doktrinde** tartışma konusu olmuştur. **Bir görüşe göre**[157] «bu değişiklik alacaklılar lehine» olmuştur... **Diğer bir görüşe göre**[158] ise *«özellikle maddenin Hükümet Tasarısı'nda açıklanan gerekçesinde vurgulandığı gibi; uygulamada İİK'nun 278 ve 279. maddelerinin kapsamı dışında kalan pek çok tasarrufun İİK'nun 280. maddesinin kapsamına dahil edilerek iptal edildiğini saptayan Komisyon, iptal koşullarını daha belirli hale getirerek ve 'borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kasdının, işlemin diğer tarafınca bilindiği* veya *bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde'* iptal kararı verilebileceğini vurgulayarak, maddeyi yeniden düzenlemiş ve bu suretle iptal edilebilecek tasarruf sayısını çoğaltmak değil azaltmak istemiştir.»

Nihayet bu konudaki **başka bir görüşe göre** ise *«bugüne kadar İcra ve İflas Kanununun iptal hükümlerinde hep alacaklı lehine değişiklik yapılmışken, 4949 Sayılı Kanunla ilk kez tersi yapılmıştır*[159]*. Kanun koyucunun hedefi gerekçeden tesbit edilememektedir, bu konsepten yoksun olma demektir. İcra ve İflas Hukuku sisteminde, iptal davalarının, alacaklı bakı-*

---

(155) PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s:590

(156) Bknz: 15. HD. 27.6.2006 T. 1517/3956; 24.11.2005 T. 1121/6310

(157) AKŞENER, H.S. İcra ve İflâs Yasasının 280. Maddesinde 4949 sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Üzerine İnceleme (Legal Huk. D. 2003/Eylül, s:2212)

(158) UYAR, T. İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Getirdiği Yenilikler (Tür. Bar. Bir. D. 2003/Kasım-Aralık, s:198)

(159) UMAR, B. Son (4949 sayılı Yasa ile Getirilen) İİK. Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi (İİK. Değişiklikleri Sempozyumu, Ön Malzeme Metinleri, 2004 s:44 vd.) «Yeditepe Ünv. Huk. Fak. Yayını»

mından etkin bir silah olma işlevi korunmalıdır. Kanun değişikliği isabetli değildir."[160]

VIII- İcra ve İflâs Kanununda -m. 280- öngörülen, «borçlunun alacaklılara zarar vermek kasdı ile yaptığı hileli tasarruflarının iptâli» için gerçekleşmesi gereken koşullar hakkında yaptığımız açıklamalar, **6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında (ki) Kanun** ile düzenlenen *«borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla yaptığı hileli) tasarrufların iptâli»* için de -kural olarak- aynen geçerlidir.

Gerçekten, bu konu, anılan kanunda *«amme alacağının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla yapılan tasarruflar»* kenar başlıklı 30. maddede(*) -İİK m. 280 hükmüne paralel şekilde- düzenlenmiştir.

6183 Sayılı Kanun açısından, borçlunun -doğmuş veya doğacak- kamu borçlarını ödememek amacı ile ve kötüniyetle yaptığı tasarrufların iptali için, öncelikle yapılan tasarrufun *tek taraflı* mı *iki taraflı* mı olduğuna bakılması gerekecektir. Eğer; tek taraflı bir tasarruf söz konusu ise, bunlar -ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan borçlunun, kamu borcunu ödemesi gereken tarihten- geriye doğru beş yıllık süre içinde kalması koşulu ile mutlak olarak -kamu alacaklısı kurum bakımından- hükümsüz sayılacaktır. Eğer iki taraflı bir tasarruf söz konusu ise, bunların -geriye doğru beş yıllık süre içinde yapılanlarının- iptâli için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin kötüniyetli (yani; borçlunun kamu borcunu ödememek için, mal kaçırma kasdını bilen veya bilmesi icabeden) olması gerekmektedir.[161]

6183 Sayılı Kanunun 30. maddesinde, İİK m. 280'deki, alacaklı yararına kabul edilen *«kötüniyet karinesi»* yer almadığından, bu Kanunun uygulanmasında, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi borçlunun eşi, usul ve füruu ve üçüncü dereceye kadar sıhri hısım dahi olsa, bunların «kötüniyetli oldukları»nın, alacaklı kamu kurumu tarafından ayrıca isbat edilmesi gerekecektir. **Doktrinde** «borçlunun amacına bilen/bilmesi gereken kişilerle yapılan muameleler bakımından 6183 Sayılı Kanunda böyle bir karinenin bulunmasının isbatı zorlaştırdığı» belirterek «burada, bu kişilerin daha çok 'bildiğini' değil, 'bilmesi gerektiğini' isbatın yeterli olacağı» ifade edilmiştir...[162]

Keza, yine 6183 Sayılı Kanunun 30. maddesinde, İİK m. 280/IV'deki *«işyerinin devri ile ilgili kötüniyet karinesi»*ne yer verilmediğinden, İİK m.

---

(160) YILDIRIM, K. agm. s:475

(*) MADDE: 30- «Borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde âmme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân bırakmamak maksadiyle borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün muameleler, tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür.»

(161) Bknz: 17. HD. 25.9.2007 T. 3237/2798 - 17.7.2007 T. 2805/2550 - 15. HD. 18.7.2006 T. 2879/456 - 26.2.2004 T. 6715/1058 - 29.11.2001 T. 5078/5528 vb.

(162) ASKAN, F. a.g. tez, S: 45 vd.

280/IV'deki karine, kamu alacağından dolayı açılan iptal davalarında uygulanmaz.

Kanımızca, bu madde uyarınca iptâl davası açılabilmesi için, dava konusu tasarrufun, kamu alacağının doğumundan önce veya sonra yapılmış olması önem taşımaz[163]. Ancak **yüksek mahkeme** aksi görüştedir...[164, 165]

Buraya kadar açıklanan 6183 Sayılı Kanunun 30. maddesi hükmü; aynı Kanunun 27-29. maddelerinin kapsamı dışında olan ancak kamu borcunun bir kısmını ya da tamamını ödememek amacı ile -kötüniyetle- yapılan tasarrufların da iptâlini sağlayan ve 27-29. maddelere nazaran *genel* bir hükümdür[166]. Bu nedenle, 27-29. madde hükümlerinin olaya uygulanamadığı durumlarda uygulanır.

Yüksek mahkeme bu konuyla -yani; 6183 Sayılı Kanunun 30. maddesi- ile ilgili olarak verilmiş olduğu çeşitli içtihatlarında;

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'gayri resmi eşi', 'damadı' olması halinde, bu kişinin borlunun içinde bulunduğ mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[167]

• *«'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'akrabası/köylüsü/arkadaşı/kefili' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[168]

• *«Borçluların anonim şirket ve limited şirket statüsünde olup tasarrufa konu edilen araçların ticari işletmenin önemli bir bölümünü teşkil etmesi nedeniyle kıyasen uygulanması gereken İİK 280/III gereğince 'ticari işletmenin önemli bir bölümünü satın alan kişilerin gerekli ilanları yapmamaları ve satın alırken alacaklıya haber vermemeleri' halinde, tasarrufun mal kaçırma kastıyla yapıldığını bildiklerinin karine olarak kabulü gerekeceğini"*[169]

• *«Borçlu şirketten üzerinde şirket merkezi ve fabrikasının bulunduğu taşınmazları -üzerindeki hacizler ve ipoteklerle yükümlü olarak- devralmış olan üçüncü kişinin borçlu şirketin satışa konu taşınmazlar üzerinde yapı-*

---

(163) Aynı görüşte; KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptâl Davası (Yarg. D. 1991/1-2, 14; 17-Yasa D. 1990/9, sh:1237, 1240)

(164) Bknz: 15. HD. 27.10.1997 T. 2820/4539 - 30.9.1997 T. 4241/4073

(165) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, 3. Bası, 2008, s:842

(166) ŞİMŞEK, E. Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, s: 245

(167) Bknz: 17. HD. 25.9.2007 T. 3237/2798

(168) Bknz: 17. HD. 17.7.2007 T. 2805/2550

(169) Bknz: 15. HD. 18.7.2006 T. 2879/4591

lan devre rağmen faaliyetlerini sürdürmesi ve üzerinde vergi borcundan dolayı haciz bulunan taşınmazları, bu durumu bilerek devralmış olması nedeniyle, bu devrin kamu alacağının tahsiline imkan vermemek amacıyla yapılmış olduğunu bilmesi gerekeceğinden, iyiniyetli kabul edilemeyeceğini"[170]

• *«Tasarrufa konu edilen araç, 'kamyon' olup ticari işletme niteliğinde bulunduğundan, kıyasen uygulaması gereken İİK'in 280/IV uyarınca 'ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya bir kısmını devir veya satın alan kişinin borçlunun alacaklılarının ızrar kastını bildiği, borçlunun da bu hallerde ızrar kastıyla hareket ettiği' kabul olunacağından, davalı alıcının bu yasal karinenin aksini isbat edememesi ve ayrıca Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca da işletmenin alacaklılarına karşı sorumlu olacağından, mahkemece tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[171]

• *«Kamu alacağının tahsiline olanak bırakmamak maksadıyla borçlunun işlemde bulunmuş olması halinde, borçlunun maksadını bilen ya da bilmesi gereken kimselerle yapılan tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[172]

• *«Bir ticari işletmenin devrinin İİK m. 44'te öngörülen koşullara uygun olarak yapılmamış olması halinde, devralanın iyiniyetinden sözedilemeyeceğini ve üçüncü kişinin, ticari işletmenin borcu sayılan vergi borcundan da sorumlu olacağını ve bu durumda mahkemece 'tasarrufun iptaline' karar verilmesi gerekeceğini"*[173]

• *«Borçlu şirket ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi anonim şirketin bir kısım ortaklarının aynı kişiler olması halinde, aralarında organik bağ bulunduğu kabul edilerek borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılmış olan temlik işleminin -amme alacağının tahsiline imkan bırakmamak amacıyla yapılmış olduğu kabul edilerek- iptaline karar verilmesi gerekeceğini"*[174]

• *«Lehine tasarruf yapılan üçüncü kişinin, borçlunun ı hissesini devrettiği ... taşıt sürücü kursunun ortağı olması nedeniyle, borçlunun vergi borcu bulunduğunun ve kamu alacağının tahsili olanağını ortadan kaldırmak için tasarrufa giriştiğini bildiği veya bilmek durumunda olduğunun kabulü gerekeceğini"*[175]

• *«İşletmeyi devralan kişinin, devir keyfiyetinin usulen ilan edildiği tarihten geriye doğru iki yıl içinde, işletmenin borçlarından -BK 179 uyarınca- sorumlu olduğunu, işyerini devralan üçüncü kişinin, borçlunun yerine*

---

(170) Bknz: 15. HD. 26.2.2004 T. 6715/1058
(171) Bknz: 15. HD. 29.11.2001 T. 5078/5528
(172) Bknz: 15. HD. 20.10.1999 T. 3931/3703
(173) Bknz: 15. HD. 28.1.1999 T. 5010/137
(174) Bknz: 15. HD. 27.10.1997 T. 2820/4539
(175) Bknz: 15. HD. 30.9.1997 T. 4241/4073

geçerek-6183 Sayılı Kanun m. 30 uyarınca- işyerinin borcundan alacaklıya karşı sorumlu olacağını"[176]

• *«Aynı şirketin ortaklarının ve ortağın eşinin 'diğer ortakların mali durumunu bilmediği iddiası'nın hayatın olağan akışıyla bağdaşmayacağını"*[177]

• *«Borçlunun, vergi borcunun doğmasından ve kesinleşmesinden sonra limited şirketteki hissesini, diğer ortaklara devretmesi işleminin iptal konusu olabileceğini, çünkü bu durumda, hisseyi devralan diğer ortakların, borçlunun mali durumunu biliyor farzedileceklerini (yani; kötüniyetli kabul olunacaklarını ve yapılan işlemin 6183 Sayılı Kanunun 30. maddesine göre hükümsüz sayılacağını"*[178]

• *«Borçlunun kamu alacağının tahsiline imkan bırakmamak amacıyla (kötüniyetle) yaptığı tasarrufların -tarihi ne olursa olsun- iptali gerekeceğini"*[179]

• *«İcra dairesince açık arttırma suretiyle satılan taşınmaz hakkında, 6183 Sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı, 'satışın muvazaalı olduğundan' bahisle, iptal davası açılamayacağını"*[180]

belirtmiştir.

(176) Bknz: 17. HD. 1.11.2007 T. 2501/3333; 15. HD. 27.2.2007 T. 7545/1231; 19.3.1996 T. 1202/1503; 4.12.1995 T. 6572/7119

(177) Bknz: 15. HD. 14.10.1994 T. 4834/7510

(178) Bknz: 15. HD. 11.7.1991 T. 2623/3676

(179) Bknz: 15. HD. 18.9.1990 T. 1801/3429

(180) Bknz: 15. HD. 25.6.1990 T. 1367/3091

HİTİT HUKUKU, BELLEKLERDEKİ KAYIP KİTABI ÜZERİNE

Sibel ÖZBUDUN

"Adaletin aklını kaybettiği yerde felsefe susar."[1]

Modernitenin köklü mitoslarından biri, "ilkel/geleneksel" zihniyetin kutsallar, dogmalar, adetler, gelenekler vb. yönetiminde statik bir kurgu iken "modern" zihnin kuşkuculuk, sorgulayıcılık, dinamizm, akılcılık, eleştirellik, değişkenlik, ilerleyicilik... vb. niteliklerle tanımlandığı yolundadır.

Oysa modernitenin kendisinin de yabana atılmayacak kadar dogması, "*doxa*"sı,[2] sorgu-sual tanımayan önkabulü olduğu gerçeği, artık yabancımız değil. Tıpkı nihayetinde onun da bir sınıfsal "mamûl" olduğu, bir sınıf egemenliğinin (XVIII. yüzyıl ve sonrası Batı burjuvazisi) ideolojik tahkimatını oluşturduğu gerçeği gibi...

Ne ki, "modern" olarak şekillenmiş zihinlerimizin modernitenin dogma ve *doxa*'larını deşifre etmesi, pek de kolay değil. Hayır, bunlar içinden çıkılmaz ölçüde karmaşık olduklarından değil; böylesi bir girişimin son derce "yalın" soruları sormayı gerektirdiğinden - oysa tüm bir eğitim-öğrenim sürecinin bize unutturduğu tam da bu: yalın, doğrudan soruları sorabilme yeteneği.

Avukat Erdal Doğan'ın *Hitit Hukuku, Belleklerdeki "Kayıp"*[3] başlıklı kitabı, okuruna böyle bir soruyu sordurarak başlıyor işe. Tüm bir Batı Avrupa'nın (modern) hukukunun neden Roma Hukuku'na dayandığı sorusu.

Gerçekten de neden Roma Hukuku? En eski/köklü hukuk sistemi olduğu için mi? Roma yasalarından çok daha eskilere dayanan kodların ol-

---

(1) Denis Diderot.

(2) doxa: yaygın inanç ya da popüler görüş anlamına gelen Grekçe terim.

(3) Erdal Doğan, Hitit Hukuku, Belleklerdeki "Kayıp", Güncel Yay., İstanbul, 2008.

duğunu biliyoruz. Tarihsel süregenliğinden olabilir mi? Roma Hukuku'nun en kapsamlı derlemesi kabul edilen ve Batı Avrupa ülkelerinin medenî hukuklarına kaynaklık eden, 529-534 tarihleri arasında Bizans İmparatoru I. Justinianus'un emriyle derlenen *Corpus Juris Civilis*'in, Batı Avrupa'da ancak XI. yüzyılda (İtalya'da) gündeme geldiği, bunun ise İtalyan komünlerindeki tacirlerin gereksinimlerine bir yanıt olduğu kaydedilmektedir.(4) Peki, "Evrensel İnsan Hakları"na temel oluşturabilecek bir *ethos*'u sergilediği için olabilir mi? Bunun yanıtını da Erdal Doğan'a bırakalım:

"Roma Hukukunda, *Ius Gentium*'a göre kölelerin bir hakkın konusu olan varlıklar olarak eşya ve mal değerinin ötesinde hiçbir değeri yoktu. Başlangıçta kölelerin azat edilmeleri dahi yasaklanmıştır. *Persona alieni iuris* (başkasının hukukuna tabi) kategorisinde mütalaa edilebilecek olan kölenin konumu *ius civile* nazarında bir hiçti. Bu nedenle köleler *ius civile*'ya göre ne alacaklı, ne borçlu, ne malik, ne davalı ne de davacı olabilirlerdi. (...)

Roma Hukukunda, ergin olsun ya da olmasın, ister evli ister bekâr, her çocuk babasının yetkesi altındaydı. (...) Dahası, baba çocuğunun doğal yargıcıydı ve onu özel kararla ölüme bile mahkûm edebiliyordu. Bunun dışında, vasiyet sahibinin yetkisi sınırsızdı ve baba, çocuklarını mirastan yoksun bırakabiliyordu. (...)

Görülüyor ki Roma Hukukunda hak ehliyetine sahip olabilmek hürriyet, vatandaşlık ve aile statülerine sahip olmayı gerektirmektedir. Kölelerin dışında kişilerle kadınların vatandaşlık statüsü ve konumlandırılışı piramiter, cinsiyetçi ve feodal yapının karakteristik özellikleriyle biçimlendirilmiştir. Bu nedenle de Roma'da birden çok vatandaşlık statüsü bulunmaktadır."(5)

Doğan, Roma Hukuku'nun "hak"ları güvence altına almaktan ne denli uzak olduğunu, küçük çiftliği güçlü komşusu tarafından gasp edilen bir mülk sahibinin hakkını arama süreci örneği üzerinden gözler önüne seriyor:

"Bu durumda normal koşullarda mağdur olan kişinin yapması gereken öncelikle; yargıç önünde şikayetçi olmak (*litis denuntiato*), adaletin tecellisini sağlamak ve kamusal yetke (*manus militari*) aracılığıyla mallarını geri almaktır. Ama Roma'da III. yüzyıla kadar süreç şu şekilde işlemekteydi: Roma'da konumları güçlü olan kişiler ceza hukukunu ve yaptırımını kendileri uyguluyorlardı. Nitekim bu yüzden de ceza hukukundan bahsedilemezdi, güçlü komşunun saldırı ve gaspı da tümüyle medeni hukuk kapsamına giren bir suç veya suçtan çok hukukî ihlâl olarak kabul ediliyordu.

---

(4) http://en.wikipedia.org/wiki/Corpus_Juris_Civilis.

(5) Doğan, ay. ss.27, 29, 31.

Dolayısıyla da davalı hasmı adamları ve güvenlikçilerinin arasından çekip alarak yargıç karşısına çıkarmayı sağlamak, zarar gören davacının kendisine düşmekte, duruşma günü yargıç karşısına çıkarana kadar da kendi özel hapishanesinde zincirleyerek hapsetmesi gerekiyordu. Eğer davacı onu zor kullanarak yargıç karşısına çıkartmayı başaramazsa, davanın başlaması asla mümkün olamazdı (*litis contestario*).

Diyelim ki davacı onu yanaşma olarak kabul eden güçlü bir kişi sayesinde bu aşamaları başardı ve mahkemeden haklı olduğuna dair bir karar aldı. Bundan sonra yapması gereken imkânı varsa kararı bizzat uygulamaktır. Ama nasıl?

Mahkeme açıklanamaz bir gariplikle, davalıyı, gasp edilen, çalınan şeyi davacıya vermeye mahkûm etmeyip, gasp edilen çiftliği kendi kaderine terk ederek, davacının davalı hasmının bütün mallarına ve topraklarına el koymasına izin veriyor; bunları mezat yoluyla satıp, yargıcın çiftlik için biçtiği değere (*aestimato*) eşit tutardaki parayı alması, kalanını davalıya vermesi gerekiyor."[(6)]

Oysa Roma Hukuku'nun, her konuda bu denli "gevşek" ve "muğlak" olmadığını biliyoruz. Özellikle de "devletin güvenliği" ile ilgili konularda. Örneğin, Roma'nın ilk yazılı yasa derlemesi olan (İ.Ö. 367) XII Levha Kanunu'nun IX. Levhası'nda, "Kentte gece toplantılarına neden olanların ölümle cezalandırılacağı" (Yasa VI) bildirilmektedir…

Peki, "en kadîm", tarihsel açıdan "en süregen" hukuk külliyatı olmayan, "Evrensel İnsan Hakları"yla bağlantısı kuşkulu Roma Hukuku, neden merkantil burjuvazilerin öncülüğünde yükselmekte olan Avrupa devletlerinin "temel hukuku" olarak temellük edilmiştir? Yanıtı yine Doğan'a bırakalım:

"Modern Hukukun siyasi yapısının muhafazası bakımından, kişiler üzerinde kurduğu çok sistemli ve zaptu rapt denetiminin zeminini oluşturan, çağlar arası kurduğu köprüsel bağın ve dünya medeniyet ve kültürünün önemli bir unsuru hâline gelen Roma Hukukunun seçiminin bu nedenle hiç tesadüfî olmayıp, tamamen bilinçli bir tercihin sonucu olduğu gerçeğiyle karşılaşırız.

Tarihteki somut düzenlemeleriyle, insanın doğadan koparıldığı, cinsiyetçilik ve köleliğin baskın karakter olarak belirleyici olduğu, merkeziyetçi Roma İmparatorluk Hukukunun, tüm kıta Avrupası ve Anglo Sakson hukuk sistemleri üzerindeki büyüleyici etkisi işte bu nedenledir, yani: Statükonun korunması."[(7)] Bir başka deyişle seçim, tümüyle "bilinçli ve ideolojik"tir.[(8)]

---

(6) Doğan, ay. ss.32-33.

(7) Doğan, ay. s.40.

(8) Doğan, ay. s.33.

Roma Hukuku bilinçli bir "seçim"i -ya da "hatırlama"yı- imlediği ölçüde, Hitit "hukuku" ise, yitik bir belleğin konusudur. Erdal Doğan, kitabında hukukçu gözüyle bu "yitik" belleği irdeleme işine girişmiş. Ve Roma Hukuku'yla kıyaslandığında çarpıcı bir "insancıllık", şaşırtıcı bir "hakkaniyet" tablosu çıkarmış ortaya.

Hiç kuşku yok ki Hint-Avrupa kökenli istilacıların Anadolu'daki yerel site-devletlerin ve toplulukların üzerine yerleşmesiyle biçimlenen (yaklaşık İ.Ö. XVII. yüzyıl) Hitit devlet ve toplumu, tüm kadîm devletler gibi sınıflı bir yapı sergilemektedir: olasılıkla istilacılardan oluşan ve Eski Krallık döneminde, aynı zamanda yüksek mahkeme işlevi gören Meclis (*pankus*) aracılığıyla iktidarı kral (*tabarna*) ile paylaşan soylular; toprak sahibi olabilen ve gerektiğinde angaryaya (*luzzi*) tabi tutulabilen köylüler ve *araç adamları*, yani zanaatkârlardan (inşaat işçileri, dokumacılar, deri işçileri, çömlek imalatçıları, demirciler…) oluşan özgür emekçiler ve aile köleleri.[9]

Evet, Hitit toplum ve devleti sınıflıdır; ancak tıpkı Güney Mezopotamya'da kendisini bin yıl kadar önceleyen[10] Sümer site-devletleri gibi henüz inşa-hâlinde bir devlettir söz konusu olan; ve ilk yazılı yasalar, yerel güç odakları ya da soyluların merkezîleşmeye karşı direnişini kırmaya yönelik olarak formüle edilmişe benzemektedir. Nitekim, ilk yazılı yasaları derleyen Telipinu'ya dek Eski Krallık dönemine ait Kral Listeleri'nde krallık daha çok "kayınlar", yani evlilik yoluyla kurulan bağlaşıklıklar aracılığıyla aktarılırken[11] Telipinu'dan sonra (kral olan damadının ardından), İmparatorluk döneminde krallığın babadan oğula, ya da baba tarafından akrabalara -erkek kardeş, amca, vb.- aktarılması genel kural hâline gelmiş gözükmektedir.[12] Bu süreç, aynı zamanda "kabile hukuku"nu oluşturan örflerin merkezîleşen siyasal iktidar karşısında direnen, ya da iktidarı paylaşan soylular elinde "suiistimal edilmesi"ne karşı, Saray'ın (kral ve çevresi), örfleri kodifye ederek meşruiyetlerini pekiştirme girişimini de yansıtmaktadırlar. Bu ise, "gökyüzü modelinde örgütlenmiş" krallığın uyruklarına (tıpkı tanrılar gibi) adil ve hakkaniyetli davranması gereğini getirmektedir gündeme. Böylelikle, örfî hukuk, "*eskiden şöyle yapılırdı, şimdi ise böyle yapılır,*" yollu ifadelerle genellikle yumuşatılmış, "ceza indi-

---

(9) Bkz. O. R. Gurney, The Hittites, Suffolk: Pelican Books, 1972.

(10) Sümerlerin Güney Mezopotamya'da devletleşme yolundaki ilk girişimleri, İ.Ö. 2900-2300 yılları arasına yerleşir. Erken Sülale adıyla da anılan bu dönem, Mezopotamya'nın tümünü ele geçirerek birleşik ve merkezî bir krallık kuran Semitik kökenli Sargon tarafından sona erdirilmiştir. (C. Leonard Woolley, Les Sumeriens, Editions Payot, Paris, 1930.)

(11) Örneğin, I. Murşili (1630-1600) I. Hattuşili'nin (1660-1630) "torunu/evlatlığı; I. Hantili (1600-1570) I. Murşili'nin kayınbiraderi; I. Zidanta (1570-1560) I. I. Hantili'nin damadı; Ammuna (1560-1540) I. Zidanta'nın oğlu; I. Huzziya (1540-1535) Ammuna'nın gelininin erkek kardeşi; Telipinu (1535-1510) ise I. Huzziya'nın damadıdır. Bkz. Doğan (agy.)'daki "Kral Listeleri", ss.62-63.

(12) "Birinci dereceden prens kral olsun. Birinci dereceden prens yoksa ikinci dereceden bir oğul kral olsun. Eğer tahta geçecek bir oğul yoksa birinci dereceden bir prensesle evlendirilen kişi kral olsun." (Telipinu Fermanı'ndan. akt. Doğan, ay. s.93.)

rimleri, ölüm cezalarında kısıtlamalar, işkence ile öldürülmenin kaldırılması gibi daha insancıl yaklaşımlar"[13] başat hâle gelmiştir.

Telipinu'dan itibaren yazılı hâle gelen Hitit hukukunda -köleleri ve kadınları hukuksal özne olarak ele almayan Roma hukukunun tersine- tüm uyruklar aynı zamanda birer hukukî özne konumundadır, hatta "en güçsüzler"e karşı pozitif ayırımcılığın işaretleri çıkmaktadır karşımıza. Örneğin İmparatorluk dönemi krallarından[14] II. Tuthaliya'nın (1400-1380) yargıçlara yönelik talimatnamesinde şu ifadeler dikkati çekmektedir:

"Hangi kente dönerseniz dönün, kentin bütün insanlarını toplayınız. Her kimin bir davası varsa, onun hakkında karar veriniz ve onu memnun ediniz. Eğer bir kölenin, veya hizmetkârın veya yaşlı bir kadının, bir davası varsa, hakkında karar veriniz ve onu memnun ediniz.

Basit bir davayı zorlaştırmayınız. Zor bir davayı da basitmiş gibi göstermeyiniz. Doğru olanı yapınız."[15]

Telipinu'yla birlikte "ölüm cezası büyük ölçüde kaldırılmış"tır,[16] "kan davalarına son verebilmek için artık işlenen suçtan tüm aile sorumlu tutulmamaktadır", bedensel cezaların yerine para cezaları/tazminat uygulamasına geçilmiştir.[17] Daha da ilginci, bu tazminatlarda "kişilerin devlete olan yükümlü edim ve cezalarının zamanla hafiflemesi ya da tümüyle kalkmasıdır."[18]

Hitit hukukunun bir başka ilginç yönü, kölelerle ilgili düzenlemelerdir. Köleler özgür yurttaşların yarısı kadar hak ve görevlerle donanmış bireylerdir (örneğin bir köleyi yaralamak, ya da öldürmek, aynı suçun özgür bireye işlenmesi durumundakinin yarısı kadar tazminata tabidir). Özgür pleblerle Senatörler sınıfı (particiler) arasındaki evliliği yasaklayan Roma hukukuyla[19] tezat hâlinde, Hitit hukuku özgür yurttaşlarla köleler

---

(13) Doğan, ay. s.70.

(14) Hitit tarihi konvansiyonel olarak üç dönemde ele alınmaktadır. Kral'ın (labarna) bir çeşit "eşitler arasında birinci" olduğu ve iktidarı soylularla paylaştığı Eski Krallık, Telipinu reformlarıyla birlikte iktidarın Saray çevresi elinde yoğunlaştığı, toprakların büyük ölçüde genişlediği ve kralların "Güneşim" sanını aldığı İmparatorluk, ve Batı'dan gelen "Deniz İnsanları"nın istilalarının ardından Kuzey Suriye'de devam eden Geç Hitit Beylikleri dönemleri. (J. G. Macqueen, The Hittites and their Contemporaries in Asia Minor, Thames and Hudson Press, Londra, 1975.)

(15) Doğan, ay. ss.75-76.

(16) Ancak (maktulün yakınlarının istemesi durumunda) cinayet ve (aldatılan kocanın istemesi durumunda) kadının zinası için olduğu kadar, kralın buyruklarına ya da yargıç kararlarına karşı çıkmak ve kölelerin efendilerine karşı durması (madde 173), domuz ya da köpekle cinsel ilişki kurmak (madde 199), kadına isteği dışında tecavüz etmek (madde 197) gibi suçlarda ölüm cezası devam etmektedir. (Doğan, ay. ss.96-97, ss.188-189).

(17) "Hattusa ülkesinde ölüm cezası verilmez. Eğer olay (işlenen suç) kralın kulağına giderse, olayın üzerine gidilir. Katil yakalanır ve kurbanın yakınlarına teslim edilir. Cinayetin işlendiği yer temizlenir. Kurban yakınları tazminat olarak gümüş kabul etmezlerse, katili köle yapabilirler. Krala karşı suç işleyen bir adam başka bir ülkeye kaçarsa, onu öldürmek yasaktır." (Doğan, ay. s.97.) Burada ilginç olan, maktulün yerine, ailesinin uğradığı işgücü kaybını telafi etmek üzere gümüş ya da bizzat katilin "köle" olarak verilmesi uygulamasıdır.

(18) Doğan, ay. s.104.

(19) XII Levha Yasası, XI.2.

arasındaki evliliğe (başlığın ödenmesi koşuluyla) cevaz vermektedir. Böylelikle Boğazköy kazılarında ortaya çıkartılan, İmparatorluk çağında redakte edilmiş "Hitit Yasaları"na göre, "*Eğer özgür bir adam ve bir kadın köle (...) iseler ve bunlar birlikte yaşıyorlarsa ve onu kendisi için karısı olarak o alırsa ve kendisi için bir ev ve çocuk yaparlarsa, ve sonradan onlar ya anlaşamaz ya da ayrılırlarsa ve evi bölüşürlerse adam çocukları alsın, kadın kendisi için bir çocuk alsın*" (31. madde); ve "*eğer bir erkek köle bir kadını karısı olarak alırsa, hukuk kuralı onlar için aynı şekildedir*" (32. madde); "*Eğer bir erkek köle, (özgür) bir kadın için bir başlık öderse, ve onu kendisi için karısı olarak alırsa o zaman onu (=kadını) hiç kimse dışarı çıkarmaz.*" (34. madde).[(20)]

Hitit ve Roma hukukları arasında bir başka çarpıcı tezat, kadınların konumuyla ilgili gözükmektedir. Yasal eşi, evlenmemiş kız çocukları ve evli olsun-olmasın erkek evlatları, kölelerle birlikte hane reisinin mutlak hükmü altına yerleştiren *patria potestas* ilkesini temel alan Roma sivil hukukunun çizdiği çerçevenin tersine, Hitit kadınları evlatlarını reddetme (171. madde), mülk sahibi olma, (erkeğin yarısı kadar olmakla birlikte) ücretli bir işte çalışma (158. madde), kocasının mirasından pay alma (192. madde), çocuklarına miras bırakma (27. madde), boşanma (26. madde: "eğer bir kadın erkeği red (ederse)...") ve ticaretle uğraşma gibi haklara sahiptirler.

Ve nihayet, Hitit hukukunun ilginç bir başka düzenlemesi de "çevreci" tonlar taşıyan, "kirletme tazminatları"dır; 25. madde, bir "kabın ya da göletin kirletilmesi" karşılığında saraya ödenen payı kaldırarak, mağdurun zararının giderilmesini öngörmektedir.[(21)]

Doğan'ın aktarımıyla Hitit hukuku, bir başka "inşa hâlindeki devlet"in, Hititleri Güney Mezopotamya'da sekiz yüz yıl kadar önceleyen Sümer site-devletlerinin hukuk sistemiyle ilginç koşutluklar sergilemektedir. Örneğin, Erken Sülale döneminin sonlarına doğru Kish kentinin egemenliğine son verip bir halk ayaklanması desteğinde iktidara geçerek kendini Lagash kralı ilan eden Urugakina[(22)] (İÖ 2350'ler), yazılı ilk Sümer hukuk metni olan "Yasa"sında, "özgürlükleri" ("*amar-gi-bi i-gar*") tesis ettiğinden söz etmektedir. Urugakina, şu terimlerle anlatmaktadır adaletini:

"(...) rahip fakirin bahçesine (artık) giremedi. Kralın altında (maiyetinde) bulunan bir görevlinin iyi bir eşeği doğarsa onun amiri onu satın alayım derse satın almak üzere iken gönlüme hoş görünen (gönlümün istediği) gümüşü tart derse, (satın alacağı) gün satmayacağım derse, onun amiri canının istediği gibi ona vurmasın (zorlamasın).

Bir büyük adamın evi kralın altında olan bir adamın evi ile bitişikse, o büyük adam onu satın alayım derse, vakta ki (büyük adam) onu satın

---

(20) Doğan, ay. ss.117-118.

(21) Doğan, ay. s.127.

(22) Bkz. Samuel Noah Kramer, History Begins at Sumer, Anchor Books, New York, 1969, s.45.

alayım, gönlümün istediği kadar para tart, benim evimin değeri kadar arpa (ver) derse, satmadığı zaman büyük adam (amir) kralın altındakini (küçük adamı) zorlamayacaktır dedi (Urugakina emretti). Ödemedikleri borçtan dolayı hapis olan Lagaşlıları (borçlu oldukları) arpadan, hırsızlıktan, öldürmeden dolayı hapis olan Lagaşlıları memnun etti (ve) yıkadı (affetti). Özgürlüklerini koydu (verdi). Yetim ve dulu kuvvetli adam ezmesin diye Ningirsu ile Urugakina bir sözleşme yaptılar." (XI, 17-38; XII, 1-28)[23]

Urugakina'dan 200 yıl kadar sonra Lagaş kentine egemen olan kral Gudea'nın da, Eninnu tapınağının inşası vesilesiyle diktirdiği heykellerin kaidelerine "esir kölelerin serbest bırakılmasından, zengine fakirin, kuvvetliye zayıfı ezdirmemekten" söz ettiği aktarılmaktadır.[24] Ve yine, III. Ur Sülalesi kurucusu Urnammu (yakl. İÖ 2130) "Kanunu"nda, "öksüzü zengine teslim etmemekle, dul kadını kuvvetli adama teslim etmemekle, 1 seqel'lik adamı 1 mana'lık[25] adama teslim etmemekle" övünmektedir (162-168).[26]

Hammurabi Yasası öncesi Sümer yasaları, yazıtlar ne yazık ki fazla tahrip olduklarından, kölelik hukuku ya da kadınların durumu konusunda bize ayrıntılı bilgiler sağlamıyor. Bu konuda en kapsamlı bilgiyi, Babil kralı Hammurabi'den 150 yıl kadar önce yaşamış Isin kralı Lipit-Istar'a ait Sümerce yasalardan alabilmekteyiz. "Sümer ve Akad'ın evlatlarının özgürlüklerini, eşitliklerini temin et"mekle (*Kol. II, 6-15*)[27] övünen Lipit-Istar'ın *Kanun*'unda "kaçak köleler" öldürülmemekte, ancak sahiplerine tazminat ödenmekte (*Kol. 13, § 12, 35-43*); köleliğini ödeyen ve bunu kanıtlayan köle özgürlüğüne kavuşabilmekte (*Kol.13, § 14, 48-54; Kol. XIV, 1-4*), kadınlar mülk sahibi olabilmekte (*Kol. XIV, § 18, 25-29: "Eğer bir evin sahibi veya sahibesi evin vergisini vermezse..."*), babalarından mülk tevarüs edebilmekte (*Kol. XV, § 22, 45-51*), çocuklarına miras bırakabilmektedir (*Kol. XVI, § 24, 23-35: "Eğer evlendiği sonraki eş ona çocuk doğurursa, (kadının) babasının evinden getirdiği başlık çocuklarına, önceki eşin çocuğu ve sonraki eşin çocuğu (ise) (yalnız) babalarının malını eşit olarak aralarında bölüşeceklerdir*").

Mezopotamya topraklarında (Sümer) site-devletlerinden merkezi (Babil-Asur) imparatorluklara geçilmesine (İÖ II. bin) koşut olarak, kadınların ve kölelerin sahip olabildikleri özerklikleri yitirdikleri, kadınların tümüyle kocalarının, kölelerin ise efendilerinin hükmüne bırakıldığı görülür. Bu, Uruk ve İsin site-devletlerini alıp kuzeydeki Eshnunna ve Mari, güneydeki Elam krallıklarına boyun eğdirerek Asur ülkesiyle komşu olan, ardından da Asur'a boyun eğdirerek tüm Mezopotamya'da hâkimiyet ku-

---

(23) M. Tosun, K. Yalvaç, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi Şaduqa Fermanı, TTK yayınları, Ankara, 1975, ss.27-28.

(24) M. Tosun, K. Yalvaç, agy. s.12.

(25) 1 mana=60 seqel.

(26) M. Tosun, K. Yalvaç, agy. s.39.

(27) M. Tosun, K. Yalvaç, agy. s.62.

ran[28] Babil kralı Hammurabi'nin (İÖ 1792-1750) derlediği *Hammurabi Yasaları*'nda net bir biçimde ifadesini bulmaktadır. Hammurabi Yasaları'nda kaçak kölelere yardım ve yataklık etmenin cezası ölümdür (*§ 15, 16, 19*); borç köleliği kurumsallaşmıştır (*§ 115-119*); sahibini inkâr eden kölenin cezası, kulağının kesilmesidir (*§ 282*); zina suçu işleyen kadın (*§ 129*) ya da kocası evde yokken onun malını gözetmeyen kadın (*§ 133b*) nehre atılır; zina ile suçlanan bir kadın nehir ordalyasına tabi tutulur (nehre atılır; boğulursa suçlu kabul edecek, batmazsa suçsuz sayılacaktır) (*§ 132*); kendini ve evini gözetmeyen, "sokağa düşkün" olan, kocasını küçük düşüren kadının cezası da yine suya atılmadır (*§ 143*).

Ancak saray ya da *muskenum*'a[29] ait bir kölenin özgür yurttaşlarla, hatta "bey kızları"yla evlenme hakkı, Hammurabi yasalarında da kabul edilmekte, eşlerden birinin ölümü durumunda mirasın çocuklar ve köle sahibi arasında nasıl bölüşüleceği düzenlenmektedir (*§ 175-176*).[30]

* * * * *

Peki, tüm bunlar ne ifade ediyor? Öncelikle, günümüz Batı Avrupası'nda ulusal hukuklara kaynaklık eden "Roma Hukuku"nun ne biricik, ne de en erken yasa metinleri derlemesi olmadığını... Roma'yı bin yıl önceleyen Anadolulu Hititlerin, hatta onları 800 yıl önceleyen Mezopotamyalı Sümerlerin Roma'nınkinden çok daha insancıl, çok daha "özgürlükçü" hukuk sistemleri oluşturduklarını... Roma hukuk sisteminin -en azından ilk evrelerinde- ataerkillik ve sınıf despotizmi açısından Babil'in Hammurabi Yasaları'yla boy ölçüştüğünü... Roma Hukuku tercihinin Batı Avrupalı yükselen burjuvazilerin sınıfsal yönelişlerinden soyutlanarak ele alınmaması gerektiğini... Ve nihayet Roma Hukuku eğitiminin dünyanın belli başlı Hukuk Fakültelerinde temel dersler arasında yer alırken, Hitit (ya da Sümer, hatta Babil) yasalarının incelenmesinin yalnızca (artık ölüme terk edilmiş) Hititoloji, Sümeroloji, Asuroloji kürsülerine tevdi edilmesinin, "Avrupa-merkezciliğin" bir başka boyutunu oluşturduğunu...

Evet, yukarıda da belirttiğim gibi; *Hitit Hukuku, Belleklerdeki "Kayıp"*, verimli sorular açıyor insanın aklında...

---

(28) Seton Lloyd, The Archaeology of Mesopotamia, Thames and Hudson Press, 1978)

(29) muskenum/mishkilu: Sümer ve Babil toplumlarında, aristokrasiye (amelu) göre daha az ayrıcalıklı olan özgür orta sınıf.

(30) M. Tosun, K. Yalvaç, agy., ss.181-217.

TERÖRİZMLE MÜCADELE KAPSAMINDA TÜRKİYE'NİN KUZEY IRAK OPERASYONU VE OPERASYONUN ULUSLARARASI HUKUKİ VE SİYASİ ETKİLERİ

*Umut KEDİKLİ**

11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD) karşı EL-Kaide terör örgütünün gerçekleştirdiği terörist saldırıları sonrasında, terörizmin her boyutuyla mücadele konusu, saldırılardan önceki döneme göre uluslararası konjonktürde daha fazla tartışılmaya başlanmıştır. ABD'de sivil ve askeri hedeflere yönelen bu terör saldırıları sonrasında, terör örgütlerine karşı devletlerin kendi sınırları dışında kuvvet kullanıp kullanamayacağı sorusu yeniden gündeme gelmiştir. Yaşanan hukuki ve siyasi tartışmalarla birlikte, gelişen hukuki süreç ve bu konuda bilimsel çalışma yapan uzmanların görüşleri, devletlerin siyasi bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü hedef alan terör saldırılarında bulunan terör örgütlerine karşı ilgili devletin kendini savunma hakkı olduğu yönünde bir gelişme göstermektedir.(1) Konumuz açısından meseleye yaklaşıldığında, Türkiye'nin son yıllarda artan terör saldırıları bağlamında bu saldırılarla bağı kesin olan terör örgütüne karşı uluslararası hukuktan da kaynaklanan meşru gerekçelerle bir müdahale hakkının olduğu söylenebilir.

SINIR ÖTESİ OPERASYON VE ULUSLARARASI HUKUK

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK), Kuzey Irak'ta yerleşmiş olan PKK - KONGRA-GEL gibi çeşitli isimlere ifade edilen terör örgütüne karşı 21 Şubat 2008 tarihinde sınırlı bir silahlı kuvvet kullanımını içeren bir sınır ötesi operasyonunun hukuki açıdan meşru olduğu yönünde bir takım

---

(*) Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

*(1) Terörizme karşı kuvvet kullanımı konusunda bakınız; Anthony Clarck Arend, Robert J. Beck, **International Law and The Use of Force: Beyond the United Nations Charter Paradigm,** London, Routledge, 1993; Mary Ellen O'Connell, "International Law and the Use of Force," **AJIL**,Vol. 97, Issue 2, April 2003; Sionho Yee, "The Potential Impact of Possible US Responses to the 9-11 Atrocities on the Law regarding the Use of Force and Self-Defence," **Chinese JIL**, 2002; Richard Griffiths, "International Law, The Crime of Aggression and Jus Ad Bellum," **International Criminal Law Review**, Vol.2, 2002.*

savlar ileri sürülebilir. Aşağıda ayrıntısıyla açıklanmaya çalışılacak olan bu savlar, uluslararası ortamda daha önce benzer örnek olaylarda da ortaya çıkmış olup, Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı tehdide karşı da ileri sürülebilecek niteliktedir.

Bu savlardan ilki, Türkiye'nin Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması'ndan kaynaklanan meşru müdafaa hakkıdır. BM Antlaşması'nın "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Yapılacak Hareket" başlıklı VII. Bölümü altında yer alan 51. maddede devletlerin bireysel veya müşterek meşru müdafaa hakkı düzenlenmektedir. Bu maddeye başvurarak bir devletin meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için *silahlı bir saldırıya* hedef olması şartı aranmaktadır.[2] Madde metninde, meşru müdafaa hakkının devletlerin kullanabileceği *doğal bir hak* olarak nitelenmesi nedeniyle bu hakkı kullanabilecek devlet açısından şartların oluşması halinde silahlı saldırıya maruz kalan devletin, başka bir uluslararası otoriteden, örgütten ya da devletten yetki ve/veya izin alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle meşru müdafaa hakkına devletlerin doğal bir hak olarak sahip olması, devletlerin silahlı bir saldırıya maruz kalması sonrasında bu alandaki egemenlik hakkının bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır.[3] Meşru müdafaa hakkının doğal bir hak olarak nitelendirilmesi Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1986 tarihinde "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetlere İlişkin Davası'na ilişkin kararında da ifade edilmiştir.[4] Divan, bu hakkın doğal bir hak olarak BM Antlaşması'nın kabulünden önce de var olan bir örf-adet hukuku kuralı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla devletlerin BM Antlaşması'ndan önce de sahip olduğu bir hak olmakla birlikte, 1928 tarihli Paris Paktı'nın ve 1945 tarihinde BM Antlaşması'nın kabulüyle devletlerin kuvvet kullanma hakkının yasaklanması sonucunda meşru müdafaa hakkı, silahlı kuvvet kullanımı alanındaki kurallaşma bakımından önemli bir hal almıştır. Şöyle ki, Paris Paktı ile başlayan ve BM Antlaşması ile devam eden ve günümüze kadar gelen süreçte devletlerin silahlı kuvvet kullanımı tehdidi ve silahlı kuvvet kullanması yasağı genel kuralı oluştururken, meşru müdafaa hakkı ise bu genel kuralın hukuken tek istisnasını teşkil etmektedir.

51. madde çerçevesinde ise Türkiye'nin meşru müdafaa hakkına başvurarak terör örgütüne karşı kuvvet kullanabilmesi için; (a) karşı karşıya kalınan terör eylemlerinin silahlı saldırı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve (b) şayet bu eylemler silahlı saldırı olarak nitelendirilebilirse gerçekleşen saldırılarla Kuzey Irak'ta üslenen terör örgütü arasında

---

(2) BM Antlaşması, BM Enformasyon Merkezi, Ankara, 1997.

*(3) Yoram Dinstein, **War, Agression and Self-Defense**, 2.nd Edition, New York,Cambridge Univ. Press,1995.*

(4) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment on Merits, I.C.J. Reports, 1986.

bir bağın bulunup bulunmadığının ortaya konması gerekmektedir. Bu çerçevede yukarıda sorulan sorulara ilişkin verilebilecek bir cevap için ileri sürülebilecek argümanlar şu şekilde açıklanabilir;

(a) Terör Eylemlerinin Silahlı Saldırı Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu;

11 Eylül 2001 tarihinde Türkiye'nin de müttefiki olan ABD'ye karşı gerçekleştirilen terör saldırıları sonrasında BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı 1368 ve 1373 sayılı kararlarda bu "*terörist saldırılara*"[5] karşı ABD'nin bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkının ifade edilmiş olması ve sonrasında ABD ve müttefiklerinin bu saldırıların sorumlusu olduğunu kabul ettiği EL-Kaide terör örgütüne yönelik olarak Afganistan'a karşı düzenlediği operasyon, meşru müdafaa hakkının bir devletin uğramış olduğu terör saldırılarına karşı da kullanılabileceğini teyit etmektedir. Dolayısıyla Güvenlik Konseyi kararlarıyla birlikte terörist saldırılar da, silahlı saldırı kapsamında değerlendirilerek, Türkiye'yi hedef alan terörist saldırılara karşı da meşru müdafaa hakkının doğacağı söylenebilir.

Bununla birlikte Türkiye'de gerçekleşen terör saldırılarının, silahlı saldırı boyutunda olup olmadığı hususunda ise, yapılan saldırıların ölçeği, silahlı saldırıların tespitinde önemli bir faktördür. Terör örgütünün gerçekleştirdiği saldırıların, Türkiye'nin toprak bütünlüğüne, siyasi egemenliğine ve üniter yapısına karşı gerçekleştirilen saldırılar olduğu ve bu yönüyle de silahlı saldırı boyutuna ulaştığı kabul edilebilir. Yapılan saldırıların yaratığı etki ve sonuç kabul edilemeyecek ölçüde olduğu içindir ki, Türkiye'nin istisnai bir hakkı olan meşru müdafaa hakkı doğmaktadır.

Olayların toplamı teorisine göre de, terör örgütünün ortaya çıktığı 1984 yılından günümüze kadar, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin vatandaşlarını ve güvenlik güçlerini hedef alan saldırılar, münferit nitelikte olmaktan çok terör örgütünün bir planının icrası şeklinde gerçekleştiğinden, terör saldırıları zincirinin bir parçası olarak değerlendirilerek silahlı saldırı olarak kabul edilebilir. Bu teoriye göre, aynı terör örgütü tarafından aralıklarla gerçekleştirilen silahlı saldırı eylemleri bir bütün olarak kabul edilmekte ve hedef aldığı devlet bakımından terörist saldırı tehdidinin sona ermediği ileri sürülmektedir.[6] Bu noktada aralıklarla devam eden terör saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının kullanılmasında dikkat edilecek bir husus, terörizme karşı kuvvet kullanılırken orantılılık ilkesinin ihlal edilerek zararla karşılık niteliğinin ortaya çıkmamasıdır. Bu çerçevede, aralıklarla devam eden terör saldırılarının hedefi olan Türkiye'nin gerçekleşen bir silahlı saldırı niteliğindeki terör eylemi sonrasın-

---

(5) BM Güvenlik Konseyi'nin 1368 ve 1373 sayılı kararlarının orijinal metninde de ***"terörist saldırılar"*** *ifadesi kullanılmıştır. Bakınız: S/RES/1368(2001), S/RES/1373(2001).*

(6) Ahmet Hamdi Topal, ***Uluslar arası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı,*** *1. B., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2005.*

da muhtemel yeni saldırıları önlemek için meşru müdafaa hakkını kullanarak kendini savunması hukuki ve meşrudur.

Devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen bir eylemin silahlı saldırı olarak kabul edilmesiyle ilgili olarak Uluslararası Adalet Divanı da 1986 tarihinde "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetlere İlişkin Dava"sında bir yargıya varmıştır.(7) Divan'a göre, "devlet dışı aktörlerin eylemlerinin, düzenli kuvvetlerle gerçekleştirilebilecek bir saldırıya eş değer olması durumunda bu eylemlerde silahlı saldırı olarak nitelenebilir." Bu husus, terör örgütünün gerçekleştirdiği saldırıların yarattığı sonuç açısından değerlendirildiğinde, Türkiye'nin terör örgütüne karşı meşru müdafaa hakkına yol açtığı söylenebilir.

(b) Silahlı Saldırı ile Terör Örgütü Arasındaki Bağın Ortaya Konması Sorunu;

2007 yılı Haziran ayı içerisinde gerek El-Cezire televizyon kanalında gerekse Alman devlet televizyonu birinci kanalı ARD'de yayınlanan görüntülerde terör örgütünün, Kuzey Irak'ın muhtelif yerlerinde yer alan eğitim ve lojistik kampları gösterilmiştir. Dolayısıyla Irak devletinin ulusal sınırları içinde silahlı eğitim, lojistik ve operasyonel destek alıp, Türkiye'yi ve hatta İran'ı da hedef alan terör örgütünün terörist eylemleri, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eder bir hale gelmiştir. Söz konusu bu durum, 11 Eylül terör saldırıları sonrasında bu saldırıların sorumlusu ve üstlenicisi olan El-Kaide terör örgütünün de, ABD'nin ulusal sınırları içerisinde eylem yapmasına karşın Afganistan devleti içerisinde örgütlenmesiyle benzerlik göstermektedir. Üstlendiği devletin toprakları dışında bir diğer devlete karşı silahlı saldırı düzeyine ulaşan eylemlerin gerçekleşmesine bağlı olarak, ABD ve müttefiklerinin müşterek meşru müdafaa hakkını Afganistan topraklarında kullandığı bir durum ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla Türkiye'nin de meşru müdafaa hakkına dayanan ve bu hakkın sınırları içinde kalan askeri operasyonu, kendi sınırlarının dışında icraa etmesinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

IRAK ULUSLARARASI HUKUKLA KARŞI KARŞIYA

Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı silahlı saldırı boyutundaki terör saldırılarına yönelik uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarına paralel olarak, Irak devleti hükümetinin de uluslararası hukuktan kaynaklanan bir takım yükümlülükleri olduğu söylenebilir. Öncelikle BM örgütünün bir üyesi olarak uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçülerde Irak devleti, uluslararası hukukta yer alan devletlerin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı eylemlerde bulunulmamasını sağlayacak ilkelere uygun biçimde hareket etmelidir. 11 Eylül te-

(7) *Sevin Toluner, "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davası'ndaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı," Mahmut R. Belik'e Armağan, İstanbul,* ***Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi****, 1993.*

rör saldırıları sonrasında Güvenlik Konseyi'nin aldığı 1373 sayılı kararda da; " …diğer terörist eylemler gibi bu eylemlerinde uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturduğu … BM Genel Kurul'unun 1970 tarihli 2625 sayılı kararındaki 'her devletin kendi ülkesinde, bir başka devletin topraklarındaki terörist faaliyetleri organize etmek, kışkırtmak, yardımcı olmak ve yer almaktan kaçınma görevi olduğu' konusundaki prensipler tasdik edilerek" devletlerin BM Antlaşması uyarınca uyması gereken yükümlülükler teyit edilmiştir. Kararın devamında da; "tüm devletlerin, terör örgütlerine eleman ve silah temini olmak üzere her şekilde destek vermekten kaçınacakları, terörizmle ilişkisi olan kişilerin sığınma taleplerini reddedecekleri, terör eylemlerini finanse eden, katılan, planlayan, kolaylaştıran, destekleyen kişilerin kendi topraklarını kullanmalarını önleyecekleri" kararlaştırılmıştır. Bu argümanlara ek olarak; BM Genel Kurulu 1985 tarihinde aldığı bir kararda ve 1994 tarihinde devletlerin bu alandaki sorumluluklarını teyit eden Uluslararası Terörizmi Engellemek için Önlemler Deklarasyonu'nda devletlerden, terörist eylemleri destekleyen nitelikte eylemlerden, teşvikten, eğitim imkanları ve maddi imkanlar sağlamaktan kaçınma çağrısında bulunmuştur. Deklarasyonda, devletlerin kendi ülkelerinde terör örgütlerine bu gibi imkanları sağlamasının BM örgütünün amaç ve ilkelerine aykırı olduğu ve her devletin BM Antlaşması ve ilgili diğer uluslararası hukuk kurallarına uyma yükümlülüğünü yerine getirmesi hatırlatılmaktadır.

15 Ekim 2005 tarihinde kabul edilen Irak Anayasası gereğince de Irak'ın uyması gereken hukuki yükümlülükler bulunmaktadır.[8] Öncelikle Irak anayasasının 7. maddesinin ikinci fıkrasında Irak devletinin, terörün bütün çeşitlerine karşı mücadele etmekle yükümlü olduğu ve topraklarının terör şebekeleri için bir üs, geçiş noktası ve/veya konuşlanma alanı haline gelmemesi için çalışacağı ifade edilmektedir. Irak Anayasası'nın 8. maddesinde de, Irak'ın iyi komşuluk, başka devletlerin iç işlerine müdahale etmeme ve uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme ilkelerini gözeteceği vurgulanmaktadır. Irak anayasal rejimi itibariyle yönetim şeklini, cumhuriyetçi federal ve parlamenter demokrasi olarak belirlemiştir. Federal yönetimin görevlerinin düzenlendiği 108. maddesine göre de, Irak sınır güvenliğinin sağlanması Federal makamın yetkileri arasındadır. Bununla birlikte anayasanın Bölgesel Makamlar başlığını taşıyan dördüncü bölümünde 114. madde ile "Kürdistan Bölgesi" federal bir bölge olarak kabul edilmiştir. 118. madde de, Bölgesel Hükümet'in bölgesel güvenlik birimleri oluşturmak suretiyle bölgenin idaresinden sorumlu olduğu belirtilmektedir. Tüm bu anayasal düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi hem merkezi Irak yönetiminin hem de Bölgesel Kürt yönetiminin, komşusu olan Türkiye'ye karşı terörist eylemler düzenleyen terör örgütüne karşı önlem alma yükümlülüğü hukuksal açıdan bir zorunluluktur.

---

(8) http://www.irakhaber.com/haber_detay.php?haber_id=6650.

Ayrıca son dönemde terör örgütünün silah envanteri içerisinde yer aldığı tespit edilen Amerikan silahlarına ilişkin ABD'li yetkililerden gelen "Irak ordusuna verdiğimiz silahlar *maddi*, *etnik* ya da *ideolojik* (italik bana aittir) nedenlerle kontrolsüz biçimde PKK'nın eline geçmiş olabilir."[9] açıklaması da Irak'ın merkezi ve bölgesel yönetiminin uluslararası hukuk açısından yükümlülüklerini yerine getirmediğini göstermektedir. Terör örgütü ile Irak merkezi ve/veya bölgesel yönetimi arasındaki gayri meşru ilişkinin ortaya çıkması, Irak'ı Türkiye lehine uluslararası ortamda zor duruma sokacak bir unsurdur. Şöyle ki, konuya UAD'ın yukarıda da ifade edilen kararı çerçevesinde bakıldığında Divan kararında bir devletin başka bir devlete karşı ayaklananlara silah yardımı yapmasını ve lojistik destek sağlamasını bu devletin iç işlerine karışmak biçiminde değerlendirmiş ve bunu hem iç işlere karışmama ilkesine hem de BM Antlaşması'nın 2/4 maddesinde düzenlenen kuvvet kullanma tehdidine veya kullanmaya başvurmaktan kaçınma ilkesine aykırı bulmuştur. Dolayısıyla terör örgütüne karşı meşru müdafaa hakkı kapsamında yapılan bir askeri operasyon hukuki olmakla birlikte, Irak merkezi yönetimine de gerek uluslararası hukuk kuralları gerekse kendi anayasası çerçevesinde uyması gereken yükümlülüklerin hatırlatılması ve terörizme karşı ortak mücadele edilmesi yönünde girişimlerde bulunulması da Türkiye'nin terörle mücadelede etkinliğini arttırıcı bir faktör olabilir. İki ülke arasında askeri operasyon sonrasında son dönemde ortaya çıkan siyasi yakınlaşmaya paralel olarak terörizme karşı ortak mücadelede hayata geçirilebilecek bir girişime tarihten bir örnek verilebilir. Şöyle ki; Lübnan'da üslenip İsrail topraklarında eylemelerde bulunan Filistinli militanlara karşı önlem olarak 1983 yılında ABD'nin de baskısıyla İsrail ile Lübnan arasında yapılan bir anlaşmada; Güney Lübnan'da bir "güvenlik bölgesi" oluşturulması, bu bölgenin Lübnan ordusu tarafından kontrol edilmesi ve fakat bölgedeki birlikler arasında İsrail askerlerinin de yer alması kararlaştırılmıştı.[10]

Dolayısıyla her iki ülkenin de iyi komşuluk ilişkileri çerçevesinde siyasi ve ticari ilişkilerini arttırmayı istediği bir dönemde Türkiye'nin Irak hükümetine terör örgütüyle mücadele kapsamında bu yönde yapıcı önerilerde bulunması ve bu şekilde sınır güvenliği alanında işbirliğinin gelişmesi siyasi ve ticari ilişkilerin gelişmesine de bir ivme katacaktır. Tersi bir durum ise, Türkiye'nin güvenlik gereksinimleri nedeniyle iki ülke arasındaki ilişkilerin hassas bir zeminde ve kırılgan bir şekilde devam etmesine neden olacaktır. Günümüzde terörizm olgusu, girmiş olduğu ilişki şekillerinden, bilgi-iletişim teknolojilerinden ve zayıf devletlerin egemenlik yapılarının hassas olmasından yararlanarak kendine geniş bir eylem alanı bulmaktadır. Bu durum ise, devletlerin terörizm ve terör örgütleri ile mücadele etmesinde, uluslararası düzlemde diğer devletlerle ve uluslararası

(9) http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=227155.

(10) Antlaşmanın metni için bakınız: Keseeng's Contemporary Archieves, 1983, s.32409-32410.

örgütlerle daha çok işbirliği yapmasını gerektirmektedir. 2003 yılında Irak'ın işgali sonrasında bu ülkenin siyasal, hukuksal ve ekonomik açıdan yeniden inşası sürecinde karşılaştığı sorunlar ve zayıflıklar Irak'ın hem ülkesel hem de bölgesel bir istikrarsızlık kaynağı olmasına neden olmaktadır. Siyasi, hukuki ve ekonomik istikrarsızlığın olduğu bu gibi ülkeler, terör örgütleri açısından hem bir eylem sahası hem de bir eğitim ve lojistik alanı haline gelmektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin terörizmle mücadelesinin bir ayağı güvenlik boyutuyla sürdürülürken diğer ayağında ise, terör örgütünün Irak'ın istikrarsızlığından kaynaklanan hareket serbestisini de ortadan kaldırmak için uluslararası toplumla ve diğer bölge ülkeleriyle birlikte Irak'ın ulusal ve uluslararası düzeyde siyasi, hukuki ve ekonomik egemenliğini tesis etmeye dönük adımları da atması gerekmektedir. Teorik ve pratik açıdan devletlerarası ilişkilerde komşusu istikrarsızlık kaynağıyken, kendisi istikrar içinde olan bir ülkenin olması mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte Irak'ın da terörizmle mücadele bağlamında Soğuk Savaş döneminin asimetrik mücadele mantığıyla komşularına karşı terörizmi bir dış politika aracı olarak kullanmama çabası içinde olduğunu gösteren adımları atması da bölgede istikrarı ve barışı hızlandırıcı bir etki yapacaktır.

OPERASYON'DA HUKUKEN DİKKAT EDİLMESİ GEREKENLER

Kuzey Irak'a düzenlenen askeri operasyonlarla ilgili olarak 26 Şubat 2008 tarihinde de Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı Recep Tayip Erdoğan'ın Türkiye'nin sınır ötesi operasyon yapmasının meşru müdafaa hakkının bir sonucu olduğuna dikkat çekmesi, resmi açıdan da yapılan askeri operasyonun meşru müdafaa hakkına dayandırıldığını göstermektedir. Bununla birlikte BM Antlaşması'nın 51. maddesinde yer alan meşru müdafaa hakkının kullanılmasına ilişkin olarak Türkiye'nin, ABD'nin 2001 yılında Afganistan'a harekatı başlattığı gün Güvenlik Konseyi'ne sunduğu mektuptakine[11] benzer şekilde Türkiye'de gerçekleşen terör saldırılarında Kuzey Irak'ta konuşlanmış terör örgütünün merkezi bir rol oynadığı hakkında açık bilgilere sahip olduğunu ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin, Türkiye'ye karşı ilerde gerçekleşebilecek saldırıları önlemek ve caydırmak için PKK -KONGRA-GEL terör örgütünün Kuzey Irak'ta bulunan kamplarına karşı 51. madde kapsamında doğal bir hak olarak bireysel meşru müdafaa hakkını içeren gerekli fiilleri başlattığını bildiren bir mektup sunmaması şekil açısından bir eksiklik oluşturmuştur. Ancak söz konusu eksiklik, meşru müdafaa hakkının kullanılmasını engelleyici ya da etkisini değiştirici bir nitelik taşımamaktadır.

Operasyonun, BM Antlaşması 51. madde kapsamında meşru müdafaa hakkı olarak nitelendirilebilmesi için silahlı bir saldırıya karşı gerçek-

(11) Jack M. Beard, "America's New War on Terror; The Case for Self-Defense Under International Law," ***Harvard Journal of Law & Public Policy***, Vol. 25, No. 2, 2002.

leştirilmesinin yanı sıra uluslararası örf-adet hukuku açısından da orantılılık şartına uygun olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, silahlı saldırıya uğrayan devletin orantılılık ilkesine uygun bir karşılık vermesi gereği, BM antlaşmasından çok önce uluslararası örf – adet kurallarıyla kabul edilmiştir. Buna göre, meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirilen bir eylem, tehlike arz eden durumla orantılı olmalı ve bu sınırlar içinde kalmalıdır. Orantılılık ilkesine göre; mağdur devletin, saldırgan devletin saldırısına karşılık olarak gerçekleştirdiği askeri güç kullanımının doğrudan saldırgan devletin silahlı gücüne yönelik olması ve savunma amaçlı olsa bile askeri misilleme niteliğine bürünmemesi gerekmektedir. Ayrıca, meşru müdafaa içinde bulunan devlet, saldırgan devletin sivil halkına karşı güç kullanmamalıdır.(12) Teorik olarak bu şekilde açıklanabilecek orantılılık ilkesi, pratik açıdan değerlendirildiğinde gerçekleştirilen operasyonun terör örgütünün kamplarını, muhabere, eğitim ve lojistik tesislerini hedef alması ve zamansal açıdan sınırlı süreli bir niteliğe sahip olması nedeniyle orantılılık ilkesinin sınırları içinde kaldığı söylenebilir. Aşağıda da ele alınan, gerçekleştirilen operasyona ilişkin uluslararası kamuoyundan gelen tepkilerde operasyonun meşru müdafaa niteliğine sahip olduğunu ve bu hakkın sınırları içerisinde kaldığını destekler nitelikte gözükmektedir. Zira gerek devletlerden ve gerekse uluslararası örgütlerden gelen açıklamalarda operasyonun hukuki ve siyasi niteliğine yönelik önemli eleştiriler yapılmamıştır.

OPERASYONUN ULUSLARARASI SİYASİ YÖNÜ

Türkiye'nin yukarıda da ifade edildiği şekliyle uluslararası hukuktan doğan meşru müdafaa hakkı sınırları içerisinde bir kuvvet kullanımı olanağının olduğu bir gerçektir. Gerçekleştirilen bir silahlı kuvvet kullanımının hukuki meşruiyetinin yanında siyasi meşruiyete de sahip olduğu söylenebilir. Şöyle ki, PKK - KONGRA-GEL terör örgütü ABD'nin yayımladığı terör örgütleri listesinde yer almaktadır.(13) Aynı şekilde Avrupa Birliği'nin yayımladığı terör örgütleri listesinde de 2002 yılından itibaren yer almaktadır.(14) Avrupa Birliği kararı çerçevesinde Belçika, Danimarka, İsveç, İspanya, İrlanda, Hollanda, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Yunanistan, Polonya, Estonya, Slovenya, Slovakya, Litvanya, Lüxemburg gibi devletler, örgütü terörist bir oganizasyon olarak kabul etmiştir. Bu karardan öncede Almanya, Avusturya, Fransa ve İngiltere'de değişik tarihlerde örgütü, terör örgütü olarak kabul etmiştir. ABD ve AB üyesi devletlerin dışında Kanada, Avustralya, Kazakistan, Azerbaycan ve Filipinler gibi

---

(12) Sertaç H. Başeren, ***Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları****, Ankara, Ankara Üniveristesi Basımevi, 2003; D. W., Greig,* ***Internatioanal Law****, London, 1970.*

(13) http://www.egm.gov.tr/temuh/mucadele9.htm.

(14) AB'nin terörizmle mücadele politikası için bakınız: Umut Kedikli, "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Politikaları ve Hukuki Boyutu," ***Uluslararası Hukuk ve Politika*** *(Uluslararası Terörizm ve Hukuk Özel Sayısı), Cilt 2, Sayı 5, 2006.*

dünyanın değişik kompartımanlarından ülkelerde bu örgütü terör örgütü olarak kabul etmektedir.

11 Eylül terör saldırıları ve sonrasında gerçekleşen Mart 2004 Madrit ve Temmuz 2005 Londra terör saldırılarının oluşturduğu uluslararası ortam ve Afganistan'da EL Kaide terör örgütüne karşı devam eden uluslararası mücadele, uluslararası toplumun niteliksel açıdan önemli bir kısmınca terör örgütü olarak kabul edilen PKK - KONGRA-GEL terör örgütüne karşı gerçekleştirilen bir askeri müdahalenin siyasi meşruiyetinin olmadığını söyleme imkanı vermemektedir. PKK -KONGRA-GEL'i terör örgütü olarak kabul eden bir uluslararası kamuoyunun, bu örgüte karşı zaman, mekan ve ölçü bakımından hukuki sınırlar içinde kalmak kaydıyla gerçekleştirilen bir sınır ötesi operasyona karşı çıkması hem ABD ile birlikte Afganistan'da devam ettirdikleri terörizmle mücadeleye hem de Türkiye ile birlikte bölge barışı ve istikrarını hedef alan terör örgütüne karşı kendi hukuki durumlarına gölge düşürecektir. Nitekim operasyonun başlamasından sonra ABD Dışişleri Bakanlığı'nın Avrupa Dairesi Sözcüsü Chase Beamer, "Türkiye'nin meşru kendini savunma hakkını kullanmasını destekliyoruz" ifadesini kullanarak sınır ötesi harekatı meşru müdafaa kapsamında değerlendirdiklerini göstermiştir.[15] Operasyonla birlikte Avrupa Komisyonu sözcüsü de, Türkiye'nin operasyon süresince orantısız güç kullanımından, insan hakları ihlallerinden ve hukuk kurallarına aykırı eylemlerden kaçınması yönünde bir uyarıda bulunmanın ötesinde operasyona karşı olan bir açıklamada bulunmamıştır.[16] Ayrıca 22 Şubat 2008 tarihinde BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon adına BM tarafından yapılan açıklamada, Irak ve Türkiye arasındaki uluslararası sınırlara saygı gösterilmesi, Kuzey Irak'tan Türkiye'yi hedef alan terörist saldırıları yürüten PKK faaliyetlerinin derhal sona erdirilmesi ve Irak ve Türkiye hükümetlerinin sınırda barış ve istikrarın geliştirilmesinde birlikte çalışması çağrısında bulunulmuştur.[17] Özetle ABD, AB ve BM, PKK-KONGRA-GEL'i terörist bir örgüt olarak değerlendirmiş ve Türkiye'nin terörizmle mücadelesine uluslararası normlara aykırı olmamak kaydıyla desteklerini açıklamıştır. Bu durum, özellikle 11 Eylül saldırıları sonrasında ortaya çıkan uluslararası terörizmle mücadeleye ilişkin oluşan işbirliği ortamının Türkiye açısından bir yansımasıdır. Zira uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit günümüzde devletlerin yanı sıra devlet dışı aktörler tarafından da yaratılmakta ve etkileri bakımından eş düzeyde sonuçlar doğurmaktadır.

Devletten veya devletin dışından kaynaklanan ve Türkiye'yi de hedef alan bu gibi tehdit unsurlarıyla etkin ve müşterek bir mücadele uluslararası sistemin istikrarı açısından önemlidir.

---

(15) http://www.ntvmsnbc.com/news/430342.asp?cp1=1, (erişim tarihi:30.06.2008)

(16) http://www.guardian.co.uk/world/2008/feb/22/iraq.turkey (erişim tarih:i30.06.2008)

(17) http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sgsm11436.doc.htm (erişim tarihi: 03.07.2008)

Dolayısıyla PKK-KONGRA-GEL terör örgütüne karşı BM antlaşmasının 51. maddesinin sınırları çerçevesinde orantılı bir meşru müdafaa hakkının kullanılması müttefiklik ilişkileri içerisinde olduğumuz devletler bakımından da meşru karşılanmalıdır. Zira Türkiye'nin, egemenliğini ve toprak bütünlüğünü koruma hakkına saygı gösterilmesi, Türkiye'nin ittifak ilişkisi açısından ele alındığında ittifak üyelerinin birbirlerine karşı uyması gereken ortak bir yükümlülüktür.

KARA TAŞITLARI KASKO SİGORTASI GENEL ŞARTLARINDA 15.09.2006 TARİHİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE BUNUN BERABERİNDE GETİRDİĞİ SORUNLAR

Av. İsmet DEMİRAĞ

Bilindiği üzere Kasko Sigortası Genel Şartlarının yürürlük tarihi 1.1.1994 olup *A. Sigortanın Kapsamı* başlığı altında *A.1sigortanın konusu* incelendiğinde;

a) Gerek hareket, gerek durma halinde iken sigortalının veya aracı kullananın iradesi dışında araca ani ve harici etkiler neticesinde sabit veya hareketli bir cismin çarpması veya aracın böyle bir cisme çarpması, müsademesi, devrilmesi, düşmesi, yuvarlanması gibi kazalar ile üçüncü kişilerin kötü niyet ve muziplikle yaptıkları hareketle,

b) Aracın yanması,

c) Aracın çalınması veya çalınmaya teşebbüsün rizikolarından birini veya birkaçını teminat altına alan kasko sigortasında 15.09.2006 tarihinde değişiklik yapılmıştır, 6762 sayılı TTK'nın 1266. Md uyarınca sigorta sözleşmelerinin zorunlu unsurlarından olan sigorta genel şartlarının tasdikine 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 28. Md uyarınca T.C Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı yetkili kılınmıştır.

Genel şartların günün koşullarına uygun hale getirilmesi çalışmaları ışığında genel şartlarda yapılan değişiklikler 20.06.2006 tarihi itibarı ile yürürlüğe konulmuş olup buna göre A.4 ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilebilecek zararlar başlıklı A.4 maddesine aşağıda 4.11 ve 4.12 bentleri eklenmiş ve sigortanın konusu başlıklı A.1 maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

4.11 Araç anahtarının ek sözleşmede belirtilen haller sonucunda ele geçirilmesi sureti ile aracın çalınması ve çalınmaya teşebbüsü sonucu meydana gelecek ziya ve hasarlar,

4.12 Ek sözleşmede belirtilen haller sonucunda kaybolan ve çalınan anahtarlar dolayısı ile aracın kilit mekanizmasının değiştirilmesi nedeniyle uğranılan zararlar,

Poliçe genel şartlarının A.4 Ek Sözleşme İle Teminat Kapsamına Dahil Edilebilecek Zararlar başlığında son bentte ise, teminatın yukarıda yer alan tüm zararları kapsayacak şekilde verilmesi halinde poliçe başlığı "TAM KASKO SİGORTA POLİÇESİ" ibaresini taşıyacağı öngörülmüştür.

Bu değişiklikten sonra risklerin yeniden dağılımına gidilmiş ve bu rizikolar;

a) Aracın karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz taşıtlarla müsademesi (çarpışma) ,

b) Gerek hareket gerek durma halinde iken sigortalının veya aracı kullananın iradesi dışında araca ani ve harici etkiler neticesinde sabit veya hareketli bir cismin çarpması veya aracın böyle bir cisme çarpması, devrilmesi, düşmesi, yuvarlanması gibi kazalar,

c) Üçüncü kişilerin kötü niyet veya muziplikle yaptıkları hareketler,

d) Aracın yanması,

e) Aracın çalınması veya çalınmaya teşebbüs edilmesi,

şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Her iki metin kıyaslandığında yeni genel şart düzenlemesinde aracın müsademesi, üçüncü kişilerin kötü niyet ve muziplikle yaptığı rizikolar ayrı birer riziko olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeden sonra, poliçe ile verilen teminatların bu rizikolardan sadece biri veya birkaçı için verilmesi halinde poliçe başlığı " Dar Kapsamlı Kasko Sigortası Poliçesi" ibaresini, ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilecek zararları kapsaması halinde ise "TAM KASKO SİGORTA POLİÇESİ" başlığı taşıyacaktır.

Ancak sektörel olarak şahsi gözlemlerimde 12 halin hepsini içeren poliçeye rastlamadığımı da ifade etmek isterim.

Tüm bu açıklamalardan sonra 15.09.2006 tarihinden sonra taraflar arasında geçerli bir sigorta ilişkisi kurulmuş ise ve aracın anahtarı sigortalının iş yerine veya evine girilmek ve hırsızlık yapılmak sureti ile alınarak araç çalınmış ise durum ne olacaktır?

Hatta daha somut bir örnek vermek gerekirse; İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesinde lehime sonuçlanan ancak halen Yargıtay'da olan bir dosyamdaki örneği ele alabiliriz. Burada sigortalı kendi özel aracı ile şahsına ait ve özel güvenlik tarafından korunan işyeri park alanında arka bagajdan çantasını almak için araç anahtarı kontakta takılı iken indiğinde bir üçüncü şahıs araca aniden binerek, gaz pedalına basmış ve herkesin önlemek istemesine, kapıyı açıp indirmek için çaba göstermiş olmasına rağmen kapıları içeriden kilitlemek sureti ile ve aracı üzerlerine sürerek kaçırmış ise bu rizikonun akıbeti ne olacaktır?

Kanımca öncelike bu noktada kontak anahtarı bırakılmak sureti ile çalışır vaziyette iken aracın çalınması halinin veya evden hırsızlık sureti

ile anahtar çalınması halinin poliçede özel kloz olarak kapsam dışı bırakıldığı hususunun belirtilmiş olması önem kazanacaktır.

TTK'da kasko Sigortası ayrıca düzenlenmemiş olup mal sigortası türü olduğundan ve TTK 1278. madde uyarınca, sigortacı poliçede aksine hüküm olmadıkça sigorta ettirenin kusurlarından doğan hasarları da temin ile mükellef olduğundan ancak sigortacı sigorta ettirenin kastından doğan hasarları tazmine mecbur olmayıp kusurlu olması halinde yine hasarı ödemek zorundadır.

Kaldı ki TTK 1281. madde uyarınca sigortacı kural olarak rizikonun teminat dışı kaldığına ilişkin iddiayı ispat yükü altındadır.

Kanımca değişiklikten sonra 5 ana teminat olarak saptanan rizikolara poliçede toplu olarak bir arada yer verilmesi ve bu tür poliçeye TAM KASKO SİGORTASI denmesi kavram kargaşasını önleyecektir.

Ancak A.4 başlıklı *"Ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilecek zararlar"* maddesinden, bazı hallerin ek sözleşme ile teminat altına alınmasının öngörüldüğü ve aksi yorumdan ise bu hallerin teminat dışı olduklarının anlaşılması gerektiği biçiminde yorumlanabilir.

5237 sayılı TCK'da 141. madde hırsızlık suçunu tanımlarken *"Zilyedin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı ile bulunduğu yerden bir 3.şahıs tarafından alınması"* olarak tanımlamıştır.

Burada önemle belirtelim ki önceki genel şartlar incelendiğinde aracın çalınması veya çalınmaya teşebbüs edilmesi sonucu meydana gelen zararlar istisnasız teminat kapsamı içinde iken değişiklik sonrası ek sözleşme ile teminat kapsamına dahil edilecek zararlar arasında *"Araç anahtarının ek sözleşmede belirtilen haller sonucunda ele geçirilmesi sureti ile aracın çalınması veya çalınmaya teşebbüsü sonucu meydana gelecek ziya ve hasarlar"* düzenleme altına alınmıştır.

Bu düzenleme açık ve anlaşılabilir değildir, çünkü A.1 Md incelendiğinde aracın çalınması veya çalınmaya teşebbüs edilmesi teminata dâhildir, bu ifadeler çelişik olup hukuk eğitimi olmayanları, sigorta sektörü dışında olanların bu hususu yorumlaması oldukça güçleşmiştir.

Yine bu hususta değinmekte yarar gördüğüm diğer bir hususta 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 11. madde 4. fıkrasının uygulanmasına ilişkin genelgedir. (17.12.2007 tarih ve 2007/17 sayılı genelge).

Bu genelge de TTK 1266.Md uyarınca sigorta poliçesinin, sigortanın konusunu ve sigortacının üstüne aldığı rizikoların neler olduğunu içerecek şekilde düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Yine genelgede özetle **"Söz konusu kanunun 1281.Md çerçevesinde de sigortacı ilke olarak, harp ve isyan dışında her türlü rizikodan sorumludur. Ayrıca sigortacının sorumlu olduğu rizikolardan birinin sigorta sözleşmesinde istisna edilmesi halinde meydana gelen zara-**

rın istisna kapsamında olduğunun ispatı da sigortacıya aittir, TTK 1264/4 uyarınca ispat yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin sigortalı aleyhine değiştirilmesi de mümkün değildir" denilmiştir.

Kaldı ki 03.06.2007 kabul tarihli 5684 nolu sigortacılık kanunu ile 11. maddenin" Sigorta sözleşmeleri" başlığının incelenmesinde 3. bentte" Sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehtar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir" denilmiş ve yine (4.) bentte ise *"Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir, belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır"* denilmiştir.

Hazine müsteşarlığı tarafından *"Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik"* 28.10.2007 tarih ve 26684 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Yönetmeliğin 14. maddesi yayım tarihinde, diğer maddeleri ise 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe girecek şekilde öngörülmüştür. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesini müteakip "Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün Uygulanması Hakkında 2008/7 sayılı genelge ve 2008/11 sayılı sektör duyurusu yayımlanmıştır.

Bilgilendirme yükümlülüğü ile öngörülen asıl amacın sigorta sözleşmesinde yer alacak kişilerdeki bilgi eksikliklerinin giderilmesi olarak öngörülmüştür.

Bilgilendirme formu sigorta ettirenin sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü ile ilişkilidir, oysa teklifname hukuksal açıdan icap veya icaba davet niteliği taşımaktadır yorumu yapılmıştır. (Genelge 2008/12)

Müsteşarlıkça yayımlanan 01.05.2008 tarih ve 2008/12 sayılı genelge de özetle "Taraflar arasında asıl bağlayıcı olanın sözleşme olduğu, poliçenin ise bu sözleşmenin yapıldığını gösteren belge olduğu, bilgilendirme formunun, yapılacak sözleşme ile ilgili tüketici aleyhine var olan bilgi asimetrisinin giderilmesini amaçlayan ve MK 2. maddede öngörülen objektif iyi niyet kuralının sigorta sözleşmesinin azami iyi niyet akdi olmasının ve genel hukuk ilişkilerinin doğal bir sonucu olarak hâlihazırda var olan bir yükümlülüğünün sigorta sözleşmelerine özgü biçimde standartlaştırılmasından ibaret olduğu" vurgulanmıştır.

Yine belirtmek gerekir ki TTK 1266. madde emredici son fıkrası uyarınca sigorta poliçesinde ilgili bakanlıkça tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek şekilde bastırılmış (sigorta genel şartları) bulunmaktadır, sigorta poliçesi özel şartları ilgili bakanlıkça onanmış genel şartlara aykırı olmayacakları gibi TTK 1264. madde sayılan emredici kanun hükümlerine de aykırı olamazlar.

Son olarak da belirtmek gerekir ki sigorta sözleşmelerinin kuruluşu sırasında yürürlükte olan ve poliçeye eklenen genel şartlar, aksi kararlaş-

tırılmadıkça sözleşme döneminin sonuna kadar tarafları bağlayıcıdır. (15.04.11996/2269-2960) sayılı özel daire kararı.

Yukarıda arz ve izah etmeye çalıştığımız nedenlerle gerek bilgilendirme yönetmeliği, gerek yeni sigortacılık kanunu ve sektör duyuruları birlikte değerlendirildiğinde poliçeye özel olarak orijinal anahtara ilişkin şart konulmadığı sürece bu tür hasar taleplerinin reddinin azami iyi niyet akdi olan sigorta sözleşmelerine aykırı olduğu kanısındayız.

AVUKATIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Av. Levent UYSAL

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GİRİŞ

Avukatlar; her türlü hukuki işlemlerin düzenlenmesiyle, hukuki mesele ve uyuşmazlıkların çözümünde, çağdaş bir hukuk devleti olma amacı güden ve o yolda ilerleyen ülkemizin bu amaçlarına ulaşmasında en önemli nokta olan savunma gibi yüce bir kavram ve olgunun içini dolduran ve temsil eden, tüm bilgi, tecrübe ve deneyimlerini çağdaş, demokrat, laik ve sosyal bir hukuk devleti için harcayan serbest meslek erbabı kamu görevlileridir.

İşte avukatlar da bu kutsal mesleği icra ederken, gerek arasında vekalet ilişkisi bulunan müvekkiline, gerek yargı kurum ve mensuplarına ve gerekse toplum ile kendi meslektaşlarına karşı bazı yükümlülükler yanında bazı da haklara sahiptir.

Zira avukat, hukukun uygulanmasını sağlamak, hukuk devleti amacına uygun hareket etmekle (de) yükümlüdür. Avukat, üstlendiği vekalet işi çerçevesinde gerçeğin bulunması faaliyetine ortaktır, adaletin yardımcısıdır[1].

"Avukatın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, ...sağlamaktır."

Avukatlık mesleği, alelade bir serbest meslek değildir. Bunun böyle olması da çok tabii bir sonuçtur. Zira avukat, adaletin tesisine, hakkın yerini bulmasına çalışan bir kişidir. Bu bakımdan başka serbest meslekle kıyaslanmayacak kimi özellikler gösterir ve çalışmasının özelliğinden kaynaklanan kimi ayrıcalıklardan yararlanır. Avukat, mesleğini yürütürken, her güce ve her kişiye karşı bağımsızdır. Ancak bu durum, keyfilik

---

(1) **Sungurtekin Meral,** *Yrd. Doç., Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Genişletilmiş 2. Baskı İzmir-1999, sh. 105. Burada yapılan 'adaletin yardımcısı' nitelemesi ve konunun avukatın bağımsızlığı ile ilgisi için alıntıda atıfta bulunulan dipnottaki yere müracaat edilmelidir.*

anlamına gelmemekte; avukat, hizmet verdiği özelde kendi müvekkili genelde de topluma karşı kimi sorumluluklarla da kayıtlı bulunmaktadır.

Ben bu çalışmamda **birinci bölümde;** öncelikle avukatların; müvekkilleri, kendi meslektaşları, toplum ve diğer tüm kişi ve kurumlara karşı ne gibi yükümlülükler altında olduğunu inceledikten sonra, **ikinci bölümde**; avukatların, mesleklerini icra ederken ne gibi haklarının bulunduğunu, müvekkilinden ne gibi talepleri olabileceğini, yargı kurumlarına karşı haklarını ayrıntılı olarak ele alacağım.

II. AVUKATIN MESLEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ:

Aslında Avukatlık Kanunu'nda avukatlara yönelik yasaklar ile yükümlükler ayrı ayrı düzenlenebilir. Ancak bu salt sistemleştirmeden ileriye gitmeyecektir. Sonuçta; avukatın olumlu bir eylemi gerçekleştirmesini zorlamak yükümlükken, avukatı bir şeyden kaçınmaya, olumsuz bir eylemde bulunmamaya zorladığı durumlar ise yasaklar olarak değerlendirilebilir. Ancak bu ikisi bazen olay ve duruma göre birbirinin içine de girmiş olabilir. Örneğin: sır saklama yükümlülük olarak kanunda düzenlenmiş iken, reklam yapmama yasak olarak kanunda yer almıştır. Bunlar bazen yasak bazen de yükümlülük olabilmektedir[2].

Yine öncelikle avukatlıkla birleşmeyen işler, bazı kamu görevlerini yerine getiren avukatların özel durumu, hakimlikten ayrılanların durumu ve hakim ve savcılarla hısımlığı bulunan avukatların durumu da, avukatların ödevleri (yükümlülükleri) başlığı altında incelenecek ve öncelikle bu durumlar izah edilecektir.

A- Avukatlıkla birleşmeyen işler:

Av.K (Avukatlık Kanunu) md.1 açık ve net olarak avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu belirtmekle; avukatlarında memurlar gibi, ücret veya kesenek gibi ödemeler karşılığında hiçbir hizmet ve görev yapamazlar.

Nitekim Av. K. md. 11 avukatlıkla birleşmeyen işleri;

"Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla birleşemez."

Demekle genl bir çizgi çizmiş, ancak "*...veya meslekin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş..."* diyerek de birleşmeyen işlerin yorumla genişletilebileceğini belirtmiştir.

Maddede her ne kadar tacir veya esnaflığı birleşmeyen hal olarak belirtsede, avukat; avukatlığını gizleyerek tacir veya esnaf gibi hareket edip iyiniyet sahibi kişilerle sözleşme yapmışsa, bu takdirde bu sözlşemenin

---

(2) Aday Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, Ocak-1997, İstanbul, Sh. 53.

geçersizliğini ileri süremez[3].

Av.K. md. 12 avukatın mesliğinin yanında ek olarak yapabileceği işleri açıklamıştır. Bu maddeye göre;

a) Milletvekilliği, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği,

b) Hukuk alanında profesör ve doçentlik,

c) Özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık,

d) Hakemlik, tasfiye memurluğu, yargı mercilerinin veya adli bir dairenin verdiği herhangi bir görev veya hizmet,

e) Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede başka iş veya hizmetle uğraşmaları yasaklanmamış bulunmak şartıyla; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzelkişilerine ait bulunan kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği,

f) Anonim, limited, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık,

g) Hayri, ilmi ve siyasi kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği,

h) Gazete ve dergi sahipliği veya bunların yayım müdürlüğü,

Milletvekilleri hakkında, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

(e) bendinde gösterilenlerin, Hazinenin, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetimi ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzel kişiliklerinin ve kamunun hissedar olduğu şirket ve kuruluşların aleyhinde; il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin de bağlı bulundukları tüzel kişilerin ve yüksek öğretimde görevli profesör ve doçentlerin yüksek öğretim kurum ve kuruluşları aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır.

Bu yasak, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.

Bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler."

Demektedir[4].

---

(3) Uçar Salter, Açıklamalı-İçtihatlı Avukatın Hak Ve Ödevleri, Kazancı Matbaacılık, İstanbul-1998, Sh.16.

(4) http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/440.html

B- Hakimlik veya Savcılık Görevi Sona Erenlerin Yasaklılık Durumu:

Öncelikle belirtmek gerekir ki; en az 4 yıl süreyle hakimlik, savcılık, Anayasa Mahkemesinde raportörlük yapmış olanlar staj yapmaksızın avukatlık mesleğine girebilirler (Av.K. md.4/1)

Av.K md. 14/1 hükmü;

"*Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adlî, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcıların* ***son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde*** *görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcıları ile raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. 14/II; Bu fıkra; Anayasa Mahkemesi üyeleri ve Yüksek Mahkemeler hakimleri hakkında da uygulanır."*

Demekle eski görevde bulundukları mahkeme ve dairelerin yargı çevresinde avukatlık yapmaktan yasaklılıklarını 2 yıl süreyle getirmiştir. Son değişiklikler öncesinde yasaklık sadece görev yapılan mahkeme veya daire ile sınırlı iken[5], artık bu yasak yargı çevresi kelimesinin kanuna girmesi genişletilmiştir. Eski uygulama çok sakıncalıdır. Çünkü geçmişte aynı adliyede görev yapmış hakim veya savcının şimdi avukat olarak aynı adliyede ama farklı dairelerde iş ve dava takip etmesi açıklanamayacak kadar sakıncalıdır. öyleyse yapılan bu yeni düzenleme yerinde ve açıklayıcı olması itibariylede olumludur. Düzenleme ile son 5 yıl içinde görev yapılan yerler ve yargı çevresi kavramının getirilmesi en azından geçmişteki sakıncaları ortadan kaldırmıştır.

C- Avukatın Hakim veya Savcı ile Belli Derecede Hısımlık Durumu:

AvK. md.13;

Bir hakim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibariyle usul ve füruundan veya ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hakim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez."

Demekte ve bu durumda avukatın mesliğini; o hakim veya savcının görevli olduğu yerde icra edemeyeceğini, bir yasakla vurgulamıştır. Gerçek manada da bu şekilde bir hısımlık, iddia, karar ve savunma makamlarının objektif olmalarını etkileyebilecek, yargıya, yargılamaya, savun-

(5) *Danıştay 8. Daire, 08.11.1971 t. , 1798/2513; DD. 1972/6-7, sh. 306-308. ; Yarg. 7.HD. , 03.07.1970, 4305/4183; ABD 1971/2, sh.220.:görevinden ayrılan yargıtay üyesi yalnız görev yaptığı Yargıtay Dairesinde(veya Dairelerinde) avukatlık yapamaz, bu karşılık görev paymadığı diğer dairelerde iş ve dava takip etmesine engel durum yoktur şeklindedir.*

maya olan güveni inciltip, zedeleyebilecek ve neticede yargılamanın zan altında kalmasına sebebiyet verebilecektir.

Bu tür bir yasağa rağmen bir avukatlık sözleşmesinin yapılması hukuken var kabul edilmez[6]. Bu yasak sadece avukat için varolmakta dolayısıyla HUMK m. 28 anlamında hakim açısından bir yasaklılık söz konusu olmamaktadır[7].

Kanaatimce belirtmek gerekirki bu derecede bie hısımlık HUMK m. 28 bağlamında hakimin yasaklılığını içermese bile, kararın objektifliğini, hakimin tarafsızlığını kusşkuya düşürecek düzeyde olacağından, dolayısıyla HUMK m. 29/6 kapsamında hakimim tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir hal olduğundan ve bu halin hakimin reddi sebebi sayıldığından, Avukatın Hakim veya Savcı ile Belli Derecede Hısımlığı'nın bulunması hali bir bozma sebebidir.

D- Avukatın Göreviyle İlgili Ödevler:

a) Avukatlık Kanununun Genel Hükmü (AvK. m. 34)

Avukatlık kanunu md. 34'te şu genel kural yeralmaktadır.

Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Görüldüğü üzere bu hüküm vekilin özen yükümlülüğünden daha kapsamlıdır. Dolayısıyla, avukatın bazı yükümlülükleri yasada açıkça bliritlmesede Av.K m. 34'ün yorumu ile tesbit edilebilir[8]. Bu yorum ile tesbit edilebilecek yükümlülükler;

1) Görevi Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü:

Avukat, yüklendiği görevi bu görevin kutsallığı ve yüceliğine yaraşır bir özen, dikkat, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdür(Av.K m. 34; BK m. 390). Avukat bu özen ve doğruluk yükümlülüklerine aykırı davranışı sebebiyle doğan zararı tazmin etmekle de yükümlüdür[9]. İşin görülmesi sözleşmeye bağlı olduğundan, sorumluluğun daraltılması düşünülse de, avukatlık kanunu hükümlerine göre

---

6) Uçar Salter, a.g.e. , sh.17.

(7) Nitekim Yarg. 11. HD. 26.10. 1978 t., 4087/4766, ykd 1979/3, sh.374-375'te: Av.K. md. 13'ün sadece avukatlar açısından bir yasaklık ve sorumluluk doğurduğu, bu yasağa aykırı hareket etmenin avukat için disiplin cezası gerektireceği, HUMK. Md.28 anlamında hakimin yasaklılık halliri içerisinde olmayacağını kararda belirtmektedir.

(8) Aday Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayımevi, Ocak-1997, İstanbul, sh.56.

(9) Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:2, 2. Bası, İstanbul-1987, sh.412 vd. ; Avukatın Görevini Özen Ve Doğrulukla Yerine Getirmesi Borcunun Sınır Ve Kapsamı Hakkında: Yargıtay 4. HD. 22.02.1974t., 3098/865.

amaç avukatlık mesleğini yüceltmek olduğundan sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün görülmemektedir. Avukatın özen yükümlülüğü kapsamında öncelikle; avukatın o iş için gerekli hukuki bilgi düzeyinin sağlanması gerekir. Bilgisiz olması, işi savsaklaması, deneyim yetersizliği gibi durumlar da özen yükümlülüğünün ihlalidir.

Özen borcunun sınır ve kapsamı, doğruluk ve dürüstlüğün ölçüsü ise, BK m. 390/II de;

"...vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir,vekilin sorumluluğuumumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir."

Şeklinde işçinin özen borcuna atıf yapılarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla sorumluluk; dikkatli ve basiretli bir avukatın hareket tarzına uygun şekilde dikkat ve özen gösterme borcundan ibarettir. Tabi ki aslında; vekilin daha önemli ve nitelikli bir iş yürüttüğü göz önüne alınmalı ve işçininkinden daha ağır bir sorumluluk yüklenmelidir.

Peki ama avukatın ücret almaması, hatra vekillik üstlenmesi durumları sorumluluğu azaltır mı? Buna verilecek açık yanıt tabiki hayırdır. Üstelik avukatın ücret almaksızın vekillik üstlenmesi Av.K. gereğince yasaktır.

Bu özen yükümlülüğü kapsamında; avukat müvekkilin hukukunu üstün tutmak ve korumak durumunda olan bir avukatın: birden fazla taşınmaz için, tek bir dava açarak sonuca ulaşması mümkün ve gerekli iken(ortaklığın giderilmesi), bu yolun aksine gerekçe göstermeden ve müvekkili ile istişare edip onay almaksızın ayrı ayrı 20 dava birden açması ve her biri için ayrı ayrı avukatlık ücreti istemesi, müvekkilin taşınmazlarını çok düşük değere satması yada teminat veya güvence almaksızın, çek veya senet karşılığı satması; meslek vekarı ve doğruluk kuralları ile bağdaşır bir davranış değildir. Çünkü neticede avukat müvekkilini aydınlatıp onun vereceği talimatlara uymakla mükelleftir[10].

Avukatın sorumluluğunda; kusur, zarar ve illiyet bağı aranmaktadır. Burada kusurun ağır kusur olma koşulu aranmayıp, hafif ihmal, özen ve sadakat borcuna aykırılık yeterli görülmektedir.

Avukatın sorumluluktan kurtuluşunun tek yolu; kusursuzluğunu ispat etmesi halinde söz konusu olabilecektir.

2) Temiz ve Açık Hukuki İlişkiler Kurma Ödevi:

Aslında avukatın özünde dürüst ve özenli olmasının yanında bunu hukuki iş ve ilişkilerindede sürdürmesi temeline dayanır. Adalete hizmet eden ve yargının bir süjesi olan Avukat muvazaalı işlemlerden kaçınmalı, tarafların isteğiyle dahi bir belgeye yanlış tarih veya başka bir ibare koymamamakla yükümlüdür. Muvazaalı işlemlerin içinde bulunan, aracılık eden avukatın "avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene ya-

(10) Uçar Salter, a.g.e. , sh.21.

kışır bir şekilde hareket ettiği söylenemez[11]. Adalete hizmet eden birisinin bu tür güven kırıcı iş ve ilişkilerde bulunması, şahısla birlikte meslek onur ve ahlakınıda zedeleyeceğinden bizim hukukumuzda da avukatın temiz ve açık hukuki ilişkiler kurma yükümlülüğünde olduğunu söylememiz gerekir.

3) Usuli Yolları Kötüye Kullanmama Ödevi:

Bilindiği üzere dava belirli usuli yolların ilerlemesiyle neticeye ulaştığından, hakkınjı kötüye kullanarak, salt davayı uzatmak amacıyla usuli yolları kötüye kullanan avukat mesleğine yaraşır şekilde hareket etmemiş ve Av.K. md.34 kapsamında yükümlülüğü doğar.

Usuli yolları kötüye kullanmanın MK. md. 2 "dürüstlük kavramı" ile bağdaşmayacağı da açıktır. Dolayısıyla avukatların usuli yolları kötüye kullanmama yükümlülüğünü de kabul etmek gerekir.

4) Müvekkili Aydınlatma Ödevi:

Avukat yargılamanın her aşamasında müvekkili ile diyalog içinde olmalı ve yargılamanın gidişatı, davanın risk ve avantajları, kararı, karar karşı başvurulacak kanun yollarını, teklif edilen sulhler, kabuller konusunda, hükmün icrasındaki usul, süre gibi konularda müvekkilini aydınlatnalı ve onun görüş ve kararlarını almalıdır. Nihayet avukat yoksulluk içinde bulunan müvekkiline karşı adli yardım imkanlarını da açuklamalı ve tüm bu konularda onu aydınlatmalıdır[12].

Avukat aldığı tüm davalarda davanın gerektirdiği tüm hukuki bilgisi edinmek zorundadır. Dava yabancı kanunların bilinmesini gerektirse dahi bu durum değişmez.

Avukat aldığı davayla ilgilide aydınlanma yükümlülüğü altındadır. Davaya ilişkin tüm bilgileri müvekkilinden almalı, iş sahibinin çıkarlarının koruması açısından gerekli bilgileri iş sahibinden edinmelidir. İş sahibinden gerekli bilgileri istediğini ispat yükü avukattadır[13].

5) Amaca En Uygun ve En Güvenli Yolu Seçme Ödevi:

Avukat iş sahibin amacına hizmet eden, başarıya ulaştıracak ve aksi halde en az zarar açcak yolu seçmekle yükümlüdür. Bunun için dava açılması zorunlu değildir. Her türlü huki danışmanlık, iş görme, hazırlanan muamaleler, usuli prosedür hallerinde bu husus geçerlidir.

Tabi ki amaca en uygun ve en güvenli olarak seçilen yolunda hukuka uygun olması, genel ahlak ve toplum düzenine aykırı olmaması gerekir.

---

(11) Aday Nejat, a.g.e. , sh. 58.

(12) Aday Nejat, a.g.e. , sh. 60.

(13) Yarg. 4. HD. 08.07.1964 t. , 6034/6695 sayılı kararı.

b) Avukatlık Kanunu'nda Açıkça Belirtilen Ödevler:

1) Sır Saklama Yükümlülüğü:

Vekilin sadakat borcu gerek vekalet ilişkisi devam ederken gerekse, ilişki sonaerdikten sonra devam edenve müvekkilin menfaatlerinin korunmasını hedefleyen bir yükümlülüktür. Vekilin özen yükümlülüğü vbekalet ilişkisi bitince bitmesine karşın, sadakat ve sır saklama borcu davam etmektedir[14].

Av.K. md. 36/I hükmü;

"Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısiyle öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır."

Şeklinde düzenlenmiştir.dolayısıyla maddedeki gibi öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Ayrıca Av.K 36/II avukatların görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususlarda tanıklık yapmalarını iş sahibinin yani müvekkilinin rıza göstermesine bağlamıştır. Ancak maddenin devamında avukat, iş sahibinin rıza göstermesine rağmen tanıklık etmekten kaçınabileceği belirtilmiştir(Av.K m. 36/II). Ceza yargılamasında da; sanığın muvafakati halinde de müdafiin tanıklıktan kaçınabileceği öngörülmüştür (CMUK md. 46/I-a, II).

Avukata bu tür yükümlülük yüklenmesinde sadece sır sahibi değil kamu yararı da düşünülmüştür. Çünkü iş sahibinin sırlarının saklanacağını bilerek avukata başvurmasında ikincil olarak kamunun menfaati vardır. Sır saklama yükümlülüğü müvekkilin avukata güven duyması ve bu sebeplede davaya konu ve davayı çözecek nitelikteki tüm sırlarını avukatına söylemesi anlamına gelmektedir. Müvekkil ile avukat arasında bu yönde bir güven ilişkisinin olmaması zaten avukatın davayı doğru biçimde yürütmesi ve neticelendirmesi çok zora girecektir[15].

Sözkonusu yasak avukatlar, dava vekilleri, dava takipçileri, stajyerler ve avukat katipleri bakımından da sözkonusudur[16].

Bu yükümlülük kapsamına kuşkusuz ki; avukatın mesleği dolayısıyla veya mesleğini icra ederken öğrendiği hususlar girmektedir. Öyleyse sırrın öğrenilmesi ile avukatlık mesleği arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Yoksa meslekle veya mesleği inşa ederken öğrenilmeyen başka türlü öğrenilen bilgilerde avukatlık sırrı sözkonusu olmayacaktır. Avukatın; görev yaptığı dosyadan, mahkemeden, karaşı taraftan edindiği bilgiler mesklek sırrı sayılır.

Sırrın açıklanmasında ise, iş sahibinin muvafakati var ise veya sırrın açıklanmasında menfaati varsa avukat sırrı açıklayabilir. Vekalet görevi-

---

(14) Uçar Salter, a.g.e. , sh.31.

(15) Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Yenileştirilmiş Ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul-1991, Sh.161.

(16) Aday Nejat, a.g.e. , sh. 72-73.

nin yerine getirilmesi için sırrın açıklanması zorunlu ise, bu takdirde sır saklama zorunluluğu ortadan kalkar.

Peki ama avukatın vekalet ücreti alacağının tahsili için iş sahibi aleyhinde açtığı davada, ispat için avukatlık sırrını açıklayabilecek midir? Bu konu tartışmalı olmakla birlikte, vekalet ücreti alınan davanın büyüklüğüne göre değişeceğinden ve davanın tam tesbitininde ancak bu sırların ortaya konulmasıyla mümkün olacağından dolayı, sır saklama yükümlülüğü bu durumda ortadan kalkar denilmekte, başka bir görüşte ise; böyle bir davada avukat yine sır saklama yükümlülüğü altında olacak ama, ispat yükü yer değiştirecek ve vekalet ücreti davasındaki ücreti davalı iş sahibi ispat edecektir.

Peki iş sahibi avukat aleyhinde tazminat davası açarsa sır saklama yükümlülüğü deva ecekmidir? Bu durumda ise avukata hala bu yükümlülüğün yüklenmesi çok ağır olur ve Anay. Md.31. "savunma hakkı"na aykırı olur. Çünkü neticede bu olaydaki avukatın savunma malzemeleri, iş sahibi ile arasındaki gerçek ilişkiyi kanıtlayan olaylar bu sırlardır.

Bu yükümlülüğe aykırı davranış bir zarar meydana getirse, BK m. 398 bağlamında avukat sorumlu olacak ve yapılan bu davranış ceza kanunu bağlamında bir suç teşkil ediyorsa BK'nın 41. madesi gereğince "haksız fiil" kurallarına göre sorumluluk doğacaktır. Eğer bir kişilik haklarının ihlali sözkonusu ise, manevi bir tazminat sorumluluğu da doğabilir[17].

2) Avukatın İşi Reddettiğini Bildirme Yükümlülüğü:

Av.K. md. 37 ile düzenlenen yükümlülükte; takdir edersinizki avukat kensine gelen işi almak zorunda değildir. Redderse gerekçede belirtmeyebilir. Kanunda;

"*Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur.*"

Demekle avukatında reddetme serbestisi olmasına rağmen, reddediyorsa bunu derhal ilgilisine bildirme yükümlülüğü vardır.

Av.K. md. 37/II' de;

"*İşi iki avukat tarafından reddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir.*"[18]

Denilmekte ve baro başkanınca atanan bu üçüncü avukat davayı baro başkanınca belirlenen ücret karşılığı takip etmek zorundadır (Av.K. md. 37/III).

---

(17) Uçar Salter, a.g.e. , sh.32.

(18) http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/440.html

3) Avukatın Reddetmekle Yükümlü Olduğu İşler (Av.K md. 38):

a- Yolsuz veya Haksız İşler:

Av.K. md. 38/a gereği avukat;

"Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa, teklifi reddetmek zorunluğundadır."

Denilmektedir. Avukatın davanın sonucu hakkındaki düşüncesini müvekkiline söymesinde bir sakınca olmamakla birlikte, bunun bir teminat olmadığını özellikle belirtmelidir. Açık bir yasa hükmünü görüp kazanamayacağını bildiği bir işi davayı kazanacağı iddiasıyla kabul eden avukat, davayı kaybetmesi halinde almış olduğu avukatlık ücretini müvekkiline iade etmek zorundadır.[19]

İşin yolsuz veya haksız olduğunun sonradan tespiti halinde, ücret sözleşmesi de geçersiz olur. Bu yolsuzluk müvekkilice özellikle avukattan gizlenir ise, avukat tam vekalet ücretine hak kazanır.

İşin yolsuz olduğu işin alınması sırasında farkedilip edilmeyeceği ve durumun avukat için bir özensizlik ve kusur sayılıp sayılmayacağı olayların akışına, davadaki gelişmelerin biçimine ve tarafların durumuna göre çözümlenmelidir.

b- Menfaati Zıt Olan Diğer Tarafın Vekaletini Almaktan Yasaklık

Av. K m. 38/b gereği avukat;

"*Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, teklifi reddetmek zorunluğundadır."*

Demekle, avukatın menfati zıt olan diğer tarafın vakaletini alamayacağını belirtmektedir. Bu hususa aykırı hareket edilmesi avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini ihlal ettiğinden kanunda düzenlenmiş ve uygulmada da bu durum bozma sebebi sayılmaktadır[20].

Bu halde avukat, her iki tarafın bu durumdan haberdar olmaları ve rıza göstermeleri halinde dahi menfaati zıt olan tarafın vekaletini alamaz. Taraflardan her ikisininde aynı davada sanık olması durumu değiştirmez.

Avukat ile menfaati zıt olan diğer taraf arasındaki ilişki ne kadar kapsamlı ise, avukatın o ilişki dolayısıyla edinmiş olduğu bilgileri kendisine karşı kullanma ihtimali daha da artar. Bu yüzden örneğin, bir şirketin yö-

---

(19) "...Davalı üzerine aldığı iş konusunda idari mercilere başvurduğunu, istenen neticeyi temin ettiğini, kendisinden açılması istenen dava redde mahkum olduğundan, adli kazaya başvurmadığını bildirip resmi dairelerden yazılarına aldığı cevapları göstermiştir...

Avukatın üzerine aldığı böyle bir iştedava açmamış olmasımesleki vazifesini yerine getirmediği anlamına gelmez, çünkü avukat kazanılmasıkazanılmayacak bir davayı açmamakla mükellef olan ve kamu hizmeti gören bir serbest meslek mensubudur(Yarg. 4. HD. 04.11.1958t. , 1069/7234); Müderrisoğlu Feridun, Avukatlıkta Vekalet Ve Ücret Sözleşmesi Ve İçtihatlar, Ankara-1974, Sh.309-310.(Aday Nejat, a.g.e. , sh.66.)

(20) Yarg. 8. HD. 27.04.1982 t. , 1939/4823, YKD 1982/7, sh.947.

netim kurulu üyeliği veya başkanlığını yada sürekli hukuk danışmanlığını yapmış olan avukatın, bu şirket aleyhine vekalet almaması gerekir[21].

c- Önceden Hakim, Savcı, Hakem, Bilirkişi veya Memur Olarak Görev Aldığı İşi Red Yükümlülüğü:

Avukat; evvelce hakim, hakem, Cumhuriyet Savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa, kendisinbe gelen o işi reddetmek zorundadır(Av.K. md.38/c). Dha önceden görev yapılan iş(dava) ile avukat olarak görev yapılan davanın aynı olması gerekmez. Örneğin bir kimse hakim olarak görev yaptığı davanın dayanak olduğu bir başka davaya avukat olarak vekalet alamaz[22].

d- Kendi Düzenlediği İşlemin Geçersizliğini İleri Sürmesi Gereken İşi Red Yükümlülüğü:

Avukat görevi icabı, iş sahibinin herhangi bir senedini, çekini, sözleşmesini hazırlamış olabilir. Düzenlenen bu vesikaların geçersizliği dava edilebilecektir. Böyle bir durumd a yasa koyucu, sözleşmeyi bizzat düzenleyen avukatın, bu kez sözleşmenin hükümsüzlüğü temeline dayalı bir davayı üstlenmesini uygun görmemiştir.

Gerçekten de Av.K.md.38/d; *"Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa,vekillik teklifini reddetmek zorunluğundadır."* Şeklinde düzenlenmiştir.

Tabidir ki kendi düzenlediği sözleşmenin geçersizliğini iddia eden avukatın mesleki itibarı bir hayli zedelenecek ve avukata duyulan güven zarar görecektir. İşte kanun koyucu bu düzenlemeyle mesleki itibarın korunmasını da amaçlamıştır.

e- TBB'nin Mesleki Dayanışme Ve Düzen Gereklerine Uygun Olmayan İşi Red Yükümlülüğü:

Av.K m. 38/f hükmü işin reddi zorunluluğu hallerinden biri olarakta;

"Görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse, teklifi reddetmek zorunluğundadır"[23]

şeklinde düzenleyerek son durumu açıklamıştır.

A.K. md. 38 kapsamında "f" fıkrasına kadarki sebeplerle yine Av.K. md. 38'de açıklandığı üzere; *"Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsayacaktır".*

---

(21) Aday Nejat, a.g.e. , sh. 68.

(22) TBB Disiplin Kurulu'nun 14.12.1991 t. Ve 81/89 sayılı kararı, TBBD 1192/2, sh.255.

(23) www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc

4) Dosya Tutma ve Evrakı İade Yükümlülüğü:

Avukat üzerine aldığı veya mütalada bulunduğu her iş için düzenli bir dosya tutmak ve kendisince yazılan ya da taslağı yazılan her belgeyi imzalamakla yükümlüdür(Av.K. md.52, 55). Avukat kendisine verilen belgeleri işin bitiminden itibaren 3 yıl süre ile saklamak zorundadır. Ancak ilgili belgelerin geri alınması için iş sahibine bildirimde bulundu ise saklama yükümlülüğü bildirimden itibaren 3 ay ile sınırlıdır (Av.K. md. 39/I). Belirtmek gerekir ki yapılan masraflar ve avukatlık ücreti ödenmeyen avukatın iade yükümlülüğü yoktur.

Avukat yaptığı işe ilişkin tüm çalışmalarını düzenli şekilde kağıda dökmeli ve dosyalamalıdır. Neticede bu yönde bir ihmal salında "görevin özenle ifasının ihmalini" doğuracaktır[24].

5- Büro Edinme Yükümlülüğü:

Av.K. md. 43;

"Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. Büronun niteliklerini barolar belirtir."

Demektedir. Devam eden diğer fıkralarda;

"Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz. Birlikte çalışan avukatlar ayrı büro edinemezler. Avukatlık Ortaklığı yurtiçinde şube açamaz. Milletvekilleri milletvekilliği süresince avukatlık yapamaz."

"Bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır."

Avukatlar baroda yazılı bürolarının dışında mahkeme salonunda veya adliyelerde iş sahibine hukuki danışmanlık vermekten veya iş kabul etmekten yasaklıdırlar. Ancak, avukat çağrı üzerine bir yere giderse burada iş kabul edebilir, danışmanlık verebilir (Av.K md. 51; "*Avukatlar, baroda yazılı olan bürolarından başka yerlerde, mahkeme salonunda veya adalet binasının başka bir yerinde iş sahipleri ile hukuki danışmada bulunmaktan ve iş kabul etmekten yasaklıdırlar. Bu fıkra hükmü, avukatın özel olarak çağrıldığı hallerde* uygulanmaz."[25]

Bu yönde bir yükümlülük konulmasının temelinde "Haksız Rekabetin" önlenmesi amacı yatmaktadır.

6) Aracı Kullanarak İş Bulmadan Kaçınma Yükümlülüğü:

Bu husus kanunda ağır bir şekilde düzenlenmiş ve cezaya tabi tutulmuştur. Nitekim Av.K. md. 48 bu hususu;

---

(24) Aday Nejat, a.g.e. , sh. 70.

(25) http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc

"Avukat veya iş sahibi tarafından vaat olunan veya verilen bir ücret yahut da herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ve aracı kullanan avukatlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu eylemi yapanlar memur iseler, verilecek hapis cezası bir yıldan aşağı olamaz."

Şeklinde düzenlemiştir. Öyleyse bu hususta yapılan sözleşmelerde geçersizdir. Yargıtay ilgili kararlarında da geçersizlik yönünde içtihat oluşturmuştur[26].

7) Reklam Yasağı:

Av.K. md. 55;

"Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.

(4667 sayılı yasa ile ek) Bu yasak, ortak avukatlık bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır."

Demektedir. Avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki her ne kadar özel hukuka tabi olsa da, kamu hukukuna dair kurallar da bu ilişkinin içindedir.

Avukat itibarı ve nitelikli olduğunu reklam yoluyla değil, mesleki faaliyetleri ve başarısı ile ispatlamalı ve kendisini tanıtmalıdır. Bu vesile ile avukatlık mesleğinin ticarileşmesi engellenmiş ve kamu hizmeti niteliğinin özüne de hizmet etmiş olmaktadır. Yargıtay ve Danıştay da kararlarında reklam yasağını pek katı uygulamaktadırlar[27].

Avukatın avukatlık sözleşmesinde; davayı kazanacağını taahhüt etmesi, kaybetmesi halinde masraf ve avukatlık ücreti almayacağı şeklinde ibarelerin olması reklam yasağının ihlalidir. Ayrıca bu şekilde düzenlenen ücret sözleşmesi de geçersizdir.

Ortak avukatlık bürolarının kartvizitlerinde de avukatın adı soyadı adresi vs. bilgiler olmalı ve "ortak avukatlık bürosu" ibaresi de kullanılabilir. Ancak birden çok avukatın "hukuk bürosu" ünvanını kullanması reklam yasağına girmektedir[28].

Avukatlık meslek kuralları bu hususu ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve katı bir sistemi benimsemiştir.

---

(26) Yarg. 4. HD. 28.03.1991t. 8889/3654 sayılı kararı (Yasa Hukuk Derg. 1991/7, sh.985-986.)

(27) Danıştay 8. D. 17.05.1971 T. 1436/1315 sayılı kararı; "...emekli hakim, emekli Yagıtay üyesi, ceza davaları avukatı gibi ibareler reklam yasağının ihlalidir."

(28) Kip Levent , Avukatlık Şirketleri-Başka Şehirde Büro Açma-Meslekte Uzmanlık-Ve Reklam Yasağı, İBD 1992/7-8-9, Sh. 691.

8) Çekişmeli Hakları Edinme Yasağı:

Avukat vekaleti dolayısıyla el koyduğu işlere ait çekişmeli hakları edinmekten veya bunların edinilmesine aracılık etmekten yasaklıdır. Bu yasaklı durum işin bitmesinden itibaren 1 yıl süre ile devam eder. Bu yasak avukatın ortaklarını ve yanında çalıştırdığı avukatları da bağlar(Av.K. md. 47).

Yargıtay bu hükmü kamu düzenine yönelik algılamış ve hükme aykırı yapılan temlik işlemlerini geçersiz saymıştır[29]. İcra takibinde vekil olan avukat ihalede mal edinmişse bu ihalenin feshi talep edilebilir ve avukatın yasaklılığı kamu düzenine ilişkin olduğundan fesih talebi süresizdir.

Bu yasak ile kanun koyucu avukatın davadan kişisel veya madden bir çıkarının olmamasını, davayı kendi işi haline getirmemesini ve böylece iş sahibine karşı tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde danışmada bulunmasını amaçlamıştır[30].

İKİNCİ BÖLÜM

AVUKATIN HAKLARI

GENEL OLARAK:

Avukatın sorumlulukları olduğu gibi çeşitli hakları da vardır. Tabi bu hakları sadece baro levhasına kayıtlı avukatlar kullanabilir, zaten levhaya kayıt olmayanlar avukat olamazlarya. Bu kurala aykırı davranmanın cezai müeyyideleri vardır. Öyleyse baro levhasına kayıtlı olmayanlar avukat ünvanını kullanamazlar. Bu durum avukatlara bir tekel hakkı da sunmaktadır.

Avukatlar tüm adli işleri takip ve sonuçlandırmak, gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, ayrıca resmi dairelerdeki tüm işleri de takip edebilme hakkına sahiptirler.

Avukatın hukuki yardım yapması bir yükümlülük olmayıp bir haktır. Zira avukat kendisine teklif olunan işi neden göstermeksizin reddedebilir.

Avukatın izni olmadan adına vekaletname çıkartılabilir. Ancak vekaleti kabul veya ret hakkı avukata tanınmıştır. Reddedilen vekalet kısa süre içinde müvekkile bildirilmesi gerekir.

---

(29) Yarg. 4. HD. 09.12.1969 t. , 11104/10311 sayılı karar.

(30) Aday Nejat, a.g.e., sh. 62.

İŞ SAHİBİNDE ÜCRET DIŞINDAKİ PARASAL HAKLARI:

A) Avans İsteme Hakkı:

Av.K. md. 173/II hükmü;

Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için, yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerektir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı, anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat yolculuğa zorlanamaz. Bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir."[31]

Şeklinde olmakla birlikte, avanstan kasıt, işi yerine getirebilmek için gerekli vergi, resim, harç ve seyahat masrafları ve bizzat avukat tarafından karşılanması beklenmeyen masraflar kastedilmektedir[32].

Avukat işi yapabilmesi için gerekli masrafları, henüz bu masrafları yapmadan avans olarak iş sahibinden talep edebilecektir. Avansın arta kalan kısmı da iş için harcandığı ispat edilmedikçe geri verilmesi icap eder. İşin yapılması için gerekli avansı verdiğini kanıtlamak iş sahibinin üzerindedir. Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir[33].

Kanunda belirtildiği gibi, iş için yapılacak seyahat masrafları da avukata peşin olarak ödenecektir. Bu ücret ödenmeden avukatın seyahate zorlanması mümkün değildir.

B) Tazminat Talebi:

Borçlar Kanununun 394. maddesinin 2. fıkrası;

"Vekil, vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini müvekkilinden isteyebilir. Meğerki müvekkil bu hususta kendisinin karar ve taksiri olmadığını ispat eyleye"[34]

Demek suretiyle, İş sahibinin avukatın vekalet görevini yerine getirirken uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Burada güven ilişkisi tam iki taraflıdır. İş sahibi avukata güven duymakla birlikte, avukatında iş sahibine güvenmesi esastır ve bu güveni boşa çıkarmamakla yükümlüdür. Avukatı halatı veya eksik talimat ve bilgiler vererek yanlış yönlendiren, sahte ispat araçlarını kullanmaya yönlendiren ve bu yüzden avukatın itibarını zedeleyen iş sahibi sebep olduğu zararları gidermek zorundadır[35].

---

(31) http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc

(32) Sungurtekin Meral, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri, Doktora Tezi, İzmir-1995.

(33) Yarg. 13. HD. 06.04.1995 T. 3145/3368 sayılı karar.(YKD 1995/8, sh. 1246)

(34) http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc

(35) Aday Nejat, a.g.e. sh. 81.

Tazminat borcunun doğumu için; avukatın işi gereği gibi ifası, gereği gibi ifaya rağmen ortaya çıkan bir zarar ve zararla iş görme arasında illiyet bağı yani nedensellik bağının olması, bunun yanında iş sahibinin kusursuzluğunu ispatlayamaması gerekir. Karine olarak kusur vardır ve kusursuzluğun ispatı iş sahibine düşmektedir[36].

Avukatın burada açıkladığım tazminat talebi 5 yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir(BK. Md.126/4). İş sahibinin tazminat talebi ise, işin sona ermesinden itibaren 1 yıl ve tazminat talebinin doğumundan itibaren 5 yıllık zamanaşımı süre öngörülmüştür.

III. DOSYA İNCELEME HAKKI:

Avukatın savunma görevini icra etmesi için en önemli haklarından biri dava ve takip dosyalarını mahallinde inceleyebilecekleri gibi, davanın ve stajyer avukatların da bu hakka sahip olmalarıdır. Avukatın savunmasını tam anlamıyla yerine getirebilmesi için bazı belge ve bilgilere ulaşması gerekir, buda ancak dava dosyasını incelemek koşuluyla gerçekleşecektir.

Avukatlar vekaletname ibraz etmeden dosyadaki belge ve bilgileri inceleyebilir. Ancak dosyadan vekaletname olmadan örnek alamaz. Savunmaya hizmet açısından bu durum olumlu bir husustur.

Avukatlık kanunu madde 46 dosya inceleme hakkını açıkça;

"Avukat, işlerini kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip ettirebilir, fotokopi veya benzeri yollarla örnek aldırabilir. Avukatın onanmasını istemediği örnekler harca tabi değildir.

Avukat veya stajyer, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekaletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez."[37]

Şeklinde düzenlemiş ve dosya incelemenin ne kadar önemli olduğunun altını çizmiştir.

İdari Yargılama Usulü bakımından "idarece gönderilen gizli belge ve dosyaların, taraf ve vekillerine incelettirilemeyeceği" düzenlenmiştir(İYUK md.20/VI). Bu düzenlemede "gizlilik"ten neyin anlaşılması gerektiği belirtilmediği gibi, kanunda "kamu hizmeti" yaptığı öngörülen bir mesleğin mensuplarına karşı yasa koyucunun güvensizliğini yansıtması çok isabetsizdir[38]. Ayrıca bu husus anayasa ile güvence altına alınan "hak arama hürriyetine" aykırıdır.

---

(36) Aday Nejat, a.g.e. sh. 81.

(37) http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc

(38) Polat Muzaffer, Savunma, Savunma Hakkı, Dosya İnceleme Yetkisi, İBD, 1986/4-5-6 (Aday Nejat, a.g.e., sh.85)

Avukatın hak arama görevlisi olarak müvekkilin hukuki yararı doğrultusunda tapu sicilini inceleyebilmesi ve örnekler çıkarılmasını talep edebilir. Avukat sicili incelemek isterse herhangi bir ilgisini ispata gerek duymadan sicili inceleyebilir. Ancak eğer örnek almak istiyorsa ilgisini ispat edip tapu sicilinden örnek alabilir. Yani bu ikinci durumda vekaletname ibraz etmek zorundadır.

IV. DOSYADAN ÖRNEK ÇIKARMA HAKKI:

Avukat usulüne uygun şekilde çıkarılıp kendisine verilen vekaletnamenin örneğini çıkarabilir. Nitekim bu husus Av.K. md. 56 da;

"Usulüne uygun olarak düzenlenen ve avukata verilmiş olan vekaletname 52 nci maddede yazılı dosyada saklanır. Avukat, bu vekaletnamenin örneğini çıkarıp aslına uygunluğunu imzası ile onaylayarak kullanabilir. Avukatın çıkardığı vekaletname örnekleri bütün yargı mercileri, resmi daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler için resmi örnek hükmündedir."

Şeklinde açıklanmıştır ve aslında avukata olan güvenin kanıtı niteliğindedir. Onaylı örnekte; vekaletnamenin, aslını düzenleyen merciin adının, kayıt numarasının, tarihin ve vekaleti onaylayan avukatın adı, soyadı ve imzası bulunmalıdır. Avukat vekaletin fotokopisini çekip bu fotokopiyi asli gibidir yapıp, imzalamak suretiyle de örnek olarak kullanabilir.

Bu şekilde çıkarılan vekaletnamelerin tüm daire ve kurumlarca kabul edilmesi ve kullanılması kanuni zorunluluktur.

Örnek çıkarma hakkı avukatlara mesleklerinin icrasında kolaylık sağlamak amacıyla tanınmıştır. Bu düzlemde avukatın dürüstlüğüne ve aslı kendinde olmayan vekaleti onaylamayacağına olan güven vardır. Duyulan bu güvene aykırı davranışın yaptırımını da Av.K. md. 56/III;

"**Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./330.mad)** *Aslı olmayan vekaletname veya diğer kağıt ve belgelerin örneğini onaylayan yahut aslına aykırı örnek veren avukat, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*[39]

Şeklinde düzenleyerek ağır bir yaptırım öngörmüştür.

V. TEBLİGAT YAPMA HAKKI

Avukatlar vekil sıfatıyla takip ettikleri davalarda, makbuz karşılığında birbirlerine tebligat yapabilirler (Teb K. Md. 38). Yine avukat vekalet aldığı işlerle ilgili yargı mercilerinin kararı olmaksızın, diğer tarafa adli kağıt ve belge tebliğ edebilirler. Tebliğ edilen belge ve kağıtların birer nüshası, gerekli harç ve resim ödenmek suretiyle yargı mercii dosyasına konur(Av.K. md.56/IV).

---

(39) http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc

VI. TEKLİF EDİLEN İŞİ REDDETME HAKKI:

Avukat kendisine teklif olunan işi hiçbir sebep göstermeksizin reddedebilir. Ancak burada avukatın daha öncede belirttiğim üzere gecikmeksizin işin reddedildiği iş sahibine bildirilmelidir(Av.K. md. 37/I). Eğer avukat reddettiğini bildirmiyorsa zımni olarak bu işi kabul etmiş sayılacaktır.

Ancak işi en az iki avukat tarafından reddolunan iş sahibi kendisine bir avukat atanmasını baro başkanından isteyebilir(Av.K. md.37/II). Baro başkanınca atanan bu avukat, baro başkanınca tayin olunan ücret karşılığında iş sahibinin işini takip etmek zorundadır(Av.K. md.37/III).

VII. SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI:

Anayasamızın 36. maddesi Hak Arama Hürriyeti başlığıyla;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Demekle iddia ve savunma hakkının dokunulmazlığını kabul etmiş ve güvence altına almıştır. TCK md. 128 de iddia ve savunma dokunulmazlığı;

"Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir."

Şeklinde düzenlenerek dokunulmazlık güvence altına alınmıştır. Davayla ilgili olmayan veya iddia ve savunmanın sınırlarını aşan hakaretler içeren yazı ve sözler dolayısıyla avukat hakkında da ceza kovuşturması yapılabilecektir.

Avukatın savunma görevini yaparken, ifade edeceği bir sözü cezai müeyyideye tabi olacak korkusu içerinde söylemesi savunma amacına ve adaletin gerçekleşmesine hizmet etmeyecektir. Öyleyse ceza kanununda düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı avukatın lehine olmaktan öte daha çok müvekkilin lehinedir. Buradaki amaç adaletin gerçekleşmesine hizmet etmektir[40].

(40) Aday Nejat, a.g.e. , sh. 82.

KAYNAKÇA

- **ADAY NEJAT,** Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, Ocak-1997, İstanbul,
- **KİP LEVENT,** Avukatlık Şirketleri-Başka Şehirde Büro Açma-Meslekte Uzmanlık-Ve Reklam Yasağı, İBD 1992/7-8-9,
- **MÜDERRİSOĞLU FERİDUN**, Avukatlıkta Vekalet Ve Ücret Sözleşmesi Ve İçtihatlar, Ankara-1974,
- **POLAT MUZAFFER**, Savunma, Savunma Hakkı, Dosya İnceleme Yetkisi, İBD, 1986/4-5-6
- **SUNGURTEKİN MERAL,** Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, Genişletilmiş 2. Baskı İzmir-1999
- **SUNGURTEKİN MERAL,** Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri, Doktora Tezi, İzmir-1995.
- **TANDOĞAN HALUK**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:2, 2. Bası, İstanbul-1987
- **UÇAR SALTER**, Açıklamalı-İçtihatlı Avukatın Hak Ve Ödevleri, Kazancı Matbaacılık, İstanbul-1998
- **YURTCAN ERDENER,** Ceza Yargılaması Hukuku, Yenileştirilmiş Ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul-1991
- http://www.istanbulbarosu.org.tr/avhukuk/avyasa.doc
- http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/440.html

YOLSUZLUK, SAĞLIKSIZ, EĞİTİMSİZ VE DONANIMSIZ TOPLUM OLMANIN SONUCUDUR

Yakup BOZKURT*

Ülkemizde zaman zaman, günlük gazete ve dergilerin manşetlerinde gündemi değiştirecek ölçüde yer alan yolsuzluklar, ekonomiye ve toplum ahlakına olumsuz etki etmekte, bu da halkımızı bıktırmakta ve karamsarlığa kapılmasına sebebiyet vermektedir...

T.C. Başbakanlık Başmüfettişi **R. Bülent TARHAN'ın** "Yolsuzlukla Mücadele Alanında Türkiye Deneyimi ve Kurumsal Yapı Arayışları" isimli makalesinde, "yolsuzluğun tarihi, neredeyse devletlerin tarihi kadar eskidir. Tarihin her döneminde ve dünyanın her yerinde yolsuzluklarla karşılaşılmıştır. Sümerolog Veysel Donbaz'ın çözdüğü İstanbul Arkeoloji Müzesinde bulunan M.Ö. 4000 yıllarına ait "Sümer Okul Günleri" adlı bir Sümer tableti, rüşvetin ilk belgesi niteliğindedir: 2300 yıl önce Brahman Başbakanının yolsuzluğun 40 yolunu saydığı; eski Çin'de ise, rüşveti önlemek üzere memurlara maaşlarına ek olarak "*yang-lien*" adıyla bir ek ödemede bulunulduğu bilinmektedir." hususlarına yer vermektedir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde bir görevi, bir yetkiyi kötüye kullanma; suiistimal; kurallara aykırı, uygunsuz, yöntemsiz, düzensiz, yersiz, usulsüz ve nizamsız olma durumu; törelere ve toplumun görüşüne aykırı davranma hali olarak tanımlanan yolsuzluk, merkezi Almanya'da bulunan **Uluslararası Saydamlık Örgütü'nce,** özel çıkar sağlamak amacı ile devlet gücünün kötüye kullanılması, **Toplumsal Saydamlık Hareketi Derneği'nce,** sahip olunan gücün halkın yararına kullanmak yerine özel çıkar için kullanılması hali olarak ifade edilmektedir. Türkiye'nin karşı karşıya olduğu sosyal ve ekonomi politikası konuları hakkında analiz yapan bağımsız bir sivil toplum örgütü **TESEV** ise, siyasal iktidarın ve kamu görevlilerinin, kişisel ya da kendilerini bağlı hissettikleri gruplara çıkar sağlamak amacıyla, erklerini görev tanımlamaları dışında kullanmalarına yolsuzluk demektedir.

(*) İşletmeci, Tarım Reformu Müfettişi.

Avrupa Konseyi üyesi Devletler tarafından Strazburg'da imzalanan 4 Kasım 1999 tarihli "Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi"nin 2. maddesinde, "yolsuzluk" tabirinden, bir görevin olağan ifasına ya da haksız bir komisyondan veya hak edilmemiş bir yarardan veya böyle bir hak edilmemiş yarar vaadinden fayda sağlayanın, lazım gelen davranışına etki eden haksız bir komisyonun veya diğer hak edilmemiş bir yararın veya böyle bir yararla ilgili vaadin doğrudan ya da dolaylı olarak talep edilmesi, sunulması, verilmesi ya da kabul edilmesi anlaşılır tarifi yapılmaktadır.

Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan "Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2000" isimli kitapta Vergi İade Yolsuzlukları, İhale Yolsuzlukları, Tarım Destekleme Yolsuzlukları, Gümrük Yolsuzlukları ve Banka Yolsuzlukları şeklinde yolsuzluk sınıflandırmasında bulunulmuştur.

Seçilmiş ya da atanmış **kamu görevlilerinin** rüşvet alması, zimmetine para geçirmesi, devlet ihalelerinde komisyon alması, birisine rant sağlanması hali yolsuzluk olarak anıla gelmektedir

TBMM'ce 18.05.2006 tarih 5506 sayılı yasayla onaylanan, yolsuzlukla mücadele alanındaki ilk küresel uluslararası hukuk belgesi niteliğindeki **Birleşmiş Milletler (BM**) Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin 2.maddesi (a) fıkrasında **"***Kamu görevlisi"* kıdemi gözönüne alınmaksızın, seçilmiş veya atanmış, geçici veya sürekli, ücretli veya ücretsiz her Taraf Devletin yasama, yürütme, adli veya idari bir görevini ifade eden bir kişi olarak tarif edilmektedir.

Uluslararası metinlerdeki tanımlamalardan anlaşılacağı üzere, yolsuzluğun bir tarafında kamu ya da devlet idaresinin değişik organlarının olduğu kabulü yer almaktadır. Kamudaki yolsuzluklar, toplumun genelini ilgilendirmektedir. Toplumun tamamının ortak malı bulunan kaynakların, seçilmiş, atanmış kamu görevlileriyle üçüncü kişilerin oluşturduğu organizasyonlar vasıtasıyla belirli kişilerin kullanımına usulsüz tahsis edilmesi toplum vicdanını rahatsız etmektedir

Genellikle yolsuzluk, kamu mallarına karşı yapılanlar hakkında mevzubahis edilmekte, hür teşebbüste yaşanan yolsuzlukların irdelemesi son zamanlara kadar yapılmamakta idi. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin yanı sıra ABD'nin de üye olduğu ve Türkiye'nin 2004 yılı Ocak ayı başında girdiği Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (Greco)'nun I.ve II. Aşama Türkiye Değerlendirme Raporu'nun (6-10 Mart 2006-Strasbourg) 32. maddesinde, "Özel kuruluşlar arasındaki yolsuzluğun Türkiye'de suç olmadığını kaygıyla not etmektedir." ifadesi yer almaktadır. Özel sektör işletmelerinin genellikle şahıs şirketleri olarak görülmeleri ile patronların kendi işletmelerinde yolsuzluğa tevessül etmeyecekleri düşünülürdü. Bu sektörde çalışanlar tarafından yapılan yolsuzluklar, genellikle ortaya çıkartılabilmekte, çıkartılamasa bile, kendi iç sistemi içerisinde oluşturdu-

ğu sıkı denetim mekanizması sayesinde yolsuzluğun başlamasına imkân vermiyordu.

Ancak, yakın zamanda ülkemizde devlet güvencesi altındaki mevduatı toplayan özel bankaların büyük hissedarları tarafından içlerinin boşaltılması ile günümüzde Referans Gazetesi'nin verdiği yeni bir habere göre Türkiye'de olay başına 3,5 milyon doları bulan şirket içi yolsuzlukların saptanması için firmaların gizli "yolsuzluk ekipleri" kurması ve ABD'deki halka açık yatırım bankalarının denetimden uzak kalmaları ve karmaşık yapıları içinde şeffaflığını kaybetmiş olmaları ile yönetimlerinin bireyselcilikleri ve hırslarıyla kuruluşlarını adeta *"casino market'e*" dönüştürmeleri sonucu, üretmeden, başkasının parası ile çalışan bu sektör ve sistemde, kısa yoldan büyük kazanç elde etme düşüyle sebebiyet verilen finansal krizin, reel ekonomiyi de olumsuz etkilemiş, siyaseti güç duruma sokmuştur.

Ekonomik ve finansal krizlerin halkın aleyhine yapılan özel şirket işlemlerinden, başka bir değişle yolsuzluktan kaynaklandığı kanısı toplumda yaygınlaşmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Yolsuzlukla Mücadelede (97) Yirmi Temel İlke Kararının 12. maddesindeki**, "denetim prosedürlerinin kamu yönetiminin dışındaki yolsuzlukların tespiti ve önlenmesinde rol oynamasını onaylamak."** ifadesi bu işlemlere dikkat çekmektedir.

Avrupa Konseyi üyesi Devletler tarafından Strazburg'da imzalanan 4 Kasım 1999 tarihli "Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi'nde yolsuzluk olgusunun, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları, hakkaniyet ve sosyal adalet için ciddi bir tehdit oluşturduğu, ekonomik gelişmeyi engellediği ve piyasa ekonomilerinin düzgün ve dürüst işlemelerini tehlikeye koyduğu hususlarının altı çizilmektedir.

Yolsuzluk, artık yerel ya da devlet kaynaklı sınırlı bir sorun olmayıp, bütün toplum ve küresel ekonomileri etkileyen, önlenmesi ve kontrol altına alınması için uluslararası işbirliğini zorunlu kılan, devlet sınırlarını aşan bir olgudur. Devlet, siyaset, iş dünyası, sivil toplum ve halkın günlük yaşamında yolsuzluklardan arınmış bir ülke arzusu günden güne artmaktadır.

Eylül ayı son haftasında **Uluslararası Saydamlık Örgütü'nün** (Transparency International) açıkladığı ülkelerin 2008 yılı Yolsuzluk Algılama İndeksi (CPI Score) Raporu dolayısıyla Örgüt Başkanı Huguette Labelle'nin yaptığı sunuşta, yolsuzluğun yoksul ülkelerde "**insani felakete**" yol açtığı ve yolsuzluğun kökünü kazımanın parlamentolar, kanun uygulayıcılar, bağımsız medya ve güçlü sivil toplum kuruluşları aracılığıyla **güçlü denetimler** gerektirdiği vurgulanmıştır.

Merkezi Berlin'deki **Uluslararası Saydamlık Örgütü'nün,** ülkelerin yıllık yolsuzlukla mücadele düzeyini belirleyen rapor diye anılan 2008 yılı CPI Score raporunda, yolsuzlukla en iyi mücadele eden ülke unvanını,

bilgi toplumuna geçmiş, ekonomik kalkınmasını sağlamış ve hukuk sistemini oluşturmuş Danimarka, İsveç ve Yeni Zelanda'nın aldığı, 10 puan üzerinden yapılan değerlendirmede 3 ülke 9,3 puanla birinci olurken, bunları Singapur, Finlandiya ve İsviçre'nin 9 puanla takip ettiği görülmektedir.

İslam Ülkelerinden Birleşik Arap Emirlikleri 35., Bahreyn 43. ve Malezya ile Ürdün'ün birlikte 47. olurken, uzun zamandır gelişmiş bir ekonomi ve temiz toplum olma uğraşı veren **Türkiye, 180 ülke arasında 4,6 puanla** Litvanya ve Polonya'yla birlikte **58. sırayı** paylaşmaktadır...

Öte yandan insani gelişmenin üç boyuttaki seviyesini uzun dönemde gözlemlemek için, 1990 yılından sonra kalkınma ölçüsü olarak adam başına düşen ortalama gayri safi milli hasıla (GSMH) yerine, İnsanı Gelişme Endeksi (Human Development İndex) kullanmakta olan **Birleşmiş Milletler,** 2007/2008 yılı İnsani Gelişme Rapor'unda (HDR) yayınlanan İnsani Gelişme Endeksinde adam başına düşen gelirden başka, doğumdan sonra ortalama ömür, yetişkinlerde okur-yazarlık, okullaşma süresi, çocuk ölümleri ve alım gücü paritesinin dolarla ölçülen kişi başına düşen gayrı safi milli hasılasının 2005 yılı verilerine göre **Türkiye'nin** İnsani Gelişme Endeksi **(HDI)** değeri **0,775** olup **177 ülke arasında 84**. sırayı almaktadır

(BM) İnsani Gelişme Endeksinde 177 ülke arasında Türkiye, doğumdan itibaren ortalama ömür (yaş olarak) 71,4 ile 85., yetişkin okur-yazarlık oranı (15 ve üstü yaş) %87,4 ile 69 ncü, İlköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim brüt kayıt oranları % 68,7 ile 108. ve kişi başına GSYİH (PPP, USdoları) 8.407 ile 66., sırada yer aldığı görülmektedir. İnsani Gelişme Endeksinde 3 grup yer almakta, yüksek insani gelişme grubunda İzlanda ve Norveç 0,968 değerle birinci ve ikinci sırayı paylaşmakta, Brezilya 0,800 değerle 70. ve sonucu sırada yer almaktadır. Türkiye orta insani gelişme grubunda olup, **(OECD)** üye ülkelerin bölgesel ortalaması olan **0,916** değerinin çok altında, fakirlik yanında özellikle ortalama okullaşma süresi bakımından da çok gerilerde kalmaktadır.

Uluslararası Saydamlık Örgütü 2008 yılı Raporu ile Birleşmiş Milletlerin 2007/2008 İnsani Gelişme Raporundaki İnsani Gelişme Endeksi verileri birlikte değerlendirildiğinde *eğitim ve sağlık düzeyi gelişmemiş**, modern bilgi ile donanımlı halde yer almayan,** çağdaş hukuk düzenini kuramamış**, teknoloji üretme gücü olmayan*** ve *ekonomik kaynakları kıt**, dolayısıyla ekonomik ve bilgi bakımından gelişmekte olan toplumlar** yolsuzlukla mücadele sıralamasında sonlarda yer almakta **ve bu ülkelerde fakirlik ve eğitimsizlik yanında yolsuzluk da kaderleriymiş gibi kaçınılmaz halde bulunmaktadır**.*

Uluslararası düzeyde yolsuzlukla mücadele hususunda Amerikan Kıtası Devletleri Örgütü tarafından 29 Mart 1996 tarihinde kabul edilen, *Amerikan Ülkeleri Arasında Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*; Avrupa Bir-

liği Konseyi tarafından 26 Mayıs 1997 tarihinde kabul edilen, *Avrupa Toplulukları Görevlilerini ve Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerin Görevlilerini Kapsayan Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*; Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından 21 Kasım 1997 tarihinde kabul edilen *Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi*; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 27 Ocak 1999 tarihinde kabul edilen *Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi*; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 4 Kasım 1999 tarihinde kabul edilen *Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi* ve Afrika Birliği Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından 12 Temmuz 2003 tarihinde kabul edilen *Afrika Birliği Yolsuzluğun Önlenmesi ve Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*, 29 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe giren *Birleşmiş Milletler (BM) Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi* ve TBMM'ce 18 Mayıs 2006 tarihinde onaylanan BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi *hükümleriyle,* üye devletlerde bir dizi önleyici tedbir alınması öngörülmektedir.

Ancak, **Çağdaş Ülkeler olarak nitelendirilen;**

ABD, İngiltere, Gelişmiş Avrupa Ülkeleri ve AB örgütü "ülkenin kalkınması ve halkın özgürlüğü" nedeni öne sürülerek, az gelişmiş ülkelerle birlikte ülkemize insan haklarından ekonomiye, ordunun hiyerarşik yapısından tarıma kadar farklı konular da radikal düzenleme yapılması için baskı kurarlarken, toplumun yetersiz sağlık ve eğitim seviyesinin yükseltilmesi, belli kesimin engellediği işlevsel hukukun oluşturulması ve yolsuzlukların önlenmesi için, bırakın bir projenin uygulamaya konmasını, bir uyarıda bulunmayı bile düşünmezler.. Böyle olunca da imza ile taahhütte bulunulmuş uluslararası "yolsuzlukla mücadele sözleşmelerinin" somut halde uygulanmaları gerçekleşememekte ve öteden beri tartışıla gelen gelişmekte olan toplumlarda **"*kanun var, hukuk* yok"** tekerlemesi de güncelliğini korumaktadır.

Gelişmiş ülkeler, ürettikleri sanayi ve teknoloji ürünlerini pazarlayabilmek ve az gelişmiş ülkelerin doğal kaynaklarını ucuz elde edebilmek için, bu toplumun sağlıksız ve eğitimsiz halde bulunması ile tüketim toplumu olmasını ve donanımsız kişiler tarafından yönetilmesini hep arzuladıkları, artık bilinen bir hususdur. Az gelişmiş ülkelerin yoksulluk ve yolsuzluklarından dolaylı olarak yararlanarak, refah düzeylerine katkı sağlama amacını benimsemiş bulunan ceberrutta denen ülkeler, dünyadaki bugünkü konumlarını devam ettirmek için, her yola başvurmayı bir hak olarak görmektedirler.

Öyle ki, bireylerin sağlıklı bünye ve buna dayalı zihinsel gelişimleri üzerinde et, süt ve yumurta gibi hayvansal gıdaların önemini kavrayan çağdaş toplumlar, dengeli ve doğru gıda alarak, sağlıklı nesillerin yetişmesine dönük, bir beslenme politikası yürütürler iken, az gelişmiş tüketim toplumlarının, tahıl ürünleriyle açlıklarını gidermelerine dönük gıda politikası-

nın uygulamaya konulmasına önayak olmayı marifetmiş gibi göstererek etrafa yararlar.

Toplum olarak yoksulluğu yenerek, yolsuzluğu biz kendimiz, dışarıdan yardım almadan, önleyebiliriz. Milattan Önceki asırlardan bu yana bilinen yolsuzluğun çeşitli yapılma usulleri olsa da, değişmeyen bir kuralı vardır. "*Yolsuzluğu hukuk önler, kişiler önlemez.***"**

Hukuk düzeni dediğimiz sistem, bir kurallar manzumesi olup, herkesin buna uymakla kendini yükümlü saydığı bir oluşumdur. Sağlık ve eğitim düzeyi yetersiz toplumlarda; ekonomik kaynaklar kıt ve hak arama yoluna başvurma zayıf olduğundan, hukuk düzeni evrensel manada kurulamamıştır. Ülkenin kıt kaynaklarından azami pay almak için mücadele etmek üzere oluşan kesimlerden, güç erkini eline geçiren kesim, öncelikle kendi çıkarına halel getirmeyecek oluşum yaratarak, bir taraftan yolsuzluk yaparken, diğer taraftan bunu meşru gösterme yoluna gider. Gerçek hukuk düzeninin temel felsefesine tamamen aykırı yolsuzluktan nemalananlar, demokrasinin olmazsa olmaz koşulu işlevsel hukuk düzeninin oluşmaması için her türlü yola başvurarak, demokrasinin gelişmesine engel yaratırlar ve buna karşı mücadele sürdürmek isteyen zayıf bir zümreyi de bertaraf ederler.

Böylece, yolsuzluk suretiyle toplumun bir kesimi haksız olarak doğrudan doğruya ya da dolaylı kamu kaynaklarıyla zenginleşirken, büyük bir kesimi daha çok yoksullaşır.

Yolsuzluğun yoksulluğu, yoksulluğunda yolsuzluğu tetiklediği kısır döngüden insanımızı, toplumumuzu kurtarabilmek için, *sağlıklı ve dengeli beslenmenin önceliklerinden hayvansal gıda alabileceği bir beslenme politikası oluşturarak,* bu sistem içerisinde beslenerek, düşünme ve sorgulamaya dayalı eğitim verilmesi halinde, doğru eğitim alan ve beslenen insanımız, bilgi toplumunu oluşturduğunda, gelişmiş ekonomik sistemi kurarak refahı yükseltecektir. Refah düzeyi yükselmiş toplumda, elindeki olanakları sürdürebilmesi ve adil düzen içinde yaşayabilmesi için, ihtiyaç duyduğu kişisel ve toplumsal hakların yer aldığı evrensel hukuk sistemini ülke içerisinde yerleştirecektir.

Bu hukuk düzeni içerisinde, temel hak ve özgürlüklerin düşmanı yolsuzluğun doğması güçleşecek, buna rağmen meydana gelmiş yolsuzluk olur ise, nedenlerinin hemen araştırılmasıyla, tıptaki benzeri laboratuar çalışmasına girişilecek, bu çalışmada ortaya konan sonuçlara göre hukuk düzeni kendini yenileyerek, insan onuruna aykırı yolsuzluk hastalığının tekrar oluşmasına olanak tanımayacaktır.

Temiz toplum, bugünden yarına elde edilecek bir olgu değildir. Birkaç nesille ilgili özverili, sabırlı ve dikkatli uğraşın sonucudur. Uluslararası Saydamlık Örgütü'nün açıkladığı rapordaki yolsuzlukla mücadele sıralaması bu görüşü teyit etmektedir. Raporda ilk sıraları işgal eden ülkelerin, bu duruma nasıl geldiklerine dönük tarihi süreçleri-

ne bakmak yeterlidir**.** Yasalarla verilmiş hakların ve denetimlerin somut olarak kullanılır hale gelmesi, ancak bu durumda ve güçlü destekle mümkündür.

O halde öncelikle hepimizin yapacağı;

1-Devletimizin, Uluslararası taahhütte bulunduğu Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmelerinin temel felsefesi; her Taraf Devletin, yolsuzluğa karşı iç hukuk ilkelerine uygun olarak toplumsal katılımı geliştirecek ve hukukun üstünlüğü, kamu ve kamu mallarının doğru yönetimi, bütünlük, saydamlık ve hesap verme sorumluluğu ilkelerini yansıtacak etkin ve güdümlü politikaları geliştirip uygulamak olup, yolsuzluğun önlenmesi ve yolsuzlukla mücadele amacıyla alınan önlemlerin daha etkin ve verimli kullanılmasıdır.

2-Yürütme erki, Yüce Meclis'ce onaylanmış 43 sayfalık "**BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi"**ni, her düzeydeki kamu görevlisine, dikkatle okumaları ve uygulamaları için kitapçık haline getirterek dağıttırmalıdır. Sözleşmenin öngördüğü iç hukuka uygun mevzuat düzenlemeleri tamamlanmalıdır. Sözleşmeyle Kamu Sektörü yanında Özel Sektörle ilgili getirilmiş müeyyidelerin eksiksiz uygulanması ve iç mevzuatta gerekli düzenlemelerinin yapılması yoluna gidilmelidir. Bu sözleşme 5506 sayılı yasanın eki olarak tozlu raflarda kalmamalıdır.

3- İnsanımızın dengeli beslenmesi ve doğru eğitim alması konusunda akademisyenlerimize büyük bir iş ve manevi sorumluluk düşmektedir. Bu sorumluluk bilinci zaman geçirmeden yerine getirilmelidir. Dünyanın bugünkü gidişatı karşısında, kişisel olarak **"bana ne"** deme mazereti, tarihte kalmıştır

Bir fiziksel büyüklüğün milyarda biri anlamına gelen Nano ve sözlük anlamı, maddenin atomik veya moleküler boyutta işlenerek mikroskobik boyutta ürünlerin üretilmesi yöntemi olan nano-teknolojisi kuantum fiziği kanunlarının, fizikçiler, mühendisler, kimyacılar tarafından istenilen özelliklerde ürün geliştirmek amacıyla yaptıkları uygulamalar sonucu oluşturdukları yeni bir teknoloji olduğunu **"Nano-Teknolojisi Devrim**i" isimli makalesinde belirten Türkiye Atom Enerjisi Kurumu önceki Başkanı, TÜBİTAK Bilim Kurulu üyesi ve ODTÜ'den emekli **Sayın Prof**. **Dr**. **Cengiz Yalçın**, "…Dünya bilgi üretebilenler, bilgiyi depolayabilenler, bilgiyi dağıtabilenler, bilgiye ulaşabilenler, bilgiyi kullanabilenler ve bunları yapamayanlar olarak ikiye ayrılacaktır… Bilimsel ve endüstriyel devrimi yaşamayan Türk toplumu bedelini bir dünya devleti olan Osmanlı İmparatorluğu'nu kaybederek ödemiştir. **Cumhuriyet Türkiye'si,** şayet bu devrimi ıskalarsa, gelecekte siyasi bütünlüğümüz dahi tartışma konusu olur…" yorumunda bulunurken, toplumumuzun dönüşümü ve değişimi arzulanmakta ve bilim adamları ile yönetimlerin bilgi toplumuna geçiş için harekete geçmeleri beklenmektedir.

Bu görüşlerin, ileride **"ben demiştim"** söyleminde bulunmak ya da egonun tatmini olmadığını artık herkesin kabul etmesi ve dikkate alması zorunludur. Toplumsal değişim ve dönüşümü sağlayabilmemiz için, önceden doğru strateji belirlenerek, Kurtuluş savaşında, vatan toprakları düşman askerlerince işgal edildiğinde, topyekûn birlikte seferberliğe katılanlar gibi, dışarıdan yardım almadan beraber uygulamalıyız.

Bugünkü ezberci öğretim sistemimizin, hem yetersiz oluşu, hem de insanımız yapısında yarattığı tahribat sonucu oluşan sevgisiz ve niteliksiz toplum halimizden, *(hiç değilse)* yetişmekte olan çocuklarımızı ve gençlerimizi sıyırarak, onları sağlıklı temel gıda ile beslemek ve doğru eğitimle ahlaklı ve sorumluluk bilinci sahibi donanımlı çağdaş insan yetiştirilmeleri ile sağlayabiliriz.

Sağlıklı bünye ve buna dayalı zihinsel gelişime sahip nesiller için, öncelikle ***beslenmeye dönük hayvansal gıdaların yaygın bir şekilde bireylere ulaşmasını sağlayacak*** *radikal oluşum* ***ile düşünme ve sorgulama becerisini ön plana çıkaran bir*** *eğitim sistemi* ***vücuda getirilmesi gerekir.***

4-Yolsuzlukla mücadele konusunda dünyadaki **180 ülke arasında 4,6 puanla** Litvanya ve Polonya'yla birlikte **58. sırayı** paylaşmanın getirdiği manevi çöküntüden kendimizi kurtarmalıyız. Bunun için bir ekip oyunu olan futbolun, ülkemizde çok sevilmesine ve tutulmasına karşın, toplumumuzun, ekip ruhunun gelişmemesi, ekip ruhu ile çalışmaması, bireyselciliği tercih etmesi ve sevgisiz halinden öncelikle sıyrılması gerekir. Ne pahasına olursa olsun bunu aşmalıyız. Hiç olmazsa, yeşil sahalarda kendi takımımıza ait 3 direk arasından yuvarlak bir meşinin gol olarak geçmesinden sonra duyduğumuz ezilmişliğin yarısını, **Türkiye'nin** yolsuzlukla mücadelede **180 ülke** arasında **58. sırayı**, İnsani Gelişme Endeksi **(HDI)** değeri **0,775** ile **177 ülke** arasında **84.sırayı** aldığında da duyarak, ekip ruhunu geliştirebilirsek, değişimi de, toplumsal dönüşümü de gerçekleştirebiliriz. Bunun sonucu, yolsuzluğu ortadan kaldırabileceğimiz gibi, insanımızı Anadolu'ya hapsetme uğraşı, çabası içinde bulunanların başarılı olmalarına da fırsat vermeyiz.

5-Binlerce yıldır tarih sahnesinde bulunan, onlarca devlet kurmuş yönetmiş bir millet olarak, Cumhuriyetin kuruluşundan bugüne müspet bilimlerle eğitim almış altı milyonu aşkın üniversite mezunu yetiştirmiş bulunduğumuz düşünüldüğünde, çağdaş batı toplumları, çok çeşitli ırk ve mezhep taassubu altında iken, dışarıdan yardım almadan toplumsal değişimi sağlayarak bilgi toplumuna ulaşarak, evrensel hukukunu oluşturmuşken, ekip ruhu ile toplumsal değişimi sağlayarak bilgi toplumuna geçebileceğimiz, bu suretle evrensel hukuk düzenini kurarak, yolsuzluğu ortadan kaldırabileceğimiz kuşkuları bile duyulmamalıdır.

Yolsuzluktan geçinenleri, tribündeki seyirci gibi seyretmekle, eleştirmekle yetinilmesi yerine, temiz toplumun temel şartı ekip ruhu ile topye-

kûn sorumluluk yüklenilmesi, eğitim ve sağlık alanında yeterli çabanın gösterilmesi halinde; **yolsuzluk yok edilmese bile asgariye indirilmesi bakımından zorunlu görülmektedir.**

Küreselleşen günümüz dünyasında insanlığın kat ettiği aşamaları görmezlikten gelme ve göz ardı etme lüksümüz, bulunduğumuz coğrafya'daki konumumuz nedeniyle mümkün değildir.

Artık toplum yolsuzlukla yatıp, yolsuzlukla kalkmamalıdır. Yapacak başka işleri, gerçekleştireceği başka düşleri olmalıdır.

TEBLİGATIN ESASI, GECİKMESİ SORUNU VE ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAYGINLAŞTIRILMASININ ÖNEMİ

Av. Geylani KOCA

1- GİRİŞ

Bilgi teknolojilerinin günlük hayatımızda önemli ve vazgeçilmez bir unsur olarak ortaya çıkması çağımızın çarpıcı gelişmelerinden biridir. İnternetin hızlı bir şekilde gelişmesi ve yayılması e-devlet ve e-ticaret uygulamalarını hızla arttırmıştır. Bu uygulamalar zamanı en verimli şekilde kullanma, işlemde kolaylık sağlama, kırtasiye israfının önlenmesi gibi yararlı unsurları da birlikte getirmektedir.

Her kişi ya da kuruluş, bir vergi mükellefi, davada taraf ya da resmi bir işlemle ilgili olabilmesi nedeniyle tebliğ işleminin bir muhatabı durumundadır. Ayrıca bir tebliğ işlemi kendisine tebligat gönderilen için hukuki ve cezai birçok haklar ve yükümlülüklerin başlangıcı olduğundan tebligatın zamanında ve sağlıklı şekilde yapılması oldukça önemlidir.

Tebliğ işlemlerinin elektronik sistemden istifade ile en kısa sürede yapılması, daha açık ifade ile bir aya yakın süre alan tebliğ işlemin elektronik yolla birkaç saniye içinde gerçekleşmesi muhakeme usulünde büyük yarar sağlamanın yanısıra adalete olan güveni de arttıracağı kuşkusuzdur.

Avrupa'da bazı davalarda Justice-Link tekniği ile *"online mahkeme"* uygulamaları yapılmaktadır. Böyle bir uygulama ile artık fiili *"taraf teşkili"* gerçekleşmeden, hakim-davacı-davalı birbirini görmeden çeşitli davalar çok kısa sürede sonuçlanmış olmaktadır. Bu ise, adli işlemlerin zaman kaybı olmadan yapılması yönünden önemli bir olaydır. Bilgi teknolojilerinin getirdiği olanaklardan yararlanmanın gerektiği gün ışığı gibi ortadadır.

Bu yazımızda, tebligatın, tebliğe konu olan işlemlerde ve özellikle yargılama sürecinde önemli bir yer tutması nedeniyle, Tebligat Kanunu hükümleri ve Yüksek Mahkeme kararları ile Avrupa Birliği mevzuatları gö-

zönüne alınarak tebligatın elektronik posta ile yapılması ve bu uygulamanın yaygınlaştırılması üzerinde durulmaktadır.

2- Tebliğ İşleminin Amacı ve Tebligatın Uygulama Esasları:

Tebliğ kelimesi sözlükte; bildirme, ulaştırma, götürme, nakil, yetiştirme, Allah'ın buyruklarını insana bildirmesi, resmî bir kâğıdı ilgiliye imza karşılığı verme anlamlarına gelmektedir.(1) Tebliğin çoğulu tebligattır.

Tebligatı Danıştay bir kararında şöyle tanımlamıştır: *"Hukukumuzda tebligat, hukukî bir işlemden, ilgili kimsenin haber almasını sağlamak için, yetkili makamın kanuni şekilde ve yazı ile veya ilân ile yapacağı belgeleme işlemi"*dir.(2) Yargıtay'ın bir kararına göre ise; *"Tebligat, bilgilendirme yanında, belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir."*(3)

Yüksek Mahkemelerin çok sayıdaki kararlarına göre tebligatta esas olan *"hukuki bir işlemden, ilgili kimsenin haber almasını sağlamak ve yetkili makamın bunu belgelemesi"*(4), *"tebliğ konusunu ilgilinin öğrenmesi"*(5), *"tebliğ evrakına ilgilinin muttali olmuş ve kanuni haklarını kullanma olanağını bulmuş olması"*(6) dır.

11.2.1959 tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre; tebligat, posta veya memur eliyle tebliğ yapılacak şahsın bilinen en son adresine yapılır (m. 10). Ancak bu adresin ikametgâh olması zorunlu değildir (m. 16, Tüzük m. 22). Tebliğ muhatabının bildirdiği adres herhangi bir adres olabilir ve daha sonra bu adresini değiştirebilir. Yine kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü koşuluyla her yerde tebligat yapılması caizdir (m.10/2).

Kendisine tebliğ yapılacak kişi adresinde bulunmazsa Kanunda, tebligatın birlikte oturan kişilere (m.16) yapılacağı yazılıdır. *"karı koca, hısım ve evlatlık gibi birlikte oturan kimseler aynı aile efradından sayılır."*(Tüzük m. 22). Tebligat yapılan kişinin tebliğin muhatabı ile hasım olmaması gerekir.

Belirtilen adreste tebligat yapılacak kimse yoksa veya tebligatı almak istenmemesi durumunda, tebliğ memuru, tebliğ evrakını o mahallin kanunen yetkili kişilerine teslim eder ve tebliğ adresindeki oturan bir kişiye bildirir (m. 21).

---

(1) Mevzuat olarak "tebliğ" farklıdır. Bu anlamda tebliğ, kendisine yetki verilen bir merciin belirli bir konu hakkında uygulama açısından yapılacak işlemi belirten mevzuattır. Örnek olarak Maliye Bakanlığının vergi ile ilgili tebliğleri, T.C. Merkez Bankasının faiz oranları hakkındaki tebliğleri gibi.

(2) Danıştay 6. Dairesi 27.3.1968, 461/838 DKD. 123-126 Sayfa:267

(3) Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 7.6.2000 tarih, 7267/7421 sayılı YKD 2001/2 sayfa: 174-175

(4) Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 7.6.2000 tarih, 7264/7421 YKD 2001/2 s. 174-175

(5) Danıştay 13. Daire 25.12.1981 tarih, 81/ 1674-3396 sayılı Kararı.

(6) Danıştay 6. Daire, 11.4.1966 -1299/1590 (DKD. 1965-1967 s.56 no.115), Danıştay 8. Daire, 28.6.1971-1697/1758 (YKD. 1972/137 s.1096-1097), HGK. 22.10.1969, 6/729-780 (ABD 1970/1 s.73), HGK. 24.1.1979,3/313-48(YKD. 1979/220 s.6845), CGK .15.4.1968 7/162-144(YKD. 1969/6).

Kanunda tebligatın vekil veya kanuni mümessile(m.11), işyerinde memur ve müstahdeme(m.13), müesseselerde yetkili kişilere (m.14 -19) yapılabileceği hükmü yer almaktadır.

Yabancı memlekette olan muhataba tebliğ, o memleketin yetkili makamı vasıtasıyla yapılır. Bu konuda iki veya çok taraflı anlaşma varsa anlaşma hükümlerine göre işlem yapılır (m. 25). Aşağıda bu konudan bahsedilecektir.

Tebliğ evrakında; Tarafların(varsa vekil ve temsilcisinin) isim ve adresleri, tebliğin konusu, tebliği gönderen merci, tebliğ ile bildirilmesi gereken husus yazılır(m.9).

Tebliğ evrakının muhatabının bildirdiği adrese ulaştığının belgelenmesi gerekmektedir. Buna ait belgeye *"tebliğ mazbatası"* denir. Tebliğ mazbatasında, tebliği alan kişinin ismi, tebliğ edilen husus, tebliği gönderen merci ve işlem numarası yazılır (m.23).

Adresi meçhul olan kimselere, usulleri Kanun ve Tüzükte belirtilen şekilde gazete ile ilânen tebliğ yapılır (m. 28-31).

3- Tebligatın Gecikmesi Sorunu ve Buna Karşı Yapılan Çalışmalar:

Yukarıda belirtildiği üzere tebligat, daha çok yargılama sürecinde önemli yer tutan bir işlemdir. Gerçekten her davada; dava dilekçesi, esasa cevap dilekçesi, duruşma davetiyesi, bilirkişi raporu, şahitlere davetiye, mahkemenin kararı, temyiz dilekçesi, Yargıtay'ın kararı vs. tebligat ile taraflara bildirilmektedir.

Tebligat iç hukukta posta ile ve memur eliyle yapılmaktadır. Ancak, tebligatın posta ile yapılmasının zaman aldığı ve ilgililerin hak kaybına uğradığı bir gerçektir. Burada işgücü ve masrafın da gözönüne alınması gerekmektedir. Ayrıca posta ile yapılan tebliğlerde tebliğ sonucunun beklenmesi davaların uzamasında büyük rol oynadığı malûmdur.

Ülke dışına yapılan tebligatlarda ise, tebliğ konusu evrak önce Adalet Bakanlığı'na oradan Dışişleri Bakanlığı vasıtası ile tebliğ yapılacak kişinin bulunduğu ülkenin Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı vasıtasıyla tebliğ işlemi gerçekleştirilmekte, tebliğ alındısı da tekrar ters yönde aynı yolu izleyerek dosyasına gelmektedir. Bu şekilde tebligatın birkaç ay zaman aldığı; bunun ise ne kadar zaman kaybı, hak kaybı ve hatta güven kaybına yol açtığı bilinmektedir.

Yargı Reformu çerçevesinde, Adalet Bakanlığı'nca *"adalet hizmetlerinin elektronik posta ile yapılması, bilgi ve belgelerin kısa sürede temini ve zaman ve işgücü kaybının önlenmesi"* amacıyla 2000 yılında Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kurulmuştur.

Diğer taraftan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 2005 yılında verilmiş olan *"Elektronik Tebligat Kanunu"* tasarısı bulunmaktadır[7]:

---

(7) www.adalet.gov.tr

Bu tasarının 3. maddesinde elektronik tebligat, *"Belirli şekil ve usul kurallarına göre hazırlanmış, elektronik imza taşıyan, alıcıya elektronik ortamda ulaştırılan tebligat"* şeklinde tanımlanmakta, tasarının 2. maddesinde *"Bu Kanun tebligatın tarafları olan özel ve tüzel kişileri, kamu kuruluşları, bankalar, telekominikasyon şirketleri isteyen diğer tüzel kişileri kapsar."* denilmektedir.

Tasarının 4. maddesi metni şöyledir:

"Elektronik tebligat zorunluluğu

Madde: 4 - Gerçek ve tüzel kişilerin talep etmeleri halinde kamu kuruluşları, bankalar, telekominikasyon şirketleri tarafından kendilerine gönderilecek tebligatların elektronik ortamda gönderilmesi zorunludur. Bu kuruluşların dışında kalan dernek, vakıf ve şirketler tebligatlarını elektronik ortamda göndermek üzere sisteme dahil olabilirler. Gerçek veya tüzel kişiler, diğer gerçek ve tüzel kişilere isbatlanabilme kaydıyla elektronik tebligatta bulunabilirler."

Tasarının 5. maddesinde ise, tebligatlarını elektronik ortamda almak isteyenler vatandaşlara internet bağlantı sistemi olanağının Bakanlar Kurulu kararınca ücretsiz veya indirimli olarak sağlanacağı belirtilmekte ve gerekçede de vatandaşların evlerinde sınırsız internet olanağı olması onları internet kullanmaya ve birtakım işlerini elektronik yolla çözmeye itecek, dolayısıyla e-dönüşüme katkıda bulunacağı kaydedilmiştir.

Uluslararası yapılan ikili ve çok taraflı anlaşmalarla bu meseleye çözüm bulunmaya çalışılmıştır.[8] 1965 tarihli *Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi* yapılmış,[9] 31 maddelik bu sözleşmenin başlangıç kısmında; tebliğ işleminde tebligat araç ve yöntemlerini basitleştirmek ve hızlandırmak suretiyle karşılıklı adli yardımlaşmayı iyileştirmek üzere hazırlandığı belirtilmiştir. Sözleşmenin 25. maddesine göre, bir ülke hem iki taraflı, hem La Haye Sözleşmesi'nin tarafı ise, bu iki sözleşmenin getirdiği hükümlerden hangisi tebligatın daha kolay ve çabuk yapılmasına olanak veriyorsa onu uygulamakta serbest olacaktır.

La Haye Sözleşmesinin 10/A maddesinde, tebliğ edilecek kişinin bulunduğu devlet itiraz etmediği takdirde, adli belgelerin yabancı memleketlerdeki kişilere tebliğ için davanın açıldığı ülkedeki mahkemeden doğrudan uluslararası iadeli taahhütlü posta ile gönderilebilmesi kabul edilmiştir. Bu suretle büyük bir zaman kaybı önlenmiş olmaktadır.

Avrupa Birliği çerçevesinde 31.5.2001 tarihinde yürürlüğe giren "Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Evrakın Tebliğine İlişkin 2000/1348 sayılı Tebligat Tüzüğü" (TT) ile sınırötesi tebligatın hangi ku-

---

(8) Bu konuda adli yardım sözleşmeleri yoksa; mütekabiliyet(karşılıklılık) esaslarına göre ve milletlerarası nezaket kuralları çerçevesinde tebligat işlemi yapılmaya çalışılmaktadır.

(9) Türkiye La Haye Sözleşmesine 9.7.1971 tarih ve 1483 Sayılı Kanun ile katılmıştır.

rallara göre yapılacağı kararlaştırılmış, AB üyesi ülkeler arasında bu konudaki tebligat yönteminin kapsamlı şekilde yakınlaştırılması ve tektipleştirilmesi öngörülmüştür.

Bu tüzüğe göre yazılı evraklar, gönderilen evrakla alınan evrakın aynı olması ve içeriğinin kolayca anlaşılması koşuluyla "her türlü yolla" gönderilebilecektir (m.4/2). Her türlü dilekçe, beyan ve yazışmalar öncelikle gönderen ve alan tebligat organları arasında doğrudan doğruya iletişim yoluyla ve standard bir formun doldurulması suretiyle yapılmaktadır (m.2, 4 -11). Bu Tüzükle tebligatın hızla ulaştırılması, özellikle uluslararası ticarette tebligata ilişkin önemli aksamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Ayrıca AB Komisyonu 18.4.2002 tarihinde ihtilâfsız kazaya ilişkin talepler hakkında 2001/1344 sayılı AB Direktifin 12. maddesinde tebligatın olabildiğince kolaylaştırmasına ilişkin hükümler getirmiştir. Buna göre tüketicilere yapılacak tebligat, ilgili belgelerin evde başka kişilere teslimi vasıtasıyla, şirketlerde burada çalışan şirket elemanlarına teslimi mümkün olacaktır.

AB açısından bakıldığında, Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO)yu değiştiren Alman Tebligat Reform Kanunu, hukuki yaklaşımların kapsamlı şekilde yeknesaklaştırılması konusunda katkı sağlamaktadır. Bu Kanun ile usulün kolaylaştırılması, sürecin kısaltılması ve modern iletişim tekniklerinin kullanılması suretiyle tebligatın kolaylaştırılması hususunda hükümler getirmiştir. Yeni düzenlemede elektronik tebligat bakımından "alındı bilgisinin teyit edilebilmesi halinde" geçerli kabul edilebilecektir. Yeni düzenleme ile bu tür tebligatın bilgisayar ortamında hazırlanan matbu formlar (telekopi) vasıtasıyla yapılmasını mümkün kılmaktadır. Anılan Kanunun 174. maddesi elektronik belgelerin e-mail yoluyla aktarılmasını düzenlemektedir. Bu çerçevede e- tebligat, esas olarak yalnızca mesleki konumları itibariyle güvence veren belirli kişi ve kurumlar arasında yapılabilecektir. Bu güvencenin ölçütü, yargılamanın diğer tarafına yapılacak olan tebligatın onlar tarafından kabul edileceği hususunda iradi bir yaklaşımın sözkonusu olmasıdır. Böylece ZPO 174/III çerçevesinde e-tebligat ve iletişim konusunda ileri bir adım atmış olmaktadır.

4- Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Elektronik İmza Çeşitleri ve Elektronik Tebligata Uygun E-İmza:

AB Konseyi 13.12.1999 tarihinde 99/93/EC sayılı Elektronik İmza Direktifini kabul etmiştir. Direktif AB çapında elektronik imzanın kullanılması ve hukuken tanınması için gereken çerçeveyi oluşturmaktadır.

Direktifte üç çeşit imzadan bahsedilmektedir: Birincisi çok geniş bir anlamı olan elektronik imzadır. 2/1 m.ye göre bu imza diğer elektronik verilerle ilintili olan ya da onlara eklenen ve imza sahibinin kimliğini onaylayan bir yöntem olarak kullanılan elektronik veridir. Bir e-postanın sonuna kişinin adının yazılarak imzalanması ya da PIN numarası kadar

basit olabilir. İkincisi gelişmiş elektronik imzadır ve sadece imza sahibine ait olan, imza sahibini tanımlayabilen, imza sahibinin yetkisi ve kontrolü ile oluşturulmuş, diğer elektronik verilere herhangi bir değişikliği tesbit edecek şekilde bağlanmış olan elektronik imzadır. Bu tanım temel olarak PKI (Açık Anahtar Altyapısı) tabanlı elektronik imzalara işaret eder. Üçüncüsü ise, Direktifin 5/1 maddesine göre, nitelikli serifikaya dayanan ve güvenli elektronik imza oluşturma araçları ile oluşturulan gelişmiş elektronik imzalardır ve ıslak imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Buna uygulamada "nitelikli elektronik imza" denilmektedir.

AB Komisyonunda kamu hizmetlerine erişim ve hizmetlerin kullanımı için gerekli olan güvenli elektronik kimlik tesbiti araçlarına olan ihtiyaç, vatandaşlar ve şirketler için zaruri olduğu belirtilmekte, e-imza hizmetlerinin ve uygulamalarının gelişimini desteklemeye ve nitelikli imza için her türlü teknolojinin kullanımı konusunda standardizasyon çalışmalarını teşvik edeceğini belirtmiştir.

Ülkemizde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu 23.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunda iki tür elektronik imza tanımlıdır. Birincisi genel anlamda ve AB Direktifinde belirtilen elektronik imza tanımı ile uyumludur İkincisi ise güvenli elektronik imzadır ve Direktifteki nitelikli elektronik imzaya karşılık gelmektedir.

5- Elektronik Tebligatın Kapsamı ve Uygulanması:

Yukarıda 2. bölümde belirtildiği üzere, tebligatın amacı, tebliğ muhatabı olan kişinin tebliğ konusunu öğrenmesi ve bu hususta kanuni hak ve sorumlulukları ile ilgili gerekli işlemlerin yapabilmesi olanağını bulmuş olmasıdır. Aynı zamanda bu öğrenme ve bilgi sahibi olmanın belgelenmesidir. Yüksek Mahkemelerin kararlarında bu konuda tereddüt bulunmamaktadır.

Tebligat Kanununun 10. maddesinde, *"kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü koşuluyla her yerde tebligat yapılması caizdir."* hükmü yer almaktadır.

Bir tebliğ işleminde, tebliğ evrakının mutlaka tebliğ muhatabı olan kişinin kendisine teslim edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Tebliğ evrakı Kanunda belirtildiği gibi gerçek kişilerin aile fertlerine, şirket ve kuruluşlarda görevli veya yetkili kişilere verilebilmektedir.

Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında[10],

"Mahkeme elektronik mektupla yapılan ihtarın davalıya tebliğ edilmediği için geçersiz olduğundan bahisle davayı reddetmiştir. Davalı eşine yapılan tebligattan haberdar olmadığını iddia etmediğine göre, artık o ihtarın geçersizliğinden sözedilemez."

(10) Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 9.6.1997 tarih, 1997/5069-5198. www.kazanci.com.

denilmektedir. Bu karara göre, tebliğ konusunu ilgilinin öğrenmesi tebliğin esasını teşkil etmektedir.

Nitekim, AB uygulamalarına tebligat konusunda etkili olan Alman Tebligat Reform Kanununda ise, elektronik tebligatta "alındı bilgisinin teyit edilmesi halinde" tebligatın geçerli olacağını belirtmektedir.

Avrupa Konseyi'nin 99/93/EC sayılı E İmza Direktifinde yukarıda açıklanan elektronik imza çeşitlerinden birinci imza türü olan ve imza sahibinin kimliğini onaylayan verinin tebligat işlemleri için yeterli olduğu kanaatindeyim.

Burada üzerinde durulması gereken husus, tebliğ muhatabının tebliğ konusunu öğrendiğinin, tebliği gönderen mercinin kayıtlarına geçmiş olmasıdır.

AB'nin 2000/1348 sayılı Tebligat Tüzüğüne göre, gönderilen evrakla alınan evrakın aynı olması şartı ile "her yolla" tebligatın yapılabileceğinden sözedilmektedir.

Tebligat Kanununa göre kendisine tebliğ yapılacak kişinin bildireceği posta adresi, tebligatın yapılacağı adres olduğuna göre bu kişinin bildirdiği elektronik posta adresininde tebliğ adresi olması gerekir. Zira elektronik posta adresi(e-posta) tebliğ muhatabının rıza ve kabulü ile bildirdiği adrestir. Dolayısıyle tebligatın e-posta adresine yapılması ile diğer posta adresine yapılmasında fark bulunmadığı kanaatindeyim.

Elektronik ortamda yapılan tebligat bu işlemin özelliği itibariyle muhatabın bildirdiği adrese gönderilmiş ve tebliği çıkaran mercide alındı kaydının düşmesi ile tebliğ evrakının o adrese ulaştığı elektronik ortamda belgelenmiş olmaktadır.

Bu konuda bazı tereddütlerin olması mümkündür. Uygulanan bir sistemin değiştirilmesi özellikle bilgi işlemle yapılmasına hemen alışılmadığı yaşanan bir gerçektir. Her sistemde bazı mahzurların olması da mümkündür. Bunlar çeşitli şekillerde çözümlenmektedir.

Buna benzer uygulama bankalar için büyük önem arzeden Elektronik Fon Transferi (EFT) sisteminde görülmektedir. Daha önce memur eliyle yapılan para transferi şimdi elekronik işlemle yapılmakta ve bu şekilde her gün çok yüksek miktarda para nakli işlemi gerçekleşmektedir.

Elektronik tebligat (e-tebligat)ın herkes için hemen uygulama alanı tabii ki mümkün değildir. Ancak öncelikle kamu kuruluşları, şirketler, meslek kuruluşları ve bir kısım gerçek kişiler için uygulamanın yaygınlaştırılması isabetli olur. Bu uygulama şöyle olabilir;

a) Tüzel kişiler(kamu ve özel hukuk tüzel kişiler)in, meslek kuruluşlarının elektronik imza veya e-posta adresleri vardır. Ticaret şirketlerinin de yasal olarak e-posta adresi bulunması zorunludur. Nitekim Vergi beyannameleri ve sigorta bildirgelerinde e-posta işleminden faydalanılmaktadır.

Tüzel kişilerin e-posta ile tebligatı alacak muhatap yetkili ve görevlileri mevcuttur. Bu adreslere tebligat yapılabilecektir.

b) Gerçek kişilerde ise,

ba) Dava veya icra işlemi bir avukat tarafından takip ediliyorsa avukatın elektronik posta adresinin vekilin tebliğ adresi olabileceğinden bu adrese tebligatın yapılması mümkün olacaktır. Nitekim AB ülkelerinde bu uygulama benimsenmiştir.

bb) Meslek kuruluşu üyelerinin olması gereken elektronik posta adreslerine tebliğ yapılabilecektir.

bc) Diğer gerçek kişiler yönünden ise; bir dava veya icra takibi muhatabı olan gerçek kişi (şahıs), elektronik posta adresi yoksa kendisine normal acele posta ile gönderilen dava dilekçesi veya icra tebliğinde, vereceği cevap veya işlemde kendisine ait bir "e- posta" adresini bildirmesi istenebilir. Muhatabın talebine bağlı bir husustur. Müeyyideye bağlanması sözkonusu değildir, Muhatabın(dava veya takibe taraf olan) e-posta adresini bildirmesi halinde, Tebligat Kanununun 10/2 hükmüne istinaden tebligat adresi olacağına dair bir muhtıra da bildirilebilir. Bundan böyle tebligatların bildirilen adrese yapılabilmesi olasıdır.

Tebliğ muhatabı birlikte oturan aile efradının e-posta adresini de bildirmesi Tebligat K.16 maddesi hükmüne uygun olduğu kanaatindeyim.

Bu uygulamada üç gün içinde e-tebliğ adresinde tebligatı almazsa, e-posta adresine bir muhtıra gönderilerek muhtıranın gönderildiği tarih tebliğ tarihi sayılabilir. Sadece hak düşürücü işlemlerle ilgili acele posta işleminden faydalanılabilir.

Kendisine önceden tebligat yapılan kimse adresini değiştirirse yeni adresini bildirmesi gerekir. Aksi halde tebliğ evrakı daha önce yapılan adrese Kanundaki usulüne göre aynı adrese yapılmış sayılır(Tebligat Kanunu m.35).

Yetkili merciin tebliğ için düzenlediği formdaki bilgi ve eki belgenin , tebliğ yapılacak kişiye göderilmesi ve alındısının gönderen merci kaydına geçmesi ile tebliğ işlemi tamamlanmış olacaktır.

Tebligatın elektronik posta ile yapılması ile, posta ile tebligattaki zaman kaybı, tebliğ taraflarının işgücü ve emek kaybı olmayacağı, çok önemli bir husus da adalete olan güvenin artacağını eklemek isteriz.

6- Tebligatın Kötüye Kullanılması ve Cezai Yaptırımlar:

Tebliğle ilgili işlemlerde bu konuda işlenen suçlardan dolayı Tebligat Kanununda cezai hükümler getirilmiştir(m. 52-57). Ayrıca Türk Ceza Kanununda da Bilişim Suçları ile ilgili getirilen hükümler mevcut olup, bilişim sistemine girme (m. 243), sistemi engeleme bozma, verileri yoketme veya değiştirme (m. 244), özel belgeyi bozmak, yoketmek veya gizleme (m. 208) suçlarına cezai müeyyideler getirilmiştir. Elektronik tebligatta işle-

min kötüye kullanılması ağırlatıcı sebep yapılabilir. Yine çeşitli sahte ve zararlı mesajlar içeren sahte postalara karşı Tebligat Kanununa ve Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarına ilişkin hükümlere ilaveler yapılarak müeyyideler getirilebilir.

7- Sonuç

Yukarıda açıklanan Tebligat Kanunu amacı ve hükümleri, Yüksek Mahkeme kararları ve AB mevzuatı gözönüne alındığında, elektronik tebligatın, ilk olarak, tüzel kişiler (resmi ve özel kurum ve kuruluşlar, meslek kuruluşları, şirketler) ve elekronik adres vererek tebliğ yapılmasını talep eden gerçek kişilere hemen uygulanmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Böylece elektronik tebligatın büyük ölçüde gerçekleşmesi sağlanmış olacaktır.

E-tebligat ile davalar süre bakımından ciddi şekilde kısalacak, böylece adalete güven artmış olacaktır. Ayrıca davalarda zaman ve iş tasarrufunun artacağı, evrak ve kaynak israfı önleneceğine de kuşku yoktur.

Bu konuda Tebligat Kanununda birkaç ibare değişikliği ve bir geçici madde eklenmesi yeterli olabilir.

Tebligat işleminin belirtilen önemi dolayısıyla bu konuda uluslararası bir komisyonun elektronik tebligatın yaygınlaştırılması yönünde çalışmalar yapmasının isabetli olacağını düşünüyoruz.

KISALTMALAR

- AB Avrupa Birliği
- ABD Ankara Barosu Dergisi
- AÜHFD Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- CGK Ceza Genel Kurulu
- DKD Danıştay Kararları Dergisi
- HGK Hukuk Genel Kurulu Kararı
- K. Kanun
- m. Kanun maddesi
- YKD Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

1- ATEŞ, Mustafa. Veri Tabanlarının Hukuki Koruması. AÜHFD Yıl: 2006 Cilt:55 Sayı: 1 Sayfa: 47-84

2- ERDEM, B. Bahadır. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat. İstanbul 1992

3- KAPLAN, Yavuz. Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku. AÜHFD Yıl:2003, Cilt:52 Sayı: 3

4- KURU, Baki. Hukuk Muhakemeleri Hukuku 6. Baskı İstanbul 2001

5- MUŞUL, Timuçin. Tebligat Hukuku. İstanbul 2005

6- ORTA, Mesut. Elektronik İmza ve Uygulaması. Ankara 2005

7- ŞENOCAK, Zarife. Digital İmza ve Digital İmzanın Borçlar Hukuku Hükümleri Açısından Ele Alınması. AÜHFD Yıl: 2001 Clt: 50 Sayı 1-4

8- YEŞİL, Sezen-ALKAN, Mustafa-ACARER, Tayfun. E- İmza Uygulamalarında A B ve Türkiye'de Mevcut Durum ve Öneriler. www.ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/bildiri/59 pdf

9- YILMAZ, Ejder-ÇAĞLAR, Tacar. Tebligat Hukuku 3. Baskı Ankara 1999

10- Danıştay Kararları Dergisi.

11- Yargıtay Kararları Dergisi.

12- www.kazanci.com.tr

KARAR İNCELEMESİ

Av. Rabia Balkanlı

BİR HUKUK GENEL KURULU KARARI ELEŞTİRİSİ

*Av. Rabia BALKANLI**

KONU

İstanbul Barosu Dergisi'nin 2008 yıl, 4. sayı ve 82. cilt sayfa 2022'de yayınlanan Avukatlık Hukuku, Vekalet Sözleşmesi, Vekalet Sözleşmesinin Tarafları Borçları ve Hakları başlıklı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2007/13-28 K:2007/818 ve 07.11.2007 tarihli kararı hakkında bilgilendirme:

Aşağıdaki açıklamalardan ve eklerden anlaşılacağı üzere Ankara 22 Asliye Hukuk Mahkemesinin asıl davanın reddine, karşılık davanın kabulüne ilişkin kararın Yasaları uygulamakla görevli Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu ve hukuk kurallarını altüst ederek bozmuş, mahkemenin direnme kararı ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından hiçbir açıklama yapılmadan sadece 13. Hukuk dairesinin gerekçesi yazılarak bozulmuştur.

AÇIKLAMALAR

1- Davacının Ankara İdare Mahkemelerinde görülen 12 davası ile Ankara 15. Asliye Mahkemesinde görülen davaları tarafımdan vekil olarak takip edilerek lehine sonuçlandırılmıştır. Ankara 7. İcra Müdürlüğü'nde yapılan takip sonucu tahsil edilen pazartesi günü ibraname alınarak davacıya ödenmiş, ancak davacı kendisine eksik para ödendiği gerekçesiyle vekaletten azledip, hem Cumhuriyet Savcılığı'na hem de Ankara Barosu'na şikayette bulunmuştur. Yapılan inceleme ve soruşturma sonucu vermiş olduğu ibraname dikkate alınarak hem Adalet Bakanlığı hem de Ankara Barosu Başkanlığı, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar vermişlerdir.

Bunun üzerine ilgili şahıs Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde aleyhime, eksik vekalet ücreti ödendiği gerekçesiyle alacak davası açmıştır. Tarafıma tebligat yapıldıktan sonra 10 günlük süre içerisinde nispi

---

(*) Ankara Barosu

harç yatırılarak eksik vekalet ücreti ödemesi nedeniyle davacı aleyhine 1.577.27 YTL maddi ve haksız şikayetleri nedeniyle 5.000 YTL manevi tazminat davasını içeren karşılık dava açılmıştır.

2- Yapılan yargılama sonunda uzman bilirkişi raporu da dikkate alınarak asıl davanın reddine, karşılık davanın maddi tazminat yönünden kısmen kabulüyle 729.92 YTL maddi tazminat ile 5.000 YTL manevi tazminatın kabulüne karar verilmiştir.

3- Davacı taraf ekde bulunan temyiz dilekçesinden de görüleceği üzere, sadece ret harcı yatırarak ret edilen davasını süresi içerisinde temyiz etmiş ancak karşılık davayı ne kendi davası için verdiği temyiz dilekçesiyle ne de ayrı bir dilekçeyle temyiz etmemiş ve karşılık dava için yatırılması gerekli nispi temyiz harcını da yattırmadığından karşılık dava HUMK'a göre kesinleşmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi yapmış olduğu temyiz incelemesinde, yerel mahkemenin asıl dava yönünden vermiş olduğu ret kararını onamış ancak temyiz edilmeyen ve usulen kesinleşmiş olan karşılık davanın manevi tazminata ilişkin kısmını esastan bozmuştur. Bunun üzerine tarafımdan, –karşılık dava miktarı karar tashihi sınırının altında olması nedeniyle– Yargıtay 13. Hukuk Dairesine maddi hatanın düzeltilmesi talepli dilekçe verilmiş, asıl davacı tarafından ise kendi aleyhine onanan asıl davanın bozulması için karar tashihi yoluna gidilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından, tüm hukuk kuralların ile Hukuk Usul Muhakemeleri Yasasını ve kendi daire kararları ile Hukuk Genel Kurul kararlarını altüst edecek şekilde bir karar verilmiştir. Bu kararla, daha önce onamış oldukları asıl davaya ilişkin kararı da esastan bozarak, davacı tarafın tarafıma vermiş olduğu ve imzasını inkar etmediği ibranameyi hiçe sayarak yazılı belgeye rağmen ispat yükünü şahsıma yüklemişlerdir.

Bununla da kalmayıp, karar tashihi sininsin altında (5.000 YTL) olduğu için karar tashihi yapamadığını karşılık dava için vermiş olduğum maddi hata dilekçesini Hukuk Usul Yasası'na aykırı olarak karar tashihi dilekçesi olarak kabul ettiklerini beyan ederek, davacı tarafından temyiz edilmediği ve harç yatırılmadığı halde, gerçeğe aykırı olarak, hem temyiz edildiğini hem de harç yatırılmış olduğunu gerekçe göstererek eski bozma karannda ısrar etmişlerdir.

Mahkeme asıl dava yönünden imzası inkar edilmeyen ibranameye göre ve karşılık dava için ise harcı yatırılarak usulüne uygun temyiz edilmediğinden kesinleşmiş olması nedeniyle, HUMK'a uygun olmayan bozma kararına uymayarak ilk kararında direnmiştir.

4- Direnme kararının temyiz edilmesi üzerine, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gitmiştir. Dosya içerisinde 22. Asliye Hukuku Mahkemesi yazıişleri müdürünün dilekçemiz üzerine vermiş olduğu sadece asıl davanın temyiz edildiğine, karşılık davanın temyiz edilmediği gibi yatması

gereken harcın da yatırılmadığına ilişkin belgesi de bulunmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sadece asıl dava ile ilgili 13. Hukuk Dairesi Kararına atıfta bulunarak mahkemenin direnme kararını bozmuş ancak kesinleşmesi nedeniyle mahkemenin direnmiş olduğu kararla ilgili hiçbir inceleme yapmadığı gibi bu konuda karar da vermemiştir. Tarafımızdan yapılan karar tashihi talebimiz de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından yasada belirtilen Karar tashihi sebepleri bulunmadığından ret edilmiştir.

Dosya henüz sonuçlanmamış olup halen Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmektedir.

Prof. Dr. Baki Kuru'ya ait HUMK kitabında kesinleşmiş karar ile ilgili açıklamalarda bulunulmuş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararları ile Yargıtay kararları örnek olarak verilmiştir. "HUMK. Karşılık dava ayrı bir davadır ve harca tabidir, süresi içerisinde temyiz edilmeyen ve temyiz harcı yatırılmayan karşılık dava kesinleşmiş olup kesin hükmün sonuçları doğar" demektedir. Kesinleşmiş karar Yargıtay tarafından bozulamaz, bozulursa bile yok hükmündedir. Ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu baronuz dergisinde yayınlanan bu kararlarıyla tüm Hukuk Kurallarını ve HUMK'u altüst etmiştir.

Ekte ilgili dava dilekçesi, cevap ve karşılık dava, temyiz dilekçeleri, ibraname, yazı işleri müdürünün temyiz edilmediğine ilişkin belgesi, direnme kararı ve ilgili tüm belgeler bulunmaktadır. 30 yıllık hukukçu olarak hukuka ve yasalara aykırı verilen bu karar karşısında çaresiz kalınmıştır. Olayı öğrenen tüm hukukçular (Avukat, hakim ve Yargıtay üyeleri de) benim gibi verilen kararın yanlışlığına şaşırıp benzer örnekler vermektedirler. Tabii ki hata yapılabilir. Ancak karşılık davanın kesinleşmiş olduğu defalarca bildirilmesine ve mahkemesi tarafından da direnme kararı verilmesine rağmen, aym hatayı yanı HUMK'a aykırı olarak vermiş oldukları kararı dairenin düzeltmemekte direnmesi acı ve üzücüdür. Yargıtay'ın "bizim verdiğimiz her karar doğrudur. Hatalı da olsa kararımız değişmez. Biz kanunların da üzerindeyiz" sonucunu doğuran davranış ve kararları, kanunların doğru uygulanmasının denetimi ve hukuk devleti açısından son derece üzücü ve düşündürücü bir durumdur.

YUKARIDA AÇIKLANANLAR ÖZETLENECEK OLURSA:

1- Davacının verdiği ibraname ile, alacağının tamamının tahsil edildiği ve hiçbir alacak kalmadığı, inkar edilmeyen imza ile kabul edilmektedir. Hiçbir ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan bu belgenin geçersiz sayılması yasalara göre olanaksızdır. İmzalı belge vermesine rağmen aksini ileri süren davacının iddiasını ispatlaması gerekirken, ispat yükü yasalara aykırı olarak yer değiştirilmiş, icra dosyasından çekilen paranın ödendiğini gösteren yazılı ibranameye rağmen yemin teklif edilmesi istenmiştir.

YHGK ve Barolar Birliği kararlarıyla, yazılı ibranamenin rakam kapsamasa dahi geçerli olduğu kabul edilmektedir. İbraname altında bulunan ve davacının imzasını taşımayan avukata ait bilgi notlarının bulunması ibranameyi geçersiz kılmaz. Kaldı ki Davacı tüm yazılı beyanlarında ibraname altındaki bilgi notlarından haberdar olduğunu kabul etmektedir.

2- Temyiz edilmeyen ve harcı yatırılmayan karşılık dava Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından yasaya aykırı olarak incelenerek bozulmuştur. Yerel mahkeme kesinleşmiş kararın HUMK'a göre bozulması mümkün olamayacağı gerekçesiyle direnilmiştir. Temyiz üzerine YHGK tarafından karşılık dava ile ilgili hiçbir inceleme yapılmadan ve karar oluşturulmadan sadece asıl dava yönünden mahkemenin direnmesi bozulmuş karşılık dava ile ilgili karar verilmemiştir.

SONUÇ: Baronuz dergisinde yayımlanan bu HGK kararının kendine özgü olup, benzer olaylarda örnek oluşturamayacağının anlaşılması açısından işbu açıklamanın yapılması gerekli görülmüştür. Bu nedenle uygulayıcıları yanıltmamak açısından, yapılan açıklamaların **İstanbul Barosu Dergisi'nde** yayımlanmasını takdirlerinize sunarım. 17.09.2008

Av. Rabia BALKANLI

1-EKLER: Konuyla ilgili dilekçeler

2- Bilgi için Barolar Birliği Başkanlığına

UYGULAMADAN DOSYA

Av. A. Ulvi ÇAĞIRAN

BİR TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ BAŞVURUSU
BİR TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ KARARI

ŞİŞLİ TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

KONU

Haksız olarak alınan üyelik ücretinin tarafıma iadesidir.

1- Uzun bir süredir Yapı Kredi Bankası'na ait 5401225000822285 sayılı kredi kartını kullanmaktayım.

2- Bir kart kullanıcısı olarak bugüne kadar davalı banka ile ödemeler konusunda en ufak bir problem yaşamış değilim. Tüm ödemelerimi süresi içinde yapmış bulunuyorum.

3- Ancak davalı banka son dönemde kullanmış olduğum karta 25 YTL üyelik ücreti tahakkuk ettirmiştir.

4- Bu üyelik ücreti herhangi bir hukuki sorunla karşılaşmamak bakımından ödenmiştir. Ancak hemen belirtelim ki, ödemeden önce tarafımızca itiraz edilmiştir.

5- Bu üyelik ücretine tarafımca itiraz edilmişse de, davalı bankaca bu istemime uzunca bir süre sonra olumsuz cevap verilmiştir. (Ek1: Davalıya ait 02.11.2006 tarihli yazı)

6- Sayın heyetinizce de bilindiği üzere bankalarca üyelik ücreti vs. her ne nam altında olursa olsun, bu neviden yapılan tahakkukların geçerli hiçbir temeli bulunmamaktadır. Bu tür talepler haksız şart niteliğinde bulunmaktadır.

7- Kaldı ki yapılan alışverişler nedeniyle davalı banka komisyon geliri olarak ciddi kazanımlar elde etmektedir.

8- Diğer taraftan tüketici hakem heyetlerine bu hususla ilgili yapılan başvurular olumlu bir şekilde sonuçlanmaktadır.

9- Örneğin Fatih Tüketici Hakem Heyeti Başkanlığı'nca verilen 11.09.2006 tarih ve 2006/50 sayılı karar da bu yöndedir.

SONUÇ VE İSTEM :

Davalı bankaca tarafımdan kesilen üyelik ücreti adı altındaki 25 YTL.'lik kesintinin iptal edilerek, yapılan ödemenin tarafıma iadesini talep ediyorum. Saygılarımla... 30.01.2007

(*) Gönderen: Av. A. Ulvi ÇAĞIRAN

İSTANBUL 5. TÜKETİCİ MAHKEMESİ

E: 2008/99 **K:** 2008/396 **T:** 10.06.2008

YILLIK KREDİ KARTI ÜCRETİ • HAKSIZ ŞART • ÜCRETİN TÜKETİCİYE İADESİ

Davacı vekili tarafından davalı aleyhine mahkememize tevzi edilen hakem heyeti kararına itiraz davasının mahkememizce yapılan açık yargılaması sonucunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili dilekçesinde; müvekkili ile davalı arasında imzalanan kredi kartı sözleşmesine istinaden davalıya verilen kredi kartı ile ilgili olarak, davalının kredi kartı üyelik aidatı olan 25,00 YTL'nin haksız olarak alındığı gerekçesi ile Hakem Heyetine şikayette bulunduğunu, hakem heyetinin şikayeti kabul ederek alınan 25,00 YTL'nin şikayet edene iadesine karar erdiğini, hakem heyetinin bu kararının yetersiz incelemeye dayalı, haksız ve hukuka aykırı olduğunu belirterek; davanın kabulü ile Şişli Kaymakamlığı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığının 06.12.2007 tarihli ve 236/125 K. no.lu kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Uygun olduğunu, kredi kartından kesilen üyelik aidatının haksız olarak tahsil edildiğini belirterek; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

DELİL VE GEREKÇELER

Dava, Şişli Kaymakamlığı Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığının 06.12.2007 tarihli ve 236/125 K. no.lu kararının haksız olduğu gerekçesi ile kararın iptaline ilişkindir.

İptali istenilen Şişli Kaymakamlığı Tüketici Sonulları Hakem Heyeti Başkanlığının 06.12.2007 tarihli ve 236/125 K. no.lu kararı ve ekleri celp edilmiş tetkikinde; Ulvi Çağıran'ın şikayeti üzerine taraflar arasında imzalanın sözleşmenin yıllık üyelik bedeli alınacağına dair hükmünün 4077 Sayılı Yasanın 6. maddesi ve 5464 Sayılı Yasanın 24. maddesi gereğince haksız şart içerdiğinden bahisle tüketiciden kredi kartı bedeli olarak kesilen toplam 25,00 YTL'nin tüketiciye iadesine, bankanın aleyhine karar verildiği, davanın süresinde açıldığı anlaşılmıştır.

Taraflar arasında akdedilen 10.04.2000 tarihli kredi kartı sözleşmesinde son sayfada davalının ismi ve imzası olduğu ve bu imzanın davalı

tarafından kabul edildiği anlaşılmıştır. Sözleşmenin ilgili maddesinde Kart ücreti: "kartın verildiği yılı izleyen her yıl için alınır" şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin bu maddesi bu şekilde 4822 Sayılı Yasayla değişik 4077 Sayılı Yasanın 6. maddesinde tanımlanan haksız şartı içermektedir. Zira 6. maddesinde "satıcı veya sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek, biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır" denilmektedir.

Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir. Bu maddedeki haksız şart tanıtımı sözleşmedeki üyelik ücreti maddesine aynen uymaktadır. Çünkü; sözleşme davacı banka tarafından daha önceden tek taraflı olarak hazırlanmış matbu ve standart sözleşmelerdir. 4077 Sayılı Yasanın 6. maddesine göre sözleşmenin bu maddesinin müzakere edilmediğinin kabulü gerekmektedir. Ayrıca sözleşmenin bu ücretinin banka tarafından tek taraflı olarak belirleneceği yazılıdır. Bu hükmünde tüketici aleyhine dengesizlik yaratığı ve iyi niyet kurallarına aykırı olduğu açıktır. Bu sebeple sözleşmedeki üyelik ücreti ile ilgili madde mahkememizce 4077 Sayılı Yasanın 6. maddesinde belirtilen haksız şart olarak kabul edilmiş ve tüketici olan davalı yönünden bu maddenin bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Davacı banka 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununa dayanmış ise de kanunun 24. maddesi "Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz. Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilmez" şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar kredi kartı üyelik\ücreti sözleşmede düzenlenmiş ise de yukarıda açıklandığı gibi sözleşmeye göre üyelik ücretini banka tek taraflı olarak belirleme hakkının bankaya tanındığı görülmektedir. Bankaya tanınan bu hak kart hamilinin haklarını zedeleyici mahiyettedir ve kart çıkaran kuruluş olan davacı bankanın lehine olarak tek taraflı düzenlenmiştir Bu sebeple 5464 Sayılı Yasanın 24. maddesine göre de sözleşmenin üyelik ücretine ilişkin kısmı haksız şart içermektedir Buna göre de sözleşmenin bu hükmü dayalı tüketici yönünden bağlayıcı değildir.

Dosyaya toplanan delillerden, taraflar arasında akdedilen sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücretine ilişkin madde 4822 Sayılı Yasayla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesi ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunun 24. maddesi gere-

ğince haksız şart kabul edilerek dayalı tüketiciyi bağlanamayacağından ve bu maddeye dayanarak davacı bankanın kredi kartı ücreti talep edemeyeceğinden Şişli Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararı yerinde görülerek, davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM

1- Davanın **REDDİNE,**

2- Davacı tarafından dava açımında yatırılan 30,30 YTL harçtan 14.00 TL ret harcı ile 2,30 YTL vekalet harcının mahsubu ile kalan 14,00 YTL harcın talep halinde davacıya iadesine,

3- Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, ilişkin kesin olmak üzere verilen karar, davacı vekili Av. Özlem Uyanık'ın yüzüne karşı davalının yokluğunda açıkça okunup usulen anlatıldı.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARI*

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı: 2008/16
Karar Sayısı: 2008/116
Karar Günü: 5.6.2008
Resmî Gazete Sayı: 27032
22 Ekim 2008 Çarşamba

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I - YOKLUK, İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

27.2.2008 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, 1. maddesi ile Anayasamızın 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere **"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"** ibaresi; 2. maddesi ile de, Anayasamızın 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un "Genel Gerekçe"sine bakıldığında şu tümceler göze çarpmaktadır.

(*) Üniversitelerde türbanı serbest bırakan düzenlemenin, laiklik ilkesine aykırı olmasından dolayı Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesine konu kararın kısaltılmış metnidir.

"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.

Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10 ve 42. maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."

1. maddenin gerekçesinin 2. paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacının, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, **giyim, kuşam** ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edildiği görülmektedir.

2. maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 Sayılı Kanunun genel gerekçesi, 1 ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonunda ve Genel Kuruldaki görüşmelerde söz konusu maddeler üzerindeki konuşmacıların ve grup sözcülerinin açıklamaları incelendiğinde; yönelinen temel hedefin, kamu hizmetlerinden yararlanan veya yükseköğrenim hakkını kullananlar için dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması, bu şekilde örtünenlerin kamu hizmetlerinden yararlanmalarını önleyecek düzenleme veya yaptırımların engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Türbana ilişkin düzenlemenin Anayasa Komisyonundaki görüşmelerinde, "Türban Yasasının" mimarlarından olan Komisyon Başkanının, "... Açıkça yapamayız çünkü. Açıkça deyince, açıkça teklif nasıl getirilir, böyle bir şey olabilir mi yani? İlk dört madde açıkça teklif burada nasıl görüşülür." şeklinde Komisyon Tutanağının 121. sayfasına yansıyan görüşü bu düşüncenin bir örneğidir.

Söz konusu Anayasa değişikliğinin Türkiye'nin siyasal gündemine **"türban yasası"** olarak girmesi ve teklifi hazırlayıp imzalayan milletvekillerinin, Başbakanın, Adalet ve kalkınma Partisi üst düzey yöneticilerinin, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı ile üst düzey yöneticilerinin açıklamaları da bu saptamayı doğrulamaktadır.

5735 Sayılı Kanununla, yukarıda açıklanan hedefe ulaşmak için adı konulmadan ve dolaylı bir biçimde dinî amaçlı örtünme, dinî kıyafet dahil her türlü dinî simge ve üniformayı da içerecek, kapsamlı bir kıyafet serbestîsi tanınmıştır.

Çünkü, 09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1. maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamlarından sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere kıyafetleri nedeniyle yasak uygulayarak kamu hizmeti vermekten kaçınamayacaklarını; kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanmalarını da, kıyafet nedeniyle yapılan yasaklamalarla engelleyemeyeceklerini söylemek gerekmektedir.

Ancak bu düzenlemede yer alan "kamu hizmetinden yararlanılmasında" ölçütünün, hem hizmet alan hem de hizmet veren konumundaki kimseler için bir belirsizlik yaratacağı ortadadır. Şöyle ki; örneğin, üniversitelerdeki araştırma görevlileri öğrenim vererek kamu hizmeti sunduklarında getirilen kıyafet serbestisinin kapsamı dışında kalırken, yüksek lisans bağlamında öğrenim gören yani kamu hizmetinden yararlanan kimlikleri ile, getirilen kıyafet serbestliğinden kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde yararlanmak konumunda olacaktır.

Eğitim Fakültelerinin 3 ve 4. sınıf öğrencilerinin, "Okul uygulaması, öğretmenlik deneyimi" dersleri kapsamında ilköğretimde "stajyer öğretmen" statüsünde derslere türbanlı girmelerinin önünün açılacak olması, bunun örneklerinden biridir. Bu durumda, kamu hizmeti alanla verenin ayırımını kim yapacaktır? Yine benzer bir durumun tıp fakültelerinde yaşanması da kaçınılmaz olacaktır.

Bu düzenlemeden yararlanılarak türban, dinî kıyafet ve simgeler dahil her türlü kıyafet ilköğretimden yükseköğretime, öğretim hizmetlerinden yararlanma bağlamında herhangi bir engelle karşılaşmadan yayılabilecektir.

09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 2. maddesinde ise, kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimsenin yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği bildirilmekle, yükseköğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bunun da, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yükseköğretimde kıyafetin, (türban, dini amaçlı örtünme, dini ve siyasi üniforma dahil) serbest bırakıldığı; yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrumiyet sonucunu doğuracak bir yaptı-

rım getirilemeyeceği ve uygulanamayacağı anlamına geldiğinde kuşku yoktur.

Halbuki dini amaçlı kıyafetlerin serbest bırakılması, Anayasa Mahkemesince E.1989/1, K.1989/12 tarih ve 07.03.1989 tarihli kararla Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararıyla da bu hususu yinelemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin kararları göz önünde tutulduğunda, 5735 Sayılı Kanunla getirilmiş olan kıyafet serbestisinin söz konusu kararlarda Anayasamızdaki lâiklik ilkesi ile örtünme arasında kurulmuş olan ilişkiyi temelsiz ve Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli söz konusu kararlarını etkisiz bırakmaya yönelik olduğunu; başta lâiklik ilkesi olmak üzere, Anayasamızın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel nitelikleri ile bağdaşmayacağını; böyle bir serbestiyi tanımak için Anayasanın 10 uncu ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin, Cumhuriyetimizin Anayasamızın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştirmek anlamını taşıyacağını ve bu nedenle Anayasamızın 4. maddesinde ifade edilen değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşeceğini söylemek gerekir.

Bu saptamayı yaptıktan sonra, 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinin Anayasaya aykırılık gerekçeleri şu şekilde ayrıntılı bir biçimde ortaya konulabilir.

1 - 09.02.2008 Tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. Maddelerinin Anayasanın 2. Maddesine Aykırılığı

Anayasanın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti 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 Devlettir" hükmü yer almaktadır.

Üniversitelerde ve her türlü öğrenim kurumunda kamu hizmetinden yararlananların, dinî amaçlı örtünmesine, dinî ve siyasî üniforma niteliğindeki kıyafetleri giyebilmesine, simgeleri taşıyabilmesine imkân tanıyacak bir düzenleme ise, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 1/12 sayı ve 1989 tarihli ve 36/8 sayı ve 1991 tarihli kararlarına göre Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında gösterilen **"toplumun huzuru, milli dayanışma ... içinde", "insan haklarına saygılı", "Atatürk Milliyetçiliğine bağlı", "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan", "demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti"** hususları ile bağdaşmamakta ve bunlara aykırı düşmektedir.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda incelendiğinde, 09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinin de Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hususlara aykırı olduğu görülmektedir.

a) 1 ve 2. maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru, millî dayanışma içinde" niteliğine aykırılığı

09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinin dolaylı bir biçimde getirdiği geniş kapsamlı kılık – kıyafet serbestîsinin dinî amaçlı örtünmeyi, dinî ve siyasî üniformaları ve simgeleri de içereceğine yukarıda değinilmiştir.

Böylesi sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet serbestisinin ise, toplumsal huzuru ve ulusal dayanışmayı zedelemesi hatta giderek ortadan kaldırması kaçınılmazdır.

Çünkü dinî örtünme amaçlı kıyafetlerin giyilmesinin sınırsız, koşulsuz serbest bırakılması halinde, bu tür kıyafetlerin giyilmesi, kamu yönetiminde ve toplumsal yaşamda ayırımcılığı davet edebilecek; bu tür kıyafetleri giyenlerin giymemeyi tercih edenlere yönelik bir etkileme, baskı, dayatma ve tehdit unsuru haline gelebilecek; örtünen – örtünmeyen, inançlı – inançsız, Müslüman olan – olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar, kutuplaşmalar ve bunlara bağlı olarak kamu düzenini ve huzurunu tehdit edecek gerginlikler ve çatışmalar ortaya çıkabilecektir.

Türbanın veya benzeri türden din kökenli kıyafetlerin ülkemizde artık bütünüyle masum bir alışkanlık ve kıyafet tercihi olmaktan çıkarak (Leyla Şahin dosyasında, Türkiye Cumhuriyeti adına beyanda bulunan dönemin Dışişleri Bakanlığının 19 Kasım 2002 tarihli dilekçede ifade ettiği gibi) kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşıt bir dünya görüşünün simgesi haline gelmiş bulunmasının, bu kutuplaşma ve çatışmaların daha da büyük boyutlara taşınmasına neden olacağı ortadadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları incelendiğinde "eşitlik ilkesi"nin vurgulandığı görülmektedir. Ancak, siyasi iktidarın çözüm olarak ortaya koyduğu Anayasa değişikliği, "eşitliğe" değil "eşitsizliğe" hizmet etmektedir. Bireysel anlamdaki eşitlik ilkesi, kolektif anlamdaki cemaatçiliğe indirgenmektedir. Bununla birlikte, Leyla Şahin davasında AİHM'nin çoğu Müslüman olan bir ülkede dinsel bir simge olan türbanın üniversitelerde bu simgeyi giymeyenler üzerindeki etkisini dikkate almak gerektiği şeklindeki yorumu, konun özgürlükler bağlamında topluma sunulmasının yanlışlığını ortaya koymaktadır.

Dinî inanç ayrılıkları bağlamında ortaya çıkan kutuplaşmaların ve ona bağlı çatışmaların boyutlarının ülkemizde nerelere kadar uzanabileceği hakkında fikir verecek, yaşanmış pek çok olay vardır.

Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararında da, kişilerin hangi inançtan olduklarını giysileriyle belli etmelerinin, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önleyeceği; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açacağı belirtilmiştir.

5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinin TBMM'deki görüşmeleri sırasında izlenen toplumsal tepkiler ve kutuplaşmalar ise, bu tehlikenin daha söz konusu maddeler yürürlüğe girmeden kendisini göstermeye başladığını ortaya koymaktadır.

5735 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşananlar ise, bu tehlikenin boyutlarının giderek büyüme eğiliminde olduğunu kanıtlamaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerindeki düzenlemelerin, aynen Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararıyla iptal edilen 2547 Sayılı Kanuna eklenmiş bulunan Ek madde 16 gibi Cumhuriyetimizin, Anayasamızın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ..... milli dayanışma anlayışı içinde" niteliği ile bağdaşmayacağını ve Anayasanın 4. maddesine aykırı olarak, dolaylı bir biçimde Anayasanın 2. maddesini değiştirmeye yönelik hükümler niteliğini taşıdıklarını söylemek gerekmektedir.

b) 1 ve 2. maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "insan haklarına saygılı" niteliğine aykırılığı

Din ve vicdan özgürlüğü, Anayasamızın, 24. maddesinde güvence altına almış olduğu bir insan hakkıdır.

Din ve vicdan özgürlüğü kişilere diledikleri inancı benimsemek, bu inancın gereklerini yerine getirmek, dinî inancını açıklamaya veya belli bir dini benimsemeye zorlanamamak imkânlarını tanımaktadır. Ancak bu özgürlük aynı zamanda kişilere, kendilerinden farklı inançlara sahip olanlara saygı göstermek, başkalarının üzerinde baskı kurarak veya zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmemek, kimseyi inancından dolayı kınamamak gibi yükümlülükler de getirmektedir.

Dinî inanca dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetler giyebilme özgürlüğü ise, benimsenen dinî inancı gösteren giysiler aracılığı ile toplumda ayrışmalara neden olabilir ve toplum kesimlerinin ve bireylerin giysilerinden kendileri ile aynı inancı paylaşmadıklarını anladıkları kimseler üzerinde baskı kurmalarına; birbirlerinin din ve inanç özgürlüğünü zedeleyici, engelleyici davranışlarda bulunmalarına hatta kendi inançlarından olmayanları dışlamalarına yol açabilir.

Bu gibi durumların da din ve vicdan özgürlüğünü özünden zedeleyeceği ortadadır. Bu nedenle, bu gibi durumlara yol açabilecek olan 1 ve 2. maddelerdeki düzenlemelerin, *(aynen Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararıyla iptal edilen 2547 Sayılı Kanunun Ek 16. maddesi gibi)* Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliği olarak gösterilen "insan haklarına saygılı" hususu ile bağdaşmadığını; dolaylı bir biçimde de olsa, Anayasanın ikinci maddesinde Cumhuriyetin "insan haklarına saygılı" olarak belirtilen temel niteliğini değiştireceğini söylemek gerekir.

Böyle bir değişiklik ise, Anayasanın 4. maddesinde ifadesini bulan değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşer.

c) 1 ve 2. maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "Atatürk Milliyetçiliğine bağlı" niteliğine aykırılığı

Atatürk milliyetçiliği, Anayasa Mahkemesince; "gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan Türk milliyetçiliğinin Türk olma mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adı" olarak tanımlanmıştır. *(Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, k.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı)*

(...)

d) 1 ve 2. maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğine aykırılığı

Anayasanın Başlangıcında belirtilen, konumuzla ilgili başlıca ilkeler:

- Hiçbir faaliyetin Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği (bkz. prg.5);

- Atatürk devrimlerine ve ilkelerine bağlılık, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi (bkz.prg. 1 ve 2);

- Lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı (bkz.prg.5);

- Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki 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 (bkz.prg.6);

- Topluca Türk vatandaşlarının ..... birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu (bkz.prg. 7);

- Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda bulunduğudur. (bkz.prg.4).

Anayasanın tüm maddelerinin, Başlangıçta ifade edilen ilke ve esaslar doğrultusunda yorumlanıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

Lâiklik, Atatürk ilke ve inkılâplarının en önemlisidir. Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1, K. 1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararında "**la-**

iklik ilkesi hakkında özetle şu temel değerlendirmeler yapılmıştır: "Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolastik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Lâiklik, dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset – vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu, dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlevinin hukuksal, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.

(...)

Hukukun ikiliğini, ayrıcalık ve eşitsizlikleri kaldıran,- dinsel sömürüyü önleyen, siyasal ve sosyal kurumları güçlendiren lâiklik, öğretim ve eğitime de ışık tutmuştur. Lâik öğretim ve eğitim bilimsel çalışmaların en olumlu ortamıdır. Dine karşı yansızlık nasıl dine karşıtlık olarak alınamazsa, lâik öğretim-eğitim de inanç özgürlüğü engeli sayılamaz. Öğretim ve eğitimin zorunluluk koşulları, inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmaz. Bu özgürlük de anayasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak, din ve ahlâk eğitim ve öğretimi, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yol açtığı zararlar lâiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu lâiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Lâik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır. Bireyin özgür iradesine bağlı din duygularının zorlamadan korunması da bu biçiminde sağlanmış olmaktadır. Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla lâikliğe aykırı eğitim ve öğretim de gerçekleştirilemez."

"…Laikliğin, Türk Devriminin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. (Dinsel inanç gereği) sözcükleri kullanılmasa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasadaki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."

"Lâik hukuk düzeni, lâik eğitim ve öğretim ve lâik yönetim birbirinden ayrı düşünülemez. Anayasanın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrasında "Eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz" denildikten sonra 4. fıkrasında "Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz" kuralıyla Başlangıçtaki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir. Yükseköğretim kurumları bu yükümlülükler dışında tutulmamışlardır."

"…Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim ve öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizce, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir."

"…Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilâhi istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik insana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz.

Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. …siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasadır. …Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir. …Yasalar dinsel temele oturtulamaz.

(...)

...başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayrım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar, din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır."

- Dinî amaçlı örtünmeye imkân tanıyan bir düzenleme, benimsenen dinî inançların, kıyafetler simge olarak kullanılmak suretiyle açığa vurulmasına yol açar. Bu da inanan- inanmayan, örtünen – örtünmeyen, Müslüman olan – olmayan gibi ayrışmalara; farklı dinden olanların hatta aynı dine farklı ölçülerde bağlı bulunanların, birbirleri üzerinde etki ve baskı kurmalarına ve çatışmalara neden olabilir. Kişiler, toplumsal baskı altında, dinin gereği olduğu iddia edilen bazı giysileri giymeye kendilerini mecbur hissedebilir veya bu giysileri giymedikleri için giyenler tarafından kınanabilir. Bu da din ve vicdan özgürlüğünün zedelenmesi sonucunu doğurur. Lâik bir devlette ise, din ve vicdan özgürlüğünün tüm unsurlarıyla güvence altında olması gerekir. Bu güvenceyi sağlayamayan bir düzenleme, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarında da ifade edildiği gibi, lâiklik ilkesiyle bağdaşamaz.

(...)

e- 1 ve 2. maddelerin, Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti" niteliğine aykırılığı

İptali istenen 1 ve 2. maddelerin amacının, dolaylı biçimde de olsa kamu hizmetlerinden yararlanılmasında ve yükseköğrenim hakkının kullanılmasında dinî amaçlı örtünme veya giysileri serbest bırakmak olduğu, 09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun gerekçelerinden ve yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli ve E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararlarına bakıldığında, böyle bir serbestinin Cumhuriyetin "demokratik, lâik, sosyal, hukuk devleti niteliği ile bağdaşmayacağını söylemek gerekir. Söz konusu karara göre: "Ulusal egemenlik, demokratik yapının temelidir... Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmaya çalışan, şeriat düze-

ninin karşıtıdır. Dinsel gereklere yönetimle ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet, ancak lâik devlettir. Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabaları, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörücü niteliği kalmaz…"

(…)

Diğer yandan, 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinde yer alan düzenlemelerin dinsel gerekleri karşılamak amacıyla ve dinsel temellere dayalı olarak yapıldığı da görülmektedir. Halbuki lâik ve demokratik bir hukuk devletinde, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi, egemenlik ulustan kökenlendiği için hukuk düzeninin halkın iradesi doğrultusunda şekillendirilmesi, dinsel gereklere göre ve din kuralları temel alınarak hukuk düzeni oluşturulmaması, özgürlüklerin laikliğe aykırı bir anlayışla düzenlenmemesi gerekmektedir. Din kuralları temel alınarak ve din gereklerini karşılamak üzere yasa yapılması, "laik, demokratik hukuk devleti" anlayışına aykırı bir durumdur ve yönetimde dine üstünlük tanımak anlamına gelmektedir. Söz konusu 1 ve 2. maddelerdeki düzenlemelerin bu açından da Cumhuriyetin "laik, demokratik, hukuk devleti olma" niteliğine aykırı düştüğü söylenmelidir.

Hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleştirilmesinde temel unsurlardan birisi de kuvvetler ayrılığıdır. Söz konusu 1 ve 2. maddelerde yapılan düzenlemelerle, yukarıda açıklandığı gibi kıyafet serbestisi konusunda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararları etkisiz kılmak ve Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı gördüğü bir hususu Anayasaya uygun hale getirebilmek için Anayasal dayanak hazırlamaya yönelinmiş olunması, yukarıda da açıklandığı gibi yasamanın yargı üzerinde üstünlük kazanması anlamına gelmekte ve Anayasanın Başlangıç kısmında tanımlanmış olan kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yanısıra Anayasanın 2. maddesinde ifade edilmiş olan "hukuk devleti" ilkesine de aykırı düşmektedir.

Söz konusu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi gözardı edilerek yapılmış olması da yukarıda açıklandığı gibi "hukuk devleti" ilkesine aykırılık oluşturan bir başka husustur.

(…)

2 - 09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddeleriyle yapılan düzenlemelerin Anayasanın 4. maddesi karşısındaki konumları

"Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleriyle olan ilişkileri ile karşılıklı durumları, Devlet ve kişilerin haklarıyla ödevleri, bu hukuksal yapının bütününü oluştururlar. Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların

hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın oluşum ve gelişim süreci gerçeklerine aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir. Anayasamızın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" hükmü bu çeşit kuralların başında yer alır. Bu hükmün değiştirilmesi, hiç kuşku yok ki, Anayasa yapısını temelinden yıkar.

... Çağdaş Anayasalar, kendilerini böyle istenmeyen ve uygun olmayan değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçmişler ve sonunda sağlamayı başarmışlardır. Bu nitelikte bir yolu seçmenin bir anlamı da, klâsik demokrasiden daha ayırımlı bir sistem olarak, Anayasayı yasama organının kendisine ve daha açık bir deyimle çoğunluğun baskısına karşı koruyacak hükümlere ve kurumlara da yer verilmiş bulunmasıdır. Böyle bir sisteme gidiş, yurdumuzda siyasal iktidarın bütün öğeleri ile birlikte ulusa geçişi demek olan Cumhuriyetin kurulmasından sonra, onu, temelinden sarsacak tutum ve davranışlara karşı ulusun direnişinin ve yine temeline oturtularak bu kez daha da anayasal ilke ve güvencelere ve hukuksal kurallarına bağlama zorunluluğunun doğurduğu gereksinmelerin kaçınılmaz bir sonucu olmuştur.

(...)

Bu yetkisizlik 4. maddede **"değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez"** şeklinde öylesine açıktır, mutlak ve emredici bir dille ifade edilmiştir ve bu koruma mekanizmasına öylesine bir anlam yüklenmiştir ki, aksi yöndeki bir Anayasa değişikliği, Anayasa buyruğu ve yasağının çiğnenmesi içerikli **"ağır ve açık yetki tecavüzü"** oluşturacaktır. Bu tür bir yetki tecavüzü taşıyan bir işlemin "yok" hükmünde (keenlemyek n) olduğu ve bu nedenle hukuken hiç doğmamış sayılacağı; bu yüzden hiçbir makam ve kişiyi bağlamayacağı ve uyma ve uygulama görev ve yükümü getirmeyeceği, Türk hukukunda öğreti ve içtihadın birleştiği doğrulardandır. Bu tür işlemlerin resen veya istem üzerine "yok"luğunun tespitinin ise, tüm yargı organlarının doğal yetki alanı içerisinde olduğu tartışmasızdır.

Kuşkusuz burada yetkisizlik kapsamında olanın sadece Anayasanın ilk üç maddesi olmadığını tekrar belirtmekte yarar vardır.

Anayasanın ilk üç madde dışındaki hükümlerinde yapılacak ve ilk üç maddede belirtilen hususları değiştirip başkalaştırma sonucunu doğuracak tüm yasa düzenlemeleri de 4. maddedeki yasağın kapsamına girmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, "Anayasada Türban Değişikliği" Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008)

Aksini kabul, Anayasanın ilk üç maddesindeki hükümlerin özünün Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle boşaltılmasına, başkalaştırılmasına, **"Anayasaya karşı hile"** yapılmasına imkân tanımak anlamına gelecektir.

Bu husus Prof. Dr. Erdoğan Teziç tarafından da, Anayasanın lâiklik ilkesini düzenleyen 2. maddesi ve onu koruyan 4. maddesi karşısında, türban yasağının başka Anayasa maddelerinde yapılacak düzenlemelerle kaldırılamayacağı; böyle bir işe kalkışılırsa bunun 2. maddeyi etkisiz kılmak için **"Anayasaya karşı hile"** oluşturacağı yolundaki ifadelerle açıklanmıştır. *(Bkz.Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklama, "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008)*

Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de Anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin, Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle değiştirilmesi halinde, bu tür yasama işlemlerinin de değişiklik yasağının kapsamına gireceğini, E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.6.1970 tarihli kararında şu şekilde ifade etmiştir.

(...)

3. 09.02.2008 tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. Maddelerinin Getirdiği Düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesinin Yetki ve Görevleri Bakımından Konumu

Anayasanın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyeceği ve denetleyeceği; Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Bu hüküm karşısında, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 4. maddesinde belirtilen yasağa karşın Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen hususları değiştiren bir Anayasa değişikliği hakkında yargısal denetim yapıp yapamayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu belirleme, Anayasanın 4. maddesi dahil, Anayasa değişikliklerinin teklif edilmesini düzenleyen Anayasa hükümlerinin şekil kuralı niteliğini taşıyıp taşımadığı saptamasından hareketle yapılmalıdır. Bu saptama, Anayasa Mahkemesinin E. 1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararında yapılmış ve söz konusu kararda Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümlerinin yanı sıra bunu yasaklayanların da birer şekil kuralı olduğunda kuşku bulunmadığı belirtilmiştir.

Ne var ki olayımızda, iptali istenen 1 ve 2. maddelerle getirilmiş olan düzenlemelerin, Anayasanın 4. maddesinde ifadesini bulan şekil kuralına aykırı olup olmadığının belirlenmesi ancak esasa girilerek yapılacak bir denetimle yani bu düzenlemelerin içeriğinin Anayasanın ilk üç maddesinde getirilen ilkelerle bağdaşmayacak, bu nedenle bu ilkeleri değiştirici bir nitelik taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesi yoluyla mümkün olabilecektir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin yetkisizliği nedeniyle yasama yetkisini kullanamayacağı bir alanda yapılan düzenlemeleri içe-

ren söz konusu 1 ve 2. maddeleri, böyle bir **"şekil içerisinde esas denetimi"** yapmaya yetkili olmadığı ve şekil denetiminin kapsamının "teklif ve kabul yetersayılarına ve ivedilikle görüşmeme hususuna uyulup uyulmadığı" ile sınırlı tutulmuş olduğu gerekçesiyle denetlemekten kaçınabilecek midir?

Bu soruya kuşkusuz olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetimi yapamayacağını kabul etmek, Anayasanın 4. maddesinde belirtilen yasağa aykırı yasama işlemlerini yaptırımsız bırakmak anlamına gelecek; Anayasanın 4. maddesindeki yasağı işlevsiz ve etkisiz hale sokacak; ağır ve açık bir yetki tecavüzü ile malûl "yok" hükmündeki bir yasama işleminin yürürlükte kalmasını sağlayacak; Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen niteliklerini güvencesiz bırakacaktır.

Halbuki Anayasamızın ilk 3 maddesinde belirtilen nitelikler, Türkiye Cumhuriyetinin temelidir. Bu nitelikler değiştirildiği taktirde Anayasanın yerleşmiş düzeni, ahengi, bütünlüğü ve Devletin niteliği de başkalaşır. Bu durumda da Devlet yapısının Anayasada tanımlanan ve istenen biçimde işlemesi söz konusu olamaz.

Bir teklifin kabulünde, kabul yetersayısına ulaşılamamasını iptal nedeni olarak kabul eden bir Anayasanın, yukarıda ifade edilen durumların ortaya çıkmasına yol açacak bir şekil aykırılığını, yaptırımsız bırakmayı tercih etmiş olduğu, kabul edilemez. Böyle bir kabul, TBMM'nin belli bir çoğunluğunun, değişmez nitelikteki Anayasa hükümlerini, ağır ve açık yetki tecavüzü teşkil eden yasama işlemleriyle bertaraf etmesine ve **usul saptırmalarına** kapıyı ardına kadar açmak; anlamına gelir. Böyle bir durumun ise, Anayasa ve hukukta yeri olamaz. Çünkü bu, hukukun genel ilkelerine aykırı düşer. *(Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, "Anayasa'da Türban Değişikliği", Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008) Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklamalar "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008 ve 9.02.2008)*

Anayasanın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ve ... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm aslında böyle bir denetime engel değil dayanaktır. Çünkü "teklif ..." şartına uyulup uyulmadığının incelenmesi yetkisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerde Anayasanın 4. maddesindeki yasağa uyulup uyulmadığının da denetlenmesini gerektirir.

Kaldı ki Anayasanın 4. maddesindeki değiştirilmezlik ilkesinin gereği olarak, bir teklifin Anayasada öngörülen sayılarla teklif veya kabul edilip edilmediğinin incelenebilmesi için öncelikle ortada hukuken sonuç doğurabilecek bir teklifin bulunması gerekir. Bu nedenle teklif ve kabul yetersayılarını denetleme konusunda verilen bir yetkinin, bir Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda evleviyetle **"teklifin Anayasanın 4. maddesine uygunluk bağlamında hukuken geçerli olup olmadığını" inceleme yetkisi"**ni de içerdiğini söylemek gerekir.

Bu açıklamalara göre varılacak sonuç, Anayasa Mahkemesinin, 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinin Anayasaya uygunluğunu inceleyebileceği ve söz konusu maddelerin Anayasanın 10 ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen niteliklerini de değiştirip değiştirmediğini belirledikten sonra, değiştirdiğine karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasanın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğidir.

Düşünülebilecek ikinci seçenek ise, Anayasa Mahkemesinin yasama organının yetkisiz olduğu bir alanda yaptığı düzenlemeler niteliğindeki 1 ve 2. maddelerin **"yok hükmünde"** olduklarına karar vermesidir. Türk hukuku, yukarıda da belirtildiği gibi, **"bir hukukî işlemin yokluğu"** iddiasının her mahkemede öne sürülebileceğini ve "yokluk tespiti"nin istem üzerine veya resen her mahkeme tarafından yapılabileceğini; **"yokluk tespiti"** yetkisinin mahkemelerin herhangi bir yerde yazılı olması gerekmeyen **"genel bir yetki ve görev**"i olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıda söz konusu 1 ve 2. maddelerle yapılan düzenlemelerin, Anayasanın 4. maddesinde yasama organına vermediğini açıkça belirttiği yani Anayasadan kökenlenmeyen bir yetkinin Anayasanın 6. maddesine aykırı olarak kullanılması nedeniyle "yok hükmünde" oldukları ifade edilmiştir.

Bu durum karşısında ve bu seçenek çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 4. maddesinin vermediği bir yetkinin kullanılması yoluyla dolaylı bir biçimde Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2. maddelerinin yok hükmünde olduğuna ilişkin iddiayı inceleyebilecek ve Cumhuriyetin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen niteliklerinde doğrudan veya dolaylı bir değişiklik yapıldığını tespit etmesi halinde, söz konusu 1 ve 2. maddelerin "yok hükmünde" olduğunu karara bağlayabilecektir.

(...)

SONUÇ VE İSTEM

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 ve 2. maddelerinin "yok hükmünde olduklarına veya iptallerine karar verilmesi ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması istemini saygı ile arz ederiz."

II - YASA METİNLERİ

A - İptali İstenen Yasa Kuralları

9.2.2008 günlü ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen 1. ve 2. maddeleri şöyledir:

"**MADDE 1-** 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

B - Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 6.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV - ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELEME

Dava dilekçesi ve ekleri, konuya ilişkin rapor, iptali istenen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A - Yasalaşma Süreci

5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yasalaşma süreci İstanbul Milletvekili Recep Tayip Erdoğan ve Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli ile 346 Milletvekilinin yazılı teklifiyle başlamıştır. Teklif TBMM Başkanlığına sunulduktan sonra, henüz Anayasa Komisyonunda görüşülmeden önce 57 Milletvekilinin de bu teklife katıldıkları yasama belgelerinden anlaşılmaktadır. Bu durumda teklif çoğunluğu 407 olarak belirlenmektedir.

1.2.2008 tarihinde Meclis Anayasa Komisyonunda kabul edilen teklif Meclis Genel Kuruluna sunulmuştur.

Kanun, Meclis Genel Kurulunda 6.2.2008 ve 9.2.2008 tarihlerinde yapılan görüşmelerin ardından 411 oyla kabul edilmiş, 23.2.2008 tarihli ve 26796 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

(...)

1 - Yokluğun Saptanması İsteminin İncelenmesi

Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabilmektedir.

TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir.

2 - İptal İsteminin İncelenmesi

a) Teklif edilebilirlik yönünden

Anayasa'nın 175. maddesi Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu, Meclisin bu yetkisini üye tamsayısının üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabileceğini öngörmektedir.

Anayasa'yı değiştirme yetkisinin niteliği ve sınırlarını belirlemek için, yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun irdelenmesi gerekmektedir.

Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir. Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıyı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.

Asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm ana-

yasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerde en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 4. maddesinde *"Anayasanın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cum-*

huriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasanın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin *"teklif ... şartına uyulup uyulmadığı"* hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın

4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 Sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

b) İçerik yönünden

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir.

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı", 14. maddesinde "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç biri(nin)... laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde" kullanılamayacağı, 42. maddesinde "Eğitim ve öğretim(in) Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında" yapılacağı ve "eğitim ve öğretim hürriyeti(nin), Anayasaya sadakat borcunu ortadan" kaldırmayacağı hükme bağlanmış, 174. maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini koruma amacını güden inkılâp yasalarının iptal edilemeyeceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına göre *"Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din ku-*

rallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz." Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kapsamı dışında bırakmıştır.

Atatürk devrimlerinde önemli bir yer tutan laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde, yukarıdaki kurallar ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ulaşılan sonuçların göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümsenir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaşmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, dava konusu 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere *"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"* ibaresi; 2. maddesi ile de, 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere *"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir"* biçiminde yedinci fıkra eklenmiştir.

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un Genel Gerekçesinde düzenlemenin amacı şu şekilde ifade edilmektedir:

"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.

Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10. ve 42. maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."

Yasa'nın dava konusu 1. maddenin gerekçesinin ikinci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacı, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edilmekte, 2. maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 Sayılı Kanun'un genel gerekçesi, 1. ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestîsi tanınması olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde belirtilen hususların dışında, Meclis görüşmelerinde, dava konusu kuralların, üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle eğitim haklarını kullanamayan öğrencilerin sorunlarını çözme olasılığını barındırsa bile, toplumdaki kaygıların giderilmediği ve güvence taleplerine sessiz kalındığı, demokratik uzlaşma yolları dışlanarak meydan okumanın veya dayatmanın yöntem olarak benimsendiği gerekçeleriyle eleştirildiği tutanaklardan anlaşılmaktadır.

5735 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamla-

rından, sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere yüksek öğrenim hakkından yararlanırken bu hakkın kullanımına hiçbir sınırlama getiremeyecekleri anlaşılmaktadır.

5735 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise, *kanunda açıkça yazılı olmayan* herhangi bir sebeple kimsenin yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği belirtilerek yüksek öğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bu durumda, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

(...)

Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşıyı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. Zira her bir toplumsal sorun istismarı, bu sorunun çözümlenmesi olanaklarını ortadan kaldırmak suretiyle, bir yandan toplumsal çatışmaların derinleşmesine ve demokratik süreçlerin işlevsizleştirilmesine yol açabilir; sonuçta devlet iktidarının toplumsal sorunları çözeceğine yönelik inancı zedeleyebilir. Dava konusu kuralın hazırlanış ve kabul biçimi Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasının anlam ve özünü yansıtan bu temel zorunlulukları göz ardı etmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 günlü, E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararıyla dini inanç gereği başörtüsü takılmasına izin veren bir düzenleme başkalarının hak ve özgürlükleri, dinin araçsallaştırılması ve kamu düzeni bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olamayacağını belirten Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.1991 günlü, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararları ile 16.1.1998 günlü, E. 1997/1 (SPK), K. 1998/1, Refah Partisi kararı ve 22.6.2001 günlü, E. 1999/2

(SPK), K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi kararında bu hususlar yinelenmiştir. Danıştay'ın içtihatları da benzer yönde gelişmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli Leyla Şahin kararlarında, sözleşmeci devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve "başkalarının haklarını koruma"nın ve "kamu düzeni"nin gerekleri konusunda Avrupa'nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ile "kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması" bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli Dahlab-İsviçre kararında türban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli Refah Partisi kararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

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 ya-

sağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşlere katılmamışlardır.

3 - İptal Sonucu Yasa'nın 3. Maddesinin Uygulama Olanağını Yitirip Yitirmediğinin İncelenmesi

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" denilmektedir.

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin iptal edilmesi sunucu yürürlük maddesi olan 3. maddesinin uygulama olanağı kalmadığından, 2949 Sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca anılan maddenin de iptali gerekir.

V - YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması'na Dair Kanun, 5.6.2008 günlü, E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu Kanun'un, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 5.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI - SONUÇ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A - 1. maddesiyle 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen **"ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında"** ibaresinin,

B - 2. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere eklenen **"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."** biçimindeki fıkranın,

Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C - İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 3. maddesinin de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince **İPTALİNE,** OYBİRLİĞİYLE,

5.6.2008 gününde karar verildi.

Başkan: Haşim KILIÇ — Başkanvekili: Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye: Sacit ADALI — Üye: Fulya KANTARCIOĞLU

Üye: Mehmet ERTEN — Üye: Cafer ŞAT

Üye: A. Necmi ÖZLER — Üye: Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye: Şevket APALAK — Üye: Serruh KALELİ

Üye: Zehra Ayla PERKTAŞ

YARGITAY KARARLARI

HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/1-263 **K:** 2007/236 **T:** 02.05.2007

USUL HUKUKU •DAVADAN FERAGAT • KESİN HÜKÜM SONUCU*

(HUMK m. 91)

Özet: *Feragat, taraflardan birinin davadaki netice-i talebiden vazgeçmesi anlamında olup "kesin hükmün" sonuçlarını doğurur. Hükmün kesinleşmesinden önce herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir.*

Taraflar arasındaki davadan dolayı, bozma üzerine direnme yoluyla; İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 05.10.2006 gün ve 2006/176 E-260 K. sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 24.01.2007 gün, 2007/1-21 Esas, 2007/23 Karar sayılı ilamın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davalılar vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla; Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Yerel mahkemenin 15.10.2006 günlü direnme kararının, Hukuk Genel Kurulu'nun 24.01.2007 gün ve 2007/1-21 E. 2007/23 sayılı kararıyla bozulmasından sonra davalılar vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Davacılar ve davalılar vekilleri müştereken verdikleri 09.03.2007 günlü dilekçe ile taraflar arasında yapılan anlaşma nedeniyle davadan ve vekalet ücretinden feragat ettiklerini bildirmişlerdir. Anılan dilekçede davalılar vekili karar düzeltme talebinden de feragat ettiğini belirtmiştir.

Feragat, HUMK'un 91. maddesinde, taraflardan birinin davadaki neticei talebinden vazgeçmesi olarak tanımlanmış, 95. maddede ise feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı açıklanmıştır.

Hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Bu durumda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca bozulan direnme kararının da kesinleşmediği aşamada davadar feragat edilebilmesi mümkündür.

01.04.1940 gün ve 1939/15 Esas, 1940/70 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca hükümden sonra ortaya çıkan ve temyiz (somut olayda karar düzeltme) incelemesine usulen engel oluşturan bu durumun yerel mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için başkaca inceleme yapılmaksızın ve davadan feragatin değerlendirilmesi nedeniyle sınırlı olmak

---

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

üzere daha önce verilen bozmayı ilişkin karardan dönülerek direnme kararı bozulmalıdır.

Açıklanan nedenlerle karar düzeltme isteminin davadan feragatin değerlendirilmesi konusunda mahkemeye olanak sağlamak ve bu nedenle sınırlı olmak üzere kabulü ile direnme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle, davacının davadan feragat beyanının mahkemece incelenip değerlendirilmesi ve feragat çerçevesinde bir karar verilebilmesi için Hukuk Genel Kurulu'nun 24.01.2007 gün ve 2007/1-21 Esas, 2007/23 sayılı kararının kaldırılarak mahkemenin 05.10.2006 gün, 2006/176 Esas, 260 sayılı kararının bu nedenle sınırlı olmak üzere **BOZULMASINA,** istek halinde karar düzeltme harcının geri verilmesine, 02.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/10-169 **K:** 2007/162 **T:** 21.03.2007

İŞ HUKUKU • SİGORTA PRİMİ BORÇLARI • İŞYERİNİN DEVRİ • YENİ İŞVERENİN SORUMULUĞU •ZİNCİRLEME SORUMLULUK*

(506 SY m. 82)

Özet: *Sigortalıların çalıştığı işyeri devredilir veya intikal ederse, eski işverenin kuruma olan sigorta primi ile gecikme zammı ve faiz borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müteselsil olarak sorumludur. Bu kurulan amacı, eski işverenin prim ve ferilerinden dolayı kuruma olan borçlarının güvence altına alınmasını sağlamaktır.*

Taraflar arasındaki **"Ödeme Emrinin İptali"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 13.10.2005 gün ve 771-933 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 13.6.2006 gün ve 1147-8969 sayılı ilamı ile,

"Dava, otel işyerinin davacı tarafından işletilmeye başlanmasının 506 Sayılı Kanun 82. madde anlamında işyeri devrini içermediği gerekçesi ile, anılan işyerinin önceki işletenine ait borçlarından kaynaklanan ödeme emrinin iptaline ilişkin olup, mahkemece; işyerinin 506 Sayılı Kanunun 82.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

maddesi anlamında, devredildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından otel işyerinin 506 Sayılı Kanunun 82. maddesi anlamında devralınması yoluyla işletildiğinin ve bundan dolayı davacının işyerine ait prim borçlarından sorumlu olduğunun kabulünde isabetsizlik yok ise de; önceki işverene ait işyeri sicil numarası üzerinden çıkarılan dava konusu ödeme emrine konu prim borçlarının; otel işyerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve dolayısıyla davacının bu borçtan sorumlu olup olmadığı konusunda yapılan araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir. Öncelikle, 8049 ve 42898 sicil numaralı işyerlerine ait işyeri sicil dosyaları celbedilerek; dava konusu ödeme emrine konu prim ve işsizlik sigortası prim borçlarının, hangi sigortalıların hangi işyerinde ve işverene bağlı olarak çalışmalarından kaynaklandığı, dava dışı M. Turistik Tesisleri AŞ'nin 15.05.2003 tarihinden sonra otel işyerinde çalışanı bulunup bulunmadığı, bu şirketin 8049 sicil numarası ile işçilik bildirimine devam edip etmediği, ediyorsa bu bildirimin şirketin hangi faaliyetinden kaynaklandığı, yine ödeme emrine konu prim borçlarının, devir öncesi ve sonrasına ilişkin borçları kapsamaları nedeniyle, davacı tarafından iptalleri için dava açılan önceki takiplere konu olup olmadığı hususları araştırılmadan, eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı T. Gıda İnşaat AŞ vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır."

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı şirket, dava dilekçesinde ve aşamalarda, otel işyerini devraldıkları M. Turistik AŞ'nin, faaliyetini halen başka bir adreste devam ettirmekte olup, anılan şirketin buna ilişkin borçlarından da kendilerinin sorumlu tutulmak istendiğini, oysa devir tarihinden itibaren, devir alınan işyeri ile ilgili tüm SSK borçlarının gününde ödendiği ve devredilen otel işyerinden dolayı borçlarının bulunmadığını belirtmktedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca; sigortalıların çalıştırıldığı işyeri devredilir veya intikal ederse, eski işverenin kuruma olan sigorta primi ile gecikme zammı ve faiz borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de mütselsilen sorumludur.

İşyerinin devir ve intikalinden dolayı yeni işverenin eski işverenle birlikte teselsül hükümleri uyarınca sorumlu tutulmasının amacı, eski işverenin prim ve ferileriden dolayı kuruma olan borçlarının güvence altına alınmasını sağlamaktır. İşyeri devri nedeniyle, devirden önceki sigortalıların sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri olduğu gibi yeni işveren geçmektedir.

İşyerinin devrinden sonra, sosyal sigorta mevzuatından doğan yükümlülükler devir alan işverenin şahsında doğacaktır.

Ödeme emrine konu borçlar, devir öncesi ile birlikte sonrasını da kapsamaktadır. Devir öncesine ait borçlardan, devir alan davacı şirketin sorumlu olacağı belirtilerek verilen yargı kararlarının da kesinleştiği görülmektedir.

Tüm bu maddi ve yasal olgular karşısında; ödeme emrine konu borçların, hangi işyerinde çalışan sigortalılardan kaynaklandığının araştırılması, devirden sonraki borçların ödenmiş olduğu iddiası karşısında, buna ilişkin belgelerin incelenmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır.

Dosya içeriğindeki bilgi ve belgelerden, anılan yönde bir değerledirme yapılması mümkün olmamaktadır.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gekeriken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının, yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUKM'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcın geri verilmesine 21.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/9-219 **K:** 2007/224 **T:** 18.04.2007

İŞ HUKUKU • KAPICI HİZMETİ • DOĞALGAZLA ISINAN BİNA • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ •HAYATIN OLAĞAN AKIŞI*

Özet: *Apartman kapıcısı olan davacının doğalgazla ısıtılan işyerinde park ve bahçe temizliği de yapmadığı salt servis ve çöp toplama işinde çalıştığı anlaşıldığına göre, fazla çalışma isteği reddedilmelidir.*

Taraflar arasındaki **"Fazla Mesai, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti ile Hafta Tatili Ücreti Alacağı"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 8. İş Mahkemesince davanın kısmen kabul kısmen reddine dair verilen 05.10.2004 gün ve 2004/105-1024 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.09.2005 gün ve 2005/293-30962 sayılı ilamı ile,

(...1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışmda kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacının Bölge Çalışma Müdürlüğüne verdiği 04.08.2003 günlü şikayet dilekçesinde, hafta ve genel tatil ücretlerinin işverence kendisine yarım ödendiğini belirttiği görülmüştür. Davacının bu beyanın değerlendirilmemesi hatalıdır.

3. Davacının beş yıl süren çalışma süresinde her hafta ve genel tatil gününde çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık izin gibi nedenlerle çalışılamayacak günler olduğu düşünülerek hesaplanan alacaklardan makul bir indirim yapılarak sonuca gidilmelidir.

4. Davacının otomatik doğalgazla ısıtılan davalı işyerinde park ve bahçe temizliği de yapmadığı; salt servis ve çöp toplama işyerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu çalışma şekli gözetilerek, davacının iş müfettişine fazla mesai ile ilgili talebi olmadığı ve tanıkların niteliği de nazara alınarak apartmanın kapasitesi ve davacının aynı binanın kapıcı dairesinde oturması da gözönünde bulundurularak fazla mesai isteğinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili alacağı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının iki blok halinde ve 40 daireden oluşan binada 15.07.1998 tarihinden itibaren kapıcı olarak çalıştığını, 31.7.2003 tarihinde görülen lüzum üzerine iş akdine son verildiğini, davalının davacıya ihbar ve kıdem tazminatı ile kullanılmayan döneme ait yıllık ücretli izin ücretini ödediğini ancak ödenen hakları dışında, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili alacağının da bulunduğunu ileri sürerek fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili alacağının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın haksız kazanç temini amaçlı olduğunu ileri sürerek davanın reddine kara verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, davanın kısmen kabul kısmen reddine dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, mahkemece *"hüküm kurulurken bilirkişi tarafından hesaplanan rakamlardan %25 oranında hakkaniyet indirimi yapılmış olduğu"* gerekçesi ile bozma kararının 2 ve 4. bentlerine uyulmasına 3. bendine direnilmesine karar verilmiştir.

Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, hastalık izini gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek hesaplanan alacaklardan makul bir indirim yapılıp yapılmadığı noktasındadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle mahkemece %25 oranında indirim yapıldığına göre, direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki Özel Dairece, mahkeme kararında yapılan indirim oranı ve uyulan kısma yönelik temyiz itirazları incelenmemiştir.

O halde, yapılan indirim oranı ve uyulan kısma yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle taraf vekillerinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 9. Hukuk Dairesine gönderilmesine 18.04.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/9-292 **K:** 2007/293 **T:** 23.05.2007

İŞ HUKUKU • İŞ MAHKEMESİNDE TEMYİZ SÜRESİ • MADDİ HATA • USULÜ KAZANILMIŞ HAK*

(İŞ MAH K. m. 8; HUMK m. 388)

Özet: *İş Mahkemesinden verilmiş kararlar sekiz gün içinde temyiz edilmelidir. Maddi yanılgıyla oluşan Yargıtay Kararıyla taraflar için usulü kazanılmış hak oluşamaz.*

Taraflar arasındaki **"İşçilik Hak ve Alacakları"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bünyan Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 29.06.2005 gün ve 2005/116-180 sayılı kararın incelenmesi taraflar vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.09.2005 gün ve 2005/29507-31383 sayılı ilamı ile,

(...1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacının dava konusu işyerindeki çalışması 23.12.1999-24.12.2002 tarihleri arasında geçmiş olup, anılan dönemde 1475 Sayılı Kanun yürürlüktedir. Sözü edilen kanunun yürürlükte olduğu dönemde Dairemiz uygulamasına göre kötüniyet tazminatı ihbar tazminatının vasıflı hali olarak değerlendirildiğinden kötüniyet tazminatının ihbar tazminatını da kapsadığı kabul edilmektedir. İhbar tazminatı ödenmiş ya da mahkemece ayrıca hüküm altına alınmış ise kötüniyet tazminatı ihbar tazminatının iki katı olarak hüküm altına alınmalıdır. İhbar tazminatı hüküm altına alındıktan sonra ihbar tazminatının iki katı yerine üç katı tutarında kötüniyet tazminatının kabulü hatalıdır.

3. Reddedilen miktar itibarıyla davacı aleyhine fazla miktarda vekalet ücreti takdir edilmesi ayrı bir bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Yerel mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle bozulması üzerine, bozma kararının (3) numaralı bendinde gösterilen bozma nedenine karşı direnilmiştir.

1- Davacı vekilinin direnme kararına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Yerel mahkemenin, taraf vekillerine HUMK'un 388. maddesine uygun olarak tefhim edilmiş bulunan 29.06.2005 günlü kararı, davacı vekilince 14.07.2005 tarihinde temyiz edilmiş, anılan karar Yüksek Dairece yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuştur.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesi hükmü uyarınca, İş Mahkemelerinden verilmiş bulunan nihai kararların 8 gün içinde temyiz olunması gerekir. Hüküm İş Mahkemesinden verilmiş, 8 günlük temyiz süresi geçirilmiştir.

Yüksek Özel Dairece, 01.06.1990 gün ve 1989/3 E. 1990/4 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı da gözönünde tutularak davacı vekilinin temyiz dilekçesinin süre aşımı nedeniyle reddi gerekirken, maddi hataya dayalı olarak, davacı yararına (3). bentte gösterilen bozma yapılmıştır.

Maddi yanılgıya dayalı bozma kararı ile taraflar yönünden usulü kazanılmış hak oluşmaz.

Belirtilen nedenle, bozma kararının davacı lehine olan 3. bendi yok hükmünde olup, yerel mahkemenin buna ilişkin direnme kararı isabetlidir. Davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Yerel mahkemece, bozma kararına uyularak verilen yeni hükme ilişkin olarak; davacı vekilinin sair, davalı vekilinin ise tüm temyiz itirazlarının incelenebilmesi için dosyanın Yüksek Özel Daireye gönderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ: 1- Davacı vekilinin, Yüksek Özel Daire bozma kararının (3) numaralı bendine ilişkin direnme kararına yönelik temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddine, bu yöne ilişkin bulunan direnme kararının **ONANMASINA,**

2- Uyularak verilen yeni hükme yönelik olarak, davacı vekilinin sair, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının incelenebilmesi için dosyanın (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerle Yüksek 9. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 23.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/4-308 **K:** 2007/323 **T:** 30.05.2007

İCRA HUKUKU • İCRA CEZA MAHKEMESİ • İSİM BENZERLİĞİ NEDENİYLE YANLIŞ KİŞİNİN MAHKUM OLMASI • MANEVİ GİDERİM

Özet: *Gerçek borçlunun nüfus kayıt bilgilerini bildiği anlaşılan davalı şirketin sebebiyet verdiği icra takibi ve icra mahkemesinde, borçlunun kimliği bakımından tam bilgilerin verilmemesi sebebiyle davacının yanlışlıkla mahkum olmasından doğan zarardan davalı şirketin sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır.*

Taraflar arasındaki **"Manevi Tazminat"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir Asliye 4. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 18.03.2004 gün ve 2003/605 E., 2004/142 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2.5.2005 gün ve 2004/9973 E., 2005/4637 K. sayılı ilamı ile,

(...Dava, davalılarca alacağın tahsili için başlatılan icra takibi sırasında ve borçlunun mal beyanında bulunmaması üzerine, icra ceza mahkemesinde açılan dava sonucunda; borçlu ile isim benzerliği bulunan davacının mahkum edilmesinden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece dava reddedilmiştir.

Davalı şirket gerçek borçlu ile yaptığı sözleşme sırasında onun nüfus kayıt bilgilerini almıştır. İcra takibi ve daha sonraki icra ceza mahkemesine yapılan şikayet sırasında bu bilgiler tam olarak verilmemiş, yalnızca isim ve soy adı bildirilmiştir. Bu durum davalı tarafın kusurunu oluşturduğundan mahkemece zarar kapsamının belirlenmek üzere kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

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 vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 30.5.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/13-58 **K:** 2008/39 **T:** 30.01.2008

BORÇLAR HUKUKU • SU ABONELİĞİ • ÖNCEKİ ABONENİN BORCUNDAN DOĞAN SORUMLULUK

Özet: *Konutu sonradan devralan davacının kendisinden önceki abonenin borcundan sorumlu olacağı düşünülemez. Bu nedenle, davalı kurumun üstlendiği kamu hizmeti çerçevesinde davacıyla abonelik sözleşmesi yapması gerekir.*

Yargıtay 13. Hukuk Daıresi'nin 25.06.2007 gün ve 2007/4514-8969 sayılı ilamında:

(... Davacı, dava konusu dairenin hak sahipliğini devraldığını, önceki kiracının abonelik tesis edilmeden su kullandığını, kendisinin önceki kaçak su ücreti ve cezai işlemlerden sorumlu tutularak, talebine rağmen davalıca abonelik tesisinin yapılmadığını ileri sürerek abonelik işleminin tesisini istemiştir.

Davalı, iskan ruhsatının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- 3194 sayılı İmar Kanununun 31. maddesi iskan ruhsatı bulunmayan yapılara abonelik tesis edilemeyeceğini hükme bağladığı gibi Türk Ceza Kanununda da bu tür abonelik tesis edilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır. Anılan bu hususlar kamu düzenine ilişkindir. Bu itibarla iskan ruh-

satı bulunmayan yapılara abonelik verilmesi olanaklı değildir. Davalı davaya cevap verirken iskan ruhsatının olmadığını bildirmesine rağmen mahkemece bu hususta herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davacıya ait konuta abonelik verilmemesinin nedeni araştırılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir...)

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:

Dava, davacı adına su aboneliği tesisi ve (davalının buna ilişkin istemi reddetmek suretiyle çıkardığı) muarazanm men'i istemine ilişkindir.

Yerel mahkeme; abonelik tesisi istenilen konutta davacının satın almasından önceki dönemde oturan kişinin kaçak su kullanmış ve hakkında bu yüzden tutanaklar düzenlenmiş olmasının, davalıya herhangi bir borcu bulunmayan davacının abonelik tesisine ilişkin isteminin kabul edilmemesi için haklı neden oluşturmayacağı, davalının kaçak su kullanımından kaynaklanan alacağını, kaçak olarak su kullanmış olan kişiden istemesi gerektiği, davacı ile abonelik sözleşmesi yapmak zorunda bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının konutuna abonelik ücreti davacı tarafından karşılanmak koşulu ile su aboneliğinin yapılmasına, taraflar arasındaki çekişmenin bu şekilde giderilmesine karar vermiş; özel daire bu kararı metni yukarıda bulunan ilamla bozmuş; yerel mahkeme, gerekçesini tekrarlayarak ve bozma ilamında belirtilenin tersine, davacının konutunun bulunduğu bina için davadan önce yapı kullanma izin belgesi alınmış olduğunu da vurgulayarak önceki kararında direnmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; davacının su aboneliği tesisini istediği konutu kendisinin devralmasından önceki dönemde kullanan ve davalının savunmasına göre de kaçak şekilde su tüketmiş olan kişi hakkında, o eyleminden dolayı davalı tarafından düzenlenen kaçak su tutanakları çerçevesinde tahakkuk ettirilen borçtan, eylemle herhangi bir ilgisi olmayan, konutu sonradan devralan davacının sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamasına; davacının abonelik tesisine ilişkin isteminin davalı tarafından bu gerekçeyle kabul edilmemesinin herhangi bir haklı gerekçeye dayanmamasına; görmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti çerçevesinde, görev alanı içerisindeki tüketicilere su temin etmesi gereken dayalı kurumun, yasal koşulları taşıyan herkesle iltihaki sözleşme niteliğindeki abonelik sözleşmesini yapmak zorunda olmasına; davalı kurumun, kişisel bir borcu bu-

lunmadığı çekişmesiz olan davacı için abonelik tesisini başkasına ait borcun ödenmesi koşuluna bağlamasının hukuka açıkça aykırı bulunmasına göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 30.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/3-45 **K:** 2008/103 **T:** 06.02.2008

ECRİMİSİL • BEŞ YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ • ZAMANAŞIMI DEFİNİN İLERİ SÜRÜLME ZAMANI

(BK m. 140; HUMK m. 202/2)

Özet: *Ecrimisil istemine beş yıllık zamanaşımı uygulanır ve bu süre davanın açıldığı tarihten itibaren geriye doğru işletilir.*

İlk itiraz olmayan zamanaşımı def'i yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Ancak, karşı taraf savunmanın genişlemesine rıza göstermediğini beyan ederse, ilk itiraz süresinden sonra ileri sürülen zamanaşımı def'i dikkate alınamaz. Karşı taraf suskun kalmış ise zamanaşımı def'i dikkate alınmalıdır.

Taraflar arasındaki **"Ecrimisil"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Trabzon Asliye Üçüncü Hukuk Mahkemesi)'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 14.12.2006 gün ve 2006/165 E.-2006/325 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi'nin 26.02.2007 gün ve 2007/2528-2471 sayılı ilamıyla;

(...Davacı vekili dilekçesi ile; tapuda kayıtlı taşınmazın davalı tarafından kiraya verilerek kullandırıldığı ileri sürülerek 30.08.1994-30.07.2004 tarihleri için toplam 5.371.20 YTL ecrimisilin faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile; bilirkişi raporunda 5 yıl süre için hesaplanan 2896 YTL ecrimisilin faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine ve bozmaya uygun olarak görevli mahkemece karar verilmiş bulunmasına göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak, davalı; dava dilekçesinin tebliğinden itibaren 10 günlük cevap süresi içinde zamanaşımı definde bulunmamıştır. Bilirkişi raporunda; davalının, dava açılmadan önceki dönemde, ecrimisil ihbarnamesinin tebliği üzerine vekili vasıtası ile verdiği dilekçede; "geriye dönük olarak ancak 5 yıllık ecrimisil talebinde bulunulabileceği" hususundaki itirazını dikkate alarak 5 yıllık ecrimisil bedeli hesaplamış ise de; zamanaşımı, defi niteliğinde olup, ileri sürülmedikçe kendiliğinden dikkate alınamaz.

Her ne kadar, davalının zamanaşımına ilişkin dava açılmadan önceki evrede yaptığı savunmanın hakimin resmen bilgisine ulaştığı bir durumda zamanaşımı definin dikkate alınabileceği düşünülebilirse de (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ank. 1983, sh. 30, dipnot 38), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 202. maddesi bu şekildeki düşünceye engeldir. Zira, cevap süresi içinde esasa cevap vermeyen davalı, bununla ancak davayı inkar etmiş sayılır.

O halde, mahkemece; davada usulüne uygun olarak zamanaşımı definde bulunulmadığı halde zamanaşımı kabul edilerek karar verilmiş bulunması doğru görülmemiş ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacı vekili; mülkiyeti müvekkiline ait bulunan 1251 ada 137 parsel sayılı taşınmazın davalı idarece üçüncü şahsa kiraya verilerek kullandırıldığını ileri sürerek, 30.08.1994-30.07.2004 tarihleri arasındaki dönem için, 5.371.20 YTL ecrimisiiin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; dava tarihinden geriye dönük olarak ancak beş yıllık ecrimisil talep edilebileceğini, ancak davacı tarafça 30.08.1994-30.07.2004 tarihleri arasında on yıllık süre için ecrimisil talep edildiğini, bu itibarla

davanın zamanaşımı ve esasa ilişkin nedenlerle reddi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, davalının zamanaşımına ilişkin savunmasını gözönünde bulundurmak suretiyle ve *"dava tarihinden geriye dönük ilk beş yıllık ecrimisile hükmedilmesi gerektiği"* gerekçesiyle *"davanın kısmen kabulüne, 2.896,33 YTL ecrimisilin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline"* dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkeme *"zamanaşımına ilişkin savunmanın cevap süresi geçirildikten sonra yapılmasına karşın, davacı tarafça bu savunmaya karşı konulmadığı ve savunmanın genişletildiği yönünde bir beyanı bulunmadığı anlaşıldığından, zamanaşımı defi dikkate alınarak dava tarihinden geriye doğru beş yıldan sonraki istemin reddi gerektiği"* gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

Davalı vekili, davaya karşı cevap süresi içinde zamanaşımı definde bulunmamıştır. Dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir davetiyenin 17.05.2005 tarihinde davalıya tebliğinden itibaren 10 günlük cevap süresi geçirildikten sonra ve 06.06.2005 havale tarihli dilekçe ile zamanaşımı definde bulunulmuştur. Ne var ki, davacı vekilinin bu savunmaya karşı verdiği 22.06.2005 havale tarihli dilekçesinde, zamanaşımı definin süresinde yapılmadığı, süresi geçtikten sonra zamanaşımı definde bulunulmasının mümkün olmadığı ve genişletilen savunmaya karşı çıktıklarına dair açık bir beyanı yer almamaktadır.

25.05.1938 tarih ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup; bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Diğer taraftan, Borçlar Kanunu'nun 140. maddesine göre, zamanaşımı ileri sürülmediği takdirde hakim, zamanaşımını kendiliğinden nazara alamaz.

Kural olarak, zamanaşımı ilk itirazlardan olmadığından duruşmanın her aşamasında ileri sürülebilir. Ancak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 202. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"Müddeaaleyh cevap layihasını hasmına tebliğ ettirdikten sonra onun muvafakati olmaksızın müdafaa sebeplerini tevsi veya tebdil edemez"* hükmüne göre, davacı muvafakat etmediği takdirde davalı savunmasını genişletemez ve değiştiremez.

Görüldüğü üzere; yasal cevap süresi içerisinde zamanaşımı savunmasında bulunulmamış olmakla beraber, yargılamanın devamı sırasında davalı taraf zamanaşımı definde bulunmuş ve davacı da savunmanın genişletilmesine karşı koymamış ise, bu durumda zamanaşımı yönünden bir inceleme yapılmasına engel yoktur.

Somut olayda; davalı vekili cevap süresinden sonra verdiği 06.06.2005 tarihli dilekçesinde zamanaşımı definde bulunmuş; davacı vekilinin, savunmanın genişletilmesine karşı koymadığı duraksamaya yer

vermeyecek biçimde saptanmış; yerel mahkeme isabetli görüş ve değerlendirme ile zamanaşımı defini inceleyerek, dava ve işgalin sona erdirildiği tarihleri de nazara almak suretiyle dava tarihinden geriye yönelik ilk beş yıllık dönem için istemin kabulüne, ikinci beş yıllık dönem için istemin reddine karar vermiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, davalının zamanaşımı defi nazara alınmak suretiyle, zamanaşımına uğrayan 30.07.2000 tarihinden önceki dönem için davacının ecrimisil talebinin reddine dair verilen direnme kararı usul ve yasaya uygundur. Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **(ONANMASINA)**, 4792 sayılı S.S. Kurumu Kanunu'nun 2868 Sayılı Yasa ile değişik 24/c maddesi uyarınca kurumdan harç alınmasına mahal olmadığına, 06.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/18-271 **K:** 2007/272 **T:** 26.03.2008

YARGITAY BOZMASI • TARAFLARIN UYMA İSTEMESİ DURUMUNDA YARGICIN DİRENME KARARI VEREMEYECEĞİ • KAMU DÜZENİ

(HUMK m. 429)

Özet: *Davanın tarafları bozmaya uyulmasını istemişler ise, hakimin direnme kararı veremeyeceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır. Bu kuralın isisnası "Kamu Düzenidir".*

Taraflar arasındaki **"Vakfın Dağıtılması"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Fatih Asliye İkinci Hukuk Mahkemesi)'nce davanın reddine dair verilen 23.12.2005 gün ve 2005/221-346 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Onsekizinci Hukuk Dairesi'nin 25.09.2006 gün ve 2006/5842-6835 sayılı ilamı ile,

(...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak; Mahkemece Dairemizin 17.02.2003 gün ve 2003/187-778 sayılı bozma kararına uyulmuş ise de gereği yerine getirilmemiştir.

Anılan bozma kararında "Amaçlarını gerçekleştirmek için özgülenmiş hiçbir mala ve hakka sahip olmayan Bilim Araştırma Vakfı'nın dağılmasına (sona ermesine) ve kaydının sicilden silinmesine karar verilmesi gerekir" denildiği ve mahkemece bozma kararına uyulduğu halde sonradan Fatih Dördüncü Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2003/37 Değişik-iş sayılı dosyasında bulunan 02.07.2003 günlü bilirkişi raporuna dayanarak "Vakfın 1999 yılı sonunda gelir fazlası bulunduğu" şeklindeki görüşe itibar edilerek ve ayrıca dava tarihi dikkate alındığında vakfın, senedindeki gayesinin gerçekleştirilmesi için mal tahsisi bulunmadığı da gözardı edilerek davanın reddi yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, davalı Vakfın dağıtılması ve yöneticilerinin görevden uzaklaştırılması istemine ilişkindir. Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce, bozmayı takip eden aşamada taraf vekillerinin bozmaya uyulup uyulmaması konusundaki beyan ve talepleri itibariyle (davacı vekilinin bozmaya uyulmasını, davalı vekilinin de bozmaya eylemli olarak uyulmasını istemiş olmaları karşısında) yerel mahkemenin direnme kararı vermesinin usulen mümkün olup olmadığı hususu, ön sorun olarak değerlendirilmiştir.

Ön sorunun konusunu oluşturan olgular şunlardır:

Yerel mahkeme, 11.04.2002 günlü birinci kararıyla, davalı Vakfın dağıtılması gerektiğinin kanıtlanamadığı, hesap durumu itibariyle de aczinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş; Özel Daire, amaçlarını gerçekleştirmek için özgülenmiş hiçbir mala ve hakka sahip olmadığı sübut bulan Vakfın dağılmasına (sona ermesine) ve kaydının sicilden silinmesine karar verilmesi gereğine işaretle hükmü bozmuştur.

Yerel mahkeme bozmaya uymuş; ancak uyduğu bozma gereğince davanın kabulü ile Vakfın dağıtılmasına karar vermek yerine, davalı vekiline delil sunması için süre vermiş, sonuçta, 23.12.2005 günlü kararıyla, uyduğu bozmadan sonra alınan tespit raporuna ve başka olgulara dayanarak davayı reddetmiştir.

Bu karar, Özel Daire'ce; davalı Vakfın dağıtılmasına ve kaydının sicilden silinmesine karar verilmesi gereğine işaret eden bozmaya uyulduğu

halde, bozma gereklerinin yerine getirilmemesinin ve bozmadan sonra alınan delil tespiti raporundaki *"Vakfın 1999 yılı sonunda gelir fazlası bulunduğu"* görüşü esas alınmak, dava tarihi itibariyle Vakfın gayesinin gerçekleştirilmesi için mal tahsisi bulunmadığı da gözardı edilmek suretiyle davanın reddedilmesinin yanlış olduğu gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozmadan sonraki 04.07.2007 günlü oturumda, davacı vekili bozmaya uyulmasını istemiştir.

Davalı vekili ise, duruşmadan önce verdiği 03.07.2002 havale günlü dilekçesiyle, aynen *"Yargıtay bozma ilamında belirtilen ve Türk Medeni Kanunu'nun, bir vakfın dağılmış sayılmasına karar verebilmek için emredici nitelikte aradığı "gayesinin gerçekleşmesinin imkansızlaşması" durumunun mevcut olup olmadığının somut veriler ışığında tespit edilebilmesi bakımından, Yargıtay bozma ilamına karşı eylemli uyularak, müvekkil Vakfın teftiş yılı itibarıyla gayesinin gerçekleşmesinin imkansızlaşmadığının bilirkişi marifetiyle ve diğer tahkikat vasıtalarıyla tespit edilmesi..."* şeklinde beyan ve talepte bulunmuştur.

HUMK'nın 429. maddesi hükmüne göre Yargıtay'ın bozma kararı üzerine hakim, tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra, bozma ilamına uyulup uyulmayacağına karar verir. Bu hükme göre hakim (yerel mahkeme), kural olarak, Yargıtay bozma kararına uymak ya da bu karara karşı direnme kararı vermek konusunda tarafların istekleri ile bağlı olmayıp, serbest takdir yetkisine sahiptir.

Ancak, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre; bozma kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hakimin kendiliğinden gözönünde bulundurması gereken nedenlere dayalı değilse ve her iki taraf da bozmaya uyulmasını istemişlerse, artık yerel mahkeme önceki kararında direnemez. (Bu konudaki yerleşik uygulamaya örnek olarak: Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.1989 gün ve 541-534; 21.02.1990 gün ve 10-117; 07.10.1990 gün ve 439-562; 19.02.1992 gün ve 635-82; 03.02.1993 gün ve 734-26 sayılı kararları).

Somut olayda, Özel Daire'nin bozma gerekçesi kamu düzenine ilişkin bir nedene dayalı değildir. Bozmadan sonraki yargılama aşamalarında davacı vekili bozmaya uyulmasını, davalı vekili de bozmaya eylemli olarak uyulmasını istemiştir.

Direnme kararındaki benimsemenin tersine; davalı vekilinin bozmaya eylemli olarak uyulmasına ve bozma gerekçesinde değinilen olgular hakkında yeniden araştırma yapılmasına yönelik isteminin, yapılacak yeni araştırma sonrasında davanın reddine karar verilmesi yönündeki bir nihai amacı taşıdığı söylenemez. Zira; davalı vekilinin -eylemli de olsa- uyulmasını istediği bozma ilamında, başkaca hiçbir araştırma ve inceleme yapılması gerekmeksizin, dosyanın mevcut içeriği itibariyle davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği açıkça ve kesin olarak belirtilmiştir. Davalı vekilinin bu içerikteki bir bozmaya uyulmasını istemesiyle birlikte (davacı vekili de bozmaya uyulmasını istemiş olduğundan ve yukarıda

açıklanan şekilde bozma gerekçesi kamu düzenine ilişkin bulunmadığından), artık yerel mahkeme bozmaya uymak zorundadır.

Yerel mahkemenin, açıklanan nedenlerle uymak zorunda olduğu bozmaya karşı direnme kararı vermesine usulen olanak yoktur.

Başka bir ifadeyle, somut olayda, direnme kararı verilemez.

Direnme kararı, açıklanan bu usuli gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince **(BOZULMASINA)**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 26.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-332 **K:** 2008/436 **T:** 16.04.2008

MİRAS HUKUKU • MİRASIN HÜKMEN REDDİ • YASAL KARİNE • DAVA VEYA DEFİ YOLUYLA HÜKMEN REDDİN TESPİTİ

(TMK m. 599, 605, 610)

Özet: *"Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise mirasın reddedilmiş sayılacağı" yasadan doğan bir karinedir.*

Mirası hükmen redetmiş sayılan kişi tereke alacaklılarına karşı dava açarak bu durumun tespitini isteyebileceği gibi, bunu def'i yoluyla da ileri sürebilir.

Davanın reddine dair verilen 25.05.2005 gün ve 2004/92 E., 2005/185 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 17.11.2006 gün ve 2005/13100 E., 2006/12449 K. sayılı ilamı ile;

(...Dava, haksız eylem nedeniyle rücuan tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davalıların mirasbırakanı polis memurunu öldürdükten sonra cezaevinde intihar etmiştir. Mirasçı davalıların yasada öngörülen süre içerisinde mirası reddederek buna ilişkin karar örneğini dosyaya sunmadıkları anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalılarca mirasın reddedildiği ve terekenin

borca batık olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Mirasın reddine ilişkin yasal hükümlerin burada uygulanamayacağı gözetilerek işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın, açıklanan bu nedenle bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava rücuan tazminat isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde görevli polis memurunun davalıların oğlu Yaşar tarafından silahlı saldırıya uğradığını ve sonrasında vefat ettiğini, davalıların oğlu Yaşar'ın ise intihar ettiğini, ölen polis memurunun hastane giderlerinin 4.355.040.000 TL olduğunu ve müteveffa polis memurunun mirasçılarına 32.585.000.000 TL tazminat ödenmesine karar verildiğini ileri sürerek 32.585.000.000 TL'nin 31.12.2003 tarihinden itibaren, 4.355.040.000 TL'nin ise 22.11.2002 tarihinden itibaren faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davalılara oğullarından intikal eden malvarlığı bulunmadığını, aczi tüm çevre tarafından bilinirken öldüğünü, MK'nın 605/2. maddesinde açıkça belirtildiği gibi ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli ise mirasın reddedilmiş sayılacağını, mirasçıların ayrıca bir irade açıklamasına gerek bulunmadığını, davalıların mirası hükmen red etmiş olmaları nedeniyle mirasbırakanın borcunun tazminine yönelik davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Yerel mahkemece; *"Davalıların mirasbırakanının, ölüm tarihinde ödemeden aciz içinde olduğu ve mirasın hükmen red edildiği ve mirası red eden mirasçı davalıların mirasbırakanın borcundan dolayı sorumlu olmadıklarının kabulü gerekir."* gerekçesi ile davanın reddine dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, mirasın reddine ilişkin yasal hükümlerin somut olayda uygulanıp uygulanamayacağı noktasındadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 605. maddesi *"B. Ret; I. Ret beyanı; 1. Ret hakkı"* başlığı ile düzenlenmiştir.

Birinci fıkrası *"Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler."* hükmünü içermektedir. Kayıtsız, şartsız red (hakiki red) olup, bu davada uygulama dışındadır.

İkinci fıkrası *"Ölümü halinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır."* hükmünü amirdir. Bu hüküm bir karinedir. Konumuzu veyadan önceki cümle ilgilendirmektedir. Türk Kanunu Medenisi'nin 545. maddesinin sadeleştirilmiş şekli aynen kaleme alınmıştır.

Birçok yargı kararlarında ve ilmi görüşlerde bu red, hükmi red olarak isimlendirilmektedir. Türk Medeni Kanunu, *"hakiki redde"* süre ile kayıtlı ve mirasçıların tek taraflı irade açıklamasını öngördüğü halde, söz konusu *"hükmi reddin"* sonuç doğurması için herhangi bir irade açıklaması ya da dava yolu öngörmemiştir. Öyle ki; reddin kendiliğinden oluştuğu kabul edilip, mirasın açılması ile kendiliğinden mirasçılara intikal edeceği (TMK m. 599) yönündeki kurala bir istisna getirilmiştir. Eğer mirasçı olabilecek kişi sarih irade beyanıyla ya da Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinin ikinci cümlesinde açıklanan davranışlarla mirası kabul etmiş ise, zaten yapılabilecek bir işlem kalmamıştır.

Mirası hükmen red etmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yönelterek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi, bunu defi yolu ile de ileri sürebilir.

Somut olayda, mirasçılar defi yolunu tercih etmişlerdir. Açılan bu davada mirasbırakanın ödemeden aczinin açıkça belli olduğunu dile getirmişlerdir. İşte bu halde, mirasın reddedilmiş olduğunun kabulü gerekir.

Bu durumun teyidi yönünden, mahkeme duruşma safahatında; Tapu Sicil Müdürlügü'ne, SSK İhtiyarlık Sigorta Müdürlügü'ne, Vergi Dairesi Müdürlügü'ne, Emekli Sandığı'na müzekkereler yazmış, aldığı cevaplarla mirasbırakanın hiçbir taşınmazının bulunmadığı, vergi mükellefi olmadığı, SSK ve Emekli Sandığı'ndan maaş almadığı belirlenmiştir. Ayrıca; Emniyet Müdürlüğümden alınan cevabi yazıda da, mirasbırakanın ölmeden önce boşta gezdiği, işinin olmadığı, üzerine kayıtlı malvarlığının bulunmadığı tespit edilmiştir. Dinlenen şahit de bu durumu teyit etmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, mirasbırakanın taşınır, taşınmaz hiçbir malı olmadığı gibi, maaşının da bulunmadığı, herhangi bir işte de çalışmadığı belirlenmiştir. Yani mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça bellidir. Karinenin doğruluğu somut olayda saptanmış olup, aksi davacı tarafından ispat edilememiştir.

Bu görüşümüzü; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.1984 gün ve 1982/2-66 E., 1984/239 sayılı kararı ile, 14.03.2001 tarih ve 2001/2-220 E., 240 sayılı kararları da doğrulamaktadır.

Yukarıda açıklanan ve tüm dosya muhteviyatına uygun olan gerekçeler karşısında usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **(ONANMASINA),** 16.04.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-321 **K:** 2008/303 **T:** 09.04.2008

BORÇLAR HUKUKU • BELEDİYE GELİRLERİ • YASAL ZORUNLULUK*

(BGK m. 97)

Özet: *Belediyelerin gelir kaynaklarının büyük bir bölümü kamu hukukuna dayandığından, belediye gelirlerinin kanunla belirlenmesi Anayasadan doğan bir zorunluluktur. Diğer bir ifadeyle; belediyeler, kanunla düzenlenmemiş olan bir gelir kaynağı oluşturamazlar.*

Taraflar arasındaki **"Menfi Tespit"** davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Ankara Asliye Onbeşinci Hukuk Mahkemesi)'nce davanın kabulüne dair verilen 20.07.2006 gün ve 2005/401-2006/272 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 05.07.2007 gün ve 2006/10432-2007/9161 sayılı ilamı ile,

("...Dava, menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkemece talep kabul edilmiş, karar davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılar, davalı idarenin kendileri aleyhine kaçak kuyu suyu kullandıklarına dair düzenlenen tutanak gereğince kaçak su bedeli talebinde bulunduğunu, ancak kendilerinin kullandığı kuyunun işlettikleri oteldeki pis suların ve yağmur sularının biriktirildiği bir kuyu olup kazan dairesini suların basmaması için motor aracılığıyla çekilip kanalizasyona boşaltıldığını belirterek borçlu olmadıklarının tespitini istemişlerdir.

Davalı cevabında görevlilerce yapılan denetimde davacıların kuyudan temin ettikleri suyu kullandıklarının tespit edildiğini ileri sürerek davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece söz konusu kuyunun drenaj amacıyla yapıldığı, suyunun içme veya kullanma suyu olarak kullanılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle istem kabul edilmiştir.

Dosyada bulunan kaçak su zaptı tutanağı düzenleyen tanıkların beyanları ve davalı idare elemanlarının denetim sırasında çektiği fotoğraflar dikkate alındığında, kuyudan çıkarılan suyun sac depoya borularla bağlandığı ve oradan da yine borularla otele dağıtım yapılarak kullanıldığı an-

(*) *Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU*

laşılmaktadır. Mahkemece yapılan keşif sırasında her ne kadar kuyunun drenaj amaçlı olduğu yönünde kanaat uyanmamışsa da kaçak kullanım tutanağı sonrasında keşif tarihine kadar söz konusu yerde değişiklikler yapılmış olduğu bilirkişi raporundan ve tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu haliyle davacıların kaçak kuyu suyu kullandıkları sabit olup zarar kapsamı belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.

Anılan yön gözetilmeden istemin tümden kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının suresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kaçak kuyu suyu kullanıldığı iddiasıyla davalı tarafından davacılar hakkında tahakkuk ettirilen tutarla ilgili menfi tespit istemine ilişkindir.

Davacılar Hüsamettin ve Vahdi vekili, davacıların çalıştırdığı işyerinde pis suların ve yağmur sularının biriktirildiği bir kuyu bulunduğunu, kazan dairesini su basmaması için yaptırılan bu kuyuda biriken pis suların motorla çekilip, hortumla kanalizasyona boşaltılmakta olduğunu; davalı elemanlarının yeterli inceleme yapmadan, bu kuyu ile ilgili olarak kaçak su tutanağı düzenlediklerini, davalıya bağlı Kaçak Su Müdürlüğü'nün de bu tutanağı esas alarak, kaçak olarak su kullanıldığı gerekçesiyle davacılar hakkında 14.322 YTL tutarında kaçak su kullanım bedeli tahakkuk ettirip, bunu davacılardan istediğini; davacıların hiçbir şekilde kaçak su kullanmış olmadıklarını, söz konusu kuyunun bir su kuyusu değil, pis suların biriktirildiği bir kuyu olduğunu, bu hususun yapılacak keşifle de belirleneceğini, esasen, biriken suların içme suyu olarak veya herhangi bir işte kullanılmasının mümkün de bulunmadığını ileri sürerek, tahakkuk ettirilen 14.322 YTL tutarında kaçak su bedelinden dolayı davacıların davalıya borçlu olmadıklarının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ASKİ Genel Müdürlüğü vekili, davacıların çalıştırdığı işyerinde davalı kurumun bilgisi ve aboneliği dışında kuyu suyu kullanıldığını, kaçak su ekiplerinin bu durumu tespit ederek 28.09.2005 tarihli tutanağı düzenlediklerini, inceleme sırasında davacıların başkaca bir abonelikleri bulunmadığını ve işyerinde kuyudan temin ettikleri suya boru takmak suretiyle su ihtiyaçlarını kaçak yoldan sağladıklarının belirlendiğini, bu tutanağa dayanılarak, Yönetmelik gereğince dava konusu tahakkukun

yapıldığını, tahakkukun kullanım bedelinden ve ceza bedelinden oluştuğunu, 167 sayılı Yer Altı Suları Hakkında Kanun'da, yer altı sularının kullanımı için gerekli ön şartlar, kayıtlarının yapılması, tescili bunlar yapmadığı takdirde verilecek cezalar ve benzeri konularda açık hükümler bulunduğunu cevaben bildirmiştir.

Yerel mahkeme; mahallinde yapılan keşif sırasındaki gözlemlere ve bilirkişi raporundaki açıklamalara göre, söz konusu kuyunun içme veya kullanma suyu sağlamak amacına değil; otel olarak kullanılan işyerinin bodrum katında oluşan sızıntı suların bina temellerine zarar vermemesi için biraraya toplanması ve takılan borularla pompalar vasıtasıyla binadan uzaklaştırılması amacına yönelik olduğu; drenaj amacıyla yapılan kuyudaki pis suyun, içme suyu olarak veya başka bir amaçla kullanılmasının mümkün bulunmadığı, drenaj kuyusundaki su nedeniyle davacıya kaçak kullanımdan dolayı ücret tahakkuk ettirilmesinin hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalı idarece talep edilen 14.322,00 YTL kaçak su bedelinden davacıların borçlu olmadığının tespitine karar vermiş; Özel Daire bu kararı metni yukarıda bulunan ilamla bozmuş; yerel mahkeme, önceki gerekçesini tekrarlayarak ve ayrıca, davacıların kuyu suyu kullandıklarının kabulü halinde dahi, davalının herhangi bir alacak talep edemeyeceğini; zira, 2464 Sayılı Kanun'un 2339 Sayılı Kanun ile değişik 97/1. maddesinde yer alan ve belediye gelirleri arasında, belediye ve mücavir alan içerisinde yer altı sularında kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi sularından alınacak ücretleri de sayan hükmün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğini, yürürlükteki mevzuatta ise davalının böylesi bir alacak talebinde bulunmasına olanak tanıyan herhangi bir hüküm bulunmadığını gerekçe göstererek önceki kararında direnmiştir.

Davalı ASKİ Genel Müdürlüğü elemanlarınca yapılan denetim sırasında, davacıların işlettiği otelin bodrum katında su kuyusu bulunduğu ve bu şekilde davalı kurumun bilgisi dışında kuyu suyu kullanıldığı iddiasıyla tutanak düzenlenmiş; bu tutanaktaki veriler esas alınarak, davadaki menfi tespit isteminin konusunu oluşturan kaçak su fişini düzenlenmiş ve davacılara tebliğ edilmiştir.

Direnme kararındaki genişletilmiş gerekçe karşısında; öncelikle, konuya ilişkin yasal düzenlemeler itibariyle, davacıların kuyu suyu kullandıklarının kabulü halinde dahi, davalı ASKİ'nin buna dayalı olarak alacak talep etmesinin hukuken mümkün bulunup bulunmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Belediyelerin yerine getirmekle yükümlü bulundukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların karşılığını oluşturan ve büyük bir bölümü kamu hukukuna dayalı olan gelir kaynakları, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nda sayılmıştır. Ağırlıklı olarak bu gelir kaynakları, İlan ve Reklam Vergisi (m. 12), Eğlence Vergisi (m. 17), Haberleşme Vergisi (m.

29) Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi (m. 34) gibi çeşitli vergilerden; İkinci Kısımda düzenlenen Belediye Harçlarından ve Üçüncü Kısımda düzenlenen Harcamalara Katılma Paylarından oluşmaktadır. *"Ücrete tabi işler"* başlıklı 97. maddede ve ayrıca "Müze giriş ücretleri ile madenlerden belediyelere pay" başlıklı mükerrer 97. maddede, belediyelerin gelir elde edecekleri diğer kaynaklar düzenlenmiştir.

Söz konusu 97. maddenin 04.12.1985 gün ve 3239 Sayılı Kanun'un 125. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki metni, belediyelere sadece ilgililerin isteğine bağlı olarak yapacakları, harç ve katılma payı konusuna girmeyen her türlü hizmet için, belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret alma yetkisi vermekte idi.

Anılan değişiklik sonucunda, "Ücrete tabi işler" başlıklı 97. maddenin birinci fıkrası *"Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet ve belediye mücavir alan sınırları içerisinde yer altı sularından kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi suları için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir. Belediye'ye tekel olarak verilmiş işler kendi özel hükümlerine tabidir." şeklini almıştır. Ancak, madde metnindeki "...*ve belediye mücavir alan sınırları içerisinde yer altı sularından kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi suları..." ibaresi ve ayrıca, "Yer altı sularından kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi sularına ait ücretler İstanbul'da İSKİ, 3030 Sayılı Kanun'un uygulandığı yerlerde Büyükşehir Belediyeleri tarafından tahsil edilir." hükmünü taşıyan ikinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1987 gün ve Esas: 1986/20, Karar: 1987/9 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Belediyelerin gelir kaynaklarının büyük bir bölümü kamu hukukuna dayandığından ve üstlenilen kamu hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların karşılığını oluşturduğundan, belediyelerin alacakları vergi, resim, harç ve benzerlerinin Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen esaslar dairesinde kanunla konulması zorunludur. Başka bir ifadeyle; belediyeler, kanunla düzenlenmemiş olan herhangi bir gelir kaynağını oluşturamazlar ve kullanamazlar. Aksi takdirde, o gelir kaynağı hukuksal dayanaktan yoksun olur.

Yukarıda açıklandığı ve direnme kararında da değinildiği üzere; belediyelere, mücavir alan sınırları içerisinde yer altı sularından elde edilen kullanma ve sanayi sularından ücret alma yetkisini veren kanun hükmü iptal edilmiş ve onun yerine, aynı yetkiyi içeren herhangi bir kanun hükmü konulmamış bulunduğuna; mevzuatımızda bu yönde başkaca bir kanuni düzenleme de mevcut olmadığına göre; somut olayda davalı idarenin, kendisine ait Tarifeler Yönetmeliği'ndeki düzenleme çerçevesinde, davadaki menfi tespit isteminin konusunu oluşturan bedeli tahakkuk ettirmesinin, hukuki dayanaktan yoksun bulunduğunun kabulü gerekir.

Somut olayda, yukarıda değinilen 97. madde anlamında ilgilinin isteğine bağlı olarak ifa edilmiş bir hizmetin varlığından söz edilemeyeceği de açıktır.

Bu kabul karşısında, somut olayda kaçak su tutanağına konu kuyunun yeraltı suyu elde etme amacıyla mı yoksa drenaj amaçlı olarak mı tesis edilmiş bulunduğunun da herhangi bir önemi ve varılan sonuca bir etkisi yoktur.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin aynı gerekçeye dayalı, davanın kabulüne dair direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **(ONANMASINA)**, 09.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6198 **K:** 2008/7959 **T:** 25.06.2008

MİRAS HUKUKU • MİRASTAN ISKAT • TARAF SIFATI • BEKLETİCİ SORUN

Özet: *Mirastan ıskat edilen mirasçının terekeden hak elde etme olanağı yoktur. Ancak, mevcut veraset belgesinde miraçı sıfatı görünüyor ise, bu belgenin iptali için taraflara önel verilmelidir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, miras bırakanın 156 parselde bulunan 5 nolu bağımsız bölümü ara malik kullanmak suretiyle esi olan davalıya satış suretiyle temlik ettiğini, yapılan temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu, aynı zamanda davalının mirasçılara karşı hile taşınmazı elde ettiğini ileri sürerek, miras payı oranında tapu iptal ve tescile, taşınmazın el değiştirmesi durumunda payı oranında emsal bedelinin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, miras bırakanın davacıya mirastan ıskat ettiğini, aym zamanda davacının çekişmeli taşınmazla ilgili feragatta bulunduğunu belirtip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, miras bırakanın vasiyetnamesinin geçerli olduğu, davacının miras hakkından ıskat edildiği gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakiminin raporu okundu, düşüncesi alındı. Posya incelendi, duruşma isteği değerden reddedilip, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil olmadığı taktirde tazminat isteğine ilişkin olup mahkemece, davacının vasiyetname ile mirastan ıskat edildiği ve davacının sıfatı bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine dair verilen karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerçektende, dosya içerisinde bulunan İstanbul 18. Noterliğinde düzenlenen 24.2.2000 tarih 79711 sayılı vasiyetname ile muris tarafından davacının mirastan ıskat edildiği sabittir. Ancak, davacı dosya içinde bulunan Fatih 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 18.3.2004 tarih 2004/220

Esas - 2004/256 Karar sayılı mirasçılık belgesi ile murisin mirasçısı olarak gösterilmiştir.

4721 Sayılı TMK'nın 510 ve devam eden maddeleri uyarınca ıskat edilen mirasçının miras bırakanın terekesinden hak elde etme olanağı yoksa da anılan veraset belgesinde davacının halen murisin mirasçısı olarak gözüktüğü anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, davacının davada aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığının tespiti önem ifade eder. O halde, davanın neticesine etkili olduğu gözetilerek, davalılara yukarıda belirtilen gerekçelerle hasımlı açılacak davada davacının mirasçı olarak gösterildiği mirasçılık belgesinin, vasiyet yolu ile mirasçılıktan çıkartıldığı da öne sürülmek suretiyle iptali ve yeni mirasçılık durumunu belirleyen kararın alınması için önel verilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilerek davacının davada sıfatı bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Davacı vekilinin temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'nun 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** sair hususların bozma nedenine göre şimdilik incelenmesine yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 25.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3703 **K:** 2008/8254 **T:** 01.07.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • TAŞINMAZA İLİŞKİN DAVA • TAŞINMAZIN DEĞERİ • AVUKATLIK ÜCRETİ

Özet: *Taşınmaza ilişkin davada harca esas dava değerinin, çekişmeli taşınmazın dava tarihi itibariyle keşfen belirlenecek olan değerinin olacağı açıktır. Bu değer üzerinden davalı lehine avukatlık ücreti takdir edilmelidir.*

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, miras bırakan babasının 1446 parsel sayılı (yeni 1269 ada 8 parsel) taşınmazdaki 170/27888 payını 06.03.1989 tarihinde ve satış suretiyle davalı gelinine intifa hakkını kendisinden almak kaydıyla temlik ettiğini, ancak yapılan işlemin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürüp, tapu iptali ve miras payı oranında tescil, olmazsa tenkis isteğinde bulunmuştur.

Davalı, çekişme konusu taşınmazı 35 yıl önce eşi ile birlikte satın aldıklarını, ancak ataerkil aile yapısı nedeniyle aynı çatı altında yaşayan aile büyüğü olan miras bırakan adına tescil edildiğini, bilahare taşınmaz üzerine bina yaptıklarını, murisin tüm bakım ve gereksinimlerini eşiyle birlikte sağladıklarını, miras bırakanın minnet ve vefa duygusuyla 1989 yılında taşınmazın çıplak mülkiyetini devrettiğini, yani malı esas sahibine iade ettiğini, mirastan mal kaçırma ve muvazaa iddialarının doğru olmadığını belirtip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının açmış olduğu tapu iptali ve tescil talebinin ispat edilememesi nedeniyle reddine, davacının açmış olduğu tenkis talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 01.07.2008 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz vekili avukat geldi, davetiye tebliğine rağmen temyiz edilen vekili avukatlar gelmediler, yokluklarında duruşmaya başlandı, süresinde verilen ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece, tenkis isteği yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; miras bırakanın maliki olduğu 1446 sayılı parseldeki payının çıplak mülkiyetini 06.03.1989 tarihinde davalıya satış suretiyle temlik ettiği, bilahare imar uygulaması ile anılan payın 1269 ada 8 parsel olarak davalı adına kayıtlı bulunduğu; davacının miras bırakanın yapmış olduğu temlikin muvazaalı ve mirasçıdan mal kaçırma amaçlı olduğuna dair iddiasının, mahkemece yapılan araştırma ve inceleme sonucu kanıtlanamadığı saptanmak ve bu olgu benimsenmek suretiyle tapu iptal ve tescil isteği bakımından davanın reddedilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Bu yöne değinen davacının temyiz itirazı yerinde değildir, reddine.

Ancak, yapılan temlik işlemi satış şeklinde gerçekleştirilmiş olup, bu işlemin de muvazaalı olmadığı benimsendiğine göre, böylesine bir işlemin tenkise tabi olmayacağı halde, mahkemece tenkis hükümleri uygulanmak suretiyle bu istek bakımından davanın kabul edilmiş olması doğru değil ise de, kararı temyiz edenin sıfatına göre anılan husus bozma sebebi yapılmamıştır.

Diğer taraftan; harca esas dava değerinin, çekişmeli taşınmazın dava tarihi itibariyle keşfen belirlenecek değeri olacağı açıktır. Oysa mahkemece, dava değerinin tespitinde; dava tarihi değil, miras bırakanın ölüm tarihi esas alınmış ve buna göre de bir miktar harç yatırılmıştır. O halde, başlangıçta alınan harç ile sonradan ikmal edilen harcın tekabül ettiği değer gözetilerek davalı lehine avukatlık ücreti takdir ve tayin edilmesi gerekirken belirlenen değerin tümü üzerinden fazla vekalet ücretine hükmedilmiş olması doğru değildir.

Davacının, bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 13.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 550.00 YTL duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına ve alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 01.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3782 **K:** 2008/8892 **T:** 08.06.2008

AİLE HUKUKU • VELAYET HAKKININ NİTELİĞİ • VELAYETİN ANNE VE BABA DIŞINDA KİMSEYE VERİLEMEYECEĞİ

Özet: *Velayet hakkı özellikle anne ve babaya verilmiş bir hak olup, bu hakkın ana ve baba dışında başka bir kimseye tevdi edilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hükmün kanun yararına bozulması Adalet Bakanlığının yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı İ.A. vekili tarafından İ. ve Ö.A. aleyhine açılan davada, fiilen ayrı yaşamakta olan davalıların müşterek çocukları olan İ. ve C.'ye karşı anne ve baba olarak yükümlülüklerini yerine getirmedikleri ileri sürülerek velayet görevlerini ağır bir şekilde ihmal eden davalıların velayetlerinin kaldırılarak velayetin, küçüklerin dedesi olan davacıya verilmesinin istendiği, yapılan yargılama sonucunda davanın kabulü ile 3/7/1994 doğumlu Cansu ile 29/6/1996 doğumlu İ.A'ın annesi Ö. ve babası İ.'de olan velayetlerinin kaldırılarak dedeleri İ.A.'ın verilmesine karar verildiği anlaşılmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 335. maddesinde *"ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır"* hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanunun 404. maddesinde de velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınacağı düzenlenmiştir.

Sözü edilen yasal düzenlemelere göre velayet hakkı, münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, mahkemece velayetin küçüklerin dedesi olan davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/10657 **K:** 2008/9574 **T:** 30.06.2008

MİRAS HUKUKU • VASİYETNAMENİN İPTALİ DAVASI • YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

(743 SY m 19; 4721 SY m 13; 4722 SY m.17)

Özet: *Vasiyetnamenin iptali ve tenkis davasında miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi yetkili olup, bu yetki kesindir. Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. (4722 S.K. md.17)

Vasiyetnamenin iptali ve tenkis davasında mirakbırakanm son yerleşim yeri mahkemesi yetkili olup bu yetki kesindir. Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir, bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. (743 sayılı TKM m. 19, 4721 sayılı TMK m. 19) Tereke tesbitine yönelik davada Bakırköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesince de yetki yönünden dava dilekçesinin reddine karar verildiği ve Şişli Mahkemesinin yetkili olarak gösterildiği bu kararın temyiz edildiği henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Bu davanın sonucunun da dikkate alınması, taraf tanıkları mirasbırakanın son yerleşim yeri yönünden de dinlenerek tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır. Bunlar yapılmadan eksik araştırma sonucu karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/9069 **K:** 2006/11297 **T:** 19.09.2006

ALACAĞIN BİR BÖLÜMÜNÜN DAVA EDİLMESİ • MAHKEMENİN GÖREVİ SAPTANIRKEN DAVA ÇEKİŞMELİ ALACAĞIN TÜMÜNÜN DİKKATE ALINMASI GEREĞİ • HAVA TAŞIMASI PERSONELİNİN İŞ KANUNU KAPSAMI DIŞINDA BULUNDUĞU

(4857 SY m 4)

Özet: *Dava dilekçesinde fazlaya ilişkin dava hakkı saklı tutularak alacağın bir kısmı talep edilmiştir. Bu durumda, alacağın tamamının çekişmeli olduğu dikkate alınarak mahkemenin görevi belirlenmelidir. Hava taşıma işinde hostes olarak çalışan davacının İş Kanunu'na tabi olmadığı dikkate alınmalıdır.*

Dava dilekçesinde 1.000.00 YTL fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın görev yönünden reddine, dosyanın görevli Ankara İş Mahkemesine gönderilmesi cihetine gidilmiş, hüküm davalı kurum tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, uçucu personel olarak çalışan davacının iş akdinin sona erdirilmesi nedeniyle tazminat istenilmiş, mahkemece iş mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Oysa, 4857 sayılı İş Kanunun 4. maddesi hükmü uyarınca *"Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler hariç"* olmak üzere hava taşıma işlerinde bu kanun hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Davacı hostes olarak hava taşıma işlerinde çalıştığına göre iş Kanununa tabi değildir. Mahkemece bu yön gözetilerek uyuşmazlığın esası incelenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davanın görev yönünden reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Ayrıca; davacı dava dilekçesinde fazlaya ilişkin dava hakkını saklı tutarak alacağın bir kısmını (1.000.00 YTL) dava etmiştir. HUMK'un 4. maddesine göre dava edilen alacağın son kısmı olmadığı ve alacağın ta-

---

(*) Dergimizin 2008/4. Sayısında yayımlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

mamı da münazaalı bulunduğu takdirde alacağın tamamı gözönünde tutularak mahkemenin görevli olup olmadığının saptanması gerekir.

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, 19.9.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/18349 **K:** 2007/19286 **T:** 17.12.2007

KİRA HUKUKU • KİRA SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ • DAVADA GÖREV

Özet: *Kira sözleşmesinin iptaline yönelik davanın açılacağı mahkeme görev yönünden genel kurullara göre belirlenmelidir.*

Dava dilekçesinde kira sözleşmesinin iptali ile 10000 USD alacağın tahsili ve yine sözleşme gereğince verilen 185,00 USD bedelli senedin iadesi istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada; yanlar arasında 1.6.2001 tarihli sözleşme gereğince kira ilişkisi bulunduğu, ancak kiralananan taşınmazın tasarruf yetkisinin davalıda olduğu beyan edilerek bu kira ilişkisinin kurulmuş olmasına rağmen taşınmazın Hazineye ait oluduğunun sonradan öğrenildiği, Milli Emlak Müdürlüğünün 1.1.2004 tarihinden itibaren davacıdan ecrimisil talep ettiği, bu durumda işlem temelinin ortadan kalktığı ve kira sözleşmesinin baştan beri geçersiz olduğu ileri sürülerek, sözleşmenin iptali ile 10.000 USD alacağın tahsili ve sözleşme gereğince davalıya verilen 185,00 USD bedelli senedin iadesi olmaz ise iptali istenilmiştir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece davanın her aşamasında görev hususu resen incelenerek, görevsiz olduğunun anlaşılması halinde kendiliğinden görevsizlik kararı verilmelidir.

HUMK'nun 8. maddesinin 11/1. fıkrasında; kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye, aktin feshi yahut tespit davaları, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ile bunlara karşılık olarak açılan davaların sulh mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiş ise de; bu davadaki istem kira sözleşmesinin feshi olmayıp, baştan beri geçersiz olduğu ileri sürülen sözleşmenin iptali istemine ilişkindir. Aktin iptaline ilişkin davalar ise HUMK'un 8. maddesi kapsamı dışında tutulmuştur.

O halde mahkemenin görevi genel esaslara, yani davanın değer ve miktarına göre belirlenmelidir. İptali istenen kira sözleşmesi bir yıl süreli olup, aylık kira bedeli 2.280,00 YTL'dir. Toplam bir yıllık kira bedeli mahkemenin görev sınırı üzerinde olduğu gibi, diğer istemlerde sulh hukuk mahkemesinin görev sınırının çok üzerindedir.

Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen ve temyiz edilmeksizin kesinleşen görevsizlik kararmında bağlayıcı olmadığı gözetilerek mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esası hakkında hüküm tesisi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

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, 17.12.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4219 **K:** 2008/10242 **T:** 05.06.2008

KİRA HUKUKU • KİRA TESPİT DAVASI • KİRACININ HAKLARI

Özet: *Kira tespit davasının kiracı tarafından da açılabilmesi mümkündür.*

Dava dilekçesinde kira parasının indirilerek 1.8.2004 gününden başlayarak (davalının 1/4 hisesi için) aylık, net 2.007 YTL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece: davanın kısmen kabulü ile aylık kira parasının 2.448 YTL tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı (kiracı), aylık kira parasının "indirilerek" 1.8.2004 tarihinde başlayan dönemde (1/4 hisse için) net 2.007-YTL.olarak tespitini istemiştir.

Mahkemece, keşif yapılarak alınan bilirkişi raporu doğrultusunda kira parasının 2.448-YTL. olarak tespitine karar verilmiştir.

Kira tespiti davasını kiralayan gibi kiracının da açabileceği hususu, 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının ilkelerindendir.

Ancak, davacının (kiracı) kira parasının tespitini istediği dönem, kiralayan tarafından alacak davasına konu edilmiş ve mahkemece 1.8.2004-31.12.2004 dönemine ilişkin aylık kiranın 3.508,50 YTL olduğu kabul edilerek, 5 aylık bakiye kira borcu olan 3.648,15 YTL'nın tahsiline ilişkin verilen hüküm kesinleşmiştir.

Bu durumda, davacının ancak bir sonraki dönem olan 1.8.2005 tarihinden itibaren kira parasının tespitini isteyebileceği göz önünde bulundurulup, 1.8.2005 dönemine ilişkin tespit isteyip istemediği sorulup, hukuki yarar bulunup bulunmadığı da dikkate alınmak suretiyle karar sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi 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, 5.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/10463 **K:** 2008/12256 **T:** 01.07.2008

BORÇLAR HUKUKU • YARGILAMANIN İADESİ • AYNI KONUDA OLUŞAN İKİ AYRI İLAM • AYNI KONUDAKİ İKİNCİ İLAMIN İPTALİ KOŞULU

(1580 SY m. 159; HUMK m. 445/10)

Özet: *Tarafları, dava sebebi ve dava konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde, birinci hüküm taraflar bakımından kesin hükümdür. Bu nedenle, yargılamanın iadesi talebi üzerine ikinci hükmün iptaline karar verilir.*

Dava dilekçesinde iade-i muhakeme istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı belediye tarafından 1.3.1998-31.5.2001 dönemi için davacı aleyhine açılan ecrimisil davasının Bakırköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/497 E.-2003/1066 K.sayılı ilamı ile kısmen kabulüne, 12.900 YTL'nin tahsiline karar verildiğini ve 3. Hukuk Dairesinin 9.3.2004 tarihli ilamı ile onandığını, buna rağmen bu davayı takip eden 1.6.2001-31.10.2002 dönemi için açılan ecrimisil davasının Bakırköy 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/929 E.-2005/175 K.sayılı ve 1.11.2002-31.8.2003 dönemi için açılan üçüncü ecrimisil davasının Bakırköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/175 E.-272 K. sayılı kararı ile davaların reddine karar verildiğini ve 3. Hukuk Dairesinin onama ilamları sonucu kesinleştiğini belirterek birinci ecrimisil kararı ile diğerlerinin çeliştiğini, tarafları konusu ve aynı yer ile ilgili çelişkili kararların bulunması nedeniyle birinci 2001/497 E. 2003/1066 K. sayılı kararın HUMK'un 445. maddesi gereğince iade-i muhakeme yolu ile ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili cevabında; dava konusu kıyı dolgu yerlerin 1580 sayılı Belediye Kanunun 159. maddesi gereğince hüküm ve tasarrufu büyükşehir belediyelerine bırakıldığını bu nedenle birinci kararın doğru olduğunu beyan etmiştir.

Mahkemece; davanın kabulü ile Bakırköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/497 E.-2003/1066 K. sayılı birinci kararın sonraki kararlar ile çelişmesi nedeniyle HUMK'un 445/10. maddesi gereğince iade-i muhakeme ile ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

Hükmü davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosya kapsamından davalı belediye tarafından davacı aleyhine açılan üç ecrimisil davasından birinci davanın mahkemece kabulüne, diğerleri yönünden davaların reddine karar verildiği ve kararların kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Yargılamanın iadesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan fevkalade bir kanun yoludur.

Yargılamanın iadesi sebepleri HUMK'un 445. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır.

HUMK 445/10. maddesine göre tarafları, dava sebebi ve konusu (müddeabihi) aynı olan bir dava hakkında verilen hükme aykırı yeni bir hüküm verilmesine sebep olabilecek bir madde (kanuni dayanak) yokken, aynı mahkeme veya başka bir mahkeme tarafından önceki (birinci) hükme aykırı ikinci bir hüküm verilmiş bulunması, yargılamanın iadesi sebebidir.

Ancak, tarafları, dava sebebi ve müddeabihi aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde, birinci hüküm lehine olan taraf HUMK'un 237. maddesinde açıklanan kesin hükmün sonuçlarından istifade etmektedir. Kesin hüküm nedeniyle önceki günlü kesinleşmiş karar HUMK'un 237. maddesi hükmünce tarafları bağlar. Bu nedenle yargılamanın iadesi talebi üzerine, ikinci hükmün iptaline karar verilir (md. 450, ll). Bundan dolayı, sadece ikinci hükmün iptali için yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir, yoksa, birinci hükmün iptali için yargılamanın iadesi istenemez.

Mahkemece; belirtilen nedenlerle ilk hükme karşı ileri sürülen yargılamanın iadesi talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne hükmedilmesi 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, 1.7.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11728 **K:** 2008/13343 **T:** 15.07.2008

BORÇLAR HUKUKU • ECRİMİSİLİN NİTELİĞİ • RUHSATSIZ VE KAÇAK YAPI

Özet: *Ecrimisil, hak sahibinin kötü niyetli zilyetten isteyebileceği tazminattır. Bu nedenle ecrimisile konu olan villanın ruhsatsız ve kaçak yapı olduğuna bakılmaksızın, malikin mülkiyet hakkının kısıtlandığı ve kullanmadan doğan mal varlığı eksikliği doğduğu dikkate alınacak ecrimisile hükmedilmelidir.*

Dava dilekçesinde 6.500,00 YTL (ıslahen 12.539,94 YTL) ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkili şirketin ihale ile 12.3.2001 tarihinde satın aldığı taşınmaz üzerindeki 15 nolu villayı tahliye emrine rağmen rızaen tahliye etmeyen davalıdan 12.3.2001 tarihinden icraen teslim tarihi olan 20.5.2003 tarihine kadar 6.500,00 YTL ecrimisilin faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, villayı 13.11.1995 tarihli sözleşme ile dava dışı yüklenici firmadan satın almak suretiyle malik olduğunu, natamam olan inşaatı kendisinin tamamladığını, ancak elektrik ve suyu bulunmadığından kullanım iddiasının gerçek olmadığını, faydalı masrafların tahsili için dava açtığını, bu iki davanın birleştirilmesini, kendilerine İİK'in 135. maddesi uyarınca ihtar veya bildirim yapılmadan icraen tahliye ettiklerini, kötü niyetli olmadıklarını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, kamu düzeninden kaynaklanan imar mevzuatı re'en göz önünde bulundurulacağından yasaya aykırı biçimde yapılmış ve yasal hale getirilmemiş kaçak bir bina üzerinde var olduğu iddia edilen bir hakkın yasalarca korunması mahkemelerden istenemeyeceği için, bina ruhsatsız olmakla imar kanununa göre korunamayacağı gerekçesiyle (HGK. 17.11.1999 tarih ve 1999/15- 653/965 s. ve 15.HD'nin çeşitli içtihatlarına göre) ecrimisil talebinin reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Ecrimisil, kısaca hak sahibi zilyedin kötü niyetli zilyetten isteyebileceği tazminat olarak tanımlanabilir.

Dava konusu villanın ruhsatsız, kaçak olmasının onun değerini etkileyeceği kuşkusuzdur. Ne var ki davalının yararlandığı, dolayısıyla davacının mülkiyetten kaynaklanan haklarını engellediği ve malikin kullanma yahut kullandırmasına engel olduğu takdirde onun mamelekinde bir eksilmenin (zararın) varlığı asıldır.

O nedenle, ecrimisil istenen dönem yıkım kararının kesinleştiği 4.11.2003 tarihinden önceki döneme ilişkin olmakla, işin esasına girilerek deliller değerlendirilmek suretiyle sonuca gitmek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi 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,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/10830 **K:** 2008/12415 **T:** 03,07.2008

GÖREV • ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİNİN ASIL SULH HUKUK MAHKEMELERİNİN GÖREVİNİN İSTİSNA OLDUĞU KURALI

(1086 SY m. 7)

Özet: *Davacı, kiralık kasanın kendisine ait olduğunun tespiti ile içindeki değerlerin teslimin istemiştir.*

Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi asıl, Sulh Hukuk Mahkemesinin görevi ise istisna olduğundan, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen davalar ile yasanın açık biçimde Sulh Hukuk Mahkemesini görevlendirmediği, tüm davalar Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür.

Dava dilekçesinde 313 no'lu kiralık kasanın kendisine ait olduğunun tesbiti ile içindeki değerlerin teslimi istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, 313 no'lu kiralık banka kasasanın davacıya ait olduğunun tesbiti ile içinde bulunan hisse senetlerinin ve diğer değerlerin davacıya teslimi talep edilmiştir.

Mahkemece; hisse senetlerinin 5.005 YTL olarak gösterilen değen itibariyle mahkemenin görevli olduğu belirtilmiş ve sabit olmayan davanın reddine karar verilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi asıl, Sulh Hukuk Mahkemesinin görevi ise istisna olduğundan, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen davalar ile yasanın açık biçimde Sulh Hukuk Mahkemesinin görevlendirmediği tüm davalar Asliye Hukuk Mahkemesinde görülür.

Mahkemeler arasındaki görev ilişkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan ötürü dava sonuçlanıncaya kadar re'sen nazara alınır.

O halde mahkemece, davada; *"hisse senetlerinin davacıya ait olduğunun tespiti ve içindeki değerlerin ve hisse senetlerinin davacıya teslimi"* de talep edilmiş olması nedeniyle dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle

reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmeksizin esasa ilişkin hüküm kurulması 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, 3.7.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6404 **K:** 2008/7002 **T:** 26.05.2008

MANEVİ GİDERİM • SOSYAL KİŞİLİK DEĞERLERİNE ZARAR VERİLMESİ DURUMU • İDARİ YARGI KARARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ

(İYUK m 28)

Yargı Kararlarının uygulanmaması hukukun üstünlüğü ilkesi ile yönetilen devletin temel ilkelerinin ihlal edilmesi anlamına geldiğinden, davacıların medeni hakları kapsamındaki sosyal kişilik değerlerine zarar verildiği kabul edilmeli ve olayın gösterdiği tüm özellikler değrlendirilmek suretiyle uygun miktarda manevi tazminata hükmedil-melidir..

Davacı Bursa Barosu Başkanlığı vd. vekili avukat A tarafından, davalı Recep Tayyip Erdoğan aleyhine 06.06.2005 gününde verilen dilekçe ile yargı kararının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 06.12.2006 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 29.04.2008 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacılar vekili avukat (kendisine asaleten diğer davacılara vekaleten) ile karşı taraf davalılardan Recep vekili avukat B ve Oğuz vekili avukat C geldiler, diğer davalılar adlarına gelen olmadı. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Davalılar Bursa Barosu başkanlığı, Doğayı ve Çevreyi Koruma Başkanlığı, Eralp, Fethiye, Kadriye, Burak, Nezih, İsmail, Nalan, Okan, N. Sinan, Erol ve Cankat'ın temyiz itirazları dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine, özellikle idare mahkemesi davalarında taraf olmamaları veya idari davalarının ehliyet yönünden reddedilmiş olması, o davalarda vekil olarak görev yaptıkları konusunda da bir delil bulunmamasına ve doğrudan zarar gören durumunda olmadıklarına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacılar Ali, Cevdet, Yahya, Cumhur ve Şenay'ın temyiz itirazlarına gelince; dava idari yargı kararlarının uygulanmaması nedenine dayalı manevi tazminat isteklerine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ve karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir,

a) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalılar Oğuz ve Hikmet İdare mahkemesi iptal kararlarının verildiği tarihteki görev ve yetki sımdan itibarıyla bu kararların uygulanması hakkında karar verebilecek konumda olmamaları nedeniyle bu davalılara yönelen temyiz itirazları reddedilmelidir.

b) Davalılar Recep, Zeki ve Mehmet'e yönelen temyiz itirazlarına gelince: 09.12,1997 tarihli Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile izin verilen nişasta fabrikasının kurulacağı bölgenin tarım alanı olması nedeniyle fabrikanın nitelik ve kapasitesi itibarıyla ağır doğal ve çevre zararlarına yol açacağı iddia edilerek idare Mahkemesine iptal davası açılmıştır. Bundan sonra yeni idari kararlar ile fabrika inşaatı için ruhsat verilmiş, fabrikanın kurulduğu taşınmaz imar planı değişiklikleri ile önce Büyükşehir daha sonra Gemlik Belediyesi yetki alanı içine alınmıştır. Bu arada fabrika için Bayındırlık Bakanlığınca deşarz emisyon izni de verilmiştir. Tüm bu kararlar hakkına da yeni iptal davaları açılmış en son 2004 yılı içinde kesinleşen idare mahkemesi kararları ile söz konusu fabrikanın kurulmasına izin veren tüm idari kararlar davacıların dayandığı gerekçeler doğrultusunda iptal edilmiştir.

İdare mahkemelerinin iptal kararlarının kesinleşmesinden sonra davacılar, bu kararları uygulamakla görevli olan davalılara yazılı uyarı ile bildirim yaparak iptal kararları doğrultusunda uygulama yapılmasını istemişlerdir. İdare hukukunun genel kuralları içerisinde asıl olan, bir idari kararın iptali halinde, iptal edilen karardan önceki durumun sağlanmasıdır. Ancak ne var ki dava konusu olayda davalılar bu konuda üzerlerine düşen görevi yerine getirmemişlerdir. İptal edilen idari kararlar nedeniyle fabrika tamamen izinisiz ve ruhsatsız hale gelmiş olduğundan faaliyetlerine son verilmesi gerekir. Yapılmış olan son düzenlemeye göre bu yetki Gemlik Belediye Başkanlığına ait olduğu halde bu yönde bir işlem yapılmadan sadece fabrikaya iptal kararlarına uyması yönümle şekli bir uyan yapılmakla yetinilmiştir. Bu ise iptal kararlarının uygulandığı anlamına gelmez. Fabrikanın kurulup faaliyete geçmesi için gerekli izinleri vermiş olan Bayındırlık Bakanlığı iptal kararlarından sonra bu izinleri geri alması gerektiği halde bu yönde işlem yapıldığı konusunda hiçbir delil yoktur. Söz konusu fabrika Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu kararı üzerine kurulmaya başlamış bu karara karşı ve bundan sonraki diğer idari kararlara karşı açılmış olan iptal davaları nedeniyle verilen yürütmeyi durdurma kararları üzerine bizzat dayalı Başbakan tarafından imzalanmış olan 6.6.2003 tarihli yazı ile fabrikanın işletilmesine devam edilmesi bildirilmiştir. İptal kararlarının kesinleşmesinden sonraki aşa-

mada ise yapılan yazılı bildirime rağmen iptal kararlarının uygulanması yönünde bir işlem yapmadığı gibi 6.6.2003 günlü yazıdaki görüş doğrultusunda fabrikanın faaliyetine imkan verecek yeni idari ve yasal düzenleme arayışları içerisine girdiği anlaşılmaktadır. Böylece adı geçen üç davalı yetki ve görev itibarıyla idare mahkemesi kararlarını uygulama imkanına sahip iken bunun gereğini yerine getirmemişlerdir. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanmamasından doğan zararlardan İYUK'un 28. maddesi uyarınca şahsen sorumludurlar.

Davacılar Ali ile Cevdet yaşadıkları bölgede kurulmak istenilen fabrikanın verimli tarım alanın içerisinde yer aldığı, böyle bir yerde sanayi tesisi kurulmasının tarım alanlarının azalmasına yol açacağı, doğa ve çevreye zararlar vereceği düşüncesi ile açmış oldukları idari davalar ile bunun önlenmesini amaçlamışlardır. *"Özel hayatında sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının* (Anayasa madde 56-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8)" korunması amacıyla açılan davalarda davacılar Yahya, Cumhur ve Şenay vekillik görevi üstlenerek hukuki yardımda bulunmuşlardır. Açılan idari davelar sonucunda fabrikanın büyüklüğü ve niteliğine göre tarım alanı içerisinde kurulmasının hukuka uygun olmadığı temel gerekçesi ile iptal edilmiştir. Bundan sonra yapılması gerekli kesinleşen idare mahkemesi kararlarının hiçbir surette değiştirilmeden ve gecikmeden uygulanmasıdır. (Anayasa madde 138/4) Ancak yukarıda açıklandığı üzere idare mahkemesi kararlarının uygulanması mümkün olmamıştır.

Herkes medeni hak yükümlülüklerinin karara bağlanmasını bir yargı yerinden isteme hakkına sahiptir, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/1) Şüphesiz bu hak yargı kararlarının uygulanmasını da kapsamaktadır. Bunun aksini düşünmek yasaların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş olan hukuk devleti ilkesine de uymaz.

Davacılar Ali, Cevdet, Yahya, Cumhur ve Şenay zorlu, uzun ve karmaşık bir yargılama sürecine dahil olmuşlar ve yetkililerin lehlerine verilen kararlara uymasını sağlamak için ayrıca uğraşı göstermişler, ancak tüm bunlara rağmen istedikleri sonuca ulaşamamışlardır. Böyle bir durum hukukun üstünlüğü ile yönetilen devletin temel ilkelerinin ihlal edilmesi anlamına geldiğinden, davacıların medeni hakları kapsamındaki sosyal kişilik değerlerine zarar verildiği kabul edilmeli ve olayın gösterdiği tüm özellikler değrlendirilmek suretiyle uygun miktarda manevi tazminat verilmelidir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde davanın tümden reddine karar verilmiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2/b) nolu bentte gösterilen nedenle davacılar Ali, Cevdet, Yahya, Cumhur ve Şenay yararına **BOZULMASINA**, davalılar Oğuz ve Hikmete yönelen temyiz itirazlarının (2/a) nolu bentte, diğer davacıların temyiz itirazlarının ise ilk bentte gösterilen nedenlerle reddine ve temyiz eden davacılar Ali, Cevdet, Yahya, Cumhur,

Şenay yararına tadir olunan 550.00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davalılara yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26.05.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumuzdan sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Ali Sezgin	**Sadık Demircioğlu**

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11717 **K:** 2007/8308 **T:** 17.06.2008

HAKSIZ EYLEM • MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU • HAKSIZ HACİZ

Özet: *Haksız eylemi nedeniyle bir kimsenin sağlığında o kimseden istenebilecek tüm tazminat talepleri terekesi ile birlikte miraçılara yönelik olarak da ileri sürülebilir. O halde, murisin uyguladığı haksız hacizden doğan maddi ve manevi zarar mirasçılardan talep edilebilir.*

Davacı M. Ali İnci vd. vekili avukat tarafından, davalı Nezahat mirasçısı Şenel aleyhine 21.02.2006 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 05.06.2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, murisin yaptığı haksız haciz uygulaması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, murisin üçüncü kişilerin kişilik haklarını ihlal etmesi nedeni ile manevi tazminat talebinin ancak onun sağlığında kendisinden istenebileceği, manevi sorumluluk ve yükümlülüğün mirasçılarına geçmeyeceği gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş, karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Haksız olduğu iddia edilen haczin davalının murisi tarafından ve onun sağlığında konulmuş olduğu hususu tartışmasızdır. Murisin eyleminin haksız olduğunun anlaşılması durumunda, bu eylem nedeni ile murisin sağlığında kendisinden istenebilecek tüm tazminat talepleri terekesi ile birlikte mirasçılara yönelik olarak da ileri sürülebilir. Mirasın reddedildiğine ilişkin dosyada ileri sürülen bir iddia ve bu konuda delil bulunmadığına göre mahlcemece, işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle davacılar yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 17.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/13162 **K:** 2007/13037 **T:** 26.10.2007

KÜÇÜĞÜN HAKSIZ EYLEMİ NEDENİYLE AİLE BAŞKANININ SORUMLULUĞU • GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

(4721 SY m. 369; 4787 SY m. 4)

Özet: *Dava, küçüğün haksız eylemi nedeniyle aile başkanı olan davalının sorumluluğu istemine ilişkindir.*

Mahkemenin görevli olup olmadığı konusu, kamu düzenine ilişkindir. Bu itibarla görev, resen gözetilir. Aile başkanının sorumluluğunun yasal dayanağı, 4721/369. maddesi bulunmaktadır. 4787 Yasanın 4. maddesinde; MK'nın 2. kitabından doğan dava ve işlerin aile mahkemesinde çözümleneceği belirtilmektedir. Bu nedenle, davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi bozmayı gerektirmiştir.

Davacı Kemal vekili avukat tarafından, davalı Metin ve diğerleri aleyhine 16.12.2002 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın Metin ve Veysel yönünden kabulüne, diğer davalılar yönünden husumetten reddine dair verilen 20.07.2006 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı ve davalı Metin vekilleri taraflarından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava küçüğün haksız eylemi nedeniyle, aile başkanı olan davalının sorumluluğu istemine ilişkindir. Dava, veli olan davalı yönünden reddedilmiş hüküm, davacı ve davalılardan Metin tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemenin görevli olup olmadığı konusu, kamu düzenine ilişkindir. Bu itibarla görev, re'sen gözetilir. Aile başkanının sorumluluğunun yasal dayanağı, yeni MK'nın ikinci kitabında (369. maddede) bulunmaktadır. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Yasasının 4. maddesinde; MK'nın ikinci kitabından doğan dava ve işlerin aile mahkemesinde çözümleneceği belirtilmektedir. Somut olayımızda MK'nın 369. maddesinin uygulanması söz konusu olduğundan bu davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Şu durum karşısında görev yönünden dava dilekçesinin reddedilmesi gerekirken mahkemece işin esasının incelenmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle davacı yararına **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalının temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davacıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 26.10.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1471 **K:** 2008/4639 **T:** 03.04.2008

İDARİ YARGININ GÖREV KAPSAMI • KAMU HİZMETİ • HİZMET KUSURU

(İYUK m. 2)

Özet: *Davacı, davalı idare tarafından alınan karar gereğince yürütülen kamu hizmeti sırasında zarar gördüğünü ileri sürdüğüne göre, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının idare hukuku ilkeleri uyarınca saptanması gerektiğinden, 2577 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi gereğince bu tür davalara bakmaya idari yargı yeri görevlidir.*

Davacı Süzer ve diğerleri vekili avukat tarafından, davalı Bağcılar Belediye Başkanlığı aleyhine 26/03/2004 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 07.09.2006 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, haksız yıkım nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; kararı davalı temyiz etmiştir.

Davacılar, maliki oldukları binanın davalı Bağcılar Belediye Başkanlığı tarafından yıkılması nedeniyle tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı ise, dava konusu binanın 3194 sayılı İmar Yasası gereğince ve Belediye Encümeni kararına dayanılarak yıkıldığını belirterek davanın reddini, istemiştir.

Davacı, davalı idare tarafından alınan karar gereğince yürütülen kamu hizmeti sırasında zarar gördüğünü ileri sürdüğüne göre olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının idare hukuku ilkeleri uyarınca saptanması gerektiğinden 2577 sayılı Yasası'nın 2. maddesi gereğince bu tür davalara bakmaya idari yargı yeri görevlidir. Yukarıda açıklanan nedenle ve husumetin de görevli mahkemece belirlenmesi gerektiğinden mahkemece yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmek gerekirken, işin esası hakkında karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının şimdiden incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 03.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12770 **K:** 2008/7874 **T:** 09.06.2008

BORÇLAR KANUNU • ZAMANAŞIMI • ISLAHLA KALANIN İSTENMESİ • ISLAHA KARŞI ZAMANAŞIMI DEFİ YAPILMASI

(818 SY m. 42, 126; 765 SK-mülga m. 101)

Özet: *Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna göre, bakiye miktar için 14.03.2006 tarihli ıslah dilekçesi ile talep bulunulmuştur. Davalılar ıslah dilekçesine karşı zamanaşımı savunamasında bulunmuşlardır. Olay tarihi 20.09.1999 günü olup, iki kişi yaralanmıştır. TCK'na göre eylem 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Davacının yaptığı harcamalar 1999 yılına aittir. Islahla istenen miktarın zamanaşımına uğradığı gözetilerek o kısımla ilgili talebin zamanaşımı yönünden reddi gerekir.*

Davacı İbrahim vd.leri vekili avukat tarafından, davalı Salim vd.leri aleyhine 27.04.2000 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 03/07/2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, dava kabul edilmiştir.

Yargılama sırasında alman bilirkişi raporuna göre, bakiye miktar için 14.03.2006 tarihli ıslah dilekçesi ile talepte bulunulmuştur. Davalılar ıslah dilekçesine karşı zamanaşımı savunmasında bulunmuşlardır. Olay tarihi 20/09/1999 günü olup, iki kişi yaralanmıştır. Türk Ceza Kanununa göre eylem 5 yıllık ceza zamanaşımına tabidir. Öte yandan davacının yaptığı harcamalarda 1999 yılına aittir. Şu durumda ıslahla istenen miktarın zamanaşımına uğradığı gözetilerek o kısımla ilgili talebin zamanaşı-

mı yönünden reddi gerekirken, kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenle **BOZULMASINA,** diğer temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 09.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/7959 **K:** 2008/8894 **T:** 30.06.2008

BORÇLAR HUKUKU • ECRİMİSİL TAKDİRİ • ARAŞTIRMA YÖNTEMİ

Özet: *Dava konusu taşınmazdan ne şekilde gelir elde edileceğine ilişkin deliller toplanmaksızın ve emsal kira sözleşmeleri de incelenmeksizin "ecrimisil" takdiri usul ve yasaya aykırıdır.*

Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin tesbiti ve tescil, birleşen dava ise ecrimisil davasının kısmen kabul-kısmen reddine dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca ONANMASI hakkında Daireden çıkan kararı kapsayan 13.03.2008 gün ve 2008/1480 Esas - 2008/3054 Karar sayılı ilama karşı davalı vekili yönünden verilen dilekçe ile karar düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dosyada bulunan kanıt ve belgelere, Yargıtay kararında yazılı gerekçelere göre davacı idare vekilinin sair karar düzeltme isteği HUMK'un 440. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından REDDİNE, ancak;

Dava konusu taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespit edilmesinde bir isabetsizlik görülmemekle beraber, birleştirilen davada ecrimisil talebinin tahsiline karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulması gerekirken onanmış olduğu bu kez yapılan incelemede anlaşıldığından, davacı idare vekilinin bu hususa dair karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 13.13.2008 gün ve 2008/1480-3054 Sayılı onama kararının kaldırılmasına karar verilip bu defa yapılan incelemede;

Dava, 4650 sayılı Kanunla değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili, birleştirilen dava ise ecrimisil istemine ilişkindir.

Mahkemece, dava ve birleştirilen davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Arsa niteliğindeki taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesinde ve tespit edilen bedelin bloke ettirilerek hükmün kesinleşmesi beklenmeden davalı tarafa ödenmesine, dava konusu taşınmazın

davalılar adına olan tapusunun iptali ile yok olarak terkinine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Bu nedenle davalılar vekilinin tüm, davacı idare vekilinin sair temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine karar verilmiştir. Ancak;

Dava konusu taşınmazdan, ne şekilde gelir elde edileceğine ilişkin iddia ve delilleri davalılardan sorulmadan ve ne şekilde gelir sağlandığı tespit edilmeden, bu hususa ilişkin emsal kira sözleşmeleri ve delilleri toplanılmadan ecrimisil isteminin kabulüne karar verilmesi, doğru görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** peşin alınan karar düzeltme ve temyiz harcının istenildiğinde davacı idareye geri verilmesine, aşağıda yazılı kalan onama harcının davalıdan alınmasına, 30.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11 **K:** 2008/2784 **T:** 11.03.2008

KİRA HUKUKU • KİRA SÖZLEŞMESİ • TAHLİYE TAAHÜDÜ • TAHLİYE TAAHÜDÜNE UYMA ZORUNLULUĞU

(6570 SK m. 7/a)

Özet: *Kiracı (taahhütnamenin kira sözleşmesinin tanzimi sırasıda alındığını, tanzim tarihinin sonradan doldurulduğunu) savunmuş ise de; imzası inkar edilmeyen taahhütnamede "halen icar ve işgali altındaki" davacıya ait dairede oturduğunu ve bu şekilde tahliye taahhüdünü kiralananda otururken verdiğini kabul etmiştir. Öte yandan atılan imza, imza sahibi kiracıya bağlayacağından tahliye taahhüdünü içeren bu belgedeki tarihlerin sonradan doldurulduğu yolundaki itiraza itibar edilemez. Taahhütnamedeki tanzim tarihinin boş olarak bırakılıp davacıya verildiğinin kaul edilmesi halinde dahi davalı kiracı bu şekilde davranışının sonucuna katlanmak zorundadır. Kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekir.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı itirazın iptali-tahliye davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, tahliye taahhüdü nedeniyle kiralananın tahliyesine yönelik olarak yapılan icra takibine itirazın iptali ve kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, davalının kiralananda 1.9.2003 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile kiracı olup 15.10.2003 tarihinde verdiği tahliye taahhüdüyle kiralananı 30.8.2005 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt ettiğini, süresinde boşaltmaması üzerine hakkında yapılan icra takibine de tahliye taahhüdünün kira sözleşmesinin imzalandığı sırada verildiğinden geçersiz olduğunu ileri sürerek itiraz ettiğini, oysa sözleşme ve taahhüt tarihlerinin açık olduğunu, taahhütnamenin kira sözleşmesinden sonra ve kiralananda oturulurken verildiğini, davalının itirazını doğrular nitelikte bir belge sunamadığmı belirterek, itirazın iptali ile davalının kiralanandan tahliyesini talep etmiştir. Davalı vekili, kira sözleşmesinin em-

lakçı tarafından hazırlandığını, kiralayan ve emlakçının şart koşması üzerine sırf kira sözleşmesi yapabilmek için davalının tahliye taahhüdü imzalamak zorunda kaldığını, sözleşme ve taahhütnamenin aynı daktilo ile yazıldığını, taahhütnamedeki tanzim tarihinin sonradan eklendiğini, kira sözleşmesi ile birlikte ve davalının serbest iradesi dışında verildiğinden taahhütnamemin geçersiz olduğunu, üstelik davacının yeni dönem kira parasını ihtirazı kayıtsız alarak kira sözleşmesinin devamına rıza gösterdiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiralan Hakkındaki Kanun'un 7/a maddesi ve yerleşen içtihatlara göre tahliye taahhütnamesi sebebiyle açılan davalarda tahliye kararı verilebilmesi için taahhütnamenin sözleşmenin yapılmasından sonra, kiralananda oturulurken serbest irade ile verilmesi gerekir. Bu özellikleri taşımayan taahhüde dayanarak tahliye kararı verilmesi mümkün değildir.

Olayımıza gelince; icra takibinde ve davada dayanılan ve hükme esas alınan 1.9.2003 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı, davalı tarafından düzenlenen 15.10.2003 tanzim ve 30.8.2005 tahliye tarihli tahliye taahhütnamesine dayanarak 22.9.2005 tarihinde Bakırköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2005 / 5397 sayılı dosyası ile kiralananın tahliyesi için davalı hakkında icra takibi yapmıştır. İcra takibine yasal süresi içinde itiraz eden davalı, tahliye taahhütnamesinin sözleşme başlangıcında alındığından geçersiz olduğunu ileri sürmüş, bu itirazını yargılama sırasında da yinelemiştir. Davalı her ne kadar tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi düzenlenmesi sırasında alındığını ve tanzim tarihinin sonradan doldurulduğunu savunmuş ise de, imzası inkar edilmeyen taahhütnamede *"halen icar ve işgali altındaki"* davacıya ait dairede oturduğunu ve bu şekilde tahliye taahhüdünü kiralananda otururken verdiğini kabul etmiştir. Öte yandan atılan imza, imza sahibi kiracıyı bağlayacağından tahliye taahhüdünü içeren bu belgedeki tarihlerin sonradan doldurulduğu yolundaki itiraza itibar edilemez. Taahhütnamedeki tanzim tarihinin boş olarak bırakılıp davacıya verildiğinin kabul edilmesi halinde dahi davalı kiracı bu şekildeki davranışının sonucuna katlanmak zorundadır. Tanzim tarihinin sonradan doldurulmuş olmasının sonuca etkisi bulunamamaktadır.Takip süresinde yapılıp dava açıldığına göre serbest irade ile kiralananda oturulurken verilen tahliye taahhüdünün geçerli olduğunun kabulüyle kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın 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, 11.3.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/8090 **K:** 2008/10150 **T:** 23.09.2008

KİRA HUKUKU • TEMERRÜT NEDENİYLE TAHLİYE • ESKİ KİRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ • PAYLI MÜLKİYET

(818 SY m. 261)

Özet: *Önceki malik ile davalı arasında yapılan 1 yıl süreli kira sözleşmesi geçerli olup, halen yürürlüktedir. Mahkemece bu sözleşme hükümleri dikkate alınarak davacının payına isabet eden kira bedelinin hesaplanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, itirazın iptali ve tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde müvekkilinin, davalının kiracı, olarak bulunduğu taşınmazı 18.07.2005 tarihinde satın aldığını ve önceki malikle davalı arasında 15.07.2003 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi olduğunu, kiralananı satın aldıktan sonra kira bedellerinin kendisine ödenmesi için ihtarname gönderilmesine rağmen 2006 Temmuz 2007 Mart arası 9 aylık kira bedeli 4.500 YTL'nin ödenmemesi üzerine icra takibi başlatıldığını davalının itirazı üzerine takibin durduğunu belirterek itirazın iptaline ve tahliyeye karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, cevap dilekçesinde, taraflar arasında kira ilişkisi olmadığını gönderilen ihtarlara tapu fotokopisi ve başka belge eklenmediğini, kira bedellerinin düzenli olarak tevdi mahalline yatırıldığını bildirerek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece taşınmazın müşterek mülkiyet hükümlerine tabi olduğu icra takibi ve davanın pay paydaş çoğunluğu sağlanmadan açıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

1- Dosya kapsamına, toplanan delillere ve karar yerinde yazılı gerekçeye göre davacının tahliyeye yönelik temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının alacağa yönelik temyiz itirazlarına gelince; önceki malik ile davalı arasında yapılan 15.07.2003 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi geçerli olup, halen yürürlüktedir. Sözleşmeye göre aylık kira bedeli 210 YTL olup, kira sözleşmesinde artış şartı düzenlenmemiştir. Mahkemece bu sözleşme hükümleri dikkate alınarak davacının 53/343

payına isabet eden kira bedelinin hesaplanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde alacak isteminin de reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 no'lu bentte yazılı nedenlerle tahliyeye ilişkin hüküm kısmının **ONANMASINA,** 2 no'lu bentte yazılı nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün alacağa hasren **BOZULMASINA,** onanan kısım için temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 23.09.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/9686 **K:** 2006/12048 **T:** 28.11.2006

KİRA HUKUKU • KİRA SÖZLEŞMESİ • KİRA ARTIŞI • KİRA ARTIŞ ORANININ BELİRLENMESİNDE UYGULANACAK YÖNTEM

Özet: *Mal sahibiyle imzalanan 01.03.2002 günlü ve 5 yıl süreli sözleşmede aylık kira (1.000,00 YTL) olarak belirlenmiş ve her yıl TEFE-TÜFE ortalaması oranında artırılacağı kararlaştırılmışsa da; daha sonra 31.12.2002'den itibaren aylık kiranın 2.320,00 YTL'ye çıkarıldığına dair şirket temsilcileriyle yeni bir sözleşme imzalandığına göre, kira parasının tespitinde bu sözleşmenin gözönünde tutulması gerekir.*

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava kira alacağı için tahliye istekli olarak yapılan takibe vaki itirazın kaldırılması ile tahliye istemine ilişkin olup, mahkemece istemin reddi üzerine hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki 1.3.2002 tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu kira sözleşmesinde aylık kira 1.000,00 YTL olarak belirlenmiş ve her yıl TEFE-TÜFE ortalaması oranında artırılacağı kararlaştırılmıştır. Davacı; kira sözleşmesinde kira bedeli bu şekilde belirlenmesine rağmen daha sonra yapılan sözleşme gereği 31.12.2002 tarihinden itibaren aylık kiranın 2.320 YTL'ye çıkarıldığını ve kira sözleşmesindeki artış oranının bu miktara eklenmesiyle takibe konu dönem kirasının 3.650 YTL olduğunu savunmuş, takibini de bu

miktar üzerinden yapmıştır. Davalı ise daha sonra düzenlenen sözleşmeye kiracının taraf olmadığını bu nedenle geçerli olmayıp kira parasının sözleşmeye göre belirlenmesi gerektiğini buna göre belirlenen miktarı da fazlasıyla ödediğini savunarak takibe itiraz etmiştir. Kira sözleşmesinde kiracı C. Gıda Tur. ve Ltd. Şti olup, kira parasının 31.12.2002 tarihinden itibaren 2.320 YTL'ye çıkarıldığına dair sözleşme ise Osman ve Cem tarafından imzalanmıştır. Dosya içinde bulunan imza sirkülerinde Osman ve Cem'in şirketi temsile yetkili oldukları anlaşılmaktadır. O halde sözleşme adı altında düzenlenen belgeninde şirketi temsilen yapıldığının kabulü gerelcmekte olup, bu sözleşmeye değer verilmelidir. Bu sözleşme kiracılık sıfatını etkileyen bir sözleşme olmayıp yalnızca kira parasının belirlenmesine yöneliktir. Bu durumda kira paralarının bu sözleşme nazara alınarak tespit edilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 28.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/7478 **K:** 2008/9253 **T:** 14.07.2008

KİRA HUKUKU •İTİRAZIN İPTALİ •TEMEMRRÜT • TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ •

Özet: *Mahkeme iddia ve savunmayla sınırlı olup, talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedemez.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava itirazın iptali ve temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne, temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesine, 6,300 YTL asıl alacak üzerinden itirazın iptaline takibin devamına karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar vekili, kira sözleşmesi 7. madde gereği muacceliyet şartı bulunduğunu, davalı borçluların ödeme emri tebliği üzerine 1.000 YTL borcu kabul edip geri kalan 5.300 YTL alacağa kısmi itiraz ettiklerini, 30 günlük süre içinde ödeme yapılmadığını bildirerek kiralananın tahliyesi ile icra takibine yapılan kısmi itirazın kaldırılması, takibin devamına ve % 40 icra inkar tazminatı verilmesini istemiştir. Davalılar duruşmaya katılmamışlar ve herhangi bir beyanda bulunmamışlardır. Mahkemece, temerrüt nedeni ile tahliye ve itirazın iptali davasında, taraflar arasında düzenlenin 15.06.2006 başlangıç tarihli 3 yıl süreli kira sözleşmesinin 7. maddesinde muacceliyet koşulu bulunduğunu,takibe konu borç davalılar tarafından ödenmediğinden temerrüt oluştuğu bildirilerek, itirazın iptaline, 6.300 YTL üzerinden takibin devamına, bu miktar üzerinden % 40 icra inkar tazminatına ve temerrüt nedeni ile kiralanandan tahliyeye karar verilmiştir.

1-) Dosya kapsamına, toplanan delillere kararın dayandığı gerekçelere göre davalılar vekilinin tahliyeye ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

2-) Davalılar vekilinin alacağa yönelik temyiz itirazlarına gelince; davacı vekili dava dilekçesinde davalıların icra takibine kısmi itirazlarının iptali ile itiraz edilen kısım yönünden takibin devamı ile kısmi itiraz üzerinden % 40 icra inkar tazminatı verilmesini istemiştir. İcra dosyasında 6.300 YTL üzerinden takip yapılmış, davalı borçlular 1.000 YTL kira borcu olduğunu kabul ederek geri kalan miktara kısmi itiraz etmişlerdir.

6.300 YTL üzerinden yapılan icra takibinde 1.000 YTL kira borcu kabul edildiğine göre itiraz edilen kısım

5.300 YTL' dir. Davacılar vekili de itiraz edilen bu kısıra üzerinden itirazın iptali ile takibin devamı ve icra inkar tazminatı verilmesini istemiştir. Mahkemece davacının talebi aşılarak 6.300 YTL üzerinden itirazın iptaline ve takibin devamı ile 6.300 YTL üzerinden % 40 icra inkar tazminatına karar verilmiştir. Mahkeme resen nazara alınabilecek istisnalar dışında iddia ve savunma ile bağlı olup talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyeceği HUMK'un 74. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Mahkemenin bu ilke doğrultusunda durumu değerlendirip sonucuna göre bir karar vermesi gerekirken, yazılı şekilde talep aşılarak karar verilmiş olması doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda 1. nolu bentte yazılı nedenle hükmün tahliyeye ilişkin kısmının **ONANMASINA,** 2. nolu bentte yazılı nedenle hükmün itirazın iptaline ilişkin kısmının **BOZULMASINA,** onanan kısım için aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenden alınmasına 14.7.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5589 **K:** 2008/6926 **T:** 02.006.2008

KİRA HUKUKU • KİRACININ AYNI BELEDİYE SINIRLARI İÇİNDE KONUT MALİKİ OLMASI DURUMU • TAHLİYE DAVASI

Özet: *Mahkeme iddia ve savunmayla sınırlı olup, talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedemez.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, davalının eşinin, aynı belediye hudutları içerisinde oturmaya elverişli konutunun bulunması sebebiyle kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının eşinin, oturmaya müsait konutunun bulunması sebebiyle kiralananın tahliyesini istemiş, davalı vekili, davalı ve eşinin hasta olduğunu, üç yetişkin çocuklarının bulunduğunu, konutun sağlık durumlarına uygun olmaması nedeniyle davanın reddini savunmuş, mahkemece konutun oturulabilir nitelikte olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

6570 Sayılı Yasa'nın 7/son maddesine dayanılarak açılan tahliye davasında tahliye kararı verilebilmesi için davalı veya eşine ait olduğu ileri sürülen konutun kiralananla aynı şehir veya belediye hudutları içinde olması ve davalının sosyal durumu, aile nüfus sayısı itibariyle oturmasına elverişli bulunması gerekir. Bu iki koşulun bir arada bulunması zorunludur. Mücavir alanda olduğu halde belediye hududu içindeki yerlerden farksız her türlü belediye hizmetlerinden yararlanılan yerler de bu maddenin kapsamı içinde sayılır.

Olayımıza gelince; davalının eşine ait konutun bulunduğu tartışmasızdır. Uyuşmazlık, varlığı kabul edilen konutun, davacı ve ailesinin oturmasına elverişli bulunup bulunmadığı noktasındadır. Bilirkişilerce yapılan mukayeseli keşif neticesinde belirlenen, kiralanan 78 m^2, davalının eşine ait ev ise 70 m^2 olup, her ikisi de 2 oda bir salondan ibarettir. Bu durumda konutlar arasında m^2 ve oda sayısı olarak farklılık bulunmamaktadır. Fark kiralananın 2. kat, eşe ait konutun 3. katta bulunmasıdır. Daireler arasında bir kat farkı olması davanın reddini'gerektirmez. Ayrıca davalı ve eşinin sağlık sorunlarının olduğu dosya içerisindeki sağlık raporlarından anlaşılmaktadır. Ne var ki her iki taşınmazda da asan-

sör bulunmamaktadır. Bu nedenle sağlık sorunları için bir kat farkı da davanın reddi için geçerli bir neden değildir. Nitekim ileri sürülen sağlık sorunu mahkemecede kayda değer bulunmadığından karara gerekçe yapılmamıştır. Davalının eşine ait konutun aylık kirasının 820.00 YTL olduğu da gözönüne alındığında konutun oturmaya elverişli olduğu kabul edilerek davanın kabulüne ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 02.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/1170 **K:** 2005/1228 **T:** 21.04.2005

BORÇLAR HUKUKU • ADLİ YARGININ GÖREV ALANI •İSKİ'NİN HUKUKİ STATÜSÜ • TACİR SIFATI • HAKSIZ FİİL

(TTK m. 18/1)

Özet: *Üstlenmiş olduğu kamu hizmetini özel hukuk kurallarına göre yürüten İSKİ'nin tacir sayılacağı ve tacir olan davalıya karşı haksız fiile dayanarak açtığı davaya adli yargıda bakılacağı sonucuna varılmalıdır.*

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün onanmasına ilişkin olarak daireden verilen 16.9.2004 gün ve 2004/2307-2053 sayılı ilamın tashihi karar yoluyla incelenmesi davacı İSKİ Genel Müdürlüğü tarafından istenilmekle, tetkik hakiminin raporu ve dosyadaki belgeler okundu. Gereği görüşüldü:

Mahkemece davacı İSKİ Genel Müdürlüğü'nün dava ettiği alacak niteliği ve içeriği itibariyle kamu alacağı olduğu 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre tahsilinin mümkün bulunduğu bu nedenle dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçe gösterilerek davasının reddine karar verilmiş ise de; 2560 sayılı Yasa'ya dayanılarak çıkartılan yönetmeliğin 9.4.c maddesi tahsilatın 6183 sayılı Kanuna göre yapılacağını amir ise de, dava konusu alacak bu kanun kapsamında yer alan alacaklardan değildir. Özel Hukuk hükümleri çerçevesinde doğan böyle bir alacağın genel hükümlere göre dava konusu yapılmasında hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Kaldıki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2560 sayılı Kanuna tabi olan İSKİ'nin "gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de, faaliyetini Özel Hukuk kuralları çerçevesinde yapması nedeniyle TTK'nın 18/1. maddesi hükmü anlamında tacir sayılacağı ve tacir olan davalı ile davacı arasında haksız fiilden kaynaklanan (TTK'nın 3. maddesi) davalara bakma görevinin adli yargının görevine girdiği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.11.1995 gün ve 1995/11-647, 1995/1043 E.K sayılı kararlarıyla da benimsenmiştir. Bu durumda, tacir olan İSKİ ile davalı arasında haksız fiilden kaynaklanan davaya bakma görevinin adli yargıya ait olduğu gözönünde bulundurularak, işin esasına girilmesi taraf delillerinin toplanarak hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu yönler gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir. Bu olgular karşısında yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle bozulması gerekirken hükmün yanılgı ile onandığı anlaşılmakla davacı İSKİ'nin karar düzeltme isteminin kabulüne, dairenin 16.9.2004 günlü 2004/2307-3053 E.K. sayılı onama ilâmının

kaldırılması, açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan 20.600.000 TL (20,60 YTL) harcın istek halinde davacıya iadesine, 21.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2073 **K:** 2008/2557 **T:** 10.06.2008

TAŞINMAZ HUKUKU •COĞUN İÇİNDE AZ DA VARDIR KURALI •EDA DAVASI • TESPİT DAVASI • AİDİYET TESPİTİNİN KAPSAMI • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN NİTELİĞİ • OLUMSUZ DAVA KOŞULU

(3402 SY m. 12/3; 818 SY m. 61; 4721 SY m.684, 718))

Özet: *Kural olarak, eda davası açılabilecek durumlarda tespit davası açılabilmesi mümkün değildir.*

Muhtesatın bağlı olduğu taşınmazdan ayrı bir mülkiyet olamayacağından, muhdesatın mülkiyetinin ayrıca tespiti için dava açılamaz. Ancak, muhdesatın kim tarafından yapıldığına ilişkin hüküm kurulabilir.

Bu nedenlerle davacının; alacak davası açma hakkı varken, yaptığı iyileştirme giderlerinin tespitini ve muhdesat mükiyetinin tespitin isteyebilme hakkı yoktur.

Hak düşürücü süre olumsuz dava koşulu olup, taraflarca ileri sürülmese bile mahkemece resen dikkate alınmalıdır.

Taraflar arasında görülen dava sonu Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi için tebliğ edilen 10.06.2008 günü belirlenen saatte temyiz eden davalı Hüseyin vekili avukat ile, aleyhine temyiz istenilen davacı Sabri vekili avukat geldiler. Gelenlerin huzuru ile duruşmaya başlandı. Duruşmada hazır bulunan tarafların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. Tetkik hakiminin raporu okundu. Dosyadaki belgeler incelendi, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

1- Dava niteliği ve içeriği itibariyle taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın mülkiyetinin tesbiti istemine ilişkindir.

İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere, bu yolla saptanan dava niteliğine ve özellikle iddia ve savunmanın kıymetlendirilmesi yönünden bilgisine başvurulan ve hükme dayanak yapılan uzman bilirkişi raporunun niteliği, içeriği ve dosya kapsamında toplanıp değerlendirilen delillere, delillerin takdir, tahlil ve tartışımına ilişkin

hükümde gösterilen gerekçelere göre davalı tarafın aşağıdaki bendin dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının **REDDİNE,**

2- Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve soruşturma, toplanan deliller hüküm vermeye yeterli olmadığı gibi, oluşturulan hüküm de davanın niteliğine ve yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3 maddesi hükmünde, kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçtikten sonra, bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere karşı kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açılamayacağı belirtilmiştir. Bu süre hakdüşürücü niteliktedir. Hakdüşürücü süre olumsuz dava koşulu olup, diğer dava koşulları gibi taraflarca öne sürülmese bile mahkemece kendiliğinden dikkate alınması ve davanın süre geçtikten sonra açıldığının belirlenmesi halinde esasa girilmeyerek hak düşürücü süre nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

Kural olarak, öğreti ve uygulamada eda davası açılabilecek hallerde tesbit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı kabul edilmektedir. Hukuki yarar dava koşuludur. Daacı tarafın tapu kütüğünde kayıtlı kargir eve sonradan kullanılır hale gelmesi için tadilat ve onarım yaptırdığının belirlenmesi halinde bina değerini artıran ve faydalı ve zorunlu giderlerden sayılan bu iyileştirme giderlerinden payına düşen kısmın koşullarının varlığı halinde BK 61 ve onu izleyen maddeleri hükmüne ve sebepsiz zenginleşme kurallarına göre ileride açılacak eda nitelikli alacak davası ile davalıdan istenebileceği kuşkusuzdur. Davacı tarafın alacak davası açma hakkı mevcut iken yaptığı iyileştirme giderlerinin tespitini istemekte hukuki yararı bulunmadığı gibi, binanın kendisi tarafından yaptırılan onarım ve tadilat nedeniyle kullanılabilir hale geldiğini öne sürerek mülkiyetini iddia etme hakkı da yoktur.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun mülkiyet hakkının kapsamına ilişkin 684. maddesi hükmüne göre, bir şeye malik olan o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olduğu gibi, 718. maddesi hükmüne göre de taşınmaz mülkiyeti araziyle birlikte arazinin üzerinde bulunan bütünleyici parça niteliğindeki muhtesatları da kapsar. Muhtesatların üzerinde bulunduğu taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetinin varlığından söz edilemeyeceğinden, muhtesatların mülkiyetinin tespiti istenemez ve aksine bir hüküm bulunmadıkça taşınmaz üzerindeki muhtesatm arzın maliki olan taşınmaz maliki dışında başka bir kişiye ait olması sonucunu doğuracak şekilde hüküm verilemez. Ne var ki bu istemle bir dava açılması halinde *"Çoğun içinde az da vardır"* kuralı gözönünde bulundurularak koşullarının varlığı ve davanın kanıtlanması halinde davanın kısmen kabulü ile, davaya konu muhtesatın davacı tarafından meydana getirildiğinin tespitine, mülkiyet tespitine ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekir.

Somut olaya gelince, davacı taraf tapu kütüğünde kargir ev niteliğiyle taraflar adına paylı olarak kayıtlı, ortaklığın giderilmesi davasına konu 1314 parsel sayılı taşınmazın satın alınmasından sonra taraflar arasında

fiilen paylaşıldığını, gecekondunun davalı tarafa düşen kısımda kaldığını, taşınmaz üzerinde bulunan davaya konu iki katlı binanın 1976 yılında kendisi tarafından meydana getirildiğini öne sürerek dava açmış, davalı taraf da davacının yeni bina yapmadığını davaya konu binanın tapu kütüğünde kargir ev olarak kayıtlı bina olduğunu, davacının bu binaya olsa olsa iyileştirme giderleri yapmış olabileceğini savunmuştur. Taşınmazın fiilen paylaşılıp paylaşılmamış olmasının davada önemi bulunmamakta ise de, davaya konu binanın tapuda kayıtlı kargir ev olmadığını, bu binanın 1976 yılında temeli ile birlikte yeni yapılan bir bina olduğunu kanıtlama yükünün davacı taraf üzerinde olduğu, bu iddiasını her türlü delille kanıtlayabileceği kuşkusuzdur. Ne var ki davacı tarafça iddianın kanıtlanması için tanık gösterilmesine ve tanık dinletmekten vazgeçilmemesine rağmen mahkemece davacı tanıkları dinlenmemiş, hüküm yerinde tanıkların dinlenmeme gerekçesi dahi açıklanmamış, uzman bilirkişiden davaya konu binanın yeni bina mı yoksa tapuda kayıtlı eski bina mı olduğu, binanın yaşı konusunda ek rapor alınmamış, taşınmazın eveliyat kayıtları ve kadastro tutanağı ile kadastro paftası getirtilip incelenerek davada 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. Maddesi hükmünün uygulanma imkanının bulunup bulunmadığı değerlendirilmemiş, deliller tam olarak toplanadan eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilmiştir. Taraflarca gösterilen ve davanın sonucuna etkili deliller tam olarak toplanmadan eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilemez.

O halde mahkemece az yukarıda açıklanan doğrultuda araştırma ve soruşturma yapılmalı, davacı tarafından gösterilen tanıklar dinlenmeli, tanıklardan taşınmaz üzerinde bulunan binanın yapılma tarihi, temelinden yeni bina olarak mı yoksa tapuda kayıtlı kargir ev nitelikli binanın onarımı ve üzerine bir kat çıkılması suretiyle mi yapıldığı, kargir evin ne olduğu hususlarında kapsamlı beyanları alınmalı, dosya yeniden uzman bilirkişiye verilerek uzman bilirkişiden davaya konu binanın yeni bina mı yoksa tapuda kayıtlı eski bina mı olduğu, binanın yaşı konusunda ek rapor alınmalı, taşınmazın eveliyat kayıtları ve kadastro tutanağı ile kadastro paftası getirtilip incelenerek davada 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3 maddesi hükmünün uygulanma imkanının bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli, daha sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun bir hüküm verilmelidir.

Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmadan eksik araştırma ve soruşturma ile yazılı şekilde hüküm verilmesi isabetsiz olduğu gibi, kabule göre de az yukarıda açıklanan hukuksal olgu gözönünde bulundurularak davanın kısmen kabulüne, davaya konu binanın davacı tarafından meydana getirildiğinin tespitine, davacının mülkiyet tespiti isteminin reddine karar verilmesi gerekirken paylı taşınmaz üzerinde yapılan muhtesat niteliğindeki binanın taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyeti var mı gibi arzın maliki olan paydaşlar yerine paydaşlardan sadece birine ait olması sonucunu doğuracak şekilde davanın kabulüne karar verilmesi dahi isabetsiz, davalı tarafın temyiz itizları bu nedenlerle yerinde ol-

duğundan kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan 729,00 YTL temyiz harcının istek halinde davalı tarafa iadesine, Yargıtay duruşmasında kendisini vekille temsil ettiren davalı taraf yararına taktir ve tespit olunan 550,00 YTL avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya verilmesine, 10.06.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2575 **K:** 2008/2829 **T:** 24.06.2008

TCAŞINMAZ HUKUKU • TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ MUHTESATIN DEĞERİ • AİDİYETİNİN TESPİTİ •

(4721 SY m. 718)

Özet: *Muhtesatların mülkiyetinin veya aidiyetinin tespiti isteminin mülkiyet tespiti istemini de içerdiği gözönüne alındığında, mülkiyet veya aidiyet tespiti istemiyle açılan davalarda, koşullarının varlığı ve davanın kanıtlanması halinde davaya konu muhtesatların davacı tarafça meydana getirildiğinin tespitine, mülkiyet veya aidiyet tespiti isteminin ise reddine karar verilmesi gerekir.*

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi istenilmekle, duruşma için tebliğ edilen 24.06.2008 günü belirlenen saatte temyiz eden davalı Hasan vekili avukat geldi. Gelenin huzuru ile duruşmaya başlandı. Duruşmada hazır bulunan tarafın sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. Tetkik hakiminin raporu okundu, açıklamaları dinlendi. Dosyadaki belgeler incelendi. Gereği görüşüldü:

1- Dava niteliği ve içeriği itibariyle taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatm değeri ile aidiyetinin tesbiti ve ortaklığın giderilmesi davasında bu durumun dikkate alınarak davacıya isabet edecek payın belirlenmesi istemine ilişkindir.

İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere, bu yolla saptanan dava niteliğine, dosya kapsamında toplanıp değerlendirilen delillere, delillerin takdir, tahlil ve tartışımına ilişkin hükümde gösterilen gerekçelere, davaya konu iki dairenin ortak miras bırakanın ölüm gününden sonra kendi gelirleri ve miras bırakandan kalan maaşlar ile kendi adına ve hesabına davacı tarafından meydana getirildiğinin be-

lirlenmesine göre davalı Hasan'ın yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bendin dışında kalan sair temyiz itirazlarının **REDDİNE,**

2- Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de, varılan sonuç ve oluşturulan hüküm davanın niteliğine, dosya kapsamında toplanan delillere, yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 718. maddesi hükmünde, arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsayacağı, bu mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynakların da gireceği açıklandığından, taşınmaz üzerindeki bina, ağaç gibi bütünleyici parça nitelikli muhtesatların taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetinin varlığından söz edilemez. Bu olgu gözönüne alındığında kural olarak ve aksine bir hüküm bulunmadıkça taşınmaz üzerindeki muhtesatlarm mülkiyetinin veya aidiyetinin tespiti dava edilemeyeceği gibi, mahkemelerce de muhtesatlarm taşınmazın arzına malik olanlar dışında başka bir kişiye ait olması sonucunu doğuracak şekilde hüküm de verilemez. Ne var ki, çoğun içinde azın da bulunduğu, muhtesatların mülkiyetinin veya aidiyetinin tespiti isteminin muhtesatların meydana getirildiğinin tespiti istemini de içerdiği gözönüne alındığında, mülkiyet veya aidiyet tespiti istemiyle açılan davalarda, koşullarının varlığı ve davanın kanıtlanması halinde davaya konu muhtesatların davacı tarafça meydana getirildiğinin tespitine, mülkiyet veya aidiyet tespiti isteminin ise reddine karar verilmesi gerekeceği kuşkusuzdur.

Ayrıca davanın birbirinden farklı nitelikte birden fazla isteği içermesi durumunda da dava dilekçesinde belirtilen herbir istek kalemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm oluşturulması, istemlerin tümünün yerinde görülmesi halinde davanın kabulüne, bir kısmının yerinde görülmemesi halinde ise davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekir.

Somut olaya gelince dava dilekçesinde ortak miras bırakan Ali'den kalan, ortaklığın giderilmesi davasına konu 75 ada 26 parsel sayılı taşınmaz üzerinde ortak miras bırakan tarafından sağlığında tek katlı 2 daireli bina yaptırdığı, davacının ortak miras bırakanın ölümünden sonra eşinden kalan maaş ve evde çalışarak elde ettiği kazançları ile 1985-1986 yıllarında mevcut binanın üzerine iki daireden oluşan bir kat daha çıktığı, davalı Hasan ve yaşları küçük olan diğer davalıların üst kattaki dairelerin yapımında hiçbir katkılarının bulunmadığı öne sürülerek binanın üst katındaki iki dairenin değeri ile davacıya aidiyetinin tespitine, ortaklığın giderilmesi davasında bu durum dikkate alınarak davacının payının hesaplanmasına karar verilmesi talep ve dava edilmiş, davalı Hasan yasal cevap süresi geçtikten sonra verdiği cevap ve karşı dava dilekçesinde, müvekkilinin küçük yaştan itibaren çalıştığını, askere giderken kıdem tazminatı aldığını, bütün gelirini annesi olan davacıya verdiğini, ailenin tüm bireylerinin evin yapımında katkısı bulunduğunu öne sürerek dava-

nın reddine, davaya konu dairelerin müvekkili adına tesciline karar verilmesini istemiş, diğer davalılar davaya konu iki dairenin yapımında kendilerinin katkıları bulunmadığını, bu dairelerin kendi emek ve geliri ile davacı İpek tarafından yaptırıldığını açıklamışlardır.

Mahkemece karşı dava tefrik edildikten sonra toplanan delillere göre davanın kabulüne, davaya konu iki dairenin davacıya ait olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Davanın davaya konu iki dairenin davacı tarafından meydana getirildiğinin tespiti istemiyle açılmadığı, iki dairenin değeri ile aidiyet tespitin ve ayrıca ortaklığın giderilmesi davasında bu durum dikkate alınarak müvekkilinin payının hesaplanmasına karar verilmesinin de istenildiği gözönüne alındığında az yukarıda açıklanan hukuksal olgular da dikkate alınarak davanın kısmen kabulü ile davaya konu iki dairenin davacı tarafından meydana getirildiğinin tespitine davacının fazla istemlerinin reddine karar verilmesigerekirken dava dilekçesindeki tüm istemler kabul edilmiş gibi davanın kabulüne ilişkin hüküm oluşturulması isabetsiz, davalı Hasan'ın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin ödenen temyiz harcının istek halinde davalı Hasan'a iadesine, Yargıtay duruşmasında kendisini vekille temsil ettiren davalı Hasan yararına takdir ve tesbit olunan 550,00 YTL avukatlık parasının davacıdan alınarak davalı Hasan'a verilmesine, 24.06.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1030 **K:** 2008/2661 **T:** 13.05.2008

VAKIFLAR HUKUKU • OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI • VAKIFLA İLİŞİĞİ KESİLEN TAŞINMAZ • TAVİZ BEDELİ • İCARETEYNLİ VE MUKATAALI TAŞINMAZLAR

(TMK m. 713/2; 2762 SY m. 26, 27, 29)

Özet: *Kural olarak, tapulu bir taşınmazın veya bir parçasın veya bir payının tapu dışı satışı veya olağanüstü zamanaşımı yoluyla edinilmesi mümkün değildir. Vakıf taşınmazların da aynı yoldan edinilmesi mümkün değildir.*

Ancak yasanın açıkça düzenlediği durumlarda koşullar da gerçekleşmiş ise, olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyetin kazanılması mümkündür. Taviz bedeli ödenmek suretiyle vakıfla ilişiği kesilmiş olan taşınmazın mülkiyetinin koşulların gerçekleşmesi halinde zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkündür.

Samim ve müşterekleri ile Vakıflar Genel Müdürlüğü, Habibe mirasçıları tereke temsilcisi Fatma aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının reddine dair İstanbul 6. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 12.06.2007 gün ve 97/147 sayılı hükmün duruşma yapılması suretiyle Yargıtay'ca incelenmesi davacı Samim vekili, durusmasız olarak incelenmesi ise davalı Habibe miras ortaklığı temsilcisi vekili taraflarından istenilmiştir. Dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 13.05.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü temyiz eden davacı vekili avukat geldi. Başka kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak temyiz isteğinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı Samim ve arkadaşları vekili, dava konusu taşınmazı vekil edenlerinin miras bırakanı Halil'in 12.12.1939 tarihinde Habibe mirasçılarından tapu dışı yoldan satın ve devraldığını, o tarihten dava tarihine kadar davasız, aralıksız ve malik sıfatıyla 20 yıldan fazla süreyle koşullarına uygun olarak tasarrufta bulunduğunu, kadastro yoluyla oluşturulan 811 ada 6 parselin tapu kaydının TMK'nın 713/2. maddesi hükmü uya-

rınca hukuki değerini yitirdiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile vekil edenleri adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili, Sultan Beyazıt Vakfından icareli olan dava konusu taşınmazın mahlulen vakfına döndüğünü, bu tür taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla edinilemeyeceğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Dava dilekçesinde isimleri açıklanmaksızm davalı olarak gösterilen Habibe mirasçılarını temsilen miras ortaklığı temsilcisi, tapulu taşınmazların haricen satışının geçersiz olduğunu ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla edinilemeyeceğini belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, kayıt maliki Habibe'nin bilinen bir kişi olduğu, bir kısım mirasçıların satışının hukuken geçerli sonuç doğuramayacağı, ayrıca tapulu taşınmaz mülkiyetinin Tapu Sicil Müdürü önünde yapılmayan satışının hukuki sonuç doğuramayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı Samim vekili ile davalı

Habibe miras ortaklığı temsilcisi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

142 m^2 yüzölçüme sahip 811 ada 6 parsel 10.8.1942 tarihinde tutanağın özel sütununda gösterilen tapu kaydına dayanılarak 1 /2 payı Mehmet Şerif, 1/ 2 payı Habibe Adalet adına tespit ve tescil edilmiş, tutanağın ve tapu kaydının beyanlar hanesinde Sultan Beyazıt Vakfından icareli olduğu açıklanmıştır.

Tapu kaydmdaki bilgilere göre, 15.3.1969 tarihinde taviz bedelinin ödenmesi nedeniyle vakıf şerhi silinmiştir.

Sicilin oluşmasından sonra davacı Vakıflar Genel Müdürlüğünü temsilen İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğünün hasımsız olarak İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesine açmış olduğu tapu iptali ve tescil davasının yapılan yargılaması sonunda 10.02.1992 gün ve 20/53 esas ve karar sayılı kararla mahluliyet ilmühaberine dayanılarak dava konusu parselin tapu kaydının iptali ile Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tesciline karar verilmiştir. Habibe miras ortaklığı temsilcisinin Vakıflar Genel Müdürlüğü aleyhine açmış olduğu dava sonunda İstanbul 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.7.2006 gün, 281/196 esas ve karar sayılı kararıyla tapu kaydının tümünün iptaliyle Habibe mirasçıları adına tapuya tesciline karar verilmiş, Vakıflar Genel Müdürlüğünün temyizi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesince kayıt maliki Mehmet Şerif mirasçılarının.usulüne uygun bir davalarının bulunmadığı, ıslah yoluyla da davaya dahil edilemeyecekleri gerekçesiyle bu kişinin payı yönünden Mehmet payına yönelik hüküm bölümünün bozulmasına, Habibe payına ilişkin hükmün doğru olduğu vurgulanarak dosya mahkemesine geri çevrilmiştir. Bozmadan sonra yapılan işlemler dosya içeriğinden anlaşılamamıştır. Tapu kaydı halen Vakıflar Genel Müdürlüğü üzerinde bulunmaktadır.

Kural olarak, tapulu bir taşınmazın tamamının veya bir parçasının veya bir payının tapu dışı yoldan satışı veya olağanüstü zamanaşımı yoluyla edinilmesi mümkün değildir. Bundan ayrı vakıf taşınmazların aynı yoldan edinilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Mahkemenin bu yöne ilişen gerekçesi yerinde ise de, davada iddianın ileri sürülüş şekli değişiklik arz etmektedir. Davacılar, TMK'nın 713/2. maddesine dayanarak iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır. Az öncede açıklandığı üzere, tapulu bir taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla edinilmesi mümkün değil ise de, yasaların açıkça düzenlediği halde ve koşulların oluşması halinde kazanılması mümkün olabilir. Görülmekte olan davada Sultan Beyazıt Vakfından icareli olan dava konusu parselin taviz bedeli ödenmek suretiyle vakıf şerhi silindiğine göre taşınmazın vakıfla bağlantısı da kesilmiş olup, koşullan oluştuğu taktirde böyle bir yerde edinilebilir. Davacılar dava dilekçesinde, tapu kaydının gerçekleşen olağanüstü zamanaşımı yoluyla hukuki değerini yitirdiğini ileri sürmüş bulunduklarına göre uyuşmazlığın TMK'nın 713/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması gerekir. Bu açıklamalar karşısında mahkemenin gerekçesi yerinde ve yasal görülmemiştir.

Yargılamanın devamı sırasında davacı Samim dışındaki diğer davacılar Samim'i mirasçı bırakmak suretiyle vefat etmiş olup, dava adı geçen kişinin vekili tarafından yürütülüp sonuçlandırılmıştır.

İşin esasına gelince; az yukarıda açıklandığı üzere dava konusu taşınmaz Sultan Beyazıt Vakfından icarelidir. İcareteynli ya da mukataalı vakıf malın asıl maliki mutasarrıfı olmayıp vakıf tüzel kişiliğidir. Mutasarrıf adına bulunan kayıt mülkiyete değil, tasarrufa delalet eder. Başka bir anlatımla mülkiyeti vakfında kalmak üzere kullanma hakkı mutasarrıfına ve onun ölümü halinde mirasçılarına geçer. 5.6.1935, tarihinde kabul edilen 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 26 ve devamı maddeleri uyarınca *icareteynli ve mukataalı* taşınmazların tasfiyesine gidilmiştir. Bu kanunun 27. maddesinde mukataalı veya icareteynli

Gayrimenkullerin mülkiyeti icare veya mukataalarının 20 misli bir taviz karşılığında mutasarrıfına geçeceği açıklanmış, 28 ve 29. maddelerde taviz bedelinin ödenmesi ve mutasarrıfı adına tapuya tescili işlemi düzenlenmiştir. Anılan kanunun değişik 29. maddesinin 1. fıkrasında, 10 yıl içinde taviz; vermek yoluyla icareteyn veya mukataa kayıtları terkin edilmemiş gayrimenkullerin mülkiyetinin on yıl sonunda kendiliğinden mutaşarnfma geçeceği ve vakfın hakkında ivaza döneceği belirtildikten sonra 2.fıkrasında da mülkiyeti mutasarrıfına geçmiş olan taşınmazların maliklerinin kanunun yayımı tarihine kadar ölmeleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazineye intikal edipte bu husus tapu kaydına işlenmemiş bulunanlar ayrık bırakılarak işlenmemiş olan taşınmazların mahlülen vakfına rücu edeceği hükme bağlanmıştır. Yasada öngörülen on yıllık süre sonradan 1945 yılında kabul edilen 4775 sayılı Yasa ile 13.12.1955 tarihine kadar uzatılmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere taviz bedelinin

ödenmesi nedeniyle vakıf şerhi 15.3.1969 tarihinde silinmiştir. Tüm bu açıklamalar karşısında dava konusu taşınmazın taviz bedelinin ödenmesi nedeniyle vakıfla bağlantısının kesildiği 13.12.1955 tarihinden itibaren olağanüstü zamanaşımı yolu ve zilyetlikle edinilmesi mümkün hale gelmiştir. Toplanan deliller ve dosya içeriğine göre davacıların 4775 sayılı Kanunla uzatılan 10 yıllık sürenin bitim tarihi olan 13.12.1955 tarihinden dava konusu parselin hükmen Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil edildiği tarihe kadar 20 yıldan fazla süreyle davasız, aralıksız, malik sıfatıyla zilyet olduğu belirlendiğine, Habibe mirasçıları davada taraf durumunu almış bulunduklarına ve bu pay intikal görmediğine göre onun payı TMK'nın 713/2. maddesi karsısında hukuki değerini yitirmiş olmaktadır. Yukarıdan beri yapılan tüm bu açıklamalar karsısında Habibe payı hakkındaki davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.

Diğer kayıt maliki Mehmet'in payı yönünden bu aşamada aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Kayıt maliki Mehmet'in mirasçılık belgesi istenilmediği için mirasçı bırakıp bırakmadığı, ona ait paym mahlülen vakfına dönüp dönmediği dosyadan anlaşılmamaktadır. Görülmekte olan davada idarece alman mahluliyet belgesine dayanılarak dava konusu taşınmaz hükmen Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tapuya tescil edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.06.1976 gün, 87/2087, 6.12.1985 gün 644/997 ve 25.1.1995 gün 1994/2-696-1995/1 sayılı kararlarında da açıkça belirtildiği üzere mahluliyet kararları aksi sabit oluncaya kadar uyulması gereken geçerli belgelerdendir. Dava açılmakla mahluliyet kararma karşı çıkılmış bulunulmaktadır. Vaziyet kararları aleyhine ancak idari yargı yerine başvurulabileceği halde, mahluliyet kararlarına yönelik itirazların adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir. Tüm bu açıklamalar karşısında davacı, idarece dava konusu taşınmaz hakkında alınan mahluliyet belgesinin toplanan delillere göre yerindeliğinin incelenmesi icap eder. Açıklanan hususlar gözönünde tutularak kayıt maliki Mehmet adına yazılı bulunan pay bakımından gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, hiç mirasçı bırakmadan ölmüş ise ona ait pay mahlülen vakfına dönmüş olacağından bu tür bir yerin olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılamayacağının düşünülmesi, adı geçen kişinin mirasçısı mevcut ise kazanma koşulları gözönünde tutularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında kayıt maliki Habibe miras ortaklığı temsilcisi vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Habibe miras ortaklığı temsilcisi vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının **REDDİNE,** davacı Samim vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 13,10 YTL peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine 13.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/14538 **K:** 2006/33648 **T:** 21.12.2006

İŞ HUKUKU • İŞÇİLİK HAKLARININ HESABI • HİZMET TESPİTİ DAVASINDA BELİRLENEN ÜCRET*

Özet: *İşçilik hakları hesaplanırken, sonuçlanmış olan hizmet tespiti davasında belirlenen ücret esas alınmalıdır.*

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1. Davalı şirketin yargılama sırasında iflasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Tasfiye memurunun değiştirildiği ve mahkemece atanmasına ilişkin Asliye Ticaret Mahkemesi kesinleşmeyen tasfiye memurunun adına karar başlığında yer verildiği görülmüştür. Bu hali ile İcra İflas Yasası hükümlerine göre davada taraf teşkili sağlanmadığı anlaşıldığından öncelikle usulüne uygun taraf teşkili sağlanmalıdır.

2. Kabule göre ise, kesinleşen hizmet tespiti dosyasına davacının hizmet süresi yönünden itibar edilmiştir. Aynı dosyada davacının aldığı ücret miktarı da belirlenmiştir. Ücret miktarı yönünden anılan karara itibar edilmesi gerekirken davalı bordrosuna göre hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Dergimizin 2008/4. sayısının 2029. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/20942 **K:** 2007/7525 **T:** 19.03.2007

İŞ HUKUKU • SOĞUK MEŞRUBAT SATIŞI • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • YAZ VE KIŞ AYLARI AYRIMI*

Özet: *Soğuk meşrubat satış işinde çalışan davacının turizm sezonu içerisinde haftalık 45 saati aşan fazla çalışmalarından söz edilebilecektir.*

Davacı, fazla çalışma parası, bayram tatili gündeliği ile maddi ve manevi tazminat alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmiş ise de; HUMK'un 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi satış temsilcisi olarak çalıştığı işyerinde fazla çalışma yaptığını ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek istekte bulunmuştur. Mahkemece, davacı işçinin kış aylarında haftada 9 saat ve yaz aylannda haftada 18 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek hesaplama yapılmış %30 oranında indirime gidilerek fazla çalışma ücretleri yönünden karar verilmiştir.

Davacı işçi turistik bir ilçe olan Marmaris'te soğuk meşrubat satışı işinde çalışmıştır. Bu görevini şirketin tahsis ettiği araçla yerine getirmiştir. İşyerinde prim uygulaması da mevcuttur. İşyerinin özelliği ve davacının çalışma şekli dikkate alındığında, turizm sezonu dışında davacının haftalık 45 saati aşan çalışmalarından söz edilmesine olanak bulunmamaktadır. Davacının turizm sezonu dışında kalan dönemler için fazla çalışma ücreti isteğinin reddine karar verilmekle yetinilmelidir.

(*) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin; 21.05.2007 T., 2006/29287-2007/15590, 1.5.2007 T. 2007/4036-13790 ve 17.10.2006 T. 2006/23068-27506 sayılı kararları da aynı içeriktedir. Bu kararlarda turizm sezonu ayırımı esas alınmamış, doğrudan doğruya yaz-kış ayları ayırımı dikkate alınmıştır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/35829 **K:** 2007/6320 **T:** 21.03.2007

İŞ HUKUKU • İŞYERİ HEKİMİ • BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ • BELİRSİZ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

(4857 SY m. 11, 20/3, 81)

Özet: *Başlangıçta "belirli süreli" sözleşme ile çalışmaya başlayan işyeri hekiminin sözleşmesinin üst üste yenilenmesi ve bu yenilemelerde esaslı neden belirtilmemiş olması karşısında sözleşmenin "belirsiz süreli" sözleşmesi haline geldiği kabul edilmelidir.*

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davalı ait işyerinde iş hekimi olarak çalışan ve iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, işyeri hekimi olan davacı ile yenilenen ve zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı, sözleşmenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki koşullara uygun olduğu, zincirleme yapılmasını belirli süreli olmasını kaldırmadığı, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacı ile ilki 14.02.1994 tarihli olmak üzere takip eden süreçte 6'şar aylık ve birer yıllık belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı ve en son sözleşmenin 31.12.2005 tarihinde sona erdiği, 01.01.2006 tarihinden sonrası için herhangi bir yazılı sözleşme imzalan-

madığı ve davacının iş sözleşmesinin 14.06.2006 tarihli bildirim ile yenilenmediği için davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, *"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar."*

Davacı işyeri hekimi ile başlangıçta, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde part-time çalışma usulüne göre belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektirir olgu var ise de, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu döneminde, bu yasanın 11. maddesi uyarınca bu sözleşmelerin yenilenmesi için esaslı neden belirtilmemesi karşısında, başlangıçta belirli süreli yapılan bu iş sözleşmesinin, bu niteliğini koruduğu düşünülemez. İş sözleşmesi belirsiz süreli hale gelmiştir. Kaldı ki işyerinde işyeri hekimi bulunmasını gerektirir sayıda işçi çalışmakta, davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca işyeri hekimi istihdam zorunluluğu devam etmekte ve yapılan iş süreklilik arzetmektedir. Mahkemece taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi yerinde görülmemiştir.

Davalı işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının, iş sözleşmesinin feshinden, geçerli bir neden belirtilmediğinden, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermek gerekir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 26.50 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 450 YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 21.3.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/26338 **K:** 2007/11199 **T:** 18.04.2007

İŞ HUKUKU • İKRAMİYE UYGULAMASININ KALDIRILMASI • İŞYERİ KOŞULU

Özet: *İşyerinde varolan ikramiye uygulamasının kaldırıldığı anlaşıldığına göre, bu durumun işyeri koşulu haline geldiği kuşkusuzdur. Bu nedenle ikramiye isteğinin reddedilmesi gerekir.*

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti ve yıllık izin ücreti, ikramiye ile genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine, karşı davacı ise manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davayı kısmen hüküm altına almış, karşı davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İkramiye ödemesine ilişkin taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığı gibi geçmiş yıllarda ödemeye dair yazılı delil de bulunmamaktadır. İşyerinde ikramiye uygulaması olduğu hususunda davacının kızı olan tanık dışında, bir davalı tanığının çalıştığı dönem için beyanı bulunmaktadır. Sözü edilen tanık davacının talepte bulunduğu dönemde çalışmadığından ifadesine itibar edilmemiştir. Bu somut durum karşısında davacının istekte bulunduğu döneme kadar ikramiye uygulamasının varlığı bir

an için kabul edilse dahi sonrası için ikramiye uygulamasının kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Olayların bu akışı içerisinde ikramiye uygulamasının kaldırılması işyeri koşulu haline geldiği kuşkusuzdur, ikramiye alacağı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** 18.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/16582 **K:** 2008/8978 **T:** 15.04.2008

İŞ HUKUKU • ALTI İŞGÜNLÜK HİZMET AKDİNİ FESİH SÜRESİNİN KULLANILMASI • FESHİN SÜRESİNDE YAPILDIĞININ KANIT YÜKÜMÜNÜN İŞVERENDE BULUNDUĞU

(4857 SY m. 16, 17, 18, 26)

Özet: *Davacı hizmet akdinin haksız nedenle feshedildiğini, işverenin yasal süre içinde bu hakkını kullanmadığını ileri sürerek alacakların davalıdan tahsiline karar verilmesini dava etmiştir.*

Feshin süresinde kullanıldığının ispat yükümlülüğü işverende olması karşısında, somut bu maddi olgulara göre fesih hakkının hak düşürücü süre olan altı günlük süre içerisinde kullanılmadığı davacının kıdem ihbar tazminatına hak kazandığı anlaşılmakla, anılan isteklerin kabulü yerine reddi hatalıdır.

Davacı, ihbar kıdem tazminatı ile izin alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini işverenin yasal süre içinde bu hakkını kullanmadığını ileri sürerek, kıdem ihbar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, haklı nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini savunmuş, davanın reddini istemiştir. Mahkemece altı iş günlük sürenin geçmediğine feshin haklı olduğuna ve davanın reddine karar verilmiştir

Fesih tarihi dikkate alınarak 1475 sayılı İş Yasasının 18. maddesine göre, 16 ve 17. maddelerinde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan akdi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz.

Öncelikle feshin İş Yasasının 18. maddesi gereğince altı iş günü içinde yapılıp yapılmadığının resen mahkemece göz önünde tutulması gerekir. Somut olayda işverenin 2001 yılı kasım, aralık aylarında meydana gelen olayı hangi tarihte öğrendiğini belgelendiremediği gibi dinlenen tanıklar da tarih vermemişlerdir. Davacı vekili 2002 mart ayı içinde işverenin bu durumu öğrendiğini 15-20 gün geçtikten sona fesih yapıldığını belirtmiştir. Davacı tanıkları beyanıyla da 2002 yılı mart ayında olayın olduğu, işverenin olaydan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca işveren cevap dilekçesinde 5.4.2002 de iş sözleşmesini fesh ettiğini belirttiğine göre 4.4.2002 tarihli ibraname ile 5.4.2002 tarihli savunma yazısı da çelişmektedir. Feshin süresinde kullanıldığının ispat yükümlülüğü işverende olması karşısında, somut bu maddi olgulara göre fesih hakkının hak düşürücü süre olan altı günlük süre içerisinde kullanılmadığı davacının kıdem ihbar tazminatına hak kazandığı anlaşılmakla anılan isteklerin kabulü yerine reddi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/22215 **K:** 2008/15537 **T:** 13.06.2008

İŞ HUKUKU • İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULU • İŞ İLİŞKİSİ SÜRERKEN DÜZENLENEN İBRANAMENİN GEÇERSİZLİĞİ • SAVUNMA İLE VE İŞVERENİN DİĞER KAYITLARIYLA ÇELİŞEN • İBRANAMEYE DEĞER VERİLEMEYECEĞİ*

(4857 SY m. 32; BY m. 23-31, 419)

Özet: *Taraflar arasında düzenlenen ibranamemin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.*

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli veya tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle, işveren tarafından işçinin hak kazanmadığını ileri sürdüğü bir borcun ibraya konu olması düşünülemez.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borcu ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekle ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir.

Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

(*) Dergimizin 2008/1. sayısındaki sayfa 891'deki HGK ve 2008/4 sayısındaki 2123 ve 2126. Sayfalardaki kararlara bakınız.

YARGITAY KARARI

Davacı, kıdem, ihbar ve izin ücreti talebinde bulunmuş, yerel mahkeme davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, davalı işyerinde 1.4.2000-5.2.2005 tarihleri arasında ustabaşı olarak görev yaptığını, iş aktine işverence haksız son verildiğini ve alacaklarının ödenmediğini belirtmiştir.

Mahkeme, taraflar arasında yapılan ibranameye itibar edilerek davayı reddetmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununa bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kurma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür (Berki, Şakir: Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII. s. 237). Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir (Feyzioğlu, F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351). Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmak ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

İbraname ve cevap dilekçesi içerik itibarı ile çelişki yaratmaktadır. İbranamede kıdem tazminatı tutan olarak gösterilen 6.500.000.000 TL'si alacakla ilgili herhangi bir ödeme belgesi bulunmamaktadır. Çalışma süresi ve ücret konusunda taraf beyanları arasında çelişki bulunduğu halde yeterli araştırma yapılmamış ibranamenin geçerliliği kuşkulu bırakılmıştır.

Mahkemece gerekli araştırma ve inceleme yapılıp eksik hususlar ikmal edildikten sonra dosyanın bilirkişiye verilerek rapor alındıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/41050 **K:** 2008/21303 **T:** 21.07.2008

İŞ HUKUKU • İŞLETMESEL NEDENLERİN GEÇERLİ NEDEN OLUP OLMAYACAĞININ ARAŞTIRILMASI • İŞE İADE DAVASI*

(4857 SY m. 18, 20)

Özet: *Davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme davayı kısmen hüküm altına almıştır.*

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi), ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı davacının çalıştığı işkolunun tamamen kapatıldığını, saha hizmetleri bürolarının artık kalmadığını, bu alanda faaliyet gösteren bir firmaya devredildiğini, ancak işyeri devrinin söz konusu olmadığını, müşteri devri yapıldığını savunmaktadır. Davacı tarafından işverenin fesih gerekçesinin fiili durum ile örtüşmediği, taşeron şirket ile davalı arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu iddia edilmiştir.

Mahkemece taşeron ile işveren arasındaki sözleşme getirtilerek, mahallinde keşif yapılarak konusunda uzman bilirkişiden davacının çalıştığı saha hizmetleri departmanının fiilen kapatılıp kapatılmadığı, bu alanda faaliyet gösteren firmaya devrinin söz konusu olup olmadığı, davalı ile bu firma arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, alt işverenlik, işyeri

(*) *Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü*

ya da hizmet sözleşmesinin devri bulunup bulunmadığı araştırılmalı, feshin son çare olarak dikkate alınması gerektiği de değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur.

Mahkemece, feshin geçersizliğine, işe iadeye karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından sözedilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlulaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararm mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alman hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararlan açısından da söz konusuzdur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da

denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arzeder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağım ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safı hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çakışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirihmesi, üretimin bir kısmının yurtdışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmecin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kadran, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından düokate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçmin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimline tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen şuurlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uydu-

ğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi ka-mtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır, işletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin, kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini, fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dü-

rüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı davacının çalıştığı işkolunun tamamen kapatıldığını, saha hizmetleri bürolarının artık kalmadığını, bu alanda faaliyet gösteren bir firmaya devredildiğini, ancak- işyeri devrinin söz konusu olmadığını, müşteri devri yapıldığını savunmaktadır. Davacı tarafından işverenin fesih gerekçesinin fiili durum ile örtüşmediği, taşeron şirket ile davalı arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu iddia edilmiştir.

Davalı işveren ile söz konusu firma arasındaki sözleşme dosya arasında bulunmamaktadır. Mahkemece bu sözleşme getirtilerek, mahallinde keşif, yapılarak konusunda uzman bilirkişiden davacının çalıştığı saha hizmetleri departmanının fiilen kapatılıp kapatılmadığı, bu alanda faaliyet gösteren firmaya devrinin söz konusu olup olmadığı, davalı ile bu firma arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, alt işverenlik, işyeri ya da hizmet sözleşmesinin devri bulunup bulunmadığı araştırılmalı, feshin son çare olarak dikkate alınması gerektiği de değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.7.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/22733 **K:** 2008/18914 **T:** 04.07.2008

İŞ HUKUKU • ISLAH • DAVADAN ÖNCE ÇEKİLEN İHTARNAMENİN FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİNE ETKİSİ

(1086 SY m. 83, 4857 SY m. 32)

Özet: *Islah isteminde bulunurken, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklara temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesini istenmiştir. Buna dayanak olarak çekilen ihtarname gösterilmiştir. Anılan ihtarnamede mahkemece hükmedilen bütün kalemler tek tek sayılarak belirlenmiştir. Bu nedenle, ıslah ite artırılan miktarlara temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekir.*

Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, ücret, izin ile genel tatil ve bayram alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararm dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı iş aktinin haklı neden olmadan feshedildiğini iddia ederek kıdem ihbar tazminatı ve bazı işçi alacakları istemiştir

Davalı iş yeri düzenini bozduğu için iş akti feshedileceği söylendiğinde işi terkedip ayrıldığını savunmuştur.

Mahkemece anılan alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık temerrüdün gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır.

Davacı ıslah talebinde bulunurken kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklara temerrüd tarihinden itibaren faiz yürütülmesini istemiştir. Buna dayanak olarak da 27.4.2004 tarihli ihtarnameyi göstermiştir. Anılan ihtarnamede mahkemece hükmedilen bütün kalemler tek tek

sayılarak belirlenmiştir. Bu nedenle ıslah ile artırılan miktarlara temerrüd tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcın istek halinde ilgiliye iadesine, 4.7.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/18646 **K:** 2007/24476 **T:** 17.07.2007

İŞ HUKUKU • İŞYERİNİN DEVRİNDE SORUMLULUK • BİRLİKTE İSTİHDAM • 6 GÜNLÜK HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE İŞ HUKUKU • İŞÇİ ÜCRETİNDE DEĞİŞİKLİK • İŞÇİNİN DEĞİŞİKLİĞE RIZA GÖSTERMESİ VE ÇALIŞMAYA DEVAM ETMESİ DURUMU

Özet: *Hizmet akdinin feshinden sonra bir işyeri devri olması durumunda, devralan işveren fesih tarihine kadar olan işçilik haklarından devreden işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.*

İşçinin birden fazla işveren tarafından "birlikte istihdam edildiğinin" anlaşılması halinde işçilik haklarından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

İşçi ücretlerinin indirilmesinden sonra, İş Kanununun öngördüğü altı günlük hak düşümü süresi içinde açıkça karşı çıkmayarak çalışmasına devam eden işçinin bu esaslı değişikliği kabul etmiş sayılacağı ve artık ücret farkından doğan ücret talebinde bulunamayacağı kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki, izin, fazla mesai, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, ücret farkı ve ikramiye alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davalılar avukatınca duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 17.7.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı-

lar adına avukat ile karşı taraf adına avukat Fethiye geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesine göre iş mahkemelerinden verilen kararlara karşı 8 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Mahkemece kısa karar usulüne uygun olarak 13.12.2006 tarihinde tefhim olunmuş ve davacı vekili karan 23.2.2007 tarihinde temyiz etmiştir. 8 günlük temyiz süresi geçmiş olmakla ve İş Mahkemeleri Kanununda katılma yoluyla temyiz öngörülmediğinden davacı tarafın temyiz isteğinin süre aşımı sebebiyle **REDDİNE**,

2- Dava dilekçesinde davalılar olarak M. Life AŞ ile S. Turizm AŞ gösterilmiş, ancak her iki davalı arasındaki ilişki açıklanmamıştır. Dosya içeriğine göre davacı 10.7.1995- 1.10.2003 tarihleri arasında davalılardan S. Turizm AŞ işçisi olarak genel müdür sıfatıyla çalışmış ve emeklilik suretiyle işyerinden ayrılmıştır. Bu defa 2.10.2003 tanhinde aynı yerde bu defa diğer davalı işçisi olarak göreve başlamıştır. Bu aşamada işyerinin davalılar arasında el değiştirip değiştirmediği, bir başka anlatımla işyeri devri olup olmadığı dosya içeriğinden belirlenememektedir. Davalılar arasındaki ilişki açıklığa kavuşturulmadan davaya konu işçilik alacakları için müştereken ve müteselsılen karar verilmesi hatalı olmuştur.

Öyle ki, fesihten sonra bir işyeri devn olması durumunda 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca devralan işveren devir tarihinde doğmuş olan işçilik alacaklarından devreden işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak devir tarihinden sonraki işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumlu olmayacağı açıktır. Zira devir tarihinden sonra davacının davalılardan M. Life AŞ işçisi olarak çalışmaya başlaması yeni bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir.

Öte yandan, davalılar arasındaki birlikte istihdam olarak adlandırılabilecek bir ilişkinin varlığı halinde davalıların müştereken müteselsilen sorumlu olduğuna dair karar verilmelidir. Belirtilen yönlerden gerekli inceleme yapılarak gerektiği taktirde bilirkişiden ek_ hesap raporu_alınmak suretiyle bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

3- Davacı ücretlerinin 2001 yılından itibaren eksik ödendiğinden bahisle ücret farkı isteğinde bulunulmuş, mahkemece davacının emekli olduğu 1.10.2003 tarihine kadar olan dönem için bu ücret farkı hesaplatılarak hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasında ücreti belirleyen yazılı bir sözleşme bulunmamaktadır. Tanık beyanlarına göre 2001 yılında gerçekleşen ekonomik krize bağlı olarak işyerinde delta operasyonu olarak adlandırılan uygulama ile işçi ücretlerinden 2002 yılı başından itibaren

indirime gidilmiştir. İşyerinde çalışan tüm işçilere aynı uygulama yapılmış ve davacı işçi buna itiraz etmemiştir. Emekli olduğu tarihe kadar bu şekilde çalışmasını sürdürmüş ve ücretleri ihtirazı kayıtsız olarak ödenmiştir. Davacı tanıklarının bir kısmı ücretten yapılan kesintinin ilerde ödeneceğinin söylendiğini açıklamışlarsa da, bazı davacı tanıkları bu yönde bir bildirim yapılmadığını, sadece davacıya sözlü olarak iletildiğini duyduklarını belirtmişlerdir. Davacının ücretinin indirilmesinin ardından aradaki farkın ilerde karşılanacağı konusunda yazılı bir delil de bulunmamaktadır.

İşçi ücretlerinden indirimin, yapıldığı dönemde 1475 Sayılı Yasa yürürlükte olup, anılan yasa döneminde Dairemizin istikrar kazanmış olan uygulamasına göre işçi 6 iş günü içinde açıkça karşı çıkmayarak çalışmasını sürdürmüş olmakla, bu esaslı değişikliği kabul etmiş sayılmalıdır. Böyle olunca davacının ücret farkı isteğinin reddi, gerekirken yazılı şekilde kabulü de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** davalı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,17.7.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/22755 **K:** 2008/18206 **T:** 30.06.2008

İŞ HUKUKU • MİNİBÜS ŞOFÖRÜ-MİNİBÜS SAHİBİ • ŞOFÖRÜN KÜÇÜK ESNAF YANINDAKİ ÇALIŞMASI • ESNAFIN YANINDA ÇALIŞAN İŞÇİ SAYISI

(4857 SY m. 4-1-I; 507 SY m. 2; 5362 SY m. 4)

Özet: *Davacı, kıdem ihbar tazminatı, hafta tatili, genel tatil, fazla mesai alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.*

Davacı hizmet sözleşmesiyle çalıştığını iddia etmiştir. Davalı aradaki ilişkinin kira sözleşmesi olduğunu söylemiştir.

Kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 Sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni ölçütler çerçevesinde esnaf sayılmama olasılığı ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai, izin, hafta tatili, genel tatil alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, görevsizlik kararı vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı; davalıya ait minibüste 18.8.1997- 25.10.2006 tarihleri arası çalıştığını iş sözleşmesinin davalı tarafından haksız olarak fesih edildiğini belirterek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve izin ücreti alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı; davacının işçi olarak değil kiracı sıfatı ile çalıştığını, kira ilişkisinin 2006 yılı 10. ayında sona erdiğini, taraflar arasındaki ilişkin kira ilişkisi olduğunu savunmuştur.

Mahkemece; taraflar arasında iş sözleşmesi değil kira sözleşmesi bulunduğu, kira ilişkisinden doğan ihtilaflara bakmaya Sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve davalının esnaf niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı iş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, işçi esnaf niteliğindeki işyerinde çalışıyor ve bu işyerinde çalışan işçi sayısı 3 ve daha az ise, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemeside çözümlenmesi gerekir. Zira işveren ile işçi arasında iş ilişkisi var ise de yapılan iş gereği, işçi İş Kanunu hükümlerinden yararlanamamaktadır.

507 sayılı Kanunun 2. maddesinde *"İster gezici olsun ister bir dükkan veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, aynı niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir"* denilmektedir.

507 sayılı kanun 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 Esnaf Ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunun 76. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 Sayılı Yasaya yaptıkları atıfların 5362 Sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 507 Sayılı Yasaya yapılan atıf, 5362 Sayılı Yasaya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkâr tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3. maddesine göre *"Esnaf ve sanatkâr: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler"*i olarak belirtilmiştir. 507 Sayılı Yasada yazılı olan *"geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle*

temin eden kimselerin" sözcükleri yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın düzenlemesi karşısında artık 21.06.2005 tarihinden sonra İş Kanunun kapsamını belirlerken, *"geçimini münhasıran bu işten sağlama"* ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 Sayılı Yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka kriterlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 Sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

5362 Sayılı Yasanın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 Sayılı Yasanın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri iş kanunun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni günü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanununa tabi olacaktır.

Dosya içeriğine göre, davacı iş sözleşmesi ile çalıştığını iddia etmektedir. Davalı ise davacı ile aralarında kira sözleşmesi bulunduğunu savunmuş kira sözleşmesi ve banka kayıtlarını delil olarak dosyaya sunmuştur. Uyuşmazlığın çözümü için taraflar arasındaki hukuksal ilişkinin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konması gerekir. Taraflar iddia ve savunmalarını ispatlamak için delil listesi sunmuşlar bu arada tanık deliline de müracaat etmişlerdir. Durum böyle olunca tarafların gösterdikleri tanıklar dinlenmeli dosya içindeki diğer deliller ile birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişkinin somut olarak tespitine çalışılmalıdır. Sonuçta taraflar arasındaki ilişkinin kira sözleşmesinden kaynaklandığı sonucuna varılırsa şimdiki gibi görevsizlik kararı verilmelidir. Aksi halde yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere davalının esnaf olup olmadığı tartışılmalı esnaf olmadığı sonucuna varılırsa aradaki ilişkinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilerek dava konusu istekler hakkında bir karar verilmelidir. Buna göre eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/10876 **K:** 2006/11576 **T:** 13.11.2006

BORÇLAR HUKUKU • SİGORTA HUKUKU • YAPI ESERİ • BİNA MALİKİNİN SORUMLULUĞU • KİRACININ SORUMLULUĞU

(BK m. 41, 51, 58)

Özet: *Banyo küvet ve şofbenleri yapı eseri sayılır. Bu nedenle şofbenin bakım ve onarım yükümlülüğü bina malikine ait olup, şofbenin neden olduu hasardan dolayı bina maliki sorumludur. Kiracılar ise, bir haksız fiil işlemişler ise bina maliki ile birlikte sorumlu olurlar.*

Taraflar arasında görülen davada Kadıköy Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 07.06.2005 tarih ve 2004/255-2005/245 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılardan Özlem ve Müge 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 maliki ve kiracısı bulundukları daireden sızan suların, müvekkili şirkete sigortalı dairede neden olduğu hasar bedelinin sigorta ettirene ödendiğini ileri sürerek, 1.216.000.000 TL'nın temerrüt faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, ayrı ayrı sundukları cevap dilekçelerinde, müvekkillerinin hasarın meydana gelişinde kusur ve sorumluluklarının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, hasarın, davalılardan Sevinç'in maliki, diğer davalıların kiracısı oldukları dairede bulunan şofbenin delinmesiyle akan suların davacıya sigortalı konuta sızmasıyla meydana geldiği, şofbenin taşınmazın mütemmim cüz'ü olmayıp teferruatı niteliğinde olduğu, menkul hükmündeki şofbenin davalı kiracıların tasarruf insiyatifinde bulunduğu, davalı Sevinç'in ise BK'nın 58. maddesi uyarınca sorumlu tutulmasını gerektirecek şekilde bir illiyet bağının bulunmadığı gerekçesiyle, davalı Sevinç hakkındaki davanın reddine, diğer davalılar hakkındaki davanın kısmen kabulü ile 1.084.680.000 YTL'nin temerrüt faiziyle birlikte bu davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalılar Müge ve Özlem vekili temyiz etmiştir.

Dava, konut sigorta sözleşmesine dayalı alacağın rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacıya sigortalı konutun, davalıların maliki ve kiracısı oldukları dairede bulunan şofbenin borusunun patlaması nedeniyle akan suyun sızması sonucu hasara uğradığı tespit edildikten sonra, şofbenin mütemmim cüz 'değil teferruat niteliğinde olduğu ve menkul hükmündeki şofbenin davalı bina malikinin değil, kiracıların tasarrufunda bulunduğu gerekçesiyle, bina maliki davalı hakkındaki davanın reddine, kiracılar hakkındaki davanın ise kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, binanın banyo küvet ve şofbenleri, BK'nın 58. maddesi anlamında bina ve inşa eseri, diğer bir deyişle yapı eseri sayılır. Dolayısıyla şofbenin bakım ve onarım yükümlülüğü davalı bina malikine ait olup, şofbenin neden olduğu hasardan dolayı, bina malikinin BK'nın 58. maddesi anlamında sorumluluğu bulunmaktadır. Kiracılar ise ancak BK'nın 41. maddesi anlamında bir haksız fiil işlemişlerse, bina maliki ile birlikte aynı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca eksik teselsül hükümlerine göre sorumlu olurlar. (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Cilt-1, S: 636, 640)

Somut uyuşmazlıkta ise davalı kiracılar olay sırasında evde olmadıklarını bildirmişler, ayrıca bu hususta mahkemece görüşüne başvurulan bilirkişi raporunda da, kiracıların sorumlu olabilmesi için ancak bir kullanım hatasının bulunması gerektiği, kiracılardan şofbeni ve borusunu devamlı şekilde kontrol ederek patlayıp patlamadığını belirlemelerinin mümkün olmadığı, dolayısıyla kiracıların bir kusur ve sorumluluğunun bulunmadığı bildirilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalı kiracıların BK'nın 41. maddesi anlamında ihmal derecesinde dahi bir kusur ve sorumluluklarının bulunmadığı gerekçesiyle, davalı kiracılar hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalılar Müge ve Özlem vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, kararın mümeyyiz davalılar yararına **BOZULMASINA** temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 13.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/13876 **K:** 2007/5221 **T:** 03.04.2007

SİGORTA HUKUKU • BORÇLAR HUKUKU • ZAMANAŞIMI SAVUNMASI • SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞU

Özet: *Zamanaşımı savunması bir defi olup mahkemece resen dikkate alınamaz. Dava konusu hasarın davadan önce poliçe limiti üzerinden sigorta şirketince ödendiği anlaşıldığından sigorta şirketinin poliçe limiti kadar sorumlu tutulması doğru olmamıştır. Bu aşamada sigorta şirketinin dava masraflarından da sorumlu olacağından söz edilemez.*

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 26.04.2005 tarih ve 2002/226-2005/198 sayılı kararın Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili ile davalılardan İETT Genel Müdürlüğü ve Anadolu Sigorta AŞ vekili tarafından istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 03.04.2007 gününde davacı avukatı gelip, davalı avukatı tebligata rağmen gelmediğinden, 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 içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacılar vekili, davalıların malik, sürücü ve sigortacısı olduğu otobüsün neden olduğu trafik kazasında davacı İbrahim'e ait minibüsün hasarlandığını, olayda servis minibüs şoförü olarak çalışan Niyazi'nin de ağır yaralandığını ve uzun süre tedavi gördüğünü ileri sürerek, ıslah dilekçesi ile birlikte davacı Niyazi için 21.532.537.486 TL maddi tazminat ile 7.000.000.000 TL manevi tazminatın, davacı İbrahim için araç hasarından dolayı 4.400.000.000 TL maddi tazminatın 11.10.1999 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı İETT İşletmeleri Genel Müdürlüğü vekili, dava konusu olayda tam kusurlu olanın davacı taraf oldusunu olayda müvekkiline ait aracın da hasar gördüğünü ileri sürerek davanın reddini istemiş, müvekkiline ait araçtaki 596.098.325 TL hasar bedelinin kusur oranına göre takas ve mahsubunu talep etmiştir.

Davalı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili, kazaya karışan araç ve sürücüsünün müvekkili ile akdi ve hukuki bir ilişkisi olmadığını belirterek, davanın reddini istemiştir.

Davalı sigorta vekili, kusur oranına göre müvekkilinin maddi zararlarda 500.000.000 TL poliçe limiti ile sorumlu olduğunu savunmuştur.

Davalı Sabit vekili, olayın meydana gelmesinde müvekkilinin bir kusuru bulunmadığını, 2 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu, istenen tazminatın fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, dava konusu olayın meydana gelmesinde davalı Sabit'in %90, davacı Niyazi'nin olay nedeni ile %19.2 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiği, davacılar vekili ıslah dilekçesi ile davacı Niyazi için dava dilekçesinde istedikleri 2.600.000.000 TL'nı 18.932.000.000 TL daha artırdığı, ancak ilk adli tıp raporunun 22.12.2003 tarihli olup, bu tarihte zararın öğrenildiği ve BK'nın 60/1. maddesindeki 1 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra ıslah dilekçesinin verildiği gerekçesiyle, davalı belediye hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddine, davacı İbrahim için 3.150,39 YTL'nin 11.10.1999 tarihinden itibaren (davalı sigortanın dava tarihinden işleyecek faizi ve poliçe limiti ile sorumlu olmak üzere) diğer davalılardan tahsiline, davacı Niyazi için 2.600 YTL'nın dava tarihinden itibaren (davalı sigortanın dava tarihinden işleyecek faizi ve poliçe limiti ile sorumlu olmak üzere) üç davalıdan tahsiline, davacı Niyazi için 5.000 YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı İETT Genel Müdürlüğü ile Sabit Kandemir'den tahsiline, ıslah dilekçesi ile talep edilen miktarın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar vekili ile davalılar İETT Genel Müdürlüğü ve Anadolu Sigorta AŞ vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve ıslah tarihi itibariyle 2918 Sayılı Yasa'nın 109. maddesinde yazılı ceza zamanaşımı süresinin de geçtiğinin anlaşılmış olmasına ve ayrıca dava değerinin ıslah edilen değer olup, yargılama gideri ve vekalet ücretinin bu değer üzerinden hesaplanmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacılar vekilinin sair, davalı İETT vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacılar vekili, davalıların işleten, sürücü ve zorunlu trafik sigortacısı olduğu aracın neden olduğu trafik kazası nedeniyle uğranılan zararın tazminini istemişlerdir. Davacılar vekili, dava dilekçesinde araçtaki hasar ve manevi tazminattan başka, toplam 2.600.000.000 TL tedavi ve iş göremezlik tazminatının tahsilini istemiş, 17.01.2005 tarihli ıslah dilekçesi ile de. 18.932.000.000 TL daha tedavi ve iş göremezlik tazminatı talep etmiştir. Davalı A. Anonim Türk Sigorta AŞ'ye ıslah dilekçesi tebliğ edilmiş, adı geçen davalı vekili ıslah dilekçesine karşı cevap vermemiştir.

Mahkemece, zamanaşımı savunmasının bir defi olması nedeniyle, dikkate alınmayacağı gözetilmeden, davacıların davalı Anadolu Anonim Türk Sigorta AŞ'den ıslah yolu ile talep ettiği miktarın zamanaşımı nedeniyle reddi doğru bulunmamış, kararın bu nedenle davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

3- Davalı A. Anonim Türk Sigorta AŞ vekilinin temyizine gelince; Davacı İbrahim'e ait araçtaki hasar nedeniyle, davalı sigorta şirketi tarafından, maddi zararlar bakımından kaza başına sorumluluk limiti olan 750.000.000 TL'yi dava tarihinden önce, 03.02.2005 tarihinde davacı tarafa ödediği ve bu ödemenin bilirkişi tarafından yapılan hesaplamada davacı zararından mahsup edildiği halde, araç hasarı yönünden davalı sigorta şirketinin kararda tekrar poliçe limiti ile sorumlu tutulması ve bu miktara ilişkin sargılama giderlerinin davalı sigortadan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı sigorta yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin sair, davalı İETT vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, kararın (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar yararına, (3) numaralı bette açıklanan nedenlerle davalı A. Anonim Türk Sigorta AŞ yararına **BOZULMASINA,** takdir edilen 500.00 YTL. duruşma vekillik ücretinin davalı İETT'den alınarak davacılara, takdir edilen 500.00 YTL duruşma vekillik ücretinin ise davacılar ile davalı A. Sigorta AŞ'den alınarak yek diğerine verilmesine, davalı İETT'den temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz eden davacıya ve davalı Sigorta'ya iadesine, 03.04.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2383 **K:** 2007/5745 **T:** 12.04.2007

SİGORTA HUKUKU • YANGIN SİGORTASI • YANGINA KARŞI GÜVENLİK ÖNLEMLERİ KLOZU • SİGORTALININ GÖREVLERİ

(TTK m 1292/son, 1293/son)

Özet: *Yangın nedeniyle doğan zararın sigorta şirketinden tahsili için açılan davada; sigorta poliçesinde bulunan "Yangına Karşı Güvenlik Önlemleri Klozu" gereğince, sigortalının hangi önlemleri alması gerektiği, bu önlemlerin alınıp alınmadığı, işyerinin niteliği ve içinde bulunan eşya için yeterli olup olmadığı araştırılarak hüküm kurulmalıdır.*

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 13.12.2005 tarih ve 2004/373-2005/388 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirketin ihale ile yapımını üstlendiği inşaatı davalıya Ali Risk sigorta poliçesi ile sigortalattığını, inşaat malzemelerinin bulunduğu depoda çıkan yangın sonucu oluşan hasar bedelinin ödemediğini, alacağın tahsili için başlatılan icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek 10.000.000.000 TL'sı asıl alacak ve 2.100.000.000 TL'sı işlemiş faiz yönünden itirazın iptali ile takibin devamına, %40 haksız itiraz nedeniyle tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiş, ıslah ile talebini 13.940.00 YTL asıl, 2.100.00 YTL işlemiş faiz olarak arttırmıştır.

Davalı vekili, davacının sigorta ettiren olup. sigorta tazminatını talep etmeye hakkı bulunmadığını, yangın çıkmaması için gerekli önlemlerin alınmadığını, istenen tazminatın fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre sigorta sözleşmesi davacı tarafından dava dışı şirket nam ve hesabına yapılmış ise de sigortalı tarafında hasar bedelinin davacı şirkete ödemesinin talep edildiği, mahkemeye yazılan yazı ile de aynı iradenin açıklandığı bu nedenle davacı şirketin aktif dava husumetine ehil olduğu, sigortalının gerekli güvenlik önlemlerini almadığı anlaşıldığından TTK 1293/son yollamasıyla TTK'nın 1292/son maddesi gereğince sigorta etti-

renin kusuru halinde kusurun ağırlığına göre sigorta bedelinin indirilebileceği, bu indirimin %10 oranında yapılması gerektiği, ıslah dilekçesi bir yıllık dava açma süresinden sonra verildiğinden ıslah ile arrtınlan kısım yönünden alacak davacısı olarak hüküm kurulması gerektiği zararın sigorta teminatı kapsamında olup olmadığının yargılamayı gerektirmesi nedeniyle inkar tazminatına hükmedilemeyeceği gerekçesiyle 10.000.00 YTL asıl alacak 1.407,12 YTL işlemiş faiz olmak üzere 11.407,12 YTL üzerinden itirazın iptaline takibin devamına asıl alacağa avans faizi yürütülmesine, ıslah edilen miktar gözönüne alınarak 3.940,00 YTL'nın avans faizi ile tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı 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, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dava, inşaat alill risks sigorta poliçesinden kaynaklanan sigorta tazminatının tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, işyerinde meydana gelen yangında sigortalının gerekli güvenlik önlemlerini almadığı bu nedenle TTK'nın 1293 son yollamasıyla TTK'nın 1292/ son maddesi gereğince sigorta ettirenin kusuru halinde kusurun ağırlığına göre sigorta bedelinin indirilebileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Taraflar arasında akdedilen sigorta poliçesinin 112 Yangına Karşı Güvenlik Önlemleri Klozu gereğince teminat dahilinde olacağı kararlaştırılmış olup. anılan kloz gereğince sigortalı her zaman yeterli sayı ve nitelikte yangınla mücadele ekipmanı veyangm söndürme ünitesini gerekli yerlerde çalışır ve hazır halde bulunduracaktır. İnşaat montaj malzemelerinin depolanması halinde gerekli önlemler de ayrıntılı olarak belirlenmiştir-Anıkn kloza aykırı davranılması halinde hasar teminat dışı kalacaktır.

O halde mahkemece, bilirkişilerden ek rapor ya da uzman bilirkişilerden yeniden rapor alınmak suretiyle sigortalının yangın nedeniyle hangi önlemleri alması gerektiği, bu önlemlerin alınıp alınmadığı, anılan kloz hükümleri gözetilerek işyerinin büyüklüğü ve içinde bulunan emtianın niteliği itibariyle gerekli ve yeterli olup olmadığı belirlenerek hasarın teminat damlnde kalıp kalmadığının tespiti ile sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

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 **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine. 12.04.2007 tarihinde oybirliğiyle kararı verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/9849 **K:** 2008/12571 **T:** 16.06.2008

USUL HUKUKU • KESİN SÜRE • GEÇERLİLİK KOŞULU • KESİN SÜRENİN SONUÇLARININ ANLATILMASI SONUCU

(1080 SY m. 159, 163)

Özet: *Kesin sürede, verilen kesin süreye uymamanın sonuçları açıklamadığından, kesin süreden söz edilemez.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

HUMK'un 163 ve 159. maddeleri mahkemeye ve taraflara belli işlemleri belli edilen sürelerde yapması için sınırlamalar getirmiştir. Bu sürelerin bir kısmı yasa metninde yer almış bir kısmı ise hakimin taktirine bırakılmıştır. Süre tayini hakimin taktirine bırakılan hallerde yapılacak işlemin niteliğine göre makul bir süre belirlenmelidir. Hakimin verdiği ve kesin olduğunu belirtildiği sürede taraf belirtilen işlemi mutlaka yapmalıdır. Sürenin bitiminden sonra belirtilen işlemin yapılması mümkün değildir. Şayet yapılmamış ise taraf bu konudaki hakkını kaybeder. Hakkın zayi olması gibi ağır bir müeyyideye bağlanan verilen sürenin hukuki sonuç doğrabilmesi için yapılması gereken işlemler ve ne kadarlık sürede yapılacağı açık ve tam olarak belirtilmesi gerektiği gibi bunların yapılmamasının doğuracağı sonuçların açıklanması ve tarafların uyarılması gerekir. (HGK'nın 21.9.2003 tarih 14/3447-825 sayılı kararı.)

Somut olayda borçlu vekiline 25.12.2007 tarihli celsede verilen kesin mehilde kesin mehle riayet etmemenin doğuracağı sonuçlar açıklanmadığından, HUMK'un 163. maddesine uygun ve geçerli bir kesin mehilden söz edilemez.

Bu açıklamalar gözetildiğinde verilen kesin mehile rağmen ara kararı yerine getirilmediğinden bahisle talebin reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** 16.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11133 **K:** 2008/14206 **T:** 03.07.2008

İCRA HUKUKU • TAŞINMAZI İHALEYLE ALAN KİŞİNİN HAKLARI • TAŞINMAZIN TAHLİYESİNDE İZLENECEK YÖNTEM

(İİK m. 135/21, 135, 150/6)

Özet: *Alıcıya ihale edilen taşınmaz bir üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise, taşınmaz hacizden önceki bir tarihte yapıldığı resmi bir belgeye dayanmayan bir akde göre başkaları tarafından işgal ediliyorsa, taşınmazı işgal eden kişi icra müdürlüğü tarafından zorla çıkartılır ve taşınmaz alıcıya teslim edilir.*

Taşınmazı işgal edenden kira paralarının istenmesi, taşınmazı alan kişinin tahliye haklarını etkilemez.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alıcı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alıcıya ihale edilen taşınmaz bir üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise, (ihalenin kesinleşmesi üzerine) alıcı, icra dairesinden, üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebilir.

İİK'in 135/2. maddesi; "taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise onbeş gün içinde tahliyesi için borçluya ve işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkarılıp taşınmaz alıcıya teslim olunur" hükmünü içermektedir.

Somut olayda ipoteğin paraya çevrilmesi talebi sonucu, kesinleşen ihale neticesinde üçüncü kişiye tahliye emri tebliğ edilmiş, şikayetçi tarafından yasal (7) günlük sürede bu tahliye emrine karşı mahkemeye şikayet yoluna başvurulmuştur. Ancak, şikayetçi tarafından hacizden evvelki (ipotek tarihinden) bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanılarak taşınmazı işgal ettiği ispatlanamamıştır. (Adi yazılı kira sözleşmesi, vergi kaydı, SSK belgesi, eletrik faturası, su faturası, telefon tesis belgesi, vergi dairesi yoklama fişi, sanayi sicil belgesi, marka tescil belgesi, kira ödeme makbuzları, İİK'in 135/2. maddesinde öngörülen ve kiracı sıfatını belgeleyen resmi belgelerden sayılmaz.)

Diğer yandan kabule göre de; İİK'in 150/b maddesi uyarınca kira paralarının istenmesi İİK'çe 132-135. maddelerindeki haklarını da ortadan kaldırmaz.

O halde Mahkemece istemin reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü isabetsizdir.

SONUÇ: Alıcı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** 03.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/12465 **K:** 2008/15210 **T:** 15.07.2008

İCRA HUKUKU • ÇEKTE ZAMANAŞIMI • BİRDEN FAZLA BORÇLUNUN BULUNMASI HALİNDE ZAMANAŞIMI DEFİ İLERİ SÜRÜLMESİ

(TTK m. 726, 730/18, 663)

Özet: *Kambiyo senetlerine ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımını kesen işlem kime karşı yapılmış ise, ancak ona karşı hüküm ifade eder.*

Bu nedenle hakkında, zamanaşımını kesen işlem yapılmamış olan borçlu zamanaşımı defi ileri sürebilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

TTK'nın 726/1. maddesi gereğince, alacaklının müracaat hakkı ".... ibraz müddetinin bitiminden itibaren 6 ay geçmekle zamanaşımına uğrar". Somut olayda, takip dayanağı çekin keşide tarihi 01.02.2007 olup alacaklı 6 aylık zamanaşımı süresi dolmadan 14.03.2007 tarihinde icra takibini başlatmıştır.

Takiple zamanaşımı kesildiğinden TTK'nın 730. maddesi göndermesi ile aynı yasanın 662, 663/2. maddeleri uyarınca yeniden 6 aylık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Ancak takip talebinde borçlu Metin 'in adresinin gösterilmediği ve adına ödeme emri tebliğe çıkarılmadığı, alacaklı vekilinin adı geçen borçlu yönünden dosyada ilk olarak 16.10.2007 tarihinde adres tesbitini talep ettiği ve şikayetçi borçluya örnek 10 numaralı ödeme emrinin 11.01.2008 tarihinde tebliği üzerine 14.01.2008 tarihin-

de İİK'in 168/5. maddesinde öngörülen yasal 5 günlük sürede İcra Mahkemesine başvurarak zamanaşımı nedeniyle takibin iptalini talep ettiği anlaşılmıştır. Bu durumda alacaklının takip tarihi olan 14.03.2007 tarihi ile 16.10.2007 tarihinde yaptığı işlem arasında 6 aydan fazla dosyanın şikayetçi borçlu yönünden işlemsiz bırakılması suretiyle icra TTK'nın 726.maddesinde yazılı 6 aylık zamanaşımı süresi dolduğu görülmektedir.

TTK'nın 730/18. maddesinin göndermesi ile çekler hakkında uygulanması gereken aynı kanunun 663. maddesine göre müruruzamanı kesen muamele her kim hakkında vaki olmuşsa ancak ona karşı hüküm ifade eder. Bu nedenle icra takibinin diğer borçlusu hakkında yapılan zamanaşımını kesen işlemlerin şikayetçi borçlu yönünden hüküm ifade etmesi de mümkün değildir.

O halde mahkemece zamanaşımı itirazının kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 15.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/7335 **K:** 2005/10468 **T:** 12.05.2005

İCRA HUKUKU • FAİZ HESABI • DÖVİZ ÜZERİNDEN ALACAK

(İİK m. 58/3)

Özet: *İcra Mahkemesince TL üzerinden hüküm kurmak gerekirken İİK'in 58/3. maddesine aykırı olarak yabancı para üzerinden hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklının takibe dayanak yaptığı ilamda hüküm altına alınan alacak için dava tarihi olan 9.2.1996 tarihinden itibaren döviz kuru üzerinden faize hükmedilmiştir. Mahkemece bu tarih dikkate alınarak faiz yürütülmesi gerekirken hükmolunan alacakla ilgili olmayan borçlu S. AŞ Genel Müdürlüğü'nün açmış olduğu dava tarihi olan 23.6.1995 tarihinin faiz başlangıcına esas alınması usulsüzdür.

Dosyanın bilirkişiye tevdi ile 9.2.1996 tarihinin faiz başlangıç tarihi olarak kabulü ile buna göre faiz hesabı yapıldıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekir.

Öte yandan yabancı para alacağına ilişkin takipte alacağın (TL) olarak karşılığı İİK'in 58/3. maddesine uygun olarak takip talepnamesinde gösterilmiştir. Bu aşamadan sonra İcra Mahkemesince TL üzerinden hüküm kurmak gerekirken İİK'in 58/3. maddesine aykırı olarak yabancı para üzerinden hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** 12.05.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/3728 **K:** 2004/10122 **T:** 22.04.2004

İCRA HUKUKU • PAZARLIKLA SATIŞ • İHALENİN FESHİ • GÖREV

(BK m. 225; İİK m.224, 241,244)

Özet: *pazarlıkla satışın normal bir satış olduğunun kabulünden hareketle bu satışın BK'nın 225 ve onu izleyen maddelerine göre genel mahkemelerden satışın iptali istenebilir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı/mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkikinin davalılardan Orhan ve Ümran vekillerince istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Alacaklı Maliye Hazinesi tarafından 5.9.2003 tarihli fevkalade alacaklılar toplantısında alınan, taksit ve pazarlıklar taşınmazların alıcıya satılmasına dair kararın usulünce ilan yapılmadığından ve ihaleye fesat karıştırıldığından iptali istemi ile açılan davada icra mahkemesince taşınmazların satılmasına dair kararın iptaline karar verilmiştir.

İİK'in 224 ve 241 maddelerinde pazarlıkla satıştan, söz edilmekte olup, İİK'in 241. maddesinde "Masaya ait malların iflas idaresi eliyle açık artırma yahut alacaklılar karar verirse pazarlık usulü ile satılacağını" hükme bağlamıştır. Ancak, satışın ne şekilde yapılacağı belirtilmemiştir. Artırma suretiyle satışın şartları başlığını taşıyan 244. maddede ise bazı maddelerin tahdidi olarak artırma suretiyle yapılacak satışlarda uygulanacağı hükmü getirilmiş olup bunların kıyas yolu ile pazarlıkla satışa uygulanması mümkün değildir. İİK'te pazarlıkla satışın şekline ilişkin bir hüküm bulunmaması karşısında, pazarlıkla satışın normal bir satış olduğunun kabulünden hareketle bu satışın BK'nın 225 ve onu izleyen maddelerine göre genel mahkemelerden satışın iptali istenebilir. Zira, Hukuk Genel Kurulunun 1939/12-413 esas, 1989/583 karar sayılı 8.11.1989 tarihli kararında da genel, mahkemede pazarlıkla satışın iptalinin istenebileceği belirtilmiştir.

Bu nedenlerle mahkemece ihalenin iptaline ilişkin şikayet ile ilgili olarak görevsizlik kararı verilerek ve miktarı da dikkate alınarak görevli Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine şeklinde karar vermek gerekirken işin esası incelenerek ihalenin feshine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davalılardan Orhan ve Ümran vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve

HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**; 22.04.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11134 **K:** 2008/14205 **T:** 03.07.2008

İCRA HUKUKU • SATIŞ • KESİNLEŞEN İHALE • İHALE EDİLEN TAŞINMAZDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İŞGALİ • TAHLİYE EMRİ

(İİK m. 135/2)

Özet: *Alıcıya ihale edilen taşınmaz bir üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise, (ihalenin kesinleşmesi üzerine) alıcı, icra dairesinden, üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebilir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alıcı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alıcıya ihale edilen taşınmaz bir üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise, (ihalenin kesinleşmesi üzerine) alıcı, icra dairesinden, üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebilir.

İİK'n 135/2. maddesi; *"taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise onbeş gün içinde tahliyesi için borçluya ve işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkarılıp taşınmaz alıcıya teslim olunur"* hükmünü içermektedir.

Somut olayda ipoteğin paraya çevrilmesi talebi sonucu, kesinleşen ihale neticesinde üçüncü kişiye tahliye emri tebliğ edilmiş, şikayetçi tarafından yasal (7) günlük sürede bu tahliye emrine karşı mahkemeye şikayet yoluna başvurulmuştur. Ancak, şikayetçi tarafından hacizden evvelki (ipotek tarihinden) bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanılarak taşınmazı işgal ettiği ispatlanamamıştır. (Adi yazılı kira sözleşmesi, vergi kaydı, SSK belgesi, eletrik faturası, su faturası, telefon tesis belgesi, vergi dairesi yoklama fişi, sanayi sicil belgesi, marka tescil belgesi, kira ödeme makbuzları, İİK'in 135/2. maddesinde öngörülen ve kiracı sıfatını belgeleyen resmi begelerden sayılmaz.)

Diğer yandan kabule göre de; İİK'in 150/b maddesi uyarınca kira paralarının istenmesi İİK'çe 132-135. maddelerindeki haklarını da ortadan kaldırmaz.

O halde Mahkemece istemin reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü isabetsizdir.

SONUÇ: Alıcı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 03.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/20414 **K:** 2006/23735 **T:** 14.12.2008

HACİZ • ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ETKİSİ • BELEDİYE YASASI

Özet: *Anayasa Mahkemesince 6 aylık süre sonunda iptal kararının yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda haciz tarihi itibariyle olayda anılan yasanın 15/son maddesinin uygulanması zorunludur.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme karannm müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu isle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

2560 Sayılı Kanunla kurulan ve ayrı tüzel kişiliği bulunan ve aynı kanunun 1. maddesi uyarınca İstanbul Büyükşehir Belediyesinin idari yapılanmasında yer alan İSKİ yönünden de haciz tarihi itibariyle 5272 Sayılı Yasanın uygulanması gerekli bulunmaktadır. 26.7.2006 haciz tarihi esas alınıp olaya uygulanması gereken 5272 Sayılı Belediye Kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından 18.1.205 tarih ve 2004/118 esas 2005/8 karar sayılı kararla iptal edilmiş ve iptal kararı 13.4.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış ise de, Anayasa Mahkemesince 6 aylık süre sonunda iptal kararının yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda haciz tarihi itibariyle olayda anılan yasanın 15/son maddesinin uygulanması zorunludur.

Banka Şubesindeki borçlu belediyeye ait hesaptaki paraların su faturası tahsilatından elde edilen gelirlerle, İSKİ genel müdürlüğü abonelerinden tahsil olunan senet bedellerinden oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu paraların 5272 Sayılı Kanunun 15/son maddesinde belirtilen nitelikte olup olmadığı araştırılarak bu hesap üzerindeki haczin de kaldırılması istemi

hakkında varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlannın kabulü ile mahkeme karannm yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 14.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/7447 **K:** 2007/13019 **T:** 07.11.2007

BİRDEN FAZLA İŞVERENİN İŞÇİYE KARŞI SORUMLULUĞU • İÇ İLİŞKİ BAKIMINDAN SORUMLULUĞUN PAYLAŞILMASI

Özet: *İş Hukuku hükümleri bakımından işçiye karşı birlikte sorumlu olan işverenlere karşı İş Mahkemesinde birlikte dava açılması ve müteselsil olarak sorumlu tutulmaları mümkündür.*

Ancak, söz konusu işverenler aralarındaki iç ilişki bakımından işçiye karşı olan sorumluluğun paylaşımını diledikleri gibi belirleyebilirler.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de miktar yönünden reddedilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile 1.1.2001 tarihli 1 yıl süreli davalı sitenin temizlik ve güvenlik hizmetinin karşılanması edimlerini içeren sözleşme imzalandığını, davalının tek taraflı olarak sözleşmeyi fesh etmesiyle, çalıştırdığı işçilerin İş Mahkemesine açtıkları davalar sonucunda davalı ile beraber mahkûm edildiklerini, kararın davalı tarafından temyiz edilmemesi sonucu kesinleştiğini, İş Mahkemesi ilamının icraya konulması sonucu talep edilen alacağın tamamını ödediğini, kesinleşen ve kesin hüküm halini alan karardaki bedelin yarısından davalının sorumlu olması nedeniyle icra dosyasına ödediği 12.350,54 YTL'nin 1/2'nin faizi ile tahsili için yapılan icra takibine davalının itiraz ettiğini öne sürerek davalının haksız itirazlarının iptali ile icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen 1.1.2001 tarihli sözleşmenin A bendinin 4.maddesi *"Personelin; maaş, SSK prim, yol, kıyafet giderleri ile İş Hukuku'nda doğan kıdem ve ihbar tazminatları, yıllık izin gibi sair tüm yasal ve özlük haklarının karşılanmasını bizzat üstlendiğini, bu konularda P. Maya'nın hiçbir yükümlülüğünün bulunmadığını..."* hükmünü taşımaktadır.

Bu hüküm, muvacehesinde davacı şirket tüm yükümlülüğü üstlenmiştir. Durum böyle olunca sözleşmenin bu hükmünün davacıyı bağlayacağı, taraflar arasında iç ilişkide nazara alınacağı kuşkusuzdur. Mahkemenin hükmüne gerekçe yaptığı İş Mahkemesinde davacı dava dışı işçi olup eldeki davanın davacı ve davalısı o davanın davalılarını oluşturmuştur. Yargılama sonunda işçiye karşı kıdem tazminatından davalıların müteselsilen sorumlu tutulmaları iş hukuku mevzuatına göre mümkündür. Ancak davacı yukarıda yazılı sözleşme hükmüne göre işçiye karşı kıdem tazminatından olan sorumluluğu üzerine almış, davalı şirketin hiçbir yükümlülüğü olmadığını kabul etmiştir. Bu durumda Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken taraflar arasındaki sorumluluğa ilişkin sözleşme hükmünün yanlış değerlendirilerek salt İş Mahkemesinin kabul kararına dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 7.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/15314 **K:** 2008/4565 **T:** 02.04.2008

TÜKETİCİ HUKUKU • TÜKETİCİ MAHKEMESİ • DAVADA GÖREV • ÖZEL OKULA ÖDENEN EĞİTİM ÜCRETİ

(4077 SY m. 23)

Özet: *Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi resen gözetilmelidir.*

Özel okula ödenecek olan eğitim ücretine ilişkin davaya "Tüketici Mahkemesinde" bakılmalıdır.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının çocuğu Cansu'nun, davacı şirkete bağlı özel okulda okuduğunu, 2004 yılı ocak, şubat, mart, nisan aylarına ait eğitim ücreti bedellerini ödememesi üzerine icra takibi yapıldığını, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına % 40'tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının itirazının iptaline, takibin 5224.00.-YTL asıl alacak üzerinden yürütülmesine, asıl alacağa faiz yürütülmesine, % 40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1. Maddesinde, yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde *"bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar"* hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları, hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak

üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet atışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı (sağlayıcı-satıcı) davalıya (tüketici-alıcı) eğitim hizmeti sattığı ve taraflar arasındaki ilişkinin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzen1emeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

2- Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın (1) nolu bentte gösterilen nedenle **BOZULMASINA,** (2) nolu bentte gösterilen nedenle diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 2.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1540 **K:** 2008/6896 **T:** 20.05.2008

FAHİŞ CEZAİ ŞARTTAN İNDİRİM • CEZAİ ŞARTTAN İNDİRİMİN KOŞULLARI • BORCUN VADESİ • FAİZ BAŞLANGICI

(BK m. 161/son)

Özet: *Fahiş olduğu anlaşılan cezai şartın mahkemece resen tenkis edileceği yasadan doğan bir zorunluluktur.*

Bu iş yapılırken; ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, borçlunun ödeme yeteneği, borcun yerine getirilmemiş olmasının borçluya sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve hukuka aykırılık olgusu dikkate alınmalıdır.

Borcun ödeneceği gün sözleşmede belirlendiğinden, vadenin kesin vade olduğu anlaşıldığından, bu tarihten itibaren faiz işletilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalılara 5.000YTL borç para verdiğini, karşılığında yazılı belge aldığını, davalıların sözleşmeden doğan borçlarını ödemediklerini ileri sürerek bu paranın ve kararlaştırılan 5.000 YTL ceza şartının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, sözleşmedeki imzanın kendilerine ait olmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, 28.2.2006 tarihli grafolog bilirkişi raporu esas alınmak ve sözleşme altındaki imzaların davalılara ait olduğu kabul edilmek suretiyle 5.000 YTL alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline,fazla isteğin reddine karar verilmiş;hüküm,her iki tarafça temyiz edilmiştir.

1- 6.11.2007 günlü ilam davalılardan Bahattin'e 21.11.2007 gününde tebliğ edilmiş ve bu davalı temyiz dilekçesini l0.12.2007 tarihinde vermiştir. 3156 Sayılı Yasayla değişik HUMK'un 432/1 maddesi uyarınca yasanın yürürlüğe girdiği 6.4.1985 tarihinden itibaren verilen kararlarda

temyiz süresi 15 gündür. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.6.1990 gün ve esas l989/3, karar 1990/4 İçtihadı birleştirme kararı uyarınca bu davalı yönünden temyiz süresi geçirildikten sonra verilen temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

2- Diğer davalılar ve davacının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; dosyadaki yazılara, kararın dayandığı gerektirici nedenlere ve özellikle tarafların diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

3- Mahkemece de imza incelemesine ilişkin olarak alınan 28.2.2006 tarihli Grafolog Bilirkişi Cahit Alkış'm hazırladığı rapor yeterli bulunmadığı için yeniden imza incelemesine karar verilmiş,ilgili yerlere yazı yazılmak suretiyle davalı tarafa ait imza örnekleri getirtilmiştir. Mahkemece, dosyanın yeniden bilirkişiye gönderilerek imza incelemesi yaptırılmasına ve gerekli masrafların karşılanmasına yönelik olarak davalı tarafa kesin süre verilmediği gibi 13.12 2006 tarihli oturumda davalılar vekilinin yeterli imza örnekleri toplanmadan bilirkişi incelemesi yaptırılmasının kendileri için anlam ifade etmeyeceğine yönelik beyanı da imza incelemesinden vazgeçilmesi olarak nitelendirilemez. Hal böyle olunca konusunda uzman bilirkişi veya kurulundan imza incelemesi konusunda rapor alınmalı ,sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Bu yönün göz ardı edilerek yetersiz bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

4- Az yukarıda 3. bentte açıklandığı şekilde yapılan imza incelemesi sonunda davada dayanılan tarihsiz sözleşmedeki imzaların davalı taraf el ürünü olduğunun anlaşılması durumunda, anılan sözleşmedeki alınan 5.000.000.000.TL borcun 15.9.1998 tarihinde ödenmemesi halinde 5.000.000.TL ödeneceğine ilişkin şart, taraflar arasında kararlaştırılmış bir ceza şartı olduğundan davalı tarafın kural olarak kararlaştırılan bu ceza şartından da sorumlu olacağı kabul edilmeli, ancak her ne kadar taraflar cezanın miktarını tayin etmekte serbest iseler de, BK 161/son maddesi hükmüne göre, hakimin fahiş gördüğü cezaları resen tenkis etmekle yükümlü olduğu gözetilerek. Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadı durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması nedeniyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranış ağırlığı ölçü alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alman ceza miktarı, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tesbit edilmelidir. Mahkemece cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı, tenkisinin gerekip gerekmediği tartışımalı, bu yönde inceleme ve araştırma yapılmalı sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

5- Yine sözleşme altındaki imzaların davalılar el ürünü olduğu ve geçerli olduğunun anlaşılması halinde davaya konu kararlaştırıldığından ve kararlaştırılan bu vadenin de kesin vade olduğu anlaşıldığından faize bu tarihten itibaren hükmolunmalıdır. Mahkemenin bu yönü göz ardı ederek dava tarihinden itibaren faize hükmetmiş olması,usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenle davalılardan Bahattin'in temyiz dilekçesinin reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle diğer davalılar ve davacının sair temyiz taleplerinin reddine,üçüncü bentte açıklanan nedenle temyiz olunan kararın davalılardan Süleyman, Bahadır ve Huriye yararına dördüncü ve beşinci bentte açıklanan nedenlerle de davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 20.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3083 **K:** 2008/9547 **T:** 07.07.2008

VEKALET SÖZLEŞMESİ • DAVADA YETKİ • İFA YERİ KURALI

(BK m. 73/1, HUMK m. 10)

Özet: *Vekaletnamenin İstanbul Noteri'nde düzenlenmiş olması, vekalet konusu işlerin İstanbul mahkemelerinde görüleceği ve davacı alacaklı avukatın İstanbul'da oturduğu dikkate alındığında, sözleşmenin icra olunacağı yer mahkemesi olan İstanbul'da dava açılabileceği sonucuna varılır.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı avukat olduğunu, davalının vekili olarak İstanbul 4 ve 8.Ticaret Mahkemelerinde görülen davaları takip ettiğini, ancak davalının kendisini 9.1.2006 tarihinde haksız olarak azlettiğini, vekalet akdinin ifa edildiği yerin İstanbul olduğunu, vekalet ücretini ödemeyen davalının ic-

ra takibine de haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptalini istemiştir.

Davalı zamanaşımı süresini dolduğunu , mükerrer takip bulunduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davalının ikametgahının Gaziosmanpaşa olduğu, icra takibinde yetkiye de itiraz edildiği ve yetki itirazının yerinde bulunduğu, itirazın iptali davası açma koşulları bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın vekalet ücret sözleşmesinden kaynaklandığı uyuşmazlık konusu değildir. Davacının İstanbul 8. İcra Müdürlüğünde vekalet ücretinin tahsili için yaptığı icra takibine davalının diğer hususlarla birlikte yetki yönünden de itirazda bulunduğu, açılan davada da mahkemece yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Davalının davacıyı Beşiktaş 1. noterliğinde düzenlenen vekaletname ile vekil tayin ettiği ve davacının vekil olarak İstanbul 4 ve 8. Ticaret Mahkemelerindeki davaları takip ettiği ve davacının İstanbul Mahkemelerinin yetki sınırları içinde oturduğu da dosya kapsamı ile sabittir. HUMK'un 10. maddesinde davananın makavelenin icra olunacağı yer mahkemesinde de açılabileceği hükme bağlanmış olup BK'nın 73/1. maddesinde de borcun bir miktar paradan ibaret olması halinde tediyenin alacaklının verme anında mukim bulunduğu yerde vuku bulunacağı da hükme bağlanmıştır. Tüm bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davacının yetkili icra dairesinde icra takibi yaptığı gibi yetkili mahkemede de dava açtığının kabulü gerekir Mahkemece değinilen bu hususlar gözetilerek işin esasına girilip hasıl olarak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine 7.7.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/11477 **K:** 2008/11825 **T:** 07.10.2008

CENİN ALINIRKEN, RAHİM VE YUMURTALIĞIN ALINMASI • HEKİM HATASI • CEZA DAVASI SONUCUNUN BEKLENMESİ

(818 SY m. 53, 386,)

Özet: *Dava konusu olay nedeniyle davacıların C. Savcılığına yaptığı şikayet başvurusunda bulundukları anlaşılmaktadır. BK'nın 53. maddesine göre hukuk hakimi ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı değilse de verilecek mahkumiyet kararı ve tespit edilen maddi olgular ile bağlıdır. Bu durumda mahkemece hazırlık soruşturması sonucunun eğer dava açılmış ise ceza davasının sonucunun beklenerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, davalı doktor tarafından hamileliğinin takip edildiğini, ceninin beş aylık olduğunda hareket etmemesi üzerine doktora gittiğini, doktor tarafından ceninin anne karnında ölü olduğunun tespit edildiğini, bunun üzerine normal doğumun beklendiğini, olmayınca sezeryan ile ceninin alındığını, sezeryan sırasında rahim ve yumurtalığının da alındığını ileri sürerek toplam 100.700,00 YTL maddi ve manevi tazminatın tahsilini istemişlerdir.

Davalılar, kusursuz olduklarını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, alınan adli tıp kurumu raporu gereğince ve tanık beyanlarına göre yapılan tıbbi işlemlerin usulüne uygun olduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava konusu olay nedeniyle davacıların Cumhuriyet Savcılığına yaptığı şikayet başvurusunda bulundukları anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu 53. maddesine göre hukuk hakimi ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı değilse de verilecek mahkumiyet kararı ve tespit edi-

len maddi olguları ile bağlıdır. Bu durumda mahkemece hazırlık soruşturması sonucunun eğer dava açılmış ise ceza davasının sonucunun beklenerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde, hüküm kurulması usül ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2- Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan bozma nedenine göre bu aşamada, davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacılar yararına bozulmasına, iki nolu bentte açıklanan nedenlerle davacıların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 7.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
14. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/10087 **K:** 2008/11028 **T:** 06.10.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ • BORÇ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÜREKLİLİĞİ • TAPU SCİLİNDE AÇIKLIK İLKESİ

(TMK m. 856)

Özet: *İpotekli bir taşınmazın devredilmesi halinde, borçlunun sorumluluğunda ve ipotekle kurulmuş olan güvencede bir değişiklik meydana gelmez. Yeni malik de ipotek borcuyla sorumludur.*

Tapu sicili herkese açık olduğuna göre, sicilde yazan bir hususun ilgilisi tarafından bilinmediği kabul edilemez.

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 04.12.2007 gününde verilen dilekçe ile ipoteğin kaldırılması istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kabulüne dair verilen 29.01.2008 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, ipotek şerhinin kaldırılması istemine ilişkindir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava kabul edilmiştir.

Hükmü, davalı temyiz etmiştir.

İpotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir ayni haktır. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) Türk Medeni Kanunu'nun 856. maddesi uyarınca tapu siciline tescil edilmesi gerekir.

Alacak sona erdiği halde alacaklı terkin taahhüdüne rağmen terkin talebinde bulunmazsa taşınmaz maliki rehnin fekkini (kaldırılmasını) dava yolu ile isteyebilir.

Somut olaya gelince;

Kaldırılması dava konusu yapılan 21.07.1995 günlü ipotek akit tablosunda 5.000.000.000 TL için tesis edilen ipoteğin davalı (arsa sahibi) ile dava dışı yüklenici Ö. İnşaat Ltd. Şti.nin davalının maliki olduğu arsa

üzerine yaptığı arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca konulduğu yazılıdır. Dolayasıyla, resmi akit tablosunda gönderme yapılan davalı ile dava dışı yüklenici şirket arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesini de resmi senedin ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmek gerekir. 20.07.1995 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde ise, ipoteğin binanın iskanının alınması, çevre tanziminin yapılması, elektrik mukavelelerinin A. Elektrik A.Ş. ile yapılması halinde kaldırılacağı hükme bağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 888. maddesine göre ipotekli bir taşınmazın devri aksi kararlaştırılmış olmadıkça borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez. Yeni malikte bu borç ile yükümlüdür. Yasanın 1020. maddesine göre de, tapu sicili herkese açık olup, sicilde yazılı olan bir hususun ilgilisi tarafından bilinmediğini kabul etmek mümkün değildir. Değişik bir anlatımla yeni malik olan davacı da önceki malik gibi ipotek borcundan sorumlu olacağından ipoteğin kaldırılması için tarafların öngördükleri sözleşme koşulu yerine getirilmeksizin yeni malikin sözleşme şartlarını bilmediği kabul edilerek davanın yazılı şekilde hükme bağlanması doğru olmamıştır.

Karar açıklanan nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 06.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4600 **K:** 2008/4428 **T:** 01.07.2007

TİCARET HUKUKU • BORÇLAR HUKUKU • AYIPLI İFA • SÖZLEŞMEDEN DÖNME • BEDELİN İADESİ

(818 SY m. 360/1)

Özet: *Bir işin kabul edilmeyecek ölçüde ayıplı yapıldığının saptanması halinde, iş sahibinin sözleşmeden dönerek ödediği bedelin iade edilmesini isteme hakkı vardır.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili gelmedi. Davalı vekili avukata geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davalı avukatı dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı ifa nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2- Davacı davalıya sarkan göğüslerinin toplanıp kaldırılması ve eski silikonlarının yerine 1 numara küçük yeni silikonların konulması ile sarkan boynun gerilip düzeltilmesi işlerini yaptırmıştır. Dosya kapsamındaki delillerden göğüsle ilgili silikon değiştirme işleminin yapılmadığı, toplanıp kaldırılması işinin de kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacı da BK'nın 360/1. maddesi gereğince sözleşmeden dönerek bedelin iadesi ve zararın giderilmesini talep etmiştir. Mahkemece iş bedelinin iadesine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamakta ise de iade edilen 6.800,00 YTL iş bedeli içerisinde dava konusu olmayan boynun gerilip düzeltilebilmesi işinin bedeli de bulunmaktadır.

Bu durumda mahkemece davacı yanca kabul edilen boynun gerilip düzeltilmesi işlemi ile ilgili iş bedelinin hükme esas raporu veren bilirki-

şiden alınacak ek raporla saptanarak bu miktarın iadesine karar verilen 6.800,00 YTL bedelden düşülmek ve 1.200,00 YTL diğer zararlar eklenmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekirken bu husus gözden kaçırılarak reddedilmeyen iş bedelini de kapsayacak şekilde fazla miktarda maddi tazminata hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1.) bentte yazılı nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine, (2.) bent uyarınca hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** 550,00 YTL duruşma vekâlet ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay duruşmasında vekille temsil olunan davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 01.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
16. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 16. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3983 **K:** 2008/1971 **T:** 28.03.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • MALİK HANESİNİN AÇIK OLMASI • KADASTRO TESPİTİ

Özet: *Kadastro tespitinden sonra malikhanesi açık olarak tapuya tescil edilen taşınmazın aidiyetinin kime ait olacağına yönelik olarak açılan davada; kadastro tutanağının aslının bulunması, bulunaması halinde ihya yoluyla tutanak oluşturulması gerekir. Bu iş yapılmadan yargılamaya devam edilemez.*

Taraflar arasında kadastro tesbitinden doğan dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi istenilmekle; temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı, inceleme raporu ve dosyadaki belgeler okundu, gereği görüşüldü:

Kadastro sırasında 299 ada 63 parsel numarası ile tespit edilen kargir oda vasfındaki taşınmaz 13.3.1944 tarihinde malikhanesi açık olarak tapuya tescil edilmiştir. Davacı Vakıf, Sofçular Handa bir kargir oda olan çekişmeli parselin nevi kaydının Vakıf adına olduğundan bahisle malikhanesinin Mülhak Amcazade Hüseyin Paşa Vakfı olarak doldurulması için Kadastro Mahkemesine dava açmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne, çekişmeli parselin tüm takyidatları aynen kalmak kaydıyla malikhanesinin Amcazade Hüseyin Paşa Vakfı olarak doldurulmasına, tapuya bu şekilde tesciline karar verilmiş; hüküm, davalılar Hazine ve İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece, çekişmeli taşınmazın kadastro tespiti sırasında malikhanesinin açık bırakıldığı, mülkiyeti mutasarrufuna geçmiş olan taşınmazlarda maliklerin Hazineden başka mirasçı bırakmadan ölümleri halinde mülkiyet Hazine'ye intikal edip de bu husus tapu kaydına işlenmemiş ise mülkiyetin mahlülen vakfına döneceği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de; yapılan araştırma ve inceleme karar için yeterli bulunmamaktadır. Dava tarihinde taşınmazın kadastrosu yapılmış ve tutanağı düzenlenmiştir. Bu durumda tutanak aslının mutlaka bulunup dosyasına konulması, bulunmaması halinde ihya sureti ile yeniden tutanak düzenlettirilip yargılamaya bundan sonra devam edilmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, taraflardan iddia ve savunmaları ile ilgili tüm delilleri sorularak, komşu parseller ve Sofçu Hanına ait tüm parsellerin tutanak ve dayanaklarının celbedilmesi, bundan sonra mahallinde

yerel bilirkişiler yardımı ve uzman bilirkişiler aracılığı ile dayanılan kayıtların uygulanıp, taraf tanıkları dinlenerek uzman bilirkişilerden görüş alınması, bilirkişi ve tanık sözlerinin doğruluğunun komşu parsel tutanak ve dayanakları ile denetlenmek suretiyle belirlenecek duruma göre karar verilmesinden ibarettir. Kadastro Mahkemesinin, tutanak aslını celbetmeden veya ihya yolu ile yeniden düzenlenecek tutanağı dosyaya koydurmadan davanın esasına girilerek yargılama yapması usul ve yasaya aykırı olduğu gibi, yukarıda belirtilen şekilde araştırma ve inceleme yapılmadan karar verilmesi de isabetli değildir. Temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde bulunduğundan kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** 28.3.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
17. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1215 **K:** 2008/4098 **T:** 16.09,2008

İCRA HUKUKU •TASARRUFUN İPTALİ DAVASI • TARAF İDDİALARININ ARAŞTIRILMASI

(2004 SY m. 278/1, 280/11)

Özet: *Dava, tasarrufun iptali davasıdır. ...Akrabalar arasında yapılan tasarrufların bağışlama hükmünde sayılır ve iptali öngörülür. Diğer taraftan tasarruf yapılan kişinin borçlunun kardeşi olması, borçlunun alacaklılardan mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızrar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek durumda olduğundan, tasarrufun iptali gerekir.*

Davalı borçlunun ortağı olduğu şirketi ile 4. kişi durumundaki şahsın aynı binada işyeri sahibi oldukları ve aralarında icra takiplerine konu olan alacak borç ilişkilerinin bulunduğu, bu borç ilişkileri nedeniyle dava konusu taşınmazın 4. kişiye devredildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda tarafların ticari defterlerine de bakılmalıdır.

Taraflar arasında görülen tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda: Davanın kısmen kabulüne ilişkin İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 13.11.2007 gün ve 2006/204-2007/235 sayılı hükmün duruşma yapılması isteğiyle Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmiş olmakla işin duruşmaya tabi olduğu belirlendikten sonra 16.9.2008 Salı günü için taraflara gönderilen çağrı kağıdı üzerine hükmü temyiz eden davacı vekili gelmedi davalı Mihael vekili avukat geldi. Diğer davalılar vekili gelmediği anlaşılmakla duruşmaya başlandı, temyiz isteğinin süresinde olduğu tesbit edilmekle hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalılardan Bülent aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak mal bulunamadığını, bu nedenle borçlunun sahibi olduğu taşınmazdaki hissesini kardeşi davalı Hülya'ya satışına onun da diğer davalı Mihael'e devrine ilişkin tasarrufların iptalini ve taşınmaz üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasını talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre davalı Hülya ile borçlu arasındaki tasarrufun yakın akrabalık nedeniyle iptaline diğer davalı Mihael hakkındaki davanın ise kötüniyetli olduğunun kanıtlanamaması gerekçesiyle reddine karar verilmiş hüküm davacı vekili ile davalı Hülya vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Davalı Hülya vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; dosya kapsamına, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, 3. kişi Hülya'nın borçlu Bülent'in kardeşi olmasına İİY'nin 278/1 maddesinde bu derece akrabalar arasında yapılan tasarrufların bağışlama hükmünde sayıldığının ve iptale tabi olduğunun öngörülmesine, diğer taraftan Hülya'nın borçlu olan kardeşi Bülent'in alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızrar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle de tasarrufun iptali gerekeceğine (İİY. 280/11) ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalı Hülya vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; davalı borçlunun ortağı olduğu şirket ile 4. kişi durumundaki Mihael'in aynı binada işyeri sahibi oldukları ve aralarında icra takiplerine konu olan alacak borç ilişkilerinin mevcut olduğu, bu borç ilişkileri nedeniyle dava konusu taşınmazın Mihael'e devredildiği davalı Hülya'nın savunmalarından da anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin iyice aydınlanması bakımından tarafların ticari defterlerinin bilirkişiye incelettirilmesi, ilişkilerinin ne kadar zamandan beri devam ettiği ve ne tür ilişkiler olduğu tespit ettirilmesi gerekir. Bu işlerden sonra toplanan tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ile sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı Hülya vekilinin temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** duruşmada vekille temsil olunmayan davacı yararına duruşma vekalet ücretine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek, halinde davacıya geri verilmesine, aşağıda dökümü yazılı 2.422.65 YTL kalan onama harcın temyiz eden davalı Hülya'dan alınmasına 16.09.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1969 **K:** 2008/3549 **T:** 26.06.2008

BOKRÇLAR HUKUKU • DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI • 60 YAŞ SINIRI • AKTİF ÇALIŞMA SÜRESİ

(818 SY m. 47)

Özet: *Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında, ölenin olası yaşam süresi bakımından 60 yaşla sınırlama yapılarak tazminat hesaplanması doğru değildir. Çalışma koşulları ve yapılan işin niteliği dikkate alınarak somut olayda desteğin ne kadar süre eylemli olarak çalışabileceği tespit edilmelidir.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili ve davalı sigorta şirketi vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, müvekkillerinden Fatma'nın eşi diğerlerinin babası olan Dinçel'in davalıların işleteni, sürücüsü ve trafik sigortacısı olduğu aracın çarpması sonucu hayatını kaybettiğini ileri sürerek, Fatma için 76.500,00 YTL ve Hasan için 2.000,00 YTL destekten yoksun kalma ve her bir davacı için ayrı ayrı 5.000,00 YTL manevi tazminatın davalılardan muteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, müvekkilinin maddi tazminattan poliçe limiti ile sorumlu olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı Tahsin ve Birol vekili, kazada müteveffanın asli kusurlu olduğunu ve talep edilen tazminatın fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, kazanın meydana gelmesinde davalı araç sürücüsünü % 60, müteveffanın % 40 oranında kusurlu olduğu kaza sonucunda davacı Fatma ve Hasan'ın destekten yoksun kaldığı gerekçesi ile, bilirkişi tarafından hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatı hükme esas kabul edilerek davanın kısmen kabulü ile, davacı Fatma için 18.725,82 YTL, davacı Hasan için 1.325,23 YTL destekten yoksun kalma tazminatının ve davacılar için ayrı ayrı 500,00 YTL manevi tazminatın davalılardan (sigorta şirketi poliçe limiti ile destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olmak üzere)

müteselsilen tahsiline karar verilmiş, hüküm davacılar vekili ve davalı sigorta şirketi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı sigorta şirketi vekilinin tüm, davcılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.,

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, müteveffanın kaza tarihinde 54 yaşında olduğu, 60 yaşına kadar çalışıp davacılara destek olacağı belirtilerek 6 yıl için destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmıştır. Her ne kadar, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında ölenin olası yaşam süresi boyunca destek olabileceği düşünülerek tazminat hesabı yapılamaz ise de, bu sürenin 60 yaş ile sınırlandırılması da doğru değildir. Çalışma koşulları, yapılan işin niteliği dikkate alınarak desteğin daha ne kadar süre eylemli olarak çalışabileceği, konusunda uzman bilirkişiye tespit ettirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece anılan hususlar göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli değildir.

3- Davacıların manevi tazminat isteği BK'nın 47. maddesine dayanmaktadır. Manevi tazminatın amacı, zarara uğrayan kişinin duyduğu manevi acıyı bir dereceye kadar gidermek, bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten ibarettir. Hakim manevi tazminat miktarını tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına ve adalete uygun olarak takdir etmelidir. Takdir edilecek miktar, manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da göz önünde tutularak, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar takdir edilmelidir. Mahkemece davacılar lehine anılan ilkeler dikkate alınmadan yetersiz manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı sigorta şirketi vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara geri verilmesine ve aşağıda dökümü yazılı 885,70 YTL kalan onama harcının temyiz eden davalı Ş. Sigorta AŞ'den alınmasına 26.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/847 **K:** 2008/3723 **T:** 03.07.2008

İCRA HUKUKU • TASARRUFUN İPTALİ DAVASINDA HUSUMET • ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI • TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA DAVACININ HAKLARI

(2004 SY m. 277, 283)

Özet: *Tasarrufun iptali davası borçlu ile lehine iptale tabi tasarruf yapılan üçüncü kişiye karşı açılır. Burada borçlu ile üçüncü kişi arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Üçüncü kişi iktisap ettiği malı bir başka kişiye devretmiş ise, alacaklı bu yeni kişiye de iptal davası açabilir. Ya da borçlunun ve malı elinden çıkaran üçüncü kişinin tazminata mahkum edilmesini isteyebilir.*

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı şirket aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunamadığını bu nedenle borçlu şirketin adına kayıtlı 34 ... 42 plakalı aracını diğer davalı Sertaç'a satışına ilişkin tasarrufun iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Sertaç davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmalara gelmemiş ve cevap vermemiştir.

Mahkemece, aracın davadan önce davalı Sertaç tarafından dava dışı 3. bir şahısa satıldığından davanın dinlenme olanağı kalmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmiş hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK'in 277 vd. maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptaline ilişkindir.

İİK'in 277 ve müteakip maddelerine göre tasarrufun iptali davaları borçlu ile lehine iptale tabi tasarruf yapılan 3.kişiler aleyhine açılır (m. 282). Buna göre iptal davasında borçlu ve 3. kişi davalı tarafta mecburi dava arkadaşı durumundadırlar, lehine tasarruf yapılan kişi iktisap etti-

ği mal veya hakkı bir başka kişiye devretmiş ise bu durumda davacı isterse devralan aleyhine kötüniyetli 4. kişi olarak dava açılabilir veya elinden çıkaran borçlu tarafından lehine tasarrufta bulunulan 3. kişinin tazminata mahkum edilmesini isteyebilir. (İİK m. 283) Açıklanan yasal, düzenlemeler göz önünde bulundurularak toplanacak deliller sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken somut olayın farklı biçimde yorumlanarak yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne hükmün **BOZULMASINA,** peşin, harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 03.07.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2594 **K:** 2008/3948 **T:** 14.07.2008

İCRA HUKUKU • TASARRUFUN İPTALİ DAVASI • DAVANIN ÖN KOŞULU • TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA BORÇLUNUN MAL BEYANI

(2004 SY m. 277, 278)

Özet: *Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için; bir icra takibi bulunmalı ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz vesikası olmalıdır. Bu hususlar davanın dinlemesi için ön koşuldur.*

Borçlunun mal beyanında haczi kabil malının olmadığını beyan etmesi karşısında tasarrufun iptali davası için gerekli koşulun oluştuğu kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı borçlu İlyas'ın boşanma davası sonucu hüküm altına alınan tazminat borcunun tahsilini karşılıksız bırakmak amacıyla İstanbul G. H. Ç. mevkii 215 ada 2 parselde 3. kat 11 nolu bağımsız bö-

lümün 1/ 2 hissesini 14.08.2000 tarihinde kardeşi davalı Hanife'ye sattığını belirterek davalılar arasındaki tasarrufun iptalini talep etmiştir.

Davalı İlyas, davacı ile ortak olduğu şirketin borçları nedeniyle davalı Hanife'den para aldığını, ödeyemeyince borçlarına mahsuben dava konusu taşınmazı kardeşi Hanife'ye devrettiğini, tasarrufun boşanma davasından önce yapıldığını, aciz belgesi sunulmadığını davanın iki yıllık süre içinde açılmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı Hanifi vekili, aciz belgesi sunulmadığını davanın İİK'in 278. maddesinde öngörülen süre içinde açılmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere göre, Bakırköy 3. İcra Müdürlüğünün 2002/3659 esas sayılı takip dosyasında borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmediğini, takibin kesinleştirilmediği ve aciz vesikasının ibraz edilmediği anlaşılmış olmakla davanın dava şartı yokluğundan dolayı reddine karar verilmiş hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK'in 277 ve devamı maddelerine göre açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Bu tür davaların dinlenebilmesi için davadan önce başlatılmış bir icra takibinin varlığı bu takibin (davadan önce veya dava sırasında) kesinleşmesi ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin varlığı gerekli olup bu hususlar davanın dinlenmesi için ön koşuldur.

Somut olayda davacı, davalı borçlu aleyhine boşanma davası sonucu hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminat alacağı için Bakırköy 3. İcra Müdürlüğünün 2002/3659 esas sayılı dosyasıyla; icra takibi yapmış; 2002/3659 sayılı takip dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak tasarrufun iptalini istemiştir. Bakırköy 3. İcra Müdürlüğünün 2002/3569 esas sayılı takip dosyası kapsamından 12.08.2002 tarihli icra emrinin ve yenileme talebinin davalı borçluya 24.09.2007 tarihinde tebliğ edildiği ve davalı borçlunun 25.09.2007 tarihinde mal beyan dileçesi verdiği anlaşılmaktadır. Mal beyanında hacizi kabil malmında bulunmadığını bildirdiği görülmüştür. Bu durumda borçlu davalı hakkındaki icra takibinin kesinleştiğinin kabulü gerekir.

Mahkemece tarafların delilleri toplanarak İİK'in 277 ve mütaakip maddeleri gereğince yasa hükümleri gözönünde bulundurulmalı toplanacak deliller sonucuna göre hüküm verilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde davacıya geri verilmesine 14.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/5202 **K:** 2008/8021 **T:** 03.07.2008

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ORTAK YERE EL ATMA • BELEDİYECE ONAYLI PROJE KOŞULU

Özet: *Kat mülkiyetinde ortak yere el atmadan doğan uyuşmazlıkta, belediyede bulunan proje esas alınarak inceleme yapılmalıdır. Zira, gerek kat mülkiyetinin kuruluşunda ve gerekse sonradan yapılan değişiklikte oluşturulan projenin belediye tarafından onaylanmış olması temel koşuldur.*

Dava dilekçesinde anataşınmazın ortak alanını kendi dükkanı içine katmak suretiyle yapılan tecavüzün önlenmesi, eski hale getirme ve tazminat istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davada, davalının 28 nolu bağımsız bölümünün önündeki ortak yere el atarak burayı bağımsız bölümüne kattığı ileri sürülerek haksız el atmanın önlenmesi ve ortak yerin eski hale getirilmesi ile fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak koşuluyla dava konusu edilen ortak yerin 2002-2004 yılları arası için haksız işgal tazminatına hükmedilmesi istenilmiştir.

Mahkemece, dava konusu taşınmazın yerinde iki kez bilirkişi incelemesi yaptırılmış, birinci bilirkişi raporunda anataşınmazın onaylı mimari projesine göre el atmanın olduğu saptanmış, bundan sonra tapudan getirtilen değişiklik projesi karşısında yeni bir bilirkişiye yerinde yaptırılan incelemede değişiklik projesi uygulanarak buna göre davalının ortak yere el atmasının bulunmadığı görüşüne varılarak mahkemece bu ikinci rapor doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir.

Anataşınmazda kat mülkiyeti kurulurken buna esas alınan ve tapuya verilmesi zorunlu belgelerden olan onaylı mimari proje ile daha sonra yapıldığı ileri sürülen değişiklik projesinin belediyece onaylanmasının koşul olduğu ve belediyedeki projelerin esas alınmasının asıl olduğu da gözetilerek mahkemece öncelikle dava konusu anataşınmazın gerek onaylı mimari projesinin ve gerekse (varsa) değişiklik projesinin ilgili belediyeden getirtilmesi, özellikle değişiklik projesinin düzenlendiği ve belediyece onaylandığı tarihte anataşınmazdaki tüm kat maliklerinin bu projeye

muvafakatlarının bulunup bulunmadığının saptanması, tümünün değişiklik projesine muvafakat etmediklerinin (onay vermediklerinin) anlaşılması durumunda böyle bir projenin geçerlilik taşımayacağı gözetilerek onaylı orjinal mimari proje çerçevesinde değerlendirmenin yapılması, değişiklik projesine anataşınmazdaki tüm kat maliklerinin muvafakatlarının bulunduğunun belirlenmesi durumunda ise bu proje doğrultusunda dava konusu edilen ortak yere müdahale olup olmadığının saptanması gerekir.

Mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar gözönünde tutulmadan ve özellikle değişiklik projesinin tüm kat maliklerince ve belediyece onaylanmış olup olmadığı ve dolayısıyla geçerli bir proje niteliği taşıyıp taşımadığı yöntemince saptanmadan, bu projeye göre inceleme ve değerlendirme yapan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulmuş olması 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,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 3.7.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11952 **K:** 2008/434 **T:** 28.01.2008

USUL HUKUKU •BOZMADAN SONRA YETKİSİZLİK • YETKİLİ MAHKEME • VAKIF SENEDİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN VE GENEL KURUL KARARININ İPTALİ

(1086 SY m. 17, 26)

Özet: *Mahkemenin davanın reddine ilişkin kararı 18. HD'nin kararı ile esastan bozulduktan sonra bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonunda, davacının yetki itirazı yerinde bulunarak HUMK 17. maddesine göre yetkisizlik kararı verilmiştir. Oysa, HUMK'un 25. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, Yargıtay'ca temyiz incelemesi sonucu kesinleşen yetkiye ilişkin kararlar davaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlayacağından ve Dairenin bozma kararı ile yetki konusu kesinleştiğinden, mahkemece bozma doğrultusunda işlem yapılarak oluşacak sonuca karar verilmesi gerekirken mahkemenin bu aşamada yetkisizlik kararı vermesi doğru görülmemiştir.*

Dava dilekçesinde, vakıf senedinde yapılan değişikliğin ve genel kurul kararının iptali; istenilmiştir. Mahkemece yetkisizlik kararı verilmiş, hüküm davacılardan Bekir ve arkadaşları tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Mahkemenin davanın reddine ilişkin 22,12.2005 tarih ve 2004/197-2005/355 sayılı karan, davacı THY A.O. Personeli Sosyal Yardımlaşma Vakfı tarafından temyizi üzerine Dairenin 13.11.2006 tarih ve 2006/4117-9016 sayılı kararı ile esastan bozulduktan sonra; mahkemece, bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonunda davacının yetki itirazı yerinde bulunarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 17. maddesi uyarınca yetkisizlik kararı verilmiştir.

Oysa;

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre, Yargıtayca temyiz incelemesi sonucu kesinleşen

yetkiye ilişkin kararlar davaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlayacağından ve Dairenin bozma kararı ile yetki konusu kesinleştiğinden, mahkemece bozma doğrultusunda işlem yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken mahkemenin bu aşamada yetkisizlik kararı vermesi 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,** temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 28.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3371 **K:** 2008/7729 **T:** 10.07.2008

KREDİ KULLANDIRIM FAİZİ • İCRA TAKİBİNDEN SONRAKİ DÖNEM • BORCUN MİKTARININ BİLİNEBİLİR DURUMDA OLUNMASI • İCRA İNKAR TAZMİNATI*

(2004 SY m. 45, 67/2)

Özet: *Bankalar tarafından başlatılan icra takiplerinde, takipten sonraki dönem için "Kredi kullandırım faizi" talep edilemez. Takip borçlusu borcun miktarını hesaplayabilecek durumdadır. Bu nedenle icra inkarı tazminatına hükmedilmelidir.*

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının bozma kararına uyularak yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davacı vekilince duruşumasız, davalılar vekilince de duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili avukat ve davalı Namık ile M. Akif ve vekili avukat gelmiş, diğer davalılar tarafından kimse gelmemiş olduğundan duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten ve temyiz dilekçelerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, davalı T. B. AŞ'ye kullandırılan krediye, diğer davalıların kefalet ettiklerini, alacağın tahsili için 1998/4237 esas sayılı icra takibi yapıldığını, davalıların takibe itiraz ettiklerini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalılar savunmalarında, davanın itirazdan sonra bir yıl içinde açılması gerektiğini bu nedenle zamanaşımı itirazları olduğunu ve borcun ödenmiş bulunduğunu beyan ederek davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece benimsenen bilirkişi raporuna göre davalı kefil Ali'nin 17.157 YTL'sına diğer davalıların 126.057 YTL'sına yaptıkları itirazların iptaline karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle itirazın iptali davasının sıra takibine yapılan itirazın tebliği tarihinden itibaren 1 yıl içinde açılacak olmasına göre davalıların aşağı-

---

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

daki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacı banka tarafından başlatılan icra takibinde takipten sonraki dönem için KKDF talep edilmiş olup, itirazın iptaline denilmek suretiyle bu kalem talebin tahsiline imkan sağlanmıştır. Oysa takip sonrası dönem için KKDF talep olunamaz. Bu yönün düşünülmemiş olması hatalı görülmüştür.

Diğer yandan takip sonrası dönem için banka %140 oranında temerrüt faizi talep etmiştir. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu ile de temerrüt faizi %140 olarak belirlenmiş ise de, %140'ı geçmemek üzere değişen oranlar gözetilerek takibin devamına olanak sağlayacak şekilde karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

Ayrıca, asıl borçlu T. B. A.Ş'nin kullandığı kredilerin teminatını teşkil etmek üzere davacı banka lehine ipotekler tesis olunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda asıl borçlu yönünden İİK'in 45. maddesi hükümleri gözetilerek 1998/4237 esas sayılı ilamsız takipte talep edilebilecek alacağın tespiti gerekirken bu hususun dikkate alınmış olması da hatalıdır.

3- Davacının temyizine gelince; alacak likit bir başka anlatımla borçlusu tarafından hesaplanabilecek durumdadır. Bu durumda İİK'in 67/2. maddesi hükmü dikkate alınarak davacı banka yararına icra inkar tazminatına hükmolunmak gerekirken davacının icra inkar tazminatı isteminin reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan (1) sayılı bentte açıklanan nedenlerle davalıların sair temyiz itirazlarının reddine, (2) sayılı bentte açıklanan nedenle hükmün davalılar, (3) nolu bentte açıklanan nedenle davacı banka yararına **BOZULMASINA,** vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı Namık Kemal ve M.Akif yararına takdir edilen 550.00.YTL duruşma vekalet ücretinin, davacıdan alınarak, davalı Namık Kemal ve M. Akif ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 10.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/5361 **K:** 2003/5974 **T:** 23.06.2003

İŞ HUKUKU • YAŞLILIK AYLIĞI • DESTEK PRİMİ • SSK EMEKLİSİ EMEKLİ AYLIĞININ KESİLMESİ • SOSYAL GÜVENLİK İLKESİ

(506 SY m. 63, 73)

Özet: *Yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra sigortalı bir işte çalışan işçinin sosyal güvenlik destek primi yerine bu miktarın çok üzerinde normal sigortalılık primini ödemiş olması, sonradan bu hatayı düzelterek destek primi ödemesi karşısında, sigortalının iradesinin yaşlılık aylığının kesilmemesi yönünde olduğu kabul edilmeli ve salt yazılı başvuru bulunmadığı gerkçesiyle yaşlılık aylığının kesilmesi yoluna gidilmemelidir. Böyle bir uygulamanın kabulü, yasaya ve adalete olduğu kadar sosyal güvenlik ilkesine de ters düşer.*

Davacı, yaşlılık aylığının kesildiği tarihten itibaren yeniden bağlanmasına ve davalı Kuruma borçlu olmadığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere, göre davalı Kurumun tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacı; 1.6.2001 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra yeniden çalışmaya başladığını maddi hata sonucu destek primi yerine tüm sigorta kollarından sigorta primi yatırdığını, Kurumun bu durumu öğrenmesi üzerine yaşlılık aylığını keserek istirdat talebinde bulunduğunu ileri sürerek buna dair Kurum işleminin iptali ile aylığın kesildiği yerden bağlanması ve Kuruma borcu olmadığının tesbitini istemiştir.

Mahkeme ise, istemin kısmen kabulüne karar vermişse de varılan sonuç usul ve yasaya uygun değildir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 63. maddesi (A) fıkrası uyarınca 506 Sayılı Yasaya tabi olarak yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı bir işte çalışanların aylığı kesilir denilmişse de aynı maddenin son fıkrası gereğince yaşlılık aylığı kesilenler çalıştıkları süre içinde (B) fıkrasında yazılı hükümlerin uygulanmasını isteyebilecekleri gibi bir tercih hakkı getirilmiştir. Hangi sistemi, tercih edeceğini aylık sahibi kendisi belirleyecek ve durumunu ortaya koyacaktır. Kişi, açıkça iradesini ortaya koymadan, aylığı kesilmeyecektir.

Bu durumda Kurumun davacı ile irtibat kurmak suretiyle amacını saptamak ve davacının yukarıda anılan yasa maddesinin öngördüğü biçimde ne tür çalışma istediğini ortaya koyması ve buna göre işlem yapması gerekir.

Somut olayda davacı; yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra 2 ay kadar sigortalı bir işte çalışmış ve çalışma karşılığı prim tahakkuk ettirilmiş davacı %24 oranında sosyal güvenlik destek primi ödeyeceği yerde bu miktarın çok üzerinde 73. maddeye göre prim ödenmiştir. İşverence bu maddi hata anlaşılmış ve bu kez 1.10.2001 tarihinden itibaren sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmıştır. Bu durumda; davacının açık iradesinden yaşlılık aylığının kesilmesini istemediği ve ödediği primin sosyal güvenlik destek primi olarak değerlendirilmesini talep ettiğinin kabulü gerekir. Sırf yazılı başvuru bulunmadığı gerekçesi ile davacının yaşlılık aylığının kesilmesi ve aylarca aylıktan yoksun bırakılması yasaya ve adalete uygun düşmez.

Kurumun; davacının açık iradesi doğrultusunda işlem yapmak yerine, davacının yaşlılık aylığının kesilerek 1.6.2001-1.8.2001 dönemine ait aylıkların istirdadını istemesi 506 Sayılı Yasanın 63. maddesi son fıkrasına aykırıdır.

Bu maddi ve hukuki olgular gözönüne alınmaksızın mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23.6.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/5398 **K:** 2007/2671 **T:** 26.02.2007

SİGORTA HUKUKU • SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICININ TESPİTİNDE İZLENECEK YÖNTEM • FİİLİ ÇALIŞMA

Özet: *Sigortalılığın başlangıcının tespiti davasında da, aynen hizmet tespiti davalarında olduğu gibi işçinin fiili çalışmasının var olup olmadığının araştırılması gerekir. Salt giriş bildirgesinin varlığı sigortalılık başlangıcının tespiti için yeterli değildir.*

Ancak, giriş bildirgesi verilmiş, dönem bordrosu verilmemiş ise, komşu işyerlerinden bulunacak tanıkların dinlenmesi gerekir.

Davacı, sigortalılık başlangıç taribinin 05.06.1973 olduğunun tespitine karar verilmesini istemişti Mahkeme ilanımda belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde oldu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduk sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı sigortalılık başlangıç tarihinin 05.06.1973 tarihi olduğunun tesbitini istemiş, ist mahkemece kabul edilmiştir.

Mahkemece, istemin kabulüne karar verilmiş ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul yasaya aykırıdır.

Uyuşmazlık, somut olayda fiili çalışma olgusunun yöntemince kamtlanmış olup olmadığı, mahkeme bu yönde yapılan inceleme ve araştırmanın hükme yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş büdirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin 506 Sayılı Yasa'nın 2. maddesinin belirlediği şekilde eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön özellikle Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 6. maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1999/21-549 Esas,_1999/555 Karar sayılı 30.06.1999. günlü ve 2004/21-734 Esas, 2005/49 Karar sayılı 09.02.2005 günlü kararlarında vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerektiği ortadadır.

(*) Gönderen: Av. İbrahim DOĞRU

Mahkemece, işyerinin 01.06.1973-31.12.1973 tarihleri arasmda 506 Sayılı Yasa kapsamında olduğu işyerinden dönem bordrolarının verilmediği tespit edilmiş, tanık da dinlenmiş ancak beyanına başvurulup tanığın işyerine 01.09.1973 tarihinde girdiği bu durumda işyerinde 05.06.1973 tarihindeki çalışmanın tesbiti istenildiğine göre kendi girişinden daha önceki bir çalışmaya tanıklık edemeyeceği dikkate alınmaksızın dolayısıyla eylemli çalışma kanıtlanmaksızın sonuca gidilmiştir.

Dosya içinde bulunan tanık Durmuş'a ait İstanbul 3. İş Mahkemesinin 2002/233 karar sayılı dava dosyasında dinlenen ve işyerine 01.06.1973 tarihli girişi bulunan tanık Ali'nin beyanına başvurulan veya işyeri kuruma dönem bordrolarını vermediğinden komşu işyerlerinin kayıtlarını geçmiş kişileri tespit edilip tanık olarak dinlenerek sonuçta dava konusu tarihte gerçekten fiili çalışmanın bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra sonuca gitmek gerekirken eksik araştırma üe karar verilmiş usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 26.02.2007 gününde oybirliği; karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/7855 **K:** 2008/10193 **T:** 01.07.2008

İŞ HUKUKU • İŞ KAZASI • İŞÇİNİN GERÇEK ÜCRETİNİN TESPİTİ

Özet: *İş kazasına maruz kalan işçinin maddi zararının hesaplanmasında gerçek ücretin esas alınması temel koşuldur.*

İmzalı bordrolardaki ücret ile tanıkların bildirdiği ücretin farklı olması halinde, ücretin kesin olarak belirlendiğinden söz edilemeyecektir.

O halde; işçinin yaptığı iş, deneyimi ve mesleki kıdemi gibi olgular belirtilerek, ilgili meslek odasıdan emsal ücret bilgileri celp edilerek ücret tespiti yapılmalıdır.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 1.044,68 YTL maddi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacı vekilince istenilmesi ve duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 01.07.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı vekili avukat ile karşı taraf vekili avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere, temyiz edenin sıfatına göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava; 20.07.2006 tarihinde iş kazası sonucu meslekte kazanma gücünü %59,00 oranında kaybeden sigortalının hak sahiplerinin maddi zarannm giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, sigortalının asgari ücret düzeyindeki ücretle çalıştığı kabul edilerek yapılan hesaplamaya göre davacının maddi tazminat isterni-

(*) Gönderen: Av. Kamil Günal ALTAN

nin kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar süresinde davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, sigortalının, iş kazası sonucu meslekte kazanma gücünü kaybetmesi nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Kusurun aidiyeti ve oranı uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Tazminatın saptanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranlan, destek görenlerin gelirden alacaklan pay oranları, eşin evlenme olasılığı, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan gelirin peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır.

Somut olayda 22.11.2007 tarihli hesap bilirkişi raporunda "1. Şıkta" imzalı bordrolara göre davacının asgari ücretle çalıştığı kabul edilerek buna işyerinden verilen yemek yardımı eklenmek suretiyle belirlenen kazanca göre aktif devre zarannm, taban yaşlılık aylığı esas alınmak suretiyle de pasif dönem zararının hesaplandığı ve raporun bu bölümünün davacının maddi tazminatının belirlenmesinde esas alındığı görülmektedir.

Olayla ilgili SSK müfettişi tarafından düzenlenen tahkikat raporunda ve işverence düzenlenen imzalı ücret bordrolarında sigortalının ücreti asgari ücret olarak görülmektedir. Davacı 13.11.2006 tarihli dava dilekçesinde ve 26.12.2007 tarihli ıslah dilekçesinde davacının aylık net 800,00 YTL ücretinin olduğunu ve yemek yardımı yapıldığını ileri sürmüş, tanıklarda davacı iddiasını doğrular mahiyette beyanda bulunmuşlardır. Bu duruma göre hiçbir kuşku ve duraksamaya yol açmayacak biçimde davacılar murisinin ücretinin belirlendikten sonra tazminat hesabının yapıldığından söz edilemeyeceği açıktır.

Zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalının maddi zararının hesaplanmasında gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise; işçinin kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Sigortalının aynı işyerinde 8 seneye yakın bir süredir çalıştığı ve metal işleme ve metal eşya (yedek parça) üretimi yapılan işyerinde usta bir işçi olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş metal enjeksiyon makinesinde çalışan tecrübeli bir işçinin asgari ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun olup olmadığı, davacının ücrete ilişkin iddiaları, tanık beyanları dikkate alınarak, ilgili meslek odasından metal enjeksiyon makinesinde çalışan, tecrübeli bir işçinin olay tarihinden hüküm tarihine kadar günlük veya aylık net ücretini sormak ve tüm deliller bir arada de-

ğerlendirilerek davacının gerçek ücreti tespit edildikten sonra, davacının maddi zararını bilirkişiye yeniden hesaplattırmaktan ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 01.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/20152 **K:** 2008/5565 **T:** 10.04.2008

İŞ KAZASINDA YARALANAN İŞÇİ • TAZMİNAT HESABI • SÜREKLİ İŞ GÖRMEZLİK • İŞÇİNİN AYNI İŞTE ÇALIŞMAYA DEVAM ETMESİ

Özet: *İş kazası sonucunda sürekli iş görmezliğe uğrayan işçinin maddi zararı hesaplanırken; bilinmeyen döneme ve pasif döneme ilişkin kazancının % 10 artırılıp % 10 iskontoya tabi tutulacağı ve pasif dönem zararının asgari ücret baz alınarak hesaplanacağı yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.*

İş kazası sonucu malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcayacağı asıldır.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle hükmedilen manevi tazminat, miktarına göre, tarafların manevi tazminat davasına yönelik temyiz itirazlarının,

2- Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Bu tür davalarda, tazminat miktarı, işçinin rapor tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Başka bir anlatımla, işçinin günlük brüt geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, 60 yaşa kadar yıllık olarak % 10 artırılıp, % 10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşından sonrada bakiye ömrü kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yönteme başvurulmadan, her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.

Kuşkusuz, açıklanan tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı almaya veya işçinin yaşı ve oluşan meslekte kazanma gücü

kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumunda da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. İş kazası sonucu 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 zarara uğramadığı düşünülemez. Kaldı ki, sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif döneminde zarar hesabına dahil edilmesi ve yeraltı maden işçilerinin zararlarının tespitinde 50 yaşın ikmaline kadar yeraltındaki koşullar nazara alınarak yapılan ücretlerle, 50 ile 60 yaşları arasında yer üstünde tüm yıl asgari ücretle çalışıp gelir elde edeceği, 60 yaştan sonra bakiye ömrüne kadar (pasif dönemde), asgari ücret esas alınarak yapılması gerekir.

Mahkemenin davacının zarar hesabında pasif dönemin de hesaba dahil edileceğine ilişkin kabulü yerindedir. Ancak, hükme esas alınan bilirkişi hesap raporunda, davacının 55 yaşına kadar çalışıp gelir elde edebileceği belirtilerek 55 yaşına kadar aktif dönem zararı hesaplandığı gibi, pasif dönem zararının da Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından sigortalılara bağlanacak yaşlılık aylığı esas alınmak suretiyle hesaplandığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, hesap raporunun hükme dayanak alınacak nitelikte olduğundan söz edilemez.

Yapılacak iş, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler nazara alınarak yukarda açıklanan esaslara göre bilirkişiye zarar hesabı yaptırılarak sonucuna göre 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,** bozma nedenine göre tarafların maddi tazminat davasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 10.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14128 **K:** 2008/7899 **T:** 01.05.2008

İSTEĞE BAĞLI SİGORTA PRİMLERİN GEÇ ÖDENMESİ • SİGORTALILIĞIN SONA ERMEYECEĞİ

(506 SY m. 85, 4958 SY m G.1)

(Dikkat: 5510/52 hükümleri yönünden düzenleme farklıdır.)

Özet: *506 Sayılı Yasa'nın 01.05.2003 tarihinde yürürlüğe giren 85. maddesinin D bendinin c alt bendine göre isteğe bağlı sigorta primlerini art arda üç ay ödemeyenlerin primi ödenmiş son ayın bitiminden itibaren sigortalılığının sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak, 4958 Sayılı Yasa'nın G.1. maddesinin K bendinin son fıkrası uyarınca 506 Sayılı Yasa'nın değişik 85. maddesinin D bendinin c alt bendine göre sigortalılıkları sona eren sigortalılar için 30.06.2003 tarihi itibariyle prim ve gecikme zammı borçlarını yasanın yürürlüğe girdiği 06.08.2003 tarihiden itibaren ödeme ve yeniden yapılandırma talebinde bulunma haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Şu halde dava edilen dönemler yönünden davanın kabulüne karar vermek gerekir.*

Davacı, 1.8.2005 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının tespitiyle, aksi yöndeki kurum işlerninin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilanımda belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı 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 tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, davacının 1.8.2005 tarihi itibariyle yaşlılık aylığını hak kazandığının tespiti ile aksi yöndeki Kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık, davacının SSK isteğe bağlı sigortalılık primlerini üç ay ara arda ödemediğinden 1.5.2003 tarihinde sona erdirilen sigortalılığının, süresi geçtikten sonra yapılan prim ödemesi karşısında devam edip etmeyeceği ve bu tarihten sonraki primleri ödenen sürelerin yaşlılık aylığı hesabında prim gün sayısı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının 1.11.1975-1.4.1991 tarihleri arasında 1973 gün SSK zorunlu sigortalı hizmetlerinin bulunduğu, isteğe bağlı SSK sigortalı olduğu 1.3.1997-29.7.2005 tarihleri arasındaki dönemde diğer primleri süresinde yatırmakla beraber 2003 yılı 5, 6, 7 ve 8. aylara ait primleri 5.9.2003 tarihinde gecikme zamlarıyla birlikte ödediği, 29.7.2005 tarihli tahsis talebi üzerine Kurumun isteğe bağlı sigortalılık primlerini üç ay art arda ödemediğinden davacının sigortalılığının 1.5.2003 tarihinde sona erdirdiği ve 2003/5.ay-2005/7. aylar arasında ödenen primlerin iade edileceğinin bildirildiği anlaşılmaktadır.

506 Sayılı Yasa'nın 1.5.2003 tarihinde yürürlüğe giren değişik 85. maddesinin (D) bendinin (c) alt bendine göre isteğe bağlı sigorta primlerini art arda üç ay ödemeyenlerin primi ödenmiş son ayın bitiminden itibaren sigortalığm sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak 4958 Sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin (K) bendinin son fıkrası uyarınca 506 Sayılı Yasa'nın değişik 85. maddesinin (D) bendinin (c) alt bendine göre sigortalılıkları sona eren sigortalılar için 30.6.2003 tarihi itibariyle prim ve gecikme zammı borçlarının yasanın yürürlüğe girdiği 6.8.2003 tarihinden itibaren ödeme ve yeniden yapılandırma talebinde bulunma haklarının bulunduğu belirtilmiştir.

Bu durumda davacının bu yasaya göre 2003 yılı 5, 6,7 ve 8. ayların primlerini gecikme zammı ile süresinde ödediği anlaşıldığına göre Kurumca kabul edilmeyen

2003/5. ay-2005/7. ay arasındaki dönem yönünden isteğe bağlı sigortalılık süreleri kabul edilerek davacının aylık isteminin değerlendirilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 01.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI

Sene: 3 Kanunvekul 1929 Sayı: 36-12
İSTANBUL BAROSU MECMUASI

Tıbbi Adli Tetkibatından:

IRZA GEÇME FİİLİNİN ALAMET VE ESASLARI

(Signes du viol)

Irzına geçilen kimselerde iki türlü alâmet ve eser göze görünür:

1- Fiili tenasüliyi müspit alâmetler.

2- Azayı tenasüliye civarında cebir eserleri.

1- Fiili tenasüliyi müspit alâmetler: bunun tetkik ve tetebbüünde iki şeyin nazarı dikkate alınması icap eder. 1.- ilk defa yapılan - Cımaa mahsus eserler, izler veyahut kızlığın bozulması eserleri. 2.- cinsî münasebetlerin kâffesinde meşhut olan müşterek umumî eserlerdir ki kız oğlan kız, veya bozuk kız ve kadın hakkında; olup olmadığını bildirir.

1.- Kızlığın bozulması izleri

(Signes de la dêjloration)

Bu misillû izler birinci defa vukua gelen münasebet neticesinde

kadının azayı tenasüliyesinden intiba eden tagayyürat ve tahavvülâttır. Bunların mütalâasını temin için teşrih ilminin bu baptaki bahsi mahsusuna seri bir nazar atfetmek kifayet eder. Maksadım hâkimlerimizi - nazarı tetkiklerine arzedilen Tıbbı Adlî - raporlarına yazılı olan bazı kelime ve ıstılahlar hakkında -tenvir etmek, cebir ve tazyika maruz kalan mahal ve aksamı uzviyeyi tayin ve tavsif eylemektir. Bunun için evelemirde bakir bir kızın harici tenasüliyesini mücmelen gözden geçirelim:

1.-Bakir bir kızın haricî azayı tenasüliyesinin tasviri:

İngiliz ve Alman teşrih erbabınca *Pudendum* da denilen ferç, kadın azayı tenasüliyesi haricî kısmının heyeti mecmuasına ıtlak olunmuş bir tabiri umumîdir. Önden arkaya doğru büyük bir mihver üzerinde nim beyzi bir çıkıntıdan ibaret olup oylukların iç yüzü yanında ön taraftan karnın öndeki cidarı ve arka taraftan İcan ile hemhuduttur. Ve başlıca aşağıda yazılı kısımlara ayrılır:

l- Dudak şeklinde lahna yaprağı gibi dürümü havidir ki tıbbî ıstılahta *Teşekkülâtı Şefeviye* namile yadolunur.

2- Yan tarafları bu dürümlerle mahdut orta mesafedir ki: buna da Saha-i beyneşşefeviye ve yahut şakkı fercî itlak olunur...

3- Kabili intiaz bir cihazdır.

Teşekkülâtı Şefeviye: deri kıvrımları yahut dudaklar, fercin pek büyük bir kısmını teşkil eylemektedir. Bunlar dört tane olup her iki taraftan mütevazin bir surette ikişer dudak bulunmaktadır. Dış dudaklar veya Şefetanı kebiretan ve iç dudaklar veya Şefetanı sagiretan biri birinden tefrik ve temyiz olunur.

Teşekkülâtı şefeviyenin başlangıcı yerinde şefetanı kebire'tanın hemen üstünde *Penil*=Kazfei zühre yahut cebeli zühre bulunur ki tetkikatımıza oradan başlayacağız.

Sağdan ve soldan kasık kıllarıyla örtülü bulunan ferç, yukardan aşağıya kadar şefetanı kebiretanın iki nihayetlerile arzı vücut eder. Kalınlığı kız ve kadınların şişmanlıkları derecesile mütenasip bir surette tahalüf eder. Orta vücuda malik kadınlarda 2 ile 3 santimetre arasında bulunur. Şişmanlarda 7 ile 8 santimetreye ve daha ziyadeye çıkabilir.

Yirmi üç yaşlarında hilâli bir gışayı bekâreti (kızlık zarını) havi olan genç ve bakir bir kızın azayı tenasüliyesinin zahirî aksamını tetkik ettiğimizde: karnın alt tarafında kılların bittiği yerden itibaren yukarıdan aşağıya doğru ilk önce Kazfe veya cebeli zühre *Mont de Venus* nazarı dikkate tesadüf eder ki kabarık, kıllı bir mahalolup şakkı ferciye kadar uzar tıbbı adlî noktai nazarında hiçbir ehemmiyeti haiz değildir.

2- Fercin ilk başlangıç mahalli (Mültekayı kuddamii ferç).

3- Biraz altında bir şekli üstüvanide serpuşu bızır gulfe.

4- Dış dudaklar veyahut büyük dudaklar (Şefetanı kebiretan).

5- İcan - Sofra (sahai beynessebileyn) misillû beş kısmi vardır.

Tetkikatımızı biraz ilerleterek büyük dudakları iki taraftan saçtığımızda harici tabakadan ikinci tabakaya geçeriz orada ise:

1-Bızır -dil *Clitoris* en başta bulunmaktadır.

2- Her iki taraftan iç dudaklar veya küçük dudaklar manzurumuz olur ki ön kökü licanu bxzrı namını alan bızırın hemen altından başlar.

3- Aşağıdan avkeşe ile nihayetlenir ve ikinci tabakada bunları görürüz

4- Bilâhara gene icana - sofraya varırız.

İç dudakları yani şefetanı sağiretanı da söylediğimiz gibi açarak gayrı ferci mutalâa ettiğimizde üçüncü veya iç tabakai esasiyeye vasıl oluruz. Mahalli mezkûr yumurta şeklinde olup kanatı ferci namı ılatinda da yadolunur.

İşbu bızır aşağıdan avkeşe ile biter.

1- Dehliz *vestibule* iç dudakların bittiği yerden sidik deliğine (Sımahı bevli) ye kadar uzar.

2- Sidik deliği *méaturinaire* dışardan kama ucunun yaptığı delik şeklinde.

3- Fethai mehpil.

4- Bartülen guddelerinin dış kanadının dış ağazı (fethai Mihpelin) iki tarafında bulunur.

5- Hufrei zevrekıye esas tabakayı vücuda getirir.

Irza geçme vakalarında en ziyade müteessir olan yer ve maddî iz ve eserlerin kesretle bulunduğu mahal dehliz ile hufrei ravza-kıyedir. "Cihazı tenasülî yukardan cihazı bevlî ile müşterek olup bulûğdan evvel ancak cihazı bevlî hali faaliyette olduğundan küçük kızlarda ferç yarığının yukarı ciheti açıkça ve aşağı ciheti ise kapalı bir halde görülür. Bulûğa eren yani âdet gören kızlarda ise cihazı tenasülî cimaa müheyya bulunduğundan nisbeten neşvünüma bulmakla ferç yarığının alt tarafı açıkça görünür. Bu açıklık bulûğa ermiş bakirlerle seyyiplerde nisbeten az ve çocuk doğuranlarda ise daha ziyadedir. Bulûğdan itibaren mezkûr yarığın iki tarafı ve hususen yukarı ciheti kıl ile örtülür. Bu, Devergienin fikri ve mutalâasıdır. Diğer müellifler bu fikrin kabulüne mütemayil değildirler.

a) Şefetanı kebiretan nedir? Dış dudaklar namiyle de söylenen bu kıvrımlar alelade küçük kızlarda bakir ve baliğalarda kalın, mukavemetli olup cebeli zühreden icanın ön tarafına kadar uzar ve derununda az çok nesçi hücrevîi şahmiyi - yağ tabakasını - havi sağlı, sollu birer deri kıvrımlarından ibarettir. İç sathında birbiri üzerine yapışır ve fercin methalini bu suretle tamamen kaparlar. Eyice gerilmediği halde fercin methali görülemez.Halbuki yaşını başını almışlarda cima ile ülfetten sonra manzara değişir taraveti kalmaz sölpük olur. Bazı nahif, zaif, genç kızlarda dahi ayni hal vaki olur. Bunun aksine olarakta cima ile melûf olan şişman kadınlarda gürbüz bir genç kızda olduğu gibi bu dudaklar mukavimce olarak fercin methalini kapayabilirler: hatta güçlü kuvvetli bir genç kızın ferci gibi ayni taravet ye manzarada fahişelerde dış dudakları görmek mümkündür. Bu taravet ve letafeti hastalık, zaifleme ve yaş değiştiren bildiği gibi ekseriya pislik te buna sebep olabilir. Bazı kadınlar taravetin muhafazası için ferçlerini şap (alın) ile yıkarlar.

b) Şeîetânı Sağiretans: iç dudaklar bunlar da ekseriyetle bakir kızlarda şefetanı kebiretan ile örtülü, penbe ve gışayı muhatı manzarasını arzederler. Tabiaten bunların suret ve şekilleri pek değişik olup bazen dış dudakları dahi geçebilirler. Ferçten dışarıya sarkarlar. O zaman dışarda kalan yüzünde mütebariz kısmında deri rengini alırlar. Şu hal bir kaidei mutlaka değildir. Bir takım küçük kızlar vardır ki ekseriya zaiflama, hastalık değilde süi itiyat gibi birçok sebeplerin tesiri altında şefetanı sağiretanı esmer, müte-bâriz deri renkli bir manzaradadır. Ve bilâkis genç kızlarda olduğu gibi gışayı muhati manzarasında şefetanı havi yaşlı kadınlar da görülebilir.

Genç kızlarda görülen şefetanı sağiretanın esmer, buruşuk ye pörsük olması keyfiyetini (Tardieu, Matino) istişhahi bilyede hamlediyorlarsa da (Brouardel) iki yaşındaki çocuklarda dahi bu hale tesadüf ettiğini söyleyerek reddediyor. Bazan da mezkûr dudaklar ziyadece dışarda sarkık bulunup mukarenete müşkülât verdiğinden bazı memleketlerde keserler.[1]

(1) Mısır ikliminde iç dudakları ferçlerinden dışarı uzayan kadınlar hakkında evvelce sünnet yaparlardı.

c) Bızır - Tıbbı adlî meseleleri arasında bızırın o kadar ehemmimiyeti yoktur. Bu bapta merhum Bahaettin Şakir beyi taaddiyatı ahlâk kitabından takip edelim:

"Şefetanı kebiretanın aliyen teşkil eyledikleri mültekai kudamî dahilinde ve şefetanın vüreykatından müellef Gulfe derununda mahfuz 1,5 - 2 santimetre tulünde yarım ilâ bir santimetre kutrunda gayrimeskup bir haşefe ile Müntehi ve nesçi kehfiden mürettep kabili intiaz bir uzuvdur. Bızırın, ırka, nesle, şahsa ve süi itiyada göre gayet muhtelif şekil ve hacmi bulunabilir. Ziyade neşvünüma bulmuş bir bızırın istişhayı bilyet, sehakahk (sevicilik) gibi süi itiyada delâlet ettiği söylenmekdedir. Ve Tardieu, Deverji bu hususu, istişhayı bilyedin delili olmak üzre kabul eylemekte, Burovardel, Deskos fahişeler üzerinde bu bapta tetkikatta bulunarak hiçbir hususiyet göstermeksizin envai muhtelifesine tesadüf edildiğini mezkûr süi itiyadat tesiratının bızırın hacmi üzerine büyük bir tesiri olmıyacağını dermiyan eylemektedir.

d) Sımahı bevlî- sidik deliği-fethai mehpilin ön cihetinde, mehpilin amudü kudamîsinin sonundan ibaret olan küçük bir barize üzerindedir. Bu kabarık küçük kızlarda daha ziyade gözükür. Bazan bu fethanın kadibi kısmen alabilecek kadar geniş görüldüğü, sui itiyada müptelâ olanlar da mezkûr tarikle istişhada; mesaneye ecsamı ecnebiye kaçırılacak derecelere kadar gidildiği meşhuttur.

e) Avkeşe - rahim yolunun arkadan birleşdiği yer arasına gerilmiş bir küçük licamdır. Bekâret zarından bir çukurla ayrılmıştır ki mütehavvil derinlikte çıkmaz bir yoldan ibaret olan hufrei zevra kıyeyi teşkil eder. "Alelekser vazı hamil esnasında temezzuk eder" ceği gibi büyük kadip ile vukua gelen cimada da temezzuk edebilir. Ve bilâhara temezzukkun nedbesi müşahede olunur.''

f) Hufrei zevrakıye - natamam cima hakkında vuku bulan mükerrer teşebbüsatın hufrei zevrakıyeyi yırttığı derinleştirdiği (Tardieu) iddia ediyor. Fakat (Burovardel) ise bunu bir hususiyeti vilâdiye olarak kabul ile Tardieunun fikrine iştirak etmiyor.

Kızlık ve kızlık zarı - Kızlığın tetkik ve tetebbüü tıbbı adlî mebahisinin en mühim ve esaslısını teşkil eder. Bunu bihakkın anlamak için 1- metanetini 2- mevkıini 3- teşekkülâtını 4- kıvamını ve elestikiyetini sıra ile mütalaa etmek iktiza eyler.

Kızlığı eyice tetkik ve muayene için kızı daima ya Sipekülüm aleti ile muayeneye mahsus yatağa veyahut seririyatı vilâdiye masasına arkası üstü yatırmalıdır. Bunların bulunmadığı vakit bir yatağa veya masa üzerine boylu boyuna uzatmalıdır. Şöyleki muayene edilecek olan ferç, yatak veya masanın kenarına getirilmeli, fahizleri kaldırılmış birbirinden uzatılmak suretile gerilmiş bulunmalı, bacaklar fahizler üzerine bükülmüş olmalıdır. İç ve dış dudaklar birbirinden bir vasıta ile ayrılıp kızlığı bütün safvet ve gerginliği ile gösterebilecek bir hale vazedilmelidir.

a) Kızlık zarının metaneti - tabiî teşekkülâta malik kızlarda kızlık, mutlak bir metaneti havidir. Bazı kızlıklar vardır ki şekil ve mahiyeti değiştirdiğine hükmolunacak derecede aşağıda bulunurlar ve hatta buna binaen kızlığın bulunmadığını iddiaya kadar insan kendinde bir cüret görür, hataya düşer bu ancak Maçka nam tabibi mütahassıs tarafından neşir ve tamim olunan iki müşahede dolayısile doğmuş bir tevehhümdür.

b) Kızlığın mevkii yaşla ve kızın şişmanlığının derecesyle değişir. İki veya üç yaştan aşağı kız çocuklarda kanatı ferci mihpelîde oldukça derincedir. Sonra bu derin vaziyetini yağlı ve şiş-

man kızlarda dahi birçok müddet muhafaza eyler. Zaif ve nahif kızlarda ise pek çabuk mihpelin medhaline kadar yaklaşır gelir. Bülûga ermiş yetişkin kızlarda da kanatı mihpelin medhalini seddedecek bir halde iç dudakların derhal arkasında yerleşir.

c) Kızlığın teşekkülâtı - bakir bir kızda görülen kızlık zarının; teşekkülâtı kadar hiçbir şey değişik değildir. Heman mübalâğaya; hamlolunmaksızıh denebilir ki birıbirine benzeyen iki kızlık yoktur. Her halde aralarında oldukça fark vardır. Şu halde kızlık hakkında yapılan bütün tarifat az çok birbirine yaklaştırılmış uydurulmuş sıraya'dizilmiştir.

Kırımlarını buruşuk yerlerini açmaksızın ve germeksizin muayene edildiği zaman kızlık oldukça türlü türlü suret ve şekillerle kendini gösterir. Yani yalnız dış dudakları açmakla iktifa edilip kıza, arkası üstü yatırılarak doğurma vaziyeti verilmeksizin yapılan muayene ile fahizleri birbirinden ayırarak eyice gerilmiş bir halde edilen muayene beyninde hayli fark vardır. 'Mevzuu' bahsolan kızlıkta bittabi gergin olarak nazarı tetkik ve muayeneye alınan kızlıktır. Bilhassa kız çocuklarında hali istirahatte olan kızlığın pek hususî bir manzara aldığı zikre şayandır.

Yukarda teşrih kılınan kızlıkta umumî şeklin ve teferruatının yani deliğinin (Sukbe)nin ve müstakil etrafının hallerini ve sıfatlarını tetkik ve tehlil etmek faideden hali değildir.

1- Umumî şekli - Umumî şekli noktai nazarından kabul olunduğu veçhile kızlık; tab'aten bir deliği bulunan mehpilin önüne çekilmiş bir perdeden başka bir şey değildir. Deliğin ve zarın pek değişik olan karşılıklı hal ve sureti dahi muttarit şekilleri, vücuda getirir ve deliğin gayri tabiî vaziyetlerini de kızlığın gayri muttarit şekilleri doğurur.

Kızlığın muttarit şekilleri- Muttarit şekiller 'başlıca' üçe ayrılır: halkavî, hilâlî ve şefevîdir.

Halkavî ve dairevî kızlık- Mehpilin ağzı yanında bir deliği bulunan bir örtüdür. Bu delik ya tamamen merkezde veya alelekser hafifçe merkezden aykırı yerde bulunur. Deliğin şekli umumiyetle yuvarlaktır. Fakat bu mutlak değildir. Bazan beyzî, hilâlî ve yürek biçimi olanları da eksik değildir.

Hilâlî kızlıkta ise zar şeklinde olup çıkıntılı olan aşağı kenarı mehpilin zeminine ve yan taraflarına yapışık olur. Halbuki deliği tahdit eden yukarı kenarı da böylece mehpilin medhalinin yukarı kısmını işgal eder. Eğer bu türlü kızlık zarının yukarı taraftan uçları sağdan sola doğru büyüyerek uzarsa o za-

man hilâli uzayarak bir orak veyahut bir at nalı şeklini alır ki bu türlü hilâlî kızlığa ekseriyetle aslından temyiz için at nalı veyahut orak şeklinde (meşveliyüşşekil) kızlık denir.

Şefevî kızlıkta ise deliğin ağzı amudîdir. Ve zar da ağazın sağında ve solunda amuden uzanmış iki şerit arzeder. Mezkûr şeritler aşağıda ve yukarda oldukça yüksek bir noktada birleşirler ve bu suretle iç dudaklar arkasında üçüncü bir çift dudak teşkil ederler ki; bunabinaen şefevî namını almıştır. Delik bazan böyle boydan boya düz olmaz. Yılankavi olur ki helezonî namını alır. Delik ekseriyet üzre yukardan aşağıya ve önden arkaya dönmüş ve bir ferç şeklinde bulunur. Ve bazan da kıvrımlara tesadüf olunur.

"Bu üç nevi kızlıktan zihinde yerleşmesi kolaylaştırmak için şekli esasiyi ancak halkavî kızlık tesis eylemekte olup mezkûr kızlıktan deliğin mevkiinin değişmesi hilâli ve şefevî şekillerin husulüne bâis olduğu hükmü verilebilir. Binaenaleyh halkavî bir kızlıkta ağzın yani delik ağzının biraz yukarıya doğru uzadığını nazarı dikkâte alırsak hilâli yukarıdan aşağıya indiğini düşünürsek şefevî şeklini elde etmiş oluruz.

Bu bahsolunan üç türlü kızlık zarı basit şekillerdendir. Fakat fiiliyat ta tesadüf olunan şekiller ise ekseriyetle muhtelit ve muğlaktır- Ve tağlit ise iki hususdan ileri gelir.

1- Kızlık zarının-kıvrımlar ibraz etmesi.

2- Kızlık zarının serbest kenarlarının kertikleri havi bulunmasıdır.

Kızlık zarında kıvrımlar- Küçük kızlarda kızlık zarı düz ve gergindir. Yaş ilerledikçe ve bilhassa haddi bulûğa vasıl oldukta zar da büyüyerek hangi şekli olursa olsun mezkûr zar bir kese ağzı gibi duruşur ve kıvrımlar hasıl olur. Bu kıvrımların hududu bazan her tarafta ona kadar çıkabilir.

Kızlık zarında kıvrımların bulunması ve bu kıvrımların çokluğu ve genişliği yalnız şekle- verdiği intibadan değil belki diğer bir hususdan ileri gelmiştir. O da bu surette bir kızlık zarıyle yırtılmaksızın cimaın vukuunu imkân dahiline kor. Bu türlü kızlık zarına bazı müellifler kese veya gulfe şeklinde kızlık zarı derler.

Kızlık zarının serbest kenarlarında görülen kertikler- Bazı defa kızlık zarının serbest kenarları düz ve muntazam olacak yerde bir takım tabiî dişler ve kertikleri havi bulunur ki oldukça yetişmiş bir adlî tabibi de aldatabilir, kızlığın bozulmasından mütevellit zannını vererek büyük büyük hatalara düşürebilir.

Kızlık zarının serbest kenarlarındaki bu çentiklerin vaziyetleri birbirine uymaz ayrı gayrıdır. Çentikler alelade kızlık zarının serbest kenarlarının cüzi bir kısmındadır. Hakiki kertiklerden başka kızlık zarının işbu serbest kenarlarında görülebilen ve bazan tekmil uzunluğunca sayılabilen ince dantelâlarda zikre şayandır ki bunlar saçaklı kızlik zan, mercan şeklinde kızlık zarı namları altında tanınmıştır.

YARARLI BİLGİLER

Derleyen: Av. Celal ÜLGEN

YASAL FAİZ ORANLARI

01.01.2000-30.06.2002 arası için	911 gün	%60
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

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	**23,61**	**14,55**	**5,45**	**9,68**	**6,08**
ŞUBAT	**21,49**	**14,70**	**5,04**	**10,08**	**5,94**
MART	**19,18**	**15,03**	**4,21**	**10,63**	**5,95**
NİSAN	**17,03**	**14,96**	**4,96**	**11,01**	**6,39**
MAYIS	**15,16**	**13,97**	**4,27**	**10,95**	**7,20**
HAZİRAN	**13,73**	**12,78**	**4,97**	**10,09**	**8.39**
TEMMUZ	**12,51**	**11,72**	**5,82**	**9.03**	**9,76**
AĞUSTOS	**11,62**	**10,65**	**6,49**	**8,29**	**10,68**
EYLÜL	**11,16**	**9,54**	**7,06**	**7,77**	**11,29**
EKİM	**11,16**	**8,16**	**7,76**	**7,23**	**12,11**
KASIM	**11.07**	**6.89**	**8,60**	**6.75**	**-**
ARALIK	**11.09**	**5.89**	**9,34**	**6.31**	**-**

AVUKAT TOPLULUK SİGORTASI 2008 PRİM TUTARLARI:

En az: **159,68**

En çok: **1.037,89**

Sağlıklı en az: **213,96**

Sağlıklı en çok: **1.390,77 YTL**

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	5,6	2,63	-0,41	1,96	-0,05	0,42	2,6	0,7	0,55	0,75	1,00	0,80
ŞUBAT	3,14	1,64	0,11	0,26	0,95	2,56	2,6	0,55	0,02	0,22	0,43	1,29
MART	3,20	2,10	1,26	0,25	0,97	3,17	3,10	0,89	0,26	0,27	0,92	0,96
NİSAN	1,76	2,65	1,21	1,94	0,80	4,50	2,09	0,59	0,71	1,34	1,21	1,68
MAYIS	-0,62	-0,03	0,20	2,77	0,39	2,12	1,58	0,38	0,92	1,88	0,50	1,49
HAZİRAN	-1,93	-1,05	0,10	4,02	-0,11	-0,36	-0,17	-0,13	0,10	0,34	-0,24	0,32
TEMMUZ	-0,54	-1,52	-0,57	0,86	0,06	1,25	-0,37	0,22	-0,57	0,85	-0,73	0,58
AĞUSTOS	-0,20	0,79	0,85	-0,75	0,6	2,34	0,15	0,58	0,85	-0,44	0,02	0,24
EYLÜL	-0,05	1,85	1,02	-0,23	0,85	-0,90	1,90	0,94	1,02	1,29	1,03	0,45
EKİM	0,56	3,23	1,79	0,45	-0,13	0,57	1,42	2,22	1,79	1,27	1,81	2,60
KASIM	1,70	0,75	1,40	-0,29	0,89		1,61	1,54	1,40	1,29	1,95	
ARALIK	0,63	0,13	-0,04	-0,12	0,15		0,88	0,45	0,42	0,23	0,22	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	5,6	2,63	-0,41	1,96	-0,05	0,42	2,6	0,74	0,55	0,75	1,00	0,80
ŞUBAT	8,90	4,31	0,30	2,22	0,89	3,00	4,90	1,29	0,57	2,22	1,44	2,11
MART	3,20	2,10	0,96	2,48	1,88	6,26	3,10	0,89	0,83	1,25	2,36	3,09
NİSAN	14,37	9,33	2,18	4,46	2,69	11,04	10,42	2,79	1,55	2,60	3,60	4,82
MAYIS	13,66	9,29	2,38	7,36	3,09	13,39	12,16	3,18	2,49	7,36	4,12	4,38
HAZİRAN	11,47	8,14	1,89	11,68	2,98	13,76	11,97	3,05	2,59	11,68	3,87	6,00
TEMMUZ	10,88	6,50	1,14	12,64	3,11	15,18	11,55	3,28	2,00	5,76	3,05	6,61
AĞUSTOS	10,66	7,33	2,18	11,80	3,93	12,49	11,73	3,87	2,87	5,30	3,13	6,35
EYLÜL	10,72	9,31	2,98	11,54	4,98	11,48	13,84	4,85	3,93	6,65	4,19	6,83
EKİM	11,34	12,84	3,69	12,04	4,84	12,11	15,46	7,18	5,79	8,01	6,08	9,60
KASIM	13,23	13,69	2,71	11,72	5,78		17,33	8,83	7,27	9,40	8,15	
ARALIK	13,94	13,84	2,6	11,58	5,94		18,36	9,32	7,72	9,65	8,39	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**2003**	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**
OCAK	**32,6**	**10,8**	10,70	5,11	9,37	**6,44**	**26,4**	**16,22**	**9,23**	7,93	9,93	**8,17**
ŞUBAT	**33,39**	**9,14**	10,58	5,26	10,13	**9,10**	**27,01**	**14,28**	8,69	8,15	10,16	**8,15**
MART	**35,15**	**7,97**	11,33	4,21	10,92	10,50	**29,41**	**11,83**	7,94	8,16	10,86	9,15
NİSAN	**35,08**	**8,91**	**10,17**	4,96	9,68	14,56	**29,45**	**10,18**	**8,18**	8,83	10,72	9,66
MAYIS	**33,69**	**9,56**	**5,59**	7,66	7,14	16,83	**30,74**	**3,88**	**8,70**	9,86	9,23	10,74
HAZİRAN	**29,62**	**10,53**	4,25	12,52	2,89	17,03	**29,76**	**8,93**	8,95	10,12	8,60	10,61
TEMMUZ	**25,57**	**9,44**	4,26	14,34	2,08	18,41	**27,44**	**9,57**	7,82	11,69	6,90	12,06
AĞUSTOS	**22,70**	**10,52**	4,32	12,32	3,72	14,67	**24,91**	**10,04**	7,91	10,26	7,39	11,77
EYLÜL	**19,07**	**12,50**	4,38	11,19	5,02	12,49	**23,00**	**9,00**	7,99	10,55	7,12	11,13
EKİM	**16,10**	**15,48**	4,57	10,94	4,41	13,29	**20,78**	**9,86**	7,52	9,98	7,70	11,99
KASIM	**16,18**	**14,40**	1,60	11,67	5,65		**19,25**	**9,79**	7,61	9,86	8,40	
ARALIK	**13,94**	**13,84**	2,66	11,58	5,94		**18,36**	**9,32**	7,72	9,65	8,39	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI

AYLAR	TEFE		ÜFE				TÜFE					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
OCAK	45,9	23,61	14,55	5,45	9,68	6,08	26,4	24,36	8,50	8,07	9,76	8,61
ŞUBAT	42,14	21,49	14,70	5,04	10,08	5,94	37,94	23,21	8,44	8,03	9,92	8,53
MART	39,42	19,18	15,03	4,49	10,63	5,95	35,46	21,67	8,40	8,05	10,15	8,40
NİSAN	37,82	17,03	14,96	4,09	11,01	6,39	33,76	20,01	8,42	8,11	10,30	8,33
MAYIS	36,68	15,16	13,97	4,27	10,95	7,20	32,65	18,19	8,53	8,21	10,24	8,47
HAZİRAN	35,36	13,73	12,78	4,97	10,09	8,39	31,73	16,51	8,95	8,32	10,11	8,64
TEMMUZ	33,76	12,51	11,72	5,82	9,03	9,76	30,71	15,11	8,68	8,64	9,70	9,07
AĞUSTOS	32,07	11,62	10,65	6,49	8,29	10,68	29,55	13,97	8,64	8,84	9,46	9,43
EYLÜL	30,26	11,16	9,54,	7,06	7,77	11,29	28,43	12,87	8,63	9,05	9,17	9,76
EKİM	28,52	11,16	8,16	7,76	7,23	12,11	27,37	12,02	8,47	9,25	8,98	9,60
KASIM	27,07	11,07	6,89	8,60	6,75		26,29	11,29	8,31	9,44	8,86	
ARALIK	25,56	11,09	5,89	9,34	6,31		25,30	10,58	8,18	9,60	8,76	

DÖNEMLERE GÖRE TİCARİ FAİZ ORANLARI

Yürürlük Tarihi	Reeskont 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

AKTARMALAR, AYRILMALAR YİTİRDİKLERİMİZ

AYRILMALAR

Av. NEVİN TÜRKOL	31542	25.09.2008
Av. ESEN CAN	32465	25.09.2008
Av. ÜLGEN SAVAŞÇI	18919	25.09.2008
Av. GÖKHAN KARAKAYALI	35365	25.09.2008
Av. RANA ÖZCAR	26900	25.09.2008
Av. BÜLENT ARSLAN	27676	09.10.2008
Av. CEMAL GENC	16535	09.10.2008
Av. HÜSEYİN EYÜPOĞLU	25702	09.10.2008
Av. MURAT ÖNDERMAN	12675	23.10.2008
Av. FİGEN KALAYCI	14706	23.10.2008
Av. NİMET KOŞAR KURTULUŞ	13523	23.10.2008
Av. HATİCE GÖKÇAY	14850	23.10.2008
Av. SERPİL MERİÇ	29756	23.10.2008
Av. OSMAN PALA	17013	23.10.2008
Av. BANU ARIKAN	26205	06.11.2008
Av. KEMAL ERDEM	5740	06.11.2008
Av. NACİYE EKŞİ OĞLU	10056	06.11.2008
Av. EKREM VARNACI	3519	06.11.2008
Av. CAHİT GİRGİN	16588	06.11.2008
Av. ÖZGÜL TAŞKIN	18855	06.11.2008
Av. OSMAN ZEKİ SAROĞLU	5497	06.11.2008
Av. HALUK MÜMTAZ TÜFEKÇİ	14075	06.11.2008
Av. ÇİĞDEM YÜKSEL	16355	06.11.2008
Av. BENGİCAN ŞİMŞEK	35242	13.11.2008
Av. YAŞAR ŞAHİN	28031	13.11.2008
Av. SEMRA OLCAY	8008	20.11.2008
Av. SEFER SEZAİ AYTAN	4054	20.11.2008

AKTARIMLAR

Av. ADEM BAYRAKLI	27231	18.09.2008
Av. VEDAT EMİN YILMAZ	12819	18.09.2008
Av. ÇİĞDEM ÖZTÜRK	32727	18.09.2008
Av. ABDULKERİM CAFEROĞLU	30892	18.09.2008
Av. MUHARREM KÜÇÜK	20996	18.09.2008
Av. ZAFER TAŞPINAR	25854	18.09.2008
Av. ALAATİN GÜNAY	25743	18.09.2008
Av. AYLA YILMAZ BEKTAŞ	26619	18.09.2008
Av. NAZİRE ŞAHİN	29248	25.09.2008
Av. ASUMAN AKYOL	35070	25.09.2008
Av. ALİ DOĞAN	30949	25.09.2008
Av. EDA PINAR	31307	09.10.2008
Av. CEMİLE ASLAN	31725	09.10.2008
Av.BİRSEN KALKAN	27611	09.10.2008
Av. HÜSEYİN YALÇIN	25396	09.10.2008
Av. EMİNE ÇELİK	30420	09.10.2008
Av. MEHMET EMİN HİDAYET	30263	09.10.2008
Av. MEHMET ER	29998	09.10.2008
Av. MEHMET KEMAL KELTEK	21620	09.10.2008
Av. AYÇA SUNGUR	32529	09.10.2008
Av. GÖKÇE GÜVENÇLİ	34105	16.10.2008
Av. FEHMİ ERENOĞLU	12384	16.10.2008
Av. HAKKI ESER ÖZARI	32263	16.10.2008
Av. ONUR BARAN AVCI	31340	23.10.2008
Av. ZEYNEP EDA YALÇIN	20351	23.10.2008
Av. DİLŞAD SARICA	35902	23.10.2008
Av. FATİH KÖSE	27069	23.10.2008
Av. ÖZGE KANBOLAT	32519	23.10.2008
Av. HAYRUNNİSANUR GÖKÇE	31462	06.11.2008
Av. SEÇİL ERYILMAZ	21486	06.11.2008
Av. GÜRKAN KIPIK	21880	06.11.2008
Av. YILMAZ EMRE İSLAM	34932	06.11.2008
Av. ECE ANLI	34304	06.11.2008
Av. SEDA PEKÇALIŞKAN	21856	06.11.2008
Av. DİLEK KOCAKAYA	31795	06.11.2008

AKTARIMLAR

Av. BAYRAM OĞUZ	27541	13.11.2008
Av. ZEKİ ÜZEK	12426	13.11.2008
Av. EZGİ CANKURT	32821	13.11.2008
Av. SEVİM ABDURRAHMAN	13177	13.11.2008
Av. AYŞE HÜDAYİOĞLU	23375	20.11.2008
Av. NURETTİN YASAK	22283	20.11.2008

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 2690 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

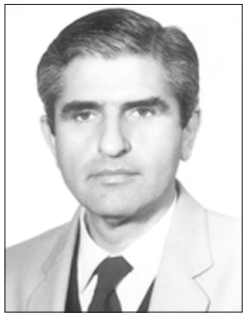
SADETTİN GÖKÇEPINAR

16.09.2008 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1330 yılında İstanbul'da doğmuş, 1949 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1951 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

.



Baromuzun 5141 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ÖZKAN TİKVEŞ

23.09.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında Erdek'de doğmuş, 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Balıkesir ve İzmir Barolarına kayıtlı olarak avukatlık yapmış ve 09/09/1988 yılında İzmir Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

.

Baromuzun 6141 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

YILMAZ BİNGÖL

23.09.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum1937 yılında Karasöke'de doğmuş, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI alesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 31147 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MURAT CÖMERT

26.09.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1979 yılında Erzurum'da doğmuş, 2003 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2005 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

.



Baromuzun 6981 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

YUSUF ZİYA MORALIOĞLU

02.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında İzmir Bayındır'da doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI alesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

.

Baromuzun 6202 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HALİT NURETTİN TOPÇU

09.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında İstanbul'da, doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Stajını Baromuzda yaparak, 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 12666 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MUSTAFA YILDIZ

12.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Tekirdağ Gözsüz'de doğmuş, 1971 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1983 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 18635 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

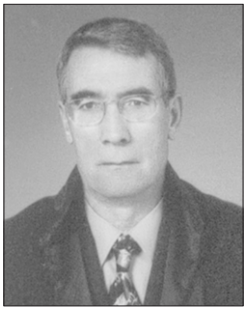
ABİDİN GÜROCAK

14.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Gaziantep Kabaklar'da doğmuş, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 24322 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

TURAN SİNAN

01.11.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında Elbistan'da doğmuş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 06.07.2000 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI alesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 34791 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

BAYRAM UYSAL

18.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1978 yılında Uşak Sivaslı'da doğmuş, 2003 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2007 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

.



Baromuzun 5698 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

İRFAN YÜKSEL SOYLUOĞLU

20.10.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında Seyitgazi'de doğmuş, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Stajını Baromuzda yaparak, 1966 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

.



Baromuzun 2176 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

AHMET ZİŞAN DOĞUERİ

06.05.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1919 yılında İstanbul'da doğmuş, 1944 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1949 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 14449 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ÜMİT ESMER

18.11.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Adana'da doğmuş, 1964 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1988 Ankara Barosu'nda mesleğini ifaya başlamış, 25.12.1997 yılında da Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 7221 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

AHMET FAİK GÜRELME

23.11.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında Çivril'de doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 21209 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ABDULLAH ATİLLA DUZMAN

27.05.1998 tarihinde vefat etmiştir.

Merhuma 1941 yılında İskendurun'da doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI alesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.