





İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

CİLT: 83* SAYI: 2009/1
ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır

Sahibi

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Muammer AYDIN

*

Sorumlu Yazışleri 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 Adli 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 100,00.TL'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

● **YARARLI BİLGİLER** 1

● **YAZILAR...**

Av. Orhan Yılmaz

- ✓ *İflasın Ertelenmesi* 69

*

Yrd. Doç. Dr. Güran Yahyaoğlu

- ✓ *Bankacılıkta Risk Yönetimi* 83

*

Yusuf Özyay

- ✓ *Finansal Kiralama Sözleşmesi*
(Özellikle Hükümleri Ve Sona Ermesi) 99

*

Mahir Topaloğlu

- ✓ *Töre Saiği ile İnsan Öldürme Suçu*
(5237 Sayılı TCK m. 82/1-k) 133

*

Hilmi Şeker

- ✓ *Sürdürülebilir Yaşam, Sağlıklı Yaşlanma Ve Haczedilmezlik* 143

*

Av. Nafi Pake

- ✓ *Ortaklığın Giderilmesi Davası*
-Mahiyete Ve Özelliği- 159

*

Nezih Sütçü

- ✓ *Mortgage (Tutsat) Sistemi Türkiye'de Neden Çalışmaz?*..... 165

*

Ebru Ekşioğlu

- ✓ *AB Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hakları* 181

*

Av. A. Güçlü Sevimli

- ✓ Kuvvetli Suç Şüphesi Gölgesindeki Tutuklama 189
*

Av. Başak Akbaş

- ✓ Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı
Sahip Olduğu Savunma Olanakları 197
*

Fatma Telek

- ✓ Kat Mülkiyeti ile Kat İrtifakı Arasındaki Farklar
(5711 Sayılı Değişiklik Yasası Hükümleri
Çerçevesinde Gözden Geçirilmiş).....217
*

Arş. Gör. Melis Taşpolat Tuğsavul

- ✓ Banka Teminat Mektupları.....301
*

Yrd. Doç. Dr. Emrehan İnal

- ✓ Eser İncelemesi
Hilary Heilbron – Q.C., A Practical Guide To International
Arbitration In London, Informa.....337

● **YARGITAY KARARLARI**

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.....341
- Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 429
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi.....437
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesi.....445
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi.....457
- Yargıtay 5. Hukuk Dairesi.....467
- Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 471
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi.....483
- Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 493
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi.....503
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi.....527
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi.....537
- Yargıtay 12. Hukuk Dairesi.....545
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi.....549
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 557
- Yargıtay 17. Hukuk Dairesi.....565
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 569
- Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 575
- Yargıtay 20. Hukuk Dairesi.....579
- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi.....587
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı 601

● **AİHM KARARLARI**

- Gani Özcan / Türkiye Davası 607
- Nita / Romanya Davası 615

● **KONSEY KARARLARI**

- Meslek ve İstihdamda Eşit Davranma İlkesi
Uygulamasının Sağlanması.....631
- 29 Haziran 2000 tarihli, AB Konseyi'nin 2000 /43 sayılı
insanlar arasında etnik köken veya ırk farkı gözetmeksizin
muamele eşitliğini öngören ilkenin hayata geçirilmesine dair
2000 / 43 sayılı Yönerge 642

● **GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI** 651

- Ayrılımlar.....657
- Aktarımlar 658
- Yitirdiklerimiz 659

● **DİZİN** 663

YAYIN KURULUNDAN

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

YENİ YILIN İLK SAYISI

2009'un ilk sayısıyla karşınızdayız. Dergimizin sayfa yerleşmesinde değişiklikler yaptık. Bundan böyle Yararlı Bilgiler bölümünü ilk sayfalarda bulacaksınız. Yararlı Bilgiler yılın ilk sayısının önemli bir bölümünü oluşturuyor. Bu bölümde; Yargı harçları oranlarından, 2009 yılı için mahkemelerin yetki sınırları oranlarına değin siz meslektaşlarımıza yararlı olacak ve bütün bir yıl boyunca dönüp bakma gereği duyacağınız bilgilere yer verdik. Daha önce ön sayfalarda yer alan Kavram Dizini ise son sayfalarımıza kaydirdik. Böylece tüm dergide yer alan kavramlar, derginin sonunda bir araya gelmiş oldu.

Dergimize gönderdiği Hukuk Genel Kurulu kararlarıyla katkılarını esirgemeyen ve bu yıl emekli olacak **Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Ali Güneren**'e bir ARMAĞAN yayımlamayı kararlaştırdık. Armağana göndereceğiniz çalışmalarını bekliyoruz.

Gerek Baro Dergimizin gerekse diğer süreli ve süresiz yayınlarımız hakkındaki görüşlerinizin yayın

kalitemizi daha da arttıracaklarını düşünmekteyiz. Bu nedenle görüş, yakınma, destek ve önerilerinizi bizlere bildirmenizi bekliyoruz. Görüşlerinizi **dergi@istanbulbarosu.org.tr** e-posta adresine ve Yayın Kurulu dikkatine diye not düşerek 0 212 293 89 60 nolu faksımıza bildirebilirsiniz. Katkılarınızla dergimizin daha güçlü olacağına kuşku yok. Dergimize Yargıtay Kararı gönderen meslektaşlarımızın yeni yılda da desteklerini sürdürmelerini bekliyoruz.

* * *

Ocak ayında acı bir olay yaşadık. **İzmir Barosu Başkanı Sayın Av. Nevzat Erdemir**'i en verimli çağında yitirdik. Ülkesini seven, ülkenin geleceğinden endişe duyan ve bunun sorumluluğunu yerine getirmeye çalışan Sn. Erdemir'in, başta ailesi olmak üzere tüm yakınlarına, İzmir Barosu'na ve tüm meslektaşlarımıza yayın kurulu olarak başsağlığı diliyoruz.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla...

Av. Celal ÜLGEN
Yayın Kurulu Başkanı

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ ve AVUKATLIK MESLEĞİ

Av. MUAMMER AYDIN

İstanbul Barosu Başkanı

İçinden geçtiğimiz süreç, tüm hukukçulara ve de özellikle savunmanlık görevini üstlenen avukatlara önemli görevler yüklüyor. Yeni CMK uygulamalarını, gözetilileri, teknik takip ve dinlemeyi, cezaevlerinde duruşma salonu açılmasını hep birlikte izliyor, okuyor ve yaşıyoruz

Yaşadığımız sıkıntıların başında YARGI BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ'nin zedelenmesi gelmektedir. Siyasi İktidarın bu denli yargının içine girdiği, yargının yetki ve sınırlarına el attığı bir dönem ancak ara rejim dönemlerinde görülmüştü. Olaya aslında bir tek dava ile ve bu davadaki uygulamalarla bakmak da doğru değildir. Ergenekon adı verilen davada yapılan uygulamalar ne yazık ki ülke genelinde tüm davalardaki genel uygulama ilkesi haline getirilmiş bulunmaktadır. Örneğin teknik takip ve dinleme milyonlarca insan için yeterli yasal alt yapı oluşturulmadan uygulanmaktadır. Bugün insanlar birbiriyle iletişimde ciddi sıkıntı ve kuşkular yaşamaktadırlar. CMK, aslında savunmanın ve insan özgürlüğünün anayasasıdır. CMK'nın temel felsefesini alt üst ederseniz ülkede savunma hakkını yok edersiniz. Bugün CMK'da kanıttan sanığa ulaşmak yerine sanıktan kanıtı ulaşma yolu seçilmektedir. Bu yöntemin en belirgin örneklerini ise "Ergenekon" adı verilen davadaki uygulamalar göstermektedir.

Demokrasi çoğunluğun kendi içindeki özgürlüğü değildir. Çoğunluğun azınlığı, iktidarın muhalefeti sindirmeye, baskı altına almaya çalışması çoğulcu demokrasi anlayışına ters düşer. Kaldı ki demokrasi Temel Hak ve Özgürlüklerin eksiksiz biçimde uygulanmasıyla sağlanabilir. Çoğunluğun azınlığı ya da toplumsal muhalefeti kendisine karşı bir tehdit olarak algılayıp onu sindirme ve korkutmaya çalıştığı bir zeminde demokrasiden söz edilebilir mi?

Gözler önünde sergilenen bir başka ihlal ise SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ ilkesinedir. Gerçekten kimin gözetilene alınacağı, kimin evinin aranacağı daha günler öncesinden yandaş yayın organlarına servis edilmekte, Savunma avukatlarının ulaşamadığı bilgi ve belgelerden tefrikalar, kitaplar yayımlanmaktadır. Gözetililer ve aramalar canlı yayın yöntemleri ile dalga dalga yapılmaktadır. Hukukta bir kovuşturmanın "dalgası" olabilir mi? Hepinizin bildiği gibi bu davanın bir ayağı Silivri 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nde sürerken bir taraftan da ek soruşturmalar devam etmektedir. Ucu açık soruşturmalar muhalif kesim ve örgütlerin üzerinde Demokles'in kılıcı gibi baskı unsuru olarak tutulmaktadır.

Olayın daha da endişe veren yanı, gözetilene alınan bazı şüphelilerin savunmanlığını üstlenen avukat meslektaşlarımızın da gözetilene alın-

masıdır. Eğer bir avukat hakkında soruşturma yürütülüyorsa, bu ancak yasal yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Avukatın, kutsal savunma görevini yerine getirdiği sırada gözaltına alınması ya da tutuklanması o avukatın kişiliğinde SAVUNMA HAKKINA ve BAROLARA yapılmış bir saldırıdır. Bu tür olaylara, ancak faşist dikta rejimlerinde rastlanabilir. Nasıl olur da savunma amacıyla müvekkilini görmeye giden bir avukat gözaltına alınabilir? Burası eğer Anayasa'da yazıldığı biçimiyle bir hukuk devletiyse, bu kurallara aykırı davranışlar SİYASİ İKTİDARIN sorumluluğundadır.

Bir başka endişe verici uygulama da "tutuklama" uygulaması ile ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi TUTUKLAMA CMK'da yer alan bir önlemdir. Bu önlemin hangi durumlarda kullanılacağı ise yine aynı yasa da belirtilmiştir. CMK sistemimizde tutuksuz yargılama kural; tutuklu yargılama istisnadır. Buna karşın bu ilke de ters yüz edilmiştir. Hatta öyle ki tutuklu kalmaları tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurulu ra-

porları ile sakıncalı görülen ve yaşam hakkını ortadan kaldıracak belirtilen durumlarda bile ısrarla tutukluluk sürdürülmektedir. Üstelik kişinin ne ile suçlandığını bilmediği uzun bir süreç yaşanarak. Bu durumların aynı zamanda insan hakları ihlali olduğunu defalarca duyurularımızda kamuoyu ile paylaştık.

Biz İstanbul Barosu olarak bu soruşturmadaki tutarsızlıkları, yasa dışılıkları, hak ihlallerini özellikle vurgulamaya çalışıyoruz. Yargının üzerinde siyasallaşma olduğu yönünde ciddi yakınmalarımız var. Hukukun üstünlüğüne, Yargının Bağımsızlığına bugün için her zamandan fazla ve öncelikli olarak gereksinim duyuyoruz. Bu dönemde Avukatlık mesleğinin öne çıktığını hiçkimse yadsıyamaz. İnsan hak ve özgürlüklerini koruyan, hukukun üstünlüğünü savunan ve demokrasimizin gelişmesine katkı sağlayan çok önemli görevler meslektaşlarımızı bekliyor. Biz de bu konuda her zamanki gibi meslektaşlarımızla omuz omuza olacağımızı belirtmek istiyoruz.

YARARLI BİLGİLER

Derleyen: Av. Celal ÜLGİN
Av. Bahar Şevin BÜBER

GÖREV ve TEMYİZ SINIRLARI

ASLİYE HUKUK-SULH HUKUK GÖREV SINIRI

Yeniden Değerleme Oranının 2009 yılı için % 12 olarak belirlenmiştir. Buna göre HUMK m. 8'de yer alan İflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı **7.080,00 (YEDİ BİN SEKSEN) TL**'yi geçmeyen davalar Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülecektir.

TEMYİZ SINIRI HUMK 426/a

Miktar veya değeri **1.400 YTL (BİN DÖRT YÜZ)'TL**'yi geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.

Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda 1.400 YTL'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

MURAFAA SINIRI HUMK m. 435 değeri on milyar lirayı aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını istemiş ise, Yargıtay'ca bir gün belli edilerek taraflara usulen çağrı kağıdı gönderilir..... **14.200 YTL (ONDÖRTBİN İKİYÜZ TL)'lik DURUŞMA** sınırının belirlenmesinde 428 inci maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır.

HUMK 428 (Son) (1) numaralı bentteki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, 7.080,00 TL'lik (YEDİBİN SEKSEN) kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl istemin kabul edilmeyen bölümü 7.080,00 TL'yi geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir.

(*) 29/05/1981 tarihli ve 17354 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığından: AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

19 Aralık 2008 Günlü Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

GENEL HÜKÜMLER

Konu ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bütün hukuki yardımlarda avukat ile iş sahipleri arasında geçerli ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda, Avukatlık Kanunu ve bu Tarife hükümleri uygulanır. Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında avukatlık ücreti kararlaştırılamaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu tarife hükümleri uygulanır.

Avukatlık ücretinin kapsadığı işler

MADDE 2 – (1) Bu Tarifede yazılı avukatlık ücreti kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır. Avukat tarafından takip edilen dava veya işle ilgili olarak düzenlenen dilekçe ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez. Hükümlerin tavzihine ilişkin istemlerin ret veya kabulü halinde de avukatlık ücretine hükmedilemez.

(2) Buna karşılık, icra takipleriyle, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Sayıştay’da temyizen ve bölge idare mahkemelerinde itirazın görülen işlerin duruşmaları ayrı ücreti gerektirir.

Avukatlık ücretinin aidiyeti, sınırları ve ortak veya değişik sebeple davanın reddinde davalıların avukatlık ücreti

MADDE 3 – (1) Yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, ekli Tarifede yazılı miktardan az ve üç katından çok olamaz. Bu ücretin belirlenmesinde, avukatın emeği, çabası, işin önemi niteliği ve davanın süresi göz önünde tutulur.

(2) Müteselsilen sorumlu olanlar aleyhine açılan davanın reddinde, ret sebebi ortak olan davalılar vekili lehine tek, ret sebebi ayrı olan davalılar vekili lehine ise her ret sebebi için ayrı ayrı avukatlık ücretine hükümlenir.

Birden çok avukat ile temsil

MADDE 4 – (1) Aynı hukuki yardımın birden çok avukat tarafından yapılması durumunda, karşı tarafa bir avukatlık ücretinden fazlası yükletilemez.

Ücretin tümünü hak etme

MADDE 5 – (1) Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, Tarife hüküm-leri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

Davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhte ücret

MADDE 6 – (1) Anlaşmazlık, davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulh nedenleriyle; delillerin toplanmasına ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce giderilirse, Tarife hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonra giderilirse tamamına hükmolunur.

Görevsizlik, yetkisizlik, dava ön şartları-nın yokluğu veya hususmet nedeniyle davanın reddinde, davanın nakli ve açılmamış sayılma-sında ücret

MADDE 7 – (1) Görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine, davanın nakline veya davanın açılmamış sayılmasına; delillerin toplanması-na ilişkin ara kararı gereğinin yerine getirilmesinden önce karar verilmesi durumunda, Tarifede yazılı ücretin yarısına, karar gereğinin yerine getirilmesinden sonraki aşamada ise tamamına hükmolunur. Şu kadar ki, davanın görüldüğü mahkemeye göre hükmolunacak avukatlık ücreti ikinci kısmın ikinci bölümünde yazılı miktarları geçemez.

(2) Davanın dinlenebilmesi için kanunlarda ön-görülen ön şartın yerine getirilmemiş olması ve hususmet nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde, davanın görüldüğü mahkemeye göre Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde yazılı miktarları geçmemek üzere üçüncü kısımda yazılı avukatlık ücretine hük-molunur.

(3) Kanunlar gereği gönderme, yeni mahkeme-ler kurulması nedeniyle görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi durumunda avukatlık ücretine hük-medilmez.

Karşılık davada, davaların birleştirilmesinde ve ayrılmasında ücret

MADDE 8 – (1) Bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunur.

Nafaka, kira tespiti ve tahliye davalarında ücret

MADDE 9 – (1) Tahliye davalarında bir yıllık kira bedeli tutarı, kira tespiti ve nafaka davalarında tespit olunan kira bedeli farkının veya hükmolunan nafakanın bir yıllık tutarı üzerinden Tarifenin üçüncü kısmı gereğince hesaplanacak miktarın tamamı, vekalet ücreti olarak hükmolunur. Bu miktarlar, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde davanın görüldüğü mahkemeye göre belirlenmiş bulunan ücretten az olamaz.

(2) Nafaka davalarında reddedilen kısım için avukatlık ücretine hükmedilemez.

Manevi tazminat davalarında ücret

MADDE 10 – (1) Manevi tazminat davalarında avukatlık ücreti, hüküm altına alınan miktar üzerinden Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir.

(2) Davanın kısmen reddi durumunda, karşı taraf vekili yararına Tarifenin üçüncü kısmına göre hükmedilecek ücret, davacı vekili lehine belirlenen üç-üret geçemez.

(3) Bu davaların tamamının reddi durumunda avukatlık ücreti, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre hükmolunur.

İcra ve iflas müdürlükleri ile icra mahkemelerinde ücret

MADDE 11 – (1) İcra ve İflas Müdürlüklerin-deki hukuki yardımlara ilişkin avukatlık ücreti, takip sonuçlanıncaya kadar yapılan bütün işlemlerin karşılı-ğıdır. Konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, bu Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir.

(2) Aciz belgesi alınması, takibi sonuçlandıran işlemlerden sayılır. Bu durumda avukata tam ücret ödenir.

(3) İcra mahkemelerinde duruşma yapılırsa Ta-rife gereğince ayrıca avukatlık ücreti hükmedilir. Şu kadar ki bu ücret, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünün iki ve üç sıra numaralarında gösterilen iş ve davalarla ilgili hukuki yardımlara ilişkin olup, Tarife-nin üçüncü kısmına göre belirlenecek avukatlık ücreti bu sıra numaralarında yazılı miktarları geçemez.

(4) Nafaka ve tahliyeye ilişkin icra takiplerinde, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümündeki, icra mahkemelerinde açılan istihkak davalarında da üçün-cü kısımdaki ücretlere hükmolunur.

(5) Borçlu itiraz süresi içerisinde borcunu öderse tarifeye göre belirlenecek ücretin dörtte üçü takdir edilir.

Tarifelerin üçüncü kısmına göre ücret

MADDE 12 – (1) Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, (yedinci maddenin ikinci fıkrası, dokuzuncu maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile onuncu maddenin son fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla,) tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir. Belirlenen bu ücret Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre tespit edilen ücretten az olamaz.

Ceza davalarında ücret

MADDE 13 – (1) Kamu davasına katılma üzeri-ne, mahkumiyete karar verilmiş ise vekili bulunan ka-tılan lehine Tarifenin ikinci kısım ikinci bölümünde belirlenen avukatlık ücreti sanığa yükletilir.

(2) Ceza hükmü taşıyan özel yasa, tüzük ve ka-rarnamelere göre yalnız para cezasına hükmolunan davalarda tarifeye göre belirlenecek avukatlık ücreti hükmolunan para cezası tutarını geçemez.

(3) CMK 141 ve devamı maddelerine göre taz-minat için Ağır Ceza Mahkemelerine yapılan başvuru-larda, Tarifenin üçüncü kısmı gereğince avukatlık üç-retine hükmedilir. Şu kadar ki, hükmedilecek bu ücretikinci kısmın ikinci bölümünün onuncu sıra numara-sındaki ücretten az olamaz.

(4) Çocuk mahkemelerinde görülen davalarda, asliye ceza; çocuk ağır ceza mahkemelerinde görülen davalarda da ağır ceza mahkemeleri için Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde öngörülen maktu ücretlere ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Beraat eden ve kendisini vekil ile temsil etti-ren sanık yararına hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir.

Danıştayda, Askeri Yüksek İdare Mahke-mesinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemele-rinde görülen dava ve işlerde ücret

MADDE 14 – (1) Danıştay'da ilk derecede veya duruşmalı olarak temyiz yoluyla görülen dava ve iş-lerde, idari ve vergi dava daireleri genel kulları ile dava dairelerinde, bölge idare, idare ve vergi mahke-melerinde davaya cevap verme sürelerinin bitimine kadar anlaşmazlığın feragat ya da kabul nedenleriyle ortadan kalkması veya bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi durumunda tarifede yazılı ücretin yarısı-na, diğer durumlarda tamamına hükmedilir.

(2) Şu kadar ki, dilekçelerin görevli mercie gönderilmesine veya dilekçenin reddine karar verilme-si durumunda avukatlık ücretine hükmolunmaz.

(3) Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülen dava ve işlerde de yu-karıdaki fıkralarda belirtilen hü-kümler uygulanır.

Uzlaşma tutanağının hazırlanmasında ücret

MADDE 15 – (1) Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde sözü edilen uzlaşma tutanağının hazır-lanmasında, konusu itibarıyla görevli mahkemeler için, bu Tarifenin ilgili kısımlarında belirlenen ücretin 1/2 si uygulanır.

Tahkimde ücret

MADDE 16 – (1) Hakem önünde yapılan her türlü hukuki yardımlar-da da bu Tarife hükümleri uy-gulanır.

İş takibinde ücret

MADDE 17 – (1) Bu Tarifeye göre iş takibi; yar-gı yetkisinin kullanılması ile ilgisi bulunmayan iş ve işlemlerin yapılabilmesi için, iş sahibi veya temsilci tarafından yerine getirilmesi kanunlara göre zorunlu olan iş ve işlemlerdir.

(2) Tarifede yazılı iş takibi ücreti bir veya birden çok resmi daire, kurum veya kuruluşça yapılan çeşitli işlemleri içine alsa bile, o işin sonuçlanmasına kadar yapılan bütün hukuki yardımların karşılığıdır.

Dava vekili ve dava takipçileri eliyle takip olunan işlerde ücret

MADDE 18 – (1) Dava vekilleri tarafından ta-kip olunan dava ve işlerde de bu Tarife uygulanır.

(2) Dava takipçileri tarafından takip olunan dava ve işlerde bu Tarifede belirtilen ücretin 1/4 ü uygulanır.

Tarifede yazılı olmayan işlerde ücret

MADDE 19 – (1) Tarifede yazılı olmayan hukuki yardımlar için, işin niteliği göz önünde tutularak, Tarifedeki benzeri işlere göre ücret belirlenir.

Uygulanacak tarife

MADDE 20 – (1) Avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlanmış veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır.

Yürürlük

MADDE 21 – (1) Bu Tarife yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

AVUKATLIK ÜCRET TARİFESİ

BİRİNCİ KISIM

BİRİNCİ BÖLÜM

Dava ve Takiplerin Dışındaki Hukuki Yardımlarda Ödenecek Ücret

1. Büroda sözlü danışma (ilk bir saate kadar)	125,00 YTL
Takip eden her saat için	60,00 YTL
2. Çağrı üzerine gidilen yerde sözlü danışma (ilk bir saate kadar)	250,00 YTL
Takip eden her saat için	125,00 YTL
3. Yazılı danışma için	250,00 YTL
4. Her türlü dilekçe yazılması, ihbarname, ihtarname, protesto düzenlenmesinde	150,00 YTL
5. Sözleşmeler ve benzeri belgelerin hazırlanması	
a) Kira sözleşmesi ve benzeri	250,00 YTL
b) Tüzük, yönetmelik, miras sözleşmesi, vasiyetname, vakıf senedi ve benzeri belgelerin hazırlanması	750,00 YTL
c) Şirket ana sözleşmesi, şirketlerin devir ve birleşmesi vb. ticari işlerle ilgili sözleşmeler	750,00 YTL

İKİNCİ BÖLÜM

İş Takibi Konusundaki Hukuki Yardımlarda Ödenecek Ücret

1. Bir durumun belgelendirilmesi, ödeme aşamasındaki paranın tahsili veya bir belgenin örneğinin çıkarılması gibi işlerin takibi için	180,00 YTL
2. Bir hakkın doğumu, tespiti, tescili, nakli, değiştirilmesi, sona erdirilmesi veya korunması gibi amaçlarla yapılan işler için	300,00 YTL
3. Tüzel kişi tacirlerin ana sözleşmelerinin onanması, bu tacirlerin çalışma konuları ile ilgili ruhsat ve imtiyazların alınması, devri ve Türk vatandaşlığına kabul edilme gibi işlerin takibi için	1.250,00 YTL
4. Vergi uzlaşma komisyonlarında takip edilen işler için	575,00 YTL
5. Uluslararası yargı yerlerinde takip edilen işlerde	
a) Duruşmasız ise	2.500,00 YTL
b) Duruşmalı ise	4.350,00 YTL
c) Konusu para olan işlerde ise ücret Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir.	

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**Avukatlık Kanununun 35. Maddesi Gereğince Bulundurulması Zorunlu Sözleşmeli Avukatlara Aylık Ödenecek Ücret**

1. Yapı kooperatiflerinde	460,00 YTL
2. Anonim şirketlerde	775,00 YTL

Takip edilen dava, takip ve işlerde tarife göre hesaplanacak vekalet ücreti yıllık avukatlık ücretinin üzerinde olduğu takdirde aradaki eksik miktar avukata ayrıca ödenir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

1. Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla Özel Kişi ve Tüzel Kişilerin Sözleşmeli	775,00 YTL

Avukatlarına Ödeyecekleri Aylık Avukatlık Ücreti Takip edilen dava, takip ve işlerde tarife göre hesaplanacak vekalet ücreti yıllık avukatlık ücretinin üzerinde olduğu takdirde aradaki eksik miktar avukata ayrıca ödenir.

İKİNCİ KISIM**BİRİNCİ BÖLÜM****Yargı Yerlerinde, İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olsa veya Para ile Değerlendirilebilse Bile Maktu Ücrete Bağlı Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret**

1. Görülmekte olan bir dava içinde olmamak koşulu ile ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, delillerin tespiti, icranın geri bırakılması, ödeme ve tevdi yeri belirlenmesi işleri için:	
a) Duruşmasız ise	160,00 YTL
b) Duruşmalı ise	220,00 YTL
2. Ortaklığın giderilmesi için satış memurluğunda yapılacak işlerin takibi için	285,00 YTL
3. Ortaklığın giderilmesi ve taksim davaları için	500,00 YTL

İKİNCİ BÖLÜM**Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret**

1. İcra dairelerinde yapılan takipler için	160,00 YTL
2. İcra Mahkemelerinde takip edilen işler için	160,00 YTL
3. İcra Mahkemelerinde takip edilen dava ve duruşmalı işler için	285,00 YTL
4. İcra mahkemelerinde takip edilen ceza işleri için	160,00 YTL
5. Ceza soruşturma evresinde takip edilen işler için	250,00 YTL
6. Sulh mahkemelerinde takip edilen davalar için	310,00 YTL
7. Asliye mahkemelerinde takip edilen davalar için	575,00 YTL
8. Tüketici mahkemelerinde takip edilen davalar için	250,00 YTL
9. Fikri ve sınai haklar mahkemelerinde takip edilen davalar için	1.350,00 YTL
10. Ağır Ceza Mahkemelerinde takip edilen	

davalar için	1.250,00 YTL
11. Çocuk Mahkemelerinde takip edilen davalar için	575,00 YTL
12. Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde takip edilen davalar için	1.250,00 YTL
13. Askeri mahkemelerde takip edilen davalar için	625,00 YTL
14. İdare ve vergi mahkemelerinde takip edilen davalar için	
a) Duruşmasız ise	400,00 YTL
b) Duruşmalı ise	500,00 YTL
15. Yargıtay'da ilk derecede görülen davalar için	1.250,00 YTL
16. Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde ilk derecede görülen davalar için	
a) Duruşmasız ise	575,00 YTL
b) Duruşmalı ise	1.250,00 YTL
17. Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Sayıştay'da temyiz yolu ile görülen işlerin duruşması için	625,00 YTL
18. Uyuşmazlık Mahkemesindeki davalar için	625,00 YTL
19. Anayasa Mahkemesinde görülen dava ve işler için	
a) Yüce Divan sıfatı ile bakılan davalar	1.850,00 YTL
b) Diğer dava ve işler	1.000,00 YTL

ÜÇÜNCÜ KISIM

Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret

1. İlk 20.000,00 YTL için	% 12
2. Sonra gelen 30.000,00 YTL için	% 10
3. Sonra gelen 50.000,00 YTL için	% 8
4. Sonra gelen 150.000,00 YTL için	% 6
5. Sonra gelen 400.000,00 YTL için	% 4
6. Sonra gelen 600.000,00 YTL için	% 2
7. Sonra gelen 1.000.000,00 YTL için	% 1
8. 2.250.000,00 YTL'dan yukarısı için	% 0,1

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ*Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (19.12.2008 tarihinden itibaren*)***(Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret)****DÜZENLEYEN: Av. Orhan YILMAZ**

Kademe	TALEP MİKTARI (YTL)	ORAN %	VEKÂLET ÜCRETİ			
			Asliye	Fikri ve Sınai Haklar Mah.	Tüketici	Sulh
1		%12				
	1.000.-	"	575.-	1.350.-	250.-	310.-
	2.000.-	"	"	"	"	"
	2.295.-	"	"	"	275.-	"
	2.500.-	"	"	"	300.-	"
	2.585.-	"	"	"	310.-	"
	3.000.-	"	"	"	360.-	360.-
	4.000.-	"	"	"	480.-	480.-
	4.500.-	"	"	"	540.-	540.-
	4.795.-	"	"	"	575.-	575.-
	4.800.-	"	576.-	"	576.-	576.-
	5.000.-	"	600.-	"	600.-	600.-
	6.000.-	"	720.-	"	720.-	720.-
	6.500.-	"	780.-	"	780.-	780.-
	7.000.-	"	840.-	"	840.-	840.-
	7.080.-	"	850.-	"	850.-	850.-
	8.000.-	"	960.-	"	960.-	
	9.000.-	"	1.080.-	"	1.080.-	
	10.000.-	"	1.200.-	"	1.200.-	
	11.000.-	"	1.320.-	"	1.320.-	
	11.250.-	"	1.350.-	"	1.350.-	
	11.500.-	"	1.380.-	1.380.-	1.380.-	
	12.000.-	"	1.440.-	1.440.-	1.440.-	
	13.000.-	"	1.560.-	1.560.-	1.560.-	
	14.000.-	"	1.680.-	1.680.-	1.680.-	
	15.000.-	"	1.800.-	1.800.-	1.800.-	
	16.000.-	"	1.920.-	1.920.-	1.920.-	
	17.000.-	"	2.040.-	2.040.-	2.040.-	
	18.000.-	"	2.160.-	2.160.-	2.160.-	
	19.000.-	"	2.280.-	2.280.-	2.280.-	
	20.000.-	"	2.400.-	2.400.-	2.400.-	
2		%10				
	21.000.-	"	2.500.-	2.500.-	2.500.-	
	22.000.-	"	2.600.-	2.600.-	2.600.-	
	23.000.-	"	2.700.-	2.700.-	2.700.-	
	24.000.-	"	2.800.-	2.800.-	2.800.-	

(*) 19.12.2008 tarih ve 27085 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ*Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (19.12.2008 tarihinden itibaren*)***(Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret)**

Kademe	TALEP MİKTARI (YTL)	ORAN %	VEKÂLET ÜCRETİ			
			Asliye	Fikri ve Sınai Haklar Mah.	Tüketici	Sulh
2		% 10				
	25.000.-		2.900.-	2.900.-	2.900.-	
	30.000.-	"	3.400.-	3.400.-	3.400.-	
	35.000.-	"	3.900.-	3.900.-	3.900.-	
	40.000.-	"	4.400.-	4.400.-	4.400.-	
	45.000.-	"	4.900.-	4.900.-	4.900.-	
	50.000.-	"	5.400.-	5.400.-	5.400.-	
3		%8				
	51.000.-	"	5.480.-	5.480.-	5.480.-	
	55.000.-	"	5.800.-	5.800.-	5.800.-	
	60.000.-	"	6.200.-	6.200.-	6.200.-	
	65.000.-	"	6.600.-	6.600.-	6.600.-	
	70.000.-	"	7.000.-	7.000.-	7.000.-	
	75.000.-	"	7.400.-	7.400.-	7.400.-	
	80.000.-	"	7.800.-	7.800.-	7.800.-	
	85.000.-	"	8.200.-	8.200.-	8.200.-	
	90.000.-	"	8.600.-	8.600.-	8.600.-	
	95.000.-	"	9.000.-	9.000.-	9.000.-	
	100.000.-"	9.400.-	9.400.-	9.400.-		
4		%6				
	105.000.-	"	9.700.-	9.700.-	9.700.-	
	110.000.-	"	10.000.-	10.000.-	10.000.-	
	120.000.-	"	10.600.-	10.600.-	10.600.-	
	130.000.-	"	11.200.-	11.200.-	11.200.-	
	140.000.-	"	11.800.-	11.800.-	11.800.-	
	150.000.-	"	12.400.-	12.400.-	12.400.-	
	160.000.-	"	13.000.-	13.000.-	13.000.-	
	170.000.-	"	13.600.-	13.600.-	13.600.-	
	180.000.-	"	14.200.-	14.200.-	14.200.-	
	190.000.-	"	14.800.-	14.800.-	14.800.-	
	200.000.-	"	15.400.-	15.400.-	15.400.-	
	210.000.-	"	16.000.-	16.000.-	16.000.-	
	220.000.-	"	16.600.-	16.600.-	16.600.-	
	230.000.-	"	17.200.-	17.200.-	17.200.-	
	240.000.-	"	17.800.-	17.800.-	17.800.-	
	250.000.-	"	18.400.-	18.400.-	18.400.-	

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ*Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (19.12.2008 tarihinden itibaren*)***(Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret)**

Kademe	TALEP MİKTARI (YTL)	ORAN %	VEKÂLET ÜCRETİ			
			Asliye	Fikri ve Sınai Haklar Mah.	Tüketici	Sulh
5		%4				
	255.000.-	"	18.600.-	18.600.-	18.600.-	
	260.000.-	"	18.800.-	18.800.-	18.800.-	
	270.000.-	"	19.200.-	19.200.-	19.200.-	
	280.000.-	"	19.600.-	19.600.-	19.600.-	
	290.000.-	%4	20.000.-	20.000.-	20.000.-	
	300.000.-	"	20.400.-	20.400.-	20.400.-	
	350.000.-	"	22.400.-	22.400.-	22.400.-	
	400.000.-	"	24.400.-	24.400.-	24.400.-	
	450.000.-	"	26.400.-	26.400.-	26.400.-	
	500.000.-	"	28.400.-	28.400.-	28.400.-	
	550.000.-	"	30.400.-	30.400.-	30.400.-	
	600.000.-	"	32.400.-	32.400.-	32.400.-	
	650.000.-	"	34.400.-	34.400.-	34.400.-	
6		%2				
	700.000.-	"	35.400.-	35.400.-	35.400.-	
	750.000.-	"	36.400.-	36.400.-	36.400.-	
	800.000.-	"	37.400.-	37.400.-	37.400.-	
	850.000.-	"	38.400.-	38.400.-	38.400.-	
	900.000.-	"	39.400.-	39.400.-	39.400.-	
	950.000.-	"	40.400.-	40.400.-	40.400.-	
	1.000.000.-	"	41.400.-	41.400.-	41.400.-	
	1.100.000.-	"	43.400.-	43.400.-	43.400.-	
	1.200.000.-	"	45.400.-	45.400.-	45.400.-	
	1.250.000.-	"	46.400.-	46.400.-	46.400.-	
7		%1				
	1.300.000.-	"	46.900.-	46.900.-	46.900.-	
	1.350.000.-	"	47.400.-	47.400.-	47.400.-	
	1.400.000.-	"	47.900.-	47.900.-	47.900.-	
	1.450.000.-	"	48.400.-	48.400.-	48.400.-	
	1.500.000.-	"	48.900.-	48.900.-	48.900.-	
	1.600.000.-	"	49.900.-	49.900.-	49.900.-	
	1.700.000.-	"	50.900.-	50.900.-	50.900.-	
	1.800.000.-	"	51.900.-	51.900.-	51.900.-	
	1.900.000.-	"	52.900.-	52.900.-	52.900.-	
	2.000.000.-	"	53.900.-	53.900.-	53.900.-	
	2.100.000.-	"	54.900.-	54.900.-	54.900.-	
	2.200.000.-	"	55.900.-	55.900.-	55.900.-	
	2.250.000.-	"	56.400.-	56.400.-	56.400.-	

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ*Nispi Vekalet Ücreti Tablosu (19.12.2008 tarihinden itibaren*)***(Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret)**

Kademe	TALEP MİKTARI (YTL)	ORAN %	VEKÂLET ÜCRETİ			
			Asliye	Fikri ve Sinaî Haklar Mah.	Tüketici	Sulh
8		%0.1				
	2.300.000.-	"	56.450.-	56.450.-	56.450.-	
	2.400.000.-	"	56.550.-	56.550.-	56.550.-	
	2.500.000.-	"	56.650.-	56.650.-	56.650.-	
	3.000.000.-	"	57.150.-	57.150.-	57.150.-	
	3.500.000.-	"	57.650.-	57.650.-	57.650.-	
	4.000.000.-	"	58.150.-	58.150.-	58.150.-	
	4.500.000.-	"	58.650.-	58.650.-	58.650.-	
	5.000.000.-	"	59.150.-	59.150.-	59.150.-	
	5.500.000.-	"	59.650.-	59.650.-	59.650.-	
	6.000.000.-	"	60.150.-	60.150.-	60.150.-	
	6.500.000.-	"	60.650.-	60.650.-	60.650.-	
	7.000.000.-	"	61.150.-	61.150.-	61.150.-	

	ÜÇÜNCÜ KISIM	
	Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret	
1.	İlk (20.000,00 YTL) için	%12
2.	Sonra gelen (30.000,00 YTL) için	%10
3.	Sonra gelen (50.000,00 YTL) için	% 8
4.	Sonra gelen (150.000,00 YTL) için	% 6
5.	Sonra gelen (400.000,00 YTL) için	% 4
6.	Sonra gelen (600.000,00 YTL) için	% 2
7.	Sonra gelen (1.000.000,00 YTL) için	% 1
8.	(2.250.000,00 YTL) dan yukarısı için	% 0.1

— • —

NOT

Sulh Hukuk Mahkemelerinin halen 6.330.-YTL. olan görev sınırı yeniden değerlendirilmesinde (%12) arttırılmak suretiyle 01.01.2009 tarihinden itibaren 7.080.-YTL. olacağından, Sulh Hukuk Mahkemeleri yönünden bu miktara kadar vekalet ücreti belirlenmiştir.

Adalet ve Maliye Bakanlıklarından**CEZA MUHAKEMESİ KANUNU GEREĞİNCE
GÖREVLENDİRİLEN MÜDAFİ VE VEKİLLERE
YAPILACAK ÖDEMELERE İLİŞKİN
2009 YILI TARİFESİ****Amaç**

MADDE 1 – (1) Bu Tarifenin amacı, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine görevlendirilen müdafî veya vekillere ödenecek meblağları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Tarife, Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince görevlendirilen müdafî veya vekillerin yapacakları hukuki yardımlar için uygulanır.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Tarife, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesi gereğince hazırlanmıştır.

Tarife

MADDE 4 – (1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince yapılan hukuki yardımlara yönelik işlemlerde;

- a) Soruşturma evresinde takip edilen işler için 146 TL,
 - b) Sulh ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 226 TL,
 - c) Asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 248 TL,
 - ç) Ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 452 TL,
 - d) Çocuk mahkemeleri:
 - 1) Çocuk mahkemelerinde takip edilen davalar için 248 TL,
 - 2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 452 TL,
 - e) İcra ceza ve fiokrî ve sınaî haklar ceza mahkemesi gibi mahkemelerde takip edilen davalar için 248 TL,
 - f) Kanun yolları mahkemeleri:
 - 1) Bölge adliye mahkemelerinde görülen duruşmalı davalar için 452 TL
 - 2) Yargıtayda görülen duruşmalı davalar için 506 TL
- Ödenir.

Yürürlük

MADDE 5 – Bu Tarife 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girer.

Maliye Bakanlığından:

24 Aralık 2008 Günlü Resmi Gazete’de Yayımlanmıştır.

**HARÇLAR KANUNU GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 58)**

492 sayılı Harçlar Kanununun¹ 5281 sayılı Kanun² ile değiştirilen mükerrer 138. maddesinde,

“.....

Her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan maktu harçlar (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil) o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır.

Bu suretle hesaplanan harç tutarlarının 10 Yeni Kuruşa kadarki kesirleri nazara alınmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

5083 sayılı Kanunun³ 1. maddesiyle Bakanlar Kurulu’na verilen yetkiye dayalı olarak, 4/4/2007 tarihli ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 1.1.2009 tarihinden itibaren Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi olan Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşta yer alan "Yeni" ibareleri kaldırılmıştır.

Bakanlığımızca 2008 yılı için yeniden değerlendirme oranı % 12 (oniki) olarak tespit edilmiş ve (387) Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği⁴ ile ilan edilmiş bulunmaktadır.

Buna göre, 492 sayılı Kanunun mükerrer 138 inci maddesi hükmü gereğince, Kanuna bağlı tarifelerde yer alan ve (54) Seri No.lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği ile tespit edilen maktu harçlar (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil), yeniden değerlendirme oranında artırılmıştır. Artırılan bu tutarlar 1/1/2009 tarihinden itibaren uygulanmak üzere Tebliğ ekindeki tarifelerde gösterilmiştir.

Ekli 2, 5 ve 7 sayılı tarifelerin bazı pozisyonlarında beher rüsum tonilatosisundan gibi birim değer üzerinden alınacak maktu harç tutarları yer almaktadır. Sözü edilen maktu harç tutarlarının, birim değerler toplamına tatbiki sonucu bulunacak olan ve asgari ve azami hadler arasında kalan harcın 10 Kuruşa kadarki kesirleri de tahsil edilmeyecektir.

Tebliğ olunur.

(1) 17/7/1964 tarihli ve 11756 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

(2) 31/12/2004 tarihli ve 25687 üçüncü M. sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

(3) 31/1/2004 tarihli ve 25363 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

(4) 20/11/2008 tarihli ve 27060 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

(1) SAYILI TARİFE

2009 YARGI HARÇLARI

A- Mahkeme Harçları

Hukuk ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında ve icra tetkik mercilerinde

I- Başvurma harcı:

Dilekçe veya tutanakla dava açma veya davaya müdahale veya tevdi mahallinin tayini, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, tesbiti delail ile ilgili taleplerde,

1.Sulh mahkemelerinde, icra tetkik mercilerinde **7,30 TL**

2.Asliye mahkemelerinde, idare mahkemelerinde **15,60 TL**

3.(5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük:1.1.2004) Bölge Adliye Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (Mahkemenin yetkisizlik veya görevsizlik kararı vermesi sebebiyle yetkili veya görevli mahkemeye yeniden başvurulması

halinde bu harç alınmaz.) **23,90 TL**

II- Celse Harcı:

(Taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden.)

1.Sulh mahkemeleri:

a) Konusu belli bir değerle ilgili davalarda dava konusu miktardan **(9,00 TL)**'den aşağı olmamak üzere **(Binde 1,8)**

b) Belli bir değer bulunmayan davalarda **9,00 TL**

2.Asliye mahkemelerinde, idari yargı mercilerinde **(15,60 TL)**'den az olmamak üzere **(Binde 1,8)**

III- Karar ve ilam harcı:

1.Nispi harç:

a) Konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden **(Binde 54)**

Bakanlar Kurulu, dava çeşitleri itibariyle birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere bu bentte yazılı nispeti binde 10'a kadar indirmeye veya Kanunda yazılı nispete kadar çıkarmaya yetkilidir.

b) Bir gayrimenkulün hissedarlar arasında satış suretiyle şuyuun izalesine dair olan hükümler

(Gayrimenkulün satış bedeli üzerinden)

(Binde 9)

c) Gayrimenkulün hissedarlar arasında taksimine dair olan hükümler (Taksim edilen gayrimenkul değeri üzerinden)

(Binde 3,6)

d) Nafaka verilmesine dair hükümler (Bir senelik nafaka bedeli üzerinden)

(Binde 9)

e) (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük: 1/1/2004) Yukarıdaki nispetler Bölge Adliye Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Yargıtay'ın tasdik veya işin esasını hüküm altına aldığı kararları için de aynen uygulanır.

f) (5582 sayılı Kanunun 32. maddesi ile eklenen hüküm Yürürlük: 6/3/2007) Konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, ihalenin feshi talepleri ile ilgili olarak esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden

(Binde 54)

Bakanlar Kurulu, dava çeşitleri itibarıyla birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere bu alt bentte yazılı nispeti binde 10'a kadar indirmeye veya Kanunda yazılı nispete kadar çıkarmaya yetkilidir.

Nispi harçlar **(15,60 TL)**'den aşağı olamaz.

2. Maktu harç:

a) 1. fıkra dışında kalan davalarla, taraf teşkiline imkan bulunmayan davalarda verilen esas hakkındaki kararlarla, davanın reddi kararı ve icra tetkik mercilerinin 1'inci fıkra dışında kalan kararlarında **15,60 TL**

b) (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük: 1.1.2004) (a) fıkrasında yazılı davalarda esasa taalluk eden veya tashihi karar taleplerinin reddine dair Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında

32,30 TL

c) (5035 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile değişen bent. Yürürlük: 1.1.2004) Bölge Adliye Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin icranın tehiri kararlarında

25,60 TL

d) Tespiti delail, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarında **25,60 TL**

IV- Temyiz ve itiraz harçları (5766 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen bölüm, Yürürlük: 6/6/2008)

a) Yargıtay ve Danıştay'a yapılacak temyiz başvurularında **67,20 TL**

b) Yürütmenin durdurulmasına ilişkin itirazlar dahil olmak üzere Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerine itirazın yapılacak başvurularında

44,80 TL

c) Ağır Ceza Mahkemelerine itirazın yapılacak başvurularda **33,60 TL**

B) İcra ve iflas harçları:**I. İcra harçları:**

- 1.İcraya başvurma harcı **15,60 TL**
- 2.Değeri belli olmayan icra takiplerinde, icranın yerine getirilmesi harcı **15,60 TL**
- 3.Değeri belli olan icra takiplerinde tahsil harcı, değer üzerinden:
- a) Ödeme veya icra emrinin tebliği üzerine hacizden evvel ödenen paralardan **(Yüzde 3,6)**
- b) Hacizden sonra ve satıştan önce ödenen paralardan **(Yüzde 7,2)**
- c) Haczedilen veya rehinli malların satılıp paraya çevrilmesi suretiyle tahsil olunan paralardan **(Yüzde 9)**
- d) Resmi ve özel müesseseler memur ve hizmetlilerinin maaş, ücret, gündelik ve sair hizmet gelirlerinin haczi suretiyle tahsil olunan paralardan **(Yüzde 3,6)**
- e) Takip talebi bulunmayan alacaklılara İcra ve İflas Kanununun 125. maddesinin 3. fıkrası gereğince ödenen paralardan **(Yüzde 1,8)**
- f) Gayrimenkullerin ve gemilerin tahliye ve tesliminde:
- aa) İcra emrinin tebliği üzerine tahliye olunduğu takdirde **(Yüzde 1,8)**
- bb) Tahliye ve teslim icra marifetiyle olduğu takdirde **(Yüzde 3,6)**
- g) Menkul tesliminde;
- aa) İcra emrinin tebliği üzerine teslim halinde **(Yüzde 1,8)**
- bb) İcra marifetiyle teslim halinde **(Yüzde 3,6)**
- h) (5582 sayılı Kanunun 32. maddesi ile eklenen hüküm Yürürlük: 6/3/2007) 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, bu bentte belirtilen tahsil harçları dörtte biri oranında uygulanır.

4. İdare harçları:

(Haczedilen gayrimenkullerin idaresi, kira mukaveleleri düzenlenmesi ve hesap tutulması için) **10,90 TL**

II. İflas harçları:**1. Maktu harç:**

İflasın açılması veya konkordato isteği ve masaya katılma harcı **25,60 TL**

2. Konunun değeri üzerinden harç:

- a) İflasta paylaşılan para üzerinden **(Yüzde 3,6)**
- b) Konkordatoda alacaklılara verilmesi kararlaştırılan para üzerinden **(Binde 9)**

C) Ticaret sicili harçları:**I. Kayıt ve tescil harçları: (Ticari işletme rehni dahil)**

1. Ticari işletmenin ve ünvanının tescil ve ilanında:
 - a) Gerçek kişilere ve kooperatiflere ait işletmelerde **115,00 TL**
 - b) Şahıs şirketlerine ait işletmelerde **329,60 TL**
 - c) Sermaye şirketlerine ait işletmelerde **742,50 TL**
 2. Temsile yetkili kılınan kimselerin tescil ve ilanında (Her kişi için):
 - a) Gerçek kişilere ve kooperatiflere ait işletmelerde **57,10 TL**
 - b) Şahıs şirketlerine ait işletmelerde **81,80 TL**
 - c) Sermaye şirketlerine ait işletmelerde **180,80 TL**
 3. Ticaret siciline tescil edilmiş olan vakalardaki değişikliklerin tescilinde: (Ticari işletme rehni ile ilgili vakalar dahil)

(Muhteva ile ilgili bulunmayan düzeltmelerden harç alınmaz.)

 - a) Gerçek kişilere ve kooperatiflere ait işletmelerde **57,10 TL**
 - b) Şahıs şirketlerine ait işletmelerde **81,80 TL**
 - c) Sermaye şirketlerine ait işletmelerde **180,80 TL**
 4. Kayıt silinmesinde: (Ticari işletme rehni kaydının silinmesi dahil)
 - a) Gerçek kişilere ve kooperatiflere ait işletmelerde **22,40 TL**
 - b) Şahıs şirketlerine ait işletmelerde **32,30 TL**
 - c) Sermaye şirketlerine ait işletmelerde **57,10 TL**
- Şubelerin herbiri (Yabancı müesseselerin Türkiye'deki şubeleri dahil) ayrıca aynı harca tabidir.

II. Kayıt ve belge suretleri ve tasdikname harçları:

1. Bir ticari işletmeye ait sicil esas defterindeki kayıtların tamamının veya bir kısmının veya memurlukta saklanan bütün belgelerin örneğinin beher sayfasından (Ticaret Sicili Tüzüğü Madde:11/1) **5,80 TL**
2. Tasdiknamelerden (Ticaret Sicili Tüzüğü Madde: 11/2, 104, 105) **19,10 TL**

D) Diğer yargı harçları (Müşterek kısım):**I. Suret harçları:**

- a) İlamın her sayfasının suretinden (Tasdikli fotokopiler dahil) **1,10 TL**
- b) Mahkeme ve merci zabıtnameleri ve diğer evrakın beher sayfasının suretlerinden (Tasdikli fotokopiler dahil) **1,10 TL**
- c) Avukatların tasdik ettiği vekaletname suretlerinden (Tasdikli fotokopiler dahil) **2,50 TL**
- d) Sulh hakimi tarafından tasdik edilen vekaletname suretlerinden (Tasdikli fotokopiler dahil) **2,50 TL**

Re'sen verilmesi icap eden suretler hariç olmak üzere ceza mahkemelerinden alınacak suretlerden de aynı harçlar alınır.

II. Muhafaza harçları:

Adliye veznelerine tevdi olunan kıymetli eşyanın kabul ve muhafazası için, muhafaza olunan değer üzerinden:

- a) Bir yıla kadar **(Binde 9)**
- b) Bir yılı geçen her yıl ve kesirler için **(Binde 4,5)**

III. Defter tutma harçları:

a) Alelumum, defter tutma ve tahrir işlerinde **(9,00 TL)**'den az olmak üzere deftere kaydolunan değer üzerinden **(Binde 3,6)**

b) Miras işlerinde defter tutulmasında:

aa) Mevcut ve alacak bakiyesi hasıl olmuş ise bu bakiye üzerinden **(Binde 3,6)**

bb) Borç bakiyesi hasıl olmuş veya mevcut ve alacaklar ile borçlar bakiyesi eşit ise **23,90 TL**

c) İflas dairesi tarafından tutulacak defterlerden **23,90 TL**

IV. Miras işlerine ait harçlar:

Terekenin tahrir ve tespiti, mirasın taksimi, tasfiyesi ve idaresinde, bunların konusunu teşkil eden değerler üzerinden **(Binde 3,6)**

(Miras idaresinde her sene ve kesirler için harç alınır.)

V. Vasiyetname tanzimine ait harçlar:

Medeni Kanunun 479'uncu maddesine göre sulh hakimi tarafından tanzim edilen resmi vasiyet senetleri:

- a) Belli bir meblağı ihtiva edenler **(Binde 0,90)**
- b) Belli bir meblağı ihtiva etmeyenler **32,30 TL**

(2) SAYILI TARİFE NOTER HARÇLARI

I. Değer veya ağırlık üzerinden alınan nispi harçlar:

1. Muayyen bir meblağı ihtiva eden her nevi senet, mukavelename ve kağıtlardan beher imza için **(Binde 0,90)**

Bütün imzalar için bu suretle alınacak harcın toplam miktarı (32,30TL)'den az, (16.514,80 TL)'den çok olamaz.

2. Emanet harçları:

Saklanmak üzere noterlere tevdi edilen değeri belli emanetlerden (Binde 1,8)

Harç miktarı (2,50 TL)'den az olamaz, harç yıllık olarak hesaplanır. Bir yıldan fazla olan her yıl için ilave olarak yarı harç alınır. Yıl kesirleri tam itibar olunur.

3. Gayrimenkul ve menkullerin idaresi harcı: **(Binde 3,6)**

Harç yıllık olarak hesaplanır, bir yıldan fazla olan her yıl için ilave olarak yarı harç alınır. Yıl kesirleri tam itibar olunur. Gayrimenkullerin değerleri belli değilse değerler takdir yolu ile tespit edilir.

4. Konşimento yazılması harcı:

Konşimento yazılmasında eşyanın her gayrisafi tonundan **0,29 TL**

5. (3239 sayılı Kanunun 139 uncu maddesiyle fıkra kaldırılmıştır.)

II. Maktu harçlar:

1. Belli meblağı ihtiva etmeyen ve alınacak harç miktarı kanun ve tarife de ayrıca gösterilmemiş olan senet, mukavele ve kağıtlardaki imzaların beherinden **5,10 TL**

2. Her nevi tebliğ (6830 sayılı Kanun hükümleri muvacehesinde noterlerce muhataba yapılacak tebliğler dahil) ihbar, ihtar ve protestolardan muhataba tebliğ edilecek beher nüsha için **9,00 TL**

3. Vekaletnameler:

a) Özel vekaletnamelerde beher imza için **4,30 TL**

b) Genel vekaletnamelerde beher imza için **6,70 TL**

4. Defter tasdiki:

a) Açılış, ara ve kapanış tasdik ve şerhleri (Beher defter için):

aa) İşletme defteri ve diğer her türlü defterler **12,50 TL**

bb) Serbest meslek kazanç defteri **15,60 TL**

cc) Bilanço esasına göre tutulan defterler **15,60 TL**

b) Açılış tasdiklerinde sayfaların mühürlenmesi:

100 sayfaya kadar (100 dahil) **4,20 TL**

100 sayfadan yukarı beher 50 sayfa ve fazlası için **4,20 TL**

(5035 sayılı Kanunun 35 inci maddesi ile eklenen bent.Yürürlük: 1.1.2004) Ticaret sicili memurluklarınca yapılacak defter tasdiki işlemlerinden yukarıda belirtilen harçlar aynen alınır.

5. Suretler ve tercümeler:

a) İlgililere veya ibraz edenlere verilecek her türlü mukavele, senet, yazılı kağıt ve kayıt suretlerinin ve fotokopilerinin beher sayfasından **1,10 TL**

b) Tercüme suretleri ve yabancı dille yazılmış kağıtların suretleri ve tercümeleri beher sayfasından (Fotokopiler dahil) **2,50 TL**

6. Saklanmak üzere noterlere tevdi olunan ve değeri belli olmayan emanetlerle vasiyetnameler her yıl için (Yıl kesirleri tam sayılır)**9,00 TL**

7. Tespit ve tutanak harçları:

Mukavelename, senet veya yazılı kağıtların veya bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklinin ilgili şahısların hüviyet ve ifadelerinin tespiti **9,00 TL**

8. Piyango, seçim ve toplantılarda hazır bulunmaktan alınacak harçlar Davet üzerine piyango ve hususi müesseselerin kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak düzenlenecek tutanaklarda **164,40 TL**

9. Düzeltme harcı:

Evvelki işin mahiyet ve değeri değişmemek şartıyla yapılacak düzeltmelere ait beyannamelerden beher imza için **2,00 TL**

10. Mukavele feshi harcı:

Değeri belli bir borç veya bir taahhüdün ikrarını tazammun etmeyen mukavelelerin feshinde beher imza için **2,00 TL**

11. Belli bir meblağı ihtiva etmeyen umumi ibra, umumi makbuz, tahkimname, ölüme bağlı tasarruf senet ve mukaveleleri, ölünceye kadar bakma akdi, vakıf, aile vakıfları, evlat edinme, karı-koca haklarının idaresi, babalığı tanıma senetleri, miras taksim mukaveleleri, ifraz mukaveleleri ve bunlardan rücu ve bunların feshi ve bunların teferruatına dair senet, mukavele ve kağıtların düzenlenmesinden ve noter tarafından re'sen düzenlenecek tutanaklardan **32,30 TL**

(3) SAYILI TARİFE VERGİ YARGISI HARÇLARI

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalara ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı Vergi Mahkemelerinde, Bölge İdare Mahkemelerinde ve Danıştay'da açılan davalarda.

I- Başvurma harcı:

- a) Vergi Mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemelerine başvurma **15,60 TL**
 b) Danıştaya başvurma **32,30 TL**
 c) (5766 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen fıkra, Yürürlük:6/6/2008) Danıştay'a temyiz başvurularında **67,20 TL**
 d) (5766 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenen fıkra, Yürürlük:6/6/2008) Bölge İdare Mahkemesine itirazın yapılan başvurularda **44,80 TL**

II- Nispi harçlar:

- a) Vergi mahkemesi ile bölge idare mahkemesi kararlarında:
 Tarhiyata ve ceza kesme işlemlerine karşı mükellefin dava açması üzerine vergi mahkemesinin niha-i kararları ile bölge idare mahkemesinin kararlarında, karar altına alınan uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezaların toplam değeri üzerinden **(15,60 TL)**'den az olmamak üzere **(Binde 3,6)**

- b) Danıştay kararlarında:

Karar altına alınan uyuşmazlık konusu vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezaların toplam değeri üzerinden **(32,30 TL)**'den az olmamak üzere **(Binde 7,2)**

(Bu miktardan evvelce ödenen nispi harç mahsup edilir)

III- Maktu harç:

Yukarıdaki pozisyonlarda gösterilen ve nispi harca tabi tutulmamış olan tarhiyat veya ceza kesme ve diğer işlemlerle ilgili:

- a) Vergi mahkemesi ve bölge idare mahkemesi kararlarında **15,60 TL**
 b) Danıştay kararlarında **32,30 TL**
 c) Bölge idare mahkemesi ve Danıştayın yürütmenin durdurulması kararlarında **32,30 TL**

IV- Suret harçları:

Tarafların isteği üzerine verilecek karar suretleri için karar suretinin her sayfasından (Fotokopiler dahil) **0,80 TL**

2009 YILI GELİR VERGİSİ TARİFESİ

8.700 YTL'ye kadar olan gelirler,			% 15
22.000 YTL'ye kadar olan gelirlerin	8.700 YTL'si için	1.305 YTL, fazlası	% 20
50.000 YTL'ye kadar olan gelirlerin	22.000 YTL'si için	3.965 YTL, fazlası	% 27
50.000 liradan fazla olan gelirlerin	50.000 YTL'si için	11.525 YTL, fazlası	% 35
oranında vergi hesaplanacak.			

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
28.12.2008	25	27

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmî Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:
KATMA DEĞER VERGİSİ GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 111)

Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinde 5035 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, indirimli orana tabi işlemler dolayısıyla yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen KDV tutarlarının Bakanlar Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan kısmının yılı içinde vergilendirme dönemleri itibarıyla mahsuben, yılı içinde mahsuben iade edilemeyen tutarların da izleyen yıl içinde mükellefin isteğine bağlı olarak nakden ya da mahsuben iadesi imkânı getirilmiştir.

İndirimli orana tabi işlemlerde iade edilecek verginin alt sınırına ilişkin olarak 6/5/2006 tarihli ve 26160 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2006/10379 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 1 inci maddesinin birinci fıkrasında bu tutar 10.000 YTL olarak belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise “2007 ve izleyen takvim yılları için bu sınır, bir önceki yıldaki tutarın, Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde yapılacak hesaplama, 50 YTL ve daha düşük tutarlar dikkate alınmaz, 50 YTL’den fazla olan tutarlar ise 100 YTL’nin en yakın katına yükseltilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre, indirimli orana tabi işlemlerden doğan katma değer vergisi iade taleplerinde, bu işlemler nedeniyle yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisi tutarının iade yapılamayacak kısmı ile ilgili olarak 2008 yılında geçerli olan 11.600 YTL tutarındaki sınır, 2006/10379 sayılı Kararname uyarınca, 2008 yılına ilişkin yeniden değerlendirme oranında (%12,00) artırılarak 2009 yılı için 13.000 TL olarak uygulanacaktır.

Tebliğ olunur.

(1995 - 2009 YILLARINA AİT ASGARİ ÜCRET TARİFELERİ)					
YILLAR İTİBARIYLA GÜNLÜK VE AYLIK ASGARİ ÜCRET MİKTARI					
	Asgari Ücret Günlük Miktarı		Asgari Ücret Aylık Miktarı		Yürürlüğe Giriş Tarihi
Yıl	16 Yaşından Büyükler	16 Yaşından Küçükler	16 Yaşından Büyükler	16 Yaşından Küçükler	
2009	22,20 YTL	18,90 YTL	666,00 YTL	567,00 YTL	01.01.2009 - 30.06.2009
2009	23,10 YTL	19,65 YTL	693,00 YTL	589,50 YTL	01.07.2009 - 31.12.2009
2008	20,28 YTL	17,18 YTL	608,40 YTL	515,40YTL	01.01.2008 - 30.06.2008
2008	21,29 YTL	18,02 YTL	638,70 YTL	540,60 YTL	01.07.2008 - 31.12.2008
2007	19,50 YTL	16,38 YTL	585,00 YTL	491,40 YTL	01.07.2007 - 31.12.2007
2006	17,70 YTL	15,00 YTL	531,00 YTL	450,00 YTL	01.01.2006 - 31.12.2006
2005	16,29 YTL	13,86 YTL	488,70 YTL	415,80 YTL	01.01.2005 - 31.12.2005
2004	14,805.000	12,600.000	444.150.000	378.000.000	01.07.2004 - 31.12.2004
2004	14,100.000	12,000.000	423.000.000	360.000.000	01.01.2004 - 30.06.2004
2003	10.200.000	8.550.000	306.000.000	256.500.000	01.01.2003 - 31.12.2003
2002	8.362.500	7.107.000	250.875.000	213.210.000	01.07.2002 - 31.12.2002
2002	7.400.025	6.290.025	222.000.750	188.700.750	01.01.2002 - 30.06.2002
2001	5.598.000	4.758.300	167.940.000	142.749.000	01.08.2001 - 31.12.2001
2001	4.898.250	4.164.000	146.947.500	124.920.000	01.07.2001 - 31.07.2001
2001	4.665.000	3.965.250	139.950.000	118.957.500	01.01.2001 - 30.06.2001

(1995 - 2009 YILLARINA AİT ASGARİ ÜCRET TARİFELERİ)					
YILLAR İTİBARIYLA GÜNLÜK VE AYLIK ASGARİ ÜCRET MİKTARI					
	Asgari Ücret Günlük Miktarı		Asgari Ücret Aylık Miktarı		Yürürlüğe Giriş Tarihi
Yıl	16 Yaşından Büyükler	16 Yaşından Küçükler	16 Yaşından Büyükler	16 Yaşından Küçükler	
2000	3.960.000	3.375.000	118.800.000	101.250.000	01.07.2000 - 31.12.2000
2000	3.660.000	3.120.000	109.800.000	93.600.000	01.01.2000 - 30.06.2000
1999	3.120.000	2.652.000	93.600.000	79.560.000	01.07.1999 - 31.12.1999
1999	2.602.500	2.212.125	78.075.000	66.363.750	01.01.1999 - 30.06.1998
1998	1.594.650	1.355.475	47.839.500	40.664.250	01.08.1998 - 31.12.1998
1997	1.181.250	997.500	35.437.500	29.925.000	01.08.1997 - 31.07.1998
1997	567.000	480.000	17.010.000	14.400.000	01.01.1997 - 31.07.1997
1996	567.000	480.000	17.010.000	14.400.000	01.08.1996 - 31.12.1996
1996	282.000	236.250	8.460.000	7.087.500	01.01.1996 - 31.07.1996
1995	282.000	236.250	8.460.000	7.087.500	01.09.1995 - 31.12.1995
1995	139.325	116.250	4.173.750	3.487.500	01.01.1995 - 31.08.1995

KIDEM TAZMİNATI TAVAN MİKTARLARI
(1980-2009 YILLARI ARASI)

UYGULAMA DÖNEMİ	TUTARI
01.07.2009 – 31.12.2009	2.365,16 TL
01.01.2009 - 30.06.2009 Arası	2.260,05 TL
01.07.2008 - 31.12.2008 Arası	2.173,19 YTL
01.01.2008 - 30.06.2008 Arası	2.087,92 YTL
01.07.2007 - 31.12.2007 Arası	2.030,19 YTL
01.01.2007 - 30.06.2007 Arası	1.960,69 YTL
01.07.2006 - 31.12.2006 Arası	1.857,44 YTL
01.01.2006 - 31.12.2006 Arası	1.770,63 YTL
01.07.2005 - 31.12.2005 Arası	1.727,15 YTL
01.01.2005 - 30.06.2005 Arası	1.648,90 YTL
01.07.2004 - 31.12.2004 Arası	1.574.740.000
01.01.2004 – 30.06.2004 Arası	1.485.430.000
01.07.2003 - 31.12.2003 Arası	1.389.950.000
01.01.2003 - 30.06.2003 Arası	1.323.950.000
01.10.2002 - 31.12.2002 Arası	1.260.150.000
01.07.2002 - 30.09.2002 Arası	1.160.150.000
15.05.2002 - 30.06.2002 Arası	1.103.540.000
01.01.2002 - 14.05.2002 Arası	1.076.400.000
15.12.2001 - 31.12.2001 Arası	978.020.000
15.11.2001 - 14.12.2001 Arası	938.330.000
15.10.2001 - 14.11.2001 Arası	884.830.000
15.09.2001 - 14.10.2001 Arası	835.950.000
01.07.2001 - 14.09.2001 Arası	807.500.000
15.06.2001 - 30.06.2001 Arası	768.100.000
15.04.2001 - 14.05.2001 Arası	663.000.000
01.01.2001 - 14.04.2001 Arası	646.560.000
15.12.2000 - 31.12.2000 Arası	587.720.000
01.07.2000 - 14.12.2000 Arası	558.440.000
15.06.2000 - 30.06.2000 Arası	506.740.000
01.01.2000 - 14.06.2000 Arası	488.990.000
01.07.1999 - 31.12.1999 Arası	345.200.000
01.01.1999 - 30.06.1999 Arası	286.341.250
01.10.1998 - 31.12.1998 Arası	200.625.000
01.07.1998 - 30.09.1998 Arası	181.685.000

20 Aralık 2008 Tarihli

Resmî Gazete

Sayı: 27086

Maliye Bakanlığından:
VERGİ USUL KANUNU GENEL TEBLİĞİ
(SIRA NO: 388)

213 sayılı Vergi Usul Kanununun Mükerrer 414 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında; “Bu Kanunda yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş olan para ile ödenecek ceza miktarları, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak bu Kanun uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Bu şekilde hesaplanan maktu had ve miktarların yüzde beşini aşmayan kesirler dikkate alınmaz. Bakanlar Kurulu, bu suretle tespit edilen had ve miktarları yarısına kadar artırmaya veya indirmeye, nispi hadleri ise iki katına kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye veya tekrar kanuni seviyesine getirmeye yetkilidir.” hükmü yer almaktadır.

Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi olan Yeni Türk Lirası (YTL) ve Yeni Kuruşta (YKr) yer alan “Yeni” ibareleri, 5/5/2007 tarihli ve 26513 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 1/1/2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılmış bulunmaktadır.

Bu hükümler gözönüne alınarak, Vergi Usul Kanununun 104, Mükerrer 115, 177, 232, 252, 313, 343, 352 (Kanuna Bağlı Cetvel), 353 ve Mükerrer 355 inci maddelerinde yer alıp 2008 yılında uygulanan miktarların, 2008 yılı için %12 (on iki) olarak tespit edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle belirlenen ve 1/1/2009 tarihinden itibaren uygulanacak olan miktarlar ekli listede gösterilmiştir.

Tebliğ olunur.

VERGİ USUL KANUNUNDA YER ALAN VE 01/01/2009 TARİHİNDEN GEÇERLİ OLMAK ÜZERE UYGULANACAK OLAN HAD VE MİKTARLAR

MADDE NO – KONUSU	2009 Yılında Uygulanacak Miktar (YTL)
MADDE 104- İlanın şekli	
1- İlanın vergi dairesinde yapılması	1.500
3- İlanın;	
- Vergi dairesinin bulunduğu yerde yayımlanan bir veya daha fazla gazetede yapılması	1.500-150.000
- Türkiye genelinde yayımlanan gazetelerden birinde ayrıca yapılması	150.000 ve aşması Halinde
MÜKERRER	
MADDE 115- Tahakkuktan vazgeçme	17,90
MADDE 177- Bilanço hesabı esasına göre defter tutma hadleri	
1- Yıllık;	
- Alış tutarı	119.000
- Satış tutarı	168.000
2- Yıllık gayrisafi iş hasılatı	67.000
3- İş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı	119.000
MADDE 232- Fatura kullanma mecburiyeti	600
MADDE 252- Muhtarların karne tasdikinde aldığı harç	1,70
MADDE 313- Doğrudan gider yazılacak demirbaş ve peştemallıklar	670
MADDE 343- En az ceza haddi	6,80
- Damga vergisinde	7,60
- Diğer vergilerde	16
MADDE 352- Usulsüzlük dereceleri ve cezaları (Kanuna bağlı cetvel)	
I. derece usulsüzlükler	
1- Sermaye şirketleri	89
2- Sermaye şirketi dışında kalan birinci sınıf tüccarlar ve serbest meslek erbabı	56
3 - İkinci sınıf tüccarlar	28
4- Yukarıdakiler dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	14
5- Kazancı basit usulde tespit edilenler	7,60
6- Gelir vergisinden muaf esnaf	3,50
II. derece usulsüzlükler	
1- Sermaye şirketleri	50
2- Sermaye şirketi dışında kalan birinci sınıf tüccarlar ve serbest meslek erbabı	28

3 - İkinci sınıf tüccarlar	14
4- Yukarıdakiler dışında kalıp beyanname usulüyle gelir vergisine tabi olanlar	7,6
5- Kazancı basit usulde tespit edilenler	3,50
6- Gelir vergisinden muaf esnaf	2
MADDE 353- Fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması	160
1- Fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu verilmemesi, alınmaması	
- Bir takvim yılı içinde her bir belge nevine ilişkin olarak kesilecek toplam ceza	76.000
2- Perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihaz fişi, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmemesi, kullanılmaması veya bulundurulmaması	160
- Her bir belge nev'ine ilişkin olarak her bir tespit için toplam ceza	7.600
- Her bir belge nev'ine ilişkin bir takvim yılı içinde kesilecek toplam ceza	76.000
4- Maliye Bakanlığınca tutulma ve günü gününe kayıt edilme mecburiyeti getirilen defterlerin; bulundurulmaması, günü gününe kayıt yapılmaması, yetkililere ibraz edilmemesi ile levha bulundurma ve asma mecburiyetine uyulmaması	160
6- Belirlenen muhasebe standartlarına, tek düzen hesap planına ve mali tablolara ilişkin usul ve esaslar ile muhasebeye yönelik bilgisayar programlarının üretilmesine ilişkin kural ve standartlara uymayanlara	3.500
7- Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak işlemlerde kullanılma zorunluluğu getirilen vergi numarasını kullanmaksızın işlem yapanlara	190
8- Belge basımı ile ilgili bildirim görevini tamamen veya kısmen yerine getirmeyen matbaa işletmecilerine	560
9- 4358 sayılı Kanun uyarınca vergi kimlik numarası kullanma zorunluluğu getirilen kuruluşlardan yaptıkları işlemlere ilişkin bildirimleri, belirlenen standartlarda ve zamanda yerine getirmeyenlere	760
10- 127. maddenin (d) bendi uyarınca Maliye Bakanlığının özel işaretli görevlisinin ikazına rağmen durmayan aracın sahibi adına	560

MÜKERRER**MADDE 355- Bilgi vermekten çekinenler ile 256, 257 ve mükerrer 257. madde hükmüne uymayanlar için ceza**

1- Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında	1.600
2- İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında	760
3- Yukarıdaki bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında	350

2009 YILI TANIKLIK ÜCRET TARİFESİ**Amaç**

MADDE 1 – (1) Bu tarifenin amacı, ceza muhakemesi sırasında tanığa verilecek tazminatın miktarı ile ödenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu tarife, ceza muhakemesi sırasında Cumhuriyet savcısı, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrılan tanıklara verilecek tazminatı kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu tarife, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 61'inci maddesi hükümlerine göre hazırlanmıştır.

Tazminat

MADDE 4 – (1) Tanığa tanıklık nedeniyle kaybettiği zamanla orantılı olarak günlük 10,00 Türk Lirasına kadar tazminat ödenir.

Giderler

MADDE 5 – (1) Tanık hazır olabilmek için seyahat etmek zorunda kalmışsa yol giderleriyle tanıklığa çağrıldığı yerdeki ikamet ve beslenme giderleri de karşılanır.

Muafiyet

MADDE 6 – (1) Tanığa ödenmesi gereken tazminat ve giderler hiçbir vergi, resim ve harç alınmaksızın ödenir.

Yargılama gideri

MADDE 7 – (1) Bu tarife uyarınca Devlet hazinesinden yapılan harcamalar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324. maddesi uyarınca yargılama giderlerinden sayılır.

Yürürlük

MADDE 8 – (1) Bu tarife 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girer.

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmi Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:
GELİR VERGİSİ GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 270)

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 21, 23/8, 31, 47, 48, mükerrer 80, 82, 86 ncı maddelerinde yer alan ve yeniden değerlendirme oranında artırılan maktu had ve tutarlar ile 1/1/2006 tarihinden önce ihraç edilen bir kısım menkul kıymetten 2008 takvim yılında elde edilen menkul sermaye iradının beyanında dikkate alınacak indirim oranı ve istisna uygulamasına ilişkin açıklamalar bu Tebliğin konusunu oluşturmaktadır.

1. Yeniden Değerleme Oranında Artırılan Had ve Tutarlar

Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 123 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Kanunun 21, 23/8, 31, 47, 48, mükerrer 80, 82 ve 86 ncı maddelerinde yer alan maktu had ve tutarların, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanacağı, bu şekilde hesaplanan maktu had ve tutarların yüzde 5'ini aşmayan kesirlerinin dikkate alınmayacağı, Bakanlar Kurulunun, bu surette tespit edilen had ve tutarları yarısına kadar artırmaya veya indirmeye yetkili olduğu hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm göz önüne alınarak Gelir Vergisi Kanununun 21, 23/8, 31, 47, 48, mükerrer 80, 82 ve 86 ncı maddelerinde yer alıp, 2008 yılında uygulanan had ve tutarların 2008 yılı için % 12 (yüzde oniki) olarak tespit edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılması suretiyle belirlenen ve 2009 takvim yılında uygulanacak olan had ve tutarlar aşağıdaki şekilde tespit edilmiştir.

1.1. Gayrimenkul Sermaye İratlarında Uygulanan İstisna Tutarı

Gelir Vergisi Kanununun 21 inci maddesinde yer alan mesken kira gelirleri için uygulanan istisna tutarı, 2009 takvim yılında elde edilen kira gelirleri için 2.600 TL olarak tespit edilmiştir.

1.2. Hizmet Erbabına İşyeri veya İşyerinin Müştemilatı Dışında Kalan Yerlerde Yemek Verilmek Suretiyle Sağlanan Menfaatlere İlişkin İstisna Tutarı

Gelir Vergisi Kanununun 23 üncü maddesinin (8) numaralı bendinde yer alan, işverenlerce işyeri veya işyerinin müştemilatı dışında kalan yerlerde hizmet erbabına yemek verilmek suretiyle sağlanan menfaatlere ilişkin istisna tutarı, 2009 takvim yılında uygulanmak üzere 10 TL olarak tespit edilmiştir.

1.3. Sakatlık İndirimi Tutarları

Gelir Vergisi Kanununun 31 inci maddesinde yer alan sakatlık indirimi tutarları, 2009 takvim yılında uygulanmak üzere; birinci derece sakatlar için 670 TL, ikinci derece sakatlar için 330 TL, üçüncü derece sakatlar için 160 TL olarak tespit edilmiştir.

1.4. Basit Usule Tabi Olmanın Genel Şartlarından Olan İşyeri Kira Bedeline İlişkin Tutar

Gelir Vergisi Kanununun 47 nci maddesinin (2) numaralı bendinde yer alan yıllık kira bedeli toplamı, 2009 takvim yılında uygulanmak üzere büyükşehir belediye sınırları içinde 4.300 TL, diğer yerlerde 3.000 TL olarak uygulanacaktır.

1.5. Basit Usule Tabi Olmanın Özel Şartlarını Belirleyen Hadler

Gelir Vergisi Kanununun 48 inci maddesinde yer alan hadler, 2009 takvim yılında uygulanmak üzere yeniden değerlendirilmiştir.

Buna göre;

- (1) numaralı bent için 60.000 TL ve 89.000 TL,
- (2) numaralı bent için 30.000 TL,
- (3) numaralı bent için 60.000 TL,

olarak uygulanacaktır.

1.6. Değer Artışı Kazançlarına İlişkin İstisna Tutarı

Mükerrer 80 inci maddede yer alan değer artışı kazançlarına ilişkin istisna tutarı, 2009 takvim yılı gelirlerine uygulanmak üzere 7.600 TL olarak tespit edilmiştir.

1.7. Arızı Kazançlara İlişkin İstisna Tutarı

Gelir Vergisi Kanununun 82 nci maddesinde yer alan arızı kazançlara ilişkin istisna tutarı, 2009 takvim yılı gelirlerine uygulanmak üzere 17.900 TL olarak tespit edilmiştir.

1.8. Tevkifata ve İstisnaya Konu Olmayan Menkul ve Gayrimenkul Sermaye İratlarına İlişkin Beyanname Verme Sınırı

Gelir Vergisi Kanununun 86 ncı maddesinde yer alan tevkifata ve istisnaya konu olmayan menkul ve gayrimenkul sermaye iratlarına ilişkin beyanname verme sınırı, 2009 takvim yılı gelirlerine uygulanmak üzere 1.070 TL olarak tespit edilmiştir.

2. Kâr Hadleri Emsallerine Göre Düşük Olarak Tespit Edilmiş Bulunan Emtia İçin Özel Hadler

Milli piyango bileti, akaryakıt, şeker ve bunlar gibi kâr hadleri emsallerine göre düşük olarak tespit edilmiş bulunan emtia için özel hadler belirleme yetkisi Gelir Vergisi Kanununun 48 inci maddesi ile Maliye Bakanlığına verilmiştir. Bu yet-

Emtianın Cinsi	Büyükşehir Belediye Sınırları Dışında Kalan Yerlerde		Büyükşehir Belediye Sınırları İçinde Kalan Yerlerde	
	Yıllık Alım Ölçüsü (YTL)	Yıllık Satış Ölçüsü (YTL)	Yıllık Alım Ölçüsü (YTL)	Yıllık Satış Ölçüsü (YTL)
Değerli Kağıt	95.000	107.000	130.000	150.000
Şeker –Çay	76.000	95.000	89.000	119.000
Milli Piy. Bileti, Hemen Kazan, Süper Toto vb.	76.000	95.000	89.000	119.000
İçki (Bira ve Şarap Hariç) - İspirto– Sigara–Tütün	76.000	95.000	89.000	119.000
Akaryakıt (LPG hariç)	107.000	120.000	150.000	168.000

ki kullanılarak 2008 yılı için 266 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği² ile belirlenen tutarlar yeniden artırılmıştır.

Buna göre, anılan maddelerin ticaretini yapanların, 2009 takvim yılında da basit usulden yararlanabilmeleri için; alış, satış veya hasılatlarının 31/12/2008 tarihi itibarıyla aşağıda belirtilen hadleri aşmaması gerekmektedir.

Belirtilen bu malların alım satımı ile uğraşanlar hakkında, basit usulün özel şartları bakımından yukarıdaki hadler dikkate alınmak suretiyle, 136 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğindeki³ hesaplamalar doğrultusunda işlem yapılacaktır.

3. Basit Usule Tabi Mükelleflerde Gün Sonunda Toplu Belge Düzenleme Uygulaması

Basit usulde vergilendirilen mükelleflerle ilgili 215 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği⁴ ile getirilen, belge vermedikleri günlük hasılatları için gün sonunda tek bir fatura düzenlemesine ilişkin uygulamanın 31/12/2009 tarihine kadar devam etmesi, Vergi Usul Kanununun mükerrer 257 nci maddesinin Bakanlığımıza verdiği yetkiye istinaden uygun görülmüştür.

4. 2008 Takvim Yılında Elde Edilen Bir Kısım Menkul Sermaye İradının Beyanında Dikkate Alınacak İndirim Oranı İle İstisna Uygulaması

Gelir Vergisi Kanununun 76 ncı maddesinin 5281 sayılı Kanunun 44 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılan ikinci fıkrasında, Gelir Vergisi Kanununun 75 inci maddesinin ikinci fıkrasının (5), (6), (7), (12) ve (14) numaralı bentlerinde yer alan menkul sermaye iratlarına (döviz cinsinden açılan hesaplara ödenen faiz ve kâr payları, döviz, altına veya başka bir değere endeksli menkul kıymetler ile döviz cinsinden ihraç edilen menkul kıymetlerden elde edilenler hariç) fıkra da belirtilen indirim oranının uygulanması suretiyle bulunacak kısmın, bu iratların beyanı sırasında indirim olarak dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Gelir Vergisi Kanununun indirim oranı uygulamasına yönelik 76 ncı maddesinin ikinci fıkrası 1/1/2006 tarihinden itibaren elde edilen gelirleri uygulanmak üzere 5281 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmakla birlikte, anılan Kanunun geçici 67 nci maddesinin (9) numaralı fıkrası hükmü gereğince 1/1/2006 tarihinden önce ihraç edilen her nevi tahvil ve Hazine bonolarından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde 31/12/2005 tarihinde yürürlükte olan hükümler esas alınacağından, indirim oranı uygulaması ile ilgili olarak aşağıdaki açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

İndirim oranı; Vergi Usul Kanununa göre o yıl için tespit edilmiş olan yenden değerlendirme oranının, aynı dönemde Devlet tahvili ve Hazine bonusu ihalelerinde oluşan bileşik ortalama faiz oranına bölünmesi suretiyle tespit edilmektedir.

Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre 2008 yılı için tespit edilmiş olan yenden değerlendirme oranı % 12'dir. Bu dönemde Devlet tahvili ve Hazine bonusu ihalelerinde oluşan bileşik ortalama faiz oranı ise % 18,48'dir.

Buna göre, 2008 yılında elde edilen bir kısım menkul sermaye iradının beyanında uygulanacak indirim oranı (% 12 / % 18,48 =) % 64,9 olmaktadır.

4.1. İndirim Oranı Uygulanarak Beyan Edilecek Menkul Sermaye İratları

Gelir Vergisi Kanununa 5281 sayılı Kanunla eklenen geçici 67 nci maddede, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılması ve elde tutulması sürecinde elde edilen gelirler ile mevduat faizleri, repo gelirleri ve katılım bankalarından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesine yönelik düzenlemelere yer verilmiş, mevduat faizleri, repo gelirleri ve katılım bankalarından elde edi-

len gelirler üzerinden yapılacak tevkifata ilişkin açıklamalara 45 numaralı Gelir Vergisi Sirkülerinde ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Bu çerçevede, geçici 67 nci maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca, 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (7), (12) ve (14) numaralı bentlerinde yazılı menkul sermaye iratlarından 1/1/2006 tarihinden itibaren ödemeyi yapanlarca % 15 oranında vergi tevkifatı yapılmakta olup, bu gelirlerin beyanı ve indirim oranı uygulanması söz konusu değildir.

Diğer taraftan, anılan maddenin (9) numaralı fıkrası gereğince, geçici 67 nci maddenin yürürlük tarihinden önce ihraç edilmiş olan her nevi tahvil ve Hazine bonoları ile Toplu Konut İdaresi ve Özelleştirme İdaresince çıkarılan menkul kıymetlerin elde tutulması veya elden çıkarılması suretiyle sağlanan gelirlerin vergilendirilmesinde bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı, bu gelirlerin vergilendirilmesinde 31/12/2005 tarihi itibarıyla geçerli olan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu kapsamda, 2008 takvim yılında elde edilen menkul sermaye iratlarından, 1/1/2006 tarihinden önce ihraç edilmiş olan ve Gelir Vergisi Kanununun 75 inci maddesinin ikinci fıkrasının (5) numaralı bendinde sayılan her nevi tahvil ve Hazine bonusu faizleri ile Toplu Konut İdaresi ve Özelleştirme İdaresince çıkarılan menkul kıymetlerden sağlanan gelirler indirim oranı uygulanmak suretiyle beyan edilecektir.

Dövize, altına veya başka bir değere endeksli menkul kıymetler ile döviz cinsinden ihraç edilen menkul kıymetlerden elde edilen menkul sermaye iratlarının beyanında indirim oranı uygulanmayacaktır.

Ayrıca, ticari işletmelere dahil kazanç ve iratlar için indirim oranı uygulanması söz konusu değildir.

4.2. 01/01/2006 Tarihinden Önce İhraç Edilen Devlet Tahvili ve Hazine Bonolarından Elde Edilen Gelirlerde İstisna Uygulaması

Gelir Vergisi Kanununun geçici 59 uncu madde hükmü ile 31/12/2007 tarihine kadar, 26/7/2001-31/12/2005 tarihleri arasında ihraç edilen Devlet tahvilleri ve Hazine bonolarının faiz gelirleri ve elden çıkarılmasından sağlanan diğer kazançlar toplamının 2001 yılında 50 milyar lirası, 2002 ve izleyen yıllarda bu tutarın veya artırılmış tutarın her yıl için belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılması ile bulunacak tutar gelir vergisinden istisna edilmiştir.

Bu hüküm uyarınca, 1/1/2006 tarihinden önce ihraç edilmiş olan Devlet tahvili ve Hazine bonolarından elde edilen gelirlere ilişkin istisna uygulaması 31/12/2007 tarihinde son bulduğundan, 1/1/2008 tarihinden itibaren bu kıymetlerin faiz gelirleri ile bu kıymetlerin elden çıkarılmasından sağlanan diğer kazançlarla ilgili olarak istisna uygulanması söz konusu değildir.

Tebliğ olunur.

1 20/11/2008 tarih ve 27060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 387 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile açıklanmıştır.

2 28/12/2007 tarih ve 26740 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

3 2/5/1982 tarih ve 17682 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

4 6/12/1998 tarih ve 23545 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasından:

KREDİ KARTI İŞLEMLERİNDE UYGULANACAK AZAMI FAİZ ORANLARI

Kredi kartı işlemlerinde uygulanacak azami faiz oranlarında değişiklik yapılmamıştır.

11 Haziran 2008 tarih ve 26903 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair 2008/5 sayılı Bankamız Tebliği’nde belirlenen ve 01 Temmuz 2008 tarihinden itibaren geçerli olan aylık azami akdi ve gecikme faiz oranları değiştirilmemiş olup, söz konusu oranlar 01 Ocak 2009 tarihinden itibaren üç aylık süre için de geçerli olacaktır.

Dolayısıyla, 01 Ocak 2009 – 31 Mart 2009 tarihleri arasında kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranı; Türk Lirası için yüzde 4,39, ABD doları için yüzde 2,54 ve Euro için yüzde 2,30, aylık azami gecikme faizi oranı ise Türk Lirası için yüzde 5,14, ABD doları için yüzde 3,11 ve Euro için ise yüzde 2,82 olarak belirlenmiştir.

Söz konusu oranlar azami oranlar olup, bankalarca kredi kartı işlemlerinde 01 Ocak 2009 tarihinden itibaren bu oranların üzerinde bir faiz oranı uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bankalar bu oranları geçmemek üzere faiz oranlarını serbestçe belirleyebilecektir. 01 Nisan 2009 tarihinden itibaren gelecek üç aylık dönem için geçerli olacak azami faiz oranları bu tarihten önce yine Bankamız tarafından kamuoyuna duyurulacaktır.

Bankalar, diğer ülkelerde olduğu gibi, kredi kartı faiz oranlarını bireysel kredi faizlerine göre daha yüksek belirlemektedir. Bu nedenle, kısa vadeli kredi gereksinimi olan kredi kartı sahiplerinin bu gereksinimlerini kredi kartları yerine tüketici kredileri yoluyla karşılamaları menfaatlerine olacaktır.

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmî Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:

ÖZEL İLETİŞİM VERGİSİ GENEL TEBLİĞİ (SERİ NO: 4)

Özel iletişim vergisi uygulamasına ilişkin olarak aşağıdaki açıklamanın yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

13/7/1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun¹ 39 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, "Mobil telefon aboneliğinin ilk tesisinde (operatör değişiklikleri hariç) yirmimilyon lira ayrıca özel iletişim vergisi alınır. Bu tutar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Hesaplanan tutarın yüzde beşini aşmayan kesirler dikkate alınmaz." hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm uyarınca, mobil telefon aboneliğinin ilk tesisinde (operatör değişiklikleri hariç) maktu olarak alınması hükme bağlanan vergi tutarı (yirmimilyon lira), 3 Seri No'lu Özel İletişim Vergisi Genel Tebliği² ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu³ hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılarak 2008 yılı için 27,80 YTL olarak belirlenmiştir.

20/11/2008 tarihli ve 27060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 387 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile yeniden değerlendirme oranı 2008 yılı için % 12 olarak tespit edilmiştir.

Buna göre, söz konusu maktu vergi tutarı 1/1/2009 tarihinden itibaren 31,10 TL olarak uygulanacaktır.

Tebliğ olunur.

1 6/6/2008 tarihli ve 26898 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

2 18/10/1983 tarihli ve 18195 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

3 1/8/2008 tarihli ve 26954 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Maliye Bakanlığından:

MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ GENEL TEBLİĞİ

SERİ NO: 32

5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun1 18 inci maddesinin (a) bendiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun2 20 nci maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklikle, tescil edilmiş motorlu kara taşıtlarının her türlü satış ve devirlerinin trafik tescil şube veya büroları tarafından yerine getirileceği hüküm altına alınmış, anılan maddenin 1/8/2008 olan yürürlük tarihi, 5795 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun3 1 inci maddesi ile 1/1/2009 olarak değiştirilmiştir.

Ancak, 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun4 29 uncu maddesinin (6) numaralı fıkra hükmüyle, 5795 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan "1/1/2009 tarihinde" ibaresi "31/12/2009 tarihinde" şeklinde değiştirilmiştir.

Buna göre; 31 Seri No.lu Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği'nin5 "II - Motorlu Kara Taşıtları Mükellefiyet Kaydı" başlıklı kısmının yürürlük tarihi de, 31/12/2009 tarihine ertelenmiştir.

Tebliğ olunur.

1 SAYILI TARİFE

Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri ile motosikletler (1-3 YAŞ GRUBU)

Motor silindir hacmi (cm ³)	Yıllık vergi tutarı (TL)
1300 cm ³ ve aşağısı	393
1301-1600 cm ³ 'e kadar	628
1601-1800 cm ³ 'e kadar	1.104
1801-2000 cm ³ 'e kadar	1.736
2001-2500 cm ³ 'e kadar	2.605
2501-3000 cm ³ 'e kadar	3.631
3001-3500 cm ³ 'e kadar	5.529
3501-4000 cm ³ 'e kadar	8.690
4001 cm ³ ve üstü	14.220

Motosikletler

100-250 cm ³ 'e kadar	76
251-650 cm ³ 'e kadar	155
651-1200 cm ³ 'e kadar	393
1201 cm ³ ve yukarısı	946

2 SAYILI TARİFE**(1-6 YAŞ GRUBU)****Taşıt cinsi ve oturma yeri,
azami toplam ağırlık****Yıllık vergi tutarı
(TL)****Minibüs****471****Panelvan ve motorlu karavan**

1900 cm ³ ve aşağısı	628
1901 cm ³ ve üstü	946

Otobüs ve benzerleri**(Oturma yeri)**

25 kişiye kadar	1.182
26-35 kişiye kadar	1.420
36-45 kişiye kadar	1.578
46 kişi ve yukarısı	1.893

Kamyonet, kamyon, çekici vb.

1.500 kg'a kadar	424
1.501-3.500 kg'a kadar	851
3.501-5.000 kg'a kadar	1.277
5.001-10.000 kg'a kadar	1.420
10.001-20.000 kg'a kadar	1.703
20.001 kg ve üstü	2.130

3 SAYILI TARİFE

**Özel amaçla kullanılan yat, kotra ve her türlü motorlu tekneler
(1-3 YAŞ)**

Taşıt cinsi ve Motor Gücü Birimi(BG)	Yıllık Vergi Tutarı (TL)
10-20 BG'ye kadar	23,68
21-50 BG'ye kadar	31,58
51-100 BG'ye kadar	39,49
101-150 BG'ye kadar	47,38
151 BG ve yukarısı	71,09

4 SAYILI TARİFE

**Uçak ve helikopterler
(Türk Kuşu, THK'ya ait olanlar hariç)
(1-3 YAŞ)**

Uçak ve helikopterler	Yıllık Vergi Tutarı (TL)
1.150 kg'ye kadar	7.899
1.151-1.800 kg'ye kadar	11.850
1.801-3.000 kg'ye kadar	15.800
3.001-5.000 kg'ye kadar	19.752
5.001-10.000 kg'ye kadar	23.702
10.001-20.000 kg'ye kadar	27.653
20.001 kg ve üstü	31.604

Devlet Bakanlığından:
ZORUNLU KARAYOLU TAŞIMACILIK MALİ SORUMLULUK
SİĞORTASI TARİFE VE TALİMATI

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununa göre yapılacak Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortasına aşağıdaki tarife ve talimat uygulanır.

Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolu Motorlu Araçlar Mali Sorumluluk Sigortası branşında faaliyette bulunan sigorta şirketleri tarafından yapılır.

A. TARİFE

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu hükümleri çerçevesinde yolcu taşımacılığı yapan şehirlerarası taşımacılar, taşıt türleri itibarıyla bu Tarife ve Talimatın eki tablolarda düzenlenen teminatları almak zorundadır. Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan gerekli gördüğü takdirde, tespit edeceği yabancı ülkelerde ortaya çıkabilecek zararları teminat kapsamına alabilir.

A.1. Sigorta Primlerinin Tespiti

Sigorta şirketleri, sigorta primlerini serbestçe tespit edebilirler. Belirlenen prim tutarları peşin olarak tahsil edilir.

Sigorta şirketleri bu Tarife ve Talimatta düzenlenen prim indirim ve artırım sebeplerini uygulamak kaydıyla serbestçe tarife belirleyebilirler.

A.2. Hasarsızlık İndirimi, İndirim ve Artırımların Uygulanması

Hasarsızlık sebebiyle prim indirim ve hasar sebebiyle prim artırım bu maddede yer alan basamak esasına göre uygulanır.

Basamak No	Hasarsızlık indirimi (%)	Prim Artırımı (%)
7	20	-
6	15	-
5	10	-
4	-	-
3	-	20
2	-	40
1	-	60

İlk kez sigorta yaptıranlar için prim artırım ve indirim içermeyen basamak uygulanır.

Sigorta sözleşme süresi içinde herhangi bir tazminat ödemesi yapılmaması durumunda, müteakip sigorta sözleşmesinde uygulanacak prim indirim oranı bir üst basamağa göre belirlenir. Sigorta süresi içinde mey-

dana gelen her tazminat ödemesi için ise müteakip sigorta sözleşmesinde uygulanacak prim artırımı oranı bir alt basamağa göre belirlenir.

Bir araç işletenine ait birden fazla motorlu aracın bulunması ya da birden fazla motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, her bir araç için ayrı sigorta sözleşmesi yaptırılır ve uygulanacak olan prim basamağı her bir araç için münferit olarak tespit edilir.

A.3. Sigortalının Değişmesi

Prim indirimi veya prim artırımı uygulaması taşımacıyı takip eder.

İndirime hak kazanmış veya prim artırımına tabi bir taşımacı, sigortaya konu aracı başkasına devreder ve devredilen aracın sigorta süresi içinde aynı araç türünde başka bir taşımacı olarak yeni bir sigorta talep ederse indirim hakkı veya prim artırımı uygulaması devam ettirilir.

Taşımacının değişmesi halinde, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına göre feshedilmeyip yeni taşımacı için devamı sağlanan sigorta sözleşmelerindeki mevcut indirim veya artırımlar korunur. Süre sonunda sigortanın yenilenmesi halinde, eski sigorta sözleşmesindeki indirim veya artırımlar dikkate alınmaz.

A.4. İbrazı İstenen ve Saklanması Gereken Belgeler

Prim basamağının tespiti amacıyla, sigortalı;

a) Satışı gerçekleşen ancak henüz adına tescil edilmeyen araçlarda noter satış senedini veya faturayı veya bu işlemi gösterir sair belgeyi; aracın bir önceki sahibine ait araç ruhsat suretini; taşımacılık belgesini,

b) Adına tescili yapılmış araçlarda; araç ruhsat suretini, taşımacılık belgesini,

ibraz etmekle yükümlüdür.

Sigortalıya ait son poliçe bilgilerinin sigortacı tarafından TRAMER veri tabanından kontrol edilememesi durumunda sigortalı, son poliçe örneğini sigorta yaptıracığı şirkete ibraz eder.

Sigorta şirketi, sigortalı tarafından ibraz edilen belgelere ve TRAMER'den alacağı hasar durum belgesine bağlı olarak sigorta sözleşmesine uygulanacak indirim ve artırım oranlarını belirler. Prim basamağının tespiti amacıyla araç satış işlemini gösterir belgenin veya araç ruhsat suretinin ve gerekli durumlarda son poliçe örneğinin ibraz edilememesi durumunda prim basamağı, prim artırımı en yüksek olan basamakta yer alan prim oranına % 10 ilave edilerek hesaplanır.

Sigorta şirketleri, hasarsızlık indirimi veya tazminat ödemesi nedeniyle prim artırımı uyguladıkları takdirde, sigorta sözleşmesinin üzerine hasar durum belgesinin tarih ve sayısını yazmak ve hasar durum belgelerini belge olarak veya elektronik ortamda en az üç yıl saklamak zorundadır.

A.5. Zamanında Yenilenmeyen Sigorta Sözleşmeleri

Taşımacı sigorta sözleşmesini bitim tarihi itibarıyla yenilemekle yükümlüdür. Taşımacının sigorta sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren yenileme işlemini gerçekleştirmediği her 30 gün için müteakip sigorta sözleşmesinde prim, %50 ile sınırlı olmak üzere % 5 ilave edilerek hesaplanır.

A.6. Kısa Süreli Sigortalar

Sigorta süresi bir yıldır. Ancak, gerekli durumlarda bir yıldan kısa süreli sigorta sözleşmesi yapılabilir.

Kısa süreli sigortada prim tutarı, dördüncü basamaktan hesaplanan yıllık primin % 25 inden az olmamak kaydıyla gün esasına göre tespit edilir.

Kısa süreli sigorta için hasarsızlık indirimi uygulanmaz. Ancak, bu sözleşmelere hasar nedeniyle prim artırımını uygulaması yapılır.

Kısa süreli sigorta sözleşmesini müteakip düzenlenecek yeni sigorta sözleşmesinin yıllık olması durumunda hasarsızlık indirimi uygulanmaz.

B. UYGULAMA TALİMATI**B.1. Taşımacı Sorumluluk Sigortası Belgesi**

Sigorta şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğince bastırılan, seri numarası ile sigorta şirketinin adının, poliçe numarası ve sigorta döneminin, taşımacının unvanının, taşıt türünün ve plakasının yazılı olduğu Taşımacı Sorumluluk Sigortası Belgesini sigorta sözleşmesi ile birlikte sigortalıya vermek zorundadır.

Taşımacılar, sorumluluk sigortası belgelerini araçlarında kolayca görülebilir bir şekilde bulundurmak ve denetimlerde ibraz etmek zorundadır. Sorumluluk sigortası belgesi bulunmayan araçlar sigorta teminatı sağlanıncaya kadar trafikten men edilir.

B.2. Vergi ve Diğer Yükümlülükler

Bu Tarife ve Talimata uygun olarak tespit edilen net primin; 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununa göre % 5'i oranındaki gider vergisi ile diğer yükümlülükler sigorta ettirenden alınır.

B.3. Yeni teminat tutarlarının yürürlükteki sözleşmelere uygulanması [1]

Bu Tarife ve Talimat ile belirlenen teminat tutarları yürürlükteki bütün sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır.

Sigorta şirketleri, düzenledikleri poliçelerin ön yüzüne "Sözleşme süresi içinde Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan tarafından teminat tutarları artırıldığı takdirde, bu poliçede yazılı teminat tutarları, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve ek prim alınmaksızın yeni teminat tutarları üzerinden geçerli olur." ibaresini yazmak zorundadır.

C. YÜRÜRLÜK

Bu Tarife ve Talimat 1/7/2008 tarihinde yürürlüğe girer. Bu Tarife ve Talimatın yürürlüğe girmesiyle birlikte 29/12/2005 tarihli ve 26038 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kalkar.

EK

Tablo 1 1/7/2008 tarihinden itibaren uygulanacak asgari sigorta teminatları Teminatlar (YTL)				
Taşıtın Türü	A- Tedavi Gideri		B-Sakatlanma ve Ölüm	
	Kişi Başına	Kaza Başına	Kişi Başına	Kaza Başına
Otomobil	125.000	875.000	125.000	875.000
Minibüs (8-14 koltuk)*	125.000	1.750.000	125.000	1.750.000
Otobüs (15-25 koltuk)*	125.000	3.125.000	125.000	3.125.000
Otobüs (26 ve üstü koltuk)*	125.000	6.250.000	125.000	6.250.000
*Yolcu koltuk sayılarıdır.				

Tablo 2 1/7/2008 tarihinden itibaren uygulanacak asgari sigorta teminatları Teminatlar (YTL)				
Taşıtın Türü	A- Tedavi Gideri		B-Sakatlanma ve Ölüm	
	Kişi Başına	Kaza Başına	Kişi Başına	Kaza Başına
Otomobil	150.000	1.050.000	150.000	1.050.000
Minibüs (8-14 koltuk)*	150.000	2.100.000	150.000	2.100.000
Otobüs (15-25 koltuk)*	150.000	3.750.000	150.000	3.750.000
Otobüs (26 ve üstü koltuk)*	150.000	7.500.000	150.000	7.500.000
*Yolcu koltuk sayılarıdır.				

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmi Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:**BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 35)**

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun(1) mükerrer 44 üncü maddesinde, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde bulunan ve belediyelerin çevre temizlik hizmetlerinden yararlanan konut, işyeri ve diğer şekillerde kullanılan binaların çevre temizlik vergisine tabi olduğu; konutlara ait çevre temizlik vergisinin, su tüketim miktarı esas alınmak suretiyle metreküp başına büyükşehirlerde 15 YKr, diğer yerlerde 12 YKr olarak hesaplanacağı; işyerleri ve diğer şekilde kullanılan binalara ait çevre temizlik vergisinin maddede belirtilen tarifeye göre alınacağı ve büyükşehirlerde % 25 artırımlı uygulanacağı; bu maddede yer alan tutarların her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılacağı ve bu tutarların belirlenmesinde, vergi tutarlarının yüzde beşini aşmayan kesirlerin dikkate alınmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bakanlığımızca 2008 yılı için yeniden değerlendirme oranı % 12 (oniki) olarak tespit edilmiş ve 387 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğı(2) ile ilan edilmiş bulunmaktadır.

4/4/2007 tarihli ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla(3) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para birimi olan Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşta yer alan “Yeni” ibareleri 1/1/2009 tarihinden itibaren kaldırılmış bulunduğundan Tebliğ, bu husus göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir.

Buna göre; 1/1/2009 tarihinden itibaren konutlar ile işyerleri ve diğer şekilde kullanılan binalara ait çevre temizlik vergisi aşağıdaki tutarlara göre tahsil edilecektir.

1. Konutlara Ait Çevre Temizlik Vergisi

Konutlara ait çevre temizlik vergisi; su tüketim miktarı esas alınmak suretiyle metreküp başına büyükşehir belediyelerinde 20 Kuruş, diğer belediyelerde 16 Kuruş olarak hesaplanacaktır.

Diğer taraftan, belediyenin çevre temizlik hizmetlerinden yararlanan ancak, su ihtiyacını belediyece veya büyükşehir belediyelerine bağılı su ve kanalizasyon idarelerince tesis edilmiş su şebekesi haricinden karşılayan konutlara ilişkin çevre temizlik vergisi, aşağıda yer alan ilgili tarifelerin yedinci grubunun belediye meclislerince en son intibak ettirilen derecele-re ait tutarlar üzerinden tahakkuk ettirilecektir.

2. İşyerleri ve Diğer Şekilde Kullanılan Binalara Ait Çevre Temizlik Vergisi

İşyerleri ve diğer şekilde kullanılan binalara ait çevre temizlik vergisi, büyükşehir belediyeleri ve büyükşehir belediyeleri dışındaki belediyelerde aşağıdaki tarifelere göre uygulanacaktır.

2.1. Büyükşehir Belediyeleri Dışındaki Belediyelerde Uygulanacak Çevre Temizlik Vergisi

Büyükşehir belediyeleri dışındaki belediyelerde uygulanacak olan çevre temizlik vergisi tarifesi aşağıda yer almaktadır.

Bina Grupları	Bina Dereceleri ve Yıllık Vergi Tutarları (YTL)				
	1. Derece	2. Derece	3. Derece	4. Derece	5. Derece
1. Grup	1.900	1.500	1.180	950	780
2. Grup	1.190	900	700	560	470
3. Grup	780	600	470	390	300
4. Grup	390	300	230	190	150
5. Grup	230	190	130	119	95
6. Grup	119	95	67	54	40
7. Grup	40	33	23	20	16

2.2. Büyükşehir Belediyelerinde Uygulanacak Çevre Temizlik Vergisi

2464 sayılı Kanunun mükerrer 44 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre, büyükşehir belediyelerinde çevre temizlik vergisi, diğer belediyelerde uygulanan çevre temizlik vergisi tutarları % 25 artırılarak hesaplanacaktır. Buna göre büyükşehir belediyelerinde uygulanacak olan çevre temizlik vergisi tarifesi aşağıda yer almaktadır.

Bina Grupları	Bina Dereceleri ve Yıllık Vergi Tutarları (YTL)				
	1. Derece	2. Derece	3. Derece	4. Derece	5. Derece
1. Grup	2.375	1.875	1.475	1.187	975
2. Grup	1.487	1.125	875	700	587
3. Grup	975	750	587	487	375
4. Grup	487	375	287	237	187
5. Grup	287	237	162	148	118
6. Grup	148	118	83	67	50
7. Grup	50	41	28	25	20

3-İndirimli Çevre Temizlik Vergisi Uygulaması

2464 sayılı Kanunun mükerrer 44 üncü maddesinin onikinci fıkrasında, “Bakanlar Kurulu; beşinci fıkradaki tarifede yer alan bina gruplarını belirlemeye ve bu maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan tutarları yöreler, belediyelerin nüfusları ve bina grupları itibarıyla ayrı ayrı dörtte birine kadar indirmeye veya yarısına kadar artırmaya yetkilidir.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükmün verdiği yetkiye dayanılarak yayımlanan 2005/9817 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının(4) 7 nci maddesine göre; konut, işyeri ve diğer şekilde kullanılan binalar için belirtilen tutarlar, büyükşehir belediye sınırları içinde bulunanlar hariç olmak üzere kalkınmada öncelikli yörelerdeki belediyeler ile nüfusu 5000’den az olan belediyelerde % 50 indirimli olarak uygulanacaktır.

Tebliğ olunur.

(1) 29/5/1981 tarihli ve 17354 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

(2) 20/11/2008 tarihli ve 27060 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

(3) 5/5/2007 tarihli ve 26513 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

(4) 26/12/2005 tarihli ve 26035 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmi Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:**VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ KANUNU
GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 40)**

7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun(1) istisnalar ile ilgili 4 üncü maddesinin son fıkrasında, “(b), (d) ve (e) bentlerine göre, her bir takvim yılında uygulanacak istisna hadleri, önceki yılda uygulanan istisna hadlerine bu yıla ilişkin olarak Vergi Usul Kanunu(2) hükümleri uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artış yapılmak suretiyle tespit olunur. Artırım sırasında 1 milyon liraya kadar olan tutarlar dikkate alınmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, “Vergi tarifesinin matrah dilim tutarları, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Bu şekilde hesaplanan dilim tutarlarının yüzde 5 ini aşmayan kesirler dikkate alınmaz....” denilmektedir.

4/4/2007 tarihli ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla(3) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para birimi olan Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşta yer alan “Yeni” ibareleri 1/1/2009 tarihinden itibaren kaldırılmış bulunduğundan Tebliğ, bu husus göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir.

Bakanlığımızca 2008 yılı için yeniden değerlendirme oranı % 12 (on iki) olarak tespit edilmiş ve 387 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği(4) ile ilan edilmiştir.

Buna göre, 1/1/2009 tarihinden itibaren Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 4 üncü maddesinin (b), (d) ve (e) bentlerinde yer alan istisna tutarları;

- Evlatlıklar dahil, fûruğ ve eşten her birine isabet eden miras hisselerinde 107.604 TL (fûruğ bulunmaması halinde eşe isabet eden miras hissesinde 215.336 TL),

- İvazsız suretle meydana gelen intikallerde 2.481 TL,

- Para ve mal üzerine düzenlenen yarışma ve çekilişlerde kazanılan ikramiyelerde 2.481 TL

olarak dikkate alınacaktır.

Öte yandan, Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 16 ncı maddesinde yer alan vergi tarifesi matrah dilim tutarları 1/1/2009 tarihinden geçerli olmak üzere yukarıda belirtilen yeniden değerlendirme oranında artırmak suretiyle tespit edilmiştir. Bu nedenle, 1/1/2009 tarihinden itibaren veraset yolu ile veya ivazsız surette meydana gelen intikallerde veraset ve intikal vergisi aşağıdaki tarife göre hesaplanacaktır.

	Matrah	Veraset yoluyla intikallerde vergi oranı (%)	İvazsız intikallerde vergi oranı (%)
İlk	160.000 TL için	1	10
Sonra gelen	350.000 TL için	3	15
Sonra gelen	760.000 TL için	5	20
Sonra gelen	1.500.000 TL için	7	25
Matrahın	2.770.000 TL'yi aşan bölümü için	10	30

Tebliğ olunur.

(1) 15/6/1959 tarihli ve 10231 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

2 10/1/1961 tarihli ve 10703 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

3 5/5/2007 tarihli ve 26513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

4 20/11/2008 tarihli ve 27060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmi Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:**DAMGA VERGİSİ KANUNU GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 51)**

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun(1) mükerrer 30 uncu maddesinin 5281 sayılı Kanunun(2) 6 ncı maddesiyle değişik birinci fıkrasında, "...Her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan maktu vergiler (Maktu ve nispi vergilerin asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil) o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır. Bu suretle hesaplanan vergi tutarlarının 10 Yeni Kuruşa kadarki kesirleri dikkate alınmaz." denilmiş, 14 üncü maddesinin 5281 sayılı Kanunun 43/2 nci maddesiyle değişik birinci fıkrasında ise, "Kağıtların Damga Vergisi bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı nispet veya miktarlarda alınır. Şu kadar ki her bir kağıt için hesaplanacak vergi tutarı (1) sayılı tabloda yer alan sınırlamalar saklı kalmak üzere 800 bin Yeni Türk Lirasını aşamaz. Bir önceki yılda uygulanan bu azami tutar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır." hükmü yer almıştır.

5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanunun(3) 1 inci maddesiyle Bakanlar Kurulu'na verilen yetkiye istinaden, 4/4/2007 tarihli ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 1/1/2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi olan Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşta yer alan "Yeni" ibareleri kaldırılmıştır.

Bakanlığımızca 2008 yılı için yeniden değerlendirme oranı % 12 (oniki) olarak tespit edilmiş ve 387 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği(4) ile ilan edilmiş bulunmaktadır.

Buna göre, 488 sayılı Kanunun mükerrer 30 uncu maddesinin birinci fıkrası hükmü gereğince, Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yer alan ve 50 Seri No.lu Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği(5) ile tespit edilen maktu vergiler (maktu ve nispi vergilerin asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil), yeniden değerlendirme oranında artırılmış ve 1/1/2009 tarihinden itibaren uygulanacak miktarları Tebliğ ekindeki (1) sayılı tabloda gösterilmiştir.

Diğer taraftan, anılan Kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan her bir kağıttan alınacak damga vergisine ilişkin üst sınır yeniden değerlendirme oranında artırılmış ve 1/1/2009 tarihinden itibaren 1.136.904,10 Türk Lirası olmuştur.

Tebliğ olunur.

(1) SAYILI TABLO
Damga Vergisine Tabi Kağıtlar

I. Akitlerle ilgili kağıtlar

A. Belli parayı ihtiva eden kağıtlar:

1. Mukavelenameler, taahhütnameler ve temliknameler (Binde 7,5)
2. Kira mukavelenameleri (Mukavele süresine göre kira bedeli üzerinden) (Binde 1,5)
3. Kefalet, teminat ve rehin senetleri (Binde 7,5)
4. Tahkimnameler ve sulhnameler (Binde 7,5)
5. Fesihnameler (Belli parayı ihtiva eden bir kağıda taalluk edenler dahil) (Binde 1,5)
6. (Değişik: 5766/10-b md.) (Yürürlük: 6.6.2008)
Karayolları Trafik Kanunu uyarınca kayıt ve tescil edilmiş ikinci el araçların satış ve devrine ilişkin sözleşmeler (Binde 1,5)

B. Belli parayı ihtiva etmeyen kağıtlar:

1. Tahkimnameler (25,40 TL)
2. Sulhnameler (25,40 TL)
3. Turizm işletmeleri ile seyahat acentelerinin aralarında düzenledikleri kontenjan sözleşmeleri (Belli parayı ihtiva edenler dahil) (142,00 TL)

II. Kararlar ve mazbatalar

1. Meclislerden, resmi heyetlerden ve idari davalarla ilgili olmayarak Danıştaydan verilen mazbata, ilam ve kararlarla hakem kararları:
 - a) Belli parayı ihtiva edenler (Binde 7,5)
 - b) Belli parayı ihtiva etmeyenler (25,40 TL)
2. (Değişik: 5766/10-c md.) (Yürürlük: 6.6.2008)
İhale kanunlarına tabi olan veya olmayan resmi daire ve kamu tüzel kişiliğini haiz kurumların her türlü ihale kararları (Binde 4,5)

III. Ticari işlemlerde kullanılan kağıtlar

1. Ticari ve mütedavil senetler:
 - a) Emtia senetleri:
 - aa) Makbuz senedi (Resepise) (9,00 TL)
 - ab) Rehin senedi (Varant) (5,40 TL)
 - ac) İyda senedi (1,10 TL)
 - ad) Taşıma senedi (0,50 TL)
 - b) Konşimentolar (5,40 TL)
 - c) Deniz ödöncü senedi (Binde 7,5)

d) İpotekli borç senedi, irat senedi	(Binde 7,5)
2. Ticari belgeler:	
a) Menşe ve Mahreç şahadetnameleri	(9,00 TL)
b) Resmi dairelere ve bankalara ibraz edilen bilançolar ve işletme hesabı özetleri:	
ba) Bilançolar	(19,60 TL)
bb) Gelir tabloları	(9,60 TL)
bc) İşletme hesabı özetleri	(9,60 TL)
c) Barnameler	(1,10 TL)
d) Tasdikli manifesto nüshaları	(4,00 TL)
e) Ordinolar	(0,50 TL)
f) Gümrük idarelerine verilen özet beyan formları	(4,00 TL)

IV. Makbuzlar ve diğer kağıtlar

1. Makbuzlar:

a) Resmi daireler tarafından yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin ödemeler (avans olarak yapılanlar dahil) nedeniyle, kişiler tarafından resmi dairelere verilen ve belli parayı ihtiva eden makbuz ve ibra senetleri ile bu ödemelerin resmi daireler nam ve hesabına, kişiler adına açılmış veya açılacak hesaplara nakledilmesini veya emir ve havalelerine tediyesini temin eden kağıtlar	(Binde 7,5)
b) Maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat ve benzeri her ne adla olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar (Ek: 5766/10-ç md.) (Yürürlük: 6.6.2008) (avans olarak ödenenler dahil) için verilen makbuzlar ile bu paraların nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak cari hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tediye olunduğu takdirde nakli veya tediyei temin eden kağıtlar	(Binde 6)
c) Ödünç alınan paralar için verilen makbuzlar veya bu mahiyetteki senetler	(Binde 6)
d) İcra dairelerince resmi daireler namına şahıslara ödenen paralar için düzenlenen makbuzlar	(Binde 6)

2. Beyannameler (Bu beyannamelerin sadece bir nüshası vergiye tabidir):

a) Yabancı memleketlerden gelen posta gönderilerinin gümrüklenmesi için postanelerce gümrüklere verilen liste beyannamelerde yazılı her gönderi maddesi için	(0,50 TL)
b) Vergi beyannameleri:	

ba) Yıllık gelir vergisi beyannameleri	(25,40 TL)
bb) Kurumlar vergisi beyannameleri	(33,90 TL)
bc) Katma değer vergisi beyannameleri	(16,90 TL)
bd) Muhtasar beyannameler	(16,90 TL)
be) Diğer vergi beyannameleri (damga vergisi beyannameleri hariç)	(16,90 TL)
c) Gümrük idarelerine verilen beyannameler	(33,90 TL)
d) Belediye ve il özel idarelerine verilen beyannameler	(12,50 TL)
e) Sosyal güvenlik kurumlarına verilen sigorta prim bildirimleri	(12,50 TL)
3. Tabloda yazılı kağıtlardan aslı 1,00 Türk Lirasından fazla maktu ve nispi vergiye tabi olanların resmi dairelere ibraz edilecek özet, suret ve tercümelere	(0,50 TL)

1 11/7/1964 tarihli ve 11751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

2 31/12/2004 tarihli ve 25687 (3. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

3 31/1/2004 tarihli ve 25363 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

4 20/11/2008 tarihli ve 27060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

5 26/12/2007 tarihli ve 26783 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

23 Aralık 2008 Tarihli

Resmi Gazete

Sayı: 27089

Maliye Bakanlığından:**EMLAK VERGİSİ KANUNU GENEL TEBLİĞİ
(SERİ NO: 54)**

213 sayılı Vergi Usul Kanununun(1) mükerrer 49 uncu maddesinin (b) fıkrasında, takdir komisyonlarının arsalara ve araziye ait asgari ölçüde metrekare birim değer tespitini dört yılda bir takdir edecekleri hükmüne bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca arsa ve arazi takdirleri son olarak 2005 yılında yapılmış bulunmaktadır.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun(2) 9/b ve 19/b maddelerinde, bina ve arazi vergisi mükellefiyetinin, dört yılda bir yapılan takdir işlemlerinde takdir işleminin yapıldığı tarihi takip eden bütçe yılından itibaren başlayacağı hüküm altına alınmış olduğundan 2005 yılında yapılan asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerlerine ilişkin bina, arsa ve arazi vergisi mükellefiyeti 2006 yılından itibaren başlamaktadır.

1319 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, vergi değerinin, mükellefiyetin başlangıç yılını takip eden yıldan itibaren her yıl, bir önceki yıla ait vergi değerinin 213 sayılı Kanun hükümleri uyarınca aynı yıl için tespit edilen yeniden değerlendirme oranının yarısı nispetinde artırılması suretiyle bulunacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, 33 üncü maddede yer alan vergi değerini tadil eden sebeplerle (8 numaralı fıkra hariç) mükellefiyet tesisi gereken hallerde, 213 sayılı Kanunun mükerrer 49 uncu maddesinin (b) fıkrasına göre takdir komisyonlarınca belirlenen arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin, takdir işleminin yapıldığı yılı takip eden ikinci yılın başından başlamak suretiyle her yıl, bir önceki yıl birim değerinin 213 sayılı Kanun hükümlerine göre aynı yıl için tespit edilen yeniden değerlendirme oranının yarısı nispetinde artırılması suretiyle dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır.

4/4/2007 tarihli ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla(3) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para birimi olan Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşta yer alan "Yeni" ibareleri 1/1/2009 tarihinden itibaren kaldırılmış olduğundan Tebliğ, bu husus göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir.

Öte yandan, Bakanlığımızca, 2008 yılına ait tespit edilen yeniden değerlendirme oranı, 387 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği(4) ile % 12 (oniki) olarak tespit ve ilan edilmiş bulunmaktadır.

Buna göre, mükelleflerin 2009 yılına ait bina, arsa ve arazi vergi değerleri; 2008 yılı vergi değerlerinin, 2008 yılına ilişkin tespit edilen % 12 yeniden değerlendirme oranının yarısı olan % 6 (altı) nispetinde artırılması suretiyle bulunacak tutarlar olacaktır.

ÖRNEK - 1 Mükellef (A) nın sahibi bulunduğu ve 2001 yılında inşa edilen mesken binasının 2008 yılı vergi değeri 78.000,00 YTL olup, bu binanın 2009 yılı vergi değeri aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

2008 yılı bina vergi değeri: 78.000,00 YTL

2008 yılına ait yeniden değerlendirme oranının yarısı (% 12/2=): % 6

Binanın 2009 yılı vergi değeri

$[(78.000,00 + (78.000,00 \times \% 6))]: 82.680,00 \text{ TL}$

Diğer taraftan, mükellefiyeti 2009 yılında başlayan mükelleflerin, bina, arsa ve arazi vergisi tarhiyatına esas alınacak vergi değerleri; takdir komisyonlarınca arsa veya arazi için 2005 yılında takdir edilen asgari ölçüde metrekare birim değerlerinin 2006(5), 2007(6) ve 2008 yıllarına ait yeniden değerlendirme oranlarının yarısı nispetinde kümülatif olarak artırılması suretiyle bulunacak asgari ölçüde metrekare birim değerleri dikkate alınarak hesaplanacaktır.

ÖRNEK - 2 Mükellef (B) 2008 yılında Erzurum ili Yakutiye Belediyesi sınırları içinde 1000 m² büyüklüğünde bir arsa satın almış ve bu arsaya ilişkin emlak vergisi bildirimini adı geçen Belediyeye vermiştir. Arsanın bulunduğu cadde için takdir komisyonunca 2005 yılında takdir edilen asgari ölçüde arsa metrekare birim değeri 200,00 YTL'dir.

2006 yılına ait yeniden değerlendirme oranı % 7,8, 2007 yılına ait yeniden değerlendirme oranı % 7,2, 2008 yılına ait yeniden değerlendirme oranı ise % 12 olarak tespit edilmiş olduğuna göre, mükellefiyeti 2009 yılında başlayan mükellefin, 2008 yılında satın aldığı arsanın 2009 yılı arazi (arsa) vergisine esas olan vergi değeri aşağıda belirtildiği şekilde hesaplanacaktır.

Takdir komisyonunca 2005 yılında takdir edilen asgari

ölçüde arsa metrekare birim değeri: 200,00 YTL

2006 yılı yeniden değerlendirme oranının yarısı (% 7,8/2 =): % 3,9

Arsanın 2006 yılı yeniden değerlendirme oranının yarısı

nispetinde artırılmış 2007 yılına ait asgari ölçüde metrekare

birim değeri $[200,00 + (200,00 \times \% 3,9)] = 207,80 \text{ YTL}$

2007 yılı yeniden değerlendirme oranının yarısı (% 7,2/2 =): % 3,6

Arsanın 2007 yılı yeniden değerlendirme oranının yarısı

nispetinde artırılmış 2008 yılına ait asgari ölçüde metrekare

birim değeri $[207,80 + (207,80 \times \% 3,6)] = 215,28 \text{ YTL}$

2008 yılı yeniden değerlendirme oranının yarısı ($\% 12/2 =$): $\% 6$
2009 yılı vergi değerine esas asgari ölçüde arsa
metrekare birim değeri $[215,28 + (215,28 \times \% 6) =]$: 228,20 TL
Arsanın 2009 yılı vergi değeri $(228,20 \times 1000 =)$: 228.200,00 TL
Tebliğ olunur.

(1) 10/1/1961 tarihli ve 10703 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

(2) 11/8/1970 tarihli ve 13576 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

(3) 5/5/2007 tarihli ve 26513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

(4) 20/11/2008 tarihli ve 27060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

(5) 2006 yılına ait yeniden değerlendirme oranı 28/11/2006 tarihli ve 26360 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 363 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde açıklanmıştır.

(6) 2007 yılına ait yeniden değerlendirme oranı 17/11/2007 tarihli ve 26703 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 377 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde açıklanmıştır.

BANKALARCA KREDİ KARTLARINA UYGULANACAĞI BİLDİRİLEN EN YÜKSEK AYLIK FAİZ ORANLARI (*) (YENİ TÜRK LİRASI)			
BANKALAR (**)	YÜRÜRLÜK TARİHİ	EN YÜKSEK AYLIK AKDİ FAİZ ORANI (NAKİT ÇEKİLİŞİ DAHİL) (%)	EN YÜKSEK AYLIK GECİKME FAİZİ ORANI (%)
AKBANK T.A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
ANADOLUBANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
CITIBANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
DENİZBANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
FİNANSBANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
FORTIS BANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
HSBC BANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
MILLENNIUM BANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
OYAK BANK A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
ŞEKERBANK T.A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
T.GARANTİ BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
TEKSTİL BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
TURKLAND BANK A.Ş.	20.08.2008	4,39	5,14
TÜRK EKONOMİ BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
YAPI VE KREDİ BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,14
T.İŞ BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,09
EUROBANK TEKFEN A.Ş.	01.07.2008	4,39	5,00
T.VAKIFLAR BANKASI T.A.O.	01.07.2008	4,39	4,39
T.HALK BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,35	5,10
T.C.ZİRAAT BANKASI A.Ş.	01.07.2008	4,30	5,10
TURKISH BANK A.Ş.	27.06.2005	3,75	4,88

(ABD DOLARI)			
BANKALAR (**)	YÜRÜRLÜK TARİHİ	EN YÜKSEK AYLIK AKDİ FAİZ ORANI (NAKİT ÇEKİLİŞİ DAHİL) (%)	EN YÜKSEK AYLIK GECİKME FAİZİ ORANI (%)
FORTIS BANK A.Ş.	01.07.2008	2,54	3,11
HSBC BANK A.Ş.	01.07.2008	2,54	3,11
ŞEKERBANK T.A.Ş.	01.07.2008	2,54	
FİNANSBANK A.Ş.	01.04.2008	2,52	2,99
T.VAKIFLAR BANKASI T.A.O.	01.04.2008	2,50	2,50
TEKSTİL BANKASI A.Ş.	02.04.2007	2,44	
TURKLAND BANK AS	02.04.2007	2,44	
AKBANK T.A.Ş.	02.07.2006	2,00	2,60
T.İŞ BANKASI A.Ş.	01.07.2008	2,00	2,32
TURKISH BANK A.Ş.	27.06.2005	2,00	
(EURO)			
BANKALAR (**)	YÜRÜRLÜK TARİHİ	EN YÜKSEK AYLIK AKDİ FAİZ ORANI (NAKİT ÇEKİLİŞİ DAHİL) (%)	EN YÜKSEK AYLIK GECİKME FAİZİ ORANI (%)
FİNANSBANK A.Ş.	01.07.2008	2,30	2,82
FORTIS BANK A.Ş.	01.07.2008	2,30	2,82
T.VAKIFLAR BANKASI T.A.O.	01.04.2008	2,30	2,30
T.İŞ BANKASI A.Ş.	01.07.2008	2,00	2,32

(*) "Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkında" 2008/5 sayılı Bankamız Tebliği gereğince, 01.07.2008 tarihinden itibaren bankalarca kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranı, YTL için yüzde 4.39, ABD doları için yüzde 2.54 ve Euro için yüzde 2.30, aylık azami gecikme faiz oranı ise, YTL için yüzde 5.14, ABD doları için yüzde 3.11 ve Euro için yüzde 2.82'dir.

(**) Bankalar, akdi faiz oranı en yüksek olandan en düşük olana göre sıralanmış olup, akdi faiz oranı aynı olan bankalar ise gecikme faiz oranı yüksek olandan düşük olana göre sıralanmıştır.

20.08.2008

Not: Yukarıdaki veriler www.tcmb.gov.tr genel ağ adresinden alınmıştır.

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	366 gün	%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	14,55	5,45	9,68	6,08	-
ŞUBAT	14,70	5,04	10,08	5,94	-
MART	15,03	4,21	10,63	5,95	-
NİSAN	14,96	4,96	11,01	6,39	-
MAYIS	13,97	4,27	10,95	7,20	-
HAZİRAN	12,78	4,97	10,09	8,39	-
TEMMUZ	11,72	5,82	9,03	9,76	-
AĞUSTOS	10,65	6,49	8,29	10,68	-
EYLÜL	9,54	7,06	7,77	11,29	-
EKİM	8,16	7,76	7,23	12,11	-
KASIM	6,89	8,60	6,75	12,56	-
ARALIK	5,89	9,34	6,31	12,72	-

2009 SİGORTA PRİM TUTARLARI

En az: **224 TL**

(Yanında sigortalı işçi çalıştıran Avukatlar için en az sigorta primi, işçilere ödenen en yüksek brüt maaşın % 33,5 tutarı üzerinden hesaplanarak ödenir.)

En çok: **1.450,21 TL**

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI											
AYLAR	ÜFE						TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009		2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	-0,41	1,96	-0,05	0,42			0,55	0,75	1,00	0,80	
ŞUBAT	0,11	0,26	0,95	2,56			0,02	0,22	0,43	1,29	
MART	1,26	0,25	0,97	3,17			0,26	0,27	0,92	0,96	
NİSAN	1,21	1,94	0,80	4,50			0,71	1,34	1,21	1,68	
MAYIS	0,20	2,77	0,39	2,12			0,92	1,88	0,50	1,49	
HAZİRAN	0,10	4,02	-0,11	-0,36			0,10	0,34	-0,24	0,32	
TEMMUZ	-0,57	0,86	0,06	1,25			-0,57	0,85	-0,73	0,58	
AĞUSTOS	0,85	-0,75	0,6	2,34			0,85	-0,44	0,02	0,24	
EYLÜL	1,02	-0,23	0,85	-0,90			1,02	1,29	1,03	0,45	
EKİM	1,79	0,45	-0,13	0,57			1,79	1,27	1,81	2,60	
KASIM	1,40	-0,29	0,89	-0,03			1,40	1,29	1,95	-0,83	
ARALIK	-0,04	-0,12	0,15	-3,54			0,42	0,23	0,22	-0,41	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI											
AYLAR	ÜFE						TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009		2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	-0,41	1,96	-0,05	0,42			0,55	0,75	1,00	0,80	
ŞUBAT	0,30	2,22	0,89	3,00			0,57	2,22	1,44	2,11	
MART	0,96	2,48	1,88	6,26			0,83	1,25	2,36	3,09	
NİSAN	2,18	4,46	2,69	11,04			1,55	2,60	3,60	4,82	
MAYIS	2,38	7,36	3,09	13,39			2,49	7,36	4,12	4,38	
HAZİRAN	1,89	11,68	2,98	13,76			2,59	11,68	3,87	6,00	
TEMMUZ	1,14	12,64	3,11	15,18			2,00	5,76	3,05	6,61	
AĞUSTOS	2,18	11,80	3,93	12,49			2,87	5,30	3,13	6,35	
EYLÜL	2,98	11,54	4,98	11,48			3,93	6,65	4,19	6,83	
EKİM	3,69	12,04	4,84	12,11			5,79	8,01	6,08	9,60	
KASIM	2,71	11,72	5,78	12,08			7,27	9,40	8,15	10,52	
ARALIK	2,6	11,58	5,94	8,11			7,72	9,65	8,39	10,06	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYNA GÖRE ARTIŞ HIZI											
AYLAR	ÜFE						TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009		2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	10,70	5,11	9,37	6,44			9,23	7,93	9,93	8,17	
ŞUBAT	10,58	5,26	10,13	9,10			8,69	8,15	10,16	8,15	
MART	11,33	4,21	10,92	10,50			7,94	8,16	10,86	9,15	
NİSAN	10,17	4,96	9,68	14,56			8,18	8,83	10,72	9,66	
MAYIS	5,59	7,66	7,14	16,83			8,70	9,86	9,23	10,74	
HAZİRAN	4,25	12,52	2,89	17,03			8,95	10,12	8,60	10,61	
TEMMUZ	4,26	14,34	2,08	18,41			7,82	11,69	6,90	12,06	
AĞUSTOS	4,32	12,32	3,72	14,67			7,91	10,26	7,39	11,77	
EYLÜL	4,38	11,19	5,02	12,49			7,99	10,55	7,12	11,13	
EKİM	4,57	10,94	4,41	13,29			7,52	9,98	7,70	11,99	
KASIM	1,60	11,67	5,65	12,05			7,61	9,86	8,40	10,76	
ARALIK	2,66	11,58	5,94	8,11			7,72	9,65	8,39	10,06	

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI											
AYLAR	ÜFE						TÜFE				
	2005	2006	2007	2008	2009		2005	2006	2007	2008	2009
OCAK	14,55	5,45	9,68	6,08			8,50	8,07	9,76	8,61	
ŞUBAT	14,70	5,04	10,08	5,94			8,44	8,03	9,92	8,53	
MART	15,03	4,49	10,63	5,95			8,40	8,05	10,15	8,40	
NİSAN	14,96	4,09	11,01	6,39			8,42	8,11	10,30	8,33	
MAYIS	13,97	4,27	10,95	7,20			8,53	8,21	10,24	8,47	
HAZİRAN	12,78	4,97	10,09	8,39			8,95	8,32	10,11	8,64	
TEMMUZ	11,72	5,82	9,03	9,76			8,68	8,64	9,70	9,07	
AĞUSTOS	10,65	6,49	8,29	10,68			8,64	8,84	9,46	9,43	
EYLÜL	9,54,	7,06	7,77	11,29			8,63	9,05	9,17	9,76	
EKİM	8,16	7,76	7,23	12,11			8,47	9,25	8,98	9,60	
KASIM	6,89	8,60	6,75	12,56			8,31	9,44	8,86	10,31	
ARALIK	5,89	9,34	6,31	12,72			8,18	9,60	8,76	10,44	

2008 ÜFE ve TÜFE ORANLARI

Sıra No	OCAK 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,42	0,80
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0,42	0,80
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	6,44	8,17
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	6,08	8,61

Sıra No	ŞUBAT 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2,56	1,29
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,00	2,11
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9,10	8,15
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	5,94	8,53

Sıra No	MART 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	3,17	0,96
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	6,26	3,09
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10,50	9,15
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	5,95	8,40

Sıra No	NİSAN 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	4,50	1,68
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	11,04	4,82
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	14,56	9,66
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	6,39	8,33

Sıra No	MAYIS 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2,12	1,49
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	13,39	4,38
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	16,83	10,74
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	7,20	8,47

Sıra No	HAZİRAN 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,36	0,32
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	13,76	6,00
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	17,03	10,61
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	8,39	8,64

Sıra No	TEMMUZ 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1,25	0,58
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	15,18	6,61
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	18,41	12,06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	9,76	9,07

Sıra No	AĞUSTOS 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2,34	0,24
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12,49	6,35
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	14,67	11,77
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,68	9,43

Sıra No	EYLÜL 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,90	0,45
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	11,48	6,83
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12,49	11,13
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11,29	9,76

Sıra No	EKİM 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,57	2,60
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12,11	10,52
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	13,29	10,06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12,03	10,12

Sıra No	KASIM 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,03	-0,83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	12,08	10,52
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	12,05	10,76
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12,56	10,31

Sıra No	ARALIK 2008	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-3,54	-0,41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	8,11	10,06
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	8,11	10,06
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	12,72	10,44

YAZILAR

İFLASIN ERTELENMESİ

Av. Orhan YILMAZ

I. GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletlerinde finansal alanda başlayıp tüm dünyayı etkileyen ve küresel kriz olarak nitelendirilen ekonomik krizin, ülkemizi de etkileyeceği artık gerek siyasal ve gerekse ekonomik çevreler tarafından kabul edilir hale gelmiştir.

Kuşkusuz, bu etkiler, siyasal, toplumsal ve ekonomik olacaktır.

Toplumsal ve ekonomik etkilerin, somut olaylar bakımından şiddetinin azaltılması için hukuk alanındaki düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği muhakkaktır.

Hukukumuzdaki düzenlemeler, esas itibarıyla İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) ve kısmen de Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile Kooperatifler Kanunu'nda (KK) bulunmaktadır.

İİK'teki düzenlemeler; 2003 ve 2004 yılında yapılan değişiklik ve ilavelerle getirilen düzenlemelerdir.

30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 Sayılı Kanunla iflasın ertelenmesi müessesesi geniş ve esaslı bir düzenlemeye tabi tutulmuş; konkordato hükümleri, malvarlığının terki suretiyle konkordato müessesesi de dahil edilmek suretiyle genişletilerek güçlendirilmiştir.

Kısa bir süre sonra bu değişiklik ve ilavelerin de yetersiz kaldığı görülmektedir; 5092 Sayılı Kanunla "Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılması" hükümleri ilave edilmiş ve bu hükümler de 21.02.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İflasın ertelenmesi, konkordato ve yeniden yapılandırma hükümleri, aciz/ödeme güçlüğü içinde veya borca batık olmalarına rağmen bu durumdan kurtulup ekonomik varlıklarını devam ettirmeleri mümkün görülen sermaye şirketlerinin ekonomiye kazandırılması amacı ile getirilmiş hükümlerdir.

(*) İstanbul Barosu

Ekonomik varlıklarını devam ettirmeleri mümkün olan işletmelerin iflas etmeleri, bu işletmede çalışan işçilerinin yararına olmadığı gibi alacaklıların da yararına değildir.

Bu yönü ile; gerek iflasın ertelenmesi ve konkordato; gerekse yeniden yapılandırma hükümleri, sadece borçlu şirketlerin değil; aynı zamanda işçilerin ve alacaklıların da haklarını koruyan ve ekonomik düzeni kollayan hükümlerdir.

Bu yazıda, iflasın ertelenmesi müessesesi TTK'nın 324. maddesi ve İİK'in 179. maddesi çerçevesinde ve özellikle sermaye şirketleri yönünden açıklanmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK

İİK'in 179. maddesi 4949 Sayılı Kanunla değiştirilmiş ve 179/a, 179/b maddeleri de ilave edilmiştir.

Bu değişiklik ve ilavelerden önce, İİK'in 179. maddesi , anonim, limited ve kooperatif şirketlerin doğrudan doğruya yani önceden herhangi bir icra takibine gerek olmadan iflaslarını düzenleyen bir madde olarak, **“Anonim, limited ve kooperatif şirketlerin borçları mevcut ve alacaklarından fazla olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kişiler ve şirket tasfiye halinde ise tasfiye memurları tarafından beyan veya alacaklı tarafından ispat edilirse önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir.”** hükmünü taşımakta ve iflasın ertelenmesine ilişkin düzenleme ise sadece TTK'nın 324. maddesi ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 63. maddesinde bulunmakta idi.

Bu düzenlemeler şu şekildedir.

TTK m. 324, f.2:

“Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumi heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır. Şirketin aktifleri şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflasına hükmeder. Şu kadar ki; şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflas kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır.”

KK.m.63:

“Kooperatifin aczi halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise yönetim kurulu piyasada cari fiyatlar esas ol-

mak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim eder. Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye bilançosu veyahut daha yukarda sözü geçen ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamıyacağını belirtiyorsa yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da keyfiyeti bildirir ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır.

Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatifte son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kalırsa yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara arz eder. Aynı zamanda ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da bilgi verir. Ancak, ortakları ek Ödemelerle yükümlü olan kooperatiflerde, bilançoda tespit edilen açık, üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapanmadığı takdirde Ticaret Bakanlığı ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığı da haberdar edilir.

Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde mahkeme yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflasın açılmasını erteliyebilir. Bu takdirde, mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yarıyan tedbirleri alır.”

Madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere; bu düzenlemeler İİK'in 4949 Sayılı Kanunla değişik 179, 179/a ve 179/b maddelerine kıyasla yetersiz niteliktedir.

Esasen, bu yetersizlik sebebiyle, iflasın ertelenmesi müessesesi yapılan değişikliklerden önce sermaye şirketleri tarafından rağbet görmemiş ve mahkeme uygulamalarında da ihtiyatla yaklaşılmıştır.

Yapılan değişiklikten sonra ticaret mahkemelerine yansıyan taleplerden, iflasın ertelenmesi müessesesinin işlerlik kazandığı, zor durumda olan işletmelerin ülke ekonomisine kazandırılması yönünden rağbet gören bir araç haline geldiği ve mahkemelerce de, yasa hükümlerinin genişletilerek uygulandığı anlaşılmaktadır.

İflasın ertelenmesi müessesesinin bu şekilde rağbet görmesi ve getirilen hükümlerin geniş bir uygulama alanı bulmasında, konkordato ve uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma hükümlerindeki yetersizliklerin etkili olduğunu söylemek mümkündür.

İflasın ertelenmesi müessesesi, bir “yeniden yapılandırma” çaresi olmayıp; esas fonksiyonu konkordatoya ve uzlaşma suretiyle borçların yeniden yapılandırılmasına giden yolu açmaktır. [ÖZTEK, İcra İflas Hukukunda Güncel Sorunlar, İflasın Ertelenmesi (Özet) sh.1]

Öte yandan; iflasın ertelenmesi müessesesine başvurulabilmesi için, (uygun bir iyileştirme programı ile aşılabilecek) borca batıklık durumunun

gerçekleşmesi şart olduğundan, nakit sıkıntısından kaynaklanan borç ödemeden aciz durumu ve geçici kötüleşmelerin varlığı halinde başvurulabilecek yol iflasın ertelenmesi müessesesi değildir.

Borca batıklık hali ile borç ödemeden aciz hali ayrı ayrı kavramlar olduğundan; her iki hal için öngörülen çözüm yollarının da farklı olmaları gerektiği açıktır. (ÖZTEK, age., sh. 25)

III. MÜESSESEDEN YARARLANABİLECEKLER

İflasın ertelenmesi müessesesinin yasal dayanakları, TTK'nın 324. maddesi, KK'nın 63. maddesi ve İİK'in 179, 179/a ve 179/b maddeleridir.

TTK'nın 324. maddesi anonim şirketler yönünden sevk edilmiş bir hüküm olmakla birlikte, TTK'nın 481 ve 546. maddelerindeki yollama uyarınca limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler yönünden de uygulama alanı bulmaktadır.

KK'nın 63. maddesi kooperatifler için iflasın ertelenmesi şartlarını belirlemektedir.

İİK'te yer alan hükümler ise; 179. maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere tüm sermaye şirketleri ve kooperatifler yönünden uygulama olanağı bulunan hükümlerdir.

Bu hükümlerden; iflasın ertelenmesi müessesesinden yararlanabilecek olanlar; anonim şirketler, limited şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve kooperatifler olarak ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada; İİK'in 179,179/a,179/b maddelerinin anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler yönünden TTK'nın 324. maddesi ile birlikte ve kooperatifler yönünden de KK'nın 63. maddesi ile birlikte gönünde tutulması gerekmektedir.

IV. ŞARTLARI

İflasın ertelenmesi müessesesinin şekli ve maddi şartları yönünden gerek TTK'nın 324. maddesinde ve gerekse KK'nın 63. maddesinde uygulama için gerekli ve yeterli açıklık mevcut olmadığından; bu şartların da ha çok İİK hükümleri çerçevesinde belirlenmesi icap etmektedir.

İflasın ertelenmesi hakkından yararlanmak hususunda İİK'in 329/a maddesi ile **“Bir sermaye şirketi veya kooperatif fevkalâde mühlet elde ettiği takdirde, mühletin bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde 179 ve devamı maddeleri uyarınca iflasın ertelenmesinden yararlanamaz**” şeklinde getirilen sınırlama da dikkate alınmak kaydı ile ve bu maddelerde yer alan hükümler itibarıyla, iflasın ertelenmesi talebinin mahkemece incelenebilmesi için yasal olarak öngörülen şartları şu şekilde sıralamak mümkündür:

A- Şekli Şartlar:

- 1) Talep,
- 2) Bilançonun mahkemeye verilmesi,
- 3) Borca batıklık beyanı,
- 4) İyileştirme projesinin mahkemeye verilmesi,

Bu şartlara beşinci bir şart olarak, yasal hükümlerde yer almamış olmasına rağmen doktrinde ileri sürülen ve mahkemeler uygulamasında da yer alan bir şartın da ilave edilmesi gerekmektedir:

- 5) Masrafların avans olarak mahkeme veznesine depo edilmesi.

Bu şartların kısaca açıklanmasında yarar görülmektedir.

1) Talep Şartı:

İİK'in 179. maddesinde iflasın ertelenmesini talep edebilecekler;

- “idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler”,
- “şirket tasfiye halinde ise tasfiye memurları”
- “alacaklılardan biri”

Şeklinde sayılmıştır.

2) Bilançonun Mahkemeye Verilmesi:

Bu şart TTK'nın 324. maddesi ile KK'nın 63. maddesinde yer almıştır.

Buna göre; yılsonu bilançosu ve borca batıklık bilançosunun mahkemeye ibraz edilmesi zorunludur.

Bu şartın yerine getirilmesinde önemli olan husus, borca batıklık bilançosunun, sermaye şirketi veya kooperatifin gerçek mal varlığını ortaya çıkaracak ve gerek aktif ve gerekse pasif kısmında gerçek değerlere yer verecek şekilde düzenlenmiş olmasıdır.

Borca batıklık bilançosu, şirketin gerçek mali durumu ile şirketin mevcut ve alacaklarının şirket borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığını gösteren bir bilanço türü olup; yılsonu bilançosunun tanzimine esas alınan kurallardan farklı kurallara tabidir.

Borca batıklık bilançosunda, esas sermaye, yedek akçeler ve amortismanlar pasif kısmında yer almaz ve geçmiş yıllar zararları ile dönem zararı pasif kısmında gösterilmez.

Borca batıklık bilançosunun pasif kısmında gerçek şirket borçları ve aktif kısmında da mevcut ve alacaklar gerçek değerleri yani bilançonun düzenlendiği tarihteki piyasa fiyatları esas alınarak gösterilir.

3) Borca batıklık beyanı:

TTK'nın 324. maddesine göre; **“şirketin aktifleri şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur.”**

KK'nın 63. maddesindeki hüküm de aynı paraleldedir.

İİK'in 179. maddesi de aynı beyandan **“...borçlarının aktifinden fazla olduğu”** şeklinde söz etmektedir.

Bütün bu hükümlerde sözü edilen beyan, kısaca **“borca batıklık”** olarak adlandırılması mümkün olan bir beyandır.

Bu beyanın yapılmamış olması, idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimselerle tasfiye memurları yönünden, alacaklılardan birinin şikâyetine bağlı olarak on günden üç aya kadar hapis cezasını gerektiren bir suç teşkil etmektedir. (İİK m.345/a)

4) İyileştirme Projesinin Mahkemeye Verilmesi:

İİK'in 179. maddesine göre; mahkemenin ciddi ve inandırıcı bulacağı nitelikte bir iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması zorunludur.

İyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması dışında, şekli ve kapsamı hakkında getirilmiş bir hüküm mevcut değildir.

Bu durumda; iyileştirme projesinin her somut olaya göre içerik ve şekil itibarıyla değişik olabileceğini ve somut olaya göre ciddi ve inandırıcı olup olmadığının mahkemece tespiti gerektiğini söylemek mümkündür.

Genel olarak, iyileştirme projesinin, **“Öngörülen kurtarma tedbirlerini ve borca batıklığı ortadan kaldırmak için gerekli olan süreyi içermesi gerektiği”** ifade edilmektedir. (ÖZTEK, age., sh. 21)

5) Masrafların Avans Olarak Mahkeme Veznesine Depo Edilmesi:

İflasın ertelenmesi müessesesinin dayanağını teşkil eden yasa maddelerinde, masrafların peşin ödeneceğine ilişkin bir hüküm mevcut değil ise de; mahkemece re'sen uygulanması gereken erteleme tedbirlerinin hayata geçirilmesi ve özellikle; iflasın ertelenmesi talebinin kabul edilmeyecek iflasa karar verilmesi ihtimali, iflasın ertelenmesine karar verildiği takdirde ilan ve bildirim masrafları, kayyım ücreti, ileride erteleme kararının kaldırılıp iflasa karar verildiği takdirde iflas masraflarının karşılanması bakımından ve İİK'in 181. maddesinde masrafların peşin verilmesine ilişkin İİK'in 160. maddesine yapılan atıf da göz önünde tutularak, mahkemece belirlenecek belli bir avansın mahkeme veznesine yatırılması zorunludur.

B. Esasa İlişkin Şartlar:

1) Borca Batıklık:

Borca batıklık, şirket borçlarının aktifinden (mevcut ve alacaklar) fazla olması (İİK 179); diğer bir ifade ile de şirket aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi (TTK 324) olgusudur.

Borca batıklık olmadan ve sadece yeterli nakit bulunmaması ve likidite sıkıntısından kaynaklanan ödemeden aciz durumu, iflasın ertelen-

mesi müessesesinin uygulanması için tek başına yeterli değildir. (Oğuz ATALAY, Bankacılar Dergisi, Sayı: 47, sh. 95)

2) İyileştirmenin Mümkün Olması:

Mahkemeye ibraz edilen iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması ve bu projenin uygulanması sonunda şirketin borçlarını ödeyebilecek ve normal faaliyetini devam ettirebilecek duruma geleceğinin mahkeme tarafından mümkün görülmesi gerekmektedir.

İyileştirmenin gerçekleşmiş sayılması için öncelikle şirketin borca baktıktan kurtulması ve bu iyileşmenin alınan ve uygulanan tedbirlerle sürekli ve kalıcı olduğunun ortaya çıkması icap etmektedir. (ÖZTEK, age., sh. 26-28)

3) Alacaklıların Haklarının Korunması:

İflasın ertelenmesi müessesesinin amacı, iflas şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen, alınacak ve uygulanacak tedbirlerle iyileşmesi ve hayatiyetini devam ettirmesi mümkün olan sermaye şirketinin, alacaklıların hakları da korunmak suretiyle ekonomiye kazandırılması olduğundan; “*alacaklıların, iflasın ertelenmesi halinde, iflasın derhal açılması halinden daha kötü bir duruma sokularak zarar görmemeleri gerekir.*” (ÖZTEK, age., sh.28)

V. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME:

a) Görevli Mahkeme:

İflasın ertelenmesi davasında görevli, mahkeme iflas davasında olduğu gibi ticaret mahkemesidir. (İİK m. 154/son, TTK m.5/2)

Dava, mutlak ticari davalardan olup; münhasıran tarafların arzularına tabi işlerden olmadığı için, iş bölümü itirazına bağlı olmadan, görev hususunun mahkemece re’sen göz önünde tutulması gerekmektedir. (TTK m.5/3)

b) Yetkili Mahkeme:

Yetkili ticaret mahkemesi, iflasın ertelenmesini talep eden şirketin (**talep/dava tarihi itibarıyla**) muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesidir. (İİK m. 154/3)

VI. YARGILAMA USULÜ:

İflasın ertelenmesi talebi, çekişmesiz yargı kapsamında olup; uygulanacak yargılama usulü, basit yargılama usulüdür. (İİK m. 158/2, HUMK m.507/1, 176/9)

İİK’in 179/2. maddesine göre; “**İflasın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır.**”

Çekişmesiz yargıya tabi işlerde, duruşma açılması zorunluluğu bulunmadığından, kural olarak, mahkeme duruşma açmak zorunda da değildir. (ÖZTEK, age., sh.34)

Ancak; verilecek kararın önemi ve gerek talepte bulunan şirket ve gerekse alacaklılar yönünden yaratacağı sonuçlar göz önünde tutularak, talebin duruşmalı olarak incelenmesinde yarar mevcuttur.

İİK'in 179/2. maddesinde; mahkemenin gerekli gördüğü takdirde idare ve temsille görevli kişileri ve alacaklıları dinleyebileceği hükme bağlanmış ise de; mahkemenin, özellikle büyük alacaklıların tamamını veya önemli bir kısmını duruşmaya çağırıp dinlemesinde ve itiraz eden alacaklı mevcut ise, itiraz sebeplerini açıklama fırsatı tanınmasında, verilecek kararın isabeti ve taraflarını tatmin etmesi açısından fayda bulunduğu açıktır.

Aynı şekilde; İİK'in 181. maddesindeki atıf da gözönünde tutulmak suretiyle; iflasın ertelenmesi talebinin İİK'in 166/2. maddesindeki gösterildiği şekilde ilan edilmesinde de büyük yarar bulunduğu düşünülmektedir. Uygulama da bu doğrultudadır. (Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 30.12.2004 tarih ve 2004/10530-13441 sayılı ilamı)

VII. KANUN YOLLARI:

İflasın ertelenmesi kararının tabi olduğu kanun yolu hakkında, İİK.nunda açık bir hüküm mevcut değildir.

İflasın ertelenmesi müessesesini düzenleyen maddelerden sonra gelen İİK'in 181. maddesinin atıfta bulunduğu İİK'in 164. maddesinde, ticaret mahkemesi tarafından verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren (10) gün içinde temyiz yoluna gidilebileceği bildirildiğinden; iflasın ertelenmesi kararlarının da gerek usul ve gerekse esas yönün aynı şekilde temyiz yoluna tabi olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu karara karşı temyiz süresi, şirket için tebliğ tarihinden; alacaklılar için ise ilan tarihinden işlemeye başlayacaktır. (ÖZTEK, age., sh.38)

Eğer iflasın ertelenmesi talebi duruşmalı olarak incelenmiş ve alacaklılar veya bir kısım alacaklılar duruşmaya çağrılıp, karar da tebliğ edilmiş ise; kendilerine tebligat yapılan alacaklılar yönünden temyiz süresinin tebliğ tarihinden itibaren başladığının kabul edilmesi usul hükümlerine uygun olacaktır.

İflasın ertelenmesi kararı üzerine Yargıtay ilgili dairesi tarafından verilen karara karşı da yine (10) günlük süre içinde karar düzeltme yoluna gidilmesi mümkündür. (ÖZTEK, age., sh.38)

VIII. ERTELEME TEDBİRLERİ:

Erteleme tedbirleri İİK'in 179/a maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre; ***“İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır.”***

TTK'da da buna paralel bir hüküm mevcuttur. **“...mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır.”** (TTK m. 324 f. 2 son cümle)

Bu tedbirlerin (kayım atanması dışında) neler olabileceği hususunda yasa maddesinde bir açıklık mevcut değildir.

Mahkeme, , şirketin mal varlığının korunması için gerekli tedbirleri, somut olayın özelliğine göre iyileştirme projesini göz önünde tutarak ve gerekirse bilirkişi görüşüne de başvurmak suretiyle belirleme durumundadır.

Koruma tedbirleri yanında, mahkeme, erteleme kararı ile birlikte, (ücretini de belirlemek suretiyle) kayıyım atanmasına karar verecektir.

Kayıyımın tek veya birden çok kişi olarak atanması hususunu mahkeme her somut olayın özelliğine ve mevcut yönetim organının mahiyet ve sayısına göre takdir edecektir.

Lehine iflasın ertelenmesi kararı verilen şirketin yönetim organının tüm yetkilerinin kaldırılarak, bu yetkilerin tamamının kayıma verilmesi mümkün olduğu gibi; yönetim organının karar ve işlemlerinin kayıyımın onayına tabi tutulması ile iktifa edilmesi de mümkündür.

Erteleme kararında, atanan kayıyımın görev ve yetkilerinin ayrıntılı bir şekilde gösterilmesi zorunludur.(İİK 179/a, f.3)

Mahkeme, erteleme kararının hüküm fıkrasını, İİK'in 166. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği şekilde; karar tarihi itibarıyla tirajı elli binin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetelerden biri ile birlikte Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edecektir.

Tirajı elli binin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapılan gazetenin yayımlandığı yer, hakkında iflasın ertelenmesine karar verilen şirketin muamele merkezi değilse, erteleme kararı hüküm fıkrasının muamele merkezinde bulunduğu yerdeki bir gazete ile de ilan edilmesi gerekecektir. (İİK 179/a, f.4)

Ayrıca; iflasın ertelenmesine karar verildiği hususu, ilgili şirketin durumuna göre belirlenecek şekilde, tapu sicil müdürlüğü, ticaret sicili memurluğu, gümrük ve posta idareleri, Türkiye Bankalar Birliği, ticaret odası, sanayi odası, menkul kıymetler borsası, Sermaye Piyasası Kurulu gibi gerekli yerlere mahkeme tarafından bildirilir. (İİK m.179/a. son ve 166/2)

Erteleme kararından önce ihtiyati tedbir kararı verilip verilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalı olmakla beraber; uygulamada mahkemelelerin, erteleme kararından önce ve genellikle tensip kararı ile birlikte, şirketin mal varlığının korunmasına yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı verdikleri görülmektedir.

Verilen ihtiyati tedbir kararları, erteleme kararı verilinceye kadar geçecek yargılama süreci içinde, borçlu şirketin malvarlığını koruma ihtiyacı ve düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesini engelleyen bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Aksine; tehlinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde, tehlike veya zararın önlenmesi için mahkemenin gerekli ihtiyati tedbirlerin uygulanmasına karar vermesi mümkündür.(HUMK m.103)

Ancak; verilecek ihtiyati tedbir kararının, iflasın ertelenmesi kararından daha fazla koruma sağlayıcı ve üçüncü kişilerin haklarını etkileyici nitelikte olmaması gerektiğini söylemek mümkündür.

IX. ERTELEME KARARININ ETKİLERİ:

İflasın ertelenmesine ilişkin olarak verilen kararın borçlu şirket ve alacaklılar yönünden ne gibi etkileri olacağı hususu İİK'in 179/b maddesinde belirtilmiştir.

Bu etkilerin hukuki sonuç doğurması için erteleme kararında belirtilmiş olması zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile, erteleme kararının etkileri yasadan doğmakta ve erteleme kararı ile birlikte hüküm ifade etmektedir.

Bu etkileri şu şekilde sıralamak mümkündür.

1) Borçlu aleyhine 6183 Sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz;

Madde, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki 6183 Sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere, hiçbir takibin yapılamayacağını hükme bağlamaktadır.

Hükmün yasakladığı “**takip**” olduğundan; “**davalar**”, erteleme kararının etki alanında değildir. Diğer bir ifade ile; erteleme karardan sonra ve erteleme süresi içinde şirket aleyhine dava açılması ve erteleme karardan önce açılmış bulunan davalara devam edilmesi mümkündür.

Ancak; bu davalar sonunda alınacak ilamların icra takibine konu yapılması da yasak kapsamındadır.

Gerek itirazın iptali davası ve gerekse iflas davası, icra ya da iflas takibinin devamı niteliğinde olduğundan, erteleme karardan sonra itirazın iptali ve takipli iflas davası açılması da mümkün değildir. (ÖZTEK, age., sh.45/Oğuz ATALAY, Anonim Şirketlerin İflası, sh.131)

Takip yasağının istisnası, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipler ve İİK'in 206. maddesinde birinci sırada sayılan işçi alacakları için haciz yolu ile yapılan takipler olarak belirtilmiştir. (İİK'in 179/b.f.2-3)

Bu nitelikteki takiplerin açılması ve devam ettirilmesi mümkündür.

Yasak kapsamında bulunan bir icra takibinin yapılması halinde, süresiz şikâyet (İİK m.16. f.2) yolu ile bu takibin iptal ettirilmesi gerektiğini söylemek icap etmektedir.

2) Evvelce yapılmış takipler durur;

Erteleme kararı verilmesinden sonra, durması gereken icra takipleri, **(rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takipler ve işçi alacakları için haciz yolu ile yapılan takipler dışındaki)** 6183 Sayılı Kanuna göre yapılan takipler dâhil olmak üzere tüm takiplerdir.

İcra ya da iflas takibinin devamı niteliğinde olan itirazın iptali ve iflas davalarının da, bu hüküm kapsamında kabul edilerek durdurulması gerekmektedir.

3) Bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren süreler işlemez;

Bu kural, erteleme süresi içinde yapılamayan veya duran takiplere konu olabilecek nitelikteki alacakların tabi bulunduğu zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilgilidir.

Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip edilebilecek alacaklar ve İİK'in 206. maddesinde birinci sıra alacak olarak belirtilen işçi alacakları bakımından öngörülen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemeye devam edecektir.

4) Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez;

Erteleme kararından sonra da taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibi yapılabileceği gibi; bu karardan önce başlamış olan bu mahiyetteki icra takiplerine de devam edilmesi mümkündür.

Bu nitelikteki takipler için ön görülen işlem yasağı; muhafaza tedbirleri ile satışır.

Diğer bir ifade ile bu takiplere devam edilmekle birlikte; takip nedeniyle muhafaza tedbiri alınamayacağı gibi rehinli malın satışı da yapılamaz.

Haklar dengesinin korunması yönünden; erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizler için teminat gösterme zorunluluğu kabul edilmiştir.

5) İİK'in 206. maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir:

Adi ve rehinli alacakların sırasını belirleyen İİK'in 206. maddesinde, işçilerin, iş ilişkisine dayanan alacaklarının birinci sıraya kaydı gereken alacaklar olduğu belirtilmiştir.

Bu nitelikteki alacaklar için haciz yolu ile icra takibi yapılabileceği hükme bağlanmak suretiyle; bu alacaklara rehinle temin edilmiş alacaklara göre daha fazla bir koruma getirilmiş durumdadır.

Zira, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan icra takiplerinde muhafaza tedbiri alınması ve rehinli malın paraya çevrilmesi mümkün olmadığı halde, işçi alacakları için böyle bir sınırlama yoktur. (ATALAY, Bankacılar Dergisi, Sayı:47, sh. 96)

X. ERTELEME SÜRESİ:

Erteleme süresi azami bir yıldır. (İİK m.179/b.,f.4)

Erteleme süresinin azami bir yıl olduğu hükme bağlandığından; bu sürenin bir yıldan az olarak belirlenmesi mümkün ise de; bir yıldan uzun bir süre olarak belirlenmesi yasa maddesine aykırıdır.

Bu süre, kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez.

Bu şekilde; uzatma süreleri ile birlikte toplam erteleme süresi (5) yıldır.

Uzatma sürelerinin belirlenmesi, bir yıllık üst süreye tabi değildir.

Uzatma sürelerinin, azami dört yıllık süre göz önünde tutularak; 6 aylık, bir yıllık veya dört yıllık olarak belirlenmesi mümkündür. (ÖZTEK, age., sh.53)

Mahkemenin kendiliğinden erteleme süresini uzatması mümkün olmayıp; bu konuda borçlu şirketin, kayyımın veya bir alacaklının talepte bulunması gerekir. (ÖZTEK, age., sh.54)

Uzatma talebinin, erteleme süresi içinde yapılması şarttır. (Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 17.11.2005 tarih ve 2005/8275-11316 sayılı ilamı)

Erteleme süresinin uzatılabilmesi için iyileştirme ümidinin devam etmesi ve belirlenen uzatma süresinin de iyileştirme planına ve iyileştirmenin başarı şansına uygun olması gereklidir. (ÖZTEK,age.,sh.54)

Erteleme kararı Yargıtay tarafından bozulmadığı sürece erteleme süresinin uzatılmasına karar verilmesi mümkündür.

Erteleme süresi, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren işleme-ye başlar.



BANKACILIKTA RİSK YÖNETİMİ

Yrd. Doç. Dr. Güran YAHYAOĞLU

1. GİRİŞ

Bilindiği gibi bankacılık, bir ülkede yürürlükteki mevzuata uygun olarak, mali kaynakların birikim ve akışkanlığını sağlayan temel mekanizmadır. Bu kadar önemli bir fonksiyon icra eden sistemin büyük bir risk altında olması sektörün doğası gereğidir. Sektörün doğumundan beri var olan bu faktör, gelişen ticari ilişkiler karşısında sürekli değişmektedir. Küreselleşme sebebiyle ise artık bankacılığın terminolojisi dahi değişmekte ve yaşanan ağır mali krizler karşısında bankacılıkta riskin anlamı, kapsamı ve riski önleyici tedbirlerin neler olabileceği yeni baştan tartışılmaktadır.

Bankacılıkta risk, eskiden olduğu gibi tek bir temel üzerine oturtulamamakta, aksine çok çeşitli, karmaşık ve birbirleriyle etkileşim içinde olan konuları ifade etmektedir. Risk konusu artık yöneticilerin tecrübe ve kişisel yargılarına bırakılamayacak kadar karmaşık bir hal almış ve bilimsel yöntemlerle ölçülmek zorunluluğu doğmuştur. Küreselleşme ile artan rekabet, bankacılıkta kar marjlarını da düşürmüş ve risk adeta, yönetilmesi ve yönlendirilmesi gerekli bir ateşten top olarak camiaya düşmüştür. Artık, meslek olarak risk yönetim uzmanlığından, söz edilmektedir. Uzmanlarca yönetilmeyen risklerden doğabilecek zararların, yüksek kar marjı içinde eriyeceğini söyleme imkânı da kalmamıştır. Özetle risk, günümüz bankacılığında sürekli çeşitlenip, karmaşık bir hal almakta olup, özel ve verimli bir şekilde yönetilmesi gerekli bir konu olarak karşımızda durmaktadır.

2. RİSK VE BELİRSİZLİK KAVRAMLARI

Risk, mevcut bir duruma kıyasla, gelecekte gerçekleşmesi beklenen durum ile gerçekleşen durumun farklı olması ihtimalidir. Risk, zarar etme olasılığı veya zararın derecesini artıran bir durum olarak da tanımlanabilir. Bir istatistikçi için risk, beklenmedik kâr veya zarar (standart sapma) dır. Bu tanıma göre bankacılıkta risk–getiri ilişkisini, “ortalama varyans” olarak ifade etmek de mümkündür. Sapma ne kadar yüksekse,

getirinin bilinmezliği, yani riski de o kadar yüksektir¹. Bu mantıkla bakarsak, piyangodan büyük ikramiyeyi kazanmanın çok küçük bir risk olduğunu söyleyebiliriz. Risk, beklenmeyen sonuçların dalgalanırılıklarıdır². Herhangi bir insan için risk, işini, sağlığını, sevdiğini kaybetme olasılığı vb. iken, bankalar için risk, müşterisinin yükümlüğünü yerine getirmemesi, yahut istenmeyen sair durumların ortaya çıkması sonucu zarar edilmesi (veya istenilen karın elde edilememesi) ihtimalidir³.

Risk ile belirsizlik kavramları, çoğu zaman karıştırılmakla birlikte farklı durumları ifade ederler. Risk, sonucun değil ama, bazı ihtimallerin tahmin edilebilmesi, bazılarının ise hiç bilinmemesidir. Belirsizlik ise, hiçbir ihtimalin bilinmemesi, bilinse bile hesap edilememesidir. Risk, yalın riskle, spekülative riski içine alan geniş bir kavramdır. Yalın risk, kaza veya beklenmedik bir durum sonucu doğabilecek zarar; spekülative risk ise beklenti ve analizler üzerine taşınan ve sonucunda kâr veya zarar doğurabilecek olan risktir. Yalın risk sonucu yalnızca zarar oluşma olasılığı varken, spekülative risk sonucu kâr da zarar da oluşabilmektedir.

Bankacılıkta risk yönetimi, riskleri her zaman yok etmek veya en aza indirmek anlamına gelmez. Riski yönetmek, riske hakim olup, vadesine, türüne ve etkisine yön verebilmektir. Bu nedenle, bankacılıkta risk doğru tanımlanıp ölçülmeli ve neticede sayısallaştırıp yönetilebilmelidir. Buna bağlı olarak her bankanın, kendi risk yönetim kültürünü oluşturmaya gerektiğini söyleyebiliriz.

A) Risk Yönetimi

Türk bankacılık sektöründe Finansal Risk Yönetiminin henüz emekleme döneminde olduğunu söyleyebiliriz. Basel II yaklaşımı doğrultusunda bilinçlenen bankalar konu hakkında muhtelif çalışmalar yapmakta, uygulama ve anlayışın nasıl olması gerektiği konusunda fikir teatilerinde bulunmaktadır.

a) Bankacılıkta Risk Sınıflandırılması

Riskleri değişik bakış açılarına göre gruplandırmak mümkündür. Esasen, her bir riskin kendine has özellikleri (değişkenleri) bulunmakla, ayrı inceleme konusu yapılmaları gerekmektedir. Bankacılık enstrümanlarının sürekli gelişip çeşitlenmesi karşısında, yapılacak net bir sınıflandırmanın gelişmelere kapalı kalması veya başarısız olma ihtimali vardır. Ancak yine de, ortak özellikleri dikkate alınarak bir ayrıma gidilmesinde de zorunluk bulunmaktadır.

(1) Smith L., *Risk Management & Financial Derivatives: Risk-reward Relationships – Foundation of Derivatives* NY McGraw Hill, 1998, s.3

(2) Jorion P., *Value at Risk* NY McGraw Hill, 2000, s.3

(3) Uğur İ., *Bankalarda Uluslararası Standartlara Uygun Risk Yönetimi ve Kontrolü*, İktisadi Araştırmalar Vakfı Seminer Tebliği, Haziran 2000, s.41

Riskleri, genel olarak **sistematiik olan ve sistematiik olmayan riskler** şeklinde ayırabiliriz. Buna bağılı olarak da bankacılıkta, kredi riski, operasyonel risk ve piyasa riski olmak üzere üç temel riskten söz edebiliriz. Bunlardan piyasa riskini, algoritmik modellerle sayılara dökmek, “kredi ve operasyonel” risklere kıyasen daha kolaydır. Hatta, artık bu konuda bir standart oluştuğunu söylemek de mümkündür.

Kredi kullanan kişi veya firmanın kredinin faiz ve/veya anaparasını vadesinde ödememesi kredi riskidir⁴. Bu risk, ödemelerin kısmen dahi olsa gecikmeli yapılma ihtimalini de kapsar. Yani kredi riski, borçlunun akdi yükümlölüklerini yerine getirememesi veya getirmek istememesi durumunda ortaya çıkar⁵. Böyle bir durum bankada nakit akışı problemlerine neden olacağından, risk gerçekleşmiş ve belirsizlik doğmuş olur. Kredi riski yalnızca nakdi kredi kullanımında değil, teminat mektubu, kefalet, garanti, akreditif ve benzeri bilanço dışı taahhütler, döviz alım satım işlemleri, menkul kıymet işlemleri, vadeli işlemler ve türev enstrümanlara bağılı olarak da doğabilir. Kredinin ne sebeple olursa olsun batık hale gelmesi, bankanın aktifini de donuk hale getirir; kısa vadeli alacaklarını uzun vadeli alacak haline döndürölerek nakit akışını aksatır ve bankanın likiditesini negatif yönde etkiler. Batık kredinin miktarı yüksekse, bankanın kredibilitesini de azaltarak likidite açısından ikinci bir negatif etki daha yapar. Kötü krediler protokole bağlanıp, vadesi uzatılarak yapısı sabit faizliden değişken faizliye çevrildiğinde faiz oranı riski müşteriye transfer edilmiş olur. Banka faiz oranı riskinden kurtulmuş olur. Bu durum müşterinin kredibilitesini daha da kötüleştirir ve nakit akışını daha da belirsizleştirir. Bir kredi battığında karşılaşılan maliyetin boyutu, kredi tutarı kadar değildir. Bu tutardan nakde dönüştürölubilecek garanti ve teminatlar ile batan firmanın eğer yaparsa kısmi ödemelerini düşölür. Yani kredi riskinin büyüklüğü, firmanın batma olasılığına, firma battığında ne kadar risk taşınmakta olduğuna ve batan tutarın ne kadarının tahsil edilebileceğine bağılıdır. Kredi riski yalnızca mevcut kredilerden kaynaklanmayabilir. Bilanço dışı yükümlölükler de kredi riski yaratabilir. Akreditif vadesi geldiğinde müşterinin kredibilitesi bozulmuş ve bu taahhüt doğrudan bankanın taahhüdü haline dönüşmüş olması buna bir örnektir.

Türev enstrümanların yarattığı kredi riski ise, enstrümanın nominal değeri değildir. Örneğin \$1 milyonluk futures veya swap işleminin bankaya yarattığı kredi riski \$1 milyon olmayacaktır. Türev enstrümanların değeri, üzerinde yazılı olan varlığın veya başka bir türevin değerine bağılıdır. Bu nedenle taşınan kredi riski nominal değere değil, o işlemi, kontratı veya enstrümanı yeniden yerine koyma değerine bağılıdır. Bu değer ise enstrümanın vadesine, faiz oranlarına, cari fiyatına ve piyasa koşullarına

(4) Onur S., Enflasyonla Mücadele Ortamında Kredi Riski Yönetimi Sürecinin Artan Önemi, İktisadi Araştırmalar Vakfı Seminer Tebliğleri, Haziran 2000, s.78

(5) Jorion P., age s.16

bağlı olarak sürekli değişir. Kredi riski, firmanın kredi derecesinin (rating) değişmesiyle de ortaya çıkar⁶. Bu durum daha çok fiyat riskini ilgilendirir. Kredi verilen firmaya mevcut ratingi ile belli bir spread uygulanır. Sonradan firmanın ratingi düşürülürse, uygulanmış olan spread düşük kalmış olacak, kredinin değeri düşecek ve bankanın kredi portföyü belli bir zarar yazacaktır⁷.

Kredi riskinin sayısallaştırılması, batma olasılığının hesaplanmasını da içerir. Kredinin batma olasılığını belirlerken “batmanın” ne olduğunun tanımlanması gerekir. Kredi derecelendirme kuruluşlarına göre bir ödememin üç ay gecikmesi kredinin batmış olduğu anlamına gelmektedir. Kredinin batma ihtimali doğrudan ölçülemez. Tahminde bulunulurken firmanın kredi derecesi yahut geçmiş batma verilerine refere etmek uygun olabilir. Kredibilite ile, batma ihtimali arasında sıkı bir korelasyon vardır. Bu tür bilgileri bankanın kendisi de hesaplayabileceği gibi, derecelendirme kuruluşlarından da alabilir. Ancak, hem kredi batmasına yönelik güvenilir dataların bulunmaması, hem de beher firmayı ayrı derecelendirilmeye tabi tutmanın zorluğu, kredi riskini sayısallaştırmada karşılaşılan önemli sorunlardır.

Bankacılıkta bir diğer önemli risk kalemi olan operasyonel riskin sayısallaştırılıp ölçülmesi hakkında yeknesak bir görüş yoktur. Genel anlamda operasyonel risk, piyasa riski veya kredi riski olarak kategorize edilemeyen tüm diğer riskler ile insan hataları ve teknik hatadan kaynaklanan riskler olarak kabul edilmektedir. Bankanın operasyonundan, kullanılan sistemin ve bankanın kendi yapısından, kullanılan yöntemlerden ve uygulanan modellerden kaynaklanan risktir. Operasyonel risk genel anlamda insan ve/veya teknoloji hatası veya kazalar olarak tanımlanabilir. Bu tanım suistimal, yönetim hatası, uygun olmayan yöntemler ve yetersiz kontrolleri de kapsar⁸. Operasyonel risk, “kurum politikalarının, yöntemlerinin ve güvenilirliğinin yetersizliğinden ve kanunların, mevzuatın, politik durumun ve iş ortamının değişmelerinden kaynaklanan risk”, olarak tanımlanmıştır. Bankacılıkta işlem adet ve montanların sürekli artması ve yeni ürün, yöntem ve teknolojinin uygulanması nedeniyle etkin bir entegre risk yönetiminin uygulanmasında operasyonel riskin yönetilmesi çok önem kazanmıştır. Operasyonel riskin en önemli kaynağı iç kontrolün eksik, yanlış veya hiç uygulanmamasıdır. İç kontroldeki zayıflık, hatanın, suistimalin veya hizmet aksamalarının önlenememesine neden olur. Operasyonel riskin azaltılması için başvurulacak en temel faktörler iç ve dış denetimdir. Belirli risklerin azaltılması, hatta yok edilmesi için sigorta imkanından da faydalanmak gerekir. Operasyonel riskin yö-

(6) Buttlar C., *Mastering Value at Risk*, Pearson Education, 1999, s. 172-173

Michel Crouhy, Dan Galai, Robert Mark, *Risk Management* NY McGraw Hill, 2001, s. 275-282

(7) Joel B., *Risk Management in Banking*, NY Wiley, 1998

(8) Jorion P., *age* s.18

netilmesinde görev tanımları ile iş akış şeması çok net tanımlanarak, icra ve denetim fonksiyonlarının birbirinden bütünüyle ayrılması ve etkin bir dahili raporlama sisteminin kurulması gereklidir⁹.

Piyasa (Pazar) riski ise, faiz oranları, döviz kurları ve hisse senedi endekslerindeki beklenmeyen değişiklikler olması ve takas işlemlerinin ön-görülen şekilde gerçekleşmemesi nedeniyle zarara maruz kalınması ihtimalidir. Benzer bir tanımla, portföydeki varlıkların gelecekteki değerlerinin taşınacağına ve bu riskin nasıl yönetileceğine ilişkin politikalar, bankanın sermaye gücüne göre değerlendirilmelidir. Riskleri, faiz oranı, likidite, kur, bilgi işlem veya insan hataları açısından da ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bu risk türlerine başka eklemeler yapmak da mümkündür.

Faiz oranlarındaki değişimler ise, bilanço içi ve dışı işlemlerin mevcut değerini etkileyerek, nakit akışları üzerinde etkili olabilmektedir. Aktif ve pasif kalemlerin hem faiz oranları hem de faiz şartları birbirinden farklıdır. Bu fark, bankaya faiz oranı riski yaratacaktır. Faiz oranlarındaki değişimlerin, aktif getirileri ve kaynak maliyetlerini değiştirmektedir. Zaten finans yöneticileri de beklentileri doğrultusunda bu farkı kasıtlı olarak yaratmaya çalışırlar. Örneğin, yöneticiler faiz oranlarında bir artış bekliyorlarsa, aktiflerinin faize duyarlılığını artırmaya yani aktiflerinin vadesini kısaltmaya çalışırlar. Aynı anda da pasiflerinin faize duyarlılığını azaltmaya yani pasiflerinin vadesini uzatmaya çalışırlar. Kısacası, uzun vadeli borçlanıp kısa vadeli yatırım yaparlar. Bu tür bilançolarda pozitif boşluk olduğu kabul edilir.

Sahip olunan bir kıymetin, istenildiğinde paraya (nakde) çevrilememesini veya bu işlem gerçekleştirilirken bazı zorluklarla karşılaşılması sonucu kıymetin cari piyasa değerinin altında elden çıkarılması bir başka riskdir. Buna **likidite riski** denilmektedir. Gerek ortaklık sağlayan, gerekse borçluluk veya alacaklılık ifade eden yatırım araçlarında var olabilen likidite riski, sahip olunan kıymet ve bunun işlem gördüğü ikinci el piyasa ile yakından ilişkilidir. Benzer veya standart özelliklere sahip kıymetlerin işlem gördüğü, hem alıcı, hem de satıcı sayısının fazla olduğu sürekli ve aktif piyasalarda likidite riskinin üzerinde genellikle pek durulmaz.

Likidite riski, yatırımcının elindeki kıymet sayısı, bunların toplam piyasa değeri ve mülkiyet hakkı devir işlemlerinin masraflı veya zahmetli olması ile de yakından ilgilidir. Kısa vadeli kıymetlerde likidite riski uzun vadeliye göre genellikle daha azdır. Bankaların yeterli likit varlıklara sahip olmamaları ya da aktif kalemlerindeki artışı karşılayacak ölçüde yeterli özkaynak bulundurmamaları nedeniyle talep edilen yükümlülüklerini zamanında yerine getirememeleri riski likidite riskidir¹⁰.

(9) Uğur İ. agm s. 67

(10) Uğur İ., agm s.62

Likidite riski, “piyasa likiditesi riski” ve “fonlama likiditesi riski”¹¹, şeklinde ikiye ayrılabilir. Piyasa likiditesi riski, ürünün, varlığın veya menkul kıymetin ikincil piyasasının ne kadar derin olduğu ile ilgilidir. Piyasa likiditesi riski için işlem fiyatlarının alım-satım farkları iyi bir gösterge oluşturur. Fonlama likiditesi riski ise bankanın ödemelerini yapacak, taahhütlerini yerine getirecek likiditesini kaybetme riskidir. Piyasa likiditesi riski kurumun likidite yaratırken uğrayacağı kaybın boyutları ile ilgiliyken, fonlama likiditesi riski ise kurumun mevcudiyetini devam ettirip ettirememesiyle ilgilidir.

Gerek vadesi dolan ve yenilenmeyen, gerekse başka bir nedenle oluşan fon çıkışlarını yenileme ihtiyacı; beklenen fon girişinin gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkan finans ihtiyacı; bilanço dışı yükümlülüklerin bankanın kendi yükümlülüğü haline gelmesi durumunda ihtiyaç duyacağı yeni fonlar; istenildiğinde yeni kredi veya yatırımlara girebilme gücünü sağlama ihtiyaçlarının her biri banka için likidite riskidir.

Bankalar mevduat tabanını yaygınlaştırarak, yani çok müşteriden az mevduat toplayarak likidite riskini azaltırlar. Atıl rezerv tutmadan likidite riskini düşük tutmanın bir diğer yolu, diğer bankalarla ve merkez bankası ile olan işlem limitlerini (line'larını) yüksek ve açık tutmaktır. Aktif tarafında likiditesi yüksek, her an nakde tahvili mümkün değerler bulundurmamak da likidite riskine yardımcı olur.

Yatırımların farklı para birimleri üzerinden gerçekleştirilmesi halinde doğan risk ise, kur riskidir. Döviz kuru riski, milli para veya kaynaklarla, döviz alım veya satımı karşılığında zarar etme ihtimalidir¹². Günümüzde, sermaye ve para piyasalarında artan globalleşme karşısında, ülkelararası fon hareketlerinin hızlanması sonucu, kur riskinin önemi daha da belirginleşmiştir.¹³

Yukarda verilen örnekler, piyasa risklerinden bazılarıdır. Piyasa riskleri grubu dışında, örneğin operasyonel riskler grubu içinde, bilgi işlem hatası ve bilgisayar saldırısı risklerinden de söz edilebilir.

b) Risklerin Yeniden Düzenlenmesi

Son 20 yılda uluslararası bankacılık sistemi önemli yapısal değişiklikler göstermiştir. Büyük küçük pek çok banka devir, birleşme veya tasfiye sürecine girmiş¹⁴, birçok finansal kurum globalleşerek¹⁵ dünyaya ya-

(11) Jorion P, age s.17

(12) Uğur İ., agm s.47

(13) Yabancı para birimlerini esas alan kıymetler için alım veya satım kararı/tavsiyesi verenlerin, kurlar arasındaki değişimleri ve Yabancı para birimlerini esas alan kıymetler için alım veya satım kararı/tavsiyesi verenlerin, kurlar arasındaki değişimleri ve dalgalanmaları dikkate almaları gerekir.

(14) Örneğin 1993 yılında Chemical Bank ile Chase Manhattan Bank, Chase Manhattan Bank olarak birleşti; HongKong ve Shanghai Bank, Amerikan bankası Marine Midland Bank ve İngiliz bankası Midland Bank'ı satın aldı ve ortaya dünya devi HongKong and Shanghai Bank Corporation (HSBC) çıkmıştır.

(15) Örnek olarak yine HSBC verilebilir.

ylmıştır. Kurumlar hacim olarak büyümüş, fazla büyüyenler bölünmüş veya ortaklık yapılarında değişiklikler meydana gelmiştir. Bu durum, rekabeti artırmıştır. Deregülasyon (serbestlik), yeni enstrüman ve piyasa giriş çıkış sürecini hızlandırmıştır. 1999'da çıkarılan Finansal Servisler Yasası¹⁶ Amerika'dan başlayarak tutarlı makroekonomik politikalar izleyen diğer ülkelere yayılmış ve dünya genelinde finansal sistemin yapısını değiştirmiştir.¹⁷ Neticede, bankaların finansal hizmet üretim kapasiteleri ve ürün gamları artarak, internet ortamında yayılmaya başlamıştır. Artık aracı kurumlar ve sigorta şirketleri, bazı hizmetler açısından aynı mevzuata bağlanmıştır. Hemen her aktivitede rekabet dünya çapında izlenmeye başlamıştır. Şirketler ise son yıllarda, finansman maliyetlerini düşürmek için kredi yerine finansman bonosu veya tahvil ihraç etmeyi tercih eder hale gelmişlerdir.

Bankacılık risklerine ilişkin olarak, BIS'in 1988 'de ihdas etmeye başladığı düzenlemeler, halen, üstelik yoğun bir şekilde güncelleştirilip ticari hayatın gelişmesine ve ihtiyaçlara paralel olarak geliştirilmektedir. Temel argüman, bankanın taşıdığı risk ile sermayenin ilişkilendirilmesidir. Bu argümana göre, banka çok risk taşıyorsa sermayesinin yüksek olması gerekir. Çünkü sermaye, bu anlamda, taşınan riskler sonucu ortaya çıkabilecek zararların yıkıcı etkisini emerek bankanın faaliyetlerini aksatmadan sürdürmesini sağlayacaktır. BIS, sermayenin üstlendiği bu görev ve yönelik düzenlemelerinde, hep SYR tebliğini baz almaktadır.

Getirilen her düzenlemede sonradan açık noktalar görülmüş ve eleştirilmiştir. Sermaye yeterlik rasyosuna göre bulundurulması gerekli sermayeye "yönetmelik sermayesi" denilmektedir. Bankanın taşıdığı pozisyonlar için banka yönetiminin uygun görülen, yani bankanın sektördeki mevcut konumunu sürdürebilmesi ve yatırımlarını gerçekleştirebilmesi için gerektiği düşünülen sermaye ise "ekonomik sermaye" dir. Mevzuat değişikliği, ne sistemi güvence altına almak için bankalara çok yüksek sermaye gereksinimleri yaratmak, ne de artık risk yönetim sistemlerinin doyurucu düzeyde olduğunu düşünerek, sermaye yeterlik rasyosunu "düşük" tayin etmek amacındadır. Önemli olan, ekonomik sermayeyle, yönetmelik sermayesi birbirlerine yaklaştırmaktır. İki tutarın birbirine yakın olması, kanun koyucunun öngördüğü sermaye tutarı ile banka sahibinin kafasındaki yeterli sermaye tutarının birbirlerine yakın olması demektir ki, bu durum kamunun parasını yöneten bankalarla kamu çıkarı

(16) The Financial Services Act of 1999; bu yasa Büyük Durgunluk döneminin Glass-Steagall Yasası'nın önemli kısıtlayıcı maddelerini (özellikle de ticari bankacılık ile yatırım bankacılığını birbirinden ayıran maddelerini) yürürlükten kaldırmıştır. Daha da önemlisi 1956'da Banka Kurumları Yasası'nın (Bank Holdings Act of 1956) yasakladığı, bankaların, aracı kurumların ve sigorta şirketlerinin birbirleriyle birleşmelerini artık mümkün kılmıştır.

(17) Örneğin, Citicorp, 1999 kanununu doğru olarak algılamış ve kanun öncesinde Travelers şirketi ile birleşerek bir finansal hipermarket olan yani her türlü finansal ürün ve hizmetin sunulduğu Citigroup'u oluşturmuştur.

adına bu bankaları denetleyenler ve düzenleyenler arasındaki mutabakata göstermektedir. Eğer kanun koyucu, sermaye şartlarını çok ağırlaştırır ve yönetmelik sermayesiyle ekonomik sermaye arasındaki makas çok açılırsa sistem bir açık nokta bulmaya, kısıtlamaları muvazaalı yollarla aşmaya yönelebilecektir.

BIS, yönetmelikleri hazırlarken yalnızca açık nokta bırakmamanın peşinde değildir; aynı zamanda tüm ülkelere yayılmasına da çalışmakta ve böylece uluslararası rekabette bazı bankaların daha az kısıtlama ve düzenlemeyle karşılaşması sonucunda haksız rekabete neden olunmasını ve yüksek risk taşınmasını engellemeyi amaçlamaktadır.

Tüm bu gelişmeler, banka denetleyici ve düzenleyicilerine mevcut yapının yeterli olmadığını, yeni bir sermaye yeterliği yaklaşımına gereksinim duyulduğunu gösteriyordu. Sonuçta 1999'un Haziran ayında BIS, yeni bir sermaye yeterlik yapısı önerisi sundu. Dikkat edileceği üzere, bu mevcut yapıda değişiklik veya ekleme önerisi değildir; yepyeni bir sistem önerilmektedir. Bu nedenle de piyasada genellikle adına BIS II veya Basle II denmektedir.

B) Basel - II Standartları

Bankacılık mevzuat ve düzenlemeleri konusunda önemli bir kurum olan BIS'in (Bank for International Settlements) yasal bir yaptırım gücü olmasa da, aldığı her tavsiye kararı ile tüm dünya bankacılığını çok etkilemekte olduğundan, detaylı ve özel biçimde incelenen ayrı bir konudur. BIS-II Düzenlemelerinin Amacı ve Yapısı sağlıklı ve sağlam bir finansal sistemin mevcudiyeti için verimli banka yönetiminin, piyasa disiplininin ve gözetim-denetim fonksiyonlarının üçünün birden aynı anda, entegre bir şekilde oluşturulması gerekir. 1988 tebliği, bankanın taşıdığı kredi riskinin zararlar sonuçlanması sonucunda bankanın batmamasını teminen gereken sermaye miktarına odaklanmış idi. Yeni önerilen yapı ise, bankanın iç kontrol ve yönetimine, denetleme fonksiyonlarına ve piyasa disiplinine çok daha fazla önem vererek sistemin sağlamlığına ve sağlıklı olmasına odaklanmıştır. 1988 tebliğinin yayınlanmasından sonra bankacılık, risk yönetimi uygulamaları, gözetim ve denetim fonksiyonları ve finansal piyasalar çok önemli gelişmeler kaydetmiştir. Sağlam ve güvenilir bir finansal sistem oluşturmak ve sürdürmek, yalnızca minimum sermaye yeterliği kuralları ile mümkün olmayıp, etkin bir denetim ve gözetim sistemi oluşturulup uygulanması ve piyasa disiplininin sağlanması da gerekmektedir. Bu nedenle BIS, riske daha sağlıklı bir şekilde duyarlı bir yapıyı içeren tebliğ taslağını Haziran 1999¹⁸'da yayınlamış ve Mart 2000'e kadar sektörden, denetim kurumlarından, merkez bankalarından ve akademisyenlerden yorumları, eleştirileri ve önerileri toplamıştır¹⁹. BIS, bu

(18) BIS; "1999 Proposed Reforms to the Basle Accord" Haziran 1999; [CD23]

(19) GARP; "Response to Basle's Credit Risk Modelling" Eylül, 1999; [CD24]

dönem boyunca gelen 250'den fazla yorumu ve sektörle yaptığı görüşmeleri gözönüne alarak Ocak 2001'de ikinci taslağı çıkarmış ve karşı görüşler için 31 Mayıs 2001'e kadar süre tanımıştır²⁰. Sahibi tarafından gizli tutulması istenmeyen görüş, yorum, eleştiri ve önerilerin hepsi, BIS'in web sitesinde yayınlanmıştır. BIS, tebliği 2001 sonunda yayınlayıp 2004'ün başında uygulamaya geçilmesini hedeflemekteydi. Ancak piyasanın beklentisi, tebliğin 2003 sonlarında yayınlanması ve 2006 sonunda G-10 ülkelerinde 2007 sonrasında ise diğer ülkelerde uygulamaya geçilmesidir. 1988 tebliği bankalara, uygun sermaye düzeyini ölçmek için tek bir yöntem sunuyordu. Aslında riskleri aynı şekilde ölçmek ve yönetmek, her bankanın özgün yapısına uymayacaktır. 1996 değişikliği ile, yalnızca piyasa riski için olsa da, bankalara ilk kez kendi yöntemlerini geliştirip kullanma esnekliği getirilmiştir. Yeni düzenleme ise bankalara, hem kredi riski hem de operasyonel risk için basit düzeyden çok daha kapsamlı düzeye kadar geniş bir risk ölçme ve yönetme esnekliği sunmaktadır. Böylece bankalar, kendi ülkelerindeki gözetim ve denetim kurumlarının onayını almak kaydıyla, risk profillerine ve kendi yapılarına uygun risk ölçme ve yönetme yöntemleri geliştirip uygulayabileceklerdir. Tebliğin amacı, sermaye yeterliliğini ölçerken rakamsal oranı değiştirmemekle beraber 1988 tebliğine göre daha kapsamlı ve mevcut duruma daha duyarlı bir risk düzeyi ölçmektir. Taşınan risklere uygun bir sermaye düzeyi bulundurma zorunluluğu bankaları daha verimli bir yönetime zorlayacaktır. BIS, sermayenin gerçek risklilik yapısıyla uyumlu hale getirilmesinin yararlarının, harcanan emek ve maliyetten daha fazla olacağına ve bankacılık sisteminin daha güvenilir, daha sağlam ve daha verimli olacağına inanmaktadır. Tebliğ, finansal sistemin güvenilirliğini ve sağlamlığını daha da artırmak ve bunu sağlarken de mevcut sermaye düzeyinin korunmasını sağlamak²¹; fırsat eşitliğini bozmadan rekabetçi ortamı geliştirmek²²; yeni yapıyı, operasyonel risk ve bankacılık portföyünün faiz riski gibi diğer riskleri de tam olarak kapsayacak ve 1988 Yönetmeliğine getirilen eleştirileri yok edecek şekilde oluşturmak ve nihayet, bu yapıyı, özellikle uluslararası piyasalarda yoğun aktif olan bankalara, iştirakleriyle birlikte ve de varsa ana şirketi bazında konsolide bir şekilde uygulamayı amaçlamaktadır.

a) Sermaye Yeterliliği, Denetim ve Disiplin

Bis-II, minimum sermaye yeterliliği; gözetim ve denetim süreci ile piyasa disiplini olmak üzere üç temel üzerine düzenlenmiştir²³.

(21) Rasyonun 8%'in üzerine çıkarılması kastedilmemektedir. Kastedilen, gerçekten taşınan riskin gerektirdiği sermayeyi güvenilir bir şekilde hesaplamak, yani yönetmelik sermayesi ile ekonomik sermayenin birbirine yaklaştırılmasıdır.

(22) Yeni tebliğ, bazı ülkelerin düzenleyicilerinin bankacılık yatırımlarını kendi ülkesine çekmek amacıyla düzenlemeleri ve kısıtlamaları daha esnek uygulamalarına engel olmalıdır. Yani, aynı portföye sahip iki bankahangi ülkelerde olursa olsun aynı sermaye yeterliliğine sahip olmalıdırlar.

(23) BIS, "A New Capital Adequacy Framework: Consultative Paper issued by the Basel Committee on Banking Supervision" Basel, 31 Mart 2000, ss:2-3 <http://www.bis.org/publ/bcbcsa03.pdf> [CD32]

Minimum Sermaye Yeterliği, sermaye yeterlik rasyosunun minimum 8 %'de tutulması yeterli görülmektedir. Tutulan sermaye miktarını artırmak ya da azaltmak amaçlanmamaktadır. Amaç, tutulan sermaye düzeyinin riske daha duyarlı olmasını sağlamak için daha gelişmiş risk yönetimi sistemlerinin kullanılmasını desteklemektir. Buna göre, sermaye tabanının hesaplanmasında bir değişiklik olmayıp, bankalar kredi riskini üç farklı yöntemden birini seçerek ölçüleceklerdir. Operasyonel risk ve bankacılık portföyündeki faiz oranı riski de ölçülecektir. Likidite riski, hukuksal risk ve itibar riski gibi diğer riskler için bir miktar karşılık ayrılacak ve kredi riskini devretme teknikleri, garantiler, sözleşmeler ve teminatlar daha kapsamlı kabul edilecektir.

BIS, sermaye tutarının standart yöntemle ölçülmesini yeterli bulmakla birlikte, içsel yöntemlerin kullanılmasını da teşvik etmektedir. Bunun sebebi, yönetmelik sermayesi ile ekonomik sermayenin birbirine yakınlaşması yönündeki çabalarının ve isteğinin bir göstergesidir.

Gözetim ve Denetim Süreciyle amaçlanan şey, bankanın sermaye yapısı ve yatırımlarının, taşıdığı risk profiline uygunluğunun sağlandığını gözetim ve denetim otoritelerinin değerlendirmesini sağlamaktır. Tebliğde, banka ile denetçileri arasında yakın bir ilişki olması da önerilmektedir. Bankalar tarafından geliştirilen, risklerini kontrol etmek ve yönetmek için kullanılan ve her geçen gün daha da karmaşık hal alan işlem yöntemleri hakkında denetçilerin bilgi sahibi olması gerekecektir. Hatta tebliğ, bu tür yöntemleri geliştirme aşamasında banka ile denetçilerin ortak çalışmalarını da önermektedir.

Basle Komitesi, sermaye yeterliğinin daha iyi yönetilebilmesi amacıyla piyasada şeffaflığı artırmaya niyetli görülmektedir. Denetleme ve Düzenleme Kurumu ne kadar kendisini ve yönetmeliklerini güncellerse güncellesin, yönetmelik çıkarma işi mutlaka piyasadaki gelişmelerin arkasından gelecektir. Öyleyse, yönetmeliklerin sürekli olarak geri kalması, noksan olması ve açık noktalar içeriyor olması mümkündür. Bu nedenle, yeni tebliğde BIS, piyasanın (kreditörler, mevduat sahipleri, yatırımcılar, müşteriler ve ortakların kendileri) bankaların risk yapıları ve sermaye yeterliği pozisyonları hakkında daha fazla bilgi sahibi olmasını sağlayarak denetleme fonksiyonunu denetim ve gözetim otoritesinin yanında piyasanın kendisine de bırakmayı hedeflemektedir.

Bankalar için kredibilite çok önemlidir. Kredibiliteleri sayesinde müşterilerinden mevduat, yurtiçi ve yurtdışı bankalardan da limit alırlar. Bankanın sermayesi ile taşıdığı risk arasındaki ilişki kötüye giderse, bunu bilen müşterileri de diğer bankalar da bu bankaya kaynak sağlamayacaklardır. Bütün sistem şeffaflaşırsa yani bankalar birbirlerinin finansal durumlarını ve risklilik durumunu bilirse, karşılıklı işlemlerde limit ve risk primlerini sağlıklı şekilde belirleyebilirler. BIS, 1998 Eylül ayında

Banka Şeffaflığını Artırma²⁴ adlı raporu yayınlamış ve bu doğrultuda sağlıklı işleyen bir sistemin oturtulabilmesi için bankaların, sermaye yapısı, risk profili ve sermaye yeterliği olmak üzere, üç temel konuda kamuya pe-riyodik olarak bilgi açıklaması gerektiğini belirtmiştir.

Tüm bu açıklamalara göre, bankaların yasal sermaye gereklikleri ile ekonomik sermaye gereksinimleri arasındaki ilişkinin daha rasyonel baz-da kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, bankaların kredi portföylerinin gerçek riski ile sermayeleri arasında daha sağlıklı bir ilişki-lendirme yapılabilecektir. Böylelikle, daha doğru kredi fiyatlaması sağla-nabilecektir.

Bankaların risk profillerine göre farklı yöntemler uygulanması öneri-lerek, düzenlemenin yalnızca uluslararası faaliyet gösteren karmaşık ya-pılı bankalara değil, gelişmekte olan ülkelerdeki bankalara da hitap etme-si de sağlanmaktadır. Risk ölçüm ve yönetimi konularında içsel yöntem-lerin kullanımına esneklik getirilmekle beraber, yöntemlerin güvenilirliği-nin ve sağlamlığının denetlenmesi ile şeffaflık zorunlu tutulmaktadır. Ar-tık her bir risk kategorisini ölçmek, yönetmek ve entegre etmek için tek-nik bir altyapı kurulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

b) BIS-II'ye Getirilen Eleştiriler

Sektörden çok farklı konularda tepkiler gelmiş olup, bunların tam olarak analizi henüz yapılmamıştır. Eleştirilen konuların başında, kre-di riskinin tespitinde, portföy çeşitlendirmesinin dikkate alınmamış ol-ması gelmektedir²⁵. Risklerin borçlunun kredi derecesine ve kredibilit-e-sine bağlı olmaksızın tespiti de yoğun eleştirilen konulardan birisidir. Finansal yapısı güçlü bir şirkete verilen kredi ile zayıf bir şirkete veri-len kredinin gerektireceği sermaye yükünün aynı olmaması gerekir.

Eleştiriler neticesi, herhangi bir şirkete verilen kredinin, bir OECD ülkesinin bankasına verilen kredinin 5 katı sermaye yükü doğurması-na neden olan²⁶ ayırım terk edilmiştir. Artık, kredi hesaplamalarında üyelerin OECD üyesi olup olmadığına bakılmayacaktır. BIS yetkilileri eleştirileri anket çalışmaları da düzenleyerek karşılamaya çalışırken, halen pek çok sorunun aydınlanmadığı anlaşılmaktadır²⁷. Bunlar, yasal sermaye gereksinimi ile ekonomik sermayenin sonuç aşamasında birbi-rinden çok farklılaşabilmesi; operasyonel riskin ölçülmesine yönelik

(24) BIS, "Enhancing Bank Transparency" Eylül 1998; Yayın No: 41; <http://www.bis.org/publ/bcb41.pdf> [CD34]

(25) \$100 milyon luk kurumsal kredisi bulunan bankanın sermaye yükü, farklı endüstrilere, farklı sektör-lere ve farklı coğrafyalardaki şirketlere verilmiş 100 adet \$1 milyonluk kurumsal kredisi bulunan ban-kanın sermaye yüküne eşit olmaktadır.

(26) Çünkü şirketlere verilen kredilerin risk ağırlığı (100%), OECD bankalarının risk ağırlığının (20%) 5 ka-tıdır.

(27) McNee, Alan; "Key Problems With The Basle Proposals" ERisk.com, Nisan 2001, ss.1-4 <http://www.erisk.com/news/features/devils.pdf> [CD39]

yöntemlerde standartların ve katsayıların henüz tam belirgin olmaması; bireysel kredilerin değerlemeye alınma şeklinin sağlıklı olmadığı düşünülmesi; Kredi türevlerinin risk hesaplamasında sağlıklı biçimde kullanılmaması; Kredi portföyleri için önerilen vade katsayıları ile temel ve basit yöntemlerden daha kapsamlı yöntemlere geçişte isteksizlik duyulmasıdır.

En çok sorduğu soru, daha fazla sermaye tutmak zorunda kalıp kalmayacaklarıdır. Bankalar, önerilen yöntemleri kendilerine uygulayarak mevcut durumdan ne kadar farklı düzeylerde sermaye gereksinimi ile karşılaşacaklarını analiz etmektedirler. Yeni önerilen yöntemler arasında karşılaştırmalar yapılmadan önce mevcut sermaye yükümlüğünün taşınan riske göre fazla mı az mı olduğu tartışılmaktadır.

BIS yetkilileri, mevcut sermaye yükümlüğünün doğru miktarda sermayeye karşılık geldiğini, yani bankaların mevcut durumda gereğinden fazla sermaye tutup tutmadıklarını ölçecek bilimsel bir yöntem olmadığını çok açık bir dille kabul etmektedirler. Ancak 1997 Asya krizinden başlayarak bankaların karşılaştıkları durum göz önüne alındığında, BIS yetkilileri, bankaların ileri sürdükleri gibi gereğinden fazla sermaye tutmadıklarını düşünmektedir. Gerçekten bankacılık sektörü çökme sınırından kıl payı kurtulduğuna göre fazladan sermaye bulundurulduğunu söylemek de pek mümkün olmasa gerektir. Diğer taraftan sermayenin yeterli olup olmadığı konusundaki tartışmalar içinse BIS, yeni tebliğ ile sermaye yeterlik rasyosunu artırmaya niyetli olmadığını bir kaç kez dile getirmiş, yeni düzenlemelerle riskin daha sağlıklı ölçülebileceğini ve dolayısıyla da taşınan risk ile sermayeyi ilişkilendirmenin daha sağlıklı bir yapıya kavuşacağını belirtmiştir.

Kredi riskini transfer etme gibi çok teknik bir konu, yeni düzenlemeyle ihdas edilmiş olup, yoğun eleştiri almaktadır. Daha çok yeni ve halen gelişmekte olmasına karşın yakın gelecekte çok önem kazanacağı düşünülen kredi türevleri piyasasının yeni düzenlemedeki bazı konulardan dolayı olumsuz yönde etkileneceği söylenmektedir. Kredi riskini yok etmek veya başka bir kuruma devretmek amacıyla alınan teminat ve garantiler, kredi türevlerine tercih edilecekse, bu türevlerin piyasa oyuncuları tarafından garanti ve teminatmış gibi yeniden dizayn edilmesine ve asıl karakterlerinden uzaklaştırılmasına neden olabilecektir.

Kredi riskini başka bir kuruma devretme hususuna, kobilerle ilgili olarak özellikle Almanya'nın itirazı vardır. İtirazının temelinde, riski devir tekniklerinin (teminatlandırma, garantiler, kredi sigortaları ve kredi riski üzerine türev enstrümanlar gibi) kredi riskini azaltıcı etkileri, yalnızca gelişmiş içsel derecelendirme tabanlı yöntemde tanımlanmış olup, standart yöntem ve temel içsel derecelendirme tabanlı yöntemde etkin bir şekilde kabul edilmeyişi vardır. Standart yöntemde kabul edilen teminatlar nakit, altın, belli bir kredi derecesinin üzerindeki bonolar ve

belli hisse senetleridir. Gelişmiş yöntemde ise kabul edilen teminatlar çok daha kapsamlıdır. Almanya, KOBİ'lerin kobilerle ilgili bu durumdan olumsuz yönde etkilenecek olmaları nedeniyle, yeni düzenlemede yer alan kredi devretme tekniklerinin standart yöntemde de kapsamlı kabul edilmesine yönelik baskı yapmaktadır. Çünkü Almanya'da KOBİ'ler genellikle yerel ve ufak bankalarla kredi ilişkisi içersinde olup bu bankalar içsel derecelendirme tabanlı yöntemler uygulayabilecek bankalar değildir. Almanya bu bankaların rekabette zorlanmaları ve KOBİ'lere uygun maliyetlerle finansman sağlayamamaları endişesi taşımaktadır.

Ayrıca, operasyonel riskin sayısallaştırılması için önerilen üç yöntemin de geleceğe dönük olmayıp, geçmişe bakmaları ve risk ağırlıklarının çok sağlıklı olmayışı yönünde eleştiriler yapılmaktadır. Üç yöntemin ilk ikisinde operasyonel risk, bankanın veya birimlerin belli büyüklüklerine bir çarpan ile ilişkilendirilmektedir. Böyle bir ilişkinin doğrusal olması konusunda soru işaretleri vardır.

Yine, içsel ölçümlere dayalı yöntem gereği, beher işlem için beklenen kayıpların ölçülüp, beklenmeyen kayıplar için standart bir karşılık ayrılması gerektiğine dair düzenleme (beklenen ve beklenmeyen kayıplar arasında zorunlu olarak sabit bir ilişkinin kabul edilmesi) sektör tarafından kuşkuyla karşılanmaktadır.

C) Türk Bankalarının Alabilecekleri Önlemler²⁸

Gözetim ve Denetim otoritesinin, BIS kuralları çerçevesinde Türkiye'de uygulanabilir risk ağırlıklarına dayalı minimum sermaye yeterliğini belirleme çalışmalarına, Türk bankaların ciddi çalışmalarla katkıda bulunması gerekmektedir. Zira, her ülkedeki bankacılık sisteminin gelişmesine mesnet teşkil eden tarihsel bir süreç vardır. Bu nedenle, genel kabul edilmiş prensiplerin ihdası aşamasında ülkemize has yapısal özelliklerin dikkate alınmaması, uygulama aşamasında sorunlara sebep olabilecektir. Bankaların risklerini, uluslararası kabul görmüş, mukayeseli hukuka dayanarak ölçüp ölçmedikleri, önümüzdeki dönemde bankaların derecelendirilmelerinde daha büyük önem taşıyacaktır. Bu nedenle Türk bankalarının kendi iç risk değerlendirme modellerini geliştirip uygulayarak, uluslararası standartlara yaklaşma yönünde çaba göstermesi gerekmektedir. Bankaların, risk ölçümü için gerekli veri tabanını doğru tanımlayarak oluşturmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, BDDK'nın böyle bir veri tabanının sağlaması gereken en az koşulları belirlemesi yararlı olacaktır. Her bankanın risk değerlendirme modelini seçme özgürlüğü olmalıdır. Ancak, kullanılan modelin BIS çerçevesi içinde sağlaması gereken koşulların da BDDK tarafından belirlenmesi uygun olacaktır. Ayrıca BDDK'nın, banka modellerini bu amaçla sınama yet-

(28) Bu öneriler T. Bankalar Birliği bünyesinde oluşturulan Çalışma Grubu ile IIF (International Institute of Finance)'in ortak çalışmasından alınmıştır. <http://194.133.171.194/turkce/arastirmalar/sermaye.doc> [CD35] ve <http://194.133.171.194/turkce/arastirmalar/bis.doc> [CD36]

kisini etkin bir şekilde kullanması gerekir. Gerek risk değerlendirme modelinin geliştirilmesi, gerek veri tabanının oluşturulması, gerekse uygulamanın başarılı olabilmesi yönündeki çalışmalar, bankalar için önemli bir maliyet oluşturmaktadır. Bu konuda bankaların kendi aralarında yapabilecekleri işbirliğinin yanında, ortak bir eğitim programı ile bu alanda çalışacak nitelikli eleman yetiştirilmesi yararlı olacaktır.

3) SONUÇ

Bankacılık sektörü gelişen teknoloji, deregülasyon ve uluslararası rekabet ile çok çeşitli ürün ve hizmet sunan bir sektör haline gelmiştir. Dolayısıyla sektördeki riskler çok çeşitlenmiş ve karmaşık bir hale gelmiştir. Bu risklerin yönetiminin ve sektörün gözetim ve denetiminin verimli ve etkin bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle BIS ve uluslararası etkin finansal kurumların önderliğinde risk yönetim sistemleri, metodolojileri ve teknolojileri geliştirilmeye başlanmıştır. Bir ülkede iktisadi kalkınmayı gerçekleştirmek ve sürekli kılmak için sağlıklı işleyen mali bir sistemin varlığı zorunludur. Böyle bir sistemin en önemli faktörü olan bankacılık sektörüne çok önemli işler düşmektedir. Bankacılık, en genel anlamıyla, tasarruf fazlasının kaynak gereksinimi olan kesime aktarılmasına aracılık eden bir sektördür. Bu konuda banka ortak, yönetici ve denetim otoritelerinin önemli sorumlulukları vardır.

Artık, şirket yönetimlerinde de hedefi kâr maksimizasyonuna odaklamak yanlış sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır. Mevzuat içinde beklenen kâr ve taşınan riski aynı anda değerlendirip kâr-risk optimizasyonunu gözetmek gerekir. Eğer söz konusu olan, halkın tasarruflarını toplayarak, büyük bir ekonomik kaldıraç işlevi gören bir banka ise, kâr-risk bunun önemi daha da artmaktadır. Bu nedenle banka sahipleri yatırımlarından yüksek kâr elde etmeyi hedeflerken taşınan riskler neticesinde bankalarını kaybetme olasılığını, banka yöneticileri bankalarını kâr ettirip istihdamlarının kalıcı olmasını, terfilerini ve jestiyonlarını düşünürken taşınan riskler neticesinde kariyerlerinin sona erme olasılığını, denetim otoriteleri ise, mevzuat ve düzenlemelerle bankaların risklerini artırmalarını kısıtlamaya ve sistemin güvencesini sağlamaya çalışırken eli kolu bağlı, verimsiz çalışan, yeniliklere ve gelişmelere ayak uyduramayan bir sektör oluşmasına neden olabileceklerini unutmamalıdır. BIS'in 1988 yılında yayınladığı sermaye yeterliğinin ölçülmesi hakkındaki tebliğ, bu konuda bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. Tebliğin revizyonu yine BIS tarafından ve sektördeki gelişmeler göz önüne alınarak gerçekleştirilmektedir. Böylece hem piyasa riskinin de ölçülerek sermaye yeterliğine katılmasına, hem de bankaların kendi risk ölçüm metodolojilerini geliştirip uygulayabilmelerine olanak sağlanmıştır. Ancak teknolojide ve finansal piyasalarda sürekli gelişmeler yaşanması neticesinde ilk tebliğ, yayınlanmasının üzerinden 10 yıl geçtikten sonra çok yetersiz kalmaya başlamış, yeni bir yapıya ve yeni

bir yaklaşıma gereksinim doğmuştur. Bu nedenle BIS, merkez bankaları, bankalar ve akademisyenler 1999 yılından itibaren yeni düzenlemeleri oluşturmak için sürekli çalışmakta ve birbirleriyle görüş alışverişinde bulunmaktadır. Özellikle Avrupa ile, dolayısıyla da dünya ile entegre olmaya çalışan Türkiye'yi ve Türk Bankacılığını yakından ilgilendiren bu düzenlemelerin 2009 yılında uygulanmaya geçilmesi beklenmektedir. Türk bankacılığının maalesef bu süreç içerisinde ne yazık ki çok aktif bir rol aldığını söylemek mümkün değildir. Sektör daha ziyade kendi iç sorunlarıyla ilgilenebilmektedir.



FINANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ (ÖZELLİKLE HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ)

Yusuf ÖZYAY

GENEL OLARAK

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki yıllarda yaygınlaşan ve gerek Anglo-Amerikan hukuklarında gerekse Kara Avrupası hukuklarında geniş uygulama alanına sahip olan leasing sözleşmesi, hukukumuzda, “finansal kiralama sözleşmesi” adı altında 28.06.1985 tarih ve 18795 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile bağımsız bir sözleşme tipi olarak pozitif bir düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

FINANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Türk hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesinin tanımı FKK m. 4’te yapılmıştır. Buna göre; “Sözleşme; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshe dilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakılmasını öngören bir sözleşmedir” Kanunda yapılan finansal kiralama sözleşmesinin bu tanımından sözleşmenin unsurlarını da çıkarmak mümkündür. Buna göre sözleşmenin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1- Kiralayan Olarak Bir Finansal Kiralama Şirketinin Varlığı

FKK m. 10’a göre, “Kiralayan şirketler yalnızca anonim ortaklık şeklinde kurulabilirler. (f.1) Kiralayan şirketlerin kuruluş ve şube açmaları ile yabancı şirketlerin Türkiye’de şube açması Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın ön iznine bağlıdır. (f. 2) 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik kanunu hükümleri saklıdır. Kiralayan şirketler ile yabancı kiralayan şirketlerin Türkiye’deki şubeleri Hazine ve Dış Ticaret müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın denetimine tabidir. (f. 3) Ön iznin verilme şekil ve şartları ile kiralayan şirketlerin denetimine dair hükümler çıkarılacak yönetmelikte gösterilir. (f. 4) Bu kanun hükümlerine göre izin almadan kiralama faaliyetinde bulunanlar ... cezalandırılırlar. Bu

eylemi ika edenler tüzel kişi ise ceza bizzat faaliyette bulunanlar ve kararı vermiş olanlar hakkında uygulanır. (f. 5)”

Maddenin 4. fıkrasında (ayrıca kanunun 12 ve 32. maddelerinde de) öngörülen yönetmelik, “*Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik*” adı altında yayımlanmış bulunmaktadır.¹ Bu yönetmelikte finansal kiralama faaliyeti-
tinde bulunmak amacıyla kurulacak şirketler ile yabancı şirketlerin Türkiye’de şube açmalarının tabi olacakları kural ve kaideler belirlenmiştir. Ayrıca yönetmeliğin 22/a maddesinde “*şirketler, ana faaliyet konuları dışında faaliyette bulunamazlar.*” demek suretiyle bankaların finansal kiralama faaliyetinde bulunamayacakları dolaylı olarak belirtilmiştir. Eski yönetmelikte bulunan, “*mevduat kabul etmeyen kalkınma ve yatırım bankaları ile özel finans kurumlarının bakanlıktan izin almak kaydıyla finansal kiralama faaliyetinde bulunabilecekleri*” hükmü yeni yönetmelikte bulunmamaktadır.

2-Finansal Kiralama Konusu Mal

FKK m. 5’te, “*Sözleşmeye taşınır veya taşınmaz mallar konu olabilir. Patent gibi fikri ve sınai haklar bu sözleşmeye konu olamazlar.*” demek suretiyle, genel bir anlatımla taşınır ve taşınmaz malların sözleşmeye konu olabilecekleri belirtilmiştir. Yatırım malları ile tüketim malları arasında, sözleşmeye konu olabilme anlamında, bir ayırım yapılmamıştır. Ancak doktrinde genellikle kabul edildiği üzere, finansal kiralamanın konusunu yalnızca yatırım malları oluşturur. Bu nitelikte olmayan mallar, özellikle şahsi ve ailevi ihtiyaçlar için tedarik edilen tüketim malları Finansal Kiralama Kanununun kapsamı dışında tutulmalıdır.² Ayrıca, finansal kiralama konusunun, makineleriyle, teçhizatıyla ve personeliyle birlikte bir işletmenin bütünü olması imkanı da vardır.³ Finansal kiralama konusu malın yeni olması da şart değildir. İkinci el mallar da finansal kiralamaya konu olabilirler.

3- Finansal Kiralama Konusu Malın Zilyetliğinin, Her Türlü Faydayı Sağlamak Üzere, Kiracıya Bırakılması

Finansal kirama sözleşmesi bu unsuru dolayısıyla kullanma ve yararlanma hakkı veren bir sözleşme niteliğindedir.⁴ FKK m. 4’e göre, finansal kiralama şirketinin, finansal kiralama konusu malı kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın alabileceği gibi, söz konusu malı baş-

(1) Bak.10.10.2006 t, 26315 sayılı RG., (Bu yönetmelik ile, 28.4.1992 t ve 21212 sayılı Resmi Gazete yayımlanan “Finansal Kiralama Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik” ile 8.7.1992 t, 21278 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Finansal Kiralama İşlemlerinde Süre ve Sınırın Tespitine Dair Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmıştır. (m. 32) Bu şekilde FKK’una ilişkin olarak tek yönetmelik kabul edilmiştir.)

(2) Kocaağa sh.66

(3) Yavuz sh.381

(4) Yavuz sh.381

kaca herhangi bir suretle temin etmesi de mümkündür. Ancak, üçlü ilişkiye dayanan finansal kiralama işleminde kiralaayan, genellikle kiracının seçimi ve talebi üzerine bir malın mülkiyetini üçüncü kişiden satın alır ve o malın kullanma ve yararlanma hakkını belli bir kira bedeli karşılığı kiracıya devreder. Kiracının bu haklarını kullanabilmesi için de hiç şüphesiz malın zilyetliğinin kendisine devri gerekmektedir. Nitekim bu yükümlülük de kiralaayanın sözleşmeden kaynaklanan en temel borçlarından biridir. Bu borç ifa edilip, mal kiracıya teslim edilmedikçe, kiracının ne kira bedelini ödeme borcu ne de diğer borçları muaccel hale gelir.

4- Finansal Kiralama Bedeli

Finansal kiralama sözleşmesi bu unsuru dolayısıyla da ivazlı kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmelerdendir. FKK, kira bedelini sözleşmenin esaslı bir unsuru ve kiracının asli bir borcu olarak düzenlemiş olmakla beraber, kira miktarı, ödeme zaman ve şekli gibi konularda bir düzenleme getirmeyerek, tarafları bu konularda serbest bırakmıştır. Ancak yurt dışından yapılacak finansal kiralamada, kiralama bedelinin 25.000 Amerikan Doları karşılığı Türk Lirasından az olamayacağı, bu miktarı da arttırmaya ve eski değerine indirmeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu (FKK m. 6/III) belirtilerek bu serbestiye de bir sınır getirilmiştir. Kira bedelinin Türk lirası ile belirlenmesi mümkün olduğu gibi, Merkez Bankasınca alım ve satımı yapılan döviz cinsinden belirlenmesi de mümkündür.

5- Tarafların Karşılıklı Anlaşması

İncelememizin konusu olan “finansal kiralama sözleşmesi”, kiralaayan şirket ile kiracının karşılıklı anlaşmasından doğan bir sözleşmedir. Bu nedenle bu unsur, yani tarafların anlaşması, finansal kiralama sözleşmesinin zaten kurucu unsurudur. Taraflar, finansal kiralama konusu malın kiracıya bırakılacağı ve bunun karşılığında kiracının bir bedel ödeyeceği konularında anlaşmış, sözleşmeyi noterlikçe düzenleme şeklinde hazırlamış ve gerekli tescil ve şerh işlemlerini yapmışlarsa sözleşme kurulmuştur.

6- Feshedilmezlik Süresi

FKK m. 7'ye göre, “Sözleşmeler en az dört yıl süre ile feshedilemezler.” Hükümde belirtilen bu süre asgari süre olup, taraflar daha uzun bir süre de kararlaştırabilirler. Ancak taraflar dört yıldan daha az bir süre kararlaştırmışlarsa dört yıl geçmeden sözleşme feshedilemeyecektir. Yine de dört yıldan önce feshedilirse, sözleşme sona erecek ancak bu sözleşme 3226 sayılı kanun kapsamında bir sözleşme sayılmayacaktır. Yani sona ermenin hüküm ve sonuçları bu kanuna tabi olmayacaktır. FKK m. 7, dört yıllık asgari bir süre öngörmüşse de 2. cümlesinde, bu sürenin kısaltacağı hallerin yönetmelikle belirleneceğini hüküm altına almıştır. Bu haller ise yönetmeliğin⁵ 21. maddesinde belirlenmiştir.

(5) Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik

İKİNCİ BÖLÜM

FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

“Finansal kiralama sözleşmesinin, konusuna göre, otomobil leasingi, makine leasingi, fabrika leasingi gibi çeşitlere ayrılması mümkündür. Bazı durumlarda ise sözleşme konusu, finansal kiralama şirketi tarafından başka hiçbir işleme gerek kalmadan bir yeni model ile değiştirilir. Buna *revolving lease* (değiştirilebilir leasing) adı verilir.⁶ Temel leasing tipleri olarak da *finansman leasingi* ile *günlük işlem leasingi* (*operating-leasing*) sayılabilir. Finansman leasingde kiralayan, bir yatırımı finanse etmek için yatırım mallarının tümünü veya bir kısmını, böyle bir sözleşmeyle kiracılar a intikal ettirir. Günlük işlem leasingi ise kısa süreli, çok defa mevsimlik, her iki tarafın belli önellere uyarak feshi ihbar etmeye yetkili oldukları bir leasing tipidir.”⁷

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN
ŞEKLİ, TESCİLİ VE ŞERHİ

FKK m. 8/I,c.1’de finansal kiralama sözleşmesinin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, finansal kiralama konusu malın menkul ya da gayrimenkul olmasına bakılmaksızın, noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmasıyla, sözleşmenin geçerliliği için gerekli ilk şekil şartı yerine getirilmiş olacaktır.

FKK m. 8/I,c.2’de ise, finansal kiralama sözleşmesinin, özel sicile tescil edileceği ya da tapuya şerh verileceği öngörülmüştür. Buna göre, taşınır mala dair sözleşmenin, kiracının ikametgahı noterliğinde düzenlenen özel sicile tescil edileceği; taşınmaz mala dair sözleşmenin, taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu kütüğündeki beyanlar hanesine, gemilere dair sözleşmenin ise gemi siciline şerh edileceği kabul edilmiştir. Kiralayan şirketin yurt dışında bulunması ve Türkiye’de şubesinin olmaması durumunda ise, sözleşmelerin Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı bulunduğu bakanlıkça tescil edileceği (maddenin 3.fıkrası) kabul edilmiştir. Finansal kiralama sözleşmelerinin geçerliliği için, sözleşmenin noterce düzenleme biçiminde hazırlanmasından ayrı olarak tescil veya şerh muamelesinin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu açıdan şerhin kurucu fonksiyonu vardır.⁸ Yani sözleşmenin kurulmuş olması için noterce düzenleme şeklinde yapılmış olması ve tescil/şerh işlemlerinin tamamlanmış bulunması gerekmektedir.

(6) Altop sh.50

(7) Yavuz sh.383-384

(8) Yavuz sh.384-385

Maddenin 2. fıkrasında ise “tescil veya şerhten sonra”, üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisaplarının kiralayana karşı ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu sayede kiralaayan şirket, özellikle menkul mal üzerindeki mülkiyet hakkını üçüncü kişilerin iyi niyetle aynı hak iktisaplarına karşı ileri sürebilecektir. Taşınmaz mal ve gemilerin sözleşmeye konu yapılmaları durumunda bu hükmün uygulanması mümkün olmakla beraber; taşınmazlarda, üçüncü kişilerin kiracıdan iyi niyetle aynı hak iktisap etmeleri söz konusu olmadığından, bu hükmün uygulanması imkanı da bulunmamaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE BANKANIN YERİ

Bilindiğı gibi, finansal kiralama sözleşmesinde, kiralaayan tarafta, Türkiye de kurulmuş bir finansal kiralama şirketi ile yabancı bir finansal kiralama şirketinin Türkiye’de açtığı şubesi bulunacaktır. (FKK m. 10, 11) FKK m. 10 hükmüne bakıldığında, kiralaayan olarak sadece “finansal kiralama şirketi”nden söz edildiğı, bankaların bu faaliyette bulunamayacaklarına dair yasaklayıcı özel bir hükme yer verilmediğı görülecektir. Bununla beraber, yönetmeliğın⁹ 22. maddesinde, “Şirketler, ana faaliyet konuları dışında faaliyette bulunamazlar” demek suretiyle, dolaylı olarak, ticari bankaların finansal kiralama faaliyetinde bulunamayacakları belirtilmiştir.¹⁰ Zira bankaların yalnızca finansal kiralama işlemleri yapmayacakları, diğer bankacılık faaliyetlerini de sürdürmek durumunda olacakları açıktır. Bu suretle ticari bankaların finansal kiralama işlemlerinde bulunmaları yönetmelikle yasaklanmış bulunmaktadır. Ancak bu tür bankaların, sermayesinin tamamını ellerinde bulundurabilecekleri iştirakleri eliyle bu işlemleri yürütmelerine hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle uygulamada birçok bankanın kendi finansal kiralama şirketlerini kurduklarını ve finansal kiralama faaliyetlerini bu şirketleri eliyle yürüttüklerini görmekteyiz. Bu anlamda ülkemizde kurulmuş ilk şirketler olan İktisat Finansal Kiralama A.Ş. (İktisat Bankası kuruluşu) ile Yapı Kredi Finansal Kiralama A.Ş. (Yapı-Kredi Bankası kuruluşu), bankaların yavru şirketleri olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

28.4.1992 tarihli “Finansal Kiralama Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik”in 11. maddesinde, mevduat kabul etmeyen Kalkınma ve Yatırım Bankaları ile Özel Finans Kurumlarının, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu bakanlıktan izin almak kaydıyla finansal kiralama faaliyetinde bulunabilecekleri kabul edilmişse de, 10.10.2006 tarihli yeni yönetmelikte bu yönde bir madde bulunmamaktadır. Yeni yönetmeliğın 32. maddesi ile eski yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

(9) Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik

(10) Yönetmelikle getirilen yasaklayıcı hükmün hukuki eleştirisi için bak. Kuntalp sh.46 (Kitap eski olmakla beraber, yönetmelik hükmü ayırdır)

BEŞİNCİ BÖLÜM

FINANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

28.06.1985 tarih ve 18795 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu, finansal kiralama sözleşmesini yeni bir sözleşme tipi olarak emredici ve tamamlayıcı hükümlerle düzenlemiştir. Bu nedenle, finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında ileri sürülen fikir ve tartışmalar, bu konuda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, Alman ve İsviçre hukuklarının aksine, Türk hukuku bakımından önem taşımamaktadır. Bununla birlikte, finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında özellikle İsviçre ve Alman Hukuklarında ileri sürülen görüşlerden bazılarına değinmekte yarar görmekteyiz.

1- Kendine Özgü Mülkiyeti Devir Sözleşmesi Görüşü

Bazı yazarlar, finansal kiralama bedelleri toplamının, malın satış bedelini tamamen karşılayıp hatta onu aşmasını ve hasarın ve bakım yükümlülüğünün sözleşme gereği kiracıya ait olmasını öne sürerek, bu sözleşmeyi, mülkiyeti devir sözleşmesi olarak nitelendirmektedirler. Sözleşme süresi sonunda kiralayana malın değeri kural olarak ödenmiş olacağından, burada yalnızca ekonomik değil, hukuki açıdan da kendine özgü bir mülkiyeti devir sözleşmesinin var olduğunun kabulü gerekir.¹¹

2- Kendine Özgü Kullanım Hakkının Devri Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşe göre, finansal kiralama sözleşmesi, kira sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermekle beraber, özellikle, kiralayanın borçlarında önemli değişiklikler yapmış olması nedeniyle kendine özgü kullanım hakkının devri sözleşmesi olarak nitelendirmek gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmeye kira hükümlerinin yanında vekalet ve satım hükümlerinin de kıyasen uygulanması gerekmektedir.¹²

3- Kendine Özgü Kredi Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşe göre, kiralayan kiracı adına istediği malları satın aldığından, ona kredi veren bir vekil durumundadır. Kredi veren yalnızca malik olarak kalmakta, malın aynına ilişkin yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu yükümlülükler ise kullanıcıya geçmekte ve mülkiyetin kiralayanda kalmasının bir tek teminat fonksiyonu kalmaktadır. Sonuçta ise malın ekonomik ömrü ile sözleşme süresi aynı olacağından, mülkiyetin kullanıcıya geçmesi bir anlam taşımayacaktır.¹³

4- Sözleşmenin Amacını Araştıran Görüş

Taraflar, sözleşme yaparken, malın mülkiyetinin ileride bir tarihte kiracıya geçeceği düşüncesiyle hareket etmişlerse, burada kendine özgü

(11) Kocaağa sh.106

(12) Kuntalp sh.66-67

(13) Kocaağa sh.108

taksitle satım sözleşmesi vardır. Buna karşılık taraflar bu niyetle sözleşme yapmamışlarsa, ilişkiyi kendine özgü bir kullandırma sözleşmesi olarak nitelerek gerekmektedir.¹⁴

ALTINCI BÖLÜM

FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

A. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununun 1. maddesinde,¹⁵ kanunun amacının finansman sağlamaya yönelik olduğu; 2. maddesinde,¹⁶ kanunun, sözleşmesinin hukuki yapısını, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümler içerdiği ifade edilmiştir. Kanunun 4. maddesinde ise finansal kirama sözleşmesinin tanımı yapılmıştır.

Finansal kiralama sözleşmesinin, yani malın maliki olan finansal kiralama şirketi ile kiracı arasında yapılan sözleşmenin tabi olacağı hükümler ise Finansal Kiralama Kanununun 26. maddesinde şu şekilde izah edilmiştir: “Sözleşmeye, bu kanunda hüküm olmayan hallerde Borçlar Kanununun genel hükümleri, sözleşmenin hükümlerine uygun düşükleri oranda ise özel hükümleri uygulanacaktır.” Sözleşmeye öncelikle Finansal Kiralama Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, bu kanunda bir hüküm bulunmaması halinde ise Borçlar Kanununun genel hükümleri ve niteliklerine uygun düşükleri oranda da özel hükümlerinin uygulanacağı maddede hüküm altına alınmıştır. Bu noktada, Finansal Kiralama Kanununda hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanununun özel hükümlerinden olan adi kira ve hasılat kirasına ilişkin hükümlerin sözleşmenin niteliğine uygun düşeceği kabul edilebilir.

Finansal Kiralama Kanununun 27. maddesinde ise; taksitle satıma ilişkin BK m. 222, 223, 224 hükümlerinin; mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine ilişkin MK m. 764, 765, 760 (eski 688, 689, 690) hükümlerinin; adi kirada malın sonradan başkasına temlikî durumunda yeni malikin kira sözleşmesiyle bağlı tutulamayacağını öngören BK m. 254 hükmünün ve nihayet 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerinin bu sözleşmeye uygulanamayacağı, yani bu sözleşmenin niteliğine uygun düşmedikleri ifade edilmiştir.

(14) Kocaağa sh. 107

(15) “Bu kanunun amacı finansman sağlamaya yönelik finansal kiralamaı düzenlemektir.” (FKK m. 1)

(16) “Bu kanun, sözleşmenin hukukî yapısını, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümleri kapsar”(FKK m. 2)

B. TARAFLARIN HUKUKİ DURUMLARI, HAKLARI VE BORÇLARI

I- KİRALAYANIN (FİNASAL KİRALAMA ŞİRKETİNİN) HUKUKİ DURUMU

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, finansal kiralama ilişkisinde, kiracının kendisinin görüp seçtiği malı, kiracı adına kiralayan şirket satın almakta ve kiracıya bir bedel karşılığı kullandırmaktadır. Yani bu ilişkide kiralayan, kiralama konusu malın malikidir. Finansal Kiralama Kanunu m. 9¹⁷ ve 17'de¹⁸ de kira konusu malın mülkiyetinin kiralayana ait olduğu açıkça belirtilmiştir.¹⁹ Ancak kiralayan, hukuken malik olmakla beraber, kullanabileceği yetkiler bakımından adeta intifa hakkındaki malik gibi, malın çıplak mülkiyetine sahip bir kişi durumundadır.²⁰ Zira, aşağıda açıklanacağı üzere, malı kullanma ve ondan yararlanma hakkı tümüyle kiracıya devredilmektedir.²¹

II- KİRALAYANIN (FİNASAL KİRALAMA ŞİRKETİNİN) HAKLARI VE BORÇLARI

1- Kiralayanın Mülkiyet Hakkı

Kiralayanın mülkiyet hakkının yasal dayanağı olan FKK m. 9 ve m. 17'ye yukarıda değinildiği için burada tekrar üzerinde durulmayacaktır.²²

2- Kiralanana Kiracıya Zamanında ve Gereği Gibi Teslim Etme Borcu

Finansal kiralama sözleşmesinin kurulması ile birlikte kiralayan, FKK m. 4 uyarınca kira konusu malın, doğrudan (vasitasız) zilyetliğini kiracıya geçirme borcu altına girer. Bu, kiralayanın temel borçlarından biridir ve bu borç ifa edilmeden ne finansal kiralama sözleşmesinin süresi

(17) "Finansal kiralama konusu malın mülkiyeti kiralayan şirkete aittir..."(FKK m. 9)

(18) "Finansal kiralama konusu mal kiralayan şirketin mülkiyetindedir." (FKK m. 17/I)

(19) Mülkiyetin kiralayana ait olmasının teminat amacına bağlı olduğu hakkındaki görüş ve açıklamalar için bk. Kuntalp sh.71

(20) Kuntalp sh.72

(21) Ancak doktrinde çoğunluk (Alttop sh.147, Kuntalp sh.71-72, Kötelü) bu görüşte, yani kiralayan şirketin mutlaka malın mülkiyetine sahip olması gerektiği görüşünde olmasına rağmen Cevdet Yavuz, (sh.394) finansal kiralama sözleşmesinde kiralayanın mutlaka kiralama konusu malın mülkiyetine sahip olması gerekmeyişi ve örneğin sadece intifa hakkına veya bir alacak hakkına sahip bir kiralayanın da geçerli olarak finansal kiralama sözleşmesi yapabileceğini savunmaktadır. Bu düşüncesini de, ilk önce, tanımla ilgili FKK'nın 4.maddesinde geçen "başka suretle temin ettiği" ibaresine dayandırmaktadır. İkinci bir gerekçe olarak da m. 17/II,1'deki "kiralayan şirket mülkiyeti kendisine ait olan finansal kiralama konusu malı sözleşme süresince sigorta ettirmek zorundadır" hükmünde geçen "mülkiyeti kendisine ait olan" ifadesine dayandırmakta ve kanun koyucunun, kiralama konusu malın mülkiyetinin kiralayana ait olmadığı durumların da mevcut olabileceği düşüncesinde olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle Yavuz kiralayanın hukuki durumunu, "finansal kiralama konusu malda, finansal kiralama şeklinde tasarrufla bulunmaya yetkili olması" şeklinde ifade etmektedir. (Yorumun eleştirisi için bk. Alttop sh.147; Kuntalp sh.72) Buna karşın Alttop, (sh.147) m. 17/II, 1'de geçen ifadenin, mülkiyetin kiralayana ait olduğunu bir kez daha vurgulamak amacı ile bu şekilde kaleme alındığını ifade etmektedir.

(22) Bak. Kiralayanın (finansal kiralama şirketinin) hukuki durumu

işlemeye başlar, ne de kiracının ücret ödeme borcu –ve diğer borçları- muaccel olur.²³ Kiracı, finansal kiralama konusu mal üzerinde kullanma ve yararlanma hakkına sahip bulunduğundan, onun, kişisel nitelikte olan bu hakkını kullanabilmesi için malın vasıtasız zilyetliğine sahip olması gerekli ve yeterlidir. Ancak vasıtasız zilyetliğin kiracıya, bizzat kiralayan tarafından geçirilmesi zorunlu olmayıp, satıcı tarafından geçirilmesi de mümkündür.²⁴ Nitekim uygulamada da malın vasıtasız zilyetliğinin, kiralayan ile satıcı/yapımcı arasında kurulan “satım sözleşmesi” uyarınca satıcı tarafından kiracıya geçirileceği kararlaştırılmaktadır.²⁵

Malın, satıcı veya kiralayan tarafından posta veya diğer bir kimse (taşıyıcı) aracılığıyla kiracıya gönderilmesi halinde ise, posta idaresi veya taşıyıcı, kural olarak gönderenin temsilcisi sayılacağından, o şey gönderilene (kiracıya) verilene kadar, gönderen zilyet olmakta devam eder. Bu durumda mal kiracıya teslim edilmedikçe, kiracı, zilyet durumuna giremeyeceğinden, üçüncü kişilerin mala karşı girişecekleri haksız eylemlerin önlenmesi için dava açamayacak, o, sadece kiralayandan malın kendisine teslimini –veya teslim edilmemesinden doğan zararının tazminini- talep edebilecektir.²⁶

Kiralayanın teslim borcunu yerine getirmemesi durumunda uygulanacak müeyyide ise FKK m. 16'da şu şekilde ifade edilmiştir: “*Finansal kiralama konusu malın, kiralayanın, malın imalatçısı veya satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması veya gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya diğer sebepler ile kiracıya teslim edilmemesi halinde Borçlar Kanununun 106. maddesi hükmü uygulanır.*” Maddenin ifadesinden de anlaşıldığı üzere, eğer kiralayan, satıcı ile zamanında sözleşme yapmaz veya sözleşme yapmakla beraber malın bedelini ödemekte gecikir veya başka herhangi bir nedenden dolayı mal kiracıya teslim edilmezse, kiracı BK m. 106'nın tanıdığı yetkileri kiralayan aleyhine kullanabilecektir. BK m. 106, karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen hükümlerdendir. Bilindiği üzere karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdü BK m. 106-108 arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla FKK m. 16 sadece BK m. 106'nın uygulanmasını öngörmekle, BK m. 107 ve 108 hükümlerinin finansal kiralama sözleşmesinde uygulanamayacağı izlenimi yaratmaktadır; ancak bu sonuç, hem finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliğine hem de FKK m. 26'nın düzenleme tarzına aykırıdır. Bu neden-

(23) Altop sh. 148

(24) Yavuz sh.395

(25) Altop sh. 148-149

(26) Altop sh.149

le, FKK'nın 16. maddesinde geçen "106. madde" ifadesinin "106-108. maddeler" şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır.^{27, 28}

Buna göre, kiracı, malın tesliminin gecikmesi üzerine, kiralayana göndereceği bir ihtarla²⁹ onu hem temerrüde düşürüp hem de ifayı yerine getirmesi için kendisine uygun bir süre³⁰ verir. Bu süre içerisinde de ifanın gerçekleşmemesi halinde;

a) *Aynen ifa ve zarar ziyanın tazmini talebi*: Kiracı her zaman aynen ifa ile beraber, gecikmeden dolayı uğradığı zarar ve ziyanın tazminini kiralayandan talep edebilir. Kiracı bu talebini verilen süreden sonra da yapabilir.

b) *Aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının³¹ tazmini talebi*: Kiracı, aynen ifa ile zarar ve ziyan talep hakkından vazgeçip, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan müspet zararının ödenmesini talep edebilir. Bu zarar, sözleşme ifa edilmiş olsaydı, kiracının mal varlığının alacağı durum ile halihazırdaki durumu arasındaki farktan oluşmaktadır.

c) *Sözleşmenin feshi ile menfi zararın³² tazmini talebi*: Kiracı, yine aynen ifa ile zarar ve ziyan talep hakkından vazgeçerek, sözleşmeyi feshedip, menfi zararının tazminini talep edebilir. Buradaki zarar da kiracının, sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yaptığı masraflardan oluşmaktadır.

Ancak kiracı hangi seçimi yaptığını gönderdiği ihtarla açıkça belirtmelidir. BK m. 107 uyarınca, kiralayanın davranışından süre tayininin faydasız olacağı açıkça anlaşılıyorsa veya kiralayanın temerrüdü sözleşmenin aynen ifasını alacaklı için faydasız hale getirmişse yahut borcun ifası için sözleşmede kesin bir vade tayin edilmiş ise kiracı, süre tayinine gerek kalmaksızın seçimlik haklarını kullanabilecektir. BK m. 108'de ise sözleşmeden dönmenin (sözleşmenin feshinin) sonuçları düzenlenmiş olup, bu konu ileride sözleşmenin sora ermesi bölümünde incelenecektir.³³

(27) Yavuz sh.387-388; Altop sh. 152; Kocaağa sh.114

(28) "Diğer taraftan finansal kiralama sözleşmesi, karşılıklı sözleşme olduğuna göre madde 16 düzenlemesi olmasaydı bile teslim borcunu yerine getirmeyen kiralayana karşı kiracı, sözkonusu hükmünden yararlanma imkanına sahiptir ve bu, aynı zamanda m. 26'nın Borçlar Kanununun genel hükümlerinin finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacağını öngören hükmünden de çıkarılabilecek bir sonuçtur. O halde m. 16 düzenlemesi gereksizdir." (Yavuz sh.387)

(29) İhtar, kural olarak bir geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak tacirler arasında yapılacak ihtarların TTK m. 20/III gereği "noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla" yapılması gerekmektedir.

(30) Verilen sürenin ne zaman uygun sayılacağı tarafların menfaatleri, edimin niteliği ve şartları, dürüstlük kuralları göz önüne alınarak belirlenir. Aynı şekilde bu süre, borçlunun ifayı gerçekleştirmesine imkan verecek yeterlilikte olmalıdır. Alacaklı, bu süreyi kendisi tayin edebileceği gibi, işini garantiye almak için, hakime de tayin ettirebilir.

(31) Bir menfaatin, yerine getirileme nedeniyle elde edilememiş olması durumundaki zarar; sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar; örneğin kar mahrumiyeti müspet zarardandır.

(32) Meydana gelmeyen veya hükümsüz kalan bir sözleşmenin yapılacağına olan güvenden doğan zarar; örneğin sözleşme için harcanmış giderler menfi zararlardır.

(33) Bak. İleride "Sözleşmenin Feshi" ve "Feshin Sonuçları"

Ancak FKK m. 16 hükmü uyarınca kiralayanın sorumlu tutulabilmesi için, satım sözleşmesinin kurulmamasının veya bedelin zamanında ödenmemesinin kendi kusuruna dayanması gerekmektedir. Örneğin, kiralayanın, satım sözleşmesinin kurulmasından sonra, satıcıya, malı kiracıya teslim etmemesi yolunda talimat vermesi üzerine mal zamanında kiracıya teslim edilmezse, kiracı FKK m. 16 uyarınca BK m. 106 vd. hükümlerine başvurabilecektir.³⁴ Söz konusu durumların yerine getirilmemesi kiralayanın kusurundan ileri gelmiyorsa, BK 106 hükmünün uygulanması söz konusu değildir.³⁵ Aynı şekilde maddede geçen “diğer sebepler” deyimini de kiralayanın kusuruna dayanan sebepler olarak anlaşılmamalıdır.³⁶

“Kiralayanın şahsi kusuru olmaksızın satım sözleşmesinin zamanında kurulamaması veya sözleşmenin kurulmasına rağmen, malın zilyetliğinin satıcı tarafından zamanında veya hiç kiracıya geçirilmemesi halinde ne olacağına dair bir hükme FKK’da rastlanılmamaktadır. Taraflarca sözleşmede konuya ilişkin herhangi bir düzenleme de öngörülmediği takdirde, m. 26 uyarınca uygulanacak olan kira sözleşmesine ilişkin hükümler gereğince kiralayan söz konusu gecikmeden veya ifa etmemeden sorumlu olacaktır.”³⁷ Avrupa ülkelerinde yazarların çoğunluğu tarafından, satıcının, teslim işlemleri sırasında kiralayanın (BK m. 100 anlamında) yardımcı şahsı sayılması gerektiği ve onun kusurlarından kiralayanın da sorumlu olacağı ileri sürülmüştür. Zira yapımçı bir yandan - satım sözleşmesinden doğan - edimini ifa ederken, aynı zamanda kiralayanın finansal kiralama sözleşmesinden doğan ana edimin ifasına da katılmaktadır. Objektif olarak bakıldığında, kiralayanın, finansal kiralama sözleşmesinden doğan malı sağlama yükümlülüğünü ancak satıcının aracılığı ile yerine getirilebileceği görülmektedir; finansal kiralama sözleşmesi gereği finansal kiralama konusu malın zilyetliğini kiracıya sağlamak da kiralayanın ana yükümüdür.”^{38,39}

Öğretide, formüller sözleşmelere konacak bir genel işlem şartı ile kiralayanın kendi kusuruna dayanmayan geç ifa veya hiç ifa etmeme hallerinde kendisinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıp, onun yerine satım sözleşmesi gereği satıcıya karşı geç ifa veya hiç ifa etmeme nedeniyle sahip olduğu taleplerini veya bunların kullanılmasını kiracıya devrettiğini görülmektedir.⁴⁰

(34) Kocaağa sh. 114

(35) Kocaağa sh. 114

(36) Altop sh.151

(37) Kiralayanın bu anlamda sorumluluğunu, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.

(38) Altop sh. 153

(39) “Buna karşılık azınlıkta kalan bazı yazarlar ise, satıcıyı bulan ve onunla sözleşme görüşmelerinde bulunan kiracı olduğundan satıcıyı, kiralayanın yardımcı şahsı olarak kabul edip, onun kusurlarından kiralayanın sorumlu tutmanın hakkaniyete aykırı düşeceğini ifade etmişlerdir”(Alttop sh. 153-154)

(40) Altop sh.154

3- Kiralayanın Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Finansal kiralama konusu malın, satıcı tarafından kiracıya ayıplı olarak teslim edilmesi halinde, bundan hem kiracı hem de kiralayan şirket zarar görür. Gerçekten kiracı böyle bir durumda, ayıplı ya da sözleşmeye uygun olmayan maldan istediği verimi alamaz, bu durumda elde edeceği gelir azalır ve kira bedellerini ödemesi zorlaşır. Aynı şekilde sözleşme sonunda malı kiralayana iade ederken bu ayıp nedeniyle bir tazminat ödemek zorunda kalabilir. Kiralayan şirketin zararı ise, kiracının ödeme gücünün içerisine düşmesinin sonucu olarak alacaklarını tahsil edememesi ve alacağını tahsil imkanı sağlayan teminatların azalmasından kaynaklanır. Ayrıca maddi hukuk açısından da malın mülkiyetinin kiralayana ait olması, mala ilişkin her türlü değer kaybının onun malvarlığında bir azalma olarak ortaya çıkması sonucunu doğurur.⁴¹

Finansal kiralamaya konu malın ayıplı çıkması halinde geleneksel kural ve kavramlar içerisinde tarafların aşağıdaki gibi davranmaları beklenecektir.

Kiracı, kiralayan ile aralarındaki finansal kiralama ilişkisine dayanarak, kiralanan malın ayıplı çıkmasından ötürü, FKK m. 26'nın genel atfı dolayısıyla adi kira sözleşmesinde kiralayanın ayıplardan sorumluluğunu düzenleyen BK m. 249/f. 2⁴², f. 3⁴³ ve BK m. 250⁴⁴ hükümleri uyarınca kiralayana başvuracak, ondan ya ayıbın uygun süre içerisinde giderilmesini isteyecek bu yapılmadığı takdirde de sözleşmeyi feshedecek; ya da ücretten ayıp oranında uygun bir miktarın indirilmesini talep edecektir.⁴⁵

Kiralayan ise, finansmanını yaptığı malın alıcısı sıfatı ile satıcıya karşı yine FKK m. 26'nın atfı dolayısı ile BK m. 202⁴⁶'deki haklarını kullanmak yetki ve yükümünde olacaktır.

Şu halde leasingli malın, satıcı tarafından ayıplı olarak teslim edilmiş olması, hem onunla finansal kiralama şirketi arasındaki satım sözleşmesinin hükümlerini, hem de finansal kiralama şirketi ile kiracı arasındaki

(41) Köteli sh.171

(42) Kiralanan, akitten maksut olan kullanmayı mümkün olamayacak yahut intifa ehemmiyetli surette azalacak bir halde teslim olunursa kiracı akdi feshe yahut ücretten münasip bir miktarın tenzilini istemeye selahiyettardır. (BK.m249/II)

(43) Eğer ayıp, kiracının yahut kendisi ile birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise; kiracı bu tehlikeye akdi yaparken vakıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine kirayı feshedebilir. (BK m. 249/III)

(44) "Kiralanan, kira müddeti zarfında kiracının bir kusuru olmaksızın akitten maksut olan kullanma mümkün olmayacak veya ehemmiyetli surette menfaat azalacak bir hale düştüğü takdirde, kiracı, ücretten mütenasip bir miktarın tenzilini talep edebileceği gibi; ayıp münasip bir müddet zarfında bertaraf edilmese, akdi dahi feshedebilir. Kiralayan, kendisinin bir kusuru olmadığını ispat edemez ise tazminat ile mükellef olur." (BK m. 250/I,II)

(45) Köteli sh.172

(46) Satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayyerdir: Dilerse satılanı reddedebilir, hazır olduğunu beyanla satımın fesih edilmesini, dilerse, satılanı alıkoymak kaymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder. (BK m. 2002/I)

finansal kiralama sözleşmesinin hükümlerini harekete geçiren bir olay olacaktır.⁴⁷

Konumuz finansal kiralama sözleşmesi olup, kiralayan şirket ile kiracı arasındaki sözleşmeyi kapsadığından, ayıplı teslim halinde kiracının kiralayana karşı ileri sürebileceği ve yukarıda bahsedilen taleplere biraz değinmek gerekmektedir. Ayıplı mal teslimi halinde, kiracının, FFK'nın 26. maddesinin genel atfı dolayısıyla BK'nun adı kiraya ilişkin 249 vd. maddelerine istinaden kiralayana başvurabileceği yukarıda ifade edildi.⁴⁸ Kiracının, kiralayana başvurarak ileri sürebileceği talepler ise kısaca şöyledir:

a) Kiracı, evvela kiralananadaki ayıpların giderilmesini, yani malın tamirini kiralayandan isteme hakkına sahiptir. Söz konusu ayıbın giderilmesi için kiracı, kiralayana uygun bir süre vermelidir. Giderilmesi gereken ufak-tefek tamirlerde, verilen uygun süre içerisinde kiralayan ayıpları gidermezse, kiracı bunları kiralayan hesabına giderebilir. (BK m. 251/II) Ayrıca burada hakimnin iznini almaya da gerek yoktur. Ancak “önemli ayıplar” söz konusu olduğunda, kiracı, kiralayan hesabına hareket edebilmek için, BK 97/I hükmü gereğince hakimden izin almak zorundadır. İstisnai olarak kiralayanın bulunmaması veya başka bir sebepten dolayı haberdar edilmesinin imkansız olması veya faydalı olarak müdahale etmesinin mümkün olmaması halinde, kiracı, söz konusu ayıpların giderilmesi için gerekli onarımları *tam vekaletsiz iş gören sıfatıyla* yapabilmelidir.⁴⁹ Verilen süre sonunda kiralananadaki ayıplar giderilmediği takdirde kiracı sözleşmeyi feshedebilecektir. Bunun için ayıbın kiralayanın kusurundan ileri gelmiş olması şart değildir.

b) Kiracı ayıbın giderilmesini isteyecek yerde veya bunu istemiş olmasına rağmen ayıbın giderilmemesi halinde, kullanımın azalması oranında kira bedelinin indirilmesini talep edebilir. Bu talep için de kiralayanının kusurlu olmasına gerek yoktur. Kullanmayı önemli ölçüde azaltmayan ayıplarda, kiracı kira bedelinin indirilmesini talep edemez. Kiracı, kiralayanın kusuru varsa, fesih veya kiranın indirilmesi talebiyle beraber, tazminat da talep edebilir.⁵⁰

Öte yandan kiracının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemesinin hukuki sonuçları üzerinde de durulması gerekmektedir. Gerçekten, finansal kiralama ilişkisinde mal satıcı/yapımcı tarafından doğrudan doğruya kiracıya teslim edildiğinden malı muayene ve ayıplı ise ihbar etmek külfetlerini kiracı yerine getirmektedir. Ancak kira sözleşmelerinde, satım sözleşmelerinin aksine, kesin bir muayene külfeti bulunmamakta-

(47) Köteli sh.172

(48) BK.m. 250/I hükmü, sonradan ortaya çıkan ayıbın giderilmesinden bahsetmekle beraber, bu hükmün kıyasen önceden var olan ayıplara da uygulanacağı kabul edilmektedir. (Yavuz sh.268)

(49) Yavuz sh.269

(50) Yavuz sh.270

dır. Bununla birlikte, zamanında ihbarda bulunmamak ayıba karşı tekef-
fülden feragat anlamına geldiğinden, ihbar külfetinin varlığını kabul et-
mek gerekmektedir. Kiracı, bu yükümlülüğü yerine getirirken satıcı/ya-
pımcıya karşı kiralayanın temsilcisi olarak hareket etmektedir. İhbar kül-
fetinin yerine getirilmemesi halinde, kiracı için ayrıca malın zamanında
tamir edilememesi nedeniyle kiralayanın uğradığı zararı tazmin yüküm-
lülüğüne de yol açar. Zamanında durumu tespit ederek ihbarda bulun-
mak, “kiracının malı, aldığı durumda geri verme borcu” konusundaki is-
pat yükümlülüğü bakımından da ona kolaylık sağlar.⁵¹

4- Kiracının Kiralanandan Yararlanmasına Engel Olacak Davranışlardan Kaçınma Borcu

FKK m.13/I hükmüne göre “*kiracı, sözleşme süresince finansal kira-
lama konusu malın zilyedi olup, sözleşmenin amacına uygun olarak her
türlü faydayı elde etme hakkına sahiptir.*” Bu hükmün tersine yorumun-
dan, kiralayanın sözleşme süresince kiracının maldan yararlanmasına en-
gel olacak davranışlardan kaçınma borcu olduğu anlaşılmaktadır. Finan-
sal kiralama konusu malın satıcı tarafından kiralayana taksitle satıldığı
durumlarda, mal kiracıya teslim edilip, sözleşme işlerlik kazandıktan bir
süre sonra, kiralayanın satış bedelinin taksitlerini ödememesi üzerine,
satıcının satım sözleşmesini temerrüt hükümlerine dayanarak feshedip
malı geri alması halinde, kiracı, kiralayanın, sözleşme süresince kendisi-
nin maldan yararlanmasına engel olacak davranışlarda bulunmama bor-
cuna aykırı davrandığı gerekçesi ile FKK m. 23/II uyarınca sözleşmeyi
feshedip, m. 25/II uyarınca tazminat talep edebilecektir.

Finansal kiralama sözleşmesinde, malın bakımı ve sözleşme süresin-
ce oluşan hasar ve ziyaa katlanma yükümü kiracıya aittir. (FFK m. 14/I)
Kiralayanın, malda meydana gelen ve kiracının sözleşmeden her türlü
faydayı elde etmesine engel olan eksiklikleri giderme yükümlülüğü yok-
tur. Bu nedenle kiralayan, ancak kendisinden kaynaklanan engelleyici
davranışlardan sorumlu olup, bunun dışında herhangi bir sorumluluğu
bulunmamaktadır.⁵²

5- Finansal Kiralama Konusu Malı Başkasına Devretmeme Borcu

Finansal Kiralama K. m. 18’e göre; “*Sözleşmede aksi öngörülmemişse
kiralayan, malın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devredemez.*”(f.1) “*Sözleş-
mede bu yetkinin tanınması halinde, devir ancak başka bir kiralayana ya-
pılabilir. Devralan sözleşme hükümlerine uymak zorundadır.*”(f.2) “*Devrin
kiracıya karşı geçerli olması onun haberdar edilmesine bağlıdır.*”(f.3)

(51) Kocaağa sh.116

(52) Altop sh.173

FKK m. 18'de – FKK m. 15'te kiracı için öngörülen malın zilyetliğini devir yasağına koşut olarak - kiralayanın da finansal kiralama konusu malın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devredemeyeceği öngörülmüş, ancak bunun aksinin sözleşmede kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir.⁵³ Finansal kiralama işlemlerinin mutlaka bir finansal kiralama şirketi aracılığı ile sürdürülmesi ilkesi benimsendiğinden, sözleşme ile kiralayana mülkiyeti devretme yetkisi tanınmış olsa bile, kiralayanın bunu herhangi bir kişiye değil, ancak bu tür bir şirkete yapabileceği öngörülmüştür.⁵⁴ Öte yandan devrin kiracı için doğurabileceği sakıncaları gidermek üzere, FKK m. 18/II c. 2'de devralanın sözleşme hükümlerine uymak zorunda olduğu, 3. fıkra da devrin kiracıya karşı geçerli olmasının onun haberdar edilmesine bağlı bulunduğu öngörülmektedir.⁵⁵ Her iki hükmün beraberce değerlendirilmesinden çıkan anlama göre mülkiyetin devri aynı zamanda finansal kiralama sözleşmesinin devri sonucunu doğurmaktadır.⁵⁶ Nitekim maddenin gerekçesinde, “finansal kiralama işlemlerinin mutlaka bir finansal kiralama şirketi aracılığı ile sürdürülmesi ilkesi benimsenmiş olduğundan, bu devrin de bir finansal kiralama şirketine yapılabileceğinin kabul edildiği; ancak finansal kiralama işlemlerinin izlenmesini kolaylaştırmak ve bu yolla, ortaya çıkabilecek kötü ve yanıltıcı uygulamaları önlemek üzere mülkiyetin devri ile beraber, *finansal kiralama sözleşmesinin de devralana geçeceğinin* hükme bağlandığı” belirtilmektedir.⁵⁷

Ancak sözkonusu düzenleme, FKK m. 8'de yer verilen tescil veya şerh işlemlerinin gerçekleştirildiği tipik finansal kiralama sözleşmeleri düşünlerek öngörülmüştür. Bu nedenle ancak gerekli tescil ve şerh işlemleri yapıldığı takdirde, malı devralan yeni malikin sözleşme hükümlerine uyması gerekir. Aksi halde, sözleşmeden habersiz olan yeni maliki, varlığından habersiz olduğu veya haber alma imkanına sahip bulunmadığı bir sözleşme ile bağlı tutmak bugünkü hukuk sistemimiz ile bağdaşmaz.

(53) Altop sh.173-174

(54) Yavuz (sh.397), m. 18'deki “devir ancak başka bir kiralayana yapılabilir.” ifadesinden yola çıkarak, kiralama konusunu devren iktisap eden ve m. 18/II gereği kiralayan sıfatını kazanan üçüncü kişinin, mutlaka bir başka finansal kiralama şirketi olacağı yolunda kanunda bir hüküm olmadığını, bu nedenle finansal kiralama şirketi niteliğine sahip olmayan hatta finansal kiralama işlemi yapma izni bulunmayan bir kişinin dahi devir suretiyle kiralayan olabileceğini ileri sürmektedir. Ancak Yavuz, m. 18/II'yi bu şekilde yorumlarken aynı kanunun Tanımlar başlıklı 3. maddesini gözden kaçırmaktadır. Anılan hükme göre bu kanunda geçen “kiralayan” deyimini finansal kiralama şirketini ifade etmektedir. FKK m. 18/II, devrin ancak bir başka kiralayana, yani 3. madde uyarınca bir başka finansal kiralama şirketine yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. Nitekim 18. maddenin gerekçesi de bu hususu doğrulamaktadır. (Kuntalp:sh.75). Kaldı ki, Yavuz da, maddeyi bu şekilde yorumlamakla beraber, yorumladığı şekliyle kanunun getirdiği kuralı eleştirmekte ve finansal kiralama konusu malı devralan üçüncü kişinin de mutlaka bir finansal kiralama şirketi olması gerektiğinin öngörülmesini savunmaktadır.(Yavuz sh.397)

(55) FKK m. 18/III'te yer alan ihbar herhangi bir şekle tabi değildir. Kiracı malın devredilmiş olduğunu başka kaynaklardan öğrenmiş olsa bile, devir ona karşı geçerli olacaktır. Bu arada ihbar, kiracıya, devralanın kanunda öngörülen nitelikleri taşıyan bir kiralayan olmadığı yolunda itirazda bulunma imkanı verir.

(56) Finansal kiralama sözleşmesinin, taşınmazlarda tapuya şerh, taşınırlarda özel sicile kaydedilmesi halinde, sözleşmeden doğan şahsi talep hakkı “eşyaya bağlı borca” dönüşür. Malın devri ile beraber yeni malik kendiliğinden finansal kiralama sözleşmesinin tarafı olur. (Kuntalp: sh.75)

(57) Kuntalp. sh.76 (TBMM S.sayı 346, m. 18, sh.4)

Böyle bir ihtimalde, yeni malikin talebi üzerine kiracı, henüz sözleşme süresi dolmadan malı ona geri vermek zorunda kalabilir. Bu durumda ise kiracı, sözleşmeye aykırı davranmış olan kiralayana karşı, sözleşmeyi FKK m. 23/II uyarınca feshedip, uğradığı zararı m. 25/I uyarınca tazmin ettirebilir.⁵⁸

6- Kiralananın Sigorta Ettirme Borcu

FKK m. 17/II: “Kiralayan şirket mülkiyeti kendisine ait olan finansal kiralama konusu malı sözleşme süresince sigorta ettirmek zorundadır.” *Sigorta primlerinin ödenmesi kiracıya aittir.*” Maddenin gerekçesinde, malın finansal kiralama şirketi için bir teminat teşkil etmesinin, onun kendisi tarafından sigorta ettirilmesi zorunluluğunun getirilmesine sebep olduğu; malı ise kiracı elinde bulundurduğundan ve bunu ihtimamla kullanmak zorunda olduğundan, sigorta primlerinin onun tarafından ödenmesi mecburiyetinin kabul edildiği belirtilmiştir.

Sigorta primleri kiracı tarafından ödeneceğinden, kiralayanın yapacağı sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan primlerin normal ölçülerde olmasına dikkat etmesi gerekmektedir. Kiralayanın buna dikkat etmeyip de sigorta şirketi ile anlaşarak primleri yüksek miktarda belirlemesi durumunda, kiracı MK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanarak, buna itiraz edebilir.⁵⁹ “Finansal kiralamaya ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığı Almanya ve İsviçre’de, formüler finansal kiralama sözleşmelerine konan bir genel işlem şartı ile primleri ödemenin yanı sıra sigorta sözleşmesini kurmanın da – başkası hesabına sigorta şeklinde - kiracıya yüklenildiğini görmekteyiz. Bu nedenle Almanya ve İsviçre’de yukarıda değinilen sorun ortaya çıkmamaktadır.”⁶⁰ Bizde de FKK m. 17/II'deki kiralayana sigorta sözleşmesini bizzat kurma zorunluluğu getiren hükmün emredici nitelikte olmadığı ve formüler finansal kiralama sözleşmelerine konacak bir hüküm ile kiracıya sigorta sözleşmesini bizzat kurma yükümlülüğünün öngörülmesinin geçerli sayılması gerektiği ifade edilmektedir.⁶¹

“Kiralayanın, malı sigorta ettirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, sigortasız malın, kiracının elinde iken hasar veya ziya uğraması halinde, kiracının sorumluluğu, - FKK m. 14/I, 2⁶² nin kıyasen uygulanması sonucu - meydana gelen zarardan, mal sigortalı olsa idi, sigorta şirketi tarafından ödenmesi gereken sigorta tazminatının düşülmesinden sonra kalan miktar ile sınırlı olacak, geri kalan miktara yasal sigorta yap-

(58) Altop sh.175

(59) Altop sh.176

(60) Altop sh.177

(61) Altop sh.177

(62) “Malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziya sorumluluğu kiracıya aittir. Bu sorumluluk ödenen sigorta miktarının karşılanmayan kısmı ile sınırlıdır.”(FKK m. 14/I)

tırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kiralayan katlanacaktır.”⁶³ Ancak böyle bir durumda sözleşmeye devam edilmesini kendisi için daha yararlı bulan kiracının, BK m. 97/I gereğince hakimden alacağı izinle, kuruluş masraflarını sonradan faiziyle beraber kiralayandan talep etmek kaydıyla, sigorta sözleşmesini bizzat – başkası hesabına sigorta şeklinde - kurmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴ Keza kiracının, sözleşmeyi devam ettirmesinin kendisinden beklenemeyeceğini ispat etmesi şartı ile, FKK m. 23/II⁶⁵ uyarınca sözleşmeyi feshetmesi de mümkündür.

III- KİRACININ HUKUKİ DURUMU

Finansal kiralama ilişkisinde, kiralayan, bir finansman kurumu olarak, kiracının gereksinim duyduğu bir yatırım malının temin edilmesini finanse etmektedir. Bu finansmanı da, gereksinimi duyulan malın mülkiyetini satıcı/yapımcıdan almak ve bilahare bunun yalnızca kullanımını, ekonomik ömrüne uygun bir süre ile ve bir bedel karşılığında her türlü yararı elde edebilmesi ve mülkiyet hakkına bağlı tüm riskleri üstlenmesi kaydıyla kiracıya devretmek suretiyle gerçekleştirmektedir. Böylece kiracı, hukuken malik sıfatını kazanmamakla beraber ekonomik açıdan aynen bir malikin hukuki durumu içine sokulmuş olmaktadır. Böylesine bir düzen, esasında kiralayan ve kiracının mala karşı olan ilgilerinin farklılığından kaynaklanmaktadır. Gerçekten kiralayanın mala karşı ilgisi, bunu kullanmak suretiyle bir yarar elde etmeye yönelmişken, kiracı malın bizzat kendisine ilgi duymaktadır. İşte tarafların sözleşme konusu mala karşı ilgilerindeki bu farklılık, malın hukuki mülkiyetinin kiralayana, bundan her türlü ekonomik yarar elde etme yetkisinin, kısaca bunun ekonomik mülkiyetinin ise kiracıya ait olması şeklinde tecelli etmektedir.⁶⁶

Finansal Kiralama Kanunu, kiracının, malın hukuki değil fakat ekonomik mülkiyetine sahip olduğu düşüncesinden hareketle, 13. maddesinin 1. fıkrasında, kiracının kiralama konusu malın zilyedi olup, bundan her türlü faydayı elde etme hakkına sahip bulunduğunu açıklamaktadır. Esasında, madde, yalnızca kiracının zilyet olduğundan söz etmektedir. Oysa kiracının zilyet olabilmesi için malın zilyetliğinin kendisine devri gerekmektedir. Malın zilyetliğinin kiracıya devrinin ise mutlaka finansal kiralama şirketi tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Gerçekten, finansal kiralama şirketinin malla olan ilgisi kural olarak sağladığı finansmanın teminatını oluşturmamasından öteye gitmemektedir. Bu bakımdan malın kendisi ile asıl ilgili olan kiracıdır. Malı yapımcı/satıcı nezdinde arayan, niteliklerini belirleyen ve nihayet seçen odur. Malı gereksini-

(63) Altop sh.177-178

(64) Altop sh.178

(65) “Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hallerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda, sözleşme feshedilebilir.” (FKK m. 23/II)

(66) Kuntalp sh.71

mine uygun olarak kendisi seçmiş olduğundan ve kiralayan şirketin mal-la ilgili sınırlı bulunduğundan, mal satıcı/yapımcı tarafından doğrudan doğruya kiracıya teslim edilir. Bu suretle bir yandan kiracı, zilyetliği; öte yandan da finansal kiralama şirketi mülkiyeti kazanmış olur. Görülüyor ki bu aşamada kiracı malı, bundan yararlanacak kişi olarak kendi adına; fakat aynı zamanda şirketin vekili olarak onun adına teslim almaktadır.⁶⁷

IV- KİRACININ HAKLARI VE BORÇLARI

Kiracı, kendisine zilyetliği devredilen malı FKK m. 13/I⁶⁸ gereği bundan her türlü yararı elde edecek şekilde kullanmak hakkını haiz bulunmaktadır.⁶⁹ Ancak Finansal Kiralama Kanunu, malın hukuki mülkiyetinin kiralayana ait olduğunu göz önüne alarak “her türlü faydayı elde etme yetkisini” sözleşmenin amacı ile sınırlandırmaktadır. Böylece kiracı, malı hangi yatırım ve hangi işler için öngörmüşse, ancak o yatırımda ve o işler için kullanmak durumundadır. Ayrıca kanun, ekonomik mülkiyet düşüncesinin bir sonucu olarak 20. maddesinde kiralayanın iflası veya aleyhine icra yoluyla takip yapılması halinde, sözleşme süresi içinde, sözleşmenin iflas masasına karşı geçerliliğini sürdüreceğini veya malın haczedilemeyeceğini kabul etmektedir.⁷⁰

Kiracının finansal kira sözleşmesindeki haklarını bu şekilde izah ettikten sonra, şimdi, kiracının bu sözleşmeden kaynaklanan borçlarına geçebilir ve bunları başlıklar halinde şu şekilde sıralayabiliriz.

1- Finansal Kiralama Bedelini Ödeme Borcu

Finansal kiralama bedeli finansal kiralama sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Kira bedeli, FKK’un 6. maddesinde sözleşmenin bir unsuru olarak düzenlenmiş, kanunun 4. maddesinde de finansal kiralama sözleşmesi, “kiralananın zilyetliğinin bir kira bedeli karşılığında kiracıya devredilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Kiralama bedelini finansal kiralama sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak düzenleyen kanun koyucu, bununla birlikte, gerek miktarın belirlenmesinde, gerekse ödeme zaman ve şeklinin tespitinde tarafları serbest bırakmıştır.

Finansal kiralama bedelinin ilk taksiti, kira konusu malın kiracıya teslimi esnasında ödenir. Satıcının malı geç teslim etmesi halinde, kiracının kiralayana olan kira bedeli borcu da gecikmiş olarak muacceliyet kazanır.⁷¹

(67) Kuntalp sh.85-86

(68) “Kiracı, sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedi olup, sözleşmenin amacına uygun olarak her türlü faydayı elde etmek hakkına sahiptir.”(FKK m. 13/I)

(69) Yavuz (sh.) kiracının kiralananı kullanma ve ondan yararlanma hakkının hasılat kirasında olduğu gibi bir borç olduğu görüşündedir. Böylece kiracının, bu borcuna aykırı hareket etmesi sonucu kiralayan FKK m. 23/f.son’daki hakkına dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir.

(70) Kuntalp sh.87

(71) Kocaağa sh.123

Kiralama bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya karşı kiralayanın sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. Bu husus FKK m. 23/I'de şu şekilde ifade edilmiştir. “Kiralayan, finansal kiralama bedelini ödeme- de temerrüde düşen kiracıya verdiği otuz günlük süre içinde de ödenmeme- si halinde, sözleşmeyi feshedebilir. Ancak sözleşmede, süre sonunda mül- kiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise, bu süre altmış günden az ola- maz.” Kiralayan, temerrüde düşen kiracıya bir ihtarname göndererek, ifa için m. 23/I uyarınca 30 günlük süre vermelidir.⁷² Bu sürenin semeresiz geçmesi halinde başvurulacak hukuki yaptırımların da ihtarda açıkça be- lirlenmesi gerekmektedir. Verilen sürenin ödemesiz geçmesi halinde kira- layan, FKK m. 23/I ve m. 26'nın atfı dolayısıyla BK m. 106 vd.'ndaki üç- lü seçim hakkına sahip bulunmaktadır. Kiralayanın başvurabileceği hu- kuki yollar kısaca şöyledir:

a) *Aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi*: Kiralayan aynen ifa ile birlik- te gecikme tazminatını isteyebilir. Bu durumda sözleşme ilişkisi devam etmekte olup, kiralayan kendi karşı edimini ifaya devam eder. Kiralayan verilen süreden sonra da bu talepte bulunabilir.

b) *Aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini talebi*: Kiralayan aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep hakkından vazgeçip, sözleş- menin ifa edilmemesinden doğan müspet zararının tazminini isteyebilir. Bu zarar kiralayanın malvarlığının mevcut durumu ile sözleşmenin ifa edilmesi halinde içinde bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Kiralayanın müspet zararının tazmini talep etmesi halinde, kira sözleş- mesi devam etmekte, ancak sözleşmenin ihtiva ettiği asli edim yerine taz- minat geçmektedir.⁷³

c) *Sözleşmenin feshi ile menfi zararın tazmini talebi*: Kiralayan, yine aynen ifa ile gecikme tazminatı talebinden vazgeçip, sözleşmeden döne- rek (sözleşmeyi feshederek)⁷⁴ menfi zararının tazminini isteyebilir. Menfi zarar, kiralayanın finansal kira sözleşmesinin ifa edileceğine güvenerek yaptığı masraflardan oluşmaktadır.

Finansal kiralama bedelinin ödeme yeri ve biçimi konusunda ise, FKK'unda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını ve bu konularda ta- rafların serbest bırakıldığını yukarıda ifade etmiştik. Ancak taraflar bu konularda sözleşme ile herhangi bir hüküm öngörmedikleri takdirde, FKK m. 26'nın genel atfı dolayısıyla Borçlar Kanununun genel hükümle- ri ve sözleşmenin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde özel hükümleri uy- gulanacaktır. Buna göre finansal kiralama bedeli kural olarak kiralaya-

(72) Kiracıya alım hakkının tanındığı sözleşmelerde bu süre 60 günden az olamaz.

(73) Oğuzman/Öz sh.388-389

(74) BK m. 106-108 hükümlerinde “sözleşmeden dönme” düzenlenmiş olmasına rağmen sürekli borç ilişki- lerinde borçlunun temerrüdü halinde, sözleşmeden dönmenin değil, sözleşmenin feshinin söz konusu ola- cağı kabul edilmektedir. (Oğuzman/Öz sh.402) Zira dönme, henüz ifa edilmemiş edimleri sona erdiren, ifa edilmiş edimlerin iadesine yol açarken; fesihi, geçmişe dokunmayıp, daima ileriye etkili sonuçlar doğurur.

nın ikametgahında ödenir. (BK m. 73/I) Kiralayan kabul etmedikçe bir ticari senetle (bono, poliçe, çek) ödemede bulunmak geçerli değildir.⁷⁵ Aynı şekilde posta havalesi ancak ikametgahta ödemeli olarak yapılırsa geçerli olur ve bu durumda havale ücreti kiradan indirilemez. Kiralayanın kira parasını almada temerrüde düşmesi halinde, kiracı BK m. 91 uyarınca sulh hakimine bir tevdi mahalli tayin ettirebilir. Bunu yapmaksızın, kira parasını kiralayan adına bir bankaya ve notere tevdi eden kiracı borcundan kurtulmuş olmaz. Kiralayanın ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin, herhangi bir ayın bedeli için makbuz vermesi halinde, BK m. 88 uyarınca önceki aylara ait bedellerinin de alınmış olduğu kabul edilmektedir,⁷⁶ ancak kiralayanın bu karinenin aksini ispatlaması mümkündür.⁷⁷

2-) Kiralananı Özenle Kullanma Borcu

FKK m. 13/II, “kiracı, finansal kiralama konusu malı sözleşmede öngörülen şart ve hükümlere göre itinayla kullanmak zorundadır” demek suretiyle mülkiyetin kiralayan için teminat oluşturduğunu göz önüne alarak, kiracının malı, sözleşmede öngörülen şart ve hükümlere göre itinayla kullanmak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Kiracının bu borcunun kapsamının tespitinde, Borçlar kanununun adi kiraya ve hasılat kirasına ilişkin hükümlerinden yararlanılabilir.⁷⁸ Buna göre kiracı, kiralananı kullanırken tam bir özenle hareket etmek ve kira konusu maldan tahsis amacına uygun olarak yararlanmak zorundadır. (BK m. 276, 278) Kiracı, alışılmış kullanma dışında malın özünü etkileyen, ona zarar veren, değerini azaltan veya varlığını tehlikeye sokan hareketlerde bulunamayacağı gibi; malda kira süresinden sonra da etkisi kalacak şekilde değişiklikler yapamaz. Kiracı, malın tahsis amacını değiştiren ve normal ömründen önce yıpranması sonucunu doğuran davranışlardan da kaçınmak zorundadır.⁷⁹

3-) Kiralananın Her Türlü Bakımını Yapma ve Onu Koruma Borcu

FKK m. 13/III uyarınca, “Sözleşmede aksine hüküm yoksa kiracı, malın her türlü bakımından ve korunmasından sorumlu olup, bakım ve onarım masrafları kiracıya aittir.” Kiracının bu borcunun kapsamının belirlenmesinde de Borçlar Kanununun adi kira ve hasılat kirasına ilişkin hükümlerinden yararlanmak mümkün olmakla⁸⁰ beraber; Finansal Kirala-

(75) “Kiracının kira parasına karşılık verdiği emre muharrer senet ifa sayılmaz.” (YHGK 10.7.1971 t, 6-1297/452)

(76) “BK m. 88 hükmünce kiralayan postaneden aldığı Ocak ayı kirasına ait postaneye vermiş olduğu makbuzla imza koyarken ihtirazi kayıt dermeyen etmemişse, evvelki kiraları da almış sayılır...” (Y6HD 1.3.1963 t, 150/1043)

(77) Kocaağa sh.127-128

(78) Yavuz sh.389

(79) Kocaağa sh.128-129

(80) Yavuz sh.389

ma Kanununun bazı noktalarda Borçlar Kanunu hükümlerinden ayrıldığı görülmektedir.⁸¹ Gerçekten, adi kira ve hasılat kirasında, kiracı, ancak alelade kullanım için gerekli olan ufak tefek bakım ve onarımları gerçekleştirmek zorundadır. Bu sınırlar dışında kalan büyük bakım ve onarımlar ise kiralayana ait bulunmaktadır.(BK m. 258/II; 279/II) FKK m. 13/II-I'te ise alelade kullanımın gerektirdiği ufak tefek bakım ve onarım ile büyük bakım ve onarım ayırımına yer verilmemiş; sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın her türlü bakım ve onarımından kiracı sorumlu tutulmuştur.⁸²

“Malın, bakım ve onarımındaki eksiklikler nedeni ile, üçüncü kişilere verdiği zararlardan kimin sorumlu olacağı konusunda FKK'da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. FFK m. 26 doğrultusunda akla BK m. 58'in⁸³ uygulanabileceği gelmekte olup, bu hükme göre bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından veya bakımındaki eksiklikten dolayı – kendi bizzat kusurlu olmasa da – sorumludur. Madde hükmünün lafzından hareket edildiğinde, finansal kiralama konusu malın maliki olan kiralayanın sözkonusu zararlardan sorumlu olması gerektiği sonucuna varılacaktır. Ancak BK m. 58 hükmü, “nimet karşılığı risk” esası üzerine kurulduğundan, öğretide bu madde anlamında sorumlu malik araştırılırken, malik sözcüğünden her zaman ve mutlakla eşya hukuku anlamında teknik bir ifadeyi anlamamak, malın ekonomik tahsis amacına göre kimin fiili hakimiyeti altında bulunduğunu ve malın bakımını kimin üstlenmesi gerektiğini araştırmak gerektiği vurgulanmaktadır. Bu görüş doğrultusunda finansal kiralama ilişkisi incelendiğinde, kiralayanın, malı kiracının seçimi doğrultusunda satın aldığı için, maldan ekonomik yararlanma süresinin büyük bölümünde tamamen kiracının yararlandığının ve malın onun fiili hakimiyeti altında olduğunun, nihayet en önemlisi FKK m. 13/III uyarınca malın sözleşme süresince her türlü bakım ve onarımından kiracının sorumlu olduğunun görüleceği ve bu nedenle malın bakım ve onarımındaki eksiklikler nedeniyle oluşacak zararlardan da kiracının sorumlu olması gerektiği sonucuna varılacağı kanısındayız.”⁸⁴

4-) Kiralananın Hasar ve Ziyayına Katlanma Yükümlülüğü

FKK m. 14 hükmüne göre; “Malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyayı sorumluluğu kiracıya aittir. Bu sorumluluk ödenen sigorta miktarının karşılanmayan kısmı ile sınırlıdır. Ancak bu farkı, kiracı finansal kiralama

(81) Kocaağa sh.130

(82) Altop sh.198

(83) “Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul olur.Bu cihetten dolayı kendisine karşı mes'ul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkı mahfuzdur.”(BKm. 58)

(84) Altop sh.199-200

bedelleri ile ödemek zorundadır." Maddeye göre, finansal kiralama konusu malın sözleşme süresi⁸⁵ içerisinde hasar ve ziyayı sorumluluğu⁸⁶ kiracıya aittir.⁸⁷ Bu özellikli finansal kiralama sözleşmesinin kendine özgü yapısını ve dolayısıyla olağan kira sözleşmesinden farklılığını ortaya koymaktadır. Gerçekten üçlü taraf sistemine dayanan finansal kiralama ilişkisinde, sözleşme konusu malı üçüncü kişi nezdinde arayan, bulan ve seçen bizzat kiracıdır. Kiralama şirketi ise malın yalnız bedelini ödemekle, yani malın finansmanını sağlamakla yetinmektedir. Mal kiracıya teslim edilmekle beraber, malın mülkiyeti finansal kiralama şirketinde kalmaktadır. Finansal kiralamanın bu işleyiş biçimi, işleyiş sırasında ortaya çıkacak riskleri paylaşırma biçimini de tayin etmektedir. Buna göre, malın seçimi ve kullanılmasına ilişkin risklere kiracı; kiracının ödeme güçlüğü riskine de kiralayan katlanmak durumundadır. Malın seçimi ve kullanılması risklerinin kiracıya ait olmasının sonucu olarak, mal, (kiracının ve kiralayanın kusurunun olmadığı) herhangi bir nedenden dolayı tamamen veya kısmen yok olur ya da kullanılamaz hale gelirse, kiracı kararlaştırılan bedeli ödemekten kaçınmaz. Ancak kiracının kira bedellerini ödeme borcu, ödenen sigorta tazminatı ile karşılanmayan kısım ile sınırlıdır. Finansal kiralama işleminin niteliğinden kaynaklanan bu özelliğin FKK m. 14'te de aynen benimsendiğini görmekteyiz.⁸⁸ Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için kiralananın sözleşme hükümlerine uygun olarak kiracıya teslim edilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde genel kural olan BK m. 117/II,c.1'deki kuralın (sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat kiralananın kiracıya tesliminden önce, kiralanan malın ziya ve hasarından, kiralayanın sorumlu olacağı şeklindeki kuralın) uygulanması sözkonusu olacaktır.⁸⁹

FKK m. 14'te bir açıklık olmamakla beraber, sözleşmenin zayıf ve korunması gereken tarafının kiracı olduğu göz önüne alındığında, sözkonusu bu hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi yerinde olur.⁹⁰

(85) Sözleşme süresinin, finansal kiralama konusu malın kiracıya teslim edildiği andan başladığını kabul ettiğimizden, kiracının, malın hasar ve ziyandan sorumluluğunun da bu andan itibaren söz konusu olduğu sonucuna varmaktayız. (Kocaağa sh.133)

(86) Burada, malın, kiracının veya kiralayanın kusurunun olmadığı hasar ve ziyandan sorumluluğu söz konusu olup, kiracının kusuru sonucu finansal kiralama konusu malın ziya ve hasarından FKK m. 13/II ve III'e aykırılık nedeniyle FKK m. 23, 25 ve BK m. 96 vd uyarınca kiracı sorumlu olurken; kiralayanın kusuru sonucu malın ziya ve hasarından ise FKK m. 13/I'e aykırılık nedeniyle FKK m. 23, 25 ve BK m. 96 vd. uyarınca kiralayan sorumlu olacaktır. (Kocaağa sh.133)

(87) Borçlar Hukukunda temel kural, karşılıklı sözleşmelerde hasara borçlunun (kiralayanın) katlanmasıdır. (BK m. 117/II) Örneğin, adi kirada kiralananın kaza sonucu yok olması durumunda, kiralayan, kiralananı kullanmaya elverişli bir halde kiracının istifadesine sunma borcundan kurtulur, fakat artık kiracıdan kira parası isteyemez; böylece hasara kiralayan katlanmış olur. FKK m. 14 hükmü ise, BK m. 117/II uyarınca bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. (Kocaağa sh.133)

(88) Kocaağa sh.133-134

(89) Yavuz sh.392

(90) Altop sh.202

5-) Kiralanana İlişkin Sigorta Primlerini Ödeme Borcu

FKK m. 17/II uyarınca; “Kiralayan şirket mülkiyeti kendisine ait olan finansal kiralama konusu malı sözleşme süresince sigorta ettirmek zorundadır. Sigorta primlerinin ödenmesi kiracıya aittir.” Gerek madde metninde gerekse gerekçe de bir açıklık bulunmamakla beraber, kanunun ifadesinden sigorta primlerinin doğrudan sigorta şirketine ödenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kiracının primleri doğrudan sigorta şirketine ödemediği takdirde temerrüde düşmesi halinde, durum sigorta şirketi tarafından derhal kendisine bildirilen kiralayan, primleri bizzat ödeyerek, sigortanın devamını sağlayabilir.⁹¹ Bu durumda ödediği sigorta primlerini faiziyle birlikte kiracıdan talep edebilecektir. Ancak, kiracının sigorta primlerini ödeme borcu, malın kiralayan tarafından sigorta edilmiş olmasına bağlıdır. Kiralayan malı sigorta ettirmemişse, kiracı malı bizzat sigorta ettirmek ve sigorta primlerini ödemek zorunda değildir.⁹²

6-) Kiralananın Zilyetliğini Bir Başkasına Devretmeme Borcu

FKK m. 15'e göre; “Kiracı, finansal kiralama konusu maldaki zilyetliğini bir başkasına devredemez”⁹³ Böylece, kural olarak, finansal kiralama sözleşmesinin kiracıya tanıdığı kiralananı kullanma ve ondan yararlanma hakkı, kanunen temlik yasaklanan alacak haklarından olma niteliğini kazanmıştır. Kiracı, kiralanan üzerindeki kullanma ve yararlanma hakkını başkasına temlik edemeyeceği gibi, kiralanan üzerinde bir başkasının zilyetliğini sağlayacak kira, ariyet gibi bir sözleşme de yapamaz.⁹⁴ Kiracının üçüncü şahıslarla yaptığı bu tür sözleşmelerin, kiralayana karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. FKK m. 15'te öngörülen kural bu şekildedir.

Ancak 06.03.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 26. maddesi ile, FKK m. 15'e şu fıkra eklenmiştir: Ancak, tüketicilerin konut edinmesine veya yatırımlara finansman sağlayan finansal kiralama işlemlerinde kiracı, kiracılık sıfatı ve/veya sözleşmeden doğan hak ve/veya yükümlülüklerini, kiralayandan yazılı izin alınması kaydıyla devredebilir. İşbu devir nedeniyle finansal kiralama sözleşmesinde yapılan kiracı değişikliği, bu Kanunun 8.maddesi çerçevesinde tescil edilir veya şerh olunur. (f.1) Konut finansmanı kapsamında yapılan finansal kiralama işlemlerinde kiracı, kiralayana bilgi vermek, diğer finansal kiralama işlemlerinde ise sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla finansal kiralama konusu malın zilyetliğini bir başkasına devredebilir.” Maddede öncelikle, malın zilyetliğinin devri, kiracılık sıfatı-

(91) Bak.Y.19.HD 1996/4608E, 1996/1356 K

(92) Kocaağa sh.135-136

(93) Adi kiraya ilişkin BK 259/I uyarınca kiracı, (sözleşmede aksi öngörülmüş olmadıkça) kiralayana zarar verecek bir değişikliği gerektirmemek şartıyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kirayı bir üçüncü kişiye de devredebilir.

(94) Yavuz sh.389-390

nın devri ve sözleşmeden doğan haklar ile yükümlülüklerin devri ayırımı yapılmıştır. İkinci ayırım ise konut edinmeye ilişkin finansal kiralama, yatırımlara finansman sağlayan finansal kiralama ve diğer finansal kiralama ayırımıdır. Kanun maddesine eklenen bu fıkra ile kiracı, malın zilyetliğini, kiracılık sıfatını ya da sözleşmeden doğan hak ve/veya yükümlülüklerini bir bütün olarak ya da bir veya birkaç tanesini maddede ayırımı yapılan sözleşme türüne göre öngörülen şartlarla bir başkasına devredebilir.

Kiracının belirtilen şartlara riayet etmeksizin malı üçüncü kişiye devretmesi halinde, kiralayan FKK m. 23/II uyarınca sözleşmeyi feshedip m. 25/I uyarınca da tazminat talep edebilir. Malın zilyetliğini devralan üçüncü kişiye karşı da kiralayan, tecavüzün refi veya menkul davaları açarak malın kendisine verilmesini ve uğradığı zararın tazminini isteyebilir.

7-) Kiralanana Sözleşme Sonunda Kiralayana İade Borcu

FFK m. 24'te *"Sözleşme sona erdiğinde, sözleşmeden doğan satın alma hakkını kullanmayan veya bu hakkı bulunmayan kiracı, finansal kiralama konusu malı derhal geri vermekle mükelleftir."* Şeklinde düzenlenen kiracının bu borcu, finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesi üzerine muaccel olacağından, konuyu sözleşmenin sona ermesine ilişkin bölümde açıklamayı uygun bulduk.

C. TARAFLARIN İFLASININ VEYA İCRA TAKİBİNE UĞRAMASININ SONUÇLARI

Tarafların iflası veya icra takibine uğramalarının finansal kiralama-ya konu mal üzerindeki etkisi FKK'nın 19 ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir.

FFK m. 19'a göre; *"Kiracının iflası halinde, iflas memuru, İcra ve İflas Kanununun 221. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre büro teşkilinden önce, finansal kiralama konusu malların tefrikine karar verir. İflas memurunun bu kararına karşı yedi gün içinde itiraz edilebilir. Kiracı aleyhine icra yoluyla takip yapılması halinde, icra memuru, finansal kiralama konusu malların takibin dışında tutulmasına karar verir. İcra memurunun kararına karşı yedi gün içinde itiraz edilebilir. Bu itirazlar, tetkik merciiince en geç bir ay içinde karara bağlanır."* İcra ve iflas memurunun, malların ayrılmasına veya takip dışı tutulmasına kendiliğinden karar verebilmesi için, sözleşmenin, FKK m. 18/I uyarınca özel sicile veya tapuya kaydedilmiş olması gerekmektedir. İflas veya icra memuru bunu özel sicile bakarak yapacaktır. Eğer tescil veya şerh yapılmamışsa, ayırma veya takip dışında tutma işlemini bizzat icra veya iflas memurunun yapamayacağı kabul edilmektedir.⁹⁵

(95) Altop sh.230

İcra ve iflas memurunun, sözleşme konusu malın İİK 2212'e göre masadan ayrılmasına veya takip dışında tutmasına karar vermemesi halinde, FKK'da bir hüküm olmadığı için, kiralayanın, haciz halinde İİK m. 96-99, iflas halinde ise İİK m. 228 uyarınca istihkak iddiasında bulunabileceği kabul edilmektedir.⁹⁶

FKK m. 20'e göre; *“Kiralayanın iflası halinde, sözleşme kararlaştırılan sürenin sonuna kadar iflas masasına karşı geçerliliğini sürüdür. Kiralayan aleyhine icra yoluyla takip yapılması halinde, finansal kiralama konusu mallar, sözleşme süresi içinde haczedilemez.”* İflasın ilanından itibaren kiracı kira bedellerini iflas masasına öder. Bu halde iflas masası, sözleşme sonuna kadar sözleşmeyi ifa zorunda olup, bu konuda bir seçme hakkı bulunmamaktadır. Zira, kiracının sözleşmeden doğan şahsi hakkı sicile tescil edilerek veya tapuya şerh verilerek kuvvetlendirilmiştir ve herkese karşı ileri sürülebilir. Sözleşme özel sicile tescil veya tapuya şerh edilmişse, bu takdirde FKK m. 26 uyarınca BK 254/I⁹⁷ uygulama alanı bulur. Buna göre kiracı sözleşmeye devam etmek istediğini iflas idaresine bildirir ve iflas idaresi de masanın menfaatinin gözeterek bir karar verir, sözleşmenin devamına karar verilirse sözleşme taraflar arasında devam eder.

Kiralayan aleyhine takip icra takibi yapılması halinde de, finansal kiralama konusu malların sözleşme süresinde haczedilememesi için de sözleşmenin özel sicile tescil veya tapuya şerh verdirilmiş olması gerekmektedir. Aksı halde BK 254/I uyarınca kiracı, kiralayanın şahsi alacaklarının malları haczetmesine engel olamaz, sadece kiralayandan sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlarının tazminini talep edebilir.

Ancak finansal kiralama sözleşmelerinde kiralayanın şahsi alacaklıları, finansal kiralama bedellerini haczettirebilirler. Bu durumda alacaklı tarafından kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen kiracı, finansal kiralama bedellerini artık kiralayana değil, icra dairesine ödemek zorundadır. (İİK m. 89/I)

YEDİNCİ BÖLÜM

FINANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Finansal Kiralama Kanunu, “Sözleşmenin Sona Ermesi” başlığını taşıyan üçüncü bölümde sözleşmenin sona erme halleri ise sona ermenin sonuçlarını düzenlemektedir. Sözleşmenin sona erme hallerini de, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren haller ve sözleşmenin feshi olarak ikiye ayırmıştır. Ancak hemen belirtelim ki, bundan başka, diğer borç sözleş-

(96) Altop sh.231

(97) “Akdi kurulmasından sonra, kiralayan, kiralanan şeyi temlik eder veya icra takibi yahut iflas dolaısıyla kiralanan elinden alırsa, kiracı, devralan üçüncü kişi tarafından taahhüt edilmiş olmadıkça, kendisini kiraya devama zorlayamaz; kiralayandan ancak akdin ifasını ya da tazminat isteyebilir.” (BK m. 254/I)

melerinde olduğu gibi, tarafların anlaşması ile sözleşmenin sona erdirilmesi de her zaman mümkündür.

A. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ

FFK m. 21 ve m. 22’de finansal kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona erme halleri; m. 24’te de kendiliğinden sona ermenin sonuçları düzenlenmiştir. Gerçekten m. 21’de *“Sözleşme, kararlaştırılan sürenin dolmasıyla son bulur. Ancak taraflardan her biri sürenin bitiminden en az üç ay önce bildirilmek kaydıyla, mevcut veya yeni şartlarla sözleşmenin uzatılmasını talep edebilir. Sözleşmenin uzatılması tarafların anlaşmasına bağlıdır.”* şeklindeki hükmüyle sözleşmenin “sürenin bitimi sebebiyle” sona ermesini; m. 22’de *“Sözleşme; şirketin sona ermesi, tüzelkişiliğinin hitamı, kiracının iflası veya aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması, kiracının ölümü veya fül ehliyetini kaybetmesi veya işletmesini tasfiye etmesi hallerinde, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, sona erer.”* şeklindeki hükmüyle sözleşmenin “diğer sebeplerle” sona ermesini düzenlemiş bulunmaktadır. Finansal Kiralama Kanununda öngörülen kendiliğinden sona erme nedenleri, adi ve hasılat kiralalarındaki sona erme nedenlerine benziyor görünse de, Finansal Kiralama işleminin kendine özgü yapısından kaynaklanan bazı farklılıklar mevcuttur. Ayrıca, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren sebepler sayılmakla birlikte ilgili maddelerde bu hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği de öngörülmektedir. Böylece taraflara, anlaşarak sözkonusu sona erme nedenlerini bertaraf etme yetkisi bizzat kanun koyucu tarafından verilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, taraflar anlaşarak, bu sebeplerin sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini veya bu durumda taraflara bir fesih hakkının tanındığını geçerli olarak kararlaştırabilirler.⁹⁸

I- SÖZLEŞMENİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERME NEDENLERİ

1-) Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

FFK m. 21, finansal kiralama sözleşmesinin, sürenin dolması ile sona ereceğini hükme bağlanmıştır. Ancak maddenin 2 ve 3. cümlelerinde taraflardan birinin, sürenin bitiminden en az üç ay önceden bildirmek koşuluyla, mevcut veya yeni şartlarla sözleşmenin uzatılmasını talep edebileceği ve bu durumda sözleşmenin uzatılmasının tarafların anlaşmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Sürenin bitiminden en az üç ay önceden bildirimde bulunma zorunluluğu, uzatmanın tarafların anlaşmasına bağlı bulunması karşısında hiçbir anlam ifade etmemektedir. Zira sözleşmenin uzatılabilmesinin tek şartı, bu konuda taraf iradelerinin uyuşması olup, böyle bir irade uyuşması ise hiçbir süreye bağlı değildir. Sözleşme süresi sona erdikten sonra da tarafların bu yolda anlaşması,

(98) Başyigit sh.462

sözleşmenin uzatılmasını sağlayabilir; üç aylık süreye uyulup uyulmadığı önem taşımaz.⁹⁹

Adi kira sözleşmelerine ilişkin olarak BK'un 263. maddesinde "susma ile yenileme" müessesesi düzenlenmişken, FKK'da bu yolda bir yenileme tarzı öngörülmüş değildir. Zira, FKK m. 21 uyarınca sözleşmenin yenilenmesi ancak tarafların anlaşması ile olacaktır.

Yenileme sonucu kurulan sözleşmeyi de bir finansal kiralama sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir.¹⁰⁰ Ayrıca, Yönetmeliğin 21. maddesine göre, sözleşmenin haklı nedenle sona ermesi ya da feshi halinde, sözleşmeye konu malın asgari dört yıl süresini doldurması kaydıyla aynı kiracı veya başka bir kiracı ile yeniden finansal kiralama konusu yapılması halinde asgari sürenin 4 yıldan az olabileceğini belirterek, buna bir alt sınır getirmemiştir. Yani, sözleşmenin yenilenmesi yoluyla dört yıldan az bir süre için finansal kiralama sözleşmesi yapılabilecektir.

2-) Finansal Kiralama Şirketinin Sona Ermesi veya Tüzel Kişiliğini Kaybetmesi

FKK m. 22'de yer alan bu neden, Borçlar Kanununun kira düzenlemesinde bulunmamaktadır. Bu maddeye göre finansal kiralama şirketinin sona ermesi veya tüzel kişiliğini kaybetmesi halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme kendiliğinden sona erer.

Madde, sözleşmenin sona erme nedeni olarak hem şirketin sona ermesini hem de tüzel kişiliğini kaybetmesini saymaktadır. Ancak kiralayan şirket kanun gereği daima Anonim Şirket şeklinde kurulmuş bir tüzel kişi olacağına göre, şirketin sona ermesi ile tüzel kişiliğini kaybetmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, kiralayan şirketin sona ermesi veya tüzel kişiliğini yitmesinin doğrudan sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurması, kiracı bakımından tehlikeli olabilir. Zira kiracı, finansal kiralama işleminin, işletmesi için gerekli istikrar ve güveni daha iyi sağlayabileceğini düşünerek, yatırım kararında adi kira yerine şartları daha ağır ve daha masraflı olan finansal kiralamayı seçmiştir. Bu bakımdan kiralayanın kendi iradesi ile kendi yaşamına son vermesi durumunda, sözleşmesinin kanun gereği kendiliğinden sona ermesi, kiracının çıkarlarına aykırı düşer. Bu konuda akla gelebilecek çözümler, sözleşmeye konacak bir hükümle, sona eren şirketin tasfiyesini sözleşmenin sonuna kadar uzatmak ya da, finansal kiralama konusu malın, tasfiye sırasında FKK m. 18/II doğrultusunda ancak bir başka kiralama şirketine satılarak, sözleşmenin onunla kiracı arasında kararlaştırılan sürenin sonuna kadar devamının sağlanması olabilir.¹⁰¹

(99) Kocaağa sh.148

(100) Altop sh.255

(101) Köteli sh.254

3-) Kiracının İflası veya Aleyhine Yapılan İcra Takibinin Semeresiz Kalması

Borçlar Kanunu, kira sözleşmelerinin sona erme nedenlerinden biri olarak yalnızca kiracının iflasını ele alırken (BK m. 261); FKK m. 22, kiracının iflasının yanında ayrıca aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması nedenine de yer vermektedir. FKK m. 22'ye göre, kiracının iflası halinde sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa finansal kiralama sözleşmesi sona erer. Ancak, kuralın aksinin kararlaştırılması mümkün olduğundan, uygulamada sözleşmeye konan bir madde ile, kiracının iflası veya ekonomik durumunun kira bedellerinin ödenmesini tehlikeye düşürecek ölçüde kötüleşmesi halinde kiralayana sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmaktadır.¹⁰² Bu durumda sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, kiralaayan bir fesih hakkına sahip bulunmaktadır.

4-) Kiracının Ölümü, Fiil Ehliyetini Kaybetmesi veya İşletmesini Tasfiye Etmesi

Borçlar Kanununun kira sözleşmesiyle ilgili düzenlemesinden farklı olarak, FKK m. 22, kiracının ölümü yanında ayrıca onun fiil ehliyetini kaybetmesi, veya işletmesini tasfiye etmesini de finansal kiralama sözleşmesini sona erdiren nedenler arasında saymaktadır. Bu düzenleme biçimi, işlemin finansman özelliğinden ileri gelmektedir. Gerçekten işletmenin sağlıklı çalışması, bireysel işletmelerde büyük oranda bunun sahibine bağlı olup, sahibinin yeteneksizliği, işletmenin de başarısızlığına ve dolayısıyla kiralama bedellerinin ödenmemesine yol açacaktır. Bundan dolayı, finansal kiralama şirketi, bireysel işletme sahibi ile finansman ilişkisine girerken hem işletmenin yapısını hem de sahibinin kişiliğini göz önüne almak ve değerlendirmesini buna göre yapmak durumundadır. Finansal kiralama ilişkisinin kurulmasından sonra, değerlendirmede önemli bir unsur olarak ele alınan kiracının işletmesi ile fiili ilgisinin kesilmesine yol açacağından ölümünün, fiil ehliyetini kaybetmesinin veya işletmesini tasfiye etmesinin, finansal kiralama ilişkisinin de sona ermesine yol açması gerektiği açıktır.¹⁰³

Ancak sözleşmelere aksi düzenlemeleri içeren kayıtların konması mümkündür. Bu nedenle m. 22'de sayılan sebeplerin gerçekleşmesi halinde kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ermeyeceği, ancak kiralayanın fesih hakkına sahip olduğu kararlaştırılabilir ve bu tür kayıtlar geçerli olarak hüküm doğururlar.

(102) Altop sh.256

(103) Kuntalp sh.92-93

II- KENDİLİĞİNDEN SONA ERMENİN SONUÇLARI

FKK m. 24, “sözleşme sona erdiğinde, sözleşmeden doğan satın alma hakkını kullanmayan veya bu hakkı bulunmayan kiracı, finansal kiralama konusu malı derhal geri vermekle yükümlüdür.” demek suretiyle, finansal kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinin hüküm ve sonuçlarını kısmen eksik bir biçimde düzenlemiştir. Gerçekten söz konusu madde, yalnızca malın geri verilmesi sorununa değinmekle yetinip, kiralama bedelleri hakkında herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Oysa finansal kiralama sözleşmesinin, sürenin dolması dışındaki nedenlerle sona ermesi halinde, henüz muaccel olmamış kiralama bedelleri ile daha önce ödenmiş kiralama bedellerinin akibetleri sorusu ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁴ Kuşkusuz bu sorunun çözümü büyük ölçüde finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliğine bağlıdır. Bu sözleşme bir kira sözleşmesi olarak kabul edildiği takdirde, kiracı, malı geri verecek, kiralayan da sona erme tarihine kadar aldığı kiralama bedellerini artık talep edemeyecektir.¹⁰⁵

Maddede görüldüğü üzere FKK, geri verme yükümlülüğünü kiracıya tanınan satın alma hakkı ile sınırlandırmaktadır. Sözleşme ile kiracıya satın alma hakkı tanınmış ve o da bu hakkını kullanmış ise, kiracının geri verme yükümlülüğü söz konusu değildir. Ancak kiracının satın alma hakkını kullanabilmesi, finansal kiralama sözleşmesinin FKK m. 21 anlamında sürenin dolması sebebiyle sona ermesine, başka bir deyişle sözleşmede öngörülen şartları yerine getirmesine, özellikle tüm kira bedellerini ödemiş olmasına bağlıdır.¹⁰⁶

Finansal kiralama konusu malın sözleşme süresince kullanılması sonucu meydana gelen normal yıpranma dışında, aynen teslim alındığı şekilde iade edilmesi gerekir. Adi kirada malın ayıplı olarak geri verilmesi halinde kiralayanın bunu kural olarak kabulden kaçınamayacağı, yalnızca tazminat talebini saklı tutabileceği ileri sürülmektedir. Ancak malın eski haline getirilmesi orantısız derecede aşırı masraf gerektiriyorsa, malın kiracıya bırakılarak kiracıdan tam tazminat istenebileceği de kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Bu görüşlerin, finansal kiralama işlemi için de geçerli olabilmesi gerekmektedir. Bunun dışında, malın iade yükümlülüğünün kiracıya ait olmasından hareketle söz konusu geri verme işlemi ile ilgili tüm masrafların kiracıya ait olduğunun kabulü yerinde olacaktır.¹⁰⁸

(104) Bu sorunun çözümü konusunda ileri sürülen görüşler hakkında bak.Kuntalp sh.96-97

(105) Başyığıt sh.468

(106) Kocaağa sh.154

(107) Altop sh.264

(108) Bu çerçevede özellikle motorlu taşıtlar açısından geçerli olmak üzere finansal kiralama süresinin bitimine rağmen kiracının malı iade etmemesi durumunda söz konusu kiralananın neden olacağı zararlardan kiralayanın değil söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket eden kiracının sorumlu tutulması yerinde görülmektedir.Bkz Y.19.H.D., E.1997/2002,K.1997/3776; Y.19.H.D.,E.1998/2577, K.1998/3075

Kiracının, finansal kiralama sözleşmesinin uzun süreceğini dikkate alarak, kira konusu mala bir takım masraflar yapması ve onu ıslah etmesi mümkündür. Böyle bir durumda sözleşme FKK m. 22'deki nedenlerden dolayı süresinden önce sona ermişse, kiracı yapmış olduğu harcamaları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce sona ermesine kiracı kendi kusuru ile sebebiyet vermişse, bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talepte bulunması iyiniyet kurallarına aykırı olacağından, bu talepte bulunamamalıdır.¹⁰⁹

“Finansal kiralama sözleşmesinin, FKK m. 22'deki nedenlerden biriyle kendiliğinden sona ermesi halinde, tarafların birbirlerinden tazminat isteyip isteyemeyecekleri hususunda da FKK m. 24'te bir açıklık yoktur. Ancak, FKK m. 22'de sayılan nedenlerden hiç biri sözleşmeye aykırılık oluşturmadığından kural olarak taraflar birbirlerinden sözleşmenin erken sona ermesi nedeniyle tazminat isteyemezler.”¹¹⁰

Kiracı tarafından finansal kiralama konusu mal kendisine verilen kiralayan, bu malı istediği gibi değerlendirebilir. Bir üçüncü kişiye satabileceği gibi, üçüncü kişiyle ikinci el finansal kiralama veya adi kira sözleşmesi kurabilir ya da hurda olarak değerlendirebilir. Bu değerlendirme sonucu elde edilen bedel ile daha önce kiracı tarafından ödenmiş kira bedellerinin toplamının, sona eren finansal kiralama sözleşmesi ile öngörülen kira bedelleri toplamından fazla veya az olması durumunda, aradaki lehte veya aleyhteki farkın kiracıdan istenip istenemeyeceği yahut ona ödenip ödenmeyeceği konusunda FKK m. 24'te bir açıklık yoktur. Bu husus, malın teminat fonksiyonu gözönüne alınarak açıklığa kavuşturulabilir. Malın değerlendirilmesi sonucu elde edilen değer ile daha önce ödenmiş kiralama bedelleri toplamı, kiralayan şirketin, sözleşme normal şekilde sona erse idi elde edeceği miktardan fazla ise, bu fazlalığın kiracıya veya mirasçılara ödenmesi zorunluluğu teminat fonksiyonunun gereğidir.¹¹¹ Aksine arada aleyhte bir farklılık olduğu takdirde, sözleşmenin erken sona ermesi kiracının kusuruna dayanıyorsa, bu farkı kiracıdan talep edecek; aksi halde kiralayan, artık kiracıdan veya mirasçılarından bir talepte bulunamayacak, buna kendisi katlanacaktır.¹¹²

B. SÖZLEŞMENİN FESHİ

Finansal Kiralama sözleşmesinde, gerek kiracının gerekse kiralayanın borçlarından birini ihlal etmesi durumunda; diğer tarafın tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Gerçekten FKK m. 23/2'ye göre

(109) Altop sh.264

(110) Kocaağa sh.156

(111) Altop, kiralayanın elde edeceği bedelin tamamen kendisine ait olacağı, kiracının bu bedelden pay talep edemeyeceği görüşündedir.(sh.268)

(112) Kocaağa sh.156

“tarafılardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hallerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda, sözleşme feshedilebilir.” şeklinde, tarafların sözleşmeye aykırı harekette bulunması temel fesih sebebi olarak öngörölmüşdür. Bunun dışında, “kiralananın kiracıya zamanında teslim edilmemesi” ve “kiracının finansal kiralama bedelini ödemede temerrüdü” halleri de FKK’da birer fesih sebebi olarak öngörölmüşdür.¹¹³

I- FESİH NEDENLERİ

1) Kiralananın Kiracıya Zamanında Teslim Edilmemesi

FKK m. 4 uyarınca kiralayan, finansal kiralama sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, kira konusu malı kiracıya sağlama borcu altına girmektedir. Söz konusu malın, kiralayan tarafından üretici veya satıcı ile zamanında sözleşme yapılmamış veya gerekli ödemenin zamanında yerine getirilmemiş olması veya başka nedenlerden dolayı teslim edilmemesi halinde, FKK m. 16 uyarınca kiracı, BK m. 106’daki seçimlik haklarını kullanabilir. Bu seçimlik haklar yukarıda¹¹⁴ izah edildiği için burada tekrar üzerinde durmuyoruz. Ancak bu haklardan birinin “sözleşmenin feshi ile menfi zararının tazminini talep hakkı” olduğunu hatırlatmakla yetiniyoruz.

2-) Kiracının Finansal Kiralama Bedelini Ödemede Temerrüdü

FKK m. 23/1’e göre; *Kiralayan, finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya verdiği otuz günlük süre içinde de ödenmemesi halinde, sözleşmeyi feshedebilir. Ancak, sözleşmede, süre sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise bu süre altmış günden az olamaz.*¹¹⁵ Kiralayan, kira bedelini vaktinde ödemeyen kiracıya göndereceği temerrüt ihtarında otuz günlük süre vererek, süre sonunda da sözleşmeyi feshedebileceğini bildirebilir. Fesih ihbarıyla birlikte, menfi zararının tazminini de talep edebilir. Maddede yalnızca sözleşmenin feshi öngörölmüş olmakla beraber, kiralayanın FKK m. 26 delaletiyle BK m. 106 vd. hükümleri uyarınca üçlü seçim hakkına sahip olduğu da kabul edilmektedir. Ancak bunlar yukarıda anlatıldığı için burada tekrar üzerinde durmuyoruz.¹¹⁶

(113) Kanunda öngörölen bu fesih nedenleri dışında, tarafların kusuru olmaksızın işlem temelinin çökmesi” de finansal kiralama sözleşmesinin fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Ancak biz yalnızca kanunda öngörölen fesih nedenleri üzerinden duracağımızdan, işlem temelinin çökmesi hususunda bak. Alttop s.273 vd.

(114) Bak.yukarıda “Kiralananı Kiracıya Zamanında ve Gereği Gibi Teslim Etme Borcu”

(115) Maddenin lafzından hareket edildiğinde, kiralayanın ancak kira bedelini ödemeyen kiracıyı genel hükümler çerçevesinde temerrüde düşürdüktan sonra, kendisine süre vererek fesih hakkını kullanabileceği anlaşılmaktadır. Halbuki ana kuraldan bu şekilde ayrılmak için bir gerekçe bulunmamaktadır. Gerçi finansal kiralama bedellerinin muacceliyet tarihleri genellikle takvim günü olarak belirlendiğinde, BK 101/II uyarınca kiracı, o günün gelmesiyle birlikte kiralayanın ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşer. Ancak bunun aksine uygulamaların varlığı da dikkate alındığında, söz konusu maddenin adı kiraya ilişkin BK m. 260 ve hasılat kira-sına ilişkin BK m. 288 hükümleri doğrultusunda yorumlanması gerekir.(Alttop sh.269; Yavuz sh.390)

(116) Bak.yukarıda “Finansal Kiralama Bedelini Ödeme Borcu”

Kiralayanın kiracıya tanıdığı otuz veya altmış günlük süreler içerisinde kira borcunun ödenmiş olması, kiralayanın, kiracının temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshetme imkanını ortadan kaldırmaktadır. Böylece sözleşme süresi zarfında, kiracının sözleşme ihlali sayısı ne olursa olsun, sözleşmenin bu nedenle kiralayan tarafından feshi de kural olarak mümkün görülmemektedir. Ancak, kiracının sözleşme süresince kira bedelini ödeme sürekli temerrüdü halinde, kiralayanın, artık sözleşme ile bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyeceğini belirterek FKK m. 23/II uyarınca sözleşmeyi feshedebileceği düşünülebilir.¹¹⁷

3) Taraflardan Birinin Sözleşmeye Aykırı Harekette Bulunması

Finansal kiralama sözleşmesinde gerek kiracının gerekse kiralayanın, borçlarından birini ihlal etmesi yani sözleşmeye aykırı davranması halinde, diğer tarafın tek taraflı, kanundan kaynaklanan bozucu yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Gerçekten FKK m. 23/II'ye göre; *“taraflardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hallerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda, sözleşme feshedilebilir.”* Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, sözleşmeye aykırılık fesih için zorunlu olmakla beraber yeterli değildir. Bu aykırılığın, ayrıca diğer tarafın sözleşme ilişkisine devam etmesinin beklenemeyeceği bir durum yaratması gerekmektedir. Çekilmezlik halinin ortaya çıkıp çıkmadığını hakim MK m. 2 çerçevesinde, her bir somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak takdir eder.¹¹⁸

II- FESHİN SONUÇLARI

FKK m. 25/I, finansal kiralama sözleşmesinin kiralayan tarafından feshinin sonuçlarını düzenlemektedir. Sözleşmenin kiralayan tarafından feshi halinde, kiracı malı iade ile birlikte vadesi gelmemiş finansal kiralama bedellerini ödemek yükümlülüğü altında olup, ayrıca kiralayanın bunu aşan zararını da ödemek zorundadır. Kiracının, tüm kira bedellerini ödemesi, onun kusurlu olup olmamasına bağlı değildir. Ancak, kiralayanın bunu aşan zararlarının karşılanması için kiracının, sözleşmenin feshinde kusurlu olması lazımdır.¹¹⁹

FKK m. 25/II ise, sözleşmenin kiracı tarafından feshedilmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre fesih halinde, kiracı, malı geri vermekle beraber, uğradığı zararın tazminini kiralayandan talep edebilir. Hüküm kiracının malı satın alma hakkının söz konusu olduğu hallerde değinmeyerek, yalnızca malın geri verilmesinden söz etmekte olup, bu haliyle yetersizdir. Ancak malı satın alma hakkının kiracıya tanınmaması onun için çok ağır bir sonuç olduğundan, kiralamaya konu malı burada da satın alma hakkının tanınması gerekmektedir.

(117) Kocaağa sh.160

(118) Kocaağa sh.160-161

(119) Altop sh.285

KAYNAKÇA

- Altop Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990.
- Kocağa Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.
- Köteli M.Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1991.
- Kuntalp Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996
- Başyigit Özgür, Finansal Kiralama Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları, Legal Hukuk Dergisi, 2006/38 sayı
- Reisoglu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul 1999
- Oğuzman M.Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995

TÖRE SAİKİ İLE İNSAN ÖLDÜRME SUÇU¹

(5237 sayılı TCK m. 82/1-k)

Mahir TOPALOĞLU

I. GİRİŞ

Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi başta olmak üzere değişik bölgelerinde, özellikle kadınların ve ergenlik çağına gelmiş kız çocuklarının cinselliklerine ilişkin töresel kurallar gerekçe gösterilerek ailelerince (çoğu kez acımasızca) öldürüldükleri bilinmektedir. Kamuoyunda *töre cinayeti* olarak adlandırılan bu tür eylemlerin önlenmesi amacıyla 5237 sayılı TCK'nın insan öldürme suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 82. maddesinin 1-k fıkrasında yeni bir hüküm konulmuştur. Bu düzenlemede eylemin töre saiki ile işlenmesi, *nitelikli insan öldürme suçu* olarak tarif edilmiş ve *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası* ile cezalandırılması öngörülmüştür. Kanun koyucu burada suçun oluşması için *genel kastın* yanında töre saiki denen *özel kastın* da bulunmasını aramıştır.

Eski 765 sayılı TCK'da olmayan *töre saiki ile insan öldürme suçu*, 5237 sayılı TCK'nın 82/1-k maddesinde genel hatları ile düzenlenmiştir. Maddede *töre* kavramı tanımlanmamış ve suçun oluşumuna ilişkin herhangi bir unsur veya şarta yer verilmemiştir. İçeriğinin doldurulması tamamen uygulamaya bırakılmıştır²; ancak şimdiye kadar bu düzenlemeye emsal teşkil edecek herhangi bir uygulaması görülmemiştir.

Makale, töre saiki ile insan öldürme suçunun uygulanabilirliğine az da olsa katkıda bulunabilmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu nedenle sosyolojik tartışmalara ve doktrine fazla yer verilmemiştir. Önce, *töre* başta olmak üzere ilgili kavramlar incelenmiş sonra sırası ile bu suçun; ne-

(1) Mahir Topaloğlu, Üsküdar Hakimi,(mahirtopaloglu@hotmail.com). Bu çalışma Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı'nda Yüksek Lisans Tez Çalışması olarak sunulmuş ve kabul görmüştür.

(2) Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, Şubat, 2005.s.312-315.

denleri, fail mağdur ve namus cinayeti ile olan ilişkisi, tasarlama, haksız tahrik, töresel kurallar ve aile meclisi kararına ilişkin konular açıklanmaya çalışılmıştır. Sonuç kısmında ise düşüncemize yer verilmiştir.

II. GENEL BİLGİLER

Devletin oluşmadığı ilkel dönemde, aile/kabile başkanı, grup üyelerinin devamlı denetimine ve gözetimine tabi olduklarından cezalandırma yetkisini kullanırken tamamen keyfi davranmazlardı ve grubun adet ve ananelerine riayet ederdi. Cezalandırılan fiiller arasında *zina* da vardı. Bu durum kocanın karısı üzerindeki mülkiyet hakkının ihlali sayılıyordu³.

Günümüzde *töre saiki* ile öldürmenin sadece bizde ve İsrail’de ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlendiğini ifade edilmektedir⁴. Yine Ortadoğu’da, diğer Arap ve Kürt topluluklarında benzer cinayetlerin işlendiği, özellikle Filistinli kadınların da aynı nedenlerle öldürüldükleri belirtilmektedir⁵.

Eski 765 sayılı TCK’daki benzer düzenlemeler şunlardır:

* *Zina halinde yakalama sonucu adam öldürme suçu (ETCK m. 462), madde 19.7.2003 tarihinde 6123 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.*

* *şerefi kurtarma saikiyle yeni doğmuş bir çocuğun öldürülmesi (ETCK m. 453) (Yeni TCK’da yok)*

* *ve Şeref ve namus kurtarmak saiki ile çocuk düşürme, düşürtme suçudur. (ETCK m. 472) (Yeni TCK’da yok)*

Töre ve namus uğruna işlenen cinayetler, ülkemizde işlenen öldürme suçları içersinde hala önemli bir yer tuttuğundan Yeni TCK’da buna ilişkin özel hükümlerin getirilmesi benimsenmiştir.

5237 sayılı TCK’nın 81. maddesinde “**Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır**” denilerek kasten öldürme suçu düzenlenmiştir.

TCK’nın 82/1-k maddesinde ise eylemin töre saiki ile işlenmesi nitelikli hallerden sayılmış ve fail ağırlaştırılmış müebbet cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

TCK’nın 82/1-k madde gerekçesi “Töre saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunması gerekir” şeklindedir.

(3) Avcı, Mustafa, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar Arası Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, Editör, Talip Atalay İlknur Uluğ ve Ahmet Atak, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği (AKADER) Yayınları, Diyarbakır, 2003 s.16-52

(4) Adalet Bakanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu s. 322

(5) Kardam, Filiz, (Töre Cinayetleri Paneli: Düzenleyen: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü ile Gazi Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü, Eylül 1999 ve Kadın Mevzuatı ve Töre Paneli: Düzenleyen: Kadın Dayanışma Vakfı Başkanlığı, Şubat 1999) Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü(KSSGM) Aralık, 1999, Ankara s.87-97

TBMM'nın alt komisyonundaki gerekçe ise şöyledir: “Ülkemizde cinsel saldırıya uğrayan kız çocukları ya da ailesinin istemediği bir kişiyle arkadaşlık eden veya evlenen kadınların öldürülmesi, sıkça rastlanan bir olaydır. Kan gütme saiki ile gerçekleştirilen öldürmeleri önlemek batımından, Ceza Kanunumuzda en ağır ceza öngörülmiştir. En az, kan gütme kadar önlenmesi gereken ve **töre cinayeti** olarak adlandırılan öldürmelerin de aynı etkinlikte önlenmesi için, töre saikinin nitelikli adam öldürme olarak kabul edilmesi gerekir.

Diğer yandan, çeşitli uluslar arası sözleşme ve bildiride de özellikle kadınlara yönelik bu tür öldürmelerin önüne geçmek için devletlerin yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bu gerekçeyle maddede değişiklik yapılması önerilmiştir”⁶

III. KAVRAMLAR

Töre'nin ahlak, örf ve adet, namus ve aşiret gibi birçok kavramlara yakın anlamlar taşıdığı muhakkaktır ancak, biz burada konunun çok fazla dağılmaması için töre'nin yanında, sadece *namus* ve *aşiret*; kanuni düzenleme gereğince de *saik* kavramına yer vereceğiz.

A. Töre

Töre konusunda bizi aydınlatacak en eski eserlerden biri Yusuf Has Hacıp'in 1069-1070 yıllarında yazdığı kutluluk bilgisi, saadet bilgisi, devlet idaresi bilgisi anlamına gelen “Kutadgu Bilig”dir. Bu eserde *töre* (*törü*), güneş sembolü ile gösterilmiş ve bu kavrama güneşin büyüklüğü, bütünlüğü, parlaklığı, aydınlatıcı özelliği ve sürekliliği gibi anlamlar yüklenmiştir. Eski Türk Devlet geleneklerinin yanında İslam geleneklerine de geniş yer verilen Kutadgu Bilig'de iyi bir devletin teşkilatlanması, devletin güçlenmesi ve devamlılığının töre sayesinde mümkün olacağı belirtilmiştir⁷.

Törelere başlangıçta toplumda egemen olan güçler tarafından konulduğunu iddia etmenin pek de yanlış olmayacağını düşünüyoruz. Zira Kutadgu Bilig, törelere, büyük Türk hükümdarlarının koydukları kurallardan oluştuğunu söylemektedir. Yani töreleri ilk başta yaratanlar hükümdarlardır.

Töre, TDK Türkçe sözlükte “Bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, dar anlamda ise bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri” olarak tanımlanmıştır⁸.

Töre'nin, “yazılı olmayan ancak toplum içinde yıllardan beri kendisine uygulanagelen ahlak ve hukuk kuralları”, “bir toplumun yada toplum keski-

(6) Adalet Bakanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s.312

(7) (www.hurgokbayrak.com/yeni_sayfa_11.htm)

(8) TDK, Türkçe sözlük 2.cilt s.1488)

minin ortaklaşa benimsediği, kabul ettiği uymak zorunda olduğu gelenek, görenek gibi toplumsal kurumlardan kaynaklanan davranış kalıplarını içeren olgu” olarak da tarif edildiği görülmektedir⁹.

B. Namus

Arapça kökenli olan namus Türkçe sözlükte” Bir toplumda ahlak kurallarına karşı beslenen bağlılık, dürüstlük, doğruluk, iffet”¹⁰ olarak tanımlanmıştır.

Namus kavramını özellikle cinsel davranışa ilişkin gelenek ve göreneklerle ilişkilendirilir. Bu anlamda cinsel saflık ve sakınma ile namuslu olunabileceği savunulur. Saflığı korumak, kadına düşen sorumluluklardan birisidir. Sakınma ise, her iki cinsi ilgilendirir. Kadının namusu, saflığını evlenmeden önce herkese karşı korumak biçiminde kendini gösterir. Evlendikten sonra ise cinselliğini sadece kocasına sunmak zorundadır. Bunun dışındaki her cinsel eylem namussuzluk sayılır¹¹.

C. Saik

Saik, failin harekete geçmesine yol açan sebeptir. Suçun ne için işlendiğinin anlaşılması failin saikinın tespiti ile mümkün olur.¹² Bu anlamda kasttan önce gelir ve kasdı hazırlar.

Saik, Türk Hukuk literatüründe Fransız hukukunun etkisiyle özel kast olarak ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK’da genel kast özel kast ayırımı yapılmadığından saiki artık kasdın bir türü olan özel kast olarak anlamak mümkün değildir. Bu bakımdan saiki *bazı suçlar açısından, suçun temel şekline ilişkin bir unsur olduğunu kabul etmek gerekir. Bu unsur mavi unsurdur*¹³.

D. Aşiret

Töre cinayetlerinde büyük rol oynayan aşiret kavramının da tanımlanması gerektiğini düşünüyoruz.

Kendi aralarında ayrı diller ya da ağızlar kullanıyor olsalar da aralarındaki iletişimi tek bir ortak dille sağlayan, aynı ya da benzer kültür özellikleri gösterse de, büyük ölçüde aynı kökten geldiklerine inanan, da-

(9) Meran,Necati, ” Kişilerle Karşı Suçlar” Ankara 2005, s.55.

(10) Türk Dil Kurumu,Türkçe sözlük, Yeni Baskı, Ankara, 1988, 2.cilt s.1071

(11) Tezcan, Mahmut, (Töre Cinayetleri Paneli: Düzenleyen: Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü ile Gazi Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü, Eylül 1999 ve Kadın Mevzuatı ve Töre Paneli: Düzenleyen: Kadın Dayanışma Vakfı Başkanlığı, Şubat 1999) Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü(KSSGM) Aralık, 1999, Ankara s.21-27.

(12) Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Sektizinci bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983. No.933.

(13) Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara: Adalet Bakanlığı, Ocak, 2006.s. 235.

ha doğru bir deyişle birlikteliklerini kan bağı ile açıklayan iki yada daha çok sayıda kabilenin oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir¹⁴.

Ataerkillik, aşiret sisteminin vazgeçilmez unsurlarından birisidir. Bu sistem içinde erkek mutlak egemendir. Aşiret baba soyludur. Toprağın bölünmesini önleyici evlilikler yapılmaktadır.

IV. TÖRE CİNAYETİNİN NEDENLERİ

Şanlıurfa Valiliğinin 1927 yılında yayınladığı “Şanlıurfa Salnamesi” (Yıllık)nin 104. sayfasında aynen şu satırlar yer almaktadır. **“Aşiret mensubu bir kız bir gence meylederek onunla kaçarsa, veli ve vasileri-ne karşı kız ve erkek ölüme mahkum olurlar. Aralarında nikah yapılsa bile, kızın akrabasına başlık namıyla bir şey verilmez ve bir sulh yapılmazsa, kızı kaçırın hakkında katillere tatbik edilen usul tatbik edilir... Kocalı bir kadın bir erkekle kaçır ise her ikisi takipten uzak bölgelerde hayatlarını geçirmeye mecburdurlar. Kadını kaçırın, bu kadının akrabası hem de kadının kocası tarafından takip olunur. Bu cinayette erkek ve kadına yönelik öldürme hakkı daima bakidir¹⁵”**

Yapılan araştırmalar töre cinayetlerinin ülkemizde en çok Şanlıurfa'daki Arap aşiretlerine bağlı ailelerde işlenmekte olduğunu göstermektedir.¹⁶ Bunun nedenlerinden birisinin de yukarıda sözünü ettiğimiz Şanlıurfa Salnamesi olduğunu söylemek pek de yanlış olmaz.

Töre saiki ile öldürmelerin nedenlerini bir bütün halinde önceden tespit etmek mümkün değildir ancak ülkemizde en çok görülen nedenler aşağıdaki gibi sıralanabilir¹⁷.

- * Kızın ailesinin isteği dışında birisiyle duygusal ilişkiye girmesi,
- * Gayri meşru bebek doğurması,
- * Genç kadının kocasını terk edip başkasıyla kaçması,
- * Kızın bir gence sevdalanması,
- * Kızın evlilik öncesi hamile kalması,
- * Kızın sevdiği gençle evden kaçması,
- * Kızın kötü yola düşmesi,

Bu ana nedenlerin yanında kırsal kesimde kadının sadece seksüel tatmin aracı, sınırlı varlık kabul edilmesi; kadınların kişiliğinin gelişmesi ve özgürleşmesinin engellenmesi, ekonomik bağımsızlıklarının olmayışı;

(14) Yıldız Cengiz, „Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar Arası Sempozyumu, 26-27 Eylül 2003, Editör, Talip Atalay İlknur Uluğ veAhmet Atak, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği (AKADER) Yayınları, Diyarbakır, 2003 s.137,138.

(15) Faraç, Mehmet, “Töre Kısacında Kadın” İstanbul 2004,3.basım,Güniz, s.20.

(16) Yıldız Cengiz, AKADER s. 139.

(17) Avcı, Mustafa, AKADER. s.22-24

itaat ve yoksulluk kültürü; namus ve şerefın toplumsal bir değır olarak algılanması; eğitim yetersizliğı ve aşiretlerin bu cinayetleri desteklemeleri de eylemde büyük rol oynamaktadır¹⁸.

V. FAİL - MAĞDUR İLİŞKİSİ

Fail, aile üyelerinden birini öldürmüş olmalıdır. Buradaki aile kavramı geniş yorumlanmalıdır. Sadece alt soy, üst soy ve civar hısımlığı değıl, failin bağılı bulunduğı topluluk yada toplum kesimi olarak anlaşılmalıdır.

Faillerde yaş ve cinsiyet sınırlaması yoktur. Genel olarak erkekler olmakla birlikte kadınlar da suçun faili olabilirler. Ancak aile meclisi kararı ile gerçekleştirilen öldürmelerde genelde ceza indiriminden faydalana-bilmek için eylemin henüz reşit olmayan aile üyelerine işlettirildiğı görülmektedir¹⁹.

VI. TÖRESEL KURALLARIN VARLIĞI SORUNU

Bu konuda henüz doktrin oluşmamıştır, ancak maddede failin töre saiki ile hareket etmesi arandığına göre faili suç işlemeye iten bir töresel kuralın bulunması gerektiğini düşünüyörüz. Bu nedenle yargılamada tereddüt oluştuğı takdirde konunun araştırılması gerektiğı kanısındaız.

Yine bu töre, müeyyidesi olan bir töre olmalıdır, Yani faili harekete geçiren töre cezalandırıcı kötü töre olmalıdır²⁰.

VII. AİLE MECLİSİ KARARI

Töre saiki ile öldürme suçunun oluşması için aile meclisi kararının bulunması gerektiğı doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²¹. Ancak kanun maddesinde ve gerekçesinde bunu doğrulayacak bir hüküm yoktur. Bu da suçun oluşması için kanunun aramadığı bir unsur veya cezalandırma şartının kanun maddesine ithali anlamına gelir. Bu nedenle her ne kadar eylem genelde aile meclisi kararı ile işlense de TCK'daki düzenlemede böyle bir cezalandırma şartının veya unsurun aranmadığını düşünüyörüz.

Töre Cinayeti Türkçe sözlükte “Bazı bölgelerde töre kurallarına uymama sebebiyle genellikle genç kız ve kadınların aile meclisi kararı ile yine aileden biri tarafından öldürölmesidir” şeklinde tarif edildiğı görölmektedir. Ancak bu tanım hukuksal bir tanım değıldir. Bu nedenle bu tanımdan hareketle eylemde aile meclisi kararının aranacağıı ileri sürmek hukuki açıdan mümkün değıldir.

(18) Tezcan Mahmut, AKADER, s.52,53

(19) Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, “Ceza Özel Hukuku Ankara 2006, s.122.

(20) Hatemi, Hüseyin (AKADER) s.12-15

(21) Hakeri s. 253, Soyaslan, s. 107.

Aile Meclisi Kararı aranması akabinde başka sorunları da beraberinde getirecektir. Şöyle ki “aile meclisi kimlerden oluşacak”, “Karar nasıl ve hangi oranla alınacak” Örneğin, aileye mensup on kişiden sekizinin karşı çıkmasına rağmen ikisi bu kararı verip uygularsa aile meclisi kararının bulunduğu kabul edilecek midir? Bu ve buna benzer bir sürü sorunun çıkacağını şimdiden söylemek mümkündür.

Kanaatimizce, aile meclisi kararı olmasa bile fail, mağdurun töresel kurallara aykırı davrandığı gerekçesi ile, toplumun kendisinde oluşturduğu sosyal baskıdan ötürü fiili işlerse madde hükmü uygulanmalıdır. Çünkü kanunun aradığı tek şart failin töre saiki ile hareket etmesidir.

VIII. TÖRE CİNAYETİ VE NAMUS CİNAYETİ İLİŞKİSİ

Daha önce de belirtildiği üzere töre ve namus birbirinden farklı ancak yakın ve herkesçe kabul edilen tanımı olmayan sosyolojik kavramlardır. Bu nedenle kapsam ve sınırlarının tespiti mümkün değildir. Faili suçta iten nedenlerin toplumda aynı zamanda bir “namussuzluk” olarak da görüldüğü bilinmektedir²². Bu nedenle her iki nedenle işlenen eylemlerin karşılaştırılması gerektiğini düşünüyoruz.

“Töre cinayeti” ile “namus cinayeti” doktrinde genelde birbirinden farklı değerlendirilmektedir. Aile ileri gelenlerinin rızası alınmaksızın özellikle genç kız ve evli kadınların karşı cinsle ilişki kurması, evlenmesi veya kaçması gibi olayların aile onurunu kırdığı gerekçesiyle, aile meclisi kararı ile bu kız veya kadınların öldürülmesi töre cinayeti olarak nitelendirilmektedir²³. Buna karşılık daha bireysel etkenlerle hareket edilerek aile meclisi kararı olmadan suçun işlenmesi halinde eylemin namus cinayeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmektedir²⁴. Hatta eylemin tespitinde kolaylık sağlayacağı gerekçesi ile kanunda töre yerine namus teriminin kullanılması gerektiğini savunanlarda bulunmaktadır²⁵.

Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonundaki görüşmeleri sırasında, düzenlemenin geniş yorumlanarak bir insanın kızına, karısına veya kız kardeşine yapılan saldırılarda da uygulanmasının önüne geçmek için namus kavramının tercih edilmediği ifade edilmiştir.²⁶

Kanaatimizce önemli olan failin töre saiki ile hareket edip etmediğidir. Namus anlayışının töresel kural haline geldiği durumlarda fail eylemi namus anlayışından kurtularak sadece töresel kural nedeniyle işlemişse, suç töre saiki ile insan öldürme suçunu oluşturacaktır. Aksi halde failin savunmaları ve diğer şartlar olduğu takdirde eylemin namus nedeniyle işlendiği kabul edilebilecektir.

(22) Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.s. 261.

(23) Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 3.Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s.107.

(24) Hakeri ,Hakan “Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83” Ankara 2006 Seçkin, s.254.

(25) Tezcan Durmuş, s.122

(26) Adalet Bakanlığı, *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, s.35.

IX. TASARLAMA (TAAMMÜT) TÖRE SAİKİ İLİŞKİSİ

Töre saiki ile insan öldürme suçunun tasarlanarak işlenen bir suç olup olmadığı konusunun tespiti önemlidir, çünkü kanunumuzda her iki durum da öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. (5237 sayılı TCK'nın 82/1-a, k, m)

Töre saiki ile insan öldürme suçunda aile meclisi kararını esaslı unsur olarak arayan bazı yazarlar, suçun zaten taammüden işlendiğini, bu nedenle kanunda ayrıca töre saiki ile öldürme fiilinin düzenlenmemesi gerektiğini savunmaktadırlar. Biz ise yukarıda da belirttiğimiz gibi töre saiki ile işlenen insan öldürmelerinde muhakkak aile meclisi kararının bulunması gerektiğini düşünmüyoruz. Her iki suç tipinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği inancındayız. Keza Yargıtay'ımız da, tasarlamanın oluşması için failin, fiili işlemeyen önce sakince ve uzun bir süre düşünmüş olmasını aramaktadır. Bu nedenle olayda aile meclisi kararı bulunsa bile bu kararın alınması ile eylemin işlenmesi arasında Yargıtay'ın aradığı nitelikte uzunca bir süre geçmeden de suçun işlenmesi mümkündür. Bir başka deyişle aile meclisi kararının varlığı her zaman suçun taammüden işlendiğini göstermez.

X. HAKSIZ TAHİRİK TÖRE SAİKİ

Eski 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, öldürme suçunun töre saiki ile işlenmesi halinde sanık lehine haksız tahrik hükümleri uygulanıyordu²⁷. Yeni düzenlemede ise bu uygulamanın önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir. 5237 sayılı TCK'nın haksız tahrik'i düzenleyen 29. madde gerekçesinde bu durum açıkça vurgulanmıştır. *Töre ve namus cinayeti* diye adlandırılan akraba içi öldürmelerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme yeterli görülmemiştir ki konu hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, kanunda suçun nitelikli hali olarak düzenlenen bir durum aynı zamanda hafifletici neden olamayacak ve bu nedenle töre saiki ile hareket eden sanık lehine haksız tahrik hükümleri uygulanmayacaktır²⁸. Diğer bir görüşe göre ise, 5237 sayılı TCK'nın 82 ve 29. madde gerekçeleri karşısında mağduruna yönelik töre cinayetlerinde, örneğin tecavüze uğramış bir kızın öldürülmesinde, haksız tahrik hükümleri uygulanamayacak ancak, diğer hallerde uygulanabilecektir. Örneğin başkası-

(27) "Toplumsal değer hükümlerine ahlaka veya hukuka aykırı her türlü davranış tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirir"(Y.1.C.D. 1.4.1980-41/1453) "Ergin kızın evlenmek için habersiz olarak evden kaçması üzerine kaçıdığı kişiyi öldüren baba lehine adi tahrik hükmünün uygulanması gerekir. CGK 9.7.1973,1324-532, Savaş/Mollamahmutoğlu 1.cilt s.1013) "İçkili bir lokantada konsomatris olarak çalışan kız kardeşi maktülü öldürmesi ağır tahrik oluşturur."Y.1.C.D. 17.6.1988, 1225/2181) "Dar bir çevrede yakın akraba arasındaki ahlak dışı cinsel ilişki söylentisi Ağır tahrik oluşturur."(CGK 28.11.1994,284/304):"Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullaragöre değerlendirilmelidir.(CGK1.2.1993,1-361/20.Savaş/Mollamahmutoğlu 1.cilt.s.1006)

(28) Tezcan, Durmuş, s.122

na kaçan kişi evli kadın ise haksız tahrik hükümleri uygulanacak, bekar kız ise uygulanamayacaktır²⁹.

Kanaatimizce burada da sorunun cevabını sanığı harekete geçiren nedenlerde aramak gerekir. Eğer sanık toplumdaki töresel kuralların etkisi ile eylemi işlemiş ise lehine tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Çünkü kanun koyucu bu hal'i TCK 82/1-k maddesinde cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Diğer durumlarda ise TCK 29. maddedeki şartlar oluştuğu takdirde sanık lehine tahrik hükümleri uygulanabilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 82. madde gerekçesinde yer alan "töre saiki ile öldürme hükmünün uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir" şeklindeki ifadenin de herhangi bir anlam taşımadığını düşünüyorum. Çünkü bu hüküm olmasa bile yaklaşım bu doğrultuda olmak zorundadır.

XI. SONUÇ

Töre saiki ile insan öldürme suçu, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza kanunun 82/1-k maddesinde insan öldürmenin nitelikli hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Maddenin konuluş amacı özellikle Güneydoğu Anadolu bölgesinde töre/namus cinayetleri diye anılan öldürme eylemlerinin önlenmesidir.

Töre kavramını "*Bir toplumda yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin bütünü*" olarak tanımlayabiliriz.

Töre saiki ile insan öldürme suçunun oluşması için öncelikle suçun işlendiği toplumda geçerli ve uyulmadığı takdirde müeyyidesi olan bir töresel kuralın varlığı gereklidir.

Fail eylemi, töresel kuralların kendisinde oluşturduğu toplumsal baskı neticesi işlemelidir. Somut olayda haksız tahrikin koşulları bulunmamalıdır. Bu anlamda mağdurun öldürölmesine neden olan eylem de haksız fiil teşkil etmemelidir.

Fail, aile üyelerinden birini öldürmelidir. Eylemi aile dışında birinin gerçekleştirmesi durumunda azmettirenin, maktül' un aile çevresinden birisi olmalıdır.

Suç, namus cinayeti diye anılan suç tipi ile karıştırılmamalıdır. Fail eylemi kişisel namus anlayışı nedeniyle işlerse bu suç oluşmayacaktır. Ancak fail bu anlayıştan kurtularak sadece töresel nedenlerden ötürü eylemi işlerse töre saiki ile insan öldürme suçu oluşacaktır.



SÜRDÜRÜLEBİLİR YAŞAM, SAĞLIKLI YAŞLANMA VE HACZEDİLMEZLİK

Hilmi ŞEKER¹

Özet: 1. İİK 82. madde hükmü, borçluya ait özel nitelikteki malın haczedilmeyerek, güvenceye alınmasını buyurmaktadır. Anılan malı özel ve özge kılan ise onun asgari bir yaşamı olanaklı kılacak nitel ve nicel yapısıdır. Alacağın emeklilikten kaynaklanan bir aylık olması, bireyin son günlerinde kendisine özel yasanın buyruğu ile tevdi edilen meblağın, her türlü tehdit ve tehlikeden uzak bir şekilde amacına uygun olarak ve sükûnet içinde kullanılmasını hedeflemesindendir.

2. Yasa yapıcı, borçluyu takibin zayıf tarafı olarak kabul ederek, haczi ve alacaklının doyurulması sırasında meydana gelmesi olası aşkın hacizleri, “alacaklara yetecek kadar” söylemi ile önlemeye çalışmıştır. Böylece alacaklı ile borçlunun menfaat çatışmasında, seçimini önerilmiş olguların tahakkuku koşuluyla zayıf olan borçludan yana kullanmayı, aldığı bu ikinci önlemle pekiştirmiştir.

3. Borca yetmek demek, borç miktarı kadar olmak, o debiye ulaşmak ya da onu karşılayacak denklilikte olmak demektir. O halde alacaklının doyurulması, borçlunun borcu karşılayacak miktardaki mal ve haklarının hacziyle sınırlıdır. Bu sınır emredici bir ifade ile belirlenmiştir. Bu denkliğin borçlu zararına ve onun açık kabulü ya da muvafakati olmadan bozulmasına, yasa anlatmaya çalıştığımız bu nedenlerle karşı çıkmaktadır.

4. Biz vazgeçmeye konu hakkın, nesne bağlamı olmasından ötürü kural olarak, nesneyi izleyen onunla sıkı sıkıya bağlı olan bir yaşam süreceğini savunuyoruz. Bu yaşam tarzı, bu hakkın erga omnes yani kişi ve takiple bağlı olmayan etki ve sonuçlar doğuracağını göstermektedir. Borçlu vazgeçmenin ayrıksı olarak, yanlarla ve takip konusu ile sınırlı olarak etki ve sonuç doğurmasını isteyebilir. Bu takdirde feragatin, yanların dışında bir başkası yararına etki ve sonuç doğurması mümkün olmaz.

5. Haktan feragat olanaklıdır.

6. Feragatin açık olması ve her türlü irade bozucu etkiden arı olarak şekillenmesi gerekir. Borçlunun şikâyet süresini geçirmesi, işlemi şikâyet etmemek gibi olgular feragat olarak kabul edilemez.

(1) Yargıç/İstanbul

7. Feragatin haciz talebinden veya haciz işleminden önce yapılması, mümkün değildir. Böyle bir irade beyarı, henüz hakkın kullanımını gerektiren olguların doğumundan önce kullanılması önlemektedir.

8. Bu bağlamda haciz onayı açık, kesin ve her türlü irade bozucu etkiden uzak ve arı olmadıkça hüküm ifade etmez. İrade beyanının, takip hukuku bağlamında doğurduğu etki ve sonuçların ağırlığı, irade beyanını fesada uğratan nedenlerin anımsanmasını zorunlu kılmaktadır. Hukukun genel bilgisi, iradenin şiddet ve tehdide maruz bırakılmasını, hata ve hileye uğratılmasını, iradeyi fesada uğratan olgu biçimleri olarak tanımlamaktadır. İradenin anılan olgularla bozulması, iradenin yöneldiği işlemi, iradesi fesada uğrayan bakımından bağlayıcı olmaktan çıkarır.

9. Bir talebin doğruluğu gerçekliği ve tipikliği sınanmadan haciz kararına dönüşmesine, 79. maddenin varlık nedeni, kesinlikle izin vermez. Öteki ifade ile yasa yapıcı 78. maddedeki bir talebin “haczedilebilirlik testini” aşmadan 79. maddeye dönüşmesini önlemiştir.

Çalışmamız, yasalara göre haczedilmesi olanaklı olmayan SSK emekli maaşının, borçlunun açık muvafakati olmaksızın, hacz edilip-edilemeyeceğini, yaşam hakkını garantiye alan hükümler ve bu hükümlerle yolunu ayırmakta olan, deneyimler üzerinden okuyarak, sağlıklı bir haczedilmezlik anlamına, ulaşmayı hedeflemektedir.

Böyle bir görme biçimi, ilkin emredici hükümlerin niteliği ile doğuracağı etki ve sonuçların, geriye doğru bir yolculukla, irdelenmesini gerektirmektedir. Emredici hukuk normları, hukuka tabi olanların kendi iradeleri ile bertaraf edip aksini kararlaştıramayacakları, tarafların istek ve iradeleriyle kendilerine aykırı kural ve çözümü reddeden hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla hukuk uygulayıcılarının, buyurucu nitelikteki bu kuralları, yanların istemlerinden bağımsız olarak, gözetmek ve uygulamakla ödevlidirler.² Hukuk düzenlemelerinde, emredici hukuk kurallarına yer verilmesi, kamu düzeninin korunması, genel ahlak ve adabın sürdürülebilir kılınması ve toplumdaki “zayıf kesimlerin korunması” ve benzer kaygıların giderilmesini hedeflemektedir. Böylesi bir kuralın emredici olup olmadığı, yasanın ifade biçimi ya da korunmaya aldığı yararın niteliği gözetilerek saptanır. Emredici nitelik, kuralın ifade biçimi referans alınarak belirlenecektir. Anılan yöntemin, emredici olmağı belirlemede yetersiz kalması halinde, bu kez normun özelliği korumayı amaçladığı yararın niteliğine göre yapılacak yorumla açığa çıkarılacaktır.³

Haczedilmezlik kuralı İİK 82. maddesi ile düzenlenmiştir. İİK’in 82/1 madde hükmü, “aşağıdaki şeyler haczolunamaz” demek suretiyle, ardışık paragraftaki hakların tabii oldukları yazgıyı saltık bir şekilde belirlemiştir. Burada “haczolunamazlar” sözcüğü hem görünümü hem de içeriği itibarıyla, anılan nesne ve öznelere, alacaklının takibinden koruyan kesin ve mutlak bir ileti taşımaktadır. Bu hukuki değer, içerdiği emir kipi ile alacaklı ve borçlu arasında bu nesneler üzerinden gerçekleşecek haczedile-

(2) Işıktaç/Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz, İstanbul, 2003, 159

(3) *İbid*, 159

mezlik sorununu, nesne ve takibe uğrayan ilgiliden yana bir seçimle, kesin ve mutlak bir söylemle çözmüştür. Bu buyruk, yoruma muhtaç olmayacak denli açık, yalın ve kesindir. Bu kuralın başka amaçlara hizmet edecek biçimde yorumlanmasına ne yorum ilkesini harekete geçiren irade, ne yorum ile temin edilmek istenen amaç, ne de güçler ayrılığı ilkesi ile umulan yarar, kesinlikle izin vermez. Yasama, hacedilmezlikle ilgili seçimini yaparak, kenara çekilmiş ve kendi iradesinin, uygulayıcılar, tarafından yaşama geçirilmesini beklemektedir. Yasanın bu umarının, bu yalın ve açık söyleme inat, bertaraf edilmesi, olumlu yasama etkinliğini hedefleyen açık bir aşkınlık teşebbüsüdür.

Yasanın böyle bir seçiminin arka planındaki nedenceler önemlidir. Hiçbir düzenleme onu var eden, sosyolojik arka plandan arı değildir. Ya da her norm mutlaka kendisini var eden haklı, makul ve meşru bir nedenden beslenir. Bu bakış açısı, bizi anılan maddenin hangi kaygıları bertaraf etmek veya hangi değerlerin korunması amacıyla kaleme alındığı gerçeğini, araştırmaya mecbur bırakır. Maddenin görünen yüzü, anılan ereğin açığa çıkarılması bakımından, derin ve yaygın bir kazı yapmayı önlemektedir. Bu madde, alacaklının “tatminini” hedefleyen bir dizi takip işleminden, belli ki bazı kimse ve malları ayırık tutmakta, oluşturduğu koruyucu koza ile bu kişi ve malları meşru ilgililerin takibinden kurtarmaktadır. Kamusal umarlar, yaşamayı alacaklı birey ile kamusal kimliklerin, kamusal mallar üzerindeki çekişmelerinde, kamusal kimlikten yana bir seçim yapmaya zorlamıştır. Kamunun hizmetinde olan ve onun yararına sunulan bir malın, kişisel doyumlara feda edilmesini, kamu yararı anlayışının yükseltilmiş eşiği izin vermemektedir. Bu meyanda baş gösteren bir kriz, hiç kuşku yok ki, kamusal hizmetlerin finansmanı ve hizmetinde kullanılmak üzere saklanan malların, takipten kurtarılmasını buyuran yaklaşım tarzının rehberliğinde çözüme kavuşacaktır. Borçlunun kamu otoritesi olması ihtimalinde, memurun bu olguya karşı refleksi, kendisini tereddütsüz olarak hacedilmezlik şeklinde gösterecektir.

Söz konusu bu düzenlemenin, ikinci periyodu nesnenin özelliğinden kaynaklanan, bireysel bir korumayı konu edinmektedir. Burada yasama, borçluya ait olmakla birlikte, özel nitelikteki bir malın hacedilmeyerek, güvenceye alınmasını buyurmaktadır. Anılan malı özel kılan, onun asgari yaşamı olanaklı kılacak niteliğidir. Yasa yapıcı bireyin yaşamının son günlerinde kendisine özel yasanın buyruğu ile tevdi edilen bu aylığın, her türlü tehdit, tehlikeden uzak bir şekilde, amacına uygun olarak ve sükûnet içinde kullanılmasını hedefledi. Bu bakış açısı kaynağını, anayasanın hem yaşam hakkını hem de sosyal güvenlik hakkını düzenleyen buyurucu hükümlerinden almaktadır. Yasama, çalışan bireyin, hiç değilse yaşamının son günlerinde biyolojik, sosyal, kültürel, zihinsel gelişimi ve yaşamı için gerekli olan bu miktarı, anılan nedenlerle sınırlı olarak kullanmasını istemektedir. Anayasal kaygılar, kendisini çok geçmeden ilkin İİK

82.1.1 maddesinde, sonra da 506 Sayılı Kanunun 121. maddesinde karakterize etmiştir.

İİK 82.1.1 madde düzenlemesi acze düşmüş ve bu nedenle alacaklı karşısında söz söyleme hakkını büyük ölçüde yitirmiş ya da ödeme gücünü yaşayan zayıf konumdaki borçlunun, sayılan özelliklerinden ötürü korunmasını amaçlamaktadır. Anılan teorik çözümleme, icra hukukunun mantığı içinde derinliği ve yoğunluğu olan değerli bir söylemdir. Bu söylem, arkasına ilkin anayasayı sonra da kendisini var eden yasamanın iradesini alarak, kendisini güçlendirmiştir. Böylelikle zayıf olan borçlunun, meşru ilgililerle icra memurunun, yasaya aykırı her türlü aşkınlığına karşı korunması hedeflenmiştir. Çağcıl yasalarda borçlunun mameleki ile sorumlu olduğu tartışma götürmese de tartışmasız olan bir şey daha var. O da sözü geçen kuralın kimi muafiyet ve istisnalarla örselenmesinin benimsenmiş olmasıdır.⁴ Otonom bir icra anlayışının olası etki ve sonuçlarının ağırlığından bireyi korumak isteyen yasama, borçlunun özel nitelikteki bu mallarını 78. ve 79. maddenin etkisinden ayırık tutarak, istemlerin hiçbir eleme ve dirençle karşılaşmadan hükme dönüşmesini önlemektedir. Pozitif hukukla uyumlu bu bakışı, yaşam ve sosyal güvenlik hakkı ile alacağın tahsilini amaçlayan başvuru hakkının, haczedilmezlik zemininde yarışmalarına izin vermektedir. Yarışma kuralları oldukça yalın ve açık biçimde kaleme alınmıştır. Kurallar yaşam hakkı ile onu tamamlayan sosyal güvenlik kodlarından yanadır. Dolayısıyla ipi ilkin avantajlı olan yaşam ve sosyal güvenlik hakkını garanti eden bir çözümün göğüsleyeceği kesindir. İİK 82.1.1 madde hükmü, yarışan hakların galibini yarattığı avantajlarla bir bakıma önceden belirlemiş olmaktadır.

85. madde hükmü, aşkınlıkları denge ile önleyen bir bakışın eseridir. Yasa yapıcı, borçluyu takibin zayıf tarafı olarak kabul ederek, haczi ve alacaklının doyurulması sırasında meydana gelmesi muhtemel her türlü aşkın hacizleri, “alacaklara yetecek kadar” söylemi ile sınırlamaya çalışmıştır. Anılan söylem, sıradan ve öylesine bir ifade tarzı olarak telakki edilemez. Haczedilmeyi nitel açıdan sorun olmaktan çıkaran yasama, gözünü bu kez diğer uyumsuzluk noktalarına dikerek burada yoğunlaşmıştır. Öteki deyişle, yasama nelerin haczedileceğini nelerin ise haczedilmeyeceğini, hem genel hem de özel emirlerle bildirdikten sonra, haczi olanaklı nesneleri, nicel açıdan sınırlayarak, borçluyu başka bir perspektiften ve ikinci kez korumaya almıştır. Böylece alacaklı ile borçlunun muhtemel karşılaşmasında, seçimini önerilmiş olguların tahakkuku koşuluyla, zayıf borçludan yana kullanmayı aldığı ikinci önlemle pekiştirmiştir. Böylelikle 78. madde aracılığı ile gelen haciz istekleri, sekonder süzgeçle karşılaşma niyetindedir. Bu eleme testi ile haczi olanaklı olan ve olmayan tüm malların, oylumunu borca yetecek kadar veya onu karşılayacak miktar ile sınırlanmaktadır. Borca yetmek demek, borç miktarı kadar olmak,

(4) Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları,3

o debiye ulaşmak ya da onu karşılayacak denklikte olmak demektir. O halde alacaklının doyurulması, borçlunun borcu karşılayacak miktardaki mal ve haklarının hacziyle sınırlıdır. Sınır, kalın çizgilerle belirlenmiştir. Dengenin borçlu zararına ve de onun açık kabulü ya da muvafakati olmadan bozulmasına, yasa anlatmaya çalıştığımız nedenlerle karşı çıkmaktadır. Yasama böylece, yanlar arasında bu düzenleme aracılığıyla denge yaratmaya ve yaratılan dengeyi borçlunun açık onayına değin sürdürmeye çalışmaktadır. 85.madde anılan paradigmanın pozitif hukuktaki karakterize olmuş halidir. Borçlunun onayı, yargısal deneyimlerle oluşturulmak istenen dengeyi, bozucu olgu olarak anımsandırılmaktadır. Borçlunun her şeye rağmen, haczi olanaklı olmayan mallarının bir kısmının ya da tamamının haczedilmesine onay vermesi mümkündür. Onay olgusu, aynı zamanda haczedilemez malın bu niteliğinin takip borçlusuna bahsettiği güvenceden/haktan kısmen ya da tamamen feragat ettiği anlamına gelmektedir. Borçlu, verdiği izinle o ana değin sıkı sıkıya korunan mal üzerindeki koruma ağının kaldırılmasına onay vermektedir.

Bu izin niteliği itibarı ile korumayı sağlayan haktan, vazgeçmek anlamına gelmektedir. Haktan vazgeçme niteliği itibarı ile maddi hukuk işlemi olup, takip hukuku bakımından doğuracağı etki ve sonuçların tartışılmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla haktan vazgeçmenin, takip hukukunun yarınlarına olan etkisinin nesne ve özne bağlamında oylumunun belirlenmesine gereksinim duyar. Vazgeçme iradesinin, korumaya alınan mala ilişkin, koruma duvarının kaldırılmasını amaçlayan, nesne odaklı bir usul işlemidir. Vazgeçme işlemiyle birey, sahip olduğu nesneden ötürü bahsedilen hakkı, kullanmaktan imtina etmektedir. Ancak imtinanın, 'inter partes'mi yoksa "erga omnes" bir etki mi doğuracağı, çözümünü arayan bir takip hukuku sorunudur. Bazı yazarlar, doğan etkinin takibin yanları ile sınırlı olduğunu ifade ederlerken,⁵ Meier⁶ ise vazgeçmenin, herkesi bağlayıcı etki ve sonuçlar yaratacağını savunmaktadır. Biz vazgeçmeye konu hakkın, nesne bağlamı olmasından ötürü kural olarak, nesneyi izleyen onunla sıkı sıkıya bağlı bir yaşam süreceğini savunuyoruz. Bu yaşam tarzı, hakkın "erga omnes" yani kişi ve takiple bağlı olmayan etki ve sonuçlar doğuracağını göstermektedir. Dolayısıyla malı koruyan haktan vazgeçme, vazgeçme anından başlayarak malı eksen alan her takip ve kişi açısından bağlayıcı etki ve sonuçlar doğuracaktır. Çünkü bahsedilen yetki, haczi mümkün olmaktan çıkaran, istisnai bir irade beyanıdır. İstisnalar nesne bağlamlıdır. Dolayısıyla beklenen etkiyi, özleriyle ilgili ve ona bağlı olarak doğururlar. Vazgeçme iradesi bir kez açıklanmakla, muhtemel tüm uyumsuzluklarda borçluyu bağlayıcı olmayı sürdürecektir. Böylece borçlunun vazgeçmenin etki ve sonuçlarını ortadan kaldırma teşebbüsü, söze bağlılığın gereği olarak, kaynağında hapsedilmektedir.

(5) Üstündağ, 188, dipnot.575 deki yazarlar

(6) *Ibid*,188

Kural bu olmakla birlikte, istisnai olarak, hakkın sadece takip konusu yanlarla sınırlı olarak kullanılması söz konusu olabilir. Borçlu vazgeçmenin sadece yanlar ve takip konusu ile sınırlı olarak etki ve sonuç doğurmasını isteyebilir. Yaşamın korunması için, feragatin süreyle sınırlandırılması da olanaklıdır.⁷ Bu takdirde feragatin, yanların dışında bir başkası yararına ve belirlenen süre dışında etki ve sonuç doğurması mümkün olmaz. Bireyin vazgeçmenin olumlu sonuçlarından sınırlı sayıdaki kimselerin tayin edilen süre kadar yararlanmasını, belirleme yetkisi bulunmaktadır. Kaldı ki, borçlunun hakkından koşulların belirlediği olguların etkisiyle vazgeçerek, vazgeçilen miktara tekabül eden borcun, alacaklıya teslimi ile onun göreceli olarak doyurulmasını önleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Burada bir hususu özellikle dikkate almamanın, haktan vazgeçmenin etki ve sonuçlarını belirleme bakımından ciddi sayılabilecek yanılgılara neden olacağını ısrarla anımsatmak istiyoruz. Haczedilemezlik dokunulmazlığını esnetilemeyen yaşam hakkından alır. Aslolan dokunulmazdır. Aslolandan feragat ise ayrıksıdır. Kural, bir hakkın kurumsallaşması ile ilgili temel ilkeleri koyar. Yasama bu ilkeler gerçekliği konusunda ısrarcıdır. İrade ayrıksı olgular gerçekleşmedikçe, söyleminin bu buyruklar üzerinden güçlü ve kırılmaz bir şekilde devamını istemektedir. İstisnai uygulamalar ise kuraldan sapma halinde, varılacak çözümün kurumsallığını temine çalışırken, kuralın neden olduğu solunum sendromunu aşmayı hedefler. İstisna olmaklık, kuralın aşılmasına neden olguların, kuralı örselemesine izin vermez. Kuralların güçlenerek pekişmesine ya da yaşamını sürdürülebilir kılmasına önayak olur. Sistem, istisnanın kuralı

(7) Feragatin etki ve sonuçlarının süre ile sınırlandırılmasına ilişkin görüşümüzle, haczedilebilirliğin uzun süre devam ederek, borçlunun yaşamını sürdürülemez kılmasını önleme kaygısından beslenmektedir. Fiyat ve ücretlerdeki değişimin zaman içinde alım gücünü azaltması, yaşamın idamesi için gerekli olan maaş kesintilerinin, belirli zamanla sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Zamanın yaşamı boğması mümkün olmamalıdır. Ayrıca feragatten vazgeçme mümkün olmadığına göre değişen koşulların bir müddet sonra yaşam hakkını tehdit eder duruma gelmesinin, yarattığı ya da yaratacağı negatif etkiler uygulayıcıları çare bulmaya zorlamaktadır. İşte borçlunun böyle bir olgunun yaşamını sürpriz bir şekilde alaşağı etmesinin önüne geçebilmesine, hukuk izin vermemiştir. Anılan yorum, haczedilemezlik kavramının arka planındaki düşünce biçimi ile son derece uyumludur. Birey, hakkından vazgeçmenin doğuracağı etki ve sonuçların statik hesabını herhangi bir yıkımla karşılaşmak için yapabilmeye hakkına bugünden sahip olmalıdır. İsviçreli kaynakların bu konuyu tartışmamış olmaları (bildiğimiz kadarıyla) fikrin doğduğu coğrafyadaki ekonominin istikrarına bağlanabilir. Stabil ekonomilerde, borçlunun bu ve benzeri nedenlerin yaratacağı risklerin altında kalma ihtimali her zaman mevcuttur. Dolayısıyla olmayan risklerden korunma, olmayana bertaraf edecek ekstra önlemlere başvurma ya da çare arama ihtiyacı bulunmamaktadır. Ülkemiz açısından aynı düşünceleri ifade etmek güçleşmektedir. Bu güçlük bizi yaşamdan yana maksimum önlemler alma ve geliştirme gibi çareler aramaya mecbur bırakmaktadır. Onun içindir ki, borçlunun ekonomik değişim yaşamı üzerindeki negatif etkilerini bertaraf etmesine izin vermek, yaşamın değişimlere direnmesi için zorunlu görünmektedir. Borçlunun feragatini sadece bir ya da birkaç takiple sınırlandırmasına dair düşüncemiz de esasında gücünü bu bakış açısından almaktadır. Borçlunun ekonomik gidişatı belirleme ya da ona hükmetme olanağı yoktur. Ancak yarınlarnı, tehlikelere karşı koruma veya bütçesini değişimlere karşı uyarılama imkânı daima bulunmaktadır. Borçluyu bu yetkiden yoksun bırakmak ya da onu sahibi olduğu malın yazgısını belirleme hakkından mahrum etmek, haczedilemezlik ve feragat ile temin edilmek istenen amaçla kesinlikle bağdaşmaz. Feragatin kapsamını belirleyen yaşam hakkıdır. Yaşamın ekonomik kaynaklardan bir çığır altında kalmaması, borçluya önlem alma ve onları geliştirme özerkliğinin verilmesiyle mümkün olur.

ortadan kaldırmasına veya hukuk yaşamından bütünüyle silmesine ilişkin bakmamaktadır. O halde istisna herkesin bildiği gibi dar yorumlanmak ve kuralı hükümden düşürmeyi kesin bir söylemle reddeder.

Hak üzerinde her türlü tasarruf yetkisi borçluya aittir. Dolayısıyla feragatin kapsamı konusunda ayrıntılı değerlendirme yaparak, vazgeçilen kısım ile vazgeçme süresini saptama yetkisinin borçluya bırakılması hakkın doğasıyla bağdaşan düşünce biçimidir. İstisna, haktan vazgeçmeye imkân vermektedir. Yasa, vazgeçmenin sınırları hakkında detay vermekten imtina etmiştir. Bu suskunluk ya da düzenleme istemsizliği bizi usulün genel paradigması içinde çare aramaya zorlar. Feragat, kısmen mümkün olduğuna göre, anılan mümkünlük bizi bu kez sınırlamanın oylumu konusunda, meydana gelebilecek sorunların çözümünde yoğunlaşmaya sevkeder. Hukuk yargılaması, kısmen feragate olanak tanımakla birlikte, feragatin oylumu hakkında son söylemeyi irade sahibine bırakmaktadır. Bu düzenleme tarzı, haczedilmez bir alacağın, belirli kısmının haczini olanaklı kılmaktadır. Kısmın hangi ölçütlere göre belirleneceği ve debisi hakkında yazılı kural bulunmamaktadır. Feragatin kısmi olması ve borçlunun feragat edilen kısım hakkında suskun kalması halinde, yapılması gereken feragatin ne kadarlık kısmı kapsadığının, borçluya sorularak açıklığa kavuşturulması ve böylece takibin vazgeçilen kısım ile sınırlı olarak yoluna devam etmesini sağlamaktır.

Yanlarla ve takip konusu nesneyi ilgilendiren her takip işlemi ile bu işlemi temel alan her uyumsuzlukta feragat, “inter partes” etkilerini doğurmaya devam edecektir. Feragatin, takip işlemlerinin yarınlarmı etkilemesi, vazgeçmenin belirlenen karakteri, onun tereddüde yol açan bir söylem olmasını önlemektedir. AİHM ve iç hukuk metinleri ve onun yorumuna ilişkin deneyimler, davayı sona erdiren işlemlerin, her türlü irade bozucu etkiden tamamen uzak, yalın ve duraksamaları bertaraf edecek nitelikte olması gerektiğini içtihat etmektedirler. Hacı olanaklı kılacak bu kabul ya da haktan feragat, anayasal normları bertaraf etmekten başka, takip hukuku bakımından da ciddi sonuçlara yol açar. Söz konusu sonuçlar iyilirdir yutulur cinsten değildir. Dolayısıyla vazgeçme iradesinin, doğurduğu sonuçlarla uyumlu kesinlik ve açıklıkta ifade edilmesi gerekmektedir. Bu bakış açısı, haczi olanaklı kılan ifadenin, devinimsizlik, suskunluk ya da tepkisiz kalmakla özdeşleşmesini ihtimal olmaktan çıkarmaktadır. Başka bir ifade ile haczedilmesi yasak olan malın, haczine haciz süresince ve onu izleyen zamanlarda seyirci kalmak, tepki vermemek ya da suskun kalmak, yasağın çiğnenmesine onay vermek olarak değerlendirilemez. Ya da bu devinimsizlik hali, yasanın sağladığı korumayı reddetmek veya ondan mahrum bırakılmayı peşinen kabul etmek olarak anlaşılamaz. Onun içindir ki, anılan onayın, borçlunun şikâyet süresini geçirmesi⁸ veya işlemi şikâyet

(8) Meier, s.69; Üstündağ,188

etmemek gibi olgularla özdeş tutulmasına dair görüşlere katılmak güçleşmektedir.⁹ Önerilen modelle uyumlu olmayan vazgeçmenin olağan etkilemini doğurması beklenemez. Beklenmemelidir de.

Bahse son vermeden önce ifade etmek gerekir ki, feragatin haciz talebinden veya haciz işleminden evvel yapılması, mümkün olmamalıdır.¹⁰ Böyle bir irade beyanı, henüz hakkın kullanımını gerektiren hukuki olguların, oluşmasından önce kullanılmasını önlemektedir. Çünkü yasama, sürpriz olan hiçbir gelişmenin bireylerin malvarlığı üzerinde ve yaşamı hakkında ciddi sonuçlar yaratmasına izin vermemektedir. Sürpriz sonuçlar ya da atideki gelişmelerin yaratacağı hukuki potansiyeli kestirememe, savunma hakkı ve kanun yoluna başvurma olanağını ya kısıtlamakta veya ortadan kaldırmaktadır. Yetki kendisini işler kılacak koşullar oluşmadan kullanılamaz. Feragat yetkisini işler kılan olguların ilki, haciz istemi ile başlayan yakın tehlike yani İİK 78. maddesinin uygulanmasını sağlayan talebin kayıtlara geçirilmesidir. İkincisi ise, haczedilebilirlik riskinin gerçekleşmiş ya da gerçekleşiyor olması ihtimalidir. Her iki olgu haczedilemezlik hakkından feragati tetikleyen gerçekliklerdir. İcra müdürü bu olguların varlığı sırasında borçludan gelen feragat irade beyanını, gelecekte hiçbir uyuşmazlığa neden olmayacak biçimde kayıtlara alarak, sorunsuz bir şekilde etki ve sonuç doğurmasına olanak tanıyacaktır. Takip öncesi ya da takip kesinleşmeden feragati konu edinen her devinim, yok hükmündedir. Yok varsayılan işlemin, özne ve nesneleri etkisine alarak onları düzenlemesi mümkün değildir.

Haciz onayı açık, kesin ve her türlü irade bozucu etkiden uzak ve ari olmadıkça hüküm ifade etmez. İrade beyanının, takip hukuku bağlamında doğurduğu etki ve sonuçların ağırlığı, onu fesada uğratan nedenlerin anımsanmasını zorunlu kılmaktadır. Hukukun genel bilgisi, iradenin şiddet ve tehdide maruz bırakılmasını, hata ve hileye uğratılmasını, iradeyi fesada uğratan olgu biçimleri olarak tanımlamaktadır. İradenin anılan ol-

(9) Üstündağ, 188

(10) Y.12.HD.2008/4224 E. Ve 2008/3590 K.Bu deneyim, hacizden önce yapılan vazgeçmeleri, "vazgeçilen nesnenin bireyde yaratacağı yoksunluğun" doğuracağı etki ve sonuçların, evvelce kestirilememesi halini, vazgeçme iradesinin fesada uğratan bir beyan olarak anlamlandırmıştır. Bu bakış açısı, teknik açıdan noksan olsa da sonuç itibarı ile sürprizlere açık olması ve yoksunluğun yol açacağı sonuçlar hakkındaki bilgi ihtiyacını, giderecek olanağı tanımamasından ötürü, hukuki bir değere haiz olmadığını ifade etmektedir. Y.12. HD. 02.05.2008 T. ve 2008/6528 E., 2008/9339 K., sayılı deneyiminde ise, "emekli aylığının haczi olanaklı değil ise de bu husus haciz işleminden sonra, süresiz ve geriye etkili olarak borçluya tanınan bir hak olduğunu", ifade ederek bu durumu gözardı eden müdürlük kararını yerinde bulan, mahkeme kararının yasal olmadığından ötürü, bozulmasına karar vermiştir. İlk kararda, hacizden vazgeçme iradesini her türlü irade bozucu etkene karşı koruyan daire bu bakış açısını, bu kararda yinelemekten kaçınmaktadır. İlk kararda, iradeyi geçersiz sayan olgulara karşı duyarlılığı harekete geçiren, düzenleme 83/a madde hükmüdür. İİK 83/a, 82. madde ile aynı genetik soydan gelmekte ve bu maddenin muhtemel sertliğini örselemeyi hedefleyen bir düzenlemedir. İlk içtihadın oluşumuna neden olan kaygı, haczedilmesi olanaksız olan bir malın, irade bozucu etkenlerin tesiriyle, haczedilebilir hale getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Vazgeçme irade beyanının sağlığı üzerinde bu denli titreşim Daire, aynı duyarlılığı haczi olanaklı olmayan ve haczedilmesine de kesinlikle izin verilmediği sabit olan bir nesne hakkında göstermemesi, aynı nedencelerden beslenen bu içtihatların, farklı etki ve sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır. Önerimiz, bu ve benzer içtihatların onları besleyen felsefi arka planla uyumlu olarak kaleme alınarak, benzer kaygıları olan deneyimler arasındaki farkın, ortadan kaldırılmasıdır.

gularla bozulması, vazgeçmenin yöneldiği işlemi, iradesi fesada uğrayan bakımından bağlayıcı olmaktan çıkarır. Haczedilmezlik hakkından vazgeçme iradesinin, bağlayıcı etki ve sonuç doğurabilmesi, onun belirttiği-miz olgulara maruz kalmamasına bağlıdır. Borçlunun iradesinin fesada uğramasına yarayacak ortamın yaratılması, işlemin sağlığını tartışmalı hale getirir. Bu bağlamda, borçluyu haciz sırasında ve aşırı şekilde baskı altına almak, hiçbir talebe gerek olmaksızın emekli maaşının hazine kal-kışmak, hacze izin veren irade üzerinde negatif etkiler doğurur. Gerçek ve olabildiğince saf bir vazgeçme iradesinin elde edilmesi, icra müdürünün anılan iradenin ortaya çıkmasını sağlayacak önlemleri almasıyla müm-kün olur. Haciz mahallinde gerçekleşen irade ve açığa çıkan beyanların, yakından görülmesi ya da büyüteç altına alınması zarureti vardır. Atlan-maması gereken bir diğer olgu, beyan sahibi borçlunun, meşru ilgililer veya icra memuru tarafından hata ve hileye maruz bırakılmaması gerek-tiğidir. Vazgeçme iradesini açığa çıkarmak için kullanılan yöntemin hu-kuki olmaması, beliren iradeyi sakatlar. Böylelikle vazgeçme iradesi ile te-min edilmek istenen amaç, iradeyi fesada uğratan eylemlerle bertaraf edilmekle kalmaz dahası, birçok takip hukuku sorununun, doğmasına da neden olur. Tüm bunların yaşanmaması, negatif etkileri mayalayan ortamın kurutulmasına bağlıdır. İcra memuru anılan iradenin özerk ola-rak doğması ve takip hukuku bakımından bağlayıcı sonuçlar doğurması için kendiliğinden hareket etme ödevini anımsamalıdır.

Kuşkulu irade beyanına dayalı olarak verilen karar, zamandan ba-ğmsız olarak başvuruya konu yapılabilir. Yapılan hacz edilemez olanın yasanın açık söylemine aykırı olarak ve de fesada uğratılmış iradeyle hacz edilebilir kılınmasıdır. Bu kaçınmadan kaynaklanan hak kaybı veya yok-sun kalınan değerlerin eski hale getirilmesi, zamanla sınırlandırılması, hak ile korumaya alınan menfaatin hukuki değeri ile bağdaşmamaktadır. İç-tihadı gelenek sübjektif bu hakkın korunmasını zamanla sınırlandırma-mış bir deneyime sahiptir.¹¹ Burada şikâyetle konu olan nesne, haczedile-bilir olup olmadığını, yargısal nitelikteki bir kararla doğrulama imkânı bulacaktır. Yargılamada ispat külfeti ve ispatta kullanılacak vasıta soru-nu, genel hükümlere göre çözüme kavuşacaktır. Niteliği resmi kayıtlarla belli olan alacağın, anılan türden bir nesne olmadığını, borçlunun alaca-ğın hazine özgür iradesi ve açık muvafakati ile izin verdiğini kanıtlama

(11) 12.HD.10.10.2003 T.15291/19683 K(Kuru,449) Yargıtay ve Kimi akademisyenler, kamu düzeni ölçü-tüne göre yaptıkları sınıflandırmada, kamu düzenine ilişkin haczedilmezlik şikâyetlerinin, süreden ba-ğmsız olarak, kamu düzenine ilişkin olmayan haczedilmezlik savlarının ise süre ile sınırlı olarak öne sürülmesi gerektiğini savlamaktadırlar. Böylelikle, kamu düzeni algısı referans olarak, kimi şikâyetler-de süreyi uyusmazlığın görülebilme koşulu olarak benimsemiştir. Emredici kurallarla haczi caiz olma-yan hak ve malların, haczedilemezlikleriyle ilgili başvuruların, temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkile-rinden ötürü, zamandan bağımsız olarak, görülebilir olması gerektiğini düşünüyoruz. Kesin buyruğun, kamu düzeni gibi değişken ve öznel nitelikli bir sembol aracılığıyla aşılması, bu düzenlemenin varlık nedeni ile aynı kulvarı paylaşan bir düşünce değildir. Burada sorunu çözen düşüm, haczi olanaklı kı-lan ya da reddeden buyruğun normatif niteliğidir. Yasa emrettiğine göre, yapılması gereken bu emri is-tisnalarla aşmak değil, amaçlarla bağdaşır şekilde kurumsallaşmasını sağlamaktır.

edimi müşteki alacaklıya aittir. Nesnenin, niteliği konusundaki kuşkun, bu kuşkuyu öne süren kimseler tarafından kanıtlanması, ispatın bilinen kuralları ile bağdaşan bir olgudur.

Yargılama kurallarının işletilmesi, alacaklı için dezavantaj olarak düşünülemez. Burada önemle vurgulamak istediğimiz konu, bireye yasa tarafından verilen olanağın, onun açık izni olmaksızın dezavantaja dönüştürülme imkânının olmamasıdır. Hacz edilemez olanın haczedilerek, borçlu yararına olan hükümlerin bertaraf edilmesi onu davalasma süreci ile başa başa bırakmaya icbar eden bir dezavantajdır. Burada doğru olan ve yasanın bu konudaki tüm düzenlemeleri ile uyumlu olan davranış, dezavantajı avantaja çevirmeye çalışan alacaklının başvuru hakkını kullanmasıdır.

Buradan hareketle ifade etmek gerekir ki, 85. madde icra müdürüne alacaklıdan gelen ve borçluyu zarara uğratacak, onun yaşam hakkını bertaraf edecek her eylem ya da talebi “yeter” ve borçlunun açık onayı” kavramları üzerinden sınıyarak önleme ödevi yüklemiştir. Madde, alacaklı için haczin nicel açıdan, gidebileceği uç noktayı tayin ederken, borçlu için korumanın başlama ve bitme yerine ya da anına işaret etmektedir. Anılan müdahale, borçluya; alacaklı, icra memuru ile diğer öznelerden gelen ve yaşam sınırlarını zorlayan aşkınlıkları bertaraf olanağı tanırken, alacaklıya ise alacağı kadar ya da alacağını karşılamaya yetecek debide, borçlunun malvarlığına yönelme ve oradan edindikleriyle kendisini doyurma yetkisi vermektedir. Üstelik her iki yanın kendi yararına olmayan uygulamaları şikâyet yoluyla ortadan kaldırma veya yanlış olanı yenisiyle değiştirme olanakları bulunmaktadır. Hak ve yetkinin karşılaşmasında, birinin yaptığı aşkınlıklardan diğerini koruma, icra memurlarının alacağı yasal önlemlerle mümkün olacaktır. İcra memurlarının hukuki karakterleri bakımından netlik söz konusu olmasa bile, yasayı uygulama ödeviyle yüklü oldukları tartışmasıdır.

Dolayısıyla taraflar bağlı olan ve olmayan yetkilerini kullanırlarken, bu yetkinin izin verdiği ölçüde eylemek hukuki istemlere karşı, yanları yedindeki denge anlayışı içinde çözüme taşımak yetkisine sahip oldukları tartışmasıdır. Dolayısıyla hukuku uygularken olası aşkınlıkları, onlara yüklenen sorumluluk anlayışı sayesinde dengelenmektedir. Sorumlu olmaklık, yasanın buyruklarına karşı sessiz kalmayı değil, onların uygulanması için aktif bir rol oynamayı zorunlu kılar. Aktif role soyunmak, gelen istemlerin soyut buyruklarla ne denli uyumlu veya uyumsuz olduğunu herhangi bir öznenin itkisine muhtaç olmadan ve kendiliğinden müdahaleyi gerektirir. Bu müdahale yasadışlığın ayıklanması ve sistemden deneyimler yoluyla atılmasını hedeflerken, yasal işlemlerin de takibin ilerlemesini sağlayacak işlemlere dönüştürülmesini amaçlamalıdır. Anılan bağlam oldukça önemlidir. İcra memurunun, yetki ve sorumluluğu nesneler üzerinden özneler yardımı ile takip hukuku sorunları inşa etmek değil, yasanın uygulanmasına engel olan tesviye işlemlerini gerçekleştirecek, alacaklıyı hedefi ile buluşturacaktır.

Denge olmaklık icra memurluğunun üzerinde yürüyeceği zeminin meşruluğuna kaynaklık eder. Dengenin şu ya da bu şekilde yok edilmesi, yani işlem yapmada kararsızlık, suskunluk devinimsizlik, işlemin zamanında ve gerektiği gibi yapılmaması, yapılanların hesabının gerekçe aracılığıyla meşru ilgililer ile onları denetleyecek kamuya verilmesinden imtina edilmesi, istemlerin kuşkulu ve makul olmayan bir zamana yayılması, dengede kendini bulan meşruluk beklentisini yok eder. Meşruluğunu yitiren işleme olan inancın yeniden tesisi ya da tazelenmesi ancak yargısal kararlarla mümkün olur. Mümkün olmaklık, icra müdürünün gayri hukuki olan eylemlerinin gerisinde bıraktığı tahribatı yıkılan yok olan değerlerin külliye eski hale getirilmesi ya da onarılmasını sağlamaktadır. Özetle, icra organı takip hukuku şeması içinde sıradan otorite değildir. Takip hukuku sadece alacaklıyı doyurma esası üzerine kurulanmamıştır. Takip hukukunun diğer aktörü borçludur. Borçlunun kendisine yönelen takip işlemlerine karşı, gelişmiş bir hukuku vardır. Bu hukukları denge içinde korumak, kuralları var eden toplumsal ve tarihi arka planın bilinmesini ve buradan beslenmeyi bilmeyi zorunlu kılar. Bilgilenmek hukukun doğru bilgisi ile hakların ihlaline seyirci olmayı ya da ihlal edilen hakkın başka otorite tarafından giderilmesinin koşullarını yaratmak ya da uyuşmazlıkları mayalamak değil yetki ve sorumluluk ölçüsünde hukuku sonuna değin uygulamak yani hukuka taraf olmayı zorunlu kılar.

Bu yaklaşım biçimi, aynı zamanda hakların yarışmalarına imkân veren zemini, kesin ve kalın hatlarla çizerek, icra aktörlerinin üzerinde oynamaları gereken alanı da sınırlamış olmaktadır. Meşru ilgililerin oyunu kurallarına göre oynayıp oynamadıklarını, kural ve pozisyon hatası yapıp yapmadıklarını belirlemek, oyuna hâkim olmak, nezaret etmek ve yönetmekle mümkündür. İcra gücünü kullanma, olup bitenler karşısında kayıtsız kalmayı çoğu kez reddetmektedir. Liberal sistem, karar verenleri yönetme ve gözetme yetkisini tamamen reddetmemekte, kendi yapısıyla uyumlu olduğu sürece, gelişmelere müdahale etmeyi paradigmasına aykırı olarak görmemektedir. Dolayısıyla emredici normlara aykırılıklara geçit vermememe, bir denge manivelası gibi hareket etme onun icrai sorumlulukları arasında sayılmaktadır. Bu kurallara kimin uyduğunu ve kimin uymadığını belirlemek ya da kurulu dengenin hangi istemlerle ne ölçüde bozulduğuna karşı duyarlı olmak, icracı güçlerin sorumluluğu kapsamındadır. İcra müdürü bu karşılaşmada öne sürülen her talebi, yasaların önerdiği yöntem çerçevesinde sınamakla yükümlüdür.

Bu bir ödevdir. Ödev olmaklık, yasalara uymayı kesin ve mutlak emir olarak algılar. Onu aşmak, görmezden gelmek, örselemek ya da kuralın uygulanmasını yasanın onay vermediği uygulamalar aracılığıyla ötelemek, bu anlayışın birlikte yürümeyi reddettiği yaklaşım tarzıdır. Haczedilmezliği düzenleyen buyruklara uymak, acze düşmüş ve yaşam hakkı korunaklı borçlunun, korunmasını hedefleyen kamusal içerikli ödevdir.

Dolayısıyla emredici nitelikteki kuralın, uygulamada yapılacak yorumlarla ve borçlunun açık, özerk iradesi olmaksızın aşınması yasaktır. Yasağın başka amaçlara hizmet edecek biçimde kullanılması, yasananın uygulama ve yorum yoluyla hükümden düşürülmesidir. Yanları karşılıklı koruyan dengeyi sağlayıcısı uygulamacıdır. Yanlar haklar ve borçlar için üzerinde eylenecek uzam niteliğindeki İİK 85. maddesi uygulamacının yasanın buyruğunu karşılayan egemenlik sahasıdır. Yasama, icra müdürüne kendi iradesine bu alan içinde, her bir hak ve yetkinin aşkınlıklarına müdahale ederek onları yasal sınırlarına çekmek ve törpülemek suretiyle yasa karşısında ıslah etme yetkisi tanımaktadır. İcra memuru, kendisine muhtelif yollardan gelen meşru talepleri, elindeki testle sınayacak ve bu sinama sonucunda, istem ya büzülecek ya da kendi varlığını olduğu gibi koruyarak, taleple uyumlu hükme dönüştürülecektir.

İcra müdürünün, kendisine İİK 78. madde üzerinden gelen talepleri, dikkate alıp değerlendirmesi, İİK 82.1.1 madde aracılığıyla olacaktır. 82. madde 78. maddenin, kabul edilebilirliğini sinamada vazgeçilmesi, olanaksız bir testtir. Bu test, hacze dönüşmek isteyen her talebi süzen mekanizmadır. Haciz isteminin, haciz hükmüne dönüşmesi, kendisini üç aşamalı bir periyodla karakterize eder. Haciz istemi sürecin ilk durağıdır. Haciz isteğinin kabul edilebilir olması, onun yasal ve meşru istem olmasına bağlıdır. Yasal ve meşruluk kabul edilebilirliğin ilk koşuludur. İstem meşruluğunun diğeri cephesi, isteğin iyi niyet kuralları ile uyumluluğuna bağlıdır. İyi niyet gerek yatay gerekse, dikey ilişkilerde hak ve yetkilerin kullanılmasını, borçların yerine getirilmesinde dürüst olmayı emreder. Dolayısıyla, haczedilmesi olanaksız olan malın haczinde ısrar, yatay ve dikey iyi niyet kurallarını zorlamak demektir. Vekil ya da asilin, konumuz bağlamında yaşam ve emeklilik hakkını garanti eden alacağın haczini isteme yetkisi, bu kurallarla sınırlıdır. Emredici kuralın ihlalini istemek ya da kalkışmak, hakkın kullanılmasını önler. Talebin meşruluk debisini düşürür. Alacağın tahsilini istemek ve bunun için çaba sarf etmek yasal bir taleptir. Ancak bu hak, diğeri hakkın sınırlarında kendisini frenlemek zorundadır. Dikey iyi niyet kuralı, memurla ilişkileri düzenler. Haczedilemez nitelikteki malın haczini istemek önerilen ilişkinin ihlalidir. İsrar ihlali pekiştirir. Memurun, dikey iyi niyet kurallarını ihlal eden isteği, dinlemesi ve değerlendirmesi mümkün ise de olumlu yanıtlaması olanaklı değildir.

Taleplerin dikkate alınması ve değerlendirilmesi memurun reddetmesi olanaksız görevleri arasındadır. Dikkate alınmayı ve değerlendirilmeyi isteyen haciz istemini bekleyen ikinci periyot. istemin İİK 82.1.1 maddeye uygun olup olmadığını belirlemektir. Belirleme; bilgilendirme, dikkate alma ve değerlendirme yapmayı zorunlu kılar. Değerlendirme İİK 85. maddesinin sağladığı maddi zemin üzerinde kendisini gerçekleştirir. İİK 78. maddesine dayalı istemin, İİK haciz isteminin, 82 ve 85. maddedeki amaç ve düzenleme referans alınmadan değerlendirilmesi, talebin doğrudan hükme dönüştürülmesini yasaklar. Yani herhangi bir haciz isteminin

hiçbir mukavemet ve test ile karşılaşmadan üstelik emredici kurallar dışlanarak 79. maddeye dönüşmesine yasa izin vermemektedir. İİK 85. madde 78 maddeye göre öne sürülen isteğin, kabul edilebilirliğinden sonra, etkinliğini sağlamak için tasarlanmış düzenektir. Anılan düzenleme haczi olanaklı kılan hukuki olguların son ortanca halkasıdır. Talebin doğruluk gerçeklik ve tipikliği sınanmadan aynen uygulanmasına 79. madde nin varlık nedeni, kesinlikle izin vermez. Öteki ifade ile yasa yapıcı 78. maddedeki talebin önerilen “haczedilebilirlik testini” aşmadan 79. maddeye dönüşmesini önlemiştir.

Testi başaramama halinde talep büzülecek, istemin yapılan testi aşması halinde ise, 78. madde ile kendisini var eden istem, oylumunu koruyarak 79. madde aracılığı ile kendisini yaşama taşıma şansı yakalayacaktır. Bu durak ise talep ile başlayan sürecin son halkasıdır. O halde denetleme ve değerlendirme periyodunda icra memuru talebi a) talebin, takip hukuku bakımından görülebilir olup olmadığını, b) haczi istenen malın(aylığın) niteliği itibarı ile haczinin olanaklı olup olmadığını, c) haczedilemezliğin, güvencesini hangi kaynaktan aldığını d) haczi olanaklı olmamakla birlikte, malın haczine borçlunun, muvafakat edip etmediğini e) Muvafakat iradesinin, hangi kronolojik aralığa denk geldiğini(zamanı) f) Muvafakatin gerçek ve doğru olup olmadığını ya da iradenin, kendisini bozacak ve hükümden düşürecek etkiden ari olup olmadığını g) Muvafakatin kapsamını (haczedilemez nitelikteki nesnenin tümünü mü yoksa bir kısmını mı hedeflediği) belirlemeye yarayan bu “altılı teste” tabi tutacaktır.

Testin uygulanması halinde ortaya çıkması muhtemel sonuçları iki küme halinde sınıflandırmak olasıdır. Bunların ilki usule diğeri ise görülebilirlik koşulunu taşıyan istemin, esastan görülmesi üzerine verilen kararları içerir. İstemın takip hukukundan kaynaklanan koşulları taşıması, onun görülebilir olmasını engeller. Bu olasılığın gerçekleşmesi halinde, görülebilir olmayan istemin reddine karar verilir. Verilen karar usule ilişkin olup, istemin esastan görülmesine engel olur. Talep görülebilir olmakla birlikte, anılan testi geçememesi ihtimalinde, haczedilemeyen malın haczini hedefleyen istemin kabul edilebilir olmaması nedeniyle reddi gerekir. Bu varsayımda, ya mal haczedilebilir nitelikte değil, ya haczedilebilir olmakla birlikte, borçlu hacze izin vermemekte veya haczedilemezlik iradesi haczi, olanaksız kılacak bir olgu ile bozulmuş veya irade açık yalın olmadığı için, duraksamalara neden¹² olmuştur. Her üç ihtimalde de haciz istemi, haczi olanaklı kılan esaslı öğelerden yoksundur.

(12) Bu ihtimal zor olsa da gerçekleşmesi ihtimal dâhildir. Borçlu ile yaşının ilerlemesi veya benzer nedenlerle, iletmiş kurulması güçleşebilir. Borçlunun kendisini savunma olanağı bulunmayan ya da hakkında yapılacak işlemlerin etki ve sonuçlarını anlayamayacak bir borçludan, haczedilebilirliği olanaklı kılacak bir beyanı alırken son derece dikkatli olması gerekmektedir. Haczedilemezlik hakkından vazgeçmeyi olanaklı kılan iradenin, doğuracağı etki ve sonuçları hesaplamaya elverişli bir akla sahip olmayan borçludan, gerçek bir irade açıklaması beklemek mümkün olmaz. Yapılacak iş, hacz edilebilirliği olanaklı kılacak bir beyan değil, hacz edilebilirliğin etki ve sonuçlarının bilincinde olan, doğru ve gerçek bir vazgeçme iradesinin belirmesini sağlamaktır.

Dolayısıyla, kendisini olumlayacak iradeye dönüşme şansını yitirmektedir. İstem, borçlu tarafından tamamen kabul edilmesi yani bireyin hiç kimsenin tesirinde kalmadan özgür iradesi ile haczedilmezlik hakkından feragat etmesi durumunda, verilecek karar, istemin kabulü ile aylığın hacz edilmesidir. Borçlunun, haczedilmezlik hakkından kısmen feragat ederek, hacze vazgeçme kadar izin vermesi halinde, verilecek karar, istemin kısmen kabulü ile aylığın vazgeçme ile sınırlı olarak haczine karar vermektir.

Bu aşamada dikkatten kaçmaması gereken husus, haktan vazgeçilmesine imkân veren feragatin, onu fesada uğratan etkenden uzak tutulmasıdır. Bu görev icra memurunundur. İcra memuru anılan feragatin, sağlıklı doğması için gerekli önlemleri almakla ödevlidir. İcra sırasında, ister açık ister örtülü olsun her türlü sözlü ve fiziki müdahale, tehdit, hata ve hile ile kendisini karakterize eden devinim ve davranışlar, fesada davetiye çıkaran olgulardır. Olguların gerçekleşmesini önlememek ve gerekli önlemleri almamak, bu bağlamlı bir şikâyet ne denli olmaktan başka memur odaklı başkaca sorumluluk hallerine çağrı yapmak demektir.

Aynen koruma, büzülme ya da reddi olanaklı kılan İİK 78, 82, 85 ve 506 Sayılı Kanunun 121. maddesinin yapılmasını ısrarla önerdiği bu testtir ve bu test haczin yazgısını belirleyen yegâne tertibattır. Düzenegün çalışmasını engellemek ya da testin yapılmasını başkalarına ciro etmeyi savunmak, icra müdürünün dikkate alma ve değerlendirme yetkisini yadsımak, onu yetkilerinden soyutlayarak, sistemin figüranı haline getirmeyi benimsemek demektir. Belirtilen olgu, memurluk kurumunun varlık sebebini bir çırpıda ve külliye reddetmekle kalmaz, buna bağlı olarak, sistemin denge üzerine oturtulan söylemini de alaşağı eder. Oysa yasa yapıcı, icra memuruna sorunları eşitlik ilkesine sadık kalarak, akılcı ve eleştirel bir bakışla irdeleyerek çözüme kavuşturulmasını salık vermiştir. Önerilen çözüm, her gelen isteğin doğrudan doğruya ve taleple tamamen uyumlu olarak gerçekleşmesini, talebin anılan testi ne denli aşabileceği koşuluna bağlamaktadır. Talep testi aştığı ölçüde meşrulaşacak, başarısız olduğu oranda meşruluk yitimine uğrayacaktır.

Emredici nitelikteki, 82. maddenin taleple bağlı ve onunla tamamen uyumlu davranılarak bertaraf edilmesi gibi, haczedilemez olanı yasaya aykırı olarak haczedilebilir kılarak, oluşturulan yasadışı, ekonomik açıdan zayıf konumdaki borçlunun süresiz şikâyet hakkını kullanma koşuluna bağlanması, yasamanın kasten dışlanmasıdır. Ortada uygulanması gereken buyurucu nitelikteki 82. maddenin açık saltık söylemini doğrudan uygulama zorunluluğu varken, bireyin bu korumadan yararlanmasını şikâyet müessesinin kullanılması koşuluna bağlamak doğru değildir. Böyle bir seçenek, icra hâkimliğinin icra müdürlüğü ile işlevsel açıdan yer değiştirmesine çanak tutmak demektir. İcra müdürlüğü buyurucu hükümleri, icra hâkimliğinden önce uygulamakla ödevlidir. İşlemlerinin şikâyet ya da itiraz yoluyla tashihi istisnai bir olgudur. İşlemin, gerçekliği

ve doğruluğunun denetlenmeye muhtaç olma fikri, uygulayıcıların yasaları uygulamaktan imtina etmesi ya da bu konuda keyfi davranışları varsayımına sebep oluşturmaz. Aslolan haczedilmezlik savının, ilk duruşmada karşılaşacağı ihtimallere göre karara bağlanması ve bu kararın kararlılıkla tatbikidir.

Emredici hükümlerin aşılmasının, yarattığı olumsuz sonuçların, bertaraf edilmesini bireyin emek mesai ve kaynak harcayarak, yargısal kararlarla ortadan kaldırılmasını onaylamak, HUMK 77. madde düzenlemesinin ruhuyla örtüşmez. Çünkü yasa doğan uyuşmazlığın olabildiğince makul süre içinde, ucuz maliyetle ve isabetli olarak çözümünden yanadır. Bu çözüm biçimi, uyuşmazlıkların hukuk yargılamasının omurgasını oluşturan öğelerin desteği ile sönümlemeyi önermektedir. Ekonomik sıkıntıları aşmadığı ayan beyan olan borçlunun, “tasarruf ilkesi uyarınca”, oracıkta halledilmesi gereken sorununun, yasalar ötelenerek başka bahara bırakılması hukukun işi değildir. Haczedilemez olanın, memur ve alacaklının birlikte ve ortak kusuru ile haczedilebilir kılmaktan kaynaklanan, negatif etkilerinin, bertarafını ortadan kaldırmak, bireyi durup dururken hak aramaya icbar etmek demektir.

Oysa HUMK 79. maddesi, kanunun açık hükmü olmadıkça hiçbir kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye icbar edilemeyeceğini buyurmaktadır. Yasa bununla, lehine olan emredici buyrukların, çiğnenmesi ile oluşan negatif sonuçların, ortadan kaldırmaları için, bireyin, hak arayışına zorlanmasını yasaklamaktadır. Bu buyruk ile temin edilmek istenen amaç, uyuşmazlığın kaynağına hapsederek zaman, kaynaktan tasarruf etmekten ve yol göstericilik yoluyla yansızlık kurallarının çiğnenme riskini ortadan kaldırmaktır. Yargıçlar için öngörülen bu olumlu önlemden yasayı uygulayan ve niteliği itibarı ile yansız olması gereken icra müdürünü ya da başka bir kurumu ayırık tutmak mümkün olmamalıdır.

Yasa yapıcı, yaşam hakkına ilişkin değerler dizisinin, takip hukuku etkinlikleri aracılığıyla, gerçekliğe dönüşmesini istemektedir. İsteğin gerçekleşmesi, uygulayıcıların, yaşam bağlamı haczedilmezlik, anlayışını yeterince kavramalarına bağlıdır. Haczedilmezlik eksenli sorunlar, sağlıklı, bu mana üzerinden okunmak ve uygulanmak zorundadır. Yaşam ile bağıni koparan uygulamaların, er veya geç farkında olmadan, hukuk adına, hukukla yollarını ayırmayı yeğleyen tutkulara dönüşeceği unutulmamalıdır. İstemimiz, haczedilmezlik odaklı çekişmelerin, “yaşamı sürdürülebilir kılan ve sağlıklı yaşlanmayı” eksen alan, görme biçimi aracılığıyla çözüme ulaştırılmasıdır. Yenilerinde buluşmak dileğiyle.



ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI -MAHİYETİ VE ÖZELLİĞİ-

Av. Nafi PAKEL

Medeni Yasanın 688,-700. maddelerinde düzenlenen paylı/müşterek mülkiyette, birden fazla kişi, fiziki olarak bölünmemiş bir bütünün tamamı üzerinde ve belli paylar oranında maliktir. Bu nedenle paylı mülkiyet:

- Söz konusu bütünün tamamı üzerinde, hiçbir malik adına özgülenmiş bir kısmın/bir bağımsız bölümün mevcut olmaması (MK m. 689)

- Mülkün yönetimine ilişkin kararların tabi bulunduğu yasal düzenleme (MK m. 690, 691, 692),

- Paylı maldan yararlanma ve kullanmanın tabi bulunduğu hükümler (MK m. 693)

- Diğer paydaşların önalım hakkı nedeni ile, payın satışı/devri konusunda malikin serbest tasarruf hakkına getirilmiş bulunan kısıtlama (MK m. 732)

- Başlangıçta mevcut payların zaman içerisinde veraset ve intikal sonucu bölünerek çoğalması nedeni ile yukarıdaki sorunların artması, ayrıca başlangıçta aynen bölünmesi muhtemelen mümkün olan bütünün (bina/arsa) bu nedenle paydaşlar arasında aynen bölünemez hale gelmesi,

- Paydaşların ortaklığı sürdürme iradesinin ortadan kalkması sonucu, neticesi önceden kestirilemeyecek olan bir ortaklığın giderilmesi davasının her bir hissedar tarafından açılabilmesi olasılığı,

gibi nedenlerle, uygulamada en çok sorun yaratan mülkiyet türüdür.

Bu itibarla paylı mülkiyetin, muhtemel sorunlar baş göstermeden önce, yol yakinken sonlandırılmasında yarar olduğu kuşkusuzdur.

Denenmesi gereken ilk çözüm şekli, yasal düzenlemenin elverdiği ölçüde, yapılarda kat mülkiyeti tesisi, arazilerde ise ifraz sureti ile aynen taksimi sulhen gerçekleştirmektir.

Bunun mümkün olmaması halinde taşınmaz üzerinde mevcut diğer payların, rayiç değer üzerinden sulhen iktisabı diğer bir çözüm şeklidir.

Birden fazla taşınmaz üzerinde aynı paydaş/paydaşların hisse sahibi olması halinde, hisselerin becayişi/takası ve gerektiğinde ivaz ilavesi sureti ile paylı mülkiyetin sona erdirilmesi, davadan önce denenmesi gereken diğer bir yöntemdir.

Paylı mülkiyetin sulhen sona erdirilmesi girişiminde gözetilmesi gereken kural, her bir hisse değerlerinin kuyumcu terazisi hassasiyeti ile belirlenmesinin mümkün olmadığı gerçeğidir. Burada asıl olan paydaşların müşterek iyi niyet çerçevesinde sorunu ortadan kaldırmak üzere çözüme katkıda bulunmasıdır.

Ortaklığın sulhen giderilememesi halinde ise, MK m. 698 ve m. 699 uyarınca ortaklığın giderilmesi davası açılması gerekmektedir.

Bu konuda mevcut uygulama ve yerleşmiş içtihadı göre ortaklığın giderilmesi davasında öncelikle taşınmazın, mevcut pay ve paydaş sayısı itibarı ile, taraflar arasında aynen taksiminin yasal düzenlemeye göre mümkün olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bunun mümkün olduğunun bilirkişi raporu ile belirlenmesi halinde, yapılar için kat mülkiyeti tesisi yolu ile, sair taşınmazlar için ifraz sureti ile ortaklığın giderilmesi kararı verilmektedir.

Tatbikatımızda, ortaklığın giderilmesi davasındaki önceliğin aynen taksim olduğunda kuşku yoktur. Buradaki amaç kişinin mülkiyet hakkını gözetmek ve paylı da olsa malının satışını önlemektir. Bu amaç 634 Sayılı Yasanın 10. maddesi son fıkrası hükmünde dolaylı olarak ifade edilmiştir.

Bu öncelik doğrultusunda, davacı paydaş ortaklığın satış yolu ile giderilmesini istemiş olsa bile, mahkemenin bu talep ile bağlı kalmaksızın aynen taksimi olasılığını öncelikle araştırmak ile yükümlü bulunduğu ilişkin muhtelif içtihat mevcuttur.

Uygulamada, aynen taksim önceliğinin zorlanması sonucu tatbiki olanaksız kararlar verildiği de görülmektedir. Örneğin, 18. HD'nin 09.06.2005 gün ve 2005/3934-6070 sayılı ilamı ile mahalli mahkemenin 8 bağımsız bölümü ve 6 paydaşı olan binadaki ortaklığın satış yolu ile giderilmesine ilişkin ilamı, 8 sayısının 6 sayısına bölünmesi halinde her bir paydaşa 1 bağımsız bölüm düşeceği gerekçesi ile bozulmuştur.

Oysa söz konusu davada 6 paydaştan ikisinin hissesi 1/12 dir. Bu durumda, bozma gerekçesinin karşılanabilmesi için, taşınmazda mevcut 8 bağımsız bölüm yetersiz olup asgari 12 bağımsız bölüme gereksinim vardır.

Hukuk Genel Kurulunun 03.05.1995 gün ve 1995/200-504 sayılı kararı ile benimsenmiş olan kurala göre, MK'nın 10. maddesi son fıkrası hükmü doğrultusunda, amaç her bir paydaşa bir bağımsız bölüm özgülenmesi sureti ile kat mülkiyeti tesisi ise de, bu amaç ortaklığın giderilmesi davasından önceki fiili pay durumunun bozulmasına yol açmamalıdır.

Yukarıda sözü edilen daire kararına uyulması ve bozma gerekçesi doğrultusunda her biri 1/12 hisse sahibi 2 paydaşa birer bağımsız bölüm verilmesi halinde Genel Kurul Kararında öngörülen olumsuz durum gerçekleşecek ve 1/12 hissedarın payları, diğer hissedarların aleyhine olarak, fiilen artacaktır.

Bazı paydaş hisselerinde bu zorlama sonucu husule gelecek artışın, diğer paydaşların hisselerinde bu sebeple doğan eksikliğin ivaz yolu ile telafi edilebileceğinin düşünülmesi ortaklığın giderilmesi davasının ruhuna aykırıdır. Çünkü bu davanın asli amacı, paydaşlar arasında hükmen hisse devri yapmak değil, mevcut hisselerin korunması sureti ile paylaşımı aynen gerçekleştirmektir.

Bu nedenle ivaz yolu ile hisse denkleştirme yöntemi ancak kabili ihmal değer farkları için sözkonusu olmalı, ivazlı denkleştirme işlemi bir tür “kısmi hisse devir ve iktisabı” sonucunu doğurmamalı, Genel Kurul Kararında öngörüldüğü gibi davadan önceki payların aşılmasına ve önceki fiili durumun bozulmasına neden olmamalıdır.

Binalara ilişkin ortaklığın giderilmesi davasında yapılan bilirkişi incelemesinde, kargir binada 634 Sayılı Yasa hükümlerine göre kat mülkiyeti tesisinin mevcut hisse durumu ve paydaş sayısına göre, aynen taksimin mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır.

Bilirkişi heyetinde yer alan, hukukçu, inşaat mühendisi ve emlakçiye ilaveten son zamanlarda Yargıtay’ın bu yoldaki istemi doğrultusunda bir harita mühendisine de görev verilmektedir.

Kanımızca, cadde ve sokak isimleri ile kapı numaralarının muntazam olduğu şehirlerde, özellikle de dava konusunun bina olması halinde, harita mühendisi ve veya kadastronun heyete dahil edilmesi gereksizdir. Adı geçen bilirkişiye ancak kırsal alandaki bir araziye ilişkin davalarda, dava konusu yerin ve hudutlarının belirlenmesi, keza dava konusu arazinin imar yasası hükümlerine göre ifraz sureti ile paylaşılması olasılığının incelenmesi gerekmesi halinde ihtiyaç bulunduğu kuşku yoktur.

Aynen taksiminin mümkün olması halinde, resen paylaşırma yetkisi bulunmayan hakim (6. HD 23.11.2004 gün ve 2004/7700-8304 sayılı kararı) bilirkişi raporundaki verilere veya paydaşların bu verilere göre aralarında vardıkları mutabakata göre hüküm tesis ile yükümlüdür.

Uygulamada, paylaşım projesi olarak düzenlenen bilirkişi raporları tek seçenekli bir taksim şeklini içermektedir. Pay ve paydaş sayısının elvermesi halinde, paylaşım projesinin iki alternatifli düzenlenmesi tarafların bunlardan birisi üzerinde uyuşmalarını mümkün kılabileceği gibi, anlaşılamamaları halinde yargıca kuraya başvurmak olanağı da verebilecektir.

Bilirkişi raporunda yer alması istenen unsurlar 18. HD.nin 09.06.2005 gün ve 2005/3934-6070 sayılı ilamında, “her bir bağımsız

bölümün cinsi, alanı, bulunduğu kat, binadaki konumu, cephesi ve bu verilere göre tespit edilecek değeri” olarak belirlenmiştir.

Bilirkişi raporunun bu esaslar gözetilerek düzenlenmesi halinde, raporda ön görülen taksim şeklinin gerek arsa payı, gerekse her bir paydaşa düşecek bağımsız bölüm/bölümlerin değer itibarı ile ortaklık payı karşılığına eşit olup olmadığının sağlanmasının yapılması imkanı da doğacaktır. Örneğin %20 hisse sahibi bir paydaşa isabet edecek bağımsız bölüm/bölümlerin değerinin, bilirkişi raporunda tüm bağımsız bölümler için belirlenmiş bulunan toplam değerinin %20 nispeti karşılığına denk olması gerekmektedir. Aradaki küçük değer farkının ivaz ilavesi sureti ile giderilmesi tabi ki olasıdır.

Taşınmazın kat mülkiyeti tesisine elverişli olması halinde 634 Sayılı Yasanın 12. maddesinde sözü edilen belgeler getirtilip sonucuna göre karar verilmesi gerektiği yolunda yerleşmiş içtihat mevcuttur (18. HD. 08.02.2006 gün 2005/10996 E 2006/774 K ile 6. HD. 16.09.2003 gün 2003/6226-6006 sayılı ilamları).

Yapılara ilişkin taksim davalarında, ana kural her bir bağımsız bölümün tek bir paydaşa verilmesidir. Ancak, HGK’nun 30.12.1967 tarihli hükmünde de belirtildiği gibi, paydaşların bunu kabul etmesi halinde bir bağımsız bölümün birden fazla paydaşa birlikte verilmesi (müşa bırakılması) olasıdır.

Buradaki amaç bağımsız bölüm sayısının, paydaş sayısı ve hisselerine kıyas ile eksik kalması halinde aynen yapılamayan taksim nedeni ile kaçınılmaz sonuç olan satış yolu ile ortaklığın giderilmesinin önlenmesidir.

Mahiyetleri itibarı ile ortaklığın giderilmesi davaları, diğer davalardan farklı bazı özellikler taşır:

- Öncelikle ortaklığın giderilmesi davası, HGK’nın 30.01.1991 gün ve 1990/520-1991/11 sayılı kararında belirtildiği gibi, çift taraflı (action dublex) bir davadır. Bu dava neticesinde verilecek taksim veya satış kararı davacı ve davalı tarafları aynı şekilde etkileyecektir. Bu özellik nedeni taraflar bu davada hem davacı hem de davalı konumundadır. Bu nedendir ki, davacının ortaklığın satış yolu ile giderilmesini talep etmesine karşın davalı tarafın taksimi istemesi olasıdır.

- Davanın bu özelliği HUMK’ta da gözetilmiş ve uygulanacak usul hükümleri 4. fasılda, 561 ila 570. maddelerde “taksim ve izalei şuyu” başlığı altında, ayrıca düzenlenmiştir.

- HUMK’nın 95. maddesi hükmüne ve uygulamada yerleşmiş içtihadı göre (HGK’nın 12.04.1995 gün ve 1995/2-138 E. 1995/384 K. sayılı kararı) davacının davasından feragati halinde davanın bu sebeple reddi gerekir. Oysa, yukarıda belirtildiği gibi, ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı bir dava olmakla genel usul hükümlerinin uygulanması yönünden ayrıcalık ve özellik taşır. Bu nedenle davalı paydaş, davacının feragatine rağmen davayı devam ettirebilir (HGK. 22.03.1989 gün 1989/105-190 sayılı kararı).

• Keza diğer davalarda feragat kesin hüküm sonucunu doğurmakla, aynı konuda daha sonra açılan davanın bu nedenle reddi gerekir. Oysa ortaklığın giderilmesi davasının bu nedenle reddi, aynı davacının daha sonra aynı konuda açacağı dava için kesin hüküm oluşturmaz. HUMK.nun 95/1 hükmü, bu davanın özelliği nedeni ile uygulanmaz. Ancak ret ile sonuçlanan bir önceki davadaki feragatin, deliller toplanıp karar aşamasına gelinmesinden önce yapılmış olması gerekir. Feragatin karar aşamasında ve hüküm oluşmasını engellemek üzere yapılmış bulunması, keza o tarihten sonra pay ve paydaş sayısında bir değişiklik vuku bulmamış olması halinde, yeni dava usulen görülecek ve fakat feragatle sonuçlanmış önceki dava dosyası verilecek yeni hükme esas teşkil edecektir.

• Çift taraflı bir dava olması özelliği ve taraflar için aynı sonucu doğurması gereğinin sonucu olarak, ortaklığın giderilmesi davasında her paydaş yargılama giderinden hissesi oranında sorumludur.

• MK'nın 698. maddesi hükmü son fıkrasında yer alan “uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulmaz” yolundaki hüküm paylı mülkiyet paydaşının tasarruf yetkisine getirilmiş emredici bir kısıtlama ve paylı mülkiyete özgü bir düzenlemedir. Kanun koyucunun amacı, koşulların diğer paydaş/paydaşlar ortadan kalkana dek ortaklığın giderilmesi davasının önlenmesidir. Bu hüküm, hakkın kötüye kullanılmayacağını öngören hüsnüniyet kuralına paralel bir düzenlemedir. Örneğin, yasal prosedür yerine getirildikten sonra binaya kat ilavesi işlemine başladığında, bu işlemin tamamlanmasından önce açılan davanın uygunsuz zamanda olduğunun kabulü gerekir.

• Ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına engel teşkil eden diğer bir yasal düzenleme MK'nın 698. maddesi 2. fıkrasında sözü edilen ortaklığın sürdürülmesi (idame-i şuyu) sözleşmesinin mevcudiyetidir. Tüm paydaşlar arasında resmi şekilde yapılması gereken bu tür bir sözleşme ile en çok 10 yıllık bir süre için ortaklığın sürdürülmesi kararı alınması olasıdır. Bu süre bitmeden taksim davası açılmaz.

Değinmeye çalıştığımız özellikler ve incelikler nedeni ile nevi şahsına münhasır (sui generis) bir dava türü olan ortaklığın giderilmesi davasının, özellikle mahalli yargı mercilerinde, halen olduğundan daha yoğun bir özen gerektirdiğini düşünüyoruz.



MORTGAGE (TUTSAT) SİSTEMİ TÜRKİYE'DE NEDEN ÇALIŞMAZ?

Nezih SÜTÇÜ

GİRİŞ

Bu makalede Mortgage sisteminin işlerliği tartışmaya açılmış ve sistem ile ilgili olarak yürürlükte bulunan Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmıştır. Mortgage sistemi ağırlıklı olarak konutlar üzerine konulan ipotek üzerine verilen krediler karşılığında çıkarılan ipoteğe dayalı menkul kıymetler (İDMK) ve ipotek teminatlı menkul kıymetler (İTMK) üzerine oturmaktadır. Bu nedenle inceleme konumuz bunlarla sınırlandırılmıştır.

21.2.2007 tarih ve 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 6.3.2007-26454) ile özellikle konut kredilerinden doğan alacakların menkulkiymetleştirilmesi, bu alacakların tahsilinin kolaylaştırılması, vergi avantajları getirilerek işlem maliyetlerinin azaltılması yönünde çeşitli kanunlarda değişiklik ve düzenlemeler yapılmıştır. Uygulamada bu Kanun, Mortgage Kanunu olarak adlandırılmaktadır. Sistemin işleyişi ile ilgili ağırlıklı düzenleme 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda yapılmıştır.

Mortgage Kanunu kapsamında aşağıda sistemin işlerliği tartışılmıştır.

KONUyla İLGİLİ TANIMLAR

Konut finansmanı: Konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kul-

landırılmasıdır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı² amacıyla kullandırılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır (m 38/A-1).

İpotekli Sermaye

Piyasası Aracı:

- a) İpotek teminatlı menkul kıymetler,
- b) İpoteğe dayalı menkul kıymetler,
- c) İpotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen hisse senedi dışındaki sermaye piyasası araçları³ ve
- d) Konut finansmanından kaynaklanan alacaklara dayalı olarak veya bu alacakların teminatı altında ihraç edilen diğer sermaye piyasası araçlarıdır (m 3/k).⁴

Yukarıda belirtilen ipotekli sermaye piyasası araçlarından, genel ifadeler içeren (c) ve (d) bendinde sayılanlar ile ilgili olarak Kanunda açık hukuki nitelendirme ve düzenleme yapılmadığından, inceleme konumuz İTMK ve İDMK ile sınırlandırılmıştır.

Sistem basit olarak aşağıdaki gibi şemalaştırılabilir.

İhraç⁵

Satım (Halka Arz)⁶

İhraççı⁷ -----> İpotekli Sermaye Piyasası Aracı -----> Halk=Yatırımcı

İhraççı, ağırlıklı olarak ipotek teminatı altında verdiği krediler karşılığında alacaklarını menkulkiymetleştirerek, yatırımcıya satmaktadır.

(2) 29.9.2007 T. ve 26658 sayılı RG de yayımlanan "Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" de; yeniden finansmanın, konut finansmanı sözleşmesi hükümlerinde;

a) Kredi faiz oranında değişiklik yapılması,

b) Kredinin vadesinde değişiklik yapılması,

c) Konut finansmanı sözleşmesinde belirtilen faiz türünde değişiklik yapılması,

ç) Aynı ev teminat gösterilerek birden fazla konut kredisi alınmışsa, bunların tek konut kredisi ile birleştirilmesi,

d) Konut finansmanı kuruluşunda değişiklik yapılması,

e) Konut finansmanı sözleşmesinde belirtilen para biriminde değişiklik yapılması, nedeniyle konut finansmanı kuruluşu ve tüketicinin mutakababı ile yapılacak değişiklikleri kapsayacağı belirtilmiştir (Yön. m 5).

(3) Sermaye Piyasası Araçları : Menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarıdır. Menkul Kıymetler: Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır (m 3/b-1).

(4) Diğer Sermaye Piyasası Araçları : Menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen evraktır. Şu kadar ki, nakut (nakitler) ile çek, poliçe, bono ile mevduat sertifikaları bundan müstesnadır (m 3/b-2).

(5) İhraç: Bu Kanunun uygulanmasında ihraç, sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışlarıdır (m 3/c-1).

(6) Halka Arz: Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; Bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder (m 3/c-2).

(7) İhraççı: Anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahallî idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir (m 3/h)

İPOTEKLİ SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ İNCELENMESİ

A) İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMETLER (İTMK)

İpotek teminatl  menkul kıymetler, ihraççıların genel yükümlülüğü n tel  inde olan ve oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleridir (SPK m 13/A-1).

Kanunda “ihra ının genel yükümlülüğü” ibaresi yer aldığı için, bu menkul kıymetlerin ihra ının bilançosunda ve malvarlı ında bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

Ancak, ihra  lar, İTMK’lerin teminatı olan varlıkları, diğer varlıklar-dan ayrı oluşturacakları teminat havuzu içinde tutacaklardır (m 13/A-2).

a-Teminat Havuzu

Teminat havuzunda ise;

1) Yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller (konut dışındaki işyeri, fabrika binası gibi)  zerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar,

2) İkame varlıklar,

3) (1) ve (2) de belirtilenlerin riskten korunması amacıyla yapılan söz-le meler

bulunur.

Bunlar dışında kalan varlık ve alacaklar teminat havuzuna dahil edilemez (SPK m 13/A-3).

b-Teminat Sorumlusu

İhra ının Kurulun onayını almak suretiyle bir teminat sorumlusu belirlemesi zorunludur. Teminat sorumlusunun sahip olması gereken nitelikler Kurulca belirlenir. Kurul, ipotek teminatl  menkul kıymet sahiplerinin haklarının korunması amacıyla teminat sorumlusunun de i tirilmesini istemeye veya teminat sorumlusunu re’sen de i tirmeye yetkilidir (m 13/A-10).

Teminat sorumlusu;

a) Teminat havuzlarının oluşturulmasını ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların sahip olduğu nitelikleri,

b) Teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların mevcudiyetini koruduğunu ve bu varlıkların sahip olduğu niteliklere ilişkin değişiklikleri,

c) Kurul tarafından zorunlu tutulması halinde teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihra ının yanı sıra ayrı bir kayıt kurulu u nezdinde de tutulmasını,

d) İpotek teminatl  menkul kıymetlerin itfasına kadar olan süre boyunca;

da) Teminat havuzundaki varlıkların nominal değerinin ipotek teminatlı menkul kıymetlerin nominal değerine eşit ya da fazla olması,

db) Teminat havuzundaki varlıkların getirisinin en az ipotek teminatlı menkul kıymetlerin getirisine eşit ya da fazla olması,

dc) Teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelirin tutar ve ödeme dönemleri bakımından ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine yapılan ödemeleri karşılaması,

dd) Teminat havuzunda yer alan varlıkların net bugünkü değerinin ipotek teminatlı menkul kıymetlerin net bugünkü değerinden yüzde ikisi oranında fazla olması,

şartlarına uygunluğu, izlemek, tespit ettiği hususlar hakkında, Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde ihraççıya ve Kurula bilgi vermekle yükümlüdür (SPK m 13/A-11).

c- İpotek Teminatlı Menkul Kıymet İhracı Yapabilecekler

İpotek teminatlı menkul kıymetler bankalar ve bu Kanun'un 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebilir (SPK m 13/A-1).

İpotek Finansmanı Kuruluşları; münhasıran konut finansmanından kaynaklanan alacakların devralınması, devredilmesi, devralınan alacaklardan oluşan varlıkların yönetimi ve alacakların teminat olarak alınması suretiyle kaynak temini amacıyla kurulan, sermaye piyasası kurumu niteliğini haiz anonim ortaklıklardır (SPK m 39/A-1).

İPOTEK FİNANSMANI KURULUŞU İLE KONUT FİNANSMANI KURULUŞU ARASINDAKİ AYRIMA DİKKAT EDİLMELİDİR!

Konut Finansmanı Kuruluşları, konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir (SPK m 38/A-2).

Oysa, İpotek Finansmanı Kuruluşunun doğrudan tüketiciye kredi kullandırması veya finansal kiralama yapması söz konusu değildir.

İpotek finansmanı kuruluşlarının, ihtisaslaşmış bir yapı içinde, konut finansmanı kuruluşlarına kaynak aktarmak üzere getirildiği anlaşılmaktadır.

İpotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat havuzlarında yer alan varlıklar, teminat amacı dışında tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da

sis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ve ikame varlıkların payı ayrı ayrı yüzde onbeşi aşamaz (SPK m 13/A-6).

Böylece, teminat havuzlarının önemli bir bölümünün konut finansmanından kaynaklanan alacaklardan oluşması öngörülmüştür (Madde gerekçesinden).

İkame Varlıklar

İkame varlıklar, nakit, devlet iç borçlanma senetleri, hazine kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına üye ülkelerin merkezi yönetimleri ile merkez bankalarınca ya da bunların kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler ile Kurulca uygun görülen benzer nitelikteki varlıklardan oluşur (SPK m 13/A/5).

Türev Araçlar = Riskten Korunma Amaçlı Sözleşmeler

İhracçılar, teminat havuzundaki varlıkların faiz, kur, kredi ve benzeri risklerden korunması amacıyla sözleşmeler yapabilir. Teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış sözleşmeler de teminat havuzuna dahildir (SPK m 13/A-7).

Riskten koruma sözleşmeleri teminat havuzuna dahil olmakla beraber, bunların havuzda bir iktisadi değer olarak nasıl yer alacağı Kanunda belirtilmemiştir. Bu sözleşmeler, havuzdaki varlıkları garanti altına aldıklarından, İTMK'lere talebin artmasına yardım ederek, dolaylı yoldan havuza katkı sağlamaktadırlar. Ancak türev araçların bir değer olarak havuzda nasıl yer alacağı hususu açıklanmaya muhtaçtır.

Kanımca riskten koruma sözleşmeleri ile ihracçı bakımından bir takım haklar ve yükümlülükler doğmaktadır. Riskten koruma sözleşmesinin sağlayacağı hak, riskin gerçekleşmesi durumunda yükümlülüğünden daha fazla olacak, riskin gerçekleşmemesi durumunda ise, sadece yükümlülük olarak kalacaktır. Riskten koruma sözleşmeleri ile amaçlanan, teminat havuzundaki varlıkların iktisadi değerinin azalmasını önlemek olduğundan, bunların teminat havuzunda doğrudan bir iktisadi değer olarak yer almasını doğru bulmuyorum.

B) İPOTEĞE DAYALI MENKUL KIYMETLER (İDMK)

İpotekle temin edilmiş kredi alacakları karşılığında çıkarılmaktadırlar. İDMK satışından doğan alacaklar "Konut Finansmanı Fonu" adı altında kurulan fona aktarılmakta ve bu fon, İDMK sahipleri hesabına inancılı mülkiyet esaslarına göre oluşturulmaktadır (m 38/B-1).

Fonun kurucusu, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlere yönelik garanti verebilir (m 38/B-2).

Fonun tüzel kişiliği yoktur, ancak malvarlığı kurucunun mal varlığından ayrıdır. Fon malvarlığı, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez,

teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez (m 38/B-3).

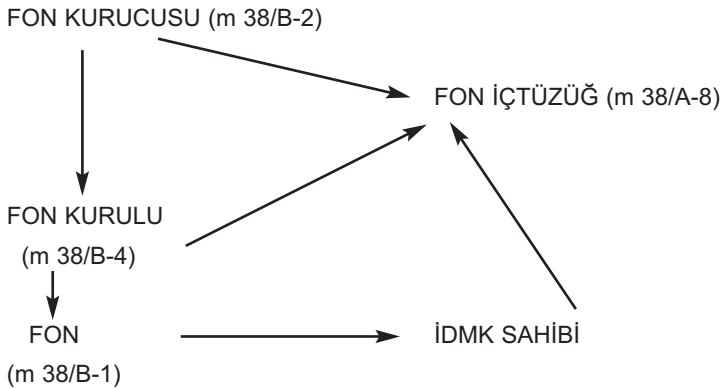
Fonu, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde “**fon kurulu**” temsil eder ve yönetir. Fon portföyüne alınan varlıkların kayıtlarının doğruluğundan ve bu varlıkların korunması ve saklanması fon kurulu sorumludur (m 38/B-4).

Fon kurucusu, fon kurulu ve ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri arasındaki ilişkilere bu Kanunda ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu’nun vekalet akdi hükümleri uygulanır (m 38/A-5).

İpotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, kredi veya alacağın fona devredildiği hususu ilgili gayrimenkulün tapu sicilinde beyanlar hanesine kaydedilir. Kurul, ipotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, ipoteğin veya mülkiyetin; **fon hesabına, kurucu adına** tapuya tescil ettirilmesini zorunlu tutabilir (m 38/A-7).

Fon içtüzüğü, ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri, kurucu ve fon kurulu arasında, fon portföyünün inançlı mülkiyet esaslarına göre saklanması ve vekalet akdi hükümlerine göre yönetimini konu alan **iltihaki bir sözleşmedir**.(38/A-8)

Sistem aşağıdaki gibi çalışmaktadır.



İDMK İLE İTMK ARASINDAKİ TEMEL FARKLILIKLAR

1- İTMK'ler, oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleridir (m 13/A-1).

Oysa, İDMK'ler, sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan fon mal varlığına dayalı olarak çıkarılan senetlerdir (m 38/B-1). İDMK sahibi, yani inanan, fon malvarlığına dayanan hakkının yönetimini, inançlı mülkiyet esasına göre inandığı fon kuruluna (inanılana) bırakmaktadır (m. 38/B-4).

2- İTMK'lerle ilgili olarak, Kanunda (SPK m. 13/A-1) "ihraçcının genel yükümlülüğü" ibaresi yer aldığı için, bu menkul kıymetlerin, ihraçcının bilançosunda ve malvarlığında bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Fakat, ihracçılar, İTMK'lerin teminatı olan varlıkları, diğer varlıklardan ayrı oluşturacakları teminat havuzu içinde tutacaklardır (m. 13/A-2).

Bu nedenle, ihraçcının, ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların, menkul kıymet sahiplerinin alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde, alacağı teminat havuzundaki varlıklarla karşılanmayan ipotek teminatlı menkul kıymet sahipleri, ihraçcının diğer malvarlığına başvurabilir (m. 13/A-16).

İDMK'lerde ise, fonun tüzel kişiliği yoktur ve malvarlığı da kurucunun mal varlığından ayrıdır (m. 38/B-3). Bu nedenle ayrıca, kurucunun, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlere yönelik garanti vermesi durumu hariç olmak üzere fon malvarlığından alacağını karşılamayan İDMK sahipleri kurucunun malvarlığına başvuramazlar (m. 38/A-2 ve 38/B-12). Dolayısıyla, ipotekli alacakların ödenmemesi durumunda risk İDMK sahipleri üzerinde kalacaktır.

3- İTMK'in dayanağını oluşturan teminat havuzuna nelerin yer alacağı Kanunda düzenlenmiştir. Bunlar; yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller (konut dışındaki işyeri, fabrika binası gibi) üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar, ikame varlıklar ve bunların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmelerdir. Bunlar dışında kalan varlık ve alacaklar teminat havuzuna dahil edilemez (SPK m. 13/A-3).

Oysa İDMK'lerle ilgili olarak Kanunda; "ipotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması" şeklinde bahsedilmekte (m. 38/B-7) ve fon portföyünün riskten korunması veya kredi değerliliğinin artırılması amacıyla yapılan sözleşmeler dahil fon portföyüne alınabilecek varlık türleri, portföy sınırlamalarına ilişkin usul ve esasların Kurulca belirlenmesi öngörülmektedir (m. 38/B-2). Fon portföyüne dahil olabilecek varlıklar, Kurul tarafından çıkarılan Tebliğin⁸ 20. Maddesinde yer almıştır.

4-İpotek teminatlı menkul kıymetler bankalar ve SPK’nun 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebilir (m. 13/A-1).

İpoteğe dayalı menkul kıymetler ise, fonun kimler tarafından kurulabileceğinin Kurul tarafından belirlenmesi öngörülmüştür (m. 38/B-2). Bu konuda çıkarılan Tebliğin⁹ (3/i) maddesinde; bankalar, finansman şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları ve Tebliğ’de yer alan nitelikleri taşıyan aracı kurumların “kurucu” niteliğinde olduğu belirtilerek, ihracatçılar, İDMK’ler bakımından, İTMK’lere nazaran daha geniş tutulmuştur.

5-İpotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, kredi veya alacağın fona devredildiği hususu ilgili gayrimenkulün tapu sicilinde beyanlar hanesine kaydedilirken (m. 38/B-7), ipotek teminatlı menkul kıymetlerin karşılığı olan alacakları teminat altına alan taşınmazlar bakımından böyle bir kanuni zorunluluk bulunmamaktadır.

İDMK İLE İTMK ARASINDAKİ TEMEL BENZERLİKLER

1- Her iki menkul kıymetin dayanağını oluşturan varlıkların korunması öngörülmüştür.

İpotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat havuzlarında yer alan varlıklar, teminat amacı dışında tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez ve iflas masasına dahil edilemez, ayrıca bunlar hakkında ihtiyati tedbir kararı verilemez (m. 13/A-13).

Aynı şekilde İDMK’lerin dayanağı olan fonun malvarlığı, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez (m. 38/B-3).

Konut finansmanından kaynaklanan alacakların ve diğer varlıkların teminat gösterilmesi suretiyle ipotek finansmanı kuruluşlarından kaynak temin edilmesi halinde de, teminat gösterilen varlıklar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere üçüncü şahıslar tarafından haczedilemez, ihtiyati tedbir kararı verilemez ve iflas masasına dahil edilemez (SPK m. 39/A-3).

2-İhraççının ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu ku-

(8) Konut Finansmanı Fonlarına ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ –Seri: III, No:34 (4.8.2007 T. ve 26603 sayılı RG)

(9) Konut Finansmanı Fonlarına ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ –Seri: III, No:34 (4.8.2007 T. ve 26603 sayılı RG)

rumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelir öncelikle ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ve teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılır (m 13/A-15).

İDMK sahipleri de, kurulan fon üzerinde hak sahibi olduklarından, tasfiyede elde edilen gelir öncelikle kendilerine verilecektir.

3-Her iki menkul kıymet, dayanağı olan alacakların ipotek finansman kuruluşuna devri ile bu kuruluş tarafından da çıkarılabilmektedir (m. 13/A-1 ve m 38/B-2).

4-Her iki menkul kıymetin ödenmemesi durumunda alınacak önlemleri belirleme yetkisi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmiştir (m. 38/B-12 ve m. 13/A-15).

Adlarından da anlaşılacağı üzere her iki menkul kıymet türünde de, ihraç edilen menkul kıymetlerin temelini ipotekli alacaklar oluşturduğundan, sistemin işleyişi ile ilgili olarak aşağıda İTMK bakımından örnekleme yapılacaktır. Bu örnekteki işleyiş İDMK'ler bakımından da benzerlik göstermektedir.

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMET İHRACININ SOMUTLAŞTIRILMASI

(X) bankası 5000 adet konut kredisi vermiştir. Bu kredileri İTMK şeklinde menkul kıymetleştirmek istemektedir.

Konutların toplam değeri değerlendirme uzmanlarının raporlarına göre 750.000.000-YTL olmaktadır. (Yani konutların ortalama fiyatı $750.000.000/5.000=150.000$ -YTL dir).

Ancak banka bunun %20 sini içeride bırakarak; $750.000.000 \times \%80 = 600.000.000$ -YTL si için nakit ödeme yapmıştır. Teminat havuzunun oluşturulması sırasında bu tutar, konutların değerinin %75'ine ulaşmış durumdadır.

16.3.2008 tarihi itibarıyla Yapı ve Kredi Bankası bireysel konut kredisi hesaplama modülüne¹⁰ girilerek hesap yapılmıştır. Buna göre 600.000.000-YTL, aylık %1,44 (yıllık %17,28) sabit faizle, 10 yıllık sabit taksitler halinde ödendiğinde, geri ödeme toplamı 1.265.000.000-YTL, bunun yıllık tutarı ise 126.500.000-YTL olmaktadır.

SPK'ya yapılan başvuru sonrasında BDDK'nın da görüşü alındıktan sonra bankanın ihraççı niteliğine sahip olup olmadığına SPK tarafından karar verilir (Tebliğ¹¹ m. 6).

1) Öncelikle söz konusu konut kredileri ile ilgili bilgi ve belgeler ile geri ödeme tutarları teminat defterine kaydedilecektir (Tebliğ m. 8)

(10) http://www.yapikredi.com.tr/exts/asp/hesaplama_araclari/kredi_hesapla.asp?credit_type=02&credit_curr=YTL&httpi=0

(11) İpotek Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ- Ser: III No: 33, 4.8.2007 T. ve 26603 sayılı RG

2) Kredilerin teminatı olan konutların hepsinin piyasa değeri bulunur. Bunun için tekrar taşınmazların tek tek gezilmesi ve yeniden değerlendirilmesi gereksizdir. Kredi verilirken yapılan değerlendirme sonucu bulunan tutarlar, endeskler (ör. ÜFE endeksi) ile teminat defterine kayıt tarihindeki piyasa değerine taşınabilir.¹² Toplam geri ödeme miktarı; taşınmazın deftere kayıt tarihindeki değerinin %75 inden fazla olmalıdır (SPK m 13/A-4).

Örneğin; 150.000-YTL bedelli bir konut için 120.000-YTL sabit faizli ve 10 yıllık kredi verilmiş, geri ödemeler toplamı 252.000-YTL; aylık $(252.000/(10 \text{ yıl} \times 12 \text{ ay}) = 2.100\text{-YTL})$ ise ve teminat havuzuna kayıt sırasında 5 aylık geri ödeme 10.500-YTL yapılmış ise; havuza ancak $150.000 \times \%75 = 112.500\text{-YTL}$ lik bölüm girebilecektir. Bakiye alacak $252.000 - 10.500 - 112.500 = 129.000\text{-YTL}$ teminat havuzuna dahil edilemeyecektir.

Dairenin değeri, kredinin havuza dahil edileceği sırada; 200.000-YTL olmuşsa, $200.000 \times \%75 = 150.000\text{-YTL}$ havuza girebilecektir. Eğer kredi geri ödeme tutarı 150.000-YTL den daha az ise, kredi geri ödemeleri dayanak gösterilerek ihraç gerçekleştirildiğinden, sadece bu geri ödeme tutarının havuza dahil edilmesi gerekir.

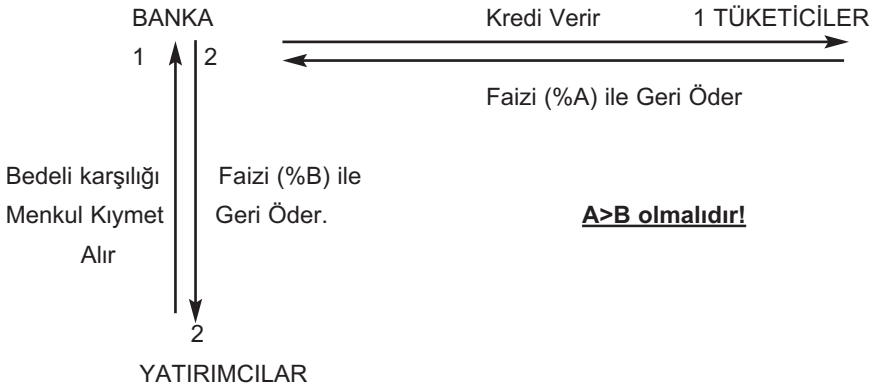
3) Şimdi teminat havuzunda bulunan ve 10 yıl içinde ödenecek ve aylık 10.541.667-YTL den (yıllık 126.500.000-YTL) toplam 1.265.000.000-YTL'nin menkul kıymetleştirilmesine geçelim.

Banka itfa şeklini ve süresini istediği gibi çeşitlendirebilir. Örneğin, 10 yıl boyunca her yıl sonu itibarıyla itfa edilecek İTMK ihraç edebilir. Buna göre 1. Yıl sonunda elde edeceği toplam 126.500.000-YTL için yatırımcılara %15 yıllık faiz getirecek şekilde $126.500.000/1,15 = 110.000.000\text{-YTL}$ lik İTMK satışı yapabilir. **Bankanın kar etmesi için yatırımcıya menkul kıymet ihracında verdiği getirinin (faizin), kredi verirken uyguladığı faiz oranından daha az olması gerekir.** Çünkü, banka mortgage kredisıyla tüketiciye verdiği 110.000.000-YTL'yi yıllık %17,28 faizle 129.000.000-YTL olarak geri alacak ve %15 faizle İTMK karşılığı yatırımcıya ödediği 126.500.000-YTL arasındaki 2.500.000-YTL'yi kar olarak elde edecektir. Dolayısıyla sistemin işlerliği kredi faizlerinin yüksekliği üzerine kurulmuş durumdadır.

Eğer 126.500.000-YTL lik itfa %25 faizle bir yıl öncesinden $126.500.000/1,25 = 101.200.000\text{-YTL}$ lik İTMK ihracı şeklinde yapılırsa, 101.200.000-YTL aynı sistemde en fazla $101.200.000 \times 1,1728 = 118.687.000\text{-YTL}$ olacaktır. Oysa yatırımcıya yıl sonunda toplanan geri ödemelerden 126.500.000-YTL ödeneceğinden banka, 7.813.000-YTL zarara uğramış olacaktır.

(12) İpotek Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m 16- Ser: III No: 33, 4.8.2007 T. ve 26603 sayılı RG

Sistemin kredi faizlerinin yüksekliği üzerine kurulduğunun bir kanıtı da; bu sistemde tüketicilerin İTMK ile borçlarını kapatmalarının engellenmesidir. Şöyle ki; eğer kredi faizleri, İTMK karşılığında ödenen faizlerden düşük olursa, yatırımcı-tüketiciler aldıkları İTMK'lerden elde edecekleri gelir ile kredi borçlarını kapattıktan başka, faiz farkından kar elde ederler. Hatta, kredi faizlerinin diğer yatırım araçlarının getirilerinden de fazla olması gerekmektedir. Çünkü, diğer yatırım araçlarından elde edilen gelir ile kredi borcunun kapatılması imkanı vardır.



Bankanın İTMK itfasına kadarki dönemde (yıl içinde) tahsil ettiği aylık taksitleri kullanma imkanı bulunduğu söylenebilirse de, diğer yatırım araçlarındaki günlük ve aylık değişimlerden de yatırımcının yararlanabilme imkanı vardır.

Yine, bankanın verdiği kredi karşılığında çıkardığı İTMK'yi sattıktan sonra elde edeceği miktarı tekrar başka tüketicilere kullandırma ve bundan kar elde etme imkanı olduğu ileri sürülebilir. Banka, temel olarak iki şekilde davranarak menkul kıymetleştirmeden gelir elde edebilir.

1) Verdiği krediden düşük bir tutarı yatırımcıya, tüketici ile aynı veya benzer geri ödeme planı ile satmakta ve aradaki farktan kar elde etmektedir.

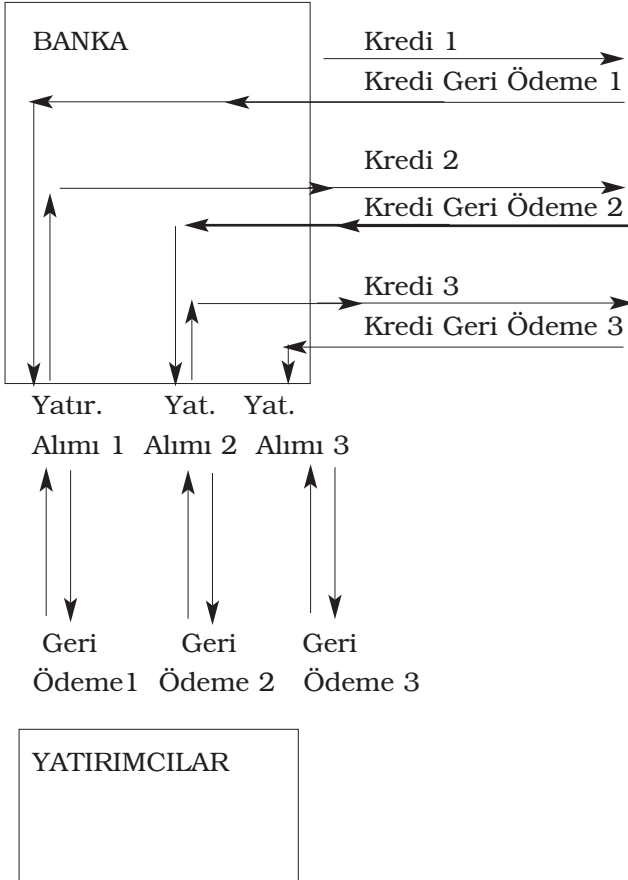
2) Verdiği krediyi, menkul kıymetleştirme sonucu daha düşük faizle yatırımcıya aktararak kredi faizi ile aradaki farktan kar elde etmektedir. Bu konuyu aşağıdaki gibi şemalaştırabiliriz.

TÜKETİCİLER

Konut 1

Konut 2

Konut 3



Örneğin 1 numaralı konut için verilen 100.000 YTL'nin (Kredi 1'in) 10 yıllık geri ödeme planı içinde, geri ödeme toplamı 200.000 YTL (Kredi Geri Ödeme 1) ise, bu geri ödeme, menkul kıymetleştirme sonrasında, yatırımcıya aynı şartlarla ve 100.000-YTL (Yatırımcı Alımı 1) nakit karşılığında 190.000-YTL'ye (Geri Ödeme 1) satılırsa, aradaki fark 10.000-YTL bankanın karı olur. Yatırımcıdan alınan nakit, tekrar başka bir tüketiciye kullanılıp, bundan da aynı şekilde kar edilerek sistem işletilir. Ancak bu halde de, sistemin işlemesi için, verilen kredi faizinin, menkul kıymetleştirmeye esas alınan faiz oranından daha yüksek olması gerekir. Sağlanan vergi bağışıklıkları ve teşvikler ile kredinin birden fazla çevril-

mesi imkanı kolaylaştırılrsa da, ihraççının kar edebilmesi için, faiz oranlarının yüksek tutulması gerekir.

Değişken faizli kredi ve menkul kıymet ihracının da soruna çözüm getirmesi mümkün değildir. Çünkü, genel olarak faizlerin düşmesi veya yükselmesine bağlı olarak, kredi ile menkul kıymet ihracına esas değişken faizin de birbirine yakın oranda ve paralel bir şekilde değişmesi söz konusudur. İhraççıların, özellikle istikrarsız ekonomi ve ortamlarda değişken faizli konut kredisi vermeyi tercih edecekleri, çünkü bu yolla faiz dalgalanmalarından etkilenmekten kurtularak risklerini en aza indirecekleri varsayılabilir. Buna karşılık, İTMK ve İDMK ağırlıklı olarak tüketicilere verilen ve ipotekle teminat altına alınmış kredi alacakları karşılığında çıkarıldığından, özellikle kredi faizlerinin yükseldiği dönemlerde, tüketiciler ile ihraççılar arasında değişken faiz nedeniyle ortaya çıkacak uyuşmazlıkların boyutu ve bu uyuşmazlıkların tüketiciler lehine yorum yapılarak çözüme kavuşturulması ile ilgili riskleri dikkate alacak ihraççıların, ağırlıklı olarak değişken faize yönelmekten kaçınmaları da mümkündür. Faizin türü ne olursa, olsun kredi faizi her zaman, menkul kıymet faizinden yüksek olmak durumundadır.

Peki, çözüm ne olmalıdır? Dar gelirli insanları, kira öder gibi konut sahibi yapmanın çaresi, araya kar amaçlı finans kurumlarını sokmak değildir. Devletin büyük desteği olmasına rağmen Amerika'da dahi bu sistemin işleyişinde aksaklıklar söz konusudur. Son olarak bu ülkede yaşanan Mortgage krizine; alt gelir grubun neden olduğu kriz anlamında "SUBPRIME MORTGAGE CRISIS" adı verilmektedir. Krizin ana nedeni; kredi geri ödeme riski yüksek kesime verilen kredilerin geri ödenmemesi, ödenmeyen krediler nedeniyle konutların paraya çevrilmesi, bu arada bir çok konutun satılığa çıkması nedeniyle arz fazlası oluşması ve taşınmaz fiyatlarında düşüş ve likidite sıkıntısı yaşanmasıdır.¹³

Sonuç olarak bu sistem, sanıldığıının aksine, yani, düşük faiz yerine, konut fiyatlarının ve faiz oranlarının yüksekliği ile ayakta durmakta ve beslenmektedir. Özellikle de, kredi geri ödeme riski yüksek gruba dahil olanlar bakımından, riskin ağırlığı dikkate alındığında, hem kredi faizi, hem de menkul kıymet getirisi yüksek olmaktadır.

Eğer asıl amaç, dar gelirli insanları kira öder gibi konut sahibi yapmak ise, devletin desteği ile bu amaç gerçekleştirilmelidir. Anayasamızın 57. maddesinde, devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı ve ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekleyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, gerçek ihtiyaç sahiplerine, sosyal nitelikli konutlar için, vergisel bağışıklıklar yanında, doğrudan gelir desteği sağlanarak piyasa faiz oranlarının altında kredi ve konut sahibi olma imkanı tanınmalıdır.

(13) http://en.wikipedia.org/wiki/Subprime_mortgage_crisis 15.7.2008

Mortgage sistemi ise yüksek gelir grubunda bulunan ve kredi geri ödeme riski az olan kimseler bakımından benimsenebilir.

Yukarıda anlatılanların yanında;

1) Kredinin teminatı olan taşınmazların değerinin hesaplanması masrafı,

2) Teminat sorumlusuna ödenecek ücretler,

3) İTMK’lerin kayda alınması ve saklanması için ödenen ücretler,

4) İlan ve reklam masrafları,

5) Gerek taşınmazların, gerekse geri ödemelerin riskten korunması için yapılacak sigortalar nedeniyle doğacak masraflar,

6) İTMK çıkarılması ile ilgili görevlendirilenlere ödenecek ücret ve personel giderleri. Özellikle hukuk, operasyon, muhasebe ve diğer yönetim hizmetleri ücretleri,

7) Vergi, sigorta ve sair ödemeler,

dikkate alındığında, sistemin işlemesi için mortgage faiz oranlarının yüksek belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmakta, bu da sistemin işleyişini engelleyici nitelikte bulunmaktadır.

Bir de bunlara,

1) Mevcut yüksek faizler ve istikrarsız bir ortamın mevcudiyeti ve 10 veya 20 yıl gibi uzun bir vade içinde insanların, özellikle de serbest çalışanların her zaman iş güvencesine ve belirli-düzenli bir gelire sahip olamamaları,

2) Kanunla düzenlenmesi gereken ve mülkiyet haklarıyla ilgili bir çok hususun idari organ olan Sermaye Piyasası Kuruluna bırakılması, Kurulun karar ve uygulamalarını çok sık ve seri şekilde değiştirebilmesi nedeniyle hukuki güvenliğin bulunmaması,

3) Üzerindeki yapıların bırakın kullanma izinli olması, %90’a yakını ruhsata aykırı veya kaçak olan ülkemizde, İTMK’ler için “Yapı Kullanma İzni” şartı aranması,

sistemi tamamen işlemez hale getirmektedir. Tüm bunlara bir de ipotek finansman kuruluşuna alacakların devrinde; devreden kuruluşun karı, doğacak vergisel yükümlülükler, devralan ipotek finansmanı kuruluşunun karı ve işletme – personel vs. giderlerini koyduğunuzda sistemin işlemesi güçleşmektedir.



AB REKABET HUKUKU ve FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

*Ebru EKŞİOĞLU**

1. GİRİŞ:

Avrupa Birliği (AB), bir ortak pazar yaratma amacıyla kurulmuştur. 1950'lerin başında henüz net bir amaca odaklanamayan AB, birkaç yıl sonra imzalanacak olan Avrupa Topluluğu Antlaşması (Roma Antlaşması) ile ortak pazar yaratma amacını açıkça ifade etmiş ve ilerleyen yıllarda bu amaca ulaşabilmek için malların serbest dolaşımının sağlanması gerektiği bilinciyle hareket etmiştir. Bu bağlamda, Roma Antlaşması'nda üye ülkeler arasında gümrük vergileri ile eşetkili resim ve harçların kaldırılması, bununla birlikte miktar sınırlamalarının ve eşetkili bütün önlemlerin bertaraf edilmesi gereğini içeren hükümler yer almıştır.²

Roma Antlaşması, AB'nin ekonomik amaçları arasında en önemli yeri işgal eden ortak pazar yaratma sürecinde bazı istisnalara da yer vermiştir. Nitekim anlaşmanın 30. maddesi malların serbest dolaşımına getirilebilecek istisnaları içermektedir. Anılan maddeye göre ulusal hukuklarca yaratılan ve koruma şartları ulusal hukuklarca belirlenen Fikri Mülkiyet Hakları (FM) bu istisnalardan birini oluşturmaktadır. Böylece ulusal hukukların ürünü olan ve ulusal hukuklarca korunan FM Hakları, malların serbest dolaşımı ilkesinin önüne geçerek bu ilke karşısında korunmuş olmaktadır. Bununla birlikte, FM Hakları istisnasının da sınırlaması vardır. Nitekim aynı maddede, FM haklarının kullanımının üye devletler arasında keyfi bir ayrımcılığa yol açmaması ve gizli bir kısıtlamaya meydan vermemesi gerektiği belirtilmektedir.

Buna karşın, Roma Antlaşması'nın, teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklayan 82. maddesinde FM Haklarına yönelik bir ifade yer almamaktadır. Başka bir deyişle, bu hüküm FM Haklarını saklı tutmadığı gibi, bunları doğrudan rekabeti kısıtlayan, bozan ve

(1) Bahçeşehir Üniversitesi AB Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatlarından.

(2) md.25-29

engelleyen haklar olarak da görmemiştir.³ Ancak 30. maddenin FM Haklarına ilişkin getirdiği sınırlama FM Haklarına 82. maddenin uygulanabilmesine imkan vermektedir.⁴ Böylece FM Hakları, hem malların serbest dolaşımı ilkesinin hem de hakim durumun kötüye kullanılması yasağının bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır.

FM Haklarına, AB entegrasyonunda bir istisna olarak yer verilmesi, dayanağını aynı anlaşmanın 295. maddesinden almaktadır⁵. Gerçekten de antlaşmanın 295. maddesinde, *Roma Antlaşması hükümlerinin, üye ülkelerin mülkiyet sistemini düzenleyen kuralları etkilemeyeceği* ifade edilmiştir. Avrupa Adalet Divanı (Divan), maddede belirtilen “mülkiyet” ifadesinin fikri mülkiyeti de kapsadığını belirtmiştir.⁶ Böylece AB, FM Hakları ile bu haklara getirilen hukuki korumanın ulusal hukuklarca belirlendiğini ifade etmekte ve Roma Antlaşması hükümlerinin ulusal hukuklarca “var edilmiş” söz konusu FM Haklarını etkilemeyeceğini kabul etmektedir.

2. ÖĞRETİ (DOKTRİN)

FM haklarının, AB'nin tanımlaması bile uzun yıllar süren ortak pazar oluşturma amacının istisnası olarak kabul edilmesi, söz konusu haklara karşı temkinli bir tutumun oluşmasına sebep olmuştur. Özellikle piyasada belli bir ekonomik güce sahip (hakim durumdaki) teşebbüsler tarafından FM Haklarının kötüye kullanma aracı olabileceği düşünüldüğünde, sorun önemli bir boyuta ulaşmaktadır. Bu sebeple, söz konusu hakların sınırsız olarak uygulanmasının üye devletler arasındaki ticareti olumsuz yönde etkileyeceği ve ortak pazar amacını öngörülenden fazla zedeleyecek olmasından hareketle, FM Hakları için maddede belirtilen sınırlamalar dışında ne tür tedbirler alınması gerektiği tartışma konusu olmuştur.

FM haklarının, sahibine sağladığı inhisari hakların ortak pazarın bölünmesi sonucunu doğurabileceği ve malların serbest dolaşımının sağlanması için en önemli araç olan rekabet hukuku kuralları ile çatışması halinde ne yönde hareket edileceği konusunda Komisyon ve Divan, sırasıyla “*Hakların Tüketilmesi İlkesi*” “*Hakkın Varlığı-Kullanımı Ayrımı*” ve “*Hakkın Cevheri Doktrini*” ni benimsemiştir.⁷ Divan ve Komisyon, ilerleyen kısımda açıklanan söz konusu ilkeler ile, Birlik Hukukunun üstünlüğü ilkesinin mutlak olmadığını, ulusal hukukun tanımladığı ve kapsamını belirlediği FM Hakları ile Birlik Rekabet Hukuku'nun çatışması halinde her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bir başka deyişle, AB ile üye devletler arasında bu konuda bir yetki paylaşımı söz konusu olacaktır.

(3) OKUTAN, G., (2000) AB Hukuku, BETA, sf.717.

(4) ANIK, Gülgün, (2001) AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:1, Cilt:1, Sayı:3, Ankara Barosu., sf.115

(5) EROĞLU, S. (2000) Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, BETA., sf.67.

(6) C-350/92 s. İspanya v. Konsey Kararı (1996)

(7) SARIAKÇALI, T. (2004) , AB Hukukunda Lisans Sözleşmeleri, Rekabet Bülteni, 11,18.

a- Hakkın Tükenmesi İlkesi:

Malların serbest dolaşımının sağlanması için en önemli araç olan rekabet kuralları ile sahibine inhisari haklar sağlayan FM Haklarının, aynı ortak amaca hizmet etmeleri sebebiyle aynı ekonomik sistem içinde yaşatılabilmesinin mümkün olduğu⁸ anlayışından hareketle Divan, rekabet kuralları ile FM Haklarının çatışması halinde uygulanmak üzere hakkın tükenmesi ilkesini ortaya koymuştur. İlkeye göre, fikri mülkiyet koruması kapsamında yer alan bir ürün, FM Hakkı sahibinin elinden hukuki yoldan rızasıyla çıkmışsa, bu malı hukuka uygun olarak elde etmiş kişilerin malın ticaretini yapması engellenemeyecektir.

Söz konusu ilke ile Divan, FM Hakları kapsamında korunan ürünün ilk satış hakkını hak sahibine vermekte, bu hak kullanıldıktan sonra malın alım satımına konu olmasının engellenemeyeceğini ortaya koymaktadır. Böylece hak sahibinin, sahip olduğu FM Hakkına dayanarak malların serbest dolaşımını engelleyen rekabete aykırı davranışlarda bulunmasının –ilk satış aşamasından sonra- önüne geçilmektedir.

b- Hakkın Kullanımı-Varlığı Ayrımı ve Hakkın Cevheri Doktrini:

Divan, Hakkın Tükenmesi İlkesi ile hak sahibinin “ilk satış aşamasından sonra”, sahip olduğu FM Hakkına dayanarak malların serbest dolaşımını ve rekabeti önleyici davranışlarını engellemeyi amaçlamıştır. Ancak ilk satışa kadar olan aşamada da bu hakların kötüye kullanılabileceği –bir başka deyişle FM Haklarına ilişkin bir lisans verilmesinin haklı bir sebep olmaksızın reddedilebileceği- düşünülmüş ve bu konuda FM Hakkı sahibine getirilecek kısıtlamanın meşruiyetini sağlamak için Hakkın Kullanımı-Varlığı Ayrımını ortaya konmuştur.

Söz konusu ayırım ilk kez Parke Davis/Probel Davasında ifade edilmiştir.⁹ Buna göre; “*Patent sahibine üye devletlerden birinde tanınan hakların varlığı Roma Antlaşması’nın 85 ve 86. (yeni 81 ve 82.) maddelerindeki yasaklamalardan etkilenmeyecektir. 85. madde kapsamında tanımlanan anlaşma, karar ve uyumlu davranışın bulunmaması halinde, bu hakların kullanımı tek başına 85. maddedeki yasak kapsamına girmeyecektir*”.¹⁰

Divan, önüne gelen bir başka davada¹¹: “*Antlaşma üye ülkelerin sınai ve ticari mülkiyetle ilgili olarak tanıdığı hakların varlığını etkilemese dahi, bu hakların kullanımı Antlaşmanın getirdiği yasakların kapsamına girebilir.*” ifadesiyle hakkın varlığı-kullanımı ayırımını bir kez daha vurgulamıştır.

(8) ASLAN Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, Bursa., sf.331.

(9) ŞEHİRALİ F. H., (1998) *Patent Sözleşmelerinin Roma Antlaşmasının 85nci maddesi Açısından Değerlendirilmesi*, BATIDER., sf.175.

(10) Case 24/67 Parke Davis and Co v Probel, (1968), ECR 55.

(11) Case 58/64 Consten & Gründig v Commission (1965), ECR 385, 10

Divan, daha sonra önüne gelen bir çok davada devletlerin fikri mülkiyet alanındaki yasal düzenlemelerine Roma Antlaşması ile müdahale edilmediğini, ancak bu hakların kullanılmasının serbest dolaşımı etkilemesi halinde, Roma Antlaşması'nın 28-30. madde hükümlerinin uygulamaya geçirileceğini ifade etmiştir.¹²

Böylece Divan, ulusal hukuklarca tanımlanmış hakların "varlığı"nın Birlik Hukukundan etkilenmeyeceğini (Roma Antlaşması md. 295) ancak bu hakların kullanımındaki denetimin Birlik Hukuku kapsamında yer aldığını vurgulamıştır. Divan'ın bu yaklaşımı, henüz Birlik düzeyinde hakların varlığına ilişkin bir düzenleme olmaması¹³ sebebiyle mecburidir.

Bu aşamada, Birlik Hukuku kapsamında olduğu belirtilen "*hakkın kullanımındaki denetimin nasıl yapılacağı*" tartışma konusu olmuştur. Divan, bu meseleye çözüm olarak Hakkın Cevheri Doktrini'ni yaratmış ve böylece hakkın meşru şekilde kullanılmasının temelinde yatan mantığı açıklamaya çalışmıştır.¹⁴ Buna göre, hakkın kullanma biçimi hakkın "cevherine" ait olduğu müddetçe malların ya da hizmetlerin serbest dolaşımı veya rekabete ilişkin Topluluk kuralları uygulanmayacaktır.¹⁵ Bir başka deyişle FM Haklarının her tür kullanım biçimi korunmayacak, ancak hakkın cevheri kapsamında kalan bir kullanım meşru sayılacaktır. Hakkın kullanma biçiminin hakkın cevherine uygun olması halinde Birlik Hukukunun üstünlüğünün mutlak değil, göreceli bir nitelik kazandığı, ulusal hukukların belirlediği FM Hakkı ile Birlik Hukukunun (serbest dolaşım ve rekabete ilişkin) kurallarının çatışması durumunda her iki normun da eşit düzeyde¹⁶ kabul edilerek hiçbirine ilkesel bir üstünlük tanınmadığı belirtilmektedir.

3- UYGULAMADAKİ SORUNLAR:

Bu noktada ortaya çıkan ilk sorun, her hakkın cevherinin kapsamını belirlemektir. Bilindiği üzere , Birlik çapında fikri mülkiyet alanında mevzuat uyumlaştırmasının henüz tam anlamıyla sağlanamaması sebebiyle Hakkın Cevheri her ülke mevzuatına göre değişmektedir.¹⁷ Bu sebeple Divan, her somut olayın koşullarına göre dava konusu hak türü açısından hakkın cevherini *belirlemekte*, ardından, somut olaydaki kullanımın bu cevher kapsamında yer alıp almadığını değerlendirmektedir.

Örneğin Centrafarm/Sterling Drug Davasında¹⁸ Divan, patent hakkının cevherini aşağıdaki gibi belirlemiştir.

(12) Case 78/70 Deutsche Grammophon GmbH v Metro, (1971), ECR 487, p. 11.

(13) GÜÇER, S. (2005) Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları..Ankara., sf.53.

(14) ÖZCAN, M. (1999) Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara.sf.114

(15) TEKİNALP, Ü./TEKİNALP, G., (2000) AB Hukuku, BETA., sf.693.

(16) OKUTAN, G., (2000) AB Hukuku, BETA., sf.694

(17) GÜÇER, S. (2005) Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları..Ankara., sf.51

(18) Case 15-74. Centrafarm v. Sterling Drug (1974), ECR 1147

“Patent hakkının cevheri, patente konu olan buluşun sahibinin yaratıcı çabalarını ödüllendirmektir. Bu bağlamda, buluşun sahibi, buluşunu di-
lediği gibi kullanmakta serbesttir. Ticari olarak buluşu üretmek ve doğru-
dan ya da lisans vermek suretiyle dolaylı olarak piyasaya ilk defa sürme
hakkı ve yapılan ihlallere karşı itiraz hakkı da mutlak olarak patent sahi-
bine aittir.”

Hakkın Cevherinin her olayda ayrı ayrı tanımlanmasının hukuk gü-
venliği açısından olumsuz bir durum yarattığına şüphe yoktur.¹⁹ Bu nok-
tada bir diğer sorun ise, hakkın cevherinin tanımlanması yetkisini Di-
van’ın kendisinde görmesidir. Söz konusu uygulama, ulusal hukuklarca
düzenlenen FM Hakkının varlığına müdahale anlamına gelmektedir ki,
bu alan Birlik Hukuku ile değil, ulusal hukuklarca düzenlenmektedir. Bi-
lindiği üzere, hakların üye devletler tarafından düzenlenmesinin anlamı,
ulusal hukukların hakları tanımlanması, bunlara getirilecek hukuki ko-
rumayı ve bu korumanın sınırını belirlemelerini ifade etmektedir.²⁰ Divan,
hakkın cevherini belirleyerek Roma Antlaşması’nın 295. maddesi gereği
ulusal hukuklarca düzenlenen fikri mülkiyet haklarının oluşturulması-
na, tanımlanmasına ve buna getirilecek hukuki koruma sınırına müda-
hale etmektedir. Böylece hakkın varlığı-kullanımı ayrımı ve buna dayana-
rak bahsedilen “yetki paylaşımı” işlevsiz kalmaktadır.

Divan’ın bu yaklaşımı henüz ciddi anlamda yatırım gerektiren pa-
tentlere ilişkin davalarda FM hakkı sahibinin aleyhine olacak şekilde kul-
lanılmamıştır.²¹ Ancak telif haklarına ilişkin Magill davasında aynı du-
rumdan sözedilememektedir. Nitekim davada varılan karara ulaşmak için
–Divan tarafından açıkça ifade edilmemekle birlikte– İrlanda ve İngiltere’deki dava konusu telif hakkına ilişkin ulusal kuralların uygun olmadığından hareket edilmiştir.

Divan’ın söz konusu yaklaşımını yansıtan Magill Davası²², kısaca şö-
yle özetlenebilir: Magill adlı bir İrlanda basım şirketi BBC, ITP ve RTE ad-
lı televizyon kanallarının haftalık televizyon programlarını içeren bir der-
gi çıkarmak ister ve bunun için gerekli olan program listesini söz konusu
şirketlerden talep eder. Diğer Avrupa ülkelerinde olmamasına karşın, İn-
giltere ve İrlanda’da televizyon programlarını içeren listeler üzerinde, ya-
yını yapan kuruluşun telif hakkı bulunmaktadır. BBC, RTE ve ITP kanal-
ları bu haklarına dayanarak söz konusu program listesini içeren televiz-
yon dergileri yayınlamakta ve ayrıca günlük gazete ve dergilere bu liste-
leri ücretsiz olarak vermektedirler. Dolayısıyla haftalık program dergisi

(19) MARANGIDIS- METAXAS. G., (1991) *Hag II: A New Taste From the Old Label*, *European Law Review*., 26,128

(20) GÜÇER, S. (2005) *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*, Ankara., sf.51

(21) Case 238/87 *Volvo v. Ertl Veng (UK)*, (1988) ECR 6211

(22) C-241/91 *P* and C-242/91 *Radio Telefís Éireann v. Commission of the European Communities, Independent Television Publications Limited v. Commission of the European Communities* (1 .6. 1994)

pazarında yayın kuruluşlarından bağımsız olarak herhangi bir teşebbüs faaliyet göstermemektedir. Magill'in talebi (haftalık program listesini içeren bilgi) BBC, RTE ve ITP tarafından reddedilir.

Divan, öncelikle dava konusu telif hakkına değinmiş ve konuyla ilgili ön tarihli bir davadaki hükme atıf yapmıştır.²³ Buna göre (...) *Topluluk uyumlaştırmasının olmadığı bir durumda, bir FM Hakkına koruma verilmesine ait koşullar ile prosedürlerin belirlenmesi ulusal hukuklarca ele alınması gereken bir konudur ve üzerinde telif hakkı bulunan bir eserin çoğaltma hakkı, telif hakkının cevherinin bir parçasını oluşturmaktadır.*²⁴

Ancak Divan, istisnai şartların varlığı halinde FM hakkına ilişkin lisans verilmesinin reddinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edileceğine işaret etmiştir.²⁵ Söz konusu olayda da, tekelleşme, ayıracılık ve yeni bir ürünün ortaya çıkışı gibi istisnai şartların mevcut olduğu konusunda Komisyon ile görüş birliğine varmıştır.²⁶ Buna karşın, dava kararına ilişkin yapılan eleştirilerde Divan'ın yukarıda bahsedilen istisnai şartlara ilişkin bir ispatta bulunmadığı belirtilmektedir.²⁷

Magill Kararına dayanarak, hakkın cevheri doktrininin standart bir uygulama sağlamaktan uzak olduğu söylenebilir. Nitekim, hakkın cevherine uygun bir kullanımın meşru sayılacağını ifade etmiş olan Divan, bir yandan çoğaltma hakkının telif hakkının cevherinde yer aldığını belirtmekte, diğer yandan belirtilen cevhere dayanarak çoğaltma hakkını paylaşmak istemeyen FM Hakkı sahibine paylaşma yükümlülüğü getirmektedir. Bu durumda "hakkın cevherine uygun davranış" akıllarda bir soru işaretidir.

Dahası; Divan, ulusal hukuklarca düzenlenmiş olan FM Haklarının varlığına veya uygunluğuna ilişkin bir değerlendirme yapamayacağını Roma Antlaşması'nın 295. maddesine dayanarak kabul etmesine rağmen Magill Davasında tam tersi bir tutum sergilemektedir. Nitekim, doktrinde de belirtildiği üzere verilen kararda dava konusu telif hakkının (korunma açısından) düşük değeri, denklemin bir parçasıdır.²⁸ Magill Davasına ilişkin olarak Başsavcı Jacobs'un aşağıdaki ifadesi²⁹ de, bu tutumu destekler niteliktedir: "*Program listeleri için telif hakkı korumasının sağlanması, yaratıcı çalışmanın ve gayretin ödüllendirilmesi ya da böyle bir gayret için teşvik oluşturulması açısından haklı çıkarılması zor bir durumdur.*" Söz konusu ifade, ulusal hukuklarca (İngiltere ve İrlanda) tanımlanmış ve ko-

(23) Case 238/87 Volvo v. Eric Veng (UK), (1988) ECR 6211

(24) C-241/91 P ve C-242/91 Radio Telefís Éireann v. Commission of the European Communities, - Independent Television Publications Limited v. Commission of the European Communities (1 .6. 1994)

(25) Case 238/87 Volvo v. Eric Veng (UK), (1988) ECR 6211

(26) 51-55 arası paragraflar.

(27) Tritton, G., (1996) Intellectual Property in Europe, London. Sf.643-647

(28) Forrester, I. (2003), Competition Law and Intellectual Property, Rekabet Bülteni, 7 ,20.

(29) Case- 7/97 Mediaprint v. Oscar Bronner ., (1998) ECR I-7791

runmaya değer bulunmuş telif hakkının varlığının ve uygunluğunun, Divan tarafından sorgulandığı konusunda yol gösterici niteliktedir.

SONUÇ

Divan, FM Haklarının potansiyelinde bulunan “rekabete aykırı olarak kötüye kullanılma ve böylece ortak pazar oluşumunu zedeleme” tehdidini bertaraf etmek için Hakkın varlığı- Kullanımı ayrımı ile Hakkın Cevheri Doktrini’ni ortaya koymuştur. Bu doktrinler ile Divan, hakkın kullanma biçiminin hakkın cevherine uygun olması halinde Birlik Hukukunun üstünlüğünün mutlak değil, göreceli bir nitelik kazandığını, ulusal hukukların belirlediği FM Hakkı ile Birlik Hukukunun (serbest dolaşım ve rekabete ilişkin) kurallarının çatışması durumunda her iki normun da eşit düzeyde kabul edilerek hiçbirine ilkesel bir üstünlük tanınmadığını belirtmektedir. Böylece, ulusal hukuklarca tanımlanmış hakların “varlığı” Birlik Hukukundan etkilenmeyecek (Roma Ant. md. 295) ancak bu hakların kullanımındaki denetim Birlik Hukuku kapsamında yer alacaktır.

Ancak, uygulamada Divan’ın bahsettiği yetki paylaşımı görülmemektedir. Nitekim Divan, “kendisi tarafından belirlenen hakkın cevheri çerçevesinde” ulusal hukuklarca tanımlanmış hakların “varlığını” yeniden değerlendirmekte, böylece, yetki paylaşımının varolduğunu ifade ettiği konuda yetki sınırını aşarak ulusal hukuk alanına müdahale etmektedir. Hakkın, Divan tarafından tanımlanan cevheri ile ulusal hukuklarca tanımlanan cevheri örtüşse dahi, sözkonusu cevhere uygun davranış tam bir muammadır. Divan bu yöntemle, ulusal hukuklarca varlığı tanımlanmış ve korunmaya değer bulunmuş hakların varlığını yeniden sorgulamakta ve böylece Birlik rekabet düzenini korumak amacıyla ulusal hukuk alanında varlığını hissettirmektedir. Bu durum bir yandan “Roma Antlaşması’nın, üye ülkelerin mülkiyet sistemini düzenleyen kuralları etkilemeyeceğini belirten” 295. hükmünü FM Hakları açısından işlevsiz bırakmakta, diğer yandan Ortak Pazar amacına hizmet eden rekabet kualları ile FM Haklarının çatışması halinde AB’nin, rekabet kurallarına üstünlük tanıdığını ortaya koymaktadır.



KUVVETLİ SUÇ ŞÜPHESİ GÖLGESİNDEKİ TUTUKLAMA

Av. A. Güçlü SEVİMLİ

Herhangi bir ceza yargılamasında sevk maddesi ne olursa olsun, tutuklu şüpheli/sanık her zaman bir an önce tahliye olmak istemektedir. Denilebilir ki tutuklu şüpheli/sanık açısından tutukluluğun son bulması, beraat kararına eş değerdir. Bu psikolojik hal, özellikle de ülkemiz yargı pratiğinde son derece insani, normal ve beklenendir. Tutuklama tedbiri, ceza muhakeme sistemimizdeki en sıkıntılı kurumların başında gelmektedir. Bunun temel nedeni uygulamada hakim ve mahkemelerin bu tedbiri çok rahat ve sıklıkla uygulamalarıdır. Uzun tutukluluk -geciken tahliye- ise mevcut sıkıntıyı katlayarak, açık bir mağduriyet haline getirmektedir. Bu yazıda, tutuklama tedbirinin özellikle kuvvetli suç şüphesi çerçevesindeki görünüşü ve uygulanmasına dair çeşitli hususlara değinilecektir.

Şüphenin derece veya nitelik olarak farklı görünüşleri, ceza muhakemesi hukuku açısından önemli sonuçlar doğurur. Şüphenin derecesi veya niteliği, çeşitli ceza muhakemesi kurumlarının kimi zaman uygulanış tezahürlerini, kimi zaman da doğrudan o kurumun varlık nedenini ortaya koyar. Bunun özellikle de pratik olaya uygulanışı, tabiri caiz ise hayati bir öneme haiz olur. Bu noktada konumuz bakımından kuvvetli şüphenin çerçevesinin tam ve tereddüte yer vermeyecek şekilde belli olması büyük önem arz eder. Zira değişken ve farklı anlamlarda kullanılan bir terim ya da kavramla, herhangi bir somut olguyu tanımlamak olanaklı olmayacağı gibi, bir şeyin bir başka şeyle olan ilişkisi de ortaya konulamaz.

Kuvvetli şüphe; çeşitli ceza muhakemesi kurumlarınca aranan basit şüphe ve yeterli şüpheden daha yoğun, şüpheyi neredeyse aşmış bir oluştan bahsetmek zorundadır.¹ Anlaşılacağı üzere kuvvetli şüphe, basit ve soyut bir şüphenin çok daha fazlasıdır. Bu açıdan konumuz itibarıyla ele alındığında; *tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklamanın talep edildiği*

(1) "Böyle bir şey yok ama muhtemelen olabilir" tümcesi belki de bu kavramı daha anlaşılabilir kılabılır.

*andaki delillere göre, kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusunda büyük bir ihtimal görülmelidir.*²

Kuvvetli şüphe açısından durum böyle iken, anılan bu şüphenin suç işlenmesinde söz konusu olması, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesine yol açacaktır. Mukayeseli hukukta ve ceza muhakemesi kanununda kuvvetli suç şüphesi, tutuklamanın şartları arasında sayılmıştır. Burada bir parantez açmak gerekecektir. Eski usul kanunu CMUK “kuvvetli belirti” den söz etmekteydi. Oysa yeni usul yasası CMK’nın 100. maddesinde “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması” halinden bahsedilmektedir. CMK md. 100’ün lafzından da anlaşılacağı üzere, kuvvetli suç şüphesi-kuvvetli belirti- uygulamada soyut bir mefhum olarak değil, somut olguların varlığı ışığı altında mevzu bahis olabilecektir. Kanun koyucu böylece, tutuklama gibi çok ağır bir tedbiri ucu açık ve soyut ifadelerin insafına bırakmak yolunu kapatmak istemiştir. Uygulamada bu yönüyle, tutuklama kararı verilebilmesi için mutlak surette kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular ilgili dosya itibariyle tek tek gösterilerek, tutuklama tedbirine başvurulmasının zorunlu olduğu kanıtlanacaktır. Başka bir ifade ile adeta tutuklama kararı, delillendirilmek zorundadır.

CMK 100. maddeye göre tutuklama kararı verilebilmesi için; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması ve bir tutuklama nedeni olması gerekir. Tutuklama kararı ancak bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilecektir.³ Ancak bu şartlar bulunsada her zaman tutuklamaya gidilecek değildir. Zira kanun, tutuklama açısından hakime taktir hakkı vermiştir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması şartıyla birlikte var olması gereken tutuklama nedenleri, 100. maddede belirtilmiştir. Buna göre; a) şüpheli/sanın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, b) şüpheli/sanın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe bulunuyorsa tutuklama nedeni var sayılacaktır. Tüm bunların yanında elbette tutuklamanın bir koruma tedbiri olmasından kaynaklı “ölçülülük ilkesi” dikkate alınacaktır. Yani, tutuklamanın; işin önemi ve verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olması.

Tutuklama tedbiri hakkındaki mevzuat CMK ile sınırlı değildir. Anayasanın 19. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. maddesi, BM İnsan Hakları Beyannamesi 9. maddesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 09.04.1965 tarihli 11 numaralı tavsiye kararı tutuklama tedbirine ilişkin en önemli metinlerdir. Zira bunlar, uygulamadaki yargı pratiği açısından temel normlar olup, tutuklama tedbiri hakkında açık hüküm-

(2) Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları 2. Bası, Syf. 208

(3) Bununla birlikte CMK md. 100/3’de sayılan katalog suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılmaktadır.

ler içermektedirler.⁴ Ancak bu hükümlere bakıldığında şu görülmektedir; düzenlemelerin çoğu tutuklama tedbirinin uygulanış şekline ve şartlarına dair değildir. İlgili hükümlerde daha çok hakim güvencesine ve hakim önüne çıkarılma hususuna atıf yapılmıştır. Bu anlamıyla tutuklamaya karar verilebilmesine ve suç şüphesine değinilen metinler Anayasa 19. madde ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararıdır.

Anayasa md. 19/2, hakimın tutuklama kararı verebilmesini adeta ceza usul normu gibi oldukça detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Madde metninde; “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı ile veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hakim kararı ile tutuklanabilir.” denmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1965 tarihli 11 sayılı tavsiye kararları da gene tutuklama kararının kıstaslarına ilişkin hükümler içermektedir. Anılan tavsiye kararlarında; tutuklamanın hiçbir zaman mecburi olamayacağı, tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak kabul edilmesi gerektiği, tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların ancak hakikaten zorunluluk varsa söz konusu olabileceği, tutuklama kararında tutuklamayı haklı gösteren sebeplerin mümkün olduğu kadar açık bir şekilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Görüleceği üzere, tutuklama gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir tedbire karar verilebilmesi en azından teori ve mevzuat gereği kolay olmayacaktır. Doğrusu da budur. Ancak ülkemiz yargı pratiğine bakıldığında bu durumun tam tersi bir uygulama ile karşılaşmaktayız. Gelineen noktada tutuklama, ihtiyari olmaktan çıkmış haldedir denebilir. Hakimler ve mahkemeler, tutuklama tedbirini sıklıkla uygular hale gelmişlerdir. Son yıllarda cezaevlerindeki mahpus sayısının artmasında, tutuklama tedbirine çok sık başvurulmasının önemli bir etkisi vardır. Yukarıda belirtildiği gibi tutuklamaya karar verilebilmesi için, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması ve somut olayda tutuklama nedenlerinin var olması gerekir. Bu iki şartın bir arada bulunması şarttır.

Uygulamada görülmektedir ki, hakimler ve mahkemeler kuvvetli suç şüphesi olduğunu düşündükleri hallerde, tutuklama nedenlerinin varlığını gözetmeksizin tutuklama kararı vermektedirler. Hal böyle iken, kuvvetli suç şüphesi bakımından CMK 100. maddenin arar şartı olan “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması” mefhumu da uygulamada hiçbir anlam ifade etmemektedir. Çünkü tutuklamaya karar veren hakim/mahkeme, suç şüphesinin varlığını gösteren olguları ortaya koymamaktadır. Eski alışkanlıkların bir devamı şeklinde, klişe cümlelerle tutuklama kararları verilmektedir.

(4) Anayasa 90/son. Maddeye göre, usulüne uygun yürürlüğe giren uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir.

Kanun koyucunun “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması” cümlesinden kastettiği şey, kuvvetli suç şüphesinin var olduğunun somut bir şekilde delillendirilmesi durumudur. “Varlığını gösteren olguların bulunması” tümcesi doğrudan buna tekabül etmektedir. Bir şeyin var olabilmesini -kuvvetli suç şüphesini- o’nu var edebilecek halle getiren olguların bulunmasına bağlamak, olguların somut ve elle tutulur halde olmasını zorunlu kılar. Öyle ise, tutuklama mahkemesinde kuvvetli suç şüphesinin varlığı mutlak surette maddi delillerle ortaya konacaktır. Bu yapılmadığı takdirde tutuklama kararı hukuka aykırı olacaktır.

Mevcut yargı pratiğinde tutuklama nedenlerinin olup olmadığının araştırılması o kadar geri plana atılmıştır ki, tutuklama mahkemesindeki müdafî dahi sadece atılı suçun işlenmediğini kanıtlamaya çalışmaktadır. Tutuklamanın bir tedbir olması ve ceza yargılamasındaki amacın maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ortada iken, uygulamada tutuklama nedenlerinin somut olayda araştırılmaması ve tutuklamanın sadece kuvvetli suç şüphesinin varlığına teşmil edilmesi kanaatimce tutuklamanın amacı ile açıkça çelişmektedir. Kaldı ki bu durum net bir şekilde yasaya da aykırıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, verilen tutuklama kararlarında somut olayda olmamasına karşın tutuklama nedenlerinin bulunduğu belirtilmektedir. Tutuklamaya karar veren hakim zihninde, önüne getirilen kişinin atılı suçu işlediğine dair bir kanı oluşmaktadır. Buradan yola çıkarak kuvvetli suç şüphesinin varlığına kanaat getirmektedir. Son noktada hakim, zihninde oluşan bu tasavvur ile CMK 100. maddedeki tutuklamanın şartlarını sadece lafzen bir araya getirerek tutuklama cihetine gitmektedir.

CMK 100. madde her yönüyle bu denli açık ve net iken, hakimlerin eskiden olduğu gibi halen aynı bilindik tabirlere dayanarak tutuklama kararlarını vermelerini anlayabilmek mümkün değildir. Şu çok açıktır ki, tutuklama tedbiri ihtiyaridir. İhtiyari olduğu için de hakim taktir hakkı bulunmaktadır. Bu ihtiyariliğe bağlı olarak hakim taktir hakkı, kişi özgürlüğü düşünülerek tesis edilmiştir. Başka bir deyişle teoride sanılmaktadır ki, hakim taktir hakkının olması sayesinde kişi özgürlüğü korunabilmektedir. Zira yasal tutuklama şartlarının varlığı altında dahi, hakim tutuklama kararı vermek zorunda değildir. O, önüne gelen olayın özelliklerini de dikkate alarak bir karar verecektir. Maalesef böyle olmaktadır. Hakime verilen taktir hakkı ekseriyetle kişi özgürlüğü aleyhine sonuçlanmaktadır. Pratikte ihtiyariliğin uygulama alanı bulamadığı rahatsızlıkla söylenebilir.

Hakimin taktir hakkı kanaatimce hakim güvencesi kavramı ile irtibatlıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu bazı işlemlere karar verilebilmesini, önemlerine binaen sadece hakime bağlamıştır. Tutuklama tedbiri de bu kapsamdaki hakim işlemlerindendir. Tutuklamaya ancak hakim karar verebilir. Böylece kanun koyucu tutuklama tedbiri açısından hakim güvencesini tesis etmiştir. Teorik olarak hakim güvencesi çeşitli ceza muha-

kemesi işlemleri açısından son derece önemli, yerinde ve olması gereken-
dir. Fakat uygulamada hakim güvencesi umulan yararın çok uzağında-
dır. Bir ceza muhakemesi işleminin hakim kararına bağlanması, pratikte
hakim güvencesini garanti etmemektedir. Önemli olan bu güvencenin is-
tenilen şekliyle hayata geçebilmesidir. Bugün mevcut ceza yargılaması iş-
leyişinde tutuklama kararlarında olduğu gibi pek çok hakim/mahkeme
kararı hukuka aykırıdır.

Burada parantez açmak gereken bir husus da CMK 109. maddedeki
Adi Kontrol hükümleridir. Adli Kontrol, tutuklamanın şartları hasıl olmuş
iken yasanın buna rağmen hakime sunmuş olduğu önemli bir imkandır.
Yasaya göre asıl olan ve uygulanması gereken, adli kontrol hükümleridir.
Buna karşın adli kontrol hükümleri ya çok nadir ya da hiç uygulanma-
maktadır. Hakimler; sevk maddesi ve ceza haddi itibarıyla CMK 109. mad-
denin şartları oluşmasına rağmen, adli kontrolü tartışma gereği dahi gör-
meden tutuklama kararları vermektedirler. Halbuki yasanın açık hükmü
gereği, tutuklama mahkemesine sevk esnasında adli kontrol hükümleri-
nin uygulanmasının yetersiz kalacağının belirtilmesi gerekmektedir.

Yukarıda tutuklama kararları ile ilgili olarak anlatılanlar soruşturma
aşamasına dair –ilk tutuklama kararı– olanlarıdır. Tutuklama tedbirinin
soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki görünüşü ve uygulanışı da
birbirinden kimi noktalarda ayrılan sıkıntıları barındırmaktadır. Bu yön-
nüyle kovuşturma aşamasındaki tutuk halin devamı kararları –söz konu-
su kararlar genelde tutuk halin devamı kararlarıdır. Kovuşturma aşama-
sında ilk tutuklama kararı çok nadirdir– çoğu zaman uzun tutukluluğa
dönüşmektedir. Hali hazırda 17-18 yıldır tutuklu yargılanan sanıkların
mevcudiyeti bilinmektedir. Tutuk halin devamı kararı, kişi özgürlüğünün
kısıtlanmasını her defasında uzattığı için kritik bir öneme haizdir. Bu an-
lamıyla tutuk halin devamına karar verirken, hakimnin/mahkemenin çok
daha ince eleyip sık dokuması gerekir. *“Devam kararı, tutuklama kararın-
dan daha kuvvetli gerekçelere dayanmalıdır. Tutuklama sebeplerinin ha-
len devam etmekte olduğu inandırıcı bir biçimde açıklanmalıdır.”*⁵

Kovuşturma aşamasında artık yargılama belli bir olgunluğa gelmiş
bulunur. Deliller büyük oranda toplanmış ve ikame edilmiştir. Bunun ya-
nında da asıl önemlisi tutuk hali artık belli bir süreye ulaşmıştır. Uzaya-
cak tutuk hali, sanık açısından çok ciddi mağduriyetlere de yol açabile-
cektir. Bu bakımdan artık gelinecek noktada, tutuk halinin devamına ka-
rar verilebilmesi için tutuklama kararından çok daha kuvvetli suç şüphe-
sinin varlığına ihtiyaç gerekmektedir. Keza sadece bu da yeterli olmayıp,
tutuklama nedenlerinin halen var olması gerekecektir. Yani örneğin ha-
len kaçma şüphesinin, delilleri karartma ihtimalinin somut bir şekilde
bulunuyor olması aranacaktır. Devam kararlarında tutuklama kararları

(5) Kunter/Yenişey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 16. Bası, Syf. 885

ile ortak olan nokta CMK 100. maddedeki tutuklama şartlarının soyut bir şekilde aynen yazılıp, tekrar edilmesidir.

CMUK döneminden kalan terimler ve cümleler halen tutuk halinin devamı kararlarına aynen yazılmaktadır. “*Atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu*” halen devam kararlarına gerekçe olarak gösterilmektedir. Bu gerekçe açık bir şekilde gerekçesizliğe işaret etmektedir. Tutuklama tedbiri ile ilgili yasa maddesinin cümlelerinin aynen devam kararlarına yazılmasını, Avrupa Mahkemesi İHAS md. 5’e aykırı bulmaktadır. Mahkemenin bu konu ile ilgili olarak pek çok kararı bulunmaktadır. Tutuk halinin devamı kararlarındaki en temel mantık – açıkça belirtilmese de– sanığın belli bir süre tutuk kalmasının gerektiği düşüncesidir. Elbette bu durum bir niyet okuma anlamına gelecektir. Fakat ifade ettiğim bu husus, devam kararlarının verildiği ilgili dosyalara bakıldığında açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Pek çok yargılama dosyasındaki kuvvetli suç şüphesinin ve tutuklama nedenlerinin mevcut hali, tutuk halinin devam ettiği süreç ile tahliye kararının verildiği andaki süreçle neredeyse tamamen aynıdır. Devam kararı verilirkenki durum ile –dosyadaki delillerin ve suç şüphesinin durumu– tahliye kararı verilirkenki durum arasında hiçbir değişiklik olmamıştır. Böylesi bir hal karşısında sadece iki ihtimal söz konusudur. Ya ilk tutuklama kararı ve onu takip eden devam kararları hukuka aykırıdır ya da son verilen tahliye kararı hukuka aykırıdır.

Sanığın belli bir süre tutuk kalması gerektiği inancı, çoğu zaman tahliye kararlarının gerekçelerinde kendini göstermektedir. Mahkemelerin kimi tahliye kararlarında “*yatmış olduğu süre göz önüne alınarak*” tümcesini görürüz. Bu gerekçe belki uzun tutukluluğun mevzu bahis olduğu dosyalarda yerinde kabul edilebilir. Oysa CMK 102. maddedeki ve Avrupa Mahkemesinin içtihatlarındaki tutuk sürelerinin aşılmadığı dosyalarda, *yatmış olduğu süre* gerekçesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Tüm bu uygulamaların altındaki belirleyici etmen, yargı pratiğimiz içerisinde hakimlerin insanları, olayları ve olguları tahlil ediş halidir. Ceza Muhakemesi Hukukunun *yaşayan bir organizma* oluşu belki de bir yönüyle; son kertede her türlü kararı, vicdan ve muhakemelerine göre hakimlerin vermesi anlamına da gelir. Bu anlamıyla *yargıç, sanık kadar kendi hakkında da hüküm verir* sözü tam da bu noktada yerli yerine oturmaktadır. “... ceza yargıcının, kanunun ihlal edilmiş olmasını müşahade ile iktifa ederek kanunu uygulayan bir makine değildir. Yargıç ceza adaletinin tahakkuku için, duygulu ve düşünceli bir vasıta sayılmalıdır. ... kanunu sadece tatbik eden, cezayı riyazi bölümlere irca etmeye uğraşan bir yargıç değil, aynı zamanda hisseden yargıca ihtiyaç vardır. İntibalara göre değil, en modern ilimlerin yardımı ile hüküm vermelidir.”⁶

Kuvvetli suç şüphesinin tutuklama tedbirinin en başat şartı olduğu savı kanaatimce isabetli değildir. Tutuklama tedbirinin yeter şartı, CMK

(6) Faruk EREM, Adalet Psikolojisi, Ank. Üniversitesi Huk. Fak. Yayınları, 4. Bası, Syf. 242

100. maddenin tutuklama nedenleri olarak ortaya koyduğu hususların varlığı olmalıdır. Tutuklama tedbirinin şartlarının belirlenmesi, kanımca bizzatı bu tedbirin uygulanma amacı- gayesi- ve niteliği ile doğrudan alakalıdır. Bu noktada tutuklama tedbirinin amaç ve niteliğinin belirlenmesi, konu açısından öneme sahip olacaktır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, *tutuklama onu haklı gösteren Muhakeme Hukuku gayesinin çeşidine göre ya tutucu ya da önleyici bir koruma tedbiri niteliği taşır. Sanığın ileride cezadan kaçmasını önlemek gayesi ile yapılmışsa önleyici koruma tedbiridir. Delillerin karartılmasını, sanığın muhakemeden kaçmasını veya öldürülmesini önlemek gibi muhakemenin en isabetli bir sonuca varacak şekilde yapılmasını sağlayan gayelerle yapılan tutuklama ise tutucu bir koruma tedbidir.* Gene aynı müelliflere göre, *eskiden tutuklamada cezalandırmak gayesi güdülmekte idi. Eski zihniyetin tesirinden kurtulamamış insanlar ve toplumlar; bugün de ceza verme gayesi ile sanığın tutuklanmasını istemektedirler.* Erem ise, çok daha farklı bir yaklaşım tarzı göstermiştir. Erem'e göre, *hükme kadar suçlu sayılmayan bir kişinin tutuklanması izah olunamaz.*

CMK 100. maddenin gerekçesinde de tutuklama tedbirinin gayesine yer verilmiştir. Buna göre gerekçede; *“genel maksat çerçevesi içerisinde olmak üzere, suçun ağırlığının, işlendiği koşulların ve zararın çok ağır olmasının kamu düzenini ısrarlı ve istisnai biçimde düzensizliğe uğratması karşısında, düzeni iade zorunluluğunu sağlamak amacı ile tutuklama kararı verilebileceği kabul edilmiştir.”* denmiştir. Madde gerekçesinde bir koruma tedbiri olan tutuklama yerine, sanki Ceza Kanununda tarif edilen bir suç tipi gerekçelendirilmektedir. Bir muhakeme hukuku kurumu olan tutuklamayı, kamu düzenini sağlamak ve düzeni iadenin bir yolu olarak görebilmek mümkün değildir. Kaldı ki, CMK 100. maddenin ruhundan ve lafzından da böylesi bir anlam çıkmamaktadır.

Görüşüm odur ki, tutuklama tedbirinin amacı ve niteliği gereği, kuvvetli suç şüphesinin bu tedbirin şartları arasında yer alması mümkün değildir. Bunun nedenleri iki önemli husustan kaynaklanmaktadır. Ceza yargılamasının amacının maddi gerçeğe ulaşmak olması ve tutuklama tedbirinin bir koruma tedbiri olması. Maddi gerçeğe varmak, bir yargılama kapsamında delillere ulaşmak ile olabilecektir. Delillere ulaşamadığı noktada maddi gerçek de ortaya çıkamayacak ve delil yetersizliği söz konusu olacaktır. Bu yönüyle tutuklama tedbiri ancak maddi gerçeğe ulaşma yolunda kullanılabilecek bir araçtır. Yargılama kapsamında; maddi gerçeğe ulaşabilmek için gerekli olan delillerin şüpheli/sanık tarafından ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya gizlenmesinin somut kanıtları var ise, tutuklama tedbirine ihtiyaç olduğu hukuken kabul edilebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması faaliyeti ile hiçbir ilgisi olmayan kuvvetli suç şüphesinin varlığını, tutuklama için bir neden saymak muhakeme hukuku ile bağdaşmamaktadır.

İkinci önemli husus ise, tutuklamanın bir koruma tedbiri olmasıdır. Koruma tedbirlerinin tanımı üzerinde tüm görüş ve müelliflerin ortaklaştığı bilinmekte olup, sadece isimlendirmede farklılaşmalar söz konusudur.⁷ Buna göre; “Ceza muhakemesinde yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi amacıyla bazı önlemlere başvurulması gerekebilir. Bu amaçlar arasında, sanığın veya şüpheli kişinin hazır bulunmasını veya delillerin karartılmamasını güvencelemek başta gelir. Bu amaçları gerçekleştirme ise ceza muhakemesinin sujelerine, özellikle bir suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye yada eşyaya karşı zor kullanılmasını zorunlu kılar. Her biri bir ya da daha çok temel hakka dokunan bu tedbirlere koruma tedbirleri denir.”⁸

Yukarıdaki tanımdan şu açıkça çıkmaktadır ki, bir koruma tedbiri olan tutuklama şüpheli/sanığın kaçması ve delilleri karartma ihtimalinde gündeme gelebilir. Tutuklama tedbirini var eden olgu, onun koruma tedbiri olmasıdır. Yargılama kapsamında korunan şey ise; gene yukarıdaki tanımdan rahatlıkla anlaşılmaktadır ki, *yargılamanın yapılabilmesi ve ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesidir*. Korunması gereken şeyin doğrudan işaret ettiği hal de sanığın kaçma veya delilleri karartma ihtimalidir. Kanaatimce tutuklama tedbirinin muhtevası ve işlevi; ancak bu tedbirin bir koruma tedbiri olması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması kıstasları ile açıklanabilir. Bu kıstaslar dikkate alındığında da kuvvetli suç şüphesini tutuklamanın şartları arasında kabul etmek mümkün olmayacaktır.

Düşünceme göre, kuvvetli suç şüphesinin tutuklamanın şartları arasına alınması tamamen farklı bir saik tesiri ile olmaktadır. O saik de kişiler ve toplumsal düzen bakımından düşünülmektedir. Tutuklanan kişi açısından bu saik, suç işlediği düşünülen – muhtemel görülen– kişiyi henüz kesin hüküm tesis edilmeden önce kısmen cezalandırmak, caydırarak olabilir. Toplum düzeni açısından da bu saik; kamu düzeni, suçların önlenmesi, toplumsal vicdanın rahatlatılması, mevcut düzenin korunması olabilir. Görüleceği üzere kuvvetli suç şüphesinin tutuklama tedbirinin önemli bir şartı haline getirilmesi, ceza muhakemesinin konusu dışında bir durumdan –amaçtan– bahsetmektedir. Böylesi bir saik ancak maddi ceza hukukunun veya ceza infaz hukukunun konusu veya ereği olabilir. Kaldı ki, kuvvetli suç şüphesinin tutuklamanın şartları arasında yer almasının Anayasa’nın 38. maddesindeki *masumiyet ilkesine de aykırılık* oluşturduğu kanaatindeyim. Kuvvetli suç şüphesi, ceza muhakemesi içerisindeki bir koruma tedbiri olan tutuklama tedbirinin varoluş muhtevası ve amacı ile tamamen ters düşmekte ve uyuşmamaktadır.



(7) Erem usul tedbirleri derken, Taner ihtiyati tedbir, Gölcüklü emniyet tedbiri, Yüce zorlayıcı tedbir demektedir.

(8) Centel/Zafer. Ceza Muhakemesi Hukuku. Beta Yayınları 2. Bası. Syf. 204

BORÇLAR KANUNU TASARISI ÇERÇEVESİNDE KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI ŞAHİP OLDUĞU SAVUNMA OLANAKLARI

Av. Başak AKBAŞ

A- KEFİLİN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SAVUNMA OLANAKLARI:

Kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borç ilişkisinden ve bunun yanında kefalet sözleşmesinden doğan savunma olanakları vardır. Kefil BK md. 497 gereği “*asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyan etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir*”. Bu husus Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da düzenlenmiştir¹. Geniş anlamda defi davalının savunmasında kullandığı hususları ifade etmekle birlikte bu tanımın içine her türlü itirazlarda dahildir². Dar anlamda defi, kendisine bir hak tanınan şahsa sunulan bir savunma vasıtası bir karşı haktır³. Defileri hakimın ressen göz önünde tutma olanağı yoktur, hak sahibi tarafından ileri sürülmesi gerekir. İtirazda hak hiç doğmamıştır (mesela akit batıldır) veya son bulmuştur (mesela borç ödenmiştir); yani ileri sürülen olay ile dava konusu hakkın yok olduğu bildirilir fakat defide hak vardır fakat davalı özel bir nedenle (mesela zamanaşımı nedeniyle) o hakkı yerine getirmekten kaçınabilir⁴.

(1) “Yargıtay 11. H.D. 2003/1925 E., 2003/8287 K. , 25.09.2003 tarihli kararında, ...borca kefil olduğu borcu ödemesi üzerine bankaca verildiğine göre yine BK.nun 496. maddesi uyarınca kefil ödediği nispette alacaklının haklarına halef olup ve BK.nun 497 nci maddesi uyarınca asıl borçluya ait defileri de kullanmak hakkını haizdir. Değinilen hukukî gerektirici nedenlerden dolayı ve icra hukukuna ilişkin işlemlerin maddi hukuk anlamında kesin hüküm sonuçlarını doğurmayacağı gözönünde bulundurularak, tarafların delilleri değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmektedir. Açıklanan gerekçelerle davanın vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcını isteği halinde temyiz edene iadesine, 25.09.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

(2) REİSOĞLU; s.168.

(3) BUZ, Vedat; **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005, s.90; OĞUZMAN, M.Kemal; **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1994, s.160; ZEVLİLİLER Aydın, ACARBEY Beşir, GÖKYAYLA Emre; **Zevkliler Medeni Hukuk**, Ankara, 1999, s.192

(4) KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 1996, s.304; OĞUZMAN, s.160

Kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu defiler borçlar kanunu md. 497'de düzenlenmiştir. Borçlar kanunu md. 497 gereği *“Borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir”*. Yargıtay'ın 19. H.D.'nin 2001/4278 E., 2002/468 K. 23.01.2002 tarihli kararı da bu ilkeyi destekleyici yöndedir⁵. Yeni tasarıda bu maddeye karşılık gelen 591. maddeye göre *“Kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan ve asıl borçlunun borç ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır”*.

Asıl borçlu kendisine ait olan bir defiden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kefil, asıl borçluya ait defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir.”

Tasarı dört fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkrada kefilin asıl borçluya ait olan defileri ileri sürmek hak ve sorumluluğu yer almaktadır. Yanılma ve ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz veya zamanaşımına uğramış bir borca bu durumu bilerek kefil olunmasında kefil artık bunları alacaklıya karşı ileri sürme hakkını kaybedecektir. Tasarının ikinci fıkrası borçlar kanunumuza yeni eklenmiş bir fıkradır. Bu fıkraya göre, asıl borçlu kendisine ait olan bir defiden vazgeçmiş olsa bile, yine de bu defiyi alacaklıya karşı ileri sürülebilecektir. Bu hüküm kefil açısından avantajlı bir hükümdür. Çünkü yürürlük kanunumuza göre, kefil esas borçlunun kendi savunmasından vazgeçtiği durumlarda, bu savunma olanağını alacaklıya karşı ileri süremezken, tasarı ile kefile, alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir def'i olanağı daha yaratılmıştır.

Üçüncü fıkrada yürürlükteki kanunumuzdan farklı olarak kefilin, asıl borçluya ait defilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, kural olarak rücu hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Fakat asıl borçlunun, kefilin bu defileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde

(5) “Kefilin sorumluluğu BK.nun 490.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kefil, borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden mesüldür (BK.490/1). Faiz verilmesi şart edilmiş ise kefil ancak işlemekte olan faiz ile beraber işlemiş faizden bir seneliğini vermekle mükelleftir (BK.490/3). Kuşkusuz kefilin sorumluluğu, kefalet limiti ve kendi temerrüdünün hukuki sonuçlarıyla sınırlıdır. Kefil, eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur (BK.496.md). Kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkını haiz ve bununla mükelleftir (BK.md.497/1). Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'lere vakıf olduğunu ispat edemediği surette kendisini borcunu edadan alıkoyacak bu def'ileri dermeyeran etmemesi halinde, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur (BK.497/3).(Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

kefil, bunları ileri sürmüş olsaydı borcun ödenmesinden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybedecektir. Tasarıya eklenen son fıkra da yeni bir fıkradır. Bu fıkroda ise kumar veya bahisten doğan bir borca kefalet halinde, kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürebileceği belirtilmektedir. Kumar veya bahisten doğan borçlar, alacaklıya karşı dava hakkı vermez⁶, kumar ve bahis borçları borçlu tarafından yerine getirilmezse alacaklı icra takibi yoluna da başvuramaz. Tasarıya getirilen bu yeni hüküm kefilin koruyucu niteliktedir. Böylelikle kefilin savunma olanakları genişletilerek açıklığa kavuşturulmuştur. Kefil asıl borçluya ait zamanaşımı defini BK md. 134/2 gereği alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir. BK md. 134/3 hükmüne göre ise zamanaşımı kefile karşı kesilince asıl borçluya karşı kesilmiş sayılmaz. Bu hüküm borçlar kanunumuzun tasarısında da korunmuştur. Aynı zamanda müteselsil borçluluk⁷ ve kefalet sözleşmesini birbirinden ayırt etmeye yarayan bir hükümdür.

Tasarının 582. maddesine göre “Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır. Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.”

Kanunumuzdaki mevcut duruma göre hata veya ehliyetsizlik sebebiyle sözleşmenin geçersizlik haline rağmen⁸, taahhüdü sırasında da bu durumu bilen kefilin kefalet sözleşmesinin geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Geçerli olarak doğmayan bir asıl sözleşmeye kefil olunması durumunda da kefalet sözleşmesi kurulmuş sayılmaz ancak kefalet benzeri garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir. Kefil asıl borcun ehliyetsizlik ya da hata sebebiyle geçersizliğinin belirli olmadığı süre ifadan kaçınılabilme hakkına sahiptir. Asıl borç doğuran sözleşmenin geçersizlik durumu asıl borçlunun kendi sahip olduğu defileri kullanarak ya geçerli sözleşmenin geçerlilik kazanması durumuyla ya da sözleşmenin geçersizliği ile sonuçlanabilecektir. Kefil de asıl sözleşmenin durumuna göre alacaklıya karşı ya ödeme yapmakla yükümlü olacak ya da sözleşmenin geçersizliği sebebiyle ödeme yapma hakkından kaçınabilecektir.

(6) EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, 1998, s.87; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s.24; REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000, s.34

(7) OĞUZMAN/ÖZ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000, s.809; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.285; REİSOĞLU, s.355; EREN, s.801. Müteselsil borç ilişkisinde borçlulardan herhangi birinin borcu diğerine göre feri nitelikte olmadığı için müteselsil borç kefalet sözleşmesinden doğan borçtan ayrılır. Müteselsil kefalette alacaklı müteselsil borçlulukta olduğu gibi dilerse asıl borçlu yerine doğrudan kefile başvurabilir. Müteselsil kefalette de müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler değil, kefaletle ilişkin özel hükümler uygulanır.

(8) BK. Md 23 uyarınca akıt yapılırken esaslı bir hataya دچار olan taraf, o akıt ile ilzam olunamaz.

Tasarıda esas borcun hata ya da ehliyetsizlik sebebiyle sakat olması halini sözleşmenin kurulması anında kefil biliyorsa açıkça kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylelikle kefalet sözleşmesinin yapıldığı mevcut yasadaki kaynaklanan garanti taahhüdü mü⁹ ya da kefalet sözleşmesi mi var olduğu tartışması tasarı ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Yine aynı madde de kanunumuzda ki yeni düzenleme ile tasarıda açıkça zamanaşımına uğramış olan borçlarda kefil sözleşmenin yapıldığı anda zamanaşımına uğramış bir borca zamanaşımını bilerek kefil oluyorsa kefalet hükümleri uygulanacaktır diye açıkça belirtilmiştir.

Kefilin yukarıdaki savunmalarının yanı sıra asıl borçluya ait yenilik doğuran hakları kefilin ileri sürebilme olanağı da vardır.

Yenilik doğuran haklar kullanıldıkları takdirde yeni bir hukuki durum ortaya çıkmasını sağlarlar ayrıca bu hakların da kullanılması durumunda bir hukuki ilişki değişebilir, yeni bir hukuki ilişki yaratılabilir veya sana erdirilebilir. Yenilik doğuran hakları kullanma yetkisi hak sahibine aittir. Asıl sözleşme gereğince borçlunun yenilik kullanma hakkı varken kefilin asıl borçlu dolayısıyla sahip olduğu yenilik doğuran hakkı kullanma yetkisi geçici bir defa ile korunmuştur¹⁰. BK md. 119'da takas hakkı bakımından açıkça düzenleniş olan bu olanak, asıl borçlunun diğer yenilik doğuran haklarının varlığı halinde de kıyasen uygulanacaktır.¹¹

Tasarının 582. maddesinin son fıkrası 818 sayılı BK'da yer verilmeden yeni bir hükümdür. *"Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez."*

Borçluya seçim hakkı tanınan seçimlik borçlara da kefil olunması mümkündür. Seçimlik borç, BK md. 71'e göre, birden çok edimi içine almakla birlikte, borçlunun bunlar arasından seçeceği bir tek edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu borç türüne denir¹². Seçimlik borçlarda kefil, asıl borçlu seçim hakkını kullanma kadar alacaklıya karşı geçici defa hakkını ileri sürme hakkına sahiptir. Borçlu seçim hakkını kullandığı takdirde kefilde borçlunun sahip olduğu savunma haklarını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

B- KEFİLİN KEFALET AKDİNDEN DOĞAN SAVUNMA OLANAKLARI:

1-KEFİLİN KEFALET AKDİNDEN DOĞAN DEFİLERİ:

Kefilin kefalet akinden doğan sahip olduğu defa olanakları mevcuttur. Bunları ileri sürme hakkı kefile aittir. Sahip olduğu bu defa hakkı

(9) YAVUZ, s.803; TANDOĞAN, s.804

(10) GRASSINGER, Gülçin Elçin; *Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul, 1996, s.36

(11) GRASSINGER, s.36

(12) EREN, s.109, OĞUZMAN/ÖZ, s.7, TUNÇOMAĞ, Kenan; *Türk Borçlar Hukuku 1, Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul, 1976 s.74

kendi şahsına ait defileri olabileceği gibi alacaklı ile arasında yapmış olduğu kefalet sözleşmesi hükümlerinden de kaynaklanabilir. Kefilin kefalet akdinden doğan defilerine kefilin şahsi defileri de denmektedir¹³. Şahsi defiler sadece kefile ait olan defilerdir. Bu defilerin ileri sürülmemesi asıl borç ilişkisinin durumunu değiştirmez.

Kefil alacaklıya karşı kefaletin geçerli olarak var olmadığı defini ileri sürebilir. Asıl borcun geçerliliği sürmesine karşın kefalet akdi sona ermişse kefil bu defiyi alacaklıya karşı ileri sürebilir. Örneğin md. 493'e göre belirli süreli kefaletlerde, süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde hakkını takip etmezse kefil kefalet yükünden kurtulur. Böyle bir durumda karşılaşan kefilin alacaklıya karşı bu defiyi ileri sürme hakkı mevcuttur. Bunun yanında alacaklının kefilini ibra etmesi, kefalet borcunun tecdidi de kefalet borcunu sona erdiren hallerdendir.

Tasarıda belirli süreli kefaletler md. 600'de düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre “*Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.*” Bu maddede diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sürenin geçmesi ile kefalet sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmiştir. Süreli sözleşmenin sona ermesi sonucu alacaklının da menfaatine aykırı bir durum oluşmamaktadır. Tasarıda ki yeni düzenleme ile kefil ve alacaklı arasındaki zıt iki menfaat kefil yararına düzenlenmiştir.

Taraflar aralarında kefalet akdinin asıl borçtan daha sonra muaccel hale gelebileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda kefil alacaklıya karşı esas borç muaccel olsa bile kendi borcunun muaccel olmadığını ileri sürebilecektir. BK md. 491'e göre borçlunun iflas etmesi halinde asıl borç vadesinden önce muaccel hale gelse bile kefil asıl borcun ifası için zorlanamayacaktır. Bu hüküm tasarı metninde de aynı şekilde korunmuştur. Yargıtay vermiş olduğu kararında¹⁴ “*Davalı kredi sözleşmesinde kefiledir. Kefil kredi sözleşmesindeki limitle ve kendi temerrüdünün sonuçlarından sorumludur. Kefile de ayrıca ihbar yazılarak temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. Mahkemece bu konuda araştırma yapılmadan hüküm verilmesini*” bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.

Muacceliyete ilişkin olarak Borçlar Kanunu tasarısı md. 590 son hükmü 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Bu fıkra yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun, borcunu ödemesi döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği olanaksız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa yerleşim yeri Türkiye'de olan kefilin takibe bu sebeple itiraz edebileceği kabul edilmiştir. Tasarı metni kefilin koruyucu niteliktedir. Getirilen yenilikle, borçlunun yurtdışında olması sebebiyle ödeme olanaksızlığına düşmesi halinde kefilde bu savunma olanağını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

(13) YAVUZ, s.790; REİSOĞLU, s.180; TANDOĞAN, s.740

(14) Yargıtay 11.H.D. 5.12.1988 T., 1988/2597 E., 1988/7405 K.

a- Adi Kefalet:

Taraflar, borçlunun borcu ödememesi ya da borçludan borcun elde edilmesinin olanaksız olması halinde alacaklının kefile başvurabileceğini kararlaştırmışlarsa ortada bir adi kefalet vardır¹⁵.

Adi kefalet borçlar kanunu tasarısının 585. maddesinde ele alınmıştır. Bu hüküm şu şekildedir: “*Adi kefalette alacaklı, ancak aşağıdaki hallerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir.*”

Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması

Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi

Borçlunun iflas etmesi veya iflasın ertelenmesine karar verilmesi

Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlu iflas etmişse, iflasın ertelenmesine veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse bu hüküm uygulanmaz. Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa borçlu aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda, alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.”

Adi kefalet tasarıda ve yürürlük kanunumuzda esas olan kefalet türüdür. Kefaletin başka bir çeşit kefalet olduğu açıkça anlaşılmadıkça kefaletin adi kefalet olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Uygulamada yazılı belgenin altının, asıl borçlunun borcu ödememesi durumunda kendisinin borcu vereceğinin açıklanıp imza edilmesi Yargıtay kararınca¹⁷ da kabul edildiği üzere adi kefalet olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Eğer ortada ticari bir borç varsa bu durumda müteselsil kefalet şeklinin olduğu kabul edilir. Adi kefalet durumunda kefil ikinci derecede sorumluluğu olan kişidir¹⁹. Tasarımıza göre adi kefilde kefilin alacaklıya karşı tartışma (peşin dava) defi ya da rehnin paraya çevrilmesi definin ile ri sürme olanağı vardır.

(15) ZEVKLİLER Aydın, AYDOĞDU Murat, PETEK Hasan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1998, 6. Baskı, s.408

(16) REİSOĞLU, s.113

(17) Yargıtay 4.HD.25.10.1966 tarihli, 9013 E., 9328 K. sayılı kararı

(18) KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Türk Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2004, Cilt:5, s.1224

(19) REİSOĞLU, s.113; YAVUZ, s.779

(1)- Tartışma Defi:

Tartışma defini kefil adı kefalet durumunda ileri sürebilecektir. Buna göre alacaklı borçluya karşı takip yapmadan kefile başvurduğu takdirde kefil, alacaklıya karşı öncelikle borçlunun takip edilmesi gerektiğini ileri sürebilecektir. Tartışma defi sayesinde kefil bir bakımına koruma altına alınmıştır ayrıca ilk olarak borcun ifasının borçlunun durumunun elverdiği ölçüde borçludan tahsilini sağlamaktır.

Tasarının 585. maddesinin birinci fıkrası 818 sayılı borçlar kanunun 486. maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içeriğe sahiptir. Tartışma definin ileri sürülemeyeceği haller yani alacaklının doğrudan kefile gidebileceği haller 4 bend halinde sayılmıştır.

i- Borçlar Kanunu Tasarısının 585. Maddesi Gereğince Alacaklının Doğrudan Adi Kefile Başvurabileceği Haller:**• Borçlu Aleyhine Yapılan Takibin Sonucunda Kesin Aciz Belgesi Alınmış Olması:**

Mevcut kanunumuza²⁰ paralel olarak madde yeniden düzenlenmiştir. Bu hükme göre alacaklı borçlu aleyhine takip başlatmış olmalıdır. Takibin neticesinde borçlunun herhangi bir malı bulunamazsa ve aciz vesikasının verilmesine ilişkin diğer koşullarda yerine getirildiği takdirde kesin aciz vesikası²¹ verilir. Kesin aciz vesikasının almış olan alacaklı artık doğrudan kefile başvurabilme hakkına sahip olur. Bu fıkranın tasarının üçüncü fıkrasında belirtilmiş olan borçlunun iflas etmesinden farkı, burada haciz talebinin alacaklıdan gelmesidir²². Alacaklının, tüm araştırmaları sonucu icra takibini yapan merciden borçlunun artık borcu ödeyecek durumu olmadığını gösterir kesin aciz vesikası belgesini alması gerekir ki kefile doğrudan gidebilme yolu açılmış olsun.

Alacaklının kesin aciz vesikası alabilmesi için borçluyu takip belli süre içerisinde takip etmesi gerekmektedir. Belirli süreli kefaletlerde alacaklı borcun muaccel olmasından itibaren bir ay içerisinde takibe girişmelidir. Belli süreli olmayan kefaletlerde ise kefilin alacaklıyı uyarması ile alacaklının asıl borçluyu takip yükümlülüğü başlar²³. Tasarı ile getirilen yenilikte takibe başlamış olan alacaklının bu takibi özenle devam ettirip,

(20) 818 sayılı borçlar kanunumuzda bu fıkra "Borçlu hakkında takibin semeresiz kalması" şeklindeydi.

(21) KURU/ARSLAN/YILMAZ, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara 2004, s.390; YILDIRIM, Kamil; **İcra Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 2002, s.152

(22) REİSOĞLU, s.116

(23) Süreli olmayan kefaletle ilişkin madde borçlar kanunu tasarısında 601. maddesinde süreli kefalet ise 600. maddede yer almıştır. Tasarı madde 600: "Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur". Madde 601: "Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir." Tasarıda borçlar kanunumuzdan farklı olarak süreli olmayan kefaletin kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir.

kesin aciz belgesi alarak sonuçlandırması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükümle alacaklının takibi yarıda bırakması durumunda kefile doğrudan başvuramayacağı açıkça belirtilmiştir.

• **Borçlu Aleyhine Türkiye’de Takibatın Olanaksız Hale Gelmesi Veya Önemli Ölçüde Güçleşmiş Olması:**

Alacaklı esas borçlunun artık Türkiye’de takibinin olanaksız kalması ya da önemli ölçüde güçleşmiş olması durumunda doğrudan kefile gidebilir. Burada esas olan borçlunun ikametgahının kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra yurtdışına nakletmesi ve ayrıca Türkiye’de de artık herhangi bir menkul ya da gayrimenkul malının kalmamış olması halidir. Kefalet sözleşmesi yapılmadan öncede kefil ve alacaklı borçlunun ikametgahının yurtdışında olduğunu biliyorsa bu durumda kefil önce borçlunun takip edilmesini alacaklıdan isteyebilecektir.

Tasarı hükmünde yürürlük kanunumuzdan farklı olarak takibin önemli ölçüde güçleşmesi durumu getirilmiştir. Tasarıda ki bu düzenleme ile takibe girişmiş olan alacaklının lehine bir düzenlemedir.

• **Borçlunun İflas Etmesi Veya İflasın Ertelenmesine Karar Verilmesi Durumunda Da Alacaklının Doğrudan Kefile Gidebilmesi:**

Asıl borçlunun iflas etmesi veya iflasın ertelenmesine karar verilmesi durumunda alacaklı borçluyu takip etmeden kefile karşı tasarı hükmü uyarınca takip yapabilecektir. Kefile karşı takibe girilmesi için iflasın ertelenmesine kararının verilmesi yeterlidir. Tasarının 594. maddesine göre alacaklı borçlunun iflas ettiğini öğrenir öğrenmez kefile haber vermeye ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Bu durumda alacaklı kefile karşı takip yapabilmesi için alacağını iflas masasına kaydettirmeye mecburdur. Borçlunun iflas etmesi veya iflasın ertelenmesi karar verilmesi halinde, alacaklının kefil doğrudan takip etmesi için ayrıca alacağın kefile karşı muaccel olması gereklidir²⁴. Bu durum tasarının 590. maddesinde ele alınmıştır²⁵.

Tasarıda getirilen yenilik iflasın ertelenmesi kararı verildiği zaman alacaklının doğrudan kefile gidebilme hakkıdır. İflasın ertelenmesine kararının tasarıya konulması alacaklı lehine bir düzenleme olmuştur. Bu düzenleme ile kefalet sözleşmesinin işlevselliğinin artırıldığı söylenebilir. Çünkü bu durumda alacağına bir an önce kavuşmak isteyen alacaklının iflasın ertelenmesi kararının sonucunu beklemeksizin kefile başvurarak alacağına kavuşma yolu açılmıştır. Fakat erteleme kararının sonucunda

(24) REİSOĞLU, s.116, TANDOĞAN, s.763

(25) Tasarı madde 590’ın ilgili hükmü şu şekildedir: “Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.”

borçlunun durumunda iyileşme²⁶ görüldüğü takdirde kefilin borçluya rücu etme hakkı saklı olduğu kabul edilmelidir.

• **Borçluya Konkordato Mehli Verilmiş Olması Durumu:**

Borçluya konkordato mehlinin verilmesi halinde alacaklı kefile doğrudan başvurma hakkına sahip olur. Borçluya konkordato mehlinin verilmesi alacağına kavuşmak isteyen alacaklı lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Konkordato mühletinin amacı, belirlenen süre içinde veya alacaklılardan birisinin teklif ettiği konkordatonun alacaklılar tarafından incelenmesi ve mahkemece tasdiki için bir olanak verilmesidir²⁷. Konkordato mühleti içinde borçlu, konkordato komiserinin denetimi altında işlerine devam edebilir. İİK md. 287/2 ve md. 290 hükmü gereği borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmesi konkordato komiserinin denetimi altındadır.

Bu hüküm borçlar kanunumuza yeni eklenen bir hükümdür. Diğer üç bende ek olarak alacaklının doğrudan kefile müracaat etmesini sağlayacak bir bend daha konulmuştur.

(2)- Rehnin Paraya Çevrilmesi Defi:

Adi kefalette kefil asıl sözleşmeden doğan alacak hakkı rehin ile teminat altına alınmış ise öncelikle bu rehin hakkının paraya çevrilmesini alacaklıdan isteyebilecektir.

Borçlar kanunu tasarısı md.585'in ikinci bendi uyarınca *“Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz”*. Tasarı hükmüne göre alacak, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce ya da kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada rehinle teminat altına alınmışsa, alacaklı doğrudan rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir. Adi kefalette tasarıda yapılan değişikliklerden biri de borçlu iflas etmişse, veya kendisine konkordato mühleti verilmişse, alacaklının rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurabileceği hükmüdür. Alacaklı bu hallerde önce kefile başvurabilecektir. Getirilen bu yenilikle de alacaklının doğrudan kefile başvurma halleri de genişletilmiştir.

Tasarının 585. maddesinin son bendi de yeni getirilmiş bir hükümdür. Sadece açığın kapatılmasına kefil olunmuşsa yine borçlu aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın olanaksız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında doğrudan kefile müracaat mümkün hale gelmiştir. Bu düzenleme

(26) KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.558. İflasın ertelenmesi kararının reddi ya da erteleme süresi sonunda iyileşmenin mümkün olmadığına tespiti üzerine mahkeme şirketin iflâsına karar verir.

(27) KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.705;ÜSTÜNDAĞ, Saim; **İflas Hukuku**, İstanbul, 2002, s.202

ile açığa kefalet²⁸ halinin yasa uyarınca adi kefaletle dönüştürüldüğünü görmekteyiz. Böylelikle açığa kefil olan tartışma defini ileri sürme hakkına sahip olmaktadır.

Ayrıca tasarruğun 590. maddesinde adi kefaleti de ilgilendiren yeni bir düzenleme yapılmıştır. Tasarruğun bu hükmüne göre borçlu ile alacaklının belirlediği vadeden önce kefile karşı takip yapılamaz. Tasarıdaki yenilik bütün kefalet türlerinde kefilin aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilmesidir. Aynı maddenin devamına göre asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa kefalet borcu için bu süre, bildirimin kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır. Maddenin son fıkrası da tasarı ile getirilmiş yeni bir hükümdür. Bu fıkra, yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği olanaksız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefilin, takibe bu sebeple itiraz edebileceği kabul edilmiştir.

b- Müteselsil Kefalet:

BK. tasarruğunun müteselsil kefalet başlıklı 586. maddesi şu şekildedir: *“Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takibi edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir.*

Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.”

Müteselsil kefalette, alacaklı asıl borçluya başvurmadan doğrudan doğruya kefile başvurabilir²⁹. BK md. 497 gereği adi kefalette olan ve kefalet akdinin talilik niteliğinden kaynaklanan kefilin artık tartışma ve rehlin paraya çevrilmesi defini ileri sürme olanağı bu çeşit kefalette yoktur ve bu durum Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir³⁰.

(28) YAVUZ, s.785; TANDOĞAN, s.769. Açığa kefalet tasarıda ele alınmadan önce yürürlük kanunumuzda ele alınmamıştır. Fakat açığa kefaletin de yapılmasını engelleyici 818 sayılı borçlar kanunumuzda herhangi bir hükümde bulunmamaktadır.

(29) ZEVKLİLER, s.409; TANDOĞAN, s.770; REİSOĞLU, s.121; YAVUZ, s.781

(30) Yargıtay 13.H.D. 2002/12864 E, 2003/1048 K., 04.02.2003 tarihli kararı, ZEVKLİLER, s.409; TANDOĞAN, s.770; REİSOĞLU, s.121; YAVUZ, s.781

Yürürlük kanunumuzun müteselsil kefaleti düzenleyen 487. maddesinde yer alan ve karışıklığa yol açan “müşterek müteselsil borçlu” ifadesi tasarıdaki düzenlemede kaldırılmıştır.

Müteselsil kefalette kefil kefalet akdinden doğan genel defileri ileri sürme hakkına haizdir. Örneğin kefil kefalet akdinin muaccel olmadığını, kefalet akdinin zamanaşımına uğradığını ileri sürebilecektir. Müteselsil kefil hukukça var olmayan bir sözleşmeden kaynaklanan müteselsil kefalet halinde de, asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu her zaman ileri sürebilecektir. Yargıtay kararlarında da bu görüş açıkça belirtilmiştir³¹. Ayrıca kefil alacaklının asıl borçlunun iflas etmesi durumunda alacağını iflas masasına kaydettirmemesi ve bu durumdan kefil haberdar etmeme si sebebi ile alacaklıya karşı defi hakkına sahiptir. BK md.502 gereği *“Borçlu, iflas eder ise alacaklı alacağını iflas masasına kayıt ettirmeğe mecburdur. Alacaklı, borçlunun iflasına muttali olur olmaz ondan kefil haberdar etmekle mükelleftir. Böyle yapmadığı takdirde bu tekasülünden dolayı kefile terettüp eden zarar nisbetinde kefile karşı sahip olduğu haklarını gaip eder.”* Borçlar Kanunu tasarısı, yürürlük kanunumuzun 502. maddesine karşılık gelen 594. maddesi yeniden ele alınmıştır. Tasarının 594. maddesi 3 fıkradan oluşmaktadır. Maddede alacaklının borçlunun borcu ödemekte gecikmesini bildirmesi ile iflas ve konkordato durumlarında alacağını kaydettirme zorunluluğu düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, asıl borçlu anaparanın veya ayırım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmek zorundadır. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasına göre asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Bu halde alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir. Son fıkrada ise alacaklının, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmemesi halinde, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybedeceği düzenlenmiştir.

Müteselsil kefalet durumunda tasarıda yeni bir koşul ele alınmıştır. Yürürlük kanunumuza göre alacaklı esas borçlu ile hiçbir şekilde muhatap olmaksızın müteselsil kefile gidebilir ve keza rehnin türüne hiç bakılmadan alacaklının önce müteselsil kefile gitmesi mümkündür³². Tasarının 586 maddesine göre ise alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden önce de doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurabilecek ancak, bunun için, borçlunun açıkça ödeme güçsüz-

(31) Yargıtay 4. H.D. 28.11.1968 T., 4053 E., 9218 K.

(32) *Legal Hukuk Dergisi; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kıra Sözleşmesi ve Kefalet*, Ekim 2005, s.3693

lûğü içinde olması veya ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması aranacaktır. Tasarı metni kefalet hükümleri ile yorumlandığı zaman esas borçlunun iflası sebebiyle borcun vadesinden önce muaccel olması kararlaştırılan vadeden önce kefile başvurulmasına olanak vermediğine göre borç muaccel olmadan kefile başvurulmasına olanak vermediği sonucuna ulaşılabilir³³. Müteselsil kefile başvurulma koşulu olarak asıl borçlunun ödeme güçlüğü içine düşmesi kabul edilemez. Asıl borçlunun ödeme güçlüğüne düşmesinin yanında borcun ifasında gecikme olması durumu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Müteselsil kefalette müteselsil kefilin kendisine esas borçluya müracaat edilmeden başvurulabilir³⁴. Müteselsil kefilin asıl borçludan daha fazla sorumluluk altına giremeyeceğine ilişkin ilke müteselsil kefalet için de geçerlidir ancak adi kefilin sorumluluğu açısından esas olan talilik ilkesi müteselsil kefil açısından büyük ölçüde ortadan kalkmıştır³⁵. Çünkü müteselsil kefilin adi kefilin sahip olduğu gibi önce asıl borçluya karşı talepte bulunma definî ileri sürme hakkına sahip değildir³⁶. Müteselsil kefalet Borçlar kanunu tasarısında ikincil bir sorumluluk olarak ele alınmaktadır. Şöyle ki müteselsil kefilin alacaklı tarafından takip edilebilmesi için esas borçlunun ödemede gecikmesi ve kendisine yapılan ihtarın sonuçsuz kalması gerekir³⁷. Çünkü tasarı hükmünde var olan ihtar koşulu müteselsil kefilin sorumluluğunu ikincil sorumluluk haline getirmektedir.

Borçlar kanunu tasarısı md.586/f.2'de “Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir” hükmü yer almaktadır. Buna göre belirtilen durumlar dışında alacaklı teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulamaz³⁸.

Kefaletin şekline ilişkin tasarının 583. maddesinde “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır” hükmü yer almaktadır. Tasarı müteselsil kefil olmak isteyen kefilin beyanını kefilin el yazı-

(33) ÖZEN, s.478

(34) ZEVKLİLER, s.410; TANDOĞAN, s.771; REİSOĞLU, s.121; YAVUZ, s.781

(35) ÖZEN, s.479

(36) EREN, s.457

(37) ÖZEN, s.479

(38) ÖZEN, s.480

sı ile yapması koşulunu aramaktadır. Tasarı ile getirilen bu yenilik ispat şekli olmayıp geçerlilik şeklidir³⁹. Kefil, el yazısıyla yapacağı bu beyanda müteselsil tabirini kullanarak veya bu anlama gelebilecek başka bir ifade biçimiyle, üstlendiği yükümlülüğün türünü ortaya koyacaktır⁴⁰. Müteselsil kefaletin özelliklerinden olan peşin dava definin kullanılmaması belirtecek ibareler müteselsil kefil olma iradesini ortaya koymaktadır. Kefalet sözleşmesi yapılırken, kefilin müteselsil kefil olarak sorumlu olacağı kararlaştırılabileceği gibi, bu anlaşmanın sonradan da yapılması, başlangıçta adi kefalet olarak nitelendirilmesi gereken kefaletin, sonradan müteselsil kefalete dönüştürülmesi mümkündür fakat sonradan yapılan bu değişikliğin tasarının 583. maddesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir⁴¹.

İcra kefaletleri, üçüncü şahısların kefil sıfatıyla, icra dairesi önünde, borçlunun, borcunu ödemesini kısmen ya da tamamen üstlenmelerini öngören kefaletlerdir⁴². İcra kefaletlerinin borçlar hukuku ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle Borçlar Hukukunun ilgili hükümleri icra kefaletlerinde de uygulanacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararında⁴³ icra kefaletlerinin müteselsil kefalet hükmünde olduğu ve icra kefaletlerinin şekli hakkında İİK'nda özel bir hüküm bulunmadığı takdirde BK'nun 483. vd maddeleri göz önünde tutulduğunda, yazılı şekil olması ve kefalet taahhüdünün altında kefilin imzasının bulunması yeterli olduğu kanaatine varmıştır⁴⁴. İİK md.38/c.2 gereği icra kefaletleri müteselsil kefalet özelliği taşımaktadır. Mevcut kanun hükmünden dolayı icra dairesi huzurunda kefil olan kimse, müteselsil kefil olma iradesini açıklamamış olsa bile, vermiş olduğu kefalet kanun hükmü gereği müteselsil kefalet olarak nitelendirilir⁴⁵. Bu konuya ilişkin olarak da Yargıtay 19. H.D. 1997/5792 E., 1997/10677 K., 15.12.1997 tarihli kararı da mevcuttur.

(1)- Borçlar Kanunu Tasarısının 586. Maddesi Gereğince Müteselsil Kefile Başvurulabilmesi İçin Gerekli Koşullar:

BK. tasarısının müteselsil kefalet başlıklı 586. maddesi uyarınca alacaklının kefile başvurulabilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar:

(39) Kefalet sözleşmesinin yapılabilmesi için şekil şartına uyulması gerekmektedir. Geçerli şekil şartına uyumdan yapılan sözleşme kesin hükümsüz olarak kabul edilir.

(40) ÖZEN, s.485

(41) ÖZEN, s.486

(42) UYAR, Talih; **İcra Hukukunda İlamlı Takipler**, Manisa 1983, s.17

(43) Yargıtay, 19. H.D. 15.12.1997 T., 5792 E., 10677 K.

(44) KARAHASAN, s.1226

(45) TANRIVER, Süha; **Makalelerim (1985-2005)**, 1. Bası, Ankara, 2005, s.273

i- Borçlunun İfada Gecikmesi Ve İhtarın Sonuçsuz Kalması:

Borçlar kanunu tasarısında müteselsil kefaletle getirilen en esaslı değişikliklerden birisi ihtar koşuludur. Tasarının md. 586 hükmüne göre müteselsil kefile başvurulabilmesi için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması durumu temerrüt hükümlerinden farklı olarak yorumlanmalıdır. Çünkü borçlunun ifada gecikmesi, temerrüde düşmesi anlamını taşımadığı gibi, yapılacak ihtarın da temerrüt ihtarı olarak anlaşılmaması yerinde olmaz⁴⁶. Borçlunun borcunu ödemede gecikmiş olması koşulu aranır. Borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş ve ayrıca ihtar ya da ihtarın yerini tutan bir durumun olması gerekir⁴⁷.

Müteselsil kefile yapılacak olan ihtarın sonuç doğurması için esas borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir. Muacceliyet bildiriminde belirlenen zaman gelip, borçlu ifada bulunmadığı için –ihtar gerekmezsizin-temerrüde düşmüş sayılsa bile, müteselsil kefile başvurabilmesi için borçlunun ihtar edilmesi zorunluluğu devam eder⁴⁸.

ii- Ödemede Geciken Borçlunun Açıkça Ödeme Güçsüzlüğü İçinde Bulunması:

Müteselsil kefile başvurmak için tasarının 586. maddesinde ele alınan diğer bir koşul ise borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olmasıdır. Alacaklı, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması halinde kefile başvurabilecektir. Borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğu durumlara örnek olarak borçlunun iflas etmesi, borçluya konkordato mehli verilmesi, borçlu hakkında aciz belgesi verilmiş olması durumu gösterilebilir.

Her ne kadar tasarının müteselsil kefalet ilişkin hükmünde açıkça belirtilmese de borçlunun Türkiye’de takibinin olanaksız olması haline gelmesi ya da çok güçleşmesi durumunda doktrindeki görüşlere⁴⁹ göre ve kanaatimce de müteselsil kefile başvurabilme olanağı bulunmalıdır. Çünkü müteselsil kefaletin adi kefaletten bir farkı asıl borçluyu takip etmeden kefile başvurmayı sağlamasıdır. Eğer borçlunun Türkiye’de takibi artık olanaksız hale gelmişse ve ayrıca bu durumda müteselsil kefile başvurulamayacağı düşünülürse bu çeşit kefalette kefiller açısından kanunda boşluk yaratılmış olacaktır.

(46) ÖZEN, s.486

(47) KILIÇOĞLU, M. Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2002, s.457.

(48) ÖZEN, s.487

(49) Bkz. ÖZEN s.489

2- Alacağın Teslime Bağlı Taşınır Rehni Veya Alacak Rehni İle Güvenceye Alınması Halinde Durum:

Borçlar kanunu tasarısı madde 586/f.2 gereği alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak belli koşullar altında kefile başvurulabilmesi mümkündür. Bu koşullar:

- Alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağından önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya
- Borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi halleridir.

Alacağı güvence altına almak için taşınmaz rehni var ise bu durumda müteselsil kefile doğrudan başvurma olanağı mevcuttur. Bu durumda önemli olan asıl borçlunun ihtar edilmiş olması veya ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması halidir.

Alacağı güvence altına almak için taşınır veya alacak rehni varsa müteselsil kefilin rehnin paraya çevrilmesi definde yararlanma olanağı mevcuttur⁵⁰.

Tasarı hükmüne göre hakim güvence altına alınan alacağın taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınamayacağı tespit ettiği durumlarda alacaklı kefile doğrudan başvurabilecektir. Hakim tarafından bu durumun tespit edilmesi halinde artık kefilin herhangi bir savunma olanağı kalamayacak, alacaklı kefile başvurabilir hale gelecektir.

Rehinler konusunda tasarıda ayırım yapıldığı görülmektedir. Taşınmaz rehninde alacaklı, önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidilmeksizin müteselsil kefile gidebilir⁵¹.

Yine doğrudan kefile başvurmayla olanak sağlayan diğer bir hal ise esas borçlunun iflas etmiş olması halidir. Borçlunun iflas etmiş olması halinde adi kefalette kefil doğrudan takip edilebilir. Adi kefilin doğrudan takip edilebildiği yerde, müteselsil kefil de takip edilmelidir⁵².

Rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulabilme olanağı sağlayan son hal ise, konkordato mehlinin verilmesidir. Konkordato mehli verilmesi halinde borçlu üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunma yetkisine sahip değildir⁵³. Bu yüzden müteselsil kefile doğrudan başvurabilme olanağı sağlamaktadır.

c- Müteselsil Birlikte Kefalet:

Müteselsil birlikte kefalet, kefillerin sadece kendi aralarında müteselsilen tekeffülde bulunmaları şeklinde olabileceği gibi onların hem kendi

(50) ÖZEN, s.491

(51) SAĞLAM, İpek; **"Kira Sözleşmesi ve Kefalet"**, Legal Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:34, Ekim 2005, s. 3693

(52) ÖZEN, s.493

(53) ALTAY, Sümer; **Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, 1. Cilt, İstanbul 2005, s.331

aralarında hem de borçlu ile birlikte müteselsilen taahhüt altına girmeleri şeklinde de olabilir⁵⁴.

Müteselsil kefalet iki şekilde olur. İlk durumda ya kefiller sadece kendi aralarında müteselsilen tekeffülde bulunurlar ya da kefiller hem kendi aralarında hem de borçlu ile birlikte müteselsilen yükümlülük altına girmişlerdir. İlk durumda kefiller sadece bölme definden feragat etmeyi kararlaştırmışlardır. İkinci durumda ise hem bölme defi hem de tartışma definden feragat etmişlerdir.

Müteselsil birlikte kefalette müteselsil kefillerden birisi kendi fiili ile diğer müteselsil kefillerin sorumluluğunu artıramaz. Kefillerden birisinin defilerden vazgeçmesi diğer müteselsil kefillerin durumunu ağırlaştırmaz fakat bir müteselsil borçlu aleyhine zamanaşımının kesilmesi durumunda bu durum diğer müteselsil kefiller hakkında da hüküm ifade edecektir⁵⁵. Bu durum tasarının 154. maddesinde⁵⁶ ele alınmıştır.

Müteselsil birlikte kefalet hükmü tasarının 587. maddesinde düzenlenmiştir. Yürürlükteki kanunumuzda yer alan mütecezzi borç ifadesi tasarısı da aynı borç olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile borcun bölünebilir veya bölünemez bir borç olduğu önem taşımamaktadır. Asıl borcun ifa edilememesi kefilin borcu tazminat borcu⁵⁷ şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bölünebilir veya bölünemez ayrımına gidilmeksizin aynı borç şeklinde ifade kullanılması yerinde olmuştur.

Tasarının 587. maddesinin 2. cümlesine göre borçluyula birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri kural olarak borcun tamamından sorumludur. Ancak, müteselsil kefillerden her biri, kendisiyle daha önce veya aynı zamanda birlikte müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girililmemişse, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bununla birlikte bu kefillerden birinin kendine düşen paydan fazlasını ödemekten kaçınabilmesi için, kendi payına düşeni ödemiş veya kendi payı için alacaklıya aynı güvence sağlamış olması gerekir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak koşuluyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillerle karşı rücu hakkına sahiptir ve bu hakkını, borçluya rücadan önce de kullanabilir.

Tasarıda birlikte kefiller arasında teselsül varsa, alacaklı, birlikte kefillerden herhangi birine başvurabilir ve borcun tamamını ondan talep edebilirse de tasarısı da buna sınırlama getirildiği görülmektedir⁵⁸. Her bir

(54) YAVUZ, s.784, TANDOĞAN, s.774, REİSOĞLU s.134

(55) REİSOĞLU, s.134; TANDOĞAN, s.775

(56) Tasarı md. 154: Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur. Zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.

(57) ZEVLİLİLER, s.402; TANDOĞAN, s.698, YAVUZ, s.768

(58) ÖZEN, s.484

müteselsil birlikte kefilin sahip olduğu, (kendisinden daha önce veya kendisiyle aynı anda) sorumluluk üstlenen bütün müteselsil birlikte kefillerin aynı anda takip edilmesi defi tasarının getirdiği yeniliklerdendir⁵⁹.

Maddenin son fıkrasına göre, birbirinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak borcu ödeyen kefil, aksine anlaşma olmadıkça, toplam kefalet payı oranında diğerlerine rücu hakkına sahiptir.

(1) Birlikte Müteselsil Kefalette Kefilin Kendi Payına Düşenden Fazlasını Ödemekten Kaçınabilmesi:

Tasarı 587 hükmü uyarınca birlikte müteselsil kefillere kendi paylarına düşenden fazlasını ödemekten kaçınma hakkı sağlanmıştır. Bu düzenleme doğrultusunda kefil bütün kefillerin aynı anda takip edilmesini isteme hakkına sahip olmaktadır. Bu hüküm ile kendi payını ödemiş olan kefil korunmaktadır. Kefilin kendi payına düşenden fazlasının ödemekten kaçınabilmesi için ilk koşul:

i- Kendisiyle daha önce veya aynı zamanda birlikte müteselsilen yükümlü bulunan kefiller olması ve Türkiye’de takip edilebilen diğer kefillere karşı takibe başlanmamış olmasıdır.

ii- Kendi payından fazla ödeme yapmak istemeyen kefilin, kendi payına düşen miktarı ödemiş veya kendi payı için alacaklıya aynı güvence sağlamış olması gerekir.

Yürürlük kanunumuzda müteselsil kefalette kefillerin bölme defi hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda borcun yerine getirilmemesi bir kefile yüklenebilir. Fakat tasarıda ki düzenleme ile borcun ifa edilmemesi durumunun bir kefile yüklenebilmesi için Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takip başlatılmış olmalıdır diğer bir deyişle diğer kefillerde takip edilmelidir.

(59) ÖZEN, s.484

KAYNAKÇA:

- Acar, Faruk: **Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül**, Ankara, 2003
- Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1999
- Akıntürk, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 2004
- Akkanat, Halil: Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, “**Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Kredi Sözleşmeleri**”, Ankara, 2004
- Altay, Sümer: **Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, 1. Cilt, İstanbul, 2005
- Barlas, Nami: Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan, “**Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Mütteselsil Kefilin BK Md.494/1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu**”, İstanbul, 2000
- Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku Hususi Borç Münasebetleri**, Ankara, 1962
- Buz, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, C.2, İstanbul, 1998
- Grassinger, Gülçin Elçin: **Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları**, İstanbul, 1996
- Grassinger, Gülçin Elçin: Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, “**Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları**”, Ankara, 2004
- Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1999
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları**, Ankara, 2004
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1992
- Kılıçoğlu, M. Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2002
- Koç, Nevzat: **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 25, Ankara, 1992
- Kuru, Baki: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Kasım, 2004
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder: **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara, 2004
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 1996
- Legal Hukuk Dergisi: “**Kira Sözleşmesi ve Kefalet**” Yıl:3, Sayı:34, Ekim 2005
- Moroğlu, Erdoğan: **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, 2007
- Oğuzman M. Kemal/ ÖZ M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**; 3. Baskı, İstanbul, 2000
- Oğuzman M. Kemal/ Barlas Nami: **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul, Ekim, 2000
- Olgaç, Senai: **Kefalet**, Ankara, 1973

- Özen, Burak: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Borçlar Kanunu Tasarısı m.586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme**, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Aralık 2006
- Özen, Burak: **Kefalet Akdi**, 2008, İstanbul
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özkan Sungurtekin Meral/Özekes Muhammet: **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara, 2005
- Reisoğlu, Safa: Borçlar **Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2002
- Reisoğlu, Seza: **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 1964
- Tandoğan, Haluk: **Özel Borç İlişkileri**, c.2, İstanbul, 1989
- Tanrıver, Suha: **Makalelerim**, Ankara, 2005
- Tekinay S.Sulhi/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, 1993
- Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1976
- Tutumlu, M.Akif: **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, Ankara, 2001
- Uyar, Talih: **İcra Hukukunda İlamlı Takipler**, Manisa 1983
- Üstündağ, Saim: **İflas Hukuku**, İstanbul, 2002
- Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2002
- Yıldırım, Kamil: **İcra Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 2002 Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat/ Petek Hasan: **Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1998

KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKI ARASINDAKİ FARKLAR

5711 SAYILI DEĞİŞİKLİK YASASI HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE
GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ

*Fatma TELEK**

I. GİRİŞ

1) KONUNUN SEÇİLME NEDENİ

Taşınmaz hukukumuzun, Kat Mülkiyeti Kanunu'yla düzenlenen alanında, her geçen gün artan ve çeşitlenen sorunların başında (hukuksal sorun değil hukuksuzluk sayılabilecek “kaçak yapılaşma” bir yana bırakılacak olursa), tamamlanmış ve “yapı kullanma izni” alınmış yapılarda, “kat mülkiyetine geçiş”in savsaklanması gelmektedir.

Kat mülkiyeti ile kat irtifakının farkını ve bunların hukuksal ve idari sonuçlarını; bilme olasılığı düşük ortalama yurttaş olan malik (ülkemizin içinde bulunduğu eğitsel ve kültürel aşınma süreci nedeniyle), çoğu zaman, en önemli güvence olarak bildiği, “yapı kullanma izin belgesi”ni bile alamazken kat mülkiyetine geçmek gibi bir formaliteyle(!), bilgisi olsa da uğraşmamaktadır.

Sıradan yurttaş bakımından bir ölçüde anlaşılabilir olan bu anlayış; yüklenici kişi ve kuruluşlar, tapu memurları, kredi işlemlerini yürüten bankalar, deprem sigortası yapmakta yetkili sigorta kuruluşları, belediyeler, gibi kurum ve kuruluşlarda da yaygınlaşmıştır. Ör. 1999 yılında, yaptırdığımız kat karşılığı inşaatın tamamlanması üzerine, kat mülkiyetine geçiş işlemlerini yapmak için gittiğim tapu müdürlüğündeki memurun ilk tepkisi “Kat mülkiyeti tapusuna gerek yok ki, irtifak tapusuyla da her türlü işlemi yapabilirsiniz; zaten, herkes öyle yapıyor.” olmuştu. Yani, kibarca, “eski köye yeni adet getirmemem” istenmişti. Gerçekten de, yasa ya adını veren “kat mülkiyeti” hukuken var olsa da, fiilen kaldırılmış görünmektedir. Öyle ki; bankalar konut kredisi verirken; “yapı kullanma izin belgesi” sunulmadıkça düzenlenmesi mümkün olmayan, kat mülkiyeti tapusuna itibar etmeyerek, bu belgeyi talep etmektedirler. Bu anlayışın kaçınılmaz sonucu olarak; aralarında, neredeyse faydalı ömrünü ta-

(*) Stajyer Avukat

mamlamak üzere olanların da bulunduğu, çok büyük bir “irtifaklı yapı stoğu” oluşmuştur.

22. Dönem’de TBMM’ye sunulan ve Adalet Komisyonu’nda kabul edilen “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”, bu sorunu çözmeye yönelik hükümler içermekle birlikte henüz yasalasamamıştır.¹ Ancak, 2007 genel seçimleri bir iktidar değişikliğine yol açmadığından, bu Tasarı’nın kısa sürede yasalasması olasılığı yüksektir. Tasarı’nın 23. maddesiyle getirilen Geçici 1. maddesinin değişikliğe uğramadan kabul edilmesi ve yasa hükmü haline gelmesi sonucu, 25 - 30 yıldır birikmiş usulsüzlüklerin giderilmesine kalkışılması; ülke genelinde sayısız uyuşmazlığın doğmasına yol açacaktır. Bu öngörü çerçevesinde, hukuk’ta uzmanlaşmanın gerekliliğine olan inancım ve aynı zamanda, bir mimar olarak konunun teknik yönüne de yakınlığım nedeniyle, ilgi alanıma giren bu konudaki olası gelişmelere hazırlık amacıyla, bu konuyu seçmiş bulunuyorum.²

2) YÖNTEM

İnceleme, “634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu” bağlamında yapılacağından, ilke olarak Yasa’daki sıralamaya uyulmaya çalışılacaktır. Giriş bölümü, Kat Mülkiyeti Kanunu ile Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı kavramlarını hukukumuzda kazandıran neden ve koşullar ile Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçirdiği değişikliklerin ele alınacağı tarihçe ile tamamlanacak; bunu, Kat Mülkiyeti Kanunu’na Genel Bir Bakış ile Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı kurumları arasındaki farkların:

- Nitelik,
- Kuruluş,
- Sahiplerinin Hakları,
- Sahiplerinin Borçları,
- Sona Ermeleri,

bakımlarından tartışılması izleyecektir. Bütün farkların, Yasa’ya koştur, toplu bir liste halinde özetleneceği Sonuç bölümüyle tamamlanacak olan bu çalışmada, Yargıtay Kararları ve İçtihatlar bakımından; çalışmanın içeriğine uygun, Yasa’daki belirsizliklere açıklık getiren ve müteakip yasa değişikliklerine altyapı oluşturabilecek, temel konulara ilişkin Daire, Hukuk Genel Kurulu ve İçtihadı Birleştirme Kararları’na yer verilme-ye özen gösterilmiş; Yasa’da önemli bir tereddüt yaratmayacak açıklıkta düzenlenen konulardaki Kararlar kalabalığı ile çalışmanın netliğini yitirmesine yol açmaktan kaçınılmıştır.

(1) www.tbmm.gov.tr (31.05.2007).

(2) Tasarı, 14.11.2007 tarihinde, TBMM Genel Kurulu’nda kabul edilerek, 5711 sayılı Yasa ile yasalasmış; 28.11.2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.

3) TARİHÇE

Yaşadığı uzun savaş yılları sonucunda nüfus yapısı bozulmuş, etkin nüfusunun büyük bölümünü yitirmiş, kıt kaynaklarını son varoluş savaşında tüketmiş, emek yoğun geleneksel tarım dışında sözü edilmeye değer bir ekonomik faaliyeti bulunmayan yeni Türkiye Cumhuriyeti; barışın sağlanmasından itibaren, bir yandan ekonomik gereksinimler, bir yandan toplumun eğitimsizliği, inançları, vb. nedenlerle denetimsiz bir nüfus artış sürecine girmiştir. Hızlı nüfus artışına yol açan etmenlerden biri olan verimsiz tarıma dayalı ekonomi, zamanla, ürettiği nüfusu doyuramaz hale gelmiştir. Bu sırada, kentleşmenin ivme kazanması sonucu sanayi ve hizmetler kesimlerinin gelişmeye başlayıp yeni istihdam olanakları sağlaması; bugün dahi kentlerimizde yaşanan, en önemli fiziksel, toplumsal, ekonomik sorunların kaynağı olan köyden kente göç olgusunu yaratmıştır.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Gerekeçesi'nde ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi; kentlerin gelişmesi ve kentsel nüfus artışı üç önemli sonuç doğurmuştur:³

- İşyeri veya konut yapımına uygun arsa fiyatlarının aşırı yükselmiş; imar sınırlamaları da, bu maliyeti, daha da çok artırıcı bir etki yapmıştır.

- Birden çok kişinin kaynaklarını birleştirerek çok daireli yapılar yaptırılması zorunluluğu doğmuş; bunun doğal sonucu olarak, ortak mülkiyete konu taşınmazların sayısı hızla çoğalmıştır. Bu yapılardaki kat, daire ve işyerlerinin, paydaşlara bağımsız olarak dağıtımı ve özgülenmesi konusunda, Medeni Kanun'un taşınmazlara ilişkin hükümleri yetersiz kalmış; bu durum, tapu sicili uygulamasını da geniş bir şekilde etkilemiştir.⁴

- Köyden kente göçün hızlanarak sürmesi ve kentsel nüfustaki olağandışı artış sonucunda, büyük kentlerin kenarlarında, hatta bazen içlerinde, tamamen denetimsiz ve düzensiz bir biçimde gecekondu bölgeleri kurulmuştur.

02.01.1966 tarihinde yürürlüğe giren, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, bu gelişmelerden doğan gereksinimleri karşılamak üzere çıkarılmıştır.

Aslında, Türk Medeni Kanunu İsviçre'den iktibas edilmeden önce de, hukukumuzda bir binanın katları ayrı ayrı bağımsız mülkiyet hakkına konu olabilmekteydi. Mecelle'nin 1150. maddesi böyle bir kurumu düzenlemişti. 1926 yılında kabul edilen 743 sayılı Medeni Kanun'da, İsviçre MK'daki "*bir binanın münferit katları ayrı üst hakkına konu olamaz*" hükmü aynen benimsenerek, Türk Hukuku'nda da bu kuruma son verilmiş oldu. Ancak, 864 sayılı Tatbikat Kanunu (m. 39) tarafından daha önce kurulmuş olan bu tür hakların Medeni Kanun'un yürürlüğe girme-

(3) KARAHACIOĞLU Ali Haydar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Başkanı - ALTIN Mehmet, Avukat, "Açıklamalı - İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar", 1994 - Ankara, Sf. 37 - 38.

(4) YEŞİL Metin, Eminönü Tapu Sicil Müdürü, "Uygulamalı Tapu İşlemleri", 1993 - İstanbul, Sf. 189.

sinden sonra da korunacağı kabul edilerek bunların tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazılması kabul edilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra doğan konut kıtlığı, kanun koyucuları bu konuda bir çözüm aramaya zorlamıştır. İsviçre'de, 1963'te, yukarıda sözü edilen MK hükmü olduğu gibi korunmakla birlikte, müşterek mülkiyete ilişkin 712. maddeye 19 yeni madde eklenerek, kat mülkiyeti esası kabul edilmiştir. Ancak; İsviçre'deki bu değişikliklerle, kat maliklerine, bağımsız bölümler üzerinde MK anlamında tam bir mülkiyet hakkı değil, bağımsız bölümlerden münhasıran yararlanma konusunda, özel bir hak tanınmıştır. Türk Hukuku'nda ise, sorun, önce her müşterek malike, binanın bir bağımsız bölümü üzerinde, ondan münhasıran yararlanması için MK m. 753 (YMK m. 838) anlamında bir irtifak hakkı kurarak çözülmeye çalışılmış ve bu gelişme 1954 yılında Tapu Kanunu'nun 26. maddesinde yapılan bir değişiklikle pekiştirilmiştir. Ne var ki, bu düzenleme de gereksinimleri karşılayamadığından, 1965 yılında Medeni Kanun sistemiyle bağdaşmayan her kat malikine bağımsız bölümler üzerinde tam bir mülkiyet hakkı tanıyan, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilmiştir.⁵ KMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Yasa'nın 50. ve 51. maddeleri gereği, "müşterek mülkiyet + irtifak" formülü uygulamasına son verilmiştir.⁶

Zamanla, kendisini de yaratan, gelişim sürecinin ortaya çıkardığı yeni gereksinimler karşısında yetersiz kalan KMK, 1166 Sayılı Kanun'la 30.04.1969'da, 2814 Sayılı Kanun'la 13.04.1983'te, 3227 Sayılı Kanun'la 10.06.1985'te, 431 sayılı KHK ile 13.02.1991'de, 3770 Sayılı Kanun'la 05.02.1992'de, 5378 Sayılı Kanun'la 07.07.2005'te değişikliğe uğramış; son ve oldukça kapsamlı değişiklik ise, 14.11.2007 tarihinde kabul edilen, 5711 Sayılı Kanun'la yapılmıştır.

II. KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NA GENEL BİR BAKIŞ

A. KANUN'UN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun hükümleri incelendiğinde, aradan geçen kırk yılı aşkın sürede uğradığı değişiklikler nedeniyle, hazırlandığı dönemdeki sistematiği algılamak pek kolay değildir; ancak, Yasa'nın gerekçesi bu konuda yeterli ipucu sağlamaktadır. Buna göre, 56 maddeden oluşan tasarı 7 bölüme ayrılmıştır. Bunlardan dördünde (Bölümler 2, 3, 4 ve 6), Yasa ile getirilen iki temel kurum: kat irtifakı ve kat mülkiyeti, koştur olarak düzenlenmektedir. Kalan üç bölümden en kapsamlısı, kurulan kat mülkiyetinin sürdürülebilmesine ilişkin düzenlemeleri içeren "Anagayrimenkulün Yönetimi (Bölüm 5)"dir. "Genel Hükümler (Bölüm 1)" ve "Son Hükümler (Bölüm 7) ise, sırasıyla, Yasa'daki deyim ve kavramla-

(5) ERTAŞ Şeref, Prof., Dr., - SERDAR İlknur, Uz. Ar. Gör., - GÜRPINAR Damla, Uz. Ar. Gör., "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku", 2002 - Ankara, Sf. 389 - 390.

(6) ÖZMEN E. Saba Prof., Dr., "Kat İrtifakı", 1997 - Ankara, Sf. 10.

ra ilişkin tanımlar ve temel ilkeler ile düzenlenen alanda var olan, Yasa'yla çelişen, hatta aykırılıklar içeren durumların uyumlu hale getirilmesine yönelik hükümler içermektedir.⁷

Yasa'nın günümüzdeki haline bakıldığında, başlangıçta benimsenen düzenleme mantığının neredeyse kaybolduğu görülmektedir. Örneğin, Yasa'ya 8. Bölüm olarak eklenen "Devre Mülk Hakkı"; Yasa'nın, hem sistematik düzenini bozmakta, hem de mantığına aykırı düşmektedir. Çünkü; buradaki düzenleniş biçimiyle "Devre Mülk Hakkı", Yasa'nın uygulamasına son verdiği "müşterek mülkiyet + irtifak" formülünün yeni bir türüdür ve bu da, bir bakıma Yasa'da geri adım atılması anlamına gelmektedir. Son değişikliklerle Yasa'ya eklenen 9. Bölüm'de, "Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler" başlığı altında; ilk kez 2814 sayılı Yasanın getirdiği Ek Madde 3 ile Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamına giren, toplu yapılar konusunda, görece daha ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

B. TANIMLAR, KAVRAMLAR

Kat: Günlük kullanımda, üst üste konulmuş türdeş nesnelerden (şeylerden) her birine "**kat**" denir.

Bir yapı söz konusu olduğunda "**kat**":

- Teknik tanım: Üst üste iki döşemeden, alttakinin üstünden üsttekinin üstüne kadar olan yapı bölümüdür.

- Günlük dilde: Münferit bir yapıdaki katmanların konumlarını belirtmekte (zemin kat, yedinci kat, üst kat, vb.) kullanılmaktadır.⁸

- Hukuk dilinde: Bir apartmanda genellikle tavan ve taban arasında kalan bölüm; apartman dairesidir.⁹

- Kat Mülkiyeti Kanunun'da: Yasa'nın temel kavramı olmasına karşın, "tarifler" başlığı altında tanımlar getiren 2. maddesinde tanımlanmadığı gibi Yasa'nın hiçbir yerinde de açıklığa kavuşturulmamıştır.¹⁰ 1. maddeden;

Kat = kat = daire = iş bürosu = dükkan = mağaza = mahzen = depo, yani,

Kat = bağımsız bölüm,

anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, KMK'da "**kat**"; teknik dildeki, günlük dildeki, hatta hukuk dilindeki genel anlamından farklı, salt bu Yasa'ya özgü bir anlam taşımaktadır.

(7) GERMEÇ Mahir Ersin, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Başkanı, "Kat Mülkiyeti Hukuku", 2006 - Ankara, Sf. 1348 - 1358.

(8) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 5.

(9) YILMAZ Ejder Prof., Dr., "Hukuk Sözlüğü", 1992 - Ankara, Sf. 487.

(10) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 4.

İrtifak (Hakları): Bir taşınmaz üzerinde, bir kullanma ve yararlanmaya rıza göstermeyi yahut mülkiyete özgü bazı hakların kullanılmasından kaçınmayı gerektiren ve diğer bir taşınmaz veya kişi yararına aynı hak olarak kurulan hukuki işlemdir.¹¹

Kat İrtifakı: Yapılmakta olan veya ileride yapılacak bir binanın yapımı borcunu ve bina yapılıncaya da Kat Mülkiyeti kurulması yükümünü doğuran bir irtifak hakkıdır.¹²

Mülkiyet (Hakı): Birşeyin bir şey üzerindeki mutlak egemenliği demektir; bir şeye malik olan kişi ona dilediği gibi tasarruf edebilir, ancak mülkiyet hakkının kamu yararına sınırlandırılması olanağı vardır. Ayrıca, mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.¹³

Kat Mülkiyeti: Bir yapının bağımsız bölümleri üzerindeki mülkiyet; arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet hakkıdır.¹⁴

Yukarıdaki tanımlarından da görüleceği gibi “**Kat İrtifakı**”, Medeni Kanun’da düzenlenen “**İrtifak Hakları**”ndan farklı bir kavramdır. Bu farkı yaratan unsurlar şöyle özetlenebilir:

- İrtifak hakları bir genel yasada düzenlenmiştir. Oysa kat irtifakı, özel bir yasada düzenlenmiştir ve sui generis bir karakter taşır.
- Kat irtifakı arsa payı ile bağlantılıdır. Diğer irtifak haklarında böyle bir bağlantı yoktur.¹⁵
- İrtifak haklarında, kural olarak, hak sahibi ile yükümü üstlenen farklı kişilerdir. Kat irtifakında ise, hak sahibi olan da yükümü üstlenen de aynı kişidir.
- İrtifak haklarının; ister intifa hakkı gibi süreli, isterse geçit hakkı gibi süresiz olsun, hiçbir aşamada nitelikleri değişmez. Buna karşılık, kat irtifakında yükümlerden biri, niteliğinin değiştirilmesidir (kat mülkiyetine geçme koşulu). Bu nedenle, kat irtifakı ancak kat mülkiyetine konu olabilecek taşınmazlarda kurulabilir.¹⁶
- Kat irtifakı kurulmasının amacı, ilgili gayrimenkul üzerinde ileride kurulacak kat mülkiyetine önceden aynı bir garanti sağlamaktır.¹⁷ Bu nedenle, ortada, MK’da yer alan irtifak hakkından farklı olarak taşınmaza bağlı bir borç söz konusudur.¹⁸

(11) YILMAZ Ejder, age. Sf. 426.

(12) YILMAZ Ejder, age. Sf. 487.

(13) YILMAZ Ejder, age. Sf. 637.

(14) YILMAZ Ejder, age. Sf. 487.

(15) KARAHACIOĞLU Ali Haydar, age. Sf. 78.

(16) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 37.

(17) ARPACI Abdülkadir Prof., Dr., “Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması”, 2002 - İstanbul, Sf. 24.

(18) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 69.

- İrtifak hakları, ilgili taşınmazın genel kütükteki sayfasının irtifak hakları sütununa tescil edilir. Kat irtifakı ise, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir.

Aynı biçimde, “**Kat Mülkiyeti**”nin de, Medeni Kanun’da düzenlenen genel anlamdaki mülkiyet ve özellikle, gayrimenkul mülkiyetinden önemli farkları vardır. Bu farkların başlıcaları şöyle özetlenebilir:

- Genel anlamdaki mülkiyet (hakları) ile gayrimenkul mülkiyeti bir genel yasada düzenlenmiş olup bunlarda, mülkiyetin konusu tek bir şey (eşya veya taşınmaz), doğan hak ise, tek bir tür haktır (mülkiyet hakkı). Oysa kat mülkiyeti, özel yasada düzenlenmiş; bağımsız bölüm, ortak yerler, eklentiler ve arsa payından oluşan, kendine özgü bir mülkiyet türüdür. Burada, haklar bakımından da özel bir durum söz konusudur; salt mülkiyet hakkı değil, bunun yanında, ör. ortak yerlerdeki kullanma hakkı gibi, çeşitli hakların bir arada bulunduğu bir haklar demeti vardır.

- Gayrimenkul mülkiyetinde, malikin bu mülkiyetten doğan hakları, ancak kamu yararı gerekçesiyle kısıtlanabilir. Kat mülkiyetinde ise, KMK’da öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda ilave kısıtlamalar söz konusu olabilir. Ör. KMK m. 25.

- Gayrimenkul mülkiyetine ilişkin kayıtlar Tapu Kütüğü’nde tutulur. Buna karşılık kat mülkiyetine ilişkin kayıtlar, anagayrimenkulün asıl kütükteki sayfasıyla bağlantılı olarak kat mülkiyeti kütüğünde tutulmaktadır.¹⁹

III. NİTELİK BAKIMINDAN KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKI ARASINDAKİ FARKLAR

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 3:

“Kat mülkiyeti, arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/1 m.) Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur. Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir. Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı, o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma sebebiyle değiştirilemez. 44. madde hükmü saklıdır.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/1 m.) Kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup, yapı kullanma izin belgesi alındıktan sonra arsanın malikinin ve-

(19) KARAHACIOĞLU Ali Haydar, age. Sf. 45.

ya kat irtifakına sahip ortak maliklerin veya bunlardan birinin tapu idaresine yapacağı istem üzerine, bu Kanunda gösterilen şartlar uyarınca kat mülkiyetine çevrilir.”

A. KAT MÜLKİYETİNİN NİTELİĞİ

Yasa'nın 2. maddesinin (a) bendinde

“bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkı”

olarak tanımlanan kat mülkiyetinin; niteliğine ilişkin, 3. maddenin 1. fıkrasında yer alan

“... arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.”

biçimindeki açıklama, aynı zamanda bu mülkiyetin içeriğini de ortaya koymaktadır.

Kat mülkiyetinin, her bir bağımsız bölüme özgülenen arsa payı ve ortak yerlerle bağlantısı, onu diğer ortak mülkiyet türlerinden farklı kılmaktadır. Bu nedenle; maliki adına, bağımsız bölüme arsa payı özgülenmeden ve ona ortak yerlerden yararlanma hakkı tanınmadan kat mülkiyetinin varlığından söz edilemez.²⁰

Öğreti'de, kat mülkiyetinin niteliği konusunda, KMK'nın tasarı halinde bulunduğu dönemde başlayan tartışma günümüze değin süregelmiştir. Bu konuda, Yasa'nın söylemine bağlı kalarak sonuç çıkaran baskın görüş taraftarları,

“kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm ayrı bir gayrimenkul niteliği kazanır” (KMK m. 13/4) ve **“bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına, kat mülkiyeti denir”** (KMK m. 2/a)

hükümlerinden yola çıkarak, bugün kat mülkiyetinde, bağımsız bölümlere itibar edildiğini ve tapuda, bu ögeye bağlı olarak sayfa açıldığını kabul etmektedirler.

Sungurbey'in başını çektiği karşı görüş ise, kat mülkiyetinin bağımsız özel bir mülkiyet olarak nitelendirilemeyeceğini savunur. Bu görüş, tıpkı İsviçre ve Alman Hukuku'nda olduğu gibi, asıl unsurun müşterek mülkiyet payı olduğunu savunmaktadır.²¹

Yargıtay'ın da, yüksek mahkeme olarak, bu konudaki tutumunu belirtmek gerekirse, Sungurbey'in görüşünü açıkça benimsediği²² HD.²³ ve HGK²⁴ kararları varsa da, 1978 yılındaki, bağlayıcı bir kaynak olan İçti-

(20) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 64.

(21) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 51.

(22) KARAHASAN Mustafa Reşit, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı, “Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku Cilt 3”, 1999 - İstanbul, Sf. 55.

(23) Yargıtay 15. HD. 5.12.1974 T. 1249 E. 2188 K.; Yargıtay 5. HD. 25.12.1975 T. 4714 E. 5119 K. KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 55.

(24) Yargıtay HGK. 13.10.1976 T. E. 1975/13108, K. 1976/2617, KARAHASAN, age. Sf. 55.

hadı Birleştirme Kararı²⁵ ile kat mülkiyetine konu bir bağımsız bölümün satış vaadine konu olması dolayısıyla çıkan bir uyumsuzlukta, bağımsız bölümlerin bağımsız bir taşınmaz niteliğini taşıdığını ifade ederek baskın görüşe taraftar görünmüştür.²⁶

22.11.2001 tarih, 4721 sayılı Medeni Kanun, 704. maddesi taşınmaz mülkiyetinin konuları arasında “**Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler**”i de saymakla, yukarıda değinilen içtihadı birleştirme kararına koşut bir düzenleme getirerek en azından hukuk uygulamaları bakımından tartışmayı sonlandırmış olmaktadır.

B. KAT İRTİFAKININ NİTELİĞİ

Yasa’nın 3. maddesinin son fıkrası, 2. maddenin (c) bendi ile bağlantılı olup kat irtifakının niteliğini belirlemektedir. Kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak türüdür. Kat irtifakı sahibi, irtifak hakkına sahip olduğu bağımsız bölümde, bu hakka dayanarak, her türlü yasal tasarrufta bulunabilir. Ancak; yukarıda, “*I. B. Tanımlar, Kavramlar*” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, burada MK’da düzenlenen türde gerçek bir “irtifak hakkı”ndan söz edilemez. Kat irtifakı, KMK’da düzenlenmiş kendine özgü bir kurumdur. Çünkü, burada söz konusu olan, taşınmaz üzerinde yapı yapıncaya ve yapımı tamamlandıktan sonra da kat mülkiyetine çevrilinceye kadar süren, geçici bir irtifaktır. Kat mülkiyetine geçiş için bir ön kurum olan kat irtifakı, anayapının yapılmasını sağlamaya yöneliktir ve paydaşlara, malik oldukları paylar dolayısıyla, bir yapma borcu yüklenmesini öngörmektedir (KMK m. 17/1 ve 26/1).²⁷

Bir yandan borçlandırıcı bir niteliğe sahip olan kat irtifakı, bir yandan da, yapının henüz tamamlanmaması nedeniyle, bağımsız bölümlerin oluşmadığı ve kat mülkiyetine geçilmediği bir dönemde, bir birlik ilişkisi içinde olan hak sahiplerinin çatışan çıkarlarını düzene sokmak suretiyle, kişilerin henüz tamamlanmamış bir yapıya bağlı olarak oluşturulmuş hukuki düzenin güveni içinde hareket etmesini sağlar.²⁸

a- Farkları

1) Kat mülkiyeti ile kat irtifakı arasındaki en belirgin fark nitelik farkıdır. Kat mülkiyeti, kendine özgü bir taşınmaz mülkiyeti; kat irtifakı ise, kendine özgü bir irtifak türüdür.

2) Kat mülkiyeti kalıcı bir kurumdur. Oysa kat irtifakı, geçici bir kurumdur.

(25) Yargıtay İBK, 24.04.1978, 3/4, ÖZMEN E. Saba, Sf. 56.

(26) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 55-56.

(27) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 69.

(28) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 62-63.

IV. KURULUŞLARI BAKIMINDAN KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKI ARASINDAKİ FARKLAR

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10:

“Kat mülkiyeti ve kat irtifakı resmi senetle ve tapu siciline tescil ile doğar.

Anagayrimenkulün tümünün mülkiyeti (kat mülkiyeti)ne çevrilmeden o gayrimenkulün yalnız bir veya birkaç bölümü üzerinde kat mülkiyeti kurulamaz.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/3 m.) *Kat mülkiyeti kurulurken aynı katta birbirine bitişik bulunan aynı nevideki birden fazla bağımsız bölüm veya bir yapının otel, iş veya ticaret yeri gibi iktisadi açıdan veya kullanma bakımından bütünlük arz eden birden çok katı veya bölümü, kat mülkiyeti kütüğüne tek bağımsız bölüm olarak tescil edilebilir. Böyle bir tescilin yapılabilmesi için, buna uygun değişiklik projesinin ve yapı kullanma izin belgesinin Tapu Sicil Müdürlüğüne verilmiş olması gereklidir.*

Kat mülkiyetinin tescili, tapu memurunca düzenlenen resmi senet uyarınca veya aşağıdaki fıkraya göre verilen bir mahkeme hükmü ile yapılır.

Kat Mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hakim, o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12. maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir.”

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/3 m.) *Gelirinin ortak giderlere harcanması için veya başka bir amaçla ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümlerin malik hanesine, bunlardan yararlanan “bağımsız bölümlerin numaraları” yazılmak suretiyle kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir. Bu husus bağımsız bölümlerin beyanlar hanesinde gösterilir.”*

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 11:

“Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, Tapu Sicili Tüzüğüne göre tutulacak kat mülkiyeti kütüğüne tescil olunur. Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, tescille ilgili genel hükümler, kat mülkiyeti kütüğüne yapılacak tescillerde de uygulanır.

Henüz kadastro yapılmamış olan yerlerde kat mülkiyeti ve kat irtifakı, Tapu Sicili Tüzüğündeki formüle göre, ayrıca tutulacak Kat Mülkiyeti Zabıt Defterine tescil olunur.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 12 (Değişik: 13.04.1983 - 2814/4 m.):

“Kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının aşağıda yazılı belgeler ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir:

a) Anagayrimenkulde yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimari proje ve birden çok yapılarda yerleşimlerini gösteren vaziyet planı ile yapı kullanma izin belgesi.

b) Bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28. maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim planı.

c) Her bağımsız bölümün arsa payını, kat, daire, iş bürosu gibi nevini ve bunların birden başlayıp sıra ile giden numarasını, varsa eklentisini gösteren ve anagayrimenkulün malik veya bütün paydaşları tarafından imzalanmış noterden tasdikli liste.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13 (Değişik birinci fıkra: 13.04.1983 - 2814/5 m.):

“Tapu memuru kendisine verilen belgelerin tamam ve usulüne uygun ve dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmi sözleşmeyi düzenler. Bu sözleşme aynı zamanda tescil istemi sayılır.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/6 m.) Sözleşme düzenlenince kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesinde kat irtifakının kayıtlı kat mülkiyeti kütüğü sayfasındaki, doğrudan doğruya kat mülkiyetinin kurulması halinde ise anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki mülkiyet hanesine “Bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir.” ibaresi yazılarak, sayfa anagayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları dışındaki işlemlere kapatılır ve kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil edilir; anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütük sayfasında da, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki defter ve sayfa numaraları işlenmek suretiyle, kütükler arasında bağlantı sağlanır.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/6 m.) Anagayrimenkulün sayfasında evvelce mevcut olan haklara ait sicil kaydı, irtifak hakları hariç, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfasına geçirilir. Anagayrimenkulün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesinden sonra, anagayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları da anagayrimenkulün tapu kütüğü sayfasına tescil edilir ve kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilir.

Kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm ayrı bir gayrimenkul niteliğini kazanır ve kütükte o bölümün tasdikli planındaki numarayını alır.

(Değişik: 13.04.1983 - 2814/5 m.) *Kat malikine, anagayrimenkulün çaplı tasarruf belgesinden başka, istem halinde, 12. maddenin (a) bendinde belirtilen projeden kendi bağımsız bölümüne ait olan kısmının tasdikli bir örneği de verilir.”*

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 14 (Değişik birinci fıkra: 28.11.2007 - 5711/7 m.):

“Henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış bir arsa üzerinde kat irtifakının kurulması ve tapu siciline tescil edilmesi için o arsanın malikinin veya bütün paydaşlarının buna ait istem ile birlikte 12. maddenin (a) bendine uygun olarak düzenlenen proje ve plan, (b) bendindeki yönetim planı ile (c) bendindeki listeyi tapu idaresine vermeleri lazımdır. Kat mülkiyetine geçişte ayrıca yönetim planı istenmez.

Bir arsa üzerinde kat irtifakları ancak sözleşmede veya dilekçede her kat irtifakının ilgili bulunduğu bağımsız bölüme tahsisi istenen arsa payı, arsanın kayıtlı olduğu kütüğün (Beyanlar) hanesinde belirtilmek suretiyle kurulur ve yapının, verilen projeye göre tamamlanmasından sonra kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölümlerinin numarası ve bu bölümlere bağlı eklentiler kütüğün beyanlar hanesinde belirtilir.

Yapının tamamlanmasından sonra kat irtifaklarının kat mülkiyetine çevrilmesi, irtifak sahiplerinden biri tarafından istenince, tescil, kat irtifakının tesciline ait resmi senete ve 12. maddede yazılı belgelere ve anagayrimenkulün bağımsız bölümlerinin, evvelce verilmiş olan plana uygunluğunun belediyece tasdikına dayanılarak yapılır.”

Yapıları tamamlanmış olan kat irtifaklı anagayrimenkulde, yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihten itibaren bir yıl içinde kat mülkiyetine geçilmesi zorunludur. Belirtilen süre içinde kat irtifak hakkı sahiplerinden birinin veya varsa yöneticinin yazılı uyarısına rağmen, kat mülkiyetinin kurulması için tapu idaresine verilmesi gereken 12. maddede yazılı belgelerden eksik olanları tamamlamaktan veya imzalanması gerekenleri imzalamaktan kaçınan kat irtifak hakkı sahiplerinden her birine, kendine ait her bağımsız bölüm için, anagayrimenkul belediye sınırları içinde ise belediye, belediye sınırları dışında ise mülki amir tarafından bin Türk Lirası idari para cezası verilir.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 66 (Ek: 28.11.2007 - 5711/22 m.):

“Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanılan yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder.

Toplu yapı kapsamındaki imar parsellerinin bitişik veya komşu olmaları şarttır. Ancak bu parseller arasında kalan ve imar planına göre yol,

meydan, yeşil alan, park, otopark gibi kamuya ayrılan yerler için bu şart aranmaz. Toplu yapı kapsamındaki her imar parseli, kat irtifakının veya kat mülkiyetinin tesisinde ayrı ayrı dikkate alınır. Ancak, toplu yapı birden fazla imar parselini içeriyorsa, münferit parseller üzerinde toplu yapı hükümlerine tabi olacak şekilde kat mülkiyeti ilişkisi kurulamaz.

Yapılar tamamlandıktan sonra, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 67 (Ek: 28.11.2007 - 5711/22 m.):

“Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsel-lerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer par-sellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek sure-tiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bu-lunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur.

Toplu yapı kapsamında bulunan birden çok yapının ortak sosyal ve alt yapı tesisleri bulundukları parsel veya yapıya bakılmaksızın, tahsis edil-dikleri bağımsız bölümlerin ortak yeri sayılır.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 68 (Ek: 28.11.2007 - 5711/22 m.):

“Toplu yapılarda; yapıların konumları, ortak nitelikteki yerler ve tesis-ler, bunların kullanılış amaç ve şekilleri, toplu yapı kapsamındaki parsel veya parsellerin tamamını kapsayacak şekilde, bir bütün olarak ilgili ma-kamlarca onaylanmış imar planı hükümlerine uygun olarak hazırlanmış vaziyet planında ve projelerde belirtilir.

Kamuya ayrılan yerlerin düzenlenmesi, işletilmesi ve bakımı, bu konu-da yetkili kamu kurumu ile mutabakat sağlanması halinde, kamunun kul-lanımını kısıtlamamak şartıyla toplu yapı yönetimince üstlenilebilir.

Toplu yapı uygulamasında, kat mülkiyetinin ve kat irtifakının tesisine, aranacak belgelere, tapuda yapılacak işlemlere ilişkin hususlar, Bayındır-lık ve İskan Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 74 (Ek: 28.11.2007 - 5711/22):

“Bu bölümde öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Ka-nunda yer alan bütün hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kı-yas yoluyla tatbik edilir.”

Kat Mülkiyeti Kanunu Ek Madde 4 - (Ek: 13.04.1983 - 2814/15 m.):

“Beş veya daha fazla kişi tarafından üzerinde bir veya birden çok ya-pı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması ve pay sahiplerin-den en az beşte dördünün kat irtifakına geçiş konusunda aldığı karara uyulmaması halinde, karara uymayan pay sahiplerinin gayrimenkuldeki paylarının iptaline ve bu payların, isteyen diğer pay sahipleri adına tesci-line sulh mahkemesi tarafından aşağıdaki şartlarla karar verilir:

a) Müşterek gayrimenkulün yukarıda belirtilen amaçla edinildiğinin ispat edilmiş olması,

b) Müşterek maliklerin yukarıda açıklanan çoğunluğunun kat irtifakına geçiş kararına veya bununla ilgili yükümlülüklerle noterlikçe yapılan tebligata rağmen iki ay içinde uyulmamış olması,

c) Karara uymayan müşterek maliklerin paylarının mahkemece tespit edilen rayiç bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi.”

A. KAT MÜLKİYETİNİN KURULMASI

1.) GENEL İLKELER

Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için, önce, bu mülkiyete konu olacak yer bakımından aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi zorunludur:

a) Kat mülkiyetinin konusunu oluşturacak yapının tümünün kargir olması gerekir (KMK m. 50/2).

b) Bu yapının bağımsız bölümler içermesi gerekir (KMK m. 1).

c) Kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölümlerin başlı başına kullanılmaya elverişli olması gerekir (KMK m. 2/a).

d) Kat mülkiyeti kurulabilmesi için anayapının tamamlanmış olması gerekir (KMK m. 1/1).

28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren, 5711 sayılı Yasa'nın 24. maddesi ile yürürlükten kaldırılan ve birden çok yapılarda uygulanacak özel hükümleri içeren, Ek m. 3'e göre; bazı koşullarla, tamamlanmamış bir bina üzerinde de kat mülkiyeti kurmak mümkün kılınmıştı.²⁹ Bu maddenin (a) bendinde, aynı arsa üzerindeki yapılardan bir kısmının tamamlanmış olmasının kat mülkiyetine geçmek için yeterli sayılacağı belirtiliyor; bu düzenleme biçimi ile KMK m. 10/2 hükmüne bir istisna getirilmiş oluyordu. Gerçi, söz konusu ek maddenin getirilmesinden önce de, aynı arsa üzerinde bulunup da yapımı biten blokların (diğer bloklar henüz yapım aşamasında olmasına rağmen), kat mülkiyetine çevrilebileceği uygulamada kabul edilmekte idi.³⁰ Dolayısıyla, bir bakıma bu düzenleme, var olan fiili durumun yasal bir zemine oturtulmasından ibaretti. Bu çerçevede, aynı arsa üzerinde iki tür “çok yapı” öngörülmüştü. Birincisinde; her biri bir bağımsız bölümü içeren, birden çok yapı bulunuyor ve vaziyet planına göre arsa üzerinde yapılması öngörülen bağımsız bölümlerin yüzde kırkı tamamlandığında, tamamlananlar için kat mülkiyetine geçilebiliyordu. İkinci türde ise; aynı parsel üzerinde her biri en az sekiz bağımsız bölümden oluşan birden çok blok bulunması gerekiyor ve tamamlanan blok veya bloklarda kat mülkiyetine geçilebiliyordu. Bu tür için yüzde kırk tamamlanma koşulu aranmıyordu. Yasa koyucu, toplu ve yaygın (yatay)

(29) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 402.

(30) ARPACI Abdülkadir, age. Sf. 232.

kat mülkiyetinde, tüm yapıların tamamlanmasının zaman alacağını, hatta bazılarının tamamlanabilme olasılığının bulunmadığını gözeterek, yapımı tamamlanmış bloklardaki kat irtifakı sahiplerinin bir an önce kat mülkiyetine geçebilmelerini sağlayarak, mağduriyetlerini önlemek amacını gütmüştü.³¹

Bu istisnadan yararlanmanın ön koşulu, “çok yapı”nın (sitenin) tek parsel üzerinde yapılmış olmasıydı. Gerçi, Ek m. 3’de, “bir arsa ...” ifadesinin kullanılmış olması, bu konuyu yoruma açık hale getirmekteydi ama, Yargıtay’ın farklı hukuk dairelerince verilen kararlarda “arsa”nın “parsel” olarak anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştu.³² Örneğin, 18. Hukuk Dairesi’nin 1998 yılındaki bir kararı, birden çok parsel üzerinde kurulu sitelerin (“çok yapılar”ın) KMK bağlamındaki konumunu netleştirmek bakımından önemli bir karardır:

“Birden çok parsel üzerinde kurulu sitede, aynı parselde bağımsız bölüm maliki olan yönetici ile kat maliki arasındaki uyumsuzluk Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındadır.

Dava öncelikle, bir çok parsel üzerindeki bloklardan oluşan “Büyükşehir Uydukent” sitesi “üst yöneticileri tarafından, bu siteye dahil B - 20 blok numaralı Blok yöneticileri hakkında, projesine göre tüm siteyi kapsayan merkezi ısınma sisteminden çıkılarak, Blok’la sınırlı olmak kaydıyla bağımsız ısınmaya geçiş konusunda alınan karar sonucu, vaki muarazanın önlenmesi şeklinde iken, davacıların davalı B -20 Blok yöneticileriyle anlaşmaları sonucunda davadan feragat edilmiş, ancak daha önce davacı yanında davaya müdahale eden B - 20 Blok’ta kat maliki olduğunu iddia eden İsa Kalkan tarafından davaya devam edilmiş ve dava bu suretle blok sakini ile onun yöneticileri arasında devam ettirilerek hüküm kurulmuştur.

Önceki ilk dava, davacıların sıfatı itibarıyla, sitenin birden çok parsel üzerinde kurulu olması nedeniyle Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri dışında iken, asıl davacıların davadan feragat etmeleri ve davanın aynı parsel üzerinde, bir blok içerisinde kat maliki ile yöneticilere hasredilmesi sebebiyle Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamına girmiştir. O nedenle, mahkemece davaya Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri çerçevesinde bakılmasında hukuki engel bulunmamaktadır.” (Yargıtay 18. HD., 02.11.1998 T., 1998/10445 E., 1998/118998 K.)³³

Aynı biçimde, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 2004 yılındaki bir kararında da kat mülkiyetinin salt tek parsel üzerinde kurulabileceği vurgulanmıştı:

(31) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1312.

(32) Yargıtay 10. HD., 17.12.1992 T., ERTAŞ Şeref, age. Sf. 402.; Yargıtay 18. HD. 27.04.1993 T., 3598 E., 5642 K., KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 487 - 488.

(33) Yargıtay 18. HD., 02.11.1998 T., 1998/10445 E., 1998/118998 K., GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 40.

“Kat Mülkiyeti “ İşletme Projesi “İcra Mahkemesinin Görevi “ Tek Parsel Üzerindeki Yapıda Kurulacak Kat Mülkiyetinde Uygulanacak Yasa Hükümleri (İİK. m. 68)

Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre kesinleşen işletme projeleri veya kat malikleri kurulunun işletme giderleri ile ilgili kararları, İİK'nın 68. maddesinde belirtilen belgelerden sayılır.

Ancak, 634 Sayılı Kanunda öngörülen Kat Mülkiyeti tek parsel üzerindeki yapı ve yapılarda kurulabileceğinden yönetim planı tek parseldeki kat malikleri arasında yapılmış ise uyumsuzluğun Kat Mülkiyeti hükümlerine göre, bir çok parsel üzerinde kurulu sitedeki yapıların malikleri arasında yönetim planı düzenlenmiş ise uyumsuzluğun genel hükümlere göre çözülmesi gerekir.” (Yargıtay 12. HD., 19.10.2004 T., 2004/18150 E., 2004/22167 K.).³⁴

Ek m. 3'ü yürürlükten kaldıran 5711 sayılı Yasa, bunun yerine, “Dokuzuncu Bölüm” olarak (m. 66 - 74), toplu yapılara ilişkin daha kapsamlı bir düzenleme getirmiştir. 66 - 68. maddeleri özellikle inceleme alanımıza giren bu düzenlemenin Ek m. 3'ten en büyük farkı, toplu yapıların KMK kapsamında değerlendirilebilmesinin ön koşulu olan “tek parsel üzerinde bulunma” sınırlamasını kaldırmasıdır (KMK m. 66/1, 74). İkinci önemli fark ise, toplu yapılardaki, kat mülkiyetine kısmi geçişe ilişkin sayısal ve oransal tamamlanma koşullarının kaldırılması ve

“Yapılar tamamlandıkça, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilir.” (KMK m. 66/3) hükmünün getirilmesi.

e) Kat mülkiyetinin anayapının tümünü kapsamaması gerekir. Yapının yalnız bir ya da bir kaç bölümünde kat mülkiyeti kurulmasına yasal yünden olanak yoktur (KMK m. 10/2).³⁵

Ancak, uygulamada ender de olsa bu yoldaki istemlerin, Yasa'nın bu yurucu hükmüne karşın tapu dairesince kabul edilerek anayapının bir kaç bölümünde kat mülkiyeti kurulduğu, öteki bağımsız bölümlerde önceki mülkiyet türünün (ortak mülkiyet ya da kat irtifakının) korunduğu görülmektedir. Böyle bir işlemle bozulmuş olan kural, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenle, oluşturulan tescil geçersizdir; sicilin iptali ile anayapının sicil oluşturulmadan önceki duruma getirilmesi her zaman istenebilir.³⁶

Bu kuralın istisnası, yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan, toplu yapılara ilişkin düzenlemedir (KMK m. 66/3).

f) Proje ve yapım olarak bağımsız bölüm niteliği taşımalarına karşın, aynı katta bulunmaları ve birbirine bitişik olmaları koşuluyla, aynı türden birden çok bağımsız bölüm ya da bir yapının ekonomik veya işlevsel

(34) Yargıtay 12. HD., 19.10.2004 T., 2004/18150 E., 2004/22167 K., İBD 2006/6 Sf. 2564 - 2565.

(35) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 91.

(36) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 184.

bakımdan bütünlük arz eden birden çok katı veya bölümü, tek bağımsız bölüm olarak tescil edilebilir. Ancak; böyle bir tescilin yapılabilmesi için, buna uygun değişiklik projesinin ve yapı kullanma izin belgesinin Tapu Sicil Müdürlüğü'ne verilmesi gerekir (KMK m. 10/3).

g) Anataşınmazda kat mülkiyetine bağlanmamış arsa payı bırakılmaz (KMK Md 5/2).

h) Paylı mülkiyete bağlı taşınmaz kat mülkiyetine konu olabilir. Elbirliği ile mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesinde durum böyledir.

ı) Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için, bağımsız bölümlerin farklı kişilere ait olması zorunluluğu yoktur. Anataşınmazın tek maliki, kat mülkiyetine çevrilmeye elverişli bölümler oluşturarak her bağımsız bölüme arsa payı özgülerek yapıyı kat mülkiyetine çevirebilir. Bu durumda, her bağımsız bölüme tapu kütüğünde ayrı sayfa verilir, ama malik tek olduğundan, mülkiyet hanelerine aynı isim yazılır.³⁷

2.) KURULUŞ YOLLARI

Gerekli koşulları taşıyan bir taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin kurulması, üç yolla olabilir:

Hukuki İşlemle, Yargı Kararıyla, Özel Yasal Düzenlemeyle.

a) Kat Mülkiyetinin Hukuki İşlemle (Resmi Senetle) Kurulması:

Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için gereken resmi senet, anataşınmazın maliki ya da ortak malikleri tarafından imzalanan bir dilekçenin tapu idaresine verilmesi veya bir tutanakla kayıt altına alınmış sözlü istemde bulunulması üzerine, tapu memurunca düzenlenir.³⁸ Resmi senet, hem tescilin hukuksal nedenini oluşturur, hem de tescil için istem belgesi (talepname) sayılır (KMK m. 13/1).³⁹

Dilekçe ya da istem tutanağına, KMK m. 12'de belirtilen belgelerin de eksiksiz eklenmesi gerekir. Bunlar; anagayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve anagayrimenkulün maliki ya da bütün paydaşlarınca imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından onaylanan mimari proje; toplu yapılarda, yapıların yerleşimlerini gösteren vaziyet planı; yapı kullanma izin belgesi; her bağımsız bölümün arsa payını, türünü, sıra numarasını, varsa eklentisini gösteren ve anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanmış, noterden onaylı, liste ve bağım-

(37) KARAHASAN Mustafa Reşit, *age. Sf. 91.*

(38) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 187.*

(39) KARAHASAN Mustafa Reşit, *age. Sf. 91.*

sız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28. maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik ya da malikler tarafından imzalanmış yönetim planıdır. Kanuna göre, dilekçeye veya tutanağa, temlik tasarrufları için aranan genel nitelikteki belgeler de eklenecektir. Bu belgeler, kat mülkiyeti kurulmasına özgü olmayıp tapu idaresince aranan bir takım ispat araçlarıdır. Örneğin, dilekçe veya istem sahiplerinin kimlik belgeleri;⁴⁰ vekil aracılığı ile işlem yapıyorsa, vekaletnamenin aslı; kısıtlı adına işlem yapılması söz konusu ise, vasi atanmasına ilişkin karar ile bu işlem için verilen izin kararı, vb.⁴¹

Tapu memuru bu belgelerin tamam ve yöntemine uygun olduğu ve dilekçeyi verenlerin ya da istemde bulunanların yetkili oldukları kanısına vardığında, resmi sözleşmeyi düzenleyecektir.⁴²

Anataşınmazın tek kişinin mülkiyetinde bulunması durumunda, taşınmaz üzerindeki yapının kat mülkiyetine çevrilmesi için, malik tek başına başvuruda bulunacaktır. Tapu sicil müdürünce düzenlenecek “sözleşme”de, başvuran tek malikin iradesi ve imzası yer alacaktır.⁴³ Uygulamada, malik tek kişi ise, resmi senet düzenlenmeyip ilgilinin bu konudaki istemi yeterli sayılmaktadır.⁴⁴

KMK m. 13’de, “**sözleşme**” deyimine yer verilmişse de, burada kastedilen; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesiyle meydana gelen, iki taraflı bir hukuksal işlem olan, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olmayıp KMK m. 10/1’de belirtilen “**resmi senet**”tir.

Sözleşme (resmi senet) düzenlenince, KMK m. 13/2 hükmüne uygun olarak, tapu kütüğüne tescil ile kat mülkiyeti kurulmuş olur.

Bütün bu işlemler, KMK m. 10/4’te kastedilen, kat irtifakı kurulmadan doğrudan doğruya kat mülkiyetine geçişe ilişkindir. m. 14/3’te belirtildiği gibi, kat irtifakı kurulmuş bir yapı tamamlandığında, kat irtifakının tesciline ilişkin resmi senede göre kat mülkiyetine geçileceğinden, yeniden resmi senet düzenlenmesine gerek yoktur.⁴⁵ Malik tek kişi ise onun, birden fazla malik varsa, bağımsız bölüm maliklerinden sadece birisinin tapu sicil müdürlüğünden istemde bulunması yeterlidir.⁴⁶ Ancak, birden çok bölümün tek bağımsız bölüm olarak tescili isteniyorsa, diğer irtifak hakkı sahiplerinin rızası ile bu yeni durumu içeren yeni bir resmi

(40) ARPACI Abdülkadir, age. Sf. 53.

(41) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 93.

(42) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 187.

(43) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 91 - 92.

(44) YEŞİL Metin, age. Sf. 208.

(45) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 187.

(46) YEŞİL Metin, age. Sf. 206.

senet hazırlanması⁴⁷ ve buna uygun değişiklik projesinin verilmesi gerekecektir.

Toplu yapılarda kat mülkiyetinin kurulmasına, aranacak belgelere, tapuda yapılacak işlemlere ilişkin hususlar, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.⁴⁸

b) Kat Mülkiyetinin Yargı Kararıyla Kurulması:

Kat mülkiyetinin yargı kararıyla kurulması ya ortaklığın giderilmesi (şuyuun izalesi) davası ile ya da kat mülkiyeti kurulmasını amaçlayan sözleşmelerin ifası için açılacak davalar yoluyla olur.⁴⁹

aa) Ortaklığın Giderilmesi Davası İle Kat Mülkiyeti Kurulması:

Ortak mülkiyete konu bir taşınmazda ortaklığın giderilmesi, aynen taksim biçiminde olabileceği gibi, ortak taşınmazın satılması ve parasının paylaştırılması yoluyla da olabilir (MK m. 698 - 699). KMK m. 10/5 ile, eğer koşulları varsa, hakim kat mülkiyeti kurulmasına karar vermesi suretiyle ortaklığın giderilmesi olanağı getirilmiştir. Hakimin bu yönde karar verebilmesi için aşağıdaki koşulların sağlanması gerekir:

i) Ortaklığın giderilmesi için dava açılmış olmalıdır.⁵⁰

ii) Dava konusu taşınmaz, kat mülkiyeti kurulmaya elverişli olmalıdır.

iii) Davacı veya davalılardan en az biri tarafından, paylaşımın, kat mülkiyeti kurularak bağımsız bölümlerin paydaşlara özgülenmesi yoluyla yapılması istenmelidir. Davada, paydaşlardan herhangi birinin kat mülkiyetine çevrilmesinden söz etmeksizin aynen paylaşırma isteminde bulunmuş olması, kat mülkiyetine geçilmesi istemini de kapsar.

iv) Taşınmazda ortak maliklerden her birine en az bir bağımsız bölüm düşmedikçe mülkiyetine geçilemez.⁵¹ Maliklerin her birine en az bir bağımsız bölüm düşmekle birlikte, eğer payları ile orantılı bağımsız bölüm isabet etmiyorsa, hakim bölüşmede mağdur olan paydaşa, ivaz ilavesi suretiyle denkleştirme yapılmasına hükmetmelidir.⁵²

v) Davada, KMK m. 12'de sayılan belgelerin dosyaya girmesi sağlanmalıdır.⁵³

(47) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 187.

(48) 5711 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi gereği, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde hazırlanması öngörülen bu yönetmelik konusunda, 05.09.2008 tarihine kadar herhangi bir çalışma yapıldığına ilişkin bir bilgiye erişilememiştir (Bkz. www.bayindirlik.gov.tr, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı "Yönetmelik-ler")

(49) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 404.

(50) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 99.

(51) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 187.

(52) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 404.

(53) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 100.

bb) İfa Davasıyla Kat Mülkiyeti Kurulması:

Uygulamada, özellikle henüz tamamlanmamış ve kat mülkiyetine çevrilmemiş yapılarda, bağımsız bölümlerin noter senediyle satılması veya bunlar üzerinde kat irtifakı kurma vaadi (topraktan/projeden satış uygulamaları) veya yine noterce düzenlenen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, alıcıların ve müteahhitlerin bu sözleşmeye dayanarak, binanın kat mülkiyetine çevrilmesini talep edip edemeyecekleri, tartışma konusu olmuştur. Yargıtay; 24.04.1978 tarihli 3/4 sayılı İBK ile bu sözleşmeleri, satış vaadi olarak geçerli saymıştır. Çünkü, burada, kat mülkiyeti kurulmasına ilişkin bir sözleşme söz konusu değildir.⁵⁴ Dolayısıyla, bunların gerek iradi gerekse yargı yoluyla ifası, kendiliğinden kat mülkiyeti kurulmasını sağlamaz. Alıcı veya müteahhite, sadece taşınmazın müşterek maliki sıfatını kazandırır. Kat mülkiyetinin kurulması ise, ya KMK m. 12 uyarınca müşterek maliklerin ortak iradesiyle ya da KMK m. 10/5 uyarınca ortaklığın giderilmesi davasıyla olur.

Bir bağımsız bölümün satımı, adi yazılı bir senetle yapılmışsa, MK m. 706 gereği, MK m. 716'ya dayanarak cebri tescil davası açılmaz. Adi yazılı biçimde yapılan, arsa karşılığı kat yapım sözleşmelerinde müteahhit lehine MK m. 724'ün uygulanması mümkünse de, adi yazılı senetle, özellikle, henüz bitmemiş yapıdan temelden kat satın alan kişilerin ödediği semenin iadesini talep etmekten başka bir hakları yoktur. Fakat, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 06.11.1984 tarihli kararında MK m. 706 hükmünü görmezden gelerek;

“Kat karşılığı inşaat sözleşmesi adi yazılı, hatta sözlü şekilde yapılmış olsa bile müteahhid edimini ifa etmişse, arsa sahibinden sözleşmeyle kendine bırakılan bağımsız bölümlerin adına tescilini talep hakkı doğar. Aynı hakka müteahhitten adi yazılı şekilde kat satın alan 3. kişiler bu haklarını BK 162 uyarınca temellük ettiklerinden sahiptir.” demektedir. Gerçekten de, arsa malikinin MK m. 724'den doğan mülkiyeti nakil borcu, kanundan doğan bir borçtur. Müteahhidin gerek inşaat sözleşmesinden doğan haklarını, gerekse MK m. 724'den doğan haklarını başkalarına temlike engel bir hukuk kuralı yoktur. Alacağın temliki, sadece yazılı şekle tabi olduğuna göre (BK m. 163), müteahhitten bu şekilde adi yazılı bir sözleşme ile kat satın alanların alacağın devri nedeniyle (BK m. 168), müteahhite halef olacağı kabul edilmelidir. Ayrıca, yapılan bu tür sözleşmelerin butlanını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği hallerde, hakim bunların ifası amacıyla açılacak davaları dinlemesi, sosyal gereksinimlerimize uygun olacaktır.⁵⁵ Nitekim, 30.09.1988 tarihli, 2/2 sayılı İBK'da⁵⁶ bu sonuç kabul edilmiştir:

(54) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 405.

(55) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 406.

(56) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 261.

“MK m. 634’e (YMK m. 706) uygun olmayan bir işleme dayanılarak açılan cebri tescil davaları, dinlenilmez. Ancak Kat Mülkiyeti Kanununa bağlı olarak yapımına başlanılan bir taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmaksızın taraflar, bir bağımsız bölümün satışında anlaşmış, alıcı tüm borçlarını ödemiş ve satıcı da, ona bağımsız bölümü teslim etmesine rağmen, tapuda resmi mülkiyeti devir işlemlerini yapmaktan kaçınır ise, olayın özelliklerine göre hakim, MK 2. maddesine göre açılan tescil davasını, kabul edebilir.”

Görülüyor ki, kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile bu yoldan kurulması da mümkündür. Ancak, taşınmaz satış vaadi borçlusunun, bağımsız bölümler üzerindeki kat mülkiyetini hangi anda kazanacağı, yani kat mülkiyetinin hukuken ne zaman kurulmuş sayılacağı tartışma konusu olabilecektir.⁵⁷

c) Kat Mülkiyetinin Özel Yasal Düzenlemeyle (İmar Affı Yasası’na Göre) Kurulması:

İmar affı kapsamına giren taşınmazların kat mülkiyeti işlemleri 08.03.1984 tarih, 2981 sayılı ve 22.05.1986 tarih, 3290 sayılı yasalar gereği oldukça basitleştirilmiştir. Bütün bağımsız bölümler için aşağıdaki belgelerin düzenlenerek tapu sicil müdürlüğüne verilmesi gerekir:

aa) İki kata kadar olan yapılarda, yeminli özel teknik bürolarca düzenlenen röleve planı ve tesbit değerlendirme belgesi,

bb) Üç veya daha çok katlı yapılarda, özel yeminli teknik bürolar veya belediyelerce onaylanmış inşaat projeleri ve tesbit değerlendirme belgeleri,

cc) Bağımsız bölümün katı, numarası, arsa payı ve niteliğini gösterir dilekçe (bu hususlar belirlenmiş olmak kaydıyla tapu sicil müdürlüğü tescil istem belgesi de düzenleyebilecektir).

Yukarıdaki belgelerin ibrazı ile başkaca bir belge aranmaksızın ve resmi senet düzenlenmeksizin, kat mülkiyeti veya kat irtifakı işlemleri yerine getirilebilecektir. Bu durumda, işlemle birlikte tapu kütüğünün beyanlar hanesine, işlemin söz konusu yasalar gereği yapıldığı kaydı düşülmektedir.

Kat mülkiyetine çevirmede, daha önce tapu kütüğünde tashih yapılmamışsa, taşınmazın cinsinin tashihi gerekecektir.

İmar affı yasası kapsamındaki söz konusu yerlerde, işlemlerin 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda belirtilen belgelerle yerine getirilmesi talep edilirse, işlem bu belgelerle de yapılabilecektir.⁵⁸

(57) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 115.

(58) YEŞİL Metin, age. Sf. 212.

B. KAT İRTİFAKININ KURULMASI

1.) GENEL İLKELELER

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 2/c, 3/son, 10/1, 11/1, 12, 14/1. maddelerinde; kat irtifakının tanımı, kuruluş ve geçerlilik koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, geçerli bir kat irtifakı kurulabilmesi için gereken koşullar:

a) KMK hükümleri incelendiğinde kat irtifakının, ancak tapuya kaydedilmiş; yani, kendisine, tapuya yazılması sonucu sahife açılmış arazi-lerde kurulabileceği anlaşılr. Bu sonuca;

“... kat irtifakı, Tapu Sicil Tüzüğüne göre tutulacak kat mülkiyeti kütüğüne tescil olunur. Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, tescille ilgili genel hükümler, kat mülkiyeti kütüğüne yapılacak tescillerde de uygulanır (KMK m. 11/1)”

hükmüne dayanılarak varılmaktadır. Kadastro görmemiş yerlerde ise, Tapu Sicili Tüzüğündeki formüle göre, ayrıca tutulacak Kat Mülkiyeti Zabıt Defterine tescil edilecektir. Zabıt defterine yazılan bir tescil MK anlamında kütüğe yapılan tescil niteliğinde kabul edilmektedir.⁵⁹

b) Kat irtifakı kurulabilmesi için, arsa üzerine henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış olmalıdır (KMK m. 2/c).

c) Planlanan ya da yapılmakta olan yapı, kat mülkiyeti kurulabilmesi için aranan koşulları sağlayacak nitelikte olmalıdır (KMK m. 1).

d) İster müşterek mülkiyete konu bir arsanın paydaşları, ister tek kişi malik tarafından kurulsun, kat irtifakının kurulabilmesi için, yaratılacak bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının saptanması gerekir. Anataşınmazda lehine kat irtifakı kurulmamış arsa payı bırakılamaz (KMK m. 5/2).⁶⁰

e) Müşterek mülkiyete konu bir arsada, arsa paylarının, paydaşların oybirliği ile belirlenmesi gerekir.

f) Arsa payları, kat irtifakının kurulduğu tarihteki bağımsız bölüm değerleri ile oranlı olarak belirlenecektir.⁶¹

g) 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun'un 703. maddesiyle getirilen,

“Elbirliği mülkiyeti, ... veya paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erer”

biçimindeki düzenleme ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 26.05.1986 tarih, 5205/5496 no. lu kararı ile kabul edilen; elbirliği ile mülkiyetin, maliklerin oybirliğine dayalı kararları ile paylı mülkiyete geçiş olanağı,

(59) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 90.

(60) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 97.

(61) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 99 - 100.

yasal bir zemine oturtulmuş olmaktadır. Bu nedenle, elbirliği ile mülkiyete konu taşınmaz üzerinde de kat irtifakı kurulabilecektir. Çünkü, bu amaçla düzenlenecek resmi senet maliklerin paylı mülkiyete geçiş yönündeki ortak istencinin göstergesi olacaktır.

2.) KURULUŞU

KMK'nun kat irtifakını düzenleyen asıl maddelerinde "istem - resmi senet (sözleşme) tescil" den oluşan üç aşamalı tek bir kuruluş yöntemi öngörülmektedir (Olağan kuruluş yolu). Ancak; 13.04.1983 tarih, 2814 sayılı Değişiklik Yasası'nın 15. m.siyle KMK'na eklenen Ek Madde 4, kat irtifakının kurulması konusunda istisnai bir düzenleme getirmiştir: Paydaşıktan Çıkarma Yoluyla Kat İrtifakı Kurulması.

a) Kat İrtifakının Olağan Yoldan Kurulması

KMK m. 10/1'e göre, "kat irtifakı resmi senetle ve tapu siciline tescil ile doğar". Tapu sicil müdürlüklerinde kat irtifakı iki şekilde kurulmaktadır:

i) Taşınmazın sadece bir kişi adına kayıtlı olması halinde, malik veya temsilcisinin talebi kuruluş için yeterli olmaktadır.

ii) Üzerine kat irtifakı kurulacak arsanın birden çok ortak maliki varsa, maliklerin veya temsilcilerinin tümünün talebi üzerine, resmi senet düzenlenmek suretiyle kat mülkiyeti kurulmaktadır. Paylı mülkiyete konu taşınmazlarda, paydaşların tümünün bir kişiyi vekil atamaları durumunda, kat irtifakı vekilin talebi ile değil, paydaşlar veya temsilcilerinden en az iki kişinin düzenlenecek resmi senede katılması halinde kurulmaktadır.⁶²

KMK m. 11'de 5711 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik gereği, kat irtifakları da kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilmektedir.

Ancak, kat irtifakının tescili aşamasına gelebilmek için KMK m. 14'de sayılan belgelerin tamamlanması gerekecektir. Bu belgelerin niteliği bakımından özel hukuk alanı dışına çıkan kat irtifakı, idari bir işlemdir. Bu yönü ile kat irtifakı kurulması işlemi, kamu düzenine ilişkin hüküm getiren İmar Mevzuatı ve yine emredici hükümler olan Tapu mevzuatına ait kuralların yerine getirilmesini zorunlu kılar. Tescilin ön koşulu olan bu belgeler:

• Dilekçe veya Sözlü İstem (İstem Tutanağı)

İdari bir işlem olan kat irtifakının kuruluş işlemlerini başlatmak için, bu yöndeki talep, gerekli belgeler eklenerek, ilgili tapu sicil müdürlüğüne yöneltilmelidir.⁶³ Bu talep; ya malikin veya tüm paydaşların imzala-

(62) YEŞİL Metin, *age. Sf. 195 - 196.*

(63) ÖZMEN E. Saba, *age. Sf. 127 - 128.*

dığı bir dilekçe ile ya da sözlü istemde bulunmak suretiyle iletilir. Sözlü istemde bulunulması durumunda, tapu memurunca bu isteme ilişkin bir “tutanak” düzenlenir ve arsa malikinin ya da tüm maliklerinin imzaları alınır.⁶⁴ Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü; uygulamada kolaylık sağlamak için, aynı yönde irade beyanlarını matbu olarak düzenleme gereği duymuş ve “basılı tescil istem belgeleri”ni hazırlatarak kullanıma koymuşsa da,⁶⁵ basılı tescil istem belgeleri kat irtifakı talebi için yeterli olmadığından, genelde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle işlem talep edilmektedir. Verilecek dilekçede, bağımsız bölümlerin kat ve sıra numarasının, değerleri ile orantılı olarak verilmiş arsa paylarının, niteliklerinin, varsa eklenmeleri ve değerlerinin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Ayrıca, işleme konu taşınmazın tapu kaydı bilgileri de dilekçede yer almalıdır.⁶⁶

• Dilekçeye Eklenmesi Zorunlu Belgeler

KMK m. 14/1’e göre, kat irtifakının kurulması istemine ilişkin dilekçeye aşağıdaki belgelerin eklenmesi zorunludur:

- Proje ve Vaziyet Planı,
- Bağımsız Bölümlerin Listesi,
- Yönetim Planı.

• Kat İrtifakının Tescili

Dilekçe ve eklerinin sunulması üzerine, Tapu Sicil Müdürü (görevli) resmi senedi düzenler ki, bu senet, aynı zamanda tescil istemini de kapsar (KMK m. 13/1). Ardından, arsa payına bağlı kat irtifakları, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir (KMK m. 11/1). Böylelikle kat irtifakı kurulmuş olur.⁶⁷ Tescil işlemi sırasında, yapının ya da yapıların verilen projeye göre tamamlanmasından sonra kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölümlere özgülenen ve resmi senette ya da dilekçede gösterilen arsa payları, bağımsız bölümlerin numaraları ve bu bölümlere bağlı eklentiler kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir (KMK m. 14/2).

Toplu yapılarda kat irtifakının kurulmasına, aranacak belgelere, tapuda yapılacak işlemlere ilişkin hususlar, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.⁶⁸

(64) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 286.*

(65) ÖZMEN E. Saba, *age. Sf. 128 - 129.*

(66) YEŞİL Metin, *age. Sf. 196 - 197.*

(67) KARAHASAN Mustafa Reşit, *age. Sf. 181.*

(68) Bkz. Dipnot (48) *Sf. 17.*

b) Paydaşlıktan Çıkarma Yoluyla Kat İrtifakı Kurulması (Kat İrtifakına Geçiş)

KMK Ek m. 4'de; ileride yapılacak ve tamamlandığında kat mülkiyetine geçilecek bir yapıda, kat irtifakının, ancak tüm paydaşların ortak istencileriyle kurulabileceğine ilişkin genel kurala bir ayrıcalık getirilmiştir.⁶⁹ Aslında, bu düzenleme ile kat irtifakında yeni bir kuruluş yöntemi getirilmemekte; KMK hükümlerince kat irtifakına geçişte, müşterek maliklere, bazı özel koşullara bağlı olarak, kolaylık getirilmektedir. Çünkü, burada söz konusu olan, kat irtifakının, yine paydaşların istencine dayanılarak kurulmasıdır. Yargının (mahkemenin) buradaki işlevi, kat mülkiyetinde olduğu gibi, kat irtifakının kurulmasına değil; MK m. 496'ya koşut olarak, eğer koşulları varsa, paydaş çoğunluğunca alınan kat irtifakı kurma kararının uygulanabilmesini sağlamak üzere, karara katılmayan paydaşın/paydaşların çıkarılmasına karar vermektir. Paydaşlıktan çıkarmanın koşulları:

aa) Kat İrtifakına Özgü Koşullar: KMK Ek m. 4'ün uygulanabilmesi için, kat irtifakı kurulacak arsanın, kat irtifakı kurulması konusundaki genel ilkelere uygun olması gerekir.

bb) Müşterek Mülkiyete Özgü Koşullar:

i) Paydaş sayısı en az beş kişi olmalıdır.

ii) Paydaşlar arsayı yapı yaptırmak amacıyla edinilmiş olmalıdır.⁷⁰ Maddenin uygulanmasında en önemli unsur budur. Bu edinim; satın alma, trampa veya bağış yoluyla olabilir. Önemli olan paydaşların aralarında önceden anlaşarak arsayı bu amaçla edinmiş olmalıdır. Miras yoluyla geçmiş ya da başka bir biçimde bir anlaşma olmadan pay sahibi olunmuş taşınmazlarda bu madde uygulanamaz.⁷¹

cc) Diğer Koşullar:

i) Paydaşların beşte dördü tarafından alınmış, geçerli bir kat mülkiyeti kuruluş kararı bulunmalıdır.

ii) Kat irtifakı kuruluş kararına uymayan paydaşa, noter kanalıyla ihtar çekilerek geçerli bir kat irtifakına geçiş kararı alındığı bildirilmiş ve iki ay içinde bu kararın getirdiği yükümlülöklere katılma çağrısı yapılmış olmalıdır.

iii) Paydaşlıktan çıkarılması söz konusu olan paydaş, verilen sürede, yapılan çağrıya uymamış olmalıdır.

Paydaşlıktan çıkarmaya ilişkin tüm bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, noter ihtarı çeken paydaşlar paydaşlıktan çıkarma davası aç-

(69) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1322.

(70) ÖZMEN E. Saba., Sf. 150 - 153.

(71) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1322 - 1323.

mak zorundadırlar. Çünkü; kat irtifakına geçiş kararına uymama veya bu konudaki yükümlülükleri yerine getirmemenin yaptırımını davalının müşterek mülkiyet hakkının sona erdirilmesidir.⁷²

C. FARKLARI

1) Kat mülkiyeti kurulabilmesi için anayapının tamamlanmış; yapı kullanma izninin alınmış olması gerekir. KMK m. 66/3'te düzenlenen, toplu yapılarda kısmi kat mülkiyetine ilişkin hükümde de, kat mülkiyetine geçiş olanağı sadece tamamlanmış bölümlere tanınmıştır. Oysa, kat irtifakı henüz tamamlanmamış, hatta yapımına bile başlanmamış yapılarda kurulabilir.

2) Kat irtifakının varlık nedeni kat mülkiyetidir. Bir başka deyişle, "kat irtifakı kat mülkiyetine geçişin bir ön aşaması"dır.⁷³ Buna karşılık, kat mülkiyeti, kat irtifakı olmadan da kurulabilir.

3) Kat mülkiyeti, üç farklı yolla kurulabilir: hukuki işlemle (resmi senetle), yargı kararıyla, özel yasal düzenlemeyle. Oysa idari bir işlem olan kat irtifakı, sadece, maliklerin ortak istencine (yazılı veya sözlü olarak kendisine iletilen) dayanılarak, tapu memuru tarafından düzenlenen resmi senetle ve tapu siciline tescille kurulur. KMK Ek m. 4'teki düzenleme, bu genel kurala bir ayrıcalık getirmekle birlikte, kat irtifakında yeni bir kuruluş yöntemi getirmemektedir. Mahkemenin buradaki işlevi, kat mülkiyetinde olduğu gibi, kat irtifakının kurulmasına karar vermek değildir.

4) 5711 sayılı Yasa; kat mülkiyeti ile kat irtifakı arasındaki, kuruluş bakımından farklar konusunda, çok önemli bir değişiklik getirmektedir. Her ne kadar kendine özgü nitelikler taşıdığı kabul edilse de, Yasa'nın eski halindeki (m. 11/2);

"Kat irtifaklarının tescili kat mülkiyeti kütüğüne yapılmayıp bu Kanunda yazılı ilgili hükümler gözetilmek şartıyla irtifak haklarının tesciline ait genel hükümlere göre yapılır."

hükmünden, yasa koyucunun, kat irtifakını özgün bir kurum olarak değil, bir irtifak hakkı türü olarak gördüğü anlaşılmaktadır. 5711 sayılı Değişiklik Yasası ise, m. 11'de yapılan;

"Kat mülkiyeti ve kat irtifakı Tapu Sicili Tüzüğüne göre tutulacak kat mülkiyeti kütüğüne tescil olunur."

biçimindeki düzenleme bu konuda, tam tersi bir anlayış geliştiğini göstermektedir. Bunun doğal sonucu olarak; kat mülkiyeti ile kat irtifakının kuruluşlarındaki farklılardan, tescile ilişkin olanı ortadan kalkmıştır.

Ancak, 5711 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile KMK'ya eklenen m. 68/3'deki,

(72) ÖZMEN E. Saba, age. Sf. 155 - 167.

(73) GERMEÇ Mahir Ersin, Age. Sf. 62.

“Toplu yapı uygulamasında, kat mülkiyetinin ve kat irtifakının tesisine, aranacak belgelere, tapuda yapılacak işlemlere ilişkin hususlar, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

hükmü ile 5711 sayılı Yasa'nın Geçici 1. Maddesi'ndeki,

“Bu Kanun gereğince hazırlanması gereken yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde hazırlanır.”

hükmü birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu yönetmeliğin, toplu yapılarda kat mülkiyeti ile kat irtifakı arasında, kuruluş bakımından fark getirme olasılığı göz ardı edilmemelidir.⁷⁴

V. SAHİPLERİNİN HAKLARI BAKIMINDAN KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKI ARASINDAKİ FARKLAR

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 15:

“Kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde bu kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla, Medeni Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 16:

“Kat malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar.

Kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat malikine ait arsa payı ile oranlıdır.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 17:

“Kat irtifakı sahipleri, ortak arsa üzerinde yapılacak yapının, sözleşme yazılı süre içinde başlaması ve tamamlanması için kendilerine düşen borçların yerine getirilmesini, karşılıklı olarak isteme ve dava etme hakkına sahiptirler.

(Değişik: 13.04.1983 - 2814/7 m.) *Kat irtifakı sahipleri yapının tamamlanması için kendi aralarından veya dışarıdan bir veya birkaç kişiyi yönetici olarak tayin edebilirler. Kat mülkiyeti yöneticisinin görev, yetki ve sorumluluklarına dair hükümler, bu yönetici hakkında da uygulanır.*

(Değişik: 13.04.1983 - 2814/7 m.) *Kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi anagayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanır.”*

(74) Bkz. Dipnot (48) Sf. 17.

A. KAT MALİKLERİNİN HAKLARI

Kat maliklerinin bağımsız bölümler üzerindeki hakları ile ortak yerler üzerindeki hakları, ayrı ayrı düzenlenmiştir:

1.) KAT MALİKİNİN BAĞIMSIZ BÖLÜM ÜZERİNDEKİ HAKLARI

KMK m. 15, kat maliklerinin bağımsız bölümler üzerindeki haklarını düzenlemekte, onların kendi bağımsız bölümleri üzerinde (bu yasanın ilgili hükümleri saklı kalmak koşuluyla) Medeni Kanun'un maliklere tanıdığı tüm hak ve yetkilere sahip olduklarını belirtmektedir. Böyle bir düzenleme, bağımsız bölümlerden her birinin bağımsız bir taşınmaz sayılmasının doğal sonucudur.⁷⁵ Bu hüküm, bağımsız bölüme özgülenmiş eklentiler için de geçerlidir.

Bu yasal düzenlemeye göre her kat maliki, kendi bağımsız bölümünü tek başına kullanır, ondan yararlanır, devredebilir, bir hakla sınırlandırılabilir, kiraya verebilir; elatmanın önlenmesi, tapu kaydının düzeltilmesi, zilyedliğin korunması için dava açabilir.⁷⁶ Ancak, kat maliki bu haklarını kullanırken KMK'nın saklı tutulan hükümlerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Örneğin, "ortaklığın giderilmesi" isteminde bulunmayacak; resmi sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, bir başka kat malikinin kendi bağımsız bölümünü satması durumunda "önalım hakkı? iddiasında bulunamayacak;⁷⁷ kendi bağımsız bölümü üzerinde, kat mülkiyeti ve diğer kat maliklerinin hakları ile bağdaşmayan irtifak hakları kuramayacaktır.⁷⁸

2.) KAT MALİKİNİN ORTAK YERLER ÜZERİNDEKİ HAKLARI

KMK m. 16/1; kat maliklerinin, anataşınmazın ortak yerlerine "ortak mülkiyet" esaslarına göre ve "arsa payları oranında" mülkiyet hakkına sahip olacaklarını hükme bağlamaktadır. Kat mülkiyeti düzeninde, bir kat maliki kendi bağımsız bölümü üzerinde "bağımsız mülkiyet" hakkına sahipken, ortak yerlere, diğer kat malikleri ile birlikte, ancak bağımsız bölümüne özgülenen arsa payı oranında "ortak mülkiyet" kurallarına göre malik olabilmektedir.⁷⁹

KMK m. 16/2'de ise, kat maliklerinin ortak yerlerdeki kullanma haklarından söz edilmekte; kat maliklerinin ortak yerlerdeki kullanma hakkının arsa payı ile orantılı olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, bu düzenlemenin aksine sözleşme yapılabileceği de açıkça ifade edilmiştir.⁸⁰ Ancak, bu ortak yerlerden; teraslar (çatı), duvarlar, sıhhi tesisat, merdivenler, asan-

(75) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 297 - 298.

(76) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 190.

(77) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 298 - 299.

(78) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 407.

(79) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 304.

(80) ARPACI Abdülkadir, age. Sf. 61.

sör, giriş kapısı, vb. bazılarından, nitelikleri gereği, “arsa payı oranında” yararlanmak mümkün değildir. Malikler, arsa payları ne olursa olsun, bu tür ortak yerlerden eşit olarak yararlanma hakkına sahiptirler. Bunun aksine sözleşme yapılamaz.⁸¹

Yasa’nın 16. maddesinin 2. fıkrasında sözü edilen “sözleşme”, KMK m. 2/e ile tanımlanan “**resmi sözleşme**” değildir. MK’nın paylı mülkiyeti düzenleyen hükümleri çerçevesinde, paydaşlar, nasıl kullanma biçimini yer ve zaman yönünden belirlemeye yetkili iseler, kat mülkiyetinde de, bağımsız bölüm malikleri, ortak yerlerden yararlanmanın somut ölçüsünü ve biçimini kararlaştırabilirler. Bu bağlamda, oybirliği ile düzenlenen yönetim planına da hüküm konulabilir ki, uygulamada çoğunlukla bu yola başvurulduğu gözlemlenmektedir.⁸²

Kat malikinin bağımsız bölümünde kira sözleşmesine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir nedene dayanarak devamlı bir biçimde oturanlar da ortak yerlerden yararlanma hakkına sahiptirler. Bu kişiler, o bağımsız bölüm malikinin ardılı (halefi) olarak onun hakkı oranında ortak yerleri kullanabilirler. Bu haktan yararlanmalarına öteki kat maliklere engel olamaz.⁸³

Kat malikleri, ortak yerleri kullanırken birbirinin hakkını gözetmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, öteki kat maliklerinden her birinin, konuyu önce kat malikleri kuruluna götürmek (KMK m. 32/3) ve sorun burada çözülemezse, hakimin müdahalesini istemek hakkı vardır (KMK m. 33). Bu bağlamda, bir kat malikinin ortak yerlerden yararlanması engellendiğinde ya da buradaki ortak mülkiyet hakkına el atıldığında o kat maliki, çekişmenin (muarazanın) giderilmesi ve el atmanın önlenmesi (müdahalenin men’i) için dava açabilir. Ayrıca, bu haksız saldırıdan dolayı bir zarara uğramışsa tazminat isteminde de bulunabilir. Kiracı ya da oturma (sükna) veya yararlanma (intifa) hakkı sahibi olarak devamlı oturanlar da; ortak yerlerden yararlanma haklarına –oturdıkları bağımsız bölümü yasaya ve yönetim planına uygun biçimde kullanmalarını engelleyici nitelikte- bir müdahale söz konusu olduğunda, bunun önlenmesi için mahkemeye başvurabilirler.

Ortak yerlere el atan kişi de bir kat maliki ise, başvuru sulh mahkemesine yapılır ve uyuşmazlık KMK hükümlerine göre çözülür. El atan kişi kat maliki değil de bir üçüncü kişi ise, gerek görevli mahkemenin belirlenmesi gerekse uyuşmazlığın çözümü genel hükümler çerçevesinde olacaktır.⁸⁴

(81) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 408.

(82) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 192.

(83) GERMEÇ Mahir Ersin, age. 305.

(84) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 305 - 306.

B. KAT İRTİFAKI SAHİPLERİNİN HAKLARI

KMK m. 17, kat irtifakı sahiplerinin haklarını düzenlemekle birlikte, bir ölçüde irtifak hakkı sahiplerinin borçlarına da değinmektedir. Bu durum “kat irtifakı” kurumunun yapısından kaynaklanmaktadır. Çünkü, kat irtifakı ilişkisinde bir paydaşın hakkı, “öteki paydaşlardan üzerlerine düşen borçları yerine getirmelerini istemek” anlamını taşır. Kat irtifakı sahipleri, yapıya sözleşmede öngörülen zamanda başlanması ve projesine uygun olarak süresinde tamamlanması konusunda birbirlerine karşı hem borçlu hem de hak sahibi durumundadırlar.

Maddenin 1. fıkrasında geçen “**sözleşme**”nin, kat irtifakının kurulmasına ilişkin resmi senet mi, yoksa yapının yapılıp tamamlanması için paydaşlar arasında yapılmış olan ayrı bir anlaşma mı olduğu konusunda açıklık yoktur. Ancak, yasada yer alan kavramları tanımlayan m. 2/e ile kat irtifakının kuruluşu ve tesciline ilişkin m. 13/1 ve 14/2 ile birlikte değerlendirildiğinde, buradaki sözleşmenin kat irtifakı kurulurken tapu memurunca düzenlenen “**resmi sözleşme**” olduğu sonucuna varılabilir.⁸⁵

Bu açıklamalar ışığında kat irtifakı sahibinin hakları şöyle sıralanabilir.

- 1.) Yapının Tamamlanmasını İsteme ve Dava Hakkı,
- 2.) Yapının Tamamlanması İçin Yönetici Atama,
- 3.) Kat İrtifakının Devrini İsteme Hakkı,
- 4.) Uğranılan Zararın Giderimini İsteme Hakkı,
- 5.) Kat Mülkiyetine Çevirme Hakkı.⁸⁶

1.) YAPININ TAMAMLANMASINI İSTEME VE DAVA HAKKI

Kat irtifakı sahipleri, ortak arsa üzerinde yapılacak yapının sözleşmede yazılı süre içinde yapımına başlanması ve plana (mimari projeye) uygun biçimde tamamlanması için kendilerine düşen borçların yerine getirilmesini karşılıklı olarak istemek ve dava etmek hakkına sahiptirler.

Kat irtifakının dayanağını oluşturan sözleşmede, yapıya başlama ya da yapıyı tamamlama süreleri belirtilmiş olmalıdır. Sözleşmede salt yapının yapılması kararlaştırılmış, ancak yapıya başlama ve bitirme süreleri gösterilmemişse ne olacaktır? Öncelikle belirtmek gerekir ki, böyle bir eksiklik sözleşmeyi geçersiz kılmaz ve irtifak hakkı sahiplerinin, birbirlerinden, yapının projesine uygun olarak yapılıp bitirilmesini, karşılıklı isteme ve dava etme hakkını ortadan kaldırmaz. Bu konuda, kat irtifakı sahipleri arasında uyuşmazlık çıkarsa, hakim, BK m. 2/2 uyarınca işin niteliğini, yapının kapsamını ve tarafların özel durumlarını göz önünde bulundurarak süreyi yöntemince belirler. Sürenin saptanmasında, 3194 sayılı

(85) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 318.

(86) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 206.

İmar Kanunu m. 29 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu hükme göre, yapının yapımına yapı ruhsatının alınmasından itibaren en geç iki yıl içinde başlanması ve yine en geç beş yıl içinde bitirilmesi gerekir. KMK m. 49/3 de yapının beş yıl içinde bitirilmesini gerekli görmüştür.

Bir arsada kat irtifakı kurulmasının amacı, üzerinde yapılacak ya da yapılmakta olan yapı tamamlandığında kat mülkiyetine geçilmesi olduğuna göre, bu yapının tamamlanmasını istemek irtifak hakkı sahiplerinin en doğal hakkıdır. Taşınmazın paydaşları bir kat irtifakı sözleşmesine imza atmış olmakla, karşılıklı olarak bir hak ve yükümlülük ilişkisine girmişlerdir. Öyleyse, bu sözleşmede yazılı süre içinde yapının yapımına başlanmasını ve tamamlanması için paydaşların kendilerine düşen edimleri yerine getirilmelerini karşılıklı isteme ve dava etme haklarının bulunması doğaldır.

Davanın konusu, yerine getirilmeyen borcun niteliğine göre değişirse de, yetkili ve görevli mahkeme, KMK'nın Ek 1. ve 33. maddeleri hükmünce anataşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesidir.

Kat irtifaklı arsa üzerindeki yapının yapılıp tamamlanması için paydaşlardan her birine düşen edimler sözleşmede açıkça belirtilmemiş ve bu konuda aralarında anlaşmazlık çıkmışsa, hakim, BK m. 2/3 gereğince işin niteliğini ve tarafların özel durumlarını değerlendirerek uyuşmazlığı çözümleyecektir.

Yapım işine katılma ya da ödeme yükümlülüklerinden doğan borcunu yerine getirmeyen paydaşa karşı öteki paydaşların birlikte dava açmaları zorunlu değildir. Ancak böyle bir davada, isteğe bağlı (ihtiyari) dava arkadaşlığını düzenleyen HUMK m. 43 hükmünce birlikte dava açılmış olması mahkemenin işini kolaylaştıracaktır.

Burada, ülkemizde yaygın bulunan ve birçok uyuşmazlıklara neden olan bir uygulamadan söz etmekte yarar vardır: çoğunlukla arsa maliki, bir müteahhitle anlaşıp ona arsadan pay vererek aralarında kat irtifakı ve inşaat sözleşmesi yapmakta, yapı henüz tamamlanmadan üçüncü kişilere arsa payı üzerinden kat irtifakı hakkı satılmaktadır. Doğaldır ki, bu arsa üzerinde kurulmuş olan kat irtifakının dayanağını oluşturan resmi sözleşmede taraf olmayan bu kişiler hakkında maddenin birinci fıkrasının uygulanması düşünülemez. Çünkü, resmi sözleşmenin tarafı olan kat irtifakı sahipleri (arsa maliki ya da müteahhit) ile dışarıdan pay sattıkları kişiler arasındaki ilişki, kat irtifakının dayanağı olan ve tapu memurunca düzenlenmiş bulunan resmi sözleşmeden değil, noterde düzenlenmiş satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bunlar arasında uyuşmazlık söz konusu olursa, bu, satış sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olup aralarındaki özel sözleşme hükümlerine göre çözümlenecektir. Ancak, satış sözleşmesi hükümleri herhangi bir nedenle uygulanamaz duruma geldiğinde, bu yolla pay satın alan kişiler kat irtifak hakkı sahipleri olarak bir araya gelip ikinci fıkra hükmünden de yararla-

narak yapının tamamlanması konusunda bir anlaşmaya varabilirler. Artık bundan sonra uygulanacak olan satış sözleşmesi değil, irtifak hakkı sahiplerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmedir. Böyle bir durumda paydaşların öncelikli amacı, yapının yapımına başlayıp onu bitirmek için bir araya gelerek gereken önlemleri almak olmalıdır.⁸⁷

Yapının tamamlanmasını isteme hakkının önemli bir boyutu da, yapının; ilgili tapu dairesinde bulunan ve kat irtifakı istemi ile resmi sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan, tüm paydaşlarca imzalanmış, onaylı projeye uygun olarak tamamlanmasını isteme hakkıdır. Bu çerçevede, her bir paydaş, yapının projeye uygunluğunu denetleyebilir ve herhangi bir aykırılık saptaması durumunda, aykırılığın giderilmesi ve yapının projeye uygun hale getirilmesi istemiyle dava açabilir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de, 1981 yılında, bu yönde bir karar vermiştir:

“Kat irtifakı sahipleri, yapının projeye uygun olarak yapılmasını denetlemek ve gerekirse dava açma hakkına sahiptir.

Dosyadaki tapu kayıt örneğine göre dava konusu ana yapıda kat irtifakı kurulmuştur. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 17. maddesi hükümleri uyarınca kat irtifakı sahipleri ortak arsa üzerinde yapılacak yapının sözleşmede yazılı süre içinde başlaması ve tamamlanması için kendilerine düşen borçların yerine getirilmesini karşılık olarak isteme ve dava etme hakkına sahiptir. Bu bakımdan kat irtifakı sahibi olan davacının da tek başına ortak sayılan yerlerde projesine aykırı olarak yapılan değişiklik ve eklemelerin önlenmesini ve önceki duruma getirilmesini istemek ve dava etmek hakkına sahip olduğu düşünülmenden tek başına dava açamayacağından söz davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına.” (Yargıtay 5. HD., 04.05.1981 T., 4696 E., 5030 K.)⁸⁸

2.) YAPININ TAMAMLANMASI İÇİN YÖNETİCİ ATAMA

KMK m. 17/2, kat irtifakı sahiplerinin yapının tamamlanması için kendi aralarından ya da dışarıdan bir veya birkaç kişiyi yönetici olarak atayabileceklerini hükme bağlamıştır.

Madde metninde, yöneticinin ne şekilde seçilip atanacağı konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, yöneticinin pay ve paydaş çoğunluğu ile atanması hem Medeni Kanun'un ortak mülkiyeti düzenleyen hükümlerine hem de Kat Mülkiyeti Kanunu'nun bu konudaki hükümlerine uygun olacaktır.

Bu şekilde atanmış bulunan yönetici hakkında da, kat mülkiyeti yöneticisinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı madde metninde yer almıştır. Ancak bu görev, yetki ve sorumlu-

(87) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 319 - 321.

(88) KARAHACIOĞLU Ali Haydar, age. Sf. 235.

luğun, onun atanmasına neden olan ve amacını oluşturan yapının tamamlanmasının gerekleri ile sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Henüz yönetilecek tamamlanmış bir anayapı bulunmadığına göre; bu görev, yetki ve sorumluluğun belirtilen amaç kapsamında olması doğaldır.⁸⁹

Öte yandan, kat irtifakı kurulmuş taşınmazlarda yapı eylemli olarak tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi eylemli kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa bile, anataşınmazın yönetiminde, kat mülkiyeti hükümleri uygulanır (KMK m. 17/3).⁹⁰ Bu durumda, atanan yönetici de, kat mülkiyeti yöneticisi ile aynı işlevi görecek; Kat Mülkiyeti Kanunu'nun kat mülkiyeti yöneticisinin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen hükümler çerçevesinde görev yapacaktır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.09.1978 tarihli kararı, bu konuya, herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde açıklığa kavuşturmuştur:

“Kat mülkiyetine geçilmemiş olsa bile kat irtifaklı taşınmaz yöneticisinin ortak giderler için dava açma hakkı vardır.

Taraflar arasındaki kat irtifakında yönetim giderinden doğan alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bolu Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 20.02.1976 gün ve 886/114 sayılı kararın incelenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin 03.05.1976 gün ve 3188-5070 sayılı ilamıyla (634 Sayılı Kanunun 17. maddesinin son fıkrası hükmüne göre kat irtifakında ancak yapının tamamlanması için yönetici tayin edilebilir. Bu nedenle davacı sıfatı ile bu davayı açamayacağı gibi kendisi kat irtifakı sahiplerinden olmadığı cihetle başkaca da bir dava açmaya yetkili olmadığı düşünülmenden davanın kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Yönetici tarafından açılmış olup, konusu, henüz kat mülkiyetine geçilmemiş ve kat irtifakına tabi ana taşınmazın bağımsız bölüm maliki bulunan davalının yakıt ve yönetim giderlerinden ödememiş bulunduğu paranın alınması isteminden ibarettir. Mahkemece iddia hüküm altına alınmış karar, özel dairece, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti kurulmamış bulunması itibarıyla yöneticinin dava hakkı bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kurulan kat irtifakı ile kat mülkiyeti müesseseleri birbirleriyle çok yakından ilişkili iki müessese olup, çoğu kez birincisi ikincisinin bir aşaması olarak tezahür etmektedir. Yasa getirdiği hükümlerle kat mülkiyeti yönünden düzenlemede bulunurken genellikle hemen yanında kat irtifakı hakkında da düzenlemede bulunmuştur.

(89) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 321.

(90) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 201.

Kat Mülkiyeti Kanununun 17/2. maddesinde «kat irtifakı sahipleri yapının tamamlanması için aralarından birini veya bir kaçını «Yönetici» olarak tayin edebilirler, kat mülkiyeti yöneticisinin görev, yetki ve sorumluluğuna dair hükümler kıyas yoluyla bu yönetici hakkında da uygulanır» denilmiştir. Buna göre kat irtifakına tabi taşınmaz yöneticisinin haiz bulunduğu haklar ve görevler tayin olunurken kat mülkiyetine tabi ana taşınmaz yöneticisi hakkında düzenlemede bulunan 35. madde hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu maddenin bu davanın konusunu ilgilendiren (i) bendi uyarınca «kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava ve icra takibi yapılması ve kanuni ipotek hakkının kat mülkiyeti kütüğüne tescil ettirilmesi» de yöneticinin göreceği işler arasında sayılmıştır. O halde olayda 35. maddenin (i) bendinin kıyasen uygulanması ile kat irtifakına tabi ana taşınmazın bağımsız bölümüne ait ortak giderlerinin alınması konusunda açılmış bulunan alacak davasında yöneticinin dava hakkının bulunduğu kabulü gerekir.

Genel Kuruldaki görüşmeler sırasında 634 sayılı Yasanın 17/2. maddesinde sözü edilen yöneticinin ancak yapının tamamlanması için seçilebileceği ve yapı tamamlanmakla yöneticinin görevinin de sona ereceği 35. maddede hiçbir suretle kat irtifakından söz edilmediği, kat malikleri kurulundan söz edildiği, kat irtifakında ise bu ad altında bir kurulun bulunmadığı ve bu nedenlerle de kat irtifakına tabi bulunan anataşınmazdaki ortak giderleri ilgilendiren bu davada yöneticinin dava hakkı bulunamayacağı ileri sürülmüş ise de çoğunluk sıra ile şu gerekçelerle bu düşüncelere katılmamıştır.

634 sayılı yasanın 17/2. maddesi her ne kadar ilk hükmü ile yöneticinin yapının tamamlanması için tayin edilebileceğini öngörmüş ise de, madde bu hükümle yetinmemiş hemen bunu takiben kat mülkiyeti yöneticisinin görev ve yetkilerini düzenleyen hükümlere göndermede bulunmuştur. Eğer kat irtifakı yöneticisinin görevi yapının tamamlanması ile sona erse idi yasa koyucu ayrıca kat mülkiyetine tabi taşınmaz yöneticisine ilişkin 35. maddeye göndermede bulunmazdı. Zira 35. maddedeki hükümler incelendiğinde görülmektedir ki getirilen düzenlemeler tamamlanmış bir yapının yöneticisini ilgilendiren kuralları kapsamaktadır. Bu da gösteriyor ki kat irtifakına tabi bina tamamlanınca kat irtifakı yöneticisinin görevi sona ermemektedir. Aksi halde 35. maddeyi 17. maddenin 2. fıkrası açısından işletmek olanağı kalmazdı. Uygulamada da bina tamamlandığı halde uzun süre kat mülkiyetine geçilemediği görülmekte ve Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden önce ve Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kurulmuş kat irtifakı yönünden böyle bir düzenleme getirilmemiştir. Bu açıklamaların sonucu olarak yapının tamamlanması ile 17/2. madde uyarınca seçilen yöneticinin görevi kendiliğinden sona ermez. 35. maddede her ne kadar kat irtifakı kat irtifakları malikleri kurulundan söz ediliyorsa da kat irtifakı söz konusu olan hallerde 17. mad-

denin yaptığı gönderme nedeniyle kat mülkiyeti yerine kat irtifakı ve kat malikleri yerine kat irtifakı maliklerinin kaim olacağı açıktır.

Bu nedenlerle dava hakkına ilişkin direnme uygun olduğundan direnmeye yöneltilen temyiz itirazlarının reddi ile diğer yönlerin incelenmesi için özel daireye gönderilmelidir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle dava hakkına ilişkin direnme uygun bulunduğundan direnmeye yöneltilen temyiz itirazlarının reddiyle diğer yönlerin incelenmesi için dosyanın Beşinci Hukuk Dairesine gönderilmesine,” (Yargıtay HGK., 27.09.1978 T., 977/5-185 E., 978/767 K.).⁹¹

3.) KAT İRTİFAKININ DEVRİNİ İSTEME HAKKI

Kat irtifakı sahiplerinden biri kendine düşen yükümlülükleri noterlikçe yaptırılan uyarıya karşın, uyarıma gününden işlemeye başlayan iki ay içinde yerine getirmese, diğerlerinin istemi üzerine hakim, ona ait arsa payının ve kat irtifakının, hükme en yakın tarihteki değeri karşılığında, öteki paydaşlara, arsa payları oranında devrine karar verir (KMK m. 26/2).

Yasanın bu hükmü çerçevesinde, paydaşlardan biri ya da bir kaç yöntemince uyarıda bulunarak dava açabilecekleri gibi, öteki tüm paydaşlar birlikte de harekete geçebilirler. Ancak, davanın öteki paydaşların tümü tarafından açılması gerekli değildir; her paydaş, borcunu yerine getirmeyen paydaşın arsa payının devri için istemde bulunmak hakkına sahiptir.

Hakim, m. 26/2'deki koşulların gerçekleştiğini saptadıktan sonra; borcunu yerine getirmeyen paydaşın arsa payının davacıların arsa payları oranında devrine karar verir. Ancak, bunun için, o payın sürüm değerinin davacılar tarafından ödenmesi ya da hiç değilse mahkeme veznesine yatırılmış olması gerekir.⁹²

4.) UĞRANILAN ZARARIN GİDERİMİNİ İSTEME HAKKI

Sözleşmede ve Yasa'da belirlenen süre içinde inşaatın tamamlanmasını bir paydaş kendi kusuruyla engellemiş ve bu nedenle kat irtifakı düşmüşse, bu paydaş diğerlerinin bu yüzden uğradığı zararları gidermek (tazmin etmek) zorundadır (KMK m. 26). Bu, Yasa'nın 49. maddesinin 2814 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki haline koşut düzenleme; bir paydaşın borcunu yerine getirmemesi sonucu “kat irtifakının uzatılmasıyla tamamlanma” söz konusu olduğunda, diğer paydaşların gecikmeden doğabilecek zararlarının giderimi konusunda, herhangi bir hüküm içermemektedir.⁹³ Ancak, m. 26/2 hükmü, genel kurallar çerçevesinde (BK m. 96 vd.) kusurlu borca aykırılığın yarattığı diğer zararların gideri-

(91) Yargıtay HGK., 27.09.1978 T., 977/5-185 E., 978/767 K., GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 323 - 324.

(92) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 206.

(93) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 399.

mi için istemde bulunmaya engel olmadığından, yapının sözleşme koşullarına aykırı olarak gecikmesine neden olan paydaş da, kusuru varsa, zarardan sorumlu tutulabilir ve kusursuzluğunu kanıtlayamaması durumunda, tazminat ödemesi gerekir.

Giderimi gereken zararlar, irtifaka güvenilerek yapılan giderler ile kat mülkiyetini elde edememek yüzünden uğranılan kardan yoksunluktur. Eğer birden çok paydaş borcunu kusurlu olarak yerine getirmemişse, diğerlerinin zararından dayanışmalı sorumlu tutulurlar (BK m. 98/2, BK m. 50). Borçların gecikerek yerine getirilmesinde sorumluluk genel hükümlere bağlıdır.⁹⁴

5.) KAT MÜLKİYETİNE ÇEVİRME HAKKI

Yapı tamamladıktan sonra kat irtifakı sahiplerinden herhangi biri kat irtifakının kat mülkiyetine dönüştürülmesi için, tapu idaresine başvurabilir (KMK m. 3/3). Bu başvuru üzerine, tapu idaresi, tüm bağımsız bölümler üzerinde kat mülkiyetlerini tescil edecektir.

Kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilebilmesi için, tüm yapının tamamlanması ve tüm bağımsız bölümlerin kullanma izninin alınması gerekir. Böyle olmakla birlikte KMK m. 10/2'nin istisnasını oluşturan m. 66/3 hükmünce, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilir.

C. FARKLARI

1) Kat mülkiyeti sahibinin hakları bakımından ikili bir yapı söz konusudur:

- Bağımsız bölüm ve bağımsız bölüme özgülenmiş eklentiler üzerindeki, bağımsız mülkiyet hakkı,
- Ortak yerler üzerindeki ortak mülkiyet hakkı.

Kat irtifakı sahiplerinin hakları bakımından ise, KMK m. 17/3'te düzenlenen geçici istisnai koşullar dışında, böyle bir durum söz konusu değildir.

(94) KARAHASAN Mustafa Reşit, *age. Sf. 205.*

VI. SAHİPLERİNİN BORÇLARI BAKIMINDAN KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKI ARASINDAKİ FARKLAR

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18:

“Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler.

Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmeyenler kat malikleriyle birlikte, müteselsil olarak sorumlu olur.

Giderlere ve sigorta primlerine ait 20. madde hükmü saklıdır.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19:

“Kat malikleri, anagayrimenkulün bakımına ve mimari durumu ile güzelliğini ve sağlamlığını titizlikle korumaya mecburdurlar.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/8 m.) Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana ve boya yaptıramaz. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz. Kat maliki kendi bağımsız bölümünde anayapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamaz. Tavan, taban veya duvar ile birbirine bağlantılı bulunan bağımsız bölümlerin bağlantılı yerlerinde, bu bölüm maliklerinin ortak rızası ile anayapıya zarar vermeyecek onarım, tesis ve değişiklik yapılabilir.

Her kat maliki anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumludur.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20^(*):

“(Değişik birinci fıkra: 13.04.1983 - 2814/9 m.) Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça:

a) Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak;

b) Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer

(*) 28.11.2007 tarihli ve 5711 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle, KMK. Md. 20/1'in (b) bendinde yer alan “koruma” ibaresinden sonra gelmek üzere “, **“güçlendirme”** ibaresi eklenmiş ve ikinci fıkrasında yer alan “yüzde on” ibaresi **“yüzde beş”** olarak değiştirilmiştir.

giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında; katılmakla yükümlüdür.

c) Kat malikleri ortak yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz.

(Değişik: 13.04.1983 - 2814/9 m.) *Gider veya avans payını ödemeyen kat maliki hakkında, diğer kat maliklerinden her biri veya yönetici tarafından, yönetim planına, bu Kanuna ve genel hükümlere göre dava açılabilir, icra takibi yapılabilir. Gider ve avans payının tamamını ödemeyen kat maliki ödemede geciktiği günler için aylık yüzde beş hesabıyla gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür.*

Birinci fıkradaki giderlere, kat maliklerinden birinin veya onun bağımsız bölümünden herhangi bir suretle faydalanan kişinin kusurlu bir hareketi sebep olmuşsa, gidere katılanların yaptıkları ödemeler için o kat malikine veya gidere sebep olanlara rücu hakları vardır.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 21:

“Anagayrimenkulün, kat malikleri kurulunca tayin edilecek değer üzerinden sigorta edilmesi kat malikleri kurulunca kararlaştırılabilir.

Sigorta yapılması halinde kat malikleri, sigorta giderlerine, arsa payları oranında, katılmakla yükümlüdürler.

Anagayrimenkulün tümünün harap olması halinde alınacak sigorta bedeli, aksine sözleşme olmadıkça, kat maliklerine, arsa payları oranında, paylaşılır.

Yalnız bir veya bir kaç bağımsız bölüm veya eklentisi veya ortak yerlerden bir kısmı hasara uğramışsa, alınacak sigorta bedeli hasara uğrayan yerlerin onarımına arsa payları oranında harcanır.

Kat malikleri anagayrimenkulün sigortasıyla giderilemeyecek olan zararlarını karşılamak üzere, kendi bağımsız bölümlerini ayrıca kendi ad ve hesaplarına sigorta ettirebilirler; bu halde alınacak sigorta bedeli, anagayrimenkulün sigorta bedelindeki payları da ayrıca saklı kalmak üzere, yalnız kendilerine ait olur. Sigorta hakkındaki emredici hükümler saklıdır.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 22:

(Değişik birinci fıkra: 13.04.1983 - 2814/10 m.) *Kat malikinin, 20. madde uyarınca payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müstereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür.*

Kat malikinin borcu bu yolla da alınamazsa, mahkemece tesbit edilen borcunu ödemeyen kat maliklerinin bağımsız bölümü üzerine, varsa yöneticinin yoksa kat maliklerinden birinin yazılı istemiyle bu borç tutarı için, diğer kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı tescil edilir. (Değişik son cümle: 28.11.2007 - 5711/10 m.) 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 893 . maddesinin son fıkrası hükmü burada da uygulanır.

(Değişik: 13.04.1983 - 2814/10 m.) Kat maliklerinin, gider borcunu ödemeyen kat maliki veya diğer sorumlulardan olan alacakları önceliklidir.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 23^(*):

“Kat maliklerinden birinin bağımsız bölümünde veya bu bölümdeki tesislerde meydana gelen bir hasar veya bozukluğun onarımı veya giderilmesi veya tesislerin yeniden yapılması ile yapı güvenliğiyle ilgili olarak yapılması gerekli görülen teknik incelemeler için diğer bir bağımsız bölüme girmek gerekiyorsa, o bölümün maliki veya o bölümde başka sıfatla oturanlar, giriş müsaadesi vermeye ve bölümde gerekli işlerin yapılmasına katlanmaya mecburdurlar.

Anagayrimenkulün bir kısmının harap olması halinde, harap olan bağımsız bölüm ve eklentilerinin veya ortak yerlerin veya bağımsız bölümdeki tesislerin yapılması için, sağlam kalan bağımsız bölümlerin içinden veya dışından faydalanılması gerekiyorsa, o bölümlerin malikleri veya orada başka sıfatla oturanlar buna müsaade etmeye mecburdurlar.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı müsaade yüzünden, kat maliklerinin veya orada başka sıfatla oturanların uğrayacakları zararı, lehine müsaade verilen bağımsız bölüm malikleri derhal ödemekle yükümlüdürler.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 24:

“Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır.

Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastane, süt-hane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir.

Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalarına şerh verilir.”

(*) 28.11.2007 tarihli ve 5711 sayılı Kanunun 11. maddesiyle, KMK. m. 23/1'e "tesislerin yeniden yapılması" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile yapı güvenliğiyle ilgili olarak yapılması gerekli görülen teknik incelemeler" ibaresi eklenmiştir.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 25:

“Kat maliklerinden biri bu kanuna göre kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle diğer kat maliklerinin haklarını, onlar için çekilmez hale gelecek derecede ihlal ederse, onlar, o kat malikinin müstakil bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hakimden isteyebilirler.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/12 m.) Bu gibi bir kat maliki hakkında, bağımsız bölümün mülkiyetinin hükme en yakın tarihteki değeri o kat malikine ödenerek bu mülkiyetin diğer kat maliklerine, arsa payları oranında devredilmesi için davanın açılması, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla karar vermesine bağlıdır. Bu karara rağmen kat maliklerinden bir kısmı bu davayı açmak istemezse, davayı öteki kat malikleri açar ve hakim hüküm vermeden önce devir bedelinin ileride hak sahibine ödenmek üzere bankada üçer aylık vadeli hesaba yatırılması ve makbuzunun ibrazı için davacılara resen belirleyeceği uygun bir süre verir. Devir bedelinin süresi içinde yatırıldığına ilişkin belge ibraz edildiğinde ve davanın kabulü halinde hakim, davalının bağımsız bölümünün mülkiyetinin davayı açmış olan kat maliklerine arsa payları oranında devredilmesine ve devir bedelinin işlemiş faiziyle birlikte davalıya ödenmesine karar verir.

Aşağıdaki durumlarda, birinci fıkrada yazılı çekilmezlik, her halde mevcut farz edilir:

a) Ortak giderlerden ve avanstan kendisine düşen borçları ödemediği için hakkında iki takvim yılı içinde üç defa icra veya dava takibi yapılmasına sebep olunması;

b) Anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh hakimi tarafından 33. madde gereğince verilen emre rağmen, bu kanunda yazılı borç ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle öteki kat maliklerinin haklarını ihlal etmekte devamlı olarak bir yıl ısrar edilmesi;

c) Kendi bağımsız bölümünü randevu evi veya kumarhane veya benzeri yer olarak kullanmak suretiyle ahlak ve adaba aykırı harekette bulunması.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/12 m.) Bu maddedeki dava hakkı, devir konusunda kat maliklerince alınan dava açma kararının öğrenilmesi tarihinden başlayarak altı ay ve her halde dava hakkının doğumundan başlayarak beş yıl içinde kullanılmazsa veya dava sebebi ortadan kalkmışsa düşer.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 26:

“Kat irtifakı sahipleri bu hakka konu olan ortak arsa üzerinde, ileride kat mülkiyetine çevrilmek üzere yapılacak yapının sözleşmeye ve plana göre tamamlanması için kendilerine düşen borçları vaktinde yerine getirmek ve yapı işini, doğruluk kaideleri uyarınca kolaylaştırmakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler.

(Değişik: 28.11.2007 - 5711/13 m.) Kat irtifakı sahiplerinden biri kendine düşen borçları, noter aracılığıyla yapılan ihtara rağmen, bu ihtar tarihinden başlayarak iki ay içinde yerine getirmezse diğerlerinin yazılı istemi üzerine hakim, onun arsa payının ve kat irtifakının hükme en yakın tarihteki değeri karşılığında, öteki paydaşlara, arsa payları oranında devrine karar verir.

Kat irtifakı sahiplerinden birinin kusuru yüzünden, yapının kanuni süre içinde yapılamaması sebebiyle kat irtifakı düşerse, kusurlu taraf diğerlerinin bu yüzden uğradıkları zararı tazminle yükümlüdür.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 72:

“Toplu yapı kapsamındaki belli bir yapıya veya yapıların sadece kaçındaki kat maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislere ilişkin ortak giderler, o yapılardaki kat malikleri tarafından, bütün bağımsız bölümlerin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş tesis ve yerlere ilişkin ortak giderler ise, bütün kat malikleri tarafından karşılanır.

Blok kat malikleri, toplu yapı temsilcileri ve geçici yönetim kurulu kararları, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 68. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır.

Kat malikleri, toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya bunların başka bir parselde veya kamuya ait alanlarda bulunduğunu veya bağımsız bölümlerinin veya kendilerinin durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle toplu yapı ortak gider payını ve toplanacak avansı ödemekten kaçınamazlar.”

A. KAT MALİKLERİNİN BORÇLARI

Kat maliklerinin borç ve yükümlülükleri ile bunları yerine getirmemeleri durumunda karşılaşılabacakları yaptırımlar, Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 18 - 25. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

1.) GENEL KURAL

Kat maliklerinin borç ve yükümlülükleri konusundaki genel ilkeleri belirleyen 18. madde; karşılıklı saygıya dayalı dürüstlüğü, birbirini rahatsız etmemeyi, birbirinin haklarını çiğnememeyi ve yönetim planının bu hususları düzenleyen hükümlerine uymayı öngörmektedir. Bu genel ilkeler çerçevesinde, kat maliklerinin borç ve yükümlülükleri:

a) Dürüstlük Kuralına Uygun Davranma Yükümlülüğü

Yasa hükmünde, kat maliklerinin, gerek kendi bağımsız bölümlerini, gerekse eklenti ve ortak yerleri kullanırken dürüstlük (doğruluk) kurallarına uymakla yükümlü oldukları açıkça belirtilmiştir. Buradaki “dürüst-

lük kuralları”, MK m. 2’deki “objektif iyiniyet” kuralı anlamında değerlendirilecektir.⁹⁵

b) Komşulara Zarar ve Rahatsızlık Vermekten Kaçınma Yükümlülüğü

Bir kat maliki, gerek bağımsız bölümünü ve eklentilerini, gerekse ortak yerleri kullanırken öteki kat maliklerine rahatsızlık vermekten kaçınmakla yükümlüdür. Bu yüzden, komşuluk hukukuna ilişkin MK m. 737 vd. hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu yükümlülük çerçevesinde, Kat Mülkiyeti Kanunu’nda özel bir hüküm bulunmayan hallerde, MK m. 737 geniş bir uygulama alanı bulacaktır. Böyle durumlarda, komşuluk hukuku kurallarına aykırı davranışın yaptırımını olarak MK m. 730’daki sorumluluk gündeme gelecektir.

Kat maliklerinin ve bağımsız bölümlerde oturanların diğer kat maliklerini ve bağımsız bölüm sakinlerini rahatsız edebilecek, onların kendi bağımsız bölümlerinden ve ortak yerlerden haklı yararlanmalarını engelleyecek her türlü davranış KMK m. 18 kapsamındadır.

Gerek Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18’den, gerekse komşuluk hukukunu düzenleyen MK m. 737 hükmünden kaynaklanan “rahatsız etmeme” yükümlülüğüne uyulmaması durumunda, 634 sayılı Yasa’nın 33. maddesine dayanılarak “hakimin müdahalesi” istenebilir.

Bu yükümlülük bağlamında uygulamada sıkça rastlanan anlaşmazlık konuları arasında: gürültü çıkarmak, bağımsız bölümde hayvan (kedi, köpek, tavuk, vb.) beslemek, pis su ve kokular yaymak, gibi eylem ve davranışlar sayılabilir.

c) Birbirinin Haklarını Çiğnememe Yükümlülüğü

Her kat maliki gerek bağımsız bölümünü ve eklentilerini gerekse ortak yerleri kullanırken, öteki maliklerin haklarını çiğnememekle yükümlüdür.

d) Yönetim Planına Uyma Yükümlülüğü

Tüm kat malikleri yönetim planı hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Çünkü; yönetim planı, bütün kat maliklerini ve onların ardıllarını bağlayan bir sözleşme hükmündedir.

Yasa’nın yasaklamadığı bir konu yönetim planında yasaklanmışsa, özel hüküm niteliğini taşıyan yönetim planının uygulanması gerekir. Ancak; yönetim planına, yasaların emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz; konulmuşsa da geçerli olmaz.⁹⁶

(95) KARAHAŞAN Mustafa Reşit age. Sf. 209.

(96) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 340 - 345.

2.) ANATAŞINMAZ VE ORTAK YERLERLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Kat maliklerinin, KMK m. 19'da düzenlenen, anataşınmaz ve ortak yerlere ilişkin yükümlülükleri:

a) Bakım Yükümlülüğü

Kat malikleri, yapının kullanılmasında özenli davranmalı, her türlü zarar verici davranışlardan kaçınmalıdırlar. Bu bağlamda; yapılar, ortak yer ve tesisler temiz tutulmalı, bozulan araç ve gereçler hemen onarılıp çalışır duruma getirilmeli, anataşınmaza zarar verip tehlike oluşturmaya olası her türlü olay ve eylemlere karşı gerekli önlemler alınmalıdır.⁹⁷

b) Koruma Yükümlülüğü

Bu yükümlülük üç bakımdan gündeme getirilmiştir:

aa) Mimari Durumun Korunması:

Yapının mimari durumu, taşınmazın bulunduğu yerin onaylı İmar Planı verilerine dayanılarak hazırlanmış onaylı mimari proje ile belirlenir. Söz konusu İmar Planı, yapının dış sınırlarını (izin verilen yapılaşma alanı, bina yüksekliği, kat sayısı, vb.), anataşınmaz üzerindeki konumunu (arsa sınırlarına uzaklığını) ve genel hatlarıyla işlevini (konut, ticaret, sanayi bölgeleri, gibi) belirler. Yapının; bağımsız bölümlerinin durumu, eklentileri, ortak yerleri, kapıları, pencereleri ve merdivenleri, gibi ayrıntıları ise, mimari projede gösterilir. Yapının mimari durumu, imar planının bağlayıcı kuralları ve onaylı mimari proje çerçevesinde korunacaktır. Onaylı projenin dışına çıkılarak imar planına aykırı biçimde yapı yapılmaz, ortak yerlerin niteliği değiştirilemez. Kamu düzenini ilgilendiren İmar mevzuatının bu kuralına tüm kat malikleri uymak zorundadır.

bb) Güzelliğinin Korunması:

Her kat maliki, anataşınmazın güzelliğini titizlikle korumakla yükümlüdür. O nedenle kat maliklerinin, oturdukları ve ortak sahip oldukları anayapıyı çirkinleştirme, estetiğini bozma ve görünüşünü değiştirme gibi eylemlerden kaçınmaları gerekir. Bir kat malikince, yalnızca yapının estetiğinin bozulması durumunda da, öteki kat maliklerinden her biri bunun eski hale getirilmesini isteyebilir.⁹⁸

cc) Sağlamlığının Korunması:

Kat malikleri, anayapının sağlamlığını titizlikle korumakla da yükümlüdürler. Buna göre tüm kat malikleri, anayapıya zarar verebilecek her türlü eylemden kaçınmalı, sağlamlığını korumaya yönelik önlemleri almalıdırlar.

(97) KARAHASAN Mustafa Reşit, *age. Sf. 224.*

(98) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 393.*

Anayapının sağlamlığını koruma yükümlülüğü “önleyici” ve “onarıcı” olmak üzere iki türlü olabilir. Önleyici koruma, yapıya herhangi bir zarar vermemeye özen göstermek ya da hasar verici eylem ve davranışlardan kaçınmaktır. Onarıcı koruma ise, yapıda herhangi bir çatlak veya tahrip izi görülür görülmez, ilerlemesine ve büyümesine olanak bırakmadan gerekli onarımın ve güçlendirmenin yapılmasıdır. Bu bağlamda, statik ve teknik açıdan gerekli görüldüğünde anayapı, olası bir depreme ve benzeri tehlikelere karşı güçlendirilir.⁹⁹

c) Anataşınmazda Değişiklik Yapmama Yükümlülüğü

m. 19/2’de düzenlenen bu yükümlülüğün, biri ortak yerler, diğeri kendi bağımsız bölümü bakımından olmak üzere iki yönü vardır:

aa) Ortak Yerlerde Değişiklik:

Kural olarak, tüm kat malikleri ortak yerlerin hukuksal ve mimari durumunu korumak, herhangi bir değişiklik yapmamakla yükümlüdürler. Bununla birlikte; 5711 sayılı Yasa ile değişik m. 19/2 gereğince bir kat maliki, ancak tüm kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızasını almak koşuluyla, ortak yerlerde yapım, onarım ve tesisler; değişik renkte dış badana ya da boya yaptırabilecektir. Kat malikinin bu ve benzeri eylemlerine karşı, rızası bulunmayan öteki kat maliklerinden her birinin, elatmanın önlenmesi ve projeye uygun duruma getirme davası açma hakları vardır. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapı veya bağımsız bir bölüme ya da bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz.

bb) Bağımsız Bölümlerde Değişiklik ve Onarım:

m. 19/2 hükmüne göre bir kat maliki, kendi bağımsız bölümünde de, anayapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamaz. Kat malikinin bağımsız bölümünde dilediği değişikliği yapabilmesinin koşulu anayapıya zarar vermemektir.

Yine bu fıkra hükmüne göre; tavan, taban veya duvar ile birbirine bağlantılı bulunan bağımsız bölümlerin bağlantılı yerlerinde, bu bölüm maliklerinin ortak rızası ile anayapıya zarar vermeyecek nitelikteki onarım, tesis ve değişiklikleri yapabilecektir. Ancak, kat malikinin, bu değişiklik veya onarımı yaparken ortak yerlere elatmaması da gerekir. Aksi halde, öteki kat maliklerinden her biri, aykırılık oluşturan hususun eski hale getirilmesini isteyebilir.¹⁰⁰

(99) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 393.

(100) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 394 - 399.

d) Zarardan Sorumluluk

19. maddenin son fıkrasına göre, her kat maliki anataşınmaza ve diğer bağımsız bölümlere kusuru ile verdiği zarardan dolayı öteki kat maliklerine karşı sorumludur. Bir kat malikinin, bu kural uyarınca zarardan sorumlu tutulabilmesi için: a) kusurlu olması, b) anataşınmaza ya da başkasının bağımsız bölümüne zarar vermiş bulunması gerekir. Sorumluluk, zarar gören kişi ya da kişilere karşıdır ve kat maliki, kusuru ile ki-me ya da kimlere zarar vermişse, onların zararını karşılamak ve ödemekle yükümlüdür.¹⁰¹

3.) GENEL GİDERLERE KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**a) Genel Giderlerin Kapsamı**

KMK m. 20'de genel giderlerin neler olduğu gösterilmiş ve böylece kapsamı belirlenmiştir. Buna göre genel giderler:

- Sigorta ettirilen anataşınmazın sigorta primleri,
- Ortak yer ve tesislerin bakım, koruma, güçlendirme, onarım ve işletme giderleri,
- Anataşınmazın yönetimi ve genel hizmetlerin yürütülmesine ilişkin (yönetici aylığı, kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi ücretleri gibi) giderler,
- Giderler için toplanacak avanslardır.

Kat maliklerinden her biri, bu giderlere katılmakla ve payına düşeni ödemekle yükümlüdür.¹⁰²

b) Genel Giderlere Katılma Yöntemi

Yasa koyucu m. 20/1'de "kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça" kaydını koymakla, genel giderlerin paylaştırılması konusunda kat malikleri arasındaki anlaşmaya öncelik tanımaktadır. Böyle bir anlaşma yoksa, anılan madde hükmünde öngörülen ilke uygulanacaktır.

aa) Genel Giderlere Katılmada Anlaşma İlkesi:

Kat malikleri arasında genel giderler konusundaki anlaşma, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmasına ilişkin sözleşmede ya da yönetim planında yer alabileceği gibi, bu belgelerde konuyla ilgili hüküm yoksa kat malikleri kurulunun oybirliğiyle alacağı bir kararla da yapılmış olabilir.

Kat maliklerinin ortak giderlere ne oranda katılacağı yönetim planında düzenlenmiş iken, kat maliklerinin 4/5 oyu ile bundan farklı bir katı-

(101) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 400.

(102) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 566.

lüm yöntemi kararlaştırılmışsa, böyle bir karar yönetim planının değiştirilmesi anlamını taşıdığından (m. 28/3), artık bu değişikliğe tüm kat malikleri uymak zorundadır. Ancak, karara olumlu oylarıyla katılmamış olan kat maliklerinden her biri bu değişikliğin hakkaniyet, adalet ve ne-safet kurallarına aykırı olduğunu, kendisini haksızlığa uğrattığını ileri sürerek kararın iptalini dava edebilirler. Bununla birlikte, o kat malikleri de söz konusu değişiklik mahkemece iptal edilmedikçe kararın gereklerine uymakla yükümlü olacaklardır.

bb) Genel Giderlerin Ödenmesinde Yasal İlke:

Yasal ilkeye göre genel giderler, kat maliklerinin eşit olarak katılmakla yükümlü oldukları giderler (m. 20/1. a) ve arsa payları oranında katılmakla yükümlü oldukları giderler (m. 20/1.b) olarak iki grupta toplanmıştır:

aaa) Eşit Olarak Paylaşılacak Giderler:

- Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderleri,
- Bunlar için toplanacak avanslar.

m. 20/a, eşit olarak ödenecek giderleri yukarıda sayılanlarla sınırlamış olup başka kimselere ödenecek hizmet giderleri bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur.

bbb) Arsa Payı Oranında Ödenecek Giderler:

- Anataşınmazın sigorta primleri,
- Tüm ortak yerlerin ve tesislerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri,
- Ortak tesislerin işletme giderleri,
- Yönetici aylığı gibi yönetim giderleri ve m. 20/1.a'da sayılanlar dışındaki genel hizmet giderleri,
- Bu tür giderler için toplanacak avanslar.¹⁰³

c) Toplu Yapılarda Genel Giderlere Katılma

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun, 5711 sayılı Değişiklik Yasası ile getirilen 72. maddesi, toplu yapılarda genel giderlere katılma konusundaki ilkelere ortaya koymaktadır. Buna göre toplu yapılarda oturan kat maliklerinin genel giderlerden iki tür sorumluluğu vardır:

aa) Yapıların Bir Kısımının Yararlanmasına Tahsis Edilen Ortak Yer ve Tesislere İlişkin Giderlerden Sorumluluk:

Toplu yapı kapsamındaki belli bir yapıya veya yapıların sadece birkaçındaki kat maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislere ilişkin ortak giderler, o yapılardaki kat malikleri tarafından karşılanacaktır (KMK m. 72/1).

(103) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 566 - 569.

bb) Bütün Yapılar İçin Ortak Tesis ve Yerlere İlişkin Giderlerden Sorumluluk:

Toplu yapı kapsamında bulunan ve bütün bağımsız bölüm maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş olan tesis ve yerlere ilişkin ortak giderlerden bütün kat malikleri sorumlu olacaklardır.

d) Genel Giderlere Katılmaktan Kaçınılamayacağı

m. 20/1.c'ye göre, kat maliklerinden herhangi biri ortak yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçtiğini ya da kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan yararlanmaya gereksinimi olmadığını ileri sürerek bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz.

Yasa'nın öngördüğü bu düzenleme oldukça katı görünmekte ve uygulamada; örneğin, anayapının iç düzeniyle hiç ilgisi olmayan bir dükkân malikinin asansör giderlerine katılmak zorunda kalması gibi, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Ancak, m. 20'de "aralarında başka türlü bir anlaşma olmadıkça" deyimine yer verilmekle, bazı ortak yerlerden çok az yararlanan ya da hiç yararlanmayan kat maliklerinin, bu ortak yerlerin onarım, işletme ve diğer giderlerine daha az oranda katılmaları veya hiç katılmamaları konusunda bir olanak tanınmıştır. Böylece yönetim planına konacak bir hükümle kat malikleri, doğrudan ya da dolaylı herhangi bir biçimde kullanmaları ve yararlanmaları söz konusu olmayan ortak yer ya da tesislere ilişkin giderlere katılmaktan bağışık tutulabilirler.¹⁰⁴

Toplu yapılar bakımından bu konu, KMK m. 72/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, kat malikleri, toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek ya da bunların başka bir parselde veya kamuya ait alanlarda bulunduğunu; bağımsız bölümlerinin veya kendilerinin durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığı ileri sürmek suretiyle toplu yapı ortak gider payını ve toplanacak avansı ödemekten kaçınamazlar.

Bu ilkenin, yapımı tamamlanmış olan toplu yapılarda geçerli olacağı açıktır. Henüz tamamlanmamış yapılarda bağımsız bölüm maliki olanların, bu hizmet ve yerlerden yararlanmaları doğal olarak mümkün değilse, bu ortak giderlere katılmaları da söz konusu değildir. Ancak ortak hizmet, henüz tamamlanmamış bloklardaki kat irtifak hakkı sahiplerini de ilgilendiriyor ve ondan yararlanıyorlarsa buna katılmaları gerekir.¹⁰⁵

e) Genel Giderleri Ödememenin veya Geç Ödememenin Sonuçları

Ortak gider ve bunu karşılamak üzere toplanacak avansların kat maliklerince düzenli bir biçimde ödenmesi, anataşınmazdaki ortak iş ve hizmetlerin düzenli olarak yürütülmesinin bir gereğidir. O nedenledir ki; Ya-

(104) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 569 - 570.*

(105) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 571 - 572.*

sa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, ortak yer ve hizmetlerin aksa-
madan yürütülebilmesi için gerekli gider ve avansın zamanında eksiksiz
ödenmesini sağlamak, kat maliklerinin bu konudaki savsaklamalarını
önlemek açısından belli yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁰⁶

aa) Ortak Giderin Dava ve İcra Takibi Yoluyla Ödetilmesi:

Payına düşen ortak giderleri ve bunun için toplanacak avansı ödeme-
yen kat maliki hakkında, diğer kat maliklerinden her biri veya yönetici
dava açabilir ve icra takibi yapabilir (KMK m. 20/2).

Kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat
maliklerine karşı dava ve icra takibi yapılması; KMK m. 35'te yöneticinin
görevleri arasında sayılmakla birlikte, m. 20/2 ile her bir kat malikine de
bir hak ve yetki olarak tanınmıştır. Buna göre, kat maliklerinden her bi-
ri, ortak gider borcunu ödemeyen kat maliki hakkında, icra takibi yapma
ve dava açma yetkisine sahiptir. Bu yetki ödenmeyen tüm gider, avans
vb. borçları kapsar ve davacı kat malikinın arsa payı ile sınırlı değildir.

Ortak gider borçlusu hakkında açılacak dava bir eda davası niteliğin-
de olup mahkemenin görev ve yetkisi ile yargılama yöntemi, Kat Mülkiye-
ti Yasası'nın 33. ve Ek 1. maddelerindeki hükümlere tabidir. Dava, değe-
rine bakılmaksızın, anataşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahke-
mesinde görülür. Yapılacak yargılama sonunda, davalı kat malikinın
borçlu olduğu saptanırsa, borcun (gecikme tazminatı ile birlikte) tahsili-
ne karar verileceği gibi, borçlu ayrıca, yargılama giderlerinden de sorum-
lu tutulacaktır.¹⁰⁷

Borçlu hakkında doğrudan doğruya icra takibi de yapılabilir. Doğru-
dan icraya başvurulduğunda, takip talebine kat malikinın borcunu gös-
terir bir belge, kat malikleri kurulu kararı ya da işletme projesi eklenebi-
leceği gibi, hiçbir belge eklemeyen sadece borcun tutarı ve nedeni belir-
tilerek de ödemede bulunması istenebilir.¹⁰⁸

KMK m. 37/3'e göre:

***"Kesinleşen işletme projesi ya da kat malikleri kurulunun işlet-
me giderleriyle ilgili kararları, İİK. m. 68/1 hükmünde belirtilen
belgelerden sayılır."***

KMK m. 72/3'e göre:

***"Blok kat malikleri, toplu yapı temsilcileri ve geçici yönetim
kurulu kararları, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 68. madde-
sinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır."***

Bu hükümler uyarınca, söz konusu belgelerle desteklenmiş bir takip
talebinde, borçlunun borca itirazı üzerine, itirazının kesin olarak kaldırıl-

(106) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 572 - 573.

(107) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 373.

(108) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 573.

ması, mahkemeye gitmeden, İcra Tetkik Merci Hakimliği'nden istenebilir. Bu nedenle, gider ya da avans payını ödemeyen kat maliki hakkında icraya yapılan başvurudan olumlu sonuç alınması, yapı türüne göre; kesinleşen işletme projesi, kat malikleri kurulu kararı, toplu yapı temsilciler kurulu kararı ya da geçici yönetim kurulu kararının bulunmasına bağlıdır. Belge eklenmeden icra takibi başlatılması durumunda ise, borçlu itiraz ederse dava açmak kaçınılmaz olur.¹⁰⁹

bb) İcra İnkâr Tazminatı:

Ortak gider borcunu ödemeyen ve inkar eden kat malikini bekleyen bir başka yükümlülük de "icra inkar tazminatı"dır.

İİK m. 67/2'ye göre, icra takibine itirazın iptali davasında borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu, hükmolunan meblağın %40'ından az olmamak üzere uygun bir tazminata mahkum edilir.

Mahkemece icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için;

- İcra takibi ilamsız para alacağına ilişkin olmalı,
- Alacaklı açtığı davada icra inkar tazminatı istemiş bulunmalı,
- Borçlunun icra takibine karşı ileri sürdüğü itiraz haksız olmalıdır.

Bu koşulların hepsinin bir arada bulunması zorunlu olup herhangi birinin gerçekleşmemesi durumunda tazminata hükmedilemez. Ayrıca, takip konusu alacağın belirli/sabit olması ve borçlu tarafından bilinmesi ya da öğrenilebilir olması, hakimin takdirine bağlı olmaması gerekir.¹¹⁰

cc) Geç Ödemenin Yaptırımı:

Gider ve avans payının tamamını ödemeyen kat maliki, ödemede geciktiği günler için, aylık yüzde beş hesabıyla gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür (KMK m. 20/2).

Gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğü, ya ödeme tarihi belli olduğu halde borçlunun buna uymaması ya da yapılacak ihtar ile borçlunun temerrüde düşmüş olması durumunda söz konusu olur.¹¹¹

Gecikme tazminatının istenebilmesi için, işletme projesinin ya da kat malikleri kurulu kararının tebliğ edilmiş olmasını arayan Yargıtay;¹¹² ödeme gününün yönetim planında belirlenmiş olması durumunda ise, başkaca bir bildirimle gerek olmadığını, 12.06.2002 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı ile ortaya koymuştur.¹¹³

"Ortak gider (aidat ve avans) borcunu yönetim planında açıkça belirlenmiş bulunan tarihte ödemeyen kat maliki veya onun bağım-

(109) KARAHASAN Mustafa Reşit age. Sf. 271.

(110) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 575.

(111) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 575.

(112) KARAHASAN Mustafa Reşit, age. Sf. 262.

(113) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 628 - 631.

sız bölümünden sürekli yararlanan kişi, ayrıca bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmüş olur ve bu tarihten başlayarak ödemede geciktiği günler için KMY'nin 20/2. fıkrasında öngörülen gecikme tazminatından da sorumlu tutulur.

Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara I. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 15.11.2001 gün ve 2001/ 657 E- 1178 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 12.02.2002 gün ve 2001/12408-2002/1536 sayılı ilamı ile; (... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

Yargıtay uygulamalarında, ortak gider borçlusuna işletme projesi veya kat malikleri kurulu kararı tebliğ edilmemiş olsa da, bu konudaki aidat borcunun varlığının kendisine noter aracılığı veya icra takibi sureti ile çıkartılan ödeme emri tebliğ edilmek sureti ile duyurulmuş olması halinde, bu tebliğ tarihinden itibaren gecikme tazminatından sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Somut olayda, davalıya bağımsız bölümü satın aldığı tarihten itibaren miktarda gösterilmek sureti ile ortak gider borcunun bulunduğu noter aracılığı ile 18.05.2000 tarihinde usulüne uygun olarak tebligatla duyurulmuş olduğuna göre bu tebliğ tarihinden itibaren gecikme tazminatına hükmedilmesi gerekirken bu hususta hüküm kurulmamış olması doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacılar vekili

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, ortak yönetim gideri (aidat) ile ana taşınmazın onarım giderinden düşen payın ödenmemesi nedeniyle yürütülen icra takibine vaki itirazın iptali ile icranın devamına ve asıl alacak yanında gecikme tazminatına ve icra inkar tazminatına karar verilmesi istemine ilişkindir.

Davan kısmen kabulüne dair mahkeme kararında, gecikme tazminatına yer verilmeyip fazla istek reddedilmiş, karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairesince yukarıda belirtilen gerekçe ile bozulmuştur.

Bozma üzerine yerel mahkemece, usulüne uygun tebligatın yokluğu nedeniyle temerrüdün gerçekleşmediği gerekçe gösterilerek, "ilk hükmünde direnilmesine" ve "gecikme tazminatı isteminin reddine" karar verilmiştir. Görüldüğü üzere yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, ge-

cikme tazminatına hükmedilmesinin koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Kat Mülkiyeti Yasasının konuya ilişkin 20. maddesi, kat mülkiyetine tabi anataşınmazın bakımı ve onarımı ile ortak yerlerinin çalıştırılması için gerekli giderlerin ve bu giderleri karşılayacak avansların kat malikleri tarafından ödeneceğini hükme bağlamış, 22. maddesi de bağımsız bölümlerde kira akdine ya da başka bir sebebe dayanarak devamlı olarak ondan faydalanan kişileri de belli koşullarla bu gider ve avanstaki sorumlu tutmuştur. Yasanın 20. maddesinin değişik ikinci fıkrası ise, gider ve avans borcunun tamamının zamanında ödenmemesi halinde ödeme tarihine kadar geçen günler için aylık % 10 hesabıyla gecikme tazminatı ödenmesini öngörmüştür. Yasanın bu yalın ve buyurucu hükmü karşısında, eğer gider ve avans payı yönünden koşullar oluşmuş ve Ödenmesi gerekiyorsa, bu ödemenin gecikmesi durumunda gecikme tazminatının da ödenmesi gerekir. O halde, gider ve avanstaki sorumlu olan kişinin gecikme tazminatı ödeyip ödemeyeceği değil, hangi tarihten itibaren ödeyeceğinin belirlenmesi sorunu önemlidir. Nasıl ki ödenmeyen bir borç ya da tazminat için faiz ödenmesi söz konusu ise, ödenmeyen gider ve avans borcu için de yasada öngörüldüğü üzere gecikme tazminatı ödenecektir. Faizin hangi tarihten geçerli olarak ödeneceği ise alacağın türüne, muaccel olduğu tarihe veya temerrüt tarihine göre belirlenir.

Kural olarak, Kat Mülkiyeti Yasasında ödenmesi öngörülen gecikme tazminatı, bağlı bulunduğu ve ayrıntısı olduğu asıl gider ve avansın ödenmesi gerektiği tarihten itibaren hesaplanmalıdır. Ancak, Kat Mülkiyeti Yasası, kat malikleri veya kat sakinleri tarafından ödenmesi gereken gider ve avansın belirlenmesini bir yöntemle bağlamıştır. Yasanın 37. maddesi, anataşınmazın yönetim ve diğer giderlerini karşılamak üzere bir işletme projesinin hazırlanmasını ve bu projeyle gider ve avansların miktar ve ödeme zamanlarının belirlenmesini, projenin ilgililere tebliğ edilmesini öngörmüştür. Bu suretle, yönetici tarafından düzenlenmiş ve kat malikleri kurulunca onaylanmış bir proje bulunmadığı takdirde bu hususları içeren kat malikleri kurulu kararı da aynı işleve ve geçerliliğe sahiptir. Görüldüğü üzere, gider ve avans payının belirlenmesi ve ödenebilir hale gelmesi için bu proje veya kararın varlığı gerekli olduğu gibi, gider ve avansın ödenmesinden sorumlu olan kat maliki ya da sakininin bundan haberdar olması, miktarını ve ödeme zamanını bilmesi lazımdır.

İşletme projesinin veya bu konudaki kat malikleri kurulu kararının ilgililere tebliğ edilmiş olması ya da ilgilinin kat malikleri kurulu kararının alındığı toplantıda hazır olması durumunda gider ve avansın miktarı ile ödeme zamanı bakımından bir sorun olmadığı için, gecikme tazminatı başlangıç tarihinde de sorun bulunmamaktadır. Zira bu tarihin, avans ve giderin ödenmesi gerektiği tarih olduğu açıktır.

Kendisine işletme projesi tebliğ edilmeyen ya da bu husustaki kat malikleri kurulu toplantısına katılmadığı gibi toplantıda alınan kararların kendisine tebliğ edilmeyen kat maliki veya sorumlu sakinin ise, işletme projesi veya toplantıda alınan kararları aşağıda belirtilen şekillerde öğrendiği tarihten itibaren ortak gider ve avansın ödenmesinden ve dolayısıyla gecikme tazminatından sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir.

Bu konuda önce şu hususu belirtmekte yarar görülmüştür. Bağımsız bölümün mülkiyetini, başlangıçta veya sonradan kazanan kişi, Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi hükmü uyarınca tüm kat maliklerini ve onların külli ve cüz'i haleflerini bağlayan sözleşme niteliğinde olan yönetim planında malik için öngörülen bütün sorumluluk ve yükümlülükleri üstlenmiş olur. Bunların ayrıca tebliğine gerek yoktur. Böylece, yönetim planında bir ödeme tarihi belirlenmiş ise artık herhangi bir tebligat veya duyuru yapılmamış olsa bile her kat maliki gider ve avans borcunu sorup öğrenerek, bu miktarı yöneticiye veya yönetim planında belirtilen yere ödemek zorundadır. Avans ve ortak gider alacağının yönetim planı (sözleşme) hükmü uyarınca muacceliyet kesbettiği tarihte temerrüt de gerçekleşmiş olur.

Bundan ayrı, anataşınmazın, kat maliklerinin vereceği gider karşılığı avansla ısıtma, temizlik, bakım, onarım, kapıcı ücreti gibi harcamalarını karşılayıp ayakta duracağı ve kat maliklerinin herhangi bir kişi veya zümre adına kar veya başka bir biçimde yararlanma amacı güden ticari işletme değil, bir dayanışma ve komşuluk topluluğu niteliğinde olduğu gerçeği karşısında formalite ve biçime gerektiğinden fazla önem verilmeyerek ilgili kişinin bu sorumluluğu öğrenmiş olmasının yeterli olduğunun kabulü gerekir. Diğer bir deyimle, ilgili sorumluya işletme projesi tebliğ edilmemiş, kendisi bu konudaki kat malikleri kuruluna katılmamış olsa bile, her kat malikinin anataşınmazın yönetimi ve bakımı için bir aidat ödenmesi gerektiğine dair teamülün idrakinde bulunduğu gerçeği de gözetilerek, bu gider ve avans karşılığını aydan aya öderken, bunları ödememesi için haklı ve yasal neden olmadığı halde bu ödemeden kaçınması, her şeyden önce her hukuki ilişkide varlığı vazgeçilmez bir unsur olan iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından, ilgilinin kendisine işletme projesi tebliğ edilmiş veya bu konudaki kat malikleri kuruluna katılmış gibi avans ve giderin ödenmesinin gerektiği tarihten itibaren gecikme tazminatından sorumlu tutulması gerekir.

Yukarıda sözü edilen haller dışında da, kat mülkiyeti rejiminin, kat malikleri arasında öngördüğü ilişkinin niteliği, sorumluların iyi niyetinin asıl olduğu ve anataşınmazın yönetimine yasayla yüklenen görev ve sorumluluklar ile hakkaniyet gerekleri gözetildiğinde, bu başlangıcın mutlaka bir "resmi ıttıla", "belgelendirilmiş bir bilgi edinme" olması gerekmediği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, bir kat maliki ya da sorumlu sakin, ödeme için kendisine ya da Tebligat Kanununa 3220 Sayılı Yasa ile eklenen ek madde uyarınca bağımsız bölümlerinde oturanlara taahhütlü bir mektup veya imzalarını içeren dahili bir tebligatla duyuru yapılmış olması ha-

linde bu duyuru tarihinden; bu da yoksa haklarındaki icra takibi nedeniyle icra veya ödeme emrinin tebliği tarihinden, doğrudan dava açılmış ise dava tarihinden; kendiliğinden asıl gider ve avansın bir bölümünü ödediği takdirde ödenmeyen bölüm için bu ödeme tarihinden itibaren gecikme tazminatından sorumlu tutulmalıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi ödenmesinde temerrüde düşülen herhangi bir borç söz konusu olduğunda nasıl faiz ödenmesi gerekiyorsa, gider ve avans borcunun ödenmesinde yukarıdaki esaslara göre temerrüde düşen kat maliki az önce açıklanan koşullarla belli bir tarihten itibaren gecikme tazminatı ödemek durumunda olup, mücerret işletme projesi ya da kat malikleri kurulu kararı kendisine tebliğ edilmediği gerekçesi ile bunu ödemekten kaçınamaz.

Somut olayda 10.02.1974 tarihinde bütün maliklerin oybirliğiyle düzenlenmiş bulunan dava konusu ana taşınmaza ait yönetim planının 14. maddesi, “apartman ortak giderleri yakacak ve diğer masraflar için lüzumlu avanslar her ayın en geç 5’ine kadar kat malikleri tarafından makbuz mukabilinde yöneticiye veya bankada açılacak hesaba yatırılacak veya verilecektir.” hükmünü içermektedir Kat Mülkiyeti Yasasının 28. maddesi uyarınca bütün kat maliklerinin yanı sıra onların külli ve cüz’i haleflerini de bağlayan, sözleşme niteliğinde olan yönetim planının 14. maddesinin yukarıda açıklanan hükmünü, ilk düzenlenişi sırasında imzası bulunmayıp da sonradan bağımsız bölüm satın alarak malik olanlar da bilmek ve uymak zorundadırlar.

Bu bakımdan her kat maliki, yönetimle iletişim kurarak ödemesi gereken meblağı öğrenip yönetim planında öngörülen tarihi geçirmeden tediyede bulunmalıdır. Aksi halde, temerrüde, düşeceğinden gecikme tazminatı ile sorumlu olacaktır. Bağımsız bölümü sonradan edinen kat malikinin kendisi yönünden bağlayıcı olan yönetim planını devir anında öğrendiğinin kabulü esas olmakla birlikte buna istediği anda ulaşması ve hükümlerini kolaylıkla öğrenmesi de her zaman için mümkündür.

Yönetim planı tapu kaydının dayanak belgelerindendir. Kat Mülkiyeti Yasasının 10. maddesinde, kat mülkiyeti ve kat irtifakının resmi senetle ve tapu siciline tescille doğacağı, aynı Yasanın 12. maddesinde de kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim planının tapu idaresine verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eski Türk Medeni Yasasının 928., Yeni Yasanın ise 1020. maddelerine göre tapu kayıtları herkeşe açıktır. İlgililer her zaman tapu kayıtlarını ve bu kayıtların dayanağı olan belgeleri inceleyebilirler. Dayanak belgelerden olan yönetim planı da her ilgili tarafından istendiğinde incelenebilir. Arzu ettiği takdirde tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya örneklerinin verilmesini isteyebilir. Bu nedenlerle yönetim planı hükmünün bilinmediği yolundaki bir iddia kat malikini sorumluluktan kurtarmaz.

*Davaya konu teşkil eden anataşınmaz, 1974 yılından beri kat mülkiyetine tabi bir bina*dır. Davalının, bu taşınmazda bağımsız bölüm satın alıp malik sıfatını kazanmakla yönetim planının hükümlerini öğrenmiş olduğunun kabulü gerekir. Ortak gider ve avans borcu, yönetim planında belirlenmiş olan tarihte ödenmemiş ise borç muacceliyet kesbetmiş ve bununla birlikte temerrüt de gerçekleşmiştir. Davalı kat malikine bu konuda ihtarname çıkartılmış olması durumu değiştirmez.

Bu bakımdan yukarıda açıklandığı üzere her ayın 5'i itibariyle avans ve gider alacağının vadesi gelmiş ve davalı mütemerrit duruma düşmüş olduğundan taleple bağlı kalınarak gecikme tazminatına hükmedilmesi gerekirken yerel mahkemece yerinde olmayan gerekçelerle gecikme tazminatı isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.

Bu itibarla mahkeme kararının, özel Daire bozma kararının gerekçesi değiştirilmek suretiyle yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulması gerekmektedir.” (Yargıtay HGK., 12.06.2002 T., 2002/18-474 E., 2002/514 K.).

Uygulamada, gecikme tazminatının başlangıç gününün belirlenmesinin önemi Yargıtay'a gelen çok sayıdaki uyuşmazlıktan kolayca anlaşılmaktadır. Çeşitli olasılıklara gecikme tazminatının başlangıcı aşağıdaki şekilde belirlenebilir:

- Yönetim tarafından hazırlanan işletme projesi imza karşılığı veya taahhütlü mektupla tebliğ edilmişse; yönetim planı, kat malikleri kurulu kararı ya da cari uygulama gereği ödeme yapılması gereken tarihten,

- İşletme projesi veya avans miktarı kat malikleri kurulunca saptanıp kararlaştırılmışsa; ayrıca tebligat yapılmasa bile, kat malikleri kuruluna katılanlar ile katılmayıp kendilerine tebligat yapılmış olanlar yönünden ödeme yapılması gereken tarihten,

- Kendilerine işletme projesi ve kat malikleri kurulu kararı tebliğ edilmeyenler (kat malikleri kuruluna katılmadıkları halde) ise, bundan haberdar oldukları tarihten,

itibaren gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdürler.

Yukarıdaki olasılıklardan sonuncusunda sözü edilen “ortak gider borcundan veya avanstan haberdar olma tarihi”nin belirlenmesi önem taşır. Bu konuda; varsa, sonradan yapılan tebligatın (taahhütlü mektup imza karşılığı elden tebliğ, vb.) ve ödeme için çekilecek ihtarin; bunların bulunmaması durumunda ise, icra takibinde ödeme emrinin veya doğrudan dava açılması halinde dava dilekçesinin tebliğ tarihi esas alınarak buna göre hesaplanmalıdır.¹¹⁴

Yapılan icra takibi veya açılan alacak davalarında gecikme tazminatı ile birlikte faiz de istenip istenemeyeceği incelemeye değer bir husustur.¹¹⁵

(114) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 576.

(115) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 576.

Bu konuda, farklı görüşler öne sürülmektedir. Örneğin; “gecikme tazminatı”nı, ARPACI¹¹⁶ “gecikme faizi”, ERTAŞ¹¹⁷ “temerrüt faizi” olarak değerlendiren, GERMEÇ;¹¹⁸

“Gecikme tazminatı, asıl alacağın gününde ödenmemesi durumunda bu geç ödemededen dolayı alacaklının uğrayacağı varsayılan zararının karşılığıdır. Faiz ise, alacaklının zararı olup olmadığını dikkate almayan “temerrüt”ün bir karşılığıdır. Bu iki kavram birbirinden farklı olduğuna göre; gecikme tazminatına hükmedilmesi, istem varsa ayrıca faize de hükmedilmesine engel değildir. Bu durumda gecikme tazminatı ile temerrüt faizine asıl alacak üzerinden ayrı ayrı hükmedilmelidir.”

demektedir.

Gecikme tazminatına ilişkin düzenlemenin kaynağını oluşturan 13.04.1983 tarih, 2814 sayılı Yasa’nın gerekçesinde:

*“634 sayılı Kat Mülkiyeti ... Kanunu’nun bazı hükümlerinin ihtiyaca cevap veremediğini göstermiş ve Kanun’un boşluklarının Yargıtay içtihatları ile doldurulmasına çalışılmıştır. Günümüzde yakıt fiyatlarının hızlı bir şekilde artmış olması nedeniyle bilhassa kaloriferli yapılarda yönetim giderleri oldukça yükselmiş ve bu giderlerin tahsili için daha pratik yollara başvurulması gerekmiştir. Değişiklik tasarısının da yönetim giderlerinin tahsilinde gereken kolaylık getirilmiş; **borcunu ödemeyen suuniyetli kat maliklerinin bu davranışlarının önlenmesi amaçlanmıştır...**”¹¹⁹*

diyen yasa koyucunun birincil amacının, geç ödemededen doğacak zararın giderimi değil, yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyen kat malikine yaptırım uygulanması olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bir zarar ve bunun giderimi söz konusu olduğunda, Yasa’nın öngördüğü gibi zarardan bağımsız, değişmez (sabit) oranlı bir tazminat uygulanması, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, KMK m. 20/2’de düzenlenen “gecikme tazminatı”nın; olası zararın karşılanması için öngörülen bir “zarar tazminatı” değil de, yaptırım niteliğinde bir “temerrüt faizi” olarak değerlendirilmesi, yasa koyucunun amacına daha uygun olmaktadır.

dd) Kat Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu:

Genel gider borcunu ödememenin en ağır ve güçlü yaptırımı “kat mülkiyetinin devri zorunluluğu”dur. Ortak gider ve avanstan payına düşeni ödememekte direnenlerin, bağımsız bölümleri üzerindeki kat mülkiyeti hakkını devretmeye zorunlu tutulmaları ve bunun koşulları KMK m. 25’te düzenlenmiştir. Bu madde hükmü uyarınca, kat maliklerinden biri

(116) ARPACI Abdülkadir, age. Sf. 81.

(117) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 417.

(118) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 577.

(119) KARAHACIOĞLU Ali Haydar - Altın Mehmet, age. Sf. 56.

bu yasaya göre kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmemek yoluyla öteki kat maliklerinin haklarını, onlar için çekilmez duruma gelecek derecede ihlal ederse, onlar, o kat malikinin bağımsız bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hakiminden isteyebilirler.¹²⁰

f) Kusurlu Kişinin Sorumluluğu ve Rücu Hakkı

KMK m. 20/son hükmüne göre, tüm kat maliklerinin ödemek zorunda kaldıkları ortak gider, kat maliklerinden birinin veya onun bağımsız bölümünden herhangi bir biçimde yararlanan kişinin kusurlu bir eyleminden kaynaklanmışsa, o (ortak gidere yol açan) kişiye karşı öteki kat malikleri rücu davası açabileceklerdir.¹²¹

4.) SİGORTA ANLAŞMASI

Yasa, kat maliklerine anataşınmazı sigorta ettirme zorunluluğu yüklememiş, bu işi onların istencine bırakmıştır. m. 21'e göre, kat malikleri kurulunca belirlenecek değer üzerinden anataşınmazın sigorta ettirilmesine karar verilebilecektir.

Anataşınmazın sigorta ettirilmesinin, tüm kat maliklerinin yararına bir iş olduğu kabul edilerek, Yasa'nın 30. maddesi uyarınca kat malikleri kurulunun oyçokluğu ile karar alması yeterli görülmektedir.

Anayapının sigorta primlerine tüm kat malikleri arsa payları oranında katılmakla yükümlüdürler. Yasal ilke böyle olmakla birlikte, kat malikleri bunun tersine anlaşma yapabilirler (KMK m. 20/1).

Sigorta prim borcunun ödenmesinde, anataşınmazın genel giderlerine katılmayı düzenleyen kurallar uygulanacaktır (KMK m. 20, 22).

Sigortadan alınacak bedelin paylaşım ilkeleri, Yasa'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir:

- Sigortalanan anataşınmazın tümünün harap olması durumunda alınacak sigorta bedeli, tersine sözleşme ya da kat malikleri kurulu kararı yoksa, kat maliklerine arsa payları oranında paylaştırılır (KMK m. 21/3).

- Yalnız bir veya birkaç bağımsız bölüm veya eklentisi ya da ortak yerlerden bir kısmı hasara uğramış olursa, alınacak sigorta bedeli hasara uğrayan yerlerin onarımına arsa payları oranında harcanır (KMK m. 21/4).

Hasara uğrayan ortak yer için sigortadan alınan para bu hasarın onarımına yetmezse, kalan kısmı kat maliklerince arsa payları oranında karşılanır.¹²²

(120) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 577 - 578.

(121) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 578.

(122) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 648 - 649.

5.) ORTAK GİDERLERİN GÜVENCESİ

Bu konuyu düzenleyen, 22. maddenin birinci ve üçüncü fıkraları 2814 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle; ortak yönetimin, genel gider borcu veya avans paylarını ödemeyen kat maliklerine karşı, daha etkili bir konuma geldiği görülmektedir. Düzenlemeye göre, genel gider veya buna ilişkin avans paylarından ve gecikme tazminatından, kat malikiyle birlikte, bağımsız bölümden yararlanan malik dışındaki hak sahipleri de müteselsilen sorumludurlar. Yani, alacaklı (yönetici ya da diğer bir kat maliki), önce borçlu kat malikine başvurmaya gerek duymadan, doğrudan doğruya bu gibi kimselere başvurabilecek, dava ve takipleri bunlara yöneltebilecektir.¹²³

Yasa, kiracının bu konudaki sorumluluğunu **“ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı”** ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, kiracı yalnız vadesi gelmiş kira borçlarının toplamına eşit bir miktar için dava ve takip edilebilecek; gelecek aylara ait kira paralarına mahsup edilmek üzere peşin ödemeye zorlanamayacaktır. Aynı biçimde, kira paralarını daha önceden, peşin olarak, kat malikine ödemiş olan kiracıdan da yeniden bir ödeme yapması istenemez.¹²⁴

KMK m. 22/2, birinci fıkra hükmü çerçevesinde de ödenmeyen ortak giderlerin yasal güvencesini düzenlemektedir. Buna göre, ortak gider ve avans alacağı kat malikinden veya diğer sorumlulardan alınamamışsa, varsa yöneticinin yoksa kat maliklerinden birinin yazılı istemiyle, mahkemece saptanan bu borç tutarı için, borçlu kat malikinin bağımsız bölümü üzerine öteki kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı tescil edilir.¹²⁵

Bu ipotek hakkının tescil edilebilmesi için iki önemli koşul aranmaktadır:

- Kat malikinin borcu, kendisinden veya varsa, bağımsız bölümden yararlanan diğer hak sahiplerinden dava ve takip yollarıyla da alınamamış olmalıdır;

- İlgili kat malikinin borcu, mahkemece saptanmış olmalıdır. Kat malikinin borcunun, aleyhindeki takibe ilişkin ödeme emrine itiraz etmeme si nedeniyle kesinleşmiş olması ya da icra tetkik merciinden alınmış bir “itirazın kaldırılması kararı”nın bulunması durumunda bu koşul gerçekleşmiş sayılmaz. Çünkü, tetkik merciinin inceleme yetkisi sınırlı olup daha çok biçimsel niteliktedir. Buna karşılık, Yasa’nın aradığı mahkeme kararının niteliği konusunda katı bir ayırım da yapılmamalıdır.¹²⁶

(123) ARPACI Abdülkadir, *age*. Sf. 86.

(124) ARPACI Abdülkadir, *age*. Sf. 87.

(125) GERMEÇ Mahir Ersin, *age*. Sf. 653.

(126) ARPACI Abdülkadir, *age*. Sf. 87 - 88.

Fıkra, düzenlediği ipotek hakkı konusunda da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 893/son hükmünün uygulanacağını hüküm altına almıştır.

KMK m. 22/son hükmü ile, kat maliklerinin, gider borcunu ödeme-yen kat maliki veya diğer sorumlulardan olan alacaklarına öncelik tanın-mıştır.

6.) İZİN VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

KMK m. 23; kat maliklerini veya bir başka sıfatla bağımsız bölümde oturanları, belirli bazı durumlarda, bağımsız bölümlerine girilmesine izin vermeye ve orada gerekli işlerin yapılmasına katlanmaya mecbur tutmuş; izin verilen bağımsız bölüm maliklerinin de; izin verenlerin, bu izin yüzünden uğrayacakları zararı, derhal ödemekle yükümlü olduklarını hük-me bağlamıştır.

Bu madde uyarınca izin ve katlanma yükümlülüğü iki durumda söz konusudur:

1) Kat maliklerinden birinin bağımsız bölümünde veya bu bölümde-ki tesislerde oluşan bir hasar ya da bozukluğun giderilmesi, onarılması veya tesislerin yeniden yapılması ya da yapı güvenliğiyle ilgili olarak ya-pılması gerekli görülen incelemeler için diğer bir bağımsız bölüme girmek gerektiğinde,

2) Anataşınmazın bir kısmının harap olması durumunda, harap olan bağımsız bölüm ve eklentilerinin, ortak yerlerin veya bağımsız bölümler-deki tesislerin yeniden yapılması için, sağlam kalan bağımsız bölümlerin içinden veya dışından yararlanılması gerektiğinde.¹²⁷

Ancak, her iki durumda da, bu yükümlülüğün söz konusu olabilme-si için önkoşul; gereken onarım ve yenilemenin başka bir yolla yapılması olanağının bulunmaması, yani “zorunluluk”tur.

Bu durumlar söz konusu olduğunda kat maliklerinden birisi gereken izni vermezse ne yapılabilir? Böyle bir durumda yükümlülüğünü yerine getirmeyen kat maliki hakkında sulh mahkemesinde dava açılabilir. Da-vayı açma yetkisi kendi bağımsız bölümünde onarım yaptıracak kat ma-likine aittir. Anataşınmazda onarım yapılması ve/veya ortak tesislerdeki bozukluğun giderilmesi söz konusu ise yöneticinin veya kat maliklerin-den herhangi birinin de dava açma hakkı vardır. İstem üzerine m. 33’e göre hakimin müdahalesi sağlanarak bu konuda karar alınır ve genel hü-kümler çerçevesinde yerine getirilir.

Maddede öngörülen onarım ve tesislerin yeniden yapılması sırasında, bağımsız bölümüne girilmesine izin veren veya bu konuda hakkında hü-küm alınan bağımsız bölüm maliki, onarım ve yenileme nedeniyle bağım-sız bölümünün gerektiğinden fazla işgal edildiğini, işlerin sürüncemede

(127) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 668.

bırakılması veya teknik ve yöntemine uygun yapılmaması yüzünden bağımsız bölümünden yararlanmaktan yoksun bırakıldığını ileri sürerek hakimin müdahalesini isteyebilir.¹²⁸

7.) BAĞIMSIZ BÖLÜM VE EKLENTİLERİNİ ÖZGÜLEME AMACINA UYGUN KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kat mülkiyetli anataşınmazda, türü ve nitelikleri tapu kütüğünde belirtilmiş olan bağımsız bölümlerin özgülendikleri amaca uygun biçimde kullanmaları asıldır. Her kat maliki, bağımsız bölümünü özgülendiği amaç doğrultusunda niteliğine uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Bu, aynı yapıda birlikte yaşama düzeninin sağlanması ve olası sürtüşmelerin önlenmesi için, komşuluk hukuku açısından da uyulması gereken bir davranıştır. Ancak, zamanla değişen yaşam koşulları karşısında kat maliklerinin bağımsız bölümlerini özgülendiği amaç dışında kullandıkları sıkça görülen bir durumdur.

Bu durumu dikkate alan yasa koyucu, KMK m. 24 ile kat maliklerini, bağımsız bölümlerini diledikleri gibi kullanmaktan alıkoyan ve bu açıdan mülkiyet hakkını kısıtlayan bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, kütükte “mesken” ya da “iş veya ticaret yeri” olarak kayıtlı bağımsız bölümler için bazı kullanım biçimleri bakımından kesin yasak getirilmiş; bazı kullanım biçimleri ise, kat malikleri kurulunun oybirliğiyle verecekleri karara (izne) bağlanmıştır.¹²⁹

a) Bağımsız Bölümde Yapılması Kesinlikle Yasak Olan İşler

KMK m. 24/1 uyarınca anataşınmazın, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bir bağımsız bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi işletmelerin kurulması kesinlikle yasaklanmıştır. Bu, emredici bir hüküm olup kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri geçersizdir. Kat malikleri aralarında anlaşsa da, bunu yönetim planına ya da kat mülkiyetinin kuruluş sözleşmesine geçirmiş olsalar da, bağımsız bölümler bu fıkra da sayılan işler için kullanılamaz.¹³⁰

Maddede, bağımsız bölümlerde kurulması yasaklanan müesseseler bakımından, sınırlı sayı esas getirilmeyip örnekleme yapılmak suretiyle, yasağın sınırlarının, korunan hukuki yarar gözetilerek belirlenmesi öngörülmüştür. Bu yasakla, anataşınmazda oturanların sağlık ve can güvenliğinin korunması amaçlandığından bu konuda tehlike yaratma olasılığı bulunan her türlü işletme bu yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu emredici hükme aykırı olarak, anataşınmazın mimari projesinde yer almış ve bu nedenle tapuya bu şekilde tescil edilmiş ya da yönetim planında veya sözleşmede tüm kat maliklerince oybirliğiyle kararlaştırıl-

(128) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 673.

(129) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 686 - 687.

(130) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 687.

muş olsa bile bir bağımsız bölümde yasak kapsamındaki işletmelerin kurulması ve çalıştırılması durumunda, herhangi bir ilgilinin (kat maliki, kiracı ve bundan zarar görebilecek bir başka kişi) başvurusu üzerine mahkemece bu kullanımın önlenmesine karar verilecektir.¹³¹

b) Kat Malikleri Kurulunun Oybirliğiyle Vereceği Kararla Yapılacak İşler

KMK m. 24/2, yalnız kütükte “mesken” olarak kayıtlı bulunan bağımsız bölümlere ilişkin bir düzenleme olup bu nitelikteki yerlerin özgürendikleri amaç dışında kullanılmasının, ancak kat malikleri kurulunun oybirliğiyle vereceği bir kararla, mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır.¹³² Bu karar alındıktan sonra, tapu kütüğünde mesken olarak kayıtlı bir bölümde:

- Sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, klüp, dans salonu ve benzeri yerler,
- Fırın, lokanta, pastane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri,
- İmalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, açılabilir.¹³³

Yasa hükmünde yer almamasına karşın; uygulamada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Daire kararlarında doktor muayenehaneleri, avukat yazıhaneleri ve mühendislik bürolarının tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerde, kat maliklerinin oybirliğiyle alacağı karar olmaksızın açılabilmesi kabul edilmektedir.¹³⁴ Ama, herkesin girip çıktığı emlak komisyoncusu, noter, sendika merkezi, dernek merkezi gibi işyerlerinin açılabilmesi için, oybirliğiyle alınmış bir kat malikleri kararı gerekir.

KMK m. 24/2 uyarınca oybirliğiyle alınmış kat malikleri kurulu kararı, kat maliklerinden birinin veya yöneticinin istemi üzerine, bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalarına şerh edilir (KMK m. 24/3). Kararın şerh edilmesi, bağımsız bölümlerin mülkiyetini sonradan kazanacak kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağlar. Çünkü bu şerh, MK m. 1009 anlamında bir kişisel hakkın şerhi niteliğindedir.¹³⁵

c) Kat Malikleri Kurulu Kararına Gerek Olmayan Durumlar

KMK m. 24/2, kat mülkiyeti kütüğünde “mesken” olarak kayıtlı olan bağımsız bölümlere özgü bir düzenleme olduğundan “işyeri” olarak kayıtlı bağımsız bölümler bu fıkra kapsamına girmez ve bunlar üzerinde kat malikleri kurulunun herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Malik; yönetim

(131) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 688.

(132) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 688.

(133) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 411.

(134) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 689.

(135) ERTAŞ Şeref, age. Sf. 411.

planında aksine bir hüküm bulunmamak ve m. 18'den doğan yükümlülüklerini gözetmek koşuluyla, tapuda işyeri olarak kayıtlı bağımsız bölümünü dilediği faaliyet alanında kullanabilir veya kullandırabilir.¹³⁶

KMK m. 24/2, mesken olarak kayıtlı bağımsız bölümlerin işyeri olarak kullanılmasına ilişkin koşulları düzenlerken, tersi bir duruma ilişkin bir hüküm içermemektedir. O halde tapu kütüğünde dükkan işyeri depo olarak gösterilen bağımsız bölümler mesken olarak kullanılabilir mi? KMK m. 24'te buna engel bir hüküm yoktur. Bu konuda asıl gözetilmesi gereken düzenleme, anataşınmazın mimari bütünlüğü ile ilgili, m. 19 hükümleridir.¹³⁷

d) Yönetim Planı ile Getirilen Yasaklama

KMK Md 28'de, kat mülkiyetli anataşınmazın "kullanma maksat ve şeklinin" yönetim planı ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, yönetim planında bağımsız bölümlerin kullanım biçimlerine ilişkin belli yasaklamaların getirilmiş olması da olasıdır.

Yönetim planı, tüm kat maliklerini ve ardıllarını bağlayan bir sözleşme niteliğinde olduğundan, bağımsız bölümlerin kullanım biçimine ilişkin yasaklayıcı hükümler içermesi durumunda, bu hükümler de, bu planı imzalayan tüm kat malikleri ve ardılları için bağlayıcı olacaktır. Ancak, yönetim planında yasanın emredici kurallarına aykırı hükümlere yer verilmişse, bunlar geçersiz olacak ve kat maliklerini bağlamayacaktır. Örneğin, meskenin işyerine dönüştürülmesi için kat maliklerinin oyçokluğuyla alacakları kararı yeterli gören bir yönetim planı hükmü, bu konuda tüm kat maliklerinin oybirliğiyle karar vermesini öngören m. 24/2'deki emredici kurala aykırı olduğundan, geçersiz olup uygulanmayacak, yasa hükmü esas alınacaktır.¹³⁸

e) Bağımsız Bölüm ve Eklentilerini Özgüleme Amacına Aykırı Kullanmanın Yaptırımı

Bağımsız bölümün ya da eklentisinin özgülenen amaç dışında kullanılmasından zarar gören kat maliki, zarar verici davranışta bulunan kat maliki veya başka sıfatla sürekli yararlanan kişiyle birlikte bu aykırılığa göz yuman kat malikine karşı, KMK m. 33 uyarınca, sulh hukuk mahkemesine (KMK Ek m. 1) başvurarak hakimın müdahalesini isteyebilir. Böyle bir durumda, kat maliklerinden her birinin dava açma hakkı vardır ama, tüm kat maliklerinin birlikte dava açmaları gerekmez. Kat maliki olmayan yöneticinin dava açabilmesi için, kat maliki ya da maliklerinden, bu konuda temsil yetkisi almış olması gerekir. Açılacak davada, bağımsız bölümün plandaki biçimde kullanılması istenebilir, tahliye davası açılabilir,

(136) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 693*.

(137) ERTAŞ Şeref, *age. Sf. 412*.

(138) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 694 - 695*.

üstelik koşulları oluşmuşsa (KMK m. 25) kat mülkiyetinin devri için de istemde bulunulabilir.¹³⁹

B. KAT İRTİFAKI SAHİPLERİNİN BORÇLARI

Kat irtifakı sahiplerinin hakları incelenirken de değinildiği gibi, kat irtifakı birliğinde irtifak sahipleri arasındaki ilişki, hak sahibi ve yükümlü sıfatlarının karşılıklılık özelliği taşıdığı, genel “hukuksal ilişki” tanımından farklı bir nitelik sergilemektedir. Bir yandan irtifak sahipleri arasında genel tanımdakine uygun bir karşılıklılık varken, bir yandan da bu iki sıfat aynı kişide birleşmekte ve tüm irtifak sahipleri aynı anda aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır. Daha somut bir ifadeyle, inşaatı tamamlama borcu ile inşaatın tamamlanmasını isteme hakkı aynı kişilere aittir. Kat irtifakından doğan hak ve borçların bu denli iç içe geçmişliği karşısında ayrı başlıklar halinde incelenmesi yadırganabilir. Ancak, kat irtifakı sahiplerinin hakları başlığı altında taahhüt ve tasarrufa bağlı hukuki sonuçlara ağırlık verilmişken, kat irtifakı sahiplerinin borçları başlığı altında kat irtifakına niteliğini kazandıran borçlar ayrıntılı olarak incelenecektir.¹⁴⁰

Kat irtifakı bir araç kurum olma özelliği dolayısıyla, amacın elde edilmesine yönelik bir yükümlülükler ağıdır. KMK m. 26 “kat irtifakı sahiplerinin borçları” başlığı altında kat irtifakına ilişkin yükümlülükleri düzenlemektedir. Ancak, kat irtifakı ile ilgili olarak doğacak borçlar bunlarla sınırlı olmayıp bu maddede düzenlenmese de Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan ve işin niteliğinden doğan başka borçlar da söz konusu olabilir.¹⁴¹

1.) BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN BELİRLENMESİNE KATLANMA BORCU

Her bir kat irtifakı sahibi, diğer tüm kat irtifakı sahiplerinin inşaatı konu bağımsız bölümlerinin, yer üzerindeki konumuna (projeyle üç boyutlu olarak belirlenmiş sınırlarına) katlanma yükümlülüğü altında olacaktır. Kat irtifakı sahibi kendi bağımsız bölümünün konumundan sağladığı yarar karşılığı diğer tüm kat irtifakı sahiplerinin aynı nitelikteki haklarını gözetmek zorundadır. Burada bir sınırlı aynı hak söz konusu olduğundan, bütün külli ve cüz’i halefler de bu katlanma borcu altındadırlar.¹⁴²

2.) YAPININ TAMAMLANMASI BORCU

Araç kurum olan kat irtifakında, yapının, bu konudaki plan ve projelere uygun olarak tamamlanması bu kuruma özgü en doğal yükümlülüktür. Çünkü; kat irtifakı sahiplerinin, bu ara kurumdan kurtularak,

(139) KARAHASAN Mustafa Reşit, *age.* Sf. 299 - 300.

(140) ÖZMEN Saba, *age.* Sf. 265.

(141) ÖZMEN Saba, *age.* Sf. 272.

(142) ÖZMEN Saba, *age.* Sf. 272 - 273.

asıl amaç olan kat mülkiyeti kurumuna geçme hakkını elde edebilmeleri için, yapının tamamlanması yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir.

Yapıyı tamamlama borcu, kat irtifakına konu boş arsadan başlayarak imar ve inşaat izni alınması işlemleri sırasında doğan her türlü harç, resim ve vergilerin ödenmesi yanında, yapımına başlanan inşaatın tüm yapım, malzeme giderleri ile insangücü maliyetlerine (işçi, usta, çırak, kalfa, mühendis, mimar ve yan hizmetlilerin maaş, iaaşe, yol masrafları gibi) katılma yükümlülüğünü de içerecektir.

Ayrıca, yapının tamamlanması borcuna bağlı olarak, bu konuda kamu düzenine ilişkin hüküm getiren imar mevzuatı karşısında, yapının plana uygun olarak yapılması yükümlülüğü herkes için geçerli olup aksi oybirliğiyle dahi kararlaştırılmaz.

5711 sayılı Yasa; çok net ifadelerle olmasa da, 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı Yasa ile Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamına giren yatay kat mülkiyeti ve toplu yapılar bakımından **“yapının tamamlanması”** yükümlülüğü konusunda, gerek uygulamada gerekse Öğreti’de¹⁴³ görülen farklı uygulama, görüş ve tereddütleri ortadan kaldıracabilecek hükümler içermektedir:

“Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder.” (KMK m. 66/1)

“...Toplu yapı kapsamındaki her imar parseli, kat irtifakının veya kat mülkiyetinin tesisinde ayrı ayrı dikkate alınır. Ancak, toplu yapı birden fazla imar parselini içeriyorsa, münferit parseller üzerinde toplu yapı hükümlerine tabi olacak şekilde kat mülkiyeti ilişkisi kurulamaz.” (KMK m. 66/2)

“Toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerler için tamamını kapsayan bir tek yönetim planı düzenlenir. Yönetim planı, toplu yapı kapsamındaki bütün kat maliklerini bağlar.” (KMK m. 70/1)

Yukarıdaki hükümler, yasa koyucunun, yapımdan kullanıma toplu yapının bütünlüğünün korunmasını amaçladığını göstermektedir. Bir başka deyişle, bu hükümlerle, toplu yapı maliklerine toplu yapının bütünlüğünü bozmama yükümlülüğü getirilmiştir. Yasa koyucunun bu yaklaşımı, söz konusu maddelerin gerekçelerinde de açıkça ifade edilmiştir:¹⁴⁴

m. 66: *“Toplu yapının kapsamı belirtilmiş, toplu yapının birden çok parseli kapsamı halinde, her parselin kat irtifakının ve kat mülkiyetinin tesisinde ayrı ayrı dikkate alınacağı belirtilerek Kat Mülkiyeti Kanununun sistemiyle paralellik sağlanmış, buna karşılık toplu yapı kapsamındaki bütün parsellerin, kat mülkiyeti rejimine geçilirken bir bütün olarak işlem görmesi gereği vurgulanmıştır.”*

(143) ÖZMEN Saba, age. Sf. 273 - 274.

(144) www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0332.pdf

m. 70: “Toplu konut kapsamındaki bütün yapı ve yerler için tek yönetim planı öngörülmüş, bu suretle yönetim paralelliği ve bütünlüğü sağlanmak istenmiştir. Yönetim planında gelişigüzel değişiklikleri önlemek için toplu yapı temsilciler kurulunun beşbeşte dördünün onayı olmadıkça yönetim planının değiştirilemeyeceği kabul edilmiştir.”

Bunun doğal sonucu olarak, toplu yapılarda “**yapının tamamlanması**” yükümlülüğünün de, toplu yapının tamamının (toplu yapı kapsamındaki bütün yapıların) tamamlanması olarak anlaşılması gerekecektir.

3.) ORTAK YER VE TESİSLERE İLİŞKİN BORÇLARA KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kat irtifakı sahiplerinin önemli borçlarından biri de, irtifakın kurulması sırasında verilen plan, proje ve vaziyet planında gösterilen ve tamamlayıcı evrak arasında sayılan bu belgelerle kat irtifakının yasal içeriğine dahil olan, ortak yer ve tesislere ilişkin yükümlülüklerdir. Kat irtifakı sahipleri, ortak yer ve tesisleri plan ve projede yer aldığı şekliyle tamamlamak zorundadırlar.

Kat irtifakı sahiplerinin bu borcunun iki ayrı başlık altında incelenmesi gerekir. Çünkü, kat irtifakı sürdüğü halde, bazı olasılıklara bağlı olarak tamamlanmış ortak yer ve tesislerin işletme giderlerine katılma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁵

a) Ortak Yer ve Tesislerin Yapım Yükümlülüğü:

Kat irtifakında ortak yer ve tesislerin yapımına katılma yükümlülüğü, KMK m. 17 ve m. 26’da düzenlenen “**yapının tamamlanması**” kavramı içinde, önemli bir ödev olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, arıtma tesisi, bahçe düzenlemesi, kanalizasyon tesisatının döşenmesi, garajların yapımı, çatının kapanması ve benzeri, KMK m. 4’te sayılan tüm ortak yer ve tesislerin, özgülendikleri “**ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için**” öncelikle tamamlanması gerekecektir.

Kat irtifakına konu yapılaşma türlerine bağlı olarak ortak yer ve tesislerin yapım giderlerine katılma konusunda, Yasa’da açık bir düzenleme olmadığından tereddütler doğabilecektir. Ancak, yukarıda “**Yapının Tamamlanması Borcu**” başlığı altında tartışıldığı gibi, gerek düşey kat irtifakında gerekse yatay kat irtifakında (toplu yapılarda) “**yapının tamamlanması yükümlülüğü**” ortak yerlerin yapımı yükümlülüğünü de kapsar. Dolayısıyla, her kat irtifakı sahibi ortak yer ve tesislerin yapım giderlerine katılmakla yükümlü olacaktır.

(145) ÖZMEN Saba, age. Sf. 283.

b) Ortak Yer ve Tesislerin İşletme Giderlerine Katılma Yükümlülüğü

Kat irtifakı ile tamamlanmış bir ortak yer ve tesisin işletme giderlerine katılma yükümlülüğü, ilk bakışta bağdaşmaz görünmekle birlikte, 2814 Sayılı Kanun'un ürünü olan KMK m. 17/ son ve KMK m. 66/3, bu konuda kat irtifakı sahiplerine, koşulları olduğu takdirde, bazı giderlere katılım borcu getirmiştir.¹⁴⁶

4.) YAPIM İŞİNİ DOĞRULUK KURALLARI UYARINCA KOLAYLAŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

KMK m. 26, yapının sözleşmeye ve projeye göre tamamlanması için, kat irtifakı sahiplerinin kendilerine düşen borçları zamanında yerine getirmelerini yeterli görmemiş, ayrıca onları yapı işini doğruluk kuralları uyarınca kolaylaştırmakla da yükümlü tutmuştur.

Ancak, Yasa'da, yapı işini kolaylaştırmanın nasıl olacağı konusunda bir açıklama yoktur. Hangi eylem ve işlemlerin yapı işini kolaylaştırma kapsamında olduğuna ilişkin, ne Yargıtay İçtihatları'nda ne de Öğreti'de, bir açıklık ya da görüş birliği de bulunmamaktadır.¹⁴⁷

Günümüzde, özellikle KMK'nın uygulandığı kentsel alanlarda, kat irtifakına konu olacak yapılar, ancak profesyonel yükleniciler (müteahhitler) tarafından yapılmakta olup geleneksel ustaişçi bulmak, araçgereç sağlamak ve inşaatı denetlemek suretiyle, yapı işine bizzat katılma yöntemi, neredeyse tamamen terkedilmiştir. Dolayısıyla, ARCAK'ın bu hükme getirdiği açıklamayı¹⁴⁸ benimsemek mümkün değildir. **"Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi"** çerçevesinde aynı zamanda kat irtifakı sahibi konumuna gelen yüklenicinin, yapı işindeki yükümlülüğü ise, KMK kapsamına girmeyen kat irtifakı sahipliğinden bağımsız bir yükümlülüktür.

"Yapının tamamlanması borcuna katılmakla birlikte, sık sık davalar açarak ya da beğenmediğini veya işlerin yasal olarak yapılmadığını ileri sürerek, yapı işini üstlenenlere iftiralar atarak hakimın müdahalesini istemek ya da kamu davalarının açılmasına neden olmak, yapı işlerini kolaylaştırma borcunun ihlalidir" diyen ÖZMEN¹⁴⁹, bu yükümlülüğü; ihlaline yol açan, olumsuz davranışlarla açıklamaya çalışmıştır.

Bu yükümlülük kapsamında değerlendirilebilecek bir konu da, yasa koyucunun Yasa'da öngöremediği ya da tek tek sayamadığı, uygulamada ortaya çıkabilecek, geciktirici/zorlaştırıcı münferit/özgün durumlar karşısında, kat irtifakı sahiplerinin uyması gereken davranış normunu belirleme kaygısı olabilir. Bu tür durumlar, ya yapı işinin teknik özelliklerinden

(146) ÖZMEN Saba, age. Sf. 290.

(147) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 785.

(148) ÖZMEN Saba, age. Sf. 292.

(149) ÖZMEN Saba, age. Sf. 292.

ya da anagayrimenkulün niteliğinden kaynaklanabilir. Örneğin, anagayrimenkulün beklenmedik sertlikte kaya zemine sahip olduğunun anlaşılması sonucu, patlayıcı kullanma zorunluluğunun doğması üzerine, patlayıcı sağlama ve kullanma izinlerinin alınması; faydalı ömrünü tamamlamış kat mülkiyetine tabi bir yapının oybirliğiyle alınmış kat malikleri kurulu kararı uyarınca yıkılıp yerine yeni yapı yaptırılması ya da imar planlaması yeni yapılmış, üzerinde mesken, depo, vb olarak kullanılan yapılar bulunan parsellerde **“kat karşılığı inşaat”** yaptırılması gibi durumlarda, mevcut yapıyı makul bir sürede boşaltmak; bu özel durumların gerektirdiği yıkım, molozların temizlenmesi, ilgili izinlerin alınması, cins tashihi, terkin, ifraz, tevhid, gibi iş ve işlemleri savsaklamadan yapmak/yaptırmak veya yapması ya da yaptırmayı için yükleniciye vekalet vermek, **“yapı işi-ni kolaylaştırma yükümlülüğü”** kapsamında sayılabilir.

Sonuç olarak bütün bu açıklama çabalarının, bu hükmün, MK m. 2'deki objektif iyi niyet (doğruluk) kurallarını düzenleyen genel emredici kuralın, KMK bağlamında kat irtifakı sahiplerinin yükümlülükleri ile sınırlı ve muğlak bir ifadeyle kaleme alınmış, bir tekrardan ibaret olduğunu gösterdiği söylenebilir.

5.) KAT İRTİFAKININ DEVRİ ZORUNLULUĞU

KMK m. 26/2 ile kat irtifakı sahiplerine çok ağır bir yaptırım getirilmiştir. Buna göre, kat irtifakı sahiplerinden biri kendine düşen borçları, noterlikçe yapılan uyarıya karşın, bu uyarının tebliği tarihinden başlayarak iki ay içinde yerine getirmezse, diğerlerinin yazılı istemi üzerine hakim, onun arsa payının ve kat irtifakının hükmüne en yakın tarihteki değeri karşılığında, öteki paydaşlara, arsa payları oranında devrine karar verecektir. Böylece o kat irtifakı sahibi, anataşınmazdaki kat irtifakı birliğinden zorunlu uzaklaştırılmış olacaktır.¹⁵⁰

Böyle ağır bir yaptırıma yer vermek suretiyle, kat irtifakı sahiplerinin yükümlülüklerine uymalarını, daha ciddi olarak sağlamaya çalışan yasa koyucu, bu ağır yaptırıma karşılık kat irtifakı sahibi lehine genel hükümlerden farklı koşullar öngörmekle de, çatışan çıkarlar arasında uyum (denge) sağlamaya çalışmıştır.¹⁵¹ Kat irtifakının devrini isteme koşulları:

a) Kat İrtifakı Sahibinin Payına Düşen Borçları Yerine Getirmemiş Olması

İlgili hükümde açıkça ifade edilmese de kat irtifakının devrine yol açacak borçlar muaccel olmalıdır. Yasa, sözleşme (resmi senet) ve yönetim planı hükümleri ile kat irtifakı sahipleri kurulu kararları doğrultusunda bir borcun doğmuş olması ve ödeme zamanı gelmesine rağmen kat irtifakı sahibinin borcunu ödememiş olması gerekir.¹⁵²

(150) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 785.

(151) ÖZMEN Saba, age. Sf. 316 - 317.

(152) GERMEÇ Mahir Ersin age. Sf. 786.

b) Borçlunun Temerrüde Düşmesi (Borcunu Ödememekte Direnmesi)

Yasa hükmüne göre, bir kat irtifakı sahibinin irtifak hakkını devre zorlanabilmesi için borçlarını ödememesi yeterli olmayıp ayrıca temerrüde düşmüş olması da gerekir.

Yasa koyucu, borçlu kat irtifakı sahibinin aynı hakkına son verilmesi yaptırımını, gerek uyarı biçimi gerekse uygun süre bakımlarından, genel kurallardan farklı bir temerrüt koşuluna bağlamıştır. Buna göre kat irtifakı sahiplerinden biri kendine düşen borçları noterlikçe yapılan uyarıya karşın, bu uyarının tebliği gününden başlayarak iki ay içinde yerine getirmezse, kat irtifakını devre zorlanabilmektedir.

Uyarının, yasal biçim koşuluna uygun olarak, yani noter aracılığıyla yapılması zorunludur. Bu koşulun sağlanıp sağlanmadığı, davada itiraz olarak ileri sürülmesi de, hakim tarafından kendiliğinden araştırılmalıdır.¹⁵³ Uyarıda, borcun ne olduğu ve tutarı yazılmalı, iki ay içinde yerine getirilmediği takdirde KMK m. 26 hükümlerine göre dava açılarak kat irtifakının devrinin isteneceği açık bir dille bildirilmelidir.

Yasa metninde borcun yerine getirilmesi için öngörülen iki aylık sürenin **“ihtar tarihi”**nden başlayacağı yazılıdır. Buradaki **“ihtar tarihi”** ifadesinden uyarının noterlikçe yazılıp gönderildiği gün değil ilgili kat irtifakı sahibine tebliğ günü anlaşılmalıdır.¹⁵⁴

Ülkemizde yaygın biçimde uygulandığı üzere, ileride yapılacak veya tamamlanacak yapıda hak sahibi olmak için kendisine arsa payı üzerinden kat satılan kişi bu madde kapsamında değildir. Böyle bir kişi ile satıcısı (arsa sahibi/yüklenici) arasındaki ilişki satış sözleşmesine dayanır. O nedenle, noterlikçe yapılacağı uyarının muhatabı irtifak sözleşmesi ile bağlı olan kat irtifakı sahibi olacaktır.¹⁵⁵

6.) KAT İRTİFAKI SAHİPLERİNE VERİLEN ZARARIN GİDERİMİ

KMK m. 26/son, yapının tamamlanamamasında kusuru bulunan kat irtifakı sahibine bir yaptırım daha getirmektedir. Buna göre kat irtifakı sahiplerinden birinin kusuru yüzünden (özellikle payına düşen maliyeti ödememek gibi) yapının yasal süre içinde yapılamaması nedeniyle kat irtifakı düşerse (KMK m. 49/3 gereği), kusurlu taraf diğerlerinin bu yüzden uğradıkları zararı tazminle yükümlü olacaktır.

Ortak taşınmaz üzerindeki kat irtifakının düşmesi nedeniyle kat irtifakı sahiplerinden birinin, diğer kat irtifakı sahiplerine tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için aşağıdaki koşulların bir arada gerçekleşmiş olması gerekir:

(153) ÖZMEN Saba, age. Sf. 319.

(154) GERMEÇ Mahir Ersin age. Sf. 786.

(155) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 787.

- Kat irtifakı sahibi kusurlu olmalıdır,
- Bu kusur yüzünden yapı yasal süre içinde yapılamamış olmalıdır,
- Kat irtifakı bu nedenle düşmüş olmalıdır,
- Diğer kat irtifakı sahipleri zarar görmüş olmalıdır.¹⁵⁶

C. FARKLARI

1) Sahiplerinin borç ve yükümlülükleri bakımından kat irtifakı ile kat mülkiyeti arasındaki en önemli fark borçların kaynağına ilişkindir. Kat irtifakı sahibinin borç ve yükümlülükleri kural olarak kat irtifakına konu olan yapının/yapıların gerçekleştirilme sürecinden kaynaklanır. Kat malikinin borç ve yükümlülükleri ise yapının/yapıların kullanım sürecinden (işletme bakım-onarım vb.) kaynaklanır.

2) Kat irtifakı sahipleri ile kat maliklerinin borçlarına ilişkin bir başka fark her iki grup için de öngörülen “zorunlu devir” yaptırımının koşullarındaki farktır. Kat mülkiyetinin devri davasının açılmasına kat malikleri kurulunca karar verilmelidir (KMK m. 25). Buna karşın kat irtifakının devri davası, kat irtifakı sahipleri kurulunun karar alması koşuluna bağlanmamıştır.

VII. SONA ERMELERİ BAKIMINDAN KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKİ ARASINDAKİ FARKLAR

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 46:

“Kat mülkiyeti, kat mülkiyeti kütüğündeki sicil kaydının silinmesiyle sona erer.

Anagayrimenkulün bütün bağımsız bölümlerinin bir tek kişinin mülkiyetinde toplanmasıyla kat mülkiyeti kendiliğinden sona ermez.

Sicil kaydı, bütün kat maliklerinin veya bütün bağımsız bölümleri kendi mülkiyetinde toplamış bulunan malikin, anagayrimenkuldeki kat mülkiyetinin adi mülkiyete çevrilmesine ait yazılı istemi üzerine silinir ve o gayrimenkul, müstakil bölümlere bağlı arsa paylarına göre genel kütükte yeni bir sayfaya geçirilerek ve eski kayıtlarıyla bağlantı sağlanmak suretiyle tescil olunur. Anagayrimenkulün niteliğinde kat mülkiyetinin kurulmasından sonra değişiklikler olmuşsa, yeni sicil kaydına bunlar da yazılır.

Bağımsız bölümlerden biri bir aynı hakla veya sicile şerh verilen bir şahsi hakla kayıtlanmış bulunuyorsa, hak sahibinin muvafakatiyle o hak kütükten silinmedikçe, anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyetinin adi mülkiyete çevrilmesi ve kat mülkiyeti kütüğündeki kaydının silinmesi istenemez.

Kayıtlayıcı hakkın sahibi, sicil kaydının silinmesine muvafakat etmemekle beraber hakkının yalnız borçluya ait mülkiyet payına veya hakkın niteliğine göre, bütün ortak mülkiyet paylarına aktarılmasına muvafakat

(156) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 790.

ederse bu hak sicilden silinmeksizin yalnız borçlunun adı mülkiyet esasına tabi kılınmış olan o gayrimenkuldeki bütün ortak mülkiyet payları üzerine geçirilmek suretiyle genel kütüğe tescil olunur.

Anagayrimenkulün arsasıyla birlikte tamamen yok olması veya kamulaştırılması halinde sicil kaydının silinmesi genel hükümlere göre yapılır.

Anagayrimenkul kamulaştırılırsa her bağımsız bölümün kamulaştırma bedeli bağlantılı bulunduğu arsa payı ve eklentileri de göz önünde tutularak ayrı ayrı takdir olunur ve o bölümün malikine ödenir.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 47:

“Anayapının tümü harap olmuşsa, anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer.

Anayapının bağımsız bölümlerinden biri tamamen harap olur ve o bölümün maliki iki yıl içinde bölümünü yeniden yaptırmazsa, diğer kat malikleri veya bunlardan bir kısmı, bu sürenin tamamlanmasından başlayarak bir yıl içinde o bölüme ait arsa payının, değeri karşılığında ve arsa payları oranında kendilerine devredilmesini hakinden isteyebilirler. Bu halde devrolunan arsa payları kat mülkiyeti kütüğünün ilgili sayfalarının (Beyanlar) hanesine işaret olunur; arsa payını devralanlar, devraldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde, harap olan bağımsız bölümü yeniden yaptırmaya veya aynı süre içerisinde bütün kat malikleri bağımsız bölümlere bağlı arsa paylarını bu kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki esaslara göre yeniden hesaplayarak kat mülkiyeti kütüğüne geçirtmeye mecburdurlar.

Yukarıdaki fıkra hükmüne uyulmadığı takdirde anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona ererek, gerek o gayrimenkul ve gerek harap olan bölümler için alınan sigorta bedeli üzerinde ortak mülkiyet hükümleri uygulanır.

Birden ziyade bağımsız bölüm tamamen harap olup da bunlardan birinin yeniden yapılması diğerinin yapılmasına bağlı bulunuyorsa, bağımsız bölümleri harap olan kat malikleri bunları yeniden yaptırıp yaptırmayacaklarını, harabolma tarihinden başlayarak altı ay içinde diğer kat maliklerine yazılı olarak bildirmeye mecburdurlar. (Değişik son cümle: 28.11.2007 - 5711/20 m.) Bildirmeyenlerin yeniden yaptırmak istemedikleri kabul olunur ve onların arsa payları, değeri karşılığında bölümlerini yeniden yaptırmak isteyenlere öncelikle devredilir.

Harap olan bağımsız bölümler üzerindeki kat mülkiyeti bu maddede yazılı süreler devamınca kendiliğinden kat irtifakına çevrilir ve kat mülkiyeti kütüğünde beyanlar hanesine geçici şerh verilir. Bağımsız bölüm yapılınca onun üzerindeki kat mülkiyeti yeniden doğar ve geçici şerh kütükten silinir.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 48:

“Anagayrimenkulün veya anayapının tümünün veya bir kısmının harap olması halinde durum yönetici tarafından o gayrimenkulün bulunduğu

yerin tapu idaresine ve bütün kat maliklerine; eğer yönetici yoksa, bağımsız bölümü harap olan kat maliki tarafından tapu idaresine derhal bildirir; bunun bildirilmemesi yüzünden doğacak zararların tümünden bağımsız bölümü harap olan kat maliki, zararın beşte biri oranındaki kısmından da yönetici müteselsilen sorumlu olup, Hazine sorumlu değildir.

Kat mülkiyeti sona erince kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalar kapatılarak gayrimenkulün kaydı anayapıdan sağlam kalan kısımlar gösterilmek ve kat mülkiyeti kütüğü kurulmadan önceki genel kütük kaydıyla bağlantı sağlanmak suretiyle, arsa payları oranında ortak mülkiyet esaslarına göre, genel kütüğe tescil edilir. Bu halde sigorta bedelleriyle enkaz üzerinde de ortak mülkiyet hükümleri yürür.

Tümü harabolan anayapının arsasında malik veya ortak malikler tarafından yine kat mülkiyeti esasına göre yeni bir yapı yapılmak istenirse, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulmasına dair hükümler uygulanır.”

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 49:

“Kat irtifakına konu olan arsanın maliki veya ortak malikleri, tapu memuruna verecekleri yazılı bir beyanla kat irtifakına ait sicil kaydını sildirerek bu irtifaka her zaman son verebilirler.

Kat irtifakı, buna konu olan arsanın tamamıyla yok olması veya üzerinde yapı yapılamayacak hale gelmesi veya kamulaştırılması ile kendiliğinden sona erer.

(Değişik fıkralar: 13.04.1983 - 2814/14 m.):

Kat irtifakına konu olan arsa üzerinde, bu irtifakın kurulması sırasında verilen plana göre beş yıl içinde yapı yapılmazsa maliklerden birinin istemi üzerine, sulh hakimi, gerektiğinde ilgilileri de dinleyerek, duruma göre kat irtifakının sona ermesine veya belli bir süre için uzatılmasına karar verir. Süre istem üzerine yeniden uzatılabilir.

Yukarıdaki fıkra uyarınca kat irtifakı kaldırıldığında tapu kütüğündeki kayıt silinir.”

A. KAT MÜLKİYETİNİN SONA ERMESİ

1.) ANAGAYRİMENKULÜN ARSASIYLA BİRLİKTE YOK OLMASI VEYA KAMULAŞTIRILMASI İLE

Yasa koyucu, KMK m. 46/1’de “**Kat mülkiyeti kütüğündeki sicil kaydının silinmesi ile sona erer.**” kuralını getirmiş ve kat mülkiyetinin hangi hallerde sona ereceğini ve tapu sicili kaydının silinmesi gerekeceğini de aynı maddede göstermiştir.

Buna göre:

- Tüm kat maliklerinin sicil kaydının silinmesini istemeleri,
- Anagayrimenkulün arsasıyla birlikte yok olması,
- Anagayrimenkulün kamulaştırılması,

hallerinde kat mülkiyeti sona erecektir.

m. 46/2'de ise, anagayrimenkuldeki bütün bağımsız bölümlerin mülkiyetinin tek kişi elinde toplanmasının, kat mülkiyetini sona erdirmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Aslında Yasa'ya göre, eğer koşulları varsa, tek kişinin malik olduğu taşınmaz mal üzerinde de kat mülkiyeti kurulabileceğinden, bütün payların bir kişide toplanmasının kat mülkiyetini sona erdirmeyeceği açıktır.¹⁵⁷

a) Kat Maliklerinin İstemiyle Sicil Kaydının Silinmesi

Kat maliklerinin istemiyle sicil kaydının silinebilmesi için, bütün kat maliklerinin yazılı istemde bulunmuş olmaları gerekir. Bağımsız bölüm maliklerinden birinin bile razı olmaması durumunda sicil kaydı silinmez. İzin vermesi için hakime de başvurulamaz.¹⁵⁸

Yasa metninde, kat mülkiyetinin **“adi mülkiyete çevrilmesi”** deyimini kullanılmıştır. Bununla kastedilen, özel bir mülkiyet türü olan kat mülkiyetinin Medeni Kanun'da düzenlenen taşınmaz mal mülkiyeti türüne çevrilmesidir. Ancak, kat maliklerinin sayısı birden çoksa, kat mülkiyetinin sona ermesi ile anataşınmazın mülkiyet biçimi paylı mülkiyete dönüşecektir.

Kat mülkiyetine ilişkin sicil kaydı silinen taşınmaz, bağımsız bölümlere bağlı arsa paylarına göre, genel kütükte yeni bir sayfaya geçirilecek ve yeni kayda, hangi kayıttan geldiği yazılarak eski kayıtlarıyla bağlantı sağlanacaktır. Ayrıca, kat mülkiyetinin kurulmasından sonra değişiklikler olmuşsa, yeni sicil kaydına bunlar da işlenecektir.

KMK m. 46/4'e göre, bağımsız bölümlerden biri bir aynı hakla veya sicle şerh verilen kişisel bir hakla kayıtlanmış bulunuyorsa, hak sahibinin muvafakatiyle o hak kütükten silinmedikçe, anataşınmaz üzerindeki kat mülkiyetinin adi mülkiyete çevrilmesi ve kütükteki sicil kaydının silinmesi istenemez. Örneğin, bağımsız bölümlerin biri üzerinde üçüncü bir kişi lehine intifa hakkı veya ipotek kurulmuşsa ya da şerh edilmiş geçerli bir satış vaadi veya kira sözleşmesi varsa, bu kayıtlar yasal olarak silinmedikçe adi mülkiyete geçilemez. Böyle bir durumda, kat mülkiyetinin sonra erdirilmesi için, tüm kat maliklerinin istemi yeterli olmayıp ayrıca kayıtlayıcı hak sahibinin de bu hakkının sicilden silinmesine olur vermesi gerekir. Kayıtlayıcı hak sahibinin muvafakat vermesi sonucu bu hak sicilden silinirse, kayıtlayıcı hak engeli kalkmış olur ve eğer diğer koşullar da gerçekleşmişse, kat mülkiyetinin sicilden silinmesiyle kat mülkiyeti sona erer.

Maddenin beşinci fıkrasıyla kayıtlayıcı hak sahibine bir seçenek daha tanınmaktadır. Buna göre, kayıtlayıcı hakkın sahibi, sicil kaydının silinmesine muvafakat etmemekle birlikte hakkının yalnız borçluya ilişkin

(157) KARAHACIOĞLU Ali Haydar, age. Sf. 688.

(158) KARAHACIOĞLU Ali Haydar, age. Sf. 688.

mülkiyet payına ya da hakkın niteliğine göre tüm mülkiyet paylarına aktarılmasına muvafakat ederse, kat mülkiyetinden adi mülkiyete geçilebilecek ve bu haklar; duruma göre, borçlu ortak malikin veya diğer tüm ortak maliklerin taşınmazdaki mülkiyet payları üzerine kaydedilmek suretiyle, genel kütüğe tescil edilecektir.¹⁵⁹

b) Anataşınmazın Arsasıyla Birlikte Tamamen Yok Olması

KMK m. 46/6, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 717. maddesine koşut bir düzenleme getirilerek, anataşınmazın arsasıyla birlikte tamamen yok olması durumunda, sicil kaydının genel hükümlere göre silineceğini belirtmektedir.

Anataşınmaz; deprem, sel, toprak kayması, gibi doğal afetler sonucu, arsasıyla birlikte tamamen yok olmuşsa, artık kat mülkiyetinin varlığından söz edilemeyeceğinden, doğal olarak kat mülkiyeti de sona erer ve genel hükümlere göre sicil kaydı silinir.¹⁶⁰

c) Anataşınmazın Kamulaştırılması

KMK m. 46/6'da, kamulaştırma ile kat mülkiyetinin sona ereceği ve sicil kaydının genel hükümlere göre silineceği belirtilmiştir. m. 46/7'de ise, kamulaştırmanın hükümleri düzenlenmiştir.

Kamulaştırma ile anataşınmaz, gereksinim duyulan bir kamu hizmetini gerçekleştirmek amacıyla (örneğin; okul, cami, resmi daire, sosyal tesis, yeşil alan yapmak; yol geçirmek, vb. gibi) kamu yararına özgüleneceğinden, artık kat mülkiyeti de söz konusu olmaz. Ancak, kat mülkiyeti kurulmuş bir yapı, olduğu gibi kullanılmak örneğin lojman olarak kamu görevlilerine özgülenecek için kamulaştırılırsa, kat mülkiyetinin sona ermesine gerek yoktur. Kamulaştırmayı yapan kamu kuruluşu, tek malik olarak kat mülkiyeti düzenini sürdürebilir. Böyle bir durumda tek malik olan kamu kurumu yasal yönetici durumunda olacak (KMK m. 34/3) dilerse Kamu Konutları Yasası ve Yönetmeliği çerçevesinde yönetimi bağımsız bölüm sakinlerine bırakabilecektir.

46. maddenin son fıkrası, anataşınmazın kamulaştırılması halinde bağımsız bölümlerin ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin bir yönetime yer vermiştir. Kamulaştırılan taşınmazın cins ve niteliklerine göre nasıl değerlendirileceği, Kamulaştırma Yasası'nın 11. maddesinde belirtilmiştir. Ancak, kat mülkiyetinin ortak yerlerle birlikte değerlendirilmesi söz konusu olduğundan, bunun özel olarak Yasa'da düzenlenmiş bulunması, bu konuda ilgililere kolaylık sağladığı gibi bağımsız bölüm maliklerinin haklarını da korumuştur.¹⁶¹

(159) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1176 – 1177.

(160) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1177 – 1178.

(161) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1178.

2.) ANAYAPININ HARAP OLMASI İLE

KMK m. 47'de, anayapının harap olması durumu –belli koşullarda– kat mülkiyetinin sona ermesine bir neden olarak ele alınmış ve hükme bağlanmıştır. Maddede, anayapının tümünün ve özellikle bağımsız bölümlerinden birinin ya da birden çok bağımsız bölümün tamamen harap olması durumunda, kat mülkiyetinin sona ermesinin yöntem ve koşulları ile bağımsız bölüm maliklerinin yapacakları işlemler açıkça gösterilmiştir.¹⁶²

a) Anayapının Tümünün Harap Olması

Deprem, çöküntü, yangın, sel, patlama, gibi nedenlerle anayapının tamamı harap olabilir. KMK m. 47/1, anayapının tümünün harap olması durumunda kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ereceğini belirtmektedir **“kendiliğinden”** deyimi, anayapının harap olduğuna ilişkin bir tespiti ve tapu kütüğünde buna dayalı bir işlemin gereğini ortadan kaldırmaz. Bir başka deyişle, anayapının tamamının harap olması durumunda, konusu kalmadığı için anataşınmaz üzerindeki kat mülkiyeti sona ermekle birlikte, uygulamada, kat maliklerinin birbirlerine karşı yasayla yükümlü oldukları sorumluluklardan kurtulabilmeleri için durumun tapu kütüğüne de şerh edilmesi ve bunu izleyen işlemlerin yapılması gerekir.¹⁶³

b) Bağımsız Bölümlerden Birinin Harap Olması

m. 47/2'de öngörülen durum, anayapının bağımsız bölümlerinden salt birinin tamamen harap olmasıdır. Böyle bir durumda, bağımsız bölüm maliki, bağımsız bölümünü iki yıl içinde yeniden yaptırmazsa, diğer kat malikleri veya bunlardan biri ya da bir kısmı; bu sürenin tamamlanmasından başlayarak bir yıl içerisinde, o bağımsız bölüme ait arsa payının, değeri karşılığında ve arsa payları oranında, kendilerine devredilmesini hakimden isteyebilirler. İstekli bir tek bağımsız bölüm maliki ise, harap olan bağımsız bölüme ait arsa payının tamamı bu kişiye devredilecektir.

Harap bağımsız bölümün arsa payını devralan kat malikleri, devir aldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde, bu bağımsız bölümü yeniden yaptırmak zorundadırlar. Harap bağımsız bölüm yeniden yaptırılmazsa, yine bu iki yıllık süre içinde, devralan kat maliki veya malikleri diğer kat malikleri ile birlikte, kendi bağımsız bölümlerine ait arsa paylarını yeniden hesaplayarak kat mülkiyeti kütüğüne geçirtmek zorundadırlar. Yasada, bu konuda m. 3/2'deki esasların uygulanacağı belirtilmiştir.

m. 47/3, 2. fıkra hükmüne uyulmadığı takdirde, anataşınmaz üzerindeki kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ereceğini; harap olan bağımsız bölüm ya da yapının tamamı sigortalı ise, bu sigorta bedelinin, ortak

(162) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1180 – 1181.

(163) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1181.

mülkiyet hükümlerine göre paydaşlar arasında paylaştırılacağını öngörmüştür.

Bir anataşınmaz, kat mülkiyetinin ilk kurulduğu gündeki bağımsız bölümleri ile bir bütündür. Bağımsız bölümlerden biri veya birkaçı harap olup yıkıldığı halde yeniden yapılmamış ya da onlara ait arsa payları diğer tüm bağımsız bölümlere yöntemince özgülenmemişse, bütünlük bozulmuş demektir ve sözü edilen işlemlerle yeniden sağlanamazsa, kat mülkiyeti bu Yasa hükümlerine göre fiilen de devam edemeyeceğinden sona ermesi doğaldır.¹⁶⁴

c) Birden Çok Bağımsız Bölümün Harap Olması

m. 47/4'de, **"birinin yeniden yapılması diğerinin yapılması koşulu-
luna bağlı birden çok bağımsız bölümün harap olması"** durumu düzenlenmiştir. Harap olan her bağımsız bölüm ayrı ayrı yeniden yapılabilir durumda ise, bu hükme başvurmak gerekmeyecek ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanabilecektir.

Dördüncü fıkra düzenlenmiş özel durumda, harap olmuş bağımsız bölüm malikleri bunları yeniden yaptırıp yaptırmayacaklarını, harap olma tarihinden başlayarak altı ay içinde, diğer kat maliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadırlar. Bildirimde bulunmayanların yeniden yaptırmak istemedikleri kabul olunur ve onların arsa payları, değeri karşılığında bölümlerini yaptırmak isteyenlere öncelikle devredilir.

Devir koşulunun rıza ile yerine getirilmemesi durumunda, mahkeme-ye başvurulduğunda, buna mahkemece karar verilecektir.

Harap olmuş bağımsız bölümlerini yeniden yapmak istemeyen maliklerin arsa paylarını devralanların, bu payların bedelini ödemeleri gerekir. Bu devir, ilgili kat maliklerinin anataşınmazdaki mülkiyet haklarını sona erdirdiği için, bunun bedeli karşılığında olması, Yasa ve hakkaniyet gereğidir. Taraflar bedelde anlaşamazlarsa, anlaşmazlık hakim tarafından çözümlenecektir.

Burada gözetilmesi gereken bir olasılık da, harap olmuş bağımsız bölümlerden yeniden yapılması diğerlerinin yeniden yapılabilmesinin ön koşulu olan ve maliki tarafından yeniden yaptırılmayacağı diğer kat maliklerine yöntemince bildirilen bağımsız bölümün arsa payının, bağımsız bölümleri harap olup da yeniden yaptırmak isteyenler tarafından devralınmak istenmemesi durumudur. GERMEÇ'e göre böyle bir durumda, arsa payını devralma hakkına sahip olan bağımsız bölüm maliklerinin de, gerçekte harap olan kendi bağımsız bölümlerini yaptırmak istemedikleri sonucuna varılmalıdır. Çünkü, kendi bağımsız bölümlerini yeniden yaptırmak istediğini diğer kat maliklerine bildirmesine karşın, bunun ön koşulu niteliğindeki bağımsız bölümün arsa payını devralmaktan kaçınan kat

(164) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1181 – 1182.

malikinin, iyi niyetinden söz edilemez. Böyle bir durumda, maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

KMK m. 47/5 hükmü uyarınca, harap olan bağımsız bölümler üzerindeki kat mülkiyeti, arsa payı aynen korunarak, maddede öngörülen sürelerin devamınca kendiliğinden kat irtifakına dönüşür. Bu dönüşüm kat mülkiyeti kütüğüne geçici şerh olarak işlenir. Harap olan bağımsız bölümler yeniden yapıpı oturulabilir duruma gelince, tesis edilen geçici irtifak şerhi kaldırılır ve böylece kat mülkiyeti bu bağımsız bölümler yönünden geri gelmiş olur.¹⁶⁵

3) KAT MÜLKİYETİNİN SONA ERME SÜRECİNDE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAYDIN SİLİNMESİ

KMK m. 48 sona ermesi gereken bir kat mülkiyeti ilişkisi ile ilgili bildirim yükümlülüğünü ve bu bildirim üzerine tapuda yapılacak işlemleri düzenlemektedir.

a) Bildirim Yükümlülüğü ve Zarardan Sorumluluk

m. 48/1, anataşınmazın (anayapı ve arsa) tamamının, anayapının tümünün veya bir kısmının (bağımsız bölümlerin) harap olması halinde, durumun tapu idaresine ve diğer kat maliklerine bildirilmesini öngörmektedir.

Bildirme görevi öncelikle yöneticiye, yönetici yoksa bağımsız bölümü harap olan kat maliklerine yüklenmiştir. Zamanında bildirim yapılmamasından dolayı herhangi bir zarar oluşmuşsa, bu zararın tamamından bağımsız bölümü harap olan kat maliki veya malikleri, zararın beşte biri oranındaki kısmından da yönetici müteselsilen (maliklerle birlikte) sorumlu olacaktır. Burada sözü edilen zarar, münhasıran harap olma olgusunun **“derhal”** tapu idaresi ve diğer kat maliklerine bildirilmemesinden doğan zarardır. Harap olma nedeniyle oluşan zarar değildir. Bildirimde bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden doğacak zararın ne olabileceği, her olayın kendine özgü koşulları içinde belirlenecektir.¹⁶⁶ Bu bağlamda ARPACI, yöneticinin zarardan sorumluluğu konusunda öngörülen beşte bir oranının, mevcut kat malikleri arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğini belirtmektedir. O'na göre; örneğin, tapudaki kayda güvenerek, gerekli bildirimin zamanında yapılmaması nedeniyle, harap olmuş bağımsız bölümü satın alan kişi, zararının tamamı için, ister yöneticiye isterse satın aldığı harap olmuş bağımsız bölümün eski malikine başvurabilir.

Eğer zarar gören kişi kat malikine başvurarak zararının tamamını ona tazmin ettirmişse, tazminatı ödeyen malikin yöneticiye rücu hakkı yoktur. Buna karşılık, mevcut zarar yöneticiye tazmin ettirilmişse, yöneticinin, bağımsız bölümü harap olan kat malikine beşte dört oranında

(165) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1182 – 1184.

(166) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1190 – 1191.

rücu etmesi mümkündür. KMK m. 48/1'deki müteselsil sorumluluktan bu anlaşılmalıdır.

Yasa, bu konuda Hazine'nin sorumlu olmadığını da bildirmektedir.¹⁶⁷

b) Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Kaydın Silinmesi

KMK m. 48/2, kat mülkiyetinin tapu kütüğündeki kayıtları ile ilgili idari işlemlere ilişkin olup bu fıkra, kat mülkiyetinin, sağlam kalan bağımsız bölümleri de kapsayacak şekilde, ortak mülkiyete (paylı mülkiyet) dönüşeceği öngörülmüştür.

Bağımsız bölümleri sağlam kalan kat maliklerinin, bağımsız bölümler üzerinde kat mülkiyetleri de sona erecekse de, kendi bağımsız bölümleri ile ilgili fiili zilyetlik durumları sürecektir. Böyle bir durum ortak mülkiyetteki fiili taksim gibidir. Bağımsız bölümleri harap olmayan malikler, anataşınmazın bu kısımları üzerinde, kullanma hakkıyla sınırlı olan tasarruflarda bulunabileceklerdir. Böyle bir taşınmazda yeniden tesis edilen ortak mülkiyetin, yapı tamam ve sağlam olmadığı için, Yasa'nın 10. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca kat mülkiyetine geçiş söz konusu olmazsa da, ortaklığın genel hükümler çerçevesinde giderilmesi mümkün olup bu takdirde bağımsız bölümleri harap olmayan paydaşlar, satış bedelinin bölüşülmesinde, sağlam kalan bağımsız bölümlerinin, satış bedelinde yol açtığı artışı da hak ederler.¹⁶⁸

c) Kat Mülkiyetinin Yeniden Kurulması

KMK m. 48/son, tümü harap olan anayapının arsasında, malik veya ortak malikler tarafından, ileride kat mülkiyetine geçilmek üzere yeniden yapı yapıp tamamlamak amacıyla, kat irtifakı tesis edilebileceğini belirlemiştir. Bu takdirde, Kat Mülkiyeti Yasa'nın kat irtifakına ve kat irtifakından kat mülkiyetine geçiş hükümleri uygulanacaktır.

Bu son fıkra, anayapının tümünün harap olması durumu ele alınmakta, anayapının belli bağımsız bölümleri harap olmakla birlikte, m. 47/2 ve 47/4 uyarınca yapılması gerekli iş ve işlemler yapılmadığı için, m. 47/3 hükmü gereği, anataşınmaz üzerindeki kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ermesi hali dikkate alınmamıştır. Bu halde de, anataşınmaz üzerindeki kat mülkiyeti sona ermiş ve tamamı ortak mülkiyete konu olmuş olduğundan, son fıkra hükmü uygulanabilir. Bu durumda, ya sağlam kalan bağımsız bölümler yıkılıp yapı yeniden inşa edilir ya da ortak mülkiyet çerçevesinde yapı onarılarak önce kat irtifakı, onarım bittikten ve yapı tamamlandıktan sonra da kat mülkiyeti tesis edilir.

(167) ARPACI Abdülkadir, *age. Sf. 197 – 198.*

(168) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 1191.*

4) TOPLU YAPILARDA DURUM

Toplu yapılarda kat mülkiyetinin sona ermesi konusunda ne 5711 sayılı Yasa ile Kat Mülkiyeti Kanunu'na eklenen ve toplu yapılara ilişkin özel hükümler içeren "Dokuzuncu Bölüm"de ne de kat mülkiyetinin sona ermesine ilişkin 46, 47 ve 48. maddelerde, toplu yapılar konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda yönlendirici olan KMK m. 74'te

"Bu bölümde öngörülen özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda yer alan bütün hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla tatbik edilir."

denilmektedir. Bu hüküm gereği, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 46, 47 ve 48. maddeleri toplu yapılar için de uygulanacaktır. Günümüzdeki toplu yapılar, neredeyse küçük bir kent ölçeğine ulaşan, fiziksel olarak ayrı ayrı birçok bağımsız bölüm ve/veya bloktan oluşan ve birden çok imar parseline yayılabilen "**site**"lerden oluşmaktadır. Toplu yapıdaki bir bağımsız bölümün, özellikle de, diğer bağımsız yapıların kullanımlarını engellemeyen münferit bir bağımsız bölümün ya da bir bloğun, harap olması ve m. 47'de öngörülen iş ve işlemlerin yapılmaması durumunda da toplu yapının tamamında kat mülkiyeti kendiliğinden sona erecek midir" KMK m. 66 ve gerekçesi dikkate alındığında, toplu yapının tamamında kat mülkiyetinin sona ereceği sonucuna varılabilecektir. Zira, KMK m. 66'daki;

"... toplu yapı birden fazla imar parselini içeriyorsa, münferit parseller üzerinde toplu yapı hükümlerine tabi olacak şekilde kat mülkiyeti ilişkisi kurulamaz."

hükmü ve bu maddenin gerekçesindeki

"... toplu yapı kapsamındaki bütün parsellerin, kat mülkiyeti rejimine geçilirken bir bütün olarak işlem görmesi gereği vurgulanmıştır."

ifadesi, yasa koyucunun, kat mülkiyeti rejiminde toplu yapının bütünlüğünün korunmasını yasanın emredici hükmü ile güvence altına alma iradesini, açıkça ortaya koymaktadır. Öte yandan, başka hiçbir yapıyı etkilemeyen tek bir bağımsız bölümün harabiyeti nedeniyle, münferit bağımsız bölüm sayısı binlerle ifade edilebilecek büyüklükteki bir toplu yapının tamamında kat mülkiyetinin sona ermesi ne haklı ne de mantıklı bir durumdur. Dolayısıyla, toplu yapının bütünlüğünün korunmasını hükme bağlayan yasa koyucunun da böyle bir durumu öngörmüş ya da hedeflemiş olması mümkün değildir. Nitekim, 5711 sayılı Yasa'nın "Genel Gerekçe"sinin toplu yapılara ilişkin 5. paragrafındaki;

"Toplu yapı uygulamasının ortaya çıkardığı çok yönlü sorunların çözümlenmesi, bugün geline nokta, Kat Mülkiyeti Kanununda yeni ve belli ölçüde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesini zorunlu kılmaktadır."

ifadesi, yasa koyucunun “yeni” ve “belli ölçüde ayrıntılı” düzenlemeleri zorunlu gördüğünü; kapsamlı ve kalıcı bir düzenlemeden çok, güncel bir soruna kısa vadeli, acil bir çözüm getirmekten başka bir arzusu olmadığını ortaya koymaktadır. Değişikliğin temel amacının, büyük çoğunluğu kamu tarafından (TOKİ ve Belediyeler) yaptırılan ve hemen tamamı birden çok imar parselini kapsayan toplu yapıları yasal bir zemine oturtmak olduğu, hem Değişiklik Yasası metninden hem de “Gerekçe”sinden açıkça anlaşılmaktadır. Ancak, bu temel amaç doğrultusunda yapılan değişiklik de gereken kapsam, derinlik ve ayrıntıdan uzaktır. Sadece toplu yapıların tanımı ve yönetimine ilişkin düzenlemeler yapılmış; kat mülkiyetinin kurulması konusundaki ayrıntılı düzenlemeler altı ay içinde hazırlanacak bir yönetmeliğe bırakılmıştır (KMK Geçici m. 1). Ama; kuruluş, tescil, vb. önemli değişiklikler öngörülen ilk aşama işlemleri düzenleyeceği belirtilen yönetmelik, Yasa’nın yürürlüğe girdiği 28.11.2007 tarihinden bu yana on aya yakın bir süre geçmiş olmasına rağmen, hala çıkarılamamıştır.

Büyük olasılıkla, bu bölümde irdelenmekte olan, toplu yapılarda kat mülkiyetinin sona ermesi konusunda, yukarıda sorgulanan uç örnek, gerçekleşmesi olanaksız ütöpik durum olarak değerlendirilebilir. Binlerle ifade edilecek sayıda bağımsız bölümün bulunduğu bir toplu yapıda, harap olan bir münferit bağımsız bölümü, hatta bir bloğu, maliki/malikleri yaptırmak istemez ya da süresi içinde yaptıramazsa, değeri karşılığında devralacak kat malikleri çıkabilecektir. Burada asıl önemli sorun, harap olan ve malikleri tarafından süresi içinde yeniden yaptırılmayan bağımsız bölüm sayısı diğer kat maliklerinin satın alma gücünü aşarsa, toplu yapıdaki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erecektir. Böyle bir durum için, yukarıda tek anayapıda kısmen harap olma sonucu kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ermesinde olduğu gibi; “Anataşınmaz üzerindeki kat mülkiyeti sona ermiş ve tamamı ortak mülkiyete konu olmuş olduğundan, KMK m. 48/son hükmü uygulanabilir. Bu durumda, ya sağlam kalan bağımsız bölümler (yapılar) yıkılıp yeniden inşa edilir ya da ortak mülkiyet çerçevesinde yapılar onarılarak önce kat irtifakı, onarım bittikten ve yapı tamamlandıktan sonra da kat mülkiyeti tesis edilir.” diyebilmek mümkün değildir. Çünkü, kat mülkiyetinin sona ermesiyle birlikte toplu yapının bütünlüğü de ortadan kalkacaktır. Her ne kadar, kat mülkiyetinin kuruluşuna ve tapudaki işlemlere ilişkin asıl düzenleme henüz yayınlanmamış olan yönetmeliğe bırakılmışsa da, Yasa’nın toplu yapılara ilişkin şu hükümleri;

• KMK m. 66: “.... Toplu yapı kapsamındaki her imar parseli, kat irtifakının veya kat mülkiyetinin tesisinde ayrı ayrı dikkate alınır.”

• KMK m. 67/2: “Toplu yapı kapsamında bulunan birden çok yapının ortak sosyal ve alt yapı tesisleri bulundukları parsel veya yapıya bakılmaksızın, tahsis edildikleri bağımsız bölümlerin ortak yeri sayılır.”

• KMK m. 72/1: “Toplu yapı kapsamındaki belli bir yapıya veya yapıların sadece birkaçındaki kat maliklerinin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislere ilişkin ortak giderler, o yapılardaki kat malikleri tarafından, bütün bağımsız bölümlerin ortak kullanım ve yararlanmasına tahsis edilmiş tesis ve yerlere ilişkin ortak giderler ise bütün kat malikleri tarafından karşılanır.”

toplu yapılarda, kat maliklerine ait arsa paylarının dağılımının çok karmaşık olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, kat mülkiyetinin sona ermesiyle, ortaklarının kimliği ve sayısı birbirinden farklı, kiminin üzerinde sağlam, kiminde kısmen sağlam, kimisinde ise tamamı harap olmuş yapılar bulunan bir dizi parsel ve uzlaştırılıp yeniden “kat mülkiyeti kurma iradesi” çevresinde örgütlenmesi gereken binlerce eski kat malikinden oluşan bir kaos doğacaktır. Üstelik bu durum bir doğal afet, örneğin deprem sonucunda oluşmuşsa; veraset, tazminat, vb konuların da gündeme gelmesiyle karmaşa daha da büyüyecektir. 1999 Marmara depreminden bu yana yaşanan sürece bakılacak olursa; KMK m. 47/2 ve m. 47/3’ün toplu yapılara uygulanmasında, kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ermesi için öngörülen $2 + 2 = 4$ yıllık sürenin yetersiz kalacağı açıktır. Burada, KMK m. 73’te toplu yapının tamamlanması için öngörülen, 10 yıllık sürenin (5 + 5 olarak), kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ermesi için de kıyasen uygulanması yoluyla sorunun daha makul bir düzeye çekilmesi mümkün olacaktır.

B. KAT İRTİFAKININ SONA ERMESİ

Kat irtifakını sona erdiren normal neden, anataşınmaz üzerindeki yapı ya da yapıların tamamlanarak kat mülkiyetine çevrilmesidir. Bu durum, kat irtifaklı taşınmazda amaçlanan ve sonuçta olması gereken doğal bir olgudur. Bunun dışında, KMK m. 49’da düzenlenmiş şu nedenlerle de, kat irtifakı sona erebilir:

- 1) İrtifak Hakkı Sahiplerinin İstemiyle Sona Ermesi,
- 2) İmkansızlığa veya Kat İrtifakının Konusuz Kalmasına Bağlı Olarak Kendiliğinden Sona Ermesi,
- 3) Kat İrtifakının Süreye Bağlı Olarak Sona Ermesi.

1.) KAT İRTİFAKININ İRTİFAK HAKKI SAHİPLERİNİN İSTEMİYLE SONA ERMESİ

KMK m. 49/1, kat irtifakına konu arsanın maliki veya ortak maliklerinin, tapu memuru huzurunda verecekleri yazılı bir beyanla, kat irtifakına ilişkin sicil kaydını sildirecek, bu irtifakı her zaman sona erdirebileceklerini öngörmektedir.¹⁶⁹

Buna göre, kat irtifakına konu anataşınmazın tek kişi maliki (kat irtifakını tek başına kurmuş ya da tüm kat irtifaklarını tek başına iktisap

(169) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1193.

etmiş), kat irtifakını yazılı istemiyle sona erdirebilecektir. Yani, terkin ilgilinin feragati ile gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bu halde, anataşınmaz parseline ilişkin mülkiyet hakkından, terk suretiyle, feragat edilmediği de açıktır. Bu terkin ile kat irtifakı sona ermekte; anataşınmaz parselinin mülkiyet hakkı, kat irtifakına konu olmaktan çıkmakta, yani bu yükten arındırılmış olmaktadır.

Kat irtifakı birliğinde; yani, kat irtifakı müşterek malikler tarafından kurulmuş veya tek kişi malik tarafından kurulmakla birlikte bu kişinin kat irtifakını devretmiş olduğu hallerde, kat irtifakının terkinini, hiç kimse iradesi olmaksızın bir haktan feragat etmiş sayılamayacağı için, tüm kat irtifakı sahiplerinin yazılı istemi ile gerçekleşebilir. O halde, işlemi yapacak tapu müdürlüğü, bu konuda bir talep gelince, kat mülkiyeti kütüğünde adına kat irtifakı tescil edilmiş bulunan, tüm kat irtifakı sahiplerinin iradesinin olup olmadığını araştırmak zorundadır (MK m. 1014, Tapu Sicili Tüzüğü m. 78/1). Çünkü, temelinde müşterek mülkiyet birliği yatan kat irtifakı birliğinde, olağanüstü bir yönetim işi olarak, oybirliği ile yapılabilen tasarruf söz konusudur.¹⁷⁰

2.) İMKANSIZLIĞA VEYA KAT İRTİFAKININ KONUSUZ KALMASINA BAĞLI OLARAK KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ

KMK m. 49/2, kat irtifakının kendiliğinden sona ermesini düzenlemektedir. Madde 46'ya benzer hükümler taşıyan bu fıkraya göre; kat irtifakı, buna konu olan arsanın tamamıyla yok olması veya üzerinde yapı yapılamayacak duruma gelmesi ya da kamulaştırılması ile kendiliğinden sona erer.

a) Arsanın Tamamıyla Yok Olması

Kat irtifakına konu olan arsa; sel, deprem, çöküntü ve benzeri nedenlerle, tamamen yok olmuş ise, artık kat irtifakından söz edilemeyeceğinden, bu irtifak kendiliğinden sona erer. Söz konusu doğal afetler dışında, idari önlemler ve tasarruflarla da arsanın yok olması gündeme gelebilir. Örneğin, tehlike yaratan bir akarsuyun akış yönünün değiştirilmesi ya da yeni bir baraj yapılması nedeniyle, su altında kalması sonucu, arsa yok olabilir. Belirtilen ve benzeri durumlarda, arsanın yerküre üzerindeki izdüşümü durmakla birlikte, artık arsa tanımına girecek nitelik ve özelliğini yitirdiğinden, üzerindeki kat irtifakının sona ermiş olması da doğaldır.

Böylesi durumlarda, kat irtifakı sahibi ya da sahipleri tapuya başvurarak sicil kaydını sildirebilirler.

b) Arsanın Üzerinde Yapı Yapılamayacak Duruma Gelmesi

Arsanın üzerinde yapı yapılamayacak duruma gelmesi; toprak kayması, sel, gibi nedenlerle kısmen yok olması ya da imar düzenlemesi ve-

(170) ÖZMEN Saba, age. Sf. 381.

ya planlaması sonucunda, üzerinde yapı yapılma niteliğini yitirmesi suretiyle olabilir.

Kat irtifaklı arsa, verilen bir yargı kararı gereğince de, üzerinde yapı yapılamayacak duruma gelebilir. Örneğin, bu arsayla ilgili olarak açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davası sonucunda, kat irtifakı sahipleri aleyhinde bir karar çıkmışsa ya da ortak maliklerden biri, kat irtifakının geçersiz olduğuna ilişkin bir yargı kararı almışsa, kat irtifakı yine kendiliğinden sona erecektir.

Bu durumlarda da, kat irtifakı sahipleri, taşınmazın bulunduğu yerin tapu memuruna başvurarak, kat irtifakı sicil kaydının silinmesini isteyebilirler

c) Arsanın Kamulaştırılmış Olması

Kat irtifakı kurulmuş olan arsa; henüz üzerine yapı yapılmadan veya yapı tamamlanmadan ya da yapı tamamlanmış olmakla birlikte, kat irtifakından kat mülkiyetine geçilmeden kamulaştırılmış ise, o yer, özel mülkiyet konusu olmaktan çıkıp kamu malı olma niteliğini kazanmış olacağından, artık üzerine yapı yapma veya yapılmakta olan yapıyı tamamlama olanağı kalmayacaktır. Böyle bir durumda, taşınmaz üzerindeki kat irtifakı, kamulaştırmanın kesinleştiği tarihte kendiliğinden ortadan kalkmış olur.¹⁷¹

3.) KAT İRTİFAKININ SÜREYE BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ

Burada yine kat irtifakının geçici bir araç kurum olma özelliğine dayalı bir hukuki sonuç söz konusudur. Kanun koyucu haklı olarak, kat irtifakının, yapılaşma amacına ulaşılmaksızın, uzun yıllar sürüncemede kalmasını istememiştir. Büyük olasılıkla, imar mevzuatında beş yıl olarak öngörülen inşaat izninin geçerlilik süresini (İmar Kanunu m. 29) gözeterek, izin hükümsüz kalacağı hallerde, kat irtifakının da gözden geçirilmesini gerekli görmüş¹⁷² ve KMK m. 49/3 ile kat irtifakının hakim kararıyla sona erdirilebilmesini hükme bağlamıştır. Buna göre, kat irtifakına konu arsa üzerinde irtifakın kurulma tarihinden başlayarak beş yıl içinde, irtifakın tesisi ile birlikte tapuya verilen plana (mimari proje) göre yapı yapılmazsa, maliklerden birinin istemi üzerine sulh hakimi kat irtifakının sona ermesine veya belli bir süre için uzatılmasına karar verebilir.

Söz konusu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için:

- Kat irtifakının kurulmasından başlayarak beş yıl geçmesi,
- Bu beş yıl içinde yapıların tamamlanmamış olması,
- Kat irtifakı sahiplerinden birinin hakime başvurusu, gerekir.

(171) GERMEÇ Mahir Ersin, *age. Sf. 1194 - 1195.*

(172) ÖZMEN Saba, *age. Sf. 389.*

Kat irtifakına konu olan arsa üzerinde, bu irtifakın kurulması sırasında verilen plana göre yapı ya da yapılar yapıp bitirilmişse, bu fıkra hükmü uyarınca hakime başvurarak yargı yoluyla kat irtifakının sona erdirilmesini sağlama olanağı yoktur. Yasa'da öngörülen beş yıllık süre içerisinde yapı hiç yapılmamış veya yapımına başlanmış olmakla birlikte tamamlanmamış ise, maliklerden her birinin hakime başvuru hakkı doğar. Başvuru, iki istem hakkında olabilir:

- Yapının yapılması ve tamamlanması için uygun bir süre tanınması,
- Kat irtifakının sona ermesine karar verilmesi.

Hakim, bu konuda bir karara varmadan önce ilgilileri (kat irtifakı sahiplerini) dinler, gerekli kanıtları toplar ve bundan sonra kat irtifakına son verilmesine ya da duruma göre belli bir süre için uzatılmasına karar verebilir.

Hakim, verilen ek sürelerle ve uzatmalara karşın yapının tamamlanmasının uzak bir olasılık olduğu kanısına varırsa, artık süreyi uzatmaz ve istem üzerine kat irtifakını sona erdirir.

Hakimin kararıyla kat irtifakının kaldırılması üzerine, tapu kütüğündeki kayıt silinir, taşınmaz önceki adi mülkiyet veya ortak mülkiyet türüne dönüştürülür.¹⁷³

C. FARKLARI

Kat irtifakının sona ermesinde kat mülkiyetinden farklı iki durum söz konusudur:

- Kat irtifakı yapı ya da yapıların tamamlanması ve kat mülkiyetine geçilmesiyle sona erer.
- Kat irtifakı süreli bir kurum olduğundan süreye bağlı olarak da sona erer.

VIII. KAT MÜLKİYETİ İLE KAT İRTİFAKI ARASINDAKİ FARKLAR LİSTESİ

1.) NİTELİK BAKIMINDAN:

- Kat mülkiyeti ile kat irtifakı arasındaki en belirgin fark, nitelik farkıdır. Kat mülkiyeti kendine özgü bir taşınmaz mülkiyeti; kat irtifakı ise, kendine özgü bir irtifak türüdür.
- Kat mülkiyeti kalıcı bir kurumdur. Oysa kat irtifakı geçici bir kurumdur.

2.) KURULUŞ BAKIMINDAN:

- Kat mülkiyeti kurulabilmesi için, anayapının/yapıların tamamlanmış; yapı kullanma izinlerinin alınmış olması gerekir. Kat irtifakı ise, henüz tamamlanmamış hatta yapımına bile başlanmamış yapılarda kurulur.

(173) GERMEÇ Mahir Ersin, age. Sf. 1195 – 1196.

• Kat irtifakının varlık nedeni kat mülkiyetidir. Bir başka deyişle, kat irtifakı, kat mülkiyetine geçişin bir ön aşamasıdır. Buna karşılık kat mülkiyeti, kat irtifakı olmadan da kurulabilir.

• Kat mülkiyeti, üç farklı yolla kurulabilir: hukuki işlemle (resmi senetle), yargı kararıyla, özel yasal düzenlemeyle. Oysa idari bir işlem olan kat irtifakı, sadece maliklerin, yazılı veya sözlü olarak kendisine iletilen ortak istencine dayanılarak, tapu memuru tarafından düzenlenen, resmi senetle ve tapu siciline tescille kurulur.

3.) SAHİPLERİNİN HAKLARI BAKIMINDAN:

• Kat mülkiyeti sahibinin hakları bakımından ikili bir yapı söz konusudur:

i) bağımsız bölüm ve buna özgülenmiş eklentiler üzerindeki bağımsız mülkiyet hakkı,

ii) ortak yerler üzerindeki ortak mülkiyet hakkı.

Kat irtifakı sahiplerinin hakları bakımından ise, KMK m. 17/3'te düzenlenen geçici istisnai koşullar dışında, böyle bir durum söz konusu değildir.

4.) SAHİPLERİNİN BORÇLARI BAKIMINDAN:

• Sahiplerinin borç ve yükümlülükleri bakımından kat irtifakı ile kat mülkiyeti arasındaki en önemli fark, borçların kaynağına ilişkindir. Kat irtifakı sahibinin borç ve yükümlülükleri, kural olarak, kat irtifakına konu olan yapının/yapıların gerçekleştirilme sürecinden kaynaklanır. Kat malikinin borç ve yükümlülükleri ise, yapının/yapıların kullanım sürecinden (işletme, bakım-onarım, vb.) kaynaklanır.

• Kat irtifakı sahipleri ile kat maliklerinin borçlarına ilişkin bir başka fark, her iki grup için de öngörülen, zorunlu devir yaptırımının koşullarındaki farklılıktır. Kat mülkiyetinin devri davasının açılmasına, kat malikleri kurulunca karar verilmelidir (KMK m. 25). Buna karşın, kat irtifakının devri davası, kat irtifakı sahipleri kurulunun karar alması koşuluyla bağlanmamıştır.

5.) SONA ERMELERİ BAKIMINDAN:

• Kat irtifakının sona ermesinde, kat mülkiyetinden farklı iki durum söz konusudur:

i) kat irtifakı, yapı ya da yapıların tamamlanması ve kat mülkiyetine geçilmesiyle sona erer.

ii) kat irtifakı, süreli bir kurum olduğundan, süreye bağlı olarak da sona erer.

KAYNAKÇA

- **ARPACI Abdülkadir** Prof. Dr.; “Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması”, Temel Yayınları, İstanbul – 2002
- **ERTAŞ Şeref** Prof. Dr. **SERDAR İlknur** Uz. Ar. Gör. **GÜRPINAR Damla** Uz. Ar. Gör.; “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku”, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara – 2002
- **GERMEÇ Mahir Ersin**, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Başkanı; “Kat Mülkiyeti Hukuku”, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara – 2006
- **KARAHACIOĞLU Ali Haydar**, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Başkanı - ALTIN Mehmet, Avukat; “Açıklamalı - İctihathı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar”, Ankara 1994
- **KARAHASAN Mustafa Reşit**, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı; “Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku Cilt 3”, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul – 1999
- **ÖZMEN E. Saba Prof Dr.**; “Kat İrtifakı”, Yaklaşım Yayınları, Ankara – 1997
- **YEŞİL Metin Eminönü** Tapu Sicil Müdürü; “Uygulamalı Tapu İşlemleri”, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul – 1993
- **YILMAZ Ejder** Prof. Dr.; “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara – 1992
- **İSTANBUL BAROSU DERGİSİ**; Cilt: 80, Sayı: 2006/6
- **TBMM Web Sitesi**: Yasama Faaliyetleri, Kanun Tasarıları; “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” www.tbmm.gov.tr (31.05.2007).
- **TBMM Web Sitesi**: Yasama Faaliyetleri, Kanunlar; “Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” www.tbmm.gov.tr (16.11.2007).
- **BAYINDIRLIK VE İSKAN BAKANLIĞI Web Sitesi**: “Yönetmelikler” www.bayindirlik.gov.tr (05.09.2008).

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

*Arş. Gör. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL**

GİRİŞ

Banka kredi işlemleri nakdi ve gayrinakdi olmak üzere başlıca iki kısma ayrılır. Nakdi kredi işlemlerinde bankanın ilgiliye belirli bir miktar ödünç vermesi söz konusu olup, bunlar iskonto-iştira senetleri, avanslar, ihracat kredileri ve borçlu cari hesaplar olarak dört türdür. Gayrinakdi kredi işlemlerinin nakdi kredi işlemlerinden farkı, bankanın herhangi bir ödemede bulunmaması, ödünç para vermemesinde kendisini gösterir. Gayri nakdi krediler üç biçimde görülmekte olup, bunlar aval kredisi, kabul kredisi ve teminat mektubu verilmesidir. Görüleceği üzere bankanın teminat mektubu vermesi bu anlamda bir gayrinakdi kredi işlemidir¹.

Teminat mektubu veren banka başlangıçta bir ödemede bulunmamaktadır. Her ne kadar bu nedenle mektubun verilmesi bankacılık hizmeti şeklinde görülse de, lehine teminat mektubu verilen şahsın yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, bankanın ödeme yapma riski mevcut olur. Bu nedenle de teminat mektubunun verilmesi bir kredi işlemi niteliğindedir².

Teminat mektubu verilmesi işlemlerinin temelinde banka ile lehine teminat mektubu düzenlenen lehdar arasında bir alt ilişki, yani kredi ilişkisi mevcuttur.

Teminat mektubu verilmesi nedeni olan riskin doğması ve mektup bedelinin talep edilmekle, banka tarafından muhatabına tazmin edilmesi halinde, gayri nakdi kredi, nakde dönüşmüş olur. Böylece ödeme tarihinden itibaren bankanın kredi sözleşmesinde kararlaştırılmış ise, bu oran üzerinden, yoksa kısa vadeli nakdi ticari kredilere uygulanan cari faiz oranı üzerinden faiz talebine hakkı doğar³.

(*) Bahçeşehir Üniversitesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

(1) BARLAS, Nami, "Türk Hukuku Sisteminde Banka Teminat Mektupları", İstanbul 1986, s.9

(2) ŞANLI, Cemal / EKŞİ, Nuray, "Uluslararası Ticaret Hukuku", 5.bası, İstanbul 2006, s.175, BARLAS, s.9

(3) KOSTAKOĞLU, Cengiz, "Banka Kredi İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar", Ankara 1995, s.101

Teminat mektubunun ilk yazılı talepte geri ödenmesi, borçluya ait defî ve itirazların ileri sürülmemesi, yıllarca sürebilen bir davanın sonucunun beklenmesinin gerekli olmaması gibi nedenler, teminat mektuplarına olan ilgiyi artırmış bulunmaktadır. Bunun dışında bankalar tarafından verilen teminat mektupları, diğer teminat türlerine göre, daha sağlam ve güvenilir olup kolay, masrafsız ve hızlı bir şekilde elde edebilme ve paraya çevrilerek alacağı karşılayabilme özelliklerini taşımaktadırlar.

Çalışmamızda öncelikle banka teminat mektuplarının tanımı ve hukuki niteliği üzerinde durulacak, daha sonra uygulamada banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinden doğan uyumsuzluklar, banka teminat mektupları sözleşmelerinin kuruluşu, bankanın sorumluluğu ve teminat mektuplarının türleri incelenecektir. Çalışma konumuz ülke içi ticari ilişkilerde kullanılmakta olan teminat mektupları ile sınırlı olup, uluslararası ticari ilişkilerde kullanılan banka teminat mektupları inceleme dışında bırakılmıştır.

I. BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ:

A. Tanım:

Teminat mektuplarının sadece bankalar tarafından verilmesi nedeniyle, bu mektuplar Bankalar Kanunu'nun kredilerle ilgili hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bankalar Kanunu, teminat mektubunun tanımına ve hükümlerine yer vermemekte ancak çeşitli maddelerinde bu tür mektuplara değinmektedir⁴. 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun faaliyet konuları başlığı altında düzenlenen 4. maddesinde, nakdi, gayrinakdi, her cins ve suretle kredi verme işlemlerinin bankaların faaliyet konuları içerisinde yer aldığı belirtilmiştir. Yine aynı kanunun "Krediler" başlıklı 48. maddesinde bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ile bu niteliği haiz taahhütlerin, satın alınan, tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçlarının... bu kanun uygulamasında kredi sayılacağı belirtilmiştir⁵.

Banka teminat mektubu, teminat veren banka ile teminat alan muhatap arasında kefalet veya garanti niteliğinde veya karma nitelikte bir teminat ilişkisi oluşturur⁶. Banka teminat mektupları Türk hukukunda kanunla düzenlenmemiş olup, bu nedenle de kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Kavrama ilişkin doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bir yazara göre⁷, teminat mektubu, bankaların muayyen bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taah-

(4) REİSOĞLU, Seza " Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler", 2.bası, Ankara 1990, s.3

(5) <http://www.tbh.org.tr>, 12.02.2007

(6) BARLAS, s.7

(7) TAŞPOLAT, Ali, "Banka Garantileri", İstanbul 1989, s.21

hüt eden müşterisini, bu taahhüdün önceden muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde belirli bir paranın, banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgelerdir. Diğer bir yazara göre⁸, borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair bir banka tarafından verilen mektuba banka teminat mektubu adı verilir. Başka bir yazar⁹ banka teminat mektubunu, taraflardan birinin karşı tarafa olan ediminin gereği gibi yapılmaması halinde doğabilecek zararları önceden ve parasal olarak muhataba garanti eden bir akit olarak tanımlamıştır.

Teminat mektuplarının tümünün aynı nitelikteki hukuki ilişkiyi doğurmaması ve her birinin içeriğinin farklı olabilmesi ve de bu mektupların kefalet veya garanti sözleşmesi biçiminde düzenlenmesinin mümkün olması veya bu iki tür hukuki ilişkiyi kapsayacak şekilde karma bir teminat ilişkisinin kurulabilmesi de tanımının yapılmasını güçleştirmektedir.¹⁰

Banka teminat mektupları, bankalar tarafından kendilerine kural olarak bir gayrinakdi kredi açılması söz konusu olan müşteriler lehine ve o müşterinin örneğin belirli bir mal satın aldığı veya somut bir hizmet görmeyi üstlendiği kişilere hitaben düzenlenir. Banka bu teminat mektubu ile mektupta tanımlanan rizikonun gerçekleşmesi durumunda belirli bir “para” borcunu ödeme taahhüdü altına girer. Teminat mektubunun “muhatap”ı olarak adlandırılan kişi, “lehdar” olarak nitelendirilen örneğin satıcı ya da yüklenicinin sözleşme gereği yerine getirmesi gereken edimi ifa etmemesi durumunda, kendi sözleşmesinin tarafı olan lehdarı dava ya da takip etmek zorunluluğunda olmaksızın ve genellikle ilk istemi üzerine bankanın mektuba konu oluşturan tutarı ödeyeceğinden emin olduğu için bundan böyle örneğin satıcıya henüz bedelini tahsil etmediği bir malı alıcıya teslim etmekte herhangi bir sakınca görmez¹¹. Böylece piyasada banka itibarı ve güvencesine dayanılarak ticari ilişkilerin devamlılığı da sağlanmış olur.

Bu teminat ilişkisinde banka, lehdarın (üçüncü kişi) muhataba karşı olan belli bir edimde bulunma borcunu yerine getirmemesi halinde, durumun yazılı olarak kendisine bildirilip talepte bulunulması üzerine; protesto çekilmesine, borçlunun rızasına, mahkeme kararına gerek kalmaksızın, mektubun miktarını ve eklerini muhataba derhal ödemeyi, genellikle müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla taahhüt eder. Banka söz konusu taahhüdü karşılığında belirli bir komisyon alacağına hak kazanır. Banka ile lehdar arasında da bir kredi ilişkisi mev-

(8) AKYAZAN, Sıtkı, “Banka ve Ticaret Hukuku”, Ankara 1972, s. 1

(9) ERÜRETEEN, Behir Mazhar, “Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı”, İstanbul 1991, s. 347

(10) BARLAS, s.8

(11) TEOMAN, Ömer, “Teminat Mektubunun Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, 30 Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim- 1981-2001, İstanbul 2001, s.324

cut olduğundan, banka ödeme halinde lehbara rücu eder. Buna göre diyebiliriz ki, banka teminat mektuplarında teminat ilişkisi¹² banka ile muhatap arasındadır; lehdar buna taraf değildir. Fakat teminat mektubu ilişkisinin altında banka ile lehdar arasında kurulmuş temel anlaşma –alt ilişki- yatar.¹³

B. Hukuki Nitelik:

Teminat mektuplarının hukuki niteliği hususunda doktrin ve mahkeme kararlarında tartışmalar mevcuttur. Milli hukuk düzenlemelerinde teminat mektupları hususunda pozitif düzenleme yapılmamış olmasına rağmen Milletlerarası Ticaret Odası 325 sayılı “Akdi Garantiler İçin Yeknesak Kurallar” adı altında bir düzenleme yapmış, ancak bu düzenleme banka teminat mektupları ile bağdaşmadığından 458 sayılı “Talep Garantilerine İlişkin Bir Örnek Kurallar”ı yürürlüğe koymuştur. Ancak MTO’nun yapmış olduğu bu düzenlemelerde de teminat mektuplarının hukuki niteliğine bir açıklık getirilmemiştir.¹⁴

Teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda doktrinde “kefalet”¹⁵, “garanti”, “sui generis sözleşme” ve “karma nitelik” olmak üzere dört değişik görüş savunulmaktadır.

Bu dört görüş açısından özellikle banka teminat mektuplarının kefalet veya garanti sözleşmesi şeklinde nitelendirilmesi, bu iki sözleşme türü arasında çeşitli yönlerden esas farklılıklar bulunması ve bunun sonucu olarak da kabul edilen niteliğe göre, uygulanacak hükümlerin değişmesi nedeniyle büyük önem taşıyabilir.¹⁶

(12) Burada “garanti” ilişkisi de denilebilir, zira aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu ilişkiye garanti ilişkisi denmesinin esasında uygulama ve yerleşik Yargıtay içtihatları ile banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak belirlenmesi yatar.

(13) BARLAS, s.7

(14) DOĞAN, Vahit, “Banka Teminat Mektupları”, 3.bası Ankara 2005, s. 30

(15) BK. md. 483’e göre “kefalet bir akittir ki; onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder” Buna göre kefalet sözleşmesi ile bir kimse borçlunun borcunu ödememesi halinde borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder. Kefalet kefille alacaklı arasında akdolunur. Kefil, asıl borçlunun onayını almaya mecbur olmaksızın, onun bilgisi olmaksızın, hatta asıl borçlunun kefaleti açıkça istememiş olmasına rağmen yükümlülük altına girebilir. Zira kefalet asıl borçlunun durumunu kötüleştirmemekte, aksine çoğu defa onun yararına olmaktadır. Kefaletin amacı asıl borçlunun ödeme gücü bulunmamasına veya borcu ödemek istememesine karşı alacaklıya bir teminat sağlamaktır., TANDOĞAN, Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987, s 694

(16) Nitekim kefalet de garanti sözleşmesi gibi bir başkasının maruz olduğu tehlikeyi üstlenmeyi gerektirir; kefil borçlunun borcunu ifa etmemesi tehlikesine karşı alacaklıya teminat verir. Bu nedenle iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmek kolay değildir. TANDOĞAN, (Özel borç), s.818

Burada belirtmekte yarar vardır ki saf garanti sözleşmesinin¹⁷ kefaletten ayrılması kolaydır. Çünkü bu sözleşme türünde bir temel ilişki mevcut değildir. Ancak uygulamada sıkça rastlanan ve aynen kefalet gibi bir temel ilişkiye bağlı olan kefalet benzeri garanti sözleşmesi güçlüklerle sebep olmaktadır. Anılan sözleşme türünde fark yaratan kriter, arzu edilen başarı veya neticenin meydana gelmesinin temel ilişkiden tamamıyla bağımsız olarak teminat altına alınmasıdır. Kefalet alacaklıyı sadece asıl borçlunun ifada bulunma yetersizliğine karşı korurken, garanti sözleşmesi bunun yanında, asıl borcun hükümsüz olması ve icra edilmemesi rizikolarını da temin etmektedir¹⁸.

1. Banka Teminat Mektuplarının Garanti veya Kefalet Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesinde Farklılığa Yol Açacak Başlıca Önemli Hususlar

Kefalet sözleşmesi BK'nın 483-503. maddeleri arasında düzenlendiği halde, garanti sözleşmesi kanunla düzenlenmemiştir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği BK m. 484 gereğince yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın rakamla gösterilmesine bağlıdır. Garanti sözleşmesi için ise herhangi bir şekil şartı söz konusu değildir¹⁹. Banka teminat mektuplarının yazılı şekilde düzenlenmesi ve çoğunlukla bankanın sorumlu olacağı azami miktarın rakamla gösterilmesi söz konusu mektupların kefalet veya garanti sözleşmesi şeklinde nitelendirilmesinin önemini sözleşmenin kuruluş ve geçerliliği bakımından azaltmaktadır. Fakat yine de uygulamada az görülmekle birlikte bankanın sorumlu olacağı azami miktarın hiç veya sadece rakamla gösterildiği banka teminat mektupları yönünden nitelendirme önem kazancaktır. Banka teminat mektubu, kefalet niteliğinin kabul edilmesi halinde azami sorumluluk miktarını içermediğinden geçersiz sayılacak; buna

(17) Garanti sözleşmesinin genel olarak iki çeşidi mevcuttur. Bunlardan biri teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi veya kefalet benzeri garanti sözleşmesi, diğeri de saf garanti sözleşmesi veya diğer adıyla yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesidir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi, garanti verenin teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşme şeklinde tanımlamak mümkün olup, başka bir anlatımla bu sözleşme ile garanti veren borçlu olup olunmadığına bu borcun icrasının mümkün olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu olmayı yüklenir. Kefalet yanında böyle bir sözleşmeye ihtiyaç duyulması kefaletin fer'i, garanti verenin yükümlülüğünün de asıl borçtan bağımsız yani asli nitelik taşımasından doğmaktadır., TANDOĞAN, (Özel Borç), S.804

Saf garanti sözleşmesi, genellikle garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla onun bu hareket tarzının zararlı sonuçlarını karşılamayı üstlenir. Garanti alanın hareket tarzı çoğu zaman bir ticari işletme kurmak, bir anonim ortaklığın hisse senetlerini satın almak, bir gösteri düzenlemek, üçüncü bir kişiyle bir sözleşme yapmak gibi olumlu bir eylem biçiminde ortaya çıkabileceği gibi bu hareket biçimi bazen bir olumsuz eylem, bir kaçınma biçiminde de kendini gösterebilir. Örneğin bir annenin vesayet alındaki oğluna ait taşınmazın satılmasını önlemek amacıyla vasiye karşı satışı yapmamasından dolayı ileride sorumlu tutulursa ödeyeceği tazminatı üzerine almayı vaad etmesi halinde, garanti alan vasiyin satıştan kaçınma biçiminde olumsuz bir eylemi söz konusudur.; TANDOĞAN, Haluk, "Garanti Mukavelesi" Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959, s.7-8, REİSOĞLU, Seza, "Garanti Mukavelesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:178, Ankara 1963, s.11

(18) KAHYAÖĞLU, Emin Cem, "Banka Garantileri", İstanbul 1996, s.30-31

(19) REİSOĞLU, (Garanti) s.141-142, TANDOĞAN, (Özel borç) , s. 818

karşılık garanti niteliğinin benimsenmesi durumunda herhangi bir şekil şartı aranmadığından geçerli olacaktır²⁰.

Kefilin borcu fer'i (bağımlı) bir borç olup, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Bunun sonucu olarak asıl borç herhangi bir nedenle son bulursa kefilin borcu da sona erer (BK m. 485- m. 492) Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti veren bağımsız bir yükümlülük altına girer, yani garanti verenin yükümlülüğü başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı değildir²¹. Bu nedenle asıl borcun sona ermesi her zaman garanti verenin sorumluluğunu da sona erdirmez. Şayet asıl borcu sona erdiren sebep rizikoyu da artık ortadan kaldırıyorsa -borçlunun (lehdarın) taahhüdünü yerine getirmesi veya garanti edilen bonosunu ödenmesi gibi- garanti yükümü son bulacak, buna karşılık asıl borç ortadan kalktığı halde riziko devam ediyorsa- asıl borcun geçersizliği, asıl borçlunun ehliyetsizliği v.s. gibi nedenler- garanti verenin yükümlülüğü varlığını koruyacaktır²².

Konuya ilişkin Yargıtay 11.HD.'nin E. 1985/4169, K. 1985/5613, T. 15.10.1985 sayılı kararında²³, garanti sözleşmesinde garanti veren lehdarın yükleniminin yerine getirilmesi için üçüncü kişi muhataba fer'i nitelikte olmayan bir garanti verdiği, garanti veren ile muhatap arasında hiç-

(20) REİSOĞLU (Banka Teminat), s.32, BARLAS, s.28

(21) TANDOĞAN, (Özel borç), s. 812, REİSOĞLU (Garanti), s. 19-20

(22) REİSOĞLU, (Banka Teminat), s.32

(23) <http://www.kazanci.com.tr>, Kararın içeriği şu şekildedir: Davalı vekilinin dava konusu teminat mektuplarını B Grubuna ait şirketlerin davacı bankanın d dahil olduğu muhtelif bankalara olan borçlarının konsolidasyonu gayesi ile Maliye Bakanlığında alacaklı bankaların iştiraki ile yapılan 09.03.1983 tarihli protokol hükümleri çerçevesinde düzenlendiğini, bu teminat mektuplarının anılan şirketlerin borçlarının teminatını teşkil ettiğini, protokolün öncelikle davacıya elindeki teminatları müvekkili bankaya devretmesini öngördüğü halde, davacının bu vebesini yerine getirmediğini teminat mektupları tip teminat mektuplarından olmayıp, bir anlaşma niteliğinde ve şartlı olarak tanzim edildiğini ileri sürdüğü belirtiltikten sonra şu hususlara yer verilmiş bulunmaktadır: " Garanti sözleşmesini lehdar ve kontragaranti ile banka arasında düzenlenmiş bir sözleşmeye dayanılarak bunların istemi üzerine, garanti veren, lehdar yararına muhataba hitaben bir teminat mektubu düzenler. Bu teminat mektubunun düzenlenmesinde, garanti veren ile muhatap arasında hiçbir ön hukuksal ilişki yoktur. Garanti veren; lehdarın muhataba yaptığı iş yönünden ortaya çıkan borcunun zamanında yerine getirilmesini düzenlediği teminat mektubu ile garanti altına alır. Uygulamada çokça rastlanan bu biçim teminat mektuplarında biraz önce değinildiği üzere, garanti veren ile muhatap arasında hiçbir ön hukuksal ilişki olmadığı halde, somut olaya konu olan mektuplarda, garanti veren banka ile muhatap arasında 09.03.1983 günlü protokolle karşılıklı yükümlülükleri içeren hukuksal bir ilişki kurulmuştur. Bu mektupların, uygulamada çokça rastlanan banka teminat mektuplarının (Tip, matbu veya klasik teminat mektubu olarak da açıklanabilir) dışında kendine özgü mektuplar olduğu gözlemlenmiştir. Çünkü banka teminat mektuplarında biraz önce açıklandığı gibi, garanti veren ile muhatap arasında daha önce yapılmış bir ilişki yoktur. Somut olayda ise, aksine olarak lehdar dışlanmış ve garanti veren ile muhatap 09.03.1983 günlü protokolü imzalamışlardır (protokolde başka bir çok bankalarda temsil edilmekle beraber bu bankaların herhangi bir uyuşmazlığı davada söz konusu edilmemiştir) Banka teminat mektupları, yani Tip banka teminat mektupları ile uygulamadaki görüşler ile kökleşen Yargıtay kararları göz önünde tutularak dava konusu mektuplara ilişkin uyuşmazlığı çözmek olanağı yoktur.....dava konusu mektuplar tip banka teminat mektupları olmadığından para borcu karşılığında düzenlenen bu mektupların kefalet mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu ve Maliye Bakanlığının ne gibi yetkileri olduğu göz önüne alınarak düzenlediği, işbu 09.03.1983günlü protokolün geçerli bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır" denmiştir

bir hukuki ilişkinin bulunmadığı ve bu nedenle de aradaki protokol incelenerek garantinin geçerli olup olmadığı, bu nedenle bunun kefalet olup olmayacağının araştırılması yönünde karar verilmiştir. Kanımızca da burada normalde görülen teminat mektupları verilmesinden farklı bir durum söz konusudur. Yani karar içeriğinde de açıklandığı üzere garanti veren ile muhatap arasında bir anlaşma mevcuttur. Bu durumda verilen teminat mektubu bankalar arasındaki protokole uyulması şartına bağlanmış olup, banka tarafından verilen söz konusu teminat mektubu asıl borçlu B grubunun borcunun geçerliliğine ve varlığına tabi olmayıp, burada kefalet akdi niteliğinde asıl borca bağımlı bir borç halini almıştır.²⁴

Kefil asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkına sahiptir. Garanti veren edimini temin ettiği üçüncü kişiye karşı ait defileri ileri süremez.²⁵ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1981/ 11-1941, K. 1981/560, T. 21.07.1981 tarihli kararında²⁶, davacı kurum ile davalı arasındaki ilişkinin garanti akdi niteliğinde olup, kefalet akdi niteliğinde olmadığını, kefalet akdi ile garanti akdi arasında bazı yönlerden farklılıklar bulunduğunu, bunlardan en önemlisinin de ileri sürülebilecek defiler yönünden olduğunu belirtmiş ve devamında da kefalette asıl borçluya olan defileri kefil alacaklıya karşı ileri sürebildiği halde, garanti akdinde garanti verenin garanti alana karşı fiilini taahhüt ettiği borçlunun defilerini ileri süremeyeceğini ifade etmiştir.

Kefalette kefil ile asıl borçlu arasında akdi bir ilişki mevcut olduğundan, kefil asıl borçlunun alacaklıya karşı yükümlü olduğu borçtan sorumludur. Oysa garanti sözleşmesinden doğan borç asli bir nitelik taşır ve garanti veren ile borçlu arasında akdi bir ilişki mevcut değildir. Bankanın teminat mektubu ile üstlendiği borç, lehdar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden bağımsız olup, lehdarın borcunun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasına bağlı değildir; kefaletten farklı olarak, teminat mektuplarının sağladığı garanti sadece borçlunun ödeme gücünü değil aynı zamanda borcun varlığını, dava ve takip edilebilirliğini de kapsar²⁷. Teminat mektuplarında da banka, teminat mektubunda yazılı miktar kadar olan borçtan sorumludur.²⁸

Kefil borcu ödeyince BK m. 496 uyarınca alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Kefilin aksine (BK m. 496) garanti verenin eda ettiği şey nisbetinde kanuni bir rücu hakkı mevcut değildir. Garanti

(24) Karşı görüş için bkz. TANDOĞAN (Özel Borç) s. 814 dipn. 32 a

(25) TANDOĞAN (Özel Borç) , s.818

(26) <http://www.kazanci.com.tr>

(27) ARAL, Fahrettin, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Teminattan Farkları", Prof.Dr.Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s.136

(28) Konuya ilişkin Yarg. 15.HD.'nin E. 2002/2873, K. 2002/4862, T. 24.10.2002 sayılı kararında, banka teminat mektuplarının, metinlerinde gösterilen konu ve amaçları ile sınırlı sonuçlar doğurduğu, bir hak-ki temsil değil, bir taahhüdü içerdiği, konusunda şartın yerine gelmesiyle doğacak riski karşılayacağı belirtilmiştir, <http://www.kazanci.com.tr>

veren asil borç olarak kendi borcunu ödemektedir. Burada kefalette olduğu gibi kanundan ötürü bir rücu imkanı bulunmadığından, garanti verenin sözleşmeye dayanarak fiilini taahhüt ettiği kişiye başvurması söz konusu olmaz. Garanti veren, garanti edilen teşebbüsün istenilen sonuca ulaşmamasında veya edimi temin edilen üçüncü kişinin bu edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinde kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz; o zararın umulmayan bir olay, bir kaza veya mücbir sebep sonucu meydana gelmesinde dahi sorumludur. Yani bir anlamda garanti verenin sorumluluğu kusura dayanmayan bir sonuç sorumluluğudur²⁹. Buna karşılık rizikonun gerçekleşmesine garanti alanın kendi kusurlu davranışıyla sebep olması halinde, garanti verenin sorumlu tutulmaması gerektiği genellikle savunulmaktadır³⁰. Bu görüş genel hükümlere iyiniyet kurallarına veya BK m. 44 f.1'e dayanan zarar görenin kendi kusuruyla zarara sebep olmasının sorumluluğu kaldıracağı ilkesine dayandırılmıştır.

Kefalet sözleşmesinde kefil, bazı hallerde borçludan teminat göstermesini ve hatta kendisini kefaletten doğan borcundan kurtarmasını talep edebilir. BK m. 503'e göre, borçlunun, kefile karşı üstlendiği taahhütlere aykırı davranması veya temerrüde düşmesi yahut kefilin kefalet sözleşmesinin kurulduğu zamana oranla önemli ölçüde artmış tehlike ile karşı karşıya bulunması durumunda kefil borçludan teminat göstermesini isteyebilir. Hatta kefil, asıl borç muaccel olmuşsa borçludan kendisini kefaletten doğan borcundan kurtarmasını isteyebilir. Garanti veren ise yasadan doğan böyle bir talep hakkına sahip değildir. Uygulamada da, teminat mektubu veren bankalar lehdardan ek teminat isteme hakkını ancak karşı-garantilere (kontrgaranti sözleşmesi) konulan hükümlerle elde edebilmektedirler.³¹

2.Banka Teminat Mektubunun Garanti Sözleşmesi Niteliğinin Kabulü Halinde Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

Banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabulü durumunda, banka tarafından garanti edilen rizikonun gerçekleşmesine muhatabın kendi kusuruyla sebep olması ve de bankanın sözleşmeye dayanarak, fiilini taahhüt ettiği kişiye rücu olanağının olup olmadığı noktalarında uygulamada sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Teminat mektubu ile riziko garanti edildiğinden, bu rizikonun gerçekleşmesi oranında ödeme zorunluluğu mevcuttur. Burada açıklığa kavuşturulması gereken bir nokta hukuki anlamda rizikonun ne anlama geldiğidir. Zira lehdar tarafından muhataba taahhüt edilen edimin yerine

(29) REİSOĞLU (Banka Teminat), s. 28-33, TANDOĞAN (Özel borç), s. 819, s. 856, REİSOĞLU (Garanti), s. 151

(30) REİSOĞLU (Garanti), s.170 ve ayrıca TANDOĞAN (Özel Borç) s. 856, dipn. 15'de belirtilen yazarlar

(31) BARLAS, s.29

getirilmemesi “riziko” anlamına gelir ve “rizikonun gerçekleşmesi”de garanti borcunun mucaccel hale gelmesi olarak anlaşılmalıdır.

Örneğin A’nın B’ye olan borcu için C bir teminat mektubu vermişse, riziko bu borcun ödenmemesi oranında söz konusu olur. Bu durumda fiili taahhüt edilen asıl borçlunun edimini yerine getirmemiş olması ile gerçekleşen rizikonun bankaya bildirilip, mektup bedelinin ödenmesi talebi üzerine banka, yüklendiği borcu ödemek zorundadır. Aksi halde mütemerrit sayılır. Teminat mektupları genelde koşulsuz olarak düzenlenir ve muhatap tarafından rizikonun gerçekleştiğinin bildirilip, mektup bedelinin talep edilmesi halinde itirazsız ödeneceği koşulunu içerir. Buna göre banka mektup muhatabına karşı ancak şahsi defilerini ileri sürebilir (Örneğin mektubun zamanaşımına uğradığı veya sahteliği defileri), mektup lehdarı olan asıl borçlu veya kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği olan “borçlunun yükümlülüğünü mücbir sebeplerin doğumu nedeniyle yerine getirmediğini veya mektup muhatabı alacaklı ile lehdarı borçlu arasındaki akdin geçersizliğini yahut borçlunun ölümünü, iflasını, konkordato talebinin kabul edildiğini veya mektup lehdarı borçlunun taahhüdünü yerine getirmesini engelleyen nedenleri” ileri sürerek mektup bedelinin tazmininin talebini reddedemez ve belli oranda ödeme yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edemez. Şayet teminat mektubu veren banka borçluya ait defileri de ileri sürmek istiyorsa, örneğin mücbir sebep halinde sorumlu olmama gibi- bunları açıkça teminat mektubuna yazmalıdır³². Görüleceği üzere, bankanın kaza ve beklenmeyen haller de dahil olmak üzere banka teminat mektuplarında yer alan ibareler nedeniyle her türlü rizikoyu garanti ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık, bankanın garanti ettiği riskin sona erdiği veya doğmadığı def’i doğrudan garanti sözleşmesinden doğan bankanın kendisine ait bir defidir ve bunu ileri sürme hakkı vardır. Aynı definin borçlu tarafından da ileri sürülmesi; burada bankanın kendisine ait bir defiyi de ileri süremeyeceği şeklinde bir sonuca götürmez.³³

Nitekim konuya ilişkin yukarıda da anılan Yargıtay HGK’nin 21.07.1981 tarihli kararında, “...Bununla beraber banka, sırf kendisine ait def’ilerle, mektup bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması, sahte olması gibi def’ileri, ileri sürebilir. Bunlar dışında itiraz ve dava hakkı düşünülemez ise de bir rizikonun doğmamış olması veya rizikonun muhatabın kusuru ile doğmuş olması halleri de bankaya ait def’i ve itirazlar arasında bulunmaktadır” denmiştir.

Burada önemli olan nokta rizikonun gerçekleşmesine muhatabın kendi kusurlu davranışı ile sebep olması halidir. Muhatabın kendisine düşen edimleri yerine getirmediği ve bu yüzden de borç belirli bir tarihe kadar ifa edilememiş olursa yani riziko doğmuş olursa, bankanın tazmin

(32) KOSTAKOĞLU, s.99, REİSOĞLU (Banka Teminat), s.21

(33) REİSOĞLU (Banka Garanti), s.25

borcu altında olup olmadığı sorusu gündeme gelir. Böyle bir durumda genel hükümlere göre riskin doğumuna kusuru ile sebep olan muhatabın, tazmin talebinde bulunmaması gerekir. Mahkemeler dava halinde çok defa ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü, riskin doğup doğmadığını araştırmaksızın bir çeşit mücerret borç taahhüdü şeklinde kabul etmekte ve geçerli bir teminat mektubu varsa, bankayı tazmine mahkum etmektedirler³⁴. Çünkü kural olarak ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünde bulunan banka, şayet muhatap tarafından lehdarın kısmen veya tamamen aralarındaki ilişkiye dayanarak yükümlülüklerini yerine getirmediğini bildirmesi durumunda derhal istenilen tutarı ödemekle yükümlüdür. Burada bankanın lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiyi inceleyip ona göre ödeyip ödememeye karar vermesi gibi bir durum söz konusu olamaz.³⁵ Oysa ki her şeyden önce teminat mektupları muhatapın ilk talebinde kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü taşıyıcılar bile bir ticari senette olduğu gibi bir mücerret borç söz konusu değildir. Doktrinde de baskın görüş olarak kabul edildiği üzere banka teminat mektupları kıymetli evrak niteliğini taşımazlar. Bir senede kıymetli evrak niteliğini kazandıran en önemli özellik, hakkın senetle kaynaşmış durumda olmasıdır. Bu özellik ise banka teminat mektuplarında bulunmamaktadır³⁶. Belirtildiği üzere teminat mektupları kıymetli evrak niteliğini taşımadıklarından dolayı teminat mektuplarının ciro ile devri de mümkün değildir. Ancak uygulamada teminat mektuplarından doğan alacağın temliki BK m. 162 uyarınca alacağın temliki hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Zira teminat mektuplarında genellikle bu ilişkiden doğan alacakların temlik edilemeyeceğine ilişkin kayıtlar yer almamaktadır, muhatap bankadan tazmin talebinde bulunduktan sonra bu ödemeden önce alacağını bankanın muvafakatine gerek kalmaksızın temlik edebilmektedir. Aynı şekilde muhatap henüz tazmin talebinde bulunmadığı bir teminat mektubu ilişkisinde doğacak bir alacağını da temlik edebilir.³⁷ Diğer taraftan banka teminat mektuplarında sözleşmenin hak ve borçlarıyla bir bütün

(34) REİSOĞLU, Seza, "Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Türkiye Bankalar Birliği, Ankara 1977, s. 12

(35) TANDOĞAN, (Özel Borç), s.858, Şüphesiz lehdarın yükümlülüğünü yerine getirdiğini çok açık bir şekilde kanıtlayabildiği istisnai hallerde, bankanın durumu muhataba bildirerek onu uyarması yerinde olur. Uygulamada şayet bir davada icrayı durdurmak için icra dosyasına kesin ve süresiz teminat mektubu ibraz edildiğinde, her ne kadar muhatap tehir-i icra kararının ibrazı için verilen sürenin son günü örneğin sabah teminat mektubunu çözdürerek nakde çevirmek için icra müdürlüğünden teskere alsa ve aynı gün içinde lehdar da tehir-i icra kararı alarak bunu icra dosyasına ibraz etse de, banka zaten söz konusu teminat mektubunu hemen nakde çevirmemekte ve lehdarın söz konusu kararı getirebileceğine dair muhatapı uyarılmaktadır.

(36) BARLAS, s.9, TANDOĞAN (Özel Borç), s.856, TEOMAN, .325, ŞANLI/EKŞİ, s.178, Nitekim Yargıtay 19.HD.'nin E. 2001/511, K. 2001/4641, T. 15.06.2001, sayılı kararında, teminat mektubunun kaybedilmiş olması veya herhangi bir şekilde zayi edilmesi halinde, muhatapın teminat mektubundan kaynaklanan hakkı ortadan kalkmamakta, kıymetli evrakta olduğu gibi teminat mektubunun zayi nedeniyle iptalinin mahkemeden istenmesi gerekmekte, sonuç olarak muhatapın talep hakkının devam ettiğine karar verilmiştir, [http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr),

(37) REİSOĞLU, s.95

olarak devri de teminat mektubunun diğer tarafı olan bankanın muvafakatıyla mümkün olmakta, ancak bu durumda muhatap değişikliği sonucunu doğuran bu şekilde bir ilişkide, bankaya kontrgaranti taahhüdünde bulunanın da (kontrgaran) muvafakatinin alınması sonucu ortaya çıkacaktır.³⁸

Banka teminat mektubunda “kayıtsız şartsız ödeme talebi”nin ortaya çıkardığı bir başka sorun da şudur: Lehdarın, muhatap ile arasındaki ilişkiye dayanarak yükümlülüklerini yerine getirdiği halde muhatap, bankadan teminat mektubunun tazminini ısrarla talep ederse ve bankanın da ödemedi kaçınıp davayı göze alırsa, banka aleyhine açılan bu davada mahkeme rizikonun gerçekleşmeyeceği iddiasını dinleyebilecek midir?

Burada aslında ilk talepte kayıtsız şartsız ayrıca kanuni yollara başvurmaya gerek kalmadan ödeme yükümlülüğünü taahhüt eden banka teminat mektuplarının bu taahhüdünün içeriği ile garanti alanın (muhatabın) rizikonun gerçekleştiğinin ispat etmesi kuralı yarışmaktadır. Yani bankalar bu şekilde verilen teminat mektuplarında rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmadan, bir anlamda muhatabın rizikonun gerçekleştiğini ispat etmesine gerek kalmadan, sadece muhatabın yazılı talebi üzerine mektubu tazmin etmektedirler. Ancak bu şekildeki tazmin uygulamada suistimallere yol açmış, borçlunun garanti edilen fiili dışındaki borçlar da, mektubun tazmini yoluyla tahsil edilmeye çalışılmıştır.

REİSOĞLU’na göre, bankanın ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü, zımnen riskin gerçekleşmesi şartına bağlı olup, dava halinde riskin gerçekleşip gerçekleşmediği veya riskin muhatabın kusuru sonucunda doğup doğmadığı hususları mahkeme tarafından değerlendirilmelidir.³⁹ Ancak bu durumda ispat külfeti tersine çevrilmiş olacaktır, banka riskin doğmadığını kendisi ispat etmekle yükümlü olacaktır.⁴⁰

Konuya ilişkin diğer bir görüş ise, bu gibi hallerde mahkemenin garanti veren bankanın lehdarın borcunu akde uygun olarak ifa ettiği yolundaki defillerini dikkate almaması gerektiğini, aksi taktirde ilk talepte ödeme kaydının bir anlamı kalmayacağını, ödeme talebinde bulunulduğu taktirde riskin gerçekleşmiş sayılacağını, bu tür garantilerde bankanın şekli nitelikteki kimlik araştırması dışında inceleme yükümlülüğünün olmadığı yönündedir.⁴¹

(38) REİSOĞLU s. 96, ayrıca garanti mektubunun devri konusunda yarıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s.154 vd., KAHYAĞLU, s.104 vd.

(39) REİSOĞLU, (Uygulama), s.12, ayrıca karş. TANDOĞAN (Özel Borç), s.860

(40) REİSOĞLU, (Banka Teminat), s.30

(41) KAHYAĞLU, s. 27, TANDOĞAN, (Özel Borç), s. 859, dipn. 22, aynı yönde Yargıtay HGK’nin E. 1971/582, K. 1971/73, T. 26.01.1974 tarihli kararında, davacı bankanın muhatap tarafından mücerret yazılı talep vukuunda kayıtsız şartsız bir ödemede bulunmayı kabul etmiş olup, ona karşı üçüncü kişilerin defillerini ileri süremeyeceğinden isteği yerine getirmekle yükümlü olduğu sonucuna varılmıştır. Naklen REİSOĞLU, (Uygulama), s.12

Bu anlamda REİSOĞLU'nun görüşünü destekleyen Yargıtay HGK'nın E. 2002/19-457, K. 2002/509, T. 12.06.2002 sayılı kararında⁴², davacı bankanın, S... Demir Çelik AŞ'ye ödediği teminat mektubu bedellerini davalılarından tahsile girişmekle haklı olduğu, ancak mahkemece, teminat mektubu bedellerinin geç ödenmesinden dolayı oluşan temerrüt faizi ve eklentilerinden lehine teminat mektubu düzenlenmiş olan davalı M... AŞ'nin verdiği talimat nedeniyle müterafik kusurlu olabileceği gözetilerek konusunda uzman bilirkişilerden bu yönde ayrıntılı rapor alınarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kanımızca ilk talepte ödeme ve kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünü içeren banka teminat mektuplarında bankalar muhatap ile lehdar arasındaki temel ilişkiyi araştırmak zorunda değildirler. Burada muhatapın talebi üzerine teminat mektubu tazmin edilmelidir, bankaların bu şekilde kesin ve süresiz teminat mektuplarının incelemesi sadece şekli açıdan olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu tartışmaların da banka teminat mektubunun niteliği ile uyuşmayan tartışmalar olduğu kabul edilmelidir. Zira mahkeme lehdarın borcunu akde uygun olarak ifa edildiği yolundaki def'ilerini inceleyememelidir. Ancak burada da yine hakkın kötüye kullanımı engellenmeli ve her halukarda iyiniyet kuralları içinde hareket edilmelidir. Lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiye göre lehdar edimini yerine getirmiş, ancak buna rağmen muhatap kötüniyetle hareket ederek bankadan teminat mektubunun tazminini talep etmiş ise ve bu durumdan da banka lehdar tarafından haberdar olmuşsa artık böyle bir durumda teminat mektubunu tazmin etmemelidir. Ancak yukarıda belirtilen bu husus sadece istisnai durumlarda kabul edilmelidir. Zira uygulamada zaten lehdar ile banka arasında bir güven ilişkisi mevcuttur ve de özellikle büyük meblağlı teminat mektuplarının nakde çevrilmesi durumlarında lehdar ile bankalar irtibat halindedir.

Burada belirtmekte yarar vardır ki; teminat mektubu ile akdedilen garanti sözleşmesinde mektup lehdarı olan asıl borçlu taraf bulunmasa dahi, alacaklı aleyhine dava açabilir ve bu davada teminat mektubunun

(42) [http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Ancak bu karara karşı verilen karşı oy yazısında teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmiş, garanti sözleşmesinin özelliklerine değinildikten sonra, teminat mektubunun ödenmesini veya ödenmemesini lehtarın onayına bırakmanın garanti akdinin yapısına ve de ondan önemlisi taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 25. md.sine aykırı olup, usul hukuku bakımından kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Gerekçe şu şekildedir: " banka teminat mektubunu öderken kendi borcunu ödemiş olmaktadır. Banka mücbir sebepleri, beklenmeyen halleri, imkansızlığı, muhatap ile lehdar arasındaki akdın geçersizliğini, lehtarın olurluğu, iflasını ileri sürerek tazmin talebini reddedemez. Banka ancak teminat mektubunun geçersiz olduğunu, zamanaşımına uğradığını, mahkemece ödememe konusunda tedbir konulduğu gibi kendisine ait def'ileri ileri sürmek suretiyle mektup bedelini ödemekten kaçınabilir" Ayrıca konuya ilişkin bkz. Yarg. HGK, E. 2001/11-996, K. 2001/1026, T. 14.11.2001 sayılı karar şu şekildedir: "Somut olayda, kesin banka teminat mektubu tarihinde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurusunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken hiçbir neden ileri sürmeden ödemedi kaçınmış, daha sonra da bir gün sonra verilen mahkeme tedbir kararını bu ödememeye gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen tedbir mahkemenin tedbir kararının bulunmadığı 26.08.1999 kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır" ,[http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

paraya çevrilmesinin önlenmesi ve teminat mektubunun iadesi talebinde bulunabilir. Buradaki davada menfaati olan asıl borçlu alacaklıya karşı karşı edimin ifası ve imkansızlığını kanıtlayabilirse teminat mektubunun tazmini engellenebilir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁴³.

Garanti sözleşmesi banka ile mektubun muhatabı arasında gerçekleşen bir sözleşme olup, bu sözleşmelerde kanuni halefiyet ilkesi gerçekleşmediğinden kanunda mevcut olan rücu ait hükümler bu sözleşmelerde kıyasen uygulanamaz.⁴⁴ Kefil BK m. 496'ya göre alacaklının kanuni halefidir. Bu sebeple bankanın taahhüt ettiği rizikoyu muhatabına ödemesi durumunda, ödediği bu parayı asıl borçlu veya kefilinden rücu suretiyle talep edebilmesi için aralarında bu konuda bir sözleşmenin varlığı gerekir. Bu sözleşmeye kontrgaranti sözleşmesi, teminat mektubu bedelinin riskini, bankaya karşı ödemeye yüklenenlere de kontrgaran denir.⁴⁵ 1969 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararında da⁴⁶, banka ile mektup lehdarı veya kefil arasında teminat mektubu bedelinin ödenmesinden doğan riski karşılamayı taahhüt eden bir sözleşme bulunmadıkça bankanın ödediği mektup bedelinden dolayı asıl borçluya rücu edemeyeceği ve bu nedenle de teminat mektuplarının dayanağı olan kredi sözleşmelerinde, kredi müşterisi lehine verilecek teminat mektuplarından doğacak riskin bankaya ödeneceği taahhüdünün yer aldığı belirtilmektedir. Bu koşul kontrgaranti taahhüdüdür. Banka, teminat mektubu için lehdarına kefalet eden üçüncü kişilerle yapılacak kontragaranti sözleşmesinde teminat mektubundan doğan riskini, kontrgarantide bulunan mektup lehdarı veya kefilinden rücu suretiyle talep edebilmektedir.

İşte teminat mektubunun dayanağı olan kredi sözleşmelerine kontrgaranti taahhüdünün bulunmadığı durumlarda, bankanın yaptığı ödemeden ötürü fiilini taahhüt ettiği kişiye başka hukuki yollardan başvuru

(43) bkz. Yarg.HGK, E. 1966/16, K. 1967/7, T.13.12.1967 T. , <http://www.kazanci.com.tr>

(44) 1969 tarihli İBK'da konu şu şekilde belirtilmiştir: "Garanti edilen 3. şahsın fiili bazı hallerde 3. şahsın sorumluluğu altında bulunur. Bazen de 3. şahsa doğrudan doğruya bir sorumluluk yükletilmesi mümkün değildir. Örneğin; senelik muayyen bir kazancın garantisinde doğrudan doğruya 3. şahsın mükellefiyetinden söz edilemez ve bu halde rücu söz konusu değildir. Hadisede ise 3. şahıs mevkiinde olan muvakkat ithalatçı gümrük vergisinin mükellefi olarak şahsen vergiden sorumludur. Onun mükellefiyeti altında olan bir borç garantisi veren banka tarafından ödenmiştir. Bu suretle 3. şahıs kanundan doğan vergi borcundan kurtulmuş durumdadır. Bu gibi hallerde garanti verenin 3. şahsa rücu edip edemeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. 3. şahsın atken garanti mevzuu ile sorumlu olması hali konunun dışında kaldığı için mesele bu yönden tartışılmamıştır. Kanun koyucu belirli hallerde kanuni halefiyet kabul etmiştir. Bunda güdülen amaç edinilen faydalar arasında bir muvazene tesisidir. Kefil, BK. md. 496'ya göre alacaklının kanuni halefidir. Binaenaleyh bu halefiyet kaidesine dayanarak ödediği nisbette asıl borçluya rücu edebilir. Sigortacı da TTK md.1301'e dayanarak rücu hakkını kullanabilir. Bu suretle alacaklının veya sigortalının iki defa talepte bulunma ihtimali önlenmek suretiyle bir muvazene kurulmuş oluyor. Garanti mukavelesine de bu şekilde bir durum mevzu bahisdir. Rücu keyfiyeti akdin aslilık fer'ilik aslilık durumu ile ilgili değildir. . Kanunun sözü geçen rücu ait hükümleri garanti aktillerine kıyasen uygulanamaz. BK'nın 109.md.sinde yazılı hallerde de bulunmadığından bu maddeye dayanılarak üçü dilemez. Fiili taahhüt edilen 3. şahıs esas itibarıyla gümrük vergisinden şahsen sorumludur. ... E.1969/4, K. 1969/6, T. 11.06.1969, <http://www.kazanci.com.tr>

(45) KOSTAKOĞLU, s.100

(46) E. 1969/4, K. 1969/6, T.11.06.1969, <http://www.kazanci.com.tr>

rup başvurulmayacağı tartışılmış olup, buna göre doktrinde bankaların muhtelif sebeplerin içtimai başlıklı BK m. 51, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK m. 62 vd., ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin BK m. 410 vd. hükümlerine dayanarak rücu imkanı olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Anılan 1969 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararında da bu gibi durumlarda bankaların rücu hakkının hangi hükümlere dayandırılacağına bazı hukukçular tarafından da tartışıldığı belirtilmiş, genel olarak BK m. 51'e dayanılarak rücu imkanının değerlendirilebileceği, ancak somut olay şartları gereği bu olay itibarıyla bu maddelerden yararlanılamayacağı vurgulanmış, bunun dışında sebepsiz iktisap, vekaletsiz iş görme ve müteselsil borçluluk ilişkisine göre BK m. 146 ve 147'ye dayanılarak rücu imkanının olmadığı sonucuna varılmıştır.

Burada her ne kadar ilk olarak bankanın BK m. 62'ye dayanarak muhataba sebepsiz zenginleşme hükümlerine rücu etmesi hali hukuka uygun görünse de, banka teminat mektubunun hukuki niteliği göze alındığında bu şekilde bir çözüm yolunun kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Burada banka ile lehdar arasında bir sözleşme gerçekleşmiş ve de banka garanti taahhüdü altına girmiştir. Yani banka bu sözleşmeden dolayı muhataba ödemede bulunmuştur. Oysaki sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için her şeyden önce bir kimsenin malvarlığında ortaya çıkan zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaması gerekir. Buna göre bankaların BK m. 51'e dayanarak muhataba rücu imkanının değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. BK m. 51'e göre, "müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, sözleşme, kanun) binaen mesul oldukları taktirde haklarında birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olur. O halde burada hakim somut olayın özeliğine göre hakkaniyet çerçevesinde m. 50'ye yapılan atıf doğrultusunda tarafların rücu haklarını göz önünde bulundurmalıdır.

3. Kefalet Sözleşmesi Görüşü:

Türk hukukunda doktrin⁴⁸ ve eski tarihli mahkeme kararlarında⁴⁹ teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olduğuna ilişkin görüşler mevcuttur.

Bu görüşe göre; banka, muhatabın hiçbir zarara uğramayacağını değil, aksine lehdarın sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde

(47) Ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, s.28-33, REİSOĞLU (Uygulama), s.14 vd. TANDOĞAN (Özel Borç) s. 819, AKYAZAN, s.7

(48) bkz. REİSOĞLU, (Garanti), s.102 vd., TANDOĞAN,(Garanti), s. 35

(49) "Teminat mektubu açıklanan münderacatı itibarıyla BK'nın 493. md.sine uygun zaman için kefalet niteliğindedir. Böyle olunca bu zaman inkzasını izleyen bir ay içinde alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse kefil kefaletten beri olur.." TD. 23.01.1968 T., E. 67/1558 K. 400 naklen AKYAZAN, s. 177, TD. 06.12.1959 T., ve E. 58, K. 377; TD. 30.04.1959 T., E. 892-K. 1213, naklen TANDOĞAN (Garanti) s. 35, dpn. 129

muhatapın, sözleşmede tespit edilmiş olan miktara kadar uğrayacağı zararları karşılayacağını taahhüt etmektedir. Lehdarın sözleşme hükümlerine aykırı davranmış olduğundan söz edebilmek için, lehbara atfedilebilecek kusurun olması gerekir. Zira banka mektupta açıkça belirtilerek kefil sıfatıyla taahhüt altına girmektedir. Mektupta yer alan ilk talepte ödeme kaydı ise bankanın sadece ödeme anına münhasır olmak üzere defî ve itirazları ileri sürmemesi anlamına gelir. Bankanın ödemede bulunması da zımnen rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Bankanın teminat mektubu vermede komisyon alacağı dışında herhangi bir menfaati bulunmadığı gibi, banka lehdarın girişiminin sonucu ile de ilgili değildir. Açıklanan bu gerekçelerle banka teminat mektupları kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmekteydi.⁵⁰

Kefalet sözleşmesi ile banka teminat mektupları arasında şu yönlerden ortak unsurlar mevcuttur: Kefalet sözleşmesinde, alacaklı, borçlu ve kefil olmak üzere en az üç taraf mevcuttur. Banka teminat mektuplarında da alacaklı, yani muhatap, borçlu, yani lehdar bir de teminat mektubunu veren banka olmak üzere üç taraf mevcuttur. Kefalette borçlunun hem alacaklıya hem kefile, kefilin ise yalnız alacaklıya borçlu durumda olması ile teminat mektubunda lehdarın hem muhataba hem bankaya, bankanın ise sadece muhataba karşı borçlu olması durumları birbiriyle benzetilmektedir. İki müessese temel fonksiyonları bakımından da benzetilmektedir. Şöyle ki; kefalette borçlu borcunu ödemediği zaman bazı ayrıntılar göz önünde bulundurulmadığı taktirde, alacaklı kefile başvurur. Banka teminat mektuplarında da borçlu alacaklıya karşı üzerine aldığı eda borcunu yerine getirmemezse alacaklı teminat mektubunda yazılı parayı bankadan tazmin eder⁵¹.

Ancak kanımca bu iki müessese arasında fonksiyon olarak benzerlikler bulunması her tür banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olarak belirtilmesi için yeterli değildir.

4. Garanti Sözleşmesi Görüşü:

Hukukumuzsa Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ile de benimsenen görüş uyarınca göre banka teminat mektupları, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olması sebebiyle bir tür garanti sözleşmesidir⁵². Konu ile ilgi olarak Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu'nun 13.12.1967

(50) REİSOĞLU (Garanti), s.102 vd .BARLAS, s.40

(51) AKYAZAN, s.6

(52) Bkz. REİSOĞLU (Banka Teminat), s.5-8, BARLAS, s.41, KOSTAKOĞLU, s.98, ERÜRETEN, s.350, ERÜRETEN, ülkemizde bankaların geçmişten, mektupların kefalet sayıldığı dönemlerden gelen bir alışkanlıkla matbu olarak hazırladıkları, mektuplarda kefil olduklarını açıklayan ibareler kullanmakla, ancak mektup muhataplarının ısrarı ile bu ifadeleri kullanmakla birlikte mektuba, mektup lehdarının, fiilini taahhüt anlamında "garanti ederiz", "kesin olarak taahhüt ederiz" gibi ifadeler eklediklerini belirtmekle, bu taktirde de mektubun öncelikle bir garanti mektubu olduğunu vurgulamıştır.Yazar, şayet teminat mektubunun metninden kefalet mi yoksa garanti mi olduğu açıkça anlaşılamıyorsa, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre bunun garanti mektubu olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.

T., 1966/16-1967/7 sayılı kararında⁵³, *...banka teminat mektupları üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı teminat veren olduğundan taahhüdü esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla bağımsızdır. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak meydana gelir. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın yükümlülüğünü yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminat alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır...*”denmiştir. Yargıtay, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin bu içtihatı birleştirme kararından sonra verdiği 1969 tarihli kararı⁵⁴ ile de bu sonucu teyit etmiştir. Bu karar şu şekildedir: *“...banka sözü edilen teminat mektubu ile muvakkat ithalatçının fiilini BK’nın 110. maddesine göre taahhüt etmiştir. Verdiği bu teminat mektubunun mahiyeti garanti taahhüdü niteliğindedir. Garanti veren bağımsız bir borç altına girdiğinden parayı ödemekle akdi yükümlülüğünü yerine getirmiştir”* Söz konusu kararda Yargıtay, geçici dışalım, gümrük idaresine verilen teminat mektubunda yer alan ilk talepte ödeme taahhüdünün varlığını bankanın asıl borçtan bağımsız bir yüküm altına girdiği şeklinde yorumlamış, buna gerekçe olarak da defilerden feragat suretiyle bankanın asıl borçludan daha ağır yükümlülük altına girdiğini, kefilin böyle bir davranışta bulunamayacağını, o halde defilerden feragatın hükümsüz sayılmayıp niteliğin belirlenmesinde bir ölçü olacağını göstermiştir. Buna göre Yargıtay, def’i ve itirazlardan feragat edilen hallerde asıl borçtan bağımsız bir taahhüdün bulunduğunu kabul etmektedir. Burada banka gümrük idaresine karşı onun isteği üzerine hiçbir itiraz ileri sürmeden ve hüküm istihsaline mahal kalmadan bu parayı ödemeyi kabul etmektedir. Bu şekilde kabul ile esas borcun mevcut, muteber ve dava edilebilir olduğuna dair kefilin BK m. 497’ye göre ileri sürmekle mükellef olduğu def’i ileri sürmekten feragat etmiştir.⁵⁵ Buna göre Yargıtay, banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak nitelendirirken, garanti sözleşmesinden doğan borcun asıl borç, kefalet sözleşmesinden doğan borcun ise fer’i bir borç olduğu kıstasından hareket etmiştir.

Doktrinde de yazarlar, “ilk talepte ödeme” kaydını içeren bir teminat mektubunun kefalet değil, garanti sözleşmesi olarak kabul etmektedirler⁵⁶. Buna karşılık BARLAS, “ilk talepte ödeme” kaydının def’i ve itirazlardan tamamen ve daimi olarak feragat edildiği anlamın gelmediğini, sadece ödemede gecikmeye yol açmamak amacıyla konduğunu, bu neden-

(53) <http://www.kazanci.com.tr>

(54) E.1969/4, K. 1969/6, T. 11.06.1969, www.kazanci.com.tr

(55) ARAL, s.140

(56) REİSOĞLU (Banka Teminat), s.30, KAHYAOĞLU, s.36

le söz konusu kayıttan hareketle bir garanti sözleşmesinin olduğu anlamının çıkartılamayacağını ileri sürmektedir.⁵⁷ Başka bir görüşe göre ise; İsviçre /Türk ve Alman hukukunda yerleşmiş bulunan” ilk talepte ödeme” kaydını içeren kefalet kavramı mevcut olmadığı için, gerek uluslararası, gerek ülke içi ilişkilerde gerçekleşen teminatlarda, ilk talepte ödeme kaydının, tek başına bağımsız garanti lehine güçlü bir delil teşkil ettiğinin kabulü gereklidir. Bu konuda ortaya çıkacak anlaşmazlığı gidermek ve açıklık sağlamak için, ilk talepte ödeme kaydına temel ilişkiden doğan def'i ve itirazların ileri sürülemeyeceği itirazının eklenmesi gerekir.⁵⁸

Kanımızca “ilk talepte ödeme” kaydını içeren her teminat mektubunu garanti sözleşmesi olarak nitelendirmemek gerekir. Yargıtay banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak nitelendirirken söz konusu kararın verildiği olayın ve banka teminat mektubunun niteliğine göre sonuca varmıştır. Bir diğer deyişle banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin belirlenmesinde taraflar arasındaki banka teminat mektubu sözleşmesi yorumlanmalı ve bu sözleşmenin özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Nitekim konuya ilişkin OKÇUOĞLU⁵⁹, kararın verilmesine neden olan olayda geçici ithal yoluyla mal ithal eden kişi lehine bankaca 3. kişilerle yapılan sözleşme üzerine verilen bir teminat mektubunun söz konusu olup bankanın lehdar, ithalatçı ile hiçbir hukuki ilişkisinin mevcut olmadığı ve bu nedenle de içtihatla, bankaların ithalatçıya rücuunun kabul edilmediğini ifade etmiştir. Bu anlamda da anılan 1969 tarihli karardan kefalet yararına da sonuçlar çıkarmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. BARLAS'da, banka teminat mektuplarının çoğunun kefalet niteliğinde olduğunu, ancak anılan mektupların garanti niteliği taşıyacak şekilde veya karma nitelikte de verilebileceğini belirtmektedir.⁶⁰

Bu sebeple bu karar esas alınarak bütün “ilk talepte ödeme” kaydını içeren, her tür banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. Zira somut olay özellikleri ve özellikle bankanın taahhüt altına girdiği borcun fer'ilik niteliği araştırılıp, daha sonra hukuki nitelendirme yapılmalıdır.

5. Karma Nitelik Görüşü:

Bu görüşe göre⁶¹ banka teminat mektuplarının tamamının garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak nitelendirme yapılması doğru

(57) BARLAS, s.37

(58) ARAL, s.141

(59) OKÇUOĞLU, Yavuz, “Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım”, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s.121

(60) BARLAS, s.45

(61) TANDOĞAN, (Garanti), s.32-33 Yazarın görüşü şu şekildedir: “...banka teminat mektuplarının hepsi kefalet veya hepsi garanti mukavelesi mahiyetindedir demek isabetli olmaz. Her müşahhas vakıada, ...bir tasnifi yapılmalıdır. ...bankanın, yerine getirmesini garanti ettiği üçüncü şahsın borcunun muteberiyet ve mevcudiyetine bağlı değilse garanti taahhüdü olarak, aksi halde kefalet olarak tavsifi yerinde olur.”

değildir. Zira bankanın protesto çekilmesine hüküm alınmasına lehdarın rızasına gerek kalmaksızın ilk yazılı talepte gecikmeksizin, derhal ödeme taahhüdünde bulunduğu geçici, kesin ve avans teminat mektuplarında kefaletle karışmış garanti niteliği vardır. Yazara göre teminat mektubunun “ilk talepte ödeme” şartını içermesi bankanın asıl borç mevcut veya geçerli olmasa bile ödemede bulunması gerektiği anlamına gelmektedir ve bu nedenle de para borçlarının ödenmesini temin eden banka teminat mektuplarının kefalet niteliğinde olduğunu söyleyebilmek için ilk talepte ödeme şartının bulunmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Teminat mektuplarının karma nitelikte olduğunu savunan diğer bir yazar⁶², banka teminat mektuplarının tümünü kapsayacak şekilde hukuki nitelik belirlemesine girilmemesi gerektiği, her teminat mektubunun ayrı ayrı nitelendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre; banka ile muhatap arasında garanti veya kefalet niteliği taşıyan ya da her iki sözleşme türüne ait özellikleri içeren karma nitelikte bir akdi ilişki doğmuştur. Buna göre de banka teminat mektubu belirli bir nitelikte bir sözleşmenin banka ile muhatap arasında yapılış tarzıdır. Ancak yazar, banka teminat mektuplarının karma niteliğini belirlerken banka teminat mektuplarının “ilk talepte ödeme” taahhüdüne yani asıl borcun geçersiz veya imkansız olması durumunda dahi bankanın bu taahhüdüne dayanarak ödemede bulunması gerektiği görüşüne katılmamaktadır. Yazara göre, esas itibarıyla kefalet niteliği taşıyan teminat mektubunda banka asıl borç ilişkisi mevcut veya geçerli olmasa bile muhataba ödemede bulunacağını da açıkça taahhüd etmişse veya bankanın taahhüdünün yorumundan zorlama yapmaksızın böyle bir sonuç çıkarılabiliyorsa bu taktirde kefaletle birlikte garanti sözleşmesi özelliği taşıyan bir karma akit niteliğinden söz edilebilir⁶³. Yani bu görüşe göre banka teminat mektupları kefalet teminat mektubu ve garanti teminat mektubu olmak üzere iki şekilde düzenlenebilir.

6. Sui Generis Sözleşme Görüşü:

Bu görüşe göre⁶⁴, teminat mektupları kefalet sözleşmesi veya üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Banka teminat mektupları kefalet veya garanti sözleşmeleri gibi teminat hukuku alanına dahil sui generis bir sözleşmedir. Buna göre banka teminat mektupları kanunda düzenlenmiş olan hiçbir sözleşme ile tam olarak uyusmamaktadır. Burada tek tarafa (banka) mükellefiyetler yüklenen, lehbara yalnızca bir kısım haklar veren kendine özgü bir sözleşme ilişkisi mevcuttur.

(62) BARLAS, s.43, aynı görüş için bkz. DOĞAN, s.36-37

(63) BARLAS, s.47

(64) AKYAZAN, s. 12

Ancak söz konusu görüş, doktrinde taraftar bulmamış, yargı kararlarında kabul edilmemiştir⁶⁵.

7. Hukuki Niteliğe İlişkin Görüşümüz:

Banka teminat mektuplarının hem garanti sözleşmesi hem de kefalet sözleşmesi olarak düzenlenebileceği, yani karma nitelikte bir sözleşme olduğu görüşündeyiz. Yukarıda belirttiğimiz üzere yargı önüne intikal edilen hususlarda dava konusu olay ve mektubun veriliş amacı, taraflar arasındaki ilişkiler her yönüyle araştırılmalıdır.

Konuya ilişkin Yargıtay 11.HD.'nin E. 1981/5497, K. 1982/280, T. 28.01.1982 tarihli kararı⁶⁶ ile Yüksek Mahkeme davalı bankanın asıl borçlu olarak taahhütte bulunulmuş olmasına, BK m. 497'deki defileri ileri sürmekten vazgeçmiş ve ilk talepte itirazsız ödeme yükümlülüğü altına girmiş bulunmasına göre olayda garanti sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varmıştır. Ancak anılan karara ilişkin karşı oy yazısında, bankanın matbu değil, daktilo ile özel olarak yazılmış bir mektup verdiği ve "müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla kefil.."olduğu, kefilin bazı haklarını ileri süremeyeceği, taahhüdünün kefaleti garanti sözleşmesine dönüştürmeyeceği ve bir para borcu için verilen teminat mektuplarında, genellikle kefaletin söz konusu olduğunu belirtilmiştir. Buna göre de olayda bir para borcu söz konusudur ve bankanın borcu asli değil, fer'i nitelikte bir borçtur.⁶⁷ OKÇUOĞLU'nun söz konusu karara ilişkin karşı oy yazısına katılıyoruz. Zira kefalet sözleşmesinde önemli olan borçlu şahsın borcunun ödenmesidir, yani kefilin ilgisi borçlu şahsın borcuna yöneliktir. Teşebbüsün istenen sonuca ulaşp ulaşmaması önemli değildir. Banka teminat mektuplarında da banka için önemli olan teşebbüs değil, teminat mektubu verilen müşteridir. Teşebbüsün niteliği de bankayı ilgilendirmemektedir. Bankanın amacı müşterisinden aldığı komisyon karşılığında müşterisine gerekli krediyi sağlamaktır⁶⁸. Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin değerlendirmesinin yapılmasında her şeyden önce bu mektupların kredi niteliği üzerinde durulmalıdır. Yargıtay'ın 1969 tarihli içtihatı birleştirme kararında, kararda da belirtildiği üzere, borçlu ile yapılan bir anlaşmaya dayanılarak verilen teminat mek-

(65) bkz.BARLAS, s.43

(66) naklen OKÇUOĞLU, s.114

(67) Ayrıca bu karşı oy yazısında 1969 tarihli içtihatıdaki olay ile söz konusu olayın farklılıklarına değinilmiştir. Şöyle ki, " içtihadı birleştirmeye neden olan olayda geçici ithal yoluyla mal ithal eden kişi lehine bankaca 3.kişilerle yapılan sözleşme üzerine verilen bir teminat mektubu söz konusu olup bankanın lehdar ithalatçı ile hiçbir hukuki ilişkisi mevcut değildi ve bu nedenle içtihatı bankaların ithalatçıya rücuu kabul edilmemişti; fakat olayımızda mektubun lehdarı diğer davalı şirket ile davalı banka arasında, mektup verilmesi hususunda bir sözleşmenin olduğu anlaşıldığına göre davalı banka, mektup bedelini ödediği zaman diğer davalıya rücu edebilecektir.İçtihattan çıkan anlam, lehdar ile bir sözleşme ilişkisi ve ona rücu olanağı mevcut ise ortada bir kefalet akdinin varlığıdır ki, olayımız da buna uygundur." OKÇUOĞLU, s.121

(68) REİSOĞLU, (Garanti), s. 99

tuplarının içtihadı birleştirme dışında kaldığı zikredilmiştir.⁶⁹ Yani diyebiliriz ki, banka ile lehine teminat mektubu verilen lehdar arasında bir anlaşma mevcut ise- ki bu anlaşma bir kredi sözleşmesi niteliğindedir- söz konusu teminat mektubunun niteliğinin her durumda garanti sözleşmesi olarak nitelendirmemek gerekir. Bu gibi durumlarda bankaların taahhütleri, genelde kefalet olarak kabul edilmeli, ancak özel durumlarda koşulları varsa garanti sözleşmesi olarak yorumlanmalıdır⁷⁰.

Somut olayda banka teminat mektubuna ilişkin banka ile lehine teminat mektubu verilen arasındaki sözleşmenin lafzına anlamına ve amacına göre yorumlanması sonunda kefalet veya garanti sözleşmesinin bulunduğu konusunda şüphe bulunması halinde kefaletin bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Çünkü kefalet hukukunda kefil koruyan hükümlerin amacı kefaletin teminat vereni daha az yükümlülük altına sokmasıdır⁷¹. Bu anlamda da asıl itibarıyla dayanağını kredi sözleşmesinin oluşturduğu banka teminat mektuplarında, bu ilişkinin somut olay özelliklerine bakılmaksızın garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunda, bankanın bağımsız bir borç altına girip, sorumluluğunun bu derece ağırlaştırılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Ancak bankacılık uygulamasında teminat mektuplarını kural olarak garanti sözleşmesi niteliğinde yapıldığından dolayı çalışmamın bundan sonraki kısmında teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinden hareket edeceğiz.

II. TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN KURULUŞU VE TARAFLAR HUKUKİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A.Garanti İlişkisinin Tarafları:

Bir ülke içi veya uluslararası bir iktisadi ilişki içerisinde taraflar, birbirlerini tanımadıkları, edimini zamanında ve gereği gibi yerine getireceğine güvenemedikleri durumlarda kendilerini karşılıklı olarak güvence altına almak ihtiyacını duyarlar. Bu sebeple ticari ilişkinin alacaklısı durumunda bulunan taraf, sözleşmenin karşı tarafının edimini yerine getirmemesi durumunda uğrayabileceği zararlara karşılık olarak bir teminat (banka garantisi, teminat mektubu) isteyecektir. Kendisinden teminat

(69) Nitekim OKÇUOĞLU konuyu şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur: Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu'nun teminat mektubu ile ilgili 1969/4-6 sayı ve 11.06.1969 günlü kararı kararda belirtildiği üzere borçlu ile yapılan bir anlaşmaya dayanılarak verilen teminat mektupları içtihadı birleştirme dışında kaldığından üzerinde durulmaya lüzum görülmemiştir. Konu ile ilgili olanı daha ziyade ikinci kısma giren, yani borçla doğrudan doğruya ilgisi bulunmayan kişiler ile yapılan anlaşmaya dayanılarak bankalar tarafından verilen mektuplardır.Bu şekilde verilen teminat mektuplarında borcu temin edilen kişi akit değildir, lehine mektup verilen kişi ile banka arasında bir sözleşme ilişkisi olmadan verilen mektuplar içindir.Oysa, olayımızda davalı banka ile lehine mektup verilen diğer davalı şirket arasında bir sözleşmenin varlığı anlaşılmaktadır. O halde, sözü edilen içtihatı birleştirme kararının olayımızda bağlayıcı bir niteliği yoktur". OKÇUOĞLU, s.120-121

(70) REİSOĞLU (Garanti), s. 101

(71) ARAL, s.143

mektubu istenen taraf, bankasına müracaat ederek, edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, sözleşmenin karşı tarafının zararını karşılayacağına dair onunla bir teminat mektubu sözleşmesi yapılmasını istemektedir. Asıl sözleşmede öngörülen şekilde, borçlunun bankası alacaklı durumunda bulunan karşı tarafa, borçlunun borcunu gereği gibi yerine getireceği, şayet borcunu yerine getirmezse bu hukuki ilişkiden doğabilecek zararlarını üstlenebileceğini taahhüt etmektedir⁷².

Görüleceği üzere banka garanti sözleşmesi veya teminat mektubu ilişkisinde kural olarak garanti veya teminat mektubu veren banka, lehine garanti veya teminat mektubu verilen lehdar ve garanti alan muhatap olmak üzere üç taraf vardır.

1. Lehdar

Lehdar bankanın kredi müşterisi, temel ilişkinin borçlusudur. Bankaya, garanti alan ile garanti ilişkisine girmesi talimatını verir. Lehdara, müşteri, banka müşterisi, garanti amiri de denilebilir. Banka teminat mektubunda ilişkinin taraflarının nitelendirmesinin yapılmasında lehdar teriminin kullanılması banka hukukundan kaynaklanmaktadır. Zira müşteri banka hukuku açısından bir gayrinakdi kredinin lehdarıdır. Bir anlamda, banka garanti vermekle kendi müşterisi lehine bir gayrinakdi kredi açmış, yani onu kredinin lehdarı haline getirmiştir. Böylece lehdar aynı zamanda bankaya kontrgaranti veren, bankanın tazmin halinde rücu edebileceği kişi olarak önem kazanmaktadır. Teminat mektubu ilişkisinde, lehdar sözleşmeye doğrudan taraf değildir. Teminat mektubu lehdarı bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de lehdar olarak gösterilebilir. Böyle bir durumda lehdarlardan birinin taahhüdünün yerine getirilmediğinin muhatap tarafından bildirilmesi tazmin için yeterli olacaktır⁷³.

2. Garanti Alan (Muhatap)

Muhatap, hem temel ilişkinin hem de garanti ilişkisinin tarafıdır. Banka kural olarak lehdar ile arasındaki gayri-nakdi kredi ilişkisine-kontrgaranti veya kredi sözleşmesine- dayanarak ve lehdarın talebi üzerine muhataba hitaben teminat mektubu verir.

Lehdarın talimatını alan banka, temel ilişkinin alacaklısı konumunda olan muhataba karşı tek taraflı bir borç yüklenir. Muhatap açısından özellikle ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları, sözleşmenin kurulması öncesine ilişki talepler ile sözleşmeden doğan talepleri güvence altına alır⁷⁴.

(72) DOĞAN, s.91-92

(73) KAHYAOĞLU, s.23, REİSOĞLU (Banka Teminat), s.44-45

(74) DOĞAN, s.45

3.Garanti Veren (Banka)

Teminat mektubu ilişkisinde, garanti veya teminat veren (banka), muhatap (garanti alan) karşısında borçlu taraftır. Teminat mektupları genellikle bankalar tarafından verilmektedir. Teminat mektubu verilmesi bir “kredi işlemi” niteliğinde olduğundan Bankalar Kanunu m. 54’de yer alan kredilerle ilgili sınırlamalar burada da uygulanacaktır.⁷⁵

Banka açısından önemli olan nokta verilen teminat mektubunun içeriğidir. Bankalar, teminat mektubu düzenlerlerken haklı olarak lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkinin geçerliliğinden etkilenmemek, yani lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız olmak isterler. Çünkü bankalar personel ve zaman itibarıyla böyle bir uyumsuzluğa dahil olmaya müsait değildirler, bankalar lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiye yabancı konumunda olup, temel ilişkiye müdahale anlamına gelebilecek taleplerden uzak nitelikli teminat mektubu taleplerini tercih ederler⁷⁶.

B. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği:

1. Lehdar ile Muhatap Arasındaki İlişki (Temel İlişki)

Lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişki, satım kira, eser gibi özel hukuk nitelikli bir borç ilişki olabileceği gibi, hazineye karşı bir ödeme yükümünü içeren kamusal nitelikte bir ilişki de olabilir. Bu ilişki banka garantisinin düzenlenmesine sebep olan temel ilişkidir⁷⁷.

Genellikle lehdar ile muhatap arasındaki ilişki sözleşmenin kurulmasının şart, garanti alana bir banka garantisi temin edilmesidir. Banka garantisi verilmesi, sözleşmenin yürürlüğe girmesinin ön şartı olabileceği gibi sözleşmede banka garantisi verilmesi asli bir edim olarak da kararlaştırılabilir⁷⁸.

2. Lehdar ile Garanti Veren “Banka” Arasındaki İlişki (Karşılık İlişkisi)

Banka lehdar ile akdedilen bir sözleşme çerçevesinde muhataba karşı düzenlenecek banka garantisi taahhüdü altına girer. Karşılığında da lehdardan komisyon ücreti alır. Banka burada müşteriden (lehdardan)

(75) Bankalar Kanunu md.54’e göre, “Bankalarca bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynakların yüzde yirmibeşini aşamaz. Bu oran, 49 uncu maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan risk grubu bakımından yüzde yirmi olarak uygulanır. Kurul, bu oranı yüzde yirmibeşe kadar yükseltmeye veya kanuni haddine kadar indirmeye yetkilidir. Bir adi ortaklığa verilen krediler, sorumlulukları oranında ortaklara kullandırılmış sayılır. Bankalarca hâkim ortak veya nitelikli pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın bankaların sermayesinin yüzde bir ve daha fazla payına sahip olup pay defterine kayıtlı olan tüm ortaklarına ve bunlarla risk grubu oluşturan kişilere kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynaklarının yüzde ellisini aşamaz.....<http://www.tbb.org.tr>

(76) DOĞAN, s.58

(77) KAHYAOĞLU, s.24, ERÜRETEEN, s.352

(78) KAHYAOĞLU, s.24

vuku bulacak bir garanti ödemesine ilişkin olarak avans talep etmeyip, ödeme karşılığında lehdara müracaat eder. Bu müracaat da daha önce de belirtildiği üzere genellikle kontrgaranti ile sağlanır.

Banka, ekonomik olarak bu şekilde müşterisine gayrinakdi bir kredi vermektedir. Burada banka lehdara direk para olarak bir kredi vermediğinden, bu kredi sorumluluk kredisi olarak nitelendirilir⁷⁹. Buradaki sorumluluk banka açısından lehine teminat mektubu verdiği kişinin sözleşmeden doğan borcunu ifa edip etmemesine ilişkindir. Zira lehdar muhatap ile arasındaki temel ilişkiye uygun hareket etmez ise, lehdarın muhataba olan borcunu banka tazmin etmeyi garanti altına almaktadır. Yani banka lehine teminat mektubu düzenlediği lehdarın sözleşmeyi ifa edip etmemesinin sorumluluğunu üstlenmektedir.

Banka ile lehdar arasındaki ilişkinin de garanti verme taahhüdü olup, atipik bir sözleşme olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır. Bu ilişkiye de uygun düştüğü ölçüde vekalet veya eser sözleşmeleri hükümlerinin uygulanması düşünülebilir⁸⁰.

C. Sözleşmenin Kuruluşu ve Bankanın Sorumluluğu:

Banka garanti sözleşmesi garanti veren banka ile muhatap (garanti alan) arasında akdedilir. Lehdarın istemi üzerine bankalar tarafından düzenlenen ve kural olarak icap niteliğini taşıyan teminat mektuplarının ilgili muhatap tarafından kabul edilmesiyle taraflar arasındaki garanti sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olur. Muhatap tarafından kabul edilinceye kadar bankalar tarafından düzenlenen ve şube yetkilileri tarafından imzalanan teminat mektubu bir icap niteliğindedir. Muhatabın kabulü açık veya zımni olabilir. Banka teminat mektubu, bir garanti sözleşmesi olarak banka ile muhataba arasındaki iradelerin birleşmesi ile banka için bir yükümlülük doğurur⁸¹. Şüphesiz burada garanti alanın, icabı kabul etmeyeceği durumlarda BK m. 3 ve 6 hükümlerine göre sözleşme ile bağlanmak tehlikesini bertaraf etmek amacıyla bunu derhal garanti veren bankaya bildirmesi gerekir.

Ancak öğretilde bir görüş⁸², banka teminat mektuplarının tam üçüncü kişiler yararına sözleşmeler kategorisine dahil olduğundan sözleşmenin meydana gelmesi için muhatabın açık kabulüne gerek olmadığı, garanti sözleşmesinin meydana gelmesi için lehdar ile muhatap arasındaki asıl ilişkiye uygun olarak kararlaştırılan garanti beyanının garanti alana varmasının yeterli olduğu yönündedir.

Kanımızca burada teminat mektubu ilişkisinde bir banka ile muhatap arasında garanti sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için muhata-

(79) KAHYAOĞLU, s.25

(80) KAHYAOĞLU, s.26

(81) REİSOĞLU (Banka Teminat), s.35, TEOMAN, s.325

(82) KAHYAOĞLU, s.46

bin kabulü şarttır. Zira sözleşme tek tarafa borç yüklediği için yalnız garanti veren bankanın imzasını içermekte, sözleşme üzerinde muhatabın (garanti alanın) imzası bulunmamaktadır. Bu nedenle bu ilişkinin bir sözleşme olmayıp bankanın tek taraflı ödeme taahhüdü olduğu ileri sürülebilir⁸³. İşte bu nedenle de teminat mektubunun ancak muhatap tarafından kabul edildikten sonra banka ile muhatap arasında geçerli bir garanti sözleşmesinin oluşması hususu önem arz eder. Zira muhatap türü ve şartlarını kabul etmediği bir teminat mektubunu reddederek ilişkinin kurulmasını engelleyebilir⁸⁴.

Banka teminat mektubu ilişkisinin kurulmasında özellik arz eden bir durum sözleşmenin oluşması esnasında banka ile muhatabın karşı karşıya gelmemeleridir. Bunun nedeni belirtildiği üzere teminat mektubu düzenleme isteğinin lehlerden gelmesidir. Uygulamada genellikle teminat mektubu muhataba doğrudan doğruya banka tarafından değil, lehdar tarafından teslim edilmektedir.

Kanımızca salt bu nedenle dahi banka teminat mektuplarında garanti sözleşmesinin kurulabilmesi için muhatabın açık kabul iradesinin aranması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Aksi halde teminat mektubu sadece icap niteliğini taşıyacak, bu mektubun hukuki geçerliliği ve bağlayıcılığı hususunda belirsizlikler olacaktır⁸⁵.

TEOMAN, Bankalar Kanunu'nun bir bankanın kullandırabileceği kredilerin tutarını sınırlanmış olmasına ve de muhatabın kabul iradesi ulaşınca kadar bankanın kredi limitlerinin hesaplanması yönünden belirsizlikte bırakılmasının önlenmesi gerekçesiyle garanti sözleşmesi niteliğindeki bir teminat mektubunun ancak muhatap tarafından kabul edildiği takdirde lehdar yönünden fiilen kullandırılmış bir kredi haline geleceğini belirtmiştir.⁸⁶

Ancak kanaatimizce gayri nakdi bir kredi olan ve de aslında banka ile lehdar arasındaki kredi ilişkisine dayanan teminat mektubunda kredinin kullanılması mektubun düzenlenip, muhataba ulaşmasıyla başlar. Zira burada banka ile lehdar arasındaki alt ilişki-kredi ilişkisi- muhatabın bu mektubu kabul edip etmemesi şartına bağlanmamalıdır. Kaldı ki, teminat mektubu düzenlenirken lehdar bu sözleşme ilişkisinin tarafı dahi değildir. Artık teminat mektubunun muhataba varmasıyla banka ile lehdar arasındaki kredi kullanımının başladığı bankanın komisyon ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir.

Teminat mektubunun lehbara teslim edilmesi, mektubu lehlerden alan muhatap yönünden de mektubun sahte olup olmadığı ya da üzerinde tahrifat yapıp yapılmadığı gibi güvensizlik sorunları yaratır. Bu du-

(83) KAHYAOĞLU, s.45

(84) Ayrıca konuya ilişkin ayrıntı bilgi için bkz. DOĞAN, s.100 vd.

(85) bkz. TEOMAN, s.326

(86) TEOMAN, s.326

rumda da bankanın sorumluluğunun başlangıcının tespiti, garanti sözleşmesinin kurulma anına bağlı olur. Muhatabın bu sorunları bertaraf edebilmek için teminat mektubunu lehdardan aldıktan sonra düzenleyen bankaya giderek geçerliliğini araştırması, yani bankadan “teyit” ettirmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Muhatabın buradaki amacı lehdar tarafından kendisine verilen teminat mektubunun ödeneceğinden emin olmaktır. Bankanın teyid yazısında mektubu açıkça görmediğini belirttiği haller dışında, teyidin mektubun üzerine ya da ayrı bir kağıda yazılmasının ya da teyidi mektubu düzenleyen şube dışındaki farklı bir şubeden verilmiş olmasının önemi bulunmamaktadır. TEOMAN, teyidin bir bakıma da muhatabın mektubu kabul ettiğinin açık bir göstergesi olduğunu, ve bu teyid işleminden sonra taraflar arasında geçerli bir garanti sözleşmenin kurulduğunun kabulünün gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

Buna göre şayet teminat mektubunu muhataba ulaştırması için lehdara veren banka, belli bir süre içinde muhatabın kabul beyanında bulunmasını, aksi halde icabın reddedilmiş sayılacağını mektuba eklemişse, bu durumda muhatap kabul beyanının bankaya bildirmezse, geçerli sözleşmenin kurulmamış olduğu ve dolayısıyla da bankanın sorumlu olmadığı sonucuna varılır. Ancak bankanın herhangi bir süre belirtmediği durumlarda, muhatabın teminat mektubunun teyidini istediği anda geçerli sözleşmenin kurulduğu ve de bankanın sorumluluğunun başladığı kabul edilmelidir⁸⁸.

Bankalar uygulamada lehdar ile yapmış oldukları sözleşmeye “teminat mektuplarının yazılı talimat vermek suretiyle olsa da muhataba veya başkalarına tevdiini, teminat mektubunun onlara tesliminin bankadan istenemeyeceği” yolunda bir hüküm koymaktadırlar. Ancak bu yanlış bir uygulama olup, teminat mektubunun muhataba teslim edilmesi bankanın sorumluluğunda olmalıdır. Çünkü banka lehdar ile aralarındaki alt ilişki sebebiyle, muhatap ile teminat mektubu yapma sözleşmesi altına girmiştir. İcabın lehdar aracılığıyla muhataba ulaştırılması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır⁸⁹.

Konuya ilişkin Yargıtay 11.HD.’nin E.1989/3737, K. 1990/7248, 13.12.1990 tarihli kararına⁹⁰ konu olan olayda banka, teminat mektubunu muhataba ulaştırması için lehdara vermiş, lehdar da fotomekanik yöntemlerle aslından ayırt edilmesi imkansız bir şekilde çoğaltmış, aslını kendinde tutup, sahtesini muhataba vermiştir. Muhatap, garantör bankanın mektubu veren şubesinden başka bir şubesinde mektubun teyidini almış, kısa bir süre sonra lehdar, mektup metninin aslını bankaya iade ederek bloke ettiği parayı çekmiştir. Yargıtay kararında sahte teminat

(87) TEOMAN, s. 327 vd.

(88) DOĞAN, s.120

(89) DOĞAN, s. 100

(90) naklen OKÇUOĞLU, s.392

mektubuna teyid verilmesi sebebi ile bankanın haksız fiil sorumluluğuna karar verilmiştir. Ancak söz konusu karara ilişkin karşı oy yazısında, teyid işlemi ile banka ile muhatap arasında irade uyuşması ve dolayısıyla garanti sözleşmesinin oluştuğu, muhatabın iradesi dışında lehdar tarafından teminat mektubu aslının bankaya iadesinin sözleşmeyi ortadan kaldırmayacağı⁹¹, somut olayda geçerli olarak kurulmuş garanti sözleşmesi uyarınca bankanın sorumlu olacağı sonucuna varılmıştır⁹².

Biz de burada OKÇUOĞLU ve TEOMAN'ın görüşlerine katıldığımızı belirtmek isteriz. Zira garanti mektubunu veren banka, mektuba teyit vererek, teminat mektubunun verildiğini kabul etmiştir. Hatta muhatabın teminat mektubunu teyit ettirmek gibi bir zorunluluğu da mevcut değildir, “basiretli bir tacir” gibi davranarak bankadan mektubu teyit ettirmiştir. Zira banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinden dolayı sözleşmenin kurulması için iradelerin uyuşması yeterli olup, başka bir şekilde şartı öngörülmemiştir. Şayet muhatap banka tarafından düzenlenen teminat mektubunu kabul etmişse taraflar arasındaki sözleşme geçerli olarak kurulmuştur, muhatabın kabulden sonra mektubu teyit ettirmiş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak burada teyidle beraber taraflar arasında garanti sözleşmesi kurulduğunu, çünkü muhatabın bu teyidle mektubu kabul yönünde irade açıklamasında bulunduğunu düşünmek yerinde olacaktır. Yargıtay'ın burada bankanın sorumluluğunu sadece haksız fiil sorumluluğu uyarınca tespit etmesi yerinde değildir. Yüksek Mahkeme tarafından taraflar arasında sözleşme ilişkisinin dava konusu olayda mevcut olup olmadığı araştırılmamıştır, banka sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediklerinden dolayı sorumlu tutulmalıdır. Belirtildiği üzere teminat mektubunun muhataba ulaştırılması bankanın sorumluluğundadır. O bu teslim işlemini lehbara bırakarak, kendi sorumluluğunu yerine getirmemiştir. Bankaların “basiretli tacir”den de öte, özel ihtisas kurumları oldukları düşünüldüğünde, sorumluluklarının normal tacirlere göre daha da artırılmış olduğu kabul edilmelidir.

(91) Zira sözleşmenin ortadan kalkması için, garanti edilen rizikonun son bulması, garanti alanın zararının tazmin edilmesi, garanti alanın garanti vereni ibra etmesi, takas süreli bir garanti sözleşmesi söz konusu ise, riziko gerçekleşmeden bu sürenin dolması gibi ve genellikle garanti sözleşmesinin niteliğine aykırı olmadıkça BK. md.113 vd.maddelerindeki borcun sona ermesi sebepleriyle sona erer. TANDOĞAN (Özel Borç), s.881-882

OKÇUOĞLU verdiği karşı oy yazısında, şayet lehdar tarafından mektubun bankaya iadesinin sözleşmeyi ortadan kaldıracakı düşünülürse muhatabın teminat mektubunu yitirdiği ya da lehbarın mektubu muhataptan çalarak ya da zorla alarak bankaya verdiği durumlarda garanti sözleşmesinin sona erdiği söylenebilecektir ki, bir yandan teminat mektubunun kıymetli evrak olmaması, öte yandan da garanti sözleşmesinin kurulmamasının herhangi bir koşula bağlı olmaması nedeni ile bunu kabule kesinlikle olanak olmadığını vurgulamıştır.OKÇUOĞLU, s.396

(92) OKÇUOĞLU, s.396 vd., ayrıca konuya ilişkin TEOMAN, OKÇUOĞLU ile tamamiyle aynı görüşte olduğunu belirtmiştir, bkz. ve karşı.TEOMAN, s. 327 vd.

Nitekim Yargıtay 'ın bu karardan çok kısa bir süre sonra verdiği, aynı konuya ilişkin 27.12.1990 tarihli kararında, aynen incelenen karardaki karşı oy yazısındaki gerekçelere dayanarak yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermesi ilgi çekicidir. Yargıtay 11.HD.'nin E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 sayılı kararında⁹³ garanti sözleşmesinin şekle bağlı olmadığını, mektubu veren bankanın teminat mektubunun verildiğini ve yürürlükte olduğunu kabul ettiğine, bu kabulün de bankanın diğer bir şubesi tarafından teyit edildiğine, muhatap da bankanın bu irade beyanına taklit teminat mektubunu iade etmek suretiyle reddetmediğine göre böylece zımni kabulü göstermiş bulunduğunu ve mektubu veren şubenin de bu suretle mektubun muhatabın eline geçmiş olmasını öğrendiğine göre taraflar arasında garanti sözleşmesinin oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu teyidin teminat mektubunu veren banka şubesinden araştırılıp bilgi alınmak suretiyle verilmiş olmasının ve bunun sabit olması kaydıyla asıl veya taklit teminat mektubunun üzerine yahut ayrı bir kağıda yazılarak verilmesinin hiçbir önemi olmadığına, hangi şekilde yapılmış olursa olsun bu teyidin şekle tabi olmayan garanti sözleşmesinin oluştuğunun kanıtı niteliğinde olduğuna karar vermiştir

Garanti sözleşmesi belirli bir şekle tabi olmadığından, teminat mektupları düzenlenirken herhangi bir şekle uyma zorunluluğu bulunmamakla beraber teminat mektuplarında; genellikle, muhatabın ismi, işin konusu, işi taahhüt edenin ad ve soyadı, belirli bir meblağ, mektubun muhatabı olan alacaklının ilk talebinde derhal, kayıtsız ve şartsız, hükme gerek kalmadan belirlenen miktarın ödeneceği konusunda bankanın taahhüdü ve banka yetkililerinin imzaları yer almaktadır⁹⁴.

Burada belirtmekte fayda vardır ki; 01.12.2006 yürürlük tarihli "Türkiye Bankalar Birliği'nin Bankalar ile Bireysel Müşterileri Arasında İmzalanacak Sözleşmelerin Şekil ve İçeriğinde Yer Alması Gereken Asgari Hususlar ile Sözleşmelerin Uygulanacağı İşlemlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında da Tebliğ"⁹⁵in 2. maddesinde de nakdi ve gayrinakdi her cins suretle kredi verme işlemlerinin bankacılık hizmeti olduğu belirtilmiş ve buna göre anılan Tebliğ'nin 3. maddesinde yapılan sözleşmelerin emredici hükümlere aykırı olamayacağı ve kanun ve ilgili mevzuat uyarınca yazılı olarak akdedilmesi zorunlu bulunan sözleşmelerin yazılı olarak ve ilgili mevzuatta öngörülen şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Yine ayrıca söz konusu Tebliğ'nin 4. maddesi uyarınca, bireysel müşteriler ile akdedilecek sözleşmelerde yine bu Tebliğ'de yer alan asgari unsurlara yer

(93) <http://www.kazanci.com.tr>

(94) REİSOĞLU (Banka Teminat), s.35, KAHYAOĞLU, s.47

(95) <http://www.tbb.org.tr>, Söz konusu Tebliğ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 09.11.2006 tarih ve 2018 sayılı kararıyla uygun görülmüş, Bankalar Birliği Yönetim Kurulu'nun 16.11.2006 tarihinde yapılan toplantısında kabul edilmiş ve 21.11.2006 tarih ve 5779 sayılı yazı eki ile Bankalar Birliği üyelerine gönderilmiştir.

verilmek kaydıyla, ilgili sözleşmeye konu işlem, ürün ve hizmetin niteliği ve tabi olduğu mevzuata bağlı olarak sözleşmenin biçim ve içeriği farklı tespit edilebilir. Söz konusu Tebliğ'de yer alan hususlara aykırı davranılması durumunda yaptırımın idari para cezası olduğu şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. (m. 5)

O halde; her ne kadar banka teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde bulunduğundan herhangi bir şekil şartı aranmamakta ise de, bu işlem, bir gayrinakdi kredi verme işlemi, yani bir bankacılık faaliyeti olduğundan yazılı olarak düzenlenmelidir. Ancak bu yazılı düzenlenme koşulu, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili değildir. Zira buna uygun hareket edilmemesinin yaptırımı anılan Tebliğ 'de de belirtildiği üzere idari para cezası olup, bu bir disiplin hükmüdür. Ayrıca banka teminat mektuplarının içeriği de tarafların iradeleriyle kararlaştırılabilir.

Burada akla gelebilecek bir soru da 15.01.2004 kabul tarihli 5070 sayılı, 25355 sayılı, 23.01.2004 tarihli Resmi Gazete'de ilan edilen elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenleyen "Elektronik İmza Kanunu"⁹⁶ na göre banka teminat mektuplarının elektronik imza ile düzenlenip düzenlenemeyeceği hususudur. Zira söz konusu kanun uyarınca 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 14/1'e güvenli elektronik imza ile atılan imzanın aynı ispat gücüne sahip olduğu, 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na m. 295 /a fıkrası ile usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu, bu verilerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacağı maddeleri eklenmiştir. Ancak anılan kanunun 5. maddesinde güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı belirtildikten sonra devamında kanunların resmi şekle veya özel merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, banka teminat mektupları elektronik imza ile düzenlenemez.

III. BAŞLICA TEMİNAT MEKTUBU TÜRLERİ:

Banka teminat mektupları sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca şekil ve türleri ilgili sözleşme hükümlerine göre belirlenebilir. Bu nedenle de birçok türü mevcuttur. Çalışmamızda uygulamada başlıca kullanılan teminat mektubu türlerini genel olarak incelemeye çalışacağız.

A. Resmi İhalelerde Kullanım Amacına Göre:

1. Geçici Teminat Mektupları

Bu tür mektuplar, isteklilerin (gerçek veya tüzel kişi) ihaleye katılmalarına olanak sağlayan, bankalarca düzenlenmiş belgelerdir. Devlet veya

(96) [http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

ilgili kurum ve kuruluşlarınca yapılan ihalelerde, ihaleye katılanın ihaleyi kazandığı halde kesin teminatı yatırmaması ve sözleşme yapmaya yanaşmaması durumunda doğacak idare zararlarını karşılamak amacıyla ihaleye katılmak isteyen belli bir miktar teminat alınır. Bu teminat banka tarafından verilirse geçici teminat mektubu adını alır. Geçici teminat mektubu muhatabın açtığı ihaleye, istekli sıfatıyla katılan bir gerçek ve tüzel kişinin ihale ile ilgili kanun ve şartname hükümlerini yerine getirmek üzere ihaleyi açan tarafa vermek zorunda olduğu önceden belirlenmiş bir tutarın yerine geçer ve ihaleye katılan ihaleyi kazanamaz ise iade edilir⁹⁷.

Geçici teminat mektupları düzenlenmesinin amacı ihaleye teklif verilen kişilerin icaplarının ciddi olmamasından, ihalenin kendilerinde kalması halinde ihale konusunu oluşturan asıl sözleşmeyi yapmamasından doğabilecek zararların teminat altına alınmasıdır. İhaleyi kazanan kişi, ihaleye uygun olarak sözleşmeyi akdettikten sonra artık geçici teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşme ihtimali ortadan kalkar. Buna göre geçici teminat mektubu kesin teminat mektubuna dönüştürülemez ise, sözleşmenin yapılmasından sonraki aşamada doğacak riskler sebebi ile geçici teminat mektubunun tazmini talep edilemez⁹⁸.

2. Kesin Teminat Mektupları

Bu mektup, ihaleyi açan tarafın, ihale sonucunda işi taahhüt eden müteahhidin ihale ile ilgili kanun ve şartname uyarınca vermesi gereken kesin teminat miktarının yerine geçen bir belgedir. Başka bir anlatımla, geçici teminatını (Geçici teminat mektubu da olabilir) yatırarak ihaleye katılan ve sonuçta kendisine ihale yapılan müteahhitten sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdün sözleşme ve şartname koşullarına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla belirli bir miktar kesin teminat alınır. Bu teminatın kendisine ihale yapılan lehine muhatap idareye bir banka tarafından verilmesi durumunda banka tarafından taahhüdün sözleşme ve şartnameye uygu olarak zamanında ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmemesi halinde mektupta belirtilen miktarın ilgili idarenin

(97) TAŞPOLAT, s.23, BARLAS, s.13, 2286 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun konuya ilişkin md.25-26-54-57 ve 60.md.lerinde düzenlemeler mevcuttur., <http://www.tbb.ankara-bel.org.tr>,

(98) DOĞAN, s.72 Ayrıca bkz. Yarg. HGK'nın E. 2002/11-94, K. 2002/198, T. 20.03.2002 tarihli kararı: <http://www.kazanci.com.tr>, "Dava pay satış sürecinin tamamlanmasına kadar alıcının davacı satıcıya karşı olan edimlerini garanti eden geçici teminat metubu bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Bu durumda, 14.08.1998 tarihli sözleşme hükümlerinin taraflar bakımından bağlayıcı sonuç doğurup doğurmadığı hususu bu davanın konusu olmayıp, davacı ile dava dışı kendisine dava ihbar edilen Hasan A. Arasındaki pay devrinin geçerliliği konusunda görülecek bir eda davasında nihai biçimde çözümü gerekir.Bu nedenle, anonim şirket pay satış sözleşmesi tarafları arasında açılmış bir eda davası var ise, sonucu beklenerek geçerli bir pay devir sözleşmesinin oluşup oluşmadığı ve buna göre davalının düzenlediği geçici teminat mektubu işlevinin sona erip ermediğinin saptanması gerekir."

yazılı talebi halinde başkaca isteme gerek kalmaksızın derhal ödenmesi talebini içeren mektup türü, kesin teminat mektubudur⁹⁹.

3. Avans Teminat Mektupları

Bu mektup ihaleyi kazanan tarafa muhatap tarafından işin daha çabuk yapılabilmesini sağlamak amacıyla ödenecek olan avansın, işin savsaklanması, yapılmaması halinde muhataba geri ödeneceğini ifade eden belgelerdir. Kesin teminat mektubunun amacı ihaleyi kazanan müteahhidin nakit sıkıntısına çare olmak üzere, muhatap tarafından önceden belirlenen bir miktarın ödenmesi ve sonra müteahhid işi yaptıkça işin yapılan kısmına karşılık olan tutarın verilen avantan düşülmesidir. Buna göre müteahhid, yaptığı işi muhatap tarafa kabul ettirdikçe borcu eksilecektir¹⁰⁰. İdarenin bu yetkisi 26.05.1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 15.02.1979 tarih ve 24 sayılı KHK ile değişik 83. maddesinin (B) fıkrasının (a) bendi hükmünden kaynaklanmaktadır.¹⁰¹

B. Ödeme Talebinin Şekline Göre Yapılan Ayrım:

1. İlk Talepte Ödeme Kaydını İçeren Banka Teminat Mektupları:

İlk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektupları taraflar arasında güven probleminden ortaya çıkmış olup, bu teminat mektuplarında banka, muhatabın talebi üzerine herhangi bir itiraza mahal vermeden ve muhataptan teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunun ispat etmesine gerek kalmadan ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Bu tür teminat mektuplarında banka sadece şekli anlamda inceleme yetkisine sahip olduğundan bu mektupların muhatabın lehine olduğu kabul edilmektedir¹⁰².

2. Şartlı Banka Teminat Mektupları:

Şartlı Banka teminat mektuplarında teminat mektubunun banka tarafından paraya çevrilmesi, teminat mektubu metninde yer alan şartlara bağlanmıştır. Böylece teminat mektubu muhatabının bankaya karşı haksız ödeme taleplerinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Burada bankanın ödeme yapmasının belirli şartlara bağlandığı teminat mektuplarında haksız ödeme talebi, ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarına oranla daha az olacaktır. Bunun nedeni bankanın ödeme yapabilmesinin sadece muhatabın ödeme talebine bağlı tutulmuyup, teminat mektubunun ödenmesi için gerekli şartların yerine getirildi-

(99) TAŞPOLAT, s. 23, BARLAS, s. 14, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun konuya ilişkin 26-54-57-60-62 ve 63. md.lerinde düzenlemeler mevcuttur. <http://www.ankara-bel.org.tr>

(100) TAŞPOLAT, s.23-24

(101) Adı geçen hükme göre, "taahhüt tutarının üçte birine kadar Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan oranlarda, hizmet yerine getirildikçe mahsubu yapılmak üzere müteahhitlere teminat karşılığı bütçe dışı avans verilebilir. Bu avansların verilmesi sözleşmede öngörülmüş olması şartına bağlıdır"

(102) KAHYAĞLU, s.19 vd, DOĞAN, s.65

ğinin taraflarca önceden tespit edilmiş belgelerin ibrazı şartına bağlı tutulmasıdır. Söz konusu şartlar, borcun ifa edilmemesinin ispat edilmesi, ifa etmemeye ilişkin belirli kişi veya makamlardan belge veya mahkeme ilamı alınması gibi şartlar olabilir¹⁰³.

C. Sürelerine Göre Teminat Mektupları

1.Vadeli (Sürelili) Teminat Mektupları

Banka tarafından verilen teminat mektubundan dolayı bankanın sorumluluğunun belirli bir süre ile sınırlandırıldığı teminat mektupları vadeli (sürelili) teminat mektupları olarak anılır.

Öngörülen süre içinde bankadan yazılı talepte bulunulması koşulunu taşıyan sürelili teminat mektuplarında rizikonun süre içinde gerçekleşmesi ve garanti alanın bu süre içinde ödeme talebini içeren yazı ile bankaya başvurması gerekir. Aksi halde bankanın garanti yükümünden doğan sorumluluğu sona erer. Bu sorumluluğun sona ermesine ilişkin yasal dayanak 08.07.1981 tarihli ve 2486 Sayılı Kanunla BK 110'a eklenen 2. fıkradır. Söz konusu maddeye göre, "muayyen müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir". Yine söz konusu 110. maddeye göre, "bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur" Bu maddelere göre vadeli teminat mektuplarında riskin vade içinde doğması halinde, bankanın sorumluluğu genel zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısıyla teminat mektubu ile güvence altına alınan risk vade içinde gerçekleşmezse bankanın sorumluluğu vadenin sona ermesi ile bitecek, yani bu sorumluluk genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl boyunca devam etmeyecektir.¹⁰⁴

2.Süresiz teminat mektupları:

Geçerliliği belirli bir süreye bağlanmamış olan ve bankanın garanti altına karşı sorumluluğunun, rizikonun doğumundan zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam ettiği banka teminat mektubu çeşididir¹⁰⁵. Süresiz teminat mektuplarında sorumluluğun belirli bir süreye bağlı olması hem banka hem de kontrgaranti veren lehdar açısından daha ağır yükümlülük getirir. Zira bu durumda banka kendini güvence altına almak için vadesiz ya da sürenin otomatik olarak uzadığı teminat mektubu almaktadır.

Vadesiz teminat mektuplarında zamanaşımı, muhatabın alacağını muaccel olmasıyla başlar ve BK m. 125 uyarınca zamanaşımı süresi 10

(103) KAHYAOĞLU, s. 21 vd.

(104) REİSOĞLU (Banka Teminat) , s.73 vd., BARLAS, s.25, KAHYAOĞLU, s.15,DOĞAN, s.83-84

(105) REİSOĞLU, s.69 vd, BARLAS, s.24

yıldır. Vadesiz teminat mektuplarında bankanın ödeme borcu, riskin gerçekleştiği anda muaccel hale gelir ve zamanaşımı süresinin de bu anda işlemeye başlayacağı genel olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶

Ancak burada uygulamada sorun yaratacak bir husus, garanti mektubun düzenlenmesinden sonra uzun bir zaman geçmesine rağmen, muhatabın bankadan tazmin talebinde bulunmamış ya da teminat mektubunu iade etmemiş olması durumunda bankanın sorumluluğunun hangi süre ile sınırlı olacağının tespiti. Zira böyle bir durumda bankanın muhatabın alacağının ne zaman muaccel olduğunu tespit etmesi güçlükle arz edilmektedir. Acaba banka muhatabın kendisine tazmin için başvurmadığı ve banka teminat mektubunun düzenlenmesinin üzerinden de seneler geçmiş olmasına rağmen teminat mektubunu iptal edebilecek midir?

REİSOĞLU, böyle bir durumda vadesiz teminat mektuplarında mektubun tanzim tarihinin değil, muhatabı alacağının muaccel olduğu tarihin zamanaşımı için başlangıç olmasından dolayı bu tür mektupların bankalar tarafından iptalinin imkansız olduğunu, zira zamanaşımının durması ve kesilmesinin vadesiz teminat mektupları açısından öneminin bulunmadığını belirtmiştir.¹⁰⁷ TANDOĞAN ise, teminat mektubu konusu olan işin bitmesi gerekli olan tarih tespit edilebiliyorsa, risk en geç o tarihte gerçekleşebileceğinin kabul edilmesi gerektiği, şayet bu tespit edilen tarihten itibaren 10 yıl geçmiş, muhatap da herhangi bir tazmin talebinde bulunmamışsa, bankanın ihtarı da mevcutsa veya muhatabı bulmak mümkün olmuyorsa, bu gibi hallerde teminat mektubunun banka tarafından iptal edilebileceği görüşündedir.¹⁰⁸

Kanımızca da burada banka teminat mektuplarında TANDOĞAN'ın belirttiği durumlarda iptal mümkün olmalıdır. Aksi durumun kabulü, iyniyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder.¹⁰⁹

Yukarıda sayılanlar dışında, cayılabilir-cayılamaz, ödeme amaçlı teminat mektupları, belge eksikliğini güvence altına alan teminat mektupları, yargı organlarına¹¹⁰, gümrük idarelerine, vergi dairelerine, petrol dairesine verilen teminat mektupları gibi çeşitli türlerde teminat mektupları mevcuttur.

(106) REİSOĞLU (Banka Teminat), s. 174, KAHYAOĞLU, s.124

(107) REİSOĞLU (Banka Teminat), s. 175

(108) TANDOĞAN (Özel borç), s. 893

(109) KAHYAOĞLU, s.125

(110) Yargı organlarına sunulan teminat mektuplarına ilişkin ekte 17.08.2006 tarihli teminat mektubu örneği mevcuttur. Bu teminat mektubunun mahkemeye ibrazına konu dava bir haksız rekabet davasıdır. Y şirketi X şirketinin kendi ürettiği, yıllardan beri piyasada olan ve kendi adına tescilli peçete markasını iltibas yaratmak suretiyle taklit etmektedir. Buna ilişkin haksız rekabetin önlenmesi amacıyla X şirketi tarafından açılan davada mahkeme 50.000 YTL kesin ve süresiz banka teminat mektubunun mahkemeye ibrazıyla Y şirketinin ürettiği peçetelerin tedbir kararından itibaren üretiminin durdurulmasına buna uyulmadığı takdirde Y şirketi tarafından üretilen peçetelerin toplatılmasına karar vermiştir. X şirketi tarafından da ekte belirtilen kesin ve süresiz teminat mektubu dosyaya sunulmuş ve tedbir kararı icra dairesi kanalıyla uygulanmıştır.

SONUÇ

Teminat mektuplarının kullanılması ülke içi ve uluslar arası ticari ilişkilerin kullanımında özellikle taraflar arasındaki güven problemini bertaraf ettiğinden önemli bir uygulama alanına sahiptir.

Ancak banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin belirlenmesinde daha çok bu mektupların kefalet sözleşmesi veya garanti sözleşmesi mi olduğuna ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttur. Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda genellikle kabul edilen görüş, bu mektupların garanti sözleşmesi niteliğinde olduğudur. Buna göre de özellikle “ilk talepte ödeme” ibaresini içeren banka teminat mektuplarında banka temel ilişkiden bağımsız bir ödeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Burada banka sadece şekli bakımından inceleme yapmak ve de muhatap bankadan ilgili belgelerle ödeme talebinde bulunduğu zaman banka kural olarak ödemede bulunmakla mükelleftir. Bu durum da banka teminat mektubu ile güvence altında alınan rizikonun gerçekleşmemesine rağmen, muhataba haksız ödeme yapılması riskini beraberinde getirmektedir. Buna göre de muhataba haksız ödeme yapılmasını engellemenin tek yolu lehdarın mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almasıdır.

Banka teminat mektubunun işleyişine göre, bankanın riziko gerçekleştikten sonra teminat mektubunun tazmin ettikten sonra lehbara rücu etmesi hususu gündeme gelecektir. Genellikle banka ile lehbar arasında kontrgaranti sözleşmesi mevcut olur ve banka da lehbara yaptığı ödeme neticesinde bu sözleşmeye dayanarak rücu eder. Şayet lehbar ile banka arasında bu şekilde bir sözleşme bulunmaz ise de, bankanın BK m. 50 ve 51. maddelerine dayanarak lehbara rücu etmesi kabul edilmelidir.

Ayrıca banka teminat mektubu sözleşmelerinde bankanın sorumluluğunun başlaması noktası da önem taşır. Banka ile muhatap arasındaki garanti sözleşmesi, lehbarın talebi doğrultusunda banka tarafından hazırlanan mektubun muhataba varması ve muhatap tarafından kabulü ile kurulmuş olur. Uygulamada da bu teminat mektubunun banka tarafından direk muhataba değil de lehbara verilmesi mektup üzerinde yapılacak tahrifat ve mektubun sahtesinin düzenlenmesi hususlarında problem yaratmaktadır. Ancak burada banka teminat mektuplarının düzenlenmesinden muhataba teslimine kadar bankanın sorumlu olması kabul edilmelidir.

KISALTMALAR

BK:	Borçlar Kanunu
Bkz.:	Bakınız
C:	Cilt
dpn:	Dipnot
E:	Esas
F:	Fıkra
HD:	Hukuk Dairesi
HGK:	Hukuk Genel Kurulu
İBK:	İçtihatı Birleştirme Kararı
K:	Karar
m:	Madde
MTO:	Milletlerarası Ticaret Odası
S:	Sayfa
T:	Tarih
Vd.:	Ve devamı
Yarg.:	Yargıtay

KAYNAKÇA:

- **AKYAZAN**, Sıtkı, “Banka ve Ticaret Hukuku”, Ankara 1972
- **ARAL**, Fahrettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Teminattan Farkları”, Prof.Dr.Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006
- **BARLAS**, Nami, “Türk Hukuku Sisteminde Banka Teminat Mektupları”, İstanbul 1986
- **DOĞAN**, Vahit, “Banka Teminat Mektupları”, 3.bası Ankara 2005
- **ERÜREten**, Behir Mazhar, “Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı”, İstanbul 1991
- **KAHYAOĞLU**, Emin Cem, “Banka Garantileri”, İstanbul 1996
- **KOSTAKOĞLU**, Cengiz, “Banka Kredi İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar”, Ankara 1995
- **OKÇUOĞLU**, Yavuz, “Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım”, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s.121
- **REİSOĞLU**, Seza “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler”, 2.bası, Ankara 1990
- **REİSOĞLU**, Seza, “Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, Türkiye Bankalar Birliği, Ankara 1977
- **REİSOĞLU**, Seza, “Garanti Mukavelesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:178, Ankara 1963

- **ŞANLI**, Cemal / **EKŞİ**, Nuray, “Uluslararası Ticaret Hukuku”, 5. bası, İstanbul 2006
- **TANDOĞAN**, Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987
- **TANDOĞAN**, Haluk, “Garanti Mukavelesi” Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959
- **TAŞPOLAT**, Ali, “Banka Garantileri”, İstanbul 1989
- **TEOMAN**, Ömer, “Teminat Mektubununu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, 30 Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim- 1981-2001, İstanbul 2001
- <http://www.kazanci.com.tr>,
- [http:// www.tbb.org.tr](http://www.tbb.org.tr)
- <http://www.ankara-bel.gov.tr>

ESER İNCELEMESİ

Yrd. Doç. Dr. Emrehan İNAL*

Günümüzde Londra, uluslararası ticari uyuşmazlıkların dünyadaki en önemli çözüm merkezlerinden biri durumuna gelmiş bulunmaktadır. Bu eğilimin artarak devam edeceği de kolayca öngörülebilir. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun (Arbitration Act 1996) bu sürecin çok önemli bir tetikleyicisi ve parçası olduğu ve Londra'daki tahkim uygulamasının hukuki alt yapısını oluşturduğunu vurgulanmak gerekir.

Gerçekten 1996 tarihli Tahkim Kanunu, tahkim yerinin İngiltere (Galler ve Kuzey İrlanda da dahil olmak üzere) olduğu istisnasız tüm tahkimlere uygulanacak temel kanunu oluşturmaktadır. Öyle ki taraflar, anlaşma ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku veya tahkim prosedürüne uygulanacak kuralları (ICC¹ veya UNCITRAL² tahkim kuralları gibi) kararlaştırmış olsalar dahi, temelde 1996 tarihli Tahkim Kanunu uygulama alanı bulacaktır.

Şüphesiz gerek uluslararası tahkime, gerekse İngiliz tahkim hukukuna ilişkin literatürde çok sayıda eser bulunmaktadır. Ancak bunların büyük çoğunluğu –Türkiye’de de olduğu gibi– konuyu bilimsel bir şekilde ele almakta ve tahkim hukukuna ilişkin belli bir bilgi ve uzmanlığı bulunan kitleye hitap etmektedir. Halbuki uygulamada uluslararası tahkim, gerek tahkim şartının/anlaşmasının hazırlanması gerekse uyuşmazlık çözümü aşamasında olsun, artık ister istemez çok daha geniş bir hukukçu kitlelerinin karşısına çıkabilmektedir.

İşte inceleme konusu yaptığımız eser, esas olarak uygulamaya yönelik olarak nispeten kısa fakat kapsamlı bir içerikte hazırlanmış bulunmaktadır. Bu haliyle kitap, tahkim hukuku bilgisi veya uygulama tecrübesi olsun ya da olmasın, İngiliz tahkim hukukuna veya uygulamasına

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) International Chamber of Commerce.

(2) UN Commission on International Trade Law.

ilişkin bilgiye ihtiyacı olan tüm hukukçulara cevap verme, yardımcı olma ve yol gösterme amacıyla kaleme alınmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, esas olarak uygulamaya yönelik olmakla birlikte eser, karşılaştırmalı çalışma yapan veya İngiliz tahkim hukuku konusunda çalışan araştırmacılar ve akademisyenler için de, önemli bir kaynak olarak göz önünde bulundurulmak gerekir. Kitabın ekler bölümünde³, ICC, UNCITRAL, ICDR⁴ ve LCIA⁵ gibi en önemli uluslararası tahkim kurumlarına ait tahkim kurallarının karşılaştırmalı metnine ve indeksine yer verilmiş olması da araştırmacılar için önemli bir kolaylık sağlayacaktır.

Uygulamaya yönelik olmakla birlikte, İngiliz tahkim hukukunu hemen hemen tüm yönleriyle inceleyen ve oldukça kapsamlı bir içeriğe sahip bulunan kitap, tahkim sürecini aşama aşama ele alan onyediden oluşmaktadır.

Buna göre, 1. Bölümde genel olarak İngiliz hukuk sisteminin ve uygulamasının, özellikle tahkimle ilgili, bazı yönleri; 2. Bölümde uluslararası tahkimin diğer uyuşmazlık çözüm yollarına göre avantajları ve dezavantajları; 3. Bölümde tahkim şartı; 4. Bölümde tahkim şartının kapsamı; 5. Bölümde tahkim kurulunun ve hukuki ekibin seçimi; 6. Bölümde tahkime başvurmadan önceki faaliyet ve değerlendirmeler; 7. Bölümde tahkim sürecinin ilk aşamaları; 8. Bölümde tahkim kurulunun oluşumundan sonraki faaliyet ve değerlendirmeler; 9. Bölümde yetki; 10. Bölümde tahkim sürecinin idaresi ve zaman cetveli; 11. Bölümde, duruşma öncesi mahkemeye başvuru; 12. Bölümde, süre giden işler ve duruşma hazırlığı; 13. Bölümde duruşma; 14. Bölümde hakem kararları; 15. Bölümde hakem kararlarına itiraz; 16. Bölümde hakem kararlarının yerine getirilmesi ve 17. Bölümde yatırım anlaşması tahkimine ilişkin bazı hususlar incelenmiştir.

Tahkim yerinin Londra olduğu bir uyuşmazlıkla karşılaşan ve bu konuda bir tecrübesi olmayan taraf veya vekili, kendisine yol gösterecek bir kaynağa ihtiyaç duyacaktır. Tabii imkan elverdiği ölçüde ya Londra'da yerleşik ve tahkim uygulamasına aşina ya da Londra'da yerleşik olmasa dahi, oradaki tahkim uygulamasına hakim bir avukatın desteğinden yararlanmak yerinde olacaktır. Şüphesiz her durumda, İngiliz tahkim hukuku ve uygulaması hakkında temel bilgiye sahip olmak gerekecektir. Zira belirtmek gerekir ki, 1996 tarihli Tahkim Kanunu, kendine özgü farklılıklar taşıyan, son derece önemli ve teknik düzenlemeler içermektedir. İşte kitap çoğu zaman tüm bu ihtiyaçlara cevap verebilecek bir başvuru kaynağı niteliğine sahip bulunmaktadır.

(3) Kitabın sonunda, uluslararası tahkim hukukuna ilişkin, başta 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nu ve 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nu olmak üzere hemen tüm temel metinleri içeren zengin bir ek kısmı yer almaktadır

(4) International Centre for Dispute Resolution.

(5) London Court of International Arbitration.

Kitap İngiltere’de bir tahkim prosedüründe başarı şansını artıracak önemli bazı ipucu ve tavsiyeleri de içermektedir. Kitabın özellikle, tahkim şartına ilişkin 3.; tahkim şartının kapsamına ilişkin 4.; yetkiye ilişkin 9.; duruşma öncesi mahkemeye başvuruya ilişkin 11. ve hakem kararlarına itiraza ilişkin 15. bölümlerinin, Londra’da bir tahkim uyuşmazlığı ile karşı karşıya gelen taraflarca dikkate alınması mutlaka fayda sağlayacaktır.

İngiliz tahkim hukukunun önde gelen uzmanlarından ve seçkin hakemlerinden biri olan yazar, bu çalışmasıyla önemli bir ihtiyaca cevap vermiş ve büyük bir boşluğu doldurmuş bulunmaktadır.



YARGITAY KARARLARI

HUKUK GENEL KURULU
KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/5-233 K: 2007/221 T: 18.04.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA • ELATMANIN ÖNLENMESİ • KÖY TÜZEL KİŞİLİĞİ • AKTİF VE PASİF HUSUMET • TARAF EHLİYETİ • HUSUMET İTİRAZININ DAVANIN HER AŞAMASINDA DEĞERLENDİRİLMESİ OLANAĞI*

Özet: Dava kamulaştırmасız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi ve yıkılması işlemine ilişkin bulunup, dava konusu taşınmazlar Kargalıhanbaba içerisinde olduğundan ve köy ilköğretim okulunca tecavüz edildiğinden husumetin 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu hükümlerine göre köy tüzel kişiliğine yöneltilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki "**Kamulaştırmасız Elatılan Taşınmaza Vaki Müdahalenin Meni ve Kal**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Hendek Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 06.07.2005 gün ve 2004/409 E-2005/267 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2006 gün ve 2005/14294-2006/221 sayılı ilamıyla;

(...Dava, kamulaştırmасız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi ve kal istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare ve kilince temyiz edilmiştir.

Dava, konusu taşınmaza Köy İlköğretim Okulunca tecavüz edildiğinden dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

222 Sayılı Kanunun 63. maddesine göre köydeki İlköğretim Okulları için arsa temini Köy Tüzel Kişiliğine ait olduğundan gözetilerek Milli Eğitim Bakanlığınca izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğüne karşı açılan davanın husumetten reddine karar verilmesi gerektiğinden gözetilmemesi, doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, tapu kayıt malikleri tarafından, Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğü aleyhine açılmış, kamulaştırmazsız el atılan taşınmaza vaki müdahalenin önlenmesi ve kal istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; müvekkillerinin kayden maliki oldukları 266, 267, 268, 269, 270, 444, 236 parsel sayılı taşınmazların, dava dışı 281 parsel üzerindeki ilkokulun sınırında bulunan kısımlarına beton duvar yapmak suretiyle davalı idarece el atıldığını ileri sürerek; davalının müdahalesinin men'i ile duvarın kaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten Sakarya İl Milli Eğitim Müdürlüğü (Hazine) vekili; davacılar tarafından duvar inşaatına önce muvafakat edilip, sonradan dava açılmasının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; *"tapuda davacılar adına kayıtlı bulunan dava konusu taşınmazlara, davalının toplam 1.688,44 m² tecavüzünün bulunduğu keşfen tespit edildiği"* gerekçesiyle, *"davanın kabulü ile, Kargalıhanbaba köyü 236, 266,267, 268, 269, 270, 444 nolu taşınmazlara yapılan, 28.08, 39.80, 58.51, 77.42, 55.37, 64.98, 65.73 m²'lik tecavüzün men'ine ve duvarın yıkımına, yıkım masrafının davalı tarafından karşılanmasına"* dair verdiği karar; Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece *"Köydeki ilköğretim okuluna arsa temin etmenin kimin görevi olduğu hususunun dava ile doğrudan ilgisi bulunmadığı"* gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, dava konusu taşınmazlar Sakarya ili, Hendek ilçesi, Kargalıhanbaba köyünde bulunmakta olup; taşınmazlara, dava dışı 281 parselde bulunan Köy İlköğretim Okulunca tecavüz edildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; 222 Sayılı Kanunun 63. maddesinde, köy ilköğretim okulları için arsa temininin köy tüzel kişiliğine ait olduğunun belirtilmiş olması karşısında; görülmekte olan davada, Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğünün davalı sıfatının bulunup bulunmadığı, anılan idareye husumet yöneltip yöneltilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, bir davada taraf sıfatı, dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla davacı

sıfatı (aktif husumet) dava konusu hakkın sahibine; davalı sıfatı (pasif husumet) o hakka uymakla yükümlü olan kişiye aittir.

Bu noktada, mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esas hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir.

Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esas hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir.

Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Bu nedenle taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için defî değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Bu genel açıklamalardan sonra; kamulaştırmasız el koyma kavramı ve kamulaştırmasız el koymaya karşı açılacak davalarda taraf sıfatının irdelenmesinde yarar vardır.

Özel kişilerin mülkiyetinde bulunan bir mala kamu hizmeti için gereksinme duyan idare, kamu yararı bulunduğu durumlarda, Anayasa'nın 46. maddesindeki koşullara uyarak ve parasını peşin vermek suretiyle taşınmaz malı kamulaştırabilir. Kamulaştırma işleminin nasıl yapılacağı ve bu konuda çıkan anlaşmazlıkların nasıl çözüleceği 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası ile düzenlenmiştir. İşte idare Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut da o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, taşınmaz mala kamulaştırmasız el koymuş sayılır.

Kamulaştırmasız el koyma olgusunun kabul edilebilmesi için kamulaştırma ile el koyma yetkisi kendisine tanınmış olan gerçek veya özel bir kamu tüzelkişiliği olan kimse el koymuş olmalıdır.

Kamulaştırmasız el koyan idareye karşı mal sahibinin açacağı davada seçimlik hak tanınmıştır. Bu konuda her türlü sorunu çözümlleyen 16.05.1956 gün ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, usulü daire-sinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimsenin, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebileceği, hükme bağlanmıştır.

Bu noktada, mal sahibi el atmanın önlenmesi veya bedel davası açmaktaki seçimlik hakkını dava açarken kullanabileceği gibi, el atmanın önlenmesi davası açtıktan sonra da davasını bedel davasına dönüştürebilir (Ali Arca, Kamulaştırmasız El koyma ve Yeni Hükümler, Ankara 1987, s: 40).

Türleri gösterilen davalardan hangisi olursa olsun, ister, el atmanın önlenmesi, ister bedel davası açılsın; dava açmanın ilk şartı, o yerin tapu ile maliki veya mirasçısı olmaktır.

Bunun gibi, taşınmaz mala el koyan, tesis veya bina, yapan idare belli ise, davanın bu idare hasım gösterilmek suretiyle açılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Husumet bakımından burada önemle değinilmesi ve üzerinde durulması gereken nokta, somut olayda olduğu gibi, ilkokul binası veya tesisi yapılan yerler hakkındadır.

İlke olarak, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 23. maddesi gereğince, devlete mal olan taşınmaz ve binaların Maliye Hazinesi adına tescili gerekir.

Ancak buna ayrık hükümler, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu-na konulmuştur. 12 Ocak 1961 gün ve 10705 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun "*Okulların Arsa ve Arazi İşleri*" başlıklı Yedinci Bölümünde yer alan 63. maddesinde, "*Satın alma veya kamulaştırmak, köy okulları için köy tüzel kişiliğine, şehir ve kasaba okulları için özel idareye aittir*" hükmü öngörül-müş; 65. maddesinde ise, "*Okullar için tahsis, satın alma veya kamulaş-tırma yolu ile sağlanan topraklarla bu topraklar üzerinde yapılacak bina veya tesisler, bulundukları yerlere göre köy veya özel idareler adına tapu-ya tescil edilir. Bunların ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ya-pılmış olan okul binaları ile tesislerinin daimi bakım ve onarım giderleri, bu-lundukları yerlere göre özel idare veya köy bütçelerinden karşılanır*" denil-miştir.

Açıklanan yasal düzenleme karşısında; bina veya tesislerin sahibi köy tüzel kişiliği ve Özel İdare Müdürlüğü olmasına göre, sahibi sıfatı ile karşılık değer istenecek ise veya el atmanın önlenmesi dava ediliyorsa hu-sumetin, burada ilgili olan tüzel kişiye yöneltilmesi gerektiği kuşkusuzdur. (age, s: 71)

Diğer bir ifadeyle, okul veya okul tesisi yapılan taşınmaz mal malik-lerinin açacakları kamulaştırmasız el koyma davalarında husumetin, köy sınırları içerisinde ise bağlı oldukları köy tüzel kişiliğine, ilçe veya il mer-kezinde ise o yer Özel İdare Müdürlüğüne yöneltilmesi yasal bir zorunlu-luktur. Bu gibi yerler için Milli Eğitim Bakanlığı veya Maliye Hazinesi aleyhine husumet yöneltilmesi olanaklı değildir (age, s: 59).

Somut olayda; dava konusu taşınmazlar Kargalıhanbaba köy sınırları içerisinde olup, taşınmazlara, Köy İlköğretim Okulunca tecavüz edildi-ği belirlenmiştir. Az yukarıda değinilen ilkeler ve yasal düzenlemeye göre, Milli Eğitim Bakanlığı'na izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün davalı sı-fatı bulunmayıp, gerçek hasım köy tüzel kişiliğidir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da be-nimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, Milli Eğitim Bakanlığı'na

izafeten İl Milli Eğitim Müdürlüğüne karşı açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken; yanılıklı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 18.04.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/15-244 K: 2007/229 T: 02.05.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • TAPU İPTALİ • TESCİL • ARSA KARŞILIĞI YAPI SÖZLEŞMESİ • İYİNİYET SAVI*

Özet: Davacı, kendisine ait 125 ada 8 ve 9 parseller de inşaat yapıp teslim etme karşılığında 670 parsel sayılı taşınmazın davayla temlik edildiğini; onun ise taahhüdünü yerine getirmediği gibi mülkiyeti, gerçek değerinin altında 3. kişiye devrettiğini beyan tapu kaydının iptaliyle adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı 3. şahıs kendisinin iyi niyeti olduğunu savunmuşsa da; temlik tarihindeki gerçek değerinin 1.392.300,00 YTL olmasına rağmen tapuda 20.000,00 YTL karşılığında satış yapılması ve taraflara yakınlığı sebebiyle iyi niyet iddiasının geçersiz bulunmasına karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Taraflar arasındaki "**Tapu İptali ve Tescil**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kemer/Antalya Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 11.11.2004 gün ve 2003/230-2004/619 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 17.03.2006 gün ve 2005/7973-2006/1526 sayılı ilamı ile;

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

(...Dava tapu iptali, tescil ve tazminat istemi ile açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Taraflar arasındaki uyusmazlık arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı arsa sahibi İsmail ile davalı yüklenici Mustafa arasında 25.03.1997 tarihli "Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" yapılmış, bu sözleşmede yüklenici tarafından Kemer İlçesi Yenimahalle 125 ada 8 ve 9 parsellere inşaat yapılması karşılığında, dava konusu 670 parsel sayılı taşınmazın davalı yüklenici Mustafa'ya devredilmesi kararlaştırılmış, 31.07.1997 tarihinde de 670 parselin tapu kaydı davacı tarafından davalı yüklenici Mustafa'ya devredilmiştir. Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan 25.03.1997 tarihli sözleşmeden dört ay sonra, 670 parsel sayılı taşınmazın tapuda yüklenici Mustafa'ya devri sözleşme gereği arsa sahibinin edimini yerine getirmesidir. Dairemizin yerleşik uygulamasında da, aralarında arsa karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan tarafların tapuda satış şeklinde yaptıkları pay geçirimi sözleşme gereği edimin yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir. Böyle olunca davalı yüklenici Mustafa'nın da kendi edimi olan 8 ve 9 parsellere bina yapılması işini yerine getirmesi sözleşmenin gereğidir. Oysa davalı yüklenicinin 8 ve 9 parsellere inşaat yapmadığı, parseller üzerinde sadece narenciye ağaçlarının olduğu dosyadaki 15.07.2004 tarihli ek bilirkişi kurulu raporundan anlaşılmaktadır. O halde davalı yüklenici Mustafa 8 ve 9 parsellere herhangi bir inşaat yapmadığından 670 parselin mülkiyetine hak kazanmamıştır. Zira yüklenicinin kendisine devredilen 670 parseli hak kazanabilmesi için sözleşmedeki edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi ise 8 ve 9 parsellere sözleşme uyarınca bina yapılması ve davacıya teslimidir. Davalı yüklenici mülkiyetine hak kazanmadığı 670 parseli 13.05.2003 tarihinde 20.000 YTL bedel göstermek suretiyle tapuda üçüncü kişi davalı Ahmet'e devretmiştir. Davalı Ahmet, 07.07.2004 havale tarihli dilekçesinde, 670 parseli 1.000.000 Amerikan Dolarına satın aldığı savunmuşsa da, 1.000.000 Doları davalı Mustafa'ya ödediğine ilişkin yazılı bir belge ibraz edememiştir. Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen 08.06.2004 tarihli bilirkişi raporunda, 670 parsel sayılı taşınmazın gerçek değerinin satışın yapıldığı 13.05.2003 tarihi itibarıyla 1.392.300 YTL olduğu belirlenmiştir. Şu halde tapuda gösterilen satış bedeli ile taşınmazın gerçek değeri arasında aşırı fark olduğu açıktır. Hemenkadar davalı üçüncü kişi Ahmet vekili, müvekkilinin 670 parsel sayılı taşınmaz üzerine Kemer İcra Müdürlüğü'nün 2000/919 sayılı icra dosyası ile konulmuş olan haczi 01.08.2000 tarihinde 209.956,53 YTL ödemek suretiyle, yine aynı taşınmaz üzerindeki Antalya 1. İcra Müdürlüğü'nün 2003/2410 sayılı icra dosyası ile konulan haczi de 21.07.2003 tarihinde

125.000 YTL ödeme yaparak kaldırdığını, taşınmaz üzerindeki hacizlere ilişkin bu dosya borçlarının, satış bedelinden mahsup edilmek üzere müvekkili tarafından ödendiğini savunmuşsa da, hacizlerin kaldırılması için davalı Ahmet tarafından ödenen bedeller ile tapuda gösterilen satış bedelinin toplamı 354.956,53 YTL olup, bu bedele taşınmazın gerçek satış bedeli arasında dahi dört kata varan fahiş fark olduğu görülmektedir. Kaldı ki, her iki icra dosyası üzerinden 670 parsel sayılı taşınmaz üzerine konulmuş olan hacizlerin davalı Ahmet tarafından kaldırıldığı tarih, temyiz incelemesine konu bu davanın açıldığı 12.06.2003 tarihinden sonradır. 670 parsel üzerine, Yapı Kredi Bankası lehine 06.01.1998 tarihinde 13 yevmiye numarası ile 1. derecede konulan 100.000 YTL ve 11.05.1999 tarih ve 582 yevmiye numarası ile 2. derecede konulan 100.000 YTL değerindeki ipoteklerin bedellerinin ise, 670 parselin davalı Ahmet'e satışından önce ödendiği, bedelleri ödenen ipoteklerin, 25.02.2004 tarih ve 305 yevmiye no ile tapudan terkin edildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. İpotek bedelleri davalı üçüncü kişi Ahmet tarafından ödenmemiş, sadece ipoteklerin tapuda terkinini işlemi davalı Ahmet tarafından gerçekleştirilmiştir.

Öte yandan, taraflar Kemer İlçesinde oturmakta olup davalı yüklenici Mustafa'nın, ilçede daha önce belediye başkanlığı yaptığı, davacı İsmail'in işadamı olup davalı Mustafa'nın babası olduğu, davalı Ahmet'in ise K. Halk Plajını işlettiği, tarafların birbirlerini iyi tanıdıkları dosya kapsam ve tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda hayatın olağan akışı, taraflar arasındaki ilişkiler, yaşadıkları yer, sosyal konumları, 670 parselin tapuda gösterilen satış bedeli ile gerçek değeri arasındaki fahiş fark dikkate alındığında, davalı üçüncü kişi Ahmet'in gerçek durumu bilmediği, davacı ile davalı yüklenici arasındaki hukuki ilişkiden haberdar olmadığı, iyi-niyetli olduğu kabul edilemez. O halde gerek Mustafa'nın edimini yerine getirmemesi nedeniyle taşınmazın mülkiyetini kazanmaması ve gerekse Ahmet'in durumu bilmesi gerektiğinin belirlenmesi karşısında iyi-niyet savunmasına değer verilmesinin mümkün olmaması dikkate alınarak, davacının tapu iptali ve tescil isteminin kabulü gerekirken, reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

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 Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 02.05.2007 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/20-237 K: 2007/237 T: 02.05.2007

KADASTRO TESPİTİ • MEMLEKET HARİTASI • AMENEJMAN PLANI • ORMAN TOPRAĞI*

Özet: Bozmaya uygun olarak yapılan yargılama sonucunda: Bilirkişi raporunda dava konusu yerin eğiminin % 4, % 8- 12 ve %26 oranlarında olduğunun belirtildiği, ancak fiilen böyle bir eğimin bulunmadığı, bunun da taşınmazın taraçalı yapısından kaynaklandığı gerekçeyle orman yönetiminin davası reddedilmişse de; gerek memleket haritasının düzenlendiği 1959 yılında tarihi ve iskan alanı olarak kullanılan alanlara sınır olmaması, gerekse de çekişmeli taşınmazın memleket haritasında yeşil ile renklendirilen çalılıktan açılması, evlerin inşası sırasında eğilimin insan eliyle düzenleme ihtimali bulunması, eğimin en yüksek %12 olarak saptandığının bildirilmesi nedeniyle, bir bilirkişinin kulizimetre ile ölçerek bulduklarını bildirdikleri eğime değil taşınmazın memleket haritasında münhaniler geçirilmek suretiyle saptanan eğilimine değer verilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Kadastro Tespitine İtiraz**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kozan Kadastro Mahkemesince davanın reddine dair verilen 25.4.2006 gün ve 2005/364 E. 2006/56 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargı-

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

tay 20. Hukuk Dairesinin 5.10.2006 gün ve 2006/9110 E. 2006/12728 K. sayılı ilamı ile,

(...Hükmüne uyulan Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 15.09.2005 gün ve 2005/5526-10414 sayılı bozma kararında özetle: "Bozmaya uyularak, resmi belgelerin incelenmesine dayalı araştırma inceleme ve keşif sonucu düzenlenen ve hükme dayanak yapılan uzman bilirkişi kurulu raporunda çekişmeli parselin 1957 yılında baskısı yapılan memleket haritasında kısmen açık alan kısmen çalılık olarak nitelendirildiği, eğimin %12'nin altında olduğunun bildirildiği, rapora ek olarak, çekişmeli parselin yer aldığı kadastro paftası ve memleket haritası ölçeği denkleştirilip birbiri üzerine aplik edilmek suretiyle parselin memleket haritası üzerinde konumunun gösterildiği, taşınmaz başında yapılan keşfe katılan yerel bilirkişi ve tanıkların çekişmeli parselin davalının atalarından kaldığı ve 20 yıldan fazla zilyet edildiğini bildirdikleri, uzman bilirkişi kurulunun raporlarına ekledikleri memleket haritasında çekişmeli parseli işaretledikleri yerde yükseklik eğrileri (münhanileri) sık olduğu halde, eğimin ne şekilde %12'nin altında olduğunun bilimsel olarak açıklanmadığı, bu hususta yine soyut olarak görüş bildirdikleri, taşınmazın orman kadastrosu ile belirlenen orman sınır hattına irtibatlı krokisinin çizilmediği, sadece orman kadastro haritasındaki konumunun gösterildiği, Hazine taşınmazın devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olduğu iddiasıyla davaya katıldığı ve uzman bilirkişi kurulunca taşınmazın 1957 yılında baskısı yapılan memleket haritasında kısmen çalılık olarak nitelendirildiği bildirildiği halde, taşınmazın çalılıktan ne zaman ve kimin tarafından temizlendiği, imar ihya görüp görmediği, imar ihya görmüş ise bitiminden itibaren 20 yıldan fazla zilyet edilmediği hususlarında ziraat uzmanı bilirkişi görüşü alınmadığı, bu hususun taraf tanıkları ve yerel bilirkişiden açıkça sorulmadığı, uzman bilirkişiler tarafından taşınmazın en eski tarihli memleket haritasında kısmen çalılık olduğunun bildirilmesi karşısında, bu yerin imar ihya edildiği ve kadim tarım alanı olduğu yönündeki soyut ifadelerle değer verilemeyeceği, Bu nedenlerle, mahkemece, önceki bilirkişiler dışında serbest orman mühendisleri arasından seçilecek üç uzman orman mühendisi, bir ziraat mühendisi ve bir fen elemanı aracılığıyla yeniden yapılacak keşifte, en eski tarihli memleket haritası hava fotoğrafı ve amenajman planı çekişmeli taşınmaz ile birlikte çevre araziye de uygulanmak suretiyle, taşınmazın öncesinin bu belgelerde ne şekilde nitelendirildiği belirlenmeli; 3116, 4785 ve 5658 Sayılı Yasalar karşısındaki durumunun saptanması; tapu ve zilyetlikle ormandan toprak kazanma olanağı sağlayan 3402 Sayılı Yasanın 45.maddesinin ilgili fıkraları, Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 gün ve 31/13 EK; 14.03.1989 gün ve 35/13 EK. ve 13.06.1989 gün ve 7/25 E.K. sayılı kararları ile iptal edilmiş ve kalan fıkraları da 03.03.2005 gününde yürürlüğe giren 5304 Sayılı Yasanın 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bu yollarla ormandan yer kazanılmayacağı, öncesi orman olan bir yerin üzerindeki orman bitki örtüsü yok edilmiş olsa dahi salt orman

toprağının orman sayılan yer olduğu düşünölmeli; toprak yapısı, bitki örtüsü ve çevresi incelenmeli; taşınmaz üzerindeki ağaçların cinsi, sayısı, yaşları, aşı yaşları, kapallık, üzerinde ağaç bulunan taşınmaz bölümleri belirlenmeli, eğim ölçer aletler ve memleket haritasındaki yükseklik çizgileri yardımıyla taşınmaz üzerinde hangi yönde kaç münhani geçtiğı, münhanilerin sayısına göre eğimin ne olduğu açısı hesabı yapmak suretiyle bilimsel olarak belirlenmeli, kesinleşmemiş tahdit söz konusu ise, uzman bilirkişiler eliyle yerine uygulanacak tahdit haritası ile irtibatlı, taşınmazın konumunu gösteren, ayrı renklerle işaretli ve bilirkişilerin onayını taşıyan, duraksamaya yer vermeyecek nitelikte kroki düzenlettirilmeli; kesinleşmiş tahdit söz konusu değil ise yukarıda değinilen diğer belgelerin uzman bilirkişiler eliyle yerine uygulattırılıp; memleket haritası ve kadastro paftası ölçekleri eşitlenip birbirini üzerine aplike edilerek çekişmeli ve komşu taşınmazların memleket haritasına göre, konumu saptanıp; bu harita ile irtibatını duraksamaya yer vermeyecek biçimde gösteren, memleket haritasındaki renkleri ve işaretleri (bitki örtüsünün ne olduğunu bildiren sembolleri) aynen içeren, yalnız büro incelemesine değil, uygulamaya ve araştırmaya dayalı, bilirkişilerin onayını taşıyan kroki düzenlettirilip, bilimsel verileri bulunan yeterli rapor alınmalı, açıklanan yöntemle yapılacak araştırma sonucu, taşınmazın orman sayılan yerlerden olmadığı belirlendiğı takdirde, bu kez, zilyetlik yolu ile kazanma koşullarının varlığı araştırılmalı, imar ihya olgusu üzerinde durulmalı; bu cümleden yapılacak keşifte tarım uzman bilirkişisi olarak ziraat mühendisine inceleme yaptırılıp, taşınmazın çallılık olarak belirlenen bölümünün ne zaman imar ve ihya edildiğı, zilyetlikle kazanılabilecek kültür arazisi olup olmadığı hususlarını içeren rapor alınması, varsa, zilyetlik tanıkları taşınmaz başında dinlenmeli, imar ihyanın ne zaman başladığı ne zaman tamamlandığı, zilyetliğin ne zaman başladığı, kaç yıl, ne şekilde devam ettiğı sorularak, kesin tarih ve olgulara dayalı açık yanıtlar alınıp; tesbit tarihine kadar gerçek kişiler yararına zilyetlikle kazanma koşullarının oluşup oluşmadığı belirlenmeli, resmi belgeler karşısında soyut beyanlara değeri verilmemesi) gereğine değinilmiştir. Mahkemece, bozma kararına uyulduktan sonra, davanın REDDİNE, çekişmeli A. Köyü 107 ada 109 sayılı parselin tesbit gibi tesciline karar verilmiş, hüküm Hazine ve Orman Yönetimi tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dilekçesindeki açıklamaya göre dava kadastro tespitine itiraz niteliğindedir.

Çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerde orman kadastrası 3402 Sayılı Yasanın 4. maddesi hükmüne göre yapılmış, çekişmeli parsel orman sınırları dışında bırakılmıştır.

6831 Sayılı Yasanın 1/J maddesi gereğince orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan funda veya makilerle örtölü alanlar orman sayılmaz. Yerleşik Yargıtay kararlarıyla, Bilimsel olarak eğimi %12'yi geçen yerlerin toprak muhafaza karakteri taşıyacağı kabul edilmektedir. Muhafaza karakteri taşıyan makilik ve fundalıklar 6831 Sayılı Yasanın 1/J maddesi

gereğince orman sayılan yerlerdendir.

Bozmaya uyularak, resmi belge niteliğindeki eski tarihli memleket haritası, amenajman planı ve hava fotoğraflarının uygulanmasına dayalı araştırma, inceleme ve keşif sonucu düzenlenen uzman bilirkişiler Haydar, Turhan, Hüseyin ve Fen bilirkişi Selim tarafından düzenlenen müşterek raporda, kılızimetre (eğim ölçer) yardımıyla yapılan ölçümde ev ve meyve bahçelerinin bulunduğu taraça şeklindeki bölümde eğimin %4, buğday ekili bölümde ise %8-12 olduğunu, kadastro paftası ile memleket haritası karşılaştırıldığında, çekişmeli taşınmazın memleket haritasında belirlenen kot farkına göre eğiminin %26 olduğu, ancak fiilen böyle bir eğimin olmadığı bunun nedeninin de, taşınmazın taraçalı yapıda olmasından kaynaklandığı, taşınmazın eski tarihli harita ve belgelerde çalılık olarak nitelendiği ve sonuç olarak orman sayılmayan yerlerden olduğu bildirilmiş, mahkemece bu bilirkişi kurulu raporuna değer verilerek, Orman Yönetiminin davası reddedilmişse de; gerek memleket haritasının düzenlendiği 1959 yılında tarihi ve iskan alanı olarak kullanılan alanlara sınır olmaması, çekişmeli taşınmazın memleket haritasında yeşil ile renklendirilen çalılıktan açılması, evlerin inşası sırasında eğimin insan eliyle düzlenme ihtimali bulunması, muhafaza karakteri taşımadığını ispatlarcasına eğimin en yüksek %12 olarak saptandığının bildirilmesi nedeniyle, bilirkişilerin kılızimetre ile ölçerek bulduklarını bildirdikleri eğime değil taşınmazın memleket haritasında münhaniler geçirilmek suretiyle saptanan eğimine değer verilmelidir. Bu nedenlerle Orman Yönetiminin ve Hazinesinin davalarının kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan düşünce ile davaların, reddi yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı Orman İşletme Müd. ve Müdahil Hazine vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

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 Orman İdaresi ve Müdahil Hazine vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZUL-**

MASINA, istek halinde temyiz peşin harcının orman idaresine geri verilmesine, 02.05.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Kadastro sırasında A. Köyü Bostanlı mevkii 107 ada 109 parsel sayılı 2641 metrekaare yüzölçümündeki taşınmaz, kargir ev ve bahçesi niteliği ve kazandırıcı zamanlaşımı zilyetliği nedeniyle Ali adına tesbit edilmiştir. Orman Yönetimi, taşınmazın 6831 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi gereğince orman sayılan yerlerden olduğu iddiasıyla dava açmış, Hazine taşınmazın devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olduğu, öncesi orman sayılan yerlerden iken orman niteliğini yitirdiği, 2/B madde gereğince Hazine adına tapuya tescili iddiasıyla davaya katılmıştır. Mahkemece davaların reddine, çekişmeli parselin tesbit gibi davalı adına tapuya tesciline karar verilmiş; hüküm, Orman Yönetimi ve Hazine tarafından temyiz edilmiş, mahkemece verilen hükümler Hazine ve Orman İdaresi temyizi üzerine Yüksek 20. Hukuk Dairesince 3 kez incelenmiş ve 2 kez soruşturmaya yönelik olarak bozulan karar son kez "Bozmaya uyularak, resmi belge niteliğindeki eski tarihli memleket haritası, amenajman planı ve hava fotoğraflarının uygulanmasına dayalı araştırma, inceleme ve keşif sonucu düzenlenen uzman bilirkişiler Haydar, Turhan, Hüseyin ve fen bilirkişi Selim tarafından düzenlenen müşterek raporda, kızımetre (eğim ölçer) yardımıyla yapılan ölçümde ev ve meyve bahçelerinin bulunduğu taraça şeklindeki bölümde eğimin % 4, buğday ekili bölümde ise % 8-12 olduğunu, kadastro paftası ile memleket haritası çakıştırıldığında, çekişmeli taşınmazın memleket haritasında belirlenen kot farkına göre eğimin %26 olduğu, ancak fiilen böyle bir eğimin olmadığı bunun nedeninin de, taşınmazın taraçalı yapıda olmasından kaynaklandığı taşınmazın eski tarihli harita ve belgelerde çalılık olarak nitelendiği ve sonuç olarak orman sayılmayan yerlerden olduğu bildirilmiş, mahkemece bu bilirkişi kurulu raporuna değer verilerek, Orman Yönetiminin davası reddedilmişse de; gerek memleket haritasının düzenlendiği 1959 yılında iskan alan olarak kullanılan alanlara sınır olmaması, çekişmeli taşınmazın memleket haritasında yeşil ile renklendirilen çalılıktan açılması, evlerin inşası sırasında eğimin insan eliyle düzlenme ihtimali bulunması, muhafaza karakteri taşımadığını ispatlarcasına eğimin en yüksek %12 olarak saptandığının bildirilmesi nedeniyle, bilirkişilerin kızımetre ile ölçerek bulduklarını bildirdikleri eğime değil taşınmazın memleket haritasında münhaniler geçirilmek suretiyle saptanan eğimine değer verilmelidir. Bu nedenlerle Orman Yönetiminin ve Hazine'nin davalarının kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan düşünce ile davaların, reddi yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...." gerekçeyle bozulmuştur. Mahkemece " mahallinde yapılan keşif sırasında dinlenen mahalli ve tespit bilirkişilerin olayları dayalı somut anlatımlarına göre davalı ve murisinin dava konusu taşınmaz üzerindeki zilyetliğinin 1955 yılında başladığı, bu tarihten beri kesintisiz olarak ekonomik amaca uygun olarak sürdürüldüğü, dava konusu taşınmazın üzerinde çevre ormanlarda yetişen orman bitki örtüsünün bulunmadığı, sadece taşınmazın doğu kısmında bulunan çalılık kısmı davalının babasının 1960 ihtilalinden önce temizleyerek tarla haline getirdiğini beyan etmişlerdir. Yargıtay bozma ilamı doğrultusunda dava konusu parselin toprak yapısı, çevresi, taşınmaz üzerindeki bitki örtüsü, ağaç cinsi ve sayısı, kapalılık oranı, hakim bitki örtüsü detaylı şekilde bilirkişilere incelettirilerek taşınmazın eği-

mi münhaniler ve eğim ölçer aletler yardımıyla bilimsel yöntemler ile belirlenmiş olup, ayrıca kesinleşmiş tahdit söz konusu olmadığından eski tarihli memleket haritası ve amenajman palanı uzman bilirkişiler eliyle yerine uygulattırılıp; çekişmeli taşınmazın memleket haritasına göre konumu saptanarak, memleket haritası ve kadastro paftası ölçekleri 1/5000 olarak eşitlenip, birbiri üzerine aplike edilmek suretiyle, taşınmazın bu harita ile irtibatını duraksamaya yer vermeyecek biçimde gösteren, memleket haritasındaki renkleri ve işaretleri aynen içeren kroki düzenlettirilmiş orman bütünlüğünü bozan orman içi açıklığı veya boşluğu olup olmadığı hususunda orman bilirkişi kurulundan bilimsel veriler bulunan rapor alınmış, belirtilen raporda dava konusu parselin orman sayılmayan yerlerden olduğu, ziraat bilirkişisinin raporuna göre; dava konusu taşınmazın tarım arazisi niteliğinde ve zilyetlikle kazanılabilecek yerlerden olduğu bildirildiği, mahalli ve tespit bilirkişilerin beyanlarına göre de, dava konusu taşınmaz üzerinde davalının ve murisinin zilyetliğinin ekonomik amaca uygun olarak 50 yılı aşkın süredir devam ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay bozma ilamında belirtilen salt eğimin %12'den fazla olması taşınmazın tarım arazisi niteliğini etkilemeyeceği, eğimin %12'den fazla olması toprak muhafaza karakteri taşıyan taşınmazlarda önem arz etmekte olup, bilirkişi raporlarından da anlaşılabileceği üzere dava konusu taşınmaz toprak muhafaza karakteri de taşımamaktadır. Ülkemizde eğimi %12'den fazla ve evveliyatı itibarıyla çalılık olan tapulu tarım arazileri de bulunmaktadır. Ayrıca ülkemizde tarım arazisi olarak kullanılan toprakların %40'nın eğimi %12'nin üzerindedir. Böylece davalı yararına 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14 ve 17. maddelerinde düzenlenen kazandırıcı zaman aşımı ile mülk edinme koşullarının gerçekleştiği anlaşıldığından mahkememizce verilen 25.4.2006 gün ve 2005/364 esas, 2006/56 sayılı kararında direnilmesine, dava konusu taşınmazın tespit gibi davalı adına tapuya kayıt ve tesciline karar vermek gerektiği kanaat ve sonucuna varılmış olup, aşağıda yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir..." gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Yüksek Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu Daire bozmasını benimsemiş ve eğimin %12'yi geçmesi nedeniyle dava konusu yerin orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyan yerlerden olduğu gerekçesiyle orman sayılan yerlerden olduğunu kabul etmek suretiyle 6831 Sayılı Yasa'nın 1/J maddesinin uygulama yeri bulunmadığını kabul etmiştir. Somut olayda ihtilaf dava konusu yerin orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Nizalı yerin öncesinin makilik olduğu, zilyedin lehine 3402 Sayılı Yasa'nın 14, 17. maddelerindeki imar ihya ile iktisap koşullarının süre ve taşınmazın niteliği itibarıyla gerçekleştiği, taşınmazın bulunduğu yerde kesinleşmiş orman kadastrasının bulunmadığı, uyumsuzluk konusu değildir. Yüksek Dairece eğimin %12'yi geçmesi nedeniyle makilik alanın orman sayılan yerlerden olduğu, dolayısıyla imar ihya ile iktisabının mümkün olmadığı kabul edilmişse de sadece eğime değer vermek suretiyle makilik alanın orman ve toprak muhafaza karakteri taşıdığının kabulü usul ve yasaya aykırıdır. Yüksek Dairece benimsenen ölçüt sadece eğimdir. Oysaki bilindiği üzere 6831 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinde ormanın tanımı yapılmış ve istisnaları gösterilirken 1/J bendinde funda ve makilerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerlerin orman sayılmadığı belirtilmiştir. Bu durumda makilik ve fundalık bir alanın orman sayılan yerlerden olup olmadığını tespit etmek için yapılacak iş orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyıp taşımadığını incelemektir. Mevzuatımızda 24.12.1965 günlü bakanlık oluru ile yürürlüğe giren Orman Genel mü-

dürlüğünün 24.12.1965 günlü funda ve makilik sahaların tesbitine ait talimatnamenin 6. maddesinde açıklayıcı bir hüküm getirilmiş ve "Funda ve makilerle örtülü bir sahada:

A) Hangi derecede olursa olsun toprak erozyonu varsa (tabaka, oluk, yarıntı), toprağı uzvi kısmı kısmen veya tamamen yıkanmışsa;

B) Toprak aşınması müşahade edilmese dahi erozyon potansiyeli bakımından tehlike ve zarar vuku melhuz ise;

C) Toprak sığ ve arazide kayma tehlikesi mevcutsa,

D) Arazi %12'den fazla meyli haizse bu kabil sahalar toprak muhafaza karakteri taşıyor ve orman rejimi dışına çıkarılamaz." hükmü getirilmiştir. Görüldüğü üzere yukarıdaki 4 halden biri dahi gerçekleşse o yer orman rejimi dışına çıkarılamaz. Anılan hüküm daha ziyade kesinleşmiş orman kadastro içerisinde kalan yerlerin orman dışına çıkarılıp çıkarılamayacağı, makilik alan olarak tefrik edilip edilemeyeceği konularında uygulama alanı bulmuş ise de ülkemizin coğrafi şartları karşısında kadastro görmemiş bir yerin orman olmadığının tespit bakımından yetersiz görülerek 25.7.1974 tarihinde yürürlüğe giren orman kadastro yönetmeliğinin 132/a maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Artık %12'yi geçen eğimin taşınmazın orman ve toprak muhafaza karakteri taşıyıp taşımadığında tek başına bir kriter olarak kabul edilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Kaldı ki 2004 yılında yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre orman kadastrounun uygulanması hakkındaki yönetmeliğin 23/p maddesinde eğimle birlikte diğer unsurlara da yer verilmiştir: "Orman ve toprak muhafaza karakteri; Üzerindeki bitki formasyonu ile taşkınları, şiddetli yağış sonrası oluşan zararlı akışları, toprak erozyonu, toprağın strüktür ve tekstürünün bozulmasını önleyici, su verimini artırıcı etkisi bulunan ve eğimi yüzde on iki (%12)'den fazla olan yerlerdir." Bu hüküm karşısında sadece eğime istinaden taşınmazın orman ve toprak muhafaza karakteri taşıdığını kabul etmek suretiyle uygulama yapmak mümkün değildir. Sadece eğimi esas alarak uygulama yapmak hem yürürlükteki hukuka, hem de ülke koşullarına ters düşmektedir. Dosyadaki birbirini istisnasız olarak teyid eden bir çok ziraatçı ve ormancı bilirkişi raporlarında da orman kadastro yönetmeliği 23/p maddesine göre, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, taşınmazın orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan, orman sayılmayan makilik alanlardan iken yoğun para ve emek sarfıyla teraslanmak suretiyle tarım arazisi haline dönüştürüldüğü açıktır. Hal böyle olunca davalı taraf yararına 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14 ve 17. maddelerinde düzenlenen iktisap koşullarının gerçekleştiği kabul edilerek Hazine ve Orman İdaresinin davalarının reddine dair kurulan direnme hükmünün yerinde olduğu gerekçesiyle sayın çoğunluk tarafından benimsenen yüksek özel daire görüşüne katılamıyoruz. Yüksek Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı'na işbu muhalefet şerhini saygıyla sunarız.

Zeki Akar
Hukuk Genel Kurulu
Başkanı

Lale Gürün
16. Hukuk Daire
Başkanı

Cemal Baş
16. Hukuk Daire
Üyesi

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 200718-229 K: 2007/238 T: 02.05.2007****BORÇLAR HUKUKU • ASKERİ ÖĞRENCİ MASRAFLARI • BAŞARISIZ
ÖĞRENCİLER HAKKINDA UYGULANACAK YÖNTEM
• ALACAK DAVASI***

Özet: 5401 Sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Göstermeyenler Hakkındaki Yasanın 3. maddesinde ve 13.02.1992 günlü ve 21141 sayılı resmi gazetede yayımlanan bu kanuna ilişkin yönetmelikte, başarılı olmayan öğrencilerin sorumlu oldukları giderler arasında (personel ve amortisman giderlerinin de bulunduğu) yazılı olmasına karşın yüklenme belgesinde bu giderlerin sayılmamış olması nedeniyle davalıdan bu giderlerin olanak yoktur.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 23. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabul, kısmen reddine dair verilen 12.10.2005 gün ve 2004/396 E. 2005/365 K. sayılı kararın incelenmesi davacı Maliye Hazinesi vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 24.04.2006 gün ve 2006/2212-3445 sayılı ilamıyla;

(...Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı Emrah'ın D. Lisesinde eğitime başladığını, bu nedenle velisinden 3 Eylül 1999 tarihinde Ordu 1. Noterliği'nce düzenlenen yüklenme senedi alındığını, eğitiminde başarılı olmaması üzerine okulla ilişkisinin kesildiğini, öğrenimi sırasında kendisine 45.089.100.000 TL masraf yapıldığını, ancak kefilin sorumlu olduğu 11.392.048.000 TL'nin ödendiğini, ödenen bu miktar düşüldükten sonra geriye 32.697.052.000 TL borcu kaldığını belirterek 45.089.100.000 TL'ye sarf tarihinden ilk taksidin ödendiği 15.7.2003 tarihine kadar işleyecek yasal faiz ile birlikte davalıdan tahsiline, bakiye alacağa 8.1.2004 tarihinde ödenen 11.392.050.000 TL'lik ödemeye kadar yasal faiz yürütülmesine, alacağın 32.497.052.000 TL'lik kısmına tahsil tarihine kadar yasal faiz yürütülmesine karar verilmesini istemiştir. Yargılama aşamasında davalının sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi için mahkemece alınan bilirkişi raporunda, yüklenme senedinde gösterilmeyen amortisman ve personel giderlerinden davalının sorumlu olmayacağı, bu kaleme ait masrafların belirlenen harcamalardan düşülmesi ve buna göre değerlendirmenin yapıl-

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

ması gerektiği ileri sürülerek bu kalemlere ait masraflar düşüldükten sonra hesaplama yapılmış ve davalının asıl borç ve işlemiş faiz tutarı toplamı 11.548.564.397 TL borcu olduğu, kefilin ödemiş olduğu miktar düşüldükten sonra geriye 156.514.397 TL borcu kalacağı belirtilmiş, mahkemece de bu rapor esas alınarak hüküm kurulmuş, karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir

Dosya içerisinde bulunan ve Ordu 1. Noterliğince 03.09.1999 tarihinde 08468 yevmiye ile düzenlenen, davalı öğrencinin velisi tarafından da imzalanan yüklenme senedinde Silahlı Kuvvetler adına öğrenci olarak okulun giriş şartlarına uygun şekilde kayıt ve kabulüm yapıldığı takdirde subay çıkıncaya kadar, yürürlükte bulunan veya öğrenim süresi içerisinde çıkacak kanun, tüzük, yönetmelik, yönerge ve sair mevzuat hükümlerini kabul ettiğimi, bunlara aynen uyacağım..." şeklinde taahhüt verilmiştir.

5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Göstermeyenler Hakkındaki Yasanın 3.maddesine göre; "sağlık sebepleri dışında okullarla yüksek öğrenim kurumlarından çıkarılan öğrencilere Devlet tarafından yapılan bİLÜm masraflar faizi ile birlikte mukavelesi gereğince ödettilir." Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte Ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine Ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere Veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelik 13.02.1992 tarih 21141 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak eklenen değişiklik gereğince askeri okullardan başarısızlık nedeniyle ilişkisi kesilen öğrencilerin sorumlu oldukları masraflar belirtilmiş, bu durumdaki öğrencilerin sorumlu olduğu masraf kalemleri arasında personel ve amortisman giderleri de sayılmıştır.

Somut olayda; davalı adına velisi tarafından askeri okula giriş esnasında verilen yüklenme senedinin düzenlendiği tarihte yukarıda sözü edilen yasa ve yönetmelik hükümleri yürürlüktedir ve bunlar bilinerek yüklenme senedi düzenlenip imzalanmıştır. Yüklenme senedi içeriğinde ise yasa ve yönetmelik hükümlerine uyulacağı taahhüt edildiğine göre, davalının sorumlu olacağı masraflar arasında personel ve amortisman giderlerinin de dahil edilmesi gerekirken, yerinde olmayan bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Mahkemece, yukarıda belirtilen husus doğrultusunda davalının personel ve amortisman giderleri ile bunların sarf tarihinden itibaren işlemiş faizinden de sorumlu olacağı dikkate alınarak yeniden bilirkişiden ek rapor alınmalı ve bu rapor doğrultusunda karar verilmelidir.

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.

TEMYİZ EDEN: Davacı Maliye Hazinesi vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalı Emrah'a velayeten babası Coşkun tarafından imzalanan Ordu 1. Noterliğinin 03.09.1999 tarih ve 08468 sayılı yüklenme senedinde, öğrencinin ilişkisinin kesilmesi halinde ödenmesi gereken giderler tahdidi olarak sayılmış olup, burada personel ve amortisman giderlerinin ödeneceğine yer verilmemiş olduğundan, personel ve amortisman giderlerinin kurumca talep edilmesinin yasal dayanağının bulunmamasına göre, yerel mahkemece delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.2006 gün ve 2006/15-743-740 sayılı kararı ve 29.12.2006 gün ve 2006/18-757-763 sayılı kararı da aynı yöndedir.

SONUÇ: Davacı Maliye Hazinesi vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, 02.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/20-280 K: 2007/294 T: 23.05.2007

**TAŞINMAZ HUKUKU • KADASTRO TESPİTİ • ORMAN ARAZİSİ
BİLİRKİŞİ RAPORUNDA UYGULANACAK YÖNTEM • AMENEJMAN
HARİTASI • MEMLEKET HARİTASI***

Özet: Dava, taşınmazın orman arazisi olması sebebiyle kişi adına yapılan kadastro tespitin iptaline ilişkin olup, yerinde yapılan inceleme sonucunda orman bilirkişisinin raporuyla ziraat bilirkişisinin raporları arasında çelişki bulunduğu; mahkemece eski tarihli memleket haritası, hava fotoğrafları ve varsa amenajman planının ilgili yerlerden getirtilip; 3116, 4785 ve 5658 Sayılı Yasalar incelenerek öncesi orman olan bir yerin üzerinde orman bitki örtüsü yok edilmiş olsa dahi salt orman toprağının orman sayılan bir yer olduğu düşünülmeli; toprak yapısı, bitki örtüsü ve çevresi incelenmeli; orijinal renkli memleket haritasının ölçeği kadastro paftası ölçeğine aplane edilerek hâsıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Kadaastro Tespitine İtiraz**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tunceli Kadaastro Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 02.06.2006 gün ve 2006/143 E., 2006/363 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 13.11.2006 gün ve 2006/11554-15206 sayılı ilamı ile,

(...Kadaastro sırasında Uzuntarla Köyü 105 ada 27 parsel sayılı 3.751,04 m² yüzölçümündeki taşınmaz, senetsiz belgesizden tarla niteliği ile kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği nedeniyle davalılar Kalman ve Ali adlarına tespit edilmiştir. Davacı Orman Yönetimi, çekişmeli taşınmazın orman sayılan yerlerden olduğu dava açmıştır. Mahkemece, davanın kabulüne, dava konusu taşınmazın kadaastro tespitinin iptal edilerek orman niteliği ile Hazine adına tapuya tesciline karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava kadaastro tespitine itiraz niteliğindedir.

Çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerde orman kadastrası yapılmamıştır.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Mahkemece yapılan inceleme, araştırma ve uygulama hüküm kurmaya yeterli değildir.

a) Hükme dayanak yapılan orman bilirkişi raporunda; çekişmeli alanın, çok eski tarihlerden beri 30-40 cm pulluk derinliğinde sürülerek ve işlenerek en az 100 yıldır tarım arazisi olarak kullanıldığı, ancak son 10-15 yıldır terk edilerek nadasa bırakıldığı, bakımsızlıktan üzerinin çayır otları ile kaplandığı, yörenin ekolojik koşullarına uygun olarak nadasa bırakıldığı süre içerisinde alana gelen ve alanın kenarlarında serpili halde 10-15 yaşlarında meşe ağaçlarının bulunduğu, davalı parsel üzerinden alınan toprak örneklerinden ve profil içinde yapılan incelemelerden toprak içerisinde orman ağaçlarına ilişkin kök kalıntılarının yer almadığının tespit edildiği,

b) Raporun devamında ise, dava konusu alanın çevresi ile birlikte incelendiğinde ormanlık alanlar ile arasında ayırıcı unsur bulunmadığı, çevresindeki ormanlık alanlar ile tam bir bütünlük arz ettiği genel görünümü itibarıyla alanın toprak yapısının orman yetiştirmeye elverişli ve orman toprağı niteliğinde bulunduğu, çekişmeli taşınmazın 1959 basım tarihli memleket haritasında ve tarihi belirtilmeyen hava fotoğraflarında yeşil zemin üzerinde orman ile sembolize edilen orman alanları içinde kaldığı, bu sebeplerle orman sayılan yerlerden olduğunu,

c) Diğer taraftan, aynı keşifte bilgisine başvurulmuş ziraat bilirkişi tarafından düzenlenen raporda ise; çekişmeli taşınmazın devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olmadığı tarım arazisi niteliğinde bulunduğu açıklanmıştır.

Bu durumda karara dayanak alınan uzman orman ve ziraat bilirkişi raporları birbiriyle ve kendi içinde çelişkili olup, raporlar çekişmeli yerin öncesinin orman niteliğini belirlemeye yeterli ve kanaat verici olmadığından, bu raporlara dayanılarak hüküm kurulamaz.

O halde mahkemece, eski tarihli memleket haritası, hava fotoğrafları ve varsa amenajman planı ilgili yerlerden getirtilip, önceki bilirkişiler dışında bu konuda uzman serbest orman mühendisleri arasından seçilecek bir orman yüksek mühendisidir ziraat mühendisi ve bir fen elemanı aracılığıyla yeniden yapılacak inceleme ve keşifte, çekişmeli taşınmaz ile birlikte çevre araziye de uygulanmak suretiyle taşınmazın öncesinin bu belgelerde ne şekilde nitelendirildiği belirlenmeli; 3116, 4785 ve 5658 Sayılı Yasalar karşısındaki durumu saptanmalı; tapu ve zilyedlikle ormandan toprak kazanma olanağı sağlayan 3402 Sayılı Yasanın 45. maddesinin ilgili fıkraları, Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 gün ve 31/13 E. K.; 14.03.1989 gün ve 35/13 E. K. ve 13.06.1989 gün ve 7/25 E. K. sayılı kararları ile iptal edilmiş ve kalan fıkraları da 03.03.2005 gününde yürürlüğe giren 5304 Sayılı Yasanın 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bu yollarla ormandan yer kazanılmayacağı, öncesi orman olan bir yerin üzerindeki orman bitki örtüsü yok edilmiş olsa dahi, salt orman toprağının orman sayılan yer olduğu düşünülmeli; toprak yapısı, bitki örtüsü ve çevresi ince-

lenmeli; kesinleşmiş orman kadastrosu bulunmadığından, yukarıda değinilen diğer belgeler fen ve uzman orman bilirkişiler eliyle yerine uygulatılıp; orijinal-renkli (renkli fotokopi) memleket haritasının ölçeği kadastro paftası ölçeğine, yine kadastro paftası ölçeği de memleket haritası ölçeğine çevrildikten sonra, her iki harita komşu ve yakın komşu parselleri de içine alacak şekilde birbiri üzerine ablike edilmek suretiyle, çekişmeli taşınmazın konumunu çevre parsellerle birlikte haritalar üzerinde gösterecekleri yalnız büro incelemesine değil, uygulamaya ve araştırmaya dayalı, bilirkişilerin onayını taşıyan krokili bilimsel verileri bulunan yeterli rapor alınmalı ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçeyle bozularak dosya geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

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: Davalılar 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, 23.5.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dava; Kadastro tespitine itirazdır.

Niza konusu taşınmaz Tunceli İli, Uzuntarla Köyü, 105 ada, 27 parsel olup, 3.751.04 m²'dir.

Taşınmazın bulunduğu bölgede daha önce orman kadastrosu yapılmamıştır.

1- Bir taşınmazın bulunduğu yerde orman kadastrosu yapılmış, kesinleşmişse taşınmazın orman olup olmadığı, orman tahdit tutanakları ile haritasına değer verilerek ve serbest orman mühendisi veya mühendisleri tarafından uygulanarak belirlenir.

2- Somut olayda olduğu gibi, eğer taşınmazın bulunduğu yerde orman kadastrosu yapılmamışsa, o taşınmazın orman sayılan yerlerden olup olmadığı ya-

pılacak keşifte dinlenilecek serbest orman mühendisi veya mühendislerinin verecekleri rapor ile belirlenir. Bu rapora esas alınan hususlar memleket haritası, amenajman planları ve en eski tarihli hava fotoğraflarıdır.

23.05.2006 tarihli Orman Yüksek Mühendisi Yrd.Doç.Dr. Arslan Okatan'ın raporunda;

"Sonuç ve Kanaat Bölümünde;

Dava konusu 105 ada, 27 nolu parsel,

3116 sayılı Orman Yasasına göre "Orman Sayılan" yerlerdendir.

4785 Sayılı Yasaya göre devletleştirilen orman alam sürekli olarak yoğun bir bitki örtüsü tabakası ile kaplı bulundurulması gerekmektedir. Genel görünümü itibarıyla alanın toprak yapısı orman yetiştirmeye elverişli ve orman toprağı niteliğindedir.

Dava konusu alan çevresindeki orman alanlarıyla tam bir bütünlük arz etmektedir.

Amenajman planı meşçere haritasında nizalı olan BBT-OT (Bozuk, Baltalık-Orman Toprağı) niteliğindeki alanlar içerisinde kalmaktadır.

Dava konusu alanın orman yetiştirmeye elverişli olması ve orman toprağı ile kaplı bulunması bu alanın eskiden beri ormanlık bir alan olduğunu ve orman sayılan yerlerden olduğunu göstermektedir.

Dava konusu alan ile çevresindeki orman toprağı ile kaplı olan ormanlık alanlar arasında herhangi bir ayırıcı unsur mevcut değildir.

Dava konusu parselin, 1/25000 ölçeğine dönüştürülen kadastro pafta krokinin, 1/25000 ölçekli eski tarihli memleket haritası ve 1/25000 ölçekli amenajman planı meşçere haritası üzerine yapılan karşılaştırması sonucunda ortaya çıkan yer ve konumu belirlenerek işaretlenmiştir.

...Bunun için Küresel Konum Belirleme Sistemi alıcısından yararlanılmıştır... parselin harita üzerindeki konumu hatasız olarak tespit edilmiştir. Parselin harita üzerinde yer aldığı konum ve etrafına ilişkin değerlendirme ise, memleket haritasının sağ kenarında yer alan "İŞARETLER" bölümü dikkate alınarak yapılmıştır. Burada yeşil alanlara ilişkin olarak 9 adet sembolizasyon mevcuttur. Buna göre dava konusu alan zeminde yeşil renk ile boyalı olup, yeşil zemin üzerinde ise "Orman" ile sembolize edilen orman alanları içerisinde kaldığı tespit edilmiştir. Yöreyle ait hava fotoğraflarının stereoskop ile yapılan üç boyutlu incelemelerinde alanın ormanlık alan niteliğinde olduğu tespit edilmiştir, denilmektedir. Bu bilirkişi raporunun daha sonraki bölümlerinde, taşınmazın genelgörünümü hakkındaki açıklamalarda bulunulmuştur.

Dava konusu alanın çevresi ile birlikte incelenmesi yapıldığında ormanlık alanlar ile ayırıcı unsur olmadan bütünlük sağladığı ve alanın çok eski tarihlerde ormandan açılarak elde edildiği tespit edilmiştir.

Dava konusu parselin eğim durumu ve fiziki yapısı dikkate alındığında tarım yapmaya elverişli olduğu ancak, konumu dikkate alındığında, orman içi açıklık durumunda olması dava konusu alanın orman sayılan yerlerden olduğunu ortaya koymuştur.

Dava konusu nizalı parsel, 6831 sayılı Orman Yasasının 1. maddesine göre yukarıda sayılan nedenlerde dikkate alınarak, gerekli değerlendirmeler yapıldı-

ğında "Orman Sayılan" alanlardan olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır, denilmektedir.

Orman Yüksek Mühendisinin bu raporu açık ve net olarak nizalı taşınmazın orman olduğunu tespit eden rapordur. Bu raporun kendi içerisinde çelişik olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira taşınmazın orman olup olmadığı konusunda rapor verecektir. Gözlemine yazması onun taşınmazı tarım arazisi olduğunu belirlediği anlamına gelmez. Zira Orman Yüksek Mühendisinin öyle bir görevi yoktur. Bu tür beyanlarına da itibar edilemez. Zira aksi halde makine mühendisinin inşaat alanında rapor vermesine benzer. Bu rapora çelişik denilemez. Değer verilmez.

Orman mühendisi de kendi alanında rapor vermiş ve taşınmazın orman olduğunu belirlemiştir.

Ziraat Mühendisi Şükran Metin'in raporunda ise; taşınmazın tarım arazisi vasfında olduğu bildirilmiş ve kazanım şartları dile getirilmiş, gözlemlerine yer verilmiştir. Bu raporda kendi içerisinde doğrudur.

Orman mühendisi raporu ile ziraat mühendisi raporu arasında da çelişki yoktur.

Her iki rapor kendi içerisinde tutarlıdır.

Bir taşınmazın önce orman olup olmadığı saptanacaktır (Ormansa ki, olayımızda taşınmazın orman olduğu belirlenmiştir). O zaman taşınmazın zilyetlikte kazanılması mümkün değildir. Yapılan zilyetlik, imar-ihya geçersizdir.

Eğer orman değilse; o zaman taşınmazın tarım arazisi yönü ve şartları üzerinde durularak ziraat mühendisinin raporu devreye girecektir. Ve bu raporda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 713/1. maddesindeki ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14 ve 17. maddelerindeki şartların mevcut olup olmadığı araştırılacaktır.

Somut olayda yukarıda anlatılan nedenlerle Orman Yüksek Mühendisinin raporu kendi içerisinde çelişkili olmadığı gibi, Orman Yüksek Mühendisi ile Ziraat Mühendisi raporları arasında da çelişki yoktur.

Nizalı taşınmazın toprağı ile birlikte çok eski tarihlerden beri orman olduğu belirlenmiştir. Araştırılacak başka bir yön yoktur. Orman sayılan taşınmazın zilyetlikle kazanılması mümkün değildir. Özel Dairenin şimdiye kadarki tüm uygulaması da bu yöndedir. Zaten aynı mahkemenin verdiği birçok kabul kararını da bu sebeple onamıştır. Hatta aynı mahkemenin red ettiği bir kararı da orman diye bozmuştur.

Somut olayın özellikleri itibariyle çoğunluğun araştırmaya yönelik bozma kararına katılmıyorum.

Zeki AKAR
Birinci Başkanvekili

KARŞI OY

23.5.2006 tarihli Yrd. Doç. Dr. Arslan Oktan'ın (Orman Yüksek Mühendisi) Bilirkişinin raporunda dava konusu yer, genel görünümü itibariyle toprak yapısı orman yetiştirmeye elverişli ve orman toprağı niteliğinde olduğu, çevresindeki orman alanlarıyla bir bütünlük arz ettiği, amenajman planı meşcere haritasında nizalı alanın Bozuk Baltalık-Orman Toprağı niteliğindeki ormanlık alanlar içinde kaldığı, çevresindeki orman toprağı ile kaplı ormanlık alanlar arasında herhangi bir ayırıcı unsur mevcut olmadığı belirtilmiştir.

Aynı raporda, dava konusu parselin eski tarihli ve 1/25.000 ölçekli memleket haritası (Erzincan 43-d2) üzerindeki yerinin belirlenmesinde ve haritanın zemin ablikasyonunda (küresel konum belirleme sistemi alıcısından) yararlanılması sonucu, yeşil zemin üzerinde "orman" sembolize edilen orman alanları içerisinde kaldığının tespit edildiği vurgulanmıştır.

Böylece tüm dosya içeriğinden dava konusu taşınmazın çevresinin orman özelliğı gösteren orman toprağı ile çevrili olması nedeniyle orman bütünlüğünü bozmakta ve 6831 Sayılı Yasanın 17/2 maddesi kapsamında özel mülkiyete konu olmayacak niteliktedir.

3402 Sayılı Yasanın 45. maddesinin ilgili fıkraları Anayasa Mahkemesinin 1.6.1988 gün ve 31/13 E.K., 14.3.1989 gün ve 35/13 E.K. ve 13.6.1989 gün ve 7/25 E.K. sayılı kararları ile iptal edilmiş olduğundan, bu yollarla ormandan yer kazanılamayacağı, öncesi orman olan bir yerin üzerindeki bitki örtüsü yok edilmiş olsa dahi, salt orman toprağının orman sayılan yer olduğu yönündeki kararları dorultusunda mahalli mahkemece "dava konusu taşınmazın kadastro tespitinin iptal edilerek orman niteliğı ile Hazine adına tespit ve tapuya tesciline dair direnme kararı", doğru ve yerinde olduğundan ONANMALI'dır.

Mustafa Lütfi Tombaloğlu
12. Hukuk Dairesi Üyesi

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/7-181 K: 2007/175 T: 28.03.2007****TAŞINMAZ HUKUKU • KADASTRO YENİLEME TESPİTİ •
KADASTRO YENİLEME TESPİTİNE İTİRAZ • HARİTADA HATA •
KADASTRAL SINIRLAR***

Özet: Dava, “kadastro yenileme tespiti-ne itiraz”a ilişkin olayı teknik bilirkişi, aradaki farkın ilk tesis kadastrasunun hatalı olmasından ileri geldiğini, ilk üretilen haritanın hatalı olduğunu, oysa yenilemenin sayısal alan hesabı yöntemi ile yapıldığını vurgulamaktadır.

İlk kadastro paftası ile yenileme paftası karşılaştırıldığı gibi, parsellerin yüz ölçümleri, köşe koordinatlarına göre hesaplanmıştır. Köşe noktası olarak saptanan sınırın hangi sabit sınır olarak neden alındığının gerekçesi gösterilmeksizin; ilk kadastral sınırlara itibar edilmemesinin hangi zorunlu sebepten ileri geldiği açıklanmaksızın mülkiyet durumunu değiştirecek şekilde pafta oluşturulması hukuka aykırıdır.

Taraflar arasındaki "**Kadaströ Yenileme Tespitine İtiraz**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kocaeli Kadaströ Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 18.10.2005 gün ve 2005/30 E. 2005/40 K. sayılı kararın incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 18.04.2006 gün ve 2006/1297 E. 2006/1225 K. sayılı ilamı ile;

(...Dava niteliği ve içeriği itibariyle taşınmazın bulunduğu bölgede 2859 Sayılı Yasanın uygulamasından kaynaklanmaktadır. Davanın saptanan niteliği dikkate alındığında mahkemece yapılan araştırma, uygulama ve soruşturma yetersizdir. Dava konusu taşınmazın genel kadastroca (ilk kadastroda) düzenlenen tutanağı ve eki haritası hükmen kesinleşmiş ise dava dosyası getirtilip incelenmemiş, bu yolla tesbit malikleri hükmen kesinleşmiş ise davanın gerçek tarafları belirlenmemiş, açılan dava da yöntemi-ne uygun biçimde taraf koşulunun oluşup oluşmadığı ya da davanın açıldığı günde gerçek hasma yöneltilen bir dava bulunup bulunmadığı belirlenmemiştir. Gerçekten öğretilen ve uygulamada kararlılık kazanan görüşlere

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

göre davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulmamış olması başlı başına bozma nedenidir. Öte yandan bu nitelikteki davalar hakları çatışanlar arasında görülür. Bu olgu dikkate alındığında davanın açıldığı günde gerçek hasma yöneltilen bir dava bulunup bulunmadığı da genel kadastroca (ilk kadastroda) düzenlenen tutanak ve tutanak hükmen kesinleşmiş ise dava dosyası getirtilmediğinden davanın gerçek hasım ya da hasımlara yöneltilip yöneltilmediği veya davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulup oluşturulmadığı da belirlenememiştir. Kaldı ki, yapılan araştırma, soruşturma ve hükmün dayanağı uzman bilirkişi harita ve eki raporda yetersizdir. O halde dava konusu taşınmazın öncelikle genel kadastroca düzenlenen tutanak örneği, tesbit hükmer kesinleşmiş ise dava dosyası getirtilmeli, davanın gerçek hasma yöneltilip yöneltilmediği yada davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulu oluşturulup oluşturulmadığı belirlenmeli, usule ilişkin bu olguları eşliğinde davanın dava gününde gerçek hasım yada hasımlara yöneltilmediği saptandığı takdirde husumet yönü üzerinde durulmalı, davada taraf koşulunun oluşturulmadığı sonucuna varıldığı takdirde yöntemine uygun biçimde taraf koşulu oluşturulduktan sonra aşağıda somut olaya ilişkin yerleşil Yargıtay uygulaması gözönüne alınarak işin esasına girilmelidir.

Ülkemizde, ilk kadastro işlemleri 15.12.1934 tarihinde yürürlüğe giren 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ile başlamıştır. Şehir Kadastro adıyla da anılan bu yasanın amacı, il ve ilçe merkezlerinde bulunan taşınmazların hukuki ve hendesi (geometrik) durumlarını tesbit etmek ve göstermektir.

Daha sonra kadastro faaliyetlerinin yurt çapına yayılması, il ve ilçe merkezleri dışındaki yerlerin de kadastro kapsamına alınması düşünülmüş, bu düşüncelerle, sırasıyla 22.03.1950 tarih 5602; 17.07.1964 tarih 509; 12.05.1966 tarih 766 Sayılı Tapulama Yasaları çıkarılmış; zaman içerisinde duyulan ihtiyaçlarla, anılan yasalar 6091, 6335, 1617 Sayılı Yasalarla değişikliklere uğramıştır.

Son olarak, şehir, köy ayrımını ortadan kaldırmak, yurdun her yerinde uygulama birliği sağlamak düşüncesiyle, 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahrir Kanunu ile 766 Sayılı Tapulama Kanununun fonksiyonlarını bünyesinde birleştiren 3402 Sayılı Kadastro Kanunu 07.07.1987 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur.

Belirtilen tüm düzenlemelerin amacı, 3402 Sayılı Yasanın 1. maddesinde de ifade edildiği gibi; memleketin kadastral topografik haritasına dayalı olarak, taşınmaz malların sınırını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tesbit etmek ve bu suretle Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü tapu sicilini oluşturmak, böylece, kadastral harita ve planlara bağlanan tapu sicillerini Medeni Kanunun güvencesi altına almak, korumak ve sağlıklı bir şekilde gelecek nesillere iletmek ve teslim etmektir.

Yukarıda da değinildiği gibi, başlangıcından beri değişiklikleri ile beraber sekiz kanun yürürlüğe girmiş, bu alanda başarılı sonuçlar alınmıştır. Ne var ki, Kadastro ve Tapulama Kanunu ile üretilen paftalar, 2859 Sayılı Kanun gerekçesinde açıkça vurgulandığı gibi kadastro yapım tekniğindeki değişiklikler, gelişmeler, arazilerdeki yüksek yoğunluklu yerleşim alanları karşısında yetersiz kalmıştır. Nitekim, birçok Avrupa Ülkelerinde, teknik niteliğini ve uygulama yeteneğini kaybetmiş paftalar, ikinci hatta üçüncü defa yenilenmiştir.

Yurdumuzda da kadastro yapımındaki metod, alet ve malzeme yetersizlikleri, sınırların zeminde işaretlendirilmemesi, adım yada şerit, metre ve pusula ile yapılanın yanında, grafik ölçü sistemiyle, büyütülmüş fotoğraflar gibi ilkel metodlar kullanılarak yapılmıştır. Kullanıldığı zamanlarda bile harita yapımının gerektirdiği nirengi ve poligon gibi sabit tesislerden yoksun üretilen bu haritalar genellikle küçük ölçeklerde ve kötü vasıflı malzemeler üzerine çizimleri yapılmış ve bunlar üzerinden yüzölçümleri hesaplanmıştır.

Yapıldığı dönemdeki basit ve ilkel tekniklerle üretilen paftaların ihtiyacı karşılamadığı, böylece paftaların yenilenmesinin zaman zaman zaruret haline geldiği bilinen bir gerçektir. Bunun için 23.06.1983 tarihinde 2859 Sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve bu ihtiyacı büyük ölçüde karşılamıştır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık 2859 Sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkındaki Kanunun uygulamasından kaynaklanmaktadır.

2859 Sayılı Yasanın yenileme başlıklı birinci maddesi; "Teknik nedenlerle yetersiz kalan, uygulama niteliğini kaybeden veya eksikliği görülen ve en az bir mevkii ya da ada biriminde zemindeki sınırları gerçeğe uygun şekilde göstermediği tespit edilen tapulama ve kadastro paftaları bu kanun hükümlerine göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün teklifi ve ilgili bakanın onayı ile yenilenir. Buna göre tapu sicilinde gerekli düzeltmeler yapılır" hükmünü taşımaktadır.

Yenilemenin esasları başlıklı dördüncü maddesi; "Yenileme yalnız teknik çalışmaları kapsar. Tapu siciline geçmiş veya geçmemiş mülkiyet ve mülkiyete ilişkin haklar inceleme konusu yapılamaz.

Yenileme işlemi sırasında ilk kadastro ve tapulamanın tahdit ve tespit ettiği parsel sınırların itibar olunması esas alınır.

Parselin zemindeki sınırları değişmemiş ise ölçümleme sonunda yeni bulunan değerler aynen kabul edilir.

Parselin zemindeki sınırları değişmiş veya işaretli ise ilk kadastro veya tapulamanın pafta ve fenni belgelerinden yararlanarak sınırlar tespit edilir.

Parsel sınırlarının tespit edilememesi halinde yol, dere ve benzeri tabii ve suni tesislerle çevril parseller topluluğu bir bütün olarak ele alınır. Bu topluluk içindeki parsellerin konumu dikkate alınarak yüzölçümü farklılıkları her bir parselin sicilindeki yüzölçümü ile orantılı olarak bütün parsellere dağıtılmak suretiyle dengelenir. Bu işlemler sırasında parseller içindeki mevcut daimi yapı ve tesislerin aynı parsel içerisinde bırakılması, hak sahiplerinin birbirleri ile uyuşmazlık çıkarmadan kabullendikleri yerleşme biçimlerinin olduğu gibi muhafazası gözönünde bulundurulur. Bu topluluk içindeki sınırları değişmemiş parseller dengelemeye dahil edilmeyip haklarında üçüncü fıkra hükmü uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

Öte yandan yasanın 6. maddesine göre çıkarılan yenilemenin yapılış biçimi ve uygulanacak teknik yöntemleri gösteren yönetmeliğin 23. maddesinde parsel sınırları veya köşe noktalarında tapulama veya kadastro sırasında varolan ifraz ve parselasyon sonucu doğmuş olan parsellerin yenilemede, durumunu koruyan sabit zemin işaretleri tespit edilerek, anılan sınırların yenilemede esas alınacağı 24. maddesinde yapılan ölçülerde herhangi bir hata bulunmaması halinde bu sınırlara aynen itibar edileceği 28. maddesinde ise sınırları zeminde belirlenen parsellerle parseller topluluğunun yüzölçümlerinin köşe koordinatlarına göre hesaplanacağı vurgulanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, yenileme işlemi önceki kadastro ile saptanan mülkiyet ve geometrik durumu yok sayan veya tamamen hükümsüz kılan yeni bir kadastro çalışması değil, mümkün olduğu kadar aslına sadık kalınarak onun eksikliklerini tamamlayan sınırlarında ve yüzölçümlerinde görülen yanlışlıkları "orantı" ve "dengeleme" kurallarına göre düzelten bir önceki kadastroya ek bir işlemdir.

Zorunlu sebepler (parsel köşe noktalarının kaybolması, röperlerin bozulması gibi) sonucu ortaya çıkan sınır değişiklikleri, her zaman mülkiyet değişikliği niteliğinde değildir. İlk kadastronun aslına bağlı kalınmakla beraber tüm yasa ve yönetmelikte gösterilen bilimsel ve teknik verilere uygun olarak yapılan ölçümlere rağmen elde olmayan zorunlu sebepler sonucu ortaya çıkan değişiklik ve buna bağlı geometrik durumun kabulünde zaruret vardır.

Ayrıca, ilk kadastro ile yenileme sonucu üretilen paftalar ve buna bağlı parseller yada parsel topluluğu arasındaki fark yada farklar tecviz dışı ise parsel yüzölçümlerinin yukarıda değinildiği şekilde dengeleme ve orantı yoluyla düzeltileceği, bu suretle meydana gelen haksızlıkların da önlenebileceği kuşkusuzdur.

Bu durumda, sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için öncelikle sınırların değişip değişmediğinin belirlenmesi zorunludur. Zira, sınırların değişmesi halinde uygulanacak hükümle, değişmemesi halinde uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır.

Eğer sınırlarda bir değişiklik yoksa eski sınırlara itibar edileceği, sınırlarında ve yüzölçümlerinde bir yanlışlık ve eksiklik bulunmayan parsellerin yenileme dışı bırakılacağı tabiidir.

Sınırlarda değişiklik mevcut ise, tapulama haritaları ile yenileme haritalarının karşılaştırılıp uygulanması, bu uygulamada özellikle parsel köşelerinin hesaplanacak koordinatlarına göre tersin edilmesi, sınırların tespit edilememesi halinde sabit noktalardan (sınırlardan) yararlanılması, tüm bulguların arz üzerinde işaretlenip rapor edilmesi ve gerekçelerin gösterilmesi asıldır. Ayrıca taşınmazda fiili kullanım sonucu ortaya çıkan yeni oluşum, yeni bir mülkiyet değişikliği niteliğinde olup, yenileme paftalarında nazara alınmaz.

Teknik bilirkişi, aradaki farkın ilk tesis kadastrosunun hatalı olmasından ileri geldiğini, ilk üretilen haritanın hatalı olduğunu, oysa yenilemenin sayısal alan hesabı yöntemi ile yapıldığını vurgulamaktadır.

Ne var ki, mahkemece somut olayın özelliğine göre yukarıdaki ilkeler gözetilerek bir uygulama yapıldığından söz etme olanağı yoktur. İlk kadastro paftası ile yenileme paftası karşılaştırılmadığı gibi, parsellerin yüzölçümleri, köşe koordinatlarına göre hesaplanmamıştır. Köşe noktası olarak saptanan sınırın hangi sabit sınır olarak neden alındığı gerekçesi gösterilerek açıklanmamış, ilk kadastral sınırlara itibar edilmemesinin hangi zorunlu sebeplerden ileri geldiği açıklanmaksızın, mülkiyet durumunu değiştirecek şekilde yeni bir pafta oluşturulmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan ilkelerin ışığı altında ve değinilen yasa hükümlerine göre bir uygulama, inceleme ve soruşturma yapıldığından söz edilemez. Mahkemece bu olgular gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi tutanağı düzenlenmeyen yol niteliği ile kadastro dışı bırakıldığı anlaşılan kesim hakkında da hüküm kurulması dahi isabetsiz davalı hazinenin temyi itirazlarının kabulü ile usul ve yasaaya uygun bulunmayan hüküm açıklanan nedenlerle bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.05.2004 gün ve 2004/7-219 Esas, 2004/259 Karar; 24.01.2007 gün 2007/7-30 Esas, 2007/26 Karar;

07.03.2007 gün 2007/7-103 Esas, 2007/111 Karar; sayılı ilamlarında da Özel Dairenin bozma ilamında açıklanan ilkelerin aynen benimsenmiş olmasına, ayrıca mahkemece yapılan keşifte taşınmazın harca esas değeri belirlenmediğine göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Ancak özel daire bozma kararında 21.3.1995 tarihli Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliğinin 19,20,21. maddelerine atıf yapılması gerekirken sehven yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 23, 24 ve 28. maddelerine atıf yapılmıştır. Bu husus düzeltilerek direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.03.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/20-205 K: 2007/200 T: 11.04.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • KADASTRO TESPİTİ • ORMAN ARAZİSİ
1957 YILI ÖNCESİ ORMAN OLAN TAŞINMAZLAR*

Özet: Dava dosyası içindeki belgelerden, çekişmeli parselin 2510 sayılı iskân yasasının 30. maddesi hükmüne göre iskan yoluyla verilip 1936 yılında tapuya tescil edildiği ve daha sonrada satış yoluyla Ağustos 1955 tarih 12 nolu tapuda davacı adına tescil edildiği anlaşılmaktadır.

Orman bilirkişisinin raporuna göre, çekişmeli taşınmazın 1957 tarihli memleket haritasında orman olduğu anlaşılmaktadır. Öncesi orman olan taşınmazlar hakkında oluşturulan tapunun hukuki değeri bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki "**Kadastro Tesbitine İtiraz**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çanakkale Kadastro Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 22.09.2005 gün ve 2005/28 E., 24 K. sayılı kararın incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 21.03.2006 gün ve 2006/1222-3742 sayılı ilamı ile;

(...Kadastro sırasında K. Köyü 130 ada 7 parsel sayılı 23446,87 m2 yüzölçümündeki taşınmaz, Ağustos 1955 tarih 12 numaralı tapuda Hüseyin adına tapuda kayıtlı ve 1938 tarih 615 tahrir nolu vergi kaydı kapsamında ise de, 6831 Sayılı Yasanın 2/B maddesine göre orman sınırları dışına çıkarılan yer olması nedeniyle Hazine adına tespit edilmiştir. Davacı Ömer, taşınmazın 2510 Sayılı Yasa gereğince verilen 13 dönümlük iskan tapusu kapsamında kaldığını, tamamının 50 yıldan fazla bir süreden beri zilyetliğinde bulunduğunu ve adına tescili iddiasıyla dava açmıştır. Mahkemece davanın kabulüne ve dava konusu parselin tespitinin iptali ile davacı Ömer adına tapuya tesciline karar verilmiş, hüküm davalı Hazine tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kadastro tespitine itiraz niteliğindedir.

Çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerde orman kadastro 3402 Sayılı Yasanın 4. maddesi hükmüne göre yapılmış, çekişmeli parsel 2/B madde uygulaması sonucu orman sınırı dışına çıkarılan alanda bırakılmıştır.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Davacı Ömer, çekişmeli parselin 1936 yılında 2510 Sayılı Yasa uyarınca Bulgaristan muhacirlerinden Mustafa oğlu Ahmet'e verildiğini ve daha sonra da Ağustos 1955 tarih 12 numaralı tapu ile satın aldığı taşınmazı nizamla fasılasız malik sıfatıyla zilyet ettiğini, Hazine adına yapılan tespitin iptali ile adına tescili istemiyle dava açmıştır.

Çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerde orman kadastro ve 2/B madde uygulaması 3402 Sayılı Yasanın 4. maddesi hükümlerine göre yapılmış, çekişmeli parsel 2/B madde uygulaması sonucu orman sınırı dışına çıkarılan sahada bırakılmıştır.

Dava dosyası içindeki belgelerden, çekişmeli parselin 2510 sayılı İskan Yasasının 30. maddesi hükmüne göre iskan yoluyla verilip, 1936 yılında tapuya tescil edildiği ve daha sonra da satış yoluyla Ağustos 1955 tarih 12 nolu tapu ile davacı adına tescil edildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece yapılan keşif sonrası alınan orman bilirkişi raporuna göre, çekişmeli taşınmazın 1957 tarihli memleket haritasında öncesinin orman olduğu anlaşılmaktadır. 2510 Sayılı Yasanın 21. maddesinde iskan yoluyla dağıtılacağı öngörülen arazi türleri arasında ormanlar bulunmamaktadır. Anayasanın 169. maddesi gereğince ormanlar hiçbir suretle daraltılamaz. Öncesi orman olan taşınmazlar hakkında oluşturulan tapunun hukuki değeri bulunmamaktadır. 3402 Sayılı Yasanın 45. maddesi ile getirilen, orman sınırları dışına çıkartılmış ve çıkartılacak yerlerde zilyetliğe, eski tapu kayıtları ile iskan yoluyla oluşturulan tapu kayıtlarına değer verileceği konusundaki hükümler Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 gün, 1987/31-13 ve 14.03.1989 gün ve 1988/35-1989/13 sayılı kararları ile iptal edilmiştir. 3402 Sayılı Yasanın 45. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmeyen hükümleri de 03.03.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5304 Sayılı Yasanın 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, öncesi orman olan taşınmazlar tapu ve zilyetlik yoluyla özel mülke konu olamaz. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, tapu kaydı geçerli kabul edilerek ve tapu kaydının dava dışı 2434 parsel revizyon gördüğü de düşünülmeden davanın kabulü yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Hazine 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: Davalı Hazine vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 11.04.2007 gününde ikinci görüşmede bozmada oybirliği sebebiyle oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

HGK ile yerel mahkeme arasındaki niza iki noktada toplanmaktadır/birincisi niza konusu yerin orman olup olmadığı, ikincisi de davacının dayandığı iskan tapusunun hukuki kıymetini kaybedip kaybetmediği, dolayısı ile mülkiyet hakkı doğurup doğurmayacağıdır. Yapılan bilirkişi incelemeleri yeteri bulunmadığından nizalı yerin öncesinin orman olup olmadığının belirlenmesi bu konuda raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir. Ancak burada önemli olan asıl mesele taşınmazın orman olması halinde davacının dayandığı iskan kaydının mülkiyet belgesi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Davacının dayandığı tapu kaydı iskanen verilmiş ve tedavül görerek davacıya geçmiş olup kaydın ilk tesis tarihi 1936'dır. 2510 Sayılı İskan Yasasında dağıtılacak yerler arasında ormanlar gösterilmemiştir, bu nedenle taşınmazın öncesi orman ise bu tapu kaydının bir mülkiyet belgesi olarak kabulü mümkün değildir. Ancak 1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 45. maddesi ile orman içerisinden iskanen verilen tapuların geçerli olduğu hükmü getirilmiştir, maddenin üçüncü fıkrası şöyledir: (Orman sınırları içerisinde kalan veya orman dışına çıkarılan alanlarda tapulu yerlerle iskan suretiyle veya toprak tevzii yoluyla verilen yerler "işlemleri tamamlanmamış olsa dahi" başka bir şart aranmaksızın hak sahipleri adına tespit ve tescil edilir.) Görüldüğü gibi yasa ile orman içerisinden verilen iskan tapuları geçerli bir mülkiyet belgesi haline getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 14.3.1989 gün ve 1988/35 E, 1989/13 K. Sayılı kararı ile bu hükmü iptal etmiştir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Anayasa gereği geriye yürümez, yani kazanılmış hak iptal hükmü ile ortadan kaldırılamaz. 1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 Sayılı Yasanın 45. maddesi ile o tarihe kadar orman içerisinden iskan yolu ile oluşturulan tapulara geçerlilik tanındığına göre bunun iptal kararı ile yok sayılması mümkün değildir.

Hukuk devleti ilkesinin (olmazsa olmaz) kurallarından birisi kazanılmış hakkın korunmasıdır, birçok mahkeme kararlarında da belirtildiği gibi hukuk devleti, mevcut yasalara göre kazanılan hakların sonradan yapılacak uygulamalar ile kişinin elinden alınamayacağı yolunda güvence veren devlettir. 1987 yılında çıkartılan yasa ile verilen bir hakkın 1989 yılında yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile geri alınması hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca vurgulamakta yarar vardır ki bir yasanın yürürlüğü tarihinde kazanılan bir hakkın yasanın geriye yürüyeceği konusunda herhangi bir hüküm içermeyen başka bir yasa ile ortadan kaldırılması halinde dahi kazanılan hakkın geri alınması mümkün değildir. Bunun en yakın tarihteki örneklerinden birisi Belediye Yasasındaki değişikliklerdir. 24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 Sayılı Belediye Yasasının geçici birinci maddesi ile Hazineye ait bazı taşınmazların be-

lediyelere devri öngörülmüş, ancak daha sonra, 31.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5281 Sayılı Yasanın 44/7 maddesi ile Hazine mallarının belediyelere devri ni öngören geçici madde iptal edilmiş ancak bu iptale kadar kazanılmış hakları ortadan kaldırmayacağından aynı yasanın 45/10. maddesi ile sonradan çıkan yasanın 5272 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 24.12.2004 tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği açıklanmıştır. Görüldüğü gibi yasa koyucu yasanın geçmişe etkili olabilmesi için (ki bunun Anayasaya aykırılığı ayrı bir konudur) yasaya hüküm koymuştur. Bu madde her ne kadar Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş ise de Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümeyeceğinden kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmayacağı yolunda yasa uygulamaya gidilmiştir. Bu uygulama şimdiye kadar tüm yargı kararlarında da aynen benimsenmiştir. (Örnek: Y.H.G.K. 9.3.1988 gün 1987/2-860 1988/232 K. ve 13.2.1991 gün 1990/2-648 1991/65 K. ve 2007/1-75 E., 90 K. sayılı ilamları).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2.3.2006 gün 5114/04 sayılı kararında da bir arazinin orman arazisi olarak nitelendirilmiş olmasının mülkiyet hakkından mahrumiyeti beraberinde getirmeyeceği, ancak arazinin türüne göre tapu iptal edilmeden mülkiyet hakkının kullanımında (inşaat izni verilmemesi gibi) sınırlarla getirilebileceği kabul edilmiştir. Eğer bu yer gerçekten orman rejimi içerisinde kalması gereken bir taşınmaz ise yapılacak iş bu yerin kişiye bedelinin verilerek kamulaştırılmasıdır. Devlete ait birçok yer şehirlerde yasal olmayan biçimde yağmalandıktan sonra çıkartılan imar affı yasaları ile hukuka uygun hale getirilmiş ve yargı bu yasaları uygulayarak bu kişileri hak sahibi yapan kararlar vermiştir. Yasa yürürlükte kaldığı sürece veya yasa (geriye dönük olmayacak biçimde) kaldırılrsa bile hak ortadan kalkmayacağından yargının bu yasalardan doğan hakkı vermemesi gibi bir uygulama olamaz, kaldı ki burada öncesinde Hazine malının yasalara aykırı olarak kişi tarafından ele geçirilmesi değil bizzat Devletin kişiye tapu tahsisi etmesi söz konusudur.

Sonuç olarak nizalı taşınmazın öncesi orman olsa bile Devletin çıkardığı yasa ile 1987 yılında kişi bu taşınmazın tapu kaydı ile maliki olmuştur, bu hakkın yok sayılması mümkün değildir. Ancak tapu kaydının nizalı yere uyup uymadığı, uyuyor ise kapsamının ne olacağı yeterince araştırılmamıştır. Bu hususların araştırılmaması nedeni ile yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken HGK'nın kararında belirtilen gerekçeler ile verilen bozma kararına katılamıyoruz.

ZEKİ AKAR
Birinci Başkanvekili

ERDAL SANLI
1. Hukuk Dairesi
Üyesi

NİHAL KOYUNCU
1. Hukuk Dairesi
Üyesi

KARŞI OY YAZISI

Yüksek Daire ile Mahkeme arasındaki ihtilaf taşınmazın öncesinin orman sayılan yerlerden olup olmadığına ilişkindir. 2510 Sayılı Kanun hükümlerine göre zilyet adına 1955 yılında Hazinece oluşturulan tapu kaydının taşınmaza aidiyeti tartışmasıdır. Uzman bilirkişi kurulu tüm verileri değerlendirerek taşınmazın öncesinin orman olmadığını belirtmiş, mahkeme de raporu uygun bularak rapor doğrultusunda hüküm kurmuştur. Yüksek 20. Hukuk Dairesi ise taşınmaza ilişkin verilerden sadece bir tanesine (dosyada bulunmayan 1953 tarihli hava fotoğrafına dayalı olduğu anlaşılan 1957 tarihli memleket haritasına) dayanarak, dosya üzerinden, bilirkişi kurulu yerine geçerek taşınmazın öncesinin orman olduğunu, iskan tapusunun hukuki değeri bulunmadığını kabul etmiştir. Yüksek Dairenin, usul hükümlerine göre yapması gereken iş bilirkişi raporunda eksiklik ve yetersizlik var ise bunu işaretleyip yeni bir bozma yapmaktan ibarettir. Teknik ve uzmanlık gerektiren işlerde hâkimler bilirkişi yerine geçerek görüş beyan ettikleri takdirde, aynı dosyada hem hâkimlik hem de teknik bilirkişilik görevlerini ifa etmiş olurlar. Bu durumda tarafların bilirkişi raporuna itiraz etmek suretiyle yargılama faaliyetlerine katılma ve rapordan ikna olma olanakları da bertaraf edilmiştir. Kabule göre Yüksek Dairece araştırmaya sevk eder şekilde bu noktadan karar bozulabilecek iken kesin bozma yoluna gidilmesi usulsüz olduğu gibi, mülkiyet belgesi olan tapu kaydının, memleket haritasının oluşumu ve evrak üzerinden uygulanmasındaki teknik imkansızlıklar karşısında, sıhhati şüpheli bir delille nazara alınmaması da hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmamaktadır. Devletin, tarla olarak vatandaşa iskan tapusu verdikten 50 yıl sonra aynı yeri idari bir organı vasıtasıyla tekrar kendine mal etmesinin insan haklarına saygılı hukuk devleti kavramıyla ne ölçüde bağdaştığı da sayın çoğunluk düşüncesinin takdirlerine sunulmalıdır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında hiç değilse taşınmazın tapu kaydı miktarı kapsamında ve öncesi orman olmadığı uzman bilirkişi raporuyla saptanan bölümünün davacıya verilmesi gerekirken yüksek daire görüşüne uygun olarak tecelli eden çoğunluk oyuna muhalifim.

Mehmet KÜRTAL

16. Hukuk Dairesi Üyesi

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/160 K: 2007/189 T: 04.04.2007****TAŞINMAZ HUKUKU • KAMULAŞTIRMA BEDELİ
• KAPİTALİZASYON FAİZ ORANI
• BEDEL TESPİTİNDE UYGULANACAK YÖNTEM**

Özet: Dava kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkin olup, somut olayda dava konusu taşınmaza Gaziantep il merkezine yakın, %3-4 oranında meyilli, buğday ve mercimek ekilen kuru tarım arazisi vasfında bulunup, geometrik şeklinin düzgün olması ve ulaşım kolaylığı dikkate alınarak bilirkişi raporunda kapitalizasyon faiz oranı %5 olarak uygulanmıştır.

Ne var ki, raporda taşınmazın il merkezine yakın olduğu ve ulaşım faktörünün kolaylıklar getirdiği gerekçesiyle %50 objektif değer artışı kabul edilmiş ise de; bu unsurlar kapitalizasyon faiz oranının seçilmesinde de dikkate alınmadığından; belirtilen unsurlar, az yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca objektif artırıma sebep olamaz.

Taraflar arasındaki "**Kamulaştırma Bedelinin Artırılması**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gaziantep Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 8.7.2004 gün ve 2004/19-340 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 29.12.2004 gün ve 10642-13140 sayılı ilamı ile;

(...Mahkemece bilirkişi incelemeler yaptırılmıştır. Alınan raporlar yasa hükümlerine uygundur.

Taşınmaz malın tarım arazisi niteliğinde kabulü ile olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri üzerinden bilimsel yolla değerinin tesbit edilmesinde ve buna göre kamulaştırma bedelinin artırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

Bilirkişi raporunda objektif değer artırıcı unsur olarak yazılan hususlar kapitalizasyon faizinin belirlenmesinde esas alınan unsurlar olduğu gözetilmeden, belirlenen bedele %50 objektif değer artırıcı unsur ilave etmek suretiyle fazla arttırmaya karar verilmesi, doğru görülmemiştir...) ge-

rekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili; tapuda müvekkili adına kayıtlı bulunan Gaziantep ili, Ş. ilçesi, K. köyü 48 parsel sayılı taşınmazın davalı idarece kısmen kamulaştırılması sonucu Kıymet Takdir Komisyonunca düşük bedel takdir edildiğini, Gaziantep-Kilis karayolu üzerinde bulunan birinci sınıf tarım arazisi niteliğindeki taşınmazın, her iki il merkezine de yakın konumda bulunması ve diğer özellikleri nedeniyle daha yüksek değerde olduğunu ileri sürerek, 17.715.000.000 TL kamulaştırma bedel farkının ferağ tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; Kıymet Takdir Komisyonu tarafından dava konusu taşınmaz için belirlenen bedelin günün ekonomik koşullarına, emsal ve rayiçlere uygun olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; dava konusu taşınmaza %5 kapitalizasyon faiz oranı uygulanmak suretiyle net gelire göre değer biçen ve %50 objektif değer artışı kabul eden ilk bilirkişi kurulu raporunu esas alarak "davanın kısmen kabulüne, 13.953.097.517 TL kamulaştırma bedel farkının dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline" dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenle bozulmuş; Yerel Mahkemece "taşınmazın mücavir alan sınırları dışında ve il merkezine yakın olup ulaşım sorununun bulunmadığı, daha önce görülüp, onanarak kesinleşen Gaziantep Asliye 4. Hukuk Mahkemesi'nin 01.06.2004 gün ve E: 2004/22 K: 2004/277 sayılı kararında da %50 objektif değer artışının kabul edildiğinin anlaşıldığı" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda, objektif değer artışına esas alınan unsurların, aynı zamanda kapitalizasyon faizinin belirlenmesinde esas alınan unsurlar olup olmadığı; dolayısıyla net gelire göre belirlenen bedele, objektif değer artırıcı unsur ilave edilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, arazi niteliğindeki taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespiti esaslarının açıklanmasında yarar vardır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendi uyarınca; tarım arazisi niteliğindeki taşınmazın mevki-i ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde ekilecek ürünler ve münavebeye alınan bu ürünlerin elde edilmesi için yapılacak harcamalar gözönünde tutularak, net gelirin hesaplanması ve bilimsel yolla değerinin bulunması, bedel tespitinde etkisi olan diğer objektif ölçülerde dikkate alınarak maddenin (i) bendi uyarınca her unsurun gerekçeleri ve değere katkı oranları ayrı ayrı belirtilip gösterilmek suretiyle kamulaştırma karşılığının tespit edilmesi gerekir.

Bu noktada; arazi niteliğindeki taşınmazın net gelirin göre değerlendirilmesi, kapitalizasyon faizinin uygulanmasını gerektirir.

Arazinin rantı (net geliri) ile satış değeri (çıplak değeri) arasındaki oran olarak tanımlanan kapitalizasyon faizi, belli bir bölgede, aynı yıl içerisinde aynı tür tarımsal üretimin yapıldığı aynı vasıf ve karakterdeki arazinin gerçek satış bedeli ile net geliri belirlendikten sonra oranlanarak bulunur.

Bir yıl içinde bölgede satışı yapılan tüm arazilerin tespit edilen ortalama dekar fiyatının, aynı arazilerin ortalama net geliri saptadıktan sonra her iki ortalama rakamın birbirine olan oranı, yüzde ile ifade edilen kapitalizasyon faizidir. Bulunan bu oran, aynı yıl içinde o bölgede cari ortalama kapitalizasyon faiz oranını ifade eder.

Bu oran, o bölgedeki araziler için bir baz olarak hareket noktasını oluşturur. Bu ortalama oranın kıymeti takdir edilen araziye uydurulması gerekir.

Şu açıklamalardan anlaşıldığı üzere; geniş kapsamlı araştırma ve belgelendirilen anketlere dayalı olarak saptanan o bölgeye ait ortalama faiz oranı, belli bir arazinin kıymetinin takdirinde hareket noktası alınmak üzere kullanılır.

Kıymeti takdir edilecek arazinin bedelinin belirlenmesinde uygulanacak kapitalizasyon faiz oranı ise; bölgede geçerli ortalama orandan hareketle, arazinin özel nitelikleri, eş deyişle sulu veya kuru oluşu, toprağın yapısı, ekilebilecek ürünler, verimi, yüzölçümü, taşınmaz toprağının kompozisyonu, meyil oranı, önemli yerleşim birimlerine yakınlığı, tarımsal amaçlı alt yapı olanakları gibi nitelikleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Araziye uygulanacak faiz oranı, saptanan bu niteliklere göre azalıp çoğalacaktır.

Ancak Ülkemizde, bölgelere özgü kapitalizasyon faiz oranı belirlenmemiş olup; Yerleşmiş uygulama ve Yargıtay içtihatlarına göre bu oranın Türkiye'nin coğrafi konumu, iklim koşulları, toprak yapısı ve verimliliği etkili olan diğer unsurlar dikkate alınarak % 3 ila % 15 arasında olabileceği kabul edilmiştir.

Hemen ifade edilmelidir ki; kararları ile uygulamada birliği sağlamakla da görevli bulunan Yargıtay'ın, belli bölgelerde baz alınacak cari orta-

lama faiz oranları konusunda bir birikime sahip olduğu ve diğer hukuki unsurlar yanında uygulama birliği yönünden de yargısal denetim yapmak durumunda bulunduğu kuşkusuzdur.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.1990 gün, E: 1990/5-508 K: 1990/540 ve 28.06.1995 gün, E:1995/18 K: 1995/687 sayılı kararlarında da, az yukarıda değinilen görüş ve ilkeler benimsenmiştir.

Diğer taraftan; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesi-nin (f) bendi uyarınca arazinin değerinin mevkii ve şartlarına göre ve ol-duğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelir esas alınarak belirlene-ceği hükme bağlandıktan sonra; aynı maddenin (i) bendinde, bedelin tes-pitinde etkili olacak diğer "objektif ölçülerin" esas alınacağı hükmü geti-rilmiştir.

Görüldüğü üzere; tarım arazisinin asıl değer belirleme ölçütleri 11. maddenin (f) bendinde yer almakta olup, (i) bendinde Öngörülen "*bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüler*" tali artırım unsurlarını içermektedir.

Şu hale göre; objektif ölçüler, ürünün pazarlanması kolaylıkları, nak-liye maliyetinin düşük olması, Büyükşehir ve anayollara yakınlık gibi ta-rımsal faaliyet ve gereklerine uygun unsurlar olup; net gelire göre hesap-lanan bedelin objektif ölçüler dikkate alınarak makul bir oranda artırıl-masına, yasa olanak vermektedir.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki; bilimsel metodla bulunan değer, "objektif ölçüler" nedeni ile arttırılırken mutlaka objektif nedenlere daya-nılmalı, taşınmazın (f) bendine göre değerlendirilmesinde ya da kapitali-zasyon faiz oranının seçilmesinde dikkate alınmamış olmalıdır.

Somut olayda; dava konusu taşınmaz Gaziantep il merkezine yakın, % 3-4 oranında meyilli, buğday ve mercimek ekilen kuru tarım arazisi vasfında olup; hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda, belirtilen bu unsurların yanı sıra, taşınmazın geometrik şeklinin düzgün olması ve ulaşım kolaylığı da dikkate alınarak, kapitalizasyon faiz oranı %5 oranın-da uygulanmıştır.

Ne var ki bilirkişi kurulu raporunda, taşınmazın il merkezine yakın olduğu ve ulaşım faktörünün kolaylıklar getirdiği gerekçesiyle %50 objek-tif değer artışı kabul edilmiş ise de; bu unsurlar kapitalizasyon faiz ora-nının seçilmesinde de dikkate alındığından; belirtilen unsurlar, az yuka-rıda açıklanan ilkeler uyarınca, objektif artırım sebebi olamaz.

Direnme kararında sözü edilen ve Gaziantep ili Ş. ilçesi Y. köyü 351, 330 parsel sayılı taşınmazların kamulaştırılması nedeniyle açılan kamu-laştırma bedelinin artırılması davasında; Mahkemece %50 objektif değer artırıcı unsur ilave eden bilirkişi kurulu raporu esas alınarak verilen ka-rar, Özel Dairece onanarak kesinleşmiştir. Görüldüğü gibi, Yerel Mahke-menin direnme hükmünde dayandığı o davanın konusu olan taşınmaz T.

köyünde olup, dava konusu taşınmaz K. köyünde bulunmaktadır. Dolaşısıyla, yukarıda değinilen karara konu taşınmazlar ile, eldeki davaya konulan taşınmazın bütün ayırcı nitelikleri, eş söyleyişle özel nitelikleri farklı olduğundan ve "*objektif ölçüler*" nedeni ile artırımın mutlaka objektif nedenlere dayanılarak yapılması gerektiğinden; objektif değer artışı yönünden paralel bir uygulama yapılması zorunluluğundan söz edilemez.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve belirlenen bedele objektif değer artırıcı unsur ilave edilmemesi gereğine değinen Özel Daire bozma kararına uyularak, bilirkişi kurulunca net gelire göre tespit edilen kamulaştırma bedel farkına hükmedilmesi gerekirken; %50 objektif değer artışı uygulanmak suretiyle kamulaştırma bedelinin fazla artırılması ve yanılığın gerekçeyle bu yönde direnme kararı verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 04.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/4-223 K: 2007/223 T: 18.04.2007

**BORÇLAR HUKUKU • MADDİ ve MANEVİ TAZMİNAT •
RÜCU DAVASI • İÇİŞLERİ BAKANLIĞI'NIN SORUMLULUĞU
DAVASINDA ADLİ YARGININ GÖREVLİ BULUNDUĞU***

Özet: Dava T. Petrolleri AO'nun üretim sahalarının bakım onarım ve temizlik işlerini yüklenen kişi nezdinde çalışan işçinin, değişik yerlerdeki mevzilerde bulunan jandarma timlerinin altındaki kampa servis aracının teröristler tarafından yola döşenen mayına çarpması sonucunda yaşamını yitirmesi sebebiyle yakınlarına ödenen tazminatın, güvenliği sağlama görevini yerine getirmeyen İçişleri Bakanlığının geri istenmesi hakkında olup; uyuşmazlığın Borçlar Kanunu çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğinden adli yargı görevlidir.

Taraflar arasındaki "**Rücu Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 27. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 29.06.2004 gün ve 2002/894 E.,2004/334 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 31.01.2006 gün ve 2005/1251 E.,2006/330 K. sayılı ilamı ile,

(...Davacı şirket, Batman Bölgesi Üretim Müdürlüğü'ne ait bulunan üretim sahaları bakım, onarım ve temizlik işlerinin dava dışı yüklenici Erdal tarafından yürütüldüğünü; yüklenici nezdinde çalışan dava dışı Sadık'ın 11/2/1996 tarihinde görev bitiminde, değişik yerlerdeki mevzilerde bulunan jandarma timlerinin koruması altındaki kampa dönerken, servis aracının teröristler tarafından yola döşenen mayına çarpması sonucunda yaşamını yitirdiğini; Sadık'ın yakınları tarafından açılan dava sonucunda tazminat ödenmek durumunda kaldığını belirterek; güvenliği sağlama görevini yerine getirmemesi nedeniyle % 75 oranında kusurlu sayılan davalı idare-den rücu tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Dava sebebi anlamında, davaya konu yapılan maddi olgular; devletin genel anlamda huzur ve güveni sağlama görevine ilişkindir. Kural olarak,

(*) Gönderen: Talih UYAR

devletin güvenliğe ilişkin görevi asli, sürekli ve bölünemez niteliktedir. Bu görevin, hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmediğinin ileri sürülmesi ise sonuç olarak hizmet kusuruna ilişkindir. İdare'nin hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı; İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince İdare'ye karşı ve idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir. Açıklanan nedenlerle, yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, mahkemece işin esasının çözümlenmesi; usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. (HUMK m. 7, m. 428/b.2)) gerekçesiyle bozularak dosya geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava rücu tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacı TPAO'nun Batman Bölgesi Üretim Müdürlüğü üretim sahaları bakım onarım ve temizlik işlerini yürüten müteahhit Erdal nezdinde çalışmakta olan Sadık'ın 11.2.1996 tarihinde görev bitiminde Jandarma Timlerinin koruması altındaki kampa dönerken servis aracının teröristlerin yola yerleştirdiği tahrip gücü yüksek bir mayına çarpması sonucu vefat ettiğini, müteveffa işçinin eşi ve çocukları tarafından davacı kurum aleyhine Ankara 5. İş Mahkemesinin 1996/396 Esas sayılı dosyasında maddi ve manevi tazminat davası açıldığını, yargılama sonunda olayda işverenin % 25, teröristlerin ise %75 oranında kusurlu olduğu belirtilerek hesaplanan tazminatın tamamını ödemeye mahkum edildiğini, Yargıtay 21. Hukuk Dairesince kararın onandığını, Devletin Anayasa'dan kaynaklanan güvenliği sağlama ödevinin zorunlu bir sonucu olan yurttaşların can ve mal güvenliğini temin etme görevini yerine getirmemesi nedeni ile sorumlu tutulması gerektiğini, davacı tarafından müteveffa işçinin eşi ve çocuklarına ödenen 12.164.450.000 TL'nin %75'ine tekabül eden 9.123.337.500 TL'nin ödenmesi için Diyarbakır İdare Mahkemesinde rücu davası açıldığını, Diyarbakır İdare Mahkemesince görevsizlik kararı verildiğini belirterek 9.123.337.500 TL'nin ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davaya bakma görevinin İdare Mahkemesine ait olduğunu, davanın 1 (Bir) yıllık süre içerisinde açılması gerektiğini, davacı TPAO'nun işveren statüsü nedeni ile İş Kanunu'nun 73. maddesi gereğince işçilerin, sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak, şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü bulunduğunu ve davacının 2495 Sayılı Yasa gereğince özel güvenlik birimi ku-

arak personelin güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunu, bu ödevini gereği gibi yerine getirmemesi neticesinde personelinin ölümüne neden olduğunu, olayın kampa gidiş esnasında yolda gerçekleştiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemece "Devletin anayasadan kaynaklanan güvenliği sağlama ödevi bulunduğu, yurttaşlarının can ve mal güvenliğini temin etmesi gerektiği, bu nedenle hizmet kusuru bulunduğu, davacının işçinin ölümü nedeni ile işçinin mirasçılara ödemek zorunda kaldığı tazminatın %75'inden davalı bakanlığın sorumlu olduğu" gerekçesi ile davanın kabulüne dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, mahkemece "Davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği" gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir.

Dava, yargı kararı ile tazminatla yükümlü tutulan TPAO tarafından, ölen işçinin mirasçılara ödenen tutarın, olayda güvenliği sağlama ödevi nedeniyle sorumlu olduğu ileri sürülen İçişleri Bakanlığından rücu tahsili eteğinden ibarettir.

Somut olayda, görevden kampa dönerken yola döşenen mayının patlaması sonucu ölen kurum işçisinin mirasçıları tarafından TPAO aleyhine tazminat davası açıldığı, kurum aleyhine verilen kararın derecattan geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, görülmekte olan rücu davasında Adli Yargının mı, yoksa İdari Yargının mı görevi bulunduğu noktasında toplanmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinde idari dava türleri sayılmıştır. Bu hükme göre idari davalar;

- İdari işlemler hakkında açılan iptal davaları,
- İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,
- Kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalardan ibarettir.

Ödenen tazminatın rücu tahsili istemiyle açılmış olan eldeki davanın, yukarıda sözü edilen Kanun hükmü anlamında bir iptal davası veya idari sözleşmeden kaynaklanan bir dava olmadığı açıktır.

Yine eldeki davanın aynı Kanun hükmü anlamında "tam yargı davası" niteliği taşımadığında da kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Çünkü tam yargı davaları; ancak, herhangi bir idari eylem ve işlemden dolayı kişisel hakkın doğrudan muhtel olması halinde ve o kişisel hakkın sahiplerince açılabilirler. Dolayısıyla, her hangi bir davanın tam yargı davası olarak nitelendirilebilmesi için, ortada öncelikle bir idari işlem veya eylemin bulunması şarttır; ayrıca, bu işlem veya eylem nedeniyle kişisel

bir hakkın ihlal edilmiş olması da gerekir.

Dava konusu olayda cavatı vekili, rücu istemini, davalı idarenin kendisine yönelik herhangi bir eylem veya işlemine dayandırmamaktadır.

Yine davalıya rücu edilmek istenilen tazminatın, davacının hukuki statüsü gözetildiğinde, 6182 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun kapsamında bir kamu alacağı olmadığı da tartışmasızdır.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünce verilen kararlarda da, yukarıda değinilen ilke ve kurallara dayanılmak suretiyle, uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerektiğinin benimsendiği, bu benimsemeye bağlı olarak görevin adli yargıya ait bulunduğu sonucuna varıldığı ve adli yargı yerlerince verilen görevsizlik kararlarının bu gerekçeyle kaldırıldığı görülmektedir (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 26.12.2005 gün ve 2005/95-121; 6.12.2004 gün ve 2004/84-86; 6.12.2004 gün ve 2004/91-88 sayılı kararları).

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 31.05.2006 tarih ve 2006/4-310-330; 31.05.2006 tarih ve 2006/4-294-327 sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Baştan beri yapılan açıklamalar, değinilen ilkeler ve kurallar itibariyle, somut olayda davaya bakma görevi adli yargıya aittir.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemenin gerekçesi ve sonucu itibariyle aynı yönde olan direnme kararları usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.

Ne var ki, davalı vekilinin esasa yönelik temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda anılan nedenlerle Yerel Mahkemenin direnme kararı yerinde olup, Davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **4. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 18.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/2-251 K: 2007/277 T: 16.05.2007****AİLE HUKUKU • VELAYETİN DÜZENLENMESİ
• ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNİN KOŞULLARI
• TEMSİL KAYYIMI***

(4721 SY m. 348, 426/2)

Özet: Uzun zamandır babanın yanında yaşayan, velayetin kaldırılması bakımından koşulları gerçekleşmeyen, boşanma davasında annenin rızasıyla velayetleri babaya verilen çocukların velayetinin boşanma davasından kısa bir süre sonrası açılan davada anneye verilmesi isabetli değildir. Bu olayda çocuklar ile baba arasında menfaat çatışması gerçekleşmediğinden temsil kayyımı atanması gereği yoktur.

Taraflar arasındaki "**Velayetin Değiştirilmesi**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 1. Aile Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 13.06.2006 gün ve 2004/1202 E. 2006/525 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26.12.2006 gün ve 2006/15824 E. 2006/18407 K. sayılı ilamı ile,

(...Boşanma kararıyla velayetleri babaya bırakılan çocukların velayetlerinin kaldırılarak davacı anneye verilmesi isteğiyle açılan dava sonucunda; yerel mahkemenin davanın kabulüne dair kararı davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Yerel mahkeme kabul kararına gerekçe olarak: davalı babanın çocukları anneleriyle görüştürmediği ve bu suretle velayet görevini kötüye kullandığı hususuna yer vermiştir.

Velayet ve kişisel ilişkiye yönelik düzenlemelerde öncelikle çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi, yararı gözönünde bulundurulmak zorundadır. Bu genel ilke ışığında temyize konu "velayetin kaldırılması" davası inceleniğinde;

Taraflar 27.02.2004 tarihinde boşanmışlar, davacı annenin de isteğiyle müşterek çocuklar 1997 doğumlu S. ile 1999 doğumlu Ş.'nin velayetleri davalı babaya verilmiş, çocuklarla anne arasında kişisel ilişki: Her yıl 22 Aralık - 5 Ocak, 1 Temmuz - 31 Ağustos tarihleri arasında, tarafların hazırladıkları yazılı protokole uygun olarak düzenlenmiştir. Boşanma davası sı-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

rasında dinlenen davacı Tuğba, bir buçuk yıldır eşiyle ayrı yaşadıklarını, çocuklarının da davalı ile birlikte Almanya'da yaşadıklarını belirtmiştir. Boşanma kararı temyiz edilmeyerek 27.02.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

Temyize konu dava, boşanma kararından yaklaşık altı ay sonra açılmıştır.

Mahkemenin görevlendirdiği psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşan bilirkişiler kurulu 13.09.2005 tarihli raporlarında; çocukların anneleriyle kişisel ilişki kurmaları için Almanya'dan Türkiye'ye getirdiklerinde yaptıkları görüşmede; "çocukların gelişimlerinin akranlarıyla eşdeğerde olduğunu, Almanya'daki yasalarıyla ilgili herhangi bir olumsuz söylemde bulunmadıklarını" açıklamışlardır.

Alman Gençlik Dairesinin 7.6.2006 tarihli "yüksek sosyal pedegog" imzalı raporunda da; çocukların Almanya'da kaldıkları ev, ortam incelenip gerekli görüşmelerin yapıldığı belirtilerek çocukların okulda başarılı olup, sportif, sanatsal aktivitelerinin bulunduğu, babalarının yanında kendilerini mutlu hissettikleri, velayet haklarının bu nedenle babaları üzerinde kalması yönünde kanaat açıklanmıştır.

Dosyadaki tüm kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde; çocukların uzun zamandır babaları yanında yaşadıkları, velayetin kaldırılması (TMK m. 348) koşullarının gerçekleşmediği anlaşılmıştır. Usulüne uygun olarak açılan "kişisel ilişkinin değiştirilmesi" davası da bulunmamaktadır. Davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında, dava konusu çocuklara temsil kayyımı atanmasının gerekip gerekmediği hususu ön sorun olarak incelenmiş; velayetin değiştirilmesi talebine konu küçükler ile, boşanma kararıyla velayet kendisine bırakılan yasal temsilci davalı baba arasında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin 2. bendinde öngörülen menfaat çatışmasının bulunmadığı, dolayısıyla temsil kayyımı atanmasının gerekmediği kabul edilerek, ön sorun oy çokluğu ile reddedilmiş ve işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak

gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının gen verilmesine, 16.5.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-64 K: 2008/132 T: 13.02.2008

USUL HUKUKU • DAVADA TARAF SIFATI

• ISLAH YOLUYLA TARAF DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ KURALI*

Özet: Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen kişi o davada taraf sıfatını kazanamaz. Islah yoluyla davada taraf değiştirilemez.

Taraflar arasındaki "**Kıdem Tazminatı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 11. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 17.05.2006 gün ve 2004/377-2006/279 sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalılardan yardım sandığı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.02.2007 gün ve 2006/19786 - 2007/4958 sayılı ilamı ile;

(...1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davalının temyizine gelince;

Davalı işyerinde iş sözleşmesi ile çalışmakta olan davacı kendi isteği ile işverence yapılan mülakat sınavına girmiş, sınavı kazandıktan sonra memur statüsünde çalışmaya devam etmiş ve son olarak emekli olarak ayrılmıştır.

Bu durumda davacı kendi isteği ile memuriyete geçtiğinden kıdem tazminatı ödenmesi mümkün değildir. Yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

TEMYİZ EDENLER: Davalı T.C. Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı ile T.C. Ziraat Bankası AŞ vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK 2494 Sayılı Yasa ile değişik 438/II. fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Kıdem tazminatı istemine ilişkin dava, davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı hakkında açılmıştır. Yerel mahkemece verilen 6.7.2005 günlü ara kararında; "Dosyada Ziraat Bankası Genel Müdürlüğünün hasım olarak gösterilme durumu olmadığından banka vekilinin bundan sonraki oturumlarda hazır bulunmasına yer olmadığı" belirtilmiş, yapılan yargılama sonucunda verilen gerekçeli kararın başlığında davalı olarak TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı gösterilmesine karşın, hüküm fıkrasında "kıdem tazminatı alacağının ...davalı Ziraat Bankası AŞ'den tahsiline" karar verilmiştir.

Davacı vekilinin 27.5.2005 günlü dilekçesinde; "davamız zaten TC Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü Sağlık Yardım Sandığı Daire başkanlığına açılmıştır..." ifadesine yer verildiği de uyuşmazlık konusu değildir.

Yukarıda yazılı bozma kararı sonrasında verilen direnme kararında ise bu kez; TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı'nın yanında, TC Ziraat Bankası AŞ. de davalı olarak gösterilmiş, hüküm TC Ziraat Bankası AŞ. aleyhinde oluşturulmuştur.

Direnme kararı, davalı olarak gösterilen TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı ve TC Ziraat Bankası AŞ tarafından bu yönlerle değinilerek temyiz edilmektedir.

4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi Ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun 3/3. maddesinde; "**Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası teşkilâtı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir hukukî merasime tabi olmaksızın anonim şirket olarak ticaret siciline re'sen tescil olunur. Bankanın mevcut sağlık yardım sandığı da bu Kanunla tüzel kişilik kazanır...**" hükmüne yer verilmiştir.

Kararın, taraflar hakkında, yüklenen hak ve borçların şüphe ve te reddüde sebebiyet vermeyecek açıklıkta oluşturulması temel usul kuralıdır. Hüküm, ilke olarak taraflar hakkında etkisini gösterecektir.

Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen kişi, o davada taraf sıfatını kazanamaz.

Kaldı ki, ıslah yoluyla dahi taraf değişikliği olanaklı bulunmamaktadır.

Kendisine karşı açılmış bir dava bulunmayan TC Ziraat Bankası AŞ'nin karar başlığında davalı olarak gösterilerek, aleyhine hüküm kurulmuş olması, hakkında açılan davaya karşın davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınmaksızın karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı TC Ziraat Bankası Sağlık Yardım Sandığı ile TC Ziraat Bankası AŞ vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 13.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/4-127 K:2008/130 T: 13.02.2008

KİŞİLER HUKUKU • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI DAVALARINDA SEÇİMLİK YETKİ • DAVACININ OTURDUĞU YER MAHKEMESİ*

(4721 SY m. 25/son; HUMK m. 9)

Özet: *Kişilik hakları saldırıya uğrayan kimse; davalının ikametgahı mahkemesinde veya haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde ya da kendi oturduğu yer mahkemesinde dava açabilir.*

Bu bakımdan, hukuk sistemimize göre davacıya geniş bir seçimlik hak tanınmıştır.

Taraflar arasındaki "**Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 9. Hukuk Mahkemesince yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine dair verilen 22.11.2006 gün ve 2006/392-450 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.3.2007 gün ve 2007/3113-4145 sayılı ilamı ile;

(...Dava, basın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğramasından doğan manevi tazminat istemine ilişkindir.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Davalı, süresi içinde verdiği cevap dilekçesi ile, yetki itirazında bulunmuş, mahkemece dava yetki yönünden reddedilmiştir.

Dava konusu yayının yapıldığı "ÇB Gazetesi" Burdur İl Merkezinde yayınlanmakta olup davalıların ikametgah adresleri de Burdur ilindedir. Davacı ise, Ankara ilinde ikamet etmektedir.

Davacı, davayı açtığı il sınırları içinde oturmaktadır. Dava konusu edilen yayının bölgesel olup Ankara iline ulaşmadığı kabul edilmiş olsa dahi, Medeni Kanun'un 3444 Sayılı Yasa ile değişik 24/a-IV. (22.11.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanun'un 25/son) maddesinde ifade edildiği üzere, kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece anılan madde ile HUMK'un 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili bulunan aynı yasanın 21. maddesine bir ayrıcalık getirilmiş bulunmaktadır.

Şu durumda, dava konusu olayda, kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddia edildiğinden zarar gören, davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir. Bu seçeneklerden herhangi birini kullanmak, bu tür davalarda, davacıya tanınmış bir haktır.

Somut olayda davacı, bu seçimli hakkını oturduğu yer mahkemesinde kullanmıştır. Bu hakkını kullanmanın yasal dayanağı da yukarıda belirtilmiştir.

Bu bakımdan işin esası incelenerek karar vermek gerekirken, yasa hükümlerine aykırı olarak yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, 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 görüldü:

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine ibraz ettiği dava dilekçesinde; davalılardan Mustafa'nın ÇB Gazetesi'nin 20.9.2006 tarihli nüshasında yayımlanan "RTE ve YB arasında geçen konuşma" başlıklı köşe yazısında, müvekkili ile Org. YB arasında geçtiği iddia edilen gerçek dışı ve hayal mahsulü diyalogda Org. YB'nin ağızından müvekkilinin kişilik haklarına tecavüz niteliğinde gerçek dışı ithamlara ve fevkalade ağır hakaretlere yer verdiğini; dava konusu yayında yer alan, Rockefeller'in başbakanı, savaş lordları'nın başbakanı, Siyonistlere güvenen korkak, yala-

ka ve ihanet içinde olduğu yönündeki tamamen gerçek dışı, hayal mahsulü ve hukuka aykırı isnat ve ithamlar ile müvekkilinin toplum önünde küçük düşürülmesine, kişilik haklarının ağır surette ihlal edilmesine sebebiyet verildiğini ileri sürerek, 10.000 YTL manevi tazminatın haksız fiil tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan Mustafa süresinde ibraz ettiği cevap dilekçesinde; dava konusu yayının yer aldığı gazetenin Burdur'da yayımlanan yerel bir gazete olduğunu ve kendisinin de Burdur ilinde ikamet ettiğini savunarak, davanın Burdur Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmesi gerektiğini cevaben bildirmiş; diğer davalı Y. Ajans İletişim Eğitim Dağıtım Hiz. Tic. Ltd. Şti adına Mustafa ise, esasa ilişkin nedenlerle davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, *"davalıların ikametgâhlarının Burdur İlinde bulunduğu ve dava konusu yayının yapıldığı gazetenin Burdur il sınırları içerisinde yayımlandığı anlaşıldığından, HUMK'un 9. ve 21. maddeleri uyarınca yer yönünden Burdur Asliye Hukuk Mahkemelerinin yetkili olduğu"* gerekçeyle *"dava dilekçesinin yetki yönünden reddine"* dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı nedenle bozulmuş; Yerel Mahkemece *"HUMK'un 9. ve 21. maddelerindeki yetki kurallarına ayrıcalık getiren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 24/a maddesinin 5. bendindeki, 'davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talep etmiş ise bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde açabileceği' hükmünün, dava tarihinden önce yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi ile değiştirilerek kaldırıldığı, 25. maddede yer alan yeni düzenlemeye göre, kişilik haklarının korunması dışındaki taleplerin ve bu bağlamda müstakil olarak açılan manevi tazminat davasının, davacının ikametgâhı mahkemesinde açılması olanağının bulunmadığı"* gerekçeyle direnme kararı verilmiştir.

Davaya konu olan eylem, yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayanmaktadır. Yayının yapıldığı ÇB Gazetesi'nin Burdur İl sınırları içerisinde yayımlandığı, davalıların ikamet adreslerinin Burdur İlinde olduğu ve davacının da Ankara İlinde ikamet ettiği uyumsuzluk konusu değildir.

Uyuşmazlık, yer yönünden yetkiye ilişkin olup; HUMK'un 9. maddesindeki genel yetki kuralına ve haksız eylemlerden kaynaklanan uyumsuzlukların çözüm yeri ile ilgili bulunan aynı Kanunun 21. maddesine ayrıcalık getiren, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesindeki kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yer mahkemesinde de manevi tazminat davası açabileceğine ilişkin düzenleme içeriğinin, dava tarihinden önce yürürlüğe giren ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisini yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde de korunup korunmadığı; buna bağlı olarak, görülmekte olan davanın genel yetki ve haksız eylemden kaynaklanan uyumsuzluklar-

la ilgili özel yetki kuralları gereğince Burdur Asliye Hukuk Mahkemesinde mi, yoksa 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25/son maddesi uyarınca Ankara Asliye Hukuk Mahkemesinde mi görülüp sonuçlandırılması gerektiğine ilişkindir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9/1. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi genel yetki, davalının dava açıldığı tarihteki ikametgahına göre belirlenir. Bundan ayrı bazı davalar için davalının ikametgahı mahkemesinin yanında, başka yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır.

Öğretide ve uygulamada özel yetki kuralları olarak adlandırılan ve bazı dava çeşitleri için kabul edilen bu istisnai nitelikteki yetki kuralları, ilke olarak kamu düzenine ilişkin değildir.

Böylece, kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki kuralları, genel mahkemenin (m.9) yetkisini kaldırmadığından, eş söyleyişle onunla birlikte uygulandığından, davacı davasını genel veya özel yetkili mahkemede açmak hususunda bir seçim hakkına sahiptir.

Bu noktada, haksız eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili düzenlemeyi içeren ve kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki kuralı niteliğinde bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 21. maddesinde, haksız eylemden kaynaklanan davaların haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde açılabileceği öngörülmüştür.

Şu durumda, haksız fiilden zarar gören davacı, dilerse davalının ikametgahı mahkemesinde, dilerse haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde dava açabilecektir.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan genel ve özel yetki kurallarından başka, bazı kanunlarda konuları ile ilgili dava ve işler için özel yetki hükümlerine yer verilmiş ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 24. maddesinde bu yetki hükümleri saklı tutulmuştur.

İşte bu noktada, uyuşmazlığın üzerinde toplandığı yön itibarıyla, az yukarıda açıklanan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan genel ve özel yetki kurallarına ayrıcalık getiren, özel yetki kuralı niteliğindeki 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesindeki düzenleme ile, bu maddeyi değiştiren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesi kapsamının irdelenmesinde yarar vardır.

Gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin ve gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 24/1 hükümlerine göre, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin saldırıda bulunanlara karşı korunmasını hangi yollardan isteyebileceği, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesi hükmü ile "*Dava hakları*" kenar

başlığı altında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesi hükmü ile "Davalar" kenar başlığı altında gösterilmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 24/a maddesi;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan veya bir tecavüz tehlikesi karşısında bulunan kişi, tecavüze son verilmesini veya tecavüz tehlikesinin önlenmesini talep edebileceği gibi, sona ermesine rağmen etkisi devam eden tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini ve gerekiyorsa kararın yayımlanmasını ya da üçüncü kişilere bildirilmesini talep edebilir.

Maddi ve manevi tazminat davaları açma hakkı ile birlikte bu tecavüzden elde edilen kazançları vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep etme hakkı saklıdır.

Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ancak miras yoluyla intikal eder.

Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgahı veya davalının ikametgahı mahkemesinde de dava açabilir.

Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde de açabilir." Hükmünü öngörmekte iken; 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve anılan Kanunu yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde;

"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir," hükmüne yer verilmiş, anılan madde gerekçesinde ise "Yürürlükteki Yasanın 24/a maddesini karşılamaktadır" ifadeleri ile, yeni 25. maddenin eski 24/a maddesi yerine konulduğuna işaret edilmiştir.

Görüldüğü üzere; 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesinde gösterilen, kişiliğin korunmasına ilişkin önleme, durdurma ve tespit davası ile, bu davalarla birlikte düzeltmenin ve kararın üçüncü kişilere bildirim ve yayımlanması istekleri ve yine bu nedenle açılacak maddi, manevi tazminat davaları ile saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan

kazancın geri verilmesi davası, anılan maddeyi karşıladığı açıkça gerekçe de vurgulanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinde aynen muhafaza edilmiş; yeni 25. maddenin son fıkrasında, eski 24/a maddesinin 4. fıkrası ile paralel bir düzenlemeye gidilerek, sayılan tüm bu dava türlerini kapsar şekilde davacının kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabileceği öngörülmüştür.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi "kavram, deyim ve terimlerin olanak bulunduğu ölçüde arılaştırıldığı", eski Kanundan aynen aktarılan hükümlere yeni Kanunda tekrardan kaçınılarak ve sadeleştirilmiş şekliyle yer verildiği göz önüne alındığında Kanun koyucunun; direnmede sözü edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesinin son bendindeki *"Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde de açabilir"* hükmüne; kişiliğe saldırı nedeniyle tazminat davalarının da 25. maddenin son fıkrasındaki özel yetki kuralına dahil olduğu, bu itibarla tekrardan kaçınılması düşüncesiyle yer vermediği kuşkusuzdur. *"Kişilik haklarının korunması"* kavramının içerisinde maddi ve manevi tazminat talebinin de yer aldığı izahtan varestedir.

Kısaca, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 24/a maddesindeki kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de manevi tazminat davası açabileceğine ilişkin düzenleme içeriğinin, dava tarihinden önce yürürlüğe giren ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisini yürürlükten kaldıran 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25. maddesinde de aynen korunduğu açıktır.

Sonuç olarak; haksız eylem niteliğindeki kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat davasının, genel yetkili mahkemeyi düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9/1. maddesi uyarınca davalının ikametgahı mahkemesinde açılabilmesi gibi, aynı Kanunun 21. maddesi uyarınca haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde de açılabilmesi; kişilik hakkı ihlaliyle ilgili özel yetki kuralı getiren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25/son maddesine göre davacının, kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabileceği, bu bağlamda kişilik hakları saldırıya uğrayan kimseye, yetki konusunda geniş bir seçimlik hakkının tanındığı her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olaya gelince; kişilik haklarına saldırı iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunan davacı, dilerse davalıların ikametgahı mahkemesinde, dilerse haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde dava açabileceği gibi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 25/son maddesi gereğince kendi yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir. Haksız eylemin işlendiği ve aynı zamanda davalıların ikametgah adreslerinin bulunduğu Burdur mahkemeleri ile kendi oturduğu Ankara mahkemelerinden birini seç-

mek ve o mahkemede dava açmak hakkını haiz olan davacı, yetki konusunda seçimlik hakkını kendi yerleşim yeri mahkemesinde kullanmıştır. Bu durumda davanın, davacının ikametgahı mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiği son yapılan düzenleme ile de hüküm altına alınmıştır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak işin esasının incelenmesi gerekirken, yanılıklı gerekçeyle Burdur mahkemelerinin yetkili olduğunun kabulüyle, dava dilekçesinin yetki yönünden reddine dair 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, 13.02.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/9-133 K: 2008/126 T: 13.02.2008****İŞ HUKUKU • İŞÇİNİN HASTALIĞI**
• KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANACAK BİÇİMDE İŞ AKDİNİN
HAKLI FESHİ

(4857 SY m24/1)

Özet: Davacı işçinin çalıştığı işyerinin gıda üretimi yaptığı, bu nedenle hastalığı bu-
laştırma riskinin çok yüksek olduğu ve işçi-
nin söz konusu işyerinde çalıştırılmasının ya-
şamsal risk doğurabileceği doktor bilirkişi ra-
poruyla sabit olmuştur. Bu durumda iş akdi-
nin davacı işçi tarafından kıdem tazminatına
hak kazanacak şekilde feshedildiği sonucu-
na varılmalıdır.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama so-
nunda; İstanbul 6. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair ve-
rilen 11.8.2006 gün ve 2005/369-623 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili
tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.5.2007 gün
ve 2006/27796-15292 sayılı ilamı ile,

(...Davacı, yaptırdığı kan tahlilinde HEPATİT-B hastası olduğunun or-
taya çıkması üzerine durumu şirket yetkililerine bildirmesine rağmen işe
devam etmesinin istendiğini belirterek kıdem tazminatı isteğinin hüküm al-
tına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının devamsızlığı nedeni ile iş akdini feshettiğini, sunmuş
olduğu raporun Hepatit-B taşıyıcısı olduğunu, Hepatit-B hastası olduğunu
göstermediğini, kaldı ki sırf hasta olmanın tek başına kıdem tazminatına
hak kazandırmadığını, iş sözleşmesinin konusu olan işi yapmasının işin
niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olduğuna
dair delil sunmadığını savunmuştur.

Mahkeme, davacının Hepatit-B hastası ve taşıyıcısı olduğu, İş Kanu-
nun 24. maddesi uyarınca sağlık gerekçesi ile iş akdini fesih hakkı olduğu
gerekçesi ile isteği hüküm altına almıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının sunmuş olduğu kan tahlili
sonucuna göre HBsAg-POZİTİF olduğu görünmektedir. Tabip bilirkişisince
verilen raporda Hepatit-B hastalığı hakkında bilgi verilmiştir. 4857 Sayılı

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Kanun 24/1 maddesinde işçinin sağlık nedenleri ile haklı fesih sebepleri belirtilmiştir. Buna göre:

"a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması..." durumunda işçi iş akdini tek taraflı olarak feshetme hakkına sahiptir. Maddenin (a) bendinde aranan, işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumu olayımızda söz konusu değildir. Maddenin (b) bendinde ise işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı bir hastalığa veya işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa tutulması gerekir.

Burada işçinin kendisinin değil, başka işçinin veya işverenin hastalık durumu önemlidir. Somut olayda ise davacı işçinin kendisinin hastalığını ileri sürerek işverenin fesih hakkını kullanmasını istemesi, bunun işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini feshetmesi söz konusudur. Yasaya göre akdi fesih hakkı bulunmayan davacının iş sözleşmesini feshi haklı değildir. Bu durumda kıdem tazminatı isteminin reddi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, iş akdinin davacı işçi tarafından haklı nedenlerle feshedildiği olgusuna dayalı kıdem tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı, davalı restoran işyerinde ikinci müdür olarak çalıştığını, yaptırdığı kan testinde Hepatit B hastası ve taşıyıcısı olduğunun ortaya çıktığını, durumu işyeri yetkililerine bildirdiğinde işine devam etmesini istediklerini, İş Kanunu'nun 24. maddesi gereğince hastalık nedeniyle iş akdini haklı nedenlerle feshettiğini ancak, davalı işverenin ihbar ve kıdem tazminatını ödemediğini beyanla, bu alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacının Hepatit B taşıyıcısı olduğunu, bu hastalığın davacının gıda sektöründe çalışmasına bir engel oluşturmadığını, davacının hastalığını gerekçe gösterip izninin bitiminde işine devam etmediğinden hakkında devamsızlıktan tutanak tutulduğunu ve iş aktinin İş Kanunun 25/II-9 maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiğini ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemece; davacının hastası ve taşıyıcısı olduğu Hepatit B hastalığının kolay bulaşan bir hastalık olması nedeniyle işçinin sağlık gerekçesiyle iş akdini feshe hakkının bulunduğu sonucuna varılarak, ihbar tazminatı isteğinin reddine, kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Özel Dairece hüküm yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş, yerel mahkemece ilk hükümde direnilmiştir.

İş Kanunun 24. maddesine göre, süresi belirli olsun veya olmasın işçinin bazı hallerde iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceği açıklanmış, bu haklı fesih hallerinin sağlık sebepleri başlıklı birinci bendinde;

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olması;

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halleri açıklanmıştır.

Bu maddenin (a) fıkrasında gösterilen şekilde işyerinde o hastalığın hayatı ve sağlığı için büyük bir tehlike arz etmese de, işçinin işyerinde yakın ilişkide bulunduğu, birlikte çalıştığı kişilerin bulaşıcı hastalığa tutulması halinde, hizmet sözleşmesini feshetmesine yeterli olabilir. Ancak yakın ilişkide bulunulan kişilerle veya diğer işçi ile sürekli bir şekilde işçinin işi gereği aynı ortamda ve ilişki içinde bulunması ve bunun işçinin hastalanmasına yol açabilecek nitelikte olması gerekir. Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen bulaşıcı hastalığın nezle, grip vb. gibi basit ve kolaylıkla tedavi edilen, kısa süreli hastalıklardan olmaması gerekir. Örneğin önemli bir epidemik hastalık, lebra (cüzzam), viral hepatit gibi kolay bulaşabilen hastalıklar olmalıdır (Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Prof. Dr. Tankut Centel İş Hukukunun Esasları, 2. B. İstanbul 1999, s.193, 213).

Öyle ise işçiye haklı fesih hakkı veren hastalık, çalışma arkadaşlarını veya hizmet sunduğu kişileri tiksindirici, itici, onların sağlığı ve yaşamı için tehlike oluşturacak şekilde bulaşıcı veya psişik hastalıklar olmalıdır (Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku, Ankara 2003, s.486 vd.)

Doktor bilirkişiden alınan rapora göre; davacının yakalandığı Viral Hepatit hastalığının A sınıfı Sağlık Bakanlığına bildirilmesi zorunlu bir hastalık olduğu, 5.5.2003 gün ve 25.100 sayılı Gıda Üretim ve Satış Yerleri Hakkındaki Yönetmeliğe göre; portör muayenesinde hasta olduğu anlaşılan işçinin kesinlikle çalıştırılmaması gerektiği, akut viral Hepatit hastalığının kimi insanlarda hafif kimilerinde ise ölümcül olacak kadar ağır geçebilen önemli bir hastalık olduğu, hastanın kendisini bitkinlik düzeyinde yorgun hissedeceği, kesin tedavisinin olmadığı, hastaya dinlenmesinin önerildiği, çok çabuk ve kolay bulaşan bir hastalık olduğu, derideki bir çatlak ya da açık yara ile temas eden bir damla kan ya da tükürükle bile hastalığın bulaşabildiği, Hepatit B virüsünün sigaradan son-

ra bilinen en yaygın kanserojen (kanser nedeni) olduğu, bu nedenlerle böylesine ağır ve yaşamsal risk yaratma, yeteneğine sahip olan bu hastalık nedeniyle işçinin İş Kanununun 24. maddesine göre iş aktini haklı olarak feshetme hakkının bulunduğu bildirilmiştir.

Açıklanan bu durum karşısında somut olayda davacı işçinin çalıştığı yerin gıda işyeri olduğu, bu nedenle hastalığı bulaştırma riskinin çok yüksek olduğu, bu işyerinde çalışmasının, yakalandığı hastalığın niteliği de düşünüldüğünde işçi yönünden yaşamsal risk doğurabileceği anlaşılmakla, iş aktinin işçi tarafından haklı olarak feshedildiği, dolayısıyla kıdem tazminatını almaya hak kazandığı sonucuna varılmıştır.

Ne var ki, mahkemece hükmedilen kıdem tazminatının miktarına yönelik olarak davalı vekilince ileri sürülen temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı işçinin İş Kanununun 24. maddesine göre haklı olarak iş aktini feshettiği yönündeki direnme hükmü doğru olmakla birlikte, hükmedilen kıdem tazminatının miktarına yönelik olarak davalı vekilince ileri sürülen temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **Yargıtay 9. Hukuk Dairesine gönderilmesine**, 13.2.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/3-159 K: 2008/158 T: 20.02.2008****KIYMETLİ EVRAK HUKUKU • ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN BONO •
YAZILI DELİL BAŞLANGICI • ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN BONODA
TANIK DELİLİNE DAYANMA • TARAFLARIN KANIT YÜKÜMÜ***

(TTK m. 661)

Özet: Ticaret Kanunu hükümleri bakımından zamanaşımına uğrayan bono, temel borç ilişkisi yönünden yazılı delil başlangıcı niteliğinde olup, temel borç ilişkisinin varlığı tanık delili ile kanutlanabilir. Bu konuda ispat yükümlülüğü davacıya düşer. Davacı taraf temel borç ilişkisini kanutlamış ise, davacı taraf borcu ödemiş olduğunu ispatlamakla yükümlüdür.

Taraflar arasındaki "**İtirazın İptali**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Yerköy Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 24.08.2006 gün ve 180-305 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 21.11.2006 gün ve 2006/14874-15767 sayılı ilamı ile;

(...Davacı dilekçesinde, davalı ile aralarında araç alım-satımından kaynaklanan bir alışveriş nedeni ile senet düzenlendiğini, ancak senedin zamanaşımına uğraması nedeni ile davalı aleyhine adi takip yaptıklarını, davalının da bu takibe itirazda bulunduğunu beyan ederek, itirazın iptali ile %40 inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında, davacıdan araç satın almadığını, kaldı ki araç satış işlemlerinin noterde yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmıştır.

MK m. 6 gereği "kural olarak herkes iddiasını ispat etmekle mükelleftir" taraflar arasındaki senet zamanaşımına uğradığı için, artık taraflar arasındaki temel hukuki ilişkiye inilmesi gerekecektir.

Davalı taraf, davacıyla aralarındaki hukuki ilişkiyi (davacıdan araç satın aldığını) inkar ettiğine göre ispat yükü davacıya aittir. Davacı davalıya araç sattığını ve dava konusu alacağında bu satıştan kaynaklandığını ispat etmekle yükümlüdür. Her ne kadar yargılama sırasında dinlenen davacı tanıkları taraflar arasında araba alım satımı yapıldığına ilişkin beyanda bulunmuşlarsa da miktar itibarıyla olayda tanık dinlenemeyeceği

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

ve davacının da dilekçesinde yemin deliline dayandığının anlaşılması karşısında davacı tarafa yemin teklif etme hakkının bulunduğu hatırlatılarak, yaptırılacak yeminin sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeler ile davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava zamanaşımına uğramış bonoya dayalı olarak genel haciz yoluyla yapılan icra takibinde itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı Süleyman, davalı ile aralarında yaptıkları araç satım sözleşmesi nedeniyle davalının kendisine senet verdiğini ancak süresinde ödemediğini, bu nedenle zamanaşımına uğramış bonoya dayalı olarak genel haciz yoluyla icra takibi yaptığını ancak davalının haksız şekilde borca itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Yakup davayı kabul etmediğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkeme "*Zamanaşımına uğramış bono yazılı delil başlangıcı sayılır. Bononun dayandığı alt ilişkinin varlığı tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir. Davacı dinlettiği tanıkları aracılığı ile davalı ile arasındaki alt ilişkiyi yani araç alım satımını ve bononun bu nedenle alındığını ispatlamıştır. Davalı vekiline delil ibrazı için süre verilmiş ve davalı vekili yalnızca tanık deliline başvurarak mahkemede bu tanıkları, taraflar arasında bononun verilmesine esas alım satımın olmadığını ispatlamak için dinletmek istediğini beyan etmiş, menfi bir durumun ispatı mümkün olmadığından, davalının tanık dinletme talebi reddedilmiş, davanın kabulüne karar vermek gerekmiştir.*" gerekçesi ile davanın kabulüne, itirazın iptali ile takibin kaldığı yerden devamına karar vermiş; davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuş; Yerel Mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 661. maddesi uyarınca zamanaşımına uğramış bir bonoda yazılı alacak, temel ilişkiye dayanılmak suretiyle talep edilebilir. O ilişkiden doğan bir alacağın bulunduğu ve alacak miktarını kanıtlama yükümlülüğü de davacı tarafa aittir. Hukuk Genel Kurulunun 4.4.2007 gün ve 2007/13-153 E., 2007/183 sayılı kararında da benimsendiği

gibi "Zamanaşımına uğrayan ve imzası inkar edilmeyen bono, temel borç ilişkisi bakımından yazılı delil başlangıcı niteliğindedir."

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesine göre, senetle ispatı gereken bir konuda yazılı delil başlangıcı mevcut ise, tanık dinlenmesi mümkündür.

Görülmekte olan davada, davacı zamanaşımına uğrayan bonoya dayalı olarak davalı ve kardeşi hakkında genel haciz yoluyla icra takibi yapmış ancak davalının itirazı üzerine takip durmuştur.

Bu durumda davacı taraf, aralarındaki temel ilişkinin varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Belirtildiği üzere, takip dayanağı zamanaşımına uğramış bono, temel ilişki yönünden yazılı delil başlangıcı niteliğinde olup davacı tarafın buna dayalı olarak tanık dinletme hakkı bulunmaktadır.

Davacı dinletmiş olduğu tanıklar ile taraflar arasındaki temel ilişkinin varlığını ve senedin bu, nedenle verilmiş olduğunu kanıtlamıştır.

O halde artık; senet üzerinde yazılı bedeli ödediğini ispat etmesi gereken davalıdır.

Davalı dava konusu alacak miktarını tanıkla ispat edemeyeceği gibi bu konuda tanıkta dinletemez. Davalı vekili başka delilde göstermemiştir. Ayrıca, yemin deliline de dayanmamıştır. Açıklanan nedenlerle senet üzerindeki bedeli ödediğini ispat edememiştir.

Direnme kararı bu sebeplerle doğru olup onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 86,00 YTL harcın temyiz edenden alınmasına 20.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-179 K: 2008/165 T: 27.02.2008

İŞ HUKUKU • KIDEM TAZMİNATININ GEÇ ÖDENMESİ
• ÇEKİNCE İÇEREN İBRANAME • FAİZ TALEBİ*

(1475 SK m 14; BK m 113/1, 113/2)

Özet: Henüz ödeme yapılmadan “ilerde doğabilecek kanuni haklarını saklı” tuttuğunu belirterek ibraname imzalamış olan işçi, kıdem tazminatının geç ödenmesinden doğan faiz alacağını isteyebilir.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 12.7.2006 gün ve 2005/111-2006/281 sayılı kararın incelenmesi taraflar ve-killeri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.3.2007 gün ve 2006/35316-2007/7061 sayılı ilamı ile,

(...1.Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki gösterilen bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı davalıya ait işyerinde çalışırken SSK kurumuna yaşlılık aylığı bağlanması için talepte bulunduğunu ve bu durumu işverene bildirdiğini, işten ayrıldığı halde hesaplanan kıdem tazminatının hemen ödenmeyip iki taksitte çekle kendisine ödendiğini, ancak gecikmeden dolayı faiz alacağı olduğunu beyanla kıdem tazminatının geç ödenmesinden kaynaklanan faizin tahsilini talep etmiştir.

Davalı davacının emekli olarak işyerinden ayrıldığını, kıdem tazminatının bir kısmının ayrılırken peşin olarak, kalanın da çekle ödendiğini, davacının verilen çeki hemen bankaya götürüp tahsil etme imkanı varken tahsil etmediğini, işten ayrılırken ibraname verdiğini, faiz talebini saklı tutmadığından faiz isteyemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece; yıllardır çalıştığı işyerinden emekli olarak ayrılan bir işçinin kıdem tazminatına hemen kavuşması ve fesih tarihinde ödenmediği takdirde faiz alacağını saklı tutacağını BK 113/2 maddesinde belirtilen halin icabından anlaşılmasına ve tereddütlü durumlarda İş Hukukunun işçi lehine yorum ilkesinin gözetilmesi gerektiğine göre, asıl borç ödenmediğinden davacının taksitle ödeme sırasında faiz alacağı hakkını saklı tuttuğu gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi uyarınca asıl borç ödendiği takdirde fer'i hak olan faiz hakkı da saklı olur. Davacı bir kısım nakit ve bir kismuda çekle ödenen kıdem tazminatı ödemesi sırasında faiz hakkını saklı tuttuğunu, yani bu yönde ihtirazi kayıt koyduğunu ispatlayamamıştır. Buna göre davacı artık geçmiş günler için gecikme faizi isteğinde bulunamaz. Anılan bu isteğin reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, emeklilik nedeniyle hak kazanılan kıdem tazminatının geç ödendiği iddiasına dayalı, işlemiş faiz alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı Ahmet vekili, davacının, davalı işyerinde iş sözleşmesi ile çalışmakta iken, 13.07.2001 tarihinde emekli olduğunu, yasaya göre kıdem tazminatının aynı gün içinde ödenmesi gerekirken, ödenmediğini; davalı işverenin davacıdan ibraname aldığını, davacının bu ibranameyi ileride doğabilecek yasal hakları saklı tutarak imzaladığını, ibraname tarihinde davacıya bir öderine yapılmadığını, kıdem tazminatının sonradan Vakıfbank aracılığıyla çekle ödendiğini ileri sürerek; fazlaya ilişkin hak saklı kalmak kaydı ile, işveren tarafından kıdem tazminatının geç ödenmesinden dolayı, şimdilik 1.000.000.000 TL faiz alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; yargılama sırasında bilirkişi raporundaki hesaplama doğrultusunda talep miktarını ıslah yoluyla artırmıştır.

Davalı S. Holding AŞ vekili, davacının almaya hak kazandığı kıdem tazminatının kendisine çekle ödendiğini; davacının gecikmeden doğabilecek faizi isteme hakkını saklı tuttuğuna dair herhangi bir ihtirazi kayıt bildirmeksizin parayı aldığını, dolayısıyla 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin son fıkrası hükmüne dayanarak geriye dönük faiz talep edemeyeceğini; zira, ihtirazi kayıt bildirmediği için Borçlar Kanunu'nun 113/1. maddesi uyarınca faiz isteme hakkının düştüğünü, ortada, Borçlar Kanunu'nun 113/2. maddesi anlamında halin icabından neşet eden bir durumun da bulunmadığını, verdiği genel ibranamede de böyle bir ibarenin yer almadığını cevaben bildirmiştir.

Yerel Mahkeme; davacının kıdem tazminatının ödenmesi sırasında, geç ödemediği kaynaklanan işlemiş faizi talep etme hakkını saklı tutmasının halin icabından bulunduğu gerekçesiyle ve bilirkişi raporundaki hesaplamayı esas alarak, ıslah edilen tutar üzerinden davanın kabulüne karar vermiş; taraflar vekillerinin temyizi üzerine bu karar Özel Dairece

metni yukarıda bulunan ilamla davalı yararına bozulmuş; Yerel Mahkeme gerekçesini tekrarlayıp, genişleterek önceki kararında direnmiştir.

Davacının davalıya ait işyerinde sigortalı işçi olarak çalışmakta iken, emekli olmak üzere işten ayrılmak istediğini davalı işverene yazılı olarak beyan ettiği, dava dışı Kuruma da yaşlılık aylığı bağlanması için başvurduğu, bu başvuruyu yapmış olduğunu işverene bildirdiği, Kurumca kendisine yaşlılık aylığı bağlandığı çekişmesizdir.

Keza, davalı işverenin, davacının hak kazandığı kıdem tazminatını 13.7.2001 emeklilik tarihinde değil; çek vermek suretiyle 4.10.2001 ve 11.10.2001 tarihlerinde ödediğinde de çekişme yoktur.

Kıdem tazminatının ödenmesinden önce, davacı tarafından imzalanıp davalıya verilen; "Umumi İbraname" başlıklı matbu metinde "...İş bu ibranameyi, ileride doğabilecek kanuni haklarım saklı kalmak kaydıyla, serbestçe iradelerime sahip olarak imzalıyorum" ibaresi bulunmaktadır.

Yargılama sırasında, Yerel Mahkeme, çeklerle yapılan ödeme sırasında davacı tarafından ihtirazi kayıt bildirilmiş olup olmadığının tespiti amacıyla, davacıya kıdem tazminatı ödemesini yapan Vakıfbank Şubesine müzekkere yazarak, ödemelere ilişkin çek ve banka dekontlarının onaylı örneklerinin gönderilmesini istemiş; anılan Bankanın yazı cevabında, arşivin su baskınına uğraması nedeniyle istenilen belgelerin gönderilemediği bildirilmiştir.

Böylece, dosya kapsamında, davacının kıdem tazminatını çekle tahsil ederken, gecikilen süreçte işleyen faizi talep etme hakkını saklı tutmuş olup, olmadığına dair herhangi bir belge bulunmamaktadır..

Eş söyleyişle, dosya kapsamına göre, davacı, asıl alacağını (kıdem tazminatını) tahsil ederken, emeklilik tarihi ile ödeme tarihi arasındaki dönemde işlemiş olan faiz yönünden ihtirazi kayıt bildirdiğini belgeyle kanıtlamış değildir.

Ne var ki; yukarıda belirtildiği üzere, davacı tarafından kıdem tazminatının ödenmesinden önce imzalandığı sabit ve çekişmesiz olan ibranamede, ileride doğabilecek kanuni hakların saklı tutulduğu yönünde, açık ve tarafların itirazına uğramamış olan bir ibare bulunmaktadır.

Davacının söz konusu ibranameyi 13.7.2001 tarihinde, yani emekli olduğu gün verdiği; Kanun gereği emeklilik tarihinde yapılması gereken kıdem tazminatı ödemelerinin ise, daha sonra 4.10.2001 ve 11.10.2001 tarihlerinde yapıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

İbranamenin verildiği tarihte henüz kıdem tazminatı davacıya ödenmemiş olduğuna, bu ödemenin ileride yapılacağı da ibraname tarihinde her iki tarafın bilgisi ve kabulünde bulunduğu göre, ibranamedeki "...İş bu ibranameyi, ileride doğabilecek kanuni haklarım saklı kalmak kaydıyla... imzalıyorum" ifadesiyle; davacının, ibranameden sonraki bir tarihte, dolayısıyla gecikmeyle ödenecek olan kıdem tazminatının, gecikilen süre-

de işleyen faiziyle birlikte kendisine ödenmemesi (ödemenin salt asıl alacakla sınırlı tutulması halinde); ödemenin yapılması gereken tarih ile, fiilen yapılacağı tarih arasındaki sürede işleyen faizi talep etme hakkını, daha ibraname tarihinde saklı tutmuş olduğunun kabulü gerekir. İbranamedeki "...ileride doğabilecek kanuni haklar..." ibaresinin, ileride ödenecek olan kıdem tazminatının gecikmeden kaynaklanan faizini de kapsayacağına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Zira; işlemiş faiz alacağının doğabilmesi için, asıl alacağın ödenmiş ve bu ödemenin gecikilerek yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla, asıl alacağın ödenmediği ibraname tarihi itibarıyla, işlemiş faiz alacağını talep etme hakkı henüz mevcut olmayan, ileride doğması muhtemel bir hak durumundadır ve böyle olduğu için de, ibranamede saklı tutulan "...ileride doğabilecek kanuni haklar..." kapsamındadır.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemenin, somut olayda davacının işlemiş faiz talep etme hakkının mevcut olduğu yönündeki direnme gerekçesi yerindedir. Ancak, işin esası Özel Dairece incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, Yerel Mahkemenin direnme gerekçesi yerinde görüldüğünden, davalı vekilinin işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyaların **9. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 27.2.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/19-173 K: 2008/164 T: 27.02.2008****İCRA HUKUKU • GEÇMİŞ GÜNLER FAİZİ •
FAİZE FAİZ YÜRÜTÜLEMeyeCEĞİ***

(BK m. 104/son)

Özet: İcra takibinde talep edilen geçmiş günler faizine takipten sonra ayrıca faiz yürütülmesi sonucunu doğuran uygulama Borçlar Kanunu hükümlerine aykırı düşer.

Taraflar arasındaki "**İtirazın İptali**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Didim Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 13.6.2005 gün ve 2004/50-2005/312 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 19.9.2006 gün ve 2006/5883-8532 sayılı ilamı ile,

(...Davalı vekili, müvekkilinin davalıya kimyasal madde sattığını, davalının borcunu ödememesi üzerine, alacağın tahsili için yapılan icra takibinin haksız itiraz nedeniyle durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, % 40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının sattığı malların ayıplı olduğunu, müvekkilinin meydana gelen zararın tazmini için aynı mahkemede 2003/519 Esas sayılı dosyada dava açtığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece taraflar arasında kimyasal madde satışı konusunda sözleşme bulunduğu, davalının aldığı malları kullandığı, davacıya malların ayıplı olduğu konusunda herhangi bir beyanda bulunmadığı gibi malları da iade etmediği gerekçesiyle benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne, davalının Didim İcra Müdürlüğü'nün 2003/1155 sayılı icra dosyasına yaptığı itirazın iptaline, takibin devamına, davacının icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplerle, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Mahkemece işlemiş faiz alacağına takipten sonra faiz yürütülecek biçimde hüküm kurulması BK'nın 104/son maddesine aykırılık oluşturup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevril-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

mekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, faturalara dayalı olarak yapılan ilamsız icra takibinde, borca itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı S. Kimyevi Mad. Ltd.Şti. vekili, davalının davacıdan kimyasal madde satın alıp kullandığını, ancak mal bedelini ödemediğini, yapılan icra takibinde de borca haksız şekilde itiraz ettiğini ileri sürerek; itirazın iptaline; asgari %40 oranında icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı T. Tur. Yat. AŞ vekili, sözleşmeye göre davacı şirketin, davalının işletmekte olduğu tesisteki yüzme havuzlarının sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesini teminen kimyasallar vermesi ve gerekli ölçümleri yaparak, konu ile ilgili elamanlarını ihtiyaç duyulduğunda hazır etmesi gerekirken, edimlerini tam olarak yerine getirmediğini, davalının bu yüzden zarara uğradığını, davacı şirketin alacağı değil, borcu bulunduğunu, takibe haklı nedenle itiraz edildiğini cevaben bildirmiştir.

Yerel Mahkeme; davalının gönderilen kimyasalları alıp kullandığı, davacıya iade etmediği, ayıplı olduğu konusunda herhangi bir beyanda bulunmadığı, borca itirazının haksız olduğu gerekçesiyle, aynen, "1-Davacının davasının kabulü ile, davalının Didim İcra Müdürlüğü'nün 2003/1155 E. sayılı icra dosyasına yaptığı itirazın iptaline, takibin devamına, 2- İcra İnkâr tazminatı talebinin reddine..." karar vermiş; davalının temyizi üzerine hüküm Özel Dairece metni yukarıda bulunan ilamla bozulmuştur.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Yerel Mahkemenin, Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesine aykırı olarak, icra takibinde talep edilen işlemiş faiz alacağına, takip tarihinden sonra faiz yürütülmesi sonucunu doğuracak biçimde hüküm kurmuş olup, olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı vekili tarafından davalı aleyhine 15.10.2003 günlü takip talebiyle başlatılan ve Didim İcra Müdürlüğü'nün 2003/1155 esas sayılı dosyasıyla yürütülen ilamsız icra takibinde; davacının davalı adına düzenlediği toz klor ve benzeri kimyasal maddelere ilişkin 31 adet fatura bedelleri toplamı 7.766.095.253 TL asıl alacak, 1.754.066.071 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 9.520.161.324 TL'nin tahsili ve asıl alacağa takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesi istenilmiştir. Talep aynen

"...9.520.161.324 Türk Lirası tutarındaki toplam alacağın icra gideri, vekalet ücreti ve asıl alacak üzerinden ve takip tarihinden itibaren işleyecek (%57) faiz ile tahsili..." şeklindedir.

Görüldüğü üzere; takip taleplerinde işlemiş faize ayrıca faiz yürütülmesi yönünde bir talep bulunmamaktadır. Tersine, asıl alacak ve işlemiş faiz miktarları ayrı ayrı gösterilmiş ve sadece asıl alacağa takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesi talep edilmiştir.

Yerel Mahkemenin az yukarıya aynen alınmış olan itirazın iptaline ve takibin devamına dair önceki kararı, alacaklının takip taleplerindeki talebi doğrultusunda, icra takibinin sadece asıl alacağa takip tarihinden itibaren faiz yürütülmek suretiyle devamını sağlayacak nitelikte olup; bozmada belirtilenin tersine, ortada işlemiş faiz alacağına takipten sonra ayrıca faiz yürütülmesi sonucunu doğuran ve bu nedenle de Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesine aykırılık taşıyan bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda, Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı yerinde olup, onanmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı (406.26) YTL. bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına 27.2.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/21-235 K: 2008/248 T: 12.03.2008**

MİRAS HUKUKU • MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU
• SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME
• MİRASIN REDDİNDE İZLENECEK YÖNTEM • İADE BORCU*
(506 SY m.68/V; TMK m. 539, 545, 599)

Özet: Kural olarak mirasçılar miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumludurlar. Mirasçılarının bu sorumluluğu, miras bırakanın sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlarını da kapsar. Bu nedenle murisin sağlığında yersiz olarak aldığı maaşlardan doğan borçtan mirasçılar da sorumludur.

Mirasın açıldığı sırada terekenin pasifi aktifinden fazla ise tereke borca batık sayılır. Bu hususun tespiti ayrı bir dava ile istenebileceği gibi açılmış davada itiraz olarak ileri sürülebilir.

Taraflar arasındaki "**İtirazın İptali**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Aydın 1. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 31.05.2006 gün ve 521-259 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 07.06.2007 gün ve 12740-9318 sayılı ilamı ile,

(...Davacı SSK, davalılar murisi Adem Özdemir'e sağlığında eşi Fatma'dan dolayı ölüm aylığı bağlandığını, Adem'in 29.05.1996 tarihinde yeniden evlenmesi nedeniyle eski eşi Fatma'dan bağlanan aylığının kesilmesi gerektiğini, 11.07.1997 tarihinde yeniden boşanmış ise de yeniden aylık talebinde bulunmadığını ileri sürerek 23.06.1996-24.12.2003 yersiz ödenen aylıklar ile ilgili icra takibine yönelik davalıların itirazlarının iptali ile %40 icra inkar tazminatının tahsilini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirttiği şekilde ölüm geliri ödemeleri terekeye dahil olmadığından isteğin reddine karar vermiştir.

Davacılar murisine eşinden dolayı bağlanan ölüm aylığının 506 Sayılı Yasanın 68/V maddesine göre yeniden evlenmesi halinde kesileceği uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, murisin yersiz olarak aldığı bu aylıkların mirasçılardan talep edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Davanın yasal dayanağını oluşturan Türk Medeni Kanununun ölüm tarihinde yürürlükte bulunan 539. maddesine göre; mirasçılar miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumludurlar

Medeni Kanun'un 545. maddesi uyarınca "müteveffanın vefatı anında terekenin borca müsteğrak olduğu şayi veya sabit olmuşsa miras reddedilmiş olur." Şayet mirasın açıldığı sırada terekenin pasifi aktifinden fazla ise tereke borca batık sayılır. Diğer yönden borca batıklığın tespiti dava yoluyla istenebileceği gibi açılmış bir davada itiraz olarak da ileri sürülebilir. Sonuçta olayda, davalıların bu nitelikte defileri bulunmamaktadır.

Davacılar murisinin evlenme tarihinden boşandığı 11.07.1997 tarihine kadar yersiz aldığı aylıklar nedeniyle SSK'ya borçlu bulunduğu ve bu borcun terekeye dahil olduğu gözardı edilerek yazılı şekilde davanın reddine verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Uyuşmazlık; sigortalı ilk eşin ölümü nedeniyle davalılar murisine bağlanan, yeniden evlenmesine karşın alınmaya devam edilen ölüm aylıkları dolayısıyla oluşan Kurum zararının (alacağının) terekeye dahil olup olmadığı; diğer bir ifadeyle, davalı mirasçıların, mirasbırakanın sebepsiz zenginleşmesinden sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 599. maddesi uyarınca; "Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar... mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar..."

Kural olarak, bir kimsenin ölümü ile mal varlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini ifade eden külli halefiyet gereğince, mirasbırakanın kişisel özelliklerinin ağır bastığı, düşünsel ve bedeni özellik ve yetenekleri göz önünde bulundurularak yapılmış, borcun bizzat mirasbırakan tarafından yerine getirilmesi gereken şahsi edim borçları dışında, malvarlığından ifa durumunda olunan maddi edim borçları mirasçılara intikal eder.

Mirasbırakanın borçları, ölümünden önce yaptığı hukuki işlemlerden, işlediği haksız fiillerden, malvarlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşmeden ve ölüm anına kadar oluşan bir takım olgular nedeniyle doğrudan doğruya kanundan doğabilir.

Mirasçılarının sorumluluğu bakımından borcun kaynağı önemli değildir. Bu sorumluluk, mirasın kesin olarak kazanılması ile başlar, borcun esası ile sınırlı olmayıp, işlemiş ve işleyecek faizlerini de kapsar.

Takibe konu alacak, mirasbırakanın sebepsiz zenginleşmesinden kaynaklanmakta olup, ölümünden sonra mirasçılara karşı ileri sürülmesinde yasaca bir engel bulunmamaktadır; mirasbırakanın malvarlığına ve terekesine dahildir.

Sebepsiz zenginleşen kişi, malvarlığında sebepsiz yere meydana gelen artışı iade ile yükümlüdür. İade yükümlülüğünün konusu ve kapsamı ise BK 63. maddede hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre; *"Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse, onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği miktar nisbetinde red ve iade ile mükellef değildir."*

"Şu kadar ki kabız, o şeyi suüniyet ile elden çıkarmış yahut onu elden çıkarır iken bilahare red ve iadeye mecbur olacağına vakıf bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur."

Görüldüğü gibi, maddede, iade borcu zenginleşen kişinin iyi veya kötüniyetli olmasına göre farklı şekilde ele alınmıştır.

Haklı bir sebebe dayanmaksızın zenginleşen kimse kötüniyetli ise iade borcu zenginleşmenin tamamını kapsar. Diğer bir ifadeyle, kötüniyet halinde iade borcu, geri verme zamanındaki zenginleşme miktarıyla sınırlı değildir. Anılan maddeye göre, sebepsiz zenginleşen kimse o şeyi kötüniyetle elden çıkarmış veya onu elden çıkarırken sonradan geri vermek zorunda kalacağını bilmek durumunda ise, iadeyle yükümlüdür. Zenginleşmeyi iade edeceğini ve dolayısıyla zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmadığını bilen veya gerekli özeni gösterdiği takdirde bilebilecek durumda olan kişi, kötüniyetli zenginleşen konumundadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 68. maddesinin I/A bendinde; ölen sigortalının dul eşine ölüm aylığı bağlanacağı, V. bendinde ise; sigortalının dul eşinin yeniden evlenmesi halinde aylığının kesileceği, aylığın kesilmesine yol açan evlenme son bulunca aylığın yeniden bağlanacağı hüküm altına alınmıştır. Mirasbırakan, zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmadığını, geri vermekle yükümlü olduğunu bilecek durumdadır. Dolayısıyla, iade borcu zenginleşmenin tamamını kapsamaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 12.03.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/9-289 K: 2008/297 T: 02.04.2008

İŞ HUKUKU • İŞ ŞARTI • İŞÇİ LEHİNE OLUŞAN KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI • MAHKEMECE YAPILACAK İŞ • TİS'İN ARD ETKİSİ*

(4857 SY m. 22)

Özet: İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan ve herhangi bir koşula bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları, işçi lehine oluşan "iş şartına" dönüşürler. Bu durumda işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün olmayan bir "iş şartı" ortaya çıkar. Bu konuda ileri sürülen iddianın mahkemece araştırılması ve elde edilecek sonuca göre hüküm kurulması gerekir.

Taraflar arasındaki "**İşçilik Alacağı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.02.2006 gün ve 1359-46 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 8.5.2007 gün ve 9788-14622 sayılı ilamı ile,

(...1-Davalı davacının fazla çalışma ücretlerini aldığını ve ibraname verdiğini savunmuştur. Davalı tarafça ibraz edilen ve imzası inkar edilmeyen ibranamede fazla çalışma ücreti alacaklarının alındığı belirtilmiştir. Buna rağmen fazla çalışma ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır.

2-İşyerinde 01.07.1995 - 30.06.1996 tarihleri arasında yürürlükte kalan TİS'de kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanacağı kararlaştırılmış, bu tarihten sonra akdin feshi tarihine kadar yeni bir TİS imzalanmamıştır.

Davacı TİS'e taraf işçi sendikasına üye olmayıp başka bir sendikaya mensuptur. TİS'in sona erdiği 30.06.1996 tarihinde davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı gibi, TİS'ten de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS'in davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Davacının kıdem tazminatının işveren tarafından 30 gün üzerinden hesaplanıp ödenmesi doğrudur. Bu sebeple mahkemenin 45 gün üzerinden yapılan hesaplama değer vererek fark kıdem tazminatını hüküm altına alması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozu-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

larak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, bir kısım işçilik hak ve alacaklarına ilişkin olup, Yerel Mahkemece, Özel Dairenin (2) numaralı bentte yazılı bozma nedenine karşı direnilmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri bir yıldan kısa ve üç yıldan uzun süreli olamaz. TİS'in süresi sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (2822 sayılı TİSGLK m 7/1). Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.6/son uyarınca; *"Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder"*. TİS'in sona ermesinden sonra, kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçiler için TİS'in iş sözleşmesini ilgilendiren hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girene kadar devam edeceğine ilişkin kural, toplu iş sözleşmesinin *"ard etkisi"* olarak ifade edilir.

TİS hükümlerinden yararlanamayanlar yönünden ise; toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin işyeri uygulaması haline dönüşüp dönüşmediğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Kanun ya da iş sözleşmesinde düzenlenmemesine, bu yönde yasal ve akdi bir zorunluluk bulunmamasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiye yön veren, varlığını somut uygulamalar şeklinde gösteren eylemli durum *"işyeri uygulamaları"*nı oluşturur.

İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan, her hangi bir koşulla bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları, işçilerin zımni kabulleriyle bir iş sözleşmesi hükmü, diğer bir ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) haline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanırlar. İşçi için belirli özellikteki bir işyeri uygulaması, sübjektif hak oluşturur.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabulü için, tekrarlanagelen, hesaplanabilir, genel nitelikte olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekir. Bu bakımdan işyeri uygulamaları, işvereni belirli bir yükümlülük altına sokan, objektif mahiyette hükümler olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır.

İşyeri uygulaması ile oluşan *"iş şartı"*, işverence, işçi aleyhine olarak değiştirilemez. 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesi uyarınca, çalışma koşullarında yapılacak bir değişiklik ancak tarafların anlaşmalarıyla gerçekleştirilebilir.

13.12.1995 tarihinde imzalanan, 01.07.1995 tarihinden itibaren bir yıl süreli olarak yürürlükte bulunan üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesi'nin 5. maddesinde; Toplu İş Sözleşmesinden, taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı, 7. maddesinde; hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda Toplu İş Sözleşmesindeki hükümlerinin uygulanacağı, her ne sebeple olursa olsun sona eren Toplu İş Sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği, 31. maddesinde; işçilerin hizmet akitlerinin, İş Yasasındaki kıdem tazminatı ödenmesini gerektiren hallerden herhangi biri yoluyla feshi halinde, işçiye her hizmet yılı için 45 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceği ifade edilmekte olup, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmadığı konusunda da uyuşmazlık bulunmamaktadır.

TİS sona ermeden taraf işçi sendikasıdan istifa etmiş olan davacı, TİS'in sona erdiği 30.06.1996 yılından itibaren işyerinde kıdem tazminatlarının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğini iddia etmektedir. Bilirkişi raporunda da bu yönde değerlendirme yapılarak, örnek işçi isimlerine yer verilmiştir.

Bu durumda mahkemece, kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğine yönelik, iş şartı niteliğine dönüşmüş bir işyeri uygulaması bulunup bulunmadığı hususunun, işyeri kayıtları ve bu yöndeki diğer bilgi ve belgeler yardımıyla araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

Bu görüş Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.3.2008 gün ve 2008/9-275 Esas, 2008/282 Karar; 26.3.2008 gün ve 2008/9-276 Esas, 2008/283 Karar sayılı ilamlarında da aynen benimsenmiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine 02.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/9-391 K: 2008/392 T: 14.05.2008****İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVALARI • KESİNLEŞME KOŞULU •
YEREL MAHKEMECE DİRENME OLANAKSIZLIĞI***

Özet: İşe iade davalarında görevli olan özel Yargıtay Dairesinin verdiği karar kesin olup, bu karara karşı yerel mahkemece direnilmesi olanaksızdır.

Taraflar arasındaki "**İşe İade**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 2. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 15.03.2007 gün ve 2006/186 E., 2007/59 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.10.2007 gün ve 16035-30210 sayılı ilamı ile;

(...İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının 4046 Sayılı Yasa kapsamında kamu kurumuna naklinin yapıldığı, iş sözleşmesinin feshedilmediği, iş sözleşmesi sona ermediği gibi, 4046 Sayılı Yasa uyarınca özelleştirilen kurum personelinin iş güvencesi kapsamında olmadıkları, işe iade talep edemeyecekleri gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işyerinin Kasım 2005 ayında özelleştirilerek, hisse devrinin tamamlandığı, davacının davalı işyerinde kapsam dışı personel olarak iş sözleşmesi ile çalıştığı, özelleştirme ve hisse devri ile davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamına girdiği, davacının 2006 yılı başında 4046 Sayılı Yasanın 22. maddesi uyarınca kamu kurumlarına nakil için talepte bulunduğu, ancak nakil olmadan bu talebinden vazgeçtiği ve davalı işveren ile iş sözleşmesi imzalamak istediğini açıkladığı, ancak davalı işverenin iş sözleşmesi ilişkisini devam ettirmemek için, matbu kamu kurumuna nakil dilekçesini tekrar imzalattığı, davacının ihtirazi kayıtlarla bu belgeyi imzaladığı ve nakil istemine karşı çıktığını açıkladığı, davalı işverenin davacı ile ilişkilerinin 18.04.2006 tarihinde sonlandığını savunduğu, davacının 13.09.2006 tarihinde uzman olarak Milli Eğitim Bakanlığı'na atandığı ve bu tarihte buradaki görevine 657 Sayılı Yasa kapsamında başladığı anlaşılmaktadır.

Somut uyumsuzlukta davacının, 4046 Sayılı Yasa kapsamında kamu kurumuna nakledilmesi, iş sözleşmesi ilişkisinin sona erdirildiği ve statü

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

hukukuna tabi olma ilişkisinin başladığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle mahkemenin, "iş sözleşmesinin feshedilmediği, iş sözleşmesi ilişkisinin sona ermediği" şeklindeki değerlendirmesi yerinde değildir. Ancak bu nakilde önemli olan hangi tarafın istekte bulunduğudur. Dosya içeriğine göre, davacı işçinin isteği dışında nakledildiği ve iş sözleşmesi ilişkisinin davalı işveren tarafından sonlandırıldığı sabittir. Ancak davalı işveren davacı işçi ile iş sözleşmesi ilişkisinin 18.04.2006 tarihinde sona erdiğini belirtmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde dava açması gerekir. Davalı savunması doğrultusunda, davacının işyeri şahsi sicil dosyası getirtilerek, davacının iş sözleşmesi ilişkisinin sonlandırıldığı ve davalı işverence bildirimde bulunulduğu tarih araştırılarak, öncelikle davanın hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır...) 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 görüldü:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.12.2004 gün 2004/654 Esas, 664 Karar; 12.4.2006 gün 2006/9-211 Esas, 195 Karar; 18.10.2006 gün 2006/9-621 Esas, 673 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; 4857 sayılı İş Kanununun 20/3.maddesinde yer alan "mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay ilgili Dairesinin vereceği kararın kesin olması" hükmünden, Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğu, bunun için de direnme kararına konu edilemeyeceğinin, bir başka ifadeyle, bozma kararına karşı direnme yolunun kapalı bulunduğu belirtilmiş olması karşısında Özel Dairenin bozma kararına bu nedenle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine 14.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/5-435 K: 2008/441 T: 18.06.2008****TAŞINMAZ HUKUKU • TAŞINMAZ DEĞERİNİN TESPİTİ
• EMSAL KABUL EDİLECEK İŞLEMLER**

Özet: Taşınmaz değerinin, kamulaştırma gününden önce satış gören ve özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması gerekir. Bu iş yapılırken; gerçek bir satış iradesine dayamayan işlemlerin ve ticari nitelikteki satış işlemlerinin dikkate alınmaması gerekir.

Taraflar arasındaki "**Kamulaştırma Bedelinin Tespiti ve Tescil**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gebze Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 09.08.2006 gün ve 2005/269 E-2006/338 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 05.07.2007 gün ve 2007/6194- 8950 sayılı ilamı ile;

(...Dava, 4650 Sayılı Kanunla değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı idare ve kilince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Taşınmazın arsa niteliğinde kabulü ile emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi yöntem itibarıyla doğrudur. Ancak;

Kamulaştırma Kanununun 11/1-g bendine göre taşınmaza emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesi gerekir. Taşınmazın değerinin, kamulaştırma gününden önce satış gören ve özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması gerekir. Oysa hükme esas alınan bilirkişi raporunda somut emsal olarak kabul edilen taşınmaz satışı bankaya yapılan satış olup, özel amaçlı satış olduğundan emsal olarak alınamaz.

Bu nedenle taraflara dava konusu taşınmaza yakın bölgelerden ve yakın zaman içinde satışı yapılan benzer yüzölçümlü satışları bildirmeleri için imkan tanınması, lüzumu halinde re'sen emsal celbi yoluna gidilmesi ve bu emsalleri göre değer biçilmesi için yeniden oluşturulacak bilirkişi kuruluyla keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, geçersiz rapora göre karar verilmesi,

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

Doğru görülmemiştir...) 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 görüldü:

Dava, 4650 Sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine dayalı kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazın idare adına tescili istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkili idare tarafından kamulaştırma kararı alınan Gebze İlçesi Tavşanlı Köyü 1872 sayılı 9656.00 m² yüzölçümündeki taşınmazın 748.60 m² lik bölümünün pazarlıkla satın alınacağı resmi taahhütlü yazı ile davalı mal sahibine bildirilmesine rağmen netice alınmadığını ileri sürerek, kamulaştırma bedelinin tespiti ile taşınmazın müvekkili adına tesciline karar verilmesini talep ve daya etmiştir.

Davalılar vekili; dava konusu taşınmazın arsa niteliğinde olduğunu savunarak, rayiç değerinin en az 1.350.000.000 TL/m² olarak tespiti ile davacıdan tahsiline karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, arsa niteliğindeki taşınmaza emsal mukayesesi suretiyle değer biçen ve bankaya yapılan taşınmaz satışını somut emsal olarak kabul eden bilirkişi kurulu raporunu esas almak suretiyle "davanın kabulüne" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece "işlemin sırf banka tarafından gerçekleştirilmiş olmasının rayici yansıtmayacağı ve özel amaçla işlemin yapıldığının kabule yeterli olmadığı" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; hükme esas alınan bilirkişi raporunda somut emsal olarak değerlendirilen taşınmaz satışının, bankaya yapılan satış olması karşısında özel amaçlı satış olarak kabul edilip edilemeyeceği; bu bağlamda, bilirkişi raporu geçersiz kabul edilerek yeniden emsal celbi ile başka bilirkişi kuruluyla keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

4650 Sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun değer tespiti esaslarını düzenleyen 11. maddesinde; taşınmazın cins ve nevinin, yüzölçümünün, kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurların, her unsurun ayrı ayrı değerinin, vergi beyanının, kamulaştırma tarihindeki relrpi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerinin ve özellikle arsalarda kamulaştırma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerinin ve bedelin tespitinde etkili olacak diğer

objektif ölçülerin esas alınarak taşınmaz bedelinin takdiri gerektiği öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında, arsa niteliğindeki taşınmaz malın değerinin, dava tarihinden öncefe özel amacı olmayan emsal satışlara göre belirlenmesi, eş söyleyişle gerçek bir satış iradesine dayanmayan işlemler ile alıcı ve satıcısının iştigal alanı nedeniyle ticari nitelikteki satış işlemlerinin emsal alınamayacağı kuşkusuzdur.

Muvazaa ile yapılan satışlar böyle olduğu gibi, vergiden kaçınmak için çok az değerde gösterilen satışlarda emsal olarak alınamazlar. Bir bankanın ticari faaliyet göstermek için yaptığı alımlar da emsal olamazlar. Ayrıca benzin istasyonu kurmak için cüz'i bir yerin alınmasına ait satışlar da emsal olamazlar (Zeki Akar, Kamulaştırma ve Kamulaştırması El Atma Davaları, Cilt: 1, s:341).

Öteden beri aynı ilke, Kanunun taşıdığı anlam ve açıklığa uygun olarak yerleşik Yargıtay içtihatlarında istikrarlı bir şekilde uygulanagelmış; banka ve emsali kuruluşların ticari amaç ve rekabet saikiyle yaptıkları alımlar gerçek rayici aksettirmedüğinden, eş söyleyişle özel amaçlı satış olduğundan emsal olarak kabul edilmemiştir.

Somut olayda; bilirkişi kurulu raporunda emsal olarak alınan 106 parsel numaralı taşınmazın alıcısı banka olup, bankaların yaptıkları alım-satımlar ticari amaçlı olduğundan, özel amaçlı bu satışın emsal olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla, kamulaştırılan taşınmazın değerini özel amacı olan emsal satışa göre belirleyen bilirkişi kurulu raporu geçersizdir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, taraflara dava konusu taşınmaza yakın bölgelerden ve yakın zaman içinde satışı yapılan benzer yüzölçümlü satışları bildirmeleri için imkan tanınması, lüzumu halinde re'sen emsal celbi yoluna gidilmesi ve bu emsallere göre değer biçilmesi için yeniden oluşturulacak bilirkişi kuruluyla keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken; bankaya yapılan özel amaçlı satış emsal alınmak suretiyle taşınmaza değer biçen geçersiz bilirkişi raporuna göre verilen kararda direnilmesi usul ve yasa-ya 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**, 18.06.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2008/9-438 K: 2008/435 T: 18.06.2008****İŞ HUKUKU • İŞÇİLİK HAKLARINA UYGULANACAK FAİZ
• TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ***

Özet: Davada talep edilen işçilik haklarına toplu iş sözleşmesinde belirlenen faizin uygulanmamış olması usul ve yasaya aykırıdır.

Taraflar arasındaki "**İşçilik Alacakları**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bergama 2. Asliye Hukuk İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 10.10.2006 gün ve 2006/78 E, 2006/46 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 27.12.2007 gün ve 2007/9283 E, 2007/39704 K. sayılı ilamı ile,

(...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının temyizine gelince; Toplu İş Sözleşmesinin 25/son maddesine göre akdın feshi durumunda işçiye yapılacak her türlü ödemenin, feshitten itibaren 15 günü geçmesi halinde; bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanması gerekir. Mahkemece bu hüküm dikkate alınmadan ihbar tazminatı, izin ücreti ve fazla mesai ücreti alacağına dava ve ıslaha tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle-bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

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.

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 18.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2008/2-283 **K:** 2008/286 **T:** 02.04.2008

AİLE HUKUKU • DÜĞÜNÖNCE DAVALININ ANNESİYLE BİRLİKTE DAVACIYI DÖVMESİ

• CİNSEL BİRLİKTELİĞİN OLUŞMAMASININ NEDENLERİ

(4721 SY m. 166/1)

Özet: Yerel Mahkeme kararında Ağustos ayında davalının annesi ile birlikte davacıyı dövmesini ve bu nedenle alınan raporu şiddetli geçimsizlik nedeni olarak kabul etmiş ise de, taraflar olaydan sonra Ekim ayında düğün yaptıklarından bu tarihten önceki olayların affedilmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Taraflar arasındaki evlenmeden sonra gerçekleşen olayların düğünden önce mi düğünden sonra mı oluştuğu araştırılmalıdır.

Cinsel birlikteliğin gerçekleşmemiş olduğu anlaşılmakla, gerekirse hastaneye sevk edilip rapor alınarak durum aydınlatıldıktan sonra karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Boşanma**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bakırköy 7. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 02.12.2005 gün ve 2004/32 E., 2005/1489 K. sayılı kararın incelenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19.06.2006 gün ve 3647-9753 sayılı ilamı ile;

(...Davacı tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra tarafların düğün yapıp evlilik birliğini devam ettirdikleri anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2 maddesi uyarınca; Boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığına sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanununun 166/1 mad-

desinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava boşanma istemine ilişkindir.

Davacı, davalı ile aralarında uzun zamandır şiddetli geçimsizlik bulunduğunu, ruhen ve fikren anlaşılmadıklarını, karşılıklı sevgi ve saygıların kalmadığını, davalının engellemesi nedeniyle aralarında cinsel ilişki kurulamadığını, davalının kendisine hakaret ettiğini ve evi terk ettiğini, evliliği yürütmelerine imkan kalmadığını ileri sürerek boşanmalarına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacının daha ilk günden maddi ve manevi baskı yaptığını, ailesinin ve komşularının yanında kendisine hakaret ettiğini, ortak konutu davacının terk ettiğini cinsel ilişkinin davacının kusuru nedeniyle kurulamadığını belirterek davanın reddini istemiş, yargılama sırasında maddi-manevi tazminat ve nafaka bağlanması halinde davayı kabul edeceğini cevaben bildirmiştir.

Yerel Mahkeme, evlilik birliğinin çekilmez bir hal aldığı gerekçesi ile tarafların boşanmalarına davalının maddi-manevi tazminat ve yoksulluk talebinin reddine karar vermiş, davalının temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme davalının olayda daha fazla kusurlu olduğu ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı gerekçesi ile kararında direnmiştir.

Yerel Mahkeme kararında her ne kadar Ağustos ayında davalının anesi ile birlikte davacıyı dövmesini ve bu nedenle alınan 27.08.2003 tarihli raporu şiddetli geçimsizlik/nedeni olarak kabul etmiş ise de; taraflar bu olaydan sonra 27.11.2003 tarihinde düğün yaptıklarından bu tarihten önceki olayların affedilmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

O halde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını söyleyebilmek için tarafların fiilen bir araya geldiği düğünden sonraki döneme bakılmalıdır.

Davacı tanıklarından Birgen ifadesinde tarafların evlenmelerinden bir ay sonra gerçekleşen olaylardan bahsetmiş ise de; tanık beyanından anlatılan olayın nikahtan sonra ancak düğünden önceki bir tarihte mi yok-

sa düğünden sonra mı olduğu anlaşılamamaktadır. Bu durumda Bir-gen'in yeniden dinlenerek tanıklık ettiği olayların hangi tarihte gerçekleş-tiğinin sorulması ve buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca dosya kapsamından taraflar arasında cinsel birlikteliğin ger-çekleşmemiş olduğu anlaşılmakla birlikte, hangi nedenle gerçekleşmedi-ği anlaşılamamaktadır. O halde bu durumun da gerekirse tarafların has-taneye şevki ile uzman bilirkişiden rapor alınarak aydınlatılması gerekir.

Bu nedenle, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Davalının temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıdagösterien nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 02.04.2008 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY

1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/9837 K: 2008/1592 T: 12.02.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • TEMLİKEN TESCİLİN KOŞULLARI • ELATMANIN ÖNLENMESİ • KAİM BEDEL

(4721 SY m. 724; 3981 SY m. 10/C;
3290 SY m. 10/c; 3194 SY m. 18)

Özet: Mahkemece, anılan taşkınlıkların imar uygulamasından kaynaklandığı gerekçe yapılarak davacı tarafından yapıların kaım bedellerinin yatırılmadığından bahisle bu davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

İmar Affi Yasalarınca yapılan imar şuyulandırma işlemi sonucu yapıların taşkın veya haksız inşaat durumuna gelmesi halinde kaım bedelin gözetileceği ve arsa maliki tarafından ödenmesi gerekeceği tartışmasızdır. Bunun için de, işlemin idari bir karara dayanması, taşkın yapı sahiplerinin taşkın olduğu belirlenen yapı zemininde bir başka kadastro parselde aynı veya kişisel bir hakkının bulunması gerekir.

Davalıların anılan parsellerde aynı veya kişisel bir haklarının bulunmadığı tartışmasızdır. Yasal düzenlemelerin somut olayda uygulama yerinin bulunmadığı gözetilmesi suretiyle davanın bedel gözetilmeksizin kabulüne karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında birleştirilerek görülen davada;

Davacı, kayden maliki olduğu 27 ve 28 nolu parsellere; davalıların taşkın bina inşa etmek ve bahçe olarak kullanmak suretiyle müdahale ettiklerini ileri sürerek elatmanın önlenmesi ve yıkım isteğinde bulunmuştur.

Davalı Muharrem, davanın reddini savunmuş, karşı davasından da va konusu 28 parsel sayılı taşınmaza 1973 yılında bina yaptığını o tarihten beri iyiniyetle zilyet olarak kullandığını, bahçe ve binasının 30 yıllık olduğunu ileri sürerek temlikten tescil isteğinde bulunmuştur.

Bir kısım davalılar davanın reddini savunmuşlar, diğerleri yanıt vermemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili ve davalı karşı davacı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 12.2.2008 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden Özden vekili avukat ile temyiz edilen vekili Veli vs. avukat geldiler davetiye tebliğe rağmen diğer temyiz eden vekili avukat ile diğer temyiz edilenler ve vekili avukatlar gelmediler, yokluklarında duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüştülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve yıkım, karşı dava temlik tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; çekişme konusu 27 ve 28 parsel sayılı taşınmazların kayden davacıya ait olduğu davalıların taşınmazlarda kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir haklarının bulunmadığı ancak davalı karşı davacı Muharrem'in haksız inşaat yapmak ve bahçe olarak kullanmak suretiyle taşınmaza elattığı ayrıca Türk Medeni Kanununun 724. maddesinde öngörülen temlik tescil koşullarının gerçekleşmediği mahkemece belirlenmek suretiyle elatmanın önlenmesi ve yıkıma; karşı davanın reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davalı (karşı davacı) Muharrem'in öteki temyiz itirazları yerinde değildir reddine..

Ancak mahkemece davalı (karşı davacı) Muharrem'in yapmış olduğu haksız inşaatın kal'ine karar verilmiş olması doğru ise de, yıkım kararının infazı ilgilendirdiği, yıkım bedelinde infaz aşamasında belirleneceği gözdard edilerek yıkım konusunda süre tanınmak suretiyle yıkım bedelinin hüküm altına alınması doğru değildir.

Davacının temyiz itirazlarına gelince; gerçektende, kayden davacıya ait 27 ve 28 parsel sayılı taşınmazlarda haklı ve geçerli bir nedenleri bulunmaksızın bir kısım davalıların taşkın inşaat yaptıkları ve bahçe olarak kullandıkları, bir kısım davalıların ise taşkın inşaat suretiyle tasarruflarında bulundurdıkları bilirkişi raporlarında bahçe olarak kullanılan bölümlerin yeşil, taşkın inşaat yapılmak suretiyle kullanılan kısımların sarı renkli olarak gösterildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece, anılan taşkınlıkların imar uygulamasından kaynaklandığı gerekçe yapılarak davacı tarafından yapıların kaim bedellerinin yatı-

ılmadığından bahisle bu davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

Hemen belirtilmelidirki, gerek 2981/3290 Sayılı Yasanın 10/c gerekse 3194 Sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca yapılan imar şuyulandırma işlemi sonucu yapıların taşkın veya haksız inşaat durumuna gelmesi halinde kaim bedelin gözetileceği ve arsa maliki tarafından ödenmesi gerekeceği tartışmasızdır.

Bunun için de, işlemin idari bir karara dayanması, taşkın yapı sahiplerinin taşkın olduğu belirlenen yapı zemininde bir başka ifade ile kadalral parselde aynı veya kişisel bir hakkının bulunması gerekir.

Oysa dava konusu 27 ve 28 parsel sayılı taşınmazların yukarıda değinilen yasa hükümleri gereğince bir imar şuyulandırmasına tabi tutulmadığı Bağcılar Belediye Başkanlığının 30 Ekim 2003 tarihli 39097 sayılı yazılara ile sabit olduğu gibi davalıların anılan bu (27 ve 28) parsellerde aynı veya kişisel bir haklarının bulunmadığıda tartışmasızdır.

O halde mahkemece anılan yasa hükümlerine tabi olmadığı ve değinilen yasal düzenlemelerin somut olayda uygulama yerinin bulunmadığı gözetilmek suretiyle mahkemece davanın bedel gözetilmeksizin kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerdendirmeyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması da isabetsizdir.

Öyle ise, davacı ile davalı Muharrem'in değinilen yönlerle ilişkin olarak temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 13.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden davacı vekili için 550.00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı taraftan alınmasına ve alınan peşin harcın temyiz edenlere geri verilmesine, 12.2.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/7759 K: 2008/10453 T: 20.10.2008**

YOLSUZ TESCİL • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI
• KÖTÜNİYET SAVININ DAVANIN HER AŞAMASINDA İLERİ
SÜRÜLEBİLECEĞİ*

(TMK m. 2, 988, 989, 1023)

Özet: Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanarak bir hak elde edemez. Kötüniyet iddiası bir defa değil itirazdır. Bu nedenle savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bu nedenlerle davacıların kötüniyete dayanan tapu iptal ve tescil isteği yönünden yeterli araştırma yapılarak hüküm kurulmalıdır.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, kayden maliki olduğu 9243 parsel sayılı taşınmazdaki 35 nolu dükkanın satıcı için davalılardan Kemal ve Dursun'u vekil ettiğini, vekaletnamenin tanzim tarihinde 65 yaşın üzerinde ve hastanede olduğunu, Dursun'un anılan vekaletname ile taşınmazı Kemal'in kardeşi olan davalı Yusuf a çok düşük bedelle temlik ettiğini, kendisine hiçbir bedel ödenmediğini, davalıların el ve işbirliği içinde hareket ettiklerini ileri sürerek taşınmazın adına kaydını olmadığı takdirde satış bedelinin yasal faizi ile tahsilini istemiş, davacı yargılama sırasında vefat ettiğinden mirasçı davaya devam etmiştir.

Davalılar Kemal ve Yusuf, davanın reddini savunmuşlardır.

Davalı Dursun, vekilin iradesi doğrultusunda davrandığını taşınmazın satın bedelinin verildiğini bildirip, davanın reddini savunmuştur.

Dava konusu taşınmaz, yargılama devam ederken 12.3.2003 tarihinde Alırza'ya, 15.5.2003 tarihinde Ebubekir'e temlik edilmiş, davacı 8.7.2005 tarihli oturumda seçimlik hakkını son kayıt maliki yönünden tapu iptali şeklinde yürütmek istediklerini beyan etmiştir,

Son kayıt maliki; davanın reddini savunmuşmr.

Mahkemece; davanın kısmen kabulü ile dava dilekçesindeki dava değeri olan 10.000 YTL'nin davalı Dursun'dan yasal faizi ile tahsiline karar

(*) Gönderen: Av. Erol BOYLAN

verilmiş, davalı Kemal yönünden sıfat yokluğundan, diğer davalılar yönünden davanın ispat edilemediği gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakiminin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüldü, düşünüldü.

KARAR

Dava, tapu iptal tescil olmadığı takdirde bedel isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden dava konusu 9243 parsel sayılı taşınmazdaki dükkan niteliğindeki 35 nolu bağımsız bölümün davacı Osman adına kayıtlı iken, 17.4.2002 tarih 3239 yevmiye nolu vekaletname ile Dursun'u anılan taşınmazı dilediği bedelle dilediğine satış yetkisi içerecek biçimde vekil ettiği vekilinde 24.4.2002 tarihli akitle 1000. YTL bedelle taşınmazı Yusuf'a sattığı, yargılama devam ederken onunda 12.3.2003 tarihli akitle 2500 YTL bedelle Alırıza'ya temlik ettiği Alırıza'nın da 15.5.2003 tarihinde halen kayıt maliki olan Ebubekir'e 3000 YTL bedelle devir ettiği anlaşılmaktadır.

İddianın ileri sürülüş biçiminden, davacının vekaletin kötüye kullanılmak suretiyle, zararlandırıldığı, vekil ile temlik olanların el ve işbirliği halinde bulundukları iddiasıyla eldeki davayı açtığı görülmektedir.

Yargılama şuasında davacı vefat ettiğinden, mirasçıları sön kayıt makiline karşı davayı tapu iptal tescil olarak devam etmek istediklerini bildirmişlerdir.

Mahkemece, vekil Dursun'un çekişmeli taşınmaz bedelini davacı tarafta, ödemediği gerekçesiyle dava dilekçesindeki dava değerinin vekil tarafından yasal faizi ile birlikte davacıya cdenmesine diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmişse de davacının özellikle ölümünden sonra mirasçılarının hasrettikleri istek gözetildiğinde, son kayıt malikinin iyiniyetli olup olmadığı yönünde hükme yeterli bir araştırmanın yapıldığını söyleyebilme olanağı yoktur.

Bilindiği üzere; hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satırı aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin konulması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla Medeni Kanunun 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989 tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru

tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak tapuya, itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke MK'nın 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan 3. kişinin bu kazanımı korunur şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1. Fıkrasına göre "Bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken 3. kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür.

Ne varki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni- koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçeklen bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi için maddi hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı kişilerin devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil gerçeklen iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle "kötü niyet iddiasının defi değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşler de aynı doğrultuda gelişmiştir.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle hükme yeterli bir araştırma yapılması, taraf delillerinin toplanarak öncelikle tapu iptal ve tescil isteği yönünden sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yetinilerek yazık olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Davacı yanın temyiz işlemleri yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 20.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2383 K: 2008/3409 T: 13.03.2008

USUL HUKUKU • AİLE HUKUKU • FERAGAT • KESİN HÜKÜM • BOŞANMA DAVASI İÇİN GEÇECEK ÜÇ YILLIK SÜRENİN HESABI^(*)(**)

(HUMK m. 95; TMK m. 166/son)

Özet: Feragat, bu iradenin mahkemeye ulaştığı ve açıklandığı tarihte kesin hüküm hukuki sonuçlarını doğurur. Bu nedenle feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur.

Bu nedenle ilk davadaki feragat tarihinden itibaren üç yıllık süre geçirildikten sonra açılan davada boşanma kararı verilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda, mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup, gereği görüldüğü düşüldü.

Davalı koca 02.12.1998 tarihinde boşanma davası açmış, 07.09.1999 tarihinde feragat etmiş, dava feragat sebebiyle reddedilmiştir. Feragat kendiliğinden bu iradenin mahkemeye ulaştığı ve açıklandığı tarihte kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurur (HUMK m. 95) Feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddeye dayalı bu adva ise, 17.03.2006 tarihinde açılmıştır. Önceki davadaki feragat tarihinden itibaren 3 yıllık süre geçmiştir. Toplanan delillerden feragattan sonra tarafların biraraya gelmedikleri, ortak hayatın yeniden kurulmadığı anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesi koşulları oluşmuştur. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükümün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 13.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Vasfi KIRGIZ

(**) DERGİMİZİN 2007/4. sayısının 1682. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2001/12836 K: 2001/14707 T: 26.10.2001****MİRAS HUKUKU • VASIYETNAMENİN İNFAZI
• VASIYETİ TENFİZ MEMURU • DAVADA HUSUMET**

Özet: Vasiyetnamenin infazı aşamasında açılacak davanın vasiyeti tenfiz memuruna açılması gerekir. Vasiyeti tenfiz memuru tayin edilmemiş ise, dava tüm mirasçılara yönetilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Vasiyetnamenin yerine getirilmesinde dava vasiyeti tenfiz memuru varsa ona yoksa mirasçılık belgesinde gösterilen tüm mirasçılara yöneltilmesi gerekir. Vasiyetnamede tenfiz memuru tayin edilmemiştir. O halde davanın tüm mirasçılara yöneltilmesi gerekir. Dava Mustafa mirasçılarına yöneltilmemiştir. Bu yön dava ve taraf ehliyeti kamu düzeni ile ilgili olduğundan bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenlerine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/2031 K: 2008/5845 T: 22.04.2008****USUL HUKUKU • TANIK DELİLİ
• VAZGEÇME OLMADAN KURULAN HÜKÜM***(HUMK m. 253)*

Özet: Açık bir vazgeçme olmadıkça listesi verilmiş olan tanıklar dinlenmeden kurulan hüküm usul ve yasaya aykırıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizden murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün temyiz eden davalı vekili avukat ve karşı taraf İrem ile vekili avukat geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davalının açıkça bir vazgeçmesi olmadığı halde tanıkları Necla ve Turgay dinlenmeksizin (HUMK m. 253) eksik incelemeyle karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün gösterilen nedenle **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre temyize konu diğer yönlerin incelenmesine şimdilik yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 550.00 YTL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/10750 K: 2008/13955 T: 23.10.2008****TAŞINMAZ HUKUKU • KAYYIM ATANMASI****• İZALE-İ ŞUYU DAVASI • PAYDAŞLARA TEBLİGAT YÖNTEMİ****(TMK m. 426)*

Özet: İzale-i şuyu davasının paydaşlarının isimleri belli olup bu kişiler hakkında gaiplik iddiası da bulunmamaktadır. Bu durumda yapılacak iş, ilanen tebligat yoluna gitmektir. Kayyım atanması doğru olmamıştır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacılar, paydaşı oldukları taşınmazla ilgili açılmış bulunan izale-i şuyu davasında verilen yetkiye dayanarak; taşınmazın diğer paydaşlarını, adresleri tespit edilemediğinden bahisle, temsil için kayyım atanmasını istemiştir. İzale-i şuyu davasının konusu olan taşınmazın paydaşları bellidir. Bu kişilerin gaip oldukları ileri sürülmemiştir. Adreslerinin araştırmaya rağmen tespit edilememesi halinde, ilanen, tebligat yapma olanakları mevcuttur. Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinde sayılan temsil kayyımı atanmasını gerektiren haller ve koşulları bulunmamaktadır, istemin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Hükümün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/6643 K: 2008/6729 T: 08.05.2008****MİRAS HUKUKU • MİRASIN REDDİ KARARININ İPTALİ DAVASI
• GÖREVLİ MAHKEME***(4721 SY m. 617)*

Özet: Mirasın reddi kararının iptali davasında görevli mahkeme alacağın tutarına göre belirlenir. Terekeden alacaklı olduğunu ileri süren davacının alacak miktarı belirlenip öncelikle mahkemenin görevi saptanmadan davaya devamla karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Mirasın reddi kararının iptali davasında görevli mahkeme alacağın tutarına göre belirlenir. Terekeden alacaklı olduğunu ileri süren davacının alacağı miktar/ belirlenip öncelikle mahkemenin görevi saptanmadan davaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/14082 K: 2008/18282 T: 30.10.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • ECRİMİSİL • ECRİMİSİLİ İSTEME KOŞULLARI • ECRİMİSİLİN SALT DAVA ÖNCESİ DÖNEME İLİŞKİN TAKDİR OLUNABİLECEĞİ

(4721 SY m. 995)

Özet: *Davada, davalı paydaşın haksız işgali nedeniyle birikmiş ecrimisil ile işgalin devamı süresince aylık ecrimisilin tahsili istenilmiş, mahkemece dava tarihine kadar birikmiş ecrimisil ile dava tarihinden sonrası için aylık ecrimisin kısmen kabulüne karar verilmiştir.*

Haksız işgal tazminatının dava tarihine kadar gerçekleşmiş kısmının hüküm altına alınması gerekirken dava tarihinden sonraki dönemler için de aylık ecrimisil belirlenmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Dava dilekçesinde birikmiş 2.000 YTL ecrimisil ile her ay için 700 YTL ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, davalı paydaşın haksız işgali nedeniyle birikmiş 2.000 YTL ecrimisil ile işgalin devamı süresince aylık 700 YTL ecrimisilin tahsili istenilmiş; mahkemece dava tarihine kadar birikmiş ecrimisil ile, dava tarihinden sonrası için aylık ecrimisilin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kural olarak ecrimisil; kötünietli zilyedin haksız işgali nedeniyle hak sahibine ödemekle yükümlü olduğu bir tür (haksız fiil benzeri eylem nedeniyle oluşan zarara ait) tazminattır. (TMK m. 995)

Somut olayda, dava konusu taşınmaz tarafların kök murisinden intikal etmiş olup, dosyadaki mevcut 3.1.1975 gün 425 yevmiye numaralı noter onaylı sözleşme içeriğine göre davacı tarafından davalının murislerine temlik edilmiş onlardan da davalıya intikal etmiştir. Uzunca bir süredir de davalı tarafından kullanılagelmiştir. Bu durumda, yapılan anlaşma ve fiili kullanım şekli, paydaşlarca benimsenmiş ve uzunca bir süre

buna uyulmuş olmakla ahde vefa gereği, tapuda resmi taksim ya da şuyunun dava yoluyla izale edilmesi veyahut o yerde imar uygulaması ile sona erinceye kadar olduğu gibi korunması gerekir. Dolayısı ile davalının sözleşmeye olan bağlılığı ve uzunca süren kullanım şekline olar güveni çerçevesinde fiilen yararlanması, kötünıyetli ve haksız işgal olarak değerdendirilemez. Bu nedenle mahkemece ecrimisil isteme koşulları buunmadığı gözetilmeden tazminata karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı görülmüştür.

Kabule göre de, haksız işgal tazminatının dava tarihine kadar gerçekleşmiş kısmının hüküm altına alınması gerekirken, dava tarihinden sonrakı dönemler için de aylık ecrimisil belirlenmiş olması 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, 30.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/10236 K: 2008/13378 T: 15.07.2008****KİRA HUKUKU • KİRA TESPİTİ DAVASI • EMSAL İŞYERİ
• ORAN BELİRLEMEDE UYGULANACAK YÖNTEM**

Özet: Kira tespiti için mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yerinde ise de, rapor emsal ve rayiç konusunda fikir vermekten uzaktır. Davacı tarafından emsal gösterilen işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleri (ikisi dışında) eski tarihli olup kiralayanın da davacı olması sebebiyle uygun emsal olarak dikkate alınmamış, soyut ve genel ifadelerle taşınmazın yeniden ve boş olarak getirebileceği kira parası bildirilmiştir.

O halde; mahkemece taraflara (emsal sözleşmeleri ibraz etmek için) süre verilmeli (bilirkişiler re'sen de emsal bulabilir), benzer yerler dava konusu yer ile ayrı ayrı karşılaştırılmalı, dava konusu yerin boşalması halinde getireceği kira parasına hükmedilmelidir.

Dava dilekçesinde kira parasının 1.7.2006 gününden başlayarak aylık 28.497,00 YTL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü kiranın aylık brüt 18.062,50 YTL olarak tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada; kira parasının 1.7.2006 tarihinde başlayan yeni dönem için KDV dahil 28.497,00 YTL olarak tespiti istenilmiştir.

Mahkemece; hak ve nesafet uygulamasına göre aylık 18.062,50 YTL (brüt) kira parasına hükmedilmiş verilen karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Kira parasının tespiti için mahkemece bilirkişi incelemesi yapılması yerinde ise de, dayananın bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir. Zira, bilirkişi raporu emsal ve rayiç konusunda fikir vermekten uzaktır. Davacı tarafından emsal gösterilen işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleri (ikisi dışında) eski tarihli olup, bilirkişiler emsallerin kira başlangıç ve süreleri, büyüklük ve konumlarının mecurdan farklı bulunuşları ve kiralayanın davacı olması nedeniyle uygun emsal olarak dikkate alınmadığını

belirterek, soyut ve genel ifadelerle taşınmazın yeniden ve boş olarak getirebileceği kira parasını bildirmişlerdir.

Emsal ve rayicin tespitinde; kiralananın özellikleri ve kiralanan yerle civarında aynı nitelikte kabul edilebilecek ve tespiti istenilen döneme yakın tarihte yapılmış kira sözleşmeleri esas alınarak mukayese yapılmalıdır.

O halde; mahkemece, 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına uygun rapor alınmalıdır. Bunun için taraflara (yukarıda belirtilen şekilde) emsal sözleşmeleri ibraz etmeleri için süre verilmeli (bilirkişiler re'sen de emsal bulabilir), benzer yerler dava konusu yer ile ayrı ayrı karşılaştırılmalı, kira parasına etkieden hususlar üzerinde de durularak dava konusu yerin yeniden kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parası belirlenmeli, hakimce bu kira parası dikkate alınarak hak ve nesafete uygun bir kira parasına hükmedilmelidir.

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, 15.7.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/10172 K: 2008/13361 T: 15.07.2008****KİRA HUKUKU • KİRA TESPİTİNDE UYGULANACAK YÖNTEM
• TAŞINMAZIN BULUNDUĞU ÇEVRE • ÖZEL GELİŞMELER**

Özet: Davacı kiralayan, 01.09.2005 günü itibariyle 150 YTL olan aylık kiranın, 1.09.2007'de başlayan dönem için 450 YTL olarak tespiti karar verilmesini talep etmiş; bilirkişi raporunda: TEFE'ye göre yeni dönem kirasının aylık 221 YTL olacağı, ancak dava konusu taşınmazın bulunduğu yer, özellikle kiraya verildikten bu yana çevredeki değişiklikler göz önüne alındığında kiralananın boş olması halinde aylık brüt 400 YTL (net 320 YTL) kira getirebileceği belirtilmiş, mahkemece de aylık kiranın 350 YTL olarak tespiti karar verilmişse de; raporda, değişiklik ve özel nedenlerin ne olduğu, etkileme oranları belirtilmediğinden hüküm bozulmuştur.

Dava dilekçesinde kira parasının 1.9.2007 gününden başlayarak aylık, 450.00 YTL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile aylık kiranın brüt 350 YTL olarak tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada; 1.09.2007 tarihinde başlayan yeni dönem kira parasının aylık 450.00 YTL olarak tesbiti istenilmiştir Mahkemece; çevredeki değişiklikler nedeniyle hak ve nesafet uygulamasına göre aylık brüt 350 YTL olarak kira parasına hükmedilmiştir.

Taraflar arasında 1.09.2005 başlangıç tarihli 1 yıl kira müddetli sözleşmede aylık kira bedelinin 150 YTL olduğu kararlaştırılmıştır.

Dava konusu dönem için hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda TEFE'ye göre yeni dönem kira parasının aylık 221 YTL olarak hesap edilmiş ancak; dava konusu taşınmazın bulunduğu yer, özellikleri ilk kiraya verildikten buyana çevredeki değişiklikler gözönüne alındığında mecurun boş olması halinde aylık brüt 400 YTL (net 320 YTL) kira getirebileceği bildirilmiştir.

Mahkemece bilirkişi raporunda belirtilen bu değişiklik sebebiyle hak ve nesafet uygulamasına göre kira parası tesbit edilmiştir.

Kira sözleşmesinin yapıldığı dönemi takip eden 3 dönem ard arda TE-FE uygulanmasıyla bulunacak bedelin kural olarak hak ve nesafeti yansıttığı Yargıtay'ın Yerleşik Uygulamalarıyla benimsenmiştir.

Bilirkişi raporunda açıklanan değişikliklerin ve özel nedenlerin ne olduğu kira bedelini etkileme oranları belli değildir. Çevredeki özel gelişmeler tek tek açıklanmalı, somut, özel nedenler ortaya konulmalıdır.

Mahkemece somut özel gelişmelerin varlığının saptanması halinde kira parası hak ve nesafet ilkesine göre belirlenmelidir. Özel nedenler ve gelişmeler tesbit edilmeden yukarıda açıklanan ilke gözardı edilerek yazılı şekilde ve eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.7.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/9901 K: 2008/12411 T: 03.07.2008****KİRA HUKUKU • KİRA TESPİTİ • GELİR ÜZERİNDEN ORAN
BELİRLEME • HAKKANİYETE UYGUN KİRA**

Özet: Geliri elde edilemeyen bir yerin kira parasının gelir üzerinden tespiti tarafların ifadesine uygun olmadığından, kiralananın kullanılmadığı dönemlere ilişkin olmak koşuluyla HAKKANİYETE UYGUN DÜŞÜK BİR KİRA PARASI TAKDİR EDİLMELİDİR.

Dava dilekçesinde kira parasının Aralık 2003, Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos 2004 ayları için tesbiti istenilmiştir. Mahkemece aylık kira parasının talep edilen aylara ilişkin 2.953 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 vekili dilekçesinde; davacıya ait B. Benzin İstasyonu içindeki 4 adet sinema salonunun davalıya kiralınması ile ilgili olarak kira sözleşmesi düzenlendiğini, mecurun 6.1.2004 tarihinde resmi makamlarca mühürlendiğini, sözleşmeye göre (m. 7) davalının "aylık toplam cirodan KDV ve eğlence vergisi çıkarıldıktan sonra kalan meblağın %10'unu kira olarak ödemesinin" kararlaştırıldığını, kapatma tarihine kadar bu şekilde uygulandığını, kapatma tarihinden sonra kira bedelini saptamanın mümkün olmadığını, davalının bu nedenle sözleşmeyi feshetmediğinden aylık kira ödemesi gerektiğini belirterek, Aralık 2003, Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos 2004 aylarına ait kira bedellerinin bilirkişi incelemesi yapılarak tespitini istemiştir.

Dava ti vekili, mecurun mühürlenerek kapatılması nedeniyle bu tarihten sonra faaliyetlerini sürdüremedikleri, bu nedenle de kira ödenmediğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; hükme esas alınan bilirkişi raporu doğrultusunda; taraflar arasında ihtilafsız ve halen geçerli kira sözleşmesinde aylık kirasının, KDV ve eğlence vergileri çıkarıldıktan sonra kalan cironun %10'u olarak tespit edileceğinin kararlaştırıldığı, 2004 yılında davalının faaliyeti bulunmadığından ciro üzerinden hesap yapılmasının mümkün olmadığı, bu durumda bir önceki dönemin ortalama aylık kirasının esas alınması ve talep konusu aylarda da bu miktarın ödenmesinin hakkaniyete uy-

gun olacağı belirtilerek, talep konusu aylar için aylık kira parasının 2.953 YTL olarak tespiti cihetine gidilmiştir.

Somut olayda, tüm dosya kapsamına göre; Benzin İstasyonu olarak faaliyet gösteren işyerinin bitişiğindeki yere sinema için işyeri açma ruhsatı verilemeyeceğinden, sonradan ruhsat iptal edilmiş ve mecur mühürlenerek kapatılmıştır. Ancak kiracı davalı idari yargıda kapatma işlemi- nin iptalini talep etmiş, yargılama süresince kiralananı elinde bulundur- muştur.

Bu bakımdan kira parasının tesbitinde bir isabetsizlik bulunmamak- ta ise de taraflar kira parasının kiralananın geliri gözönünde tutularak belirleneceğini kararlaştırmışlardır. Tesbiti istenen dönemlerde kirala- nandan gelir elde edilemediği uyuşmazlık konusu değildir. O halde geliri elde edilemeyen bir yerin kira parasının gelir üzerinden hesap edilmiş ol- ması tarafların sözleşmede belirlenen iradesine de uygun değildir. Kiracı kiralananı işgale devam etmiş olduğuna göre kira parası belirlenmeli, an- cak yukarıdaki yönler gözetilerek kiralananın kullanılmadığı dönemlere ilişkin olmak koşuluyla hakkaniyete uygun düşük bir kira parası takdir edilmelidir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın ya- zılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BO- ZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 03.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/3966 K: 2008/7567 T: 01.05.2008****KİRA HUKUKU • KİRA TESPİTİ
• ÖZEL NEDEN HAK VE NESAFET KURALI**

Özet: Kira sözleşmesi 11.11.2003 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli olup, dava süresinin bitiminden sonraki yenilenen ilk dönemin kirasının tespitine ilişkin bulunduğundan; Yargıtay HGK'nin 1997/3 – 204- 351 sayılı kararı doğrultusunda, sözleşmenin iki yıldan fazla süreli yapılması özel neden kabul edilerek yeni dönem kira parasının 18.11.1964 günlü ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre hak ve nesafet kuralları gereğince tespiti gerekir.

Dava dilekçesinde kira parasının 12.11.2006 gününden başlayarak aylık, 25.311 YTL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile aylık kira parasının 7.810.32 YTL olarak tesbiti cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, 12.11.2006 tarihinde başlayan döneme ilişkin aylık kira parasının tesbiti istenilmiştir.

Mahkemece, (1+3= 4 yıl dolmadığından) endeks uygulamasına göre 7.810.32 YTL kira parasına hükmedilmiştir.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesi 11.11.2003 başlangıç tarihli olup 3 yıl sürelidir. Tesbiti istenen dönem sözleşmenin sona ermesinden sonraki yenilenen ilk dönemdir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1997/3-204-351 sayılı kararında da kabul edildiği gibi sözleşmenin 2 yıldan fazla süreli yapılması özel neden kabul edilerek yeni dönem kira parası 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre hak ve nesafet kuralları gereğince tesbit edilmelidir.

Bunun için dava konusu yerin yeniden kiralanması halinde getirebileceği kira parası bilirkişiler tarafından belirlenmelidir. Böyle bir belirleme yapılırken öncelikle benzer yerlerin kira sözleşmeleri incelenmeli, da-

va konusu yer ile ayrı ayrı karşılaştırılmalı, kira parasına etki eden hususlar üzerinde de ayrıca durulmalıdır.

Dava konusu taşınmazın yukarıda açıklandığı üzere getirebileceği kira parası usulünce saptandıktan sonra bu husus dikkate alınmak suretiyle hak ve nesafet kurallarına göre hakimce bir kira parası takdir edilerek hüküm altına alınmalıdır.

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, 01.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6419 K: 2008/8094 T: 12.06.2008

BAZ İSTASYONU • ÇEVRE SAĞLIĞININ VE İNSAN YAŞAMININ ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

Özet: Baz istasyonlarının cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve sağlamış olduğu iletişim hizmeti nedeniyle geniş halk kitlelerine yarar sağladığı tartışmasızdır. Ancak, bu tesislerin zaman içinde radyasyon yayarak halk sağlığını tehdit ettiği de bilinen bir gerçektir.

Bir yarar sağlanacağı gerekçesiyle kişilerin sağlığına zarar verilmesi de hoş görülmez. Hiçbir hizmetin insan yaşamı kadar öncelik ve hayati önem taşıyacağı kabul edilemez.

Bu nedenle baz istasyonlarının işletilmesinden dolayı çevre sakinlerine zarar verip vermediğinin araştırılması gerekir.

Davacı Haldun vekili avukat tarafından, davalı A. İletişim Hiz. A.Ş ve diğerleri aleyhine 01.11.2005 gününde verilen dilekçe ile baz istasyonunun kaldırılmasının istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 14.09.2006 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, davacının oturduğu apartmanın karşısında bulunan apartmanın çatısındaki davalı kuruma ait baz istasyonunun kaldırılması istemi-ne ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemece yapılan keşif sonucunda alınan bilirkişi raporu ile baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik radyasyonun ilgili yasa, tüzük, yönetmelik ve genelgelerde belirtilen sınırların altında olduğu belirlenmiştir.

Davacı, konutuna yakın yerde bulunan GSM baz istasyonunun, çevre ve insan sağlığı açısından tehlike oluşturduğunu ileri sürmüştür. Davalılar ise, iddianın kanıtlanmasını, istasyonun yönetmelik kurallarına uygun biçimde kurulup işletildiğini, iddia edilen zararın gerçekleşmediğini, geniş bir halk kitlesine kamu hizmeti sunulduğunu, radyasyona sebebiyet verilmediğini savunmuştur.

Dava konusu baz istasyonlarının cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve sağlamış olduğu iletişim hizmeti nedeniyle de geniş halk kitlelerine büyük yarar sağladığı tartışmasızdır. Bununla birlikte, tesislerin radyasyon yayarak ilerleyen zaman içinde halk sağlığını tehdit ettiği de bilinen bir gerçektir. Ancak, bu yararın sağlanması nedeniyle kişilerin sağlığına zarar verilmesi hoş görülemez. Sağlanan yararlar verilen zararın dengelenmesi genel bir hukuk kuralıdır. Bu tesislerin vermiş olduğu zararlar tesisleri kuran ve işletenler sorumludur. Bu sorumluluk ise kusura dayanmayan bir tehlike sorumluluğudur. Bu tesislerin ilgili yönetmelik hükümlerine uygun olarak kurulması, sertifika verilerek faaliyete geçirilmesi hallerinde dahi, zarar verdikleri takdirde zarara neden olanlar sorumluluktan kurtulamaz. Bu ilkeler gereğince davalıların yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır.

Taraflar arasında baz istasyonunun yaydığı radyasyonun ilgili yönetmelikte belirtilen elektromanyetik alan şiddeti değerlerinin altında olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık baz istasyonunun yaydığı radyasyonun referans değerlerin altında olsa bile zaman içinde bölgede radyasyon yoğunlaşması ve buna bağlı hastalıklara yol açıp açmayacağına ilişkindir.

Hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve hayati önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insanın ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez, insan sağlığını tehlikeye atan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez. Bu nedenle, dava konusu baz istasyonlarının işletilmesinden dolayı çevre sakinlerine, dolayısıyla davacıya/davacılara zarar verip vermediğinin araştırılması gerekir.

Dosya kapsamına göre, kullanılan istasyonun konumu itibarıyla, uzun sürede kişi ve çevre sağlığına zarar vereceği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Somut olayda; yapılan araştırma ve incelemeler sonucunda, çevre binalarında ve davacının meskeninde oturanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, son zamanlarda ülke genelinde ortaya çıkan ve medyada zaman zaman yer alan olumsuz vakaların da bölgede yaşayan insanların yaşamını psikolojik olarak olumsuz biçimde etkilediği, tedirginlik ve ümitsizliğe sevk ettiği açık olup, davacının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 12.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/14463 K: 2008/13537 T: 06.11.2008****BORÇLAR HUKUKU • DEPODA KAYBOLAN EŞYA • RÜCU DAVASI
• SORUMLULUĞUN TESPİTİ***

Özet: Depoda kaybolan eşyanın sahibi-ne tazminat ödeyen depo sahibinin olayın sorumlusu olan depo görevlilerine açtığı rücu davasında teselsül olmaz. Davalıların ayrı ayrı kusur durumları belirlenmeli ve gerekirse tazminat miktarından takdiri indirim yapı-lıp yapılmayacağı düşünülmelidir.

Davacı Maliye Hazinesi vekili avukat tarafından, davalı Mehmet vd. aleyhine 22/12/2004 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat isten-mesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kabulüne dair verilen 18.09.2007 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak ince-lenmesi davalılar Mehmet, Arif, Mehmet vekilleri, duruşmasız olarak in-celenmesi de davalı Baki C. vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 06.11.2008 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalılardan Mehmet vekili Av. Oğuz ile karşı taraf-tan davacı hazine vekili Av. Hatice geldiler, diğer davalılar adlarına gelen olmadı. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz di-lekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıkla-maları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosya-nın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

Dava, yurtdışından ithal edilen eşyanın Atatürk Hava Limanı termi-nal deposunda kaybolmasından kaynaklanan zararın rücuen tazminine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar, davalılar ta-rafından temyiz edilmiştir.

1- Kaybolan eşya için, sigorta şirketinin ödeme yapıp, ödediğini ida-reden rücuen tahsil etmesi üzerine, idare, olayda kusurlu olduğunu be-lirttiği depo memurları, şef ve şube müdürü olan davalılardan ödediği miktarın rücuen tahsilini istemiştir.

Rücu davalarında teselsül olmaz. Davalıların görev ve sorumlulukla-rı, olayla ilgili uygulanan mevcut mevzuat ve tüm kanıtlar birlikte değer-lendirilerek, davalıların ayrı ayrı kusur durumları belirlenmelidir. Kusur-lu bulunmaları halinde kusur oranına göre tazminatla sorumlu tutulma-

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

ları gerekirken, tüm tazminattan müştereken ve müteselsilen yükümlü olduklarına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

2- Olayın özelliği, mevzuat ve mevcut uygulama durumu gözetildiğinde, olayda BK 43-44 maddeleri gereğince tazminat miktarından uygun bir indirim yapılması hususunun tartışılmamış olması da bir başka bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (1) ve (2) nolu bentlerde gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davacılarından Mehmet yararına takdir olunan 550,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine, peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 06.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/6368 K: 2008/5284 T: 15.04.2008****DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI DAVASINDA ÖNCEDEN
YAPILAN ÖDEMENİN YASAL FAİZİYLE ZARARDAN DÜŞÜLMESİ***(418 SY m. 43, 2330 SY)*

Özet: Mahkemece, dava dışı Esnaf ve Sanatkarlar Vakfınca bu kaza nedeniyle davacılara ödenen 20.000,00 YTL'nin güncellenmiş halinin talep edilen maddi tazminat miktarlarını geçmiş olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemece yapılacak iş, davalının yapmış olduğu 6.000,00 YTL ise güncellenmesinin, davacılara ödendiği tarihten rapor tarihine kadar geçen sürede işleyecek yasal faizin işletilmesi şeklinde hesaplanmalı ve elde edilen rakamın davacıların destekten yoksun kalma tazminatından düşülmelidir.

Davacı Nefika vd. vekili avukat Mehmet tarafından, davalı Turan aleyhine 26.10.2000 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine, dair verilen 13.03.2007 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 görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası sonucu meydana gelen ölüm nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı sürücü, kullandığı araç ile görüş mesafesinde ve seyir istikametinde bulunan ve yolun karşısına geçmek isteyen davacıların desteğine çarparak ölümüne neden olmuştur.

Mahkemece, dava dışı Esnaf ve Sanatkarlar Vakfınca bu kaza nedeniyle davacılara ödenen 20.000 YTL'nin güncellenmiş halinin talep edilen maddi tazminat miktarlarını geçmiş olduğu gerekçesi ile davanın reddine

karar verilmiştir. Dosya içeriğinden Esnaf ve Sanatkârlar Vakfı tarafından 10.11.1998 tarihinde ödenen 20.000 YTL'nin 6.000 YTL'sinin davalı tarafından diğer bölümünün de bir kısım oda üyeleri tarafından yapılan şartlı bağışlarla ödendiği anlaşılmaktadır. Yapılan ödemelerin bir kısmının davalı dışındaki üyeler tarafından yapılan bağışlardan karşılanmış olması nedeni ile bu ödemenin tamamının davalının maddi tazminat yükümlülüğüne etki edeceğinin kabulü doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, davalının yapmış olduğu 6.000 YTL'nin güncellenmesinin, davacılar tarafından ödendiği tarihten rapor tarihine kadar geçen sürede işleyecek yasal faizinin işletilmesi şeklinde hesaplanması ve elde edilen rakamın davacıların destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesidir. Aynı şekilde İçişleri Bakanlığı tarafından 2330 Sayılı Kanun gereği davacılar tarafından yapılan ve rücuyla tabi olan ödemelerin de aynı yöntemle hesaplanarak destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesi gerekmektedir. Açıklanan ilkelele aykırı olarak ulaşılan sonuç doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın (2) nolu bentte gösterilen nedenlerle davacılar yararına **BOZULMASINA**, davacıların diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte gösterilen nedenle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 15.04.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dava, trafik kazası sonucu meydana gelen destek ölümü nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkeme davanın reddine karar vermiştir. Karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Kararın Daire tarafından bozulmasına karar verilmiştir. Bozma kararının (2) nolu bendindeki olaydan sonra davalılar tarafından davacılar tarafından ödenen zararın bir bölümü için hüküm tarihindeki paranın satın alım gücüne uyarlanması ile ilgili çoğunluğun bozma gerekçesine katılmıyorum. Şöyle ki;

Haksız fiillerde; zarar görenin mal varlığındaki azalma haksız fiilin işlendiği anda oluşmuştur. Haksız fiil sorumlusunun sorumluluğu bu tarihte başlar. Olay tarihi itibarıyla tazminatın tamamının ödenmesi yasal zorunluluktur. Tazminatın olay tarihi itibarıyla ödenmemesi durumunda tazminat sorumlusu temerrüde düşer. Olay tarihi itibarıyla malvarlığında azalma meydana gelen ve haksızlığa uğrayan tarafın zararının sonraki tarihler itibarıyla giderilmesi haksız fiil sorumlusunun nedensiz zenginleşmesine neden olur. Haksız fiilde bulunan kişinin kısmi ödemedede bulunması onun zarar görenlerin acılarını tamamen giderdiği sonucunu doğurmaz. Ancak zararın tamamının olay tarihi itibarıyla giderilmesi durumunda bu düşünce kabul görür; Bu tür olaylarda hiçbir zaman haksız fiilde bulunanın teşvikine neden olacak şekilde hareket edilmemelidir. Zarar görenin olay tarihi itibarıyla yaşamaya başladığı ve yaşamı boyunca çekeceği acıyı hukukçuların görmesi gerekir. Daire çoğunluğunun kararı ile haksız fiilde bulunan, zarar veren durumunda olanlar teşvik edilmiştir. Hiçbir hukukçunun buna hakkı yoktur. Adaletle olan güven sarsılır. Yasalarda çoğunluğun bozma gerekçesine uygun bir hükümde getirmemiştir.

Yasa koyucunun yasalarda yer vermediği, zarar görenin zararının artmasına, daha çok acı çekmesine neden olacak, zarar verenin de teşvikine ve ödüllendirilmesine neden olacak bir bozma gerekçesi getirilmiştir. Yasa koyucu zarar görenin zararlarının artmasına neden olacak hükümlerin yasalarda yer almasını da kabul etmez.

Somut olayda da davacılar destekten yoksun kalmışlardır. Olaydan sonra, davalılar tarafından zararın ödenen bir bölümü hüküm tarihinde paranın alım gücüne uyarlanması doğru değildir. Davalılar yapılan bu kısım ödeme ile o miktardan borçlarından kurtulmuşlardır. Tazminatın ancak bu miktarın indirimi yapılabilir. Bu nedenle bozma ilamının bu bölümüne katılmıyorum. Tazminatın olay tarihinde tam ödenmemesinde davacıların sorumluluğu yoktur.

Anlatılan nedenlerle çoğunluğun bozma gerekçesine katılmıyorum.

Üye
Mehmet UYUMAZ

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ
E: 2008/7399 K: 2008/9803 T: 14.07.2008

DAVADA VEKALET • TEVKİL YETKİSİ
(HUMK m. 67)

Özet: *Tevkil yetkili vekil tarafından açılan davada vekaletname eksikliği bulunduğu kabul edilemez.*

Taraflar arasındaki yargılamanın yenilenmesi davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın açılmamış sayılmasına dair verilen yukarıda gün ve sayılan yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, yargılamanın iadesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın HUMK'un 67. maddesi gereğince açılmamış sayılmasına karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Tevkil yetkili vekil tarafından yetkilendirilen avukat tarafından dava açılmış olup, işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken, vekaletname eksikliği nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine, 14.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8518 K: 2007/10762 T: 16.10.2007

İCRA HUKUKU • ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET • PAYDAŞIN ALACAKLISININ HAKLARI

Özet: İcra alacaklısı borçlunun elbirliğiyle mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Bu iş için İcra Hükimliğinden yetki belgesi alınmalıdır.

Uyuşmazlık elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde, davalılardan Nuray'ın borcu nedeniyle icra takibi başlattığını belirterek davalıların murisi M. Ariften intikal eden 1123 ada 174 parsel nolu taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini istemiştir. Davalılar yargılamaya katılmamışlardır. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiştir.

Davacı alacaklı, Gaziantep 4. İcra Müdürlüğünden alınmış 11.10.2007 tarih ve 2004/4141 Esas sayılı yetki belgesine dayanarak bu davayı açmıştır. Ancak elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine ilişkin yetki belgesinin icra mahkemesi tarafından verilmesi gerekmektedir. Mahkemece davacı tarafa icra mahkemesinden yetki belgesi alınıp dosyaya ibraz edilmek üzere uygun bir mehil verilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken icra dairesince verilen yetki belgesi ile yetinilmesi doğru değildir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 644. maddesine dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davalılarında davalılara gönderilen dava dilekçesi içeren duruşma gününü bildirir davetiye-lerde "elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya belirlenen süre içinde paylaşma davası açılmadığı takdirde istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verileceğine" dair ihtarın bulunması gerekir. Davalılara gönderilen ve Medeni Kanunun 644. maddesindeki bu ihtarı içermeyen tebligatlar geçersizdir. Mahkemece davalılara yukarıda belirtilen ihtarı içeren dava dilekçesi içeren duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gibi, elbirliği mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilirken hüküm fıkrasında her paydaşın payının ayrı ayrı gösterilmesi gerekirken hükümde bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi ve yetki belgesinin icra müdürlüğünden alınması da doğru değildir. Bu nedenlerle hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA...**

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8538 K: 2007/10763 T: 16.10.2007

TAŞINMAZ HUKUKU • ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET • SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNE DAYANARAK PAYLI MÜLKİYET DAVASI AÇILAMAYACAĞI

(TMK m. 644)

Özet: Satış vaadi sözleşmesi sebebiyle elbirliğiyle mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davası açılmaz.

Uyuşmazlık elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılardan Durmuş Ali tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde, davalıların murisi Durmuş Ali'den intikal eden taşınmazlardan bir kısım hissedarların hisselerini davacıya satış vaadi sözleşmesi ile sattığını ancak tapuda işlem yapamadığını belirterek 658-659-661-663-666-667-669-8-659 ve 468 nolu taşınmazlar üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini istemiştir. Davalar yargılamaya katılmamışlar, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyada mevcut tapu kayıtlarından dava konusu 658-659-661-663-666-667-669-8-659 ve 468 nolu taşınmazların bir kısmının davalıların murisi Durmuş Ali, bir kısmının ise davalılar ile dava dışı kişiler adlarına kayıtlı oldukları, davacının tapu maliki ya da mirasçı olmadığı anlaşılmıştır. Medeni Kanunun 644. maddesine göre; elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine ilişkin davalar ancak mirasçı tarafından açılabilir. Davacı davalıların murisi Durmuş Ali'nin mirasçısı değildir. Davacı satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı sıfatıyla bu davayı açmış ise de davacının bu davada davacı sıfatı bulunmamaktadır. Mahkemece davanın sıfat yokluğundan (husumetten) reddine karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeden işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm vermesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA...**

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/10888 K: 2007/13272 T: 04.12.2007****TAŞINMAZ HUKUKU • ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET
• DAVADA İZLENECEK YÖNTEM***

(TMK m. 644)

Özet: Elbirliğiyle mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan davada, Türk Medeni Kanunu'nun 644. Maddesinde belirlenen ihtarlı davetiye gönderilmesi gerekir.

Uyuşmazlık elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılardan Ahmet tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde, davacı ve davalılar arasında elbirliği mülkiyetine tabi bulunan 3282 parsel no.lu taşınmazda elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini istemiştir. Davalı Hülya duruşmada, davayı kabul ettiğini bildirmiş, davalı Ahmet ise duruşmalara katılmadığı gibi cevap dilekçesi de vermemiştir. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmiştir.

Türk Medeni Kanunun 644. maddesine dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davalarında davalılara gönderilen dava dilekçesi ekli duruşma gününü bildirir davetiyelerde "*elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya belirlenen süre içinde paylaşma davası açılmadığı takdirde istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verileceğine*" dair ihtarın bulunması gerekir. Davalılara gönderilen ve Medeni Kanunun 644. maddesindeki bu ihtarı içermeyen tebligat yapılarak karar verilemez. Mahkemece davalılara yukarıda belirtilen ihtarı içeren duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine. 4.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 28.02.3008 Gün ve 2008/1232-2228 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/13674 K: 2008/1880 T: 21.02.2008****TAŞINMAZ HUKUKU • ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET •
PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRME • MAHKEME KARARININ
SOMUT OLMASI GEREĞİ**

Özet: *Elbirliğiyle mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan dava sonucunda mahkemece kurulan hükümde, her bir paydaşın hissesi ayrı ayrı somut olarak belirtilmelidir.*

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı elbirliği halindeki mülkiyetin paylı mülkiyete çevrilmesi davasına dair karar davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istemine ilişkin olup, mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Elbirliği şeklindeki mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilirken hüküm fıkrasında her paydaşın payının ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan mirasçılık belgesine gönderme yapılmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasa aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle hükmün **BOZULMASINA...**

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/14142 K: 2008/2379 T: 03.03.2008****ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET • ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYETİN PAYLI
MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ DAVASINDA SULH HUKUK
MAHKEMESİNİN GÖREVLİ BULUNDUĞU***(TMK m. 644)*

Özet: *Elbirliğiyle mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan davada Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.*

Uyuşmazlık sekiz adet taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davacıların beyanına göre dava konusu taşınmazların değerinin Sulh Hukuk Mahkemesinin görevini aştığı gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

TMK'nın 644. maddesi gereğince, bir mirasçı, terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu taktirde sulh hakimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı taktirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir. Terekeye dahil diğer hakların ve alacakların paylar oranında bölünmesi hususunda da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Mahkemece, anılan yasa hükmü gereğince Sulh Hakimi görevli olduğundan işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, yazılı olduğu şekilde dava konusu taşınmazların değerine göre Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA...**

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/842 K: 2008/3731 T: 27.03.2008****ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ
• MİRASÇILARIN HAKLARI***(TMK m. 644)*

Özet: *Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep edebilme olanağı yalnız mirasçılara tanınmıştır. Bu hususa ilişkin iddia ve itirazlar davanın her aşamasında ileri sürülebilir.*

Dava Medeni Kanunun 644. maddesi uyarınca elbirliği halindeki mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmeis istemine ilişkindir. Mahkemece iki adet taşınmazdaki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilmiş, hüküm davalılardan Abdil, Hapuş, Ayşe tarafından temyiz edilmiştir.

TMK'nın 644. maddesine göre mirasçı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Dava konusu T. Köyü 38 ve 40 parsellerin 80/1440 payı Gülsüm adına kayıtlı olup, hükmüne esas alınan Gülsüm'ün mirasçılarını belirleyen Serili Sulh Hukuk Mahkemesinin 1991/292-304 sayılı 21.5.1991 tarihli mirasçılık belgesinde davacı Mustafa, Gülsüm evladı olarak mirasçıdır. Ne var ki temyiz edenlerin temyiz dilekçelerine ekledikleri Serik Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/503 Esas 2007/540 Karar sayılı 8.6.2007 tarihli nüfus kaydının düzeltilmesine dair kararda davacı Mustafa'nın annesinin Gülsüm olmayıp Ayşe'den doğma olduğu ve anne adının bu şekilde düzeltilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Dava hakkına ilişkin olan bu husus her aşamada ileri sürülebilir. Bu nedenle kararın kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılarak, davacı Mustafa'nın tapu paydaşı Gülsüm'ün mirasçısı sıfatıyla dava hakkı olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir.

Kabule göre de Medeni Kanunun 644. maddesi uyarınca mahkemece davalılara gönderilecek çağrıda belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmelerine dair ihtaratta bulunması gerekir. Mahkemece davahlarca gönderilen davetiyelerde ihtarata bulunmadığının gözetilmemesi de doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle de bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA...**

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/33020 K: 2008/587 T: 28.01.2008****TAHLİYE TAAHHÜDÜ • İMZANIN ZİMNEN KABÜLÜ
• DAVACININ HAKLARI***

Özet: Tahliye taahhüdündeki imzaya açıkça itiraz etmeyen ve yargılama aşamasında da bu konuda aykırı savunma yapmayan davalının "tahliye taahhüdü düzenlenmediğine" ilişkin soyut beyanına itibar edilerek hüküm kurulamaz.

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, yazılı tahliye taahhüdü nedeniyle davalı hakkında yapılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması ve kiralananın tahliyesine ilişkindir. Mahkemece, istemin reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, davalının müvekkiline ait taşınmazda 11.10.2004 başlangıç tarihli sözleşme ile kiracı olduğuna 1.5.2005 tanzim tarihli tahliye taahhüdü ile kiralananı 15.01.2007 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt ettiğini, bu taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle yapılan icra takibine itiraz ettiğini ilen sürerek icra takibine yapılan itirazın kaldırılmasına, takibin devamına, kiralamanın tahliyesine karar verilmesini istemidir. Davalı, yöntemine uygun tebligata rağmen yargılamaya gelmemiş, davaya yanıt da vermemiştir.

Davaya ve icra takibine dayanak yapılan 1.5.2005 tanzim tarihli tahliye taahhüdündeki imzasına davalı açıkça itiraz etmemiş, yargılama aşamasında da duruşmalara katılarak karşı çıkmamıştır. Davalının soyut olarak davacı ile aralarında takibe dayanak yapılan tahliye taahhüdünü düzenlemedikleri şeklindeki itirazına değer verilemez. Mahkemece yapılacak iş, davalı açıkça ve ayrıca imzasına itiraz etmediğine göre davanın kabulüne, itirazın kaldırılmasına ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeksizin, yazılı gerekçe ile uyuşmazlığın yargılamayı gerektirdiğinden söz ederek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda, açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA** ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 28.01.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Yücel TIRPAN

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/6202 K: 2008/8914 T: 08.07.2008****TAŞINMAZ HUKUKU • ELBİRLİĞİ MÜLKİYET • HACİZLİ
TAŞINMAZIN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞÜMÜNDE İCRA HAKİMİNİN
YETKİSİ • İCRA MÜDÜRLÜĞÜNÜN YETKİ BELGESİ
DÜZENLEYEMEYECEĞİ***(TMK m. 644; İİK m. 121/1-2)*

Özet: Dava, icra takibinde borçlu olan kişinin hissesi oranında haczedilen taşınmazda mevcut (elbirliği mülkiyetinin) davalıların hisseleri de gösterilerek (paylı mülkiyete) çevrilmesine karar verilmesi istemine ilişkin olup; İcra ve İflas Kanununun 121/1. maddesinde: "...başka nevi malların satılması lazım gelirse icra müdürü satışın nasıl yapılacağını tetkik mercinden sorar"; 2. fıkrasında ise: "... merci ikametgahları malum olan alakadarları davet ve gelenleri dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir..." dendiğine göre, icra müdürlüğünden alınan yetki belgesiyle dava açılması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davasına dair karar davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalılar Beliga ve Mustafa Özsoylu vekili tarafından temyiz edilmiş ise de mahkeme temyiz dilekçesi yasal süre geçtikten sonra verildiğinden temyiz isteminin reddine karar vermiş, ret kararı davalılar Beliga ve Mustafa Özsoylu vekili tarafından yasal yedi günlük süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davalılardan Mustafa'nın müvekkiline olan borcu sebebiyle hakkında yapılan icra takibinde davalının miras bırakanı Hüseyin'in adına kayıtlı 2677 No'lu parselin ve 2678 No'lu parselde bulunan 48/338 payının borçlu mirasçının hissesi oranında haczedildiğini, davalıların kendi aralarında bu güne kadar veraseten intikal eden taşınmazları rıza-

en ve hukuken taksimini yapmadıklarını belirterek, davalıların elbirliği halinde maliki olduğu taşınmazların davalıların hisseleri de gösterilerek paylı mülkiyete çevrilmesini talep etmiştir. Mahkemenin davanın kabulüne dair kararı temyiz isteminde bulunan davalılar vekiline matbu kaşe üzerinde hangi nedenle muhatabın adreste bulunmadığı açıklanmadan Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre tebliğ olunmuştur. Bu durumda hükmün usulüne uygun tebliğ edildiği kabul edilemeyeceğinden ve davalılar vekilinin kendi bildirdiği öğrenme tarihi olan 25.2.2008 tarihi itibarıyla 28.2.2008 günlü temyiz dilekçesi süresinde verildiğinden yerel mahkemenin temyiz isteminin reddine dair 17.3.2008 gün ve 2007/512 esas 2008/46 karar sayılı ek kararının bozularak kaldırılmasına oybirliği ile karar verilip dosyadaki bütün kağıtlar okundu, gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine ilişkindir, İcra İflas Kanunu'nun 121/1. maddesi "... başka nev'i malların satılması lazım gelirse icra müdürü satışın nasıl yapılacağını tetkik merciinden sorar" 2. fıkrası ise " mercii ikametgahları malum olan alakadarları davet ve gelenleri dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir" hükmünü taşımaktadır. Bu açıklama karşısında bu davanın açılabilmesi için İcra Hakimliğince yetki verilmesi gerekirken icra Müdürlüğü'nden alınan yetki belgesine dayanılarak dava açılması ve karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu gibi kabul şekline göre de elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilirken hüküm fıkrasında her paydaşın payının ayrı ayrı gösterilmemesi de doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 08.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
7. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/1709 K: 2008/2556 T: 10.06.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • AİDİYET TESPİTİ • AİDİYETİN TESPİTİNDE DAVANIN TARAFLARI

Özet: Muhdesatın aidiyetinin tespiti davasında; ortaklığın giderilmesi davasının yargılaması sırasında muhdesatın davacı tarafından meydana getirildiğini açıkça kabul edenler dışında kalan ve taşınmazda paydaş olan tüm tapu maliklerinin taraf olması zorunludur.

Taraf koşulu kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca öne sürülmesine dahi mahkemece kendiliğinden araştırılması gerekir.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davacılar ve davalı Emsal tarafından istenilmiş olup, incelemenin duruşmalı olarak yapılması talep edilmiş ve duruşma günü taraflara tebliğ edilmiş ise de, duruşma için belirlenen 10.06.2008 günü belirlenen saatte tarafların gelmedikleri görülmekle incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildi. Tetkik hakiminin raporu okundu. Dosyadaki belgeler incelendi, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüldü:

1- Dava niteliği ve içeriği itibariyle taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın davacılar tarafından meydana getirildiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davalı Emsal tarafından da davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

Öğretide ve uygulamada kararlılık kazanan görüşlere göre, bir hükmü ancak hukuksal yararı bulunmak koşuluyla davanın gerçek tarafları ile davanın gerçek tarafı olmamakla birlikte aleyhine hüküm verilmiş olan kişiler temyiz edebilir. Davalı Emsal davanın gerçek tarafı ise de, mahkemece davanın reddine karar verildiği, aleyhine bir hüküm de oluşturulmadığı dikkate alındığında adı geçen davalının kendi lehine olan hükmün bozulması ve aleyhine hüküm oluşturulması istemiyle temyiz etmekte hukuksal bir yararının bulunmadığı kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle davalı Emsal'ın temyiz inceleme isteminin REDDİNE,

2- Davacıların temyiz itirazlarına gelince, mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de,yapılan araştırma ve soruşturma, toplanan delil-

ler hüküm vermeye yeterli değildir. Toplanan delillerden Üsküdar 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2004/451 esas sayılı dosyasında davaya konu binaların üzerinde bulunduğu 34 ada 25 ve 82 ada 9 parsel sayılı taşınmazların ortaklığının giderilmesi istemiyle taraflar arasında açılmış ve görülmekte olan bir davanın mevcut olduğu, davacıların bu davanın yargılaması sırasında sözkonusu taşınmazlar üzerinde bulunan muhtesatların (binaların) kendileri tarafından meydana getirildiğinin kabul edilmesi üzerine muhtesatların satış bedelinden sadece kendilerine pay verilmesini sağlama amacıyla görülen davayı açtıkları, 34 ada 25 ve 82 ada 9 parsel sayılı taşınmazlarda taraflar dışında birçok paydaşın bulunduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide ve uygulamada kararlılık kazanan görüşlere göre davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulmamış olması başlı başına bozma nedenidir. Muhtesatın davacı tarafından meydana getirildiğinin tespiti istemi ile açılan bu tür davalarda ortaklığın giderilmesi davasının yargılaması sırasında muhtesatın davacı tarafca meydana getirildiğini açıkça kabul edenler dışında kalan ve taşınmazda paydaş olan tüm tapu maliklerinin taraf olmaları zorunludur. Davanın sonucunda davanın kabulü yönünde verilebilecek hükmün ortaklığın giderilmesi davasına bakan mahkemeyi bağlayacağı, mahkemece davaya konu muhtesata isabet edecek satış bedelinin davacılar verilmesi sonucunu doğuracak şekilde oranlama yapıp hüküm verileceği dikkate alındığında görülen davada verilecek kararın tapuda malik olan tüm paydaşların haklarını etkileyeceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca görülen davada tapu maliki olan tüm paydaşlarının davada taraf olması gerekir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesi hükmüne göre taşınmaz mülkiyetinin araziyle birlikte arazinin üzerinde bulunan bütünleyici parça niteliğindeki muhtesatları da kapsadığı gözönüne alındığında taşınmazların fiilen taksim edilmiş olması ve binaların taksim sonucunda davacılar düşen taşınmaz bölümü üzerinde yapılmış olması bu olguyu değiştirmez. Kaldı ki davacıların bu iddialarının doğru kabul edilebilmesi için dahi taşınmazın tüm paydaşlarının davada taraf olmasının gerektiği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece bu olgu gözardı edilmiş, yersiz gerekçelerle diğer paydaşların davada taraf olmasının gerekmediği kabul edilerek hüküm verilmiştir. Taraf koşulu kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca öne sürülme- se dahi mahkemece kendiliğinden araştırılması gerekir. Taraf koşulu sağlanmadan eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilemez.

O halde mahkemece öncelikle tapuda paydaş görünen ve davada taraf olmayan, ortaklığın giderilmesi davasının yargılaması sırasında da davaya konu muhtesatların davacılar tarafından meydana getirildiğini açıkça kabul etmeyen diğer tüm taşınmaz paydaşlarının, ölü ise mirasçılarının davaya dahil edilmeleri sağlanmalı, geldiklerinde davaya karşı olduğu, davacıların bu davanın yargılaması sırasında sözkonusu taşınmazlar üzerinde bulunan muhtesatların (binaların) kendileri tarafından meydana

na getirildiğinin kabul edilmemesi üzerine muhtesatların satış bedelin-den sadece kendilerine pay verilmesini sağlama amacıyla görülen davayı açtıkları, 34 ada 25 ve 82 ada 9 parsel sayılı taşınmazlarda taraflar dışın-da birçok paydaşın bulunduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide ve uygulamada kararlılık kazanan görüşleer göre davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulmamış olması başı başına bozma nedenidir. Muhtesatın davacı tarafından meydana getiril-diğinin tespiti istemi ile açılan bu tür davalarda ortaklığın giderilmesi da-vasının yargılaması sırasında muhtesatın davacı tarafça meydana getiril-diğini açıkça kabul edenler dışında kalan ve taşınmazda paydaş olan tüm tapu maliklerinin taraf olmaları zorunludur. Davanın sonucunda dava-nın kabulü yönünde verilebilecek hükmün ortaklığın giderilmesi davası-na bakan mahkemeyi bağlayacağı, mahkemece davaya konu muhtesata isabet edecek satış bedelinin davacılara verilmesi sonucunu doğuracak şekilde oranlama yapıp hüküm verileceği dikkate alındığında görülen davada verilecek kararın tapuda malik olan tüm paydaşların haklarını et-kileyeceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca görülen davada tapu maliki olan tüm paydaşlarının davada taraf olması gerekir. 4721 sayılı Türk Me-deni Kanunu'nun 718. Maddesi hükmüne göre taşınmaz mülkiyetinin araziyle birlikte arazinin üzerinde bulunan bütünleyici parça niteliğinde-ki muhtesatları da kapsadığı gözönüne alındığında taşınmazların fiilen taksim edilmiş olması ve binaların taksim sonucunda davacılara düşen taşınmaz bölümü üzerinde yapılmış olması bu olguyu değiştirmez. Kaldı ki davacıların bu iddialarının doğru kabul edilebilmesi için dahi taşınma-zın tüm paydaşlarının davada taraf olmasının gerektiği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece bu olgu gözardı edilmiş, yersiz gerekçelerle diğer pay-daşların davada taraf olmasının gerekmediği kabul edilerek hüküm veril-miştir. Taraf koşulu kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca öne sürülme-se dahi mahkemece kendiliğinden araştırılması gerekir. Taraf koşulu sağ-lanmadan eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilemez.

O halde mahkemece öncelikle tapuda paydaş görünen ve davada ta-raf olmayan, ortaklığın giderilmesi davasının yargılaması sırasında da da-vaya konu muhtesatların davacılar tarafından meydana getirildiğini açık-ça kabul etmeyen diğer tüm taşınmaz paydaşlarının, ölü ise mirasçıları-nın davaya dahil edilmeleri sağlanmalı, geldiklerinde davaya karşı diye-cekleri ve varsa delilleri sorulup saptanmalı, gösterecekleri deliller top-lanmalı, taraf koşulu oluşturulduktan ve gösterilecek tüm deliller toplan-dıktan sonra davanın esası yönünden bir hüküm verilmelidir.

Mahkemece taraf koşulu oluşturulmadan davanın esasına girilip ya-zılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacıların temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin ödenen temyiz harcının istek halinde davacılara iade-sine, 10.06.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/1366 K: 2008/2014 T: 06.05.2008****BORÇLAR KANUNU • GERÇEK ZARARIN BELİRLENMESİ YÖNTEMİ
• MADDİ ZARARIN GİDERİLMESİNDE UYGULANACAK
KURALLAR***(818 SY m. 51-2, 55, 60)*

Özet: Dava, niteliği ve içeriği itibarıyla tacir ya da tacir sayılan taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelmese idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında, hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararlarla zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararını belirlenmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün Yargıtay'ca incelenmesi taraflarca istenilmiş olup, temyiz istemlerinin süresinde olduğu anlaşılmakla; dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüldü:

1- Dava niteliği ve içeriği itibarıyla tacir yada tacir sayılan taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat alacağının tahsili istemine ilişkindir.

İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere, bu yolla saptanan dava niteliğine ve özellikle iddia ve savunmanın kıymetlendirilmesi yönünden bilgilerine başvurulmuş ve hükme dayanak yapılan uzman bilirkişi raporunun niteliği, içeriği ve dosya kapsamında toplanıp değerlendirilen delillere, delillerin takdir, tahlil ve tartışılmasına ilişkin hükümde gösterilen gerekçelere, tüzel kişiler yönünden Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi hükmünde yazılı 1 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için o tüzel kişi veya kurumun dava açma konusunda emir vermeye yetkili organı tarafından zararın ve zarar sorumlusunun öğrenilmiş olmasının zorunlu bulunmasına, yasal olarak yapılmış bir yetki devri söz konusu olmadıkça daha ait birimlerin bu arada şube müdü-

riürinin zararı ve zarar sorumlusunu öğrenmelerinin zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli olmamasına, iş sahibi davalı İGDAŞ ile yüklenici davalı Aydın el arasında düzenlenen sözleşmede iş sahibine yapılan işi kontrol ve denetleme, yükleniciye emir ve talimat verme yetkisinin tanınmış olması nedeniyle iş sahibi davalının meydana gelen zarardan dolayı Borçlar Kanununun 55 ve 51/2. maddeleri hükmüne göre müteselsil sorumluluğu bulunmasına göre davacı tarafın tüm davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**,

2- Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve soruşturma, toplanan deliller hüküm vermeye yeterli değildir.

Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonrakı durumu ile zarar verici olay meydana gelmese idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükm edilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararlar zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekir.

Toplanan delillerden davalıların yaptıkları doğalgaz hattı döşeme işi sırasında ve 01.01.2003 tarihinde İnönü 30/4-B sokakta bulunan davacı tarafa ait atıksu kanalında hasar meydana getirildiği anlaşılmaktadır. Davacı taraf görülen dava ile atıksu hattının deplase edilmesi nedeniyle 07.02.2003 tarihinde işi yapan firmaya imalat bedeli olarak ödediği 6.883.074.016 TL bedeli davalılardan istemiştir.

Hattın güzergahının değiştirilerek deplase edilmesi davacı tarafın kendi ihtiyacı doğrultusunda gerçekleştirdiği bir tasarruftur. Az yukarıda açıklanan gerçek zarar ilkesine göre davacı tarafın davalıların fiili ile arasında uygun illiyet bağı bulunmayan ve davalıların fiilinin doğrudan sonucu olmayan yeni hat nedeniyle fazladan yaptığı bu giderlerin tamamını davalılardan isteyemeyeceği ancak zarar gören hattın eski haline getirilmesi için gereken onarım bedelini ya da onarım mümkün değil ise eski hat ile aynı özellikte ve aynı uzunlukta olmak üzere hattın yeniden yapılma bedelini isteyebileceği, bu durumda da eski hat ile yeni hat bedeli arasındaki eski yeni farkının hesaplanacak bedelden düşülmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece benimsenen bilirkişi kurulu raporunda zarar gören eski atıksu hattının onarılarak kullanılmasının mümkün olup olmadığı, onarılabilecek ise eski hale getirme bedelinin ne olacağı, eski hale getirme mümkün değil ise, eski hattın aynı özellikte ve aynı yere yeniden yapılması için ne kadar harcaması gerektiği açıklanmadığı gibi mahkemece de bu hususlar bilirkişi kuruluna sorulup saptanmamış, yetersiz bilirkişi kurulu raporu benimsenerek hüküm verilmiştir.

Yetersiz bilirkişi kurulu raporu benimsenerek eksik araştırma ve soruşturma ile hüküm verilemez.

O halde dosya yeniden bilirkişi kuruluna verilerek bilirkişi kurulundan az yukarıda açıklanan kurallar doğrultusunda davacı tarafın gerçek zararının hesaplanması için gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınmalı, bilirkişi raporunun davanın niteliğine ve dosya içeriğine uygun düzenlenip düzenlenmediği bizzat hakim tarafından da incelenip denetlenmeli, davalıların haksız fiil kurallarına göre sorumlu tutulabileceği gerçek zarar miktarı duraksamasız belirlendikten sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun bir hüküm verilmelidir.

Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmaksızın, yetersiz bilirkişi raporu benimsenerek eksik araştırma ve soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davalı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harçlarının istek halinde davalılara iadesine, 06.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/1399 K: 2008/2408 T: 02.06.2008****KESİN HÜKÜMDEN SÖZ EDİLEBİLMESİNİN KOŞULLARI •
TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ MUHTESATIN AİDİYET TESPİTİ**

(1086 SY m. 237; 4721 SY m. 721)

Özet: Dava niteliği ve içeriği itibariyle tapuda tarafların ortak miras bırakan adına kayıtlı ortaklığın giderilmesi davasına konu taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatın 3-4-5. katlarının aidiyetinin tespiti istemine ilişkindir.

Kural olarak kesin hüküm kamu düzenine ilişkin istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerekli olumsuz dava koşullarındandır.

Kesin hükümden söz edilebilmesi için koşulların HUMK 237. maddesi hükmüne göre her iki davanın taraflarının konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir.

Daha önce görülen davada, dava konusu katların kim tarafından meydana getirildiği olgusunun tartışılmadığı, taşınmazın iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi olması nedeni ile unsurları oluşmayan davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından, kesinleşen hüküm, görülen dava açısından kesin hüküm oluşturmaz.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafça, istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu. Tetkik hakiminin açıklamalara dinlendi. Gereği görüldü:

Dava niteliği ve içeriği itibariyle tapuda tarafların ortak miras bırakan adına kayıtlı ortaklığın giderilmesi davasına konu 407 ada 9 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatın (5 katlı binanın) 3, 4 ve 5. katlarının aidiyetinin tesbiti istemine ilişkindir.

Davalı taraf kesin hükme dayanmış; mahkemece kesin hüküm nedeni ile davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç davanın niteliğine, toplanan ve değerlendirilen delillere uygun düşmemiştir.

Kural olarak kesin hüküm kamu düzenine ilişkin, istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerekli

olumsuz dava koşullarındandır. Ne var ki, kesin hükümden söz edilebilmesi için koşulları HUMK'un 237. maddesi hükmüne göre. her iki davanın taraflarının konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir. Somut olaya gelince; aynı taraflar arasında daha önce açılıp görülen ve kesin hükme bağlanan Bakırköy Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin 2002/875 Esas, 2005/162 Karar sayılı dosyasında açılan davanın 4721 sayılı TMK 721 (eski MK m. 650) maddesi hükmüne, göre açılmış temlikten tescil istemine ilişkin olduğu, bu davanın dilekçesinde davacı taraf aynı binanın 3, 4 ve 5. katlarının kendi adlarına ve hesabına meydana getirildiğini öne sürerek tapu iptal ve tescil isteminde bulundukları, mahkeme hükmünün gerekçesinde davaya konu katların kim tarafından meydana getirildiği olgusunun tartışılmadığı, taşınmazın iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi olması nedeni ile unsurları oluşmayan davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından kesinleşen bu hükmün görülen dava açısından kesin hüküm oluşturmayacağı kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca mahkemece davalı tarafın kesin hüküm itirazının reddine karar verildikten sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilip davanın esası yönünden bir hüküm verilmesi gerekirken kesin. hüküm nedeni ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenlerine göre de sair yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına,peşin alınan harcın istek halinde ilgisine iadesine, 2.6.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/3012 K: 2008/4626 T: 06.10.2008

YOLSUZ TESCİLE DAYANAN İPTAL DAVASI • MAHKEMECE İZLENECEK YÖNTEM • İYİ NİYETLE AYNI HAK KAZANIMI

(TMK m. 1023)

Özet: Sahte ve düzmece tavgiz kararıyla oluşturulduğu iddia edilen taşınmaz mülkiyetinin iptali davasında; ilk önce davacının sözkonusu yer üzerinde doğmuş bir mülkiyet hakkının bulunduğu tespit edilmeli ve sonra davalıların edinimlerinde kötü niyetli olduğu kabul edilmelidir.

Şartların gerçekleşmesi halinde, yolsuz tescile dayanarak aynı hak edilenen kişinin kazanımı korunabilir. Burada aranacak olan şart "iyi niyetle hak edinilmesi" olgusudur.

Ahmet ve müşterekleri ile Meral ve müşterekleri, Halit mirasçuları; Emine ve müşterekleri aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının kabulüne dair Gölbaşı/Ankara Asliye Hukuk Hakimliğinden verilen 11.03.2008 gün ve 38/142 sayılı hükmün duruşma yapılması suretiyle Yargıtay'ca incelenmesi cevap dilekçesi ile davacılar Ahmet ve müşterekleri vekili, duruşmasız olarak incelenmesi ise; davalı Meral vekili, Nadire vekili, Ömer vekili, Emine ve müşterekleri tarafından istenilmiştir. Dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 23.09.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü temyiz eden davalı Hasan bizzat, davalı Ömer vekili avukat, Meral vekili avukat, davalı Nadire vekili avukat ve karşı taraftan davacılar Ahmet ve müşterekleri vekili avukat Bahattin geldiler. Duruşmaya başlanarak temyiz isteğinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan ve hazır bulunanların sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek, dosya incelendi, gereği düşünöldü.

KARAR

Davacılar Sema ve arkadaşları vekili, sahte ve düzmece tavgiz kararıyla oluşturulan 534 parselin davalılar adına olan tapu kaydının vekil edenlerinin miras payları oranında iptali ile adlarına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

(*) Gönderen: Bahattin YAVUZ, Ankara Barosu

Davalılar vekilleri, vekil edenlerinin dava konusu paylara ilişkin taşınmaz bölümlerini tapu sicilindeki kayda dayanarak iyi niyetle edindiklerini belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuşlardır.

Mahkemece, dava konusu paylan kapsayan 534 parselin oluşumuna esas olan tavzih kararının hükümsüzlüğüne ve usulsüzlüğüne hükmedildiği, bu nedenle kaydın yok hükmünde olduğu böyle bir kayda dayanarak iyi niyetli edinmeden söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi üzerine, hüküm tüm davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Hükmen oluşturulan 534 parselin öncesi 292 parseldir. 622.000 m² yüz ölçüme sahip 292 parselin kadastro tutanağında; özel sütununda tarih ve sayılan yazılı tapu kayıtlarına dayanılarak Ahmet oğlu İsmail ve arkadaşları adına 1950 yılından önce tespit edildiği, Halime'nin süresinde 292 parselin iptal ve tescili için Ankara Tapulama Mahkemesine açmış olduğu itiraz davasına Hazine, Sefer ve İsmail katılarak yapılan yargılama sırasında 292 parselin teknik bilirkişi tarafından düzenlenen 01.11.1974 günlü krokide A, B ve C harfleriyle gösterilen taşınmaz bölümlerinin belirlendiği, yapılan yargılaması sonunda 28.11.1975 gün 1961/256 esas 1975/260 karar sayılı kararla taşınmazın krokide B harfiyle gösterilen 431.225 m² bölümünün Teşrinsani 1308 gün ve 18 numaralı tapu kaydıyla gittilerinin kapsamında kaldığı açıklanarak, Hanife ve müşterekleri C harfiyle gösterilen 82.475 m² lik yerin taraf gerçek kişilerin ileri sürdükleri tapu kayıtlarının kapsamı dışında kalan ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerden olduğu vurgulanmak suretiyle Hazine adına tesciline karar verilmiş, krokide A harfiyle gösterilen 108.300 m²lik bölüm hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiştir. Tarih ve sayısı yazılı hüküm Mehmet ve arkadaşları ile Hazinenin temyizi üzerine Yargıtay 7. Hukuk Dairesince 12.12.1977 gün 1977/4045-12907 esas ve karar sayılı hükümle onanmasına karar verilmiş, karar düzeltme yoluna başvurulmaksızın 19.03.1978 tarihinde kesinleşmiştir.

Hükümün kesinleşmesinden önce Halit miras bırakanları Maviye ve Keziban'ın dosya arasında bulunmayan tavzih dilekçesiyle yukarıda tarih ve sayısı yazılı Ankara Tapulama Mahkemesi kararıyla hakkında hüküm kurulmayan ve krokisinde A harfiyle gösterilen bölümün adlarına tesciline karar verilmesini istemişler, mahkemece 06.12.1975 gün 1961/256 esas 1975/23 Müt. sayılı tavzih kararıyla 108.300 m² yerin istekte bulunan kişiler adına tesciline karar verilmiş ve taşınmazın bu bölümü hakkında 534 parsel numarasıyla sicil oluşturulmuştur. Tüm bunlardan sonra Meral ve arkadaşlarının temyizi üzerine Yargıtay 16. Hukuk dairesinin 24.09.1992 gün, 1991/14174 esas 1992/10545 sayılı kararla tavzih hükmünün bozulmasına karar verilmiş, mahkemece bozma kararına uyulması ve yetkisizlik kararıyla dava dosyasının Gölbaşı/Ankara Kadastro Mahkemesine devrine karar verilmesinden sonra 12.08.1997 gün 1996/1 esas 1997/1 karar sayılı hükümle tavzih isteğinin usulsüzlüğü-

ne ve hükümsüzlüğüne karar verilmiş, bu hükümde temyiz edilmeksizin 20.07.2000 tarihinde kesinleşmiştir. İlk tavzih isteğinden sonra ilgilileri yeniden tavzih isteğinde bulunmuşlar, istekleri yerinde görülmeyerek reddedilmiştir.

Tapulama Mahkemesince verilen bu hükümden önce dava konusu 534 parsel 27.11.1987 tarihinde 1 /2 payı Keziban ve Maviye adlarına tapuya tescil edilmiş, miras yoluyla intikaller sağlandıktan sonra 26.08.1988 tarihinde 100300/108300 payı Meral'e tapuda temlik edilmek suretiyle, geriye kalan bölümde kayıt maliki Halit üzerinde bırakılmış, 22.09.1989 tarihinde dava konusu parsel ifraz edilmek suretiyle 593,594,595 ve 596 parseller oluşmuş, tapudaki devir ve temliklerle bu parseller davalı kimseler ile satıcılarına geçmiş bu parsellerden 593 parselde 04.04.1994 tarihinde imar uygulaması sonucu birçok imar parsellerine gitmiştir. Dava tarihi itibarıyla dava konusu parsellerin tümü davalı gerçek kişilerin adına kayıtlı bulunmaktadır.

Davacılar tespit tarihinden önceki sebebe dayanarak iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır. Mahkemece dava konusu yerlerin davacılara ait kadastro tespitinde nazara alınan dayanak tapu kaydının kapsamında kaldığı, 534 parselin oluşumuna esas olan tavzih kararının yok hükmünde olduğu, böyle bir kayda dayanılarak kazanımda bulunan kişilerin kazanımlarının korunamayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

TMK'nın 1024. maddesine dayalı isteklerde, davanın kabul edilebilmesi için davacıların öncelikle bu yer üzerinde doğmuş mülkiyet haklarının bulunduğu, ondan sonra davalıların edinimlerinde kötü niyetli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla bu davalar iki aşamalı davalardır. Mülkiyet haklarının belirlenmesi, ondan sonra yolsuz tescile dayanarak edinen kişilerin edinimlerinde kötü niyetli olduklarının belirlenmesi gerekmektedir. Görülmekte olan davada davacıların dava konusu yeri edindikleri kesin olarak belirlenememiştir. Esasen mahkemece bu yön üzerinde durulmamış tarafların delilleri toplanıp bir sonuca ulaşılmamıştır.

Öncelikle bu konuda davacılara süre ve imkan tanınması mülkiyet hakkını kanıtladıkları takdirde geçersiz tavzih hükmüne dayanarak oluşturulan yolsuz tescil sonucu kazanımda bulunan davalıların bu kazanımlarında kötü niyetli olduklarını kanıtlamaları gerekir. Her ne kadar mahkemece hükümsüz ve yolsuz bulunan tescil kararı karşısında iyi niyetin korunamayacağı sonucuna ulaşılmış ise de, TMK'nın 1023 ve 1024. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi halinde bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan yolsuz bir tescile iyi niyete dayanarak mülkiyet veya başka aynı bir hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunacağı ilkesi karşısında mahkemenin gerekçesine katılmak mümkün olmamıştır. Tescil yolsuz olmakla bir-

likte sicilin oluşmasından sonra Tapu Sicil Müdürü önünde birçok devir ve temlikler yapılmış, en son taşınmazın bir bölümü imar uygulamasına tabi tutulmak suretiyle imar parselleri de oluşmuştur.

Temelinde yolsuz tescile dayanarak aynı hak edinen bir kişinin koşulları mevcut olduğu takdirde TMK'nın 1023. maddesi karşısında kazanımı korunabilir. Yukarıdan beri yapılan tüm bu açıklamalar göz önünde tutularak davacıların dava konusu taşınmazı edinip edinmediklerinin belirlenmesi, bu konuda kendilerine delillerini sunmak üzere süre ve imkan tanınması, mülkiyet hakkının doğduğu belirlendikten sonra davalıların kazanımlarında kötü niyetli olup olmadığı hususunda davacıların delillerinin sorulması, davalılar karşı delil gösterdikleri takdirde onların da toplanıp birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler üzerinde durulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir.

Bundan ayrı, karar başlığının 1 ila 8, 36 ila 45, 63 ila 79, 88 ila 92, 141, 144, 160, 163 ila 170, 172 ila 198 ve 227 sırasında gösterilen davacıların kendilerinin veya miras bırakanlarının dava dilekçesinde yer almamalarına, sonradan harcını yatırmak suretiyle usulüne uygun olarak davaya katılmamalarına rağmen taraf durumunu almayan bu kişiler lehine iptal ve tescile karar verilmiş olması da doğru değildir.

Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle ve HMUK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 2.290.00 YTL peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine 06.10.2008 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davacılar, Ankara Tapulama Mahkemesinin 28.11.1975 tarih ve 1961/256 esas, 1975/260 karar sayılı ilamında açıklandığı üzere dava konusu 292 parselin bu karara esas bilirkişiler raporunda A harfiyle gösterilen 108.300 m²'lik bölümünün aynı parselde uygulanan kök tapu kaydının kapsamında kaldığını açıklayarak ve Tapulama Mahkemesinin kesinleşen ilamında 292/A parselle ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmediğinin unutulduğu ileri sürülerek bu bölümün paylan oranında adlarına tescilini talep ve dava etmişlerdir.

Davalı kişiler tapu kaydının alenilik ilkesine dayanarak ve iyi niyetli olduklarını açıklayarak kayda güvenerek tapuda satın aldıklarını, açılan davanın reddine karar verilmesini savunmuşlardır.

Mahkemece davanın kabulüne, 292/A parselinin gittisi olan tapulama parselleri ile onunda gittisi olan imar parsellerinden dosyada mevcut bilirkişi raporları dikkate alınarak hesaplanan paylar oranında adlarına kayıt ve tesciline karar verilmiştir. Hükmün süresi içerisinde temyiz edildiği görülmüştür.

Toplanan deliller tüm dosya içeriğinden; dava konusu 292 nolu ana parselle ilgili tapulama tutanağının dayanılan Ankara Tapulama Mahkemesinin 1961/256 esasta kayıtlı yargı yollarından geçerek kesinleşen dosyası içerisinde ve kısmen de ferdileşmiş şekilde olduğu görülmüştür.Yapılan incelemede 622.000

m2 olarak otlakiye vasfıyla 1325 tarih 48 nolu tapu kaydı ve gittisi olan Aralık 1949 tarih ve 25 nolu tapu kaydı esas alınarak belirli paylarla Ahmet oğlu İsmail ve arkadaşları adına 1953 yılında tespitinin yapıldığı, bu tespiti süresi içerisinde itiraz edilmesi üzerine dosyanın Tapulama Mahkemesine intikal ettiği, esasen İ. Köyü'yle ilgili birçok tapulama parseline itiraz edilmesi üzerine dosyaların başlangıçta tevhit edildiği, daha sonra ayrıldıkları yapılan incelemeden anlaşılmıştır.

Tapulama Mahkemesinin 1961/256 esasta kayıtlı dosyasında, 23.08.1971 gününden itibaren 1961/255 ve 256 esasta kayıtlı dosyalar ile 1968/363, 579, 360,571, 580, 373, 361, 380, 381, 377, 378 ve 557 esaslarında kayıtlı dosyaların müştereken keşfi kapsamlı bir şekilde yapılmış ve 24 sayfadan ibaret keşif zaptından onaylı bir suret tapulama dosyası içerisine konulmuştur. Yapılan incelemede itirazlı dosyalarla ilgili olarak itiraz edenlerin, parsellerin tespitine esas alınan kişilerin ve hazinenin dayandıkları tapu ve vergi kayıtları kapsamlı bir şekilde ayrı ayrı mahalline uygulanmıştır. Keşfe katılan teknik heyet 20 sayfadan ibaret 01.11.1974 tarihli gerekçeli raporlarını dosyaya sunmuşlardır.

Bilirkişiler Orhan, Ahmet ve Cumhuriyet tarafından düzenlenen 01.11.1974 tarihli bilirkişi raporunun 6. sayfasında 5 nolu bölümden itibaren nızalı 182, 207, 223, 224, 227, 230, 241 ve 250 parseller için tapulamada uygulanan t.sani 1308 tarih ve 7 nolu tapu ile bunun gittisi olan k.sani 1325 tarih ve 26 nolu tapu kaydının az yukarıda numaraları yazılı olan parsellerden 329, 331, 223, 224, 227 ve 230 nolu parsellerin tamamıyla eldeki davaya konu 292 parselin A harfiyle gösterilen kısmına uyduğu, ayrıca bu tapuların nızalı olmayan 187 ile 193 ve 195 ile 198 ve 210 ile 222, 225, 226, 231 ve 232 nolu parselleri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu tapunun tapulamada revizyon gördüğü öteki nızalı parseller ve niza dışı parselleri kapsamadığı anlaşılmaktadır.

Yine, aynı bilirkişilerin tapulama dosyasında mevcut kapsamlı ve gerekçeli raporlarının 8. sayfasında 8 nolu bölümden itibaren "...Nızalı 292, 419, 420, 436 parseller için uygulanan t.sani 1308 tarih 12 nolu tapu ile aynı tarih 13 nolu tapu kayıtlarının birbirine mücavir tapu kayıtları olduğu, tapu kaydındaki taşlık kısmın 292 parselin kuzeybatı tarafındaki bilirkişiler krokisinde C harfiyle gösterilen kayalık kısım olduğu, t.sani 1308 tarih 12 ve 13 nolu tapu kayıtlarının niza dışı 291 parselin A harfiyle gösterilen kısmı ile Tapulama Mahkemesinde nızalı olan 292 parselin B harfiyle gösterilen kısımlarına uyduğu saptanmıştır.

Bilirkişilerin karara ve infaza esas alınan krokileri, Tapulama Mahkemesinin 1961/256 esasta kayıtlı dosyası içerisinde bulunmamaktadır. Ancak, Tapulama Mahkemesinin 1961/256 esasta kayıtlı dosyasında verilen karar kesinleşip tapuda infaz edildiğine göre, karara esas alınan ve dosyada mevcut olmayan krokinin Çankaya Kadastro Müdürlüğünde ya da Çankaya Tapu müdürlüğündeki evrakı müsbetlerin içerisinde olduğu kuşkusuzdur. Ne var ki, yargılama aşamasında bu yön düşünülmemiş ve istenmemiştir. Bundan ayrı, yukarıda esas numaraları yazılı olan toplam 14 adet tapulama dosyası için müşterek keşif yapıldığına göre aynı bilirkişilerin raporlarından onaylı birer suretin yukarıda yazılı olan tapulama dosyaları içerisinde bulunacağı da kuşkusuzdur. Oysa ki, mahalli mahkemede belirtilen dosyalar içerisinde de herhangi bir inceleme yapmadan ve karara esas infazda dikkate alınan krokiyi getirmeden karar vermiştir.

Tapulama Mahkemesinin kararı kesinleşip infaz edildikten sonra dosya içerisinde mevcut olmayan tazyik dilekçesi sonucunda Ankara Tapulama Mahkeme-

si Hakimliği 1961/256 esas, 1975/23 müteferrik karar ile 06.12.1975 tarihinde asıl kararda olmadığı halde ve hakim elini dosyadan çekmiş olmasına karşın tavzih ile 292 nolu parselin A harfiyle gösterilen 108.300 m²'lik bölümüyle ilgili olarak kabul kararı dolayısıyla bu yerin Kestane Mehmet mirasçıları Kezban Kök ile Maviye Demir adlarına tapuya tesciline karar verilmiştir. Bu tavzih kararının infaz edildiği ancak infazdan sonra mahalli Tapu Sicil Müdürlüğüne ihbar edilmesi üzerine tereddüt hasıl olduğu için durum Tapulama Hakimliğine bildirilmiştir. Bu kez Tapulama Hakimliğinin karar üzerine Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin bozma ilamı dikkate alınarak tavzih kararının sahte ve usulsüz olduğu belirlenmekle, usulsüzlüğüne ve hükümsüzlüğüne karar verilmiş, bu karar taraflara tebliğ edilmekle kesinleşmiştir.

Açıklanan olgular dosyadaki mevcut delillerle ve yapılan incelemeyle örtüşmektedir.

Uyuşmazlık, sahte ve hükümsüz olan tavzih kararıyla oluşturulan 292/A parsel ile ilgili sonradan gittileri bulunan ve imar uygulamasıyla birden çok parsel ile giden tapu kayıtlarının sahte ilamla oluşması nedeniyle yolsuz tescile konu olup olmayacağı, dolayısıyla geçerli olup olmadıkları, sahte ilamla oluşan tapu kayıtlarından tapudaki satıştan pay edinen kişilerin iyi niyetli sayılıp sayılmayacakları konusunda toplanmaktadır. Ayrıca davacılar eldeki davada Tapulama mahkemesinin 1971/256 esas 1975/260 karar sayılı dosyasına ve o dosyadaki revizyon gören tapu kayıtlarına tutunmuşlardır. Ne var ki; eldeki derdest dosyada Hazine taraf değildir. Ancak, az yukarıda açıklandığı üzere 292 parselin tespitine yapılan itirazlar sonucunda kesinleşen ilamlar 292 nolu parselin tespitine yapılan itirazlar sonucunda kesinleşen ilamlar 292 parselin B harfiyle işaretli bölümü tapu kaydı esas alınarak davacıları adına tescil edilmiş, 292 parselin C harfiyle işaretli bölümün Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olması nedeniyle Hazine adına tescil edilmiştir. İş bu davada 292 parselin A harfiyle işaretli bölümün Tapulama Mahkemesinde olumlu ya da olumsuz karar bağlanmadığı iddiasına dayanmaktadır. Yukarıda incelemesi yapılan keşif zaptında ve bilirkişiler raporunda kapsamlı şekilde açıklandığı üzere 292 parselin A harfiyle gösterilen kısmı dava dışı parsellere revizyon gören t.sani 1308 tarih 12 ve 13 nolu tapuların kapsamındadır. Bu tapu dava dışı 291 nolu parselin krokide (A) ile işaretli bölüme de uymuştur. Öyle ise 292 nolu parselin A ile gösterilen kısmı itirazsız olarak tapulama tespit malikleri adına tescil edilmiştir (edilmesi gerekir) ya da yukarıda esas numaralan yazılı olan itirazlı Tapulama Mahkemelerindeki dosyalarla bir karara bağlanmıştır. Bir başka anlatımla; davacılar, tapulan kadar yeri 292/B nolu parselden almışlardır. Tapularından eksik almışlarsa, eksik olan kısım 291/A parseldedir. Artık, davacıların 292/A parselde herhangi bir hakları yoktur. Bu nedenle, yolsuz tescile konu olan bu yerlerin maliki Hazine olacağından; davanın Hazineye ihbar edilmesi gerekir.

Zira, sahte ilamla oluşturulan tapular yolsuz tescil hükmündedir. Süre neye ulaşır ulaşsın ilgisine herhangi bir hak bahsetmez. Süresiz olarak açılacak dava ile her zaman iptali mümkündür. Böyle bir tapudan pay edinenlerde iyi niyetli sayılamazlar. Çünkü tapunun esası meşru bir nedene ve temele dayanmamaktadır.

Mahalli mahkeme, davacıların dayandığı Ankara Tapulama Mahkemesinin 1961/256 esasında kayıtlı dosyasını kapsamlı bir şekilde incelememiş, yine o

dosya içerisindeki keşif zaptında belirtilen öteki dosyaları da getirip incelememiştir. Kaldı ki hukuki müesseselerin nitelemesinde de yanılgiya düşmüştür.

Hal böyle olunca, davacıların davasının esastan reddedilmesi, davalılar üzerindeki kaydında meşru bir nedene dayanmaması nedeniyle davada Hazineye ihbarda bulunması gerektiği kanaatindeyim. Dairenin Sayın çoğunluğunun dosyada mevcut bozma gerekçelerine açıkladığım sebeplerle gerekçe ve ilke bazında katılamıyorum.Ancak, bozmada katılıyorum.

Üye
Satılmış ALTINGÖZ

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/37469 K: 2008/12495 T: 26.05.2008

**İŞ HUKUKU • DEVLET MEMURLARI YASASINA GÖRE ÇALIŞTIRILAN
ANCAK PRİMLERİ SSK'YA ÖDENEN KİŞİ İŞ KANUNUNA TABİ
DEĞİLDİR • DEVLET MEMURLARI YASASINA GÖRE ÇALIŞANLARDA
İŞE İADE İSTENEMEZ • DEVLET MEMURLARI YASASINA GÖRE
ÇALIŞAN KİŞİLERİN DAVASI İDARE MAHKEMEDE GÖRÜLMELİDİR***

(4857 SY m. 18 vd., 657 SY m. 89, 5521 SY m. 1)

Özet: Davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme isteği reddetmiştir.

Davacının Meslek lisesinin kuaför bölümünde dışarıdan ücretli usta öğretici olarak İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nün istemi ve İlçe Kaymakamlığının onayı ile görevlendirildiği, davacıya ücretlerinin 657 Sayılı Yasanın 89. Md.sine uygun olarak Bak. Kur.ca çıkarılan kararlar uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenen ders ücretleriyle ödendiği anlaşılmaktadır. Davacının sosyal güvenlik hukuku yönünden SS Kurumu kapsamında gösterilmesi iş sözleşmesi ile çalıştığını göstermez. Davacı 657 Sayılı Yasanın 89. maddesinde belirtilen statü içinde ve Kaymakamlık onayı ile görevlendirilmiştir. Dava ile davalı arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Statü hukuka tabi olduğunun kabulü gerekir. Aradaki hukuki ilişki iş sözleşmesi bir başka anlamla işçi-işveren ilişkisi olarak nitelenemez. Bu hukuki olguya göre uyumsuzluğun çözüm yeri idari yargı olmalıdır. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine vesise iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği 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:

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

YARGITAY KARARI

Davacı davalı Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Meslek Lisesinde usta öğretici olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında ve iş sözleşmesi ile çalıştığını belirterek iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve ise iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının belirli süreli ta sözleşmesi ile çalıştığı, ayrıca davacının görev yaptığı okulda sigortalı, sayısının 11 olduğu, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi mahkemelerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 89. maddesinde "Her derecedeki eğitim ve öğretim kurumları ile Üniversite ve Akademi (Askeri Akademiler dahil), okul, kurs veya yaygın eğitim yapan kurumlarda ve benzeri kuruluşlarda öğretmen veya öğretim üyesi bulunmaması halinde öğretmenlere öğretim üyelerine veya diğer memurlara veyahut açıktan atanacaklara ücret ile ek ders görevi verilebilir, ücretle okutulacak ders saatlerinin sayısı, ders görevi alacakların nitelikleri ve diğer hususlar ilgili Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı ile tespit olunur, hükümleri yeralmaktadır.

Bu maddeye istinaden çıkarılan, Milli Eğitim Bakanlığı kuramlarında Sözleşmeli veya ek ders görevi ile görevlendirilecek uzman ve usta öğreticiler hakkında yönetmeliğin 5/2 maddesi uyarınca da, Uzman ve Usta Öğreticilerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 89. maddesi uyarınca 02.12.1998 tarihli ve 98/12120 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, ile yürürlüğe konulan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Esaslarda belirtilen miktarda ek ders görevi verilebileceği belirtilmiştir.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır, iş mahkemelerinin görev alanını bakım, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde iş mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli hukuk veya idare mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Davacının Meslek Lisesinin kuaför bölümünde dışardan ücretli usta öğretici olarak İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nün istemi ve ilçe kaymakam-

lğının onayı ile görevlendirildiği, davacıya ücretlerinin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 89. maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararlar uyarınca Maliye Bakanlığınca belirlenen ders ücretleriyle ödendiği anlaşılmaktadır. Davacının sosyal güvenlik hukuku yönünden Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında gösterilmesi iş sözleşmesi ile çalıştığını göstermez. Davacı 657 Sayılı Yasanın 89. maddesinde belirtilen statü içinde ve Kaymakamlık onayı ile görevlendirilmiştir. Davacı ile davalı, arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Statü hukukuna tabi olduğunun kabulü gerekir. Aradaki hukuki ilişki iş sözleşmesi, bir başka anlatımla işçi-işveren ilişkisi olarak nitelenemez. Bu hukuki olguya göre uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı olmalıdır. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Yazılı şekilde uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/272 K: 2007/8420 T: 26.03.2007****İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI
• İŞE İADE EDİLMEME TAZMİNATI • İŞÇİNİN KIDEMİ**

Özet: İşyerinde 12 yıldır çalışan işçinin işe başlatmama tazminatının 6 ay olarak belirlenmesi gerekir.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin fesih yazısındaki nedenlerle feshedildiğini, davalı bankanın birleşmeden sonra organizasyon değişikliğine gittiğini, davacının görev yaptığı Operasyonlar Yönetimi içinde idari işlerde de bu değişikliğe gidildiğini, bu kapsamda zırlı araçlarda görevli kadro yapısında ve görev tanımında esaslı değişikliğe gidildiğini, daha önce 3 kişi iken, bu sayının 2'ye düşürüldüğünü, şoför unvan ve görevinin kaldırılarak, güvenlik görevlisi ve destek yetkilisi görev tanımının getirildiğini, şoförlük görevi yanında yeni görevler verildiğini, bu kapsamda eğitim verildiğini, yeni modele geçişte hem tahsildarlık hem de şoförlük görevi verildiğini, eğitime tabi tutulan davacı bu işleri yapamayacağını belirtince de bu kadroya alınmadığını, değerlendirilebileceği bir görev de kalmadığından iş sözleşmesinin feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işveren tarafından gerçekleştirilen feshin 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesine uygun olmadığı, entegrasyon çalışmalarını nedeni ile kadro daraltılmasının tek başına fesih sebebi olamayacağı, davacının davranışlarından kaynaklanan neden sunulmasına rağmen savunmasının alınmadığı, birleşme sonrası davacının şoförlük görevi yanma tahsildarlık görevinin yüklenmesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu, bu konuda davacıya yazılı bir bildirim yapılmadığı, davacıya eğitim verilmesine rağmen, iş sözleşmesinin feshinin doğru olmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersiz-

liğine, davacının işe iadesine karar verilirken, işe başlatmama tazminatı alt sınırdan uzaklaşarak ve gerekçe gösterilmeden davacının 8 aylık ücreti üzerinden belirlenmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, birleşme sonrası davacının şoförlük görevi yanma tahsildarlık görevinin yüklenmesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu, bu konuda davacıya yazılı bir bildirim yapılmadığı, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir. Ancak, Dairemizin istikrar kazanan uygulaması gereği, işe başlatmama tazminatının işçinin kıdemi, fesih nedeni gibi olgular dikkate alınarak yasal sınırlar içinde belirlenmesi gerekir. Davacının kıdemine göre işe başlatmama tazminatının üst sınırdan belirlenmesi hatalıdır. İşyerinde 12 yıldır çalışan davacı işçi için işe başlatmama tazminatının 6 ay olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda 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 İdemi ve fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 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 72.00 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 ilgisine iadesine, kesin olarak 26.3.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/9610 K: 2007/19487 T: 18.06.2007****İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASINDAN DOĞAN İŞÇİLİK ALACAKLARI
• BOŞTA GEÇEN ÜCRET ALACAĞINDAN VE İŞE BAŞLATMAMA
TAZMİNATINDAN ASIL İŞVERENİN DE SORUMLU BULUNDUĞU***

(4857 SY m. 2/6)

Özet: Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o iş yeriyle ilgili olarak; kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Bu nedenle işe başlatmama tazminatından ve boşta geçen ücret alacağından alt işverenle birlikte asıl işveren de sorumludur.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı ve davalı P. Şirketi avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davalı asıl işveren E.T. P. Y. A.Ş. ait A iş merkezinde diğer davalı alt işveren işçisi olarak ve güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin davalı işveren aleyhine fazla mesai ücret alacaklarının ödenmesi üzerine sözlü olarak feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayanmadığını belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadeline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı E.T. P. Y. A.Ş. şirket vekili, davacının diğer davalı şirket işçisi olduğunu davalıya husumet yöneltilmeyeceğim, şirketin M. Türk adına vekaleten işyerinde bu hizmeti yürüttüğünü, işe iade de muhatap olmadığını, diğer davalının işe başlatabileceğini başlatmama halinde ve gerekli ödemeleri yapmaması halinde işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağını ödemek zorunda kalabileceklerini, davacının sadakat borcun aykırı davrandığını, iş şartlarında esaslı değişiklik yapılmadan görev yerinin değiştirildiğini ancak davacının kabul etmeyerek işyerini terk ettiğini, güven ilişkisini zedelemesi il değiştirilmesinin istendiğini, davacının diğer davalı ile imzaladığı sözleşmede görev yer değişikliği yetkisinin

(*) Gönderen: Av. Cuma Arif DEMİR

işverene verildiğini, dava tarihinde bir fesih olmadığım savunurken diğer P. şirket vekili de, güvenlik elemanı olan davacının açmış olduğu alacak davası ile işveren aleyhine baskı oluşturduğunu, hakkını kötüye kullandığını, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar içine girdiğini, asıl işveren diğer davalının değiştirilmesini talep etmesi üzerine ihtiyaç olan yerde görevlendirildiğini, ancak davacının bu görev yerine gitmeyerek devamsızlık yaptığını ve dava açtığını, işveren tarafından bir fesih (işlemi yapmadığını) davanın reddi gerektiğini beyan etmiştir.

Mahkemece, davalılar arasında asıl alt işveren ilişkisi olduğu kabul edilmekle birlikte, davalı asıl işveren E.T. P. Y. A Şirketine husumet yöneltilmeyeceği, feshin haksız olduğu gerekçesi ile, Davalı E.T. P. Y. A Şirketi hakkındaki davanın husumetten reddine diğer davalı alt işveren hakkındaki davanın kabulü ile, feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE, işe başlatılmaması halinde 4 aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından, asıl işveren olan davalı E.T. P. Y. AŞ hakkında husumetten red kararı verilmesi ile 6 yıldır aynı işyerinde çalışan ve dava açtığı için iş sözleşmesi feshedilen davacının işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmiş olması nedeni ile, davalı alt işveren tarafından ise cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının güvenlik görevlisi olarak davalı E.T. P.Y. AŞ'ye ait A iş merkezinde diğer davalı alt işveren işçisi olarak çalıştığı, güvenlik hizmetinin yardımcı iş niteliğinde olduğu ve davalılar arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca asıl-ait işveren ilişkisi bulunduğu, davacının davalılar aleyhine fazla mesai ücret alacağının tahsili için dava açması üzerine iş sözleşmesinin 14.07.2006 tarihinde yainlı bildirim yapılmadan feshedildiği, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine ve davalı alt işveren işyerine davacının işe iadesine karar verilmesi doysa içeriğine uygun olduğundan davalı alt işverenin temyiz nedeni yerinde değildir.

Yukarda belirtilen madde uyarınca, alt asıl işveren ilişkisinde, asıl işveren alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur. Bu hüküm gereği davalı asıl işveren, işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süre ücret alacağından davalı alt işverenle birlikte sorumludur. Bu nedenle asıl işveren olan davalı E. T. P. Y. AŞ hakkında husumetten red kararı verilmesi hatalıdır.

Ayrıca davacının davalı işverenler aleyhine işçilik alacakların davası açtığı için iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmesine rağmen, işe başlatmama tazminatının bu fesih nedenine göre alt sınırdan belirlenmesi doğru değildir. Zira Dairemiz uygulaması gereği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen işe başlatmama tazminatının işçinin kı-

demi ve fesih nedeni gibi olgular dikkate alınarak 4 ila 8 aylık yasal sınırları içinde takdir edilmesi gerekir. Fesih sebebine göre bu tazminatın 6 ay belirlenmesi yerinde olacaktır.

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 P. KORUMA GÜVENLİK Hiz. AŞ işyerindeki **İŞE İADESİNE,**

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde davalıların müştereken ve müteselsilin sorumlu olmak kaydı ile ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 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 davalılardan müştereken ve müteselsilin tahsilinin **GEREKTİĞİNE,**

5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacının yapmış olduğu 64.20 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalıların yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına.

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 450 YTL ücreti vekaletin davalılardan alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davacıya iadesine, kesin olarak, 18.06.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/26457 K: 2007/32875 T: 08.11.2007****İŞ HUKUKU • İŞE İADE KARARI****• İŞÇİLİK HAKLARININ HESAPLANMASI • UYGULANACAK ÜCRET**

Özet: İşe iade davasından sonra tekrar işe başlatılmayan işçinin haksız fesihden dolayı hak kazanacağı işçilik hakları hesaplanırken, işe başlatılmama tarihinde geçerli ücret esas alınmalıdır.

Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ücreti ile hafta ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılardan Seyhan Belediye Başkanlığı ile davacı avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin mahkeme kararı na dayanarak süresinde işverene başvurduğu halde işe başlatılmamakla iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece işe başlatılmama tarihindeki asgari ücrete göre kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretine, karar verilmesi gerekirken geçersiz fesih tarihindeki ücret düzeyi esas alınarak anılan alacaklara karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 8.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/22157 K: 2007/34396 T: 19.11.2007****İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI
• FESHİN ZORUNLU HALE GELMESİ • ÖLÇÜLÜLÜK VE GEREKLİLİK
DENETİMİ**

Özet: İşletmesel karar sonucunda tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir.

İşverenin uyguladığı feshin, ölçülülük ve gereklilik bakımından denetime tutulması düşünülebilir.

Ölçülülük denetiminde, kararın hukuka uygun olup olmadığı, işçinin çalışma olanağını kaldırıp kaldırmadığı ve giderek feshin son çare olması ilkesine uygun davranıp davranılmadığı irdelenmelidir.

Gereklilik denetiminde ise, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığı araştırılmalıdır.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren vekili, davalı bankanın birleşmeden sonra organizasyon değişikliğine gittiğini, davacının görev yaptığı bölümde idari işlerde de bu değişikliğe gidildiğini, bu kapsamda kadro yapısında ve görev tanımında esaslı değişikliklere gidildiğini, davacının görev yaptığı nöbetçi kadrosunun kaldırıldığını, değerlendirilebileceği bir görev de kalmadığından iş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesine davalı tarafından haksız ve sebepsiz olarak son verildiği, davacının davasını kanıtlamış olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Her şeyden önce, belirtmek gerekir ki, Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'un 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Hatta bu yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Zira, böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. Yerel mahkeme kararı belirtilen hükümlere uyulmadığından öncelikle karar bu yönü ile hatalı bulunmuştur.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

İşletmesel kararın amacı, yargı denetimi dışındadır. Başka bir anlatımla işletmesel kararda, amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapılamaz. Ancak işveren yeniden yapılanma tedbirini ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını, tutarlılık denetimi kapsamında ispatlamalıdır. Bunun dışında işletmesel karar; ispat yükü işçide olmak üzere, işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir saikle fesihte bulunduğu, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir.

Yargı denetimi sırasında işveren işletmesel kararın amacını açıklayarak feshin neden gerekli olduğunu ispatlamak zorunda olacağı için işçi tarafından kötüniyet olarak ileri sürülen olgular çoğu kez tutarlılık denetiminin konusu olacaktır.

Ölçülülük denetimi de işletmesel kararın amacı ve bu amacın gerçekten gerekli olup olmadığı yargı denetimi dışında kaldığı için, 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. İşletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca fesih, son çare olmalıdır.

Gerekliklik denetimi de, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığına indirgenmelidir. Davalı işveren, birleşme sonrası yeniden yapılandığını ve bu şekilde birimlerde kadroları belirlediğini, fazlalık teşkil eden personeli çıkarma kararı aldığını savunmaktadır. Bu işletmesel karar, bağlı bir işveren kararı olarak doktrin ve Alman Hukukunda adlandırılmaktadır. Bağlı işveren kararında ifayı engelleyen durum ispatlanmamıştır. Bir başka anlatımla davalı işveren somut olayda birleşmeyi, birleşme sonrası yeniden yapılanmayı, bu yapılanma sonrası istihdam fazlalığı meydana geldiğini kanıtlamalıdır. Dosya içeriğine göre, K. Bank ve Y. Bankalarının 2006 yılı başlarında birleştiği, birleşme sonrası işvereni temsil eden Yönetim Kurulu'nun Banka Genel Müdürlük yapısını, organlarını, görevleri, görev tanımlarını gösteren yönetmelik yayınladığı, yeni organizasyon şeması düzenlediği, bazı kadroların iptal edildiği, davacının nöbetçi olarak görev yaptığı Loj/Bina Yön. Güvenlik Arşiv ve Depo Bölümünde eskiden çalışan 148 iken, yeni yapılanmada Lojistik ve Gider Yönetimi adı altında, çalışan işçi sayısının 130 olarak belirlendiği, bu bölümde nöbetçi ve depo bekçisi kadrolarına yer verilmediği, bu açıdan bağlı işveren kararı ile kanıtların sunulduğu anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, işverenin fesih nedeni olarak gösterdiği, birleşmeden sonra yeniden yapılanma doğrultusunda kadro yapısında ve görev tanımında esaslı değişikliklere gidilerek, davacının görev yaptığı nöbetçi kadrosunun kaldırılması kararı, bağlı bir işveren kararı olup, buna ilişkin kanıtlar sunulmuş bulunduğundan, bu kararın amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi tutularak, "davacının iş sözleşmesine davalı tarafından haksız ve sebepsiz olarak son verildiği, davacının davasını kanıtlamış olduğu gerekçesi ile" ve işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilmesi doğru değildir. Davalı işveren birleşme sonrası yeniden yapılanmış, norm kadro çalışması yapılmış ve davacının çalıştığı bö-

lümde görev yaptığı nöbetçi kadrosu iptal edilmiş ve istihdam fazlahğı meydana gelmiştir. Dolayısıyla ile bu kadroda çalışan işçilerinde çalışma olanağı ortadan kalkmıştır. Yasaya uygun kurulan yeni organizasyon bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedendir. İşverenin aldığı bu işletmesel karar, yukarıda sıralandığı gibi, öncelikle tutarlılık; keyfilik; daha sonrada feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimlerine tabi tutulmalıdır. İşveren aldığı bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını kanıtlamalıdır. İşletmesel karar tutarlı bir şekilde uygulanıyor ise daha sonra ölçülülük denetimine tabi tutulmalıdır.

Ölçülülük denetimi kapsamında, davacının eğitim durumuna ve görev tanımına göre çalıştırılıp çalıştırılmayacağı, ya da işyerinin banka olduğu da göz önünde bulundurularak başka bir birimde veya başka görevde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğı araştırılmış değildir. Bu nedenle, davacının eğitimi ve görev tanımı gibi nitelikleri dikkate alınarak, davalı bankanın başka birimlerinde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının, başka bir anlatımla, feshe son çare olarak başvurulup vurulmadığının gerekirse işyerinde keşif icra edilerek; bankacılık ve istihdam alanlarında uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/1820 K: 2008/17982 T: 30.06.2008****İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI • İŞLETMESEL KARAR
• İŞLETME DIŞI VE İÇİ ETKENLER • YARGI DENETİMİ
• İŞVERENE DÜŞEN İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Özet: İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel karar yargı denetimine tabi değildir. Söz konusu kararın hatalı alınmış olması da bu kuralı etkilemez.

İşveren işe iade davasında işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispatlamak zorundadır. Bu bakımdan işletme dışı sebeplerin mevcut olup olmadığı yargı tarafından denetlenebilir.

İşletme içi sebeplerde işveren hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. Burada dikkat edilecek husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve işçinin işyerinde çalışma imkanının ortadan kalkıp kalkmadığıdır.

İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlası geldiğini ve feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamak zorundadır.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine 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

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, olumsuz piyasa ve ekonomik koşullarda şirketin rekabet gücünün arttırılarak, rekabete daha etkin katılabilmesi amacıyla ya-

lın ve verimli bir organizasyon yapısının kurulması, iş süreçlerinin basitleştirilmesi, fonksiyon birleştirilmesi, yeni organizasyon ve iş yapış tarzında işgücüne ihtiyaç kalmayacak personelin azaltılması kararı çerçevesinde davacının çalıştığı muhasebe müdürlüğündeki görevinin lağvedildiğini, işgücüne ihtiyaç kalmaması nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının görev tanımı içerisinde davacının şirket içinde başka bir görevde çalışmasının denenmesi gerektiği, zira feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir, işveren amaç ve içeriğini belirlemede 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 uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın 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 alınan hatalı bir karara dayanması iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmaz, iş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. 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 çalış-

maya 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 imkân 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 olanağını 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 edektir.

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 (yönetmelik karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonelizasyon tedbirleri (örneğin, safi 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 yapılacağına karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun artırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulaması sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelenen 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, işveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin 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 denetimine tabi tutulamaz, işverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar 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 uyduğunu, 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 kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğinin 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 belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin karar, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı feshin kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır, iş 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 kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine davalı şirketçe alınan yeniden yapılanma kararı çerçevesinde işgücüne ihtiyaç kalmadığı gerekçesi ile davacının iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işverence sunulan yeni organizasyon şemasına göre bazı bölümler kaldırılmıştır. Davalı işveren vekili, mevcut pozisyonunda iş gücüne ihtiyaç kalmayan davacının başka bir bölümde değerlendirme olanağının kalmadığını ileri sürmüştür. Mahkemece dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak feshin son çare olması ilkesinin uygulanmadığı sonucuna varılmıştır. Organizasyon şemasına göre davacının çalıştığı pozisyonun

fiilen kaldırılıp kaldırılmadığının ve davacının başka bir pozisyonda değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığının tereddüde yer veremeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu nedenle yapılacak iş, işyerinde uzman bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak; davalı işverence yeniden yapılanma kararının tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı, fonksiyon birleştirmesi söz konusu ise fonksiyonun birleştirildiği bölümde iş gücünün nasıl karşılandığı, davacının pozisyonunun kaldırılıp kaldırılmadığı pozisyonu kaldırılmış ise başka bir bölümde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı, fesihten kısa bir süre sonra davacının değerlendirilebileceği pozisyonlara yeni işçi alınıp alınmadığı belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2909 **K:** 2008/24572 **T:** 24.09.2008

İŞ HUKUKU • İŞE İADE • GEÇERLİ FESİH • ŞEKİL KURALLARI

Özet: İşçinin hizmet sözleşmesini “geçerli nedenle” feshetmek isteyen işveren, fesih bildirisini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

İkinci olarak; işçinin davranışlarından dolayı veya veriminin düşük olması sebebiyle hizmet akdini feshetmek isteyen işveren işçinin savunmasını almak zorundadır.

Bu kurallara uyulmaksızın gerçekleştirilen feshin “geçerli fesih” olduğundan söz edilemez.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir,

Yerel mahkeme, davama reddine karar 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

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 hakkında gelen şikayetlerin değerlendirildiğini, müşterilerle ve iş arkadaşları ile çalışmasının uyumsuz olduğunu, iş kaybına ve çalışma ortamında huzurun bozulmasına neden olduğunu, yönetim kurulu kararı ile hakları ödenerek iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının iş arkadaşları VE müşterilerle uyumlu çalışmadığı, feshin haklı nedene dayandığı gerekçe-si ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca aynı yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yasalı fesih bildiriminin de, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur.

4857 sayın İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebini gösterilmemesi, İş Kanunu'nun 20. maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur.

İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar apık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeterli kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır,

Sadece fesih bildiriminin değil fesih sebeplerinin de yazılı olması ve işverence fesih bildirimini ile gerekçelerini kapsayacak şekilde altının imzalanması gerekir. İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz.

Diğer taraftan, 4857 İş Kanunu'nun 19. maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmamasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir, işverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar

verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimisiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı işçinin is sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca kıdem ve ihbar tazminatı ödeyerek feshettiği, feshin haklı nedene dayanmadığı, haklı fesih bildirimi yapılmadığı, fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmediği gibi, davranışlarından kaynaklanan nedenler ileri sürmesine rağmen savunmasını almadığı, feshin salt bu nedenlerle geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yarine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

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 dikkat alınarak takdiren davacının 6 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 60 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 500 YTL ücreti vekaletin davalıdan, alınarak davacıya verilmesine.

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/12312 K: 2008/12715 T: 14.10.2008

İŞ HUKUKU • MESLEK HASTALIĞINDA KUSUR BELİRLENMESİ • ÇALIŞMA SÜRESİYLE BAĞLANTI

(506 SY m. 18, 5510 SY m.14)

Özet: Davacı, meslek hastalığı sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirle ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücucaı ödetilmesini istemiştir.

Kusur belirlenirken, öteden beri uygulanan şekliyle 32 yıl formülü esas alınmak suretiyle belirleme yapılmalıdır. İş kazasında olayın özelliğine göre, kaçınılmazlık hiç olmayabileceği halde, meslek hastalığında, bu hastalığın niteliği itibariyle belli oranda kaçınılmazlığın varlığı gerekli ve zorunludur.

Davacı, meslek hastalığı sonucu 01.05.2000 tarihinde %48 oranında sürekli iş göremez duruma giren sigortalıya bağlanan gelir ve yapılan ödemeler nedeniyle, Sosyal Sigortalar Kurumu; 62.967,83 YTL olan kurum zararından şimdilik 5.631,64 YTL'nin davalı işverenden tahsilini talep etmiştir.

Mahkeme, bozmaya uyarak ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Meslek hastalığı, 506 Sayılı Kanunun 11. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi; işin niteliğine göre tekrarlanan sebepler veya işin yürütüm şartlarına göre ortaya çıkan hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir. Kusur incelemesi yapılırken, meslek hastalığının bu özelliği dikkate alınarak ve öteden beri uygulanan şekliyle 32 yıl formülü esas alınmak suretiyle belirleme yapılmalıdır. Mahkemenin, dayanak aldığı raporda ise; olay" iş Kazası gibi değerlendirilmiş ve BU suretle belirlenen kusur oranına çalışılan süre uygulanmak suretiyle kusur belirlenmiştir. Bu yöntem hatalıdır. İş kazasında; olayın özelliğine göre kaçınılmazlık hiç olmayabi-

leceği halde, meslek hastalığında, bu hastalığın belli oranda kaçınılmazlığın varlığı gerekli ve zorunludur.

Hükme esas alınan rapor Dairemizin ve Yargıtay'ın kabul ettiği, uygulamada 32 yıl formülü olarak adlandırılan esaslara aykırı düşmektedir. Sigortalının işyerlerinde 32 yıldan daha kısa bir süre çalışması halinde, kaçınılmaz maluliyet oranı; çalışılan yıl sayısı: 32, yıl ortalaması ile çarpılarak kaçınılmaz maluliyet oranı belirlenmelidir. Sigortalının 18 yaşından sonra çalışmaya başlaması halinde ise; her yıl için 32 yıldan 3 yıl indirilerek kaçınılmaz maluliyet belirlenmeli, artık yaşlar için orantılama yoluyla indirimde gidilmelidir. Kusur raporu bu hususları nazara almadığından yetersiz görülmüştür. Mahkemenin ODTÜ'den 3 kişilik konunun uzmanı bilirkişilerden bu doğrultuda kusur raporu alarak hüküm vermesi gerekirken, yetersiz kusur raporuna dayanarak karar vermesi, usul ve yasaya aykırı olup, karar bozulmalıdır.

Kabule göre de; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 417/1. maddesine göre yargılama harç ve giderlerinde davada haksız çıkan, yani, aleyhine hüküm kurulan tarafın sorumlu olduğu ve (5502 Sayılı Kanunun 36. maddesi) 4958 Sayılı Kanunun 23/c maddesine göre Sosyal Sigortalar Kurumunun harçtan bağışık olduğu gözetilmeksizin, karar ve ilam harcının Sosyal Sigortalar Kurumundan tahsil edilmiş olması, isabetsiz bulunmuştur.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davalıya iadesine, 14.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/17760 K: 2008/13921 T: 03.11.2008****İŞ HUKUKU • ÇOCUĞUN SAĞLIK YARDIMINDAN YARARLANMASI •
SİGORTALININ GERÇEK ÇALIŞMASININ OLMAMASI NEDENİYLE
SİGORTALILIĞININ İPTALİNDE SAĞLIK YARDIMI***(506 SY m. 35, 1479 SY m. Ek Md. 11, 5502 SY)*

Özet: Dava, sigortalı annenin çalışmalarrının fiili ve gerçek olmadığının müfettiş raporu ile tespit edilmesi nedeniyle iptali üzerine kızı için yapılan sağlık giderlerinin tahsili için yapılan icra takibine ilişkin olup, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. 5502 Sayılı Yasa uyarınca sosyal güvenlik kurumlarının birleşmesi nazara alınarak, kız çocuğu Begüm'ün babadan dolayı 1479 Sayılı Yasanın ek 11. maddesi kapsamında sağlık yardımlarından yararlanma koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.

Davacı, icra takibine yapılan itirazın ipatli ile takibin devamına ve %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, bozmaya uyarak ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşılmakla, Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu. Temyiz konusu hükme ilişkin dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hâllerden hiçbirine uymadığından, Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçirici sebeplere göre, davacı kurumun tüm, davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, sigortalı Sebahat'in çalışmalarının fiili ve gerçek olmadığının müfettiş raporu ile tespit edilmesi nedeniyle iptali üzerine kızları Begüm için yapılan sağlık, giderlerinin tahsili için yapılan icra takibine itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesine ilişkin olup, mahkemece, itirazın iptaline, takibin devamına, alacak yargılamayı gerektirdiğinden icra inkar tazminatının reddine karar verilmiştir.

5502 Sayılı Yasa uyarınca sosyal güvenlik kurumlarının birleşmesi nazara alınarak, kız çocuğu Begüm'ün, davalı Erol'dan dolayı 1479 Sayılı Yasanın ek 11. maddesi kapsamında sağlık yardımlarından yararlanma, koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olarak hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 03.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/14184 K: 2008/14760 T: 17.11.2008

İŞ HUKUKU • SİGORTALILIK BAŞLANGICI • ONSEKİZ YAŞ KURALI*

Özet: Kural olarak sigortalılık süresi 18 yaşından itibaren başlar. Mahkemece bu husus araştırılarak hüküm kurulmalıdır.

Davacı, sigortalılık başlangıcının 01.09.1988 tarihi olduğunun tespiti karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davanın yasal dayanakları olan 506 Sayılı Kanunun 108. maddesi ile "...sigorta süresinin başlangıcı, bu yasaya tabi olarak ilk defa çalışılmaya başlanılan tarih olup, istemin; Yasanın geçici 54. maddesi kapsamında ifade edilen istisnaya girmediği dikkate alındığında, Yasanın 60/G maddesinde ifade olunan "18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir" hükmü uyarınca, işe giriş bildirgesinden 13.01.1972 tarihinde doğmuş olduğu anlaşılan davacının sigortalılık başlangıcının nüfus kaydı da celbedilerek 18 yaşını doldurduğu tarih olarak

(*) Gönderen: Kazım GÜZELGÜN, Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

kabul edilmesi gerekirken, işe giriş bildirgesinde yazılı, daha önceki bir tarihin hükme esas alınması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 17.11.2008 gününde Üye M.Zafer Erdoğan'ın muhalefetine karşın; Başkan Süleyman Caner, Üyeler Ö.Sansal Erkam, Coşkun, Öztürk ve Neslihan Sever'in oylarıyla ve oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/18049 K: 2008/13519 T: 28.10.2008

KANUNLARIN GERİYE YÜRÜMESİ • RÜCU DAVALARI • 5510 SAYILI YASANIN ZAMAN OLARAK UYGULANACAĞI SÜRENİN BAŞLANGICI

Özet: Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazasından dolayı işverene karşı açılacak olan rücu davalarında; 1.10.2008 tarihinde meydana gelen iş kazalarında 5510 Sayılı Yasa hükümleri uygulanabilecektir.

1.10.2008 tarihinden önce meydana gelen iş kazalarına ilişkin rücu davalarında, 23.11.2006 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı doğrultusunda hüküm kurulacaktır.

Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücu an ödertilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1- Sigorta müfettişi tarafından yapılan incelemeye ilişkin rapor ekindeki dilekçe ile hizmet sözleşmesi içeriğinde, davalı şirket adresi olarak "B... Mah., O... A... Cad., No: 9 Yazıbaşı-Torbalı" bilgisine yer verilip, sigorta müfettişi tarafından yapılan kayıt incelemesi de bu adreste gerçekleştiği halde; dava dilekçesi ve kararın bu adrese tebliği için herhangi bir işlem yapılmaksızın, ticaret sicilindeki adrese Tebligat Kanunu'nun 35. madde-

si uyarınca tebliğle yetinilip, davalıya kanıtlarını sunma olanağı tanınmayıp, savunma hakkı kısıtlanarak yargılamanın sürdürülmüş olması,

2- Dava; iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı; hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken,

Anayasa Mahkemesi'nin, 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirler ile harcama ve ödemelerin; tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı kısmına hükmedilmesi gerekirken, gerçek zarar tavan değeri gözetilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Bu kapsamda, 5510 Sayılı Yasa'nın 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. maddesindeki, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir." düzenlemesi üzerinde durma gereği de bulunmaktadır.

"Kanunların geriye yürümesi veya yürümemesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürümemesi esası kabul edilmiştir. Buna göre, gerek Özel Hukuk ve gerekse Kamu Hukuku alanında, kural olarak her Kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir.

Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürümesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir (Prof. Dr. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, sn: 193-194; Prof. Dr. A. Şeref Gö-

zübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, sh: 73), (HGK 13.10.2004 T., 2004/10-528 E., 2004/533 K.)

5510 Sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle yeniden getirilen "sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı tazmin hükmünün, 5510 Sayılı Yasa'nın yürürlüğü öncesinde gerçekleşen iş kazalarından kaynaklanan rücuat tazminat davalarında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi, rücuat tazmine ilişkin işbu düzenlemenin; yasanın yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce meydana gelen olay ve ilişkilere uygulanmasını gerektirir yukarıda sıralanan istisnai durumlar kapsamında değerlendirilemeyeceği hukuksal gerçeği de bozma üzerine yürütülecek yargılama sürecinde gözönünde bulundurulmalıdır.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 28.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/8837 K: 2008/12195 T: 03.11.2008

BORÇLAR HUKUKU • SİGORTA HUKUKU • TRAFİK KAZASI • DESTEKTEN YOKSUN KALMA • TRAFİK SİGORTASI

Özet: Davalı, davacıların murisinin sürücüsü olduğu aracın İMMS sigortacısıdır. İMMS, zararın işletenin kusuruna göre zorunlu trafik sigortası limitinin üstünde kalan kısmını karşıladığından ve olayda da davacıların murisinin sürücüsü olduğu araç işleteni ve şoförü kusursuz bulunduğundan işletenin sorumluluğunu üstlenen mümeyyiz davalının sorumluluğu söz konusu değildir.

Taraflar arasında görülen davada Şanlıurfa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 10.04.2007 tarih ve 2006/759-2007/351 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe lahiyalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü.

Davacılar vekili, müvekkillerinin murisinin davalılardan R. Sigorta AŞ'nin İMMS sigortacısı olduğu aracın sürücüsü iken diğer davalıların malik ve ZMMS sigortacısı oldukları araç ile çarpışması sonucu vefat ettiğini, bu nedenle müvekkillerinin ölenin desteğinden yoksun kaldıklarını ileri sürerek, toplam 79.504,69 YTL tazminatın davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı R. Sigorta AŞ vekili, müvekkilinin davacıların murisinin sürücüsü olduğu aracın İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortacısı olduğunu, talebinin sigorta teminatı dışında kaldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı A. Sigorta AŞ vekili, poliçe limiti ile sorumlu olduklarını savunarak davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davalı araç sürücüsünün tam kusurlu olarak davacıların murisinin sürücüsü olduğu araca çarpması sonucu davacıların murisinin vefat ettiği ve bu nedenle davacıların destekten yoksun kal-

dıkları gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne 71.108,44 YTL maddi tazminatın temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsiline (sigorta şirketlerinin poliçe limiti ile sorumlu tutulmasına) karar verilmiştir.

Kararı, davalılardan R. Sigorta AŞ vekili temyiz etmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı talebine ilişkindir.

Mümeyyiz davalı, davacıların murisinin sürücüsü olduğu aracın İMMS sigortacısıdır. İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası, zararın işletenin kusuruna göre, zorunlu trafik sigortası limitinin üstünde kalan kısmını karşıladığından ve olayda da davacıların murisinin sürücüsü olduğu araç işleteni ve şoförü kusursuz bulunduğundan, işletenin sorumluluğunu üstlenen mümeyyiz davalının sorumluluğu söz konusu değildir.

Bu itibarla mahkemece mümeyyiz davalı aleyhine açılan davanın red-dine karar verilmek gerekirken, anılan husus nazara alınmadan mümeyyiz davalının da sorumluluğu cihetine gidilesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle mümeyyiz davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabul ile kararın **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 03.11.2008 tarihinde oy-birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/7912 K: 2008/11155 T: 14.10.2008****SİGORTA HUKUKU • ÖLÜMLÜ TRAFİK KAZASI • MADDİ VE MANEVİ
TAZMİNAT • MÜTESELSİL SORUMLULUK • SİGORTA
ŞİRKETLERİNİN SORUMLULUĞU • TEMERRÜT TARİHİ**

Özet: Hükmedilen tazminatın müteselsil olarak talep edilmemesi durumunda bu haktan zımnen feragat edilmiş sayılır.

Bu itibarla mahkemece davalı sürücülerin meydana gelen kazada 4/8'er oranda kusurlu oldukları dikkate alınarak, dava dilekçesinde istenen miktar yönünden davalıların kusurları oranında tazminatan sorumlu tutulmaları gerekir.

Taraflar arasında görülen davada Ayvalık Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 21.11.2006 tarih ve 2000/372-2006/517 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacılar vekili ile davalılardan Mehmet, A. Sigorta AŞ ve M. Sigorta AŞ vekilleri tarafından ayrı ayrı 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 kendi adına asaleten, çocukları adına vekaleten, davalılardan Ömer'in kullandığı araçta eşi Sevinç ve çocuklarının yolcu olarak bulunduğu sırada diğer davalı Ali'nin kullandığı araç ile çarpışması sonucu eşinin vefat ettiğini, bu nedenle kedisinin ve çocuklarının ölenin desteğinden yoksun kaldıklarını, aynı kazada çocuklarından Merve'nin bacağının kırıldığını, diğer kızının ise %45 oranında işgüçten yoksun kalacak şekilde yaralandığını, bu nedenle maddi ve manevi zararlarının bulunduğunu, davalıların sürücü, malik ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olarak meydana gelen zarardan sorumlu oldukları ileri sürerek, ıslah ile artırılmış olarak 202.186,97 YTL maddi ve 50.000 YTL manevi tazminatın temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. Sigorta AŞ vekili, poliçe limiti miktarınca müvekkilince davacılar ödeme yapıldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı Sigorta vekili, poliçe limiti olan 400 YTL'nin davacılar ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

(*) Gönderen: Av. Ramazan EDEMEN

Davalılardan Akay ve Mehmet vekilleri ile davalı Ali de, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, meydana gelen trafik kazası sonucu davacıların murisi Sevinç'in ölümü nedeniyle davacıların destekten yoksun kaldıkları, davacı Burcu'nun sürekli protez kullanacak şekilde %45 oranında malül kaldığı, davacı Merve'nin ise ayağının kırıldığı, bu nedenle davacıların maddi ve anevî zaarlarının bulunduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, toplam 156.866,97 YTL maddi, 36.000 YTL manevi taminatın temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsiline (sigorta şirketlerinin limit ile sorumlu tutulmalarına) karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili ile davalılardan Mehmet, A. Sigorta AŞ ve M. Sigorta AŞ vekilleri ayrı ayrı temyiz etmişlerdir.

1- Davacı dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılardan Mehmet vekili ile Sigorta şirketleri vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, haksız eyleme dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Somut olayda, davacı taraf, iki aracın çarpışması sonucu murislerinin öldüğünü ve bir kısım davacıların yaralandığını iddia ederek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuş, ancak, dava dilekçesinde, hükmedilecek tazminatın davalılardan kusurları oranında tahsil edilmesini talep etmiş, müteselsil tahsil talebinde bulunmamıştır. Dolayısıyla hükmedilecek tazminatın davalılardan müteselsil olarak tahsilinden zımnen feragat edilmiştir. Bunun da ıslah ile geri gelmesi mümkün değildir.

Bu itibarla mahkemece, davalı sürücülerin meydana gelen kazada 4/8'er oranda kusurlu oldukları nazara alınarak, dava dilekçesinde talep edilen miktar yönünden davalıların kusurları oranında tazminattan sorumlu tutulmaları gerekirken, bu husus gözardı edilerek hükmedilen tazminatın tamamından tüm davalıların müteselsil sorumlu olacak şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı Mehmet yaarina bozulması gerekmiştir.

3- TTK'nın 1299/1. maddesi yollamasıyla aynı Kanunun 1292/1, 2918 sayılı KTK'nın 98/1 ve 99/1. maddeleri ile Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta poliçesi Genel Şartları'nın 12. maddesi uyarınca rizikonun, bilgi ve belgeleri ile birlikte sigortacıya ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde sigotanın tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakta, bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüt gerçekleşmektedir.

Somut olayda, davalı A. Sigorta AŞ davalılardan Mehmet zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olup, davadan önce temerrüde düşürüldüğü iddia ve ispat edilmemiş olduğu halde, mahkemece, bu davalı yönüyle, dava tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmedilmek gerekirken, bu tür davalarda ancak, sürücü ve malik olan davalılar bakımından uygulama yeri olan olay tarihinden temerrüt faizinin başlatılması doğru görülmemiştir, kararın bu nedenle davalı A. Sigorta AŞ yararına bozulması gerekmektedir.

4- Diğer yandan, ZMSS Genel Şartlarının 12.4. maddesi uyarınca, hükmolunan maddi tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı yargılama giderleri ile avukatlık ücretini sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde ödemekle yükümlü olup, mahkemece, manevi tazminat için yapılan giderler de dahil olacak şekilde yargılama giderlerinin tamamından diğer davalılar ile birlikte davalı sigorta şirketlerinin sorumlu tutulmaları doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı Sigorta şirketleri yararına bozulması gerekmiştir.

5- Davacılar vekilinin temyiz istemine gelince; mahkemenin gerekçeli kararı davacılar vekiline 13.03.2007 tarihinde tebliğ edilmiş ve hüküm HUMK'un 432. maddesinde yazılı süreç geçirildikten sonra 30.03.2007 tarihinde aynı vekil tarafından temyiz edilmiştir. Aynı Yasanın 432/4. maddesine göre süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 3/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay da bu konuda karar verebileceğinden, davacı vekilinin temyiz isteminin süreç yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı Mehmet vekili ile A. Sigorta AŞ ve M. Sigorta AŞ vekillerinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı Mehmet vekilinin 3 ve 4 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı A. Sigorta AŞ vekilinin, 4 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı M. Sigorta AŞ vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün adı geçen mümeyyiz davalılar yararına **BOZULMASINA**, 5 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz isteminin **REDDİNE**, adli müzaharetli olduğundan temyiz eden davacılardan harç alınmasına yer olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz eden davalılara iadesine, 14.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/6871 K: 2008/9870 T: 09.05.2008

İCRA HUKUKU • BORÇLUNUN İMZA İTİRAZI • YARGILAMADA USUL KURALLARI • BORÇLUNUN GİYABINDA VERİLEN KARAR

Özet: İmza itirazında bulunan borçlunun yasanın öngördüğü şekilde "ihtarlı davetiye" gönderilmeksizin giyabında yapılan duruşma sonucunda itirazın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülür:

İİK'in 170/3. maddesinde kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan takipler yönünden imza incelemesinin ne şekilde yapılacağı hakkında İİK'in 62 ve 68/a maddelerine atıf yapılmıştır.

Borçlunun imzaya itirazı halinde; icra mahkemesindeki ilk duruşmada bizzat bulunmak zorunda olmasından dolayı, icra mahkemesinin borçluya göndereceği meşruhattı duruşma davetiyesine İİK'in 68/a-5. maddesi gereğince; "mazeretini daha önce bildirip belgelendirmediği takdirde duruşmada bizzat bulunmak zorunda olduğu, (madde 68/a-2) aksi halde icra mahkemesince başka inceleme yapılmaksızın yalnız bu nedenle itirazın geçici kaldırılmasına karar verileceği" ihtarının yazılması gerekir. İmzaya itirazda bulunan borçlunun yukarıda açıklanan şerhi taşımayan davetiyenin tebliği üzerine duruşmaya çağrıldığı oturuma katılmadığı görülmektedir. O halde, yasal düzenlemeye uygun düşmeyen davetiyenin tebliği ile bunun sonrasında da borçlunun takip ve ispat edemediğinden bahisle yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesi isabetlidir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 09.05.2008 gününde oybirliğiyle karar

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/16518 K: 2008/19546 T: 10.11.2008****İHTİYATİ TEDBİR KARARI • KARAR İNFAZININ İCRA İŞLEMİ
SAYILAMAYACAĞI • ŞİKAYETLERİ İNCELEMELERLE GÖREVLİ YER**

Özet: *İhtiyati tedbir kararının uygulanması, icra işlemi sayılmayacağından tedbir kararının infazı ile ilgili şikayetleri inceleme görevi, kararı veren Asliye Ticaret Mahkemesi'ne aittir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçi vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahalinden daireye gönderilmiş olarak okundu ve gereği görüştürülüp düşünüldü:

Henüz geçerli bir icra takibi bulunmaksızın İstanbul 1. Asliye ticaret Mahkemesi tarafından verilen 20.03.2008 tarihli ihtiyati tedbir kararının uygulanması, icra işlemi sayılmayacağından tedbir kararının infazı ile ilgili şikayetleri inceleme görevi kararı veren Asliye Ticaret Mahkemesi'ne aittir. Zira icra müdürünün bu aşamadaki görevi sadece infaz memurluğu niteliğindedir. HUMK'un 108. maddesinde ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra dava açılmış ise bu konudaki tüm yetkiler de dava açılan mahkemeye ait olacaktır. İcra mahkemesince resen görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasını incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK ile HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 10.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6881 K: 2008/3167 T: 06.03.2008

AVUKATLIK HUKUKU • ANAYASA MAHKEMESİ KARARI • UYGULANACAK HÜKÜM*

Özet: Avukatlık Kanunu'nun 163. Maddesinde 13.01.2004 tarihinde 5043 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik Anayasa Mahkemesi'nin 08.02.2008 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Bu durumda avukatlık ücretinden doğan uyuşmazlıklara sözleşmenin kurulduğu tarihte yürürlükte olan Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir.

Taraflar arasındaki vekalet ücreti alacağı davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalılar avukatınca duruşmalı davacılar avukatınca duruşmasız olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalılar vekili avukat ile davacı vekili avukat gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalıların avukatı olarak Mahkemesindeki davayı takip ettiğini, sözlü anlaşma uyarınca dava değerinin %10'u oranında vekalet ücreti ödeneceği kararlaştırıldığını, davanın aleyhlerine sonuçlandığını, yaptığı hiçbir masrafının da ödenmediğini leri sürerek, masraf ve vekalet ücreti alacağı 30.000 YTL'nin faizi ile ödetilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın aleyhlerine sonuçlandığını davacının maktu ücret alacağını savunarak davanın reddini dilemiş, birleşen davada davalı Mehmet Bahadır, davacı aleyhine, icrada tahsil edilen paradan ödenmeyen 4.321.00 YTL'nin faizi ile tahsilini istemiştir.

Mahkemece, asıl davanın 23.713.00 YTL, birleşen davayı 10.00 YTL üzerinden kabulüne karar verilmiş; taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillere yasaya uygun gerekçelendirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulun-

(*) Dergimizin 2008/3. Sayısının 1627. Sayfasında yayımlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararına bakınız.

mamasına göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyizi itirazlarının reddi gerekir. 2-Avukatlık Kanununa 13.1.2004 tarihinde 5043 Sayılı Kanun ile eklenen geçici 21. maddeyi Anayasa Mahkemesi 08.02.2008 tarihinde iptal etmiştir. Bu durumda avukatlık ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklara, sözleşmelerin kurulduğu tarihte yürürlükte olan Avukatlık Kanunu arasında yazılı bir avukatlık ücret sözleşmesi yoktur. Davacı avukat, davalıların davasını 30.11.2000 tarihinde görev üstlenerek takibe başlamıştır. Öyle olunca o tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Kanununun, 2.5.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4667 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 163/son maddesi gereği, yine o tarihteki yürürlükte olan Asgari Ücret Tarifesine göre ücretin belirlenmesi gerekir. Mahkemece açıklanan şekilde Avukatlık Asgari Ücret tarifesine göre vekalet ücreti hesaplanması gerekirken yanlış şekilde hükmün kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Birinci bent gereğince tarafların diğer temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde taraflara iadesine, 550 YTL duruşma avukatlık parasının karşılıklı alınarak birbirlerini ödenmesine, 6.3.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/618 K: 2008/8506 T: 17.06.2008****KİRA HUKUKU • KİRALAYANIN GÖREV VE YÜKÜMLÜLÜĞÜ
• KİRACININ HAKLARI • HAKLI FESİH***(BK m. 249)*

Özet: Kiraya veren kiralananı sözleşmeye uygun biçimde kullanmaya elverişli olarak kiracıya teslim etmek ve kira süresince bu halin devamını sağlamakla yükümlüdür.

Kiralanan yerin sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını ve işletilmesini olanaksız kılacak ayıplar kiralayanın yükümlülüğü altındadır.

Kiralayanların kiralanan yerde ruhsatsız tadilat ve ilaveler yapmaları ve bu durumu kiracıdan gizlemeleri ağır kusurlarını hata kasden hareke ettiklerini gösterir.

Bu durumda sözleşmeyi fesheden kiracının haklı olduğunun kabulü gerekir.

Taraflar artışıındaki aktin feshi, alacak, tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı birleşen davanın kabulüne asıl davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı birleşen davalı avuatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili avukat ile davalılar Nimet, Faruk ve vekilleri avukat M.Tevfik, avukat Tuğrul gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamalara dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 01.07.2005 tarihli sözleşme ile davalıların taşınmazlarını 5. yıl süreyle kendisine kiraya verdiklerini, banka şubesi olarak kullanılacak kiralananadan tadilat çalışmalarına başladığını, kiralananın depreme dayanıksız olduğunu tespit ettirdiğini, davalıya 29.9.2005 gününde ihtarname gönderip, binanın güçlendirilmesi ve iskan ruhsatını ibraz etmesini, aksi taktirde sözleşmeyi fesh edeceğini bildirdiğini, bu arada tadilat ruhsatı için dava dışı Eminönü Belediyesi'ne başvurusunun anılan belediyenin 19.10.2005 tarihli yazısı ile inşaatın ruhsatsız olması nedeniyle izin verilmeyeceği gerekçesiyle reddedildiğini, 30.10.2005 günü kirala-

nanda noter aracılığıyla tespit yaptırıp, tahliye olduğunu, kiralananın anahtarını da 8.12.2005 gününde aynı notere tevdi ettiğini ileri sürerek aktin feshine, peşinen ödenen 6 aylık kira bedeli olan 138.970,40 YTL'nin ve kiralananın yapılan 19,495 YTL'nin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar kendilerinin de kiralananın depreme dayanıklı olduğuna dair rapor aldıklarını savunarak davanın reddini dilemişler; birleşen davalılarında da davacının ikinci altı aylık kira parasını ödemediğini, girişilen icra takibine de itiraz ettiğini ileri sürerek itirafın iptaline %40 tazminatın tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, kiralananın depreme dayanıklı olduğu ve davacına ruhsat almadan tadilata başlamakla kusurlu davrandığı gerekçe gösterilmek VE bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle asıl davanın reddine, birleşen davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı (birleşen dosya davalısı) tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçelerle nedenlere ve özellikle delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı birleşen, dosya davalısının diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 1.7.2005 başlangıç tarihli sözleşmenin özel şartlar bölümünün 9/1. maddesinde kiracıya binanın statüsüne ve bünyesine zarar vermeyecek şekilde bina dahilinde gerekli ilave, tadilat ve tamiratı yapma hakkı verilmiş; davacı, kiracı da bu hakka dayanarak 7.10.2005 tarihli dilekçesiyle dava dışı Eminönü Belediye Başkanlığına tadilat ruhsatı almak için başvurmuştur. Anılan belediyenin gerek davacıya verdiği 19.10.2005 tarihli cevabi yazısından ve gerekse mahkemeye verdiği 3.7.2007 tarihli cevabi yazısından kiralananın 2003 ve 2004 yıllarında ruhsatsız tadilat ve ilaveler yapıldığı, bu nedenle 3194 Sayılı Yasanın 32 ve 34. maddeleri hükmünce belediye encümenince karar alındığı, kiralanan yönünden yasal işlemlerin devam ettiği bildirilmiş olup; davalılar da belediyenin aldığı karara karşı yargı yoluna başvurduklarını, beyan etmişlerdir. Oysa ki; BK'nın 239. maddesi, hükmünce, kiraya veren kiralananı sözleşmeye uygun biçimde kullanmaya elverişli olarak kiracıya teslim etmek ve kira süresince bu halin devamını sağlamakla yükümlüdür. Kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını ve işletilmesini olanaksız kılacak ayıplar kiralayanın tekeffülü altındadır. Davalı kiralayanların kiralananın ruhsatsız tadilat ve ilaveler yapmaları olayın idari yargıya intikal etmesine rağmen bu yönü davacı kiracıdan saklamaları ağır kusurlarını, hatta kasten hareket ettiklerini gösterir. Bu durumda davacı kiracının sözleşmeyi fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle mahkemece, davacının sözleşmeyi fesihte haklı olduğu kabul edilmeli, davacı kiracının kiralananın anahtarını notere teydi ettiği 8.12.2005 tarihine kadar işlemiş kira bedeli çıktı-

tan sonra fazladan ödenen kiranın tahsiline, birleşen davanın da reddine karar verilmelidir. Tüm bu yönlerin gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı birleşen dosya davalısının diğer temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz, edilen kararın davacı birleşen dosya davalısı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine 550 YTL duruşma avukatlık parasının davalılara karşı davacıdan alınarak davacı-karşı davalıya ödenmesine, 17.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/4626 K: 2008/10768 T: 18.09.2008

TAŞINMAZ HUKUKU • HİSSELİ TAŞINMAZ SATIŞI • İFA İMKANSIZLIĞI • ALICININ HAKLARI*

Özet: *Noterde düzenlenen geçerli satış vaadi sözleşmesinden sonra imar mevzuatı yönünden tapuda intikal gerçekleştirilemiyor ise; satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı taşınmazın rayiç değerini ve yapmış olduğu masrafları satıcıdan isteyebilir.*

Taraflar arasındaki sözleşmenin iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı-karşı davalı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili avukat ile davalı Mehmet'in gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı ile aralarında düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapıldığını, 549 parsel sayılı taşınmazda 334 m² karşılığı 12/192 pay satın aldığını, zilyet olarak faydalı masraflar yaptığını, açmış olduğu tescil davasında taşınmazın İmar Kanunu uyarınca ifrazı

(*) Gönderen: Av. Vasfi KIRGIZ

mümkün olmadığından davanın reddedildiğini sözleşmenin ifasının imkansız hale geldiğini ileri sürerek sözleşmenin feshine taşınmaz değeri ile faydalı masraf olarak 36.000.00 YTL'nin faizi ile ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiş, birleşen davasında aldığı bedeli iade etmek koşulu ile sözleşmenin feshine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, imar Kanunu uyarınca satış vaadi yapılamaz ise de kadastro kanuna göre hisse tescili mümkün olduğundan her iki davanın reddine karar verilmiş; hüküm, taraftarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı-karşı davacının temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı-karşı davalının, açmış olduğu Şile Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/306 esas 2001/39 karar sayılı hükmün tescil davasında taşınmazın imar planına göre ifrazının mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Bu durumda davalının edimi yönünden akdin ifasının imkansız hale geldiği kesinleşmiştir. Davacı-karşı davalı sözleşmenin feshi ile geçerli sözleşme nedeniyle taşınmazın rayiç değeri ve yapmış olduğu masrafları talep edebilir. Mahkemece dava tarihi itibarıyla davacı-karşı davalı talepleri değerlendiren sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirmeye sonuca yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bent gereğince davalı-karşı davacının temyiz isteklerinin reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı-karşı davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacı-karşı davalıya iadesine, 550 YTL duruşma avukatlık parasının davalı-karşı davacıdan alınarak davacı-karşı davalıya ödenmesine, 18.9.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5521 K: 2008/5373 T: 15.09.2008

MENFİ ZARAR • MÜSPET ZARAR • TEMERRÜT • FAİZİN DAVA TARİHİNDEN İTİBAREN YÜRÜTÜLECEĞİ

(818 SY m. 106-108, 355 vd.)

Özet: Dava, yapım sözleşmesinden kaynaklanmış olup, davacı iş sahibi, davalı yükleniciye ödediği fazla iş bedelinin ve kira alacağının tahsilini talep ve dava etmiştir. Davacı, iş sahibi davalı yükleniciye ödediği fazla imalat bedelini geri istemek suretiyle akitten döndüğünden, oluşan menfi zararlarının tahsilini isteyebilir. Kira kaybı müspet zararlar dandır.

Davalı tarafından gerçekleştirilecek imalatın bedeli götürü olarak saptandığından gerçekleşen işin tutarı, tüm işe oranlanarak bulunacak fiziki oranın götürü bedele uygulanması suretiyle tespiti gerekirken yapılan işlerin mahalli rayiçler bedeli saptanarak fazla ödemenin tespiti yoluna gidilmesi doğru olmadığı gibi, dava tarihinden önce temerrüt oluşmadığı halde dava tarihi yerine iş bitim tarihinden itibaren faiz yürütülmesi yerinde olmamıştır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmah olarak temyizden tetkiki davalı tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili gelmedi. Davalı vekili avukat 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, 13.08.2002 tarihli yapım sözleşmesinden kaynaklanmış olup, davacı iş sahibi, davalı yükleniciye ödediği fazla iş bedelinin ve kira alacağının tahsilini talep ve dava etmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle vekâlet ilişkisini davalının ispat edememiş

olmasına göre davalının bu yöne ve aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan hususlara ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacı iş sahibi, davalı yükleniciye ödediği fazla imalât bedelini geri istemek suretiyle akitten döndüğünden oluşan menfi zararlarının tahsilini isteyebilir. Kira kaybı müspet zarardan sayıldığından reddi yerine mahkemece hüküm altına alınması BK'nın 106-108. maddelerine aykırı olmuştur.

3- Davalı tarafından gerçekleştirilecek imalâtın bedeli götürü olarak saptandığından gerçekleşen işin tutan tüm işe oranlanarak bulunacak fiziki oranın götürü bedele uygulanması suretiyle tespiti gerekirken yapılan işlerin mahalli rayiçlerden bedeli saptanarak fazla ödemenin tespiti yoluna gidilmesi doğru olmadığı gibi dava tarihinden önce temerrüt oluşmadığı halde dava tarihi yerine 13.10.2002 iş bitim tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de yerinde olmamıştır. Bu nedenle mahkemece yapılması gereken iş; inşaatçı bilirkişiden ek rapor alınarak fiziki orana göre yapılan iş bedelinin saptanıp davalıya yapılan ödemelerin tenzili ile varsa, kalanına dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmek suretiyle davalıdan tahsiline karar verilmesinden, kira alacağı ile ilgili davanın reddedilmesinden ibarettir.

Hüküm açıklanan nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davalı vekilinin, diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca hükmün temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, 550,00 YTL duruşma vekillik ücretinin davalıdan alınarak duruşmada vekille temsil edilen davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 15.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/5142 K: 2008/6940 T: 20.11.2008****TAŞINMAZ HUKUKU • KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
• DAVACININ DAVA AÇABİLME YETKİSİ • SÖZLEŞMENİN İPTALİ**

(818 SY m. 355 vd.)

Özet: Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Mahkemece davalının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Ancak davalılara yapılan pay devrinin eser sözleşmesinin ifası amacına yönelik olduğu iddia olduğundan ve satış yoluyla devredilen paylara ilişkin olarak sözleşmeden doğan hakların adıgeçen kişilere temlik edildiğine dair bir belge sunulmadığından, münhasıran tapuya pay devredilmesi de sözleşmeden doğan hakların temlik edildiği sonucunu doğurmayacağından davacı arsa sahibinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan hakları ile ilgili olarak dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizden tetkiki davacı ile davalılar A. Halıcılık ve Gümüşçülük Dış.Tic. Ltd. Şti., Tunç, Yaşar, Tuncay ve Arif vekillerince istenmiş, davalı A. Halıcılık ve Gümüşçülük Dış.Tic.Ltd.Şti.'nin temyiz dilekçesinin süresi dışında, davacı ile diğer davalıların temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış, eksiklik nedeniyle mahalline iade edilen dosya ikmal edilerek gelmiş olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, 03.11.1986 tarihli sözleşmeden kaynaklanmıştır. Davada davalı yüklenici Hüseyin'e ve onun tarafından da diğer davalılara tapunun devredildiği, ancak inşaatın tamamlanmadığı ileri sürülerek 2956 ada 9 parselde devredilen % 63 tapu payının iptali ile davacı adına tapuya kayıt ve tescili talep edilmiştir. Mahkemece davalı üzerinde kalan % 37 payın da kendisi tarafından Sadık'a satıldığı, böylece davalının dava açma hakkı kalmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı ile davalılar A. Halıcılık ve Gümüşçülük Dış.Tic.Ltd.Şti., Tunç, Yaşar, Tuncay ve Arif tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara,, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalılar Tunç, Yaşar, Arif ve Tuncay'ın temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Mahkemece verilen karar davalı A. Halıcılık ve Gümüşçülük Dış.Tic.Ltd.Şti. tarafından da temyiz edilmiş ise de, temyiz harcı yatırılmamış ve temyiz defterine de kaydı yapılmamış olup bu arada temyiz süresi geçirildiğinden bu davalının temyiz isteminin de reddi gerekmiştir.

3- Davacının temyiz itirazlarına gelince;

Mahkemece davacının aktif dava (husumet) ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Ancak davalılara yapılan pay devrinin eser sözleşmesinin ifası amacına yönelik olduğu iddia olduğundan ve satış yoluyla devredilen paylara ilişkin olarak sözleşmeden doğan hakların adı geçen kişiye temlik edildiğine dair bir belge sunulmadığından, münhasıran tapuda pay devredilmesi de sözleşmeden doğan hakların temlik edildiği sonucunu doğurmayacağından davacı arsa sahibinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan hakları ile ilgili olarak dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. (Dairemizin 23.11.2006 gün ve 7468/6797 sayılı, HGK'nın 26.03.2008 gün ve 2008/15-279 E. 2008/277 K. sayılı kararları.)

Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek ve bir kısım davalıların iflas ettiklerine dair açıklamalar da dikkate alınarak taraf teşkili sağlanıp iddia, savunma ve bununla ilgili deliller değerlendirildikten sonra sonucuna uygun bir karar verilmelidir.

Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan aktif husumet ehliyeti yönünden davanın reddi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davalılar Tunç, Yaşar, Tuncay ve Arif 'in temyiz itirazlarının reddine, 2.bent uyarınca davalı A. Halıcılık ve Gümüşçülük Dış.Tic.Ltd.Şti.'nin temyiz isteminin reddine 3. bent gereğince de kararın temyiz eden davacı A. Ofset Matbaacılık A.Ş. yararına **BOZULMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 0,90 YTL temyiz ilam harcının temyiz eden davalılar Tunç, Yaşar, Tuncay ve Arif 'den alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya, süresi geçtikten sonra yatırılan temyiz peşin harcının davalı A. Halıcılık ve Gümüşçülük Dış.Tic.Ltd.Şti.'ne geri verilmesine, 20.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/5645 K: 2008/5619 T: 24.09.2008****USUL HUKUKU • DAVADAN FERAGAT
• TEMYİZ AŞAMASINDA FERAGAT • KESİN HÜKÜM**

Özet: Karar kesinleşinceye kadar davadan feragat edilebilir. Feragat kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurur.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı bozmaya uyularak verilen hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davacı-karşı davalı Atilla vekili tarafından istenmiş ise de davetiye masrafı bulunmadığından duruşma isteği reddedilerek incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Hüküm, davacı ve karşı davalı vekilleri Av. F. Özgür ve Av. Çevriye tarafından temyiz edilmiş ise de davacı ve karşı davalı vekili Av. F. Özgür ile davalı ve karşı davacı vekili Av. Rukiye tarafından birlikte imzalanmış 19.08.2008 tarihli dilekçe ile davadan, karşı davadan ve temyizden feragat ettikleri, dosyada mevcut 18.03.2003 tarih ve 03204 yevmiye nolu İstanbul 6. Noterliğinden düzenlenme vekaletname ile davacı ve karşı davalının, Beşiktaş 11. Noterliğinden 19.08.2008 tarih 126654 yevmiye sayısı ile verilen vekaletname ile davalı ve karşı davacı vekilinin feragata yetkili oldukları anlaşılmıştır.

HUMK 95. maddesi uyarınca feragat kafi bir hükmün hukuki neticelerini hasıl eder. Karar kesinleşinceye kadar davadan feragat mümkün olduğundan feragata ilişkin bir karar verilmesi için kararın bozularak mahalline geri çevrilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın feragat nedeniyle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalı ve karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacı-k.davalı Atilla'ya geri verilmesine, 24.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
17. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2338 K: 2008/4753 T: 21.10.2008

İCRA HUKUKU • DAVANIN İŞLEMEN KALDIRILMASI • DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI • İSTİNABE YOLUYLA YENİLEME

(İİK m. 277 vd.)

Özet: *Takipsizlik sebebiyle işlemden kaldırılan davanın yasal süresi içerisinde yenilenmemiş olması nedeniyle açılmamış sayılmasına karar verilmiş ise de; bu karardan sonra mahkemeye intikal eden dilekçeden, davanın yasal süre geçirilmeden istinabe yoluyla yenilediği anlaşıldığından yeni bir duruşma günü verilerek yargılamaya devam edilmelidir.*

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın açılmamış sayılmasına dair verilen hükmün süresi içinde R. Varlık Yönetim AŞ. tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava İİK'in 277 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin olup davanın reddine dair verilen karar Yargıtay 15. Hukuk Dairesince davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulduktan sonra taraflara usulüne uygun biçimde duruşma günü tebliğ edildiği halde duruşmaya gelmedikleri ve yasal süre içerisinde yenilenmemesi nedeniyle davanın HUMK'un 409/5 maddesi uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmiş, hüküm alacağı temlik alan R. Varlık Yönetim AŞ tarafından temyiz edilmiştir.

Hahkemece dava dosyasının işlemden kaldırma tarihinden itibaren üç ay içinde yenilenmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş ise de verilen bu karar dosya içeriğine ile usul ve yasaya uygun düşmemektedir. Davacı ile davalılar vekillerine usulüne uygun biçimde tebligat yapılmasına rağmen 06.12.2006 tarihli duruşmaya katılmamaları nedeniyle dava dosyası işlemden kaldırılmış ancak alacağı temlik alan R. Varlık Yönetim AŞ vekili tarafından HUMK'un 409/5 maddesi uyarınca üç aylık yasal süre içinde 05.03.2007 tarihli hakim havalesini taşıyan dilekçe ile dava yenilenmiştir. Ancak Keleş Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla gönderilen yenileme dilekçesi davanın açılmamış sayılmasına karar verildikten sonra 13.04.2007 tarihinde asıl mahkemesine

intikal etmiştir. Davacının süresi içinde yenileme dilekçesini verdiği Keleş Asliye Hukuk mahkemesinin muhabere defterinin dosya arasındaki suretinden anlaşılacakla mahkemece yeni bir duruşma günü belirlenerek tarafları duruşmaya çağırılması ve yargılamaya kaldığı yerden devam edilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarda açıklanan nedenlerle alacağı temlik alan davacı vekilinin temyiz itirazları yerindedir, kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, 21.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/2731 K: 2008/5673 T: 08.05.2008

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ORTAK YERLERİN ONARIMI • DAVADA HUSUMET

Özet: Ortak yer olan çatının onarılması ve bundan doğan zararın karşılanması tüm kat maliklerini ilgilendirdiğinden, bu konuda açılacak olan davanın tüm kat maliklerine yöneltilmesi gerekir.

Dava dilekçesinde, çatının onarılması ve bağımsız bölümde oluşan hasarın karşılanması amacıyla hakimin müdahalesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılardan Eyüp vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davada dava konusu edilen ve onarımı istenilen çatının ortak yer olduğu gözetilerek onarılması ve buradan doğan zararın karşılanması ana-vapıdaki tüm kat maliklerini ilgilendirdiğinden dosyaya getirilen tapu kaydına göre; 3 nolu bağımsız bölüm maliki Zafer, 5 nolu bağımsız bölüm maliki Advıye, 6 nolu bağımsız bölüm maliki Bedia, 8 nolu bağımsız bölüm maliki Cavit ve 14 nolu bağımsız bölüm maliki Mustafa'nın yönetime davaya dahil edilerek taraf teşkili sağlanmadan işin esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 8.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/4742 K: 2008/13076 T: 23.12.2008****VAKIF ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMA • MÜTEVELLİ HEYETİ KARARI
• HAKLI NEDENLE ÇIKARMA****(TMK m.112)*

Özet: Üyelik çıkarma yönündeki vakıf müteveli heyeti kararı haklı nedenlerin varlığı durumunda geçersiz sayılmaz.

Dava dilekçesinde, müteveli heyet kararının iptali istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması bir kısım davalılar tarafından yasal süresi içinde verilen temyiz dilekçesi ile istenilmekle taraflara yapılan tebligat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden davalı vekili ile (asil) Mehmet geldi. Davacı adına gelen olmadı. Gelen vekil sözlü açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davada, vakıf müteveli heyetinin 21.11.2005 günlü toplantısında davacı müteveli heyet üyeliğinden çıkarılmasına ilişkin kararın iptali istenmiştir.

Mahkemece, Türk Medeni Kanunu'na Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 24/son maddesine göre "*vakıf idarecileri, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yapacağı başvuru üzerine yetkili asliye mahkemesince duruşma yapılarak görevden alınır*" hükmü uyarınca müteveli heyetin yine bir seçilmiş müteveli üyeyi görevden uzaklaştırma yetkisinin olmadığı ve bu alınan kararın usulüne uygun bulunduğu gerekçesi ile 21.11.2005 tarihli müteveli heyet kararının iptaline hükmedilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen niteliği göz önünde tutulduğunda iptali istenilen müteveli heyet kararında üyeliğine son verilen davacı HB'nin vakfın yönetim kurulu üyesi değil seçilmiş müteveli heyet üyesi olduğu anlaşılmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 112. maddesi ile Türk Medeni Kanununa Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 23 ve 24. maddeleri, vakıf yönetiminin değiştirilmesi ile ilgili kuralları düzenlemektedir. Davacı HB vakıf yönetiminde olmadığına göre hakkında

(*) Gönderen: Av. Mehmet Bayraktar

sözü edilen Yasa ve Tüzük maddelerinin uygulanma olanağı yoktur. Bu nedenle mahkemenin anılan Tüzüğün 24. maddesine dayanarak, davacının müteveli heyet üyeliğinden çıkarılması konusunda vakıf müteveli heyetinin yetkili olmadığı gerekçesi ile kararın iptaline hükmedilmesi isabetli değildir. Kaldı ki davada salt HB'nin müteveli heyet üyeliğinden çıkarılması ile ilgili kısmın iptali istenilmiş iken böyle bir ayırım yapmadan HUMK'un 74. maddesine aykırı biçimde istem de aşılarak 21.11.2005 tarihli müteveli heyet kararının tümünden iptali yolunda hükmün kurulması da usul ve yasaya aykırıdır.

Öte yandan İstanbul Çocukları Vakfı Senedinde ve Türk Medeni Kanunu'nun vakıflarla ilgili maddelerinde müteveli heyet görevden alınması (müteveli heyet üyeliğinin sona erdirilmesi) konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın 33. maddesinin yollanması ile Türk Medeni Kanunu'nun derneklerle ilgili maddeleri gözönünde tutulduğunda ise müteveli heyetin (genel kurulun) seçtiği bir müteveli heyet üyesini haklı nedenlerin varlığı halinde yönetimce yapacağı toplantıda alacağı bir kararla müteveli heyet üyeliğine son verebilir. Bu durumda mahkemece, davacı HB'nin müteveli heyet kararı ile göreden alınmasını haklı kılan nedenlerin var olup olmadığı üzerinde durularak, dosyada toplanan kanıtlar çerçevesinde oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yerinde görülmeven gerekçe ile 21.11.2005 tarihli müteveli heyet kararının iptaline hükmedilmiş 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**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı yararına takdir edilen 625,00 YTL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı tarafa verilmesine, temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 23.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6282 K: 2008/1117 T: 13.02.2008

KIYMETLİ EVRAK HUKUKU • ÇEK NİTELİĞİNİN YİTİRİLMESİ • HAMİLİN HAKLARI • NEDENSİZ ZENGİNLEŞME

(TTK m. 644)

Özet: Süresinde ibraz edilmemesi sebebiyle kambyo hukukundan doğan haklar yitirilmiş ise de; çek hamili keşideciye karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak davası açabilir. Bu davada keşidecinin sebepsiz zenginleşmediğini kanıtlaması gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkili bankanın Beşiktaş Şubesi ile dava dışı P. Ticaret-NÜ arasında imzalanan Genel Kredi Sözleşmesine istinaden kredi kullandırıldığını ve kredi borcuna karşılık dava konusu çekin ciro edilerek verildiğini, borcun ödenmemesi üzerine çekin takibe konulduğunu ancak haksız olarak takibe davalının itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece süresinde bankaya ibraz edilmeyen çekin kambyo vasfını kaybettiği, takip konusu yapılan belgenin kambyo senedi niteliğinde bulunmaması, taraflar arasında bir ticari ilişkinin olmadığı, davacının ancak Naciye'ye takibi yöneltebileceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu çek süresinde ibraz edilmediğinden kambyo hukukundan doğan haklar yitirilmiş ise de çeki ciro yolu ile eline geçiren yetkili hamil durumundaki davacı, TTK'nın 644. maddesinde dayanarak keşideci aleyhine takip yapabilir ve dava açabilir. Bu durumda davalı keşidecinin sebepsiz zenginleşmediğini kanıtlaması gerekmektedir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden yanılığın gerekçeleriyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, 13.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
20. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7502 K: 2006/10675 T: 17.07.2006

TİCARET HUKUKU • GEMİADAMI ALACAĞI • KANUNİ REHİN HAKKI TALEBİ • MUTLAK TİCARİ DAVA • DENİZCİLİK İHTİSAS MAHKEMESİNİN GÖREVİ

(TTK m.4)

Özet: Gemiadamlarının alacaklarının tahsili için açılan davada, Ticaret Kanunu hükümleri gereğince gemi üzerinde kanuni rehin hakkı talep edildiğine göre; görevli mahkemenin Denizcilik İhtisas Mahkemesi olduğu sonucuna varılmalıdır.

Taraflar arasındaki alacak hukukuna ilişkin davada İstanbul Denizcilik İhtisas ile Beyoğlu 2. Asliye Ticaret ve İstanbul 4. İş Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, M/V Hakkı gemisinde personel olarak çalışan davacıların ücret alacakları ile birlikte gemi üzerinde kanuni rehin hakkı (gemi alacaklısı hakkı) tanınması istemine ilişkindir.

6762 sayılı Türk Ticaret Yasasında görev hususunu düzenleyen 4. maddesinde 20.04.2004 tarih 5136 Sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada "is durumunun gerekli kaldığı yerlerde HSYK'nın olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığı'nca bu yasanın dördüncü kitabında yer alan deniz hukukuna ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi HSYK tarafından belirlenir" hükmü yer almaktadır.

TTY'nin eklenen metninden de anlatıldığı gibi TTY'nin 4. kitabında yer alan 816 ila 1263 maddeleri arasında düzenlenen uyuşmazlıkların deniz hukukuna ilişkin olup, kurulması halinde Denizcilik İhtisas Mahkemesinde görülmesi hususu tartışmasızdır.

Somut olayda; davacıların talebi TTY'nin 1235/3. Maddesinden kaynaklandığı, gemideki çalışmaların karşılığının istendiği, aynı zamanda gemi üzerinde kanuni rehin hakkı da talep edildiği, uygulanması gereken maddenin TTY'nin 4. kitabında yer aldığı ve Deniz Hukuku ile ilgili olduğu anlaşılmakla, görevli mahkeme Denizcilik İhtisas Mahkemesidir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY'nin 25 ve 26. maddeleri gereince İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 17.07.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

E: 2008/15631 **K:** 2008/16857 **T:** 27.11.2008

TARAFLAR ARASINDAKİ TENFİZ İSTEMİNE İLİŞKİN DAVANIN DENİZCİLİK İHTİSAS MAHKEMESİNDE GÖRÜLMESİ GEREKİR

(TTK m. 4, 816, 1263)

Özet: Dava, 31.10.2006 tarihinde açılan hakem kararının tenfizi istemine ilişkindir. Dosya kapsamından; davacın donatanı bulunduğu G. isimli geminin kiracı davalı tarafından davacıya iadesi gerektiğine ilişkin hakem kararlarının Türkiye'nin de taraf olduğu "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10.06.1958 tarihinde New-York'ta Yapılan Konvansiyon" uyarınca tenfizini istediği anlaşılmaktadır. Ana kural, davanın açıldığı tarihteki durumun esas alınmasıdır. Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nin kuruluş yasasında zaman bakımında faaliyete geçme günü yönünden özel bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmakla görevin belirlenmesinde davanın açıldığı tarihin esas alınması gerekir.

Davaya bakmakla görevli mahkeme İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesidir.

Taraflar arasındaki tenfiz istemine ilişkin davada İstanbul Asliye 11. Ticaret ile İstanbul Denizcilik ihtisas Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, 31.10.2006 tarihinde açılan hakem kararının tenfizi istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından; davacının donatanı bulunduğu "G." isimli geminin kiracı davalı tarafından davacıya iadesi gerektiğine ilişkin hakem ka-

rarlarının Türkiye'nin de taraf olduğu "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10.06.1958 Tarihinde New-York'ta Yapılan Konvansiyon" uyarınca TENFİZ'ini istediği anlaşılmaktadır.

6762 Sayılı Türk Ticaret Yasası'nda görev hususunu düzenleyen 4. maddesine 20.04.2004 tarih 5136 Sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada "iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde HSYK'nın olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca bu yasanın dördüncü kitabında yer alan deniz hukukuna ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi HSYK tarafından belirlenir" hükmü yer almaktadır.

HSYK'nın 20.07.2004 gün 370 sayılı kararı ile İstanbul ilinde Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurulup, faaliyete geçtiği anlaşılmaktadır.

HSYK'nın 24.03.2005 gün 188 sayılı kararında Denizcilik ihtisas Mahkemesi kurulmayan yerlerde, ticaret mahkemesi bulunması halinde bir ticaret mahkemesi var ise, bu mahkemenin, birden fazla ticaret mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı ticaret mahkemesinin görevli olacağı hususu karar altına alınmıştır.

TTY'nin eklenen metinden de anlaşıldığı gibi TTY'nin 4. kitabında yer alan 816 ila 1263 maddeleri arasında düzenlenen uyuşmazlıkların deniz hukukuna ilişkin olup, kurulması halinde Denizcilik İhtisas Mahkemesinde görülmesi hususu tartışmasızdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 142. maddesinde "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir" hükmü yer almaktadır.

HYUY'nin 1 ve 9. maddelerine göre, görev ve yetki hususunun belirlenmesinde ana kural davanın açıldığı tarihteki durumun esas alınmasıdır. Denizcilik İhtisas Mahkemesinin kuruluş Yasasında zaman bakımından faaliyete geçme günü yönünden özel bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmakla, görevin belirlenmesinde davanın açıldığı tarihin esas alınması gerekir. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.04.2006 gün 2006/11-58 E. 2006/228 K., 22.11.2006 gün 2006/11-720 E.-2006/745 K. Sayılı kararlarında da aynen benimsenmiş olmakla, uyuşmazlığın Deniz Hukukuna ilişkin olduğu gibi, Asliye Hukuk Mahkemelerinin bir türevi olan Denizcilik İhtisas Mahkemesinde görülmesinin 5715 Sayılı MOHUK 60/2 maddesine aykırı bir durum oluşturmadığı da saptanmıştır.

O halde; davaya bakmakla görevli mahkeme İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesidir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY'nin 25. ve 26. maddeleri gereğince İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE**, 27.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ**E: 2008/5603 K: 2008/7982 T: 29.05.2008****ARACINI TİCARİ AMAÇLA KULLANMASI • DAVALININ TİCARİ KAZANÇ AMACIYLA OTO PARK İŞLETMESİ • ARAÇTA OLUŞAN HİRSIZLIĞA İLİŞKİN TAZMİNAT DAVASININ GÖRÜLECEĞİ MAHKEME***(4077 SY m. 1,3-e, TTY m. 18-1, 1086 SY m. 1-8)*

Özet: Taraflar arasındaki tazminat hukukuna ilişkin davada Bakırköy 5. Asliye Hukuk ile İstanbul 5. Tüketici Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi. Davacıların kendilerine ait kamyonetle semt pazarlarında baharat ve kuruyemiş gibi gıda ürünlerini sattıkları, aracı ticari amaçla kullandıkları, içinde de hırsızlığa ve ticari faaliyete konu olan baharat vb. bulunması, davalının da ticari kazanç amacıyla otopark işletmesi nedeniyle uyuşmazlığın, HYÜY'nin 1-8. maddelerindeki genel hükümlere göre görülüp sonuçlandırılması gerekir. Davaya Asliye Hukuk Mahkemesi bakmalıdır.

Taraflar arasındaki tazminat hukukuna ilişkin davada Bakırköy 5. Asliye Hukuk ile İstanbul 5. Tüketici Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava davalı tarafından işletilen otoparka park edilen araçta meydana gelen hırsızlık sonucu oluşan, haksız fiilden kaynaklanan maddi zararın tazmini istemine ilişkindir.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa ile tüketiciler ile satıcı ve üretici firma arasındaki mal ve hizmet alım satımından kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulması görevi tüketici mahkemelerine verilmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa'nın 1. maddesinde yasanın amacı; "...ekonominin gereklerine ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korun-

masını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir" şeklinde belirtilmiştir.

Aynı Yasanın 3/e bendinde "tüketici; bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzelkişi" olarak tanımlanmıştır.

Bu duruma göre; tüketici sayılabilecek kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Özel amaçtan kastedilenin kişinin ticaret veya mesleği ile ilgili olmayan amaç olarak kabul edilmelidir.

Ticari şirketler TTY 18/1. maddesi uyarınca yasa gereği tacirdirler. Tacirin ticari işletmeyle ilgili sözleşmelerinde tükettiler için düzenlenen yasa hükümleri uygulanmaz.

Tüm anlatımlardan 4077 Sayılı Yasa ile bir mal ve hizmeti özel amaçlarla satın alarak onu günlük yaşamda tüketen kişinin (tüketicinin) korunması amaçlanmıştır. Tüketici 4077 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için başvurduğunda uyuşmazlık tüketici mahkemesinde çözümlenecektir.

Somut olayda; davacıların kendilerine ait kamyonetle semt pazarlarında baharat ve kuruyemiş gibi gıda ürünlerini sattıkları, aracı ticari amaçla kullandıkları, içinde de hırsızlığa ve ticari faaliyete konu olan baharat vb. bulunması, davalının da ticari kazanç amacıyla otapark işletmesi nedeniyle uyuşmazlığın HYUY'nin 1-8. maddelerindeki genel hükümlere göre görülüp sonuçlandırılması gerekir.

O halde; davaya bakmakla görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY'nin 25. ve 26. maddeleri gereğince Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE**, 29.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/19856 K: 2008/15635 T: 13.10.2008

İŞ HUKUKU • SİGORTALILIK SÜRESİ • ASKERLİK BORÇLANMASI

(506 SY m. 81/B)

Özet: Davacının askerlik borçlanması yapıp yapmadığı kurumdan sorulduktan sonra, yaşlılık aylığına esas olacak sigortalılık süresi tespit edilmelidir.

Davacı, 8129232 sigorta sicil numarasının kendisine ait olduğu halde Erdal adı ile yapılan bildirimlerin kendisine ait olduğunun tespiti ile yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilanımda belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Hacer 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, davalı Kurumun diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacı "81...32" sigorta sicil numarasında "Erdal" adına yapılan bildirimlerin kendisine ait olduğunun ve tahsis talep tarihi itibarıyla yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini istemiştir.

Mahkemece, davacının yaşlılık aylığı talebinin de kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuç dosya içerisindeki bilgi ve belgelere uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten, dosyadaki bilgi ve belgelere göre, aidiyetine karar verilen hizmetleri ile birlikte davacının dava ve talep tarihinde yürürlükte olan 506 Sayılı Yasa'nın geçici 81/B-a maddesi gereğince yaşlılık aylığına hak kazanmadığı yaş ve sigortalılık süresi şartlarını taşıdığı halde "5000" günlük prim ödeme koşulunun bulunmadığı, davacının askerlik borçlanması yapıp yapmadığının ise kurumdan sorulmadığı ortadadır. Bu halde, davacının askerlik borçlanması yapıp yapmadığı kurumdan sorulmadan

(*) Gönderen: Kazım GÜZELGÜN, Kadıköy 1. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

toplam "5000" gün sigortalılık süresi varmış gibi yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmektedir.

Yapılacak iş; davacının askerlik borçlanması yapıp yapmadığı yönteminde sorularak yapmış ise toplam sigortalılık süresine katılacak borçlanma süresi ile birlikte yasal 5000 günlük sigorta süresinin dolup dolmadığını araştırmak, talep tarihine göre dolmuşsa şimdiki gibi kabule aksi takdirde yaşlılık aylığı talebinin reddine karar vermekten ibarettir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 13.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/22912 **K:** 2008/16095 **T:** 16.10.2008

TRAFİĞE KAYITLI ARACIN SATIŞ YÖNTEMİ • MÜLKİYETİN İNTİKALİ

Özet: Trafikte kayıtlı araçların satışı noterde veya Trafik Şube ve bürolarında yetkili memurlarca yapılan sözleşme ile gerçekleştirilir. Sözleşmenin yapılmasıyla mülkiyet alıcıya intikal eder. Satışın sicile işlenmemiş olması mülkiyetin intikalini etkilemez. Zira sicil tescili idari bir işlemdir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3.Kişi) vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar vermiştir.Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, davacı 3. kişinin İİK'in 96. ve devamı maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Dava konusu 34 UA 5444, 34 UA 1073 ve 34 UA 5431 plakalı araçlar, trafikte borçlu adına kayıtlı ise de, bu araç hacizden önce 29.07.2003 tarihinde Gebze 6. Noterliği'nde düzenleme şeklinde yapılan satış sözleş-

mesi ile borçlu şirket tarafından davacı 3. kişi şirkete satılmıştır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 4199 Sayılı Yasa ile değişik 20/d maddesi uyarınca, trafikte kayıtlı her türlü aracın satış ve devri tescil belgesi esas alınarak noterlerce ya da Trafik Şubeleri ve bürolarında yetkili memurlarca yapılacak satış sözleşmesi ile mümkün olduğundan, davacıya yapılan bu satış geçerlidir. Satışın sicile işlenmesi idari bir işlem olduğundan satıştan sonra davacı adına tescil edilmemesi satışı geçersiz kılmaz. Öte yandan satışın danışıklı olduğu iddiasıyla açılmış bir iptal davası da yoktur.

Bu durumda 3. kişinin istihkak davasının kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya (3. Kişi) iadesine, 16.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/978 **K:** 2008/2242 **T:** 14.02.2008

MALULİYETE İLİŞKİN İTİRAZ • MALULİYETİN KESİNLEŞMESİ • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

(4857 SY m. 77; 506 SY m. 129, 5510 SY m. 58)

Özet: Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumundan doğan maddi ve manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Ordu İş Mahkemesi'nde görülen maluliyet oranının tespiti yönünden yapılan işlem sonucunun görülmekte olan iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat davasının sonucunu etkileyeceği açıktır.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava davacının iş kazası sonucu beden güç kaybına uğradığı iddiasına dayalı maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, % 27 maluliyet oranı esas alarak hesaplanan maddi zarara ilişkin maddi tazminat talebi, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca karşılandığından reddine, manevi tazminat isteminin ise kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile varılmıştır.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden SSK Başkanlığınca davalı işveren şirkete karşı açılan ve Ordu İş Mahkemesi'nin 2004/251 Esas sayılı dosyasında görülen rücu davasında davacının maluliyet oranına işverenin itirazı doğrultusunda işlem yapılarak maluliyet oranının tespiti için 05.10.2007 tarihli celsede, davacının SSK Yüksek Kurulu'na şevkine karar verildiği anlaşılmaktadır. Ordu İş Mahkemesi'nin 2004/251 Esas sayılı dosyasında maluliyet oranının tespiti yönünden yapılan işlem sonucunun görülmekte olan iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat davasının sonucunu etkileyeceği açıktır.

Bu nedenle Ordu İş Mahkemesi'nin 2004/251 Esas sayılı dosyası celbedilip incelenerek, itiraz üzerine maluliyet oranının yeniden tespiti için işlem yapılmışsa, bu işlem sonucu bekletici mesele yapılarak, işlemin kesinleşmiş sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu husus göz ardı edilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalı şirketin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davalı şirket vekilinin bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 14.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/24838, K: 2008/3492 T: 04.03.2008****İŞ KAZASINDA MADDİ TAZMİNATIN HESABI • İMZALI ÜCRET
BORDROSU • PEŞİN DEĞERİN ZARARI KARŞILAMASI
• MALULİYETİN ARTARAK DEĞİŞMESİNİN ZARAR
HESABINDA DEĞERLENDİRİLMESİ***

(4857 SY m. 77; 1086 SY m. 288)

Özet: Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumundan doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir. Zararlandırıci sigorta olayına maruz kalan sigortalının, maddi zararının hesabında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınamayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda, işçinin yaşı kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerektiği, dairemizin giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 34.424,83 YTL. maddi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi davalılar vekili lince istenilmesi ve duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 04.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılar 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 okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava 20.10.1008 tarihinde meydana gelen iş kazasında sağ elinin preste ezilmesi ile %44,00 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece 07.09.2007 tarihli hesap bilirkişi raporunda, davacının 2004 yılına kadar İstanbul Ticaret Odası'nın bildirdiği emsal ücretlerle çalıştığı, 2005 yılından itibaren ise 2004 yılındaki ücretin asgari ücrete oranlanarak, takip eden yıllarda asgari ücretlerin aynı oranda artırılması suretiyle bulunacak ücretlerle çalıştığı kabul edilerek tazminatın hesaplandığı, hesap raporunun 2. şıkkı esas alınarak maddi tazminat isteminin kabulüne karar verilmiş ve bu karar süresinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, sigortalının, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi istemine ilişkindir. 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 oranları, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez.

Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı, hesap raporunun Yargıtay denetimine elverişli olması gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.

Zararlandırııcı sigorta olayına maraz kalan sigortalının, maddi zararının hesabında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınmayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret gözönünde tutularak belirlenmesi gerektiği, Dairemizin giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.

Somut olayda davalı işverenlik tarafından sunulan ücret bordrolarında kazalının ücreti asgari ücretin 1.06 katı olup bordrolarda sigortalının imzası bulunmaktadır. Öte yandan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinde yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarının, beyine başlangıcı sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa yazılı delille ispatlanması gerekir. Hal böyle olunca, asgari ücretin üzerinde ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesinde de belirlenen sınırı aşan ücretin, İstanbul Ticaret Odası tarafından yapılan bildirimin esas alınarak saptanmasına yasal olanak olmadığı ortadadır. Kaldı ki; hesap raporunun 2. şıkkındaki yöntemle bulunan ücretin davacı avukatı tarafından 06.09.2007 tarihli dilekçe ekinde sunulmuş ve davacının 2007 Temmuz ayında çalıştığı iş yerindeki kazancını gösteren imzalı bordronun da üzerinde olduğu açıktır. Öte yandan davacının sürekli iş göremezlik oranı 29.01.2004 tarihine kadar %14,30, 29.01.2004 ile 30.06.2007 arasında %24,20 ve 01.07.2007 tarihinden itibaren de % 44,00 olduğu halde, sürekli iş göremezliğin başladığı 19.04.2000 tarihinden itibaren % 44,00 oranındaki, sürekli iş göremezliğin esas alınarak tazminatın fazla çıkarıldığı ortadadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ve özellikle 07.09.2007 tarihli hesap bilirkişi raporunun imzalı bordrolarla uyumlu olarak düzenlenen 1. şıkkı esas alınarak davacının maddi zararının sigorta tahsisleri peşin sermaye değeri ile karşılanması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddi gerekirken, fiili duruma uygun olmayan ücretlerle tazminatın hesaplandığı aynı raporun 2. şıkkının esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davalılar yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 04.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/15547 K: 2008/3764 T: 10.03.2008****DAVACININ KUSURSUZLUĞU DURUMU • İŞVERENİN OLAYDAN
MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUĞU
• MADDİ VE MANEVİ GİDERİM***

(4857 SY m. 77, 818 SY m. 50, 51, 142)

Özet: Davacı, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumundan doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir. Dava dilekçesi içeriğinden, davacının müte-selsil sorumluluğa dayalı olarak dava açtığı anlaşılmaktadır. Birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen BK 50. maddesi ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri aynı zarardan sorumluluklarını düzenleyen BK'nın 51. maddesi uyarınca ve aynı Yasanın 142. maddesi hükmüne dayananarak davacı, zararının tümünü müte-selsil sorumlulardan biri aleyhine açacağı bir dava ile isteyebileceği gibi, sorumluların hepsi aleyhine açacağı bir dava ile de talep edebilecektir.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine 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 düşüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre, davalının tüm davacının sair temyiz itirazlarının red-dine,

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

2- Dava, davacının iş kazası sonucu beden güç kaybına uğraması nedeniyle maddi zararının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden iş kazasına uğrayan davacı işçinin, davalıya ait otel işyerinde garson olarak çalışmakta iken dava dışı kişilerin silahları ile rastgele ateş etmeleri sonucunda yaralanarak % 22.2 oranında meslekte kazanma gücünü yitirdiği, mahkemece hükme esas alınan 21.07.2006 tarihli kusur raporunda davalı işverene % 50, haksız fiil faillerine % 50 oranında kusur izafe edildiği, davacının kusursuz bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının gerçek zararından haksız fiil faillerinin kusuru oranında indirim yapılarak hesaplama yapan bilirkişi raporunun 2. bendi gereğince maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş ise de varılan bu sonuç doğru değildir.

Dava dilekçesi içeriğinden, davacının müteselsil sorumluluğa dayalı olarak dava açtığı anlaşılmaktadır. Birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen BK'nın 50. maddesi, ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri aynı zarardan sorumluluklarını düzenleyen BK'nın 51. maddesi uyarınca ve aynı Yasanın 142. maddesi hükmüne dayanarak davacı, zararının tümünü müteselsil sorumlulardan biri aleyhine açacağı bir dava ile isteyebileceği gibi, sorumluların hepsi aleyhine açacağı bir dava ile de talep edebilecektir.

Yapılacak iş; somut olayda davacının kusurunun bulunmadığında anlaşılmasına göre, müteselsil sorumlulardan davalı işverene yönelik olarak açılan dava nedeniyle işverenin tazminatın tamamından sorumlu tutulması gerektiği gözönünde tutularak, maddi zararı asgari ücretteki artışları dikkate alarak yeniden hesap raporu olarak belirlemek, Kurumca bağlanan gelirlerin en son peşin sermaye değerini belirlenen tazminattan düşmek ve talepte gözetilerek elde edilecek sonuca göre karar vermekten 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**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalıya yükletilmesine, 10.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/11111 K: 2008/5643 T: 10.04.2008****İŞ HUKUKU • HİZMET TESPİTİ DAVASI • ÇALIŞMA SÜRESİNİN
TESPİTİ • ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI**

(506 SY m. 79; 5510 SY m. 86; 4721 SY m. 286, 702, 713; 818 SY m. 50, 142; 1086 SY m. 46, 43)

Özet: Dava, davacının davalılara ait iş yerlerinde profesyonel futbolcu olarak geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasanın (Yeni 5510/86) 79. maddesidir. Birden fazla davalı hakkında aynı dava dilekçesi ile dava açılabilmesi için davalılar arasında zorunlu veya ihtiyari dava arkadaşlığının bulunması gerekir. Zorunlu dava arkadaşlığı maddi hukukun bir hakkın birden fazla kişi tarafından dava edilmesini veya birden fazla kişiye karşı dava açılmasının öngördüğü durumdur. Bu durumda, davalılar arasında zorunlu veya ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmadığından HUMK 46. maddesi uyarınca davaların ayrılmasına karar verilmesi gerekirken birlikte görülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Davacı, davalı işverenler nezdinde ve kuruma tescil edilmeyen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu ve Çayeli Belediye Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi,

KARAR

Dava, davacının davalılara işyerlerinde profesyonel, futbolcu olarak geçen, ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Yasanın 79. maddesidir.

Davacı dava dilekçesinde farklı davalılara ait farklı işyerlerinde farklı zamanlarda geçen davalı Kuruma bildirilmeyen çalışmalarının tespiti ni istemiştir.

Birden fazla davalı hakkında aynı dava dilekçesi ile dava açılabilmesi için davalılar arasında zorunlu veya ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının bulunması gerekir.

Zorunlu dava arkadaşlığı maddi hukukun (TMK, BK, TTK) bir hakkın birden fazla kişi tarafından dava edilmesini veya/ birden fazla kişiye karşı dava açılmasının öngördüğü durumdur. Somut olayda maddi yönden zorunlu dava arkadaşlığı (örneğin TMK m. 702 iştirak halinde mülkiyet, BK m. 520 adi ortaklık) bulunmadığı gibi şekli yönden dava arkadaşlığı da (TMK m. 286, TMK m. 713, İİK m. 282) söz konusu değildir.

Öte yandan zorunlu dava arkadaşlığı dışında kalan ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller HUMK'un 43. maddesinde a) Dava konusu hak veya borcun ortak olması (BK m. 142 müteselsil borçluluk) b) Borçluların ortak bir işlem (örneğin, sözleşme) ile birden çok kişi yararına borç yüklenilmiş olması c) Davanın aynı nedenden doğması, (örneğin BK m. 50 birden fazla kipinin haksız fiil sorumluluğu) olarak sayılmıştır. Somut olayda davalılar arasında anılan maddede öngörülen nitelikte ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığı da bulunmamaktadır.

Bu durumda davalılar arasında zorunlu veya ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmadığından HUMK'un 46. maddesi uyarınca, davaların ayrılmasına karar verilmesi gerekirken birlikte görülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalıların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, fazla alınan temyiz harcının istek halinde Ç. Belediye Başkanlığına iadesine 10.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARI

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARI

YD. İtiraz No: 2008/939 T: 13.11.2008

İDARİ PARA CEZALARI • KESİNLEŞME OLMADAN CEZALARIN ÖDENMEYECEĞİ*

Özet: Genel bütçeye gelir kaydedilen idari para cezalarının kesinleşmeden takip ve tahsil edilmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle tahsilattan önceki aşamaya ilişkin bulunan bu davalarda davacıların ayrıca yürütmenin durdurulmasını istemelerine gerek bulunmamaktadır.

İstemin Özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 14.7.2008 günlü, E:2008/1955 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi ... Düşüncesi: 5015 sayılı Petrol Piyasası Yasası'nın değişik 19. maddesi uyarınca kesilen idari para cezalarının tahsilinde 5326 sayılı Kabahatlar Yasası hükümlerinin uygulanacağı açık bulunduğundan ve 5326 Sayılı Yasa gereğince ceza kararları kesinleşmeden tahsil edilemeyeceğinden yürütmenin durdurulması isteminin reddine dair Daire kararına yapılan itirazın bu nedenle reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı ... Düşüncesi: İtiraz dilekçesinde ileri sürülen nedenler Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, itirazın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca gereği görüldü:

(*) Gönderen: Av. Hasan AKBAY

Davacıya istasyonundan alınan akaryakıt numunesinin analizi sonucunda düzenlenen rapora dayanılarak teknik düzenlemelere uygun olmayan akaryakıt ikmal ettiğinden bahisle 5015 Sayılı Kanunun 19/2-(b)-3 maddesi ve aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca 62.758.00 YTL idari para cezası verilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 31.12.2007 günlü, 1453/25 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen ve yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bulunan 14.7.2008 günlü, E:2008/1955 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine göre ancak idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

5326 sayılı Kabahatlar Kanunu'nun 2. maddesinde; “Kabahat” deyiminin, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına geldiği belirtilmiş; aynı Kanun'un “Genel Kanun Niteliği” başlıklı, değişik, 3. maddesinde, Bu Kanunun;

- İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin Hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

- Diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı

düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 17. maddesinin, 19.12.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5560 sayılı Yasayla değişik 3. fıkrasında; 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idari para cezalarının Genel Bütçeye gelir kaydedileceği, aynı Yasayla değişik 4. fıkrasında da; Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarına ilişkin kesinleşen kararların, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderileceği hükme bağlanmıştır. Bu arada 5018 sayılı Yasa'nın eki III sayılı cetvelde Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna da yer verilmiştir.

Öte yandan, Maliye Bakanlığınca hazırlanıp 12.5.2007 günlü, 26520 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 442 sayılı “Tahsilat Genel Tebliği”nde; 5326 Sayılı Yasa hükümleri gözetilerek “İdari Para Cezalarının Kesinleşmesi” konusunda da açıklama yapılmış ve genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarının 6183 Sayılı Yasaya göre takip ve tahsil edilebilmesi için, bu cezalara ilişkin idari yaptırım kararlarının kesinleşmesinin gerektiği, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaması veya kanun yoluna başvurulması halinde yargılama aşamalarının son bulması neticesinde idari para cezalarının takip edilebilir aşama-

ya gelmesinin, idari para cezasının kesinleşmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir.

Tebliğde ayrıca idari para cezasına yönelik Kabahatler Kanunu'nun hükümleri dışında kanun yolu öngörülmesi halinde, ilgili kanunlarında yer verilen kesinleşme nedenlerine bağlı olarak idari para cezalarının kesinleşeceği belirtilmiştir.

Dava konusu işlemin dayanağı olan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun "20.12.2003 ila 8.2.2008" tarihleri arasında yürürlükte olan "İdari para cezaları" başlıklı 19. maddesinde, eylemlere göre idari para cezası miktarları düzenlenmiş, maddede ayrıca; "... Cezalar tahsil "edilinceye kadar, mahkeme kararı ile ilgililerin varlıklarına tedbir konulabilir....

Kurulun ceza vermesinde zamanaşımı süresi, ihlalin ve/veya olayın meydana geliş tarihinden itibaren beş yıldır.

Ay içinde tahsil edilen idari para cezaları müteakip ayın yirminci iş günü sonuna kadar irat kaydedilmek üzere Hazineye devrolunur.

İdari para cezalarının tahakkuk tarihini izleyen otuz gün içerisinde ödenmemesi halinde, cezanın ilgili vergi dairesi aracılığı ile tahsili sağlanır. Tahsilatta 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

İdari para cezalarının miktarları her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır...." hükümlerine yer verilmek suretiyle tahsil, zamanaşımı, artırım konularında özel düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, 8.2.2008 günlü, 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 Sayılı Yasanın 528. maddesi ile 5015 Sayılı Yasanın 19. maddesi yeniden düzenlenmiş ve madde metninde daha önce yer alan (ve yukarıda değinilen) tahsil, zamanaşımı, artırım hükümlerine yer verilmemiştir. 5728 Sayılı Yasa'da ayrıca 8.2.2008 tarihinden önce Kurulca verilen idari para cezalarının tahsilinde eski hükümlerin geçerli olacağı yönünde bir geçici madde düzenlenmesi de yer almamıştır.

Bu arada 24.5.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5496 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 15. maddesine eklenen (e) fıkrası ile, Kurumun 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine tabi olmadığı düzenlenmişken, yine 5728 sayılı Kanun ile bu düzenleme de yürürlükten kaldırılmıştır.

5728 Sayılı Yasanın gerek genel, gerekse madde "Gerekçe"sinde bu değişikliklerin nedeni "İdari yaptırım kararlarının tebliği, kesinleşmesi, takip ve tahsili ile zamanaşımı konularının Kabahatler Kanununun genel hükümler kısmında ayrıntılı olarak düzenlendiğinden buna ilişkin düzenlemelere madde metninde yer verilmemiştir." denilerek açıklanmıştır.

Bu durumda, 5015 Sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca ilgililere verilen idari para cezalarının takip ve tahsilinde 5326 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı ve anılan Kanun'un yukarıda değinilen hükümleri gereğince genel bütçeye gelir kaydedilen idari para cezalarının kesinleşmeden takip ve tahsil edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla tahsilattan önceki aşamaya ilişkin bulunan bu davalarda davacıların ayrıca yürütmenin durdurulmasını istemelerine gerek bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, olayda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için 2577 Sayılı Kanunun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmemiş olduğu anlaşıldığından, davacının itirazının bu nedenle **REDDİNE**, 13.11.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

AIHM KARARLARI

GANİ ÖZCAN / TÜRKİYE DAVASI

Başvuru No

11189/04

Hüküm

Strazburg, 4 Kasım 2008

*Nihai Karar Konvansiyonun 44.
madde 2. paragraf uyarıncadır.*

Özcan Gani'nin Türkiye aleyhine davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Kısım),

Françoise Tulkens, başkan

Ireneu Cabral Barreto,

Vladimiro Zagrebelsky,

Danute Jociene,

Dragoljub Popovic,

Nona Tsotsoria,

Isil Karak, hakim

ve Sally Dolle, zabıt katibesi

şeklindeki Danışma Kurulundan oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2. Kısım) 7 Ekim 2008 tarihindeki basına ve kamuya kapalı oturum sonrasında karara vardı

DAVANIN SEYRİ

1) Dava, 11189 / 05 numaralı şikâyet dilekçesiyle Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılmış başvurudan kaynaklanmaktadır. Adı geçen ülkenin yurttaşı bay Gani Özcan (başvuru sahibi), 15 Mart 2004 tarihinde, Cenevre Konvansiyonu'nun insan haklarını ve temel özgürlükleri koruma altına alan 34. maddesinden ("Konvansiyon") yola çıkarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

2) Başvuru sahibi, Ankara'da avukatlık yapmakta olan bay N.Berker ve bay M.Yazıcı tarafından temsil edilmektedir. Türk hükümeti ("hükümet") ise, kendi yetkili memuru tarafından temsil edilmektedir.

3) 5 Kasım 2007'de mahkeme, söz konusu başvurunun Türkiye'ye tebliğ edilmesine karar vermiştir. Ayrıca, davanın Konvansiyonun 29. maddesi § 3 uyarınca usulen ve

esasen kabul edilebilirliğini incelenmesine karar vermiştir.

tarihinde de bir bilirkişi raporunun hazırlanmasına karar vermiştir.

OLAYLAR

I - Davanın koşulları

4) Başvuru sahibi, 1938 doğumludur ve Ankara'da ikamet etmektedir.

5) Kendisi, 8 Kasım 1967 tarihinde Ankara, Çankaya'da arsalar satın almıştır. Bunların bir bölümü Cumhurbaşkanlığı Köşkünün bariyerlerle çevrilmiş güvenlik bölgesi içinde bulunmaktadır.

6) 11 Kasım 1999 tarihinde, Milli Savunma Bakanlığı, yetkili Ankara Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak, istimlakla ilgili 2942 sayı kanunun 38. maddesine istinaden, başvuru sahibinin tapusunun iptal talebinde bulunmuş, ayrıca 5965 numaralı arsanın 1 numaralı parselini hazineye aktararak kendilerine devredilmesini istemiştir.

7) 23 Ekim 2000 tarihinde fiili (de facto) istimlak nedeniyle, başvuru sahibi yine aynı mahkemeye başvurarak, tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurusunda, diğer parsellerle ilgili yasal hakları ve başka yasal adımlar atma konusundaki yasal hakları saklı kalmak suretiyle, sembolik olarak dava konusu arsanın 1 m²'sinin değeri karşılığı parayı talep etmiştir.

8) 4 Temmuz 2002 tarihinde, başvuru sahibinin talebi üzerine ve kendisinin diğer parsel ve hisselerle ilgili haklarının mahfuz kalması dileğini de göz önünde bulundurarak mahkeme, her iki davanın birleştirilmesine ve 28 Haziran 2002

(Tarihlerde muhtemelen bir hata var)

9) 2 Temmuz 2002 tarihinde hazırlanan bir raporla, Tapu ve Kadastro alanındaki bilirkişi, söz konusu arsanın Cumhurbaşkanlığı Köşkü çevresinde olması nedeniyle, devlet tarafından 1942'den beri oluşturulmuş güvenlik bölgesi kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bilirkişi aynı şekilde, söz konusu arsanın hazineye devredilmesi şeklinde görüş beyan etmiştir.

10) 22 Ekim 2002 tarihinde mahkeme idareyi haklı bulmuş, başvuru sahibinin tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme, mül hazasında söz konusu arsanın devlet tarafından 20 yılı aşkın bir süredir bu amaçla kullanılmakta olduğunu ve istimlakla ilgili yasanın 38. maddesi uyarınca, devletin karşılıksız olarak istimlak etme olanağının mevcut olduğunu belirtmiştir.

11) 3 Aralık 2002 tarihinde, temyiz mahkemesi olarak Yargıtay alt mahkemenin kararını teyit etmiştir.

12) İstimlak ile ilgili 10 Nisan 2003 tarihinde verilmiş ve 4 Kasım 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmış olan bir kararla, Anayasa Mahkemesi, 2942 sayılı kanunun 38. maddesini anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında anayasanın ilgili maddelerini ve mahkeme kararlarını göz önün-

de bulundurarak, karşılıksız istimlak yapmanın anayasa ve Konvansiyonun düzenlemeleriyle uyum içinde olmadığı kanaatine varmıştır.

13) 30 Mayıs 2003 tarihinde başvuru sahibi kararın tashihi için Yargıtay'a başvurmuştur.

14) 16 Eylül 2003'te de Yargıtay başvuru sahibinin talebini, talebin haklı bulunmadığı gerekçeyle reddetmiştir.

II - Hukuk ve bu konudaki iç uygulamalar

15) Hukuk ve iç hukuktaki uygulamalara emsal olarak IRS ve diğerlerinin Türkiye aleyhine davalarındaki mahkeme kararı (No.: 26338 / 95, 20 Temmuz 2004).

HUKUKEN

1-1 numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A - KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA

16) Hükümet, iç hukuk yollarının tamamen tüketilmemiş oldukları savına dayanmaktadır. Burada maddi olarak başvuru sahibinin zararını iç hukuk kurumları nezdinde beyan etmemiş olduğunu, bu nedenle de iç başvuru yollarını tüketmemiş olduğunu ileri sürmektedir.

17) Başvuru sahibi ise bu teze karşı çıkarak, iç hukuktaki her türlü başvuru yolunu denemiş olduğunu, fiili istimlak (de facto) nedeniyle de tazminat talebinin de reddedilmiş olduğunu ifade etmektedir.

18) Mahkeme, mülkiyet sahibi olan başvuru sahibine karşı idare

tarafından bir dava açılmış olduğunu tespit etmektedir. Bunun üzerine o da, de facto istimlak ve uğramış olduğu zarar nedeniyle bir tazminat davası açmıştır. Ulusal hukuk yollarındaki yargı organları da, başvuru sahibinin girişimini haksız telakki ederek, bu konuda idareyi haklı bulmuşlar ve karşılığında herhangi bir ödeme yapılmaksızın mülkiyet hakkının iptaline karar vermişlerdir (yukarıda zikredilen § 10 ve 11).

19) Mahkeme, bir başvuru sahibinin mevcut tüm etkili ve yeterli gözüken başvuru yollarını kullanmasının gerekliliğini hatırlatır. Şayet bir başvuru yolu bir kez kullanılmışsa, aynı sonucu verecek ikinci bir kez kullanılmasının gereği yoktur (bkz. Patricia Raquel Real Alves'in Portekiz aleyhine davası, No. 19485/02, 9 Kasım 2004).

20) Mahkeme, mülkiyet hakkının iptal edilmesi nedeniyle tazminat alabilmek için başvuru sahibinin tazminat davası açmış ve kendisinden beklenecek her türlü makul girişimle başvuru yollarını tamamen tüketmiş olduğuna kanaat getirmiştir (bkz. mutatis mutandis [uyum sağlamaya yönelik değişiklikler yapıldıktan sonra uygulanabilecek olan], Akıllı'nın Türkiye aleyhine davası, No. 71868/01, § 24, 11 Nisan 2006). Mahkeme böylece hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu şeklindeki tezini reddetmiştir.

21) Diğer taraftan Konvansiyonun 35. maddesi § 3'e tekabül eden başvurunun haksız olmadığını gözlemlemekte ve kabul edilemezlik doğrultusunda hiçbir neden gör-

memektedir. Bundan dolayı talep kabul edilmiştir.

B - ESAS HAKKINDA

22) Başvuru sahibi, mal ve mülke dokunulmazlık hakkına saygı gösterilmediği gerekçesiyle şikâyetçi olmaktadır. Bir yandan hiçbir karşılık ödenmeksizin tapunun iptal edilmiş olduğunu, diğer taraftan da Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin kararını göz önünde bulundurmadan, kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasını beklemeden ve kararını ileri bir tarihe ertelemeden karar vermiştir. Bu, 1 numaralı Protokolün 1. maddesi kapsamına girmekte olup, aşağıdaki gibidir:

"Her gerçek ya da tüzel kişinin mülkiyet hakkına saygı gösterilmedir. Kamu yararı ve yasaca öngörülen diğer koşullar ya da uluslararası hukukun genel ilkelerinin gerekli kılmaları haricinde kimse mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz.

Devletlerin, kamu yararına genel çıkarlar, vergi ya da para cezalarının ödenmesi gibi zorunluluklar halinde, gerekli gördükleri takdirde önceki düzenlemeleri yürürlüğe koymaları karşısında bir engel yoktur."

23) Hükümet bu görüşe karşı çıkmaktadır.

24) Mahkeme, ilk olarak, bu anlaşmazlıkta başvuru sahibinin tapu belgesinin mevcudiyetinin her iki tarafın da sorgulayarak tartışması gerektiğini kanaatindedir. Başvuru sahibi idarenin girişimiyle bu haktan yoksun bırakılmıştır (bkz. yukarıda zikredilen, § 10). Yetkili yargı kurumu de facto istimal nedeniyle tazmin talebini ince-

lemiş ve bunun kabul edilebilir olmadığına kanaat getirerek reddetmiştir.

25) Mahkeme, 1 numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmiş olduğu şeklindeki kararını başvuru sahibinin dava konusuna emsal nitelikteki başka bir davayı inceledikten sonra vermiştir (bkz. IRS ve diğerlerinin Türkiye aleyhine davaları, yukarıda zikredilen § § 55 ve 56; Akagün'ün Türkiye aleyhine davası, No. 71901 / 01, § § 33 34, 5. Aralık 2006). Mahkeme, 38. maddenin uygulanmasının aslında, başvuru sahibini, tapu belgesinin iptali üzerine tazminat talebinde bulunma olanağından mahrum bırakmış olduğuna dikkat çeker. Mahkemece, bu tür bir müdahale, olayların geçtiği tarihte bunların mevcut yasayla tam olarak uyum içinde olmuş olsalar bile, keyfi olarak nitelendirilebilir, zira, kişisel hakların korunmasının emredici hükümleri ile kamu yararına gereksinimler arasında bir dengenin sağlanması gerekir (IRS ve diğerlerinin yukarıda zikredilen § § 50 - 56).

26) Mahkeme, söz konusu davayı incelemiş ve hükümetin mevcut durumdan farklı bir sonuca ulaşılması için ikna edici ve makul hiçbir olay ve gerekçe göstermemiş olduğu kanaatine varmıştır.

27) Bu sebeplerden dolayı 1 numaralı Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

IV - KONVANSİYONUN

41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

(Rom. Rakamlarıyla II-I mevcut değil!!!, muhtemel yazım hatası)

28) Konvansiyonun 41. maddesi, "Mahkeme, eğer Konvansiyon ve Protokollerin ihlal edilmiş olduğunu saptarsa ve şayet Yüksek Akit tarafının iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını silmeye müsait değilse, gerekli gördüğü takdirde mağdur tarafa hakkaniyete uygun, makul bir tazminat tahsis eder."

A - ZARAR

29) Başvuru sahibi, idarenin uzun yıllar yasalara aykırı olarak arsasını işgal etmiş, daha sonra hukuki yollarla kendi mülkiyetini kendi üzerine geçirtmiş ve buna karşılık da hiçbir tazminat ödemiş olduğunu ileri sürmektedir. Pi-yasa değeri üzerinden arsanın tazmin edilmesi, ayrıca da, yasadışı işgal nedeniyle ek bir tazminatın verilmesinin gerektiğini savunmaktadır. Başvuru sahibi, maddi zararının 543,475 Avro olduğunu belirtmekte ve bu talebine dayanak olarak da gayrimenkullerin değerini tespit eden bir şirketin bilirkişi raporunu sunmaktadır. Manevi tazminata gelince, başvuru sahibi sembolik olarak 1 Avro talep etmektedir.

30) Hükümet başvuru sahibinin taleplerine itiraz etmektedir.

31) Mahkeme, IRS ve diğerlerinin Türkiye aleyhine (hakkaniyete uygun tatmin için) açtığı davada (No. 2633895, §§ 23 - 24, 3 Mayıs 2005) hiçbir tazminat ödenmemesi halinde, tahsis edilecek miktarın gerçek değeri yansıtmayabileceğini,

mülkiyet hakkının hukuki değerlendirmesini, gözlemlenen ihlalin kaynağını müşahade eder. Mevcut durumda, iç yargı kurumları söz konusu arsanın değerinin saptanması yoluna gitmemişlerdir.

İç yargı kurumları yalnızca, başvuru sahibinin tapu belgesinin ihlaline ve 2942 sayılı yasanın 38. maddesi uyarınca ve karşılığı ödenmeksizin (bkz. yukarıdaki § 10) gayrimenkulun hazineye devredilerek, tapunun idarenin üzerine geçirilmesine karar vermişlerdir ki, bu, mahkemenin 1 numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmiş olduğu kanısına varmasına neden olmuştur.

Sonuç olarak, mahkeme, götürü usulüyle en uygun meblağın saptanmasının duruma uygun olduğuna karar vermiştir. Buna göre, ilke olarak, bu meblağ hem mülk değerine tekabül ederken hem de tazminat talebindeki beklentilerle uyum içinde olmalıdır (önceki karar; Borekçioğulları [Çökmez] ve diğerlerinin Türkiye aleyhine davaları, no. 58650 / 001, § 48, 19 Ekim 2006). Bundan dolayı, dosyada bulunan, tarafların sunmuş oldukları belgelerin tamamı göz önünde bulundurulacaktır.

32) Bu hususlar dikkate alınarak ve hakkaniyete uygun olacak biçimde, mahkeme, başvuru sahibine tazminat olarak 300,000 Avro tahsis edilmesine karar vermiştir.

33) Diğer yandan, söz konusu davada manevi tazminatı gerektirecek hiçbir özel nedenin olmadığına karar verilmiştir (IRS ve diğerleri;

yukarıda zikredilen, § 28 çerçevesinde)

B - MASRAFLAR ve DİĞER MAHKEME GİDERLERİ

34) Başvuru sahibi adli makamlar huzurunda, masrafları için 1,000 Avro talep etmekte, ama bununla ilgili gerekçelerini doğrulayacak hiçbir belge sunamamaktadır.

35) Hükümet bu iddialara karşı çıkmakta, bunların hiçbir şekilde kanıtlanacak şekilde belgelenmemiş olduklarını belirtmektedir.

36) Mahkemenin sürekli içtihadına göre, 41. madde uyarınca masraflar ve mahkeme giderleri inandırıcı, gerekli ve oranlarının makul olmaları koşuluyla kabul edilirler (Iatridis'in Yunanistan aleyhine davası {Hoşnut olma, adil ticaret} [GC], no. 31107/96, § 54, AİHM XI 2000).

37) Mahkeme, kendisine başvuru sahibinin iddia ettiği masraflarını doğrulayan belgeler sunulmamış olduklarından dolayı, masrafların tazmini talebinin reddine karar vermiştir.

C - GECİKME FAİZİ

38) Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın yeniden finansman kolaylığı ile ilgili uyguladığı faiz oranına yüzde üçlük puanlık bir artışın ekleneceğini belirterek, gecikme faizinin ödenmesine karar vermiştir.

Bu gerekçelerden dolayı mahkeme, oybirliğiyle

1) Başvurunun kabulüne,

2) 1 numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna,

3) Başvuru sahibinin, kendiliğinden gelişen bir ihlal neticesinde uğramış olduğu manevi zararın hakkaniyete uygun bir şekilde karşılanmasına,

4) a - Konvansiyonun 44. maddesi § 2'ye göre kararın kesinleşmesine müteakip 3 ay içerisinde davalı devletin, başvuru sahibine maddi zarar, ziyan ve hasar karşılığı 300,000 Avro (üç yüz bin) ödemeye, ek olarak bunların vergilerini karşılamaya, ödemenin, yapılacağı zaman geçerli kura göre ve Türk Lirası olarak yapılmasına,

b - Sözü edilen sürenin dolmasından sonra, ödeme yapılana kadar geçecek süre için, bu meblâğlara Avrupa Merkez Bankası'nca o dönemde uygulamakta olan faiz oranı esas alınarak, bunun yüzde üç arttırılarak uygulanmasına,

5) Bunlara ek olarak istenilen hakkaniyete uygun tazminat talebinin reddine

karar vermiştir.

Bu karar, yönetmeliğin 77. maddesinin §§ 2 ve 3. gereğince, Fransızca olarak kaleme alınmış ve 4 Kasım 2008 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Sally Dole Zabıt Kâtibes
Françoise Tulkens Başkan

NİTA / ROMANYA DAVASI

Başvuru No

10778/ 02

Hüküm

Strazburg, 24 Kasım 2008

*Nihai Karar Konvansiyonun
44üncü madde, 2nci paragrafı
uyannıdır.*

Nita'nın Romanya'ya karşı davasında

Josep Casadevall (*Başkan*),
Elisabet Fura - Sandström,
Corneliu Birsan,
Bostjan M. Zupancic,
Alvina Gyulumyan,
Egbert Myjer,
Luis Lopez Guerra, hakim ve
Santiago de Quesada, zabıt kâ-
tibi

şeklindeki Danışma Kurulun-
dan oluşan Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi (3üncü Kısım) 14 Ekim
2008 tarihindeki (kamuya) açık ol-
mayan duruşmada aşağıdaki kara-
ra vardı

DAVA SEYRİ

1) Konunun başında Roman-
ya'ya karşı bir dava dilekçesi veril-
miş bulunmaktadır (10778 / 02).
Söz konusu dilekçe, ilgili ülkenin
iki vatandaşı, bay Vasile Mircea Ni-
ta ve bay Viorel İonel Nita tarafın-
dan verilmiş bulunmaktadır. Mah-
keme heyetine 24 Ocak 2002 tari-
hinde yapılan başvuruda bu şahıs-
lar İnsan Hakları ve Temel Özgür-
lüklerin Korunması ile ilgili Sözleş-
menin 34. maddesi ile açıklanan
haklarını kullanmışlardır.

2) Romen hükümeti, Dışişleri
Bakanlığı'ndan bay Razvan-Hora-
tiu Radu tarafından temsil edil-
mektedir.

3) Başvuru sahipleri, polis ta-
rafından kötü muameleye tabi tu-
tulduklarını iddia etmekte ve söz
konusu devlet memurları hakkında
etkin bir soruşturma açılmadığını
belirterek, fiilleri nedeniyle cezalan-
dırılmalarını talep etmektedirler.

4) 27 Eylül 2005 tarihinde Üçüncü Kısım Başkanı, bu başvuru Romen hükümetine göndermeye, Sözleşmenin 29. maddesinin 3. paragrafına istinaden başvurunun kabul edilebilirliği ve dava gerekçelerindeki haklılık payının incelenmesine karar vermiştir.

GERÇEKTE

I - Mevcut konuda söz konusu koşullar

5) Başvuru sahipleri ikiz olup, 1971 doğumlu ve Romanya, Roşiori Vede'de mukimdirler.

6) Başvuru sahipleri, 31 Ocak 1995 tarihinde Bükreş'teki askeri savcılığa giderek, soruşturma esnasında Roşiori Vede'de görevli polis memurlarının yetkilerini istismar ederek, kendilerine kötü muamele yapmış olduklarından dolayı şikayetçi olmuşlardır.

7) Hükümet, başvuru sahiplerine karşı şiddet kullanılmış olduğunu kabul etmeyerek, kendi ifadelerine göre, "sadece görevlerini yapmış olan", Roşiori Vede'li polislerin kendilerinden şikayetçi olunmuş başvuru sahiplerini şiddete dayalı hırsızlıkla ilgili olarak sorguya çekmiş olduklarını belirtmiştir.

8) Başvuru sahipleri, Roşiori Vede Kliniğinin Stomatoloji Bölümü başkanı bir doktor tarafından 16 Şubat 1995 tarihinde muayene edilmişler ve aynı tarihte hazırlanan raporlarda her iki şahısta da bir çok diş kırığının tespit edildiği belirtilmiştir. Bu belge, kayıt nu-

marası ve düzenlenme tarihiyle kliniğin o güne ait kayıtlarında bulunmamaktadır. Buna karşın, bu dişlerin tam olarak ne zaman ve hangi koşullarda kırılmış oldukları konusunda herhangi bir bilgi mevcut değildir.

26 Şubat 1995 tarihinde davacılar, içinde kayıt numarası ve belgenin düzenlendiği tarihin de bulunduğu evrakın bir suretini savcılığa sundular. Sunulan evrakta, muayene eden doktorun mühür ve imzası okunabilir durumda değildi. Savcılık, bu belgeyi soruşturma dosyasına koyduktan sonra, R.G. ve CM. isimli polis memurları hakkında suç duyurusunda bulunmuştur.

9) Hükümet, davacıların Roşiori Vede'de Stomatolog¹ doktor tarafından muayene edilmiş olduklarına, muayene gününün söz konusu yaraların oluştuğu gün olduğuna herhangi bir itirazda bulunmama, ama bunun Roşiori Vede polisinin muamelesi sonucunda olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, söz konusu raporda şiddetin ne zaman uygulandığı ve iki kardeşin aldıkları yaraların oluşma nedenlerinin belli olmadığı ifade edilmektedir.

10) 15 Şubat 1995'de savcılıkta ifadeleri alınan davacılar, önceki ifadelerini savcılıkta bir kez daha tekrarlamışlardır. İki kardeşten biri 26 Şubat 1995'de bir kez daha ifade vermiştir.

11) 16 Şubat 1995'de savcılık, R.G. ve CM. isimli iki polis memurunun ifadelerine başvurdu. Polis

(1) Stomatoloji: ağız boşluğuyla ilgili oluşumların, hastalıkların nedenlerini, tanı ve tedavilerini inceleyen bilim dalı; Stomatolog: Bu işi yapan, ağız ve diş sağlığı hekimi.

memuru R.G. ifade alınmış olduğu-
nu doğrulayarak, kendilerini sık
olarak haklarındaki suç duyuruları
nedeniyle ifadelerinin alınmış oldu-
ğundan dolayı tanıdığını belirtmiş,
söz konusu ifadelerin nedeninin de
şiddete dayalı hırsızlık olmuş oldu-
ğunu ifade etmiştir. Davacıların bu
esnada ifade vermeleri ve imzala-
maları için getirilmiş oldukları ma-
saya kelepçe ile bağlanmış oldukla-
rını da onaylarken, bunun gerekçe-
sini, sözlü saldırılara maruz kalmış
olduğunu ve akabinde gelebilecek
muhtemel bir fiziki saldırı olasılığı-
na duyulmuş olan endişe olarak
ifade etmiştir. Kendilerini dövül-
müş olduğu suçlamasını ise kabul
etmemiştir. İfade yazılı olarak alın-
mış olup, savcılıktaki araştırma
dosyasında bulunmaktadır. İki kez
ifadesi alınan C.M. isimli polis me-
muru ise bunları dinledikten son-
ra, kendisinin davacılarla ilgili söz
konusu soruşturma ile ilgisi olma-
dığını belirtmiştir. Daha sonra ver-
diği ikinci ifadesinde, kendisinin
anılan olaylar cereyan ederken Ro-
şiori Vede Polis Şefi olduğunu söz
konusu olayda da adının sadece
bundan dolayı geçebileceğini, ama
davacıların sorgulanmasında ke-
sinlikle yer almamış olduğunu be-
lirtmiştir.

12) 6 Mart 1995'de, çocukları-
nın şikayetlerinin incelenmesi
amacıyla, davacıların annesi, so-
ruşturmayı yürüten savcılık tara-
fından ifadesine başvurulmak
amacıyla savcılığa davet edilmiştir.
Kendisi ifadesinde, çocuklarının
çağırıldıkları her kez, kendisinin de
polis merkezine gitmiş olduğunu
belirtmiştir. 17 Aralık 1994'te, ifa-

de sonrasında, (poliste) koridorda
beklerken çocuklarından birinin
çığlıklarını duymuş olduğunu, bu-
nun üzerine kapıyı açtığında da,
oğlunu kelepçelenmiş, dövülmüş
ve kanlar içinde bir vaziyette gör-
müş olduğunu söylemiştir. Aynı
odada polis memuru R.G.'yi ve sivil
giyimli başka bir şahsı görmüş ol-
duğunu da eklemiştir. Anne, 16
Şubat 1996 tarihinde Roşiori Vede
Hastanesine rapor almak için git-
miş olan oğullarına refakat etmiş
olduğunu onaylamıştır. Bu açıkla-
ma, ifadeyi verenin okuma yazması
olmadığı şeklinde savcılıkça eklen-
miş ibareyle birlikte soruşturma
dosyasında bulunmaktadır.

13) 14 Kasım 1995'de savcılığın
şiddete dayalı hırsızlık suçlaması
konusunda takipsizlik kararı ver-
mesinin nedeni, şikayetçi olan
3üncü kişinin, gerçekte söz konu-
su nesnenin çalınmamış olduğunu,
kendisinin ailesinden çekinmesi
nedeniyle böyle bir iddiada bulun-
muş olduğunu açıklamış olmuş ol-
masıdır.

14) 8 Mart 1999 tarihli kararla,
Ceza Muhakemesi Usul Kanu-
nu'nun (CMUK) 10g maddesi uya-
rınca, polis memuru R.G. ile ilgili
davanın, kendisinin Kasım 1998'de
ölmüş olması nedeniyle düşürül-
müş olduğu açıklanmıştır. Aynı şe-
kilde, yine CMUK 10a maddesi uya-
rınca, polis memuru C.M.'nin sor-
gulamaya katılmamış olduğunu be-
yan etmesi nedeniyle, polis memu-
ru R.G. hakkındaki soruşturmada
da takipsizlik kararı alınmıştır.

Savcılık ayrıca, başvuruda sa-
hiplerinin kötü muameleye maruz
kaldıklarını belgeleyen ve devletçe

resmen tanınan bir kurum tarafından düzenlenmiş herhangi bir adli tıp raporunu da sunmamış olduklarını belirtmiştir. Burada, devletçe resmen tanınmayan bir hekim ya da kuruluş tarafından düzenlenmiş olan bir raporun nazarı dikkate alınmayacağı ve şikayetçilerin maruz kaldıkları yaralanmaların hangi koşullarda oluşmuş olduğunun saptanmamış olduğu özellikle vurgulanmıştır. R.G. isimli polis memurunun bir 3. kişinin şiddete dayalı hırsızlık nedeniyle yapmış olduğu şikayet gerekçesiyle başvuru sahiplerinin kelepçelenmiş biçimde sorgulanmış olduklarını doğrulamış olmasına ve bu ifadenin soruşturma dosyasına eklenmiş olmasına rağmen, savcılık, karar gerekçesinde şikayette sahiplerinin kelepçe ile bir masa bacağına bağlanmış olmalarından hiç bahsetmemiştir.

15) Davacılar, bir üst savcılık nezdinde bu karara itiraz ederek, adli makamların, kendilerinin sağlık durumlarının tespiti ve bir ceza mahkemesinde delil olarak kullanılacak nitelikte bir raporun verilmesi doğrultusunda, bu konuda yasal tanınmış, bilirkişi konumundaki "Mina Minovici" enstitüsüne resmi başvuruda bulunmalarını talep etmişlerdir. Ayrıca, annelerinin ifadesinin iki kardeşten birinin mevcut olduğu bir ortamda bir kez daha alınmasını talep etmişler, buna gerekçe olarak da, annelerinin okur-yazar olmadığını ve daha önceki ifadenin ne biçimde saptanmış olduğunu bilmediklerini, bunun kuşku götürür olduğunu öne sürmüşlerdir. Bu arada, CM. isimli polis memurunun ayan beyan bu ya-

salara aykırı yöntemlerin kullanılmış olduğu sorgulamada en azından mevcut olmuş olduğunu, başvuru sahiplerinin masanın ayağına kelepçe ile bağlanmış olduklarını, haklarında iddia edilen şiddete dayalı hırsızlık suçlamasını kabul etmeleri için birçok darbeye mazur kalmış olduklarını bizzat görmüş olduğunu ifade etmişlerdir.

16) 8 Mayıs 2001 tarihli kararla, Bükreş Askeri Bölge Savcılığı, davacıların şikayetini delil yetersizliği nedeniyle reddetmiştir. Ret kararında bunun dışında hiçbir gerekçe gösterilmemiştir.

17) Belirtilmeyen bir tarihte başvuru sahipleri Bükreş Askeri Mahkemesi'nde itirazda bulunmuşlardır. İtiraz nedenlerini belirterek, özellikle, şikayetlerinden kaynaklanan soruşturmayı yürütmekle görevli savcılar önünde şikayet edilmiş polis memurlarıyla karşılıklı bir yüzleştirmenin yapılmamış olduğunu ifade etmişlerdir. Stomatolog hekimin hazırlamış olduğu sağlık raporunun kötü muameleye maruz kalmış oldukları konusunda kanıt olarak sunulabilecek tek belge olduğunu özellikle vurgulayarak, savcılığın kendilerini bir tıbbi kontrol için mahkemeler tarafından resmen tanınan bir sağlık kurumuna göndermemiş olduğundan, başka bir bilirkişi raporuna sahip olmadıklarını belirtmişlerdir. Kendilerini muayene etmiş olan Roşiori Vede Kliniği hekiminin ismini verdikten sonra, bütün çabalarına rağmen, sağlık durumları ile ilgili, mahkemeye sunabilecekleri bir raporun düzenlenmesini başvurdıkları hiçbir sağlık kurumu-

nun kabul etmemiş olduğunu ifade etmişlerdir.

Başvuru sahipleri, dişleri kırıldığından dolayı mağdur duruma düşürüldükleri, sebep olunmuş olan fiziki ve psikolojik açılar nedeniyle, manevi tazminatla zararlarının giderilmesini ve polis memurlarının cezai sorumlulukları ile ilgili yasal işlemlerin başlatılmasını talep etmişlerdir.

18) 15 Haziran 2001 tarihinde Bükreş Bölge Askeri Mahkemesi (basına ve izleyicilere) açık duruşmada ifadeleri alınan başvuru sahipleri, bu esnada polisin neden olduğu yaraların saptanıp, belgelenmeleri amacıyla, resmi rapor düzenleme hakkına sahip "Mina Minovici"ye, sağlık durumlarıyla ilgili bir adli tıp raporunu düzenlemesi için gerekli talimatların verilmesini mahkemeden talep etmişlerdir. Bu arada, lehte tanıklık yapacak şahısların ve polis memuru C.M.'nin dinlenmesini talep etmişler, bu talepler de mahkemece reddedilmişlerdir.

19) 21 Haziran 2001 tarihli bir kararla, başvuru sahiplerinin savcılığın takipsizlik kararı vermesine karşı yapmış oldukları itiraz reddedilmiştir. Mahkeme, başvuru sahipleri ve annelerinin ifadelerini gerçek dışı bulmuş ve maruz kaldıklarını iddia ettikleri kötü muamelenin tarihinde de tutarsızlık olduğunu belirtmiştir. Roşiori Vede polisine isnat edilen suçlamaların gerçek olmadıklarına, çünkü muhtemel bir saldırganlığın R.G. isimli polis memurundan gelmiş olamayacağını, bunun bir açıklamasının olmadığını, zira aynı polis memu-

runun başvuru sahiplerinin lehlerinde takipsizlik kararı verilmesini yazılı olarak teklif etmiş olduğunu belirtmiştir.

Karar gerekçesinde başvuru sahiplerinin ifadeleri alınırken masanın ayağına kelepçe ile bağlanmış olduklarından hiçbir şekilde bahsedilmemektedir.

20) Bu karara itiraz eden başvuru sahipleri, sağlık durumlarının adli tıp tarafından saptanması için alt mahkemenin talimat vermemiş ve annelerinin ifadesine başvurmayı kabul etmemiş olmasını eleştirmişlerdir. Bu arada, işlemiş oldukları iddia edilen hırsızlık suçu nedeniyle ifadelerinin alınması için çağırılmış oldukları polis merkezindeki sorgulama esnasında R.C. isimli polis memuru tarafından kelepçe ile masanın ayağına bağlanmış olduklarını, bizzat R.C.'nin kendisinin doğrulamış olduğunu vurgulamış, kendilerine yapılan suçlamaları kabul etmeleri için birçok darbeye maruz kaldıklarını ve bu esnada da hareket edemeyecek duruma getirilmiş olduklarına da dikkat çekmişlerdir.

21) 6 Kasım 2001 tarihindeki Nihai Kararla askeri mahkeme, mahkeme kararını tutarlılığı nedeniyle nihai olarak onaylamıştır. Askeri Mahkeme, buradan hareketle, 16 Şubat 1995'de ilgililerin savcılık soruşturma dosyasına koymuş oldukları tıbbi raporların ve doktorun isminin okunmaz durumda olmuş oldukları sonucuna varmıştır. Bu kararla mahkeme aynı zamanda, ihtimal verilen saldırıyla karar tarihi arasında 6 yıllık bir sürenin mevcut olduğunu, bu süre sonra-

sında herhangi bir bilirkişi raporunun alınmasının ve buna bağlı olarak, oluşmuş yaraların nedenlerinin saptanmasının mümkün olmadığını tespit etmiştir.

Karar gerekçelerinde başvuru sahiplerinin masanın bacağına kelepçe ile bağlanmış olduklarından ise hiçbir şekilde bahsedilmemiş bulunmaktadır.

II - Hukuk ve mevcut dahili uygulamalar

22) Askeri savcılıkların iç yapılanmaları konusundaki yönetmelikler ve pratik uygulama Barbu Anghelescu'nun Romanya aleyhine davasında kararın § 40 ile açıklanmaktadır (No. 4630/99, § 70, 5 Ocak 2004).

23) 28 Haziran 2004 tarih, 293 no.lu ve 30 Haziran 2004 tarihinde resmi duyuru ile açıklanmış olan bir yasa, önceden askeriye ve artık askerden arındırılmış ve Adalet Bakanlığı'na bağlı Cezaevleri Genel Müdürlüğü'nün yeniden örgütlenmesini düzenlemektedir. Buna göre, devlete ait cezaevleri personeli artık ulusal idari personel konumuna gelmekte, "devlet memuru" statüsü kazanmakta, kendilerine karşı sürdürülecek olası tüm cezai işlemler (sivil) savcılarının ve mahkemelerin görev alanına girmektedirler.

11) Ceza davasına kanıt olarak, 25 Mayıs 1966 tarih ve 446 no.lu Kararname ile adli tıp bilirkişiliğinin ceza davalarında kanıt olarak ileri sürülebilmesi için oluşturulan kurum ve adli tıp servislerinden bahsedilmektedir.

Madde 2: Adli tıp alanında yetkili yerler, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Bilimsel Araştırma Enstitüsü "Prof.Dr.Mina Minovici" ve bu enstitünün diğer şubeleridir.

Madde 6: Cinayet, darp..., yaralama, tıbbi yardımda kusur ve eksiklik ve mevcut kararnamedeki düzenlemede öngörülen her türlü adli tıp çalışmasını yapmaya yasal olarak yetkili olan merci, Bilimsel Araştırma Enstitüsü "Prof.Dr.Mina Minovici" ve onun diğer şubeleridir.

24) 21 Ocak 2000 tarihinde resmi moniteur de ilan edilen, adli tıp kurumlarının çalışma biçimleri ve yapılanmaları ile ilgili 20 Ocak 2000 tarihli 1 numaralı Kararname ile 446 numara ve 25 Mayıs 1966 tarihli Kararname feshedilmiştir.

Adı geçen Kararnamenin 2nci maddesine göre, adli tıp raporu için bilirkişi talebinde bulunmak sadece cezai kovuşturmayı yürüten makamlar ve ulusal mahkemeler için değil, cezai davalarda kullanmak üzere adli tıp raporu elde etmek isteyen her kişi için geçerlidir.

25) Başvuru sahipleri, Roşiori Vede polisinde gayri insani muamele ve aşağılamalara maruz kaldıkları ve böylece de Konvansiyonun 3. maddesinin ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla polislerden şikayetçi olmuşlardır. Sözü edilen durumda, polis merkezinde birçok kez kelepçelemeleri ve saatlerce hareket edemeyecek durumda alıkonulmuş olmalarının yasal hiçbir gerekçesi olamayacağına işaret etmişlerdir.

Konvansiyonun 6ncı maddesine atıfta bulunarak, mağduriyetle-

rine konu olan istismar dolu sorgulamamanın Konvansiyonun 6ncı maddesine tekabül ettiğini, mağduriyet hallerinin ne makul bir sürede, ne de hakkaniyete uygun olarak dinlenmiş olduğunu ve ulusal mahkemelerin adli tıp bilirkişiliğine başvuru ve aynı şekilde tanıkların dinlenmeleri taleplerinin reddedilmiş olduğunu ileri sürmüşlerdir.

26) Hükümet, başvuru sahiplerinin atıfta bulundukları maddeleri yeterince bilmediklerini belirterek itiraz etmiştir.

27) Tek yetkili merci olarak mahkeme dosyayı, hükümet ve şikayet sahiplerinin atıflarını jura novit curia f: hakim hukuku kendiliğinden uygular; resen kanunlar mucibince karar verir") ilkesi gereğince, başlangıçta tarafların değinmemiş oldukları bir madde ve paragraf açısından, yani oluşan zarar ve tazminat açısından incelemiştir. Buna göre, bir zarar, eldeki olanak ve hukuki gerekçelerle değil, yarattığı tahribatın boyutlarıyla ölçülür, (bkz. Guerra ve diğerlerinin İtalya aleyhine davaları, 19 Şubat 1998, Karar ve hüküm derlemeleri 1998-1, s. 223, § 44 ve Berktaş'ın Türkiye aleyhine davası, No. 22493 / 93, § 167, 1 Mart 2001).

28) Bu temel ilkelerin ışığında, Mahkeme söz konusu olaydaki koşulları, hasarı Konvansiyonun 3üncü maddesi açısından ve buna müteakip, maddi, ve adli açımlar bakımından incelemeyi gerekli görmüştür.

Bu tanım aşağıdaki gibidir:

"Hiç kimse işkence edilemez, insanlık dışı, aşağılayıcı bir muameleye ya da cezaya tabi tutulamaz".

A - GEÇERLİLİK HAKKINDA

29) Yüksek Mahkeme, bu ithamın Konvansiyonun 35. madde 3. paragrafına göre, bariz bir biçimde gerekçesiz olmadığını saptamıştır. Ayrıca, "bugün" diğer başka bir kabul edilemezlik nedeninin olmadığını da saptamış bulunmaktadır. Bu, bundan dolayı da kabul edilebilir olarak açıklanmalıdır.

B - ESAS HAKKINDA

1 - 3üncü maddenin maddi açılımı üzerine

30) Yüksek Mahkeme, 3üncü maddenin demokratik toplumlardaki temel ilkelerden birini oluşturduğunu teyit ettiğini hatırlatır. En zor koşullarda dahi, terörizme ve organize suça karşı mücadelede Konvansiyon, işkence, eziyet, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi kesinlikle yasaklar. Sözleşmenin, 1 ve 4 no.lu Protokollerin ve 15inci madde § 2 deki direktiflerinin çoğunluğunda bunun aksi istikamette olmasına rağmen, olası bir olağanüstü halin, ulusal güvenliği, kamu düzenini tehdit edebilecek bir durumun mevcudiyetinde bile, 3üncü madde kısıtlamayı öngörmez (Selmouni'nin Fransa aleyhine davası [GC], No. 25803 / 94, AİHM 1999 - V, § 95).

31) Diğer taraftan, 3üncü maddenin uygulanabilmesi için kötü muamelenin asgari ölçüde vahametinin olması yeterlidir. Bu asgari ölçü, çıkış noktası olarak nedenin tümünden yola çıkarak değerlendirilir. Özellikle muamelenin süresi, fiziki ve manevi etkileri olduğu kadar, bazen de cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumu göz önünde

bulundurulur. Herhangi bir kişi, özgürlüğünden mahrum olduğu zaman, davranışları nedeniyle kendisine karşı muhakkak başvurulması gerekmiyorsa, fiziki güç kullanımı insan onuruna saldırıdır ve ilke olarak, Üçüncü maddedeki güvence-nin ihlalidir.

32) Mahkeme, gözaltında bulunan kişilerin zayıf durumda bulunduklarını ve yetkililerin onları korumakla görevli olduklarını vurgular. Bir devlet gözaltına alınmış bir kişinin sorumluluğunu taşımaktadır. Çünkü bu kişi tamamen polis memurlarının elinde bulunmaktadır. Söz konusu olaylar tamamen ya da büyük bir bölümüyle doğrudan yetkililer tarafından tanınmıştır. Bu esnada meydana gelen bir yara, olayın doğruluğunu karine olarak teyit etmektedir. (Toması'nın Fransa aleyhine davası, Komisyonun 27 Ağustos 1992 tarihli kararı, Seri A No. 241 - A §§ 108 - 111; Ribitsch'in Avusturya aleyhine davası, § 31; Berktaş'ın Türkiye aleyhine davası, No. 22493 / 93, § 167, 1 Mart 2001 ve Rivas'ın Fransa aleyhine davası, No, 59584 / 00, § 38, 1 Nisan 2004)

33) Burada, kötü muamele iddiaları mahkemeye sunulacak uygun delillerle desteklenerek, güçlendirilmeliydi. (Bkz. Klaas ve diğerleri ile ilgili 6 Eylül 1978 tarihli karar, Seri A, No. 28, s. 21, s. 17, § 30). Olaylar ve bağlantılarının belirlenmesi için mahkeme şu ölçütten yararlanır: Her türlü makul kuşkunun ötesinde, böylesine bir kanıt, çok sayıda ipucu veya çürütülmüş karinelere oluşmalıdır. Bunlar da yeterli derecede ciddi,

kesin ve birbirleriyle uyum içinde olmalıdır. (İrlanda / Birleşik Krallık, 18 Ocak 1978 tarihli Karar, Seri A, No. 25, s. 65, § 161 bölüm sonu, Aydın'ın Türkiye aleyhine davası, 25 Eylül 1997 tarihli Karar, Derleme 1997 - VI, s. 1889, § 73 ve Selmouni'nin Fransa aleyhine davası, § 88).

34) Sözü edilen durumda, talep (istida) sahipleri polis merkezine davet edilmişlerdir ve kati olarak hiçbir suçlamanın dayanağı yoktur: yazılı çağrıya icabet ederek, iradi olarak polis merkezine gitmişlerdir. Çağrı nedeni ise, mağdur durumdaki kişinin şiddete dayalı bir hırsızlık kurbanı olması durumudur ki, daha sonra şikayetini geri çekerek, kaybettiği nesnenin istida sahiplerince çalındığını iddia etmiştir.

Halbuki, istida sahiplerinin Roshori Vede polis merkezinde sorgulanmaları süresince ve hem de çocuklarının sağlığından endişe eden annenin gözleri önünde, polis memuru R.G. tarafından bir masanın ayağına kelepçelenmiş olarak tutulmuş oldukları kabul edilmektedir. Burada kesin olarak, aşağılayıcı bir muameleye tabi tutulmuş oldukları gerçeği vardır. Söz konusu koşullar, ne soruşturmanın gerekçeleri ve ne de polis memuru R.G.'nin ifadesine göre istida sahiplerinin saldırgan bir tutum içinde olmuş olmaları, böyle bir muameleyi haklı kılmaz. Vahameti ve durumu gereği 3. madde ihlal edilmiştir.

35) Mahkeme, yetkililerin, davranışlarıyla Konvansiyonun 3. maddesinde belirtilen kötü mu-

amele fiilini oluşturdukları düşünülen memurlara karşı ceza-i işlem yapıp yapılmayacağına ilişkin kararlarını ilgili kişiler ve kamuoyunun bilgisine sundukları mesajların önemini küçümsemeleri gerektiğine dikkat çeker. Mahkeme bilhassa, yetkililerin bu tür davranışların cezasız kalacağı izlenimini vermemelerinin önemi üzerinde durur. Mevcut olayda mahkeme, polis memuru R.G.'nin mahkemeye bizzat verdiği ifadede ve soruşturma dosyasında davranışlarını açıklıkla ifade etmiş olmasına rağmen, şikayeti soruşturmakla yükümlü savcılarının ve iddia sahiplerinin başvurdukları askeri mahkemelerin bunu sessizlikle geçiştirmiş olmalarını özellikle kaygı verici olarak değerlendirmektedir. Savcılar ve askeri mahkemeler, davranışların hem de tartışma götürmez oldukları gayri meşruluğu belirlemek yerine, ilgili polisin ölmüş olması nedeniyle takipsizlik kararı vermişlerdir.

36) Mahkeme, bir kişinin ölümü nedeniyle, davranışlarının gayri meşruluğunun tanınmamasının veya mevcut durumda da olduğu gibi, soruşturma dosyalarında mevcut kuşku götürmeyecek delillere rağmen, mahkemenin bunu kararlarında ve ulusal yargıda sessizce geçiştirmiş olmasını kabul edemez.

Ölümünden sonra polis memuru R.G. hakkında ulusal yetkililerce cezai soruşturma ya da dava açılması kuşkusuz mümkün değildir, ama bu, söz konusu eylemin gayri meşruluğunun, ceza hukukunun temel ilkesi olan bireysel ve

temliki kabil olmayan ceza-i sorumluluğun tanınmasına engel teşkil etmez. Resmi makamların, ilgili şahsın ölümü nedeniyle takipsizlik kararı vermeleri yerine, kamuoyuna hem bu tip davranışlara kesinlikle göz yumulmayacağı mesajını vermesi ve hem de bu sayede mağdurlara devlet yetkililerinin görevlerini icralarında devleti sorumlu tutacakları eylemleri yapabilme yolunu açabilirdi. Bu da, sonuç olarak, mahkemelere gelecek buna benzer konulardaki başvurularda bir emsal teşkil edebilirdi.

37) Çeşitli darbe ve yaraların polis merkezindeki sorgulama esnasında meydana gelmiş olduklarını iddia eden başvuru sahiplerinin kabul edilebilir tek belgeleri, bir stomatolog doktor tarafından düzenlenmiş, bir rapordur. Raporun düzenlenmesi, sorgulama ve çok sayıdaki diş kırıklarının tespiti aynı tarihe denk düşmektedir. Mahkeme, adı geçen doktor raporundaki açıklamaların yetersizlikleri, kırıkların ne zaman ve nasıl olmuş oldukları hususlarının belirsizliklerinden dolayı, spekülasyona girmeyeceğini açıklamıştır. Şüphe olmanın dışında, bunların sorgulama esnasında polis tarafından uygulanmış bir şiddet nedeniyle olduklarını kanıtlayan ve bundan dolayı da 3. maddenin kapsamı içinde olduğunu gösteren hiçbir delil mevcut değildir. Bu sorun, polis tarafından taciz edildiklerinin kanıtlanmasında kullanılacak bir sağlık raporunun alınması için başvuru sahiplerinin, yetkililer tarafından hükümet tabipliğine (bilirkişiye) gerekli havalelerinin yapılmamış ol-

masından kaynaklanmıştır. Mahkeme bunu, yarananma iddialarından tamamen bağımsız olarak, Konvansiyonun 3üncü maddesinin ihlali olarak telakki etmektedir. Bu konuya ileride de değinilecektir (46ncı paragraf).

38) Söz konusu davadaki koşullar çerçevesinde mahkeme, ifadeleri alınmak üzere çağrılan başvuru sahiplerinin, alınan önlemin davranışlarından kaynaklanmış olduğu açıklaması da dahil olmak üzere, masa bacağına kelepçeyle bağlanmalarını, kendilerine karşı şiddet kullanılmasını haklı gösterecek hiçbir şeyin olamayacağı kanaatindedir.

39) Bu açıdan, sözü edilen konuda Konvansiyonun 3. maddesi somut olarak ihlal edilmiştir.

2. Muhakeme Usulü açısından 3. madde

40) Başvuru sahipleri, devlet memurlarının kötü muamelelerine karşı yaptıkları şikâyet konusunda etkili bir araştırma yapılmadığı ihbarını yapmaktadırlar. Şikayetlerini incelemekle görevli askeri savcı ve askeri mahkeme hâkiminin gereken bağımsızlıkta olmadıklarını ifade eden başvuru sahipleri, özellikle de, iddialarının ispatında temel teşkil edecek, sağlık durumlarını tespit eden resmi bir hükümet tabibi raporunun hazırlanması için havale edilmeleri, polis memuru C.N. ile yüzleştirilmeleri, lehte tanıklık yapacakların, özellikle de ifadelerinin alınması esnasında yaşanan olayların bizzat tanığı olan annelerinin tanık olarak dinlenmesi taleplerinin tamamının reddedilmiş

olduğunu belirtmişlerdir. Buna ek olarak, askeri mahkemenin soruşturmanın akışını aksatmak ve böylece de herhangi bir sorumluluk alınmamasını sağlamak için her yola başvurmuş olduğunu ifade etmişlerdir.

41) Devlet, başvuru sahiplerinin mahkemece verilen takipsizlik kararına itirazlarını, ulusal mahkemenin ve askeri savcılığa bağlı savcılarının mevzubahis olan konuyu derin ve etkili bir biçimde incelemiş olduklarını belirterek, kabul etmemiştir.

42) Mahkeme, bir kişinin, polis veya devletin benzer organları tarafından konvansiyonun 3. maddesini ihlal eden bir muamele gördüğünü öne sürdüğü zaman, maddeye bağlı olarak linç maddede belirtildiği gibi, kişinin kendi hukuki hakları ve linç maddede tanımlanan haklar ve özgürlükler çerçevesinde, doğrudan ve etkili bir soruşturma yapılması gerektiğini hatırlatır. Bu soruşturma, 2nci maddede işaret edildiği gibi, sorumluların teşhis edilmelerine ve cezalandırılmalarına kadar gider. (LABİT'in İtalya aleyhine davası [GC], No. 26772 / 95, § 131, AİHM 2000 - IV ve Pantea / Romanya, No. 33343 / 96, § 199, AİHM 2003 - VI).

43) Devletin dediği gibi, muhakkak ki, 2 başvuru sahibinin Roshiori Vede Polis Merkezinde 2 polis memuru tarafından kötü muameleyle maruz kaldıkları konusunda şikâyetçi olmaları üzerine, yetkiler konuya tamamen tepkisiz kalmış değillerdir. Zira, bu konuyla ilgili bir soruşturma açılmıştır: soruşturmadan sorumlu savcılar, şika-

yetçileri, annelerini ve suçlanan polisleri dinlemişler, sonuç olarak da, itham edilen polislerden birinin ölmüş, diğerinin de kendisine isnat edilen suçları işlememiş olduğunu beyan etmiş olmasından dolayı, ta-kipsizlik kararı almışlardır.

44) Mahkeme, her ne kadar yetkililer tarafından yürütülmüş soruşturmanın ciddiyetinden kuşku duymasa da, bu tip bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmadan ve soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu kişilerin, soruşturmadaki taraflardan bağımsız olmaları gerekir. (Bakınız, örneğin, 27 Temmuz 1998 tarihli Güleç'in Türkiye aleyhine davasındaki kararlar, derleme 1998 - IV, §§ 81 - 82, Oğur'un Türkiye aleyhine davasında [GC], No. 21954 / 93, AİHM 1999 - III, §§ 91 - 92). Bu, sadece hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığın olmamasını değil, uygulamayı da içerir (Bakınız, örneğin, 28 Temmuz 1998 tarih ve Ergi'nin Türkiye aleyhine davasında karar, derleme, 1998 - IV, §§ 83 - 84 ve Kelly ve diğerlerinin Birleşik Krallık aleyhine davalarında, 4 Mayıs 2001 tarih ve 30054 / 96 numaralı, §§ 114 uyarınca karar).

45) Bununla birlikte, soruşturmayı yürütmekle görevli askeri savcılar, olayların geçtiği tarihte yürürlükte olan ulusal hukuka göre bağımsız oldukları kuşku götürür. Barbu Anghelescu'nun Romanya'ya karşı olan davasında, polis memuruna uygulanan kötü muameleye karşı açılan ceza davasında mahkeme, askeri savcılarının yeterince bağımsız olmadıkları gerekçesiyle, adli uygulama açısından 3.

maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. (Barbu Anghelescu / Romanya, No. 46430 / 99, § 70, 5 Ekim 2004). Mahkeme, bu polislerin ("güç ve olanak olarak") o tarihlerde askeri savcılarla aynı kademede olmuş olduklarına, bu alandaki tüm imtiyazlara aynı şekilde sahip olduklarına, askeri hiyerarşik yapılanmanın bir parçası, dolayısıyla da üste itaat ilkesine bağlı olmuş olduklarına kanaat getirmiştir (zikredilen Barbu Anghelescu, §§ 40 - 43).

46) Mahkeme, daha önceki tespitinde ısrar ederek, ellerindeki dava konusunda fikir değiştirerek başka bir tespit yapmaları için en küçük bir nedenin mevcut olmadığını açıklamaktadır. Mahkeme, bu noktada altını çizerek, kurumsal ilişkinin doğurduğu bağımsızlık eksikliği nedeniyle, askeri savcılarının bu olayda tarafsızlıklarını kaybederek, başvuru sahiplerinin dile getirdikleri kötü muameleyi taraflı olarak değerlendirmiş olduklarını belirtmektedir. Mahkeme, özellikle, ne polislerle karşı cezai soruşturmayı yürüten savcılar ve ne de ulusal mahkemenin kararlarına karşı yapılan itirazlar, başvuruda bulunanların sundukları Roşiori Vede'deki stomatolog doktorun olayların meydana gelmesinin ardından hazırladığı rapora karşı görüş belirten resmi bir tıp raporuna rastlanmamış olup, adı geçen raporda aynı tarihte dilekçecilerin bir çok dış kırığının mevcudiyeti tespit edilmiş bulunmaktadır. Bu açıdan, mahkeme, ulusal yetkililer kesinliği belli olan bu belgeyi okunmaz halde olduğu gerekçesiyle daha fazla araş-

tırma yapmadan veya başvuruda bulunanlara raporun orijinalinin bir kez daha hazırlanmasını veya tıp kurumundan bu belgenin bir kopyasının istenmesi yerine, görmezden gelmeyi tercih etmiş olduklarını

tespit etmiştir. Sözü edilen rapordaki okunmaz mühür ve imza Şubat 1995 tarihini taşımasına karşın, bu konuda araştırma yapılması gerekirken, 6 Kasım 2001 tarihinde İstinaf Mahkemesi başvuruların kontrol için adli tıbbı hakkında edilmeleri talebini raporun okunmazlığı nedeniyle ret kararı vermiştir. Halbuki, bu geçen sürenin sorumluluğu dilekçe sahiplerine yüklenemez. Bu açıdan, mahkeme birçok kez bu içerikteki dosyanın makul bir çabukluk ve titizlikle incelenmesinin gerektiğini vurgulamıştır. (Yaşa Türkiye'ye karşı kapsamında 2 Eylül 1998 tarihli, 1998 - VI, pp 2439 - 2440 sayılı derlemede, §§ 102 - 104 uyarınca ve Mahmut Kaya'nın Türkiye aleyhine davasında, No. 22535 / 93, §§ 106 - 107 AİHM 2000 - III kararlar). Mevcut olan durumda hiçbir şekilde bu oluşmamış ve polis memurlarına karşı bir dava açılması gerekirken, aradan 7 yıl geçtiği gerekçesiyle taksirli karar verilmiştir.

47) Ayrıca, ilgili kişiler fezlekerinde ve mahkemenin kararlarına itirazlarında CM. adli polis memuruyla yüzleştirilmelerini ve kendisinin sorgulanmasını ve kendilerinin de soru sormalarını ve lehlerinde tanıklık yapmak üzere annelerinin dinlenmesini talep etmişlerse de, ulusal yargı mercileri bu taleplerine yanıt vermemişlerdir. İlgililer,

annelerinin okuma yazma bilmesi nedeniyle savcının ifadesini hatalı bir şekilde aldığını ifade etmişlerdir. Zira adli tıp raporu örneğinde olduğu gibi, burada belirleyici kanıtlardan bahsedilmektedir. İtiraz etme ilkesine uygun olarak yapılacak bir işlem, söz konusu devlet memurlarının suçluluklarını gösterebilecek veya onların her türlü ithamdan muaf olduklarını kanıtlayabilecekti.

48) Sonuç olarak ulusal yetkililerin kararlarından çıkan sonuç, polis memuru C.M.'nin ifadeleriyle yetinilmiş olduğudur. Bu ifadelerde göre, kendisi başvuruda bulunanların cezai sorgulamalarına katılmakla görevlendirilmemiş olduğunu belirtmiştir. Ulusal yetkililer ise, biçimsel de olsa, bu memurun sorgulamalara katılıp katılmadığını bile araştırmamışlardır. Halbuki, başvuru sahipleri, polis memurlarına karşı sürdürülen her işlemde bu iddialarını tekrarlamışlardır.

49) Tahkikatı yürüten polis memurlarından birinin, ifade esnasında başvuru sahiplerinin bir masanın bacağına kelepçelenmiş oldukları yönündeki ifadesi, göz ardı edilmiş ve ulusal mahkemeler buradan çıkarak, mevcut koşulların inkar edilmesi tercihinin kullanmışlardır. Burada dikkat edilmesi gereken temel bir unsur mevcuttur: Polislerden birinin ölmüş olmasına rağmen, bu tablo olayla ilgisi bulunanlara, devlet memurlarının görevlerini icraları esnasındaki eylemlerinden dolayı bizzat devleti sorumlu tutarak, dava açmaları yolunu açabilirdi. Daha önce de mah-

kemenin saptamış olduğu gibi (bkz. Paragraf 36)

50) Olayların cereyan ettiği zaman yürürlükte bulunan ulusal hukuk ve 46 ile 49uncu paragraflarda işaret edilen soruşturmanın yetersizliği göz önünde bulundurulduğunda, mahkeme, başvuruda bulunanların maruz kaldıkları kötü muamele ile ilgili ulusal yetkililerce yapılan araştırmanın etkili olmaktan tamamen uzak olmuş olduğu kanaatinde dir.

51) Buradan hareketle, adli olarak muhakeme usulü açısından 3üncü maddenin ihlali mevcuttur.

II - KONVANSİYONDA BELİRTİLEN DİĞER İHLALLER

52) Başvuruda bulunanlar, polis merkezinde polis memurlarınca yasalara aykırı olarak gözaltında tutuldukları ve yanlış ifade vermeye zorlandıkları gerekçesiyle, Konvansiyonun 5, 10 ve 14üncü maddelerinin ihlal edilmiş olduğunu ifade etmektedirler.

53) Devlet, başvuruda bulunanların, adı geçen maddelerle teminat altına alınan hakları iyi anlamamış oldukları gerekçesiyle, iddia edilenleri kabul etmemektedir.

54) Mahkeme, dosyada mevcut bütün unsurların göz önünde bulundurulması sonrasında, Konvansiyon ve protokollerle güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin hiçbir şekilde ihlal edilmemiş oldukları izlenimini edinmiştir. Buradan hareketle, başvurunun bu bölümü bir gerekçelendirmeden (kayıttan) uzaktır; bu nedenle de, Konvansiyonun 35inci maddesi §§ 3 ve 4 uyarınca başvuru reddedilmiştir.

III - KONVANSİYONUN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI ÜZERİNE

55) Konvansiyonun 41. maddesi uyarınca, "Eğer mahkeme Konvansiyon ya da protokollerinin ihlal edildiklerini veya Yüksek Akit Tarafı'nın ("Yüksek Akit'te taraf olan ülkenin") iç hukuku tahakkuk etmiş olan zararın telafisinde yetersiz kalıyorsa, mahkeme, uygun ölçüde bir tazminatın mağdur tarafa verilmesine karar verir.

A - Hasar

56) Başvuruda bulunanlardan her biri, Roşiori Vede'li polislerin uyguladıkları kötü muameleler sonucu dişlerinin kaybı ve oluşan yaralar için maddi tazminat olarak 400.000 Avro talep etmektedirler. Başvuruda bulunanların birincisi, bay Vasil Mircea Nita, 600.000 Avro, ikincisi, bay İonel Viorel Nita ise 450.000 Avro'yu dişlerinin kırılması, maruz kaldıkları çeşitli fiziki ve psikolojik eziyetler için manevi tazminat, belirtilen kötü muamelenin sonuçları olarak önceden mevcut kronik hastalıklarındaki kötüleşmeden dolayı da genel tazminat talep etmektedirler.

57) Devlet, iddia edilen ihlallerle talep edilen miktarlar arasında iliyet bağı olmadığını ve özellikle istenen meblağların aşırı olduklarını savunmaktadır. Başvuruda bulunanlardan hiçbirinin güya polis memurlarının saldırıları sonucunda kırılmış olan dişlerini tedavi ettirdikleri veya takma diş kullandıklarını doğrulayan herhangi bir belge sunmadıklarını ifade etmektedir.

58) Mahkeme, gözlemlenen ihlalle tazmini talep edilen maddi ha-

sar arasında illiyet bulunmadığı görüşündedir ve söz konusu talebi reddeder. Buna karşılık, başvuruda bulunanların her birine maruz kaldıklarının manevi tazminatı olarak 7.000 Avro ödenmesine karar vermiştir.

B - MAHKEME MASRAFLARI

59) Başvuruda bulunanlardan birincisi, mahkeme huzurunda, iç adli mercilere karşı başlatılan işlemler nedeniyle 20.000 Avro talep etmektedir. Diğer başvuru sahibi ise, benzer gerekçelerle 15.000 Avro talep etmektedir. Bu nedenle, tercüme bedelleri ve evrakların faks ile gönderilme masrafları ile ilgili ellerinde mevcut faturaları mahkemeye sunmuşlardır.

60) Devlet, başvuru sahiplerinin bu taleplerinin abartılı oldukları ve bunların çoğunun inandırıcı bir gerekçeden kaynaklanmadığı görüşündedir.

61) Mahkeme içtihadına göre, başvuruda bulunan bir kimse, gerçekliği, gerekliliği ve oranının makul olması koşuluyla, mahkeme masraf ve giderlerinin karşılanmasını talep edebilir. Mevcut durumda, elde mevcut unsurlar ve yukarıda zikredilen ölçütleri göz önünde bulundurarak mahkeme, başvuruda bulunanlara toplam 450 Avro ödenmesine karar vermiştir.

C - GECİKME FAİZİ

62) Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın yeniden finansman kolaylığı ile ilgili yüzde üçlük artışlı uygulamasını esas alarak, gecikme faizinin ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1) 3üncü maddenin zikrettiği şikayet sebeplerinin kabul edilebilir, diğer taleplerinin kabul edilemez olduğuna,

2) Konvansiyonun 3üncü maddesi ile ilgili ihlali maddi açıdan tespit edilmesine.

3) Adli açıdan Konvansiyonun 3üncü maddesinin ihlal edilmiş olduğuna,

4) a- Konvansiyonun 44üncü maddesi §§ 2'ye göre kararın kesinleşmesini takiben 3 ay içerisinde davalı devletin, her başvuruda bulunana maddi hasar karşılığı 7.000 Avro (yedi bin) ve mahkeme masrafları olarak başvuru sahiplerine birlikte 450 Avro (dört yüz elli), ek olarak bunların vergilerini ödemesine,

b- Sözü edilen sürenin dolmasından sonra, ek ödemeye kadar bu meblağlar Avrupa Merkez Bankası'nca uygulanan ödeme oranı esas alınarak, yüzde üç puanlık artış uygulanmasına,

c- Tediyeinin yapıldığı tarihte yukarıda zikredilen meblağlar davalı devletin parasına dönüştürülerek ödenmesine,

d- Mahkeme, bunlara ek olarak talep edilen hakkaniyete uygun tazminat talebinin reddine

karar vermiştir. Bu karar, yönetmeliğin 77. maddesinin §§ 2 ve 3üncüsü gereğince, Fransızca olarak kaleme alınmış ve 4 Kasım 2008 tarihinde duyurulmuştur.

Santiago Quesada Zabıt Katibi
Josep Casade Vali Başkan

İKİ KONSEY YÖNERGESİ

MESLEK VE İSTİHDAMDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ UYGULAMASININ SAĞLANMASI

Resmi Gazete No

L 303 - 02.12.2000 s.0016 - 0022

Avrupa Topluluğu'nu oluşturulan antlaşmayı ve özellikle bu antlaşmanın 13 nolu maddesini,

Komisyon'un önerisini⁽¹⁾.

Avrupa Parlamentosu'nun görüşünü⁽²⁾, Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşünü⁽³⁾, Bölgeler Komitesi'nin görüşünü⁽⁴⁾ dikkate almış, aşağıda belirtilen şu hususları da göz önünde bulundurmıştır:

1. Avrupa Birliği, Antlaşmasının 6. maddesi uyarınca, Avrupa Birliği özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı temeli üzerine kurulmuştur. Bu ilkeler bütün üye ülkelerin ortak değerleridir ve Birlik, genel ilkeler olarak, temel haklara saygılı, Avrupa Konvansiyonunun insan haklarını ve temel özgürlükleri ko-

ruma, **ki bu**, Üye Devletlerin ortak anayasal geleneklerinin ürünüdür.

2. Topluluk hukukunun birçok önemli metinlerinde kadın - erkek eşit davranma ilkesine değinilmiştir. Özellikle, Çalışma Konseyi'nin 9 Şubat 1976 tarihli 76 / 207 / AET yönergesi kadın - erkek arasındaki eşit davranma ilkesi,⁽⁵⁾

3. Avrupa Birliği Antlaşmasının 3. madde, 2. paragrafına uygun olarak, eşit davranmayı hayata geçirmek amacıyla, Birlik, kadınlar ve erkekler arasındaki eşitsizlikleri kaldırmak ve eşitliği özendirmeğe çalışmaktadır, özellikle kadınlar, ki çeşitli ayrımcılıkların mağdurlarıdır.

4. Yasalar karşısında eşitlik ve ayrımcılığa karşı korunma, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, ka-

(1) R.G. C.177 E, 27.06.2000, s. 42

(2) 12 Ekim 2000 tarihli hüküm (Resmi Gazetede yayınlanmadı)

(3) R.G. C. 204, 18.07.2000, s. 82

(4) R.G. C. 226, 08.08.2000, s.1

(5) R.G. L 39, 14.02.1976, s. 40

dınlara karşı her türlü ayrımcılığın önlenmesine dair Birleşmiş Milletler Antlaşması, Siyasi, Ekonomik, Kültürel ve Medeni haklar ile ilgili Birleşmiş Milletler Antlaşması Üye Devletler tarafından imzalanan insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ile ilgili Avrupa Antlaşması tarafından tanınmış Evrensel bir haktır. Uluslar arası Çalışma Örgütünün 111 no.lu Antlaşması da iş ve çalışma alanında her türlü ayrımcılığı yasaklar.

5. Bu temel hak ve özgürlüklere saygı göstermek önemlidir. Mevcut yönerge, örgütlenme özgürlüğüne, kişilerin sendikal örgütlenmelerine ve bunların üye olarak çıkarlarını korumalarına engel teşkil etmez.

6. Her türlü önlem alınarak, yaşlı ve engelli insanların, sosyal ve ekonomik uyumları dahil, çalışanların temel toplumsal hakları ve her türlü ayrımcılığa karşı mücadelenin önemi, Topluluk Şartı olarak göz önünde bulundurulur.

7. Avrupa Topluluğu Antlaşması Üye Devletlerin çalışma politikaları arasında çeşitli hedeflere ulaşılmasında eşgüdümüne önem verir. Bu amaçla, Avrupa Topluluğu Antlaşmasına yeni bir bölüm eklenerek, özellikle kalifiye, mesleki eğitilmiş, adapte olmağa açık işgücünün teşvik edilmesi için eşgüdümlü bir stratejinin çalışılması öngörülmüştür.

8. 10 ve 11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki Avrupa Konseyi tarafından onaylanan 2000 yılında istihdam için belirlenen çizgiler,

engelli grupların uğradığı ayrımcı muameleye karşı, onların iş dünyasına sosyal uyum sağlamaları amacıyla bir dizi tutarlı politikalar izlenmesini öngörmüştür.

9. İstihdam ve meslek herkes için şans eşitliğinin oluşmasının temelini oluştururlar ve geniş anlamda yurttaşların ekonomik, kültürel ve toplumsal katılımları kadar, bireyin mutluluğunu (gelişmesini) de temin eder.

10. 29 Haziran 2000 tarihinde Konsey, iş ve çalışma alanında ayrımcılıklara karşı koruma sağladığı gibi, kişiler arasında ırk ve etnik köken farkı olmaksızın eşit davranmanın hayata geçirilmesi için 2000 / 43 / AB⁽⁶⁾ yönergesinin kabul etti.

11. Dini inanç veya kanaatler, yaş veya cinsel tercih üzerine bina edilmiş ayrımcılık, AB Antlaşmasının hedeflerine ulaşmasını, özellikle bir yüksek toplumsal koruma ve iş düzeyi, yaşam seviyesi ve kalitesine, kişilerin serbest dolaşımını ve dayanışma duygularını, ekonomik ve toplumsal ahengi tehlikeye sokar.

12. Bu nedenle, mevcut yönergenin tanımladığı, doğrudan veya dolaylı, dine veya kanaatlere, bir engele, yaşa veya cinsel eğilime yönelik her ayrımcılık Toplulukta yasaklanmalıdır. Bu yasak üçüncü dünya ülkeleri yurttaşlarını da kapsamakla birlikte, ulusal kimliğe bağlı farklı uygulamaları ve bu üçüncü ülke yurttaşlarının ülkeye giriş ve oturumları ile, onların işe alınma koşullarını kapsamaz.

(6) R.G. L 180, 19.07.2000, s. 22

13. Mevcut yönerge, devlet tarafından işi muhafaza etmek veya işe alınmak için sağlanan her türlü ödeme veya ücretlendirmeler sosyal sigorta ve koruma usullerine uygulanmaz.

14. Mevcut yönerge, devletler tarafından saptanmış emeklilik yaşları düzenlemelerini etkilemez.

15. Ulusal Hukuka ve uygulamalara uygun olarak, doğrudan ve dolaylı bir ayrımcılığın varlığının takdiri adli merci veya uzman bir kuruluş tarafından saptanır. İstatistiki veriler dahil, özellikle dolaylı ayrımcılık her vasıtaıyla gösterilebilir.

16. Engelliye uygulanan ayrımcılığın önlenmesi için, engelliye iş olanağının sağlanması gerekliliği mücadele içinde önemli bir yer tutar.

17. Bu yönerge, yeterli ve elverişli koşullara sahip olmayan bir kişinin bu mesleği icra etmesini sağlamaz. Aynı şekilde, bu kişinin istihdam edilmesi, terfii veya o yeri işgal etmesi ve eğitimden muaf olması sonucunu doğurmaz. Mevcut yönerge, engellilere makul ölçüde düzenlemeler yapılmasını vaz eder.

18. Silahlı kuvvetler, kolluk güçleri, cezaevi personeli ve ilkyardım hizmetleri gibi mesleki zorunluluklar ve koşullar arayan alanlarda veya bu meslekte kalma koşullarını doldurmayan kişilerde, özellikle bu mesleklerin uygulanabilmesi için eyleme yönelik olmaları nedeniyle, mevcut yönetmeliğin zorlayıcı hükümleri kullanılmaz.

19. Ayrıca, Üye Devletler silahlı kuvvetlerinin kapasitelerini koruyabilmek için, engelli ve yaşlılar

için kısmen veya tamamen mevcut yönergenin uygulamalarını dikkate almayabilirler. Bunu uygulayan ülkeler bu istisnai durumun uygulama alanını belirtmekle mükelleftirler.

20. Duruma uygun tedbirler alınması yerinde olacaktır; şöyle ki, etkili ve pratik çözümlerle engelliye göre çalışma yerinin düzeltilmesi, örneğin, çalışma yerinin veya teçhizatın, çalışma hızının, işbölümü veya meslekte eğitim gibi düzenlemelerin engelli göz önünde bulundurularak yapılması.

21. Alınacak önlemler ağır maddi külfet (yük) getiriyorsa, maliyet giderleri ve benzerlerini belirleyerek, yapılananın veya işletmenin büyüklüğü göz önünde bulundurularak kamu yardımı veya benzeri yardımlar alınabilir.

22. Nüfus işlemi ve buna bağlı yardımlarla ilgili ulusal yasalar üzerinde mevcut yönergenin işlevselliği yoktur.

23. Amaç meşru ve aranan orantılı ise ve mesleğin temelini belirliyorsaa, dine veya kanaatlere, bir engele ya da cinsel tercihe yönelik, çok sınırlı bir biçimde, muamele farklılığı uygulanabilir. Bu koşullar Komisyona Üye Devletler tarafından bilgilendirme notlarında iletilir.

24. Avrupa Birliği, Amsterdam Nihai Sözleşmesi ekinde, inançla ilgili olmayan kuruluşlar ve kiliselerle ilgili 11 no.lu bildirisinde, Üye Devletlerdeki ulusal hukuka göre bunlarla ilgili mevcut statüyü dolaylı olarak tanımış ve aynı şekilde, felsefe ve inançla ilgili olmayan ku-

ruşlara saygılı olacağını beyan etmiştir. Bu amaç doğrultusunda Üye Devletler, profesyonel bir faaliyetin yürütülmesi için, bu mesleklerin temel, hukuki ve doğrulanabilir isteklerini koruyabilir veya özgün önlemler alabilirler.

25. İş bulma ve iş çeşitliliğini özendirici çizgilerin hedeflerine ulaşması için yaşa bağlı ayrımcılığın yasaklanması temel bir unsur teşkil eder. Bununla birlikte, bazı durumlarda yaşa bağlı olarak muamele farklılığı ve özgün önlemler Üye Devletler arasında var olabilir. Bu nedenle, doğrulanabilir, özellikle iş bulma, iş piyasası ve mesleki eğitimde meşru hedefler için uygulanan muamele farklılığı ile yasaklanmış ayrımcılık arasındaki farkı ayırt etmek gereklidir.

26. Ayrımcılığın yasaklanması, bir dine veya inançlara, bir engele, yaş veya cinsel tercihe dayalı alınmış önlemlere, bu kişilere, zarar vermemelidir. Bu önlemlerle, bir dine veya inançlara, bir engele, yaşa bağlı veya cinsel tercihe dayalı, kişilerin özgün ihtiyaçlarını karşılayacak ve ilerlemelerini sağlayacak oluşumlara cevaz vermemelidir.

27. Konsey, Topluluktaki engellilerin istihdamı ile ilgili 24 Temmuz 1986 tarih ve 86 / 379 / AET (CEE)⁽⁷⁾ sayılı tavsiyesinde, bir yönlendirme çerçevesi oluşturmak için, engelli insanların istihdamını ve mesleki eğitimlerini teşvik edici olumlu eylem örneklerini belirtmiş, buna ek olarak da 17 Haziran 1999 tarihli kararında⁽⁸⁾ engellilerle ilgili

başka hususların yanı sıra, engelli kimselerin işe alınmaları, işlerini kaybetmemeleri, eğitim ve öğretimlerine özel bir ilgi gösterilmesinin öneminin altını çizmiştir.

28. Mevcut yönerge asgari beklentileri saptar, bu, Üye Devletlere daha yetkin önlemler almalarını veya olanları uygulama olanağı verir. Mevcut yönergenin hayata geçirilmesi, her Üye Devletin var olan durumlarında bir gerilemeye yol açması halini doğuramaz.

29. Dine veya kanaatlere, bir engele, yaş ve cinsel tercihe dayalı bir ayrımcılığa uğramış kişiler duruma uygun yasal koruma tedbirlerine sahip olmalıdırlar. Üye Devletler tarafından saptanmış koşullarda dernekler ve tüzel kişiler daha etkin bir koruma düzeyi sağlamak amacıyla, hukuki işlemi hayata geçirecek ehliyeteye sahip olarak mağdur adına veya onun desteğiyle, adli makamlar önünde savunma veya temsilde ulusal uygulamaya zarar vermeksizin girişimde bulunabilirler.

30. Misillemelere karşı eşitlik ilkesinin etkin bir şekilde hayata geçmesi elverişli hukuki koruma ister.

31. Kanıtlama zorunluluğu ile ilgili işlem, ayrımcılık karinesi olduğu savıyla başlar ve bu durum doğrulanırsa, davalı taraf eşit davranmanın ihlal edilmediğini kanıtlamak durumundadır. Bununla birlikte, davalı taraf, davacıyı belli bir dine, düşünceye, bir engele, bir

(7) R.G. L 225, 12.08.1986, s. 43

(8) R.G. C. 186, 02.07.1999, s. 3

yaşa ve bir cinsel tercihe sahip olmakla mahkum edemez.

32. Soruşturma adli veya yetkili bir kurum tarafından yürütülüyorsa, Üye Devletler ispat zorunluluğu kurallarını işleme koymayabilirler. Bu takdirde, davalı taraf kanıtlama zorunluluğundan muaftır, bu konudaki soruşturma adli veya yetkili bir kurum tarafından yürütülür.

33. Üye Devletler, sosyal ortaklar arasında diyalogu özendirmelidirler. Ulusal uygulamalar çerçevesinde STolarla görüş alışverişinde bulunarak, işyerinde uygulanan çeşitli ayrımcılığı ve bununla mücadelenin yollarını aramalıdır.

34. Kuzey İrlanda'da başlıca topluluklar arasında barışı ve uzlaşmayı sağlamak için, mevcut yönergeye özel önlemler eklenmesinin teşvik edilmesi gereği vardır.

35. Üye Devletler, mevcut yönergenin emrettiklerine saygı gösterilmemesi durumunda, etkin, orantılı ve caydırıcı yaptırımları hayata geçirmelidir.

36. Mevcut yönergenin öngördüğü sonuçların alınmasını teminat altına almaları için gerekli önlemleri her an alabilme olanağına sahip olmaları halinde, Üye Devletler, sosyal ortaklarına bunun hayata geçirilmesi için yetki devredebilirler.

37. AB Antlaşmasının 5. maddesinde zikredilen kalıpla ilkesine uygun olarak, Topluluk içinde iş ve çalışma hayatında eylem alanının yaratılması Üye Devletler tarafından gerçekleştirilebilir ve eylemin boyutları ve etkileri göz önünde bulundurulduğunda, en iyi sonuç

Topluluk düzeyinde elde edilir. Adı geçen maddede sınırlılık ilkesine uygun olarak, mevcut yönerge, hedefe ulaşmak için gerekeni aşmamaktadır.

Avrupa Birliği Konseyi,

Yukarıdaki hususları göz önünde bulundurduktan sonra, aşağıdaki yönergeyi kabul etmiştir:

BÖLÜM I

GENEL DÜZENLEMELER

Madde 1

Konu

Mevcut yönerge, Üye Devletlerde, eşit davranmayı sağlayacak iş ve çalışma yaşamında din veya kanaatler, engelli (olma), yaş veya cinsel tercih nedeniyle uygulanan ayrımcılığa karşı mücadelenin genel çizgilerini belirlemiştir.

Madde 2

Ayrımcılık algılaması

1. Mevcut yönergeyle,

2. a. 1. paragrafla, doğrudan ayrımcılığın oluşması! 1. maddede işaret edildiği gibi, bir kişinin bir diğerine kıyasla geçmişte, şimdide ve gelecekte de eşit davranma (görmemesi) göremeyecek olmasıdır.

b. Dolaylı ayrımcılığın oluşması bir düzenlemenin, zahiri olarak bir ölçütün veya uygulamanın yansız görünmesine karşın, bir dine veya kanaatlere, bir engele, bir yaşa ve cinsel tercihe sahip kişilerin zarara uğramaları ihtimalidir... Yeter ki,

i. Bu düzenleme, bu ölçüt veya uygulama meşru bir amaç veya bu amaca ulaşmak için kullanılan

yöntemler gerekli ve uygun olmasın veya,

ii. Belli bir engel olma durumunda, bir kuruluş, bir işveren veya bir kişi, ki mevcut yönergeyi uygulamakla yükümlüdür, ulusal hukuka göre de, 5. maddenin öngördüğü önlemleri almayarak düzenlemenin, ölçüt veya uygulamanın doğurduğu olumsuz sonucu gidermemektedir,

3. 1. paragraf anlamında taciz bir çeşit ayrımcılık olarak uygulanır, şöyle ki, eğer 1. maddenin işaret ettiği nedenlerden biriyle istenmeyen bir davranış oluşmuşsa ve böylece kişi onuruna yönelik veya sonuç doğurucu davranışla, sindirici, aşağılayıcı veya hakaret edici ortam yaratılmışsa... İçerik olarak, tacizin tanımı, Üye Devletlerin hukukuna ve ulusal uygulamalara göre belirlenir.

4. Herhangi birini 1 maddede işaret edilen konulardan dolayı kişilere karşı ayrımcılık yapmaya zorlamak (**ya da telkinde bulunmak**) ayrımcılık olarak kabul edilir.

5. mevcut yönerge, demokratik bir toplumda, kamu güvenliği için gerekli, düzenin korunması, suç oluşturacak fiillerin önlenmesi, kamu sağlığı ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için vaz edilmiş ulusal hukuka, aykırı olmaz.

Madde 3

Uygulama Alanı

1. Topluluğa verilen uzmanlık sınırları içinde, mevcut yönerge, kamu sektörü olduğu kadar özel sektör ve özel kurumlar da dahil her kişiye uygulanır.

a. İşe alınma koşulları, ücretli veya ücretsiz faaliyetler, işe alınma ve seçme ölçütleri dahil, hangi meslek dalında ve mesleki hiyerarşinin her kademesi, terfi dahil;

b. Her tip ve her seviyede mesleki yönlendirmeye giriş, mesleki eğitim, geliştirme veya başka bir meslek için eğitim, pratik deneyim kazanımı dahil;

c. İşe alma, yerleştirme, işten çıkarılma ve ücretlendirme dahil;

d. İşçi veya işveren kuruluşlarından birine girme ve üye olma veya üyeleri belli bir mesleği icra eden herhangi bir kuruluşla üye olma, bu kuruluşların sağladığı yararlar dahil;

2. Mevcut yönerge milliyet üzerine dayalı muamele farklılıklarını hedeflemez ve üçüncü ülke yurttaşlarının ve haymatlosların kabullerini ve oturumlarını Üye Devletler sınırlarında...

3. Mevcut yönetmelik, kamu veya benzeri kuruluşlar tarafından her türlü ödemelere, sosyal sigortaya ve sosyal korunma usulleri dahil uygulanmaz.

4. Engel ve yaşa bağlı ayrımcılıkla ilgili Üye Devletlerin silahlı kuvvetleri üzerinde mevcut yönerge uygulanmayabilir...

Madde 4

Mesleki Zorunluluklar

1. Zorunluluk orantılı ve amaç meşru olduğu takdirde, mesleki bir faaliyet veya bunun uygulama koşulları, mesleğin temelini teşkil ediyor ve belirleyiciyse, Üye Devletler, 2. madde, 1 ve 2. paragraflarını farklı yorumlayabilir ve farklı mu-

amele uygulayabilirler. Bu muamele linçi maddede öngörülen ayrımcılık olarak kabul edilmez.

2. Mevcut yönergenin yürürlüğe girdiği tarihte Üye Devletler yasalarını muhafaza edebilirler veya gelecekteki yasa değişikliği ile birlikte mevcut yönergeyi uygulamada gerekli önlemleri alırlar ki, kilisenin mesleki faaliyetleri ve diğer kamu veya özel kurumlar ile etik temeli dine ve inançlara oturmuştur. Kişinin dinine ve inançlarına farklı bir uygulama yapılması ayrımcılık olarak kabul edilmez. Yeter ki kuruluşun nazarı dikkatine (ki, meşru ve doğrulanabilir olmalıdır) bu yapının faaliyetleri dinine ve inançlarına temel teşkil ediyor olmasın... Bu muamele farklılığı Üye Devletlerin anayasal ilkelerine ve ortaklık genel hükümlerine saygılı olmalıdır ve başka bir nedenle ayrımcılık yapılmamalıdır...

Bu önlemlere riayet edilmesi için mevcut yönerge kilisenin ve etiği din ve inançlar üzerine kurulu resmi veya özel kuruluşların çıkarlarını zedelemesiz...

Madde 5

Engelli insanlar için makul düzenlemeler

Engelli insanlara eşit davranma ilkesini teminat altına almak için makul düzenlemeler öngörülmüştür. Bu işvereni, somut bir durumun gereksinimlerine göre, elverişli önlemleri alarak engelli bir kişinin işe girme, işveren için, mesleki eğitimden muaf tutma, bunu uygulama ve ilerleme veya çok orantısız mali külfet oluştuyorsa, işve-

ren için mesleki eğitimden muaf tutma...

Madde 6

Yaşa dayalı muamele farklılığının haklılığı

1. 2. madde 2. paragrafa karşın, Üye Devletlerin yaşa dayalı muamele farklılığı öngörmeleri, bunları nesnel ve makul olarak uygulamaları ayrımcılık olarak kabul edilmez. Ulusal hukuk çerçevesinde, meşru bir hedefle, özellikle istihdam amaçlı iş alanı ve mesleki eğitim konularında amacı gerçekleştirecek özgün ve gerekli olanakların kullanılması ayrımcılık olarak kabul edilmez.

Bu muamele farklılıkları özellikle şunları içerir:

a. İşe girme, istihdam, mesleki eğitim, işten çıkarma ve ücretlendirme konularında özel koşulların uygulanması; gençler, yaşlılar ve bakmakla yükümlü olanların, mesleki uyumlarını kolaylaştırma ve onların korunmalarını sağlama

b. İşe girmede veya işe bağlı bazı avantajlar için, asgari yaşın, mesleki deneyimin ve meslekte kımının saptanması;

c. İşe almada azami yaşın saptanması, o işe göre aranan vasıflar veya emeklilik öncesi makul bir süreye istihdam edilmesi gerekliliği

2. Engeller konusunda eşit davranma ilkesi, Üye Devletler önlemler olarak iş yerinde sağlık ve sigortanın korunması veya önlemlerin korunması veya yaratılması veya engellilerin iş dünyasına uyumu için özendirilmelerine engel değildir.

Madde 7**Olumlu eylem ve özgün önlemler**

1. Mesleki yaşamda tam eşitliğin teminat altına almak için eşit davranma ilkesi bir Üye Devlete linç maddede hedeflenen olumsuzlukları önlemek veya bertaraf etmek için özel önlemler almasına veya uygulamasına engel teşkil etmez.

2. Engelli kişiler konusunda, eşit davranma ilkesi, Üye Devletlere, sağlık ve sigortanın iş yerinde korunması amaçlı düzenlemeleri muhafaza etmeğe veya uyarılamağa engel teşkil etmez. Bu düzenlemelerle engellilerin iş dünyasına uyumunu kolaylaştırmak mümkündür.

Madde 8**Asgari zaman aşımaları**

1. Üye Devletler, mevcut yönergenin öngördüğü eşit davranma ilkesinden daha olumlu düzenlemeler uygulayabilir veya mevcutları muhafaza edebilirler

2. Mevcut yönergenin yaşama geçirilmesi, Üye Devletler tarafından uygulanan ayrımcılığa karşı korumanın düzeyini hiçbir şekilde aşağıya çekilmesine neden olmaz.

BÖLÜM II**Başvuru yolları ve yasanın uygulanması****Madde 9****Hakların korunması**

1. Üye Devletler, gerekli görüldüklerinde uzlaşma işlemleri dahil, mevcut yönergenin öngördüğü adli ve idari usulleri yakından izleyerek,

eşit davranma ilkesine uyulmaması sonucu mağdur olan kişilere, varsayılan ayrımcılık uygulaması sona ermiş olsa dahi, mevcut yönergenin uygulanmasına nezaret ederler

2. Üye Devletler ulusal hukukun saptadığı ölçütlere uygun olarak, mevcut yönergenin uygulanmasında çıkarları bulunan dernekler, kuruluşlar ve tüzel kişilerin davacı adına veya desteği ve rızasıyla yönergenin emredici hükümlerini hayata geçirmek üzere idari ve/veya adli işlemlere nezaret ederler.

3. Eşit davranma ilkesi ile ilgili başvuru süresini düzenleyen ulusal kurallar üzerinde linç ve 2. paragraflar olumsuz sonuçlar doğurmazlar.

Madde 10**İspat hakkı**

1. Üye Devletler, yargılama sistemlerine uygun olarak, gerekli tedbirleri alarak, bir kişinin, kendisine eşit davranma ilkesine uyulmayacak biçimde davranıldığını ileri sürmesi halinde, davalı taraf adli makamların veya uzman bir kurumun önünde, kişiye yapılan doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın mevcut olmadığını, eşit davranma ilkesinin ihlal edilmemiş olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür.

2. linç paragraf, davacıların lehinde ispat hakkı uygulamasını Üye Devletler tarafından hayata geçirilmesine engel teşkil etmez.

3. linç paragraf ceza davalarına uygulanmaz.

4. 9. madde 2. paragrafta uygun olarak başlatılmış her işlem, 1, 2 ve 3. paragraflara da uygulanır.

5. Soruşturmanın yargıya veya uzman kuruluş tarafından yürütülmesi halinde, linçi paragrafın işlemleri Üye Devletler tarafından uygulanmayabilir.

Madde 11

Misillemelere karşı himaye

Üye Devletler, çalışanların çalıştıkları yerle ilgili şikayetlerinden veya eşit davranma ilkesinin uygulanmasına ilişkin hukuki başvurularından dolayı işten çıkarılmalarına veya benzeri olumsuz uygulamalara karşı çalışanları korumak için, adli düzenlemelerine gerekli önlemleri ekleyerek, bunu kendi ulusal yasaları içine koyacaklardır.

Madde 12

Bilginin ulaştırılması

Üye Devletler mevcut yönerge ile kabul edilen ilkelerin ve önceden mevcut, konu ile ilgili buna benzer uygulamaların ilgili her kişiye, uygun her şekilde, örneğin işyerlerinde duyurularla, ulaştırılmaları için gerekli her türlü önlemi alacaklardır.

Madde 13

Sosyal diyalog

1. Ulusal gelenek ve uygulamalarına uygun olarak, Üye Devletler, işyerlerindeki uygulamaları, toplu sözleşmeleri, idari işleyişi izlemek, araştırmalar yapmak, olumlu deneyim ve uygulamaları iletmek de dahil olmak üzere, eşit davranmanın yerleştirilmesi için sosyal ortaklar arasında diyalogu güçlendirecek yeterli önlemleri alırlar

2. Kendi ulusal gelenek ve uygulamaları ile uyum içinde olmak koşuluyla, Üye Devletler, sosyal or-

takların özerkliğine zarar vermeksizin, onların toplu sözleşmeler kapsamına giren ve 3üncü maddede belirtilen ayrımcılığa karşı kuralları içeren için sözleşmeler yapmalarını teşvik ederler. Bu sözleşmeler mevcut yönerge ve ulusal önlemlerdeki asgari gereklere riayet ederler...

Madde 14

Sivil toplum örgütleri ile diyalog

Üye Devletler, uygulamalara ve ulusal hukuklara uygun olarak, linçi madde ile hedeflenen ve ayrımcılığa karşı mücadelede ortak çıkarları olan eşit davranma ilkesine özendirmek için, ilgili sivil toplum örgütlerinin aralarındaki diyalogun gelişmesini teşvik ederler.

BÖLÜM III

Özel Hükümler

Madde 15

Kuzey İrlanda

1. Kuzey İrlanda'da kolluk hizmetinde başlıca dini cemaatlerden birinin yetersiz temsilini önlemek için, bu hizmetlerde istihdam edilenlerin farklı muamelelere uğramaları, ulusal hukukun da bu muamele farklılıklarına doğrudan izin vermesi halinde, ayrımcılık olarak kabul edilmez...

2. Başlıca dini cemaatlerin aralarındaki tarihi bölünmeleri aşmak amacıyla Kuzey İrlanda'daki okullara öğretmen atamalarında, eğitim alanında işe alınmalarda Ulusal Hukukun icaz vermesi halinde, mevcut yönergenin hükümleri.

BÖLÜM IV**Nihai Hükümler****Madde 16****Uygunluk**

Üye Devletler gerekli tedbirleri alarak,

a. Hukuki, idari ve tanzim edici hükümlerin eşit davranma ilkesine aykırılıklarının giderilmesini

b. Toplu anlaşma ve sözleşmelerde, işletmelerin içindeki düzenlemelerde eşit davranma ilkesine aykırı olan kuralların iptal edilmesi veya değiştirilmesini sağlamak için gerekli önlemleri alacaklardır.

Madde 17**Yaptırımlar**

Üye Devletler, mevcut yönergenin uygulanmasının ihlal edilmesi durumunda gerekli hükümleri yaptırımlarla uygulayarak, bunların yaşama geçirilmesi için gerekli tedbirleri alırlar. Ön görülecek yaptırımlar, ki bu, mağdura ödenecek tazminat da olabilir, etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır. Üye Devletler, en geç 2003'e kadar, Komisyon bu önlemleri ve bunlarla ilgili sonraki değişiklikleri en kısa zamanda tebliğ edeceklerdir.

Madde 18**Uygulama**

Üye Devletler, en geç 2 Aralık 2003 tarihine kadar gerekli hukuki, idari ve düzenleyici hükümleri mevcut yönergeye uyumlu hale getirirler veya bu işlevleri ortak rızalarıyla, toplumsal ortaklarına devrederek, toplumsal anlaşmaların mevcut yönergeye uyumlu hale getirilmesini sağlarlar. Bu durumda,

en geç 2 Aralık 2003 tarihine kadar, toplumsal ortaklar, anlaşma yoluyla, gerekli düzenlemeleri yaptıklarını teminat altına alırlar ve mevcut yönergenin doğurduğu sonuçları her zaman uygulayabileceklerini taahhüt ederler. Durumdan komisyon derhal bilgilendirilmelidir. Özel durumları göz önüne almak için, Üye Devletler gerekirse, 3 Aralık 2003 tarihinden başlayarak 3 yıl ek süre taleple, toplam olarak 6 yıl yaşa ve engele bağlı ayrımcılığın önlenmesi için alınacak tedbirleri mevcut yönergeyle uyumlu hale getirirler. Bu takdirde Komisyon derhal bilgilendirilmelidir. Bu ek süreyi talep edecek her Üye Devlet, yıllık raporlar halinde, yaşa ve engele dayalı ayrımcılığa karşı mücadeleyi bildirmeli ve mevcut yönergenin hayata geçmesi yolunda gerçekleştirilen ilerlemeler rapor halinde sunulmalıdır. Komisyon ise, her yıl Konseye rapor sunar.

Eğer Üye Devletler bu hükümleri uyarlarırsa, bunlar mevcut yönergeye referans işlevi görür veya resmi neşriyata ek olarak sunulabilir. Bu referansın koşulları Üye Devletler tarafından hükme bağlanır.

Madde 19

1. Üye Devletler, Komisyonun mevcut yönergenin uygulanmasıyla ilgili Avrupa Parlamentosu'na ve Konseye sunulmak üzere en geç 2 Aralık 2005 tarihine kadar ve daha sonra her 5 yılda bir rapor sunarlar.

2. Komisyonun raporu, ilgili sivil toplum örgütlerinin ve toplumsal ortakların bakış açıları uygun

olacak bir şekilde göz önünde bulundurulur. Kadınlarla erkekler arasında fırsat eşitliği ilkesi sorununun düzenli olarak göz önünde bulundurulması nedeniyle bu konudaki gelişme veya evrimleşme yönünde alınan önlemleri de belirtecektir. Bilgilendirmelerin ışığında, bu rapor, gerekirse yönergenin güncelleştirilmesi ve gözden geçirilmesi yönünde önerileri de içerir.

Madde 20**Yürürlüğe girişi**

Mevcut yönerge Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinde yayınlandığı tarihten itibaren yürürlüğe girer.

Madde 21**Gönderilenler**

Üye Devletler mevcut yönergenin gönderildiği muhataplardır.

Brüksel,

27 Kasım 2000

Konsey adına

E. Guigou Başkan

29 Haziran 2000 tarihli,

AB Konseyi'nin 2000 /43 sayılı insanlar arasında etnik köken veya ırk farkı gözetmeksizin muamele eşitliğini öngören ilkenin hayata geçirilmesi-ne dair 2000 / 43 sayılı yönergesi;

KONSEY YÖNERGESİ

Avrupa Birliği Konseyi,

Avrupa Topluluğunu kurum-laştıran, özellikle 13. maddeyle, antlaşma uyarınca,

Komisyonun teklifleri üzerine ⁽¹⁾

Avrupa Parlementosunun gö-rüşü ⁽²⁾, Ekonomik ve sosyal komite-nin görüşü ⁽³⁾, Bölgeler Komitesi'nin görüşü uyarınca ⁽⁴⁾

Alttaki gerekçeler nedeniyle:

(1) Avrupa Birliği Anlaşması, Avrupa Halkları arasında daha sıkı ve düzenli birliğin yaratılmasına yönelik süreçte, yeni bir aşamayı oluşturmaktadır.

(2) Avrupa Birliği Antlaşması-nın 6. Maddesi uyarınca, Avrupa Birliği Hukuk Devleti olduğu ka-dar, özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere

saygı ilkeleri üzerine temellendiril-miştir, bu özgürlükler üye devletle-rin ortak ilkeleridir. Birlik temel haklara saygılıdır: bu haklar ki: te-mel özgürlüklerin ve insan hakları-nın korunmasını teminat altına alan Avrupa Konvansiyonunun üye ülkelerinin ortak geleneklerini, bir-liğin ortak hukukunun genel ilkele-rini oluşturur.

(3) Her insanın yasalar karşı-sında eşitliği ve ayrımcılığa karşı korunması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesince tanınan evrensel bir hakkı oluşturur; bu hak, Birleş-miş Milletler Antlaşmasıyla: kadın-ların her türlü ayrımcı muamele-den arındırılması ve her türlü ırk ayrımcılığının önlenmesi ilkelerine dayanır ki, bunlar, Birleşmiş Mil-letlerin medeni, siyasi, ekonomik,

(1) Resmi Gazete'de henüz yayınlanmadı.

(2) 18 Mayıs 2000 tarihli görüş (Resmi Gazete'de henüz yayınlanmadı)

(3) 12 Nisan 2000 tarihli görüş (Resmi Gazete'de henüz yayınlanmadı)

(4) 31 Mayıs 2000 tarihli görüş (Resmi Gazete'de henüz yayınlanmadı)

sosyal ve kültürel haklarının korunması ve Avrupa Birliği üye devletlerince imzalanan temel özgürlükler ve insan haklarının korunmasını teminat altına alan Avrupa Antlaşmasıyla tanınmıştır.

(4) Bu temel haklara ve temel özgürlüklere, dernek kurma özgürlüğü de dahil saygı gösterilmesi önemlidir. Aynı şekilde, bu anlamda hizmet ve mallara girişte ve bunların temininde, özel ve aile yaşamının ve bu çerçevede yapılan işlerin korunmasına saygı gösterilmesi de önemlidir.

(5) Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliğinde ırkçılığa karşı mücadele için bir dizi kararın alınmasını kabul etti,

(6) Avrupa Birliği Irkların farklılığının mevcudiyetini savunan her türlü teoriyi reddeder. Bu yönergede kullanılan "ırk" sözcüğü bu tür teorileri kabul edilmesi anlamına gelmez.

(7) Tampere Avrupa Konseyi, 15 ve 16 Ekim 1999'de, Komisyonun Avrupa Konseyi'nin Antlaşmasının ırkçılığa ve yabancı düşmanlığına karşı mücadele ile ilgili 13. maddesinin hayata geçirilmesi için gerekli teklifi en kısa zamanda yaşama geçirmesi çağrısında bulundu.

(8) Helsinki Avrupa Konseyi tarafından onaylanan, 10 ve 11 Aralık 1999 tarihli 2000 yılında istihdam için belirleyici çizgiler: etnik azınlıklarla ilgili ayrımcılığa karşı mücadele için tutarlı politikalar izlemek, toplumsal uyumu sağlamak amacıyla iş piyasasının teşvik edilmesi kararlaştırıldı.

(9) "İrk" ve "etnik köken"e dayalı ayrımcılık AB antlaşmasının hedeflerinin tehlikeye girmesine yol açabilir, özellikle belli bir iş seviyesi ve yaşam kalitesi ve düzeyinin yükseltilmesi hedefleri ve toplumsal ve ekonomik tutarlılık ve dayanışmayı zaafa uğratabilir. Aynı şekilde Avrupa Birliği'ni özgürlük, adalet ve güvenlik alanı olma hedefini gelişmesini tehlikeye atabilir.

(10) Komisyon, Aralık 1995'te, Yahudi düşmanlığı, yabancı düşmanlığı ve ırkçılık üzerine bir bildiri yayınladı.

(11) Konsey, 15 Temmuz 1996'da, 96 / 443 / JAL kararıyla, ırkçılık ve yabancı düşmanlığın karşı ortak eylem planını kabul etti. Bu kararlar, üye ülkeler, ırkçı ve yabancı düşmanı davranışlara karşı, somut önlemler almak amacıyla hukuki işbirliğine gideceklerdir.

(12) Irkları ve etnik kökenleri ne olursa olsun bireylerin katılımını sağlayacak demokratik ve hoşgörülü toplulukların geliştirilmeleri teşvik edilmeli ve bu amaçla yalnızca ücretli veya ücretsiz faaliyetler değil, eğitim, sosyal koruma, sağlık, sosyal sigorta, sosyal haklar, sağlık hizmetleri, hizmet ve mülke hak ve bunların sağlanması yolundaki girişimlere kadar yayılan bir eylem gerçekleştirilmelidir.

(13) Sonuç olarak, adı geçen alanlarda, doğrudan ya da dolaylı olarak ırk ve etnik kökene yönelik her türlü ayrımcılık, mevcut yönerge ile Birliğin içinde yasaklanmalıdır. Ayrımcılık yasağı Birlik dışı ülke yurttaşlarını da kapsar. Bu yasak birlik dışı ülke yurttaşlarının

kimliklerini hedef almaz ve bu kişilerin ülke giriş ve ikametlerine ve bunların bir işe girme ve çalışmalarına engel teşkil etmez.

(14) Irk veya etnik köken ayrımı yapmaksızın eşit muamele yapma ilkesini hayata geçirmek için, AB antlaşmasının, 3. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak, Topluluk, eşitsizlikleri ortadan kaldırmak, kadın - erkek eşitliğini, ki özellikle kadınlar birçok ayrımcı muameleyle uğramaktadırlar, sağlamanın yollarını aramaktadır.

(15) Olayda doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın takdiri, ulusal hukuka veya uygulamalara uygun olarak, ve özellikle dolaylı ayrımcılığın istatistiki veriler dahil, her vesiyle, uygulandığı göz önünde bulundurularak, ulusal mahkeme veya uzman makama aittir.

(16) Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığa karşı her gerçek kişi önemlidir. Üye ülkeler, ihtiyaç halinde ve ulusal gelenek ve uygulamalara uygun olarak, üyeleri ırk veya etnik kökenleri nedeniyle mağdur olan tüzel kişilerin de korunmalarını sağlamak zorundadır

(17) Ayrımcılığın yasaklanması önlemleri alınırken veya telafi edilirken, belli bir ırk veya etnik kökenli gruba ait insanlara herhangi bir zarar verilmeksizin uygulanmalıdır. Ayrıca bu önlemler, bir ırk veya etnik gruba mensup insanların kendilerine özgü taleplerini seslendirici yapılanmalara izin vermelidir.

(18) Taleple orantılı ve hukuki olmak koşuluyla, çok sınırlı hallerde, etnik köken veya ırka bağlı bir özellik doğrulanabiliyorsa, farklı bir

muamele yapılabilir. Bu koşullar Komisyon'un üye devletlerince sağlanan bilgilendirme notlarında belirtilmelidir.

(19) Irk veya etnik kökene dayalı ayrımcı muameleyle maruz kalan kimseler elverişli hukuki koruma olanaklarından faydalanabilmelidirler. Daha etkin bir korunma sağlamak için, Üye Devletlerce koşullar saptanmış biçimde, tüzel kişiler veya dernekler, mahkemeler önünde temsilde ve savunmada ulusal kurallara zarar vermeksizin, mağdur lehine veya adına girişimde bulunma yetkisine sahip olmalıdırlar.

(20) Misillemelere karşı, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi yeterli hukuki korunmanın sağlanmasıyla mümkündür.

(21) Ayrımcılık kuşkusunun belirttiği anda kanıtın ortaya konması ve bu durumun değişiklik göstermesi halinde bile, eşit davranma ilkesinin uygulanacağını kanıtlanması, davalı tarafın yükümlülüğündedir.

(22) Üye devletler, olguların soruşturulması ile ilgili adli veya uzman makamlarca yürütülüyorsa, kanıtlarını ortaya koyma kurallarını uygulayamayabilirler. Davacı taraf öne sürdüğü iddiaları kanıtlamaktan muafır, bunların soruşturmaları ile ilgili adli veya uzman makamlarca yürütülür.

(23) Ayrımcılığın değişik biçimlerini tartışmak ve bunlara karşı mücadele etmek için, üye devletler toplumsal muhataplarla sivil toplum örgütleri arasındaki diyalogun geliştirilmesini özendirirler.

(24) Mağdurlara somut bir yardım sunmak ve çözüm yolları aramak amacıyla, her Üye Devlet mevcut sorunları inceleyerek uzman bir veya birçok kuruluşun oluşumu sağlanarak, ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılığa karşı mücadele verilecektir.

(25) Mevcut yönerge asgari zorunlulukları saptayarak, üye devletlere daha etkin uygulamaları yaratmalarını ve bunları teminat altına alma olanaklarını sağlar. Mevcut yönergenin hayata geçirilmesi, her Üye Devletle zaten varolan koşulların altına gerilemesi olanağını tanımaz.

(26) Mevcut yönerge uyarınca, zorunluluklara saygı gösterilmemesi durumunda, Üye Devletler somut, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar uygulamak zorundadır.

(27) Üye devletler, hizmet akdinin düzenlenmesi için mevcut yönergenin sonuçlarını teminat altına almaları ve gerekli önlemlerin her an yapılabilmesi koşuluyla, sosyal muhataplarının kabulü halinde, uygulanması yetkisini önerebilirler.

(28) AB antlaşmasını 5. maddesinde zikredilen orantılılık ve tali olma ilkesine uygun olarak mevcut yönergenin amacı, her Üye Devlette ayrımcılığa karşı üst düzeyde korumayı sağlamayı hedefliyorsa da, eylemin boyutları ve sonuçları göz önünde bulundurulursa ORTAKLIK düzeyinde hayata geçirilmesi halinde daha verimli olması mümkündür. Mevcut yönerge amaçlarına ulaşmak için yetkilerini aşmamaktadır.

MEVCUT YÖNERGE KARARIYLA

BÖLÜM 1

GENEL DÜZENLEMELER

BİRİNCİ MADDE

KARAR

Mevcut yönerge, ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılığa karşı mücadelenin sınırlarını belirleyerek, Üye Devletlerin eşit davranma ilkesini hayata geçirmesini amaçlamaktadır.

MADDE 2

AYRIMCILIK KONSEPTİ

1. Mevcut yönergeyle, eşit davranma ilkesinden algılanan, doğrudan veya dolaylı olarak veya etnik kökene dayalı her türlü ayrımcılığa son vermek amaçlanmaktadır.

2. Birinci Paragraf sonuçlarıyla:

a.) Doğrudan ayrımcılık, ırksal veya etnik köken bakımından, bir kişinin bir diğerine nazaran ne geçmişte, ne şimdiki zaman, ne de gelecekte eşit muamele görememe durumudur,

b.) Dolaylı ayrımcılık bir önlemin, bir kıstasın veya eylemin bitaraf görünüyorsa dahi olsa, diğer insanlara nazaran ulusal ve etnik kökenleri farklı insanlar aleyhine özel bir durum yaratmasıdır, yeter ki bu önlem, bu kıstas veya eylem meşru bir amaçla doğrulanmasın ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan yöntemler durumun gerektirdiği haller olmasın.

3. Irka ve etnik kökene bağlı olarak arzu edilmeyen bir davranışın sergilenmesi 1. paragraf doğrul-

tusunda sarsıntı yaratıcı bir durumdur ve ayrımcılık olarak nitelendirilir ki bu davranış bir kişinin onurunu zedeleyici, yıldırıcı, hasmane, aşağılayıcı ve hakaret içeren bir ortam yaratır. Bu nedenle, sarsıntı kavramı, Üye Devletlerin mevcut hukuklarına ve ulusal uygulamaların uygun olarak tanımlanır.

4. Herhangi bir kimseye, ırksal veya etnik kökenleri nedeniyle kişilere karşı, ayrımcılığın uygulanmasını emretmek 1. paragraf uyarınca ayrımcılık olarak kabul edilir.

MADDE 3

UYGULAMA ALANI

1. Topluluğa verilen yetkiler çerçevesinde, mevcut yönerge özel veya kamu sektöründe her kişiye ve kamu sektörüne uygulanır, uygulanma alanları;

a.) Ücretli faaliyetler ve işe almada seçme, ve işe alınma koşullarında, hangi meslek dalı olursa olsun ve mesleki hiyerarşinin her kademesinde, terfi dahil her alanda;

b.) Yeni bir deneyim tasarımı dahil, her tip ve seviyede mesleki yönlendirme, mesleki eğitim, gelişme ve başka mesleğe geçme eğitime hak sahibi olabilir;

c.) İşten çıkartma ve ücretlendirme koşulları dahil, istihdam ve çalışma koşullarını öğrenebilme;

d.) İşçi ve işveren örgütlerinden birine veya belirli bir mesleği icra eden bir örgütlenmeye girme, üye olma ve bu tip örgütlenmelerin doğurduğu avantajlardan yararlanmağa;

e.) Sosyal sigorta ve sağlık hizmetleri dahil, sosyal korunmadan yararlanmağa;

f.) Sosyal faydalanmadan yararlanmağa;

g.) Eğitim;

h.) Kamu tasarrufunda, lojman dahil mal ve hizmetlerden yararlanmağa ve bunları edinmeye;

2.) Mevcut yönerge ulusal kimliğe yönelik muamele farklılığını hedeflemekte ve Üye Devletler toprakları üzerinde üçüncü ülkelerin yurttaşlarının ve haymatlos (vatan-sız) kabullerine ve oturma izinlerine ve bunların hukuki statülerine zarar verici sonuçlar doğurmaz.

MADDE 4

BELİRLEYİCİ VE TEMEL MESLEKİ ZARURET

Zaruret orantılı ve hedef meşru olduğu takdirde bir mesleğin icra edilmesi ve çalışma koşulları belirleyici ve temel zaruret gerektiriyorsa, 1. madde ve 1 ve 2. paragraflar ihlal edilmeden Üye Devletlerin ırka veya etnik kökene dayalı farklı muamele uygulamaları ayrımcılık olarak kabul edilmez.

MADDE 5

POZİTİF EYLEM

Pratikte tam eşitliği sağlamak için, eşit davranma ilkesi bir Üye Devletin, ırk ve etnik kökene bağlı olumsuzlukların giderilmesi ve telafi edilmesi için özel önlemler almasına engel değildir.

MADDE 6

ASGARİ HÜKÜMLER

1.) Üye Devletler, eşit davranma ilkesini korumak amacıyla

mevcut yönergenin öngördüğü önlemlerden daha gözetici tedbirler uygulayabilirler.

2.) Mevcut yönergede uygulanması öngörülen koşulların, Üye Devletlerce önceden uygulanmakta olan ayrımcılığa karşı koruma tedbirlerinin daha alt düzeye çekilmesi gerekçesi olamaz.

BÖLÜM II

1.) Üye Devletler idari ve / veya hukuki işlemleri, uzlaşma işlemlerinin uygunluğunu denetleyecek mevcut yönergenin hükümlerinden eşit davranma ilkesine aykırı hallerden zarar gören her kişinin bu durum sona ermiş dahi olsa, yararlanmasını sağlar.

2.) Üye Devletler, şikâyet sahibinin (davacı) adına ve desteğiyle meşru hakları olarak derneklerin, kurumların ve tüzel kişilerin, ulusal hukukun saptadığı ölçütlere uygun olarak, mevcut yönergenin uygulanmasını denetlemesini gözetir ve davalının onayıyla, mevcut yönergenin emredici hükümlerine uyulması için adli ve / veya idari işlemlere başvurur.

3.) Eşit davranma ilkesiyle ilgili bir başvuru süresini içeren ulusal kurallar 1. ve 2. paragraftaki hükümlerden zarar görmez.

MADDE 8

İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1.) Üye Devletler, adli sistemlerine uygun olarak, bir kimse eşit davranma ilkesinin çiğnenmesi nedeniyle mağdur olduğunu öne sürüyorsa, gerekli önlemleri alırlar ve adli veya uzman kuruluşlarının önüne sorunu getirecek, dolaylı ve-

ya doğrudan ayrımcılığı yapıldığına işaret ederler. Eşit davranma ilkesinin ihlal edilmediğine kanıtlamak davalının sorumluluğu altındadır.

2.) 1. paragraf, Üye Devletlerin şikâyet (davacılar) edenler lehine kurallar koymalarına engel teşkil etmez.

3.) 1. paragraf ceza mahkeme-lerine uygulanmaz,

4.) Madde 7, 2. paragrafa uygun olarak başlatılan her işleme 1,2 ve 3. paragraflar uygulanır.

5.) Üye Devletler olayların, soruşturulması yargı ve ilgili uzman kuruluş tarafından yürütülüyorsa 1. paragrafı uygulayamayabilirler.

MADDE 9

MİSİLLEMELERE KARŞI

KORUMA

Üye Devletler muamele eşitliği ilkesine riayet edilmesi için yapılan bir şikâyete veya yargı yoluna başvurmaya tepki nedeniyle kişilerin her türlü olumsuz muamele veya sonuçla karşılaşmamaları için, iç hukuk sistemlerine mağdurların korunması amacıyla gerekli önlemleri koyarlar.

MADDE 10

BİLGİ DAĞITIMI

Üye Devletler, yürürlükte olanlarla birlikte mevcut yönergenin öngördüğü önlemlerin uygulanmasına toprakları üzerinde yaşayan konuyla ilgili kişilerin bilgilendirilmelerini mazeret ederler.

MADDE 11

TOPLUMSAL DİYALOG

1.) Geleneklerine ve ulusal uygulamalarına uygun olarak üye

devletler eşit muameleyi geliştirmek amacıyla toplumsal muhataplar, arasında, iş yerlerindeki uygulamaları, toplu sözleşmeler, davranış kuralları, sağlıklı uygulamalar ve deneyim değişimi çalışmaları dâhil, duruma uygun tedbirler alarak taraflar arasında diyalogu geliştirirler.

2.) Geleneklerine ve ulusal uygulamalara saygılı kalmak kaydıyla, Üye Devletler, 3.maddenin öngördüğü toplu hakların uygulanma alanında duruma uygun olarak ve özelliklerine müdahale etmek sizin, ayrımcılık karşıtı kuralların sonuçlandırılması amacıyla toplumsal muhatapları teşvik ederler. Bu anlaşmalar, mevcut yönerge ve yerine konulan ulusal önlemler tarafından saptanan asgari icaplara saygılıdır.

MADDE 12

SİVİL TOPLUM KURULUŞLARIYLA DİYALOG

Eşit davranma ilkesini teşvik amacıyla, Üye Devletler, ortak çıkarları olan sivil toplum kuruluşlarıyla, ulusal hukuka ve uygulamalara uygun olarak, ırka ve etnik kökene dayalı ayrımcılığa karşı mücadele, diyalogu geliştirirler.

BÖLÜM III

EŞİT DAVRANMAYI ÖZENDİRİCİ KURUMLAR

MADDE 13

1.) Üye Devletler ırka ve etnik kökene dayalı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla eşit davranmayı özendirmek için bir veya birçok kuruluşu görevlendirebilirler. Bu kuruluşlar, ulusal ölçekte insanların

haklarını korumak ve insan haklarını savunmakla yükümlendirilebilirler.

2.) Üye Ülkeler, bu kuruluşların uzmanlık alanlarını şöyle düzenleyebilirler:

- 7. maddenin, 2. paragrafını ihlal etmeden (mağdurlar ve dernekler, örgütler ve tüzel kişilerin haklarıyla ilgili madde) ayrımcılığa karşı bir işlem başlatmak için mağdur olan kişilere bağımsız bir yardımda bulunmak,

- Ayrımcılıklarla ilgili bağımsız çalışmalar yürütmek

- Bağımsız raporlar yayınlamak ve ayrımcılıklarla ilgili her soruna tavsiye (çözüm) getirmek

BÖLÜM IV

NİHAİ TEDBİRLER (HÜKÜMLER)

MADDE 14

UYGUNLUK (TUTARLILIK)

Üye Devletler,

a.) Eşit davranma ilkesine aykırı adli, düzenleyici ve idari hükümlerin kaldırılması,

b.) İşletmelerin yönetmeliklerinde kar amaçlı veya kar amacı olmayan derneklerde uygulanan kurallarda, bağımsız mesleklerde ve işçi ve işveren kuruluşları dahil yapılan antlaşma ve toplu sözleşmelerde eşit davranma ilkesine aykırı hükümlerin değiştirilmesi, hükümsüz sayılması ve yok kabul edilmesi için gerekli önlemleri alır.

MADDE 15

YAPTIRIMLAR

Ulusal hükümlere uyarlanmış mevcut yönetmeliğin uygulanması-

nın ihlali halinde, Üye Devletler, uygulanacak yaptırımları belirlerler ve bunları uygulaması için gerekli önlemleri alırlar. Ön görülen yaptırımlar, ki mağdura maddi tazminat ödenmesi de dahil, etkin, orantılı ve caydırıcı olmalıdır. Üye Devletler, bu hükümleri, en geç 19 Temmuz 2003'e kadar ve bunlarda yapılabilecek değişikliklere makul sürede, komisyona tebliğ ederler.

MADDE 16**UYGULAMA**

Üye devletler, gerekli hukuki, düzenleyici ve idari hükümler koyarak, en geç 19 Temmuz 2003'e kadar, mevcut yönergeye uyum sağlarlar veya aldıkları ortak kararla, bu yükümlülük toplumsal odakları tarafından üstlenilir. Bu takdirde en geç 19 Temmuz 2003'e kadar, üye Devletler, toplumsal ortaklarının gerekli önlemleri, anlaşma yoluyla, almalarını sağlarlar. Üye Devletler, mevcut yönergenin öngördüğü sonuçları her an teminat altına aldıklarına dair gerekli önlemleri aldıklarını garanti ederler. Komisyon, derhal bu konuyla bilgilendirilir.

MADDE 17**RAPOR**

1.) Mevcut Yönergenin uygulanması konusunda, en geç 19

Temmuz 2005 'e kadar ve bunu izleyen her 5 yılda, Üye Devletler, Komisyon'a bir raporla Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne sunar.

2.) Doğal olarak Komisyon raporu, Avrupa ırkçı ve yabancı düşmana olayların gözlenmesinin izlenimine ve sivil toplum kuruluşları ve toplumsal ortakların (muhatap) bakış açılarını, dikkate alır. Kadınlar ve erkekler arasında şans eşitliği sorununun sistematik olarak göz önünde bulundurulmasına uygun olarak, bu rapor diğerleri gibi kadınlar ve arasındaki eşitlik ilkelerinin bir değerlendirmesini de yapar. Elde edilen bilgiler ışığında, bu rapor, mevcut yönergenin gözden geçirilmesi ve güncelleştirilmesi için önerileri de içerir.

MADDE 18

Mevcut yönerge Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinde yayınlandığı gün yükümlülüğe girer.

MADDE 19**GÖNDERİLENLER**

Üye ülkeler, mevcut yönergenin, gönderilenleridir.

Lüksemburg,

20 Haziran 2000

Konsey Başkanı

M. ARCANJO

GEÇMİŞ ZAMAN
YAZILARI

Sene: 3 Teşrinievvel 1929 Sayı: 34-10

İSTANBUL BAROSU MECMUASI

MESLEKİ HABERLER

Devlet Avukatlarının Ücreti

Mesleke ait neşrolunan kanun ve kararnameleri meslekdaşların bilmesi elzem olduğundan ara sıra bu gibi ahkamı bu sütunlarda neyreylemeği muvafık görüyoruz. Bu cümleden olmak üzere devlet davalarını intaç eden avukat ve saireye verilecek ücreti vekalet hakkında 1389 numaralı ve 2.11.1929 tarihli kanun metnini berveçhi zir dercediyoruz:

I

Devlet davalarını intaç eden avukat ve saireye verilen ücreti vekalet hakkında kanun

Kanun No: 1389

Kabul Tarihi 2.2.1929

Madde 1- Devlet lehine intaç eden davalardan dolayı hükme rapt ve tahsil olunan vekalet ücretleri muvazenei umumiyyeye dahil vekaletler ve umumi müdüriyetlerce hizmeti mesbuk olanlara aşağıdaki cetvel mucibince tevzi ve bütçelerdeki mahkeme harçları tertibinden tesviye olunur.

Yüzde yetmiş: Maaş veya ücretli avukat ve dava vekillerine ve hazine avukat veya dava vekili olmayan yerlerde dava deruhte eden kaza malmüdürlerine.

Yüzde otuz: Muhakemat müdürleri ve hukuk müşavirler ile takibi icra memurlarına.

Madde 2- Birinci madde mucibince yapılacak tevziatın şerait ve miktarları İcra Vekilleri Heyetince tanzim kılınacak bir talimatname ile tayin olunur.

Madde 3- Devlet davalarını intaç eden avukat veya dava vekillerine verilecek ücreti vekalet hakkında 28 Mayıs 1928 tarih ve 1333 numaralı kanun mülgadır.

Madde 4- Bu kanun neşri tarhinden muteberdir.

Madde 5- Bu kanunun ahkamını icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.

Mülazemet ne zaman yapılır?

Avukatlık kanununda avukat olabilmek için bir mülazemet şartı olduğu malumdur. Bu mülazemetin ne zaman yapılması icap edeceği tefsire muhtaç görülereke şu şekilde tefsir olunmuştur.

Avukatlık kanununda yazılı “mülazemet” tabirinin tefsiri

Tefsir No: 143

Avukatlık Kanununda yazılı mülazemet, hukuk fakültelerinden mezuniyet istihsalinden sonra yapılır. Mektebe devam sırasında veya devamdan evel adliye de geçmiş olan hizmetler mülazemete mahsup edilmez.

Hukuku umumiyei düvel Enstitüsü

Geçen ay zarfında Paris Hukuk Darülfünunu’nda hukuku umumiyei düvel estitüsünün senelik içtimaı akdedilmiştir. İçtimaa Paris Darülfünunu müderrislerinden Profesör Yeze riyaset etmiş ve Avrupa ile Amerika’nın muhtelif memleketlerinden gelen bir çok aza bulunmuştur.

Katibi umumi heyeti, Enstitünün geçen seneki mesaisini arz etmiştir. Bu miyanda Profesör Yeze’nin riyaseti altında ve birçok ulemayı hukukun iştirak ile tertip olunan (annuaire salname) vardır. Bu (annuaire) 1928 senesi zarfında dünyanın herhangi bir tarafında vukua gelen teşkilatı esasiye tabeddülatını hukuku umumiyeiyi alakadar eden kanunları, kavanını esasiye hakkında mahaki içtihatlarını ihtiva eden bir mecmuadır.

Bundan sonra Enstitü azasından vefat eden Profesör Duguit’in yerine Paris fakültesi duvayyeni Profesör Berthelemg’yi intihap etmiştir.

Bu idari mesailin hitamından sonra Enstitü ilmi mesaisine başlamıştır.

***AKTARMALAR, AYRILMALAR
YİTİRDİKLERİMİZ***

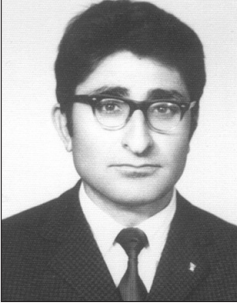
AYRILMALAR

Av. ORHAN KAYSERİLİOĞLU	5720	02.01.2009
Av. FİLİZ BALKAYA	25615	02.01.2009
Av. AYL A BÜYÜK	26163	04.12.2008
Av. MERVE GİRİTLİ COSTANZO	23518	04.12.2008
Av. MEHMET ADNAN ERBAŞ	33718	18.12.2008
Av. GANİME ÖZAY	15139	02.01.2009
Av. BUKET ÜNSÜN	21003	27.11.2008
Av. HALİT SAYIN	8264	08.01.2009
Av. FEYZULLAH DEMİRTAŞ	12850	04.12.2008
Av. SERPİL AZERİ	5448	02.01.2009
Av. YÜKSEL ZİYAL	4856	25.12.2008
Av. YILMAZ AKTEN	6275	02.01.2009
Av. ABDULKERİM YILDIRIM	26031	27.11.2008
Av. İLHAN ERGUN	3360	02.01.2009
Av. SUZAN ÖZPEYNİRCİ	7886	02.01.2009
Av. ALİ AKMAN	35769	04.12.2008
Av. BORA ERSAL	7380	18.11.2008
Av. YILMAZ CAN	21317	04.12.2008
Av. ASLIHAN SEVİNÇ	35017	02.01.2009
Av. OKTAY ÜNLÜ	29084	04.12.2008
Av. AHMET KOLA	16655	25.12.2008
Av. CENNET ÇİZMECİ	34552	02.01.2009
Av. SAVAŞ POLATKAYA	141138	08.01.2009
Av. ERGÜR KÖKKILIÇ	5233	27.11.2008
Av. FERHAN BOLAT	101140	02.01.2009
Av. ZAFER ÖĞRETİCİ	34344	02.01.2009
Av. MİTHAT GÜNEY YAZGIÇ	34065	27.11.2008
Av. RAUF OKAY	10575	02.01.2009
Av. AYHAN ABDİ ÖZEN	12832	27.11.2008
Av. ALİ ALTUN	29698	02.01.2009
Av. NUSRETTİN ÇELİK	28127	27.11.2008
Av. REFİK SALT	8700	08.01.2009
Av. MEHMET BİROL BAHADIR	9703	02.01.2009
Av. YUSUF SEZER	29749	18.12.2008
Av. BAHAR OCAKOĞLU	33276	04.12.2008
Av. MESUDE AYHAN	10901	08.01.2009
Av. HALUK ATALAY	17201	04.12.2008
Av. HÜSEYİN KIRKIN	21676	18.12.2008

AKTARIMLAR

Av. SEÇİL KAYAŞ	25340	27.11.2008
Av. GÜNKUT KAYA	35078	27.11.2008
Av. ÖZKAN AYHAN	35654	27.11.2008
Av. İBRAHİM ERCAN ÇOBANOĞLU	35398	04.12.2008
Av. SENEM YÜKSEL	35080	04.12.2008
Av. ÜNAL KAYGUSUZ	24642	04.12.2008
Av. OZAN EVREN YALÇIN	35375	04.12.2008
Av. SEVGİ GÜVEN	25057	04.12.2008
Av. AVNİ KALEMCİ	31004	04.12.2008
Av. ÖZBERK PAPİLA	35611	18.12.2008
Av. İLKER VURAL	34413	25.12.2008
Av. AYŞEGÜL YEĞİN	33205	25.12.2008
Av. OZAN ARAT	31640	25.12.2008
Av. AHMET ÇİFTÇİ	28648	25.12.2008
Av. OLCAY ÖZTÜRK	24655	02.01.2009
Av. SİBEL ERDİNÇ	26763	08.01.2009
Av. METİN TATAR	27366	08.01.2009
Av. REYHAN KOCABIYIK	22575	08.01.2009
Av. FATMA ZEHRA YETKİN	15071	08.01.2009

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 7999 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HASAN TOKUÇIN

13.11.2008 tarihinde vefat etmiştir

Merhum 1942 yılında Varto'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•

Baromuzun 2646 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

SALİHA ŞAHAN ÇOBAN

05.01.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1962 yılında Şefaati'de doğmuş, 2000 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2002 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



•

Baromuzun 11907 sicil sayısında kayıtlı

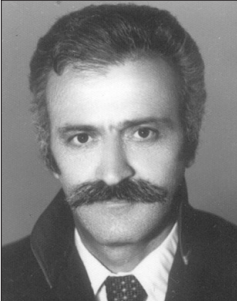
AVUKAT

HAMİ KURTOĞLU

06.01.2009 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında Yomra'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 13.11.1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 4307 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

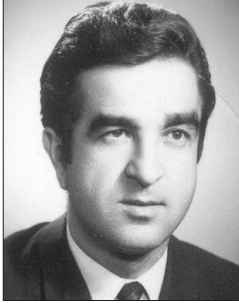
KUTBETTİN OHRİ

29.12.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1927 yılında İstanbul'da doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 13579 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ATILLA CEYLANOĞLU

21.12.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında Kayseri'de doğmuş, 1969 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•

Baromuzun 34766 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

HAKAN TİMURŞAH

05.12.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1972 yılında Ankara'da, doğmuş, 2005 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Stajını Baromuzda yaparak, 2008 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 6311 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MUALLA AKYÜREK

06.12.2008 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1927 yılında Üsküdar'da doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

DİZİNLER

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A	sayfa
5510 SAYILI YASANIN ZAMAN OLARAK UYGULANACAĞI	
SÜRENİN BAŞLANGICI.....	533
AİDİYET TESPİTİ	485
AİDİYETİN TESPİTİNDE DAVANIN TARAFLARI.....	485
AİLE HUKUKU	388, 425, 439
AKTİF VE PASİF HUSUMET	345
ALACAK DAVASI	359
ALICININ HAKLARI	555
AMENEJMAN HARİTASI.....	362
AMENEJMAN PLANI	352
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI.....	551
ARACINI TİCARİ AMAÇLA KULLANMASI	584
ARAÇTA OLUŞAN HIRSIZLIĞA İLİŞKİN TAZMİNAT	
DAVASININ GÖRÜLECEĞİ MAHKEME	584
ARSA KARŞILIĞI YAPI SÖZLEŞMESİ.....	349
ASKERİ ÖĞRENCİ MASRAFLARI.....	359
ASKERLİK BORÇLANMASI	589
AVUKATLIK HUKUKU.....	551
B	
BAŞARISIZ ÖĞRENCİLER HAKKINDA UYGULANACAK YÖNTEM	359
BAZ İSTASYONU	459
BEDEL TESPİTİNDE UYGULANACAK YÖNTEM	379
BOŞANMA DAVASI İÇİN GEÇECEK ÜÇ YILLIK SÜRENİN HESABI	439
BORÇLAR HUKUKU	359, 384, 461, 539
BORÇLAR KANUNU.....	488
BORÇLUNUN İMZA İTİRAZI	547
BORÇLUNUN GIYABINDA VERİLEN KARAR	547
BOŞTA GEÇEN ÜCRET ALACAĞINDAN VE İŞE BAŞLATMAMA	
TAZMİNATINDAN ASIL İŞVERENİN DE SORUMLU BULUNDUĞU	510
C, Ç	
CİNSEL BİRLİKTELİĞİN OLUŞMAMASININ NEDENLERİ	425
ÇALIŞMA SÜRESİNİN TESPİTİ	598
ÇALIŞMA SÜRESİYLE BAĞLANTI	529
ÇEK NİTELİĞİNİN YİTİRİLMESİ.....	577
ÇEKİNCE İÇEREN İBRANAME.....	406
ÇEVRE SAĞLIĞININ VE İNSAN YAŞAMININ ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ	459
ÇOCUĞUN SAĞLIK YARDIMINDAN YARARLANMASI	531
ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNİN KOŞULLARI	388

D

DAVACININ DAVA AÇABİLME YETKİSİ	561
DAVACININ HAKLARI	479
DAVACININ KUSURSUZLUĞU DURUMU	596
DAVACININ OTURDUĞU YER MAHKEMESİ	392
DAVADA İZLENECEK YÖNTEM	475
DAVADA HUSUMET	440, 571
DAVADA TARAF SIFATI	390
DAVADA VEKALET	469
DAVADAN FERAGAT	563
DAVALININ TİCARİ KAZANÇ AMACIYLA OTOPARK İŞLETMESİ	584
DAVANIN İŞLEMDEN KALDIRILMASI	567
DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI	567
DENİZCİLİK İHTİSAS MAHKEMESİNİN GÖREVİ	581
DENİZCİLİK İHTİSAS MAHKEMESİNDE GÖRÜLMESİ GEREKİR	582
DEPODA KAYBOLAN EŞYA	461
DESTEKTEN YOKSUN KALMA	539
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI DAVASINDA ÖNCEDEN YAPILAN ÖDEMENİN YASAL FAİZİYLE ZARARDAN DÜŞÜLMESİ	463
DEVLET MEMURLARI YASASINA GÖRE ÇALIŞTIRILAN ANCAK PRİMLERİ SSK'YA ÖDENEN KİŞİ İŞ KANUNUNA TABİ DEĞİLDİR.....	505
DEVLET MEMURLARI YASASINA GÖRE ÇALIŞAN KİŞİLERİN DAVASI İDARE MAHKEMEDE GÖRÜLMELİDİR	505
DEVLET MEMURLARI YASASINA GÖRE ÇALIŞANLARDA İŞE İADE İSTENEMEZ	505
DÜĞÜNDEN ÖNCE DAVALININ ANNESİYLE BİRLİKTE DAVACIYI DÖVMESİ.....	425

E, F

ECRİMİSİL	447
ECMİSİLİ İSTEME KOŞULLARI.....	447
ECRİMİSİLİN SALT DAVA ÖNCESİ DÖNEME İLİŞKİN TAKDİR OLUNABİLECEĞİ	447
ELATMANIN ÖNLENMESİ	345, 431
ELBİRLİĞİ MÜLKİYET.....	480
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ.....	478
ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYET	473, 474, 475, 476, 477
ELBİRLİĞİYLE MÜLKİYETİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ DAVASINDA SULH HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVLİ BULUNDUĞU.....	477
EMSAL İŞYERİ	449
EMSAL KABUL EDİLECEK İŞLEMLER	421
FAİZ TALEBİ	406
FAİZE FAİZ YÜRÜTÜLEMeyeCEĞİ.....	410
FAİZİN DAVA TARİHİNDEN İTİBAREN YÜRÜTÜLECEĞİ	559
FERAGAT	439
FESHİN ZORUNLU HALE GELMESİ	514

G

GEÇERLİ FESİH	523
GEÇMİŞ GÜNLER FAİZİ	410
GELİR ÜZERİNDEN ORAN BELİRLEME.....	453
GEMİADAMI ALACAĞI	581
GERÇEK ZARARIN BELİRLENMESİ YÖNTEMİ	488
GÖREVLİ MAHKEME	443

H

HİSSELİ TAŞINMAZ SATIŞI	555
HİZMET TESPİTİ DAVASI	598
HACİZLİ TAŞINMAZIN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞÜMÜNDE İCRA HAKİMİNİN YETKİSİ	480
HAKKANİYETE UYGUN KİRA	453
HAKLI FESİH.....	553
HAKLI NEDENLE ÇIKARMA	572
HAMİLİN HAKLARI	577
HARİTADA HATA	368
HUSUMET İTİRAZININ DAVANIN HER AŞAMASINDA DEĞERLENDİRİLMESİ OLANAĞI	345

I, İ

ISLAH YOLUYLA TARAF DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ KURALI	390
İADE BORCU	413
İCRA HUKUKU.....	410, 473, 547, 567
İCRA MÜDÜRLÜĞÜNÜN YETKİ BELGESİ DÜZENLEYEMEYECEĞİ	480
İÇİŞLERİ BAKANLIĞI'NIN SORUMLULUĞU DAVASINDA ADLİ YARGININ GÖREVLİ BULUNDUĞU	384
İDARİ PARA CEZALARI	603
İFA İMKANSIZLIĞI	555
İHTİYATİ TEDBİR KARARI.....	548
İMZALI ÜCRET BORDROSU	593
İMZANIN ZİMNEN KABÜLÜ	479
İSTİNABE YOLUYLA YENİLEME	567
İŞ HUKUKU	399, 406, 416, 419, 424, 505, 508, 510, 514, 518, 523, 529, 531, 532, 589, 598, 513
İŞ KAZASINDA MADDİ TAZMİNATIN HESABI.....	593
İŞ ŞARTI	416
İŞÇİ LEHİNE OLUŞAN KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI.....	416
İŞÇİLİK HAKLARINA UYGULANACAK FAİZ	424
İŞÇİLİK HAKLARININ HESAPLANMASI.....	513
İŞÇİNİN HASTALIĞI.....	399
İŞÇİNİN KIDEMİ	508
İŞE İADE.....	523
İŞE İADE DAVALARI	419
İŞE İADE DAVASI.....	508, 514, 518
İŞE İADE DAVASINDAN DOĞAN İŞÇİLİK ALACAKLARI	510

İŞE İADE KARARI	513
İŞE AIDA EDİLMEME TAZMİNATI	508
İŞLETME DIŞI VE İÇİ ETKENLER	518
İŞLETMESEL KARAR	518
İŞVERENİN OLAYDAN MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUĞU	596
İŞVERENE DÜŞEN İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	518
İYİNİYET SAVI	349
İYİNİYETLE AYNİ HAK KAZANIMI	495
İZALE-İ ŞUYU DAVASI	442
İZLENECEK YÖNTEM	495

K

KAIM BEDEL	431
KADASTRAL SINIRLAR	368
KADASTRO TESPİTİ.....	352, 362, 374
KADASTRO YENİLEME TESPİTİ	368
KADASTRO YENİLEME TESPİTİNE İTİRAZ	368
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA	345
KAMULAŞTIRMA BEDELİ	379
KANUNİ REHİN HAKKI TALEBİ	581
KANUNLARIN GERİYE YÜRÜMESİ	533
KAPİTALİZASYON FAİZ ORANI	379
KARAR İNFAZININ İCRA İŞLEMİ SAYILAMAYACAĞI	548
KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ	561
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU.....	571
KAYYIM ATANMASI.....	442
KESİN HÜKÜM.....	439, 563
KESİN HÜKÜMDEN SÖZ EDİLEBİLMESİNİN KOŞULLARI	491
KESİNLEŞME KOŞULU	419
KESİNLEŞME OLMADAN CEZALARIN ÖDENMEYECEĞİ.....	603
KIDEM TAZMİNATININ GEÇ ÖDENMESİ	406
KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANACAK BİÇİMDE İŞ AKDİNİN HAKLI FESHİ	399
KIYMETLİ EVRAK HUKUKU	403, 577
KİRA HUKUKU	449, 451, 453, 455, 553
KİRA TESPİTİ	453, 455
KİRA TESPİTİ DAVASI	449
KİRA TESPİTİNDE UYGULANACAK YÖNTEM	451
KİRACININ HAKLARI	553
KİRALAYANIN GÖREV VE ...YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	553
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI	392
KİŞİLER HUKUKU	392
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI DAVALARINDA SEÇİMLİK YETKİ	392
KÖTÜNİYET SAVININ DAVANIN HER AŞAMASINDA İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ	434
KÖY TÜZEL KİŞİLİĞİ	345

M, N

MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT	591
MADDİ ZARARIN GİDERİLMESİNDE UYGULANACAK KURALLAR.....	488
MADDİ VE MANEVİ GİDERİM	596
MADDİ ve MANEVİ TAZMİNAT	384, 541
MAHKEME KARARININ SOMUT OLMASI GEREĞİ.....	476
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ	416
MALULİYETİN ARTARAK DEĞİŞMESİNİN ZARAR HESABINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	593
MALULİYETE İLİŞKİN İTİRAZ.....	591
MALULİYETİN KESİNLEŞMESİ	591
MEMLEKET HARİTASI	352, 362
MENFİ ZARAR	559
MESLEK HASTALIĞINDA KUSUR BELİRLENMESİ.....	529
MİRAS HUKUKU.....	413, 440, 443
MİRASÇILARIN HAKLARI	478
MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU.....	413
MİRASIN REDDİ KARARININ İPTALİ DAVASI.....	443
MİRASIN REDDİNDE İZLENECEK YÖNTEM.....	413
MUTLAK TİCARİ DAVA.....	581
MÜLKİYETİN İNTİKALİ.....	590
MÜSPET ZARAR.....	559
MÜTESELSİL SORUMLULUK	541
MÜTEVELLİ HEYETİ KARARI.....	572
NEDENSİZ ZENGİNLEŞME	577

O, Ö

ONSEKİZ YAŞ KURALI	532
ORAN BELİRLEMEDE UYGULANACAK YÖNTEM	449
ORMAN ARAZİSİ 1957 YILI ÖNCESİ ORMAN OLAN TAŞINMAZLAR.....	374
ORMAN ARAZİSİ BİLİRKİŞİ RAPORUNDA UYGULANACAK YÖNTEM ...	362
ORMAN TOPRAĞI.....	352
ORTAK YERLERİN ONARIMI	571
ÖLÇÜLÜLÜK VE GEREKLİLİK DENETİMİ	514
ÖLÜMLÜ TRAFİK KAZASI	541
ÖZEL GELİŞMELER.....	451
ÖZEL NEDEN HAK VE NESAFET KURALI	455

P, R

PAYDAŞIN ALACAKLISININ HAKLARI	473
PAYDAŞLARA TEBLİGAT YÖNTEMİ	442
PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRME	476
PEŞİN DEĞERİN ZARARI KARŞILAMASI	593
RÜCU DAVALARI	533
RÜCU DAVASI	384
RÜCU DAVASI SORUMLULUĞUN TESPİTİ	461

S, Ş

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME	413
SİGORTA HUKUKU	539
SİGORTA HUKUKU	541
SİGORTA ŞİRKETLERİNİN SORUMLULUĞU	541
SİGORTALILIĞININ İPTALİNDE SAĞLIK YARDIMI	531
SİGORTALILIK BAŞLANGICI	532
SİGORTALILIK SÜRESİ	589
SİGORTALININ GERÇEK ÇALIŞMASININ OLMAMASI NEDENİYLE SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNE DAYANARAK PAYLI MÜLKİYET DAVASI AÇILAMAYACAĞI	474
ŞEKİL KURALLARI	523
ŞİKAYETLERİ İNCELEMEKLE GÖREVLİ YER	548
SÖZLEŞMENİN İPTALİ	561

T

TAHLİYE TAAHHÜDÜ	479
TANIK DELİLİ	441
TAPU İPTALİ	349
TARAF EHLİYETİ	345
TARAFLAR ARASINDAKİ TENFİZ İSTEMİNE İLİŞKİN DAVANIN TARAFLARIN KANIT YÜKÜMÜ	403
TAŞINMAZ HUKUKU	345, 349, 362, 368, 374, 379, 421, 431, 442, 447, 474, 475, 480, 485, 555, 561
TAŞINMAZ DEĞERİNİN TESPİTİ	421
TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ MUHTESATIN AİDİYET TESPİTİ	491
TAŞINMAZIN BULUNDUĞU ÇEVRE	451
TEMERRÜT	559
TEMERRÜT TARİHİ	541
TEMLİKEN TESCİLİN KOŞULLARI	431
TEMSİL KAYYIMI	388
TEMYİZ AŞAMASINDA FERAGAT	563
TESCİL	349
TEVKİL YETKİSİ	469
TİCARET HUKUKU	581
TİS'İN ARD ETKİSİ	416
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ	424
TRAFİĞE KAYITLI ARACIN SATIŞ YÖNTEMİ	590
TRAFİK KAZASI	539
TRAFİK SİGORTASI	539

U, Ü

USUL HUKUKU	390, 439, 441, 563
UYGULANACAK HÜKÜM	551
UYGULANACAK ÜCRET	513
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI	434

V

VAKIF ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMA	572
VASIYETİ TENFİZ MEMURU.....	440
VASIYETNAMENİN İNFAZI	440
VAZGEÇME OLMADAN KURULAN HÜKÜM	441
VELAYETİN DÜZENLENMESİ.....	388

Y

YARGI DENETİMİ.....	518
YARGILAMADA USUL KURALLARI	547
YAZILI DELİL BAŞLANGICI	403
YEREL MAHKEMECE DİRENME OLANAKSIZLIĞI	419
YOLSUZ TESCİL	434
YOLSUZ TESCİLE DAYANAN İPTAL DAVASI.....	495

Z

ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN BONO	403
ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN BONODA TANIK DELİLİNE DAYANMA.....	403
ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI	598

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• BORÇLAR KANUNU (BK/818)

Madde 50	596, 598
Madde 51	596
Madde 51-2	488
Madde 55	488
Madde 60	488
Madde 113/1	406
Madde 113/2.....	406
Madde 104/son.....	410
Madde 106.....	559
Madde 108	559
Madde 142	596, 598
Madde 249	553
Madde 355 vd.	559, 561

• ESNAF VE SANATKARLAR VE DİĞER BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR SOSYAL SİĞORTALAR KURUMU KANUNU (1479)

Ek Md. 11	531

• HARİTA GENEL KOMUTANLIĞI KANUNU (657)

Madde 89	505

• HUKUK MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU (HUMK/1086)

Madde 1-8	584
Madde 9	392
Madde 43	598
Madde 46.....	598
Madde 67.....	469
Madde 95.....	439
Madde 237	491
Madde 253	441
Madde 288	593

• İCRA VE İFLAS KANUNU (İİK/2004)

Madde 121/1-2.....	480
Madde 277 vd.	567

• İMAR KANUNU (3194)

Madde 18	431

İMAR AFFI YASALARI (3981 SY, 3290 SY)

Madde 10/C.....431

• İŞ KANUNU (İş K/4857)

Madde 2/6 510

Madde 18 vd.....505

Madde 22 416

Madde 24/1.....399

Madde 77.....591, 593, 596

• İŞ KANUNU (1475)

Madde 14.....406

• İŞ MAHKEMELERİ KANUNU (İş MAH. K/5521)

Madde 1 505

• NAKDİ TAZMİNAT VE AYLİK BAĞLANMASI

HAKKINDA KANUN (2330) 463

• SOSYAL SİGORTALAR KANUNU (SSK/506)

Madde 18.....529

Madde 35.....531

Madde 68/V 413

Madde 79.....598

Madde 81/B 589

Madde 129 591

• SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU (5510)

Madde 14 529

Madde 58 591

Madde 86 598

• SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KANUNU (5502) 531

• TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN (TKY/4077)

Madde 1.....584

Madde 3-e.....584

• TÜRK KANUNİ MEDENİSİ (TKM/743)

Madde 2 434

Madde 112 572

Madde 166/son 439

Madde 426 442

Madde 539 413

Madde 545 413

Madde 644 474, 475, 477, 478, 480

Madde 988 434

Madde 989	434
Madde 599	413
Madde 1023	434, 495
• TÜRK MEDENİ KANUNU (TMK/4721)	
Madde 25/son.....	392
Madde 166/1	425
Madde 286	598
Madde 348	388
Madde 426/2	388
Madde 617	443
Madde 702.....	598
Madde 713.....	598
Madde 721.....	491
Madde 724.....	431
Madde 995.....	447
• TÜRK TİCARET KANUNU (TTK/6762)	
Madde 4	581, 582
Madde 18-1	584
Madde 644	577
Madde 661	403
Madde 816	582
Madde 1263	582

**YARGITAY KARARLARINI
DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE
(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)
GÖRE ARAMA DİZİNİ**

√ **YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/5-233	2007/221	18.04.2007	345
2007/15-244	2007/229	02.05.2007	349
2007/20-237	2007/237	02.05.2007	352
2007/18-229	2007/238	02.05.2007	359
2007/20-280	2007/294	23.05.2007	362
2007/7-181	2007/175	28.03.2007	368
2007/20-205	2007/200	11.04.2007	374
2007/160	2007/189	04.04.2007	379
2007/4-223	2007/223	18.04.2007	384
2007/2-251	2007/277	16.05.2007	388
2008/9-64	2008/132	13.02.2008	390
2008/4-127	2008/130	13.02.2008	392
2008/9-133	2008/126	13.02.2008	399
2008/3-159	2008/158	20.02.2008	403
2008/9-179	2008/165	27.02.2008	406
2008/19-173	2008/164	27.02.2008	410
2008/21-235	2008/248	12.03.2008	413
2008/9-289	2008/297	02.04.2008	416
2008/9-391	2008/392	14.05.2008	419
2008/5-435	2008/441	18.06.2008	421
2008/9-438	2008/435	18.06.2008	424
2008/2-283	2008/286	02.04.2008	425

√ **YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/9837	2008/1592	12.02.2008	431
2008/7759	2008/10453	20.10.2008	434

√ **YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/2383	2008/3409	13.03.2008	439
2001/12836	2001/14707	26.10.2001	440
2008/2031	2008/5845	22.04.2008	441
2008/10750	2008/13955	23.10.2008	442
2007/6643	2008/6729	08.05.2008	443

√ **YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/14082	2008/18282	30.10.2008	447
2008/10236	2008/13378	15.07.2008	449
2008/10172	2008/13361	15.07.2008	451
2008/9901	2008/12411	03.07.2008	453
2008/3966	2008/7567	01.05.2008	455

√ **YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/6419	2008/8094	12.06.2008	459
2007/14463	2008/13537	06.11.2008	461
2007/6368	2008/5284	15.04.2008	463

√ **YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/7399	2008/9803	14.07.2008	469

√ **YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2007/8518	2007/10762	16.10.2007	473
2007/8538	2007/10763	16.10.2007	474
2007/10888	2007/13272	04.12.2007	475
2007/13674	2008/1880	21.02.2008	476
2007/14142	2008/2379	03.03.2008	477
2008/842	2008/3731	27.03.2008	478
2007/33020	2008/587	28.01.2008	479
2008/6202	2008/8914	08.07.2008	480

√ **YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**

E. No	K. No	K. Tarihi	Sayfa No
2008/1709	2008/2556	10.06.2008	485
2008/1366	2008/2014	06.05.2008	488
2008/1399	2008/2408	02.06.2008	491

√ **YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/3012	2008/4626	06.10.2008	495

√ **YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/37469	2008/12495	26.05.2008	505
2007/272	2007/8420	26.03.2007	508
2007/9610	2007/19487	18.06.2007	510
2007/26457	2007/32875	08.11.2007	513
2007/22157	2007/34396	19.11.2007	514
2008/1820	2008/17982	30.06.2008	518
2008/2909	2008/24572	24.09.2008	523

√ **YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/12312	2008/12715	14.10.2008	529
2008/17760	2008/13921	03.11.2008	531
2007/14184	2008/14760	17.11.2008	532
2008/18049	2008/13519	28.10.2008	533

√ **YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/8837	2008/12195	03.11.2008	539
2007/7912	2008/11155	14.10.2008	541

√ **YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/6871	2008/9870	09.05.2008	547
2008/16518	2008/19546	10.11.2008	548

√ **YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/6881	2008/3167	06.03.2008	551
2008/618	2008/8506	17.06.2008	553
2008/4626	2008/10768	18.09.2008	555

√ **YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/5521	2008/5373	15.09.2008	559
2008/5142	2008/6940	20.11.2008	561
2008/5645	2008/5619	24.09.2008	563

√ **YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/2338	2008/4753	21.10.2008	567

√ **YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2008/2731	2008/5673	08.05.2008	571
2008/4742	2008/13076	23.12.2008	572

√ **YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/6282	2008/1117	13.02.2008	577

√ **YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/7502	2006/10675	17.07.2006	581
2008/15631	2008/16857	27.11.2008	582
2008/5603	2008/7982	29.05.2008	584

√ **YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/19856	2008/15635	13.10.2008	589
2007/22912	2008/16095	16.10.2008	590
2007/978	2008/2242	14.02.2008	591
2007/24838,	2008/3492	04.03.2008	593
2007/15547	2008/3764	10.03.2008	596
2007/11111	2008/5643	10.04.2008	598